

De Wet natuurbescherming, stikstof en de bouwpraktijk na de PAS-uitspraken: waar staan we?

BR 2020/71

1. Inleiding en korte terugblik

Het is bijna anderhalf jaar geleden dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) de geruchtmakende PAS-uitspraken deed.² De jurisprudentie deed de bouwwereld op haar grondvesten schudden en overheden namen van de weeromstuit een uiterst afwachtende houding aan; deels te rechtvaardigen en noodzakelijk, deels wellicht niet.

In ons eerdere artikel in Bouwrecht³ besteedden wij aandacht aan de juridische consequenties van de PAS-uitspraken en bespraken wij oplossingsrichtingen. In dit artikel bezien wij de huidige stand van zaken. Daartoe schetsen wij ontwikkelingen in wet- en regelgeving (par. 2) en jurisprudentie (par. 3) inclusief enige observaties onzerzijds, om vervolgens af te sluiten in par. 4.⁴

Inmiddels volgt uit de recente en gewijzigde jurisprudentie dat er verschillende mogelijkheden bestaan om ontwikkelingen met stikstofemissie door te laten gaan.⁵ We menen dan ook dat bestuursorganen na de PAS-uitspraken te terughoudend zijn geweest door de facto tijdelijk een stop te zetten op vergunningverlening. Ook nu zien we nog een in onze ogen (te) strenge toets, door bijvoorbeeld een vergunning te verlangen bij het toepassen van interne saldering. Aan de andere kant heeft de wetgever ook nog niet veel concrete en effectieve stappen gezet om de mogelijkheden voor vergunningverlening te verruimen, of beter gezegd: om de staat van de natuur daadwerkelijk te (laten) verbeteren. Bovendien biedt de wetgever ook na 1 januari 2020 op bepaalde punten onvoldoende duidelijkheid en worden door te hakken knopen doorgeschoven naar de rechter. We menen dan ook dat hier de meeste winst valt te behalen. Voor de bouw is de eerste stap gezet met de introductie van het stikstofregistratiesysteem en uitgifte van de depositiewinst door de snelheidsverlaging op snelwegen. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage zijn er ontwerpbesluiten op basis van deze systematiek ter inzage gelegd. Of dit systeem standhoudt, moet de praktijk uitwijzen. De wetgever blijft echter voornamelijk terughoudendheid betrachten met het invoeren van de (veelgevraagde) drempelwaarde voor bouwactiviteiten, waardoor lagere (tijdelijke) deposities nog steeds individueel beoordeeld moeten worden. In deze bijdrage lichten we voorgaande nader toe. Eerst een paar opmerkingen vooraf.

1 Anna Collignon en Liesbeth Berkouwer zijn advocaat bij Stibbe in Amsterdam. Zij danken hun collega mr. R. Held voor haar bijdrage aan dit artikel.
2 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604.
3 Zie BR 2019/88. De inhoud van die bijdrage was afgesloten op 24 oktober 2019.
4 Deze bijdrage is afgesloten op 4 september 2020.
5 Voor zover de discussie inhoudelijk wordt gevoerd. Het relativiteitsverste (artikel 8:69a Awb) staat namelijk, met name bij beroepen van natuurlijke personen, geregeld in de weg aan de vernietiging van besluiten. Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:123, r.o. 6.2.

Op verzoek van de regering heeft het Adviescollege Stikstofproblematiek (“Commissie Remkes”) meerdere achterevolgende adviezen gegeven over hoe om te gaan met de stikstofproblematiek.⁶ Deze adviezen en de naar aanleiding daarvan gegeven kabinetsreacties zullen in het hiernavolgende daar waar relevant aan de orde komen.⁷

Verder leggen wij in dit artikel de focus op de bestuursrechtelijke consequenties voor de bouw. De industrie heeft te maken met een aantal (aanvullende) juridische issues. Daarbij komen vooral vragen over (on)gewijzigde voortzetting van een project en de vaststelling van bestaand-rechtdepositie naar voren. Die problematiek gaat het bestek van dit artikel op deze plek helaas te buiten maar rechtvaardigt zeker aandacht, ook van de wetgever.⁸

2. Ontwikkelingen in wet- en regelgeving

In deze paragraaf schetsen wij de wijzigingen die sinds de PAS-uitspraken zijn of zullen worden doorgevoerd in wet- en regelgeving.

2.1 Spoedwet aanpak stikstofproblematiek

Op 1 januari 2020 is de Spoedwet aanpak stikstofproblematiek⁹ (ook wel ‘SAS’) in werking getreden. De wet voorziet in een aantal wijzigingen van de Wnb die wij hierna beschrijven.

2.1.1 Het begrip ‘andere handelingen’ geschrapt

Het begrip ‘andere handelingen’ heeft de wetgever geschrapt: artikel 2.7, tweede lid, Wnb bevat na wijziging slechts een vergunningplicht voor ‘projecten’. De gewijzigde wet sluit daarmee 1-op-1 aan bij artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn.¹⁰ Dat artikel verplicht (uitsluitend) om een passende beoordeling te maken voor elk *plan*¹¹ of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Dat ook voor een *andere handeling* vooraf een beoordeling moet worden gemaakt (en toestemming nodig is) kwam uit de Nederlandse koker.¹²

6 Zie voor een overzicht van de adviezen: <https://www.aanpakstikstof.nl/actueel/nieuws/2020/06/08/remkes-presenteert-eindrapport-niet-alles-kan-overal>.

7 Het advies ‘Beweiden en bemesten 2020’ laten wij hier in verband met de focus op bouw en de noodzakelijke beperking in omvang grotendeels buiten beschouwing. Datzelfde geldt voor het ‘Advies voor de luchtvaartsector’ uit januari 2020.

8 Het Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke overgangsrecht wordt vooral gevormd door jurisprudentie. Zie ook Stibbeblog: Uitzondering op Wnb-vergunningplicht voor ‘bestaand gebruik’ na 1 januari 2020: de wet biedt geen duidelijkheid.

9 Stb. 2019, 517.

10 Kamerstukken II 2019/20, 35347, 3 p. 17.

11 Voor plannen bevat artikel 2.7, eerste lid Wnb regime. In dit artikel ligt de primaire focus op projecten, maar veel van de jurisprudentie is voor zowel besluitvorming omtrent projecten als planbesluiten relevant.

12 Dit werd gezien als een (deel)implementatie van artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn (preventiebeginsel/treffen passende maatregelen). Zie Kamerstukken II 2011/12, 33348, 3, p. 103-104.

Het schrappen van ‘andere handelingen’ in artikel 2.7, tweede lid heeft overigens een beperkt effect. Voor de uitleg van het begrip ‘project’ acht de Afdeling sinds mei 2019 immers doorslaggevend “*of de activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied*”.¹³ Uitgaande van deze ruime interpretatie van het projectbegrip is het dan ook de vraag of deze wetwijziging gevolgen heeft voor nieuwe activiteiten.

Deze wijziging roept, in samenhang met het schrappen van artikel 2.9, tweede lid (uitzondering vergunningplicht in verband met bestaand gebruik) en 2.8, negende lid (lichter toetsingskader) Wnb, de nodige vragen op over hoe moet worden aangekeken tegen voortzetting en wijziging van bestaand gebruik, maar als gezegd laten wij dat hier buiten beschouwing.

2.1.2 Uitsluitend vergunningplicht voor projecten met mogelijk significante gevolgen

Artikel 2.7, tweede lid Wnb is op nog een punt gewijzigd. Het bepaalt dat het verboden is zonder vergunning een project te realiseren dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Als een project de kwaliteit van de natuur gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied kan verslechteren of daarop een significant verstorend effect kan hebben, maar géén significante gevolgen kan hebben, is niet langer een vergunning nodig. De wetgever wil ook met deze wijziging aansluiten op de tekst van artikel 6, derde lid Habitatrichtlijn.¹⁴

De Afdeling oordeelde inmiddels in lijn hiermee dat als uit een zogeheten voortoets volgt dat als gevolg van een project of plan significant negatieve effecten zijn uit te sluiten voor een Natura 2000-gebied er geen verplichting tot het maken van een passende beoordeling geldt.¹⁵ De oude jurisprudentie¹⁶ dat iedere toename boven de kritische depositiewaarde (“KDW”), hoe gering ook, noodzaakt tot een passende beoordeling (en vergunningplicht) is hiermee verlaten, waarmee ook tegemoet wordt gekomen aan de kritiek in de literatuur.¹⁷

De wetwijziging roept de vraag op of bij interne saldering nog steeds een vergunningplicht geldt. Vooralsnog gaat het beleid van de provincies ervan uit dat bij wijziging van stikstofbelastende activiteiten waarbij gebruik wordt gemaakt van interne saldering, inderdaad een vergunning nodig is. Daar valt tegen in te brengen dat bij interne saldering geen sprake is van een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de depositie die kan voortvloeien uit de bestaande

natuurvergunning.¹⁸ Waar tot 1 januari 2020 in dergelijke gevallen na een voortoets vergunning werd verleend,¹⁹ valt uit de gewijzigde tekst van artikel 2.7, tweede lid moeilijk een vergunningplicht af te leiden voor dit soort situaties nu op voorhand kan worden uitgesloten dat zich significante gevolgen voordoen. Onduidelijk is dan ook voor welk ‘te realiseren project met mogelijk significante gevolgen’ bij interne saldering vergunning zou worden verleend. Daarbij geldt als complicerende factor dat de huidige Wnb geen andere toetsingskaders voor vergunningverlening bevat dan die van een passende beoordeling of de ADC-toets.²⁰ Wij menen dan ook dat de uitleg dat er bij intern salderen geen vergunningplicht bestaat het meeste recht doet aan de juridische uitleg van de Wnb en de Habitatrichtlijn.²¹ We merken daarbij op dat artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn (preventiebeginsel ten aanzien van het zo nodig treffen van passende maatregelen om significante effecten voorkomen) een algemene beschermingsverplichting omvat, Lidstaten beoordelingsmarge laat (“discretion”) bij het nemen van “appropriate steps” en geen vergunningplicht voorschrijft. Daarbij geldt als randvoorwaarde dat slechts sprake is van overeenstemming met artikel 6, tweede lid indien zich geen verstoring voordoet die significante gevolgen kan hebben voor de doelstellingen van de richtlijn, met name de daarmee nagestreefde instandhoudingsdoelstellingen.²² Toekomstige jurisprudentie zal het standpunt van de Afdeling moeten uitwijzen.²³

2.1.3 Algemene regels en drempelwaarde

Artikel 2.9, tweede lid, Wnb voorziet in de mogelijkheid om categorieën van projecten aan te wijzen die significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied maar die niet vergunningplichtig zijn mits aan nadere regels is voldaan. Als nadere regel wordt onder meer genoemd een drempelwaarde die door het project niet mag worden overschreden. De aanwijzing van die categorieën en het stellen van nadere regels gebeurt bij ministeriële regeling of bij provinciale verordening. Als er sprake is van een ministeriële regeling dan geldt de zogeheten voorhangprocedure: een ontwerp van die regeling wordt niet vastgesteld voordat het

13 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.

14 En daarmee de invulling van artikel 6, tweede lid Habitatrichtlijn met een voorafgaande toestemmingseis voor dit soort situaties laten vallen. Zie verder *Kamerstukken II 2019/20, 35347, 3, p. 12 en 17*.

15 O.a. ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125, r.o. 32.4 (*Markermeer-dijken*) inzake een project van vóór de wetwijziging. Overigens valt op dat de Afdeling in de bijlage bij de uitspraak de nieuwe wettekst al citeert, vermoedelijk abusievelijk. Inzake plannen hanteert de Afdeling dezelfde toets (de wettekst van artikel 2.7, eerste lid, Wnb is gelijklopend aan het nieuwe artikel 2.7, tweede lid, Wnb); ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:212 (*Bergeijk*).

16 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

17 Zie ons eerdere betoog in *BR 2019/88* met een verwijzing naar Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 109.

18 In het geval nog niet eerder een natuurvergunning is verleend, bepaalt de zgn. Europese referentiedatum waartegen een wijziging moet worden afgezet (zie o.a. J. Verbeek, a.w., p. 268). Voor die situatie - die wij hier buiten beschouwing laten - geldt een soortgelijke vraag. We wijzen erop dat op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling daarbij moet worden gekeken naar een toename ten opzichte van de *vergunde* situatie, en niet de feitelijke situatie (o.a. ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:105).

19 Zie daarover J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, (Paris: 2016), p. 267 en 268.

20 Het lichte toetsingskader van artikel 2.8, lid 9 is komen te vervallen. Zie in dit kader ook een uitspraak (voorlopige voorziening en bodemzaak) van de rechtbank Noord-Nederland van 3 juli 2020 waarin wordt overwogen dat thans alleen met een passende beoordeling een Wnb-vergunning kan worden verleend (ECLI:NL:RBNNE:2020:2391, r.o. 8.2).

21 Zie ook ons eerdere betoog in *BR 2019/88*.

22 Zie o.a. de Commissie mededeling van 21 november 2018 “*Managing Natura 2000 sites. The provisions of Article 6 of the ‘Habitats’ Directive 92/43/EEC*”, C(2018)7621 (p. 28), *Kamerstukken II 2019/20, 35347, 3, p. 11-12* en de daarin aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (o.a. *Grüne Liga Sachsen* ECLI:EU:C:2016:10).

23 Wij weten dat deze vraag speelt in diverse procedures, maar ten tijde van het afsluiten van deze bijdrage zijn er nog geen uitspraken bij ons bekend.

aan beide kamers van de Staten-Generaal is voorgelegd.²⁴ Er is nog geen ontwerp voorgelegd.

De mogelijkheid om een drempelwaarde in te voeren is, aldus de wetgever, niet in strijd met de Habitatrictlijn zolang sprake is van een begrenzing tot projecten die binnen een vooraf passend beoordeelde depositieruimte vallen.²⁵ Europese jurisprudentie laat immers zien dat een uitzondering op de vergunningplicht voor projecten die een bepaalde grens- of drempelwaarde voor stikstofdepositie niet overschrijden wel kan, mits aan de regeling een passende beoordeling ten grondslag ligt die voldoet aan de eisen die artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn daaraan stelt.²⁶ Om aan die lat te voldoen bepaalt artikel 2.9, derde lid Wnb dat categorieën alleen kunnen worden aangewezen als 1) op voorhand kan worden uitgesloten dat zij significant negatieve gevolgen voor de natuur kunnen hebben, 2) een passende beoordeling laat zien dat de projecten de natuurlijke kenmerken niet zullen aantasten, of 3) de ADC-toets met succes is doorlopen. De commissie Remkes adviseerde in haar eindadvies²⁷ om een goed onderbouwde drempelwaarde in te voeren voor tijdelijke emissies. In reactie daarop heeft het kabinet aangegeven²⁸ onderzoek te zullen doen naar een drempelwaarde, die uit te werken en te koppelen aan een wettelijk verankerde reductieopgave. Daarnaast wordt gezien of in dit verband ook financiële middelen kunnen worden vrijgemaakt en of afspraken mogelijk zijn op het gebied van aanbestedingen en stimuleringsregelingen.

De Afdeling advisering constateerde eerder echter dat invoering van drempelwaarden “moeilijk zal zijn, zeker op de korte termijn” en temperde daarmee de verwachtingen.²⁹ Het plan voor een drempelwaarde voor de bouw ligt inmiddels weer voor bij de Afdeling advisering door een opgenomen ‘bouwdrempel’ in het Wetsvoorstel stikstofreductie en natuurverbetering. Onder voorbehoud van het advies verwacht de minister dit wetsvoorstel in september of oktober 2020 bij de Tweede Kamer in te dienen.³⁰

Wij menen dat het wel mogelijk is een drempelwaarde voor de bouw in te voeren, zoals we nader uiteen hebben gezet in onze eerdere bijdrage.³¹ Daarvoor is een solide ecologische onderbouwing nodig. Of het voor die onderbouwing nodig is om ook (vergaande) maatregelen van de bouwsector te eisen zoals de door de minister genoemde elektrificatie van de bouw³² lijkt ons niet aannemelijk, omdat een eventuele toename in depositie door een te hanteren drempelwaarde niet per definitie dient te worden gemitigeerd. Dat geldt des

te meer indien het gaat om *tijdelijke* emissies. Uit de hierna te behandelen jurisprudentie blijkt namelijk dat er situaties zijn geweest waarin een (tijdelijke) toename volgens een ecologische beoordeling niet leidt tot significante effecten en zelfs via een voortoets kan worden afgedaan.³³ Wij zien niet in waarom eenzelfde uitkomst onmogelijk zou zijn bij – bijvoorbeeld – een vooraf beoordeelde en begrensde, bij drempelwaarde vrij te stellen bundel bouwactiviteiten in een bepaalde regio.³⁴ We vragen ons dan ook af of de Afdeling advisering niet te terughoudend is in haar oordeel dat vanwege de verplichtingen in artikel 6, eerste en tweede lid, van de Habitatrictlijn (verplichting tot het treffen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen) het hanteren van drempelwaarden als de KDW wordt overschreden alleen mogelijk is als via mitigerende of compenserende maatregelen de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden worden gehaald.³⁵ Als die lijn wordt doorgetrokken gaat Nederland pas echt op slot: dan zou moeilijk depositie kunnen worden toegevoegd totdat is verzekerd dat de totale depositie onder de KDW komt. Dit staat echter niet in de Habitatrictlijn,³⁶ en staat ook haaks op de overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de KDW niet als absolute grenswaarde geldt voor het bepalen van de gunstige staat van instandhouding.³⁷ Dat laat uiteraard onverlet dat de wetgever en de uitvoerende instanties, juist ook om deze discussies te voorkomen, er goed aan zouden doen om (meer) werk te maken van het verbeteren van de staat van instandhouding van de betrokken gebieden. De huidige plannen zoals hierna besproken zijn wat ons betreft nog onvoldoende. Hoopgevend is wel een Kamerbrief³⁸ uit juli 2020 waarin wordt aangegeven dat het Rijk en de provincies hebben afgesproken om nog dit jaar een uitvoeringsprogramma natuur uit te werken. Uit deze brief blijkt echter ook dat er nog een lange weg te gaan is: de tevens in de brief uitgesproken verwachting is dat voor 2030 70% ‘doelrealisatie’ wordt behaald. Dit laatste lijkt te zien op het voor 70% voldoen aan de eisen van Habitatrictlijn inzake het realiseren van een gunstige staat van instandhouding.³⁹

33 Zie paragraaf 3.1 hierna.

34 Gelet op de enorme druk op de woningmarkt is ook een ADC-onderbouwing van een drempelwaarde voor tijdelijke bouwactiviteiten naar onze mening zeker niet uitgesloten (hoewel de compensatie voor hoofdbreken kan zorgen).

35 Kamerstukken II 2019/20, 35334, bijlage bij nr. 17, p. 7 (“In het licht van het voorgaande is het hanteren van drempelwaarden in de Nederlandse situatie, waarin de stikstofdepositie in een groot aantal Natura 2000-gebieden de kritische depositiewaarde overschrijdt, alleen mogelijk indien tegenover de cumulatieve depositie die het gevolg is van alle vrijgestelde activiteiten voldoende maatregelen staan (en dat kunnen zowel mitigerende (derde lid) als compenserende (vierde lid) zijn), die ervoor zorgen dat de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden worden gehaald en de algehele samenhang van de Natura 2000-gebieden bewaard blijft. Deze maatregelen moeten daadwerkelijk worden uitgevoerd”).

36 Bovendien ziet artikel 6, tweede lid, Habitatrictlijn ook op het treffen van passende maatregelen voor zover er sprake kan zijn van een significant effect.

37 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS-uitspraak natuurvergunningen), r.o. 14.5.

38 <https://www.aanpakstikstof.nl/achtergrond/documenten/kamerstukken/2020/07/10/kamerbrief-10-juli-2020-gezamenlijk-programma-natuur>.

39 Ibid. (“We streven hiermee, in samenhang met de andere maatregelen in de structurele aanpak stikstof, aan de eisen te voldoen die de VHR stelt (artikel 6 lid 1 en 2). Voor 2030 verwachten we dat we met de te nemen maatregelen naar 70% doelrealisatie komen met specifiek aandacht voor stikstofgevoelige natuur.”)

24 De voorhangprocedure is bij amendement in de wetswijziging beland, Kamerstukken II 2019/20, 35347, 43.

25 Kamerstukken II 2019/20, 35347, 3 p. 9-10.

26 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), zie ook ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (r.o. 7.5).

27 Zie voor de aanbestedingsbrief Kamerstukken I 2019/20, 35334, Q.

28 Kamerstukken I 2019/20, 35334, S.

29 Kamerstukken II 2019/20, 35347, 4, p. 4 en de brief van de minister Kamerstukken II 2019/20, 35334, 17 en bijlage.

30 Kamerstukken I 2019/20, 35334, V. Zie verder paragraaf 2.3 van deze bijdrage over dit wetsvoorstel.

31 BR 2019/88, paragraaf 3(e).

32 Handelingen II 2019/20, 85, item 9, p. 19. Blijkens het Eindadvies van de Commissie Remkes zijn er ook zorgen binnen de bouwsector over vergaande elektrificatie, zie p. 84 van het advies.

Het is echter een gemiste kans als de drempelwaarde voor de bouw pas wordt ingevoerd na inwerkingtreding van de Wet stikstofreductie en natuurherstel, zoals de regering nu wel lijkt na te streven. Te meer als dat betekent dat er tot die tijd geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in artikel 2.9, tweede lid, Wnb voor een drempelwaarde voor nader aan te wijzen categorieën van projecten.⁴⁰ De regering lijkt door het opnemen van de drempelwaarde voor de bouw in het wetsvoorstel stikstofreductie en natuurherstel het hiervoor besproken, naar ons oordeel te terughoudende, advies van de Afdeling advisering te volgen.

2.1.4 Een stikstofregistratiesysteem: registreren en toedelen van ruimte

Ten slotte voorziet een nieuw artikel 5.5a Wnb sinds 1 januari 2020 in een bij ministeriële regeling op te zetten stikstofregistratiesysteem ('SRS'). In het SRS worden per hexagoon de positieve effecten van maatregelen in de vorm van een reductie geregistreerd. Stikstofdepositieruimte wordt alleen geregistreerd als sprake is van aanvullende maatregelen ten opzichte van de in het beheerplan voor het desbetreffende Natura 2000-gebied opgenomen maatregelen, die de belasting van de natuurwaarden door stikstof verminderen, onderscheidenlijk die de staat van instandhouding verbeteren (lid 2). Het moet dus gaan om depositieruimte die voortkomt uit additionele maatregelen ten opzichte van de maatregelen die nodig zijn om de Natura 2000-waarden te behouden en zo nodig overeenkomstig planning te herstellen.⁴¹ Bovendien moet sprake zijn van vaststaande effecten van vaststaande maatregelen; die effecten en de zekerheid daarvan moeten op voorhand wetenschappelijk zijn beoordeeld, op een wijze die voldoet aan de eisen die aan een passende beoordeling in de zin van artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn worden gesteld.⁴²

De gecreëerde depositieruimte kan vervolgens worden gebruikt voor toestemmingsbesluiten voor projecten met mogelijk significante gevolgen. De ruimte kan alleen worden toegedeeld als die ruimte voor elke locatie van de voor stikstof gevoelige habitats in het Natura 2000-gebied waarop door het project stikstofdepositie zal worden veroorzaakt gelijk is aan of groter is dan de door het project te veroorzaken toename van de stikstofdepositie (lid 4). In de passende beoordeling bij een toestemmingsbesluit voor een bepaald project wordt een beroep gedaan op die reductie. De benodigde ruimte wordt vervolgens afgeboekt.

Hoe dit in zijn werk gaat, blijkt uit de recente wijziging van de Regeling natuurbescherming ('Rnb').

2.2 Wijziging Rnb

Op 23 maart 2020 is de regeling tot wijziging van de Regeling natuurbescherming gepubliceerd.⁴³ Paragraaf 2.1.2. voorziet in een SRS dat vooralsnog – zie artikel 2.2 – voor woningbouw en een zevental tracébesluiten geldt. Het systeem komt, kort en goed, op het volgende neer.

Artikel 2.4 vermeldt een drietal bronmaatregelen.⁴⁴ De enige maatregel die ten tijde van de inwerkingtreding van de wijziging was getroffen, is de snelheidsverlaging voor rijkswegen.⁴⁵ Daarnaast noemt artikel 2.4 twee andere, nog te realiseren maatregelen: een (inmiddels achterhaalde) regeling over de samenstelling van veevoer⁴⁶ en de sanering van varkenshouderijlocaties op grond van de Subsidieregeling sanering varkenshouderijen.⁴⁷

De minister registreert in het register maximaal 70% van de vermindering van depositie die ontstaat. Op dit moment gaat het daarbij dus uitsluitend om 70% van de reductie die wordt bewerkstelligd als gevolg van de snelheidsverlaging. De regeling bevat een belangrijke beperking. Artikel 2.4, derde lid bepaalt dat een bronmaatregel alleen mag worden meegenomen in de berekening van de depositieafname als 1) een daarvoor benodigd voorschrift of besluit in werking is getreden, 2) voor zover de vermindering met zekerheid en nauwkeurigheid kan worden vastgesteld, en 3) als handhaving van de voorschriften die verband houden met de bronmaatregel verzekerd is. De Rnb bevat verder een aantal specifieke voorwaarden, zoals de voorwaarde dat alleen ruimte wordt gereserveerd voor een woningbouwproject als de woningen niet worden aangesloten op aardgas (artikel 2.8, lid 4).

Wat de effecten van (onder andere) de snelheidsverlaging in mol per hectare per jaar zijn, is door RIVM berekend in de vorm van generieke of indicatieve berekeningen.⁴⁸ De ecologische onderbouwing van de effecten van de snelheidsverlaging is opgesteld door Tauw, dateert uit maart van dit jaar en is openbaar.⁴⁹ Conclusie luidt dat de snelheidsmaatregel in de regel positieve effecten heeft omdat deze generiek bijdraagt aan een afname van de stikstofbelasting in stikstofgevoelige natuur. Het onderzoeksrapport zoomt verder in op de effecten op gebieden waarbinnen op één of meer hexagonen géén afname, maar een depositietoename

40 Dat er geen gebruik van deze mogelijkheid wordt gemaakt lijkt ook te volgen uit *Kamerstukken II 2019/20, 35334*, P, p. 14 en het daarin geschetste tijdsplan ("Eind vorig jaar heeft het kabinet ook aangegeven te kiezen voor een regionale drempelwaarde en dat het, samen met de provincies, de mogelijkheden zal verkennen of en wanneer met een regionale drempelwaarde kan worden gewerkt. Bij gebieden die onder de KDW zitten, of door het pakket hieronder komen, ziet het kabinet hiervoor de eerste mogelijkheden. Gebiedsgericht zal aanvullend inzichtelijk worden gemaakt waar instandhoudingsdoelstellingen worden gehaald en daarmee verdere mogelijkheden liggen voor de invoering van een drempelwaarde. (...) Naar aanleiding van het onderzoek, zal bij deze verkenning ook worden gekeken naar de mogelijkheden voor een regeling voor activiteiten met een kleine of tijdelijke depositie die structureel niet tot aantasting van natuurwaarden zal leiden.").

41 *Kamerstukken II 2019/20, 35347*, 3, p. 9 en 19.

42 *Kamerstukken II 2019/20, 35347*, 3, p. 9.

43 *Stcrt.* 2020, 15825. De wijziging is op 24 maart 2020 in werking getreden.

44 Op verzoek van onder andere colleges van burgemeester en wethouders kunnen ook andere maatregelen worden aangemerkt als bronmaatregel.

45 Zie het besluit van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 19 december 2019, kenmerk RWS-2019/45657, *Stcrt.* 2019, 71032.

46 De minister van LNV heeft bij brief van 19 augustus 2020 aangegeven van deze maatregel af te zien gelet op de uitkomsten van een onderzoek van Wageningen University Research, *Kamerstukken II 2019/20, 35334*, nr. 118.

47 Deze regeling dateert overigens van vóór de PAS-uitspraken. Het effect van de warme sanering van varkenshouderijen wordt pas in het voorjaar van 2021 duidelijk, *Kamerstukken II 2019/20, 35334*, nr. 118.

48 Wij vonden op de website van RIVM diverse opeenvolgende presentaties (met generieke weergaven) en toelichting op de verkennende berekeningen, zie <https://www.rivm.nl/nieuws/rivm-berekeningen-maatregelen-stikstofproblematiek>.

49 <https://www.bij12.nl/wp-content/uploads/2020/03/Tauw-Ecologische-beoordeling-snelheidsverlaging-Rijksnelwegen.pdf>.

plaatsvindt als gevolg van de snelheidsverlaging. Voor vier van die gebieden is sprake van een ‘rode beoordeling’ en luidt de constatering dat maatregelen getroffen moeten worden om de toename teniet te doen of het risico op aantasting te verminderen. Nadere uitwerking van extra (bron) maatregelen is nodig, aldus het rapport.

In juli 2020 volgde een nadere ecologische onderbouwing, waarin de mogelijke ecologische effecten van de toename van de stikstofdepositie van deze uitzonderingsgevallen zijn beoordeeld.⁵⁰ Die laat zien dat in sommige gevallen (toch) op voorhand kan worden uitgesloten dat de toename tot een effect leidt, bijvoorbeeld omdat de KDW nog niet is overschreden.⁵¹ In andere gevallen is de geschiktheid van de betreffende hexagonen als leefgebied voor soorten beoordeeld en bleek dat geen effecten op leefgebieden van soorten resteren. Uiteindelijk blijven vijf gebieden over waarbinnen nadelige ecologische effecten van snelheidsverlaging niet met zekerheid kunnen worden uitgesloten. Als vervolgens rekening wordt gehouden met een andere bronmaatregel – de reductie van stikstofemissie door de warme sanering⁵² – blijft slechts één gebied over waar sprake is van een toename op een habitatype, aldus het rapport.

Het systeem werkt via het principe ‘wie het eerst komt, wie het eerst maalt’, zij het dat gedurende de eerste zes weken alleen ruimte was voor zgn. woondealprojecten⁵³ (vanaf de eerste week) en daarna ook voor projecten van meer dan 100 woningen (vanaf de derde week). Gedeputeerde Staten zijn daar waar het woningbouwprojecten betreft de initierende partij: zij reserveren depositieruimte voor een woningbouwproject na ontvangst van een aanvraag of na mededeling van een gemeente van een ingediende aanvraag. Voor tracébesluiten is het aan de minister om te reserveren. In de literatuur zijn inmiddels de nodige vraagtekens gezet bij de juridische houdbaarheid van het systeem.⁵⁴ Ook wij durven er niet onze hand voor in het vuur te steken dat de regeling, of beter gezegd: daarop gebaseerde besluiten, de eindstreep halen. Een paar opmerkingen.

Een overtuigende onderbouwing dat de snelheidsverlaging een beschermingsmaatregel (of: mitigerende maatregel) is waarmee in heel Nederland rekening kan worden gehouden bij toestemmingen lijkt te ontbreken. Om als zo’n maatregel te kunnen worden aangemerkt, moet vaststaan dat de maatregel niet nodig is voor het behoud of voorkomen van verstoring met significante effecten.⁵⁵ Wij kunnen uit de beschikbare stukken niet vaststellen dat dit (overal) het geval is. Weliswaar wordt de ‘weg te geven ruimte’ beperkt tot

30% van de te behalen winst, maar onduidelijk blijft of dat voor alle Natura 2000-gebieden voldoende is om te waarborgen dat geen ruimte wordt ingezet die eigenlijk nodig is voor instandhouding of herstel. Bovendien kan betwijfeld worden of handhaving van de maatregel (naleving van de snelheidsbeperking) voldoende verzekerd is. En, zie hiervoor: op bepaalde plekken kan een aantasting van de natuurlijke kenmerken – ook na nadere beoordeling – niet volledig worden uitgesloten.⁵⁶

Deze vraagtekens maken dat het – mede afhankelijk van het betreffende gebied en de beoogde ontwikkeling – risikant kan zijn om bij individuele toestemmingen volledig te varen op de met SRS gecreëerde ruimte.

Feit is wel dat het register inmiddels is opengesteld en dat op basis van deze systematiek ontwerp-natuurvergunningen ter inzage zijn gelegd.⁵⁷

Tot slot verdient vermelding dat de gewijzigde Rnb het gebruik van AERIUS 2019A voorschrijft voor de berekening van stikstofdepositie (artikel 2.1). Deze nieuwe versie is gebaseerd op de best beschikbare kennis en de best beschikbare rekenmethodiek om veroorzaakte stikstofdepositie in beeld te brengen, aldus de toelichting.⁵⁸

2.3 En in de toekomst: de Wet stikstofreductie en natuurverbetering

Verder heeft de internetconsultatie plaatsgevonden van de Wet stikstofreductie en natuurverbetering (‘Wsn’).⁵⁹ De Wsn bevat een nieuwe structurele aanpak van de stikstofproblematiek; condities en herstel van de natuur in Natura 2000-gebieden staan voorop. Het wetsvoorstel beoogt:

“het realiseren van een gunstige of – waar dit nog niet mogelijk is – een verbeterde landelijke staat van instandhouding van stikstofgevoelige soorten en habitats.”

In een latere brief heeft de minister aangegeven het wetsvoorstel, onder voorbehoud van het advies van de Afdeling advisering, in september of oktober 2020 te willen indienen.⁶⁰ Wij hebben geen streefdatum voor inwerkingtreding gezien. Wel is door de minister aangegeven dat inwerkingtreding na 1 januari 2022 ‘onverhoopt’ is.⁶¹

Het genoemde doel van de Wsn wordt bereikt aan de hand van drie instrumenten.

50 Zie daarvoor <https://www.bij12.nl/wp-content/uploads/2020/07/Nadere-ecologische-beoordeling-stikstofeffecten-snelheidsverlaging.pdf>.

51 Vgl. o.a. J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming* (Paris: 2016), p. 266 en 342.

52 Waarvan het effect pas in het voorjaar van 2021 vast staat (zie noot 47).

53 Zie bijlage 1 bij de Rnb.

54 Zie onder andere R.H.W. Frins “De Regeling spoedaanpak stikstof bouw en infrastructuur nader beschouwd”, *TBR* 2020/64 en M.M. Kaajan “Actualiteiten bescherming Natura 2000-gebieden 2019/2020”, *M&R* 2020.

55 Positieve gevolgen van instandhoudings- en passende maatregelen kunnen namelijk niet – anders dan de positieve gevolgen van een beschermingsmaatregel – worden betrokken bij de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd (ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 11.5).

56 Frins (zie noot 54) werpt terecht de vraag op of het verkeersbesluit als zodanig als plan of project kan worden aangemerkt. Wij laten die vraag hier rusten.

57 Zo heeft het college van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland meerdere ontwerpvergunningen ter inzage gelegd voor woningbouwplannen, waarmee de bouw van 4503 woningen is gemeoid in onder andere de gemeente Haarlemmermeer, Velsen en Bergen.

58 *Stcrt.* 2020, 15825, p. 21 e.v. De nieuwe versie heeft inmiddels een paar updates ondergaan.

59 De wet leidt tot een wijziging van de Wnb en zal in een later stadium in de Omgevingswet haar beslag krijgen en het Besluit kwaliteit leefomgeving. Overigens voorzag de consultatie in een ongebruikelijke korte reactietermijn van één week, die uiteindelijk met nog één week is verlengd (*Kamerstukken II* 2019/20, 35334, 87).

60 *Kamerstukken I* 2019/20, 35334, V.

61 Vanwege de samenhang met de inwerkingtreding van de Omgevingswet. *Kamerstukken I* 2019/20, 35334, U, p. 7.

Allereerst voorzag de conceptversie van het wetsvoorstel in de vaststelling van een streefwaarde (inspanningsverplichting) voor het verminderen van de depositie van stikstof op daarvoor gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden:

“In 2030 is de depositie van stikstof op ten minste 50% van het areaal van de voor stikstof gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden niet groter dan de hoeveelheid in mol per hectare per jaar waarboven verslechtering van de kwaliteit van dit habitats niet is uit te sluiten.”

In het eindadvies van het Adviescollege Stikstofproblematiek heeft de commissie Remkes stevige twijfels geuit over de systematiek van streefwaarden. De commissie adviseerde over te gaan tot een wettelijke verankering van de doelstelling voor stikstofreductie als resultaatsverplichting (reductie binnenlandse stikstofemissies in 2030 met 50% ten opzichte van 2019). In reactie daarop – en op de reacties die ontvangen zijn in het kader van de internetconsultatie – heeft het kabinet toegezegd aanvullende stappen te zetten. De belangrijkste wijziging is het introduceren van een resultaatsverplichting (in plaats van een inspanningsverplichting of streefwaarde) met het oog op een betere juridische borging van de doelstelling voor stikstofreductie.⁶² Inmiddels ligt het aangepaste wetsvoorstel voor bij de Afdeling advisering.⁶³

Ten tweede introduceert de wet het programma stikstofreductie en natuurverbetering met bron- en natuurmaatregelen voor het verminderen van de depositie van stikstof. Dit programma wordt vastgesteld door de Minister van LNV. Het bevat bron- en natuurmaatregelen die in aanvulling op de beheerplannen bijdragen aan het realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen van stikstofgevoelige habitat-typen en leefgebieden van soorten binnen Natura 2000-gebieden.⁶⁴

Ten derde bevat de wet een monitorings- en bijsturingssystematiek. Zo moet jaarlijks een rapportage worden opgesteld waarin de omvang van de stikstofdepositie op ieder Natura 2000-gebied is beschreven. Daarmee wordt inzicht verkregen in de trend in stikstofdepositie en kan, indien nodig, tijdig worden gestuurd met bronmaatregelen.

Tot slot maken wij uit de eerder aangehaalde Kamerbrief⁶⁵ op dat de drempelwaarde voor de bouw inmiddels is opgenomen in dit wetsvoorstel, zoals hiervoor in paragraaf 2.1.3 besproken. Dit is uiteraard geen instrument voor het realiseren van een gunstige of verbeterde staat van instandhouding. De doelstelling van de wet zou hier dan ook op moeten worden aangepast.

We merken op dat het daadwerkelijk verminderen van de stikstofdepositie zonder meer van belang is voor de staat van de natuurgebieden. Bovendien wordt er hiermee ruimte gecreëerd voor activiteiten die stikstofdepositie

veroorzaken. Zoals we hiervoor hebben betoogd zien wij juridisch overigens geen noodzaak om voor elke toename eerst natuurherstel te verlangen, zoals nu kennelijk voor de in te voeren drempelwaarde wel wordt beoogd.

Voorgaande leidt volgens ons ook nog tot een verdere vertraging van de invoering van de voor de bouw zo gewenste drempelwaarde. De maatregelen voor stikstofreductie worden gezien als instandhoudings- en passende maatregelen.⁶⁶ Uit de PAS-uitspraak inzake natuurvergunningen⁶⁷ volgt dat dergelijke maatregelen niet kunnen worden ingezet voor het verlenen van toestemmingen voor nieuwe activiteiten, en dus ook niet voor een drempelwaarde. Als de wetgever meent dat de drempelwaarde na uitvoering van de instandhoudings- en passende maatregelen niet tot significante gevolgen kan leiden en er niet aan het toestemmingsvereiste wordt toegekomen, is het eerst noodzakelijk dat de maatregelen worden uitgevoerd. Dat zal de nodige tijd kosten.⁶⁸ Ook hierom menen wij dat het goed is als de wetgever niet de hiervoor besproken lijn van de Afdeling advisering vasthoudt met een koppeling tussen een drempelwaarde en natuurherstel, maar zelfstandig beoordeelt (laat beoordelen) of significante effecten van (al dan niet tijdelijke) deposities die gepaard gaan met de invoering van een drempelwaarde kunnen worden uitgesloten. Dat kan ook door de drempelwaarde in te voeren op grond van het huidige artikel 2.9 Wnb in plaats van te wachten op de nieuwe Wsn.

2.4 Hoe zit het met gedane PAS-meldingen?

Lange tijd hing de vraag in de lucht hoe de regering (en wetgever) om zou gaan met de gedane PAS-meldingen. Uit de PAS-uitspraken volgt immers dat aan die gedane meldingen geen rechten kunnen worden ontleend. Strikt genomen moet dan ook in beginsel – uitgaande van de beslisboom Toestemmingverlening stikstofdepositie bij nieuwe activiteiten en de beleidsregels van de diverse provincies – voor alle gemelde initiatieven alsnog een vergunning worden aangevraagd, ervan uitgaand dat die vergunningplicht er ook na 1 januari 2020 is.⁶⁹

De minister heeft bij brief van 13 november 2019 aangekondigd de PAS-meldingen te willen legaliseren door middel van een collectieve regeling.⁷⁰ Daarbij geldt de voorwaarde dat het project volledig was gerealiseerd, dat aantoonbaar stappen zijn gezet om volledig te realiseren, of in ieder geval aantoonbaar onomkeerbare significante investeringsverplichtingen zijn aangegaan. Een inventarisatie van in aanmerking komende meldingen is recent opgestart. Initiatiefnemers hebben tot 1 oktober 2020 de mogelijkheid om zich te melden.⁷¹ Op het moment dat een overzicht beschikbaar is van alle gemelde initiatieven en de daarbij behorende

62 Kamerstukken I 2019/20, 35334, S.

63 Kamerstukken I 2019/20, 35334, V.

64 Zie nader <http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/wetsvoorstel-stikstofreductie-en-natuurverbetering-structurele-aanpak-voor-de-stikstofproblematiek/>.

65 Kamerstukken I 2019/20, 35334, V.

66 Concept MvT zoals gepubliceerd bij de internetconsultatie, o.a. p. 2.

67 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

68 Zie de in voetnoot 38 aangehaalde planning van het Gezamenlijk Programma Natuur.

69 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2019/10/12/beslisboom-toestemmingverlening-stikstofdepositie-bij-nieuwe-activiteiten>.

70 Kamerstukken I 2019/20, 35334, A.

71 Na een ietwat rommelig verloop: in de eerste aankondiging op 14 juli 2020 werd een termijn tot 14 augustus 2020 geboden, die daarmee midden in de zomervakantie lag.

depositie, volgt een officiële reactie van het bevoegd gezag. Legalisatie valt op z'n vroegst pas te verwachten in 2021.⁷² Tot die tijd is er uitsluitend de toezegging van de minister om onder voorwaarden over te gaan tot legalisatie.

3. Ontwikkelingen in de jurisprudentie sinds de PAS-uitspraken

Hierna gaan wij in op verschillende vraagpunten naar aanleiding van de PAS-uitspraken. Dat doen we aan de hand van een aantal juridische (casus)posities en uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak.

3.1 Overschrijding van de KDW, passende beoordeling en voortoets

In eerdere jurisprudentie⁷³ oordeelde de Afdeling al dat niet elke overschrijding van de KDW een significant negatief effect heeft of anderszins niet toelaatbaar moet worden geacht. De KDW geeft aan bij welke mate van stikstofdepositie wordt aangenomen dat niet langer op voorhand kan worden uitgesloten dat er een risico is dat de kwaliteit van het habitatype wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van de stikstofdepositie. Overschrijding van deze waarde betekent dan ook niet dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt, maar uitsluitend dat de mogelijkheid van een aantasting niet zonder meer afwezig is, aldus de Afdeling. Deze lijn heeft de Afdeling na de PAS-uitspraken meermaals bevestigd.⁷⁴ Zo stond een permanente toename van 0,03 mol N/ha/jr – en een tijdelijke toename van 3,13 mol N/ha/jaar respectievelijk 5,05 mol N/ha/jaar – niet in de weg aan de doorgang van het inpassingsplan voor de overnachtingshaven in Lobith.⁷⁵ Met de aanvullende passende beoordeling en een onderzoeksrapport is volgens de Afdeling de vereiste zekerheid verkregen dat de ontwikkeling de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden in zoverre niet zal aantasten. In dat verband was onder meer van belang dat de maximale depositie in de gebruiksfase (0,03 mol N/ha/jaar) “dermate beperkt is dat deze niet van merkbare invloed is op de kwaliteit van de aanwezige habitattypen”.

Uit eerdere rechtspraak van de Afdeling⁷⁶ viel verder ook af te leiden dat iedere toename van stikstofdepositie in een overbelaste situatie, hoe gering ook (bijv. 0,02 mol N/ha/jr), leidt tot de conclusie dat significante gevolgen *niet zijn uitgesloten*, zodat in het geval de toename van stikstofdepositie wordt veroorzaakt door een project, daarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt (en een vergunning nodig is). Inmiddels hanteert de Afdeling op dit punt een andere lijn⁷⁷ die op het volgende neer komt.

Als een project leidt tot een toename van de stikstofdepositie op reeds overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied, dan moeten de gevolgen van die toename worden onderzocht. Daaruit kan volgen dat significante gevolgen op voorhand op grond van objectieve gegevens kunnen worden uitgesloten (voortoets). Dan is geen passende beoordeling nodig. Die situatie deed zich voor in de uitspraak over Callantsoog.⁷⁸

Als significante gevolgen op grond van de voortoets niet kunnen worden uitgesloten, staat de toename van stikstof niet aan verlening van een vergunning voor een project in de weg als en nadat uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten.

Dat het soms niet gemakkelijk is om ook daadwerkelijk onderzoek te doen naar de effecten van een voorgenomen ontwikkeling, blijkt overigens uit een recente uitspraak van de rechtbank Noord-Holland.⁷⁹ Een ontwikkelaar zag zich na de PAS-uitspraken genoodzaakt een nieuwe vergunning aan te vragen en wilde daarvoor veldonderzoek doen op naburige grond (Natura 2000-gebied). Een stichting heeft de grond in erfpacht en stelt zich, kort samengevat, tot doel om natuur en landschap duurzaam te behouden. De stichting weigerde toestemming, tot ongenoegen van de ontwikkelaar. De civiele rechter in kort geding zag in diens vordering geen aanleiding om een voorziening te treffen.

Eerder uitten wij onze twijfels bij het bestaan van een vergunningplicht indien een voortoets laat zien dat significante gevolgen op grond van objectieve gegevens worden uitgesloten. Een diepgravende passende beoordeling en toestemming lijkt ons in dat geval niet noodzakelijk en de verplichting daartoe vloeit niet voort uit artikel 6, derde lid, Habitatrictlijn of artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Daarbij komt dat de wet, zoals die sinds 1 januari 2020 luidt, geen beoordelingskader bevat voor vergunningverlening, anders dan na het uitvoeren van een passende beoordeling (en eventuele ADC-toets).⁸⁰

De aangehaalde uitspraken laten nu in ieder geval al zien dat er ook ingeval van een toename van stikstofdepositie meer mogelijkheden zijn dan wellicht, vlak na de PAS-uitspraken, aangenomen werd. Daarbij past wel een kanttekening. De ecologische beoordeling die ten grondslag lag aan de diverse besluiten is lang niet in alle zaken even inhoudelijk en effectief bestreden.

Voor plannen is van belang dat de verplichting tot het maken van een passende beoordeling een MER-plicht in het leven roept (artikel 7.2a Wet milieubeheer). Dat geldt niet als met een voortoets kan worden volstaan. De nieuw ingezette jurisprudentielijn van de Afdeling biedt dus meer mogelijkheden om projecten en plannen vlot te ontwikkelen.

3.2 Instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen of beschermingsmaatregelen

In de PAS-uitspraken heeft de Afdeling, in navolging op het arrest van het Hof, een duidelijk onderscheid gemaakt

72 <https://www.aanpakstikstof.nl/actueel/nieuws/2020/07/14/eerste-inventarisatie-pas-meldingen-gestart>.

73 Zie o.a. ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:940.

74 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (*Markermeerdijken*) en ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:741 (*Pallas Reactor Petten*); vgl. ook ABRvS 20 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:212 (*Callantsoog*).

75 ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682.

76 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260 (*Aalten*), r.o. 8.

77 ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (*Markermeerdijken*), r.o. 32.4.

78 ABRvS 20 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:212 (*Callantsoog*).

79 Rb. Noord-Holland 11 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6302.

80 Zie voor de consequenties hiervan de eerder aangehaalde uitspraak van de Rb. Noord-Nederland 3 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2391.

tussen instandhoudingsmaatregelen (artikel 6, eerste lid, Habitatrichtlijn), passende maatregelen (artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn) en beschermingsmaatregelen (artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn, ook: mitigerende maatregelen). Instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen spelen uitsluitend een rol bij het beoordelen van de staat van instandhouding van een gebied, en dan slechts voor zover die maatregelen ten tijde van de passende beoordeling zijn uitgevoerd en wetenschappelijk adequaat zijn onderbouwd. Met instandhoudings- en passende maatregelen mag geen rekening worden gehouden bij het beoordelen van de effecten van een ontwikkeling en de mitigatie daarvan. Beschermingsmaatregelen beogen de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen. Beschermingsmaatregelen mogen worden betrokken in een passende beoordeling:

“als de verwachte voordelen van die maatregelen ten tijde van de beoordeling vaststaan. In de regel staan verwachte voordelen niet vast als de maatregelen ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd en de verwachte voordelen afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort, zoals de aanleg van nieuwe of verbetering van bestaande habitattypen, leefgebieden of foerageergebieden.”

Inmiddels is enige jurisprudentie beschikbaar over de toepassing van dit – vaak lastig te maken – onderscheid. In de Reevediep-uitspraak⁸¹ was sprake van een beschermingsmaatregel in de vorm van een rietkraag die de visuele verstoring van broedgebied zou voorkomen. De betreffende maatregel was ten tijde van de passende beoordeling nog niet uitgevoerd. Maar de te verwachten effectieve uitwerking daarvan leed geen twijfel: mits voldoende hoog en dicht zou de rietkraag al functioneren. De tijd maakte duidelijk dat het riet zich overeenkomstig de verwachting ontwikkelt. Het verwachte voordeel stond dus voldoende vast ten tijde van de passende beoordeling. Verder was de beschermingsmaatregel als vergunningvoorschrift opgenomen en was sprake van een voorwaardelijke verplichting. Daarmee was voldoende verzekerd dat de maatregel daadwerkelijk wordt uitgevoerd en effectief is, aldus de Afdeling. De uitspraak laat zien dat beschermingsmaatregelen onder bepaalde voorwaarden ook kunnen worden meegenomen in de passende beoordeling wanneer zij op dat moment niet volledig uitgevoerd zijn. In de zaak⁸² over een natuurvergunning voor de herontwikkeling van het radiocomplex Kootwijk lag het een stuk lastiger. In de passende beoordeling was, mede gelet op een aantal beschermingsmaatregelen, geconcludeerd dat effecten op het betrokken Natura 2000-gebied uit te sluiten zijn. De Afdeling

concludeert dat de maatregelen waarmee stikstof wordt verwijderd, het verwijderen van gebouwen en verhardingen en het afsluiten van fiets- en wandelpaden niet als mitigerende maatregelen in de passende beoordeling mochten worden betrokken. Voor de afvoer van stikstof en verwijdering van exoten geldt dat die maatregelen naar hun aard ook geschikt zijn om te worden ingezet als instandhoudings- of passende maatregelen, de voordelen van deze maatregelen afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur of het ecologisch systeem en de maatregelen bovendien ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer waren gelegd. De verwijdering van gebouwen en verhardingen kon evenmin als mitigerende maatregel worden betrokken omdat verwachte voordelen van deze maatregel afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur of het ecologisch systeem, de maatregel ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig was uitgevoerd en het al benodigde geschikte leefgebied zich dus nog niet had ontwikkeld. Een soortgelijke conclusie gold voor de beschermingsmaatregel tot afsluiting van bestaande fietspaden om nadelige gevolgen voor populaties te voorkomen. De verwachte voordelen van de maatregel zijn afhankelijk van een ontwikkeling of reactie in de natuur of het ecologisch systeem of van een diersoort. Verder was de maatregel nog niet uitgevoerd en kon verweerder de Afdeling er niet van overtuigen dat uit opgedane ervaringen is gebleken dat het afsluiten van wandelpaden een effectieve maatregel is.

Kortom, los van het moment van uitvoering is het kennelijk ook nog in de praktijk moeilijk om het vereiste onderscheid tussen de verschillende soorten maatregelen te maken. We menen dat het voor de praktijk behulpzaam zal zijn als het Rijk en de provincies in het uit te werken uitvoeringsprogramma natuur⁸³ uitdrukkelijk aandacht besteden aan de kwalificatie van maatregelen en daarin ook opnemen welke maatregelen, en om welke redenen, niet worden gezien als een instandhoudings- of passende maatregel, en die kunnen worden ingezet als beschermingsmaatregel. Bij aanvragen van toestemmingen kan hier dan uit worden geput, naast eventueel overig op te stellen projectspecifieke beschermingsmaatregelen.

3.3 *De tijdelijke toename van stikstofdepositie tijdens het bouwproces*

Bij de realisering van woningen of bedrijfstvastgoed komt niet alleen stikstofdepositie om de hoek kijken in de gebruiksfase. Ook de bouwfase brengt stikstofemissie en -depositie met zich. De vraag doet zich voor welke effecten een dergelijke tijdelijke (en vaak geringe) bijdrage veroorzaakt en welke rol die speelt in de beoordeling.

Uit jurisprudentie blijkt inmiddels dat de tijdelijke bijdrage gedurende de bouw- en/of aanlegfase in veel gevallen geen belemmering hoeft te zijn voor doorgang van een project.⁸⁴

81 ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4360. De uitspraak wordt genoemd in het jaarverslag van de Raad van State over 2019 (zie https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2019/wp-content/uploads/sites/7/2020/04/Raad-van-State-jaarverslag-2019_H4-Bestuursrechter.pdf).

82 ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1184.

83 <https://www.aanpakstikstof.nl/achtergrond/documenten/kamerstukken/2020/07/10/kamerbrief-10-juli-2020-gezamenlijk-programma-natuur>.

84 ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (*Markermeerdijken*); ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*overnachtingshaven Lobith*); ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:741 (*Pallas Reactor Petten*).

Als sprake is van een kortdurende depositie in de aanleg- of bouwfase kan een passende beoordeling met een goede ecologische onderbouwing volstaan om aan te tonen dat significante effecten als gevolg van die toename uit te sluiten zijn. Ook een tijdelijke toename met 1,12 mol/ha/jr gedurende een aanlegfase van 2 tot 3 jaar is naar het oordeel van de Afdeling dermate klein dat op zichzelf een negatief effect is uitgesloten, zelfs als sprake is van een op zichzelf overbelaste situatie.⁸⁵

Dat in sommige gevallen een voortoets (in deze zaak een natuurtoets genoemd) kan volstaan om aan te tonen dat de tijdelijke toename niet tot significante gevolgen leidt, blijkt verder uit de uitspraak inzake een bestemmingsplan over een woning in Callantsoog.⁸⁶

We zien hier dan ook mogelijkheden voor de bouw voor het laten doorgaan van nieuwe ontwikkelingen. Keerzijde is wel dat voor elk project of plan een ecologische beoordeling nodig is (ook als dit in de vorm van een voortoets zonder vergunningplicht kan), die ook weer kan worden voorgelegd aan de rechter (al dan niet via een handhavingsverzoek).⁸⁷ Een meer generieke aanpak zoals een drempelwaarde (al dan niet per natuurgebied of regio) zoals hiervoor besproken zou de nodige verlichting bieden voor de bouwsector.

3.4 Salderen

Ook het zogenoemde salderen komt in een aantal recente uitspraken aan bod. Zo komt de Afdeling in een zaak over een bestemmingsplan in Wijk aan Zee tot een andere toepassing van de referentiedatum dan tot die tijd gangbaar was.⁸⁸ Voorheen gold als standaardjurisprudentie dat de referentiesituatie bij plannen wordt gevormd door de feitelijke aanwezige en planologisch toegestane situatie voorafgaand aan de vaststelling van een plan. Hier deed zich de situatie voor dat de voorheen meest bepalende stikstofveroorzakende factor in het plangebied (school) al gesloopt was ten tijde van de vaststelling van het plan. Toch mocht bij de beoordeling van de effecten van het plan als geheel ook met de effecten van de school rekening worden gehouden. Het hanteren van het moment van opstellen van de passende beoordeling als peilmoment is niet in strijd met het recht, aldus de Afdeling.

Externe saldering kwam aan de orde in een uitspraak over de Wnb-vergunning voor een uitbreiding van een mestverwerkend bedrijf.⁸⁹ Saldogevend bedrijf was een veehouderij waarvan de vergunning was ingetrokken. De Afdeling

bevestigt dat externe saldering een aanvaardbare mitigerende maatregel is waarmee voldoende verzekerd wordt dat de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden niet worden aangetast.

Hiervoor constateerden wij al dat de vraag naar een vergunningplicht bij (intern) salderen voorligt bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In juridische zin ligt het naar onze mening meer voor de hand om geen vergunningplicht aan te nemen bij interne saldering: als per saldo geen sprake is van een toename van depositie valt immers geen project met mogelijk significante gevolgen aan te wijzen waarvoor een (verplichting tot het opstellen van een passende beoordeling en) vergunningplicht geldt. Wij realiseren ons dat die lijn de nodige consequenties kan hebben voor bestuursorganen op het gebied van toezicht en handhaving. Achteraf zal moeten worden bezien of de wijzigingen binnen de grenzen van het al vergunde blijven. Als die consequentie onwenselijk en onwerkbaar is, is het aan de wetgever om de natuurregelgeving op eenduidige en heldere wijze aan te passen.⁹⁰

4. Afsluiting

We zien sinds onze vorige bijdrage in de jurisprudentie en regelgeving gunstige ontwikkelingen voor de bouw. Ten eerste wordt de depositiewinst door de snelheidsverlaging op de rijkssnelwegen ingezet voor het verlenen van vergunningen voor woningbouw en zijn hier ontwerpbesluiten voor gepubliceerd. Definitieve besluitvorming en een mogelijke rechterlijke toets zullen moeten uitwijzen of dit voor de bouw ook inderdaad de gewenste verlichting biedt. Wel blijkt al uit de jurisprudentie dat al dan niet tijdelijke deposities met de juiste uitkomsten uit een voortoets of een passende beoordeling doorgang kunnen vinden. Een meer generieke oplossing zoals een drempelwaarde laat echter nog op zich wachten. De wetgever neemt daarbij naar ons oordeel een te afwachtende houding aan waardoor er voorsnog ook nog geen concreet zicht is op de – ook door de Commissie Remkes – geadviseerde bouwdrempel. Ook op overige vlakken zou de wetgever wat ons betreft meer en snellere concrete stappen kunnen zetten, zoals duidelijkheid over een vergunningplicht bij (intern) salderen. De Afdeling bestuursrechtspraak hakt hier hopelijk wel op korte termijn knopen over door. Tot slot, en dat is helaas ook het sluitstuk in de wetgevingstrajecten tot nu toe, wijzen we op het broodnodige natuurherstel. Het is wachten op het wetsvoorstel (Wsn) en concrete uitvoeringsprogramma's die naar verwachting dit jaar zullen verschijnen. Wordt vervolgd.

85 ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1230 (*RIP Hollandse Kust*).

86 ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110.

87 De website van Bij12 geeft (inmiddels) als uitgangspunt weer dat een project met alléén kleine tijdelijke deposities in de aanlegfase kleiner dan of gelijk aan 0,05 mol N/ha/jaar gedurende maximaal 2 jaar (of een equivalent hiervan) in beginsel niet vergunningplichtig is voor het aspect stikstofdepositie (<https://www.bij12.nl/onderwerpen/stikstof-en-natura2000/veelgestelde-vragen/vraag-10-bij-Vergunningen>).

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

89 ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1528 (en tussenuitspraak ECLI:NL:RVS:219:872).

90 Vergelijk in dit verband de vergunningplichtige milieuneutrale wijziging in artikel 3.10 lid 3 Wabo: ook wijzigingen die milieuneutraal zijn, zijn vergunningplichtig (met in beginsel een lichter voorbereidingsregime). Dergelijke wijzigingen kunnen worden vergund mits de gevolgen voor het milieu worden gedekt door de vigerende milieuvergunning. Het lijkt er overigens niet op dat die duidelijkheid in de Omgevingswet wordt geboden.