

BR 2022/18

Bouwen en stikstofdepositie anno 2022: een (on)mogelijke opgave?

Mr. A. Collignon & mr. E.C. Berkouwer, datum 15-02-2022

Datum	15-02-2022
Auteur	Mr. A. Collignon & mr. E.C. Berkouwer ^[1]
Folio weergave	
JCDI	JCDI:ADS634339:1
Vakgebied(en)	Bouwrecht (V) Natuurbeschermingsrecht / Algemeen Natuurbeschermingsrecht / Gebiedsbescherming

1. Inleiding en terugblik

De stikstofproblematiek houdt de gemoederen sinds de PAS-uitspraken^[2] van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") al geruime tijd bezig. In onze eerdere artikelen in voorgaande jaren^[3] schetsten wij de stand van zaken op dat moment. Omdat de ontwikkelingen sindsdien niet zijn uitgebleven – integendeel – bestaat alle aanleiding voor een update.

De kern van het probleem zit in de combinatie van bestaande stikstofoverbelasting van beschermde stikstofgevoelige habitats, het onvermogen van de overheid tot nu toe om tot (structurele) maatregelen te komen om de gebieden in een betere staat te brengen, en de strenge individuele toetsing van activiteiten die tot stikstofdepositie op die gebieden leiden.

De per 1 januari 2020 doorgevoerde wetswijziging^[4] plaatst bestuursorganen en bestuursrechters voor aanvullende dilemma's. Rechtbanken roeien met de riemen die zij hebben en roepen de wetgever op tot het maken van duidelijke keuzes die te lang zijn uitgebleven.^[5] De Afdeling bestuursrechtspraak zou kunnen bijdragen aan het creëren van meer duidelijkheid door middel van een overzichtsuitspraak.^[6] Daarin kan duidelijkheid worden geboden over de wijze waarop toestemmings- en intrekingsbesluiten op grond van de Wet natuurbescherming ("Wnb") getoetst worden. Er liggen op dit moment meerdere hoger-beroepszaken voor die zich daar mogelijk voor lenen.

Voor nu hebben we het te doen met de wetgeving en jurisprudentie die er is. Hierna zullen wij achtereenvolgens ontwikkelingen in wet- en regelgeving uiteenzetten (par. 2) en aan de hand van een aantal thema's jurisprudentie bespreken (par. 3). Bij het maken van de selectie hebben wij (helaas) keuzes moeten maken, waardoor bijvoorbeeld niet alle onderwerpen uit de jurisprudentie aan bod kunnen komen.^[7] Wij sluiten af met enige beschouwingen en een conclusie (par. 4).

2. Ontwikkelingen in wet- en regelgeving

In deze paragraaf schetsen wij relevante ontwikkelingen in of naar aanleiding van wet- en regelgeving sinds het verschijnen van ons vorige artikel in Bouwrecht. Wij menen dat uit de hierna te bespreken onderwerpen volgt dat er op papier steeds meer stappen worden gezet, met als voorlopig slotakkoord de nog hogere

ambities die in het recente coalitieakkoord zijn opgenomen. Die ambities moeten echter worden vertaald naar concrete plannen en de uitvoering moet dan ook nog volgen. De bouwsector krijg het ondertussen voor de kiezen met onder meer een onder de aanstaande Omgevingswet (Ow) wettelijk vastgelegde verplichting om bij bouw- en sloopwerkzaamheden adequate maatregelen te nemen om de stikstofemissie te beperken, maar profiteert op de korte termijn van de vrijstelling voor bouw- en aanlegactiviteiten.

2.1 Wet stikstofreductie en natuurverbetering

Op 1 juli 2021 is de Wet stikstofreductie en natuurverbetering ("Wsn") in werking getreden. De Wsn heeft een aantal wijzigingen aangebracht in de Wet natuurbescherming ("Wnb"), die hierna achtereenvolgens aan de orde komen. Doel van de Wsn is het terugbrengen van stikstofdepositie en de versterking van gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden.^[8] Daarmee komt hopelijk ook een oplossing dichterbij voor de belemmeringen waartegen bouwers op dit moment aanlopen als gevolg van de stikstofproblematiek. Hierna bespreken wij de belangrijkste onderdelen van de wetswijziging.

2.1.1 Doelen en programma

In artikel 1.12a Wsn zijn omgevingswaarden voor stikstofreductie neergelegd. Concreet en kort samengevat: de kritische depositiewaarde^[9] ("KDW") mag in 2025 in ten minste 40% van het stikstofgevoelige areaal niet worden overschreden. Dit percentage bedraagt voor de jaren 2030 en 2035 50% respectievelijk 74%. Dit betekent bijvoorbeeld een generieke emissiereductie van 26% ten opzichte van de binnenlandse emissie in 2018 (toen voldeed 24% aan de KDW^[10]) om te voldoen aan de omgevingswaarde in 2030.^[11] Het gaat hier om resultaatsverplichtingen.^[12] Het kabinet heeft daarbinnen de ambitie om te komen tot een reductie van 60% van de stikstofemissies van de bouwsector.^[13] Volgens de regering is het in de Wsn opgenomen doel "ambitieuw, maar haalbaar en betaalbaar".^[14]

Hoe de omgevingswaarden worden gehaald en welke tussentijdse doelstellingen daarbij gelden, moet worden vastgelegd in een door de minister vast te stellen programma stikstofreductie en natuurverbetering (artikel 1.12b). Daarin legt de minister ook vast hoe de instandhoudingsdoelstellingen voor de betreffende gebieden worden bereikt. Het programma – een instrument onder de Ow – bindt alleen bestuursorganen. Na vaststelling geldt een uitvoeringsplicht voor de betrokken bestuursorganen, voor zover die bestuursorganen hebben ingestemd met de daarin opgenomen maatregelen (artikel 1.12d). Artikel 1.12e voorziet in verslaglegging van de voortgang en monitoring van de te behalen omgevingswaarden en tussentijdse doelen.

De wetswijziging verplicht de provincies voor 1 juli 2023 aan de minister een gebiedsplan voor te leggen ter uitwerking van de landelijke omgevingswaarde en het programma stikstofreductie en natuurverbetering (artikel 1.12fa Wnb). In de zomer van 2022 wordt een doorrekening van de maatregelpakketten verwacht.^[15]

In de zomer van 2021 is een nota van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gepubliceerd die de contouren van het programma beschrijft ("contourennota").^[16] Hieruit volgt dat de omgevingswaarden 'ruimtelijk vertaald' zullen worden. Momenteel bieden deze waarden namelijk nog geen sturing op de vraag waar stikstofreductie ruimtelijk gezien tot stand moet komen. Bij de ontwikkeling van deze vertaling zal samen met de betrokken bestuursorganen worden onderzocht of het zinvol is om uit de omgevingswaarde emissiedoelstellingen af te leiden.

Daarnaast heeft het Planbureau voor de Leefomgeving ("PBL") op verzoek van het kabinet de effecten van twee beleidspakketten geanalyseerd.^[17] Uit dit [onderzoek](#) blijkt dat met de variant waarbij wordt ingezet op stikstofreductie én extensivering van de landbouw rondom Natura-2000 gebieden en in veenweidegebieden de meeste natuurwinst behaald kan worden. Beide varianten leunen sterk op grootschalige opkoop en mogelijke onteigening. Het PBL constateert dat de uitvoeringsopgave omvangrijk is en in een decennium gerealiseerd zou moeten worden.

2.1.2 Legalisatiegrondslag PAS-melders

Met de onverbindendverklaring van het PAS is de grondslag aan gedane PAS-meldingen (die onder het PAS konden worden gedaan voor projecten tot 1 mol/ha/jr NO_x) komen te vervallen. Na inwerkingtreding van de Wsn bevat artikel 1.13a Wnb een bevoegdheid tot legalisatie van de zgn. PAS-melders. Het gaat daarbij om projecten met een geringe stikstofdepositie die voldeden aan de grenzen die het Besluit natuurbescherming ("Bnb") op 28 mei 2019 bevatte.

De bevoegdheid is overigens dwingend vormgegeven: de minister "*draagt in het belang van de rechtszekerheid*" met de betrokken provincies zorg voor het legaliseren van PAS-melders. Dat gebeurt in de vorm van een vast te stellen programma, dat ook maatregelen voor mitigatie of compensatie moet bevatten. De uitvoeringsregelgeving tot wijziging van de Regeling natuurbescherming ("Rnb") is ook gepubliceerd. [18]

Initiatiefnemers die indertijd een PAS-melding hebben gedaan, zijn in het najaar van 2020 in de gelegenheid gesteld om de melding, bijbehorende gegevens en berekeningen in te dienen bij RVO. Inmiddels is een ontwerp-legalisatieprogramma ter inzage gelegd.^[19] Besluitvorming wordt dit voorjaar verwacht. Het is de bedoeling om Deel I van het programma – het deel dat ziet op de legalisatie van PAS-meldingen en voor een periode van drie jaar zal gelden – op 1 januari in werking te laten treden. In Deel II wordt het programma uitgebreid met meldingsvrije activiteiten. Natuurorganisaties willen hier niet op wachten en hebben diverse handhavingsverzoeken ingediend tegen deze PAS-melders. Deze gevallen krijgen voorrang bij de legalisering.^[20]

2.1.3 Activiteiten bouwsector: vrijstelling en elektrificatie

Ten slotte voorziet de gewijzigde Wnb in het buiten beschouwing laten van stikstofgevolgen van de bouwsector bij vergunningverlening op grond van artikel 2.7, tweede lid Wnb (zie het nieuwe 2.9a Wnb).^[21] Dit is nader uitgewerkt in artikel 2.5 Bnb. Niet alleen bouwactiviteiten en sloopactiviteiten met de bijbehorende vervoersbewegingen zijn aangewezen. Ook het aanleggen, veranderen of verwijderen van een werk met bijbehorende vervoersbewegingen vallen onder dit regime. Uit de toelichting blijkt dat het hierbij kan gaan om een groot scala aan werkzaamheden.^[22] Het kabinet staat "*een brede toepassing van de vrijstelling voor de bouwsector voor*", vermeldt de Nota van Toelichting.^[23] Zo worden ook grondwerkzaamheden, weg- en waterbouw en baggerwerkzaamheden genoemd.

De vrijstelling is op twee manieren partieel. Ten eerste ziet de vrijstelling uitsluitend op de *stikstofeffecten*. Daarnaast is de vrijstelling beperkt tot de *bouwfase*. De structurele emissies en depositie die gepaard (kunnen) gaan met de bouwfase blijven buiten beschouwing, maar de emissie en depositie die veroorzaakt worden in de *gebruiksfase* niet. Dergelijke stikstofemissies hebben door hun structurele karakter "*een duidelijker langdurig locatiegebonden effect*" en worden dus wel betrokken bij de beoordeling van effecten in het kader van vergunningverlening.^[24]

De juridische houdbaarheid van de vrijstellingsregeling is op dit moment onderwerp van geschil in verschillende beroepsprocedures. Tot nu toe zijn ons geen bodemuitspraken bekend waarin hierover een inhoudelijk oordeel geveld wordt.^[25]

Met de wijzigingen van de Wnb en het Bnb^[26] zijn ook stappen gezet om het bouwproces in de toekomst te doen elektrificeren. Artikel 7.19a van het Besluit bouwwerken leefomgeving (de opvolger van het Bouwbesluit 2012, "Bbl")^[27] bevat een verplichting om bij bouw- en sloopwerkzaamheden adequate maatregelen te nemen om de emissie van stikstofverbindingen naar de lucht te beperken. Hoe daaraan invulling te geven, wordt uitgewerkt in een Routekaart, aldus de toelichting.^[28] Inmiddels is een Startdocument Routekaart Schoon en Emissieloos bouwen beschikbaar met daarin een scope, aanpak en planning.^[29]

Voor de bouwpraktijk kan de gewenste reductie in de bouwsector vergaande implicaties hebben. Zo zet het kabinet ook al eerder in op emissiearme aanbestedingen door aanbestedende rijksdiensten.^[30] Hoewel deze maatregelen logischerwijs volgen uit hetgeen de bouwsector zelf heeft aangegeven,^[31] kunnen wij ons niet aan de indruk onttrekken dat hier met een kanon op een mug wordt geschoten. De bouwsector draagt beperkt bij aan stikstofemissies (23,4 kton in 2018 tegenover een nationaal totaal van 339,5 kton in 2017,^[32] en de bijdrage van de tijdelijke activiteiten in de bouwsector aan de totale stikstofdepositie is circa 1,3 procent^[33]).

Aan de andere kant, zoals de commissie Remkes het opschreef: “ *is de bouwsector gemotiveerd een evenwichtige bijdrage te leveren, vanwege de grote consequenties voor de eigen sector.*” [34]

2.1.4 Wijziging Regeling natuurbescherming

Op 13 januari 2022 is de Rnb op een aantal onderdelen gewijzigd.[35]

Zoals hiervoor aangegeven geeft de wijziging – samen met het nog vast te stellen legalisatieprogramma – invulling aan de hiervoor genoemde legalisering voor PAS-meldingen. Het stikstofregistratiesysteem wordt opengesteld voor PAS-meldingen die aan de verificatiecriteria voldoen. Daarvoor worden stikstofeffecten van landelijke bronmaatregelen (gedeeltelijk) ingezet.[36] Ten tweede biedt de gewijzigde regeling de mogelijkheid tot het reserveren van depositieruimte ten behoeve van woningbouwclusters ter uitvoering van de motie-Futselaar.[37] Ook is er na wijziging de mogelijkheid tot compartimentering van depositieruimte die nodig is voor woningbouwprojecten en MIRT-projecten enerzijds, en de ruimte voor de reservering van woningbouwclusters en PAS-meldingen anderzijds.[38] Tot slot verwijst artikel 2.1, eerste lid Rnb naar de nieuwe AERIUS Calculator versie 2021. Die gaat uit van een maximale rekenafstand van 25 kilometer voor alle stikstofbronnen.[39]

2.2 Coalitieakkoord

In het recente Coalitieakkoord 2021-2025 “ *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*” [40] gaan de regeringspartijen in op de aanpak van de stikstofproblematiek. Zo kondigen zij een Nationaal Programma Landelijk Gebied aan dat de uitdagingen in de landbouw en natuur moet adresseren. Daarvoor komt een transitiefonds beschikbaar ter grootte van € 25 miljard (cumulatief tot aan 2035). Over het vrijgeven van het rijksbudget worden met de provincies voorwaarden geformuleerd. Verder versnelt de regering de doelstellingen in de Wsn van 2035 naar 2030, aansluitend bij het eindadvies van het Adviescollege Stikstofproblematiek. Alle sectoren leveren daarbij een evenredige stikstofbijdrage.

Met ecologische gebiedsgerichte analyses wordt vastgesteld wat nodig is om de opgave voor onder meer natuurherstel te halen. De inzet is gericht op verduurzaming en kringlooplandbouw. Daar waar de opgave tot emissiereductie en natuurherstel zo groot is “ *dat vrijwilligheid niet langer vrijblijvendheid betekent, gaan we op het boerenerv het gesprek aan om samen te zoeken naar de mogelijkheden*”.

De Omgevingswet biedt het instrumentarium voor “ *een onontkoombare aanpak voor natuurverbetering en een basis voor vergunningverlening*”, aldus het akkoord. Het verantwoord uitgeven van stikstofruimte vereist “ *goed onderbouwde kaders en eisen aan vergunningverlening*”. De “ *integrale aanpak biedt op afzienbare termijn de basis voor ruimere vergunningverlening*”.

De economische effecten van de voorgenomen plannen zijn volgens het Centraal Plan Bureau (“CPB”) onzeker. Terecht merkt het CPB in de doorrekening op dat de uitvoerbaarheid en maatregelen nog onduidelijk zijn.[41]

3. Ontwikkelingen in jurisprudentie

Sinds het verschijnen van ons vorige artikel is weer veel jurisprudentie verschenen over de consequenties van de PAS-uitspraken en de daarna doorgevoerde wetwijzigingen. Hierna behandelen wij een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en van rechtbanken aan de hand van een aantal onderwerpen.[42]

3.1 Intern salderen

In ons eerdere artikel wierpen wij de vraag op of sinds 1 januari 2020 bij interne saldering een Wnb-vergunningplicht geldt. Een ontkennend antwoord doet het meeste recht aan de tekst en achtergrond van de

Wnb, zo merkten wij op.^[43] In de uitspraak over de Logtsebaan heeft de Afdeling duidelijkheid geboden. Het ontbreken van een vergunningplicht leidt echter, als verwacht, tot de nodige onduidelijkheid. In deze paragraaf komen de belangrijkste uitspraken van de Afdeling en verschillende rechtbanken over intern salderen, de (mogelijk) daarvoor geldende voorwaarden en de vergunningplicht aan bod.

3.1.1 Geen vergunningplicht bij intern salderen: De Logtsebaan

Sinds 1 januari 2020 geldt uitsluitend een vergunningplicht voor projecten die significante gevolgen kunnen hebben; de vergunningplicht voor projecten die enige maar geen significante gevolgen kunnen hebben is vervallen. De vraag deed zich voor of nadien voor de wijziging of de uitbreiding van een project waarbij gebruik wordt gemaakt van intern salderen (nog wel) een Wnb-vergunning nodig is. In de uitspraak^[44] over De Logt beantwoordt de Afdeling die vraag ontkennend op grond van de volgende redenering.

Voor de vraag of de wijziging van een project significante gevolgen kan hebben, wordt – dat is vaste jurisprudentie – een vergelijking gemaakt van de gevolgen van het bestaande project in de referentiesituatie en de gevolgen van het project na wijziging. De referentiesituatie wordt ontleend aan de geldende natuurvergunning. Of, bij het ontbreken daarvan, aan de milieutoestemming die gold op de referentiedatum (het moment waarop artikel 6 Habitatrichtlijn ("HrI") van toepassing werd voor het Natura 2000-gebied), tenzij later een beperkende milieutoestemming is verleend (in dat geval geldt die toestemming als referentiesituatie). Als de wijziging niet leidt tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie, dan is op grond van objectieve gegevens uitgesloten dat die wijziging significante gevolgen heeft. Tot 1 januari 2020 betekende dit dat het project wél vergunningplichtig was.^[45]

Vervolgens bezieet de Afdeling deze rechtspraak over intern salderen in het licht van de op 1 januari 2020 gewijzigde vergunningplicht. De Afdeling stelt vervolgens vast dat “*projecten die met intern salderen niet tot een toename van stikstofdepositie leiden niet langer vergunningplichtig zijn*”.^[46]

Wat betekent deze uitspraak voor de bevoegdheid van provincies om op vergunningaanvragen te beslissen? En bestaat eigenlijk wel procesbelang bij een beoordeling van een beroep tegen een vergunning die eigenlijk niet nodig was of inmiddels niet meer nodig is? In reactie op de uitspraak gaf de minister aan dat het bevoegd gezag twee opties met bijbehorende rechtsbeschermingsmogelijkheden heeft: de aanvraag afwijzen (de zgn. positieve weigering), of de aanvraag buiten behandeling stellen.^[47] Jurisprudentie hierover wijst inmiddels in verschillende richtingen.

3.1.2 Rechtbankuitspraken over intern salderen en de vergunningplicht na Logtsebaan

In de uitspraak over Vattenfall ging de rechtbank Noord-Holland over tot inhoudelijke beoordeling van de vergunning.^[48] Dat het ging om een project dat met gebruikmaking van intern salderen niet leidt tot een toename van stikstofdepositie – en daarmee inmiddels niet meer vergunningplichtig was – deed daar niet aan af. De rechtbank vond daarbij van belang dat niet alleen sprake was van een aanvraag voor het in werking hebben van een biomassacentrale op basis van intern salderen. In de meermaals aangevulde aanvraag had het bedrijf ook verzocht om de jaarlast van emissies en deposities terug te brengen ten opzichte van de eerder vergunde situatie. Met de nieuwe vergunning werd een “*overzichtelijke en geïntegreerde Wnb-vergunning*” vastgelegd die, zoals de rechtbank aanneemt, als referentie gaat gelden ten opzichte van eventuele toekomstige wijzigingen in de bedrijfsvoering. De verleende vergunning dateerde van voor wijziging van de Wnb.

Jurisprudentie over natuurvergunningen die dateren van na 1 januari 2020 loopt uiteen. In een uitspraak van 11 juni 2021^[49] kwam de rechtbank Zeeland-West Brabant tot de conclusie dat, nu als gevolg van de wetswijziging per 1 januari 2020 niet langer een natuurvergunning is vereist, er dus ook geen belang bestaat bij een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit. De conclusie van de rechtbank is dan ook dat procesbelang ontbreekt; het beroep is niet-ontvankelijk.

De rechtbank Oost-Brabant pakte het in een recente uitspraak anders aan.^[50] De rechtbank stelt allereerst

vast dat het project géén toename van stikstofdepositie veroorzaakt. Een elektrische trekker garandeert in de aangevraagde situatie dat zich geen depositietoename voordoet. De rechtbank oordeelt vervolgens dat de vergunning is verleend na 1 januari 2020 en dus “ *niet nodig (was) gelet op artikel 2.7, tweede lid van de Wnb zoals dat luidt na 1 januari 2020*”. De rechtbank verklaart het beroep gegrond, vernietigt het bestreden besluit en – zelf in de zaak voorzien – wijst de aanvraag af. Interessant is dat de rechtbank uitdrukkelijk aandacht besteedt aan mogelijke toezicht- en handhavingskwesties bij het ontbreken van een vergunning. Zodra de initiatiefnemer geen gebruikmaakt van de elektrische trekker, handelt hij zonder vergunning en is sprake van een overtreding. Het bevoegd gezag kan eenvoudig controleren of zich een overtreding voordoet, aldus de rechtbank.

Inmiddels verscheen ook een eerste uitspraak over een positieve weigering.^[51] Daarin bevestigt de rechtbank eerst dat ook intern gesaldeerd kan worden met onherroepelijke PAS-vergunningen. Dat de passende beoordeling gebrekkig is, kan daaraan niet afdoen, omdat de vergunning onherroepelijk is.^[52] Een vergelijking van de toekomstige situatie met de referentiesituatie laat geen toename van stikstofdepositie zien. Er zijn volgens de rechtbank duidelijke voorwaarden op de naleving waarvan het bevoegd gezag zo nodig kan handhaven. Verder benadrukt de rechtbank dat weliswaar een bevoegdheid, maar geen verplichting bestaat om in het licht van artikel 6, tweede lid, van de Hrl beleid te voeren dat alleen vergunning wordt verleend als stikstofreductiemaatregelen worden getroffen. De positieve weigering houdt dus stand.

Uit meerdere uitspraken blijkt dat de rechtbanken worstelen met het ontbreken van een vergunningbevoegdheid bij intern salderen. Het ontbreekt provincies aan “ *een beoordelingsmoment, alsmede de mogelijkheid om beleid te voeren bij de uitoefening van zijn vergunningverlenende bevoegdheid*”. Bovendien ontbreekt het bedrijven aan een duidelijke toestemming “ *op basis waarvan zij ervan uit kunnen gaan dat, als zij zich aan de voorschriften in deze toestemming houden, zij de toegestane activiteiten ook kunnen uitvoeren*”. Maar de rechtbank “ *kan de verslechteringsvergunning echter niet doen herleven door middel van een uitspraak, dat is de taak van de wetgever*”.^[53] Toezicht en handhaving is hoe dan ook sinds de wetwijziging minder eenvoudig geworden, zoals ook de recente uitspraak over De Efteling laat zien.^[54]

3.1.3 Randvoorwaarden intern salderen

Terugkerend vraagstuk in dit kader is de vraag of artikel 6, tweede lid Hrl het toestaan van wijzigingen met gebruikmaking van intern salderen beperkt. Een regelmatig ingenomen stelling luidt dat toestemmingverlening met toepassing van intern salderen niet kan, omdat eventuele vrijkomende emissieruimte moet worden gebruikt voor passende maatregelen. De Afdeling heeft deze stelling tot nu toe van de hand gewezen: er zijn geen aanknopingspunten voor het oordeel dat een verplichting bestaat om dergelijke maatregelen in individuele vergunningen voor te schrijven.^[55]

Een recente uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant brengt daarop een nuancering aan.^[56] De vraag was aan de orde of vergunninghouder intern mocht salderen met ruimte die inmiddels niet meer werd benut. De betreffende installatie was in 2015 buiten werking gesteld; de omgevingsvergunning (milieu) was eind 2017 daarop aangepast en bood dus geen grondslag meer voor de installatie. De nieuwe Wnb-vergunning maakt gebruik van de emissieruimte voor de betreffende installatie. Een werkwijze die in lijn lijkt met vaste jurisprudentie waaruit blijkt dat niet de feitelijke, maar de vergunde situatie bepalend is voor het vaststellen van de referentiesituatie.^[57] De rechtbank benadrukt in deze zaak echter dat een omgevingsvergunning voor het uitbreiden van de inrichting nodig is als de installatie weer in werking zou worden gesteld. De gevolgen van die installatie zijn nooit passend beoordeeld. Het weer betrekken van die emissies bij natuurvergunningverlening is volgens de rechtbank alleen toegestaan als gegarandeerd is dat die emissies niet leiden tot een verstoring die significante gevolgen kan hebben. Onder verwijzing naar het PAS-arrest^[58] van het Hof van Justitie acht de rechtbank intern salderen in dit soort situaties slechts aanvaardbaar “ *als verweerder inzichtelijk maakt met welke andere passende maatregelen een daling van de stikstofdepositie voor dit Natura 2000-gebied kan worden gerealiseerd*”.^[59]^[60] De rechtbank sluit hierbij aan op de provinciale beleidsregels die ten tijde van de vergunningverlening bepaalden dat alleen intern kon worden gesaldeerd met emissies van activiteiten voor zover die activiteit onafgebroken aanwezig is geweest of kan worden hervat zonder natuurvergunning of een omgevingsvergunning onderdeel bouwen.

Dezelfde rechtbank heeft deze nuancering kort daarop nader uitgewerkt in een beoordelingskader voor interne saldering.^[61] Intern salderen met onderdelen die niet zijn gerealiseerd of activiteiten die niet (meer) worden uitgevoerd en waarvoor een nieuwe omgevingsvergunning of natuurvergunning noodzakelijk is om deze alsnog te realiseren of te hervatten, is alleen mogelijk als de gevolgen van deze onderdelen of activiteiten eerder passend zijn beoordeeld. Als dat laatste niet het geval is of als de onderdelen of activiteiten zijn vergund in een PAS-vergunning (met gebrekkige passende beoordeling, AC/ECB), moet worden onderbouwd dat bij hervatting of start geen sprake zal zijn van een verstoring die significante gevolgen kan hebben voor de doelstellingen van de Hrl. De rechtbank expliciteert dat zij beseft dat dit niet in lijn is met de huidige Afdelingsjurisprudentie^[62] – en, zo voegen wij toe, ook niet in lijn met de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland zoals aangehaald onder paragraaf 3.1.2.^[63]

3.2 Extern salderen

De voorwaarden waaronder extern salderen de juridische toets doorstaat, zijn door de Afdeling al geruime tijd geleden uiteengezet.^[64] De vraag deed zich voor of de PAS-uitspraken van mei 2019 daarin verandering zouden brengen, en zo ja op welke wijze. Ook hier dringt zich de vraag op naar de wisselwerking tussen het eerste en tweede lid van de Hrl enerzijds en het derde lid anderzijds.

De eerste uitspraak van de Afdeling na mei 2019 waarin extern salderen voorlag ging over Logistiek Park Moerdijk.^[65] Daarin benadrukt de Afdeling eerst dat de algemene opgave om de te hoge stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden terug te brengen (artikel 6, eerste en tweede lid Hrl) moet worden onderscheiden van de besluitvorming over individuele plannen en projecten die tot stikstofdepositie leiden (artikel 6, derde lid Hrl). Voor individuele plannen en projecten die significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied kunnen hebben, kan toestemming worden verleend als uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan of het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. Daarin mogen de verwachte voordelen van mitigerende maatregelen – maatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen – worden betrokken, als die voordelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan. Het is dus niet zo dat mitigerende maatregelen, zoals extern salderen, alleen in een passende beoordeling kunnen worden betrokken als die bijdragen aan de verbetering of het herstel van het Natura 2000-gebied.

Een maatregel die als instandhoudings- of passende maatregel kan worden ingezet, mag worden betrokken als mitigerende maatregel in een passende beoordeling als “*gelet op de staat van instandhouding en de instandhoudingsdoelstelling het behoud van natuurwaarden is geborgd of in geval een verbeter- of hersteldoelstelling geldt, dat doel ook op andere wijze kan worden gerealiseerd*”. De stelling van het bevoegd gezag “*dat – voor zover nodig – andere maatregelen dan de aankoop van de saldogevende bedrijven en intrekking van de vergunning daarvan, worden getroffen voor het behoud, de verbetering of het herstel van de natuurwaarden in de betrokken Natura 2000-gebieden*” is vervolgens voor de Afdeling voldoende (r.o. 4.2).

Van belang is verder de tussenuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de inpassingsplannen voor de Gebiedsontwikkeling Oostelijke Langstraat in Noord-Brabant.^[66] In deze zaak was met het oog op de ontwikkeling ingezet op extern salderen. Met een agrarisch bedrijf was een overeenkomst gesloten voor de aankoop van de inrichting, het intrekken van de natuurtoestemming ten behoeve van de GOL en de beëindiging van bemesting van de maïsakker. Voor het betreffende Natura 2000-gebied zijn behoudoelstellingen vastgesteld, die nopen tot daling van stikstofdepositie.

De Afdeling benadrukt allereerst ook hier het onderscheid tussen de algemene opgave om de te hoge stikstofdepositie terug te brengen enerzijds en de toestemmingverlening anderzijds. De maatregel in kwestie is naar zijn aard ook geschikt om ingezet te worden als instandhoudings- of passende maatregel. Het bevoegd gezag heeft ten onrechte niet onderzocht of de maatregel kan worden betrokken als mitigerende maatregel in de passende beoordeling. Er is sprake van een summiere motivering dat “*de intrekking van de vergunning voor het agrarisch bedrijf (...) niet de enige maatregel is die kan worden getroffen*”, waardoor dus ook andere instandhoudings- of passende maatregelen mogelijk zijn. Die motivering is ontoereikend. Op zitting geeft het bevoegd gezag nog aan dat andere maatregelen worden getroffen om de instandhoudingsdoelstellingen te

bereiken, onder verwijzing naar het [beheerplan](#) en andere provinciale maatregelen. Dat mag echter niet baten: volgens de Afdeling bevat paragraaf 4.3 van het beheerplan “ *geen enkele concrete maatregel*” gericht op (reductie van) stikstofdepositie in dit Natura 2000-gebied. Ook de overige stellingen – invoering van extra emissie-eisen aan stallen door de provincie Noord-Brabant en afoming van 30% – bieden geen soelaas. Volgens de Afdeling is daarmee nog steeds onvoldoende inzichtelijk dat daling van stikstofdepositie op andere wijze kan worden gerealiseerd.^[67]

De Afdeling lijkt er vervolgens vanuit te gaan dat het bevoegd gezag alsnog inzichtelijk maakt welke andere maatregelen worden getroffen om daling van stikstofdepositie te realiseren. Met het oog op finale geschilbeslechting en “ *ervan uitgaande dat het geconstateerde gebrek kan worden hersteld*” ^[68] beantwoordt de Afdeling de vraag of extern mag worden gesaldeerd met een PAS-vergunning positief. De PAS-uitspraak maakt onherroepelijke vergunningen immers niet ongeldig en extern salderen met PAS-vergunningen blijft dan ook mogelijk, aldus de Afdeling.

Dat op het bevoegd gezag een stevige motiveringsplicht rust bij toestemmingsverlening op basis van extern salderen, blijkt tot slot uit twee rechtbankuitspraken over extern salderen.^[69] In die zaken was ten onrechte volstaan met een vergelijking van de toename en de afname in het kader van artikel 6, derde lid, Hrl. Het bevoegd gezag had ook moeten nagaan wat de staat van instandhouding en instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden is, in hoeverre daarvoor herstel- en verbetervoorstellen gelden, of in verband daarmee andere maatregelen (moeten) worden getroffen en wat daarvan het te verwachten resultaat is. De rechtbank verwijst naar het PAS-arrest en overige jurisprudentie van het Hof van Justitie.^[70]

3.3 Intrekking vergunning

Jurisprudentie over het al dan niet intrekken van een natuurvergunning op grond van artikel 5.4 Wnb is aan de orde van de dag. Niet in de laatste plaats omdat provincies veel verzoeken om intrekking ontvangen. Hierna zetten wij recente jurisprudentie op een rij, waarbij wij onderscheid maken tussen het eerste lid (vrije bevoegdheid, waarbij wij ons beperken tot sub c (in strijd met de wettelijke voorschriften verleend) en d (gewijzigde omstandigheden)) en het tweede lid (gebonden bevoegdheid) van artikel 5.4 Wnb.

3.3.1 Beoordelingskader voor intrekking: wederom de Logtsebaan

In de uitspraak van 20 januari 2021 zet de Afdeling bestuursrechtspraak het kader uiteen voor beoordeling van intrekkingverzoeken die zijn gebaseerd op artikel 5.4 Wnb.^[71] Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het eerste lid en het tweede lid.

Over de bevoegdheid om in te trekken op grond van het eerste lid benadrukt de Afdeling dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid, bij de gebruikmaking waarvan een belangenafweging plaatsvindt (r.o. 6.5). Eén van die belangen is – in het licht van de formele rechtskracht van de vergunning – het belang van rechtszekerheid voor de vergunninghouder.

Het tweede lid van artikel 5.4 Wnb heeft een andere strekking. Artikel 6, tweede lid Hrl verplicht lidstaten om passende maatregelen te treffen om verslechtering te voorkomen. Ter uitvoering is het bevoegd gezag op grond van artikel 5.4, tweede lid gehouden een vergunning in te trekken als dat nodig is ter uitvoering van die verplichting. Als de intrekking kan bijdragen aan het voorkomen van de dreigende achteruitgang van de natuurwaarden, kan dat een passende maatregel zijn. Het is niet zo dat alleen tot intrekking kan worden overgegaan als intrekking de enige passende maatregel is om dreigende achteruitgang te voorkomen. Als niet gekozen wordt voor intrekking, zal het bevoegd gezag aannemelijk en inzichtelijk moeten maken met welke andere maatregelen dan intrekking van de natuurvergunning uitvoering wordt gegeven of zal worden gegeven aan de noodzakelijke reductie van stikstofdepositie binnen een afzienbare termijn. Bij de keuze voor passende maatregelen kan de rechtszekerheid een rol spelen.

Het toetsingskader geeft handvatten voor de provincies. Uit veelvuldige rechtspraak sindsdien blijkt echter dat de interpretatie van die handvatten nogal uiteenloopt. Inmiddels zijn verschillende hoger-beroepsprocedures aanhangig over de rechtbankuitspraken die hierna aan bod komen.

3.3.2 Lijnen in rechtbankuitspraken na de Logtsebaan: hoe ver reikt de motiveringsplicht

Inmiddels hebben verschillende rechtbanken het door de Afdeling uitgewerkte kader toegepast. Daarin valt een aantal dingen op. Vooral de inhoud en reikwijdte van de motiveringsplicht voor een bevoegd gezag om een intrekkingsverzoek op grond van artikel 5.4 af te wijzen.

Allereerst: artikel 5.4, *tweede lid* Wnb. In het besluit tot afwijzing van een intrekkingsverzoek hoeft geen hernieuwde beoordeling van de effecten van een verleende vergunning plaats te vinden.^[72] Wel zal het bevoegd gezag moeten beoordelen “*of er voor de betrokken Natura 2000-gebieden passende maatregelen moeten worden getroffen en waar die maatregelen dan uit moeten bestaan*”.^[73] Als verwezen wordt naar andere maatregelen, moet duidelijk zijn of het daarbij gaat om passende maatregelen in de zin van artikel 6, tweede lid Hrl, of om andersoortige maatregelen (instandhoudings- of herstelmaatregelen).^[74] Bovendien moeten, als ervan uitgegaan wordt dat het gaat om andere passende maatregelen, de effecten daarvan duidelijk zijn; datzelfde geldt voor de termijn waarop die maatregelen effectief zullen zijn.^[75] Dat dat niet onmogelijk is, blijkt uit twee Gelderse uitspraken.^[76] Met een verwijzing naar een provinciale Uitvoeringsagenda voor de aanpak van stikstof, provinciale beheerplannen voor de betreffende natuurgebieden en de landelijke contourennota (zie par. 2.1.1) heeft de provincie alsnog “*voldoende inzichtelijk (...) gemaakt welke andere passende maatregelen worden of zullen worden genomen ter voorkoming van verslechtering of significante verstoring van de natuurwaarden in de Rijntakken en de Veluwe. Ook is voldoende inzichtelijk gemaakt binnen welk tijdpad deze maatregelen worden getroffen en wanneer ze naar verwachting effect sorteren*”. De termijnen die genoemd zijn (2025 en 2030) zijn volgens de rechtbank “*niet onredelijk*”.

Bij de beoordeling van een intrekkingsverzoek op grond van artikel 5.4, tweede lid Wnb mag het bevoegd gezag er volgens de rechtbank Oost-Brabant niet aan voorbijgaan dat het gebruik van een van de installaties inmiddels is beëindigd en bovendien niet meer (milieu)vergund is.^[77]

Voor zover het intrekkingsverzoek gebaseerd is op grond van artikel 5.4, *eerste lid* (onder c: strijd met wettelijke voorschriften of onder d: gewijzigde omstandigheden) bestaat discretionaire beslisruimte. Hier dient een belangenafweging plaats te vinden. Daarbij mag niet ten onrechte worden uitgegaan van een onherroepelijke natuurvergunning.^[78] Zodra wel sprake is van een onherroepelijke natuurvergunning kan daaraan rechtszekerheid worden ontleend; alleen al daarom is intrekking “*geen lichte maatregel*”, benadrukt de rechtbank Gelderland. Nu niet is gebleken dat intrekking relevante stikstofwinst oplevert heeft het bevoegd gezag in redelijkheid kunnen afzien van intrekking.^[79]

Het bevoegd gezag moet in het kader van de belangenafweging rekening houden met het ontbreken van een milieutoestemming.^[80] De stopzetting van een activiteit of onderdeel is een gewijzigde omstandigheid die een bevoegd gezag kan betrekken bij gebruikmaking van de bevoegdheid op grond van het eerste lid (sub d).^[81]

3.4 PAS-melders en handhaving

Zoals wij hiervoor al aanstipten (zie par. 2.1.2), bevat de gewijzigde Wnb een opdracht voor de minister om in het belang van de rechtszekerheid zorg te dragen voor de legalisatie van PAS-melders. Voor bestuursorganen geldt bij constatering van een overtreding een beginselplicht tot handhaving. Een uitzondering kan zijn gelegen in concreet zicht op legalisatie of in een (andere) omstandigheid die maakt dat handhavend optreden onevenredig is. Dat werpt de vraag op of provincies bevoegd of wellicht gehouden zijn om handhavend op te treden tegen bedrijven die – naar blijkt ten onrechte – geheel of gedeeltelijk op basis van een PAS-melding in werking zijn.^[82]

De rechtbank Midden-Nederland^[83] maakte in september 2021 duidelijk dat afzien van handhaving niet snel aan de orde is. Zo is voor concreet zicht op legalisatie op z'n minst een ontvankelijke vergunningaanvraag nodig. De aanmelding van PAS-meldingen voor legalisatie is niet voldoende. Ook de – inmiddels geldende – opdracht tot legalisatie aan de minister in artikel 1.13a Wnb biedt op dit moment geen concreet zicht op legalisatie. Er is immers nog geen programma en geen ministeriële regeling die in legalisatie voorziet.^[84]

Er doen zich verder ook geen andere omstandigheden voor die nopen tot afzien van handhaving. Het bedrijf heeft weliswaar te goeder trouw gehandeld, een melding gedaan en zich aan de wet gehouden. Maar dat betekent niet automatisch dat er dan ook niet gehandhaafd kan worden. Tegenover het belang van rechtszekerheid staat het natuurbelang. En dat belang zal zorgvuldig moeten worden afgewogen. Voor die belangenafweging verwijst de rechtbank naar de uitspraak van de Afdeling over intrekking van natuurvergunningen (zie par. 3.3). Het bevoegd gezag moet beoordelen of in het betrokken Natura 2000-gebied een significante verstoring van de natuurwaarden dreigt en of de betreffende activiteiten effecten hebben op die natuurwaarden. Zo ja, dan moet de provincie beoordelen of het beëindigen van de PAS-activiteiten een 'passende maatregel' is om verslechtering te voorkomen en of eventueel andere passende maatregelen kunnen en zullen worden genomen. Daarbij merkt de rechtbank nog op dat " *activiteiten op basis van PAS-meldingen doorgaans minder snel een passende maatregel zijn, omdat het om geringe stikstofdeposities gaat. Dat laat onverlet dat niet is uitgesloten dat het beëindigen van activiteiten van PAS-melders nodig kan zijn als sprake is van een stikstofoverbelast Natura 2000-gebied en geen andere passende maatregelen voorhanden zijn*". ^[85]

Inmiddels is een ontwerp-legalisatieprogramma gepubliceerd, dat aangeeft op welke wijze er alsnog toestemming kan worden verleend voor PAS-melders. Volgens de rechtbank Overijssel biedt die omstandigheid geen concreet zicht op legalisatie van een project dat op het punt van stikstof in 2014 onder de meldingsgrens bleef.^[86] Er moeten namelijk eerst stappen doorlopen worden voordat duidelijk is of de inrichting een natuurvergunning zal krijgen: het treffen van bronmaatregelen, het beschikbaar komen en stellen van stikstofruimte en de uitbreiding van het legalisatieprogramma met de meldingsvrije activiteiten. In een nieuw te nemen besluit moet de provincie alsnog inzicht verschaffen in (de inbreuk op) het natuurbelang en de belangen voor en tegen handhaving zorgvuldig afwegen.

3.5 Referentiesituatie

Hiervoor hebben we al een aantal vraagpunten behandeld die opkomen bij het vaststellen van de referentiesituatie bij salderen voor projecten. We voegen daar nog aan toe – zonder compleet te kunnen zijn, gelet op de grote hoeveelheid jurisprudentie op dit vlak omdat de referentiesituatie als eerste stap vaak een prominente rol speelt voor de vraag of er met een wijziging van een project significant negatieve effecten te verwachten zijn – dat de referentiesituatie niet alleen bestaat uit de onderdelen van het project in een verleende natuurvergunning, maar ook uit alle gevolgen, waaronder niet expliciet beoordeelde verkeersbewegingen, die verband houden met het project.^[87]

In onze eerdere bijdrage constateerden wij dat de Afdeling bestuursrechtspraak de standaardjurisprudentie over de vaststelling van de referentiesituatie bij plannen heeft genuanceerd in een uitspraak over het bestemmingsplan Wijk aan Zee.^[88] Bij de beoordeling van de effecten van een plan als geheel mocht ook met de effecten van een inmiddels – ten tijde van de vaststelling van het plan – al gesloopte school rekening worden gehouden.

Uit jurisprudentie blijkt dat deze nuancering voortgezet wordt. In de uitspraak van 1 september 2021^[89] lag de vraag voor of het aanvaardbaar is om in een voortoets of passende beoordeling in het kader van de interne saldering activiteiten mee te nemen in een referentiesituatie die al zijn beëindigd voor de gehanteerde peildatum (vaststelling van het plan). De Afdeling komt in deze zaak tot de conclusie dat dat in beginsel niet aanvaardbaar is, " *tenzij onomstotelijk vaststaat dat de activiteit uitsluitend is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt*". Uit een schriftelijk stuk (denk aan een koopovereenkomst) moet blijken dat de activiteit is beëindigd ten behoeve van de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt. Daarnaast moet uitgesloten zijn dat de activiteit sowieso zou zijn beëindigd voor de peildatum. Ook geldt als voorwaarde 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. Als aan deze strikte voorwaarden wordt voldaan is het in overeenstemming met de Wnb om een al beëindigde activiteit mee te nemen in een referentiesituatie.

De Afdeling heeft recent nog eens duidelijk gemaakt dat het overgangsrecht niet betrokken mag worden bij de vergelijking. Er moet sprake zijn van een planologisch legale situatie; dat een perceel al tientallen jaren met enige regelmaat op een bepaalde wijze gebruikt wordt speelt geen rol, ook niet als dat gebruik onder het overgangsrecht zou vallen.^[90]

Tot slot wijzen wij op recente jurisprudentie over het vaststellen van de referentiesituatie wanneer sprake is van Natura 2000-gebieden die zowel onder de Hrl als onder de Vogelrichtlijn ("Vrl") aangewezen zijn. De vraag doet zich voor of bij het vaststellen van de rechten die horen bij een referentiesituatie onderscheid moet worden gemaakt tussen het beschermingsbereik dat voortvloeit uit de Vrl-aanwijzing en referentiedatum enerzijds, en het beschermingsbereik dat voortvloeit uit de Hrl-aanwijzing en referentiedatum anderzijds.^[91] De rechtbanken lijken daar niet toe geneigd. Daardoor zou een bedrijf feitelijk beschouwd met terugwerkende kracht al in 1994 rekening hebben moeten houden met effecten op pas in 2004 beschermde habitattypen en soorten. Ook hier is van belang dat een hoger-beroepsprocedure aanhangig is bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

4. Beschouwingen en afsluiting

Er is geen gebrek aan stikstofuitspraken over het afgelopen jaar. Tegelijkertijd zijn veel uitspraken geweest door rechtbanken en lopen er hoger beroepen. Verder bieden de gedane Afdelingsuitspraken soms maar een stukje van de complexe puzzel. Daarom menen wij dat de praktijk gebaat zal zijn bij een snelle en complete overzichtspraak van de Afdeling.

Op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie en gewijzigde regelgeving constateren wij voor nu het volgende.

- â•f Als binnen een project per saldo geen sprake is van een toename van stikstofdepositie op overbelaste stikstofgevoelige habitats, dan is er geen vergunningplicht.
- â•f De praktijk heeft ook bij intern salderen behoefte aan rechtszekerheid en/of kaders voor toezicht. Hier ligt naar onze mening primair een taak voor de wetgever. De verschillende bevoegde gezagen en rechtbanken hebben in de tussentijd uiteenlopende oplossingen en uitwegen bedacht. Wij denken dat de bevoegdheid om op grond van artikel 2.4 Wnb bij verordening of in individuele gevallen beperkingen aan te brengen ook uitkomst kan bieden.^[92] Dat geldt zowel voor situaties waarin sprake is van een eerdere natuurvergunning, als situaties waarin een natuurvergunning nog ontbreekt.^[93] Ook de bevoegdheid om op grond van artikel 5.4 Wnb een vergunning te wijzigen zou uitkomst kunnen bieden.
- â•f De vaste lijn in de Afdelingsjurisprudentie is dat voor de referentiesituatie kan worden uitgegaan van de vergunde situatie. Dat geldt ook voor PAS-vergunningen. De rechtbanken menen dat in bepaalde situaties niet onverkort aan deze lijn kan worden vastgehouden. Daarbij wordt soms expliciet gerefereerd aan de verplichtingen op grond van artikel 6 lid 2 Hrl.
- â•f Voor de toepassing van extern salderen bij toestemmingverlening lijkt een strengere motiveringsplicht te gelden. De vraag naar de kwalificatie van de maatregel (is sprake van een passende maatregel of instandhoudingsmaatregel?) is in dit verband van belang. Ook hier neemt de verwevenheid toe tussen toestemmingverlening enerzijds en de verplichtingen die voor de overheid voortvloeien uit artikel 6 lid 1 en 2 Hrl anderzijds.^[94]
- â•f Ook voor het afwijzen van een intrekkingsverzoek geldt een strenge motiveringsplicht. Er moet voldoende inzichtelijk zijn welke andere passende maatregelen binnen afzienbare termijn worden getroffen. Daarbij zou naar onze mening (meer) aandacht moeten zijn voor de voorvraag of sprake is van een dreigende verslechtering; dat is iets anders dan de vaststelling of de staat van instandhouding van een Natura 2000-gebied gunstig is of niet.^[95] Ook zou daarbij meer aandacht kunnen zijn voor de vraag wat de omvang en aard van de bijdrage van het project is in relatie tot de dreigende verslechtering.^[96] Datzelfde geldt voor de vraag of een intrekking die leidt tot een geringe depositie-

afname waarvan de effecten niet of nauwelijks meetbaar zijn, als passende maatregel kwalificeert.^[97]

- â•f Handhavingsskwesties – ook waar het gaat om relatief geringe belasters – zijn aan de orde van de dag. Het laat zien dat het tot nog toe uitblijven van daadwerkelijke keuzes en adequate uitvoering tot steeds meer nijpende situaties leidt en de rechtszekerheid ernstig in geding brengt.
- â•f Onder bepaalde voorwaarden is het aanvaardbaar om in het kader van de interne saldering activiteiten mee te nemen bij de referentiesituatie voor plannen die al zijn beëindigd voor de gehanteerde peildatum.
- â•f Stikstofemissies als gevolg van onder andere bouwwerkzaamheden blijven buiten beschouwing bij de beoordeling van een project. Daarmee is de bouwsector gediend, zij het dat de juridische houdbaarheid van de vrijstelling betwist wordt en jurisprudentie daarover nog niet beschikbaar is. Onder de Ow zullen voor de bouwsector verplichtingen gaan gelden om emissiereductie te realiseren, zoals door elektrificatie van materieel.

De samenhang tussen artikel 6 lid 1 en 2 Hrl enerzijds (treffen van instandhoudings- en passende maatregelen) en artikel 6 lid 3 Hrl anderzijds (vergunningverlening) is wat ons betreft een belangrijk deel van de puzzel. Juridisch gezien menen we dat er alle redenen kunnen zijn voor het zoveel mogelijk zelfstandig beoordelen van deze verplichtingen. Maar in de praktijk wordt de vergunningverlening, of de vraag of en hoe er intern kan worden gesaldeerd, belemmerd door de uitblijvende concrete en structurele maatregelen om de stikstofgevoelige gebieden in een betere staat te brengen. In de Wsn zijn – op papier – de instrumenten vastgelegd en in het coalitieakkoord is geld vrijgemaakt voor een stikstofreductie die zoden aan de dijk moet gaan zetten. We hopen dan ook dat we in een volgende bijdrage positiever nieuws op dat front kunnen brengen.

Voetnoten

[1] Mr. A. Collignon & mr. E.C. Berkouwer zijn beiden werkzaam als advocaat bij Stibbe in Amsterdam. Dit artikel is afgesloten op 31 januari 2022.

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

[3] A. Collignon e.a., 'Stikstofproblematiek: consequenties en oplossingsrichtingen voor de bouwpraktijk vanuit bestuursrechtelijk en civielrechtelijk perspectief', *BR* 2019/88 en A. Collignon & E.C. Berkouwer, 'De Wet natuurbescherming, stikstof en de bouwpraktijk na de PAS-uitspraken: waar staan we?', *BR* 2020/71.

[4] Zie uitgebreid over de Spoedwet aanpak stikstofproblematiek: A. Collignon & E.C. Berkouwer, 'De Wet natuurbescherming, stikstof en de bouwpraktijk na de PAS-uitspraken: waar staan we?', *BR* 2020/71.

[5] Zie de verzuchtingen in de uitspraak van Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4501 (r.o. 7 tot en met 10) en Rb. Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684 (r.o. 11).

[6] Vergelijk ook andere overzichtsuitspraken, zoals die over de toepassing van de relativiteitseis (ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706).

[7] Zo laten wij de rechtbankuitspraken over de vraag of bij het verlenen van natuurvergunning mag worden uitgegaan van de ammoniakemissiefactoren in de Regeling ammoniakemissie en veehouderij buiten beschouwing (Rb. Noord-Nederland 21 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:810, Rb. Oost-Brabant 9 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1601 en Rb. Oost-Brabant 11 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:21). Datzelfde geldt voor de tussenuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de afkap op 5 kilometer (ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105).

[8] *Kamerstukken II* 2020/21, 35600, 3, p. 1.

- [9] De KDW geeft de grens aan waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van een habitat significant wordt aangetast door de verzurende of vermestende invloed van stikstofdepositie, aldus *Kamerstukken II* 2020/21, 35600, nr. 3 p. 15.
- [10] Eindrapport van de commissie Remkes 'Niet alles kan overal', p. 20.
- [11] *Kamerstukken II* 2020/21, 35600, nr. 3, p. 41.
- [12] Zie artikel 1.12a, tweede lid Wnb. In een eerdere consultatieversie ging het hier om een streefwaarde.
- [13] Nota van Toelichting Bsn, *Stb.* 2021, 287, p. 38-39.
- [14] [Kamerstukken II 2020/21, 35600, nr. 3](#), p. 16.
- [15] *Kamerstukken II* 2020/21, 35334, nr. 160, p. 4.
- [16] *Kamerstukken II* 2020/21, 35334, nr. 160.
- [17] Zie het rapport 'Quicksan van twee beleidspakketten voor het vervolg van de structurele aanpak stikstof' van 6 september 2021, te downloaden op www.pbl.nl.
- [18] *Stcrt.* 2022, 713.
- [19] [Kamerstukken II 2021/22, 35334, nr. 170](#).
- [20] Artikel 2.8c Rnb.
- [21] J.W.L. van der Loo & J.H.N. Ypinga, 'Het voorstel Besluit stikstofreductie en natuurverbetering: een emissievrij bouwproces?', *BR* 2021/10.
- [22] Zie par. 5.4 van de nota van toelichting bij het besluit van 14 juni 2021 tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur (stikstofreductie en natuurverbetering) (*Stb.* 2021, 287).
- [23] Zie noot 13, p. 59.
- [24] Zie p. 60 van de nota van toelichting bij het Besluit van 14 juni 2021 tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur (stikstofreductie en natuurverbetering) (*Stb.* 2021, 287).
- [25] Zie Rb. Gelderland 22 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2021:5048 (waarin de beroepsgrond buiten beschouwing blijft) en een voorzieningsuitspraak van de Rb. Den Haag 16 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10438 (de stelling over onverbindendheid was onvoldoende onderbouwd).
- [26] Zie het Besluit van 14 juni 2021 tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur, *Stb.* 2021, 381.
- [27] De verplichting is alleen in het toekomstige recht onder de Omgevingswet te vinden, niet in het huidige (Bouwbesluit 2012).
- [28] Nota van Toelichting, p. 44.
- [29] Zie daarvoor <https://seb.fstr.io/media>. In het najaar van 2021 zou een gezamenlijk gedragen routekaart resulteren, maar wij hebben daarvan nog geen kennisgenomen.
- [30] Nota van Toelichting Bsn, *Stb.* 2021, 287, p. 39.
- [31] Zo staat in het eindrapport van de commissie Remkes o.a. dat de sector zelf aangeeft dat onder

voorwaarden zelfs op een kortere termijn dan 10 jaar de emissies met 80% kunnen worden teruggedrongen ('Niet alles kan overal, p. 85).

[32] Eindrapport van de commissie Remkes 'Niet alles kan overal', p. 67 en 82.

[33] Nota van Toelichting Bsn, *Stb.* 2021, 287, p. 37.

[34] Eindrapport van de commissie Remkes 'Niet alles kan overal', p. 81.

[35] Regeling van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 8 december 2021, nr. WJZ/ 21288684, tot wijziging van de Regeling natuurbescherming en de Omgevingsregeling d.d. 8 december 2021, *Stcrt.* 2022, 713. De wijzigingsregeling voorziet tegelijkertijd in aanpassing van de Omgevingsregeling.

[36] Het gaat hier om de Regeling van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 10 oktober 2019, nr. WJZ/ 19237719, tot vaststelling van een regeling voor de verstrekking van subsidie voor het saneren van varkenshouderijlocaties in verband met geurhinder (Subsidieregeling sanering varkenshouderijen), *Stcrt.* 2019, 55830.

[37] [Kamerstukken II 2020/21, 35600, nr. 35.](#)

[38] De toelichting spreekt van een 'ruimtelijke puzzel' waarbij de beschikbare stikstofdepositieruimte optimaal wordt benut (p. 13).

[39] Zie daarover ook [Kamerstukken II 2020/21, 35334, nr. 158.](#)

[40] Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', gepubliceerd op 15 december 2021.

[41] Zie 'Analyse economische en budgettaire effecten van het coalitieakkoord' (p. 43) op www.cpb.nl.

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

[43] Zie daarover uitgebreider ons eerdere artikel (noot 3).

[44] ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71. Zie over deze uitspraak uitgebreider ons Stibbe-blog Beoordelingskader voor intrekking natuurvergunningen en geen vergunningplicht bij intern salderen: een duidelijke uitspraak | Stibbeblog (<http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/beoordelingskader-voor-intrekking-natuurvergunningen-en-geen-vergunningplicht-bij-intern-salderen-een-duidelijke-uitspraak/>).

[45] Het gaat dan om de zgn. verslechteringsvergunning. De Afdeling verwijst naar de uitspraak van 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656 en van 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891.

[46] R.o. 17.3.

[47] *Kamerstukken II* 2020/21, Aanghangsel bij de Handelingen nr. 1818.

[48] Rb. Noord-Holland 7 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4341.

[49] Rb. Zeeland-West-Brabant 5 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:22.

[50] Rb. Oost-Brabant 28 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6691.

[51] Rb. Noord-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:146.

[52] Zie r.o. 7.4.

- [53] Rb. Oost-Brabant 11 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:21.
- [54] Rb. Oost-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:279.
- [55] Zie ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2341 en de daarin genoemde eerdere jurisprudentie.
- [56] Rb. Oost-Brabant 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389.
- [57] ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175 (r.o. 10).
- [58] HvJ EU 17 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.
- [59] Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld.
- [60] Blijkens een recente Kamerbrief verkennen rijk en provincies wat de gevolgen kunnen zijn van ingebruikname van latente ruimte in vergunningen en op welke wijze feitelijke toenames van emissies en daarmee deposities kunnen worden tegengegaan. De verwachting is dat hierover na de zomer duidelijkheid wordt geboden (Kamerstukken II 2021/22, Ahangsel van de Handelingen, nr. 1476).
- [61] Rb. Oost-Brabant 21 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:192.
- [62] Zie r.o. 5.7.
- [63] Rb. Noord-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:146.
- [64] Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931.
- [65] ABRvS 18 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2318.
- [66] ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627.
- [67] Zie over deze uitspraak nader A. Collignon, E.C. Berkouwer en A. Kurt, 'De Afdeling over extern salderen: inzicht bieden in andere stikstofmaatregelen', Stibbeblog.nl.
- [68] R.o. 24.3.
- [69] Rb. Limburg 19 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4127 en Rb. Limburg 20 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4198.
- [70] HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.
- [71] Voor het gemak wordt hierna gesproken over 'intrekking' waar mogelijk ook sprake kan zijn van 'wijziging'.
- [72] Rb. Noord-Nederland 19 april 2021 ECLI:NL:RBNNE:2021:1466.
- [73] Ibid. Tegen de uitspraak is hoger beroep aanhangig.
- [74] Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4524.
- [75] Ibid.
- [76] Rb. Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684 en Rb. Gelderland 8 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6529.
- [77] Rb. Oost-Brabant 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389.

- [78] Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4524.
- [79] Rb. Gelderland 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5684.
- [80] Rb. Oost-Brabant 8 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6389.
- [81] Rb. Gelderland 8 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6529.
- [82] Of onder de meldingsgrens bleven.
- [83] Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4523.
- [84] NB: ten tijde van uitspraak niet, nu wel voor wat betreft de regeling.
- [85] Wij hebben begrepen dat ook tegen deze uitspraken hoger beroepsprocedure loopt bij de Afdeling bestuursrechtspraak.
- [86] Rb. Overijssel 25 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:196, ECLI:NL:RBOVE:2022:197, ECLI:NL:RBOVE:2022:198 en ECLI:NL:RBOVE:2022:199. In de uitspraak eindigend op nummer 199 ging het om een bijdrage van slechts 0,03 mol/ha/jaar.
- [87] ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2760; ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1332. Zie ook Rb. Oost-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:279.
- [88] ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:683.
- [89] ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960.
- [90] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1371.
- [91] Zie Rb. Oost-Brabant 10 november 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:5819 en Rb. Overijssel 24 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4405.
- [92] Zie ook M.M Kaajan, *M en R* 2021/44.
- [93] Hoewel de wetsgeschiedenis erop wijst dat deze bevoegdheid niet bedoeld is voor situaties waarin een vergunning geldt (*Kamerstukken I* 2016/17, 33348, Z), sluit de tekst van de wet dat niet uit. Vergelijk ook Rb. Oost-Brabant 5 februari 2018 (ECLI:NL:RBOBR:2018:496).
- [94] Zie nader A. Collignon, E.C. Berkouwer en A. Kurt, 'De Afdeling over extern salderen: inzicht bieden in andere stikstofmaatregelen', <http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/intrekking-van-natuurvergunningen-en-de-praktijk-de-stand-van-zaken-en-de-rol-van-significantie-van-eventuele-effecten/>.
- [95] Vergelijk ook A.A. Freriks, *M en R* 2021/72.
- [96] Zie A. Collignon & E.C. Berkouwer, 'Intrekking van natuurvergunningen en de praktijk: de stand van zaken en de rol van significantie van eventuele effecten', Stibbeblog.nl.
- [97] Zie ook de uitspraak De Logtse Baan, waarin de Afdeling aangeeft dat de intrekking in beeld komt als die intrekking binnen afzienbare termijn "tot relevante verbetering" kan leiden (r.o. 7.3.).