

# Het ontwerp-Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet

## Enkele aspecten nader beschouwd

– Mr. dr. R.H.W. Frins<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

**D**e legpuzzel met de naam Omgevingswet (hierna: de Ow) nadert zijn voltooiing. Dat geldt niet alleen voor het hoofdspoor bestaande uit de wet, de vier algemene maatregelen van bestuur (hierna: de AMvB's) en de ministeriële regeling, maar ook voor de aanvullingssporen. Voor alle vier de aanvullingssporen is inmiddels een ontwerp-aanvullingsbesluit ter consultatie gelegd. Zo dus ook voor het aanvullingsspoor natuur.<sup>2</sup> Het ontwerp-Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet (hierna: het Aanvullingsbesluit) werd op 29 januari jl. openbaar gemaakt en lag vanaf die datum tot en met 26 februari jl. ter consultatie.<sup>3</sup> Door deze openbaarmaking ontstaat een goed beeld van de toekomstige regels met betrekking tot natuurbescherming. In deze bijdrage bespreek ik de inhoud van het Aanvullingsbesluit op hoofdlijnen, waarbij ik me vanwege de gewenste omvang van deze bijdrage primair beperk tot het gebiedsbeschermingsrecht. Aangezien het Aanvullingsbesluit voortborduurde op de Aanvullingswet natuur Omgevingswet (hierna: de Aanvullingswet) begin ik echter met een korte bespreking van deze Aanvullingswet (paragraaf 2). Vervolgens sta ik in paragraaf 3 stil bij de belangrijkste onderdelen die door het Aanvullingsbesluit worden toegevoegd aan de bij de Ow behorende AMvB's. In paragraaf 4 ga ik specifiek in op hetgeen het Aanvullingsbesluit bepaalt met betrekking tot programma's (met

een programmatische aanpak). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 5).

### 2. De Aanvullingswet natuur

**H**ierboven benoemde ik al dat er een separaat aanvullingsspoor natuur is. Het doel van dit aanvullingsspoor is om de Wet natuurbescherming (hierna: de Wnb) en de bijbehorende regelgeving volledig te integreren in de Ow en de daarbij behorende uitvoeringsregelgeving. Hiertoe is op 29 juni 2018 het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet aangeboden aan de Tweede Kamer.<sup>4</sup> Dit wetsvoorstel moet nog worden behandeld. Dit komt doordat de vaste commissie voor Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: LNV) heeft besloten om de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden tot de reacties uit de consultatie van het Aanvullingsbesluit en de kabinetsreactie daarop zijn ontvangen. Hoewel de ministers van LNV en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de commissie hebben verzocht om de behandeling van het wetsvoorstel niet uit te stellen, heeft de commissie voet bij stuk gehouden.<sup>5</sup> Op het moment van schrijven van deze bijdrage

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2017/18*, 34 985, 1-2. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat op 19 december 2018 een nota van wijziging is aangeboden aan de Tweede Kamer. Deze nota voorziet in enkele aanpassingen van het wetsvoorstel, omdat bij het opstellen van het ontwerp van het Aanvullingsbesluit is gebleken dat het nodig is het wetsvoorstel op enkele ondergeschikte onderdelen te wijzigen om een beleidsneutrale overgang van de natuurwetgeving naar het stelsel van de Omgevingswet te verzekeren. Daarnaast bleken aanpassingen nodig vanwege samenloop met het voorstel voor de Invoeringswet Omgevingswet, het voorstel voor de Aanvullingswet geluid Omgevingswet en het voorstel voor de Aanvullingswet bodem Omgevingswet. Tot slot strekt de nota van wijziging ertoe enkele technische onvolkomenheden te herstellen. Zie: *Kamerstukken II 2018/19*, 34 985, 7, i.h.b. p. 11. Een consultatieversie van de Aanvullingswet werd reeds op 21 november 2016 ter inzage gelegd. Zie over deze versie: Ch.W. Backes & A.A. Freriks, 'Gebiedsbescherming en soortenbescherming in de Aanvullingswet natuur Omgevingswet', *TO 2017/1*, p. 12-20 en M.M. Kaajan, 'Natuurbescherming onder de Omgevingswet: eenvoudig en beter?', *M en R 2017/45*, p. 280-291.

<sup>5</sup> Zie: *Kamerstukken II 2017/18*, 34 985, 8.

<sup>1</sup> Ralph Frins is research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit in Nijmegen.

<sup>2</sup> De andere aanvullingssporen zijn: bodem, geluid en grondeigendom.

<sup>3</sup> Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/aanvullingsbesluitnatuur>.



staat de behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer gepland voor week 21.<sup>6</sup>

De Aanvullingswet is met dertig pagina's beperkt van omvang,<sup>7</sup> hetgeen zich laat verklaren door de insteek van de stelselwijziging omgevingsrecht. Conform die insteek wordt namelijk het merendeel van de materiële normstelling niet in de Ow zelf opgenomen, maar in de daarbij behorende uitvoeringsregelgeving. De meeste bepalingen die thans in de Wnb respectievelijk het Besluit natuurbescherming (hierna: het Bnb) staan worden dan ook overgeheveld naar de bij de Ow behorende AMvB's (zie paragraaf 3). Desalniettemin worden door de Aanvullingswet verschillende wijzigingen doorgevoerd in de Ow.<sup>8</sup> Zo wordt aan artikel 1.3 Ow (maatschappelijke doelen van de wet) de zinsnede 'ook vanwege de intrinsieke waarde van de natuur' toegevoegd. Hiermee wordt expliciet erkend dat de intrinsieke waarde van de natuur één van de redenen is waarom de Ow zich richt op het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit.<sup>9</sup> In aansluiting hierop wordt een aantal natuurtaken toegevoegd aan de opsomming van de provinciale- en rijkstaken voor de fysieke leefomgeving in de artikelen 2.18 en 2.19 Ow. Hierbij gaat het onder meer om het zorgdragen voor het nemen van maatregelen voor Natura 2000-gebieden en het opstellen van rode lijsten die inzicht geven in met uitroeiing bedreigde of speciaal gevaar lopende dier- en plantensoorten die van nature in Nederland voorkomen (zie artikel 2.18, eerste lid, aanhef en onder f, en artikel 2.19, vijfde lid, aanhef en onder 3, Ow).

<sup>6</sup> Zie: <[https://www.tweedekamer.nl/debat\\_en\\_vergadering/plenaire\\_vergaderingen/details?date=20-05-2019#2019A00845](https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/plenaire_vergaderingen/details?date=20-05-2019#2019A00845)> (geraadpleegd op 19 april 2019).

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34 985, 2.

<sup>8</sup> Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel is uitgegaan van de zogenoemde Staatsbladversie van de Ow (Stb. 2016, 156). Zoals in voetnoot 4 opgemerkt is inmiddels een nota van wijziging aan de Tweede Kamer aangeboden. Waar in het vervolg van deze bijdrage wordt verwezen naar artikelen uit de Ow, wordt uitgegaan van de geconsolideerde versie d.d. 11 maart 2019. Dit is de meest recente versie van de Ow die door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties openbaar is gemaakt. Zie: <<https://www.omgevingswetportaal.nl/documenten/publicaties/2019/03/19/herleidbare-geconsolideerde-versie-omgevingswet>>.

<sup>9</sup> Zie: Kamerstukken II 2017/18, 34 985, 3, p. 16.

Daarnaast wordt een paragraaf toegevoegd aan afdeling 2.6, te weten paragraaf 2.6.2 (Bijzondere bevoegdheden natuur en landschap). Deze paragraaf bevat twee artikelen. Het eerste (2.43 Ow) heeft betrekking op de aanwijzing van verschillende typen natuurgebieden en de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden. Het tweede artikel (2.44 Ow) bevat een wettelijke grondslag voor het geheel of gedeeltelijk beperken of verbieden van de toegang tot een Natura 2000-gebied. Verder zijn aan hoofdstuk 4 verschillende grondslagen voor zogenoemde Rijksregels toegevoegd. Zo volgt uit artikel 4.3 Ow dat bij AMvB regels worden gesteld over onder meer Natura 2000-activiteiten, de uitoefening van de jacht en het vangen, doden en verwerken van walvissen (artikel 4.3, eerste lid, aanhef en onder j, k en m, Ow). Deze regels worden door middel van het Aanvullingsbesluit toegevoegd aan het Besluit activiteiten leefomgeving (hierna: het Bal). De artikelen 4.30 tot en met 4.38 Ow die met de Aanvullingswet worden toegevoegd geven richting aan deze algemene regels. Uit deze bepalingen volgt namelijk met welk oogmerk dergelijke regels worden gesteld en waartoe deze strekken. Zo bepaalt artikel 4.30 Ow dat de in artikel 4.3 bedoelde regels over Natura 2000-activiteiten worden gesteld met het oog op de natuurbescherming en er in ieder geval toe strekken dat mogelijke verslechterende of significant versturende gevolgen voor het betrokken Natura 2000-gebied worden voorkomen.

Hoofdstuk 5 Ow heeft betrekking op activiteiten waarvoor een vergunningplicht geldt of kan gelden. In artikel 5.1, eerste lid, Ow wordt een aantal activiteiten genoemd dat vergunningplichtig is, tenzij het gaat om een bij AMvB aangewezen geval. Hierbij gaat het onder meer om een omgevingsplanactiviteit (artikel 5.1, eerste lid, aanhef en onder a, Ow). De Aanvullingswet voegt hier drie activiteiten aan toe, te weten: een Natura 2000-activiteit, een jachtgeweeractiviteit en een valkeniersactiviteit. In aanvulling hierop worden in artikel 5.1, tweede lid, Ow verschillende andere activiteiten genoemd die eveneens vergunningplichtig kunnen zijn. Voor deze activiteiten geldt enkel een vergunningplicht als de betreffende activiteit bij AMvB als vergun-

ningplichtige activiteit is aangewezen. Dat geldt onder meer voor milieubelastende activiteiten (artikel 5.1, tweede lid, aanhef en onder b, Ow). De Aanvullingswet voegt de flora- en fauna-activiteit aan dit rijtje toe (artikel 5.1, tweede lid, aanhef en onder g, Ow). Uit artikel 5.2, eerste lid, Ow volgt verder dat bij AMvB eveneens gevallen kunnen worden aangewezen waarin bij omgevingsplan, omgevingsverordening of waterschapsverordening kan worden bepaald dat voor een activiteit onder bepaalde voorwaarden toch geen vergunning is vereist. Op grond van de Aanvullingswet geldt dat voor alle hiervoor genoemde activiteiten (artikel 5.2, eerste lid, aanhef en onder f, g, h en i, Ow). Daar komt bij dat met de Aanvullingswet ook een nieuw derde lid wordt toegevoegd aan artikel 5.2 Ow, waardoor een grondslag wordt gecreëerd om bij AMvB gevallen aan te wijzen, waarin bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat een activiteit onder bepaalde voorwaarden zonder omgevingsvergunning kan worden verricht.

Tot slot wijs ik op deze plek nog op artikel 16.53c Ow. Dit artikel is de opvolger van artikel 2.8, eerste en tweede lid, Wnb en bepaalt door wie een passende beoordeling moet worden opgesteld en in welke gevallen géén passende beoordeling hoeft te worden opgesteld. Zo bepaalt artikel 16.53c, eerste lid, Ow dat een passende beoordeling voor een plan wordt opgesteld door het bestuursorgaan dat het betreffende plan vaststelt. In het geval van een omgevingsvergunning is het aan de aanvrager van de vergunning om een passende beoordeling op te stellen. Verder zal ook voor sommige projectbesluiten een passende beoordeling moeten worden opgesteld. In dat geval is het bevoegd gezag voor het projectbesluit degene die de passende beoordeling opstelt. Net als in het huidige recht (artikel 2.8, tweede lid, Wnb) hoeft géén passende beoordeling te worden opgesteld als: a) het betreffende plan of project een herhaling of voortzetting is van een ander plan of project, of b) het plan deel uitmaakt van een ander plan, mits voor dat andere plan of project een passende beoordeling is gemaakt en een nieuwe passende beoordeling redelijkerwijs geen nieuwe gegevens en inzichten kan opleveren over de significante gevolgen van dat plan of project (artikel 16.53c, tweede lid, Ow).

### 3. Het Aanvullingsbesluit natuur

Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt is de insteek van de stelselwijziging dat materiële normen zoveel mogelijk in de bij de Ow behorende uitvoeringsregelgeving terecht komen. Vandaar dat de meeste bepalingen die thans in de Wnb respectievelijk het Bnb staan worden overgeheveld naar de bij de Ow behorende AMvB's. Het Aanvullingsbesluit, dat qua omvang ongeveer vier keer zo groot is als de Aanvullingswet, voorziet hierin. Het merendeel van het natuurbeschermingsrecht komt in het Bal

en het Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: het Bkl) terecht. Daarnaast wordt een beperkt aantal artikelen toegevoegd aan het Omgevingsbesluit (hierna: het Ob). Hierna bespreek ik per besluit enkele elementen die hieraan worden toegevoegd.

### 3.1 Het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal)

#### 3.1.1 Natura 2000-activiteiten

Zoals bekend bevat het Bal regels over activiteiten met potentieel nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving. Deze regels zijn gericht tot burgers, bedrijven en overheden die dergelijke activiteiten verrichten. Hierbij gaat het voornamelijk om algemene regels. Daarnaast worden in het Bal verschillende activiteiten aangewezen waarvoor een omgevingsvergunning is vereist.<sup>10</sup> Door het Aanvullingsbesluit worden maar liefst 98 artikelen toegevoegd aan het Bal. Deze belanden allemaal in het speciaal hiervoor gereserveerde hoofdstuk 11 van het Bal, getiteld Activiteiten die de natuur betreffen. Uit artikel 11.1 Bal volgt dat het hoofdstuk onder meer gaat over Natura 2000-activiteiten (artikel 11.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bal). De term Natura 2000-activiteit komt ook al voor in de versie van de Ow die in 2016 in het Staatsblad is geplaatst. In die versie wordt in de definitie echter nog verwezen naar de relevante bepalingen uit het huidige recht, zoals artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Dat wordt met de Aanvullingswet aangepast, zodat de definitie van Natura 2000-activiteit komt te luiden: *'activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat of het verrichten van een andere handeling die, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied, de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kan verslechteren of een significant verstorend gevolg kan hebben voor de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen'*.

Kortom: net als in het huidige recht worden twee typen activiteiten onderscheiden, te weten 'projecten' en 'andere handelingen'. Niet alle onderdelen van de nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit (hierna: de nota van toelichting) zijn op dit punt *up to date*. Zo wordt op meerdere plekken nog verwezen naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling), waaruit -- kort en goed -- volgt dat een activiteit die met een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap (hierna korthedshalve: een fysieke ingreep) gepaard gaat als een 'project' moet worden aangemerkt, en een activiteit die niet met een fysieke ingreep gepaard gaat als een 'andere handeling'.<sup>11</sup> Zoals bekend heeft de Afdeling echter in het kader van de procedure over het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) ook prejudiciële vragen gesteld over de precieze strekking van

<sup>10</sup> Nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 29.

<sup>11</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 111, 151 en 277.

het begrip 'project'. Uit het betreffende arrest van het Hof van Justitie (hierna: het Hof) volgt dat niet bepalend is of een activiteit gepaard gaat met een fysieke ingreep, maar of de betreffende activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.<sup>12</sup> Is dat het geval, dan kwalificeert de betreffende activiteit als een 'project'.<sup>13</sup> Naar dit arrest wordt in het kader van het onderscheid tussen 'projecten' en 'andere handelingen' op één plek in de nota van toelichting verwezen. Uit die passage volgt dat de regering beseft dat voornoemde Afdelingsjurisprudentie zal moeten worden bijgesteld.<sup>14</sup> Gelet hierop verdient het in ieder geval aanbeveling dat de passages van de nota van toelichting waarin nog van voornoemde jurisprudentie wordt uitgegaan, worden aangepast.

In het verlengde hiervan dringt zich de vraag op of de term 'andere handeling' niet beter kan worden geschrapt. In dit verband is het van belang om verschillende typen activiteiten te onderscheiden, te weten:

1. nieuwe activiteiten met mogelijk significante gevolgen voor de natuurlijke habitats, de habitats van soorten of de soorten waarvoor het betreffende Natura 2000-gebied is aangewezen;<sup>15</sup>
2. nieuwe activiteiten met verslechterende gevolgen voor de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten (hierna korthedshalve: habitats);<sup>16</sup> en
3. de (ongewijzigde) voortzetting van activiteiten die reeds rechtmatig werden verricht op de Europese referentiedata.

Gelet op het PAS-arrest kunnen activiteiten als bedoeld onder 1) niet langer als 'andere handeling' worden aangemerkt, ook niet als de activiteit in kwestie *niet* gepaard gaat met een fysieke ingreep. Dergelijke activiteiten kwalificeren als 'project'.<sup>17</sup> Met betrekking tot de activiteiten als bedoeld onder

2) verdient aantekening dat artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn (hierna: Hrl) hierop *niet* van toepassing is. Voor deze activiteiten geldt echter wél een vergunningplicht. Dat komt omdat de wetgever er reeds in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998 voor gekozen heeft om het bepaalde in artikel 6, tweede lid, Hrl mede te implementeren door ook activiteiten met verslechterende gevolgen voor de kwaliteit van habitats vergunningplichtig te laten zijn. Ingevolge artikel 8.74b, vierde lid, Bkl dient bij de beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor dergelijke activiteiten, die dus geen projecten als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl zijn, rekening te worden gehouden met de gevolgen die de activiteit kan hebben voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied.<sup>18</sup> Wat hierbij opvalt is dat de term 'andere handeling' in voornoemd artikel -- anders dan in het huidige artikel 2.8, negende lid, Wnb -- niet meer wordt gebezigd. Naast het feit dat er thans geen sluitende definitie is van de term 'andere handeling', vind ik dit een extra reden om deze term überhaupt niet meer te gebruiken. In de nota van toelichting noch in de definitie van Natura 2000-activiteit.

Het verdient mijns inziens de voorkeur om in plaats daarvan gewoon te spreken over 'project', waarbij wordt onderscheiden tussen projecten met mogelijk significante gevolgen enerzijds en projecten met verslechterende gevolgen voor de kwaliteit van habitats anderzijds. Het eerste en vierde lid van artikel 8.74b Bkl zouden dan bijvoorbeeld kunnen komen te luiden:

1. Voor zover een aanvraag om een omgevingsvergunning betrekking heeft op een Natura 2000-activiteit, inhoudende het realiseren van een project met mogelijk significante gevolgen als bedoeld in artikel 6, derde lid, van de habitatrichtlijn, wordt deze alleen verleend als uit de passende beoordeling, bedoeld in artikel 16.53c, eerste lid, van de wet, de zekerheid is verkregen dat het project - afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten - de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten.<sup>19</sup> (...)
4. Voor zover een aanvraag om een omgevingsvergunning betrekking heeft op een Natura 2000-activiteit, inhoudende het realiseren van een project met

<sup>12</sup> Een voorbeeld: het plaatsen van meer vee in een bestaande stal gaat niet gepaard met een fysieke ingreep als hiervoor bedoeld (zie ook ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9049), maar zou wel tot significante gevolgen kunnen leiden. Meer vee leidt immers tot een hogere stikstofemissie en -depositie.

<sup>13</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882. Zie hierover o.a. R.H.W. Frins, 'Het PAS-arrest van het Hof van Justitie EU. Toch niet alleen maar kommer en kwel?', *TBR* 2018/186, p. 1230-1231.

<sup>14</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 274-275.

<sup>15</sup> Ik doel hierbij op activiteiten waarvan niet kan worden uitgesloten dat deze tot significante gevolgen leiden. Of dergelijke gevolgen daadwerkelijk te verwachten zijn zal moeten blijken uit een passende beoordeling die voor de betreffende activiteit wordt opgesteld.

<sup>16</sup> Ik doel hierbij op activiteiten waarvan bij voorbaat dan wel na het verrichten van een voortoets kan worden uitgesloten dat deze tot significante gevolgen leiden.

<sup>17</sup> Het beoordelingskader met betrekking tot projecten met mogelijk significante gevolgen is te vinden in artikel 8.74b, eerste lid, Bkl. Zie tevens het tweede en derde lid. Aangezien het hierbij om een vrijwel een-op-een implementatie van het bepaalde in artikel 6, derde en vierde lid, Hrl gaat, blijft dit beoordelingskader hierna onbesproken.

<sup>18</sup> In dit verband zij verwezen naar de kanttekeningen die Backes c.s. hebben geplaatst bij de redactie van artikel 2.7, derde lid, juncto artikel 2.8, negende lid, Wnb. Zie: Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 108-109. Gelet hierop is de redactie van artikel 8.74b, vierde lid, Bkl wat mij betreft een verbetering ten opzichte van het huidige recht.

<sup>19</sup> Aantekening verdient dat artikel 8.74b, eerste lid, Bkl de zinsnede 'afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten' *niet* bevat. Ik vind de verplichting om rekening te houden met cumulatieve effecten echter een dusdanig essentieel element van de 'habitattoets', dat ik van mening ben dat deze verplichting ook moet blijken uit de tekst van de beoordelingsregel.

mogelijk verslechterende gevolgen voor de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten, wordt bij de beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning rekening gehouden met de gevolgen van die activiteit voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied.

In het verlengde hiervan zou de definitie van 'Natura 2000-activiteit' dan kunnen worden gewijzigd in:

'activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied, de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kan verslechteren of significante gevolgen kan hebben voor de natuurlijke habitats, de habitats van soorten of de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen'.

Blijft nog één categorie over en dat is de (ongewijzigde) voortzetting van activiteiten die reeds rechtmatig werden verricht op de Europese referentiedata. In haar jurisprudentie heeft de Afdeling de ongewijzigde voortzetting van dergelijke activiteiten aangemerkt als 'andere handelingen'.<sup>20</sup> In dit verband verdient ook de regeling met betrekking tot 'bestaand gebruik' bespreking. Ingevolge artikel 2.9, tweede lid, Wnb zijn 'andere handelingen' die - kort en goed - op 31 maart 2010 bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn bij het bevoegde gezag en sindsdien niet of niet in betekende mate zijn gewijzigd, vrijgesteld van de vergunningplicht. Artikel 11.18 Bal sluit hier op aan, met dien verstande dat de term 'andere handeling' niet meer wordt gebezigd. Voornoemde datum strookt echter *niet* met de Europese referentiedata.<sup>21</sup> In de literatuur is dan ook betoogd dat het bepaalde in artikel 2.9 Wnb beter in lijn kan worden gebracht met de jurisprudentie.<sup>22</sup> Ik sluit mij hier graag bij aan. Als ik de hierboven uiteengezette redenering doortrek zouden in ieder geval twee verschillende 'vrijstellingsregelingen' moeten worden verankerd in artikel 2.9 Wnb respectievelijk artikel 11.18 Bal: één voor de (ongewijzigde) voortzetting van projecten met mogelijk significante gevolgen en één voor de (ongewijzigde) voortzetting van projecten met verslechterende gevolgen voor de

kwaliteit van habitats. Eerstgenoemde regeling zou dan in ieder geval moeten aanknopen bij de Europese referentiedata en de jurisprudentie ter zake.<sup>23</sup> Laatstgenoemde regeling zou dan - desgewenst - op dezelfde leest geschoeid kunnen blijven als de huidige regeling. Kortom: die regeling kan wél aanknopen bij de datum 31 maart 2010.

De vraag dringt zich op of dit voorstel verenigbaar is met de insteek van het aanvullingsspoor natuur, te weten dat de Wnb beleidsneutraal wordt overgezet. Ik neig ernaar deze vraag bevestigend te beantwoorden. Hoewel artikel 2.9, tweede lid, Wnb voor meerderlei uitleg vatbaar is, heeft de wetgever mijns inziens beoogd om aan te sluiten bij de jurisprudentie ter zake.<sup>24</sup> Mijn voorstel strekt ertoe de inzichtelijkheid van de regeling met betrekking tot bestaand gebruik te vergroten. Dat is in ieder geval in lijn met de verbeterdoelen van de stelselwijziging omgevingsrecht.

### 3.1.2 Vrijstelling van de vergunningplicht

Zoals ik reeds in paragraaf 2 heb opgemerkt geldt voor het verrichten van een Natura 2000-activiteit in beginsel een vergunningplicht op grond van artikel 5.1, eerste lid, aanhef en onder g, Ow. Paragraaf 11.2.1 van het Bal bevat echter vijf artikelen die bepalen in welke gevallen voornoemde vergunningplicht *niet* geldt. Het gaat om de volgende gevallen:

1. de activiteit in kwestie is op grond van een andere wet toegestaan, waarbij toepassing is gegeven aan het toetsingskader van artikel 6 Hrl (artikel 11.16, aanhef en onder a, Bal);<sup>25</sup>
2. de activiteit in kwestie is aangewezen en beschreven in een programma of een omgevingsplan en wordt overeenkomstig dat programma of omgevingsplan verricht (artikel 11.17 Bal; zie hierna);
3. de activiteit in kwestie kan worden aangemerkt als bestaand gebruik en is sinds 31 maart 2010 niet of niet in betekende mate gewijzigd (artikel 11.18 Bal; zie hiervoor);

<sup>23</sup> Verwezen zij naar de in voetnoot 20 genoemde uitspraak en o.a. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891, TBR 2014/29, m.nt. Frins. Kort en goed volgt uit deze jurisprudentie dat geen passende beoordeling hoeft te worden opgesteld voor een project waarvoor vóór de referentiedatum toestemming is verleend, zolang dit project wordt voortgezet. Van de voortzetting van een project is in ieder geval geen sprake, indien de toestemming van vóór de referentiedatum niet meer of niet meer geheel van kracht is. In dat geval moet een eventuele wijziging van de bestaande activiteit worden beoordeeld ten opzichte van het nog vigerende deel van het toestemmingsbesluit.

<sup>24</sup> In dit verband zij erop gewezen dat in de nota van toelichting expliciet wordt verwezen naar de in voetnoot 23 genoemde jurisprudentie. Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 151-152.

<sup>25</sup> Vgl. artikel 13, achtste lid, Tracéwet. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat artikel 11.16, aanhef en onder b, Bal bepaalt dat ook een activiteit die onderwerp is van het gemeenschappelijk visserijbeleid en plaatsvindt in de exclusieve economische zone, is vrijgesteld van de vergunningplicht. Dit blijft verder onbesproken.

<sup>20</sup> Zie ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656, TBR 2010/132, m.nt. Frins.

<sup>21</sup> De Europese referentiedata zijn: 1) als een activiteit gevolgen heeft voor een Vogelrichtlijngebied: a) 10 juni 1994 (als het betreffende gebied is aangewezen voordat de Hrl van kracht werd) of b) de datum van aanwijzing van het gebied - veelal 24 maart 2000 - als het gebied ná 10 juni 1994 is aangewezen; 2) als een activiteit gevolgen heeft voor een Habitatrichtlijngebied: 7 december 2004 (de datum waarop de Nederlandse Natura 2000-gebieden op de lijst van gebieden van communautair belang werden geplaatst).

<sup>22</sup> Zie o.a. M.M. Kaajan, 'Natuurbescherming onder de Omgevingswet: eenvoudig en beter?', *M en R* 2017/45 en Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 119-120.

4. de activiteit in kwestie veroorzaakt enkel stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied, waarbij - kort en goed - wordt voldaan aan het PAS-beoordelingskader (artikel 11.19 Bal; zie hierover nader paragraaf 4.1); en
5. de activiteit in kwestie is in een omgevingsverordening of in een ministeriële regeling als vergunningvrij aangewezen (artikel 11.20 Bal).

Aangezien deze vrijstellingsmogelijkheden en voortzetting zijn van het huidige recht ga ik op deze plek enkel nader in op de tweede uitzondering, meer specifiek de mogelijkheid om een activiteit aan te wijzen en te beschrijven in een omgevingsplan. Bij geïsoleerde lezing van artikel 11.17 Bal ontstaat het beeld dat in beginsel ieder omgevingsplan erin kan voorzien dat de activiteiten die met dat omgevingsplan worden mogelijk gemaakt kunnen worden vrijgesteld van de vergunningplicht. Dat zou een noviteit zijn. Immers, het huidige recht biedt geen mogelijkheid om door middel van een regulier bestemmingsplan ex artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) activiteiten vrij te stellen van de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Als men artikel 11.17 Bal echter in combinatie leest met artikel 5.167, eerste lid, Bkl wordt de ware strekking van artikel 11.17 Bal duidelijk. Uit voornoemd Bkl-artikel volgt namelijk dat een omgevingsplan dat vergunningvrije activiteiten aanwijst geheel of ook betrekking moet hebben op de inrichting, het beheer of het gebruik van een Natura 2000-gebied en maatregelen moet bevatten om de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied te bereiken. Met andere woorden: het moet gaan om een 'beheerplanachtig omgevingsplan', oftewel om een beheerplan dat niet separaat is vastgesteld, maar is geïntegreerd in een omgevingsplan.<sup>26</sup> Dat sluit aan op het huidige recht. Op grond van artikel 2.3, vijfde lid, Wnb kan de inhoud van een beheerplan immers een afzonderlijk onderdeel zijn van een ander plan of programma dat geheel of mede betrekking heeft op de inrichting, het beheer of het gebruik van een Natura 2000-gebied. Aansluitend hierop bepaalt artikel 2.9, eerste lid, Wnb dat de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid, Wnb niet van toepassing is op - kort en goed - activiteiten die zijn beschreven in en worden verricht overeenkomstig een plan of programma als bedoeld in artikel 2.3, vijfde lid, Wnb. In zoverre biedt het Aanvullingsbesluit dus niets nieuws onder de zon.

<sup>26</sup> Volledigheidshalve zij erop gewezen dat artikel 5.167, tweede lid, Bkl bepaalt dat, bij het aanwijzen van activiteiten die zijn vrijgesteld van de vergunningplicht, het bestuursorgaan betrokken wordt dat het bevoegd gezag zou zijn zonder die vrijstelling. Dit is een iets andere insteek dan thans uit artikel 2.3, vijfde lid, juncto 2.9, eerste lid, Wnb volgt.

## 3.2 Het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl)

### 3.2.1 Algemeen

Het Bkl, zoals dat op 31 augustus 2018 in het Staatsblad is geplaatst, bevat al een klein deel van het gebiedsbeschermingsrecht. Ik doel op de bescherming van het natuurnetwerk Nederland, waarvoor afdeling 7.3 Bkl instructieregels bevat.<sup>27</sup> Door het Aanvullingsbesluit worden echter op meerdere plekken in het Bkl verschillende natuurbeschermingsrechtelijke bepalingen toegevoegd. Zo komt een deel terecht in hoofdstuk 3, afdeling 3.5 (Bescherming habitats en soorten). Uit de artikelen van deze afdeling volgt onder meer dat een bestuursorgaan bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden op het gebied van natuurbescherming en het beheer van natuurgebieden rekening houdt met de economische, sociale en culturele belangen, en met de regionale en lokale bijzonderheden (artikel 3.18 Bkl), en dat een besluit tot aanwijzing van een Natura 2000-gebied als bedoeld in artikel 2.43, eerste lid, Ow instandhoudingsdoelstellingen bevat voor in ieder geval de leefgebieden voor vogelsoorten en/of de natuurlijke habitats en de habitats van soorten, voor zover nodig ter uitvoering van de Vogelrichtlijn (hierna: Vrl) en de Hrl (artikel 3.20, eerste lid, Bkl). Naast deze bepalingen met betrekking tot de bescherming van Natura 2000-gebieden bevat afdeling 3.5 onder andere enkele bepalingen die gaan over de aanwijzing en bescherming van bijzondere nationale natuurgebieden (artikelen 3.25 tot en met 3.28 Bkl) en een artikel over de aanwijzing van nationale parken (artikel 3.29 Bkl).

### 3.2.2 Het beheerplan

In hoofdstuk 4 van het Bkl worden in drie verschillende afdelingen bepalingen met betrekking tot gebiedsbeschermingsrecht opgenomen. Op deze plek volsta ik met het bespreken van afdeling 4.4, de andere twee afdelingen komen in paragraaf 4 aan bod. In de versie van het Bkl die op 31 augustus 2018 in het Staatsblad is geplaatst bevat afdeling 4.4 (Beheerplannen Natura 2000-gebieden) één artikel.<sup>28</sup> Dit artikel - 4.26 - wordt thans gewijzigd. Ingevolge artikel 4.26, eerste lid, dient een beheerplan, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor het betreffende Natura 2000-gebied, in ieder geval een beschrijving te bevatten van de nodige instandhoudings- en passende maatregelen en de beoogde resultaten van die maatregelen. Dat stond reeds in het Bkl, met dien verstande dat thans wordt verwezen naar artikel 3.20 Bkl (zie hierboven) in plaats

<sup>27</sup> Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'De bescherming van het Natuurnetwerk Nederland onder de Omgevingswet', *NBR* 2018/1, p. 4-12. Dat de bescherming van het natuurnetwerk Nederland al in het Bkl is verankerd komt doordat de regels ter zake in het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening staan in plaats van in de Wnb.

<sup>28</sup> *Stb.* 2018, 292.

van naar artikel 2.1 Wnb. Interessanter is dat door het Aanvullingsbesluit twee nieuwe leden aan artikel 4.26 worden toegevoegd. Met name het tweede lid trekt de aandacht. Uit dit lid volgt namelijk dat een beheerplan een programma is als bedoeld in artikel 3.16 Ow. Kortom: een beheerplan wordt aangemerkt als een programma met een programmatische aanpak.

Daar het beheerplan onder de Ow de status van programma krijgt verbaast niet. Dat kon immers reeds uit de artikelen 3.8, derde lid, en 3.9, derde lid, Ow worden opgemaakt. Wat echter verbaast is dat het beheerplan nu de bijzondere status van een programma met een programmatische aanpak krijgt. Uit de nota van toelichting kan worden opgemaakt dat hiertoe is besloten, omdat hiermee de uitvoeringsplicht van artikel 3.18 Ow en het bepaalde in artikel 3.19 Ow over de tussentijdse wijziging van een programma van toepassing worden op beheerplannen.<sup>29</sup> Aantekening verdient echter dat het niet nodig is om een beheerplan als een programma met een programmatische aanpak aan te merken, om de uitvoeringsplicht van artikel 3.18 Ow van toepassing te laten zijn. Artikel 3.18, derde lid, Ow bepaalt immers al dat het eerste en het tweede lid van dat artikel van overeenkomstige toepassing zijn op een programma als bedoeld in de artikelen 3.8, derde lid, en 3.9, derde lid. Verder zie ik de noodzaak er niet van in om artikel 3.19 Ow van overeenkomstige toepassing te verklaren op beheerplannen. Gelet op dit alles verdient het mijns inziens de voorkeur dat beheerplannen gewoon 'reguliere' programma's blijven. Thans wordt in dit verband immers ook niet gesproken van een programmatische aanpak (zie in dit verband ook paragraaf 4.3).

### 3.2.3 De Natura 2000-plantoets

Door het Aanvullingsbesluit wordt verder een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan het Bkl, te weten hoofdstuk 5a (Plannen en Natura 2000). Dit hoofdstuk bevat welgeteld één artikel - 5a.1 - waarin de uit artikel 6, derde lid, Hrl voortvloeiende 'plantoets' wordt verankerd. Uit de nota van toelichting kan worden opgemaakt dat deze toets niet in hoofdstuk 5 over omgevingsplannen is opgenomen, omdat het begrip 'plan' een autonoom begrip is, dat ook betrekking kan hebben op andere plannen dan omgevingsplannen. Met betrekking tot het begrip 'plan' is er nauwelijks jurisprudentie van het Hof, maar de regering wijst er terecht op dat aannemelijk is dat het begrip 'plan' ruim moet worden uitgelegd, net zoals het begrip 'project' (zie paragraaf 3.1.1). De regering vat een en ander als volgt samen: een passende beoordeling moet worden opgesteld voor die delen van plannen, die kader-

stellend of voorwaardenscheppend zijn voor concrete toekomstige activiteiten.<sup>30</sup> Het begrip 'kaderstellend' komt ook voor in de Richtlijn strategische milieubeoordeling (hierna: de SMB-richtlijn).<sup>31</sup> In dit verband verdient aantekening dat er een direct verband bestaat tussen de SMB-richtlijn en de Hrl. Immers: als sprake is van een plan dat betrekking heeft op activiteiten met mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied, moet voor dat plan niet alleen een passende beoordeling worden opgesteld, maar ook een plan-milieueffectrapport (hierna: plan-MER). Dat volgt uit artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, SMB-richtlijn en artikel 7.2a, eerste lid, Wet milieubeheer.<sup>32</sup>

De vraag dringt zich op welke instrumenten van de Ow als een 'plan' als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl zouden kunnen kwalificeren. Met betrekking tot de instrumenten van het huidige recht is deze vraag meerdere keren aan de orde geweest in de jurisprudentie van de Afdeling. Uit deze jurisprudentie volgt dat in ieder geval een bestemmingsplan ex artikel 3.1 Wro en het daarmee gelijk te stellen Rijks- of provinciaal inpassingsplan ex artikel 3.26 respectievelijk 3.28 Wro een 'plan' kunnen zijn.<sup>33</sup> Datzelfde geldt voor wijzigings- en uitwerkingsplannen ex artikel 3.6 Wro.<sup>34</sup> Daarnaast heeft de Afdeling ook een peilbesluit ex artikel 5.2 Waterwet (hierna: Ww) als een 'plan' aangemerkt,<sup>35</sup> alsmede het door het algemeen bestuur van het Waterschap Reest en Wieden vastgestelde 'Inrichtingsplan en Waterbesluit Slenkstructuren Nationaal Park Dwingelderveld'.<sup>36</sup> Verder wordt er in de literatuur vanuit gegaan dat ook een beheersverordening en een structuurvisie als een 'plan' kunnen worden aangemerkt.<sup>37</sup> Uit de jurisprudentie volgt echter ook dat een aantal instrumenten géén 'plan' is. Dit geldt onder meer voor een omgevingsvergunning voor gebruik in afwijking van een bestemmingsplan in de zin van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder

<sup>30</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 111 en 268-269.

<sup>31</sup> Richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's.

<sup>32</sup> Volledigheidshalve zij erop gewezen dat hierbij irrelevant is of het betreffende plan 'kaderstellend' is als bedoeld in de SMB-richtlijn. Zie in dit verband ook: J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 247-250.

<sup>33</sup> Zie o.a. ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8440 (Bestemmingsplan Radio Kootwijk) en ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO9217 (Inpassingsplan Zuidring Wateringen - Zoetermeer).

<sup>34</sup> ABRvS 28 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1680 (Wijzigingsplan Nieuw agrarisch bouwperceel Goorsteeg) en ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1612 (Uitwerkingsplan Haagweg nabij 39 te Monster).

<sup>35</sup> ABRvS 27 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8135 (Peilbesluit polder Groenendijk en Oostbroekpolder) en ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7465 (Peilbesluit Steenberg/Babantse Wal).

<sup>36</sup> ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1218 (Inrichtingsplan Dwingelderveld).

<sup>37</sup> Zie: J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 216-217 en Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 114.

<sup>29</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 248.

c, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht,<sup>38</sup> voor een Tracébesluit en voor een projectplan ex artikel 5.4 Ww (hierna: het projectplan).<sup>39</sup>

Als we het bovenstaande vertalen naar het instrumentarium van de Ow, dan staat buiten kijf dat een omgevingsplan in ieder geval als een 'plan' als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl kan worden aangemerkt. Gelet op de nota van toelichting bestaat daarover ook geen twijfel bij de regering.<sup>40</sup> Verder ga ik er vanuit dat ook een omgevingsvisie als een 'plan' kan worden aangemerkt. Dit omdat artikel 16.34, tweede lid, Ow bepaalt dat in paragraaf 16.4.1 (Milieueffectrapportage voor plannen en programma's) onder 'plan of programma' in ieder geval ook een omgevingsvisie wordt verstaan. Kortom: een omgevingsvisie is een plan in de zin van de SMB-richtlijn. Gelet op de directe relatie tussen de SMB-richtlijn en de Hrl ga ik er derhalve vanuit dat ook een omgevingsvisie als een 'plan' als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl kan worden aangemerkt.

Op deze plek wil ik nog één ander Ow-instrument belichten en dat is het projectbesluit. Dit instrument vervangt drie instrumenten uit het huidige recht, te weten: het inpassingsplan, het Tracébesluit en het projectplan. Een projectbesluit bevat geen (op herhaalde toepassing gerichte) algemene regels, maar heeft - zoals de naam van het instrument al suggereert - betrekking op een concreet project. Daarbij kan een projectbesluit ook alle toestemmingen, zoals omgevingsvergunningen, bevatten die voor de realisatie van het betreffende project nodig zijn.<sup>41</sup> Een projectbesluit dat alle voor de uitvoering van het betreffende project benodigde toestemmingen bevat kwalificeert mijns inziens als een 'project' in plaats van als een 'plan'. De vraag of dat ook geldt voor een projectbesluit dat niet alle toestemmingen bevat, vind ik lastiger te beantwoorden. Gelet op de hierboven aangehaalde jurisprudentie

met betrekking tot Tracébesluiten en projectplannen neig ik ernaar om ook een dergelijk projectbesluit als 'project' aan te merken in plaats van als 'plan'. In dit verband verdient nog aantekening dat in sommige gevallen een projectbesluit vooraf moet worden gegaan door een voorkeursbeslissing.<sup>42</sup> Ingevolge artikel 16.34, tweede lid, Ow wordt onder 'plan of programma' in ieder geval ook een voorkeursbeslissing verstaan. Kortom: een voorkeursbeslissing is een plan in de zin van de SMB-richtlijn en kan daarmee - gelet op de meermaals aangehaalde directe koppeling - ook een 'plan' als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl zijn.

Volledigheidshalve zij benadrukt dat het voor wat het Natura 2000-toetsingskader betreft geen verschil maakt of sprake is van een 'plan' of van een 'project'. In beide gevallen moet worden voldaan aan het bepaalde in artikel 6, derde en vierde lid, Hrl. Het enige verschil is dus dat in het geval van een 'plan' niet alleen een passende beoordeling moet worden opgesteld, maar ook een plan-MER. Tot slot: in de nota van toelichting wordt nog verwezen naar een deskundigenadvies waarin wordt gesteld dat de Vrl en de Hrl er niet toe verplichten dat in het kader van een bestemmingsplan wordt uitgegaan van een maximale planologische invulling. Gelet hierop wordt in de nota van toelichting de verwachting uitgesproken dat, nu omgevingsplannen een globaler karakter zullen hebben dan bestemmingsplannen, de problemen die thans worden ervaren met de plantoets onder de Ow tot het verleden zullen behoren.<sup>43</sup> Afgewacht moet worden of die verwachting gerechtvaardigd is.

### 3.3 Het Omgevingsbesluit (Ob)

Over de artikelen die door het Aanvullingsbesluit aan het Ob worden toegevoegd kan ik kort zijn. Ik beperk me tot de regeling met betrekking tot het bevoegd gezag. Uit artikel 4.12, eerste lid, Ob volgt dat het de minister van LNV is die beslist op een enkel- of meervoudige aanvraag om een omgevingsvergunning, als die aanvraag enkel betrekking heeft op een Natura 2000-activiteit of een flora- en fauna-activiteit van nationaal belang. In aansluiting hierop worden in het tweede en derde lid van voornoemd artikel verschillende activiteiten aangegeven als zijnde van nationaal belang, waaronder activiteiten voor het aanleggen, uitbreiden, inrichten, wijzigen, gebruiken, beheren of onderhouden van: 1) autowegen, autosnelwegen, vaarwegen, hoofdspoorwegen of bijzondere spoorwegen, voor zover deze wegen worden beheerd door het Rijk en voor zover de activiteiten rechtstreeks samenhangen met het vervoer en transport via deze wegen of de inpassing in de fysieke leefomgeving; en 2) de luchthaven Schiphol en overige burgerluchthaven.

<sup>38</sup> ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2833 (Omgevingsvergunning Oostelijke Rondweg Nunspeet).

<sup>39</sup> ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9010 (Tracébesluit Verruiming vaargeul Westerschelde), ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5714 (Tracébesluit Verruiming Vaargeul Eemshaven-Noordzee) en ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2483 (Projectplan Sloehaven). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de Afdeling in laatstgenoemde uitspraak niet expliciet uitspreekt dat een projectplan géén 'plan' is. Dit lijkt evenwel te volgen uit het toetsingskader dat de Afdeling toepast. Zie: J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 218.

<sup>40</sup> Groothuise heeft zich eerder op het standpunt gesteld dat zou kunnen worden betoogd dat een omgevingsplan geen 'plan' is in de zin van artikel 6, derde lid, Hrl, voor zover er voor de op grond van het plan toegestane activiteiten tevens een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit is vereist. Zie: F.A.G. Groothuise & R. Kegge, *Het omgevingsplan, integraal en marginaal? Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht*, Den Haag: IBR 2017, p. 52-53. Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'Reactie: De Natura 2000-plantoets: een noodzakelijk kwaad?!', *TBR* 2018/90 en F.A.G. Groothuise, 'Naschrift: De Natura 2000-plantoets: een noodzakelijk kwaad?!', *TBR* 2018/91.

<sup>41</sup> Zie: H.A. Oldenzel & H.W. de Vos, *Systeem en kerninstrumenten van de Omgevingswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 131.

<sup>42</sup> Daar kan het bestuursorgaan overigens ook zelf voor kiezen.

<sup>43</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 270.



vans van nationale betekenis als bedoeld in artikel 8.1, tweede lid, van de Wet luchtvaart, voor zover de activiteiten rechtstreeks samenhangen met het vervoer en transport via deze luchthavens of met de inpassing in de fysieke leefomgeving (artikel 4.12, tweede lid, aanhef en onder a, onder 1 en 5, Ob). Als een aanvraag om een omgevingsvergunning over meer gaat dan alleen een Natura 2000-activiteit of een flora- en fauna-activiteit van nationaal belang, is de minister van LNV adviseur, maar behoeft de voorgenomen beslissing op de aanvraag wel zijn instemming (artikel 4.31, eerste en tweede lid, Ob).

#### 4. Programma's (met een programmatische aanpak)

In deze paragraaf bespreek ik enerzijds de belangrijkste bepalingen die in het Bal en het Bkl worden opgenomen met betrekking tot het PAS én de gemeentelijke programmatische aanpak stikstof. Anderzijds ga ik nader in op enkele artikelen die in het Bal en het Bkl worden toegevoegd met betrekking tot de mogelijkheid om bij programma activiteiten vrij te stellen van de vergunningplicht.

##### 4.1 Het Programma Aanpak Stikstof (PAS)

Laat ik beginnen met afdeling 4.5 Bkl (Programmatische aanpak stikstof). Deze afdeling was al gereserveerd, maar bevatte nog geen bepalingen. In deze afdeling worden nu zeven artikelen opgenomen. Uit het eerste artikel van deze afdeling - 4.27 - volgt dat het PAS, net zoals het beheerplan, een programma met een programmatische aanpak is. Dat is evident. De volgende artikelen - 4.28 tot en met 4.31 - regelen met name wat moet worden beschreven en vermeld in het PAS. Hierbij gaat het onder meer om een beschrijving van de maatregelen die in het kader van het PAS worden getroffen en de verwachte gevolgen daarvan voor de omvang van de stikstofdepositie respectievelijk het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen. Verder specificeert artikel 4.31 wat de inhoud van de ecologische beoordeling van het PAS moet zijn en waar in dit verband rekening mee moet worden gehouden. De laatste twee artikelen van afdeling 4.5 - 4.32 en 4.33 - zijn de opvolgers van de artikelen 2.7 en 2.8 Bnb. Zo regelt artikel 4.32 Bkl in welke besluiten stikstofontwikkelingsruimte kan worden toegeedeeld. Thans zijn dit zes besluiten, dat worden er straks drie: 1) een beheerplan, 2) een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit en 3) een gemeentelijk programma aanpak stikstof (zie paragraaf 4.2). Deze halvering heeft te maken met het feit dat de andere drie besluiten - te weten: de natuurvergunning, het Tracébesluit en het we-

gaanpassingsbesluit - onder de Ow verdwijnen als zelfstandige besluiten.<sup>44</sup> Verder volgt uit artikel 4.33 dat - net als nu - onder voorwaarden stikstofontwikkelingsruimte kan worden gereserveerd voor zogenoemde prioritaire projecten.

De beoordelingsregels die van toepassing zijn als een activiteit stikstofdepositie veroorzaakt staan in artikel 8.74c Bkl. Deze bepaling moet in samenhang met artikel 11.19 Bal worden gelezen. Uit deze bepalingen volgt dat het huidige PAS-beoordelingskader wordt gecontinueerd. Kort en goed:

1. een activiteit die minder stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt dan de drempelwaarde van 0,05 mol per hectare per jaar is vrijgesteld van de vergunningplicht (artikel 11.19, eerste lid, aanhef en onder a, juncto derde lid, Bal);
2. een activiteit die minder stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt dan de grenswaarde van 1 mol per hectare per jaar is - zolang deze grenswaarde van toepassing is - eveneens vrijgesteld van de vergunningplicht (artikel 11.19, eerste lid, aanhef en onder a, juncto derde lid, Bal);
3. bij prioritaire, infrastructurele projecten hoeft enkel rekening te worden gehouden met de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden die zich binnen drie respectievelijk vijf kilometer van de betreffende activiteit bevinden (artikel 11.19, eerste lid, aanhef en onder b, Bal);
4. voor een activiteit die meer dan 0,05 respectievelijk 1 mol stikstofdepositie per hectare per jaar veroorzaakt op een Natura 2000-gebied dat is opgenomen in het PAS, wordt een omgevingsvergunning alleen verleend als voor die activiteit voldoende stikstofontwikkelingsruimte beschikbaar is en die ruimte aan de betreffende activiteit wordt toegeedeeld (artikel 8.74c, eerste lid, Bkl).<sup>45</sup>

Overigens heeft ook het verbod op externe saldering, dat thans uit artikel 5.5, derde lid, Wnb volgt, een plek gevonden in artikel 8.74c, namelijk in het derde lid. Dit verbod kan echter opzij worden geschoven, zo kan uit artikel 8.74c, vierde en vijfde lid, Bkl worden opgemaakt. Hier is echter wel een aantal voorwaarden aan verbonden. Zo mogen de maatregelen waarmee wordt gesaldeerd niet reeds zijn betrokken in de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, moet sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden en moet een goede werking van het PAS verzekerd blijven. Dit betreft een voorzetting van artikel 2.14 Bnb.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 105.

<sup>45</sup> Voornoemde vrijstellingen van de vergunningplicht zijn overigens alleen van toepassing, als de betreffende activiteit louter vanwege de stikstofdepositie die deze veroorzaakt als een Natura 2000-activiteit moet worden aangemerkt.

<sup>46</sup> Zie in dit verband ook de artikelen 11.21 Bal en 10.42 Bkl.

## 4.2 De gemeentelijke programmatische aanpak stikstof

In afdeling 4.6 Bkl (Programma met vergunning-vrije Natura 2000-activiteiten of flora- en fauna-activiteiten) wordt de gemeentelijke programmatische aanpak stikstof geïntroduceerd (artikel 4.39 Bkl). Dat lijkt een noviteit, maar voornoemd artikel is de opvolger van het huidige artikel 5.6 Wnb. Thans wordt in dit verband gesproken over een bestemmingsplan voor een ontwikkelingsgebied. Een dergelijk bestemmingsplan kan, anders dan een regulier bestemmingsplan ex artikel 3.1 Wro, de voorwaarden, voorschriften en beperkingen bevatten waaronder een vergunning als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, Wnb kan worden verleend. De opvolger van artikel 5.6 Wnb - artikel 4.39 Bkl - sluit hier op aan. Uit het eerste lid van dit artikel volgt dat een gemeentelijke programmatische aanpak a) betrekking moet hebben op bestaand stedelijk gebied, een bestaand bedrijventerrein of een haven- en industriegebied, en b) gericht moet zijn op: i) een duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied, en ii) een vermindering van de stikstofdepositie door activiteiten in dat gebied op voor stikstof gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden.

De mogelijkheid om in een dergelijk programma voorschriften op te nemen met betrekking tot de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit, volgt uit artikel 4.39, tweede lid, Bkl. Let wel: die voorschriften kunnen - anders dan nu het geval is - enkel betrekking hebben op het aspect stikstofdepositie. Uit de nota van toelichting volgt dat deze beperking is ingegeven doordat de (her)ontwikkeling van gebieden als hier aan de orde in de praktijk vooral wordt belemmerd door de stikstofdepositie die hiervan het gevolg is.<sup>47</sup> Aan de opname van voorschriften is wel een aantal voorwaarden verbonden. Uiteraard moet zijn verzekerd dat de betreffende activiteiten voldoen aan het bepaalde in artikel 6 Hrl, als die activiteiten kwalificeren als 'projecten met mogelijk significante gevolgen' (artikel 4.39, tweede lid, aanhef en onder b, onder 1, Bkl). Verder moet zijn voorzien in een zodanige monitoring en bijsturing van het programma, dat de conclusies met betrekking tot de toelaatbaarheid van de verschillende activiteiten nog steeds gelden op het moment dat een aanvraag om een omgevingsvergunning wordt beoordeeld (artikel 4.39, tweede lid, aanhef en onder c, Bkl).<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Zie: nota van toelichting bij het Aanvullingsbesluit Natuur, p. 264-265.

<sup>48</sup> Volledigheidshalve zij er nog op gewezen dat artikel 4.39, tweede lid, aanhef en onder d, Bkl bepaalt dat een programma dat voorschriften bevat en/of voorziet in de verdeling van stikstofdepositierruimte, enkel gezamenlijk met gedeputeerde staten kan worden vastgesteld.

Met een gemeentelijk programma kan ook op voorhand stikstofontwikkelingsruimte worden toebedeeld aan de activiteiten die in het programmagebied gaan plaatsvinden (artikel 4.39, derde lid, Bkl), waarbij het programma kan voorzien in een verdere verdeling van die ruimte over de verschillende activiteiten (artikel 4.39, tweede lid, Bkl). In aansluiting op het voorgaande bepaalt artikel 8.74d, eerste lid, Bkl dat voor een Natura 2000-activiteit waarop een gemeentelijk programma van toepassing is een vergunning wordt verleend, als de activiteit in kwestie voldoet aan de in het programma vastgestelde voorschriften en beperkingen. Die voorschriften en beperkingen worden dan aan de betreffende omgevingsvergunning verbonden, zo volgt uit artikel 8.74f Bkl.

## 4.3 Vrijstelling van de vergunningplicht bij programma

In paragraaf 3.1.2 kwam al ter sprake dat het Bal bepaalt dat bij programma bepaalde activiteiten kunnen worden vrijgesteld van de vergunningplicht. Voor Natura 2000-activiteiten volgt dit uit artikel 11.17 Bal, voor flora- en fauna-activiteiten uit de artikelen 11.26, 11.34 en 11.40 Bal. Voornoemde artikelen moeten in samenhang worden gelezen met de artikelen 4.34 tot en met 4.38 Bkl. Uit deze artikelen volgt namelijk dat strikte voorwaarden zijn verbonden aan de vaststelling van een dergelijk programma. Zo volgt uit artikel 4.34, eerste lid, Bkl dat het programma in kwestie: a) geheel of ook betrekking moet hebben op de inrichting, het beheer of het gebruik van een Natura 2000-gebied en maatregelen moet bevatten om de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied te bereiken, of b) tot doel moet hebben, mede met het oog op een evenwichtige en duurzame economische ontwikkeling: i) de belasting van natuurwaarden van Natura 2000-gebieden door bepaalde schadelijke factoren te verminderen en de instandhoudingsdoelstellingen te bereiken, of ii) het beheer, de bescherming, het behoud of het herstel van de van nature in Nederland in het wild voorkomende soorten dieren of planten of de in Nederland voorkomende natuurlijke habitats of habitats van soorten of het verbeteren van de staat van instandhouding van die soorten. Kortom: een programma moet altijd tot doel hebben de bestaande natuurkwaliteit te verbeteren, maar mag daarnaast ook een evenwichtige en duurzame economische ontwikkeling tot doel hebben.

In aansluiting hierop volgt uit de artikelen 4.35 tot en met 4.38 dat moet zijn verzekerd dat het programma in kwestie verenigbaar is met het bepaalde in de Vrl en de Hrl respectievelijk met het nationale beschermingsregime voor 'andere soorten'. Dit betekent onder meer dat een passende beoordeling moet worden opgesteld als door het betreffende programma projecten met mogelijk significante ge-

volgen voor een Natura 2000-gebied worden vrijgesteld van de vergunningplicht (artikel 4.35, eerste lid, aanhef en onder a, Bkl). Als het programma betrekking heeft op flora- en fauna-activiteiten, dan moet onder andere worden aangetoond dat er geen andere bevredigende oplossingen bestaan voor de activiteiten die worden vrijgesteld én dat met die activiteiten dwingende redenen van groot openbaar belang zijn gemoeid (artikelen 4.36, 4.37 en 4.38 Bkl).

Zoals hierboven uiteengezet volgt uit het Bkl dat een beheerplan, het PAS en een gemeentelijke programmatische aanpak stikstof als een programma met een programmatische aanpak moeten worden aangemerkt. Een dergelijke bepaling ontbreekt met betrekking tot een programma waarin activiteiten worden vrijgesteld van de vergunningplicht als hierboven bedoeld. Dat betekent echter niet dat zo'n programma geen programma met een programmatische aanpak kán zijn.

Kenmerkend voor een programma met een programmatische aanpak is dat het stuurt op het beheer van gebruiksruimte in een bepaald gebied en dient als kader voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van activiteiten.<sup>49</sup> Gelet op de redactie van artikel 4.34, eerste lid, Bkl is het van belang om twee typen programma's te onderscheiden. Het eerste type is een programma dat geheel of ook betrekking heeft op de inrichting, het beheer of het gebruik van een Natura 2000-gebied en maatregelen bevat om de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied te bereiken (een programma als bedoeld in artikel 4.34, eerste lid, aanhef en onder a, Bkl). Kortom: een dergelijk programma is primair gericht op het verbeteren van de natuurkwaliteit, zodat de instandhoudingsdoelstellingen tijdig worden bereikt. Dat kan bijvoorbeeld een beheerplan zijn. Nu een dergelijk programma er niet (direct) toe strekt om te sturen op het beheer van gebruiksruimte, lijkt mij geen sprake van een programma met een programmatische aanpak. Hierbij ga ik er vanuit dat de vrijstelling van de activiteiten geen direct verband houdt met de maatregelen die in het kader van het programma worden getroffen.

Het tweede type is een programma dat - kort en goed - tot doel heeft, ook met het oog op een evenwichtige en duurzame economische ontwikkeling (sic), de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden te bereiken of de staat van instandhouding van de te beschermen habitats en soorten te behouden of te verbeteren (een programma als bedoeld in artikel 4.34, eerste lid,

aanhef en onder b, Bkl). Uit de zinsnede 'ook met het oog op een evenwichtige en duurzame economische ontwikkeling' volgt dat dit type programma mede gericht kan zijn op het creëren van gebruiksruimte. Hierbij denk ik aan een insteek zoals het PAS die thans heeft. Dat wil zeggen dat in het kader van het programma verschillende soorten maatregelen worden getroffen die tot een verbetering van de natuurkwaliteit leiden, waarbij tegelijkertijd een deel van deze 'winst' ter beschikking wordt gesteld aan nieuwe ontwikkelingen. Als een programma een dergelijke insteek heeft en juist door de positieve effecten van de maatregelen die op grond van het programma worden getroffen ruimte ontstaat voor de activiteiten waarin het programma voorziet (en die dus zodoende kunnen worden vrijgesteld van de Natura 2000-/flora- en fauna-vergunningplicht), dan moet het programma in kwestie mijns inziens als een programma met een programmatische aanpak worden aangemerkt.

Dringt zich alleen nog de vraag op in hoeverre een dergelijk programma dient als kader voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van activiteiten, het tweede kenmerk van een programma met een programmatische aanpak. Als het programma in kwestie een insteek heeft zoals hierboven beschreven, vindt de beoordeling van de toelaatbaarheid van activiteiten plaats in het kader van de vaststelling van het programma. Kortom: het beoordelingskader is dan in principe bij vaststelling van het programma uitgewerkt. Wat mij betreft hoeft dit echter niet tot gevolg te hebben dat een dergelijk programma daarom niet als een programma met een programmatische aanpak kan worden aangemerkt. Waar het mijns inziens om gaat is dat de beoordeling van activiteiten plaatsvindt op basis van het programma. Daar wordt in de hiervoor besproken opzet aan voldaan. Vandaar dat ik van mening ben dat een programma dat mede tot doel heeft gebruiksruimte te creëren én dat activiteiten vrijstelt van de vergunningplicht, als een programma met een programmatische aanpak moet worden aangemerkt.

## 5. Conclusie

Met de totstandkoming van het ontwerp van het Aanvullingsbesluit is een belangrijke stap gezet in de richting van het einddoel van het aanvullingsspoor natuur: een volledige integratie van de Wnb en de bijbehorende uitvoeringsregelgeving in de Ow en de daarbij behorende uitvoeringsregelgeving. Zoals verwacht gaat deze integratie niet gepaard met aardverschuivingen. Daar is ook geen reden voor, het huidige natuurbeschermingsrecht sluit immers over het algemeen nauw aan bij het bepaalde in de Vrl en de Hrl. Ook mijn voorstel om de term 'andere handeling' los te laten en louter nog over 'projecten' te spreken, leidt niet tot aardverschuivingen. De suggesties die ik in dat verband

<sup>49</sup> Zie: *Kamerstukken II 2013/14, 33 962, 3, p. 124*. Voor nadere overpeinzingen over de (on)mogelijkheden van het instrument programma met een programmatische aanpak zij verwezen naar: R.H.W. Frins, 'De gevolgen van het PAS-arrest voor de programmatische aanpak van andere thema's dan stikstof', *M en R 2019/20*, i.h.b. p. 119-125.

heb gedaan strekken er enkel toe om de strekking van de jurisprudentie ter zake, waar de regering zich als ik het goed zie ook aan conformeert, te verankeren in de tekst van de wet- en regelgeving. Een punt van kritiek met betrekking tot het ontwerp van het Aanvullingsbesluit is, dat het beheerplan tot een programma met een programmatische aanpak wordt gebombardeerd. Dat is mijns inziens

onjuist, omdat een beheerplan primair gericht is op het verbeteren van de natuurkwaliteit, zodat de instandhoudingsdoelstellingen tijdig worden bereikt. Nu een beheerplan er niet (direct) toe strekt om te sturen op het beheer van gebruiksruimte, lijkt mij geen sprake van een programma met een programmatische aanpak. ●