

# Kroniek Natuurbeschermingsrecht – Gebiedsbescherming (deel 2)

BR 2018/62

## 1. Inleiding<sup>2</sup>

Na de kroniek op het gebied van soortenbescherming, die reeds verscheen in een eerdere editie van *Bouwrecht*<sup>3</sup> kan de kroniek op het terrein van de gebiedsbescherming uiteraard niet achter blijven. Een jaar vol jurisprudentie, waarbij met name Europese jurisprudentie heeft gezorgd voor een aantal nieuwe aandachts- en gezichtspunten. Uiteraard was het ook een jaar waarin de eerste (schorsings)uitspraken over het Programma Aanpak Stikstof ("PAS") zijn verschenen, na de uitspraken van 17 mei 2017 waarbij de ABRvS, geheel volgens verwachting, prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van het PAS met de Habitatrictlijn, stelde. Het PAS-hoofdstuk is (nog lang) niet ten einde; de conclusie van de A-G is pas recent verschenen en wordt in deze kroniek uiteraard kort toegelicht. Vanzelfsprekend komt ook de overige relevante nationale jurisprudentie aan bod in deze kroniek.

Voor wat betreft nieuwe wetgeving is er in deze kroniekperiode weinig nieuws onder de zon. Op 29 juni 2018 is de Aanvullingswet natuur, als onderdeel van de Omgevingswet, aan de Tweede Kamer gezonden.<sup>4</sup> Een eerste analyse op hoofdlijnen van deze Aanvullingswet laat zien dat het gebiedsbeschermingsrecht inhoudelijk gezien geen substantiële wijzigingen zal ondervinden – voor zover nu al kan worden vastgesteld. De echte materiële regels in dit verband zullen immers worden opgenomen in het Aanvullingsbesluit natuur, waarmee de aan de Omgevingswet gelieerde AMVB's zullen worden aangevuld. De tekst van dit Aanvullingsbesluit is echter nog niet bekendgemaakt.

## 2. Aanwijzing van Natura 2000-gebieden

Veel uitspraken over de aanwijzing van Natura 2000-gebieden verschijnen er niet meer; de meeste gebieden zijn inmiddels al wel definitief aangewezen; deze aanwijzingsbesluiten worden weliswaar af en toe gewijzigd, maar dat leidt niet tot noemenswaardige procedures. De uitzondering op deze regel betreft de poging om het Natura 2000-gebied Haringvliet te verkleinen, vanuit de wens om de Leenheerenpolder niet langer deel te laten uitmaken van dit gebied.

Het arrest van het HvJ van 19 oktober 2017<sup>5</sup> zet duidelijk uiteen in welke situaties een eenmaal aangewezen Natura 2000-gebied kan worden verkleind, namelijk alleen indien de oorspronkelijke aanwijzing berust op een wetenschappelijke fout of een administratieve vergissing. Daar was echter geen sprake van; de verkleining van het gebied was vooral gebaseerd op 'politieke, sociale en budgettaire redenen'. Die redenen kunnen echter niet ten grondslag worden gelegd aan het voornemen om een Natura 2000-gebied te verkleinen; een verkleining van een Natura 2000-gebied kan, net als bij de aanwijzing van een Natura 2000-gebied, alleen worden gebaseerd op ecologische criteria waarbij, samengevat, een verkleining alleen mogelijk is indien dit betreffende deel niet langer noodzakelijk is voor het realiseren van een gunstige staat van instandhouding van de kwalificerende habitats en soorten in het Natura 2000-gebied Haringvliet. En die motivering was door de Nederlandse regering niet geleverd. Kortom: het HvJ kon het besluit tot verkleining van dit Natura 2000-gebied niet onderschrijven. Met de uitspraak van de ABRvS van 21 februari 2018<sup>6</sup> na het arrest van het HvJ kwam deze procedure ten einde. Niet onverwachts concludeerde de ABRvS in deze uitspraak tot vernietiging van het aanwijzingsbesluit, voor zover met dit besluit de Leenheerenpolder geen deel van dit gebied uitmaakt. Ter uitvoering van deze uitspraak is onlangs een nieuw ontwerp-aanwijzingsbesluit vastgesteld waarbij de Leenheerenpolder weer deel uitmaakt van het Natura 2000-gebied Haringvliet.<sup>7</sup>

Nieuw aangewezen in deze kroniekperiode zijn de Natura 2000-gebieden Doggersbank en Klaverbank, gebieden gelegen in de Nederlandse exclusieve economische zone. Deze aanwijzingsbesluiten stonden centraal in de uitspraak van de ABRvS van 25 oktober 2017.<sup>8</sup> Hoewel inhoudelijk qua ecologische afwegingen interessant, levert deze uitspraak geen nieuwe juridische gezichtspunten op ten opzichte van de vaste jurisprudentielijn van de ABRvS. Punten van discussie in deze uitspraak zijn ten eerste de begrenzing van het Natura 2000-gebied, waarbij de ABRvS nog eens bevestigt dat bij een aanwijzingsbesluit uitsluitend ecologische overwegingen mogen worden betrokken bij de selectie en begrenzing van het gebied en geen rekening mag worden gehouden met vereisten op economisch, sociaal of cultureel gebied en met regionale en lokale bijzonderheden. Bij de exacte begrenzing van het Natura 2000-gebied bestaat echter vervolgens wel een zekere beoordelingsruimte. De

1 Marieke Kaajan & Fleur Onrust zijn advocaat/partner bij ENVIR Advocaten. De tekst van dit artikel is afgerond op 1 augustus 2018.

2 Zie ook M.M. Kaajan, 'Actualiteiten Natuurbeschermingsrecht 2018', *M en R* 2018/50.

3 F. Onrust & M.M. Kaajan, 'Kroniek Natuurbeschermingsrecht – soortenbescherming (deel 1)', *BR* 2018/49.

4 Wijziging van de Omgevingswet en enkele andere wetten in verband met de overgang van de Wet natuurbescherming naar de Omgevingswet (Aanvullingswet natuur Omgevingswet), *Kamerstukken II* 2017/18, 34985, 1-3.

5 HvJ EU 19 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:774, *TBR* 2018/8, m.nt. R.H.W. Frins.

6 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:603, *Gst.* 2018/93, m.nt. S.D.P. Kole.

7 [www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?sub-j=n2k&groep=1&id=n2k109&topic=aanwijzing](http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?sub-j=n2k&groep=1&id=n2k109&topic=aanwijzing).

8 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2895.

ABRvS toetst dan ook of de gekozen begrenzing van het gebied 'in redelijkheid' kan worden vastgesteld. Ook ging het in deze procedure om de vraag of terecht een verbeterdoelstelling in plaats van een behouddoelstelling was geformuleerd. In dat kader is ten eerste van belang in hoeverre landelijk bezien voor het betreffende habitatype sprake was van een gunstige staat van instandhouding, hetgeen in dit specifieke geval niet kon worden bevestigd. In reactie op het betoog van appellanten dat het formuleren van een verbeterdoelstelling in strijd zou zijn met het uitgangspunt dat de instandhoudingsdoelstellingen bij aanwijzing 'haalbaar en betaalbaar' moeten zijn, overweegt de ABRvS – conform vaste jurisprudentie – dat economische overwegingen een rol kunnen spelen bij het formuleren van instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau. De toepassing van het uitgangspunt 'haalbaar en betaalbaar' kan er echter niet toe leiden dat hiermee een gunstige staat van instandhouding op landelijk niveau niet wordt bereikt. Omdat voor het betreffende habitatype kon worden vastgesteld dat nog geen sprake was van een landelijke gunstige staat van instandhouding was, aldus de ABRvS, terecht een verbeterdoelstelling geformuleerd.

De ABRvS wijst er in dat kader nog op dat de vraag of deze doelstelling onevenredige gevolgen zal hebben voor de economische activiteiten in het gebied, aan de orde kan komen in 'de vervolprocedure', waarbij de inhoud van de maatregelen en het tempo waarin deze doelstelling wordt gehaald aan de orde kan komen. Hiermee doelt de ABRvS, nemen wij aan, op het besluit tot vaststelling van het beheerplan. In dit besluit kan immers wel rekening worden gehouden met economische overwegingen.<sup>9</sup> Ten slotte blijkt uit deze uitspraak, eveneens conform vaste jurisprudentie van de ABRvS,<sup>10</sup> dat indien een gebied is geselecteerd en daarna is aangemeld bij de Europese Commissie voor plaatsing op de lijst van gebieden van communautair belang en daarop vervolgens ook is geplaatst, de verplichting tot aanwijzing van het gebied als Natura 2000-gebied niet uitsluitend betrekking heeft op de habitattypen en habitatsoorten waarvoor het gebied is geselecteerd, maar betrekking heeft op alle habitattypen en -soorten die in het gebied voorkomen in een meer dan verwaarloosbare oppervlakte dan wel populatie. Dit betekent, kort en goed, dat ook voor habitattypen en -soorten die niet direct tot de selectie van de gebieden hebben geleid, maar die wel in het betreffende gebied voorkomen, instandhoudingsdoelstellingen moeten worden geformuleerd.

### 3. Vergunningperikelen

#### 3.1 Project of andere handeling

In een Wnb-vergunning dient per project te worden beoordeeld welke effecten kunnen optreden op een Natura 2000-gebied. Nu externe saldering met het in werking treden van de Programmatische Aanpak Stikstof slechts nog

in uitzonderingssituaties is toegestaan<sup>11</sup> en interne saldering – dat wil zeggen saldering van bijvoorbeeld emissies binnen hetzelfde bedrijf – wel is toegestaan, kan het lonen om twee activiteiten als één project te kunnen aanmerken. Twee activiteiten zijn echter pas te beschouwen als één project als deze onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Van onlosmakelijkheid is geen sprake als een bepaalde samenhang en/of samenwerking tussen twee bedrijven weliswaar gunstig kan zijn, maar het niet aannemelijk is dat deze samenhang niet op een andere wijze georganiseerd zou kunnen worden.<sup>12</sup> In de uitspraak van 11 juli 2018 gaat de ABRvS nog in op de vraag of sprake is van één of meerdere projecten.<sup>13</sup> Het betreft hier in concreto de vraag of het realiseren en exploiteren van een windturbinepark samen met de verwijdering van dit park als één project moet worden aangemerkt. De ABRvS stelt in dat kader echter vast dat geen sprake is van één project, omdat "de aanleg en de exploitatie van het windpark enerzijds en de verwijdering anderzijds niet zodanig verbonden zijn dat zij in het kader van de passende beoordeling niet anders dan als één project kunnen worden beschouwd". Opvallend is dat de ABRvS hier beziet of de activiteiten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, maar dat de vraag die voorligt kennelijk is of de activiteiten 'niet anders dan als één project' kunnen worden beschouwd. Vervolguitspraken zullen moeten laten zien of de ABRvS hiermee een nieuw criterium heeft geïntroduceerd of dat het 'onlosmakelijk verbonden'-criterium in deze uitspraak door de ABRvS simpelweg anders geformuleerd is.

In de uitspraak van 18 juli 2018<sup>14</sup> gaat de ABRvS in op de vraag of ook sprake kan zijn van een passende beoordeling voor het project als geheel, indien deze passende beoordeling feitelijk bestaat uit meerdere losse documenten. Omdat deze documenten gezamenlijk echter wel alle onderdelen van het project – in casu de activiteiten op de Vliegbasis Woensdrecht – dekken, concludeerde de ABRvS dat deze documenten bij elkaar wel als een passende beoordeling konden worden beschouwd.

De uitspraak van 4 april 2018<sup>15</sup> biedt een voorbeeld van een andere handeling, te weten de exploitatie van bestaande bebouwing op een recreatieterrein. Aan deze bebouwing zouden geen wijzigingen worden aangebracht, zodat sprake was van een andere handeling.

#### 3.2 Bestaand gebruik en bestaande rechten

De jurisprudentie over bestaande rechten in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden is al een aantal jaren onveranderd. De uitspraak van 13 september 2017<sup>16</sup> vat de jurisprudentielijn nog eens samen. Indien na de referentiedatum – de datum van aanwijzing van een natuurgebied tot Natura 2000-gebied – een (milieu)vergunning is

<sup>9</sup> Dit volgt uit art. 1.10, lid 3, Wnb.

<sup>10</sup> Zie o.a. ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1239.

<sup>11</sup> Zie art. 5.5, lid 3, Wnb jo. art. 2.14 Besluit natuurbescherming.

<sup>12</sup> ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3002.

<sup>13</sup> ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339.

<sup>14</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449.

<sup>15</sup> ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1143.

<sup>16</sup> ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2479.

verleend voor een activiteit die minder ammoniakemissie tot gevolg heeft dan de op de referentiedatum vergunde situatie en voor de exploitatie niet eerder een vergunning op grond van de Nbw is verleend, maakt de op de referentiedatum vergunde situatie slechts voor een deel onderdeel uit van de vergunde situatie. Het bestaande recht is met de (milieu)vergunning die verleend is na de referentiedatum dan immers beperkt. Dat betekent dat bij de beoordeling van de vraag of een wijziging of uitbreiding van de bestaande activiteit – waarvoor een Wnb-vergunning wordt aangevraagd – leidt tot een toename van stikstofdepositie, een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de stikstofdepositie als gevolg van de voorgenomen activiteit met de stikstofdepositie in de vergunde situatie met de laagst toegestane ammoniakemissie in de periode vanaf de referentiedatum tot de datum van het nemen van het bestreden besluit. De vergunde situatie met de laagste ammoniakemissie heeft als uitgangspunt te gelden, nu slechts dat deel van de vergunning als voortzetting van het project kan worden aangemerkt.

In de uitspraak van 18 juli 2018,<sup>17</sup> inzake de vliegbasis Woensdrecht, gaat de Afdeling in op de vraag hoe het bestaande recht moet worden vastgesteld voor een activiteit waarvoor in het verleden – deels – geen concrete toestemming voor nodig was. Het gaat in dit geval om het aantal vliegbewegingen vanaf Woensdrecht waarvoor nooit een toestemmingsregime voor heeft bestaan, maar waarbij de begrenzing was gelegen in de voor de vliegbasis vastgestelde geluidscontouren. In dat geval kan aan de hand van deze begrenzing en de feitelijke vliegbewegingen die hebben plaatsgevonden, het bestaande recht worden bepaald.

### 3.3 Inhoudelijke beoordeling vergunningen

In het kader van de effectbeoordeling zij hier gewezen op de uitspraak van 23 augustus 2017,<sup>18</sup> in welke uitspraak de ABRvS moest oordelen over de afwijzing van een verzoek tot handhaving wegens overtreding van de vergunningplicht van art. 19d Nbw (nu: art. 2.7 en 2.8 Wnb) door jachthouders bij het gebruikmaken van een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet. De uitspraak maakt, terecht, duidelijk dat er ook als een Ffw-ontheffing is verleend, nog een vergunningplicht op grond van de Wnb kan bestaan. Verder lijkt de ABRvS een duidelijk handvat voor de praktijk mee te geven: als het aantal vogels van een bepaalde soort, dat met gebruikmaking van de Ffw-ontheffing wordt gedood, minder is dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (het zogeheten “ORNIS-criterium”), kan op voorhand op basis van objectieve gegevens worden uitgesloten dat geen sprake is van significant negatieve effecten. De uitspraak laat zien dat als aan dit criterium is voldaan, het niet relevant is of de instandhoudingsdoelstelling voor de betreffende soort niet wordt gehaald. Het ORNIS-criterium kwam ook aan de orde in de uitspraak van 14 maart

2018.<sup>19</sup> Deze uitspraak bevestigt dat het ORNIS-criterium ook kan worden toegepast bij het bepalen van effecten op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren. Uit de uitspraak van 27 december 2017<sup>20</sup> volgt verder dat bij effecten vanwege stikstofdepositie op in Vlaanderen gelegen Natura 2000-gebieden, een in Vlaanderen geaccepteerde systematiek van effectbeoordeling mag worden gehanteerd. De uitspraak is daarmee een vervolg op de uitspraak van 16 april 2014<sup>21</sup> waarin de ABRvS een soortgelijke conclusie trok voor in Duitsland gelegen Natura 2000-gebieden.

### 3.4 Mitigatie, compensatie en instandhoudingsmaatregelen

Het is al geruime tijd vaste jurisprudentie van de ABRvS<sup>22</sup> maar met het arrest van het HvJ d.d. 12 april 2018<sup>23</sup> is nu ook op Europees niveau bevestigd dat pas in een passende beoordeling rekening mag worden gehouden met mitigerende maatregelen. De redenering hierachter is dat als mitigerende maatregelen al in de voortoets in aanmerking worden genomen, dit tot gevolg kan hebben dat afbreuk wordt gedaan aan ‘de nuttige werking van de habitatrictlijn in het algemeen, en van de beoordelingsfase in het bijzonder, aangezien deze laatste fase zonder voorwerp zou raken en het gevaar zou bestaan dat deze fase, een wezenlijke waarborg die deze richtlijn biedt, wordt omzeild’, aldus het HvJ. Of anders gezegd: anders zou niet verzekerd en/of afdwingbaar zijn dat de mitigerende maatregelen ook daadwerkelijk worden getroffen. De uitspraak van de ABRvS van 14 maart 2018<sup>24</sup> lijkt ons in dit verband een ‘*slip of the pen*’. In deze uitspraak ging het om een verleende vergunning op grond van de Nbw 1998 voor het jaarrond vissen op een aantal vissoorten. Door appellanten werd in dat kader onder andere aangevoerd dat ten onrechte geen of onvoldoende mitigerende maatregelen zijn overwogen om de schadelijke effecten te voorkomen. De daaropvolgende overweging van de ABRvS dat mitigerende maatregelen buiten beschouwing dienen te blijven bij de beantwoording van de vraag in de voortoets of significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, is weliswaar juist, maar geenszins relevant voor een procedure die gaat over een verleende vergunning.

In de uitspraak van 11 juli 2018<sup>25</sup> boog de ABRvS zich over de vraag of de aanleg van een werk- en natuureiland kon worden beschouwd als een mitigerende maatregel, in het licht van de Europese jurisprudentie hierover. Daarbij wijst de ABRvS er eerst op dat in dezen relevant is dat de maatregel wordt gerealiseerd vanwege effecten op soorten, zodat met name het *Kolencentrale Moorburch*<sup>26</sup>-arrest van belang is. In dit arrest overwoog het HvJ dat de daar aan de orde zijnde maatregel (een vistrap) niet in de passende beoordeling

17 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449.

18 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2260, *M en R* 2017/137, m.nt. M.M. Kaajan.

19 ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:794.

20 ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3578.

21 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1312.

22 ABRvS 22 oktober 2008, 200706044/1, *AB* 2008/363.

23 HvJ EU 12 april 2018, ECLI:EU:C:2018:244, *TBR* 2018/78, m.nt. R.H.W. Frins.

24 ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:832.

25 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339.

26 HvJ EU 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:301.

kon worden meegenomen omdat de passende beoordeling geen definitieve bevindingen bevatte over de doeltreffendheid van deze maatregel en dus ten tijde van het verlenen van de vergunning niet kon worden gezegd dat alle redelijke twijfel kon worden weggenomen dat de kolencentrale de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied niet zou aantasten. In het licht van die toetsing, stelt de ABRvS ten aanzien van het werk- en natuureiland eerst vast dat deze maatregel op zichzelf kan kwalificeren als een mitigerende maatregel omdat deze maatregel de negatieve gevolgen op de relevante vogelsoorten moet voorkomen of verminderen zodat het gebied, ondanks de gevolgen van het project (de aanleg van een windpark) voldoende draagkracht behoudt voor het in de instandhoudingsdoelstelling genoemde aantal vogels. Na deze vaststelling toetst de ABRvS of de gekozen maatregel doeltreffend is. In de regels van het inpassingsplan is geborgd dat het eiland is ingericht als natuureiland voordat het windpark in exploitatie wordt genomen zodat tijdig een rustgebied voor de zwarte stern zal ontstaan. Dat geldt ook voor de luwe zone die als vooroever wordt gerealiseerd en waarmee het foerageergebied van de fuut kwalitatief wordt verbeterd. Aldus bevat de passende beoordeling, zo concludeert de ABRvS, definitieve bevindingen over de doeltreffendheid van de maatregel en kan deze maatregel als mitigerende maatregel in de passende beoordeling worden meegenomen.

In dit kader wijzen wij ook op het arrest van het HvJ van 25 juli 2018<sup>27</sup> waarin het HvJ wederom moest oordelen over de vraag of een bepaalde maatregel die getroffen werd om het effect op soorten vanwege – wederom – de aanleg van een windpark te verminderen of te voorkomen, als mitigatie dan wel als compensatie zou moeten worden aangemerkt. Ook uit dit arrest kan worden afgeleid dat het HvJ het antwoord op die vraag in het bijzonder laat afhangen van de vraag in hoeverre op het moment dat toestemming voor een project of plan wordt verleend voldoende zekerheid bestaat dat de maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade, door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten. Indien voldoende zekerheid op dit punt bestaat, lijkt uit dit arrest te kunnen worden afgeleid dat de betreffende maatregel in de passende beoordeling mag worden meegenomen.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin alle – reeds bekende – criteria die bij externe saldering in acht moeten worden genomen, door de ABRvS worden nagelopen betreft de uitspraak van 14 februari 2018.<sup>28</sup> In dit kader wijzen wij ook nog op de uitspraak van 19 juli 2017,<sup>29</sup> die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder externe saldering kan worden toegepast. De ABRvS past in deze uitspraak het – al uit eerdere jurisprudentie bekende – criterium toe dat externe saldering alleen mogelijk is met een bedrijf dat ten tijde van de saldering 'feitelijk nog aanwezig was'. Dat is het geval als

hervatting van het bedrijf mogelijk is zonder dat daarvoor een vergunning op grond van art. 19d, lid 1, Nbw voor de realisering van een project is vereist. In dit geval moest echter geconstateerd worden dat de huisvesting van de veehouderij in zodanige staat verkeerde dat het houden van vleesvarkens zonder aanzienlijke investering voor het op orde maken van deze huisvesting niet meer mogelijk was. Nu, gelet op deze staat van de gebouwen, door het bevoegd gezag niet was beoordeeld of het mogelijk was de geldende milieuvergunningen van het saldogevende bedrijf te kunnen gebruiken, had het college niet zonder meer kunnen concluderen dat gesaldeerd werd met een bedrijf dat feitelijk nog aanwezig was. Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat met de inwerkingtreding van het PAS, externe saldering slechts nog in uitzonderingssituaties is toegestaan. Dit volgt uit art. 5.5, lid 3, Wnb jo. art. 2.14 Besluit natuurbescherming.

Uitspraken over vergunningen waarbij via de zogeheten ADC-toets toestemming is verleend voor een activiteit zijn schaars, al was het maar omdat deze ADC-toets in de praktijk niet vaak wordt verricht. Deze toets is aan de orde indien in een passende beoordeling niet de conclusie kan worden getrokken dat bij uitvoering van een project of plan verzekerd is dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied niet worden aangetast. In dat geval kan de toestemming alleen verleend worden indien vast is komen te staan dat er geen alternatieven bestaan voor de te realiseren activiteit, dat deze activiteit wordt gerealiseerd vanwege een dwingende reden van groot openbaar belang en dat compenserende maatregelen worden getroffen. In deze kroniekperiode is één uitspraak gedaan waarin de ADC-toets aan de orde was. Het betreft de uitspraak van 18 juli 2018 inzake de Blankenburgverbinding.<sup>30</sup> Saillant detail in die zaak is dat hier de ADC-toets aan de orde was omdat de procedure anders aangehouden zou zijn vanwege de prejudiciële vragen inzake het PAS en de Minister van EZK de uitkomst van die procedure niet kon – of niet wilde – afwachten. De uitspraak laat zien dat de mate waarin sprake moet zijn van een dwingende reden afhankelijk is van de omvang van het significant negatieve effect dat op een Natura 2000-gebied wordt veroorzaakt. De toets naar de afwezigheid van alternatieven en de aanwezigheid van een dwingende reden in deze uitspraak is overigens erg beperkt. Wellicht is dat een gevolg van het feit dat de ABRvS vaststelt dat het nieuwe wegtracé leidt tot betrekkelijk kleine toenames van stikstofdepositie op daarvoor gevoelige habitats. Ter informatie zij er nog op gewezen dat een significant negatief effect ook kon optreden bij zogeheten prioritaire habitats. Nu de dwingende redenen die aan het project ten grondslag waren gelegen in argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid en de openbare veiligheid, was het echter niet nodig om eerst advies van de Europese Commissie te vragen.<sup>31</sup>

27 HvJ EU 25 juli 2018, zaak C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593.

28 ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:524.

29 ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1940, BR 2017/71, m.nt. H.E. Woldendorp.

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

31 Zie art. 2.8, lid 5, aanhef en onder a, Wnb.

## 4. Toetsing van plannen

### 4.1 Voortoets of passende beoordeling

In het bijzonder bij bestemmingsplannen doet zich met enige regelmaat de vraag voor of bij de vaststelling van het bestemmingsplan kon worden volstaan met een voortoets in plaats van met een passende beoordeling. Het ligt ook voor de hand dat deze vraag met name in bestemmingsplanprocedures naar voren komt. Immers, in die procedures is de wijze van toetsing van effecten op een Natura 2000-gebied als gevolg van het bestemmingsplan direct verbonden met het besluit tot vaststelling van dit plan. Bij projecten of andere handelingen is dit niet het geval: voor projecten of andere handelingen waarvoor aan de hand van een voortoets wordt geconcludeerd dat significante negatieve effecten kunnen worden uitgesloten, wordt geen vergunning aangevraagd. De vraag of dit terecht is, wordt alleen aan de orde gesteld als vervolgens handhavend wordt opgetreden tegen het project of de andere handeling, of in het kader van een omgevingsvergunning. De praktijk laat zien dat dit soort discussies maar beperkt voorkomen, althans, voor zover wij dat kunnen overzien. Projecten of andere handelingen waarvoor, al dan niet aan de hand van een voortoets, wordt geconcludeerd dat significant negatieve effecten niet op voorhand kunnen worden uitgesloten, zijn vergunningplichtig. En als eenmaal deze vergunning wordt aangevraagd, ontstaat er geen discussie meer over de vraag of kon worden volstaan met een voortoets.

Bij bestemmingsplannen is dat anders, omdat in de toetsing naar de rechtmatigheid van het bestemmingsplan de vraag naar de effecten op een Natura 2000-gebied besloten ligt. Juist bij bestemmingsplannen heeft de vraag of terecht kon worden volstaan met een voortoets, ook grote consequenties. Wordt die vraag ontkennend beantwoord, dan had niet alleen een passende beoordeling moeten worden verricht, maar dan had ook een plan-m.e.r. moeten worden opgesteld.<sup>32</sup> De praktijk laat zien dat juist bij bestemmingsplannen natuurtoetsen worden opgesteld die nauwelijks te onderscheiden zijn van passende beoordelingen, maar die toch als een voortoets worden gepresenteerd. Bij bestemmingsplannen is dit verschil sowieso lastig waar te nemen, omdat bij het bepalen van de effecten die een bestemmingsplan kan hebben, ook in de voortoets al rekening moet worden gehouden met andere plannen en projecten.<sup>33</sup> Dit terwijl bij projecten deze cumulatieve beoordeling pas aan de orde is in een passende beoordeling – waardoor het verschil tussen een voortoets en een passende beoordeling beter zichtbaar is.<sup>34</sup> Uitspraken waarin de ABRvS dan ook concludeert dat terecht kon worden volstaan met een voortoets zijn daarmee weliswaar waardevol voor de praktijk, maar zijn – doordat vaak weinig inzicht wordt geboden in de inhoud en reikwijdte van een voortoets – soms

lastig navolgbaar. Ter illustratie wijs ik op de uitspraak van 11 april 2018<sup>35</sup> waarin de ABRvS concludeerde dat terecht kon worden volstaan met een voortoets waarin werd geconcludeerd dat negatieve effecten op het relevante Natura 2000-gebied zijn uit te sluiten nu de beoogde activiteit, een camping, op meer dan 1.300 meter van dit Natura 2000-gebied ligt en tussen deze camping en het Natura 2000-gebied de ringweg A10 en de wijk IJburg ligt. Op zichzelf klinkt deze redenering plausibel, ware het niet dat hier ons inziens niet uit kan worden afgeleid dat alleen door de afstand en het feit tussen het Natura 2000-gebied en de locatie van de voorgenomen activiteit andere vormen van bebouwing en gebruik plaatsvinden, met een voortoets kan worden volstaan.

Op grond van art. 2.8, lid 2, Wnb (en voorheen art. 19j, lid 5, Nbw) hoeft voor een plan geen passende beoordeling te worden verricht indien het plan een herhaling of voortzetting is van een project waarvoor reeds eerder een passende beoordeling is gemaakt en voor zover de passende beoordeling redelijkerwijs geen nieuwe gegevens en inzichten kan opleveren over de (mogelijk) significante gevolgen van dat plan. Deze uitzondering kan alleen worden toegepast als sprake is van een 'één-op-één inpassing' van een inmiddels onherroepelijke Wnb-vergunning.<sup>36</sup> Als dan wordt verwezen naar een Wnb-vergunning is dit uit een oogpunt van rechtszekerheid slechts aanvaardbaar indien volstrekt duidelijk is om welke vergunning het gaat, bijvoorbeeld door te verwijzen naar de datum en het kenmerk van de vergunning.<sup>37</sup> Opvallend is overigens dat in de jurisprudentie, voor zover ons bekend, tot op heden bij een inpassing van een onherroepelijke Wnb-vergunning niet is aangevoerd dat sprake zou kunnen zijn van nieuwe gegevens en inzichten waardoor de eerdere passende beoordeling niet langer gebruikt zou kunnen worden.

### 4.2 Effectbeoordeling bestemmingsplannen

De inhoudelijke beoordeling van bestemmingsplannen start met de beschrijving van de juiste referentiesituatie ten opzichte waarvan de effecten van het nieuwe bestemmingsplan bepaald dienen te worden. Deze referentiesituatie bestaat uit de feitelijke en planologisch legale situatie direct voorafgaand aan het vaststellen van een nieuw plan.<sup>38</sup> Indien het nieuwe plan niet meer mogelijk maakt dan de feitelijke en planologisch legale situatie op het moment van het vaststellen van het bestemmingsplan, zijn significant negatieve effecten op voorhand uitgesloten en hoeft geen passende beoordeling te worden verricht. Dat is ook het geval indien de feitelijke en planologisch legale situatie nog nooit beoordeeld is op grond van de Wnb (of diens voorganger, de Nbw).

32 Dit volgt uit art. 7.2a, lid 1, Wm.

33 Dit volgt uit art. 2.7, lid 1, Wnb.

34 Bij andere handelingen bestaat er, bij het beoordelen van de effecten van deze handelingen, in het geheel geen verplichting om rekening te houden met de effecten van andere activiteiten. Zie art. 2.8, lid 9, Wnb.

35 ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1179.

36 Zie o.a. ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1185 en ABRvS 17 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1948.

37 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3530, *M en R* 2018/42, m.nt. M.M. Kaajan.

38 Zie voor een voorbeeld ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:298.

Het bepalen van de referentiesituatie lijkt daarmee eenvoudig, maar luistert nauw. Als bijvoorbeeld in een bestemmingsplan is bepaald dat een uitbreiding van een activiteit is toegestaan voor zover daarmee de effecten niet toenemen ten opzichte van de feitelijke en planologische situatie ten tijde van de *inwerkingtreding* van het bestemmingsplan, dan is niet van de juiste referentiesituatie uitgegaan.<sup>39</sup> Peilmoment is immers het moment van *vaststelling* van het plan. Aan de andere kant: als op grond van de planregels als referentiesituatie is uitgegaan van de vergunde situatie, leidt dit niet automatisch tot vernietiging. Als kan worden vastgesteld dat er geen (grote) afwijkingen zijn tussen de vergunde en gemelde situatie en de feitelijke situatie – en de vergunde en gemelde situatie dus overeenkomt met de huidige feitelijke situatie – dan kan worden geconcludeerd dat uitgegaan is van de juiste referentiesituatie.<sup>40</sup> Er mag bij het bepalen van de referentiesituatie overigens geen rekening worden gehouden met de uitbreidingsmogelijkheden die al waren toegestaan op grond van het voorgaande planologische regime, maar die nog niet zijn gerealiseerd.<sup>41</sup> Onder 'feitelijk en planologisch legaal' wordt verder niet verstaan een melding die op grond van het PAS is gedaan.<sup>42</sup> Deze melding betekent immers niet dat voor de uitbreiding ook milieurechtelijke toestemming bestaat. De raad had, doordat de melding onder het PAS was gedaan, ons inziens echter de gemelde situatie in het bestemmingsplan kunnen opnemen zonder dat een aanvullende ecologische beoordeling had hoeven te worden verricht.<sup>43</sup> Met de melding was immers vast komen te staan dat de beoogde activiteit, qua effecten op de betrokken Natura 2000-gebieden, aanvaardbaar was.<sup>44</sup> Deze uitspraak kan dan alleen worden gezien in het licht van de vraag wat onderdeel uitmaakt van de planologische referentiesituatie, en betreft niet de vraag of voor de onder het PAS gemelde activiteit nog een aanvullende ecologische beoordeling nodig was.

In dit verband zij er op gewezen dat een wijzigingsbevoegdheid in een bestemmingsplan, inhoudende dat een uitbreiding van een activiteit alleen is toegestaan wanneer hierdoor geen significant negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied optreden, niet is toegestaan.<sup>45</sup> Een dergelijke planregel schuift de beoordeling van de aanvaardbaarheid van deze uitbreiding door naar een later moment dan het moment van vaststelling van het bestemmingsplan, terwijl deze beoordeling juist voorafgaand aan het vaststellen van het plan moet worden verricht.

39 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3530, *M en R* 2018/42, m.nt. M.M. Kaajan.

40 ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1887.

41 ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2672.

42 ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3433.

43 Ervan uitgaande dat de gemelde activiteit qua effecten op de relevante Natura 2000-gebieden alleen stikstofdepositie veroorzaakte.

44 Zodat in zoverre, onder verwijzing naar de passende beoordeling van het PAS, had kunnen worden geconcludeerd dat een aanvullende passende beoordeling niet nodig was. Deze redenering slaagt uiteraard alleen indien en voor zover van de aanvaardbaarheid van het PAS kan worden uitgegaan.

45 ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2672.

## 5. Beheerplannen

Tijdens deze kroniekperiode zijn meerdere uitspraken over besluiten tot vaststelling van beheerplannen verschenen. De voor de praktijk meest relevante uitspraken worden hierna besproken.

Daarbij wijzen wij er ten eerste op dat ook onder de Wnb (art. 8.1, lid 2 Wnb) beroep tegen beheerplannen alleen mogelijk is voor zover het beroep zich richt tegen maatregelen die, door opname in het beheerplan, zijn vrijgesteld van de vergunningplicht van art. 2.7, lid 2, Wnb.<sup>46</sup> Deze beperking in de beroepsmogelijkheden tegen het beheerplan worden door de ABRvS ambtshalve getoetst.<sup>47</sup> De ABRvS legt deze beperking zo uit dat de bestuursrechter slechts inhoudelijk kennis mag nemen van een beroep tegen het beheerplan als dit beroep is gericht tegen die handelingen die in het beheerplan expliciet zijn beschreven als handelingen die de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengen en die daardoor zijn uitgezonderd van de vergunningplicht. Om deze toets te kunnen verrichten, is een inhoudelijke beoordeling van deze handelingen – ten aanzien van de vraag of de handelingen al dan niet de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kunnen brengen – niet nodig; enkel relevant is of een handeling in het beheerplan expliciet is beschreven als een handeling die de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengt. Beroep kan ook worden ingesteld tegen het ontbreken van een beschrijving van projecten of andere handelingen die volgens appellanten van de vergunningplicht hadden moeten worden vrijgesteld.<sup>48</sup> De uitspraak van 24 januari 2018<sup>49</sup> biedt een lezenswaardig voorbeeld van de wijze waarop de ABRvS voor diverse in het beheerplan opgenomen dan wel beschreven handelingen nagaat in hoeverre beroep tegen deze handelingen mogelijk is. Van belang is verder te realiseren dat de vermelding van een handeling in het beheerplan, zonder dat die handeling expliciet is beschreven als een handeling die de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengt, niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of voor die handeling wel of geen vergunning nodig is. Daarvoor is immers het toetsingskader van art. 2.7 en 2.8 Wnb relevant.<sup>50</sup>

De wettelijke beperking in beroepsmogelijkheden tegen een beheerplan zorgt ervoor dat veel beroepen tegen een beheerplan sneuvelen en niet inhoudelijk worden behandeld. Zo is ook – overigens heel begrijpelijk – geen beroep mogelijk tegen een ruimtelijke ontwikkeling die, ter informatie in een beheerplan is opgenomen, en waarvoor een herstelmaatregel in het beheerplan is opgenomen. Het be-

46 Zie ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3198 en ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3409 voor een voorbeeld van een situatie waarin de ABRvS concludeerde dat geen beroep kon worden ingesteld tegen het beheerplan.

47 Zie ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:222.

48 O.a. ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:891.

49 ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:222.

50 Aldus o.a. ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:222.

heerplan maakt dan immers deze ruimtelijke ontwikkeling mogelijk.<sup>51</sup>

De uitspraak van 16 maart 2018<sup>52</sup> biedt een mooi voorbeeld van een beroep dat wél inhoudelijk wordt beoordeeld. Uit deze uitspraak blijkt dat, wil een beheerplan bepaalde handelingen vrijstellen van de vergunningplicht, de beschrijving in het beheerplan voldoende duidelijk en rechtszeker dient te zijn. Dat is niet het geval indien in het beheerplan een categorie handelingen is beschreven waarvan de precieze effecten nog onduidelijk zijn, waarbij wordt aangegeven dat deze handelingen vooralsnog zonder vergunning mogen worden voortgezet, maar waarbij tevens wordt gesteld dat dit kan veranderen indien uit nader onderzoek blijkt dat deze handelingen toch significant negatieve effecten kunnen hebben. Een tussenvorm tussen vergunningvrij en vergunningplichtig in het beheerplan verhoudt zich, aldus de ABRvS en ons inziens zeer terecht, niet goed tot de regeling in de Wnb op grond waarvan activiteiten wel of niet in een beheerplan van de vergunningplicht kunnen worden ontheven. In dit kader wijzen wij ook nog op de uitspraak van 11 juli 2018<sup>53</sup> waarin zijdelings de vraag aan de orde was of beroep zou kunnen worden ingesteld tegen in het beheerplan opgenomen monitoringsactiviteiten. De ABRvS overweegt dat onderzoeks- en monitoringsactiviteiten in het beheerplan zijn beschreven als activiteiten die, onder voorwaarden, het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengen, waaruit kan worden afgeleid dat in dit geval beroep kan worden ingesteld tegen deze activiteiten. De ABRvS gaat hier echter verder niet concreet op in doordat vastgesteld wordt dat het beroep zich feitelijk niet richt tegen deze activiteiten, maar betrekking heeft op de onafhankelijkheid van de commissie die advies kan uitbrengen over de realisatie van de natuurdoelen. De beschrijving van deze commissie en haar activiteiten kunnen niet worden aangemerkt als een activiteit die het bereiken van de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen en dus kan hiertegen geen beroep worden ingesteld.

## 6. Programmatische Aanpak Stikstof

### 6.1 Prejudiciële procedure

De prejudiciële vragen over de houdbaarheid van de PAS en het op deze regeling gebaseerde programma, het PAS, die met de uitspraken van 17 mei 2017<sup>54</sup> door de ABRvS zijn gesteld, hebben ertoe geleid dat iedere procedure waarbij een besluit ter discussie staat dat (geheel of gedeeltelijk) gebaseerd is op het PAS, wordt aangehouden voor zover het beroep van partijen ten aanzien van het PAS niet afstuit op het

relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb.<sup>55</sup> In eerste instantie was in de praktijk zichtbaar dat alle zaken waar de term “PAS” genoemd werd, werden aangehouden. Later werd toch enige schifting aangebracht en beoordeelden rechtbanken en ABRvS een aanhangig gemaakte procedure eerst inhoudelijk alvorens te besluiten of er redenen waren om deze procedure aan te houden. De uitspraak van 2 augustus 2017<sup>56</sup> is een voorbeeld van een nog meer efficiënte aanpak. In die procedure houdt de ABRvS de beroepsgronden die gerelateerd zijn aan het PAS en de prejudiciële procedure aan, en worden deze beroepsgronden onder een nieuw zaaknummer apart behandeld. Consequentie daarvan is dat de overige beroepsgronden tegen het bestemmingsplan wel kunnen worden afgehandeld, hetgeen in die procedure leidt tot een gedeeltelijke vernietiging van het bestemmingsplan vanwege een motiveringsgebrek. Het voordeel van deze aanpak is dat gebreken van een besluit die niets te maken hebben met het PAS alvast kunnen worden hersteld, zodat in zoverre toch nog enige tijdwinst kan worden behaald. De uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland van 15 januari 2018<sup>57</sup> laat zien dat het feit dat een prejudiciële procedure gaande is niet rechtvaardigt dat ook (beheer- en herstel)maatregelen die hun grondslag vinden in het PAS worden geschorst, in het bijzonder omdat uit de uitspraken van de ABRvS van 17 mei 2017<sup>58</sup> kan worden afgeleid dat de ABRvS het van belang acht dat met de uitvoering van de herstelmaatregelen die in het PAS zijn voorzien wordt doorgegaan.

Na de 17 mei-uitspraken ontstond de vraag wanneer sprake zou kunnen zijn van een situatie om een op het PAS gebaseerd besluit te schorsen. In de 17 mei-uitspraken overwoog de ABRvS hiervoor op dat moment nog geen aanleiding te zien omdat de ABRvS het aannemelijk achtte dat het HvJ EU de systematiek van het PAS zou accepteren, de geconstateerde gebreken in het PAS herstelbaar bleken en er geen onomkeerbare gevolgen zouden optreden in de periode tot, in ieder geval, 1 juli 2018. In navolging van deze uitspraken achtte de Rechtbank Noord-Nederland in haar uitspraak van 12 juli 2017<sup>59</sup> geen redenen aanwezig om te schorsen. Weliswaar constateerde de voorzieningenrechter dat het PAS geactualiseerd diende te worden, waarbij met name stikstofgevoelige leefgebieden (voor vogels) in het PAS opgenomen moesten worden, maar voor het Natura 2000-gebied dat in deze procedure centraal stond kon worden vastgesteld dat de – nog niet in het PAS opgenomen – leefgebieden volledig samenvallen met de habitattypen die al wel in het PAS zijn opgenomen. In die situatie achtte de voorzieningenrechter geen redenen aanwezig om een voorlopige voorziening te treffen.

51 ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2017, Gst. 2018/41, m.nt. S.D.P. Kole.

52 ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:891. Zie in vergelijkbare zin ook ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2894, Gst. 2018/33, m.nt. S.D.P. Kole.

53 ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2314.

54 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 resp. 1260.

55 En voor zover er geen andere formele redenen zijn om deze partijen niet in de procedure te ontvangen, zoals het niet tijdig betalen van griffierecht of het niet zijn van belanghebbende bij het bestreden besluit.

56 ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2101.

57 Vzgnr. Rechtbank Noord-Holland 15 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:258.

58 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 resp. 1260.

59 Rechtbank Noord-Nederland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2582.

Het lag voor de hand dat met het verstrijken van de tijd na de uitspraken van 17 mei 2017 de kans zou toenemen dat vergunningen, gebaseerd op het PAS, zouden worden geschorst. Zeker omdat de datum van 1 juli 2018 steeds dichterbij kwam. Deze datum achtte de ABRvS in de uitspraken van 17 mei 2017 relevant omdat het PAS voor een periode van 6 jaar is vastgesteld waarbij de totale beschikbare ontwikkelingsruimte in twee perioden van 3 jaar wordt verdeeld. De eerste periode – waarbij 60% van de beschikbare ontwikkelingsruimte wordt uitgegeven, verstrijkt op 1 juli 2018. Op 9 maart 2018 concludeert de voorzieningenrechter van de ABRvS voor het eerst tot schorsing van een aantal PAS-vergunningen.<sup>60</sup> De aanleiding tot schorsing wordt in die uitspraak met name gevonden in het feit dat voor meerdere Natura 2000-gebieden al meer dan 60% ontwikkelingsruimte is uitgegeven, en in sommige gevallen zelfs meer dan 100% (omdat na actualisatie van het PAS kennelijk was gebleken dat de beschikbare ontwikkelingsruimte naar beneden moest worden bijgesteld). Dit terwijl de ABRvS in de uitspraken van 17 mei 2017 nog van belang achtte dat in het PAS als het ware zelf een buffer was opgenomen om rekening te houden met onzekerheden en tegenvallende resultaten van de PAS-maatregelen. Deze buffer bestaat eruit dat in de eerste drie jaar van het PAS, als gezegd, niet 100% van de beschikbare ontwikkelingsruimte maar 60% wordt uitgegeven.

In het licht hiervan verbaast het dan ook niet dat de voorzieningenrechter, na vaststelling dat deze buffer voor meerdere hexagonalen in diverse Natura 2000-gebieden al is overschreden, aanleiding ziet om een voorlopige voorziening te treffen, met als doel dat wordt voorkomen dat de depositie op de hexagonalen waar nu meer dan 60% van de ontwikkelingsruimte is uitgegeven, kan toenemen. Dat leidt uiteindelijk tot de conclusie dat vergunningen waarin ontwikkelingsruimte is toegedeeld voor een activiteit die leidt tot een toename van depositie op een hexagoon waarvoor meer dan 60% van de beschikbare ontwikkelingsruimte in segment 2 (ontwikkelingsruimte voor niet-prioritaire projecten en andere handelingen) is uitgegeven en waarvan de vergunde activiteit nog niet of niet volledig is gerealiseerd, worden geschorst. Voor zover het betreft vergunningen waarin ontwikkelingsruimte is toegedeeld voor een activiteit die leidt tot een toename van depositie op een hexagoon waarvoor meer dan 60% van de beschikbare ontwikkelingsruimte is uitgegeven maar waarvan de activiteit volledig is gerealiseerd, ziet de voorzieningenrechter van de ABRvS vooralsnog geen reden om tot schorsing over te gaan. Dat geldt eveneens voor vergunningen waarin ontwikkelingsruimte is toegedeeld voor een activiteit die een toename van depositie veroorzaakt op uitsluitend hexagonalen waarvoor niet meer dan 60% ontwikkelingsruimte is uitgegeven. Ook voor vergunningen die zonder ontwikkelingsruimte zijn verleend (bijvoorbeeld omdat de vergunde activiteit geen stikstofdepositie veroorzaakt of omdat de

te veroorzaken stikstofdepositie onder de vergunningvrije grenswaarde van 1,00 mol of 0,05 mol/ha/jaar ligt), ontkomen aan een schorsing. Het feit dat vergunningen waarbij ontwikkelingsruimte is verleend voor een activiteit die leidt tot een toename van depositie op een hexagoon waarvoor al meer dan 60% ontwikkelingsruimte is toegedeeld, maar waarbij die activiteit al volledig is uitgevoerd, niet wordt geschorst, is ons inziens met name het resultaat van een belangenafweging. Daarbij is echter nog wel onduidelijk wat wordt verstaan onder een activiteit die is 'uitgevoerd'. Immers, veelal veroorzaakt niet zozeer de realisatie van een activiteit de maatgevende stikstofbelasting op een Natura 2000-gebied, maar eerder de exploitatie. Denk bijvoorbeeld aan een vergunning voor een nieuwe veestal. Is de activiteit dan uitgevoerd zodra deze veestal is opgericht, of zodra de exploitatie van de veestal is beëindigd? De uitspraak laat zien dat volgens de voorzitter de activiteit is uitgevoerd zodra de vergunde situatie is gerealiseerd, dat wil zeggen zodra de nieuwe bebouwing is gerealiseerd, een formulering die, in het licht van het voorgaande en vanuit het voorkomen van depositie op Natura 2000-gebieden zich lastig valt te verklaren als deze formulering niet in de sfeer van de belangenafweging zou moeten worden geplaatst.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de door de ABRvS gestelde criteria in de uitspraak van 9 maart 2018 werden toegepast is die van de Rechtbank Oost-Brabant d.d. 1 juni 2018.<sup>61</sup> Nu het in die uitspraak ging om een vergunde situatie die nog niet is gerealiseerd en ontwikkelingsruimte voor deze activiteit was toegekend op één of meerdere hexagonalen waarvan meer dan 60% ontwikkelingsruimte was benut, werd de bestreden vergunning geschorst.

De gevolgen van de prejudiciële procedure over de PAS zijn ook merkbaar in de bestemmingsplanpraktijk. Als een bestemmingsplanbepaling wordt vernietigd maar de raad dit herstelbaar acht door een redenering gekoppeld aan het PAS en de passende beoordeling die hieraan ten grondslag ligt, is dit aanleiding voor de ABRvS om geen bestuurlijke lus toe te passen.<sup>62</sup> De reden hiervoor vindt de ABRvS in de prejudiciële procedure en het feit dat hangende deze procedure door de ABRvS geen oordeel kan worden gegeven over een regeling die verwijst naar het PAS. Of, anders gezegd, het toepassen van de bestuurlijke lus, gevolgd door een herstelbesluit van de raad, zal ertoe leiden dat de ABRvS de procedure vervolgens alsnog moet aanhouden. Als gevolg van de prejudiciële procedure kan de ABRvS ook vooralsnog niet de vraag beantwoorden of een planregeling zonder passende beoordeling aanvaardbaar is indien weliswaar een toename van stikstofemissie wordt toegestaan, maar deze toename beperkt is tot de op het PAS gebaseerde vergunningvrije grens van 0,05 mol stikstof/ha/jaar dan wel voor deze toename een melding onder het PAS kan worden

60 ABRvS (vz.) 9 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:795, *M en R* 2018/61, m.nt. M.M. Kaajan. Zie ook ABRvS (vz.) 31 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1914.

61 Rechtbank Oost-Brabant 1 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2755.  
62 ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2672.



gedaan.<sup>63</sup> De houdbaarheid van een dergelijke planregel is immers ook direct verbonden met de (on)aanvaardbaarheid van het PAS, waarvoor eerst de prejudiciële procedure moet worden afgerond. Als het bestemmingsplan niet verwijst naar het PAS, hoeft de procedure tegen dit bestemmingsplan uiteraard niet te worden aangehouden. Een voorbeeld van zo'n situatie is de uitspraak van de ABRvS van 31 januari 2018.<sup>64</sup>

Wat betreft de stand van zaken van de prejudiciële procedure bij het HvJ zelf wijzen wij erop dat op 25 juli 2018 de conclusie van de A-G is verschenen.<sup>65</sup> Het valt buiten het bestek van dit overzichtsartikel om deze conclusie gedetailleerd te bespreken, daargelaten de vraag in hoeverre de conclusie door het HvJ wordt gevolgd.<sup>66</sup> Samenvattend kan worden gesteld dat de A-G op zichzelf kan instemmen met de systematiek van een programma, maar dat ook dan per individueel project of plan moet kunnen worden vastgesteld dat voldaan is aan de criteria voor vergunningverlening. De in het PAS opgenomen maatregelen kunnen, aldus de A-G, alleen in het programma als beschermingsmaatregel (dus: mitigerende maatregel) mee worden genomen als definitief vaststaat dat de totale belasting van het gebied door stikstofdepositie onder de grenswaarde blijft vanaf welke sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied. Deze grenswaarde zou bijvoorbeeld de kritische depositiewaarde kunnen zijn, of een andere, wetenschappelijk gefundeerde grenswaarde, zo valt uit de conclusie af te leiden. De wettelijke vrijstelling voor het beweiden van vee en het bemesten van gronden, die gebaseerd is op de aanname dat gemiddeld genomen een stijging van stikstofdepositie als gevolg van deze activiteiten kan worden uitgesloten, is volgens de A-G niet mogelijk. Hieraan dient een individuele beoordeling aan ten grondslag te liggen. De A-G sorteert daarmee voor op een niet zo positief oordeel van het HvJ over het PAS. Het siert de A-G daarbij dat in een slotbeschouwing nog wordt ingegaan op het dilemma waar Nederland voor staat en dat de suggestie wordt gedaan om te bezien of via een ADC-toets – met eventueel nog verplicht advies aan de Europese Commissie indien effecten optreden op prioritaire habitats – het PAS in dat geval alsnog stand kan houden.

## 6.2 Ecologische beoordelingen zonder het PAS

Als gezegd heeft de prejudiciële procedure bij het HvJ ertoe geleid dat rechtbanken en de ABRvS iedere nationale procedure waarbij in het bestreden besluit bij het PAS was aangesloten, aanhouden. Dit is uiteraard voor de praktijk een onwenselijke situatie, nu daarmee besluiten, gebaseerd op het PAS of gebruik makend van de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, onherroepelijk worden zolang het arrest van het HvJ in de prejudiciële procedure niet is gewezen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat gezocht is

naar mogelijkheden om zonder het PAS toestemming te verlenen voor plannen of projecten die leiden tot een toename van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig Natura 2000-gebied. Een eerste voorbeeld van zo'n situatie betreft het bestemmingsplan waarover de ABRvS zich moest buigen in de uitspraak van 11 november 2017.<sup>67</sup> Ten behoeve van dit bestemmingsplan was, hangende de procedure bij de ABRvS, een nader ecologisch stuk ingediend waarin werd geconcludeerd dat de depositie vanwege het plan op de daarvoor gevoelige habitattypen van het relevante Natura 2000-gebied er niet aan in de weg staat dat de instandhoudingdoelstellingen van deze habitattypen ruimschoots zouden worden gehaald. Het ging overigens in dit geval wel om een zeer beperkte toename van stikstofdepositie (0,01 mol stikstof/ha/jr). Deze alternatieve, en van het PAS onafhankelijke, werkwijze zal daarmee naar verwachting niet voor iedere ontwikkeling soelaas bieden. Als niet kan worden geconcludeerd dat ondanks de toename, een aantasting van het betrokken Natura 2000-gebied met zekerheid is uitgesloten, is vergunningverlening immers alleen mogelijk indien er geen alternatieven bestaan, dwingende redenen van groot openbaar belang de activiteit rechtvaardigen en compenserende maatregelen worden getroffen. Een voorbeeld van een project waarbij deze – van het PAS onafhankelijke – redenering slaagde is de al genoemde uitspraak van 18 juli 2018 inzake de Blankenburgverbinding.<sup>68</sup>

## 7. Varia

### 7.1 Relativiteitsvereiste

In deze kroniekperiode zijn diverse uitspraken verschenen waaruit kan worden geconcludeerd dat de kring van belanghebbenden om een Wnb-vergunning in rechte ter discussie te stellen, steeds kleiner wordt. Dit heeft te maken met de wijze waarop de ABRvS toetst of de normen ter bescherming van Natura 2000-gebieden kennelijk niet strekken ter bescherming van degene die beroep instelt. Dit betreft de toets aan het relativiteitsvereiste van art. 8.69a Awb. De uit te voeren toets komt in dat geval hoofdzakelijk neer op het bepalen van de afstand tussen het betrokken Natura 2000-gebied en de verblijfslocatie van degene die in beroep de normen van de Wnb inroept, in combinatie met eventuele bijzondere feitelijke omstandigheden.

Zo bestaat er geen duidelijke verwevenheid tussen een individueel belang bij het behoud van de bescherming van een goede kwaliteit van de eigen leefomgeving met het algemeen belang dat de Wnb beoogt te beschermen indien partijen in beroep verblijven c.q. wonen op een afstand van tussen 1,3 en 2,5 km van het betrokken Natura 2000-gebied.<sup>69</sup> In die uitspraak achtte de rechtbank het daarbij ook nog van belang dat tussen het Natura 2000-gebied en de woningen wegen, een beek en een spoordal waren gelegen. Het is de vraag of dit feitelijk relevant is. Uit de uitspraak van de ABRvS

63 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3530.

64 ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:298.

65 Conclusie A-G Kokott 25 juli 2018, zaak C-293/17 en C-294/17.

66 Zie in dit licht R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS?', TBR 2018/119.

67 ABRvS 11 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2760.

68 ABRvS 18 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2454.

69 Rechtbank Limburg 18 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3604.

van 25 april 2018<sup>70</sup> kan worden afgeleid dat het enkele feit dat appellanten op een afstand van meer dan 1,5 km van het meest nabijgelegen Natura 2000-gebied wonen, voldoende voor de ABRvS is om te concluderen dat het beroep afstuit op art. 8:69a Awb. Dit geldt ook voor een afstand van ruim 1,1 km resp. 1 km tussen het Natura 2000-gebied en de percelen van appellanten.<sup>71</sup>

Bij een afstand van 930 meter gaat ook de ABRvS nog na of er, ondanks deze afstand toch nog redenen kunnen zijn om te concluderen dat door appellant wél een beroep op de normen uit de Wnb te kunnen. Deze redenen zijn er niet als het eigendom van appellant (i.c. een landgoed) en het relevante Natura 2000-gebied van elkaar gescheiden worden door landbouwgronden.<sup>72</sup> Op een afstand van 500 meter tussen de woning van een appellant en een Natura 2000-gebied zijn deze redenen er in ieder geval wel indien de appellant vanaf zijn perceel vrij zicht heeft op het betrokken Natura 2000-gebied en zich tussen dit gebied en zijn woning geen bebouwing, wegen of andere obstakels bevinden.<sup>73</sup> Ook als tussen woningen van appellanten en het betrokken Natura 2000-gebied doorgaande wegen en woonbebouwing liggen, wordt al gauw geconcludeerd dat dit Natura 2000-gebied geen deel uitmaakt van de directe leefomgeving van appellanten, in welk geval de normen uit de Wnb kennelijk niet strekken tot bescherming van de belangen van appellanten.<sup>74</sup> Een soortgelijke toets wordt verricht indien beroep is ingesteld door organisaties die een bundeling van rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken individuele belangen tot stand brengen.<sup>75</sup> In dat geval gaat de ABRvS na waar de individuen die deze organisaties vertegenwoordigen, wonen en aan de hand van die locatie wordt nagegaan in hoeverre de betrokken Natura 2000-gebieden deel uitmaken van de directe woon- en leefomgeving van deze individuen. Is dat niet het geval, dan kunnen ook deze organisaties de normen uit de Wnb niet in een procedure inroepen en stuit het beroep van deze organisaties derhalve af op art. 8:69a Awb. Dit zal uiteraard naar verwachting anders zijn indien de organisatie opkomt voor een algemeen belang, blijkend uit de statutaire doelstelling, waaronder ook de bescherming van Natura 2000-gebieden kan worden geschaard.

## 7.2 Overig

Gewezen zij verder nog op de uitspraak van de ABRvS van 28 februari 2018<sup>76</sup> waarin de vraag aan de orde kwam of

de natuurtoestemming nog moest worden aangehaakt aan een omgevingsvergunning omdat er een beperkt verschil zat tussen de activiteit waarop de natuurvergunning resp. de omgevingsvergunning betrekking had. De ABRvS concludeerde dat er geen aanhaakverplichting bestond. Beide vergunningen hadden betrekking op hetzelfde aantal stallen, stalsystemen, het aantal en soort varkens dat zal worden gehouden en de diameters en uittreedsnelheid van de emissiepunten. Het enige verschil was dat de emissiehoogte van de stallen 1 en 2 volgens de omgevingsvergunning 1 meter hoger was dan waarvan bij de depositieberekeningen die ten grondslag liggen aan de Nbw-vergunning is uitgegaan. Nu dit geen gevolgen had voor de emissie en de ammoniakdepositie – en daarmee dus kennelijk niet leidde tot een ander effect dan waarvan in de Nbw-vergunning was uitgegaan – was geen sprake van een situatie waarin de wijziging van de Nbw-vergunning had moeten aanhaken. De wijziging in de emissiehoogte leidde immers niet tot een situatie die vergunningplichtig was op grond van de Nbw.<sup>77</sup>

Opmerkelijk is verder de situatie die aan de orde kwam in de uitspraak van de Rechtbank Gelderland d.d. 5 april 2018<sup>78</sup> waar het een verleende omgevingsvergunning voor de legalisering van de (ver)bouw van een asielzoekerscentrum betrof waarbij werd afgeweken van het geldende bestemmingsplan. De geplande uitbreiding zou gedeeltelijk plaatsvinden op gronden met de bestemming “Bos”, in de directe nabijheid van het Natura 2000-gebied Veluwe. Er was echter geen enkel (verkenkend) onderzoek verricht naar de mogelijke gevolgen van de uitbreiding voor dit Natura 2000-gebied. De reden hiervoor was dat de aanwezige bebouwing al vele jaren voor de Europese referentiedata aanwezig was. Dit ging echter niet op voor de geplande uitbreiding, zodat de rechtbank terecht concludeerde dat in de ruimtelijke onderbouw ook de gevolgen voor het Natura 2000-gebied hadden moeten worden beschouwd.

Op deze plaats wijzen wij ook op de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 5 maart 2018<sup>79</sup> waarin, bij een beoordeling van een last onder dwangsom vanwege overtreding van de Verordening stikstof en Natura 2000 Noord-Brabant, de vraag aan de orde kwam of een last, gebaseerd op deze Verordening kan worden opgelegd indien een inrichting over een geldige Wnb-vergunning bezit. De relevantie van deze vraag is gelegen in het feit dat de Verordening gebaseerd is op art. 2.4, lid 3, Wnb. Op grond van deze bepaling hebben provinciale staten de bevoegdheid bij verordening regels te stellen indien dat nodig is voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, ten aanzien van categorieën van handelingen. Deze regels kunnen verplichtingen bevatten om preventieve maatregelen te treffen of om bepaalde handelingen volgens voorschriften

70 ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1371. Logischerwijs stuit een beroep op 8:69a Awb ook af bij grotere afstanden, zoals 1,8 km (ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1398), 3 km (ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1333) en 9 km (ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3507).

71 ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1386 en ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:873.

72 ABRvS 25 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1337. Zie in dit verband ook nog ABRvS (vz.) 21 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1110) waarin geoordeeld werd dat, vanwege het ontbreken van direct zicht op het Natura 2000-gebied op een afstand van 750 m., geen beroep kon worden gedaan op de normen uit de Wnb ter bescherming van dit Natura 2000-gebied.

73 ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:901.

74 ABRvS (vz.) 22 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:620.

75 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

76 ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:700.

77 Zie ook Rechtbank Oost-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4563 waarin een beoordeling naar de gevolgen van een omgevingsvergunning achterwege bleef omdat in deze vergunning een koppeling was gemaakt naar de vergunde situatie op grond van de Nbw.

78 Rechtbank Gelderland 5 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1528.

79 Rechtbank Oost-Brabant 5 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:496.

uit te voeren dan wel juist niet uit te voeren. Aan de hand van – exceptieve – toetsing aan de Verordening concludeert de rechtbank – overigens niet gemotiveerd – dat de Verordening niet in strijd is met de Wnb. Het enkele feit dat een inrichting al over een geldige Wnb-vergunning beschikt, hoeft, aldus de rechtbank, provinciale staten evenmin ervan te weerhouden bij verordening op basis van art. 2.4 van de Wnb verdergaande verplichtingen op te leggen, te meer nu in deze procedure door eiseres niet werd bestreden dat de opgenomen verplichtingen noodzakelijk zijn in het kader van de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden. Dit is ons inziens een terechte interpretatie van art. 2.4 Wnb nu de bevoegdheden waarin dit artikel voorziet een uitwerking betreffen van de in art. 6, lid 2, Habitatrictlijn opgenomen verplichting voor lidstaten om verslechtering en significante verstoring van Natura 2000-gebieden te voorkomen en met het oog daarop passende maatregelen te treffen. Deze verplichting zou dan ook strekt uitgehold worden indien deze maatregelen geen betrekking zouden kunnen hebben op activiteiten waarvoor een Wnb-toestemming zou zijn verleend.

In de categorie ‘varia’ zij verder nog gewezen op de uitspraak van 6 december 2017<sup>80</sup> waarin de ABRvS kort ingaat op de verhouding tussen een vergunning op grond van de Waterwet en de Wnb. Aangevoerd werd, in een procedure tegen een verleende watervergunning voor een warmtekrachtcentrale waardoor vissterfte zou kunnen optreden van soorten waarvoor het Natura 2000-gebied Grensmaas is aangewezen, dat de minister voorafgaand aan de verlening van deze vergunning advies had behoren te vragen aan het bevoegd gezag op grond van de Nbw. De ABRvS overweegt in dit kader, terecht, dat dergelijk advies niet nodig was omdat de Waterwet daartoe geen verplichting bevat. Aanvullend wijzen wij erop dat de eventuele uitvoerbaarheid van de watervergunning vanwege het nog ontbreken van een Nbw-vergunning niet een relevant criterium bij het verlenen van de watervergunning is. Besluiten waarbij de toegang tot een Natura 2000-gebied – of in dit geval: boven een Natura 2000-gebied – wordt beperkt zijn schaars. Volledigheidshalve verwijzen wij daarom naar de uitspraak van de Rechtbank Den Haag d.d. 7 maart 2018<sup>81</sup> waarin beperkingen waren gesteld aan het vliegen boven een aantal in Zuid-Holland en Zeeland gelegen Natura 2000-gebieden.

Handhaving van de Wnb via het strafrechtelijk spoor komt niet vaak voor, althans: er verschijnen niet veel uitspraken over. Vandaar dat wij afsluiten met een verwijzing naar het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland d.d. 23 oktober 2017<sup>82</sup> waarin strafrechtelijk werd opgetreden – en met succes – tegen het offroad rijden met een motor in een Natura 2000-gebied, terwijl dit natuurgebied werd aangeduid met een verbodsbord en de verdachte wist dat het gebied zonder vergunning niet toegankelijk was voor hem als motorrijder.

Nu het Natura 2000-gebied onder andere instandhoudingsdoelstellingen kende voor diverse reptielen en amfibieën, kon de handelswijze naar het oordeel van de rechtbank de kwaliteit van de habitats verslechteren of een significante verstoring opleveren. De handeling werd hiermee strafbaar geacht en leidde tot oplegging van een boete van € 500,-.

## 8. Afronding

De lengte van deze kroniek laat het weer zien; net als in voorgaande jaren staat het gebiedsbeschermingsrecht niet stil en zijn er veel ontwikkelingen waar te nemen. Dat zal het komende jaar niet anders zijn, zeker door de beantwoording van de prejudiciële vragen inzake het PAS door het HvJ en de vertaling van deze antwoorden in de Nederlandse procedure. Kortom: tot de volgende kroniek!

80 ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353.

81 Rechtbank Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2665.

82 Rechtbank Noord-Nederland 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4016.