

Kroniek Natuurbescherming – Gebiedsbescherming (deel 1)

BR 2022/48

1. Inleiding

Bij het schrijven van deze kroniek zijn bijna drie jaren verstreken na de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State ('ABRvS') over het Programma Aanpak Stikstof ('PAS') en de vraag of dit programma in overeenstemming was met de Habitatrichtlijn ('HrI'). De uitkomst van die procedure kan vrijwel geen enkele omgevingsrecht-jurist zijn ontgaan; de implicaties van die uitspraak voor de (ontwikkelings)praktijk ook niet. Gaandeweg de tijd is duidelijk geworden dat Nederland kampt met een stikstofcrisis en dat snelle oplossingen niet voor handen zijn. Tegelijkertijd is duidelijk dat de (maatschappelijke en bestuurlijke) keuzes niet eenvoudig zijn, en dat oplossingen in toenemende mate worden gezocht in c.q. 'afgedwongen' worden via het juridische spoor. Deze tendens is zichtbaar in de vele uitspraken van, vooral, rechtbanken over activiteiten die leiden tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Uitspraken die onder andere gaan over activiteiten die onder het PAS vergunningvrij waren, maar nu alsnog moeten worden gelegaliseerd, over de (on)mogelijkheid om het instrument van externe saldering in te zetten voor nieuwe ontwikkelingen of over verzoeken tot intrekking van bestaande, onherroepelijke natuurtoestemmingen. In deze kroniek bespreken we een selectie van relevante uitspraken; kort gaan wij echter eerst in op ontwikkelingen in wetgeving. De uitspraken laten wat ons betreft één aspect heel duidelijk zien: de echte oplossing van het stikstofprobleem wordt niet bereikt via rechtspraak (en dat kun je van rechtspraak ook niet verwachten), maar moet in het bestuurlijke en maatschappelijke domein worden bereikt. De toenemende beperkingen en randvoorwaarden die de rechtspraak stelt aan (de voortzetting van) activiteiten die leiden tot stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden, laten zien dat het nu meer dan ooit tijd is voor echte oplossingen.

2. Ontwikkelingen in wetgeving

Op wetgevingsvlak is er deze kroniekperiode weinig nieuws te melden. De wijzigingen die met de Wet stikstofreductie en natuurverbetering in de Wet natuurbescherming ('Wnb') zijn ingevoerd, zijn in de vorige kroniek al op hoofdlijnen beschreven. In deze kroniekperiode is er geen nieuwe relevante wetgeving in werking getreden. Dat wil – uiteraard, en gelukkig maar – niet zeggen dat er geen ontwikkelingen zijn op het beleidsmatige vlak. Voor een overzicht van de diverse (omvangrijke) Kamerbrieven waarin voorstellen

worden gedaan voor een structurele en integrale aanpak van het stikstofprobleem verwijzen wij naar de informatie die beschikbaar wordt gesteld door de Regering, via de website Aanpak Stikstof.² Los van de vele beleidsmatige keuzes waar de Regering voor staat, wijzen wij in dit kader in het bijzonder op de in de Kamerbrief van 1 april 2022 genoemde mogelijke (her)introduktie van de verslechteringsvergunning waardoor – zoals hierna, bij bespreking van de rechtspraak nog verder zal worden toegelicht – ook voor intern salderen straks mogelijk weer een vergunning is vereist.³ Met ingang van 25 mei 2022 is het Ontwerpprogramma Stikstofreductie en Natuurverbetering ter inzage gelegd. In dit programma wordt beschreven op welke wijze invulling gegeven zal worden aan het behalen van de resultaatverplichtende omgevingswaarden tot reductie van stikstofemissies (uit art. 1.12a Wnb) en het bereiken van een gunstige staat van instandhouding.⁴

Verder wijzen wij op het wetsvoorstel voor een natuurcompensatiebank dat op 14 april 2022 aan de Tweede Kamer is toegestuurd.⁵ Dit wetsvoorstel beoogt, voor met name projecten van nationaal belang waarvoor de ADC-toets (de toets naar de afwezigheid van alternatieven, de aanwezigheid van dwingende redenen van groot openbaar belang in combinatie met de verplichting om compenserende maatregelen te treffen) wordt doorlopen, op voorhand de compensatie te verzekeren. Met de natuurcompensatiebank waarin dit wetsvoorstel voorziet, wordt als het ware vooraf nieuwe natuur gecreëerd. Projecten kunnen vervolgens 'natuursaldo' van deze bank afhalen in het geval dat voor een specifiek project de ADC-toets wordt doorlopen. Daarmee zou bij het verlenen van toestemming voor deze projecten reeds verzekerd zijn dat de benodigde compensatie effectief is. Of het wetsvoorstel uiteindelijk daadwerkelijk zal bijdragen aan het sneller realiseren van diverse projecten kan nog wel worden betwijfeld. Zoals ook de Afdeling Advisering van de Raad van State heeft opgemerkt, kunnen de nodige vraagtekens bij de effectiviteit van zo'n bank worden geplaatst.⁶ Ieder specifiek project zal immers op specifieke habitattypen en leefgebieden effecten veroorzaken; de natuurcompensatiebank werkt alleen als voor alle relevante habitattypen en leefgebieden in Nederland op voorhand saldo kan worden gecreëerd. Het lijkt lastig voorstelbaar dat dit haalbaar is.

¹ Marieke Kaajan en Fleur Onrust zijn advocaat/partner bij ENVIR Advocaten. Dit artikel beslaat (hoofdzakelijk) de ontwikkelingen op het terrein van de bescherming van Natura 2000-gebieden in de periode 15 juli 2021 – 25 mei 2022.

² <https://www.aanpakstikstof.nl/de-stikstofaanpak/kamerbrieven>.

³ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/04/01/hoofdlijnen-van-de-gecombineerde-aanpak-van-natuur-water-en-klimaat-in-het-landelijk-gebied-en-van-het-bredere-stikstofbeleid>.

⁴ Zie <https://www.aanpakstikstof.nl/actueel/nieuws/2022/05/25/ontwerp-programma-stikstofreductie-en-natuurverbetering-ter-inzage>.

⁵ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/kst-36076-2.html>.

⁶ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State d.d. 25 maart 2021, W11.21.0091/IV.

Ten slotte kunnen we hier de Omgevingswet niet (kort) onvermeld laten. De wet die – afhankelijk van het standpunt dat je inneemt over de wenselijkheid ervan – als een zwaard van Damocles boven ons hoofd hangt of kan worden beschouwd als het ei van Columbus. Nog steeds is niet duidelijk wanneer deze wet in werking treedt; de datum van 1 januari 2023 wordt echter wel steeds meer genoemd; voor de zomer zou hierover meer duidelijkheid moeten komen. Voor wat betreft de bescherming van Natura 2000-gebieden verandert er materieel weinig onder de Omgevingswet. Het beschermingsregime wordt in grote mate 'gedicteerd' door Europese richtlijnen en dat blijft uiteraard zo. Wij wijzen er wel op dat de aanhaakverplichting van de natuurtoestemming bij de omgevingsvergunning komt te vervallen. Daarnaast zal na inwerkingtreding van de Omgevingswet op alle omgevingsvergunningen voor een Natura 2000-activiteit (dus: projecten waarvan significant negatieve effecten op Natura 2000-gebieden niet op voorhand kunnen worden uitgesloten), afd. 3.4 Awb van toepassing zijn. Discussie over de vraag of, mede vanwege de verplichtingen uit het Verdrag van Aarhus, wel de juiste voorbereidingsprocedure is gevolgd, is daarmee – anders dan nu – van tafel.⁷

Het zal verder een uitdaging zijn de regels ter bescherming van Natura 2000-gebieden terug te vinden in de Omgevingswet en de onder de Omgevingswet vallende AMvB's. Deze regels zijn immers straks, anders dan nu in een overzichtelijk hoofdstuk 2 (en 5) van de Wnb, niet meer bij elkaar geplaatst maar volgen de, soms wat lastig te doorgronden, systematiek van de Omgevingswet zelf.

3. Relevante rechtspraak

3.1 Toetsing van bestemmingsplannen

Op grond van art. 2.7 lid 1 Wnb bestaat de verplichting om een passende beoordeling voor een bestemmingsplan te verrichten als significant negatieve effecten van dit bestemmingsplan niet op voorhand kunnen worden uitgesloten. Een juiste analyse van de vraag of een passende beoordeling is vereist, begint met de vaststelling van de referentiesituatie – de situatie ten opzichte waarvan de effecten van een nieuw bestemmingsplan op Natura 2000-gebieden vervolgens worden bepaald. Sinds jaar en dag is het vaste rechtspraak van de ABRvS dat de referentiesituatie bestaat uit de 'feitelijk, planologisch legale situatie' voorafgaand aan de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan.⁸ Dus: uit de activiteiten die daadwerkelijk plaatsvinden op het moment dat een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld, en dan alleen nog voor zover die activiteiten op grond van het voorheen geldende bestemmingsplan waren toegestaan. Activiteiten die mogelijk zijn op grond van dit oude bestemmingsplan maar die niet plaatsvonden, moeten bij vaststelling van

een nieuw bestemmingsplan opnieuw worden beoordeeld op hun effecten op Natura 2000-gebieden. Dat geldt ook voor effecten van activiteiten die weliswaar voorafgaand aan vaststelling van het nieuwe bestemmingsplan al plaatsvonden, maar die nimmer planologisch legaal zijn geweest. Ook als deze activiteiten al lange(re) tijd plaatsvinden en zelfs wanneer deze activiteiten wél op grond van het planologisch overgangsrecht zijn toegestaan.⁹

Effecten van activiteiten die reeds plaatsvonden én waren toegestaan op grond van het oude bestemmingsplan hoeven niet opnieuw bij vaststelling van het bestemmingsplan te worden beoordeeld. Als het bestemmingsplan voorziet in nieuwe, andere activiteiten op locaties waar voorafgaand aan de vaststelling van dit nieuwe bestemmingsplan al andere activiteiten 'planologisch legaal' hebben plaatsgevonden, kunnen de effecten van de nieuwe activiteiten weggestreept worden tegen de effecten van deze al bestaande activiteiten. Dit wordt dan, net als bij vergunningverlening (zie par. 3.2.), interne saldering genoemd, met als belangrijk verschil dat de uitgangs- c.q. referentiesituatie bij bestemmingsplannen bepaald wordt door de feitelijke situatie (mits planologisch legaal) en niet enkel door hetgeen al op grond van het vorige bestemmingsplan toegestaan is. Bij vergunningverlening kan, ter bepaling van de referentiesituatie bij intern salderen, immers wel uitgegaan worden van de vergunde (en niet de feitelijke) situatie. E.e.a. vergt dus dat voorafgaand aan de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan goed onderzocht wordt welke activiteiten feitelijk plaatsvinden. De uitspraak van de voorzieningenrechter van 14 februari 2022¹⁰ maakt inzichtelijk hoe gedetailleerd dit onderzoek moet zijn. In die uitspraak stond niet ter discussie dat op een terrein al jaren een hobbypaard werd gehouden, dat het terrein ook geschikt was om een hobbypaard te houden én dat een paardenbak en paardenstal aanwezig waren. Desondanks kon naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet worden vastgesteld dat in de referentiesituatie daadwerkelijk een hobbypaard werd gehouden. E.e.a. leidde tot schorsing van het bestemmingsplan.

Zeker bij grootschalige ontwikkelingen waarbij ook de planvorming en -vaststelling meerdere jaren kan duren, komt het voor dat een activiteit die op grond van het vorige bestemmingsplan was toegestaan én plaatsvond, al is beëindigd voordat het nieuwe bestemmingsplan is vastgesteld. Zo'n activiteit kan dan in beginsel geen deel meer uitmaken van de referentiesituatie. In een wat cryptische uitspraak in maart 2020¹¹ leek de ABRvS al een voorschot te nemen op de mogelijkheid dat deze beëindigde situatie onder omstandigheden toch nog tot de referentiesituatie zou kunnen worden gerekend. De uitspraak van 1 september 2021¹² laat

7 Zie in dat kader deze twee uitspraken waarin de ene keer wél en de andere keer niet afd. 3.4 Awb van toepassing wordt verklaard: rechtbank Noord-Nederland (vzr.) 3 februari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:270 en rechtbank Overijssel 21 december 2021, ECLI:NL:ROVE:2021:4794.

8 Zoals in deze kroniekperiode nog bevestigd in ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, *Men R* 2021/103, m.nt. M.M. Kaajan.

9 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1372.

10 ABRvS (vzr.) 14 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:447.

11 ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:683.

12 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, *Men R* 2021/103, m.nt. M.M. Kaajan.

zien dat de ABRvS inderdaad zo'n uitzondering accepteert mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, te weten:

- i Het moet dan onomstotelijk vaststaan dat de activiteit uitsluitend is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt. Dat betekent dat uit een schriftelijk stuk, zoals een koopovereenkomst, moet blijken dat de activiteit is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het nieuwe plan mogelijk maakt. Het gaat daarbij om een schriftelijk stuk dat dateert uit de periode dat de activiteit werd beëindigd of daarvoor.
- ii Daarnaast moet uitgesloten zijn dat de activiteit sowieso zou zijn beëindigd vóór de gehanteerde peildatum.
- iii Verder is vereist 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.

Is aan deze drie – cumulatief geldende – voorwaarden voldaan, dan is het dus mogelijk om de effecten van een reeds beëindigde activiteit als onderdeel van de referentiesituatie mee te nemen. Hierdoor kan mogelijk sneller voor een nieuw bestemmingsplan worden geconcludeerd dat effecten op Natura 2000-gebieden per saldo kunnen worden uitgesloten. Deze uitspraak laat ons inziens zien dat de ABRvS oog heeft voor de praktijk van gebiedsontwikkelingen en het hierbij vaak optredende (schaduw)effect dat de activiteiten die plaats moeten maken voor nieuwe functies regelmatig al geruime tijd voordat het bestemmingsplan voor de herontwikkeling is vastgesteld, zijn verplaatst of beëindigd. Zou beëindiging van deze functie dan tot gevolg hebben dat de referentiesituatie zodanig wijzigt dat vaststelling van het nieuwe bestemmingsplan vanwege effecten op Natura 2000-gebieden in gevaar komt, dan zou het gevolg daarvan vooral zijn dat de te beëindigen functie alleen maar langer in stand wordt gehouden. Dan zou een effect op Natura 2000-gebieden dus – mogelijk – nodeloos worden gecontinueerd, enkel en alleen om een nieuw bestemmingsplan te faciliteren.

Een ander – terugkerend – aandachtspunt bij de beoordeling van de effecten van een nieuw bestemmingsplan is de vraag of de effectbeoordeling kan worden doorgeschoven naar een later moment. Bijvoorbeeld bij het besluit tot verlening van een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan of door in de planregels te bepalen dat een bepaald gebruik dat leidt tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden alleen is toegestaan mits hiervoor een Wnb-vergunning van GS is verkregen. Deze werkwijze wordt door de ABRvS niet geaccepteerd. Ook dat is al vaste rechtspraak maar dit is deze kroniekperiode nog eens bevestigd in o.a. de uitspraak van 2 februari 2022.¹³ De gedachte achter deze rechtspraak is dat bij vaststelling van een bestemmingsplan vooral vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening duidelijk moet zijn

dat het bestemmingsplan aanvaardbaar is.¹⁴ Of aan dat criterium is voldaan, kan niet worden vastgesteld als van een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid en/of een wijzigingsbevoegdheid de effecten op Natura 2000-gebieden nog niet in kaart is gebracht op het moment dat het (moeder)plan wordt vastgesteld. Van een ontoelaatbaar doorschuiven van de effectbeoordeling is overigens geen sprake als in de planregels is bepaald dat een activiteit alleen is toegestaan als deze niet leidt tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden, zodat op basis van die planregel kan worden geconcludeerd dat een passende beoordeling voor het plan niet nodig is. Bij de formulering van een planregel van die strekking is dan echter wel weer van belang dat uit de omschrijving van het begrip 'geen toename van stikstofdepositie' blijkt dat hierbij niet het instrument van externe saldering kan worden ingezet. Zou een – per saldo – gelijkblijvende stikstofdepositie als gevolg van een nieuwe activiteit kunnen worden bereikt met het wegnemen van een bron op een andere locatie, dan is nog steeds een passende beoordeling nodig. De voordelen van een externe salderingsmaatregelen kunnen immers alleen in een passende beoordeling worden beoordeeld. De uitspraak van 1 september 2021 inzake het bestemmingsplan 'Brederoodseweg 41' biedt een voorbeeld van een toereikende bepaling op dat punt.¹⁵

Nieuwbouwprojecten mogen in beginsel niet meer aangesloten worden op het gastransportnet; deze woningen worden 'gasloos' gerealiseerd en het gebruik van de woningen zal in de regel niet leiden tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Of toch wel? In de procedure over het bestemmingsplan Zandzoom in de gemeente Heiloo¹⁶ wezen appellanten op het onderzoek van het RIVM 'Methode inschatting depositie woningbouwprojecten' uit 2019. In tegenstelling tot de 'Instructie gegevensinvoer Aeries Calculator', die uitgaat van een stikstofemissie van 0 bij een gasloze woning, sluit de RIVM-notitie stikstofemissies ook in die situatie niet uit. Door deze discrepantie tussen beide stukken en het hierdoor ontstane 'gebrek aan eenduidigheid' over de vraag of en in welke gevallen bij de ontwikkeling van gasloze woningbouwlocaties toch stikstofemissies kunnen optreden, achtte de ABRvS het 'wenselijk' dat de raad daarover in een vervolgbesluit een nader standpunt zou innemen. De uitspraak laat daarmee zien dat 'gasloos' niet ook per definitie 'stikstofemissie-loos' betekent. Overigens kan uit andere uitspraken worden afgeleid dat als woningen worden verwarmd met een warmtepomp en er sprake is van elektrisch koken, voldoende gemotiveerd is dat een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden kan worden uitgesloten.¹⁷ In de regel

¹³ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:317.

¹⁴ Zie voor een verdere duiding en toelichting op dit punt, M.M. Kaajan, 'Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden', i.h.b. par. 3.5.6, in: Verdaas/Kaajan/Bosma, *Gebiedsontwikkeling tijdens de stikstofcrisis*, Preadvies VBR nr. 49 (2021).

¹⁵ ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1956. Zie ook ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1586 voor een voorbeeld van een vergelijkbare planregel waarbij ook het instrument van externe saldering inzetbaar is.

¹⁶ ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960.

¹⁷ Zie bijv. ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1088.

hoeft voor nieuwbouwwoningen verder niet in de planvoorschriften te worden bepaald dat deze zonder aansluiting op het gastransportnet worden gerealiseerd. Dit vanwege het in art. 10, lid 1 onder a, van de Gaswet opgenomen uitgangspunt dat nieuwbouwprojecten niet worden aangesloten op het gastransportnet. Weliswaar biedt de Gaswet de mogelijkheid om, in uitzonderlijke gevallen, een uitzondering op dit uitgangspunt te maken, maar als het voldoende reëel en aannemelijk is dat de nieuwbouw niet aangesloten zal worden op het gastransportnet hoeft e.e.a. niet in de planregels te worden verankerd. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit een tussen de gemeente en de ontwikkelaar gesloten anterieure overeenkomst waaruit zonder voorbehoud een resultaatsverplichting kan worden afgeleid dat gebouwen gasvrij worden gebouwd, al dan niet in combinatie met gemeentelijk beleid om op termijn een gasvrije gemeente te worden.¹⁸

3.2 Intern salderen bij vergunningverlening

In de vorige kroniek is al uitgebreid ingegaan op de Logtsebaan-uitspraak van 20 januari 2021 waarin de ABRvS bevestigde dat er sinds 1 januari 2020 geen Wnb-vergunningplicht meer bestaat voor een activiteit waarvoor met succes het mechanisme van interne saldering kan worden toegepast.¹⁹ Dit is het gevolg van het feit dat de Wnb sinds die datum geen zogeheten verslechteringsvergunning meer bevat, maar enkel nog een vergunningplicht voor een project waarvoor op voorhand significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten. Dergelijke gevolgen kunnen echter juist wel op voorhand worden uitgesloten bij wijziging of uitbreiding van een activiteit waarvoor reeds een natuurtoestemming geldt én de wijziging of uitbreiding niet leidt tot grotere of andere effecten op Natura 2000-gebieden dan is toegestaan op grond van die natuurtoestemming. Onder natuurtoestemming wordt in dit verband verstaan een geldende Wnb-vergunning of een toestemming die is verleend voorafgaand aan het moment dat het regime van de Hrl van kracht werd (ook wel de referentiedatum genoemd) en voor zover deze nadien is gecontinueerd. Een activiteit die na de referentiedatum is gestart of is uitgebreid en waarbij significant negatieve effecten van de uitbreiding niet op voorhand kunnen worden uitgesloten, kan niet zonder aanvullende (passende) beoordeling worden voortgezet.²⁰

Het uitgangspunt van de ABRvS is dat bij de omvang van het saldo dat ingezet kan worden voor interne saldering uitgegaan kan worden van de vergunde situatie. De feitelijke situatie – en dus ook de vraag of een natuurtoestemming al dan niet slechts gedeeltelijk is benut – is niet bepalend voor de omvang van dit saldo.²¹ Zolang sprake is van een vigerende

natuurtoestemming, is een (hernieuwde) passende beoordeling van effecten ook niet aan de orde. Dat uitgangspunt geldt ook, aldus de rechtbank Noord-Nederland, als het saldo verkregen wordt van een Wnb-vergunning die op het PAS is gebaseerd en waarvan nu bekend is dat de passende beoordeling ter onderbouwing van het PAS, en daarmee dus ook van de Wnb-vergunning, niet in overeenstemming is met de Hrl.²² Ook kan saldering plaatsvinden met een (PAS-) vergunning waarin is bepaald dat de vergunde activiteit binnen twee jaar na onherroepelijk worden van de vergunning moet zijn gerealiseerd maar aan die voorwaarde niet is voldaan, aldus de rechtbank Noord-Holland in een uitspraak van 24 februari 2022.²³ De gedachte achter die uitspraak lijkt te zijn dat in zo'n situatie de Wnb-vergunning immers nog steeds geldt.

Ook uit art. 6 lid 2 Hrl – de verplichting om (verdere) verslechtering van Natura 2000-gebieden te voorkomen – kan niet worden afgeleid dat interne saldering alleen kan plaatsvinden met feitelijke emissies of dat er een verplichting bestaat om anderszins beperkingen te stellen aan de mogelijkheden voor interne saldering. Het bevoegd gezag kan op grond van de Wnb weliswaar beleid voeren op dat punt, maar is daartoe niet verplicht.²⁴ Daarbij is het overigens van belang te realiseren dat dit beleid op dit moment niet gekoppeld kan worden aan een voor de nieuwe ontwikkeling te verlenen Wnb-vergunning, aangezien voor deze nieuwe ontwikkeling juist geen Wnb-vergunning nodig is als met succes het mechanisme van interne saldering kan worden ingezet. Een eventueel beleid ter beperking van de mogelijkheden van interne saldering in die situatie zal dan hooguit gericht kunnen zijn op bestaande Wnb-vergunningen en/of op bestaande (andere) natuurtoestemmingen.

Tot op heden zijn de uitgangspunten van de ABRvS over de mogelijkheden van interne saldering daarmee dus helder: enkel van belang is de omvang van het vergunde recht. Als dit vergunde recht duidelijk is, is het toegestane effect ook duidelijk. Als vervolgens vastgesteld kan worden dat een wijziging of uitbreiding van de vergunde situatie niet leidt tot andere of grotere effecten op Natura 2000-gebieden, dan bestaat er geen vergunningplicht. Met het vervallen van de mogelijkheid om een verslechteringsvergunning te verlenen, bestaat er voor bevoegde gezagen, als gezegd, weinig ruimte om bij intern salderen beleid te voeren dat vergelijkbaar is met extern salderen. Toch laat lagere rechtspraak zien dat, met de nodige 'creativiteit', beperkingen zouden kunnen worden gesteld aan de mogelijkheid van intern salderen. Wij verwijzen in dat kader in het bijzonder naar twee uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant waarin, bijna eufemistisch gezegd, een 'nuancering' op de vaste rechtspraak

18 ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1760, JM 2021/131, m.nt. R. Olivier.

19 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, AB 2021/264, m.nt. R.H.W. Frins; *Men R* 2021/42, m.nt. Ch.W. Backes.

20 Zie voor een voorbeeld van zo'n situatie de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 18 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2483 en de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 24 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1652.

21 Zie o.a. ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175, *Men R* 2021/44, m.nt. M.M. Kaajan.

22 Rechtbank Noord-Nederland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:891 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 32.7.

23 Rechtbank Noord-Holland (vzr.) 24 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1453.

24 O.a. ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2341.

van de ABRvS wordt aangebracht.²⁵ De tijd zal het leren of de ABRvS deze nuancering volgt. Van belang is dat in beide uitspraken een besluit ter toetsing voorlag dat was genomen op het moment dat er nog provinciale beleidsregels voor intern salderen golden én dat in één van de twee procedures (te weten de procedure over de Amer-centrale) de rechtbank ook moest oordelen over een verzoek om intrekking van een natuurvergunning die als referentiesituatie werd gebruikt voor het instrument van interne saldering. Daardoor is niet op voorhand duidelijk of de door de rechtbank Oost-Brabant voorgestane beoordeling ook bij andere vormen van interne saldering kan of moet worden toegepast.

In de uitspraken sluit de rechtbank aan bij Europese rechtspraak²⁶ waaruit wordt afgeleid dat het niet zonder meer is toegestaan om terug te vallen op toestemmingen voor projecten die zijn verleend vóór de referentiedatum omdat deze toestemmingen nooit passend zijn beoordeeld. Dat geldt, aldus de rechtbank, in het bijzonder als het gaat om (onderdelen van) activiteiten die niet zijn gerealiseerd of uitgevoerd voordat een gebied is aangewezen als Natura 2000-gebied. Als de activiteit al wel is gerealiseerd op de referentiedatum, kunnen de gevolgen van deze onderdelen en activiteiten voor de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied geacht worden te zijn betrokken bij de aanwijzing. Dat is anders, aldus de rechtbank, als deze onderdelen/activiteiten worden gestart of hervat na de aanwijzing van een Natura 2000-gebied; dan kunnen er immers alsnog significante gevolgen optreden die niet betrokken zijn bij de aanwijzing. Dergelijke gevolgen kunnen ook niet worden uitgesloten als de ruimte vanwege emissies die gepaard gaan met een nog niet gerealiseerd onderdeel of een nog niet gerealiseerde activiteit wordt ingezet bij interne saldering of wanneer bij interne saldering gebruik wordt gemaakt van een (onherroepelijke) PAS-vergunning waarvan bekend is dat de passende beoordeling die aan deze vergunning ten grondslag ligt, niet in overeenstemming is met de Hrl. Op basis van deze gedachtegang komt de rechtbank tot een viertal situaties die op de volgende wijze beoordeeld zouden moeten worden:

- 1 Als onderdelen of activiteiten in de referentiesituatie zijn gerealiseerd of worden uitgevoerd, kan interne saldering plaatsvinden.
- 2 Als de activiteiten niet of niet meer worden uitgevoerd, maar kunnen worden gestart respectievelijk hervat zonder nieuwe omgevingsvergunning of natuurvergunning, kan interne saldering eveneens plaatsvinden.
- 3 Als onderdelen niet zijn gerealiseerd of activiteiten niet of niet meer worden uitgevoerd en er een nieuwe

omgevings- of natuurvergunning noodzakelijk is om deze alsnog te realiseren of te hervatten, dan kan slechts met deze onderdelen of activiteiten (intern) worden gesaldeerd als de gevolgen van deze onderdelen of activiteiten eerder passend zijn beoordeeld.

- 4 Als deze (niet gerealiseerde) onderdelen of (niet uitgevoerde) activiteiten niet eerder passend zijn beoordeeld omdat er niet eerder een natuurvergunning is verleend of omdat de onderdelen of activiteiten zijn vergund in een PAS-vergunning, dan kan er alleen mee (intern) worden gesaldeerd indien verweerder voldoende onderbouwt dat dit niet leidt tot een verstoring die significante gevolgen kan hebben voor de doelstellingen van de Hrl, met name voor de daarmee nagestreefde instandhoudingsdoelstellingen.

Uiteindelijk zal moeten blijken of de ABRvS meegaat in deze door de rechtbank Oost-Brabant voorgestane beoordelingssystematiek. De eerste hobbel die de ABRvS in dat kader ons inziens zal moeten nemen, is die van het vergunningvrije interne salderen. Als er geen vergunningplicht bestaat, kunnen de door de rechtbank geformuleerde randvoorwaarden immers niet in het kader van een besluit tot vergunningverlening aan de orde komen, maar zal daarvoor een andere wettelijke grondslag moeten worden benut.

3.3 Intern salderen en luchtwassers/stalsystemen

Rechtspraak tijdens deze kroniekperiode laat een steeds (meer) terugkerende discussie over de effectiviteit van luchtwassers/stalsystemen zien; systemen die – vooral – binnen de agrarische bedrijfsvoering worden ingezet. Deze luchtwassers zorgen voor de reductie van ammoniakemissies; als de feitelijke reductie lager is dan de verwachte/aangenomen reductie, leidt dit tot de discussie of via het mechanisme van intern salderen wel kan worden verzekerd dat per saldo geen toename van stikstofdepositie optreedt bij wijziging van de vergunde situatie. Onduidelijkheid over het te behalen reductiepercentage van luchtwassers kan betrekking hebben op de omvang van de toegestane stikstofdepositie in de referentiesituatie en/of op de omvang van de te realiseren stikstofdepositie in de nieuwe situatie (dus: bij wijziging of uitbreiding van een activiteit).

De rechtspraak – ook hier tot nu toe alleen van rechtbanken – laat zien dat er met enige regelmaat wordt geconcludeerd dat er onvoldoende wetenschappelijke zekerheid bestaat over de effectiviteit van het specifieke type luchtwassers. Dit is met name een issue op het moment dat via interne saldering het ene type luchtwasser wordt vervangen door een ander type luchtwasser. Als er een wijziging of uitbreiding wordt gerealiseerd, maar het type luchtwasser dat wordt gebruikt niet verandert, kan weliswaar in zijn algemeenheid getwijfeld worden over de effectiviteit van het specifieke type maar dan is de mate van onzekerheid (en onjuistheid) over het reductiepercentage in de

²⁵ Rechtbank Oost-Brabant 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389 (*Amer-centrale*) en rechtbank Oost-Brabant 21 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:192 (*Rendac*). Zie echter ook rechtbank Noord-Holland 26 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3550 waarin de lijn van de ABRvS nog onverkort wordt gevolgd.

²⁶ HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:10 en HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.

referentiesituatie gelijk aan die in de nieuwe situatie.²⁷ Dan maakt deze onzekerheid dus niet dat interne saldering niet kan plaatsvinden.

In dit kader komt ook veelvuldig de vraag aan de orde hoe voldoende verzekerd kan worden dat een bepaald type luchtwasser het beoogde emissiereductie-percentage haalt, en hoe hier op kan worden toegezien. Rechtbanken stellen vast dat het, vanuit het perspectief van de Wnb, onvoldoende is dat handhaving van dit percentage kan plaatsvinden op grond van het Activiteitenbesluit, simpelweg omdat het bevoegd gezag op grond van de Wnb veelal niet ook het bevoegd gezag is voor handhaving van het Activiteitenbesluit. Laatstgenoemde bevoegdheid ligt immers in het merendeel van de gevallen bij B&W, terwijl GS primair op grond van de Wnb het tot handhaving bevoegde bestuursorgaan zijn. Dat betekent dat andere handvatten moeten worden gevonden om naleving van het emissiereductiepercentage in het Wnb-spoor te kunnen verzekeren.

In de uitspraak van 11 januari 2022 doet de rechtbank Oost-Brabant een voorzet voor oplossingsmogelijkheden bij een eventuele onzekerheid over de effectiviteit van een in te zetten luchtwasser, om zodoende toch met succes te kunnen concluderen dat het mechanisme van interne saldering toepasbaar is of dat, afhankelijk van de gekozen oplossing, een Wnb-vergunning kan worden verleend met voorschriften die verzekeren dat een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden kan worden uitgesloten.²⁸ Het voert te ver om deze oplossingen hier tot in detail te bespreken, daarvoor zij verwezen naar met name rechts-overweging 14.2 van deze uitspraak. In de uitspraak van 24 mei 2022 gaat de rechtbank Oost-Brabant nog een stapje verder in het zoeken naar een adequate oplossing, door zelf voorschriften aan een omgevingsvergunning te verbinden waarmee verzekerd wordt dat significant negatieve effecten kunnen worden uitgesloten.²⁹ Het merendeel van de door de rechtbank Oost-Brabant beschreven oplossingen wordt door de rechtbank overigens aangemerkt als een 'beschermingsmaatregel', dus als een mitigerende maatregel. De consequentie daarvan is dat sprake is van een Wnb-vergunningplicht. In de – reeks van – uitspraken van de rechtbank Overijssel van 11 mei 2022 lijkt voor een andere lijn

gekozen te worden.³⁰ In die uitspraak wordt aangegeven dat de toepassing van een bepaalde luchtwasser geen mitigerende maatregel is, maar een onderdeel van het project 'het houden van vee'. Daarom betekent de omstandigheid dat de aanvraag voor een vergunning ziet op het houden van vee in een bepaald stalsysteem, dat impliceert dat een bepaald type luchtwasser wordt gebruikt, niet dat zonder meer een passende beoordeling aan de vergunningverlening ten grondslag moet worden gelegd. De lijn van de rechtbank Overijssel in combinatie met het vergunningvrij zijn van interne saldering zou echter kunnen betekenen dat de discussie over de juistheid van de inzet van het instrument van interne saldering enkel achteraf, in het kader van een verzoek om handhaving kan worden gevoerd – een situatie die voor de betrokkenen niet ideaal is. In die zin is de aanpak van de rechtbank Oost-Brabant wellicht te prefereren.

Uit de uitspraak van Oost-Brabant valt overigens niet goed af te leiden waarom daadwerkelijk sprake is van een beschermingsmaatregel bij bijvoorbeeld het opleggen van een monitoringsverplichting om de effectiviteit van de luchtwassers te kunnen registreren. Het gevolg (of zo men wil, mogelijk zelfs een voordeel) van deze kwalificatie is dat hierdoor, als gezegd, een vergunningplicht herleeft, en er dus ook voor het bevoegd gezag de bevoegdheid ontstaat om deze maatregelen in een besluit op te nemen en deze daarmee afdwingbaar te maken. Wellicht dat dit (rechts)gevolg dan ook voor een (behoorlijk) deel heeft bijgedragen aan de kwalificatie van de maatregelen als beschermingsmaatregel. In de uitspraak valt namelijk de 'verzuchting' te lezen dat het probleem 'mede wordt veroorzaakt door [...] het vervallen van de verslechteringsvergunning'. In die vergunning zouden de noodzakelijke randvoorwaarden om te verzekeren dat bij de inzet van een bepaald type luchtwasser geen toename van stikstofdepositie zou kunnen optreden, kunnen worden opgenomen. Nu de verslechteringsvergunning is vervallen en intern salderen daardoor niet meer vergunningplichtig is, ontstaat er pas een Wnb-vergunningplicht als er een passende beoordeling nodig is; en pas in die passende beoordeling kunnen beschermingsmaatregelen meegenomen worden. Dus wellicht is dat de achtergrond van deze redenering van de rechtbank Oost-Brabant om te concluderen dat sprake is van beschermingsmaatregelen, in een situatie dat alleen een besluit op grond van de Wnb voorligt.

In de situatie dat een omgevingsvergunning wordt verleend, gaat de discussie over de vraag of er al dan niet een vvgb-natuur nodig is. In dat geval kunnen eenvoudiger voorschriften aan de omgevingsvergunning worden verbonden waarmee verzekerd wordt dat de effecten via intern salderen per saldo niet toenemen, en waardoor geen vvgb-natuur is vereist. De uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 10 februari 2022 laat zien welke constructie 'bedacht' moet worden als, uitgaande van een bepaalde effectiviteit van een luchtwasser, een positieve

27 Zie o.a. rechtbank Noord-Nederland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:891, rechtbank Overijssel 23 september 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3590 (*verschillende luchtwassers*) en rechtbank Oost-Brabant 22 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:569, rechtbank Noord-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:146, rechtbank Oost-Brabant 13 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1008 en rechtbank Oost-Brabant 28 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6691 (*dezelfde stalsystemen en luchtwassers*).

28 Rechtbank Oost-Brabant 11 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:21. Zie, vergelijkbaar, ook rechtbank Oost-Brabant 8 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1323. De discussie of voldoende geborgd is dat het mechanisme van interne saldering slaagt, doet zich ook buiten de agrarische sector voor. Wij verwijzen in dat kader ter illustratie naar de twee uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant over een verzoek tot handhaving jegens de Efteling, te weten rechtbank Oost-Brabant 29 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4000 en rechtbank Oost-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:279.

29 Rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2090.

30 Rechtbank Overijssel 11 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1231.

weigering is afgegeven op basis van de aanname dat succesvol intern gesaldeerd kan worden.³¹ De rechtbank deelde de conclusies over de effectiviteit van de luchtwasser niet, overwoog vervolgens dat om die reden niet kon worden vastgesteld of de emissies in de veranderende situatie gelijk zouden blijven en concludeerde dat significant negatieve effecten op Natura 2000-gebieden daardoor op voorhand niet konden worden uitgesloten. Dit leidde tot 'schorsing' van de positieve weigering, een wat ons betreft op zichzelf wat opmerkelijke constructie, want wat is immers het rechtsgevolg van zo'n schorsing?

3.4 Extern salderen

Stikstofeffecten van een nieuwe ontwikkeling kunnen gesaldeerd worden met het wegnemen van een stikstofbron op een andere locatie. Als, via een (verschil)berekening in Aerius Calculator, kan worden aangetoond dat er vervolgens per saldo geen toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige en -overbelaste hexagonen in Natura 2000-gebieden optreedt, kan geconcludeerd worden dat een aantasting van deze Natura 2000-gebieden als gevolg van de nieuwe ontwikkeling is uitgesloten. Omdat externe saldering wordt beschouwd als een mitigerende c.q. beschermingsmaatregel, leidt het gebruikmaken van het instrument externe saldering altijd tot een Wnb-vergunningplicht of tot de verplichting om een passende beoordeling voor een plan op te stellen. Dit is dan ook de reden dat bij de inzet van dit instrument beleidsregels van toepassing (kunnen) zijn – die per provincie kunnen verschillen. Deze beleidsregels zijn overigens alleen van toepassing bij vergunningverlening en dus niet bij vaststelling van een bestemmingsplan. Ook bij de toets naar de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan hebben de provinciale natuurbeleidsregels ter bescherming van Natura 2000-gebieden geen rol. Dit komt omdat de Wnb voorziet in een afzonderlijk toetsingskader voor plannen die significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden; om die reden hoeft bij vaststelling van plannen niet te worden ingegaan op de uitvoerbaarheid van het plan in relatie tot een mogelijk vereiste natuurvergunning.³² Dat betekent dus, in concreto, dat bij de inzet van het instrument externe saldering bij een (bestemmings)plan bijvoorbeeld geen 30% van de depositie hoeft te worden afgeroomd ten gunste van de natuur, terwijl aan die voorwaarde wel moet worden voldaan om een Wnb-vergunning ter uitvoering van het bestemmingsplan te verkrijgen als daarvoor het instrument van externe saldering wordt ingezet.

In deze kroniekperiode is, in de uitspraak van 24 november 2021 van de ABRvS, een belangrijke beperking gesteld aan de inzetbaarheid van externe saldering. Of, beter gezegd, de ABRvS heeft bevestigd dat de strikte randvoorwaarden uit de PAS-uitspraak voor wat betreft de mogelijkheden om een maatregel in te zetten als beschermings-/mitigerende

maatregel, ook gelden voor het instrument externe saldering.³³ Deze randvoorwaarden komen er in de kern op neer dat een maatregel alleen als mitigerende maatregel in een passende beoordeling kan worden betrokken als, gelet op de staat van instandhouding en de instandhoudingsdoelstelling, het behoud van natuurwaarden is geborgd of, als een verbeter- of hersteldoelstelling geldt, dat doel ook op andere wijze kan worden gerealiseerd. Dit heeft te maken met het feit dat via het wegnemen van een bestaande bron ook invulling kan worden gegeven aan de generieke verplichtingen uit art. 6 lid 1 en lid 2 Hrl om een gunstige staat van instandhouding te realiseren en om (verdere) verslechtering van Natura 2000-gebieden te voorkomen.

Het instrument externe saldering kan, met andere woorden, alleen ter mitigatie van een project- of planeffect worden ingezet als gemotiveerd kan worden dat deze generieke verplichtingen ook met andere maatregelen kunnen worden nageleefd. Het is vooralsnog onduidelijk welke – concrete – eisen de ABRvS aan zo'n motivering stelt. De rechtspraak van de ABRvS biedt, voor zover bekend, nog geen concrete voorbeelden op dit punt; uit de uitspraak van 24 november 2021 kan enkel worden afgeleid dat 'inzichtelijk moet worden gemaakt met welke andere maatregelen een daling van de stikstofdepositie' voor de relevante Natura 2000-gebieden kan worden gerealiseerd en dat daarvoor van belang is dat gewezen kan worden op concrete maatregelen. De ABRvS achtte het daarbij onvoldoende dat gesteld werd dat extra emissie-eisen aan stallen worden gesteld en dat 30% afoming plaatsvindt bij externe saldering. Eerder, in de Logtsebaan-uitspraak, heeft de ABRvS behoorlijk concrete randvoorwaarden geformuleerd voor een situatie waarin het bevoegd gezag een verzoek tot intrekking van een vergunning – ter invulling van de verplichting uit art. 6 lid 2 Hrl – zou willen afwijzen. Wellicht dat dezelfde voorwaarden van toepassing zijn bij de motivering dat externe saldering als beschermings-/mitigerende maatregel kan worden ingezet. Duidelijk is wel dat deze uitspraak en de invulling van de Logtsebaan-criteria bij veel provincies hoofdbrekens heeft veroorzaakt. Bij sommige provincies heeft dit inmiddels geleid tot het tijdelijk stopzetten van de mogelijkheid van externe saldering voor vergunningverlening.³⁴

Bij een – geslaagde – inzet van het instrument externe saldering moet kunnen worden vastgesteld dat het saldo-gevende bedrijf de juiste natuurtoestemmingen bevat om saldo te kunnen leveren. In die situatie dat de natuurtoestemming bestaat uit een Wnb-vergunning of een vergunning die verleend is op grond van de tot 1 januari 2017 geldende Natuurbeschermingswet 1998 kan veelal eenvoudig worden aangetoond wat de vergunde situatie is bij de

31 Rechtbank Zeeland- West-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:665.

32 ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1586.

33 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, *Gst.* 2022/4, m.nt. S.D.P. Kole; *M en R* 2022/12, m.nt. M.M. Kaajan en *TvAR* 2022/8091, m.nt. M. Jansen-Schoonhoven.

34 Zie <https://www.overijssel.nl/onderwerpen/stikstof/dossier-stikstof-extern-salderen/@QKH/overijssel-werkt-verdere-onderbouwing-extern/>.

saldogever.³⁵ Het wordt anders als het saldogevende bedrijf beschikt over een toestemming die is verkregen vóór de Europese referentiedata, d.w.z. voorafgaand aan het moment dat de relevante Natura 2000-gebieden onder de Hrl zijn komen te vallen (10 juni 1994, 24 maart 2000 of 7 december 2004). Denk daarbij aan een oude Hinderwet- of Wm-vergunning, die mogelijk nadien ook nog enkele malen is aangepast. Het hoeft weinig toelichting dat het in dat geval soms best ingewikkeld kan zijn om de omvang van het saldo vast te stellen. Dit roept de vraag op naar de bewijslastverdeling in zo'n situatie. De ABRvS is daarover helder en licht dit in de uitspraak van 15 september 2021 nog eens toe.³⁶ Wanneer in een passende beoordeling wordt gesteld dat gevolgen van een project worden gemitigeerd door te verwijzen naar rechten die bestonden op de relevante referentiedata, dan moet het 'buiten twijfel' zijn dat deze rechten ook toen daadwerkelijk bestonden en nadien zijn gecontinueerd. Het ligt daarbij primair op de weg van appellanten om feiten en omstandigheden aan te voeren die een begin van bewijs opleveren voor de juistheid van de stelling dat de vergunning van een saldogever gedeeltelijk of geheel is vervallen. Indien zo'n begin van bewijs is geleverd, komt de bewijslast vervolgens bij het bevoegd gezag op grond van de Wnb (veelal GS) te liggen. Als bijvoorbeeld sprake is van een Hinderwetvergunning, is het van belang te weten of het bedrijf ook daadwerkelijk in werking is geweest en niet gedurende een aaneensluitende periode van drie jaar, geheel of gedeeltelijk, buiten werking is geweest. Onder de Hinderwet verviel in zo'n geval immers de vergunning geheel of gedeeltelijk. Zijn er geen feitelijke gegevens beschikbaar voor een aaneensluitende periode van drie jaar (zoals bijvoorbeeld landbouwtellingen of mei-opgaven), dan ligt het op weg van GS om te motiveren (en aan te tonen) dat het bedrijf in die periode wel feitelijk in werking was. Het hoeft weinig toelichting dat hoe verder je terug moet in de historie om de vergunde en feitelijke situatie te achterhalen, hoe ingewikkelder het in de praktijk zal zijn om de bruikbaarheid van saldo te kunnen aantonen.

Externe saldering heeft in de praktijk veelal tot gevolg dat de natuurtoestemming die de basis vormde voor het saldo dat aan een derde werd uitgegeven, wordt ingetrokken. Dat is één van de voorwaarden uit het provinciaal beleid dat gebaseerd is op rechtspraak van de ABRvS.³⁷ Op die wijze kan immers verzekerd worden dat het stikstofsaldo niet twee keer kan worden benut; zou dat wel kunnen, dan zou daardoor toch nog een (extra) effect in de vorm van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden optreden. Soms is het voor een nieuwe ontwikkeling echter enkel noodzakelijk om voor een beperkte periode te beschikken over stikstofsaldo; dat is bijvoorbeeld het geval bij een ontwikkeling die alleen tijdens de bouw-/aanlegfase stikstofdepositie veroorzaakt, zoals een windpark. Zo'n ontwikkeling kan behoefte

hebben aan de bruikbaarheid van 'extern saldo', maar de hierbij horende voorwaarde dat externe saldering alleen mogelijk is als ook de bijbehorende natuurtoestemming van de saldogever wordt ingetrokken komt dan wat cru over. Na afronding van de bouwfase van het windpark is er immers geen valide reden meer om de saldogever niet opnieuw over zijn eigen stikstofsaldo te laten beschikken. Om die reden voorzien provinciale beleidsregels sinds enige tijd ook in de mogelijkheid om stikstofsaldo te verleen en dus op die manier tijdelijk aan een derde beschikbaar te stellen. Er is nog geen duidelijke rechtspraak beschikbaar over de vraag of verleasing wel past binnen het systeem van de Wnb. Omdat goed voorstelbaar is dat de mogelijkheid van verleasing voorziet in een (toekomstige) behoefte, wijzen wij hier op de uitspraak van 17 maart 2022 in een voorlopige voorzieningsprocedure bij de rechtbank Gelderland. Uit deze uitspraak wordt in ieder geval duidelijk dat de vraag of verleasing past in het systeem van de Wnb een 'complexe en verstrekkende vraag' betreft, die 'nader onderzoek en overdenking vergt'.³⁸ Een belangrijk punt van overdenking zal daarbij, naar verwachting, zijn op welke wijze afdoende geborgd kan worden dat de saldogever zelf geen gebruikmaakt van het saldo in de periode dat de saldo-ontvanger dit saldo benut. Intrekking van de natuurtoestemming van de saldogever voor een beperkte periode lijkt in dat kader immers op het eerste gezicht geen bruikbare optie omdat de saldogever mogelijk na het einde van de leasetermijn dan niet eenvoudig deze natuurtoestemming weer terug kan krijgen. Betwijfeld kan echter worden of alleen een privaatrechtelijke afspraak tussen saldogever en saldo-ontvanger op dat punt dan voldoende afdwingbaar borgt dat de saldogever tijdens de leaseperiode geen gebruikmaakt van het saldo.

Een bijzondere vorm van externe saldering is het zogeheten 'stikstofregistratiesysteem' (hierna: 'SSRS'). Het betreft het op grond van art. 5.5a Wnb in de Regeling natuurbescherming gereguleerde systeem waarmee, door het treffen van bronmaatregelen, ruimte c.q. saldo is gecreëerd voor in de Rnb genoemde categorieën van projecten. Het gaat daarbij om een aantal MIRT-projecten en om de ontwikkeling van woningbouwlocaties met bijbehorende voorzieningen. In theorie kunnen allerhande bronmaatregelen in het SSRS ruimte scheppen voor nieuwe ontwikkelingen; tot op heden is deze ruimte alleen nog gecreëerd door een zogeheten snelheidsmaatregel, namelijk het in 2020 genomen besluit om overdag niet harder dan 100 km/hr. op snelwegen te rijden (in plaats van de voorheen toegestane maximum snelheid van veelal 130 km/hr.).³⁹ De stikstofreductie die op die wijze is gecreëerd, zou via een Wnb-vergunning als externe saldering kunnen worden benut voor nieuwe ontwikkelingen (waarbij eerst 30% van de reductie ten gunste van de natuur wordt afgeroomd). In de uitspraak van de rechtbank

35 Uit ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627 kan worden afgeleid dat externe saldering ook kan plaatsvinden met een PAS-vergunning. Zie r.o. 31.1.

36 ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2085.

37 Zie o.a. ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627.

38 Rechtbank Gelderland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1380.

39 Op 10 mei 2022 zijn twee regelingen ter consultatie voorgelegd voor veehouders die op vrijwillige basis willen stoppen. Doel van deze regelingen is dat de stikstofruimte die hiermee vrijkomt, in het SSRS geplaatst wordt. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/lbv/b1>.

Noord-Holland van 22 april 2022⁴⁰ stond de vraag centraal of het SSRS, en dan in het bijzonder deze snelheidsmaatregel, wel in overeenstemming is met art. 6 lid 3 Hrl. De rechtbank komt tot de conclusie dat een systematiek als het SSRS passend is binnen art. 6 lid 3 Hrl, maar dat met de snelheidsmaatregel niet verzekerd is dat de natuurlijke kenmerken van de relevante Natura 2000-gebieden niet worden aangetast. Die conclusie wordt gebaseerd op de vaststelling dat de snelheidsmaatregel weliswaar voor een groot aantal Natura 2000-gebieden tot een verlaging van stikstofdepositie zorgde, maar een beperkt aantal Natura 2000-gebieden zou als gevolg van de snelheidsmaatregel ook méér stikstofdepositie ontvangen. Voor laatstgenoemde gebieden waren aanvullende maatregelen noodzakelijk, aldus de passende beoordeling die aan de snelheidsmaatregel ten grondslag lag. Met deze aanvullende maatregelen zou ook voor deze gebieden een reductie van stikstofdepositie kunnen worden bereikt. De noodzakelijke maatregelen waren echter (nog) niet getroffen toen de Wnb-vergunning waarover de rechtbank Noord-Holland moest oordelen, was verleend (en ook tijdens de zitting nog niet). Voor één Natura 2000-gebied waar de snelheidsmaatregel leidde tot een toename van stikstofdepositie was, ook ten tijde van de zitting, nog onduidelijk welke maatregel hier tegenover gesteld zou kunnen worden. Daardoor stelde de rechtbank vast dat met de snelheidsmaatregel niet was uitgesloten dat deze de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden zou aantasten – zodat het saldo van die maatregel niet kon worden ingezet voor nieuwe ontwikkelingen. Voorstelbaar is dat er nog hoger beroep volgt bij de ABRvS, en dat het laatste woord over de bruikbaarheid van deze snelheidsmaatregel nog niet is gezegd. Daar staat tegenover dat de Minister voor Natuur en Stikstof al op 1 april 2022 heeft aangekondigd dat de snelheidsmaatregel uit het SSRS wordt gehaald, onder meer omdat de precieze opbrengst van de landelijke snelheidsmaatregel op detailniveau niet zeker is. Dit komt o.a. door actualisatie van het Aeries rekenmodel en effecten van COVID-19 op de mobiliteit. Ook de 25 km-begrenzing die sinds begin die jaar in Aeries Calculator is opgenomen, en waarbij effecten van stikstofdepositie vanwege wegverkeer, anders dan voorheen, niet meer tot 5 km vanaf de weg, maar tot 25 km vanaf de weg worden berekend, heeft geleid tot onduidelijkheid over de bruikbaarheid van het SSRS-saldo.⁴¹ Mogelijkerwijs zijn daardoor de gevolgen van deze uitspraak van de rechtbank Noord-Holland, als deze gevolgd zou worden door de ABRvS, voor de praktijk beperkt.⁴²

3.5 Bevoegdheid en verplichting tot intrekking van Wnb-vergunningen

Op grond van art. 5.4 lid 1 Wnb bestaat er een bevoegdheid tot intrekking van een Wnb-vergunning in de in deze bepaling specifiek genoemde situaties. Voor deze kroniek is met name van belang de bepaling dat een vergunning kan worden ingetrokken als deze in strijd met de wet is verleend (art. 5.4 lid 1 sub c Wnb) en de vraag welke motivering bij het gebruikmaken van deze bevoegdheid adequaat genoeg is.⁴³ De tweede grondslag voor intrekking van Wnb-vergunningen is opgenomen in art. 5.4 lid 2 Wnb; hier is niet sprake van een bevoegdheid tot intrekking maar van een verplichting, die ontstaat als dat 'nodig is ter uitvoering' van art. 6 lid 2 Hrl, en dus als een passende maatregel dient te worden getroffen. Over beide bepalingen zijn in deze kroniekperiode de nodige uitspraken verschenen.

Omdat in de in art. 5.4 lid 1 Wnb genoemde gevallen sprake is van een intrekkingsbevoegdheid, vergt het gebruikmaken van deze bevoegdheid een afweging van alle relevante belangen. Een relevant belang is het belang van de vergunninghouder en diens rechtszekerheid. Dit belang weegt mogelijk zwaar(der) als de vergunde activiteit pas is gerealiseerd na het onherroepelijk worden van deze vergunning en er op dat moment geen verzoek tot intrekking of wijziging van de vergunning was gedaan. Een ander relevant belang is het belang van de bescherming van de relevante Natura 2000-gebieden. Rechtspraak laat zien dat verzoeken om gebruik te maken van de intrekkingsbevoegdheden zich veelal richten op vergunningen die op basis van het PAS zijn verleend. Van deze vergunningen wordt aangenomen dat deze in strijd met wettelijke voorschriften zijn verleend en dat er om die reden een bevoegdheid tot intrekking bestaat. De door GS van Limburg ingenomen stelling dat ten tijde van verlening van de PAS-vergunning, deze niet in strijd met de wet was en dat om die reden van een bevoegdheid tot intrekking geen sprake was, is weliswaar creatief te noemen maar wordt door de rechtbank Limburg niet geaccepteerd.⁴⁴

Wat betreft de toepassing van art. 5.4 lid 2 Wnb wijzen wij op het volgende. Lidstaten zijn op grond van art. 6 lid 2 Hrl verplicht om (verdere) verslechtering van Natura 2000-gebieden te voorkomen en om, ter naleving van deze verplichting, passende maatregelen te treffen. Dit is, als gezegd, het gevolg van de in art. 5.4 lid 2 Wnb opgenomen verplichting om een Wnb-vergunning in te trekken als dat 'nodig is ter uitvoering' van art. 6 lid 2 Hrl, en dus als een passende maatregel dient te worden getroffen. In de vorige kroniek is al uitgebreid ingegaan op de uitspraak van de ABRvS van 20 januari 2021 waarin de ABRvS de kaders voor het toepassingsbereik van art. 5.4 lid 2 Wnb uiteengezet

40 Rechtbank Noord-Holland 22 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3375.

41 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/04/01/hoofddlijnen-van-de-gecombineerde-aanpak-van-natuur-water-en-klimaat-in-het-landelijk-gebied-en-van-het-bredere-stikstofbeleid>.

42 In dit kader wijzen wij ook op de uitspraak van de ABRvS van 26 april 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1210) waarin de ABRvS in algemene termen verwijst naar het SSRS en de snelheidsmaatregel. Omdat op dit punt geen beroepsgronden waren geformuleerd, menen wij dat uit die uitspraak niet kan worden afgeleid dat de ABRvS de snelheidsmaatregel wél in lijn acht met de Hrl.

43 Volledigheidshalve wijzen wij in dit kader op de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 8 maart 2022 (ECLI:NL:RBZWB:2022:1241) waar de intrekkingsbevoegdheid van art. 5.4 lid 1 sub d Wnb (gewijzigde omstandigheden) aan de orde was.

44 Rechtbank Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2460. Zie ook Rechtbank Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684.

heeft.⁴⁵ Deze kaders hebben in de huidige kroniekperiode geleid tot (lagere) rechtspraak waarin een weigering van een verzoek tot intrekking van een Wnb-vergunning voorlag. In het merendeel van de gevallen kwam de rechtbank in die procedures tot de conclusie dat door het bevoegd gezag onvoldoende gemotiveerd was dat intrekking van de voorliggende Wnb-vergunning niet nodig was bij wijze van passende maatregel en dat eveneens onvoldoende gemotiveerd was dat voldoende andere passende maatregelen getroffen zouden (kunnen) worden om invulling te geven aan art. 6 lid 2 Hrl.

De uitspraken laten met name zien dat het onvoldoende is om in dat kader te verwijzen naar landelijke ontwikkelingen over de aanpak van de stikstofproblematiek, zogeheten ‘aanvalsplannen’ en toekomstige strengere emissie-eisen. Ook de stelling dat het op dit moment willekeurig intrekken van vergunningen niet passend is bij de nog te ontwikkelen gebiedsgerichte aanpak wordt daarbij door de rechtbank niet doorslaggevend geacht,⁴⁶ net als ‘in algemene termen aangekondigde nog nader te bepalen toekomstige maatregelen’.⁴⁷ Dat een vergunde activiteit slechts een relatief kleine bijdrage levert aan de stikstofdepositie betreft een aspect dat (pas) een rol kan spelen bij beantwoording van de vraag of intrekking of wijziging van de natuurvergunning de meest aangewezen passende maatregel is of dat er andere passende maatregelen zijn die effectiever zijn.⁴⁸

Een voorbeeld van een door de rechtbank geaccepteerde motivering die aan de weigering om tot intrekking van een Wnb-vergunning ten grondslag was gelegd, biedt de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 8 december 2021.⁴⁹ Het betrof overigens wel de motivering die pas in de procedure bij de rechtbank door verweerder naar voren werd gebracht; in eerste instantie hadden GS van Gelderland volstaan met de stelling dat intrekking van de natuurvergunning niet strikt noodzakelijk was omdat verslechtering van het relevante Natura 2000-gebied zou kunnen worden voorkomen door het treffen van andere maatregelen. ‘In een breder perspectief’, aldus GS, werd onderzocht welke maatregelen er genomen kunnen worden om met zekerheid verslechtering of significante verstoring tegen te gaan. Dit zouden algemene maatregelen en maatregelen op vergunningniveau kunnen zijn. Een opvallend punt is dat vrijwel alle uitspraken over intrekkingsverzoeken, zoals ook de uitspraak van de rechtbank Gelderland, uitgaan van een verplicht te behalen reductie van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden.⁵⁰ Volledigheidshalve wijzen wij erop dat de Hrl niet verplicht tot stikstofreductie en dat aan het

verbod op (verdere) verslechtering ook op andere wijze kan worden voldaan. Zo benadrukt de rechtbank Den Haag in de uitspraak van 17 februari 2022 nog eens dat het enkele feit dat de kritische depositiewaarde wordt overschreden niet hoeft te betekenen dat sprake is van een dreigende verslechtering of significante verstoring van natuurwaarden.⁵¹ Uitgaande van de aanname dat een reductie van stikstofdepositie noodzakelijk is, ligt het voor de hand dat, om een intrekkingsverzoek met recht te kunnen afwijzen, wél vast dient te staan wat de bijdrage van (de intrekking of wijziging van) de betreffende natuurvergunning is in relatie tot andere passende maatregelen en welke (combinatie van) passende maatregelen het meest effectief zijn, en op welke termijn. Daarbij zal ook duidelijk moeten zijn hoeveel stikstofreductie bij wijze van passende maatregel moet worden gerealiseerd. Aan die voorwaarden hadden GS van Gelderland, in tweede instantie, wel voldaan door te verwijzen naar een drietal beleidsdocumenten waaruit, aldus de rechtbank, voldoende concreet zou blijken op welke wijze uitvoering wordt of zal worden gegeven aan de noodzakelijke daling van stikstofdepositie in Nederland, in Gelderland in het algemeen en in het in deze procedure relevante Natura 2000-gebied in het bijzonder. Daarbij achtte de rechtbank van belang dat in deze stukken voldoende inzichtelijk was gemaakt binnen welk tijdpad deze maatregelen worden getroffen en wanneer ze naar verwachting effect zullen sorteren.

De uitspraak maakt, ons inziens terecht, duidelijk dat het voor een sluitende motivering dat afdoende (andere) passende maatregelen worden getroffen, van belang is dat (ook) inzichtelijk is wat het beoogde effect per Natura 2000-gebied is. Dat is een logische voorwaarde aangezien art. 6 lid 2 Hrl verlangt dat per Natura 2000-gebied een (dreigende of verdere) verslechtering wordt voorkomen. Om te kunnen onderbouwen dat aan die voorwaarde wordt voldaan, zal daarom ook per Natura 2000-gebied inzichtelijk moeten zijn welke maatregelen worden getroffen c.q. welke effecten deze maatregelen zullen hebben. Uit de uitspraak van 8 december 2021 blijkt overigens ook dat de rechtbank zich goed bewust is van de ‘tijdelijke houdbaarheid’ van de vaststelling dat voldoende (andere) passende maatregelen worden getroffen en dat om die reden de gevraagde intrekking van de Wnb-vergunning niet hoeft plaats te vinden. Zo overwoog de rechtbank Gelderland dat niet van alle aangekondigde maatregelen op dat moment al duidelijk was of zij daadwerkelijk zullen worden uitgevoerd en welke reducerende effecten deze precies zullen hebben, o.a.

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

46 Zie o.a. Rechtbank Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2460.

47 Rechtbank Den Haag 17 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1139. Zo ook Rechtbank Gelderland 8 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6529.

48 Rechtbank Den Haag 17 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1139.

49 Rechtbank Gelderland 8 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6529. Zie, vergelijkbaar qua redenering en uitkomst rechtbank Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684.

50 Rechtbank Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2460; ECLI:NL:RBLIM:2022:2463.

51 Rechtbank Den Haag 17 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1139. Uiteraard is het in het huidige stikstofklimaat wel van belang dat (ook) de stikstofbelasting op Natura 2000-gebieden wordt gereduceerd. Zo overweegt de rechtbank Den Haag terecht dat mate en duur van de overschrijding echter wel belangrijke indicatoren zijn bij de beoordeling of maatregelen nodig zijn voor het behoud en het voorkomen van verslechtering van stikstofgevoelige natuurwaarden. Als in een gebied sprake is van een ongunstige staat van instandhouding en een forse, nog jarenlange voortdurende overschrijding van de kritische depositiewaarde, zal eerder sprake zijn van maatregelen die nodig zijn voor het behoud of voorkomen van verslechtering dan in een gebied waar zeker is dat de stikstofbelasting zodanig zal afnemen dat overschrijding binnen een afzienbare termijn de KDW nadert.

omdat de uitvoering van een aantal aangekondigde maatregelen afhankelijk is van politieke besluitvorming en van beschikbare financiële middelen. Dat betekent dan ook, aldus de rechtbank, dat de – huidige – vaststelling dat op dit moment voldoende gemotiveerd is dat de betreffende Wnb-vergunning niet hoeft te worden ingetrokken, verweerder niet ontslaat van zijn verantwoordelijkheid om ook in de nabije toekomst daadwerkelijk aan de slag te gaan met de verdere uitwerking en uitvoering van de aangekondigde en andere maatregelen. Dat is wat ons betreft een duidelijke (winst)waarschuwing.

In de uitspraak van 4 mei 2022 stelt de rechtbank Noord-Holland dat de bevoegdheid van art. 5.4 lid 2 Wnb alleen kan worden toegepast bij een Wnb-vergunning (of een vergunning die onder de voorheen geldende Natuurbeschermingswet 1998 is verleend, en die op grond van het overgangsrecht gelijkgesteld wordt met een Wnb-vergunning). De consequentie daarvan zou zijn dat art. 5.4 lid 2 Wnb niet kan worden ingezet bij een verklaring van geen bedenkingen die is gekoppeld aan een omgevingsvergunning.⁵² Wij vragen ons af of deze vaststelling correct is. Op grond van art. 6.10b Besluit omgevingsrecht is het bevoegd gezag tot verlening van de omgevingsvergunning verplicht om het bevoegd gezag tot verlening van de omgevingsvergunning te verzoeken om deze omgevingsvergunning in te trekken 'in een geval als bedoeld in' art. 5.4 lid 2 Wnb. In de bij de rechtbank voorliggende situatie ging het om een door GS verleende omgevingsvergunning met bijbehorende vvgb van GS. Daardoor ontstaat voor GS een directe bevoegdheid (en, gezien de formulering van art. 5.4 lid 2 Wnb en de toepassingscriteria die hiervoor in de rechtspraak zijn geformuleerd, onder omstandigheden een verplichting) om, als het ware aan zichzelf, te verzoeken om de vvgb in te trekken. De rechtbank komt overigens via een omweg alsnog tot materieel dezelfde beoordeling, door te wijzen op de op een omgevingsvergunning toepasbare intrekkingsbevoegdheid van art. 2.33 Wabo. Eén van de in deze bepaling opgenomen omstandigheden om tot intrekking van een omgevingsvergunning over te gaan, betreft de verplichting in art. 2.33 lid 1 onder a Wabo. Op grond van deze bepaling bestaat de verplichting om een omgevingsvergunning in te trekken indien de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag dat vereist. Voldoen aan art. 2.33 lid 1 onder a Wabo betekent, aldus de rechtbank, dat ook moet worden voldaan aan art. 6 lid 2 Hrl.

3.6 Instandhoudings- en passende maatregelen

De in art. 5.4 lid 2 Wnb opgenomen bevoegdheid tot intrekking van Wnb-vergunningen in situaties waarin dat 'nodig is' om te voldoen aan art. 6 lid 2 Hrl is een van de manieren waarmee het bevoegd gezag (veelal GS) op grond van de Wnb invulling kan geven aan de generieke, in art. 2.2 Wnb neergelegde, verplichting om instandhoudings- en passende maatregelen te treffen. Verplichtingen die, als gezegd, volgen uit art. 6 lid 1 resp. lid 2 Hrl. Naast de zelfstandige verplichting in art. 2.2 Wnb om deze maatregelen te treffen

en waarbij GS, tot op zekere hoogte beleidsvrijheid hebben, bevat de Wnb, in aanvulling op art. 5.4 lid 2 Wnb, andere bevoegdheden waarmee deze verplichting wordt ingevuld.

Het betreft ten eerste de verplichting om een beheerplan op te stellen en uit te voeren (art. 2.3 Wnb). Ter uitvoering van een beheerplan stellen Provinciale Staten soms een provinciaal inpassingsplan vast, waarmee de ruimtelijke inpassing van de noodzakelijk geachte instandhoudings- en passende maatregelen wordt verankerd. In deze kroniekperiode zijn over diverse inpassingsuitspraken uitspraken verschenen. De uitspraken zijn vrij casuïstisch van aard; gedetailleerde bespreking van deze uitspraken valt daarmee buiten het bestek van deze kroniek. Wel wijzen wij op de volgende aandachtspunten uit deze uitspraken. In de uitspraak van 16 maart 2022 wijst de ABRvS er nog eens op dat een ruimtelijk plan dat als doelstelling kent de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied te behouden en daartoe voorziet in de noodzakelijke maatregelen, moet worden beschouwd als een plan dat gericht is op het beheer van dat Natura 2000-gebied. Voor zo'n plan volgt uit art. 2.7 lid 1 en art. 2.8 lid 1 (en uit art. 6 lid 3 Hrl) dat het maken van een passende beoordeling niet verplicht is.⁵³ Dat kan ook gelden voor een plan dat (mede) betrekking heeft op gronden buiten het Natura 2000-gebied en dat ook andere doelstellingen nastreeft. Zo overweegt de ABRvS in eerdergenoemde uitspraak van 16 maart 2022 dat het feit dat de maatregelen ook worden getroffen met het oog op (andere) provinciale doelstellingen en dat deze mede betrekking hebben op gronden binnen het Natuurnetwerk Brabant die buiten het Natura 2000-gebied liggen, niets afdoet aan het gegeven dat deze maatregelen ook beogen de natuurlijke kenmerken van het aangrenzende Natura 2000-gebied te herstellen en te behouden.

Ook de in art. 2.4 Wnb opgenomen 'aanschrijvingsbevoegdheid' kan worden beschouwd als een invulling van de – algemene – verplichting om instandhoudings- en passende maatregelen te treffen. Art. 2.4 lid 1 Wnb bepaalt dat GS, 'indien dat nodig is voor het Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen', aan degene die in hun provincie een handeling verricht of het voornemen daartoe heeft, een verplichting opleggen om (i) informatie over die handeling te verschaffen; (ii) de nodige preventieve of herstelmaatregelen te treffen; (iii) de handeling overeenkomstig daarbij gegeven voorschriften uit te voeren of (iv) de handeling niet uit te voeren of te staken. In de praktijk wordt, voor zover ons bekend, niet veel gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. Bij inwerkingtreding van deze bepaling was, via art. 2.4 lid 5, beoogd te bepalen dat art. 2.4 Wnb buiten toepassing dient te blijven in situaties waarin een Wnb-vergunning gold.⁵⁴ Voor die situaties zou gebruik moeten worden gemaakt van de intrekkings- of wijzigingsbevoegdheden van art. 5.4 Wnb, zo was de gedachte. Het

52 Rechtbank Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3888.

53 ABRvS 16 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:773. Zie ook ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1412.

54 Stb. 2016, 34 en Stb. 2016, 384.

vijfde lid van art. 2.4 Wnb is echter tot op heden niet in werking getreden. Strikt genomen zou de bevoegdheid van art. 2.4 Wnb dus ook kunnen worden benut voor situaties waarin er een Wnb-vergunning geldt; maar voorstelbaar is dat het dan meer voor de hand ligt om gebruik te maken van de specifieke, op de Wnb-vergunning zelf gerichte, bevoegdheden. Toepassing van art. 2.4 Wnb zou immers tot gevolg hebben dat weliswaar een bepaalde activiteit wordt beperkt (of geheel wordt verboden) maar zou de Wnb-vergunning voor die activiteit zelf nog in stand laten.

In deze kroniekperiode verscheen 1 uitspraak, in een voorlopige voorzieningsprocedure, over een besluit op grond van art. 2.4 Wnb naar aanleiding van een verzoek van derden om de activiteiten op Rotterdam The Hague Airport stil te leggen; activiteiten die waren toegestaan op grond van een bestaande toestemming verleend voordat het regime van de Hrl van kracht werd en dus activiteiten waarvoor geen Wnb-vergunningplicht geldt.⁵⁵ Het verzoek was door de Minister van LNV afgewezen. De uitspraak laat zien dat verweerder bij het besluit hetzelfde beoordelingskader hanteert als het door de ABRvS in de Logtsebaan-uitspraak gehanteerde beoordelingskader voor intrekking van vergunningen. Dat lijkt ons verdedigbaar; art. 2.4 Wnb kan immers ook worden beschouwd als een invulling van de generieke verplichtingen uit art. 6 lid 2 Hrl, net zoals art. 5.4 lid 2 Wnb welk artikel in de Logtsebaan-uitspraak centraal stond. Het verzoek was door verweerder afgewezen omdat het volledig stoppen van de exploitatie van de luchthaven in redelijkheid niet als passende maatregel kon worden aangemerkt, ook omdat dit maar beperkte stikstofwinst zou opleveren. Of dit een terechte constatering is, wordt door de voorzieningenrechter niet beoordeeld; deze vraag is 'complex en vergt zodanige nadere bestudering' dat de voorzieningenrechter volstaat met een belangenafweging. Daarbij komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het grote (maatschappelijk) belang van Rotterdam The Hague Airport prevaleert, onder andere vanwege de maatschappelijke instellingen en overheidsinstellingen die gebruikmaken van het vliegveld, zoals traumahelikopters. Het is daardoor nog even afwachten of de uitspraak in de hoofdzaak om te weten of de redenering van verweerder dat 'in redelijkheid' geen sprake is van een passende maatregel, zal worden gevolgd. Is dat het geval, dan biedt dat wellicht ruimte om ook in het kader van verzoeken om intrekking van Wnb-vergunningen voor activiteiten met een zeer geringe stikstofdepositie, te stellen dat de intrekking in zo'n situatie in redelijkheid geen passende maatregel is.

3.7 Effectbeoordeling; bouwvrijstelling

Het merendeel van de in deze kroniekperiode verschenen uitspraken gaat over stikstof in combinatie met salderen of over verzoeken tot intrekking van een vergunning. Aanvullend wijzen wij nog op de volgende relevante uitspraken, die weliswaar grotendeels toch weer over stikstof gaan maar

die duidelijk maken dat niet bij alle toestemmingsbesluiten intern of extern salderen aan de orde is.⁵⁶

Sinds 1 juli 2021 bevat de Wnb, in art. 2.9a Wnb, een uitzondering op de verplichting om een effectbeoordeling te verrichten, te weten voor stikstofeffecten tijdens de bouw. Over houdbaarheid van deze vrijstelling heeft de ABRvS nog geen uitspraak gedaan – wel is duidelijk dat hierover een procedure bij de ABRvS aanhangig is.⁵⁷ De uitspraak van de voorzieningenrechter van de ABRvS van 15 april 2022⁵⁸ laat zien dat beantwoording van de houdbaarheid c.q. toepasbaarheid van deze zogeheten partiële vrijstelling niet eenvoudig is in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening: 'De rechtsvragen die met dit betoog worden opgeworpen, lenen zich niet voor beantwoording in deze voorlopige voorzieningsprocedure', zo overweegt de voorzieningenrechter. Nog even wachten op de uitspraak in de bodemzaak dus.

Toen de partiële bouwvrijstelling nog niet gold, werden tijdelijke effecten van stikstofdepositie beoordeeld aan de hand van de 'Handreiking Voorttoets Stikstof van BIJ12' via de zogeheten 'richtlijn mobiele werktuigen'. Deze richtlijn hield in dat significant negatieve effecten op voorhand konden worden uitgesloten in het geval van een tijdelijke depositie in de aanlegfase van ten hoogste 0,05 mol stikstof per hectare per jaar, gedurende maximaal 2 jaar, of een equivalent hiervan. In een voorlopige voorzieningsprocedure werd vastgesteld dat de (tijdelijke) stikstofdepositie als gevolg van voorbelastingswerkzaamheden onder deze drempel bleef. Mede omdat verzoekers niet aannemelijk hadden gemaakt dat de stikstofdepositie desondanks significante gevolgen kon hebben voor het betrokken Natura 2000-gebied, bleef een verdere beoordeling van de effecten op Natura 2000-gebieden buiten beschouwing.⁵⁹

De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 3 december 2021 wijst er nog eens op dat ook een inhoudelijke ecologische effectbeoordeling van een toename van stikstofdepositie mogelijk is. De rechtbank past daarbij het door de ABRvS geformuleerde beoordelingskader toe, dat onder andere in de uitspraak van 22 april 2020⁶⁰ is opgenomen, en dat wij hier, omwille van de bruikbaarheid voor de praktijk, nog eens herhalen:

"Als een project leidt tot een toename van de stikstofdepositie op reeds overbelaste stikstofgevoelige

55 Rechtbank Rotterdam (vzr.) 14 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2788.

56 Uitspraken die betrekking hebben op een inhoudelijke effectbeoordeling met betrekking tot soorten zijn over het algemeen heel casuïstisch. Om de reden laten wij een inhoudelijke bespreking van die uitspraken hier buiten beschouwing. Ter informatie van de wijze waarop zo'n beoordeling plaatsvindt zij verwezen naar de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 12 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:164, ABRvS van 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2907 en ABRvS 18 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1844.

57 Zie https://www.raadvanstate.nl/actueel/persagenda/?CalDtm=20220329&evt_StDtm=20220329&evt_EndDtm=20220329#highlight=Porthos.

58 ABRvS 15 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1110.

59 Rechtbank Den Haag (vzr.) 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10438.

60 ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125.

natuurwaarden in een Natura 2000-gebied, dan dienen de gevolgen van die toename te worden onderzocht. Als daaruit volgt dat significante gevolgen niet op voorhand op grond van objectieve gegevens kunnen worden uitgesloten (voortoets), dient een passende beoordeling te worden gemaakt. De toename van stikstof staat in dat geval niet aan de verlening van een vergunning voor een project in de weg als en nadat uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten.”

De rechtbankuitspraak laat duidelijk zien dat in de passende beoordeling de toename van stikstofdepositie als gevolg van een voorgenomen activiteit centraal staat – en dus niet de omstandigheid dat de kritische depositiewaarde voor een betrokken Natura 2000-gebied al langdurig wordt overschreden⁶¹ – en dat, aan de hand van de staat van instandhouding, per habitattypen in ieder Natura 2000-gebied, beoordeeld moet worden wat het effect is van een toename van stikstofdepositie als gevolg van de gewenste activiteit.

Ook de Natura 2000-gebieden in Vlaanderen hebben te kampen met een stikstofdepositie die vele malen hoger ligt dan de kritische depositiewaarde. Om toch economische ontwikkelingen nog mogelijk te maken, gold in Vlaanderen lange tijd een met het PAS vergelijkbaar systeem, het zogeheten ‘Vlaamse PAS-significantiekader’. Op grond van dit significantiekader werd een bijdrage van minder dan 5% voor de depositie van stikstof gezien als niet-significant, zodat significante effecten van zo’n bijdrage op voorhand konden worden uitgesloten. De (Vlaamse) Raad voor Vergunningsbetwistingen kwam echter op 25 februari 2021 tot de conclusie dat dit significantiekader in strijd met de Hrl is.⁶² De consequentie van dat (Vlaamse) arrest is dat bij Nederlandse projecten, met stikstofdepositie op Vlaamse Natura 2000-gebieden, niet langer kan worden teruggevalen op het Vlaamse beoordelingskader.⁶³ Dit volgt uit de uitspraak van de ABRvS van 20 oktober 2021.⁶⁴

Verkeersbewegingen en daarmee gepaard gaande effecten maken deel uit van de effectbeoordeling. Discussie in de rechtspraak gaat vaak over de vraag tot welke afstand verkeersbewegingen nog kunnen worden toegerekend aan een concreet project of plan. Pas op het moment dat de verkeersbewegingen zijn opgenomen in het heersende verkeersbeeld, hoeven de gevolgen van deze bewegingen niet meer in het kader van een plan of project te worden beoordeeld. De uitspraak van de ABRvS van 1 september

2021⁶⁵ laat zien dat dit veelal op een specifiek project of plan toegesneden motivering vereist: ‘De grens zal per project bepaald moeten worden en is afhankelijk van de project-specifieke omstandigheden’. Daarbij ‘worden in de praktijk wegvakken meegenomen met wijzigingen in de verkeersintensiteiten die met een bepaalde betrouwbaarheid aan het project zijn toe te rekenen, gegeven de onzekerheden in het gehanteerde verkeersmodel’. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de in de praktijk – veelal – gebruikelijke aanpak om uit te gaan van een (vast) percentage van het al aanwezige verkeer om te bepalen wanneer verkeersbewegingen niet meer toe te rekenen zijn aan een plan of project, geen automatisme behoort te zijn.

Ook scheepvaartbewegingen kunnen onder omstandigheden direct worden toegerekend aan een specifiek project, zo laat de uitspraak van 20 oktober 2021 zien.⁶⁶ Of hierbij dezelfde aanpak c.q. motivering volstaat als die motivering die bij (gewone) verkeersbewegingen wordt gehanteerd, is echter vooralsnog ongewis. In de uitspraak van 20 oktober 2021 overwoog de ABRvS enkel: ‘Dat betekent niet dat de volledige route die de schepen afleggen aan het project moet worden toegerekend. Het is aan het college om een onderbouwd standpunt in te nemen welk deel van de route die het scheepvaartverkeer aflegt in dit geval is toe te rekenen aan het project en daarom in het onderzoek wordt betrokken’.

3.8 Handhaving

In de afgelopen jaren bevatte deze kroniek voor het onderdeel gebiedsbescherming geen aparte paragraaf over handhaving. Dat kwam voornamelijk omdat handhaving-procedures vanwege overtreding van de regels ter bescherming van Natura 2000-gebieden schaars waren en niet vaak leidden tot interessante uitspraken. De afgelopen kroniekperiode laat echter een duidelijke kentering zien op dat vlak: (kennelijk) meer handhavingverzoeken dan voorheen, en in ieder geval meer uitspraken, van voornamelijk rechtbanken. De uitspraken laten zien dat erop een aantal vlakken duidelijke keuzes te maken zijn; de praktijk is dan ook zeker gebaat bij heldere uitspraken van de ABRvS op deze punten. Wij lichten een aantal van deze keuzes hierna verder toe.

Een (toenemend) deel van de handhavingverzoeken is gericht tegen activiteiten die onder het PAS gemeld zijn en die zodoende vergunningvrij konden worden gerealiseerd. Aangezien de reactie op zo’n melding geen rechtsgevolgen creëerde,⁶⁷ moet voor deze activiteiten na de uitspraken van de ABRvS van 29 mei 2019⁶⁸ waarin de passende beoordeling van het PAS niet geaccepteerd werd, alsnog beoordeeld worden of deze vergunningplichtig zijn. Is dat het geval,

61 Een aspect waarover in de literatuur ook verschillende opvattingen zijn. Zie M.M. Kaajan, Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden, i.h.b. par. 3.3.2, in Verdaas/Kaajan/Bosma, *Gebiedsontwikkeling tijdens de stikstofcrisis*, Preadvies VBR nr. 49 (2021).

62 Raad voor Vergunningsbetwistingen 25 februari 2021, nr. RvVB A/2021/0697, <https://dbr.be>.

63 In afwachting van een nieuw definitief beoordelingskader geldt daardoor een tijdelijke (Vlaamse) instructie. Zie <https://omgeving.vlaanderen.be/stikstofarrest-gevolgen-voor-vergunningen>.

64 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2304.

65 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, *M en R* 2021/103, m.nt. M.M. Kaajan.

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

67 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2903, *M en R* 2017/22, m.nt. M.M. Kaajan; *BR* 2017/16, m.nt. H.E. Woldendorp.

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

dan zal aan deze activiteiten alsnog een Wnb-vergunning moeten worden verleend. Het gaat om een behoorlijk aantal activiteiten;⁶⁹ de beoordeling en de, in het merendeel van de gevallen, noodzakelijke legalisatie van deze activiteiten levert dan ook op Rijks- en provinciaal niveau de nodige hoofdbrekens op. Weliswaar bevat de Wnb sinds 1 juli 2021 voor de Minister van LNV, in art. 1.13a Wnb, de verplichting om een programma ter legalisering van de onder het PAS vergunningvrije activiteiten vast te stellen, en om dit programma binnen drie jaar na vaststelling uit te voeren – daarmee is nog niet (direct) bereikt dat legalisering daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Tegelijkertijd zijn er drie jaren verstreken na het vervallen van het PAS; en daarmee lijkt de goodwill om activiteiten die vergunningvrij waren onder het PAS maar inmiddels weer vergunningplichtig zijn, zonder vergunning te laten continueren, ook langzaamaan te verdwijnen. Dat ter achtergrond van de handhavingsverzoeken.

In de uitspraken over handhaving jegens deze PAS-melders blijkt dat GS veelal voor meerdere ankers gaan liggen om het besluit om niet te handhaven te verdedigen. Een eerste anker is dat er, door aankondiging van het legalisatieprogramma en de uiteindelijke wettelijke borging van dit programma, concreet zicht op legalisatie van de overtreding bestaat en dat om die reden handhaving achterwege kan blijven. Dit argument, in combinatie met de verwachting dat begin 2022 voldoende stikstofruimte beschikbaar zou zijn om de eerste PAS-situaties te legaliseren, werd, in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening, wel van waarde geacht,⁷⁰ maar is in een bodemprocedure bij een rechtbank tot nu toe niet onderschreven.⁷¹ Daarbij achten rechtbanken van belang dat er geen ontvankelijke vergunningaanvraag tot legalisatie van de situatie is ingediend – een aanvraag die overigens, conform het legalisatieprogramma, ook pas kan worden ingediend zodra er stikstofruimte beschikbaar is voor de hexagonen in Natura 2000-gebieden waarop de betreffende activiteit stikstofdepositie veroorzaakt. Verder is veelal onduidelijk wanneer er voldoende stikstofruimte beschikbaar zal zijn ter legalisatie van een activiteit. Daardoor is 'ongewis' wanneer aan een partij op grond van het legalisatieprogramma een Wnb-vergunning wordt verleend, of in ieder geval is e.e.a. onvoldoende concreet om van handhaving te kunnen afzien op basis van het argument dat sprake zou zijn van concreet zicht op legalisatie.⁷²

Dan blijft over de afweging van de diverse relevante belangen op basis waarvan een verzoek om handhaving (ook) kan worden afgewezen. Daarbij gaat het, sinds de uitspraak van de ABRvS van 2 februari 2022, primair om de vraag of de nadelige gevolgen van een besluit tot handhaving niet

onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁷³ Bij handhavingsverzoeken die betrekking hebben op situaties die onder de PAS legaal waren, wordt in dat kader veelal gewezen op het gegeven dat de betrokkenen, hadden zij voorheen, onder het PAS, een Wnb-vergunning willen aanvragen, daartoe niet in staat waren geweest – vanwege de wettelijke uitzondering op de vergunningplicht. Ook wordt aandacht gevraagd voor het belang van de (rechts)zekerheid van deze betrokkenen, zeker in situaties waarin de vergunningvrije activiteit ook daadwerkelijk is gerealiseerd op een moment dat er nog geen zicht op het vervallen van het PAS bestond en er te goeder trouw en in overeenstemming met de toen geldende wetgeving is gehandeld.⁷⁴ Een aspect dat verder veelvuldig aan de orde komt, betreft de (zeer) geringe depositie van de te legaliseren activiteiten, mede in het licht van andere maatregelen die getroffen worden ter bescherming van de natuurwaarden van een Natura 2000-gebied. Ten slotte wordt door verweerders veelal aangevoerd dat vergunningverlening 'praktisch onmogelijk' is en dat de Minister van LNV-toezeggingen zou hebben gedaan die bij belanghebbenden de verwachting hebben gewekt dat tegen de overtreding van art. 2.7 lid 2 Wnb niet handhavend zou worden opgetreden en dat alle provincies zich achter deze toezeggingen hebben geschaard.⁷⁵

De diverse (rechtbank-)uitspraken maken echter duidelijk dat deze argumenten weliswaar relevant (kunnen) zijn als onderdeel van de onderbouwing om niet te handhaven, maar dat daarnaast ook moet worden meegewogen 'wat of hoe groot [...] de inbreuk is op de belangen die zijn betrokken bij de bescherming van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied'.⁷⁶ Daarvoor is vereist dat inzicht bestaat in (i) de huidige situatie van de te beschermen natuurwaarden; (ii) in hoeverre de relevante instandhoudingsdoelstellingen worden behaald en (iii) welk effect de ter discussie staande activiteit heeft op deze natuurwaarden. Ook moet in dat kader onderzocht worden of er voor het betrokken bedrijf andere manieren zijn om een natuurvergunning te verkrijgen, of dat het echt noodzakelijk is dat het bedrijf wacht op het legalisatieprogramma en de beschikbaarheid van voldoende stikstofdepositie uit dit programma, alsook wat de gevolgen van sluiting van het bedrijf zouden zijn als gehandhaafd zou worden. Met het argument dat veelal sprake is van zeer geringe deposities lijkt de rechtspraak ook korte metten te maken: "in veel Natura 2000-gebieden [wordt] de te hoge stikstofbelasting mede [...] veroorzaakt door de cumulatieve stikstofdepositie van

69 Uit *Kamerstukken II* 2021/22, 35600, nr. 60 volgt dat er ten tijde van het PAS 3637 PAS-meldingen zijn gedaan en dat nu 2432 PAS-meldingen ter verificatie (vervolgens ter legalisatie) zijn ingediend bij RVO.

70 Rechtbank Den Haag 18 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6327, *M en R* 2021/100.

71 Rechtbank Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNL:2021:4523.

72 Zie ook rechtbank Oost-Brabant 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:461 en ECLI:NL:RBOBR:2022:670.

73 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

74 Rechtbank Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNL:2021:4523, *M en R* 2021/114, m.nt. P. Mendelts.

75 O.a. rechtbank Overijssel 11 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1273.

76 Rechtbank Den Haag 17 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1143. Zie ook rechtbank Oost-Brabant 16 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:461; ECLI:NL:RBOBR:2022:670 en ECLI:NL:RBOBR:2022:460; rechtbank Overijssel 25 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:196; ECLI:NL:RBOVE:2022:199; ECLI:NL:RBOVE:2022:198.

(veel) verschillende ‘kleine’ bronnen”, aldus de rechtbank Den Haag in een uitspraak van 17 februari 2022.⁷⁷

3.9 Weiden en bemesten

Naar aanleiding van de PAS-uitspraak die specifiek zag op handhavingsverzoeken vanwege het – tot dan toe – vergunningvrij zijn van weiden en bemesten, moeten rechtbanken nu in toenemende mate beslissen over dergelijke handhavingszaken.⁷⁸ Wij wijzen erop dat bemesten altijd door de ABRvS beschouwd is als een afzonderlijk project, maar dat dit uitgangspunt in de lopende handhavingsprocedures toch met enige regelmaat weer ter discussie wordt gesteld.⁷⁹ Weiden van vee wordt beschouwd als onlosmakelijk verbonden met het houden van vee in stal maar veel geldende Wnb-vergunning omvatten het weiden van vee niet expliciet. Ook dat leidt tot handhavingskwesties. Het voert voor deze kroniek te ver om in te gaan op bijzonderheden die kleven aan dergelijke handhavingsverzoeken, en die voor een deel direct gerelateerd zijn aan het soort activiteit dat plaatsvindt. De rechtbank-uitspraken leveren echter ook een aantal algemeen toepasbare gezichtspunten op – waarvan het eerst en vooral, ook hier, weer de vraag is of de ABRvS deze zal volgen. Wij wijzen op de volgende aandachtspunten.

Bij het bemesten van gronden is een belangrijke vraag of het bemesten al plaatsvond vóór de Europese referentiedatum en nadien is gecontinueerd, en hoe e.e.a. kan worden aangetoond. Als aan die voorwaarde kan worden voldaan, bestaat er immers nu geen vergunningplicht. Saillant detail daarbij is dat bemesten nimmer vergunningplichtig is geweest, op grond van bijvoorbeeld de Hinderwet of andere milieureggeving. Dat leidt dan ook tot de vraag hoe de omvang van het ‘bestaande recht’ kan worden vastgesteld. In de PAS-uitspraak heeft de ABRvS overwogen dat aan de voorwaarde dat naar nationaal recht toestemming was verleend voorafgaand aan de Europese referentiedatum, ook wordt voldaan als een activiteit toen enkel op basis van algemene regels was toegestaan.⁸⁰ Tot zover veelal geen punt van discussie; aan de hand van (met name) de planologische situatie op de referentiedatum en nadien kan worden vastgesteld of bemesten was toegestaan. De vervolgvraag is echter of het voldoende is om alleen de planologisch toegestane situatie in kaart te brengen of dat ook nog inzicht dient te bestaan in het feitelijke gebruik vanaf de referentiedatum. Lagere rechtspraak gaat er tot nu toe vanuit dat het feitelijk gebruik aanvullend ook van belang is. De rechtbank Overijssel licht toe waarom dat zo is.⁸¹

“Een situatie waarbij rechten worden ontleend aan een verleende vergunning is naar het oordeel van de

rechtbank [...] niet één op één te vergelijken met een situatie als onderhavige, waarbij rechten worden ontleend aan algemene regels. Bij een verleende vergunning heeft immers een concrete feitenvaststelling en een individuele beoordeling plaatsgevonden op basis waarvan het verrichten van specifieke activiteiten wordt toegestaan. Een dergelijke concrete, individuele toestemming kan nadien niet zomaar worden ‘afgepakt’, ook niet als feitelijk (nog) geen gebruik is gemaakt van de verleende toestemming.

Bij een toestemming op basis van algemene regels, bijvoorbeeld een bestemmingsplan, heeft een dergelijke individuele beoordeling niet plaatsgevonden en wordt ook geen toestemming verleend voor concrete activiteiten. De rechtbank is van oordeel dat het in een dergelijk geval te ver gaat om voor de referentiesituatie uit te gaan van een onbeperkte toestemming. Dat zou immers betekenen dat er nooit sprake is van een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie, terwijl deze toename er in de praktijk wel degelijk kan zijn. Denk aan de situatie waarbij de percelen die nu bemest worden, op de referentiedatum helemaal niet werden bemest.”

Dat betekent, aldus de rechtbank Overijssel, dat het feitelijke gebruik, zowel ten tijde van de referentiedatum als nadien, wel degelijk relevant is bij het bepalen van de referentiesituatie. Consequentie daarvan is dat duidelijk moet zijn of er op de referentiedatum en nadien daadwerkelijk werd bemest en hoeveel er werd bemest. Overigens is daarbij, zo overweegt de rechtbank Overijssel, niet relevant of het bemesten werd gedaan door de huidige ondernemer dan wel een andere ondernemer. De rechtbank Overijssel wijkt op dat punt af van de door de rechtbank Midden-Nederland gehanteerde redeneerlijn; de rechtbank Midden-Nederland beschouwt het bemesten door een ander bedrijf als externe saldering.⁸²

Weiden van vee is onlosmakelijk verbonden met het houden van vee in stallen. Hierbij speelt met name dat bij de stalvergunning het weiden in het verleden niet werd beoordeeld (omdat weiden van vee generiek uitgezonderd was van de Wnb-vergunningplicht). Consequentie daarvan is dat het weiden van vee veelal niet vergund is, en ook dat leidt tot handhavingsverzoeken. Het weiden van vee wordt vervolgens door de bevoegde gezagen veelal niet (aanvullend) vergunningplichtig geacht omdat, kort gezegd, voor emissies van beweiden (op land) geen sprake is van een hogere depositie dan waar in de stalemissies van de vergunning al rekening mee is gehouden. Een specifieke beoordeling vindt dan echter veelal niet plaats; er wordt volstaan met de aanname dat een generieke reductie van de stalemissies heeft plaatsgevonden door het weiden van vee. Die algemene redenering wordt door rechtbanken echter niet geaccepteerd; ook dan moeten de gevolgen van de toename van het beweiden per locatie van de te beweiden percelen

⁷⁷ Rechtbank Den Haag 17 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1143.

⁷⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604. Zie verder o.a. rechtbank Overijssel 11 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1226 en rechtbank Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2492.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld rechtbank Overijssel 11 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1230.

⁸⁰ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 22.4.

⁸¹ Rechtbank Overijssel 11 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1226. Zie verder ook rechtbank Overijssel 29 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3077.

⁸² Rechtbank Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNL:2021:4501.

bij de beoordeling worden betrokken.⁸³ Als deze lijn wordt gevolgd door de ABRvS dan zorgt ook dit voor het nodige huiswerk voor provincies.

4. Ter afsluiting

Deze kroniek laat, net als in de afgelopen jaren, zien dat gebiedsbescherming geen rustig bezit is en dat er vele keuzes te maken zijn, op het bestuurlijke maar ook op het juridische vlak. We kunnen alleen maar de hoop uitspreken dat bij de volgende kroniek weer (wat) meer duidelijkheid en zekerheid bestaat over invulling van de generieke verplichtingen uit de Hrl, waardoor ook economische ontwikkelingen, o.a. ter ondersteuning van het klimaatbeleid en overige andere belangrijke doelstellingen, kunnen worden gerealiseerd.

83 Zie bijvoorbeeld rechtbank Noord-Holland 22 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3384; rechtbank Oost-Brabant 15 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1018 en rechtbank Limburg 30 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2493. Dan kan echter anders zijn als het weiden van vee altijd al een onlosmakelijk onderdeel heeft uitgemaakt van een veehouderij en slechts ter discussie staat in hoeverre het weiden van vee in de loop der jaren is veranderd: rechtbank Oost-Brabant 23 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1058.