

Het voorstel Besluit stikstofreductie en natuurverbetering: richting een emissievrij bouwproces?

BR 2021/10

1. Inleiding

Op 17 december 2020 is het wetsvoorstel stikstofreductie en natuurverbetering ("Wsn") door de Tweede Kamer aangenomen.² Daarnaast is op 4 december 2020 een conceptvoorstel voor het Besluit stikstofreductie en natuurverbetering ("Bsn") ter internetconsultatie voorgelegd.³ Deze regelgeving moet zorgen voor een structurele aanpak van de Nederlandse stikstofproblematiek en zal een grote invloed op de bouw hebben. Enerzijds introduceert de wetgever namelijk een partiële vrijstelling van de vergunningplicht die op grond van artikel 2.7 lid 2 van de Wet natuurbescherming ("Wnb", "Wnb-vergunning") geldt voor activiteiten van de bouwsector.⁴ Anderzijds vormt deze vrijstelling aanleiding voor de wetgever om bronmaatregelen in de bouwsector voor te schrijven die tot doel hebben om de "emissie van stikstofverbindingen naar de lucht bij het feitelijk verrichten van bouw-, sloop- en aanlegwerkzaamheden fors te beperken".⁵ Volgens de wetgever zijn deze maatregelen nodig om de partiële vrijstelling mogelijk te maken.⁶

In dit artikel gaan wij aan de hand van de hierboven genoemde wijzigingen in op de vraag in hoeverre de bouwsector gestimuleerd en wellicht verplicht kan worden om de bouwfase te verduurzamen door middel van stikstofmaatregelen. Wanneer wij spreken van de bouwfase, bedoelen wij de activiteiten die (partieel) zullen worden vrijgesteld van de Wnb-vergunningplicht. Deze activiteiten worden aangewezen in de nieuwe artikelen 1.1 en 2.5 van het Besluit natuurbescherming ("Bnb") en, wanneer de Omgevingswet in werking treedt, in artikel 11.17 van het Besluit activiteiten leefomgeving ("Bal").⁷ Het gaat daarbij om het feitelijk verrichten van bouw- of sloopwerkzaamheden aan een bouwwerk of het aanleggen, wijzigen of opruimen van een werk. De met de hiervoor bedoelde werkzaamheden samenhangende vervoersbewegingen worden ook partieel vrijgesteld van de Wnb-vergunningplicht. Het gaat kort gezegd dus om de stikstofuitstotende activiteiten op en rond een bouwplaats gedurende een bouwproces, en uitdrukkelijk niet om de stikstofemissie die het gevolg is van het gebruik van de bouwwerken zelf.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Wij lichten eerst de aanleiding en achtergrond van de vaststelling van de Wsn en het Bsn verder toe (par. 2). Vervolgens gaan wij nader in op de partiële vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht voor de bouwfase en de bronmaatregelen die met deze vrijstelling samenhangen (par. 3). Daarna zetten wij uiteen welke mogelijkheden er naar huidig recht bestaan om stikstofreductie in de bouwfase te stimuleren (par. 4). Wij concluderen met een antwoord op de vraag in hoeverre de stikstofreductieopgave voor de bouw door middel van wet- en regelgeving gestimuleerd of afgedwongen kan worden (par. 5).

2. Van Spoedwet naar een solide en structurele stikstofaanpak

Naar aanleiding van de PAS-uitspraken⁸ uit 2019 kwamen veel projecten die voor stikstofemissie zorgen plots stil te liggen. Eerder bespraken Collignon en Berkouwer in dit blad uitvoerig de gevolgen van de PAS-uitspraken en de daaropvolgende wet- en regelgeving, met de Spoedwet aanpak stikstof ("SAS") als belangrijkste instrument om verder te gaan na de vernietiging van het PAS.⁹ De SAS trad op 1 januari 2020 in werking en had met name tot doel om op korte termijn de toestemmingverlening op grond van de natuurwetgeving weer op gang te brengen, onder meer met de instelling van een stikstofregistratiesysteem.¹⁰

Met de Wsn en het Bsn beoogt de wetgever zorg te dragen voor een meer "solide en structurele aanpak" van de stikstofproblematiek. De kern van die aanpak is om "met volle inzet te werken aan herstel en versterking van de natuur en het terugdringen van de stikstofuitstoot". Tegelijkertijd moet de structurele aanpak ook ruimte bieden voor nieuwe maatschappelijke en economische ontwikkelingen.¹¹ Zo introduceert de Wsn enerzijds een resultaatsverplichtende omgevingswaarde voor het verminderen van stikstofdepositie en een programma stikstofreductie en natuurverbetering met bron- en natuurmaatregelen. Anderzijds introduceert de Wsn een vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht voor de bouwsector. Het Bsn geeft nadere regels voor de invulling van het programma en de partiële vrijstelling voor de bouw.

Wij beperken ons in dit artikel tot de specifieke overwegingen van de wetgever inzake de invoering van de partiële vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht en de daarmee samenhangende bronmaatregelen ter reductie van de stikstofemissies in de bouwfase. Het Adviescollege

1 Jane van der Loo en Jelmer Ypinga zijn advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

2 *Handelingen II* 2020/21, nr. 39, Stemmingen.

3 Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/amvbwsn>. Tot en met 24 januari 2021 kunnen reacties worden ingediend.

4 *Kamerstukken II* 2019/20, 35600, 3.

5 Conceptvoorstel Bsn, p. 16.

6 Conceptvoorstel Bsn, p. 12.

7 Zie de artikelen IA, IB en II van het conceptvoorstel Bsn, p. 1-2, 14.

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

9 *BR* 2019/88 en *BR* 2020/71.

10 *Kamerstukken II* 2019/20, 35347, 3, p. 1.

11 *Kamerstukken II* 2020/21, 35600, 3, p. 1-2.

Stikstofproblematiek deed in zijn eindadvies al de aanbeveling om een drempelwaarde voor bouwactiviteiten in te voeren en om vast te leggen dat de bouwsector tijdelijke emissies zal reduceren.¹² De wetgever neemt dit advies in de Wsn over in de vorm van de partiële vrijstelling. Op die manier moet de bouwsector weer (verder) op gang geholpen worden na de vertragingen die zijn opgelopen als gevolg van de PAS-uitspraken. De bouwsector speelt volgens de wetgever een cruciale rol bij het herstel van de economie, zeker in het licht van de gevolgen van het coronavirus.¹³ Bovendien staat Nederland de komende jaren voor een groot aantal maatschappelijke opgaven op het gebied van woningbouw, energie en mobiliteit en de transitie naar een emissiearme gebouwde omgeving in 2050.¹⁴ Daarbij komt dat het kabinet het uitgesloten acht dat het toelaten van tijdelijke emissies van activiteiten van de bouwsector met een partiële vrijstelling het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen in de weg zal staan. Volgens het kabinet wordt met de voorgenomen structurele aanpak namelijk substantieel en structureel gewerkt aan stikstofreductie en natuurverbetering in alle stikstofgevoelige natuurgebieden, en zorgt de bouwsector bovendien maar voor een gering aandeel van de totale binnenlandse stikstofdepositie.¹⁵ In de volgende paragraaf lichten wij de partiële vrijstelling en de voorgenomen reductieopgave nader toe.

3. De partiële vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht en de bronmaatregelen ter reductie van stikstofemissie in de bouwfase

3.1 Vormgeving

3.1.1 De partiële vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht voor de bouwfase

Op dit moment regelt artikel 2.7 lid 2 van de Wnb een vergunningplicht voor projecten die significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Als dit het geval is, dan moet op grond van artikel 2.7 lid 3 en artikel 2.8 van de Wnb een passende beoordeling worden gemaakt. Het bevoegd gezag kan vervolgens de vergunning alleen verlenen indien uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten.

Via de Wsn voert de wetgever een nieuw artikel 2.9a van de Wnb in. Volgens dit artikel worden de gevolgen van de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden die wordt veroorzaakt door bij algemene maatregel van bestuur aangewezen activiteiten van de bouwsector buiten beschouwing gelaten bij de toepassing van artikel 2.7 lid 2 van de Wnb. De aanwijzing vindt plaats in het nieuwe artikel 2.5 van het Bnb. Deze activiteiten zijn – als gezegd – samen te vatten als de

stikstofuitstotende activiteiten op en rond een bouwplaats gedurende een bouwproces.

Het gaat dus uitdrukkelijk om een *partiële* vrijstelling. In de eerste plaats gaat het enkel om de bouwfase en niet om de gebruiksfase van een bouwproject. Het belangrijkste verschil tussen beide fasen is dat de bouwfase gepaard gaat met tijdelijke stikstofemissie, terwijl de stikstofemissie in de gebruiksfase doorgaans permanent is. In de tweede plaats ziet de vrijstelling uitsluitend op de gevolgen van stikstofdepositie. Een vergunning voor de bouwfase kan dus nog steeds aan de orde zijn als zich op een andere manier significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden voor kunnen doen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de gevolgen van de geluidsemissie voor bepaalde diersoorten.

Onder de Omgevingswet wordt het verrichten van een Natura 2000-activiteit omgevingsvergunningplichtig op grond van artikel 5.1 lid 1, aanhef en onder e Ow.¹⁶ Het Bsn voegt een artikel 11.17 toe aan het Besluit activiteiten leefomgeving ("Bal"). Op grond daarvan geldt geen omgevingsvergunningplicht voor een project dat betrekking heeft op een bouwproject en dat, de stikstofdepositie in de bouwfase buiten beschouwing latend, geen significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Het Bsn voorziet ook in de situatie waarin geen toepassing kan worden gegeven aan artikel 11.17 van het Bal, omdat in de gebruiksfase wel significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden kunnen plaatsvinden. Op grond van artikel 5.18 Ow en de artikelen 8.74b en 8.74c (dat wordt toegevoegd door het Bsn) van het Besluit kwaliteit leefomgeving ("Bkl") kan in dat geval de omgevingsvergunning niet geweigerd worden in verband met de gevolgen van de stikstofdepositie die in de bouwfase wordt veroorzaakt.

3.1.2 De bronmaatregelen ter beperking van de stikstofemissie in de bouwsector

Tegenover de vrij te stellen bouwactiviteiten staan maatregelen ter beperking van stikstofemissie. In een brief van 17 juni 2020 gaf de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit ("LNV") al aan dat de invoering van een eventuele drempelwaarde voor de bouwsector gekoppeld zou moeten worden aan een stevige reductieopgave van stikstofuitstoot in de bouw en de juridische vastlegging daarvan. Die reductieopgave zou leiden tot vervroegde afschrijvingen van materieel, noodzakelijke investeringen in schoner bouw materieel en innovatie van het bouwproces.¹⁷ In lijn daarmee bepaalt de toelichting op het Bsn dat in de bouwsector bronmaatregelen getroffen moeten worden die tot doel hebben om de "emissie van stikstofverbindingen naar de lucht bij het feitelijk verrichten van bouw-, sloop- en

12 Adviescollege Stikstofproblematiek, *Niet alles kan overal*, 8 juni 2020, p. 85.

13 *Kamerstukken II 2020/21*, 35600, 3, p. 42.

14 Conceptvoorstel Bsn, p. 15.

15 *Kamerstukken II 2020/21*, 35600, 3, p. 44-45, en Conceptvoorstel Bsn, p. 15.

16 Een Natura 2000-activiteit is volgens de Bijlage bij artikel 1.1 Ow een "activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied".

17 *Kamerstukken II 2019/20*, 35334, 89.

aanlegwerkzaamheden fors te beperken".¹⁸ De wetgever verwacht, verwijzend naar een onderzoek van TNO, dat met het reeds bestaande beleid in 2030 al een emissiebeperking van 46% in de bouwsector kan worden gerealiseerd.¹⁹ Volgens de wetgever gaat het hier om autonome ontwikkelingen. De bronmaatregelen in de bouwsector – dat zijn maatregelen die stikstofemissies reduceren en die noodzakelijk zijn voor het herstel van stikstofgevoelige natuur – komen daar dus nog bovenop.

Deze bronmaatregelen zijn onderdeel van een door de Minister van LNV vast te stellen programma stikstofreductie en natuurverbetering.²⁰ Dit programma heeft twee doelstellingen. De eerste doelstelling is om de stikstofbelasting op daarvoor gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden te verminderen om te voldoen aan de omgevingswaarde die met de Wsn in artikel 1.12a van de Wnb is vastgelegd. De tweede doelstelling is om de instandhoudingsdoelstellingen voor stikstofgevoelige habitats in de Natura 2000-gebieden te realiseren.²¹ Met gebruikmaking van de bronmaatregelen wil het kabinet een beweging naar een emissiearme en circulaire bouw in gang zetten, met als ambitie een stikstofreductie van in totaal 60% in 2030.²²

Hoewel de bronmaatregelen voor de bouwsector onderdeel moeten worden van het programma stikstofreductie en natuurverbetering, vermeldt de toelichting op het conceptvoorstel voor het Bsn ook dat deze bronmaatregelen vorm krijgen langs de lijnen van een verkenning die met TNO en de bouwsector is uitgevoerd en die nader wordt uitgewerkt in een convenant met de bouwsector. Op hoofdlijnen zal het convenant zien op:

- i het voorzien in een algemene verplichting in het Bbl tot het beperken van de stikstofemissie in de bouwfase, die wordt geconcretiseerd in een handreiking met kosteneffectieve maatregelen per bouwsegment;
- ii het inzetten op emissiearme aanbestedingen door aanbestedende rijksdiensten;
- iii het stimuleren van de aanschaf van emissievrij materieel en van de ombouw naar emissievrij of emissiearm materieel;
- iv het bevorderen van (kennis)ontwikkeling en innovatie via subsidies voor emissiearme bouwconcepten en bouwlogistiek.²³

3.2 Kritische beschouwing

De PAS-uitspraken roepen logischerwijs de vraag op of de invoering van een partiële vrijstelling of drempelwaarde toelaatbaar is in het licht van de Habitatrictlijn. Daarbij is ten minste van belang dat op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie in ieder geval niet op voorhand uitgesloten is dat een drempelwaarde gehanteerd mag worden. Het Europese Hof bepaalde immers dat artikel 6 lid

3 van de Habitatrictlijn niet in de weg staat aan de hantering van een programmatische aanpak op grond waarvan voor bepaalde projecten, die een bepaalde drempel- of grenswaarde voor stikstofdepositie niet overschrijden, geen individuele toestemming is vereist. Een randvoorwaarde is dan wel dat in een eerder stadium een passende beoordeling heeft plaatsgevonden op grond waarvan alle redelijke wetenschappelijke twijfel over de (schadelijke) gevolgen van het project op Natura 2000-gebieden is weggenomen.²⁴ Op basis hiervan vragen wij ons af of de manier waarop de partiële vrijstelling voor de bouwsector nu vorm wordt gegeven juridisch houdbaar is. Met andere woorden: worden alle 'redelijke wetenschappelijke twijfels' over de mogelijke schadelijke gevolgen van projecten die onder de vrijstelling zullen vallen voor de betrokken Natura 2000-gebieden, voldoende weggenomen?

Wij menen dat de onderbouwing van de omvang en de effecten van de partiële vrijstelling in dat opzicht mager is. De wetgever geeft in de toelichting op het conceptvoorstel voor het Bsn aan dat uitgesloten wordt geacht dat het toelaten van tijdelijke emissies van activiteiten van de bouwsector met een partiële vrijstelling in de weg kan staan aan het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen. Daaraan legt de wetgever ten grondslag "de robuustheid en effectiviteit van de structurele aanpak inclusief de additionele maatregelen in de bouw, de aanvullende reservering voor bronmaatregelen om de partiële vrijstelling mogelijk te maken en de doelgerichte monitorings- en bijsturingssystematiek, alsmede het geringe aandeel van de bouwsector in de totale stikstofdepositie door binnenlandse bronnen, het specifieke karakter van deze depositie en het feit dat de aanpak van het kabinet op meer pijlers rust dan uitsluitend depositiereductie".²⁵ Verder acht de wetgever het "verdedigbaar" om de stikstofemissies in de bouwfase en de reductie daarvan te bezien op "dekenniveau", oftewel zonder depositiebeoordeling per gebied.²⁶ Daarbij kunnen de volgende kanttekeningen worden geplaatst die voortvloeien uit twee regels die uit de PAS-uitspraken kunnen worden gedestilleerd:

- i Er bestaat een onderscheid tussen instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en beschermingsmaatregelen (of: mitigerende maatregelen).
- ii Beschermingsmaatregelen mogen alleen bij een passende beoordeling worden betrokken indien de verwachte voordelen van die maatregelen vaststaan.

In de eerste plaats lijkt de wetgever te miskennen dat een juridisch relevant onderscheid bestaat tussen enerzijds instandhoudingsmaatregelen (artikel 6 lid 1 van de Habitatrictlijn) en passende maatregelen (artikel 6 lid 2 van de Habitatrictlijn) en anderzijds maatregelen die kunnen worden meegenomen in een passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project zoals bedoeld in artikel 6 lid 3 van de Habitatrictlijn (beschermings- of mitigerende maatregelen). De wetgever onderscheidt in de (toelichting op de) Wsn en het Bsn weliswaar bron- en natuurmaatregelen,

18 Conceptvoorstel Bsn, p. 16.

19 Notitie 'NOx-reductiedoel, -pad en beleids pakket bouwsector' van TNO, d.d. 14 augustus 2020.

20 Conceptvoorstel Bsn, p. 16.

21 Kamerstukken II 2020/21, 35600, 3, p. 20-21.

22 Conceptvoorstel Bsn, p. 16.

23 Conceptvoorstel Bsn, p. 16.

24 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.

25 Conceptvoorstel Bsn, p. 15.

26 Conceptvoorstel Bsn, p. 15.

maar de bronmaatregelen (die vastgelegd zullen worden in het genoemde programma stikstofreductie en natuurverbetering) dienen blijkens de toelichting zowel tot natuurbehoud en -verbetering als tot het mogelijk maken van de partiële vrijstelling.²⁷ Die “dubbeldoelstelling” komt bekend voor: ook het PAS was enerzijds gericht op het behoud en waar mogelijk het herstel van natuurwaarden die voor stikstof gevoelig zijn, en anderzijds op het scheppen van depositieruimte voor nieuwe activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken.²⁸ Het over één kam scheren van die maatregelen achtte de Afdeling in de PAS-uitspraken echter niet aanvaardbaar. Het valt op dat naar wij hebben kunnen nagaan geen berekeningen beschikbaar zijn waaruit een onderscheid naar type maatregel kan worden afgeleid.

In de tweede plaats blijkt uit de overwegingen van de wetgever niet dat uit een generieke passende beoordeling de zekerheid wordt verkregen dat de vrijgestelde hoeveelheid stikstofemissie en -depositie op geen enkele locatie van de voor stikstof gevoelige habitats in de Natura 2000-gebieden tot aantasting van de natuurlijke kenmerken leidt. In de Memorie van Toelichting bij de SAS gaf de wetgever, naar aanleiding van door de Afdeling advisering van de Raad van State geformuleerde aandachtspunten, juist nog aan dat een passende beoordeling van de drempelwaarde in acht genomen zou moeten worden.²⁹ De Wsn en het Bsn verwijzen echter niet naar een – al dan niet per gebied vormgegeven – beoordeling waaruit dat blijkt (en schrijven die evenmin voor). De wetgever volstaat daarentegen met de stelling dat de stikstofemissies en reducties in de bouwfase op 'dekenniveau' kunnen worden gezien. Bovendien wordt al geanticipeerd op de voordelen die volgen uit de 'autonome ontwikkelingen', die als gezegd moeten leiden tot een stikstofemissiereductie van 46% in 2030. Volgens ons staat nog geenszins vast dat deze reductie ook daadwerkelijk zal worden behaald. De wetgever lijkt met de aankondiging van de te treffen bronmaatregelen in de bouwsector dan ook al uit te gaan van het ontstaan van depositieruimte die de partiële vrijstelling mogelijk moet maken. Ook deze misvatting komt bekend voor. De Afdeling oordeelde in de PAS-uitspraken immers eveneens dat beschermingsmaatregelen en autonome ontwikkelingen alleen in een passende beoordeling mogen worden betrokken als de verwachte voordelen ten tijde van de beoordeling vaststaan. Dat is in beginsel alleen zo als de maatregelen volledig zijn uitgevoerd en de voordelen verder niet afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort. Daarvan is geen sprake met de autonome ontwikkelingen en de voorgestelde bronmaatregelen (voor zover zij dus al kunnen worden beschouwd als beschermingsmaatregelen).

Verder plaatsen wij vraagtekens bij de juridische borging van de te treffen bronmaatregelen in het voorgestelde programma en convenant. Ten aanzien van het programma is in artikel 1.12d van de Wnb opgenomen dat

de bestuursorganen die daarvoor in het programma zijn aangewezen voor de uitvoering van de daarin opgenomen maatregelen binnen de daarbij aangegeven termijn zorgen, voor zover uit het programma blijkt dat die bestuursorganen met het opnemen van de maatregelen hebben ingestemd. Daaruit valt geen harde verplichting af te leiden voor degene die de activiteit die stikstofuitstoot tot gevolg heeft uitvoert. Bovendien is de vraag wat er gebeurt wanneer een bestuursorgaan aangeeft niet met een maatregel in te stemmen. Dat het treffen van maatregelen kan worden afgedwongen, is dan ook niet zeker. Dat is echter wel van belang om de te verwachten voordelen van de maatregelen in kaart te brengen. Omdat nog niet duidelijk is hoe het convenant precies vorm zal krijgen, is ook de juridische afdwingbaarheid van de daarin neer te leggen maatregelen nog onduidelijk. Onder de Omgevingswet zal wel een algemene verplichting tot het beperken van de stikstofemissie in de bouwfase worden opgenomen in het Bbl – die weliswaar wel nog nadere uitwerking moet krijgen in een handreiking.³⁰ Waarom een algemene verplichting niet al in het Bouwbesluit wordt opgenomen, licht de wetgever niet toe. De toelichting op het voorstel voor het Bsn verduidelijkt evenmin waarom voor een convenant gekozen wordt, en niet voor het direct vastleggen van alle maatregelen in het programma.

Gelet hierop doet de voorgestelde wet- en regelgeving, zonder adequate en generieke passende beoordeling, in onze ogen wederom nogal 'PAS-achtig' aan. Het bevreemdt dan ook dat het kabinet nu meent dat de hiervoor genoemde onderbouwing in het conceptvoorstel voor het Bsn voldoende zou zijn in het licht van artikel 6 lid 3 van de Habitatrictlijn. Wij menen dat de wetgever, om de partiële vrijstelling mogelijk te maken, een beoordeling van de effecten moet maken waaruit blijkt dat significante gevolgen voor alle Natura 2000-gebieden in Nederland uit te sluiten zijn. Dat is geen makkelijke opgave. Om die reden achten wij het niet uitgesloten dat alsnog een combinatie met een drempelwaarde zou moeten volgen, die onderzocht kan worden in relatie tot het gebied dat er het slechtst aan toe is.

4. **Mogelijkheden tot stimuleren emissiearm bouwproces naar huidig recht**

Ondanks onze twijfels bij de juridische houdbaarheid van de partiële vrijstelling in het licht van de Habitatrictlijn, staat vast dat de bouwsector gehouden zal worden aan een reductieopgave. Bij die reductieopgave hoeft echter niet alleen gefocust te worden op nieuwe maatregelen. Ook naar huidig recht zien wij, zij het op dit moment beperkt, mogelijkheden om projecten doorgang te laten vinden door de depositie van stikstof tijdens het bouwproces te reduceren. Wij bespreken achtereenvolgens de Wnb-vergunning, het provinciale beheerplan en het met de SAS ingevoerde stikstofregistratiesysteem.

27 Kamerstukken II 2020/21, 35600, 3, p. 3 en 20.

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

29 Kamerstukken II 2019/20, 35347, 3, p. 8.

30 Artikel III van het conceptvoorstel Bsn, p. 3.

4.1 De Wnb-vergunning

De partiële vrijstelling van de Wnb-vergunningplicht zal gaan gelden voor een groot aantal activiteiten in de bouwsector. Onder de vrijstelling vallen namelijk niet alleen het bouwen en slopen van bouwwerken, zoals woningen, utiliteitsgebouwen, bruggen en viaducten, maar ook het aanleggen, wijzigen en opruimen van werken. Dat betekent dat de reikwijdte van de vrijstelling zich ook uitstrekt tot aanlegactiviteiten voor bijvoorbeeld duurzame energieopwekking, (spoor)wegen, energie- en telecommunicatie-infrastructuur en buisleidingen, en dat de Wnb-vergunning voor een groot aantal activiteiten helemaal niet meer in beeld komt.³¹

Hiervoor lichtten wij al toe dat wij ons afvragen of de vrijstelling zonder adequate generieke passende beoordeling juridisch houdbaar is, nu te betwijfelen valt of de stikstofuitstoot die deze activiteiten tot gevolg zullen hebben niet leidt tot significante gevolgen voor de betrokken Natura 2000-gebieden. Indien voor een project niet op voorhand uitgesloten is dat significante gevolgen ontbreken, dan zal met een passende beoordeling onderzocht moeten worden of een vergunning verleend kan worden. Uit jurisprudentie blijkt dat daarbij in sommige gevallen volstaan kan worden met een voortoets die op voorhand uitsluit dat een tijdelijke toename van stikstofdepositie tot significante gevolgen leidt. Gelet op de wettekst valt te betwijfelen of er in dat geval een vergunningplicht bestaat. Artikel 2.7 lid 2 van de Wnb bepaalt immers, kort gezegd, dat een vergunning nodig is voor een project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Wanneer een voortoets uitsluit dat een project deze gevolgen kan hebben, valt naar wij menen op goede gronden te betogen dat geen vergunning vereist is.³²

Maar ook wanneer wel een passende beoordeling verricht moet worden, laat de jurisprudentie zien dat de tijdelijke bijdrage gedurende de bouw- en/of aanlegfase in veel gevallen geen belemmering hoeft te zijn voor het verlenen van een Wnb-vergunning en daarmee voor de doorgang van een project. Als sprake is van kortdurende stikstofdepositie, kan een passende beoordeling met een goede ecologische onderbouwing namelijk volstaan om aan te tonen dat significante gevolgen als gevolg van die toename uit te sluiten zijn.³³ Daarbij kan ook gebruikgemaakt worden van de Wnb-vergunning zelf. In de Wnb-vergunning kunnen namelijk voorschriften opgenomen worden met betrekking tot de depositie van stikstof en de reductie daarvan tijdens de bouwfase. Met behulp van die voorschriften zou voorkomen kunnen worden dat het project de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied aantast. In de vergunning kunnen bijvoorbeeld (technische) eisen

worden gesteld aan het te gebruiken bouwmaterieel. Ook de voorwaarde dat de depositie van stikstof gesaldeerd moet worden kan aan de vergunning verbonden worden.³⁴ De Wnb-vergunning wordt dan een instrument om stikstofreductie tijdens de bouwfase te stimuleren.

4.2 Het beheerplan

Een andere mogelijkheid om het verduurzamen van de bouwfase te stimuleren is via het provinciale beheerplan. Voor elk Natura 2000-gebied in Nederland dient een beheerplan vastgesteld te worden.³⁵ In het beheerplan beschrijft de provincie de benodigde instandhoudingsmaatregelen, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de beschermde soorten en leefgebieden van het gebied. Daarnaast beschrijft het beheerplan welke resultaten de instandhoudingsmaatregelen moeten opleveren. Het voornaamste doel van het beheerplan is om een bijdrage te leveren aan het behoud of het herstel van een gunstige staat van instandhouding van de soorten en typen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Wat betreft inhoud en doelstelling vertoont het beheerplan veel gelijkenissen met het programma stikstofreductie en natuurverbetering dat in de Wsn en het Bsn wordt geïntroduceerd. Het verschil is dat het programma een landelijk instrument is en door de Minister van LNV wordt vastgesteld, terwijl de provincies verantwoordelijk zijn voor het vaststellen van beheerplannen, die daarmee een meer regionale functie hebben. Het programma wordt dus een aanvullend instrument naast de beheerplannen.

Het provinciale beheerplan kan ook beleidsregels bevatten die bij de vergunningverlening toegepast moeten worden. Daarbij dient wel in ogenschouw genomen te worden dat het bij de instandhoudingsmaatregelen die in een beheerplan opgenomen kunnen worden alleen mag gaan om maatregelen die nodig zijn ten behoeve van de Europeesrechtelijk vereiste beschermingsdoelen, en niet om maatregelen die dienen om complementaire nationale doelen te bereiken. Dat betekent dat het beleid in een beheerplan moet dienen om de in Europese richtlijnen aangewezen soorten en hun leefgebieden te beschermen.

Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat het beheerplan beleid bevat voor bouwprojecten dat bijdraagt aan de instandhoudingsmaatregelen die in het beheerplan zijn geformuleerd – bijvoorbeeld de bescherming van stikstofgevoelige beschermde vogelsoorten. De Afdeling aanvaardt dat dat beleid soms vrij specifiek kan zijn.³⁶ Een voorbeeld van een beheerplan waarin dergelijke specifieke voorwaarden voor de vergunningverlening worden opgelegd, is het beheerplan voor het Natura 2000-gebied Voordelta.³⁷ Daarin is onder andere opgenomen dat de activiteit "sleepnetvisserij kleiner dan 260 pk (191 kW)" gelet op de instandhoudingsdoelstellingen kan worden toegestaan, mits de vissersvaartuigen over bepaalde operationele volgsapparatuur beschikken.

31 Conceptvoorstel Bsn, p. 15-16. De partiële vrijstelling omvat overigens niet de productie van bouwmaterialen.

32 Op grond van de jurisprudentie was een vergunning in zo'n geval onder verwijzing naar de voortoets noodzakelijk, zie ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110. Na afsluiting van deze bijdrage verscheen echter ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 waaruit lijkt te volgen dat geen vergunningplicht meer nodig is voor projecten die geen significante gevolgen kunnen hebben.

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

34 Kamerstukken II 2011/12, 33 348, 3, p. 117-118.

35 Artikel 2.3 lid 1 Wnb.

36 Bijvoorbeeld ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6741.

37 Zie: <https://www.noordzeeloket.nl/beleid/noordzee-natura-2000/gebieden/voordelta/@168173/natura-2000-1/>.

Ook is het goed denkbaar om in het beheerplan beleid gereleerd aan de emissies van bouwprojecten vast te leggen. Op die manier kan de reductie van de depositie van stikstof in de bouw worden gestimuleerd. Een beheerplan kan vastgesteld worden voor een periode van ten hoogste zes jaar, maar ook een korter durend beheerplan is mogelijk, waardoor ook voor een bepaalde reductie op korte termijn gekozen kan worden. Een nadeel van het vastleggen van beleid in een beheerplan is dat dit erg generiek is en weinig ruimte laat voor maatwerk. Over het vastleggen van een dergelijke maatregel zou dan ook goed moeten worden nagedacht.

4.3 *Het stikstofregistratiesysteem*

Vooruitlopend op de besluitvorming over een drempelwaarde, is met de SAS het stikstofregistratiesysteem ingevoerd in de Wnb en de Regeling natuurbescherming ("Rnb") om een oplossing te bieden voor de bouwsector waar het gaat om woningbouw en infrastructuur. Het stikstofregistratiesysteem komt erop neer dat de positieve effecten van de specifieke maatregelen – in de vorm van een reductie van de stikstofuitstoot – worden geregistreerd voor elke locatie van voor stikstof gevoelige habitats in elk Natura 2000-gebied.³⁸ Op de in het registratiesysteem opgenomen hoeveelheid stikstof kan vervolgens een beroep worden gedaan bij de vergunningverlening voor woningbouwprojecten en bepaalde tracébesluiten, die zijn opgenomen in artikel 2.2 van de Rnb. In feite is hiermee sprake van een vorm van externe saldering.³⁹ De depositieruimte die in het register wordt opgenomen ontstaat door de vermindering van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden als gevolg van bronmaatregelen die zijn opgenomen in artikel 2.4 van de Rnb. Een bronmaatregel wordt op grond van artikel 2.4, lid 3 van de Rnb in de berekening van de vermindering van stikstofdepositie betrokken:

- i als een daarvoor benodigd wettelijk voorschrift of besluit in werking is getreden;
- ii voor zover de vermindering van stikstofdepositie met zekerheid en nauwkeurigheid kan worden vastgesteld; en
- iii als handhaving van de wettelijke voorschriften die verband houden met de bronmaatregel verzekerd is.

Naast de al in de Rnb opgenomen bronmaatregelen is in artikel 2.4, lid 2 van de Rnb de mogelijkheid gecreëerd om op verzoek van een college van burgemeester en wethouders, gedeputeerde staten of het dagelijks bestuur van een waterschap een maatregel van een bestuursorgaan aan te merken als bronmaatregel die gebruikt kan worden in het stikstofregistratiesysteem. Het is namelijk denkbaar dat op lokaal of regionaal niveau aanvullende maatregelen worden genomen om de depositieruimte in het systeem uit te breiden. Ook deze maatregelen kunnen in de berekening van de vermindering van stikstofdepositie worden betrokken wanneer voldaan wordt aan de hiervoor benoemde eisen van artikel 2.4, lid 3 van de Rnb.⁴⁰

Hoewel het stikstofregistratiesysteem voor de bouwsector in de eerste plaats interessant is omdat voor woningbouwprojecten gebruikgemaakt kan worden van de in het systeem opgenomen depositieruimte, zien wij ook mogelijkheden om het systeem te gebruiken om duurzaamheidseisen aan het bouwproces te verbinden. In een ministeriële regeling zou bijvoorbeeld opgenomen kunnen worden dat in het bouwproces zoveel mogelijk gebruik moet worden gemaakt van de elektrificatie van bouw materiaal.⁴¹ Het effect daarvan op de reductie van stikstofuitstoot zou dan – nadat dat effect is onderzocht en effectief is gebleken – als depositieruimte in het stikstofregistratiesysteem opgenomen kunnen worden, waarna die ruimte voor woningbouwprojecten gebruikt kan worden. Als voorbeeld kan de ecologische onderbouwing van de effecten van de snelheidsverlaging voor rijkswegen worden genomen, waarin de effecten per Natura 2000-gebied in kaart werden gebracht. De snelheidsverlaging kon daarmee als bronmaatregel in het stikstofregistratiesysteem worden opgenomen.

5. Conclusie

Het Wsn en het Bsn moeten gezamenlijk zorgen voor een structurele en solide aanpak van de Nederlandse stikstofproblematiek. In dit artikel uitten wij onze twijfels bij de juridische houdbaarheid van de voorgenomen partiële vrijstelling voor de bouwsector in het kader van die aanpak. Met name het ontbreken van een adequate generieke passende beoordeling voor de vrijstelling achten wij problematisch. Wij raden de wetgever sterk aan om alsnog een beoordeling van de effecten van de vrijstelling aan de invoering van de Wsn en het Bsn ten grondslag te leggen, anders dan de beoordeling van de emissies op dekeniveau die nu als onderbouwing moet dienen. Daarbij zien wij mogelijkheden voor een combinatie tussen de partiële vrijstelling en een drempelwaarde waaronder gebleven moet worden om van die vrijstelling gebruik te mogen maken. Daarmee zou de stikstofreductieopgave voor de bouwsector niet alleen door middel van wet- en regelgeving gestimuleerd en gereguleerd kunnen worden, maar ook een houdbare juridische borging krijgen.

Het Bsn ligt tot en met 24 januari 2021 ter consultatie voor. Ook het programma, het convenant en de handreiking waarin de precieze maatregelen voor de bouwsector worden vastgelegd moeten nog nader worden uitgewerkt. Wij zijn benieuwd hoe de reductieopgave voor de bouwsector uiteindelijk vorm zal krijgen, maar dat de Wsn en het Bsn de verduurzaming van het bouwproces zullen stimuleren, staat wat ons betreft vast.

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

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

40 *Stcrt. 2020, 15825, p. 24.*

41 De elektrificatie van bouw materieel werd in een Kamerdebat van 18 juni 2020 genoemd als mogelijke invulling van de reductieopgave voor de bouw in het kader van de invoering van een drempelwaarde.