

Bouwen in tijden van stikstofimpasse. Wat kan er nog wel?

BR 2023/19

1. Inleiding en terugblik

Het is de vierde keer dat wij sinds de PAS-uitspraken² van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (**"Afdeling"**) in dit tijdschrift de juridische stand van zaken schetsen op het gebied van de stikstofproblematiek en de gevolgen daarvan voor de bouwsector. De bestaande stikstofoverbelasting van beschermde stikstofgevoelige habitats, de Afdelingsjurisprudentie uit 2019 en de verschillende belangen maken het lastig om snel tot juridisch houdbare oplossingen te komen, zo blijkt. Het is weerbarstige materie, ook politiek; zoveel is duidelijk. Niettemin hadden wij de verwachting (of in ieder geval de hoop) dat de bouw in 2023 in rustiger vaarwater zou zijn beland. Daarvoor zou de noodzakelijke emissie- en depositiereductie niet alleen in kaart moeten zijn gebracht, maar ook deels gerealiseerd. In ieder geval zou aantoonbaar vaststaan welke reducties waar op korte termijn te verwachten zijn en wat de consequenties daarvan zijn voor de depositie op overbelaste gebieden. In onze bijdrage van februari 2022 benoemden we dan ook dat op papier de instrumenten waren vastgelegd, in het coalitieakkoord geld was vrijgemaakt en dat we hoopten in een volgende bijdrage positiever nieuws te kunnen brengen.³

Zover zijn we nog niet.⁴ De laatste Kamerbrieven laten zien dat er nog veel werk aan de winkel is. Tegelijkertijd heerst naar onze mening ten onrechte en te vaak het beeld dat Nederland volledig 'op slot' zit. Hierna beschrijven wij daarom niet alleen de moeilijkheden en beperkingen die de bouwsector tegenkomt, maar ook de mogelijkheden die er wel zijn om projecten doorgang te laten vinden. Ook in onze eerdere artikelen beschreven wij de mogelijkheden die er, ondanks de stikstofproblematiek, zijn om te bouwen. Die mogelijkheden zien we nog steeds, en het goede nieuws voor de bouwpraktijk is dat er ook, zij het mondjesmaat, uitspraken worden gedaan die dat bevestigen.

Ook in 2022 hebben zich dus veel ontwikkelingen voorgedaan op het gebied van rechtspraak, Kamerbrieven en adviezen. Een overzicht daarvan zetten wij hierna uiteen. Aan de orde komen achtereenvolgens ontwikkelingen in regelgeving, beleid en advisering (par. 2) en jurisprudentie aan de hand van thema's en beschouwingen (par. 3). Ook in dit artikel zagen wij ons genoodzaakt keuzes te maken en zullen we niet het hele spectrum aan stikstofonderwerpen- en

zaken bespreken; we richten ons met name op de bouwpraktijk. Wij sluiten af met een conclusie (par. 4).

2. Ontwikkelingen in regelgeving, beleid en advisering

In deze paragraaf schetsen wij relevante ontwikkelingen in- of naar aanleiding van regelgeving, beleid en advisering sinds het verschijnen van ons vorige artikel in *Bouwrecht*.⁵ In algemene zin valt op dat ook 2022 veel voornemens en plannen laat zien, met bijbehorende tijdlijnen en deadlines. Een deel van die voornemens is nieuw, een deel borduurt voort op eerdere aankondigingen. Het overzicht laat zien dat de aanpak van de problematiek vertraging oploopt. Daarbij speelt de politiek-bestuurlijke, technische en juridische complexiteit ongetwijfeld een rol, net als de weerstand vanuit bepaalde sectoren.

2.1 Hoofdlijnenbrief april 2022

In het Coalitieakkoord 2021-2025 *"Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst"* kwam uiteraard ook de stikstofproblematiek aan de orde.⁶ De regeringspartijen kondigden hun aanpak aan, met onder andere een Nationaal Programma Landelijk Gebied (**"NPLG"**) en een versnelling van de doelstellingen in de Wet stikstofreductie en natuurverbetering (**"Wsn"**) van 2035 naar 2030.

In navolging daarop heeft de nieuwe Minister voor Natuur en Stikstof (**"Minister"**) op 1 april 2022 de Hoofdlijnenbrief aan de Tweede Kamer gestuurd (**"Hoofdlijnenbrief"**).⁷ Daarin schetst de Minister een aanpak voor natuurherstel en -verbetering, stikstofreductie, klimaatopgave voor landbouw, landgebruik en wateropgave. Het gaat om een integrale aanpak, waarbij nieuw stikstofbeleid zorgt voor herstel en verbetering van de natuur.⁸ Een ecologische onderbouwing is nodig om de opgave scherp te krijgen. Daarom worden actuele natuurdoelanalyses opgesteld. Een quickscan is in mei 2022 beschikbaar gekomen en de definitieve analyses moeten eind 2022 – uiterlijk 1 april 2023 – zijn afgerond.⁹ In de brief zet de Minister verschillende bronmaatregelen uiteen en komt de gebiedsgerichte aanpak van provincies aan de orde. Daarvoor stelt het rijk een kader op met taakstellende, richtinggevende doelen per provincie. Alle sectoren moeten een evenredige bijdrage leveren aan het behalen van de reductiedoelstellingen.

1 Auteurs zijn werkzaam als advocaat bij Stibbe in Amsterdam. In dit artikel zijn ontwikkelingen meegenomen tot en met 6 februari 2023.

2 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604.

3 Collignon & Berkouwer, BR 2022/18.

4 NOS kwam eind januari 2023 nog met het volgende bericht: *'Provincies weten van duizenden veehouders niet of ze juiste stikstofvergunning hebben.'* Daarmee lijkt het volledig in kaart brengen nog niet afgerond.

5 Collignon & Berkouwer, BR 2022/18.

6 Coalitieakkoord *'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst'*, gepubliceerd op 15 december 2021. Zie daarover uitvoeriger ons artikel in BR 2022/18.

7 Kamerstukken II 2021/22, 33576, nr. 265.

8 Zie over de Hoofdlijnenbrief uitgebreider ons Stibbe-blog: *'Minister kondigt nieuwe aanpak aan voor een breder en strenger stikstofbeleid'* (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/minister-kondigt-nieuwe-aanpak-aan-voor-een-breder-en-strenger-stikstofbeleid/>).

9 Kamerstukken II 2022/23, 35334, nr. 213 (bijlage).

De Minister vindt de houdbaarheid van het systeem van toestemmingverlening belangrijker dan meer, maar onzekerder ontwikkelruimte. Inzet van ontwikkelruimte zal verder alleen mogelijk zijn als die ruimte niet nodig is voor natuurbehoud of -herstel. Beleidsmatig stuurt de Minister erop aan dat vergunningverlening met behulp van salderen in principe niet leidt tot een feitelijke toename van stikstofdepositie. Tot slot komt meer aandacht op controleerbaarheid van activiteiten, vergunningen en emissies.

2.2 Brief juni 2022 inzake NPLG en septemberbrief

In juni 2022 volgt de startnotitie van het Nationaal Programma Landelijk Gebied ("NPLG"). Het NPLG, waarvan de vaststelling wordt voorzien medio 2023, wordt een belangrijke drager voor de integrale gebiedsaanpak. Inmiddels is in november 2022 een concept 'Handreiking voor de gebiedsprogramma's NPLG' gepubliceerd.¹⁰ De door provincies vast te stellen gebiedsplannen zullen opgaan in integrale gebiedsprogramma's. In deze programma's bekijken provincies, samen met andere relevante stakeholders, de aanpak van stikstofdoelen en -maatregelen in samenhang met klimaat-, water- en natuurdoelen.¹¹

Net als de versnelling van de reductiedoelstellingen van 2035 naar 2030 leidde het bij de juni-brief gepubliceerde 'kaartje'¹² met richtinggevende emissiereductiedoelstellingen per gebied tot veel zorgen en ophef. Gevolg was de aanstelling van Johan Remkes als onafhankelijk gespreksleider in de zomer van 2022. Hij kreeg de opdracht "om weer te komen tot een verstandhouding waarbij de inhoud en het gesprek over een duurzame toekomst voor agrarische ondernemers en het landelijk gebied centraal staan".¹³ Dat heeft geleid tot een adviesrapport en een reactie van het kabinet (zie par. 2.3).

Niet alleen de agrarische sector, ook andere sectoren zullen moeten bijdragen aan een reductie van stikstofemissies, zo kwam eerder al aan de orde. Een Kamerbrief uit september 2022 benadrukt dat sprake zal moeten zijn van een evenredige bijdrage.¹⁴ Begin 2023 worden de indicatieve NOx-emissiereductiedoelen voor de sectoren industrie, energie en mobiliteit gepresenteerd. Op 1 juli 2023 zullen vervolgens de indicatieve doelen definitief worden vastgesteld, tegelijkertijd met de regionale ammoniakdoelen. Ook de bouwsector zal een bijdrage moeten leveren aan de stikstofreductie door schoon en emissieloos te bouwen in 2030,

waarbij wordt verwezen naar de Routekaart Schoon en Emissieloos Bouwen.¹⁵

2.3 Advies Remkes, reactie kabinet en najaarsbrieven

In oktober 2022 is vervolgens het rapport 'Wat wel kan – Uit de impasse en een aanzet voor perspectief' gepresenteerd aan het kabinet. Daarin schetst Remkes denklijnen en aanbevelingen om tot een oplossing van de stikstofimpasse te komen. Aan de orde komen stappen voor de korte en lange termijn, waaronder het uitkopen van piekbelasters, het legaliseren van PAS-melders en het bereiken van een Landbouwakkoord.

Het kabinet heeft op 14 oktober 2022¹⁶ toegezegd met de aanbevelingen van Remkes aan de slag te gaan en zijn denklijnen verder uit te werken, steeds met oog voor uitvoerbaarheid en haalbaarheid.¹⁷ Die uitwerking is te vinden in een Kamerbrief van de Minister uit november.¹⁸ De brief omvat een aanpak voor de korte- en voor de (middel)lange termijn.¹⁹

De aanpak voor de korte termijn legt de focus op reductie, zowel voor de agrarische sector als voor andere sectoren, zoals industrie en mobiliteit. Begin 2023 komen de indicatieve doelen voor de sectoren industrie en mobiliteit beschikbaar, net als de criteria voor piekbelasters in de agrarische sector.²⁰ Voor de middellange termijn gaat het om de versterking van bronmaatregelen, normering en beprijzing. Het programma Schoon en Emissieloos Bouwen (SEB) krijgt 400 miljoen euro extra. Er komt een Taskforce Schoon en Emissieloos Bouwen ("SEB") die ervoor moet zorgen dat de middelen zo effectief mogelijk ingezet worden. Doel van het programma SEB is – zo lezen wij op de website van SEB – om als bouwsector in het eerste kwartaal van 2023 een "gezamenlijk gedragen routekaart Schoon en Emissieloos Bouwen te hebben, met concrete en haalbare doelstellingen om mobiele werktuigen en bouwlogistiek tot 2030 effectief te verduurzamen".²¹

Daarnaast kiest de Minister (net als in de eerdere Hoofdlijnenbrief) uitdrukkelijk voor "minder maar zekerder ontwikkelruimte boven meer maar onzekere ontwikkelruimte".

10 Rijksoverheid, 25 november 2022 (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/11/25/handreiking-voor-de-gebiedsprogrammas-nationaal-programma-landelijk-gebied>).

11 Minister voor Natuur en Stikstof, 'Startnotitie Nationaal Programma Landelijk Gebied', 10 juni 2022 (<https://open.overheid.nl/repository/ronl-69397aa7ef89ba80b3d521510b1581ac1033add1/1/pdf/startnotitie-nationaal-programma-landelijk-gebied.pdf>).

12 Zie pagina 5. Aan de doelstellingen lag een modelmatige berekening ten grondslag. De toelichting vermeldt overigens dat bijstellingen mogelijk zijn, mits de realisatie van de landelijke stikstof- en natuurverplichtingen geborgd blijft.

13 Brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en de Minister voor Natuur en Stikstof d.d. 5 oktober waarbij het rapport van Remkes (zie hierna) werd aangeboden (*Kamerstukken II 2022/23*, nr. 34).

14 *Kamerstukken II 2022/23*, 33576, nr. 322.

15 Zie www.opwegnaarseb.nl.

16 Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en Minister, Appreciatie rapport "Wat wel kan – Uit de impasse en een aanzet voor perspectief", 14 oktober 2022, (<https://open.overheid.nl/repository/ronl-165912b7e8434c48f66b8a1aecdd9d12032b21/1/pdf/appreciatie-rapport-remkes-wat-wel-kan-uit-de-impasse-en-een-aanzet-voor-perspectief.pdf>).

17 Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en Minister, Appreciatie rapport "Wat wel kan – Uit de impasse en een aanzet voor perspectief", 14 oktober 2022, (<https://open.overheid.nl/repository/ronl-165912b7e8434c48f66b8a1aecdd9d12032b21/1/pdf/appreciatie-rapport-remkes-wat-wel-kan-uit-de-impasse-en-een-aanzet-voor-perspectief.pdf>), p. 5.

18 *Kamerstukken II 2022/23*, 30252, nr. G.

19 Zie over deze brief uitvoeriger ons Stibbe-blog 'Hoe verder na Remkes en Porthos? Minister presenteert stikstofplannen voor de korte en lange termijn' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/hoe-verder-na-remkes-en-porthos-minister-presenteert-stikstofplannen-voor-de-korte-en-lange-termijn/>).

20 Bekendmaking van beide is met een maand vertraagd en op dit moment voorzien voor half februari 2023, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 35334, nr. 113.

21 Zie de nieuw gelanceerde website www.opwegnaarseb.nl.

Dat heeft gevolgen voor het systeem van toestemmingverlening. Zo wordt intern salderen waarschijnlijk per 1 januari 2024 weer vergunningplichtig. Latente ruimte die niet inherent is aan de bedrijfsvoering zal in de toekomst (kunnen) worden ingenomen. En daar waar het gaat om extern salderen wil de Minister een steviger regie en een hoger afroompercentage (40%). De Minister gaat ook in op stikstofbanken die extern salderen faciliteren en waarmee gestuurd kan worden op schaarse stikstofruimte, zoals het landelijke stikstofregistratiesysteem (SSRS), de specifieke provinciale doelenbanken en een landsdekkende microdepositiebank. Begin 2023 zullen Rijksdoelenbanken worden ingesteld. Tot slot gaat specifieke aandacht uit naar projecten voor verduurzaming, projecten met het oog op het halen van wettelijk vastgestelde klimaatdoelen en naar de positie van Defensie.

Naar aanleiding van de Porthos-uitspraak (zie hierna par. 3.1) zet de regering in op standaardisatie voor aanvragen. Daarmee moet voor de bouwsector duidelijk zijn wanneer wel en wanneer geen vergunning hoeft te worden aangevraagd. Tegelijkertijd onderzoekt het kabinet de mogelijkheden om voor bouwprojecten een (juridisch houdbare) ondergrens toe te passen (een "generieke voorttoets") waarvoor geen vergunningplicht geldt. Daarover wordt in het eerste kwartaal van 2023 meer bekend.

Over de handhavingsproblematiek met betrekking tot de PAS-melders volgde vlak voor de kerstperiode een brief. Onder verwijzing naar een advies van de landsadvocaat constateert de Minister dat een beslissing om af te zien van handhaving een motivering op individueel dossierniveau vergt. Een algemeen handhavingsmoratorium is niet mogelijk. Bovendien is het verstrekken van vergoedingen of garantstellingen onder meer vanwege de staatssteunregels niet zonder risico's, schetst de Minister.²²

2.4 Ecologische Autoriteit

Met ingang van 9 september 2022 kent Nederland een onafhankelijke Ecologische Autoriteit ("EA").²³ De EA heeft allereerst tot taak om te toetsen of de essentiële ecologische informatie betrokken is bij de onderbouwing van besluiten door bevoegde gezagen over natuurdoelanalyses, gebiedsplannen en gebiedsprogramma's. Daarnaast adviseert de EA over relevante wetenschappelijke inzichten voor besluitvorming ten aanzien van brede ecologische vraagstukken.²⁴ De EA doet zelf geen ecologisch onderzoek, maar constateert kennislacunes. Daarmee is de EA te vergelijken met de Commissie voor de milieueffectrapportage, waarbinnen de EA organisatorisch op dit moment overigens ook is ondergebracht.

De verwachte werkbelasting leidde direct bij oprichting tot zorgen over de capaciteit van de EA.²⁵ Vooralsnog ligt de prioriteit van de EA bij het toetsen van de ecologische informatie die de basis vormt voor natuurdoelanalyses, gebiedsplannen en gebiedsprogramma's. Ook het opstellen van de daarvoor benodigde handreikingen en kaders is een prioriteit van de EA.

2.5 Overige ontwikkelingen

Met ingang van 26 januari 2023 zijn AERIUS-Calculator en AERIUS-Monitor geactualiseerd. De voorziene wijzigingen zien voornamelijk op het verwerken van de gevolgen van het Wijzigingsbesluit Habitatrictlijnen vanwege aanwezige waarden ("Wijzigingsbesluit") dat op 25 november 2022 door de Minister bekend werd gemaakt.²⁶ Met dat Wijzigingsbesluit worden habitattypen en soorten die op het moment van aanwijzen (in voldoende mate en duurzaam) aanwezig bleken te zijn alsnog beschermd. Daarnaast zijn (een beperkt aantal) typen en soorten die op het moment van aanwijzen niet aanwezig waren, verwijderd. Het gaat daarmee om het "corrigeren van wat ten aanzien van de te beschermen habitattypen van Bijlage 1 en soorten van Bijlage 2 van de Habitatrictlijn niet goed is gegaan bij het publiceren van de oorspronkelijke aanwijzingsbesluiten".

Van belang is tot slot dat Europees onderzoek laat zien dat de Kritische Depositiewaarden ("KDW") mogelijk niet voldoende zijn om de natuur te beschermen tegen stikstofoverbelasting. De Minister heeft de Universiteit van Wageningen opdracht gegeven om uit te zoeken of de KDW's moeten worden gewijzigd. De uitkomst kan grote invloed hebben op de doelstelling van de Wnb. Artikel 1.12a Wnb bevat een verplichting om voor 2035²⁷ het areaal aan stikstofgevoelige habitats waar geen sprake is van een overschrijding van de KDW terug te brengen tot minimaal 74%. Dit jaartal wordt overigens ter uitvoering van het Coalitieakkoord gewijzigd naar 2030. Een wetwijziging hiervoor is nog niet aangehangig.

2.6 Beschouwingen

Met de brieven heeft de Minister enige duidelijkheid gecreëerd over de richting die het kabinet opgaat. Tegelijkertijd is voor ons niet altijd even duidelijk hoe de plannen van de Minister en de timing daarvan zich verhouden tot de opgaven die bij de provincies rusten. Wij hopen dat de provincies zullen (kunnen) voldoen aan de wettelijke verplichting om op 1 juli 2023 de gebiedsplannen gereed te hebben. De input over het NPLG die de provincies eind 2022 aan de Tweede Kamer hebben toegestuurd, belooft wat dat betreft echter niet veel goeds.²⁸

22 Brief van 23 december 2022, 'Beleidsadvies Landsadvocaat over handhaving PAS-meldingen en instellen onafhankelijke commissie', *Kamerstukken II* 2022/23, 35334 nr. 218.

23 *Stcrt.* 2022, 24607.

24 Zie over de Ecologische Autoriteit uitvoerder ons Stibbe-blog: 'De nieuwe Ecologische Autoriteit: takenpakket en knelpunten' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/de-nieuwe-ecologische-autoriteit-takenpakket-en-knelpunten/>).

25 Zie het 'Plan van aanpak Ecologische Autoriteit' d.d. 7 juli 2022 van de Commissie voor de milieueffectrapportage, te vinden op www.ecologischeautoriteit.nl.

26 *Stcrt.* 2022, 29279.

27 Dit jaartal wordt gewijzigd naar 2030, zo staat in het Coalitieakkoord te lezen. Een wetwijziging hiervoor is nog niet aangehangig.

28 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2022/23, 34682, nr. 112 en Tiekstra, 'Provincies snakken naar duidelijkheid van het rijk', 14 december 2022 (<https://www.binnenlandsbestuur.nl/ruimte-en-milieu/provincies-snakken-naar-duidelijkheid-en-perspectief-van-het-rijk>).

Verder zien wij in 2022 en (wederom) in 2023 vertraging ontstaan bij het vormgeven van de nodige reductie. Dat laatste geldt zowel voor de agrarische sector als voor de sectoren industrie en mobiliteit. De aangekondigde criteria voor piekbelasters en sectordoelen zijn op het moment van het afsluiten van deze bijdrage nog niet bekend.

De aanpak om in de bouwsector een emissiereductie te bewerkstelligen, lijkt daarentegen wel steeds meer vorm te krijgen. Niet alleen financieel door de extra toegezegde investering van overheidswege, maar – zo lijkt het – ook door meer structuur in de vorm van een programma en de Taskforce. Dat biedt de bouwsector meer perspectief voor de (middel)lange termijn, maar het maakt het realiseren van de bouwopgave voor onder meer woningbouw en energie op de korte termijn niet gemakkelijker.

Om daaraan tegemoet te komen moet een drempelwaarde of algemene vrijstelling voor tijdelijke bouwactiviteiten niet op voorhand worden uitgesloten. Zo'n regeling is volgens het Europees Hof van Justitie ook toegestaan, mits op de juiste wijze vormgegeven.²⁹ Zo zullen bronmaatregelen verder in uitvoering moeten zijn en de voordelen vaststaan. Daarnaast kan gedacht worden aan het maximeren van een tijdelijke emissie in duur en/of omvang, waarbij mede rekening kan worden gehouden met de afstand tot bepaalde habitats en habitattypen (worstcasescenario's). Verder plaatsen wij vraagtekens bij, zoals Remkes adviseert, het voorrang geven aan PAS-melders boven welk bouwproject dan ook.

Het is afwachten hoe de door de Minister aangekondigde vervolgacties na de gestrande Porthos-uitspraak eruit komen te zien.

3. Ontwikkelingen in jurisprudentie

Ook het jaar 2022 kenmerkt zich door veel jurisprudentie over tal van stikstofgerelateerde onderwerpen. Een overzichtsuitspraak van de Afdeling is er niet gekomen.³⁰ Wij zien wel dat de Afdeling in verschillende uitspraken het kader gedetailleerd en compleet op een rijtje zet, iets wat voor de praktijk zeker behulpzaam is.³¹

Hierna behandelen wij een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en van rechtbanken over verschillende onderwerpen.³² Daarbij beperken wij ons tot de uitspraken die voor de bouwpraktijk de meeste relevantie (kunnen) hebben. Wij beschrijven kort de inhoud en strekking van de uitspraken en plaatsen daarbij vervolgens enkele beschouwingen van onze kant.

3.1 Tijdelijke bouwwerkzaamheden, voor en na de Porthos-uitspraak

3.1.1 Inleidende opmerkingen

De bouwvrijstelling is op 1 juli 2021 in werking getreden en was neergelegd in artikel 2.9a van de Wet natuurbescherming ("Wnb") en artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming ("Bnb"). De regeling houdt in dat stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door bepaalde aangewezen bouwactiviteiten, niet steeds afzonderlijk onderzocht en beoordeeld hoeft te worden.³³ In de toelichting is in algemene zin en onder verwijzing naar maatregelen omschreven waarom tijdelijke bouwprojecten geen significante negatieve effecten (kunnen) hebben op natuurwaarden.³⁴

3.1.2 Jurisprudentie voor de Porthos-uitspraak

Vanuit meerdere hoeken zijn vraagtekens gesteld bij de juridische houdbaarheid van de bouwvrijstelling.³⁵ Wij zien dat bij veel projecten die gebruikmaken van de bouwvrijstelling óók (gelijk in het begin of alsnog) onderzoek is gedaan naar de effecten van de tijdelijke depositietoename als gevolg van de bouwactiviteiten. Die 'fall back' zorgde er in sommige zaken voor dat de rechter niet toekwam aan de vraag naar de verbindendheid van de bouwvrijstelling. Zo oordeelde de Afdeling over het Rijksinpassingsplan 'Net op zee Hollandse Kust (west Beta)' dat, daargelaten of de partiële vrijstelling als bedoeld in artikel 2.9a van de Wnb verbindend is en toepasbaar is op plannen, "in dit geval op basis van de stukken in het dossier duidelijk (is) dat er geen significant negatieve effecten zijn als gevolg van het inpasingsplan". Er kon namelijk op grond van de passende beoordeling en twee aanvullende ecologische beoordelingen worden geconcludeerd dat ook zonder toepassing van de vrijstelling de zekerheid bestaat dat significante negatieve effecten kunnen worden uitgesloten.³⁶

In een Afdelingsuitspraak uit april 2022 over een bestemmingsplan (en omgevingsvergunning) voor nieuwbouw in Callantsoog bleef de toepassing van de bouwvrijstelling in overeenstemming.³⁷ Appellanten hadden naar voren gebracht dat de passende beoordeling ten onrechte geen rekening hield met het feit dat zou worden geheid. De Afdeling maakt hier korte metten mee: op grond van artikel 2.9a Wnb worden de gevolgen van stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door bouwactiviteiten buiten beschouwing worden gelaten voor de toepassing van artikel 2.7 Wnb. Tot een beoordeling van de verbindendheid van die bepaling komt de Afdeling niet, waarschijnlijk omdat de beroepsgronden daar niet expliciet op ingingen. In het kader van een beroepsgrond over de AERIUS-berekeningen en gasloos bouwen constateert de Afdeling verder dat "de omgevingsvergunning is verleend na

29 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 112.

30 In ons eerdere artikel wezen wij op de meerwaarde die zo'n uitspraak kan bieden, BR 2022/18.

31 Bijvoorbeeld in de Porthos uitspraak, ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159 en in de uitspraak over extern salderen inzake Buittenring Parkstad Limburg, ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074.

32 Wij merken op dat – voor zover ons bekend – in ieder geval tegen een deel van de hier genoemde rechtbankuitspraken hoger beroep aanhangig is.

33 Zie over de vormgeving, inhoud en onderbouwing van de bouwvrijstelling paragraaf 2.1.3 in ons eerdere artikel in BR 2022/18.

34 Kamerstukken II 2020/21, 35600, nr. 3, p. 42–45 en Stb. 2021, nr. 287, p. 36–40.

35 Zie bijvoorbeeld Frins in TBR 2021/2, 'Gloort er licht aan het einde van de stikstofunnel?' en Ypinga & Van der Loo in BR 2021/10, 'Het voorstel Besluit stikstofreductie en natuurverbetering: een emissievrij bouwproces?'.

36 ABRvS 21 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2736.

37 ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1210.

de wijziging van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) per 1 juli 2021. In artikel 2.9a van de Wnb is bepaald dat – kort weergegeven – de gevolgen van stikstofdepositie tijdens de aanlegfase buiten beschouwing worden gelaten". Ook hier ontbreekt een verdergaande beoordeling.

3.1.3 Porthos

Anders liep het, zoals bekend, in de Porthos-tussenuitspraak uit november 2022.³⁸ Daarin bepaalde de Afdeling dat de vrijstelling buiten toepassing moet worden gelaten. De uitspraak gaat over een project voor CO₂-opslag in de (diepe) ondergrond van de Noordzee. Mobilisation for the Environment ("MOB") was tegen het inpassingsplan en de vergunning opgekomen en voerde aan dat de bouwvrijstellingsregeling vanwege strijd met de Habitatrichtlijn onverbindend is.

Voordat de Afdeling die vraag beantwoordt, volgt eerst een juridische kwalificatie van de bouwvrijstelling in het licht van de Wnb en de Hrl (Habitatrichtlijn). Aan de bouwvrijstelling is volgens de Afdeling een 'generieke voortoets' ten grondslag gelegd. Daarbij heeft de wetgever op "een hoger schaalniveau" geconcludeerd dat op grond van objectieve gegevens met zekerheid is uitgesloten dat de stikstofdepositie afkomstig van bouwactiviteiten significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden.³⁹ Daarbij wordt enerzijds verwezen naar een beoordeling van de specifieke kenmerken van bouwactiviteiten en anderzijds naar een robuust en effectief maatregelenpakket om de stikstofuitstoot landelijk te verminderen en de natuur te verbeteren. De vrijstelling geldt ook voor individuele bouwactiviteiten die op zichzelf beschouwd wel significante gevolgen kunnen hebben; dan is sprake van een vrijstelling van de vergunningplicht.

Vervolgens oordeelt de Afdeling dat de beoordeling in een (generieke) voortoets of passende beoordeling niet op een hoger schaalniveau mag plaatsvinden als daarmee wordt voorbijgegaan aan de gevolgen voor individuele Natura 2000-gebieden. Voor de bouwvrijstelling is "een beoordeling op een hoger schaalniveau [is] uitgevoerd en is niet buiten twijfel dat significante effecten voor een of meer Natura 2000-gebieden kunnen optreden". De vraag of de handelwijze – gelet op de grote opgaven waar Nederland voor staat – niettemin juridisch houdbaar is, wil de Afdeling niet aan het Hof voorleggen. Uit de generieke voortoets blijkt namelijk al niet dat het maatregelenpakket inderdaad zo effectief en robuust is als wordt aangenomen, zoals we hierna uiteenzetten. Er bestaat ook geen duidelijk inzicht in de omvang van de stikstofdepositie die kan worden veroorzaakt door bouwactiviteiten. Maar omdat de bouwvrijstelling

onbeperkt gebruikt kan worden, moet van een worst case-scenario worden uitgegaan, en dat is niet gebeurd.

De maatregelen die deel uitmaken van het pakket dat ten grondslag ligt aan de bouwvrijstelling zijn voorts instandhoudings- en passende maatregelen. Die maatregelen moeten daadwerkelijk zijn uitgevoerd en de verwachte voordelen daarvan moeten vaststaan op het moment van het onderzoek, om de partiële bouwvrijstelling te kunnen onderbouwen. Daar wordt naar oordeel van de Afdeling niet aan voldaan. De verwachte voordelen stonden nog niet vast ten tijde van de generieke voortoets. Deze maatregelen konden dus ook niet worden betrokken bij de bepaling van de stand van instandhouding van de natuurwaarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Ook is onzeker of de maatregelen, als zij worden uitgevoerd, "zo'n robuust en zeker resultaat hebben dat de stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door het gebruik van de bouwvrijstelling – op een hoger schaalniveau niet tot significante effecten leidt".⁴⁰

De bouwvrijstelling is dus gebaseerd op een ondeugdelijke voortoets. De regeling mag dan ook niet meer worden toegepast in verband met strijd met artikel 6, lid 2 Hrl. Er is echter, zo benadrukt de Afdeling, geen sprake van een bouwstop. Voor een individueel plan of project kan ook nu een (projectspecifieke) voortoets en indien nodig een passende beoordeling worden uitgevoerd.

Voor het project Porthos is de kous hiermee nog niet af. Vlak voor de zitting was een nader onderzoeksrapport ingediend waaruit zou blijken dat het project ook zonder de bouwvrijstelling aan de eisen van de Wnb en Hrl voldeed. Dat was te laat om op te kunnen reageren. Daarom wordt het onderzoek heropend. Er volgt nog een einduitspraak waarin die aanvullende onderbouwing en de reacties van partijen daarop alsnog aan de orde komen.

Nadien zijn meerdere uitspraken geweest waarin de bestuursrechter oordeelt dat de bouwvrijstelling niet toegepast had mogen worden.⁴¹

3.1.4 Beschouwingen

De uitspraak snijdt een pad (of geitenpaadje) af voor de bouwsector, dat is duidelijk. Dat neemt niet weg dat de Porthos-uitspraak geen algehele bouwstop tot gevolg heeft.

Zo kan sprake zijn van bouwactiviteiten op locaties die niet zo nabij Natura 2000-gebieden liggen waardoor er sprake is van meetbare depositie (meer dan 0,00 mol/ha/jr) op die gebieden, of die bij Natura 2000-gebieden liggen waar de KDW niet wordt overschreden. Datzelfde geldt voor bouwactiviteiten van geringe omvang en/of duur die niet leiden tot een toename van stikstofdepositie (al dan niet na salderen).

Verder zijn bouwactiviteiten die leiden tot een tijdelijke toename niet zonder meer uitgesloten. Wij wezen er eerder al op dat een tijdelijke toename na een voortoets niet per se

38 ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159. Zie ook uitgebreider ons Stibbeblog: 'Exit bouwvrijstelling – stikstofdepositie moet (voorlopig) weer per project worden beoordeeld' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/exit-bouwvrijstelling-stikstofdepositie-moet-voorlopig-weer-per-project-woorden-beoordeeld/>).

39 ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159. Zie ook uitgebreider ons Stibbeblog: 'Exit bouwvrijstelling – stikstofdepositie moet (voorlopig) weer per project worden beoordeeld' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/exit-bouwvrijstelling-stikstofdepositie-moet-voorlopig-weer-per-project-woorden-beoordeeld/>), r.o. 27.6.

40 ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159. Zie ook uitgebreider ons Stibbeblog: 'Exit bouwvrijstelling – stikstofdepositie moet (voorlopig) weer per project worden beoordeeld' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/exit-bouwvrijstelling-stikstofdepositie-moet-voorlopig-weer-per-project-woorden-beoordeeld/>), r.o. 46.

41 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3990.

resulteert in mogelijk significante gevolgen. Zo stond een tijdelijke toename van 3,13 respectievelijk 5,05 mol N/ha/jaar bijvoorbeeld niet in de weg aan het inpassingsplan voor de overnachtingshaven in Lobith,⁴² een tijdelijke toename van 0,02 mol/ha/jaar niet in de weg aan een bestemmingsplan voor de realisering van een woning in Callantsoog⁴³ en een tijdelijke toename van 0,05, 0,03 en 0,01 mol/ha/jaar wierp geen belemmering op voor een bestemmingsplan voor de reconstructie van een weg in Heiloo.⁴⁴ Daarnaast kan – als een voortoets niet tot de mogelijkheden behoort – een passende beoordeling de zekerheid geven dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast (wederom al dan niet na salderen). Tot slot wijzen wij op bouwprojecten die een dwingende reden van groot openbaar belang dienen, waarvoor geen alternatieven zijn en mits compenserende maatregelen worden getroffen. Daarvan zijn voorbeelden beschikbaar, ook waar het stikstof betreft (zie bijvoorbeeld de infraprojecten Blankenburger-tunnel⁴⁵ en Kempenbaan West⁴⁶), in welk geval de toename van stikstof als gevolg van het project werd vertaald in de afname van oppervlak aan habitatype in 30 jaar, waarvoor vervolgens compenserende maatregelen werden getroffen. Wij merken verder op dat de Minister voor Infrastructuur en Waterstaat ("**Minister van I&W**") voor jaarlijks onderhoud en beheer geen probleem lijkt te zien in het vervallen van de vrijstelling. Zo antwoordde de Minister van I&W op Kamervragen naar aanleiding van onderhoud van het Schiphol-banenstelsel dat het vaste jurisprudentie is "*dat beheer en onderhoud van het project daar onlosmakelijk onderdeel van uitmaakt. Dat betekent dat als er toestemming is voor een project op de Europese referentiedatum, het beheer en onderhoud deel uitmaakt van de referentiesituatie en sprake is van bestaand gebruik dat niet beoordeeld hoeft te worden*".⁴⁷ Voor zover er geen sprake is van bestaand gebruik op de Europese referentiedatum, moeten de werkzaamheden meegenomen worden bij de passende beoordeling voor de natuurvergunningaanvraag, aldus de Minister van I&W.

Deze redenering lijkt te steunen op de Europese overgangsrecht-jurisprudentie die ook door de Nederlandse bestuursrechter is doorgezet. Als onderhoudswerkzaamheden, met name gelet op het feit dat zij telkens opnieuw moeten worden uitgevoerd, op de aard ervan of op de voorwaarden waaronder zij worden uitgevoerd, als één enkele verrichting kunnen worden beschouwd, kunnen zij worden geacht één en hetzelfde project te zijn waar niet alsnog een beoordeling voor nodig is.⁴⁸

De mogelijkheden die Europese jurisprudentie in dit opzicht biedt, luisteren overigens nauw. Recent bepaalde het

Hof dat de voortzetting, onder ongewijzigde voorwaarden, van een project in sommige gevallen een nieuwe beoordeling vergt die voldoet aan artikel 6, lid 3 Hrl.⁴⁹ Ook eerdere jurisprudentie bracht een beperking aan. Een plan of project waarvoor een vergunning is verleend voor de referentiedatum, maar waarvan de uitvoering later wordt gestart, moet ex post worden beoordeeld op zijn gevolgen voor een Natura 2000-gebied als die beoordeling de enige passende maatregel in de zin van artikel 6, lid 2 Hrl, is om te voorkomen dat uitvoering resulteert in een verslechtering of in storende factoren.⁵⁰

3.2 Intern salderen

3.2.1 Inleidende opmerkingen

Als een project niet leidt tot een toename van de stikstofdepositie op overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied,⁵¹ ontbreekt sinds 1 januari 2020 een Wnb-vergunningplicht.⁵² Voor de vaststelling of sprake is van een toename of niet, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de gevolgen van het bestaande project in de referentiesituatie en de gevolgen van het project na wijziging of uitbreiding. De referentiesituatie wordt bij het ontbreken van een natuurvergunning ontleend aan de milieu-toestemming die gold op de referentiedatum, tenzij nadien een milieutoestemming is verleend voor een activiteit met voor het betrokken Natura 2000-gebied minder nadelige gevolgen. In het laatste geval geldt die toestemming als referentiesituatie.⁵³ De feitelijke situatie is volgens de Afdeling niet van belang bij het bepalen van de referentiesituatie.⁵⁴ Verder speelt de vraag of de passende beoordeling die ten grondslag heeft gelegen aan een eerdere, onherroepelijke natuurvergunning gebrekkig of onvolledig is, in het kader van intern salderen geen rol.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie ziet de Afdeling geen aanknopingspunten om die lijn bij te stellen, in die zin dat eventuele vrijkomende emissieruimte moet worden gebruikt ten behoeve van passende maatregelen voor de betrokken habitats. Uit artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn, vloeit volgens de Afdeling geen verplichting voort om dergelijke maatregelen in individuele vergunningen voor te schrijven.⁵⁵

In verschillende rechtbankuitspraken in 2021 zijn nadere, nuancerende randvoorwaarden geformuleerd voor intern salderen.⁵⁶ De eerste uitspraak betrof de Amercentrale.⁵⁷ De rechtbank concludeerde dat met een onderdeel van de inrichting waarvoor geen milieutoestemming (meer) bestond en waarvoor geen passende beoordeling is verricht, niet zonder meer intern mag worden gesaldeerd – ook niet

43 ABRvS 22 april 2020, ECLI:RVS:2020:1110.

44 ABRvS 11 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1368.

45 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.

46 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560.

47 Kamerstukken II 2022/23, Aanhangsel van de Handelingen, 931.

48 HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10 (Stadt Papenburg). Zie over bestaand gebruik ook ons Stibbe-blog: 'Wnb-vergunningplicht voor 'bestaand gebruik' na 1 januari 2020? Geen vergunningplicht, maar de wet biedt geen duidelijkheid' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/wnb-vergunningplicht-voor-bestaand-gebruik-na-1-januari-2020-geen-vergunningplicht-maar-de-wet-biedt-geen-duidelijkheid/>).

49 HvJ EU 10 november 2022, ECLI:EU:C:2022:864 (Dansk Akvakultur).

50 HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:10 (Grüne Liga Sachsen).

51 En evenmin andere effecten veroorzaakt die nadelig kunnen zijn (denk aan geohydrologie, geluid).

52 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Logtse Baan).

53 ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175.

54 ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175, r.o. 10.

55 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2341.

56 Zie daarover uitvoeriger par. 3.1.2 in ons eerdere artikel in BR 2022/18.

57 ABRvS 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389.

als een eerdere *natuurvergunning* nog wel een grondslag biedt voor de exploitatie van dat onderdeel. In een dergelijk geval zal het bevoegd gezag moeten aantonen welke passende maatregelen in de zin van artikel 6, lid 2 Hrl het treft met het oog op een daling van stikstofdepositie. Salderen met een onherroepelijke PAS-vergunning is – zo blijkt uit de Rendac-uitspraak – evenmin zonder meer toegestaan, wanneer het gaat om een niet gerealiseerd onderdeel of niet uitgevoerde activiteit. Een individuele passende beoordeling kan niet (onbeperkt) vooruit worden geschoven, zo lijkt de lijn in beide uitspraken. Daarvoor vindt de rechtbank steun in onder meer het PAS-arrest.⁵⁸ Een uitspraak van de Afdeling over deze rechtbanklijn is er helaas nog niet.

3.2.2 Jurisprudentie

Intussen hebben de Afdeling en rechtbanken in 2022 de toepassing van intern salderen in meerdere zaken geaccepteerd op basis van de hiervoor beschreven lijn. Ook over hoe de referentiesituatie te bepalen is rechtspraak verschenen. Hierna gaan wij in op een aantal uitspraken.

De rechtbank Noord-Nederland oordeelde dat er geen aanknopingspunten zijn voor het oordeel dat een verplichting bestaat om stikstofreducerende maatregelen in individuele vergunningen voor te schrijven indien geen zodanig beleid door het bevoegd gezag wordt gevoerd.⁵⁹ Artikel 6, lid 2 Hrl houdt niet in dat vergunningverlening met toepassing van intern salderen niet of beperkt is toegestaan, omdat eventuele vrijkomende emissieruimte moet worden gebruikt voor passende maatregelen. Het bevoegd gezag is bevoegd om bij vergunningverlening beleid te voeren dat is gericht op het voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, lid 2, maar is daar niet toe verplicht. Dit is in lijn met vaste Afdelingsjurisprudentie.⁶⁰

In april 2022 deed de rechtbank Noord-Holland uitspraak in het beroep tegen de Wnb-vergunning die de provincie Noord-Holland aan het Circuit in Zandvoort had verleend.⁶¹ Daarbij was intern gesaldeerd. Bij het salderen mocht voor de oude situatie volgens de rechtbank rekening worden gehouden met enerzijds een milieuvergunning ten tijde van voor de referentiedatum en anderzijds nadien verleende wijzigings(natuur)vergunningen. Dat "*dekkende vergunningenpakket*" vormt de referentiesituatie. Omdat in de referentiesituatie onbeperkt gebruik van het circuitterrein was toegestaan, kunnen geen concrete emissies aan de in de referentiesituatie toegestane activiteiten worden verbonden. Dit brengt met zich dat de stikstofemissie en -depositie te allen tijde minder zullen zijn dan op grond van de verleende vergunningen ten hoogste mogelijk is. Verder is in de vergunning een beperking van het baangebruik met 28 dagen per jaar en een beperking van de maximale jaarvrucht opgenomen. Uitgesloten is dan ook dat de wijziging significante

gevolgen heeft; er was geen passende beoordeling nodig, aldus de rechtbank.

Het verzoek om voorlopige voorziening hangende hoger beroep heeft de voorzitter van de Afdeling vervolgens afgewezen.⁶² Verweerder is er – naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter – terecht van uitgegaan dat de referentiesituatie een jaarrond gebruik van het circuitterrein voor diverse auto- en motorsportactiviteiten en andere (grootschalige) publieksactiviteiten omvat. Een uitspraak op het hoger beroep valt in 2023 te verwachten.

Over de agrarische sector zijn meerdere uitspraken gedaan die van belang zijn voor intern salderen. Zo beschouwt de Afdeling het intern salderen met gebruikmaking van emissie-reducerende technieken kritisch.⁶³ Er bestaat, gelet op wetenschappelijke onderzoeken, te veel twijfel over de juistheid van gehanteerde emissiefactoren. Daarom is niet op grond van objectieve gegevens uitgesloten dat de wijziging tot significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied leidt. Verder is controle door het bevoegd gezag op de naleving van bepaalde voorschriften onvoldoende geborgd.

3.2.3 Positieve weigering of vergunning

Sinds het ontbreken van een vergunningplicht bij intern salderen, komt het regelmatig voor dat het bevoegd gezag een zgn. 'positieve weigering' afgeeft. Daarin wijst het bevoegd gezag (meestal de provincie) een aanvraag voor een Wnb-vergunning af, overwegende dat geen Wnb-vergunningplicht bestaat omdat zich in de aangevraagde situatie geen toename van stikstofdepositie voordoet. Over positieve weigeringen is inmiddels rechtbankjurisprudentie beschikbaar, die wij hierna kort bespreken.

In een uitspraak van 31 mei 2022 oordeelt de rechtbank Oost-Brabant dat in het geval van een positieve weigering niet zomaar gehandhaafd kan worden vanwege het niet voldoen aan (aanvullende) maatregelen die in de vergunningaanvraag staan opgenomen.⁶⁴ Het bevoegd gezag moet in plaats daarvan aantonen dat de feitelijke werking van, in dit geval, de melkrundveehouderij leidt tot een hogere stikstofdepositie dan de stikstofdepositie in de referentiesituatie waardoor een overtreding van artikel 2.7 lid 2 Wnb kan plaatsvinden. Als de maatregelen in een vergunning worden opgenomen, dan kan het niet voldoen aan die maatregelen wel direct gehandhaafd worden, aldus de rechtbank.

In het najaar verschenen twee uitspraken van de rechtbank Gelderland en de rechtbank Oost-Brabant over het rechtskarakter van een positief weigeringsbesluit.⁶⁵ In de Gelderse zaak ging de aanvrager van de natuurvergunning in beroep tegen de positieve weigering omdat dit volgens haar in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel. De rechtbank overweegt dat een positief weigeringsbesluit onherroepelijk kan worden waardoor er in een latere procedure van uitgegaan moet worden. Daarom zijn de rechtsgevolgen

58 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS).

59 Rb. Noord-Nederland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:891.

60 Onder andere ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2341.

61 Rb. Noord-Holland 26 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3550. Auteurs wijzen ter transparantie op de betrokkenheid van Stibbe in deze procedure.

62 ABRvS (vzr.) 2 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2200.

63 ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2557.

64 Rb. Oost-Brabant 31 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2252, ro. 6.5.

65 Rb. Gelderland 18 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5829; Rb. Oost-Brabant 1 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5232.

van de positieve weigering gelijk aan die van een natuurvergunning. De aanvrager heeft dus geen procesbelang bij de procedure, aldus de rechtbank. Dat procesbelang ontleent zij ook niet aan de disclaimer die in het besluit staat opgenomen. Die houdt in dat als de plannen, het recht of het beleid wijzigen, mogelijk alsnog een vergunning nodig is. Volgens de rechtbank volgt de rechtskracht van besluiten echter uit de wet en niet uit overwegingen in een besluit. Daarin verschilt een positieve weigering evenmin van een natuurvergunning.

In de zaak voor de rechtbank Oost-Brabant ging het om een vergelijkbare situatie.⁶⁶ Volgens de rechtbank kan het weigeringsbesluit niet gelijkgesteld worden met een natuurvergunning. Om die reden kunnen op grond van artikel 5.3 Wnb geen voorschriften aan het weigeringsbesluit worden verbonden. Het weigeringsbesluit levert, anders dan bij een natuurvergunning, ook geen nieuwe referentiesituatie op. De rechtbank oordeelt dat sprake is van een bestuurlijk rechtsoordeel dat inhoudt dat het aangevraagde project nu op grond van de wet mag worden uitgevoerd. Dat oordeel kan volgens de rechtbank zijn waarde verliezen als sprake is van een relevante wijziging in de aanvraag, het geldende recht en het AERIUS-programma voor de berekening van de stikstofdepositie.

3.2.4 Beschouwingen

Hoewel de Afdeling op dit moment geen aanleiding ziet om aan te nemen dat bij toestemmingen eventuele vrijkomende emissieruimte moet worden gebruikt voor passende maatregelen voor habitats (artikel 6, lid 2 Hrl), zien wij hier en daar een andere lijn opduiken. Niet alleen de uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant beperken de mogelijkheid om met bestaande 'stikstofrechten' te salderen. Ook de Minister geeft aan in te zetten op de inperking van latente ruimte. Dat zou plaats kunnen (of moeten) vinden bij wijzigingen waarvoor toestemmingen worden aangevraagd. Het is nog onduidelijk waar die bevoegdheid – een actualisatieplicht wordt het niet, aldus de Minister – vorm krijgt en hoe die exact gaat luiden. Een eventuele wetswijziging zou invloed kunnen hebben op de lijn van de Afdeling. Datzelfde geldt voor de herintroductie van de vergunningplicht bij intern salderen.

Daar waar het gaat om het rechtskarakter van positieve weigeringen zijn verschillende uitspraken gedaan die mogelijk in tegenspraak zijn met elkaar.⁶⁷ Voor de praktijk is het wenselijk dat de Afdeling zich uitspreekt over het karakter van de positieve weigering. Zo is het bijvoorbeeld van belang om te weten of een positieve weigering, gelijk aan een natuurvergunning, leidt tot een nieuwe referentiesituatie of niet. De hiervoor beschreven uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant lijkt ons daarbij de juiste juridische lijnen uiteenzetten, maar we zien hierbij wel de ongewenste gevolgen door het ontbreken van rechtszekerheid. Het is onder meer onwenselijk dat nieuwe versies van AERIUS-invloed hebben

op reeds ondernomen en onderzochte wijzigingen onder gebruikmaking van intern salderen. De minister zou dit naar ons oordeel met de aangekondigde wetswijziging minimaal moeten regelen.

3.3 Extern salderen

3.3.1 Inleiding

Extern salderen staat ook in de schijnwerpers. Bedrijven kopen agrarische bedrijven uit om op die manier (te proberen) ruimte te creëren voor een natuurvergunning. En ook sommige overheden zijn er als de kippen bij, wat weer tot politieke strubbelingen leidt. Inmiddels heeft de Minister in de Novemberbrief⁶⁸ aangekondigd het afroombepaalde te verhogen en de landelijke regie op extern salderen te verstevigen. Daarnaast is afgesproken dat overheden elkaar vooraf informeren, om verrassingen te voorkomen.

Met extern salderen – een zgn. mitigerende maatregel – wordt beoogd om eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen. Hoewel toestemmingsverlening met extern salderen als mitigerende maatregel juridisch op dit moment tot de mogelijkheden behoort, ligt de lat hoog. Kort gezegd is de motiveringsplicht voor het bestuursorgaan dat een besluit neemt met toepassing van extern salderen sinds de PAS-uitspraken in 2019 verzwakt. Niet alleen moet aan de al langer geldende randvoorwaarden voor extern salderen – zoals directe samenhang en de daadwerkelijke beëindiging van het saldogevende project – worden voldaan. Ook moet het bevoegd gezag inzichtelijk maken welke andere passende maatregelen getroffen worden om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren, te behouden en verslechteringen te voorkomen. Dat is, zo beschreven wij eerder, niet altijd even gemakkelijk.

In navolging op bovengenoemde jurisprudentie heeft de Afdeling ook in 2022 belangwekkende uitspraken gedaan. Die komen hierna aan bod.

3.3.2 Jurisprudentie

In de uitspraak over de Buitenring Parkstad Limburg⁶⁹ zet de Afdeling nog eens helder de voorwaarden voor extern salderen uiteen. De provincie heeft een in 2016 voor de uitbreiding van een veehouderij verleende natuurvergunning ingetrokken. Reden daarvoor was dat de eerdere pachter van die veehouderij met de provincie was overeengekomen de exploitatie ter plaatse te beëindigen ten gunste van de aanleg en ingebruikname van een ringweg (extern salderen).

De Afdeling benadrukt dat die overeenkomst zelf onvoldoende is om te kunnen spreken van externe saldering. Van externe saldering is alleen sprake indien *"er een directe samenhang bestaat tussen de intrekking van de milieuvergunning en de verlening van de Nbw-vergunning [tegenwoordig: Wnb-vergunning]. Die directe samenhang wordt aangenomen als de milieuvergunning voor het saldogevende bedrijf*

66 Rb. Oost-Brabant 1 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5232, ro. 8.

67 Jansen Schoonhoven, annotatie bij Rb. Gelderland 18 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5829, OGR Updates 2022/229.

68 Zie hierboven, paragraaf 2.3.

69 ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074.

daadwerkelijk is of zal worden ingetrokken ten behoeve van de uitbreiding van het saldo-ontvangende bedrijf. Dit kan blijken uit het intrekingsbesluit of uit een overeenkomst tussen het saldogevende en saldo-ontvangende bedrijf over de overname van het stikstofdepositiesaldo van de in te trekken milieuvergunning. Verder dient vast te staan dat de bedrijfsvoering van het saldogevende bedrijf daadwerkelijk is of wordt beëindigd." Daarvan was in dit geval geen sprake: er stond met de overeenkomst – zo bleek ook uit de praktijk – niet vast dat de saldogevende activiteit feitelijk daadwerkelijk is of wordt beëindigd. Die constatering heeft dan ook tot gevolg dat de provincie niet bevoegd was om de natuurvergunning van de nieuwe exploitant in te trekken.⁷⁰

In de uitspraak over de herziening van een bestemmingsplan⁷¹ bevestigt de Afdeling dat voor de beoordeling van de gevolgen van een plan alle samenhangende gevolgen moeten worden betrokken. Daarbij mogen ook de positieve gevolgen een rol spelen, indien die een rechtstreeks, onlosmakelijk gevolg zijn van het plan. Hiervan is in ieder geval sprake wanneer het gebruik van de gronden wordt beëindigd op de plek waar de ruimtelijke ontwikkeling is voorzien. Als het daarbij gaat om een andere locatie binnen dat plan dan de locatie waar een nieuwe ontwikkeling wordt toegestaan, is sprake van extern salderen – en niet, zoals het bedrijf had aangevoerd, van intern salderen.

Extern salderen met gebruikmaking van het stikstofregistratiesysteem is geen gegarandeerd succes. De rechtbank Noord-Holland⁷² kwam tot de conclusie dat de snelheidsmaatregel – een generieke bronmaatregel die in het stikstofregistratiesysteem was opgenomen – niet voldoet aan de Habitatrichtlijn. Uit onderzoeken bleek namelijk dat niet is uitgesloten dat door de snelheidsmaatregel de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden worden aangetast. De depositieruimte die de snelheidsverlaging creëert kan dan ook niet worden ingezet voor een (woningbouw) project dat stikstofdepositie veroorzaakt. Inmiddels is de snelheidsmaatregel niet meer in het systeem opgenomen. Daarin is momenteel uitsluitend depositieruimte als gevolg van de Subsidieregeling sanering varkenshouderijen opgenomen (maximaal 70%). Er is nog geen jurisprudentie over de vraag of de vergunningverlening met gebruikmaking van de daaruit vrijkomende ruimte juridisch houdbaar is.

Ten slotte wijzen wij er op dat meerdere provincies stikstofbanken hebben ingesteld. Uit eerdere jurisprudentie van vóór PAS blijkt dat extern salderen met gebruikmaking van stikstofdepositiebanken onder voorwaarden toegestaan is. Dat daarbij niet bekend is aan welk startend, saldo-ontvangend bedrijf een saldo-gevend bedrijf zijn stikstofrechten ter beschikking stelt, is volgens de Afdeling "niet bezwaarlijk".⁷³ Als voorwaarde gold dat verzekerd moest zijn dat het

saldo-gevende bedrijf op het moment van het intrekken van de vergunning, feitelijk nog aanwezig was.⁷⁴

3.3.3 Beschouwingen

Hoewel toestemmingverlening met behulp van extern salderen op grond van de huidige jurisprudentie is toegestaan, is deze handelwijze momenteel niet zonder risico's. Jurisprudentie over hoever de motiveringsplicht reikt voor provincies om aan te tonen welke andere passende maatregelen getroffen worden om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren, zal verder uitgekristalliseerd moeten worden. Intussen verwachten wij een beperking van de mogelijkheden, zoals een verhoging van het afroompercentage en geoormerkte benutting voor bepaalde doelen in de verschillende 'banken'. Inperking van latente ruimte (waardoor minder stikstofrechten extern kunnen worden ingezet) zal mogelijk op termijn leiden tot een afname van extern-salderingsmogelijkheden.

Van belang is ten slotte dat de provinciale (en landelijke) stikstofdepositiebanken overheden kunnen helpen bij het voeren van regie op de verdeling van stikstofruimte. Daarbij zullen de banken aan bepaalde juridische randvoorwaarden moeten voldoen, zoals ook al uit eerdere jurisprudentie van voor PAS bleek.

3.4 Een toename van stikstofdepositie en een overschrijding van de KDW: en dan?

Gelet op de huidige stikstofproblematiek kan de vraag opkomen of het nog mogelijk is om een plan of project te realiseren dat leidt tot een permanente (toename van) stikstofdepositie in overbelaste Natura 2000-gebieden.

Een uitspraak van de Afdeling over het bestemmingsplan 'Kustzone Petten 2020' bevestigt dat dit onder voorwaarden het geval is.⁷⁵ Dit bestemmingsplan leidde tot een permanente toename van 0,75 mol/ha/jr op stikstofoverbelaste gebieden, maar blijft toch in stand. Volgens de Afdeling kan in de passende beoordeling worden uitgegaan van de actuele staat van instandhouding van een gebied, die kan afwijken van de beschrijving in een (ouder) beheerplan. Verder mogen bij de beoordeling van de staat van instandhouding van habitattypen beheermaatregelen worden betrokken die een continuering vormen van 'al uitgevoerde, bestaande, in uitvoering zijnde maatregelen'. Ook autonome ontwikkelingen waarvan de positieve gevolgen vaststaan, mogen worden betrokken. De actuele kwaliteit van de habitattypen is verder vastgesteld in een zeer uitgebreid ecologisch onderzoek. Voor de habitattypen waarvoor het plan tot een toename van stikstofdepositie leidt en waarbij sprake is van een bestaande overschrijding van de KDW is een ecologische systeemanalyse verricht. De conclusie daarvan is dat de geringe toename van stikstofdepositie niet kan leiden

70 Zie over deze uitspraak uitvoeriger ons Stibbeblog: 'Daadwerkelijke beëindiging bestaande bedrijven vereist voor toepassing externe saldering stikstofdepositie' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/daadwerkelijke-beeindiging-bestaande-bedrijven-vereist-voor-toepassing-externe-saldering-stikstofdepositie/>).

71 ABRvS 9 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3215.

72 Rb. Noord Holland 22 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3375.

73 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931.

74 R.o. 3.12.

75 ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3914. Zie uitgebreider: ons Stibbe-blog: 'Wat wel kan. Vuistregels voor een stikstof-proof bestemmingsplan of project' (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/wat-wel-kan-vuistregels-voor-een-stikstof-proof-bestemmingsplan-of-project/>). Overigens strandde ditzelfde plan eerder op PAS – zie ABRvS 11 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3094.

tot een afname van de kwaliteit van deze habitattypen. Het is volgens de Afdeling niet vereist dat de habitattypen die gevolgen van het plan ondervinden zich in een goede staat van instandhouding bevinden, noch dat het plan leidt tot een positief effect voor de instandhoudingsdoelstellingen. Het gaat erom dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet worden aangetast door het plan. Deze conclusie kan volgens de Afdeling worden gedragen door de passende beoordeling.

Als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet kan worden uitgesloten, dan kan het met succes doorlopen van de ADC-toets soelaas bieden aan projecten en plannen die een dwingend algemeen belang dienen (artikel 6 lid 4 Hrl en artikel 2.8 lid 4 Wnb).⁷⁶ Van dit instrument wordt echter (nog steeds) weinig gebruikgemaakt.⁷⁷

Vorig jaar constateerde de Minister voor Klimaat en Energie dat het gebrek aan stikstofruimte als gevolg van de huidige staat van de natuur de realisatie van verduurzaming in alle sectoren kan vertragen, zoals ook de realisatie van hernieuwbare energieprojecten en de aanleg van infrastructuur voor de verduurzaming van de industrie.⁷⁸ Hij benadrukte dat het kabinet alles op alles zet om te voorkomen dat de stikstofcrisis de oplossing van de klimaatcrisis in de weg staat. Dat lijkt een aankondiging van meer ADC-toestemmingverlening, zoals ook blijkt uit uitspraken in de media.⁷⁹ Verder kondigde de Minister in de hiervoor genoemde Kamerbrief van 25 november 2022 onder meer aan de mogelijkheden te verkennen *"om geen of minder beperkingen op te leggen aan projecten die op korte termijn een toename van stikstofuitstoot en -depositie veroorzaken, maar op de langere termijn een substantiële afname leveren, die bijdragen aan natuurherstel"*.⁸⁰

3.5 Plannen en referentiesituatie

Eerder is de referentiesituatie bij de beoordeling van projecten al aan bod gekomen bij de bespreking van de jurisprudentie over intern salderen (paragraaf 3.2). Wij beperken ons op deze plaats tot de signalering dat de jurisprudentielijn over de bepaling van de referentiesituatie bij plannen dit jaar is voortgezet. In onze vorige bijdrage beschreven wij dat in beginsel niet aanvaardbaar is dat op de peildatum reeds beëindigde activiteiten worden betrokken bij de bepaling van de referentiesituatie, maar dat dit onder voorwaarden wel mogelijk is. Deze voorwaarden zijn dat (i) uit een schriftelijk stuk moet blijken dat de activiteit is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt, (ii) dat verder uitgesloten moet zijn dat de activiteit sowieso zou zijn beëindigd voor de peildatum en (iii) dat in de periode tussen de beëindiging van de activiteit en de vaststelling van het plan geen andere stikstof-veroorzakende activiteiten zijn

ontplooid op het desbetreffende perceel.⁸¹ In een uitspraak van 18 januari 2023, die volgt op de tussenuitspraak waarin voornoemde voorwaarden zijn geschetst, oordeelt de Afdeling dat aan deze voorwaarden is voldaan en dus reeds beëindigde activiteiten kunnen worden betrokken bij de bepaling van de referentiesituatie en daarmee bruikbaar zijn voor interne saldering.⁸²

Aandachtspunt bij plannen blijft verder de vraag of sprake is van één ruimtelijke ontwikkeling – waardoor intern kan worden gesaldeerd en een voortoets volstaat. Dat twee functies beide in één plangebied liggen en op korte afstand van elkaar, is op zichzelf onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van één ruimtelijke ontwikkeling. Tussen twee functiewijzigingen (wijziging van woning naar kantoor en de gebruiksintensivering van een laad- en loswal) ontbrak volgens de Afdeling *"een zodanige ruimtelijke samenhang"*, waardoor geen sprake was van één ruimtelijke ontwikkeling. Het ging daarom om een mitigerende maatregel die niet in de voortoets bij het vaststellen van de emissie betrokken had mogen worden.⁸³

3.6 Intrekking vergunning

3.6.1 Inleiding

Over het al dan niet intrekken van een natuurvergunning op grond van artikel 5.4 Wnb is ook in 2022 rechtspraak verschenen. Hierna gaan wij nader in op deze jurisprudentie. Daarbij onderscheiden wij intrekkingen van een natuurvergunning op grond van de vrije intrekkingbevoegdheid (artikel 5.4 lid 1 Wnb; wij beperken ons tot sub b (onjuiste/onvolledige gegevens), c (in strijd met de wettelijke voorschriften verleend) en d (gewijzigde omstandigheden)) en op grond van de gebonden bevoegdheid (artikel 5.4 lid 2 Wnb).

De hierna te bespreken jurisprudentie borduurt voort op de Logtsebaan-uitspraak, waarin de Afdeling het kader stelt voor de beoordeling van intrekkingverzoeken die zijn gebaseerd op artikel 5.4 Wnb.⁸⁴ Dit beoordelingskader bespreken wij in onze vorige bijdrage.⁸⁵

3.6.2 Intrekking op grond van artikel 5.4 lid 1 sub b, c en d

In de genoemde uitspraak over de Buitenring Parkstad Limburg boog de Afdeling zich, naast extern salderen, ook over de intrekking van de natuurvergunning op grond van artikel 5.4 lid 1 onder b en c Wnb.⁸⁶ Op basis van de (geheime) overeenkomst zou het stikstofdepositiesaldo uit de referentiesituatie zijn overgedragen ten behoeve van externe saldering. Daarom zou dit saldo niet meer gebruikt kunnen worden voor interne saldering waarmee de natuurvergunning werd mogelijk gemaakt. De Afdeling gaat hier niet in mee omdat *"niet is gebleken dat is gewaarborgd dat deze activiteiten ook (rechtens) blijvend beëindigd moeten*

76 Zie voor de mogelijkheden van de ADC-toets uitgebreider ons eerdere artikel in BR 2019/88, p. 629 e.v.

77 Sinds ons vorige artikel is slechts in een uitspraak sprake van een verrichte ADC-toets, te weten ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1561, ro. 133.1. 4 juni 2022.

79 Onder andere 'Rob Jetten wil uitzonderingspositie voor groene projecten bij stikstofaanpak', Trouw, 2 juni 2022.

80 Kamerstukken II 2022/23, 30252, nr. G.

81 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, ro. 24.2.

82 ABRvS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:167, ro. 12.

83 ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2073.

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

85 Collignon & Berkouwer, BR 2022/18, par. 3.3.1.

86 ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074.

blijven".⁸⁷ De intrekking was daarom onrechtmatig. De Afdeling laat desalniettemin de rechtsgevolgen van het intrekkingbesluit in stand. Hiermee voorkomt de Afdeling dat tot maximaal een dubbele hoeveelheid stikstofdepositie zou kunnen plaatsvinden op het overbelaste Natura 2000-gebied (er was immers ook extern gesaldeerd). Dit acht de Afdeling *"een zodanig zwaarwegend maatschappelijk belang dat die keuze (van instandhouding van de rechtsgevolgen, auteurs) gerechtvaardigd is"*.⁸⁸

Onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis en Europese jurisprudentie overweegt de rechtbank Noord-Nederland dat de intrekkingbevoegdheden op grond van artikel 5.4 lid 1 sub c en d Wnb zien op situaties waarin (i) de gevolgen van een plan of project bij de toestemmingsverlening goed zijn beoordeeld, maar naderhand toch een verslechtering of verstoring blijken mee te brengen of (ii) de beoordeling van de gevolgen van het plan of project gebrekkig is geweest en het plan of project heeft geleid of dreigt te leiden tot een verslechtering of verstoring met significante gevolgen. Bij de te maken belangenafweging kunnen naast de rechtszekerheid die voortvloeit uit een onherroepelijke natuurvergunning ook zwaarwegende financiële belangen een rol spelen.⁸⁹

Een natuurvergunning die met toepassing van het PAS is verleend, is volgens de rechtbank Midden-Nederland in strijd met wettelijke voorschriften verleend en komt dus eventueel voor intrekking op grond van artikel 5.4 lid 1 sub c Wnb in aanmerking, aldus de rechtbank Midden-Nederland.⁹⁰ Dat standpunt volgt de rechtbank Limburg, die eraan toevoegt dat een litigieuze natuurvergunning in de belangenafweging niet hetzelfde gewicht in de schaal legt als een onherroepelijke vergunning. Intrekking is in dat geval niet *"zonder meer onevenredig"*, waardoor het bevoegd gezag moet kijken naar *"hoever de uitvoering is / welke investeringen al zijn gedaan, de eventuele mogelijkheden tot reductie van stikstofdepositie en, bij voorbeeld, een in verband daarmee staande wijziging van de verleende vergunning"*. Dat is zelfs zo als slechts sprake is van *"in totaliteit een geringe afname van de stikstofdepositie"* bij intrekking.⁹¹

Tot slot wijzen wij op een uitspraak waarin de rechtbank Noord-Holland oordeelde dat een intrekkingverzoek alleen kan zien op Wnb-natuurvergunningen en niet op omgevingsvergunningen met een aangehaakte natuurtoestemming. Voor deze omgevingsvergunningen geldt de intrekkingbepaling uit artikel 2.33 Wabo. Artikel 2.33 Wabo bevat geen intrekkinggrondslag die vergelijkbaar is met artikel 5.4 lid 1 sub c of d Wnb.⁹²

3.6.3 Intrekking op grond van artikel 5.4 lid 2

Ook over de gebonden intrekkingbevoegdheid van artikel 5.4 lid 2 Wnb is het afgelopen jaar weer de nodige jurisprudentie verschenen.

Bij de toepassing van artikel 5.4 lid 2 is anders dan bij lid 1 geen ruimte om andere belangen te betrekken, zo overweegt de rechtbank Oost-Brabant.⁹³ Een verwijzing naar het landelijk maatregelenpakket zoals bedoeld in de Wet stikstofreductie en natuurverbetering is verder onvoldoende om af te zien van intrekking, als niet inzichtelijk en aanneemelijk wordt gemaakt dat de uitvoering hiervan leidt tot *"zodanig positieve effecten voor het Natura 2000-gebied"* dat van (gedeeltelijke) intrekking kan worden afgezien.⁹⁴ Ook kan het bevoegd gezag zich niet baseren op stalmaatregelen waarvan het effect volgens eerdere jurisprudentie onvoldoende zeker en inzichtelijk is.⁹⁵

De rechtbank Gelderland oordeelde op vergelijkbare wijze dat het bevoegd gezag niet slechts kan stellen dat hij onderzoek naar alternatieve passende maatregelen verricht.⁹⁶ Hij kan ook niet meer wijzen op dezelfde documenten (o.a. de Wsn) als in 2021,⁹⁷ toen de rechtbank nog oordeelde dat intrekking niet noodzakelijk was.⁹⁸ Vanwege de verstreken tijd was een concretere toelichting vereist over de uitvoering van de maatregelen en de (on)mogelijkheid om de daarin gestelde doelen te bereiken, aldus de rechtbank.

Het blijft voor het bevoegd gezag verder van belang om duidelijk het verschil tussen passende maatregelen (artikel 6 lid 2 Hrl) en andersoortige maatregelen (instandhoudings- of herstelmaatregelen) voor ogen te hebben. Dat komt bijvoorbeeld aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland.⁹⁹ Als het bevoegd gezag wijst op andere maatregelen die de intrekking van een natuurvergunning niet noodzakelijk maken, dan moet gemotiveerd worden waarom het gaat om passende maatregelen. Dat geldt temeer als het gaat om maatregelen uit een beheerplan, nu artikel 6 lid 1 Hrl instandhoudingsmaatregelen definieert als maatregelen die in een beheerplan kunnen worden opgenomen, aldus de rechtbank. De rechtbank geeft daarnaast een kader voor de beoordeling van alternatieve passende maatregelen: het is niet nodig om *"concreet aan te geven welke maatregel tot dezelfde reductie van de stikstofdepositie leidt als de intrekking of wijziging van de natuurvergunning zou leiden"*, maar wel moet *"duidelijk worden gemaakt of de maatregelen effectief zijn en op welke termijn"*.

Eerder kwam al aan de orde dat artikel 2.33 Wabo volgens de rechtbank Noord-Holland geen intrekkinggrond bevat die vergelijkbaar is met artikel 5.4 lid 1 Wnb. Artikel 2.33 lid 1 onder a Wabo bevat echter wel een plicht om een

87 ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074, ro. 7-8.

88 ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3074, ro. 9.

89 Rb. Noord-Nederland 24 juni 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2155.

90 Rb. Midden-Nederland 10 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1791, ro. 17-19.

91 Rb. Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2463 en van dezelfde datum ECLI:NL:RBLIM:2022:2460, ro. 14.

92 Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3888, ro. 8.1 e.v. Auteurs wijzen ter transparantie op de betrokkenheid van Stibbe in deze procedure.

93 Rb. Oost-Brabant 24 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5151, ro. 7.4.

94 Rb. Oost-Brabant 24 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5151, ro. 9.10.

95 Rb. Oost-Brabant 24 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5151, ro. 10.6. Zie in vergelijkbare zin Rb. Gelderland 24 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:340, ro. 17.

96 Rb. Gelderland 24 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:340, ro. 11.2.

97 Rb. Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684.

98 Rb. Gelderland 24 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:340, ro. 16.

99 Rb. Midden-Nederland 10 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1791, ro. 22-24. Zie tevens Rb. Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2463 en van dezelfde datum ECLI:NL:RBLIM:2022:2460, ro. 16.

omgevingsvergunning in te trekken als dat noodzakelijk is ter uitvoering van internationale verdragen. Gelet daarop moet volgens de rechtbank analoog aan het kader van artikel 5.4 lid 2 Wnb beoordeeld worden of intrekking van de omgevingsvergunningen nodig is ter uitvoering van artikel 6 lid 2 Hrl.¹⁰⁰

3.6.4 Beschouwingen

Provincies zijn niet geneigd om (al dan niet op verzoek) toepassing te geven aan artikel 5.4, lid 2 Wnb, maar het blijft lastig om een afwijzend besluit daarover deugdelijk te motiveren. Zolang passende maatregelen getroffen moeten worden om verslechtering van Natura 2000-gebieden tegen te gaan en die maatregelen nog niet uitgevoerd of op z'n minst in uitvoering zijn, zal dat, verwachten wij, niet veel makkelijker worden. In ieder geval zal duidelijk moeten zijn welke stikstofreducerende maatregelen binnen afzienbare termijn worden uitgevoerd. De eind 2022 aangekondigde maatregelen voor de verschillende sectoren kunnen – zodra die concreet worden – een handvat bieden.

Onderbelicht blijft naar onze mening de vraag of een intrekking ook daadwerkelijk in aantoonbare mate kan bijdragen aan het voorkomen van verslechtering. Volgens de Afdeling komt, als geen zicht is op andere stikstofreducerende maatregelen, intrekking in beeld *"met name als die intrekking(en) of wijziging(en) wel binnen afzienbare termijn tot relevante verbetering kan of kunnen leiden"*.¹⁰¹ Wij menen dan ook dat de significantie een (grotere) rol zou moeten spelen in de beoordeling van de activiteiten waar intrekking mogelijk aan de orde is.¹⁰²

3.7 Overige onderwerpen

3.7.1 Relativiteit

De relativiteitseis staat vaak in de weg aan de behandeling van een beroepsgrond die ziet op stikstof. Met artikel 8:69a Awb heeft de wetgever de eis willen stellen dat er een verband is tussen een beroepsgrond en het belang waarin een procederende partij door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van degene die in (hoger) beroep komt. Het gaat hier om een ambtshalve toetsing door de bestuursrechter.

Met regelmaat zien wij uitspraken voorbijkomen waarin beroepsgronden die betrekking hebben op de Wnb en stikstof buiten beschouwing blijven. De bepalingen in de Wnb over de beoordeling van de gevolgen van een project voor een Natura 2000-gebied zijn opgenomen ter bescherming van het behoud van die gebieden en de natuurwaarden. Dat is een algemeen belang, en geen individueel belang. Individuele belangen van natuurlijke personen bij het behoud van

een goede kwaliteit van hun leefomgeving, kunnen echter zo verweven zijn met het algemene belang dat de Wnb beoogt te beschermen, dat niet kan worden geoordeeld dat de betrokken normen van de Wnb kennelijk niet strekken tot bescherming van die belangen. Hoe groter de afstand is van de woonlocatie van het betrokken individu tot het betreffende Natura 2000-gebied, hoe kleiner de kans dat sprake is van verwevenheid. Zo is 1 kilometer een te grote afstand.¹⁰³

3.7.2 Via15 en de afkap in AERIUS

Binnenkort valt een einduitspraak te verwachten als sluitstuk in de zaak over de A15.¹⁰⁴ Daarin was sprake van een tracébesluit waarbij stikstofdepositie op een afstand van meer dan 5 kilometer buiten beschouwing was gelaten. Onder verwijzing naar het *Briels*-arrest van het Hof van Justitie¹⁰⁵ benadrukte de Afdeling dat een passende beoordeling *"volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies [moet] bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen"*. Daaraan voldeed het besluit en de onderbouwing niet. Onduidelijk blijft of de beoordeling van de stikstofdepositie die als gevolg van het tracé kan ontstaan volledig is geweest. Dat eventuele berekende bijdragen van wegverkeer op grotere afstanden dan 5 kilometer niet meer betekenisvol te herleiden zijn tot een individueel project (het standpunt van verweerder in die zaak), doet daar volgens de Afdeling niet aan af.

In de zaak is vorig jaar een nieuwe onderbouwing ingediend, waarbij de depositiegrens in AERIUS is opgehoogd naar 25 kilometer. Eind 2022 heeft een zitting plaatsgevonden. Een uitspraak valt te verwachten in de eerste helft van dit jaar.

3.7.3 PAS-melders en handhaving

Een consequentie van de PAS-uitspraak is dat PAS-melders opereren zonder een mogelijk vereiste natuurvergunning. Uit een brief aan de Tweede Kamer van 23 december 2022 volgt dat van de 2488 PAS-melders die gegevens hebben aangeleverd, inmiddels zeven een natuurvergunning hebben en 28 met intern salderen legaal opereren.¹⁰⁶ Voor het gros van de PAS-melders blijft de vraag of van handhaving kan worden afgezien voorlopig dus onverminderd relevant. In de rechtbankjurisprudentie wordt die vraag niet wezenlijk anders beantwoord ten opzichte van de jurisprudentie die wij in onze vorige bijdrage beschreven. Voor de meeste PAS-melders is (nog) geen stikstofdepositieruimte beschikbaar en zijn nog geen ontvankelijke vergunningaanvragen mogelijk op grond van het programma. Van concreet zicht op legalisatie is dan ook niet snel sprake.¹⁰⁷ De belangenafweging valt evenmin vaak uit in het voordeel van

100 Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3888, ro. 14.1-15.2.

101 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Logtse Baan), r.o. 1.2 en 7.

102 Zie voor een uitgebreidere uitleg ons Stibbe-blog: *'Intrekking van natuurvergunningen en de praktijk: de stand van zaken en de rol van significantie van eventuele effecten'* (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/intrekking-van-natuurvergunningen-en-de-praktijk-de-stand-van-zaken-en-de-rol-van-significantie-van-eventuele-effecten/>).

103 ABRvS 3 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2262.

104 De tussenuitspraak dateert alweer van twee jaar geleden, ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105.

105 HvJ EU 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330.

106 Kamerstukken II 2022/23, 35334, nr. 218.

107 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:460. Zie uitvoeriger Stibbeblog: *'Gedogen van PAS-melders: makkelijker gezegd dan gedaan, maar niet onmogelijk'* (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/gedogen-van-pas-melders-makkelijker-gezegd-dan-gedaan-maar-niet-onmogelijk/>).

de PAS-melder. Volgens de landsadvocaat vormt "de (zeer) overbelaste staat waarin veel aangewezen natuurwaarden zich bevinden" daarvoor "het grootste struikelblok", zo stelt hij in een beleidsadvies aan de Minister.¹⁰⁸

Het kabinet heeft verder aangekondigd een schadeloket in te richten voor PAS-melders.¹⁰⁹ PAS-melders die schade ondervinden door handhaving kunnen bij dit loket terecht. Een onafhankelijke commissie moet de kaders van de schadevergoeding vaststellen, gebaseerd op de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht en de Europese staatssteunkaders.¹¹⁰

Tot slot wijzen wij op het besluit van de provincie Overijssel om voor 2023 een bemestingsverbod in te stellen op haar eigen landbouwgronden.¹¹¹ Hiermee beoogt de provincie om (tijdelijk) stikstofruimte te creëren zodat van handhaving tegen PAS-melders kan worden afgezien.

3.7.4 Toepassing artikel 2.4 Wnb

Artikel 2.4 Wnb biedt het bevoegd gezag de mogelijkheid om, als dat nodig is voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, handelingen te reguleren (ook wel aanschrijvingsbevoegdheid genoemd). Daarbij kan gedacht worden aan verplichtingen om preventieve of herstelmaatregelen te treffen (lid 1 onder b), om bepaalde voorschriften na te leven (lid 1 onder c) of om bepaalde handelingen niet uit te voeren of te staken (lid 1 onder d). Bij provinciale verordening worden regels gesteld over categorieën van handelingen (artikel 2.4 lid 3 Wnb). De aanschrijvingsbevoegdheid kan onder meer gebruikt worden om regels te stellen over handelingen die met behulp van intern salderen mogelijk zijn gemaakt waarvoor geen vergunning is vereist, en waarvoor dus ook geen vergunningvoorschriften kunnen worden gesteld.

Het afgelopen jaar kwam de aanschrijvingsbevoegdheid aan de orde in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam.¹¹² Derden verzochten de provincie tevergeefs om met toepassing van artikel 2.4 Wnb passende maatregelen te treffen om de significante effecten te voorkomen die Rotterdam The Hague Airport zou veroorzaken op Natura 2000-gebieden. Het college van Gedeputeerde Staten heeft het verzoek op gelijke wijze beoordeeld als een verzoek om intrekking van een natuurvergunning op grond van artikel 5.4 lid 2 Wnb. De voorzieningenrechter waagt zich niet aan een rechtmatigheidsoordeel en wijst het verzoek na een belangenafweging af. Het maatschappelijk belang dat met het doorzetten van de exploitatie van de luchthaven is gemoeid weegt zwaarder dan het belang van verzoekers. Daarbij neemt de voorzieningenrechter mee dat niet vaststaat dat het stopzetten of gedeeltelijk beperken van de luchthaven leidt tot "een meer dan marginale stikstofwinst".

¹⁰⁸ Bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 35334, nr. 218.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2022/23, 30252, nr. G.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2022/23, 35334, nr. 218.

¹¹¹ Provincie Overijssel, 'Provincie vindt oplossing om af te zien van handhaving bij deel PAS-melders', 9 december 2022 (<https://www.overijssel.nl/nieuws/provincie-vindt-oplossing-om-af-te-zien-van-handhaving-bij-deel-pas-melders>).

¹¹² Rb. Rotterdam (vzr.) 14 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2788.

4. Afsluiting

Zoals gezegd bevinden we ons nog niet in rustiger stikstofvaarwater. De Minister blijft aan zet om daadwerkelijk te zorgen voor de benodigde reductie (instandhoudings- en passende maatregelen). Pas als dat is verwezenlijkt of op zijn minst geborgd, kan er hopelijk wat rust in het dossier komen. Ook menen we dat de Minister de bestaande mogelijkheden voor meer generieke oplossingen voor de bouw, zoals de door het Europese hof geaccepteerde drempel- of grenswaarde, onvoldoende benut. Totdat hier voortgang in is gekomen, kunnen individuele projecten onder bepaalde voorwaarden ook doorgaan, zij het met de juiste uitgebreide ecologische beoordelingen. Ook een toename van stikstofdepositie, tijdelijk of permanent, hoeft niet de doodsteek te zijn voor een gewenste ontwikkeling. En als een toename wel een significant effect zou hebben, is er in sommige gevallen de mogelijkheid van een ADC-toets. Een minder terughoudend gebruik daarvan voor de belangrijke (woning)bouwprojecten lijkt ons nog steeds voor de hand te liggen, als andere oplossingen achterblijven.