

Stikstofproblematiek: consequenties en oplossingsrichtingen voor de bouwpraktijk vanuit bestuursrechtelijk en civielrechtelijk perspectief

BR 2019/88

1. Inleiding

Van een bestemmingsplan dat voorziet in 468 woningen in Roermond tot een sportpark in Zaanstad; van een bedrijventerrein in Aalten tot strandhuisjes en -paviljoens in Petten.² Zomaar wat voorbeelden van projecten die na de PAS-uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak³ – vooralsnog – geen doorgang kunnen vinden. Het lijkt geen twijfel dat de natuur te lijden heeft gehad onder polderachtige pogingen om economische groei te combineren met natuurbehoud. Tegelijkertijd staat vast dat de jurisprudentie (en de houding van toestemming-verlenende bestuursorganen)⁴ forse economische schade tot gevolg heeft. En, wellicht soms onbedoeld en onnodig, initiatieven in de weg zit die juist nodig zijn om het klimaat een stap verder te brengen.

Inmiddels, ruim vijf maanden verder, worden nieuwe contouren zichtbaar van hoe het kabinet een gezonde balans tussen natuur en economie wil gaan realiseren. Kamerbrieven, een nieuwe release van AERIUS, eerste advisering door het Adviescollege Remkes en provinciale beleidsregels die vergunningverlening op gang brengen. Maatregelen tot herstel krijgen prioriteit. Tegelijkertijd worden mogelijkheden geopend. Welke dat zijn en welke randvoorwaarden daarvoor gelden, schetsen wij hierna (hoofdstuk 3). Daarbij beperken wij ons tot de toestemmingsverlening voor projecten.

Maar daarmee zijn we er niet. De jurisprudentie kan een grote impact hebben (of hebben gehad) op contractuele relaties. Denk aan overeenkomsten tussen bouwers, ontwikkelaars en overheden en aanbestedende diensten. Wat zijn de civielrechtelijke mogelijkheden om (tijdelijk) onder een verplichting uit te komen of juist nakoming daarvan te vorderen? Die vraag komt aan bod in hoofdstuk 4.

Maar eerst kort aandacht voor de problematiek en de stand van zaken.

2. Jurisprudentie, advies Remkes en bestuurlijke acties: waar staan we nu?

(a) De uitspraak van 29 mei 2019 en daaropvolgende jurisprudentie

Artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn⁵ bepaalt dat voor elk project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling wordt gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Toestemming kan alleen worden verleend als zeker is dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast.

De implementatie in Nederlandse wetgeving blonk (Natuurbeschermingswet 1998) en blinkt (Wet natuurbescherming) op zijn zachtst gezegd niet uit in helderheid. Kort samengevat bevat de wet een vergunningplicht voor projecten die de kwaliteit van een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of significant versturende effecten kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen. Vergunning kan – uitzonderingen daargelaten (zie hoofdstuk 3) – slechts worden verleend als een passende beoordeling uitwijst dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast. Sinds 1 juli 2015 bevatte de regelgeving een programmatische aanpak van stikstof ('PAS'). Doel daarvan was om enerzijds door middel van maatregelen⁶ de natuur (stikstofgevoelige habitats)⁷ bestendiger te maken tegen een overbelasting van stikstof; anderzijds ontstond door de daling van depositie, zo was de gedachte, ruimte voor nieuwe economische activiteiten. Verder gold een drempelwaarde van 0,05 mol/ha/j (daaronder bestond vergunning- noch meldplicht) en 1 mol/ha/j (daaronder gold een meldplicht). Toestemmingen voor projecten met (mo-

1 Anna Collignon, David Orobio de Castro, Liesbeth Berkouwer en Daniël Muis zijn allen werkzaam als advocaten in Amsterdam. De inhoud van deze bijdrage is afgesloten op 24 oktober 2019.

2 "'PAS' remt zes ontwikkelingen, waaronder aansluiting A9 en strandbebouwing Petten", zie <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@117541/pas-remt-zes-ontwikkelingen/>.

3 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604; zie ook <https://www.raadvanstate.nl/programma-aanpak/@115602/201600614-3-r2/>.

4 Er is in feite sprake geweest van een moratorium op vergunningverlening op grond van artikel 2.7, lid 2 Wet natuurbescherming.

5 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (*PbEU* 206, 22 juli 2002). Wij beperken ons in deze bijdrage voor de overzichtelijkheid tot de Habitatrictlijn. Veel van de bevindingen gelden onverkort en bijna gelijk als sprake is van een gebied dat op grond van de Vogelrichtlijn (79/409/EEG, en 2009/147/EG, *PbEU* L 103/25 april 1979) is aangewezen.

6 Er bestaat een belangrijk verschil tussen instandhoudingsmaatregelen- en passende maatregelen enerzijds en beschermingsmaatregelen anderzijds (zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 13.8 voor een schematische weergave en r.o. 16 voor een antwoord op de vraag of met de gevolgen van maatregelen rekening mag worden gehouden). Zie verder <https://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/wat-betekent-de-pas-uitspraak-van-de-afdeling-voor-de-toelaatbaarheid-van-stikstofrelevante-activiteiten/>.

7 Het ging in PAS om 118 van de 160 Natura 2000-gebieden (zie <https://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?subj=pas&deel=0>).

gelijke) gevolgen voor de stikstofgevoelige habitats werden verleend (of waren niet nodig) met gebruikmaking van dit stelsel. Een individuele passende beoordeling was dus niet nodig.

De regelgeving over een programmatische aanpak van stikstof, of beter gezegd: de daarbij behorende passende beoordeling, bleek juridisch niet houdbaar. In de uitspraken van 29 mei 2019 komt de Afdeling⁸ tot de conclusie dat PAS ten onrechte geen rekening houdt met het verschil tussen enerzijds instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen, en anderzijds beschermingsmaatregelen in de zin van de Habitatrichtlijn. Dat onderscheid is echter wel van belang voor de vraag of en onder welke voorwaarden het effect van die maatregelen mag worden 'meegenomen' bij de beoordeling van de gevolgen van een project. Bovendien moeten de verwachte voordelen van maatregelen vaststaan ten tijde van die beoordeling. Dat betekent dat "geen redelijke wetenschappelijke twijfel" mag bestaan dat de maatregelen ook daadwerkelijk het beoogde effect sorteren. Ook dat was niet het geval voor alle in PAS opgenomen maatregelen.

Omdat de Afdeling regels onverbindend verklaart, heeft de uitspraak direct gevolg (gehad) voor met toepassing van PAS genomen besluiten die nog niet onherroepelijk waren. Een stroom vernietigingen kwam op gang. Ook besloten bestuursorganen voorlopig geen besluiten te nemen op aanvragen voor een vergunning ex artikel 2.7, lid 2 Wnb. Activiteiten die voorheen zonder vergunning toegestaan waren omdat zij onder de vergunningplicht-drempelwaarde – gebaseerd op PAS – vielen, kwamen in gevaar; zij werden ineens vergunningplichtig (en niet met zekerheid vergunbaar). En activiteiten die voorheen direct vergunbaar waren onder gebruikmaking van de ontwikkelingsruimte in PAS kregen geen vergunning meer.

(b) **Reactie kabinet en aanbevelingen van het Adviescollege stikstofproblematiek**

Al snel volgde een aantal reacties van minister Schouten – mede namens andere ministers – in de vorm van brieven aan de Tweede Kamer. Daarin zegt de minister zich te beraden op plannen voor korte, middellange en lange termijn, gaat de minister in op (afzien van) handhaving in de tussentijd, wordt de nieuwe AERIUS aangekondigd, beschrijft de minister de drie sporen (zorgvuldige vergunningverlening, natuurherstelmaatregelen, bronmaatregelen) en geeft zij een inventarisatie van projecten die spaak lopen.⁹ Verder adresseert zij in Kamerbrieven verschillende specifieke projecten en maatregelen.¹⁰

8 Na een eerder arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 8 november 2018, C-293/17, ECLI:EU:C:2018:882) naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ECLI:NL:RVS:2017:1260).

9 *Kamerstukken II 2018/19, 32670, 147; Kamerstukken II 2018/19, 32670, 163; Kamerstukken II 2018/19, 32670, 165.*

10 *Kamerstukken II 2018/19, 32670, 164; Kamerstukken II 2018/19, 32670, 132.*

De laatste brief d.d. 4 oktober 2019¹¹ (hierna: 'kabinetsbrief') geeft de kabinetsreactie op de korte termijn-aanbevelingen van het Adviescollege stikstofproblematiek¹² weer. Daarin wordt onder andere ingegaan op de op te nemen maatregelen in diverse industrieën en op de manier waarop vergunningverlening (door provincies) weer op gang kan komen. Dat laatste heeft geleid tot provinciale beleidsregels.

(c) **Stand van zaken bij provincies**

Inmiddels is vergunningverlening weer op gang gekomen.¹³ Belangrijk uitgangspunt daarbij zijn de door de provincies vastgestelde, eensluidende beleidsregels.¹⁴ Die borduren duidelijk voort op de aanbevelingen van het Adviescollege en de kabinetsreactie.

In de beleidsregels zijn onder meer de volgende onderdelen terug te vinden:

- definities van begrippen die tot nu toe niet in de regelgeving waren gedefinieerd maar wel werden gehanteerd (zoals intern en extern salderen);
- een duidelijke omschrijving van de referentiedatum;¹⁵
- beleid hoe om te gaan met intern salderen;
- beleid hoe om te gaan met extern salderen (inclusief afroming);
- het gebruik van de (meest recente versie van) AERIUS Calculator;
- een hardheidsclausule.

De beleidsregels komen hierna, voor zover relevant, aan de orde.

11 *Kamerstukken II 2018/19, 32670, 167.*

12 Ook wel het Adviescollege Remkes genoemd. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/09/25/eerste-advies-adviescollege-stikstofproblematiek> 'Niet alles kan - Eerste advies Adviescollege Stikstofproblematiek'.

13 Althans: dat is de bedoeling; zie 'Provincies: vergunningen die per saldo leiden tot afnemende stikstofuitstoot kunnen weer verleend worden', op [bij12.nl](https://www.bij12.nl/nieuws/provincies-vergunningen-die-per-saldo-leiden-tot-afnemende-stikstofuitstoot-kunnen-weer-verleend-worden/) (<https://www.bij12.nl/nieuws/provincies-vergunningen-die-per-saldo-leiden-tot-afnemende-stikstofuitstoot-kunnen-weer-verleend-worden/>).

14 Zie 'Artikelen en toelichting voor de provinciale beleidsregel intern en extern salderen' (<https://www.bij12.nl/wp-content/uploads/2019/10/beleidsregels-salderen.pdf>). NB: deze beleidsregels zijn vastgesteld per provincie. Inmiddels is discussie ontstaan over de vraag of de beleidsregels op het punt van (externe) saldering in lijn zijn met dat wat in de kabinetsbrief van 4 oktober 2019 staat. Verschillende provincies hebben de beleidsregels al weer ingetrokken. Inmiddels is overleg gaande tussen de Minister van LNV en de provincies over de ontstane situatie.

15 Die datum – veelal 7 december 2004 voor Habitatrichtlijn-gebieden – is relevant voor het beoordelen van voortgezet gebruik dat al, op basis van een toestemming (bijvoorbeeld Hinderwetvergunning), plaatsvond voor de datum van aanwijzing van het gebied (een soort van overgangsrecht). De Wnb bevat, verwarrend genoeg, (aanvullend) een ander overgangsregime waarbij, voor feitelijk gebruik, wordt uitgegaan van de datum van 1 maart 2010 (zie artikel 2.9, lid 2 Wnb). Jurisprudentie laat, kort samengevat, zien dat toepassing van de Europeesrechtelijke referentiedatum doorslaggevend is (ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656 en, recenter en impliciet, Rb. Noord-Holland 12 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1901).

3. **Bouwprojecten en vergunningverlening**

(d) *(Wijziging van) projecten en vergunningplicht*

Natura 2000-gebieden

Het Natura 2000-netwerk in Nederland wordt gevormd door gebieden die zijn aangewezen onder (de Vogelrichtlijn en onder) de Habitatrictlijn. Voor elk gebied is beschreven welke te beschermen habitattypen en habitatsoorten het gebied kenmerken, wat de staat van instandhouding is, hoe de doelstelling luidt en wat de beheersmaatregelen zijn (beheerplan).

Realisering of wijziging van projecten kan, afhankelijk van een aantal omstandigheden, nadelige gevolgen hebben voor de habitattypen in Natura 2000-gebieden en de soorten waarvoor die gebieden zijn aangewezen. Het toestemmingsvereiste in artikel 6 van de Habitatrictlijn en de implementatie daarvan in de vorm van artikel 2.7 Wnb beogen dat te voorkomen.

Daarbij speelt de kritische depositiewaarde (KDW) een rol. De KDW is de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het natuurgebied ‘significant’ wordt aangetast door stikstofneerslag. Deze grens geeft – kort weergegeven – 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 habitattypen wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van stikstofdepositie.

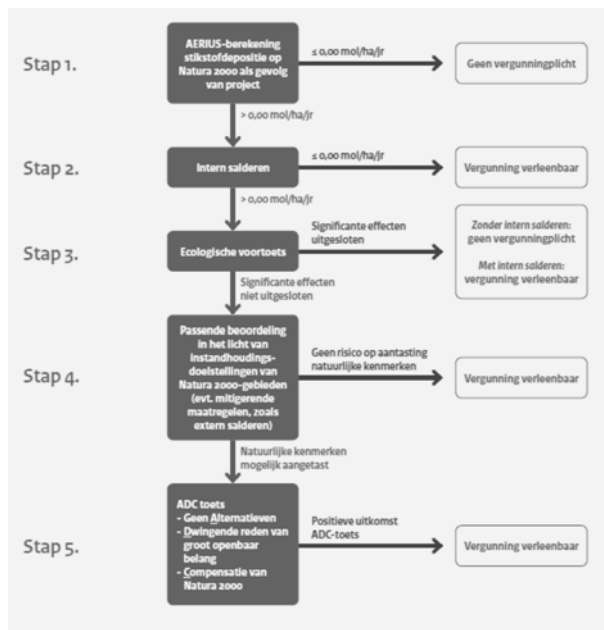
Projectbegrip

De verbodsbepaling in artikel 2.7, lid 2 Wnb ziet op projecten. Tot de PAS-uitspraken werd voor de uitleg van dit begrip aangesloten bij het project-begrip in de Europese richtlijn betreffende de milieubeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten van 13 december 2011.¹⁶ Of een activiteit als project was aan te merken hing, kort samengevat, af van de vraag of sprake was van een fysieke ingreep. De PAS-uitspraken dwingen tot een veel bredere uitleg van dit begrip.¹⁷ Alle activiteiten die nadelige gevolgen voor de instandhouding van een Natura 2000-gebied kunnen hebben vallen nu onder het projectbegrip van de Wnb. Te denken valt dus ook aan het weiden van vee en tijdelijk bouwverkeer.

Voorvraag: is de toename meetbaar?

Zowel de kabinetsbrief als de provinciale beleidsregels gaan ervan uit dat bij een met AERIUS berekende toename in stikstofdepositie die kleiner is dan 0,00 mol/ha/jr significante gevolgen kunnen worden uitgesloten. Dit uitgangspunt zien we ook terug in de beslisboom toestemmingsverlening stik-

stofdepositie bij nieuwe activiteiten, zoals die hieronder is weergegeven.¹⁸



Met AERIUS kunnen berekeningen worden uitgevoerd tot 0,005 mol/ha/jr en hoger. Zodra een bijdrage wordt berekend van 0,005 (of hoger) levert dit een uitkomst op van 0,01; als de bijdrage lager is, laat AERIUS 0,00 zien. Een uitkomst van kleiner dan 0,00 betekent dus niet dat er rekenkundig gezien geen enkele toename is. Bij een minimale uitkomst die pas meetbaar is bij drie cijfers achter de komma – en vanaf 0,005 – wordt (kennelijk) aangenomen dat die uitkomst geen ecologische relevantie heeft, dan wel dat dergelijke minimale verschillen niet meer meetbaar zijn. Wij menen dat bij een volgende update van AERIUS op dit punt helderheid moet worden gegeven, bijvoorbeeld in de release notes.

Wanneer is sprake van een (door de Habitatrictlijn geïndiceerde) vergunningplicht?

Opvallend genoeg is in het huidige debat voor één belangrijke voorvraag naar onze mening weinig aandacht: wanneer is er op grond van de Wet natuurbescherming eigenlijk sprake van een vergunningplicht? En wanneer noodzaakt de Habitatrictlijn tot een ‘toestemming’ (in Nederland: vergunning) vooraf? Kan een toestemmingsvereiste (vergunningplicht) vooraf achterwege blijven als op voorhand op grond van objectieve gegevens wordt uitgesloten dat een project significante effecten kan hebben?¹⁹ Of moet het uitsluiten van significante gevolgen altijd plaatsvinden in het kader van de behandeling van een aanvraag om toestemming (of vergunning)?

16 Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PbEU 2011, L 26/1).
17 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 4.

18 ‘Toestemmingverlening zonder PAS’, Rijksoverheid, rijksoverheid.nl (https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanpak-stikstof/toestemmingverlening-zonder-pas).
19 Hier speelt mogelijk ook een rol welke elementen (nog kunnen worden beschouwd als elementen die) deel uit maken van een project. Zie hierover ook hoofdstuk 3 (f) over intern salderen.

Artikel 2.7, lid 2 Wnb bepaalt dat het verboden is om zonder vergunning projecten te realiseren die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kunnen verslechteren of een significant verstoring effect kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen.

Hoewel de tekst van artikel 2.7, lid 2 Wnb de vergunningplicht koppelt aan een project met mogelijke verslechtering van de natuurlijke habitats²⁰ tot gevolg, lijkt de praktijk anders te zijn. Dat bevestigt ook de hiervoor al genoemde beslisboom. Bij stap 1 acht LNV uitsluitend relevant of de berekening in AERIUS een uitkomst van lager of hoger dan 0,00 mol/ha/jr laat zien. Kennelijk bepaalt die uitkomst of een project verslechtering tot gevolg kan hebben. Daar valt op af te dingen. Waarom lichten wij hierna toe aan de hand van Europees-rechtelijke jurisprudentie, literatuur en wetsgeschiedenis.

In zijn arrest naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak overweegt het Hof van Justitie²¹ dat “*artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn (voorziet) in een beoordelingsprocedure die is bedoeld om door middel van een voorafgaande controle te garanderen dat voor een project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het betrokken gebied, maar dat voor het gebied significante gevolgen kan hebben, alleen toestemming wordt verleend voor zover het de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet zal aantasten*”.²² De eerste stap in de beoordelingsprocedure ex artikel 6, lid 3 houdt vervolgens in dat lidstaten een passende beoordeling verrichten van de gevolgen van een project voor een beschermd gebied wanneer het plan of project waarschijnlijk significante gevolgen voor dit gebied heeft.²³ Uit het *Kokkelvisserij*-arrest bleek ook al dat artikel 6, lid 3 voor het vereiste van een passende beoordeling van de gevolgen van een project (en dus een voorafgaande controle) als voorwaarde stelt dat “*de waarschijnlijkheid of het risico bestaat dat dit plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied*”.²⁴ Daarvan is sprake als op grond van “*objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied*”.²⁵ Op deze wijze wordt invulling gegeven aan het voorzorgsbeginsel:

“Wanneer de voorwaarde voor de beoordeling van de effecten van een plan of project op een bepaald gebied aldus wordt uitgelegd dat dit betekent dat in geval van twijfel of die effecten zullen uitblijven, die beoordeling moet plaatsvinden, kan op efficiënte wijze worden voor-

komen dat toestemming wordt verleend voor plannen of projecten die de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied aantasten.”

Indien een project de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied in gevaar dreigt te brengen, is sprake van een project dat significante gevolgen kan hebben. Of daarvan sprake is moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het gebied waarop het plan of project betrekking heeft.²⁶ Dit werd vóór PAS vaak gedaan aan de hand van een zgn. voor-toets, zonder vergunningplicht.

Ook in de literatuur worden vraagtekens geplaatst bij het aannemen van een vergunningplicht voor projecten waarvan vaststaat dat zij geen verslechtering tot gevolg hebben. Het is goed mogelijk²⁷ dat de vergunningplicht uit artikel 2.7, lid 2 Wnb slechts geldt voor projecten die mogelijk significant schadelijke effecten op Natura 2000-gebieden kunnen hebben en niet voor projecten waarvan zeker is dat zij geen significante gevolgen zullen hebben. Die bedoeling lag (ook) besloten in de voorloper van de Wnb.²⁸

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de Wnb voorziet in een vergunningplicht voor alle projecten waarvan op voorhand niet geheel kan worden uitgesloten dat zij een nadelige invloed op het Natura 2000-gebied kunnen hebben.²⁹ Zodra sprake is van activiteiten die tot “*enige verslechtering*” van de kwaliteit van habitats kunnen leiden, is sprake van een vergunningplicht; ook wanneer discussie mogelijk is over de vraag of die activiteiten op zichzelf, of in samenhang met andere activiteiten in en rond het Natura 2000-gebied, geen wezenlijke invloed zullen hebben op de aanwezige natuurwaarden.³⁰ Overigens zal het, gelet op de tekst van de wet, dan wel moeten gaan om een mogelijke verslechtering in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van het betreffende gebied.

Resumerend: als in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied kan worden uitgesloten dat een project significante gevolgen heeft voor het gebied, is een voorafgaande controle (passende beoordeling en toestemmingsvereiste) niet nodig. Een uitleg van artikel 2.7, lid 2 Wnb waarbij in zo'n geval geen sprake is van een vergunningplicht is in lijn met het Europeesrechtelijke kader.³¹

Gelet op bovenstaande plaatsen wij vraagtekens bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak³² waaruit

20 Of projecten met een mogelijk significant verstoring effect op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen. Omdat bij depositie van stikstof veelal sprake is van (mogelijke) verslechtering en niet van verstoring (vgl. J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen: Paris 2016, p. 185), beperken wij ons in deze bijdrage tot de verslechtering.

21 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882.

22 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 91.

23 HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2014:330, r.o. 43 e.v.

24 HvJ EU 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482.

25 HvJ EU 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, r.o. 44.

26 HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220, r.o. 30.

27 Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 109.

28 *Kamerstukken II* 2006/07, 31038, 3, p. 14.

29 *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, 3, p. 103.

30 *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, 3, p.104.

31 A-G Kokott benadrukt in haar conclusie die voorafgaat aan het arrest van het Hof van Justitie dat de lidstaten een beoordelingsruimte hebben om een geschikt instrument te kiezen om de doelstellingen van artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn met betrekking tot de gevolgen van de betrokken activiteiten voor beschermingszones te realiseren; een vergunningplicht is een van die instrumenten (HvJ EU 25 juli 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:622).

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

blijkt dat bij overschrijding van de KDW “iedere toename, hoe gering ook (bijv. 0,02 mol N/ha/jr), leidt tot de conclusie dat een project significante gevolgen kan hebben, zodat daarvoor (een vergunning nodig is en (toevoeging auteurs)) een passende beoordeling moet worden gemaakt”. Wellicht dat hier sprake van kan zijn in een langdurige overschrijdingssituatie. Maar, zoals de Afdeling in de PAS-uitspraak zelf ook aangeeft, is het enkele feit dat de KDW wordt overschreden niet maatgevend voor de vraag of er wel of geen sprake is van een gunstige staat van instandhouding.³³ Met een gunstige staat van instandhouding en een geringe toename kan volgens ons via een voortoets worden uitgesloten dat er significante gevolgen kunnen zijn.

Overigens is ook een ‘tussenvariant’ een mogelijke interpretatie van het huidige kader. De wet biedt aanknopingspunten om de volgende redenering te hanteren: projecten die enig – maar geen significant – verslechterend effect kunnen hebben op de natuurlijke habitats, zijn weliswaar vergunningplichtig, maar daarvoor geldt niet het toetsingskader van artikel 2.8, lid 1 tot en met 8 Wnb maar het toetsingskader zoals neergelegd in artikel 2.8, lid 9.³⁴

Bij het beantwoorden van de vraag of een project vergunningplichtig is, speelt tot slot nog een voorvraag. Wanneer is een project dat bestaat uit meerdere elementen (plusjes en minnetjes) één project? Denk aan een bedrijf dat het plan heeft om een nieuwe installatie te realiseren (met een toename van emissie en depositie tot gevolg) en een wijziging van de grondstoffen door te voeren (met een afname van emissie en depositie tot gevolg). Als uit AERIUS berekeningen blijkt dat de inrichting na realisering van het voornemen op alle relevante hexagonen een lagere depositie veroorzaakt, staat – lijkt ons – wel vast dat significant verslechterende effecten kunnen worden uitgesloten. Een vergunningplicht is in zo'n geval niet noodzakelijk. Het lijkt er echter op dat als zo'n project langs de beslisboom wordt gelegd, men automatisch in de vergunningprocedure terecht komt (en met intern salderen aan de slag moet; zie hierover nader hoofdstuk 3 (f)). Dit kan vanuit de overheid bezien wenselijk zijn: de overheid wordt geïnformeerd over de (voorgenomen) activiteiten en kan aan een vergunning voorschriften verbinden om de positieve gevolgen te borgen. Maar gelet op bovenstaande menen wij dat dit niet strookt met de tekst en uitleg van de Wnb en Habitatrictlijn.

(e) **Drempelwaarde?**

Om de reikwijdte van de vergunningplicht te beperken tot projecten die daadwerkelijk relevant (kunnen) zijn voor de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden, is in het verleden gebruikgemaakt van zgn. drempelwaarden. De drempelwaarde die op PAS gebaseerd was, heeft – zie hierboven – geen rechtskracht meer. In reactie

daarop heeft de Tweede Kamer meermaals een oproep gedaan om praktisch om te gaan met de minimale deposities.³⁵ Ook in de literatuur wordt gewezen op onbedoelde en ongewenste effecten van een vergunningplicht voor lage deposities.³⁶

Het verbaast dan ook niet dat het kabinet in zijn brief d.d. 4 oktober jl. heeft aangekondigd per direct te verkennen of een drempelwaarde te hanteren valt voor projecten met kleine stikstofdeposities. Minister Schouten heeft de Raad van State inmiddels gevraagd om voorlichting over de mogelijkheid om in Nederland een stikstofaanpak te implementeren naar Duits model.³⁷ Tegelijk wordt gewerkt aan een pakket van maatregelen waarmee een grenswaarde zou kunnen worden onderbouwd. Hoewel dit te prijzen valt, is lastig te begrijpen dat hier zoveel tijd voor nodig is. De effecten van het zelf opgelegde moratorium op Wnb-projecten na de PAS-uitspraken en het deels voortduren daarvan moeten niet worden onderschat.

De mogelijkheid van een grenswaarde is er, in ieder geval in juridische zin.³⁸ Anders dan wel lijkt te worden aangenomen³⁹ blijkt uit de jurisprudentie over het ‘Toetsingskader ammoniak rondom Natura 2000 gebieden’⁴⁰ niet dat drempelwaarden juridisch onhoudbaar zijn. In zijn arrest⁴¹ overweegt het Hof dat het aan de lidstaat is om te beoordelen of een vrijstelling door middel van een drempelwaarde tot de mogelijkheden behoort. De lidstaat zal dan moeten “aan (te) tonen dat op basis van de door hem vastgestelde bepalingen, op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat plannen of projecten waarvoor dat toestemmingsregime geldt, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen hebben voor een Natura 2000-gebied”. In haar conclusie⁴² overweegt advocaat-generaal Kokott dat er argumen-

33 Zie o.a. r.o. 14.5: “Anders dan de Werkgroep ziet de Afdeling in het arrest geen aanknopingspunt dat de kritische depositiewaarde als een absolute grenswaarde zou gelden voor het bepalen van de gunstige staat van instandhouding van stikstofgevoelige habitattypen.”
 34 Zie Ch.W. Backes e.a., a.w. p. 109. Dit toetsingskader bestaat uit een belangafweging.

35 Zie bijvoorbeeld de woordvoerder van de SGP die over een depositie van 0,3 mol/ha/jr het volgende opmerkt: “Dat is, wij hebben dat vaker benoemd, dezelfde hoeveelheid stikstof als er in één ganzenkeulteltje zit.” (*Handelingen II* 2018/19, 96, item 13, p. 96-13-18).
 36 Ch.W. Backes, ‘De kater na de PAS-uitspraken. Hoe verder met de regulering van stikstofemissies?’, *NJB* 2019/1926 (p. 2281). Hij wijst erop dat het dagelijks één keer (!) uitlaten van een hond zo ongeveer leidt tot 14 mol/ha/jr; bij een keer per maand komt men al uit op 0,5 mol/ha/jr. Ook Woldendorp vraagt in zijn noot onder de uitspraak van ABRvS d.d. 30 oktober 2013 in *M&R* 2014/24 (ECLI:NL:RVS:2013:1694) aandacht voor de kleine deposities.
 37 Uit de brief blijkt dat de gevraagde voorlichting ziet op de voorwaarden waaronder in de Nederlandse context een drempelwaarde kan worden gehanteerd, zowel voor de kortere als de langere termijn.
 38 Zie ook Ch.W. Backes, ‘De kater na de PAS-uitspraken. Hoe verder met de regulering van stikstofemissies?’, *NJB* 2019/1926 (p. 2281). Backes beschrijft verschillende mogelijkheden.
 39 Zo meldt het kabinet in de kabinetsbrief van 4 oktober jl. als volgt: “Het toetsingskader ammoniak uit 2008 is juridisch niet houdbaar gebleken.” Het ligt echter genuanceerder. Zie de uitspraak van ABRvS d.d. 24 september 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BF2165) waarin werd overwogen dat op grond van het rapport niet kan worden uitgesloten dat een met toepassing van de drempelwaarde van 5% toegestane uitbreiding van een veehouderij, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante negatieve gevolgen heeft voor zwaarder dan gemiddeld belaste delen van een natuurgebied. Het rapport ging niet in op deze effecten maar alleen op de voorspelling dat acht jaar later de balans positief zou zijn.
 40 *Kamerstukken II* 2006/07, 30654, 43.
 41 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 109.
 42 HvJ EU 25 juli 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:622.

ten zijn om een dergelijke drempelwaarde te hanteren, mits deze waarden voldoende wetenschappelijk zijn gefundeerd om elke redelijke wetenschappelijke twijfel weg te nemen dat extra stikstofdepositie in deze omvang geen significante gevolgen kan hebben voor beschermingszones. Zij achtte het denkbaar dat de Nederlandse drempelwaarden solide zijn, onder meer omdat de waarden „slechts een fractie zijn van de „critical loads” van habitattypen die bijzonder gevoelig zijn voor stikstof”. Daarbij vond zij relevant dat het systeem voorzag in een automatische verlaging van de grenswaarde bij een te beperkte depositieruimte.⁴³ Belangrijk aandachtspunt is namelijk de cumulatie. Het Hof eist dat zeker moet zijn dat een activiteit, ook in cumulatie met andere plannen of projecten, geen significante schade kan veroorzaken. Daarvoor zouden waarborgen kunnen worden ingebouwd.⁴⁴

Hoe dan ook zal een solide ecologische onderbouwing ten grondslag moeten liggen aan een vrijstelling op basis van een drempelwaarde.

Ten slotte is in dit verband interessant of en hoe andere landen een drempelwaarde hanteren. In Duitsland is voor bepaalde projecten die een lage stikstofneerslag per hectare per jaar veroorzaken geen vergunning nodig. België – dat wil zeggen: Vlaanderen – toetst aan de hand van de KDW. Uitgangspunt is een drempelwaarde van 5% van de KDW; alles wat daaronder zit is niet vergunningplichtig.⁴⁵ Hoewel situaties in verschillende landen vanzelfsprekend verschillen, is het naar onze mening de moeite waard de verschillende systemen te onderzoeken.

(f) Vergunningverlening met toepassing van salderen

Begrippen: verschil tussen extern en intern salderen

Uitgaande van een vergunningplicht doet zich de vraag voor welke mogelijkheden tot vergunningverlening bestaan en welke randvoorwaarden daarbij gelden. En dan komen de begrippen intern en extern salderen om de hoek kijken; begrippen die we in de wetgeving trouwens niet terugzien.⁴⁶

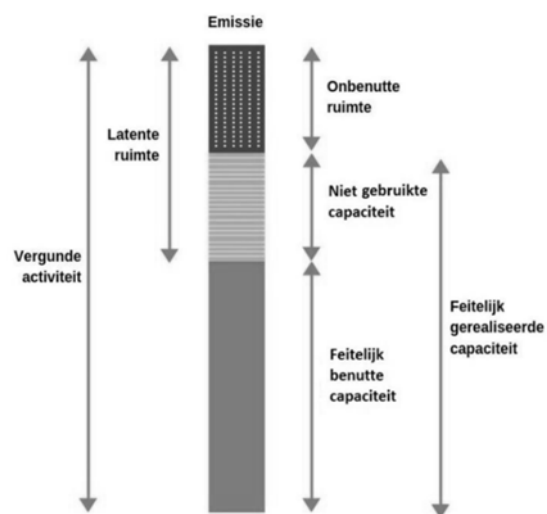
De hierboven genoemde beleidsregels geven allereerst een definitie van beide begrippen. Kort gezegd gaat het bij intern salderen om situaties waarin het aangevraagde project per saldo zelf niet leidt tot een toename van depositie ten opzichte van de eerdere toestemming binnen de begrenzing

van één project of locatie. Bij extern salderen gaat het om het (deels) intrekken van een toestemming voor stikstofemissie van één of meer activiteiten op een andere locatie ten behoeve van de verlening van een natuurvergunning voor een ander nieuw of gewijzigd project.

De beleidsregels bevatten een aantal voorwaarden waaraan vergunningverlening door middel van salderen moet voldoen. Die bespreken wij hier.

Intern salderen

Voor intern salderen mag – zo meldt artikel 7 van de beleidsregels – een activiteit alleen worden ingezet voor zover de emissie⁴⁷ was toegestaan in de referentiesituatie en sindsdien onafgebroken aanwezig is geweest of nog kan zijn tot het moment van intrekking van de toestemming. Bij de beoordeling van een aanvraag voor intern salderen betreft het bevoegd gezag uitsluitend de emissie van de activiteit voor zover intrekking van de daaraan ten grondslag liggende toestemming niet noodzakelijk is in verband met toepassing van artikel 6, lid 2 Habitatrictlijn.⁴⁸ Er mag alleen gebruik worden gemaakt van de in de toestemming opgenomen emissie voor zover de capaciteit aantoonbaar feitelijk is gerealiseerd. Daarbij wordt in beginsel uitgegaan van de op het moment van de aanvraag opgerichte installaties of gebouwen. Uitzondering daarop is mogelijk als op het moment van aankondiging van de beleidsregels het project nog niet volledig is gerealiseerd, maar wel aantoonbaar stappen zijn gezet met het oog op volledige realisatie of als daarvoor al significante investeringsverplichtingen zijn aangegaan. Ook is uitzondering op dit uitgangspunt toegestaan als het project noodzakelijk is voor de realisatie van de doelen in een Natura 2000-gebied en als sprake is van projecten voor onder meer wegen, vaarwegen, spoorwegen, luchtvaart, woningbouw, duurzame energieopwekking en energieprojecten van nationaal belang.



43 Daarmee mitigeerde het systeem het risico van cumulatie van stikstofdepositie uit een groot aantal op zichzelf gezien onbeduidende bronnen (de zogenoemde „dood door 1000 sneden”).

44 Bijvoorbeeld door de toelaatbaarheid van kleine deposities afhankelijk te maken van een verlagingstraject en door te monitoren door middel van metingen of verlaging van de totale depositie plaatsvindt. Zie ook Ch.W. Backes in NJB, voornoemd.

45 In verschillende publicaties worden waarden genoemd, waaronder 7,14 mol/ha/jr. Zie o.a. ‘Stikstofcrisis: Herinvoering drempelwaarde erg lastig’, *Cobouw* 2 oktober 2019, cobouw.nl en ‘Waarom Duitsland geen stikstofcrisis heeft’, Stadszaken 11 september 2019, stadszaken.nl. In het rapport ‘Comparison of ammonia regulation in Germany, the Netherlands and Denmark’ (University of Copenhagen, 2018) worden systemen van ammoniakregulering (waaronder drempelwaarden) vergeleken.

46 Ook de Omgevingswet en het Besluit kwaliteit leefomgeving (Stb. 2018, 292) bevatten geen definitie van deze begrippen.

47 De beleidsregels spreken over ‘N-emissie’, dat wordt gedefinieerd als stikstofverbindingen die direct of indirect vanuit een bron in de lucht, het water of de bodem wordt gebracht.

48 Zie hierover hoofdstuk 3 (i).

Er bestaat een belangrijk verschil tussen de voorwaarden voor interne saldering en die voor externe saldering. Het hierboven weergegeven schema, dat in de toelichting op de beleidsregels is terug te vinden, verduidelijkt dat verschil. Onbenutte ruimte mag bij interne saldering niet worden ingezet, maar niet gebruikte, gerealiseerde capaciteit wel. Reden voor dat laatste is dat men wil voorkomen initiatiefnemers onevenredig worden beperkt in het gebruik van hun vergunde rechten. Er vindt verder geen aanvullende afroming plaats. Dat ligt anders bij externe saldering.

Extern salderen

Voor extern salderen moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Er moet een directe samenhang bestaan tussen de intrekking van de toestemming voor de saldogevende activiteit en de verlening van de natuurvergunning voor de saldo-ontvangende activiteit. Daarnaast wordt 30% afgeroomd: bij de verlening van de natuurvergunning mag namelijk maximaal 70% van de emissie van de saldogevende activiteit worden betrokken. Verder wordt – in beginsel – bij het beoordelen van een aanvraag alleen gebruikgemaakt van de emissie van de saldogevende activiteit voor zover die aantoonbaar is benut op 8 oktober 2019 binnen de verleende toestemming en het deel van de toestemming van de saldogevende activiteit dat niet wordt benut wordt ingetrokken. De emissie van een saldogevende activiteit mag alleen voor saldering worden ingezet voor zover intrekking van de daaraan ten grondslag liggende toestemming niet plaatsvindt in verband met toepassing van artikel 6, lid 2 Habitatrictlijn (artikel 6, lid 1 tot en met 4 en lid 7 van de beleidsregels).

Wij merken op dat dit onderscheid tussen onbenutte ruimte en niet gerealiseerde capaciteit die de beleidsregels zowel voor intern als extern salderen hanteren, niet volgt uit jurisprudentie. Uit het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de PAS-regeling blijkt dat een dergelijke benadering in ieder geval wezenlijk afwijkt van de huidige uitvoeringspraktijk.⁴⁹ Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak geldt namelijk als uitgangspunt dat wordt gezien of de wijziging of uitbreiding van een project of andere handeling leidt tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de vergunde situatie voor de relevante Europeesrechtelijke referentiedatum. In reactie op dit advies heeft de wetgever de tekst van de memorie van toelichting instemmend aangepast.

(g) **Geen saldering mogelijk: individuele passende beoordeling**

Als zowel intern als extern salderen niet tot de mogelijkheden behoort, is vergunningverlening alleen mogelijk indien – na toepassing van het toetsingskader in artikel 2.8, lid 1 tot en met lid 8 Wnb – uit de individuele passende beoordeling “de zekerheid wordt verkregen dat (...) het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten”. Toestemming is dan alleen aan de orde als de lidstaat, na

alle aspecten van het plan of project te hebben geïdentificeerd die afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied in gevaar kunnen brengen en rekening houdend met de beste wetenschappelijke kennis ter zake, de zekerheid heeft verkregen dat het project geen blijvende schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het gebied. Daarvan is sprake wanneer wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat over het feit dat zulke gevolgen ontbreken.⁵⁰

Van belang in dit verband is dat een enkele overschrijding van de KDW niet automatisch betekent dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt. Overschrijding betekent volgens de huidige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wel – en uitsluitend – dat de mogelijkheid van een aantasting niet zonder meer afwezig is en dat een vergunningplicht geldt.⁵¹

Vergunningverlening zonder dat saldering hoeft plaats te vinden, is dus niet uitgesloten. Uiteraard staat of valt de vergunbaarheid in zo'n situatie met een ecologische onderbouwing. Die zal, zo realiseren wij, bij projecten in de nabijheid van overbelaste habitats lang niet altijd te geven zijn. Maar dat neemt niet weg dat er ongetwijfeld projecten zijn waarvoor die onderbouwing wel te geven is, helemaal wanneer sprake is van een kleine toename. In zo'n geval kan een passende beoordeling tot een vergunning leiden. Aan een ADC-toets komt men dan niet toe.

(h) **ADC-toets**

Ondanks negatieve of onzekere conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor een Natura 2000-gebied kan onder bepaalde voorwaarden toestemming worden verleend voor een project. Artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn (en artikel 2.8, lid 5 Wnb) biedt die mogelijkheid. In zo'n geval moet worden vastgesteld dat alternatieve oplossingen ontbreken (A), dat sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang (D) en dat alle nodige compenserende maatregelen (C) worden genomen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. Als sprake is van een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, gelden aanvullende voorwaarden.

In de Richtsnoeren inzake de bepalingen van artikel 6 van de Habitatrictlijn⁵² verduidelijkt de Europese Commissie een aantal begrippen die van belang zijn bij de toepassing van de ADC-toets. Zo beschrijft het document waaraan het onderzoek naar alternatieve oplossingen moet voldoen en

49 Kamerstukken II 2012/13, 33669, 4.

50 HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220.

51 ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:170, herhaald in de PAS-uitspraken. Zoals wij in dit artikel hebben opgemerkt plaatsen wij vraagtekens bij die lijn.

52 Europese Commissie PbEU 2019/C 33/01. Zie ook de voorafgaande 'Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn' uit januari 2007.

op welke manier de compenserende maatregelen vorm moeten krijgen.

Voor wat betreft de 'D'-toets is het volgende van belang. Onzeker is allereerst hoe de toepassing van het D-criterium bij gebiedsbescherming zich verhoudt tot de toepassing van het gelijkkluidende criterium in soorten-zaken. In de literatuur wordt er wel van uitgegaan dat de interpretatie van de criteria in grote lijnen hetzelfde is, maar dat de interpretatie niet altijd 1-op-1 kan worden overgenomen.⁵³

De Habitatrichtlijn geeft geen omschrijving van het begrip 'dwingende reden van groot openbaar belang'. In de tweede alinea van artikel 6, lid 4 (waar het gaat om prioritaire typen) worden de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid en voor het milieu wezenlijke gunstige effecten genoemd als voorbeelden van dwingende redenen van groot openbaar belang. Voor zover het gaat om andere dwingende redenen van groot openbaar belang van sociale of economische aard geldt dat alleen het door openbare instanties of particuliere organisaties behartigde openbaar belang tegen de instandhoudingsdoelstellingen van de richtlijn kan opwegen.⁵⁴ Wanneer een project weliswaar particulier van aard is, maar zowel door zijn aard zelf als door het economische en sociale kader ervan, werkelijk van groot openbaar belang is, én wordt aangetoond dat er geen alternatieve oplossingen zijn, kan sprake zijn van een dwingende reden van groot openbaar belang.⁵⁵

De Richtsnoeren bestempelen een aantal voorbeelden als 'aantoonbaar onontbeerlijk': projecten in het kader van maatregelen of beleidsoriëntaties die gericht zijn op de bescherming van voor het leven van de burger fundamentele waarden (gezondheid, veiligheid, milieu), in het kader van voor de staat en de samenleving fundamentele beleidsoriëntaties, en in het kader van de uitvoering van economische of maatschappelijke activiteiten waardoor specifieke openbare dienstverplichtingen worden nagekomen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft recent bevestigd dat deze lijst van voorbeelden niet uitputtend is. Uit die lijst met voorbeelden kan dan ook niet worden afgeleid dat in andere, niet genoemde situaties geen dwingende redenen van groot openbaar belang aanwezig kunnen zijn.⁵⁶

Uit de Richtsnoeren blijkt dat het aankomt op een afweging van belangen. Daarbij komt de lidstaten een ruime mate van beoordelingsvrijheid toe. De bevoegde nationale instanties moeten het verlenen van toestemming voor een project laten afhangen van de vraag of de dwingende redenen zwaarder doorwegen dan de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied dat de gevolgen van die initiatieven

zal ondervinden.⁵⁷ Daarbij geldt dat het belang dwingend moet zijn en dat dat doorgaans alleen het geval is bij op langere termijn persistente openbare belangen. Hoewel in de Richtsnoeren en jurisprudentie op dit punt geen concrete overwegingen te vinden zijn, wordt er wel van uitgegaan dat naarmate de aantasting ernstiger is, hogere eisen zullen worden gesteld aan de dwingendheid van het openbaar belang in de zin van artikel 6, lid 4.⁵⁸

Nederlandse jurisprudentie over de toepassing van dit criterium in relatie tot gebiedsbescherming is dun bezaaid. Jurisprudentie over de toepassing van dit, gelijkkluidende, criterium bij de soortenbescherming op grond van artikel 16, lid 1 (sub c) Habitatrichtlijn is talrijker.⁵⁹ In dit verband is van belang hoe de bestuursrechter de vaststelling dat sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang toetst. Hetzelfde geldt voor de toetsing van de verrichte belangenafweging. Beide toetsingen lijken terughoudend van aard.

Samenvattend achten wij aannemelijk dat veel bouwprojecten – niet alleen de grootschalige voor essentiële nationale projecten – zo nodig via een ADC-toets kunnen worden vergund.

(i) **Geldende vergunningen onherroepelijk?**

Tot slot in deze beschouwing een korte opmerking over de intrekking van Wnb-vergunningen.

In de vergunningen-uitspraak van 29 mei 2019, overwoog de Afdeling expliciet dat vergunningen die op PAS zijn gebaseerd en in rechte onaantastbaar zijn, het rechtsgevolg behouden dat zij hebben⁶⁰ niet aantast. Dat wekte de indruk dat houders van onherroepelijke vergunningen die op PAS waren gebaseerd (of al van daarvoor) niet hoefden te vrezen. Dat blijkt iets genuanceerder te liggen.

Artikel 5.4, lid 2 Wnb verplicht bestuursorganen namelijk om een vergunning als bedoeld in artikel 2.7, lid 2 Wnb in te trekken of te wijzigen "*indien dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn*". Een recente uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant⁶¹ heeft enige onzekerheid gecreëerd bij houders van onherroepelijke vergunningen. Daar waar de bestuursrechter bij de beoordeling van intrekkingbesluiten (of verzoeken daartoe) in het

53 Ch.W. Backes e.a., 2017, p. 147.

54 Zie Richtsnoeren, p. 42.

55 HvJ EU 16 februari 2012, C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82.

56 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560. Volgens de Afdeling kan ook een plan dat zelf geen bedrijvigheid mogelijk maakt, maar alleen infrastructuur, een essentiële bijdrage leveren aan de economie en de werkgelegenheid.

57 Richtsnoeren, p. 43. Zie voor een toepassing bijvoorbeeld HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622. En, voor soorten 20 september 2007 HvJ EU 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532.

58 Verbeek, a.w., 2016, p. 332 en Backes e.a., a.w. 2017, p. 152.

59 ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446 en Rb. Noord-Holland 16 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:6018, bevestigd in ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1491.

60 R.o. 32.7.

61 Zie hierover ook ons blogbericht 'Beoordelingskader voor intrekking van onherroepelijke Wnb-vergunningen na de PAS-uitspraken' (<https://www.stibbe.com/en/news/2019/september/beoordelingskader-voor-intrekking-van-onherroepelijke-wnb-vergunningen-habitatrichtlijn-na-29-mei-2019>).

verleden groot gewicht toekende aan de rechtszekerheid⁶² lijkt deze uitspraak dat in mindere mate te doen. Het is afwachten welke uitkomst deze procedure in hoger beroep laat zien.

4. **Civielrechtelijke aspecten PAS-uitspraak voor de bouwsector**

(a) **Inleiding**

Volgens het Adviescollege stikstofproblematiek (de Commissie Remkes), is de bouwsector verantwoordelijk voor 'slechts' 0,6% van de totale stikstofuitstoot. Ondanks deze relatief kleine bijdrage aan het stikstofprobleem zijn de gevolgen voor de sector in verhouding groot. Aannemers en projectontwikkelaars verkeren in onzekerheid met betrekking tot, naar aanleiding van de PAS-uitspraak, stilgelegde projecten. Bouwprojecten waarvan de vergunningen niet reeds onherroepelijk zijn en die berusten op PAS, staan op de tocht. Er moet ernstig rekening mee worden gehouden dat deze vergunningen worden vernietigd. Bouwprojecten die onder de drempel- of grenswaarde van de maximale stikstofuitstoot blijven en eerder geen vergunning behoeften, kunnen met handhaving worden bedreigd nu een inmiddels noodzakelijke vergunning ontbreekt. Ook bouwprojecten waarvan de vergunningen reeds onherroepelijk zijn, lijken niet honderd procent 'veilig'. Voor deze projecten kan het bevoegd gezag – reeds onherroepelijk geworden – vergunningen in bepaalde gevallen intrekken of wijzigen. Het is niet uit te sluiten dat bestuursorganen besluiten gebruik te maken van deze bevoegdheid en een reeds onherroepelijk geworden besluit intrekken. De onzekerheid die dit meebrengt kan tot problemen leiden. Projectfinanciers kunnen besluiten dat deze onzekerheid een onaanvaardbaar risico vormt, en ten gevolge hiervan de financiering van het project intrekken.

De gevolgen van de PAS-uitspraak voor de bouwsector moeten kortom niet onderschat worden. In deze paragraaf bespreken wij op hoofdlijnen een aantal civielrechtelijke mogelijkheden om de risico's die voortvloeien uit deze uitspraak voor de verschillende betrokkenen te mitigeren. Ter afsluiting stippen wij kort de mogelijkheid aan tot civielrechtelijke aansprakelijkheidstelling van de verschillende betrokkenen.

(b) **Civielrechtelijke verweren**

Onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW)

Daar waar vergunningen niet worden verleend, geschorst, vernietigd of ingetrokken kan dat ertoe leiden dat partijen bij een aannemingsovereenkomst, ontwikkelingsovereenkomst of bijvoorbeeld een koopovereenkomst hun verplichtingen niet kunnen nakomen. In dat geval kan het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) re-

levant zijn. Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden kan de rechter de overeenkomst (gedeeltelijk) wijzigen of ontbinden. Hiervoor is vereist dat sprake is van ten tijde van het sluiten van de overeenkomst toekomstige omstandigheden, van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.⁶³ In het algemeen is hier niet snel sprake van.

Overheidsmaatregelen kunnen, onder omstandigheden, als onvoorziene omstandigheden worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde eerder dat een, door een besluit van de Raad van de EG⁶⁴ ingevoerde, 'superheffing' als een onvoorziene omstandigheid kwalificeert. Voor Nederland hield deze heffing in dat de totale melkafzet 6,6% omlaag moest ten opzichte van het 'referentiejaar'. Vanwege de (bedrijfs-economische) gevolgen van deze heffing besloot Campina, in strijd met een eerder gesloten convenant, een distributiecentrum te sluiten. FNV kwam hiertegen in het geweer. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke Europese heffing een 'ingrijpende' onvoorziene omstandigheid is.⁶⁵ Het convenant werd gedeeltelijk gewijzigd waardoor sluiting van het distributiecentrum mogelijk was.

Het oordeel van de Hoge Raad, dat Europese regelgeving aanleiding kan geven om een overeenkomst (gedeeltelijk) te wijzigen of te ontbinden, is ook terug te vinden in een recente uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch.⁶⁶ Deze zaak speelde ten tijde van de invoering van nieuwe Europese regelgeving over het eurobetalingsverkeer. Het gevolg van deze regelgeving was dat het voor appellante niet langer mogelijk was om via de bestaande machtiging incasso's voor het door haar geleverde gas op basis van de tussen partijen gesloten transportovereenkomst uit te voeren. Hiervoor was ten gevolge van de nieuwe regelgeving een nieuwe machtiging vereist die geïntimeerde weigerde te geven. Hierdoor kon de transportovereenkomst (gedeeltelijk) niet langer nagekomen worden. Het Hof oordeelde dat deze omstandigheid, zijnde de nieuwe EU-regelgeving ten aanzien van het eurobetalingsverkeer, gezien moet worden als een niet-voorziene omstandigheid die buiten de invloedssfeer van de contractspartijen lag. Er was daarmee sprake van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mocht worden. Volgens het Hof was een gedeeltelijke wijziging van de overeenkomst ten aanzien van de voorwaarden van de overeengekomen betaalwijze daarmee gerechtvaardigd.⁶⁷

De PAS-uitspraak kan onze inziens tot de categorie omstandigheden worden gerekend waarbij ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven van

62 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8407 en ABRvS d.d. 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3244. Opgemerkt moet worden dat artikel 43 Nbw 1998 uitsluitend een intrekingsbevoegdheid bevatte, en geen verplichting zoals die nu in artikel 5.4, lid 2 Wnb is opgenomen.,

63 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (*Brijlant Schreuders/ABP*).

64 De Raad van de Europese Gemeenschap, samengesteld uit de ministers van landbouw.

65 HR 10 juli 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AC1532, r.o. 3.1.1, 3.2.3.

66 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1300.

67 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1300, r.o. 3.8.3.

redelijkheid en billijkheid niet langer verwacht kan worden. Bij een beroep op onvoorziene omstandigheden dient men rekening te houden met de stelplicht en bewijslast die ligt bij de zich op de onvoorziene omstandigheden beroepende partij. Aangezien de rechter terughoudendheid betracht bij de toepassing van dit artikel, is de stelplicht zwaar. Op de eiser rust de verplichting om te duiden welke niet in de overeenkomst verdisconteerde toekomstige omstandigheden maken dat de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid gewijzigd of ontbonden moet worden.

In de praktijk wordt bij de beoordeling of sprake is van onvoorziene omstandigheden door de rechter meegewogen dat een professionele partij binnen haar rechtsverhouding rekening dient te houden met bepaalde veranderingen.⁶⁸ De PAS-uitspraak werd reeds 'ingeleid' op 17 mei 2017, toen de Afdeling prejudiciële vragen stelde over PAS aan het Hof van Justitie. De rechter kan van mening zijn dat vanaf het moment van het stellen van de prejudiciële vragen geen sprake meer is van zuiver toekomstige omstandigheden. In het verlengde wordt mogelijk verwacht dat juist professionele partijen rekening houden met het risico dat de antwoorden op prejudiciële vragen negatief uit kunnen vallen. Dit geldt in het bijzonder wanneer een contract is gesloten nadat de Afdeling haar vragen aan het Hof van Justitie voorlegde. Ook al zou een rechter van mening zijn dat er wel degelijk sprake is van toekomstige omstandigheden, blijft het de vraag of deze omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.⁶⁹ Vooral bij een ter zake juridisch onkundige wederpartij kan zal naar verwachting niet snel aangenomen worden dat die partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Andersom geldt voor overheden – denk bijvoorbeeld aan gemeenten die grond verkochten – dat relatief vroege bekendheid met de problematiek van de PAS mocht worden verwacht.

Overmacht (artikel 6:75 BW)

Het uitgangspunt bij toepassing van het hiervoor besproken leerstuk van de onvoorziene omstandigheden is dat de rechter wordt gevraagd de overeenkomst (gedeeltelijk) te wijzigen of te ontbinden. Een contractspartij die als gevolg van de PAS-uitspraak bepaalde verplichtingen niet kan nakomen, kan ook een overmachtsverweer voeren. Hiervoor is vereist dat de tekortkoming niet te wijten is aan de schuld van de partij die zich op overmacht beroept, en tevens niet voor diens risico behoort te blijven. Behoudens uitzonderingsgevallen is voor een beroep op overmacht daarnaast vereist dat nakoming van de verbintenis (blijvend) onmogelijk is. Als het risico van het niet verkrijgen van een vergunning in een overeenkomst nadrukkelijk aan een bepaalde partij is toebedeeld, zal dit een beroep op overmacht van

die partij bemoeilijken. Rechtspraak ten aanzien van overmacht en het verkrijgen van vergunningen laat zien dat niet snel sprake is van een situatie waarin een beroep op overmacht wordt gehonoreerd. Zo kan er geen sprake zijn van overmacht wanneer een van de contractspartijen een specifieke garantie heeft afgegeven betreffende te verkrijgen vergunning(en).⁷⁰ Ook wanneer een dergelijke garantie niet is gegeven, brengen de verkeersopvattingen volgens het Hof 's-Gravenhage vaak mee dat de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van een bepaalde vergunning bij één van de contractspartijen ligt.⁷¹ Dit bemoeilijkt het overmachtsverweer van de aannemer nu hiervoor is vereist dat de tekortkoming niet voor rekening van de aannemer komt. Hiervan kan moeilijk sprake zijn wanneer op grond van de UAV-GC 2005 in combinatie met de door opdrachtgever opgestelde annex bij het contract het risico bij vernietiging van een vergunning 'bewust' bij de aannemer is gelegd.⁷²

UAV-GC 2005

Naast de besproken wettelijke mogelijkheden, bieden ook de UAV-GC 2005 – indien van toepassing verklaard – houvast bij de vraag wie het vergunningenrisico draagt. Artikel 6 UAV-GC 2005 bepaalt dat de verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van vergunningen verdeeld kan worden over beide partijen. Uitgangspunt hierbij is dat de opdrachtgever in een door hem op te stellen annex bij het contract aangeeft welke vergunningen hij voor zijn rekening neemt. De regeling wordt verder uitgewerkt in hoofdstukken 9 en 10. Deze komt er in het kort op neer dat bij het tekortschieten van een van de partijen tot het verkrijgen van de benodigde vergunning, de wederpartij de aan hem wettelijk toekomende rechtsvorderingen in kan stellen.⁷³ Naast de wettelijke mogelijkheden biedt de regeling de mogelijkheid om – in bepaalde gevallen – de overeenkomst op te zeggen krachtens de opzeggingsregeling in de UAV-GC 2005.⁷⁴ Voorbeelden van wettelijke rechtsvorderingen zijn het instellen van een rechtsvordering tot ontbinding of tot schadevergoeding. Daarbij geldt dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer beperkt is tot 5% van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs exclusief BTW indien de opdrachtnemer tekort schiet in zijn verplichting voor vergunningen te zorgen.⁷⁵ De regeling uit de UAV-GC 2005 is van overeenkomstige toepassing bij vernietiging van een tijdig verleende vergunning, zoals ten gevolge van de PAS-uitspraak kan gebeuren.

(c) *Contractuele bepalingen*

Regelmatig zal een contractuele ontbindende of opschortende voorwaarde zijn opgenomen die bij het ontbreken van de benodigde vergunningen in werking treedt. Bij een beroep op een dergelijke voorwaarde is het van belang hoe deze voorwaarde is geformuleerd en welke betekenis een rechter aan de voorwaarde toekent.

68 Hof Amsterdam 23 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG8028.

69 Hof Amsterdam 23 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG8028, r.o. 3.23.

70 Rb. Utrecht 20 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI4710.

71 Hof 's-Gravenhage 23 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF2173.

72 § 10 lid 9 UAV-GC 2005.

73 § 9 lid 3 jo. § 10 lid 4 UAV-GC 2005.

74 § 9 lid 5 sub b jo. § 10 lid 6 sub b jo. § 16 lid 8 UAV-GC 2005.

75 § 10 lid 5 UAV-GC 2005.

Rechters passen bij een geschil over de uitleg van een contractsbeding in de regel de *Haviltex*-criteria toe.⁷⁶ Bij die uitleg is beslissend de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen en aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Dat is niet anders wanneer een beding verstrekkende gevolgen heeft, of indien het een overeenkomst tussen professionele partijen betreft die zich hebben laten bijstaan door kundige juridische adviseurs.⁷⁷ De taalkundige uitleg van het beding is daarbij eveneens van belang, al is deze niet beslissend. Over een ruim geformuleerde ontbindende voorwaarde met betrekking tot het ontbreken van benodigde (bouw)vergunningen, oordeelde de rechtbank Rotterdam dat:

"een dergelijke voorwaarde bedoeld is om ontbinding van de overeenkomst mogelijk te maken indien het project uiteindelijk geen doorgang kan vinden omdat de daarvoor benodigde gemeentelijke toestemming ontbreekt. Voortzetting van de overeenkomst is in dat geval voor beide partijen zinledig omdat [Eiser] dan haar voorgenomen project niet kan realiseren en [Gedaagde] geen aanspraak maakt op betaling van de koopsom die immers is gekoppeld aan de mogelijkheid van realisatie van het project."⁷⁸

Bij toepassing van de *Haviltex*-criteria op een algemene ontbindende of opschortende voorwaarde lijken rechters voornamelijk naar de ratio van die voorwaarde te kijken. Dit blijkt eveneens uit een latere zaak van de rechtbank Midden-Nederland.⁷⁹ De ratio van een dergelijke ontbindende of opschortende voorwaarde is volgens de rechter gelegen in het belang om alleen aan de overeenkomst gebonden te zijn indien hetgeen met de overeenkomst wordt betoogd ook daadwerkelijk kan worden uitgevoerd en dus de daartoe vereiste vergunningen gegarandeerd zijn. Gebondenheid aan de overeenkomst wanneer deze door het ontbreken van de benodigde vergunningen niet-uitvoerbaar is, strookt niet met de ratio van de ontbindende voorwaarde.⁸⁰

(d) **Aansprakelijkheid o.g.v. onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)**

Tot slot merken wij – wellicht ten overvloede – op dat het hebben van een al dan niet onherroepelijke vergunning de aannemer of projectontwikkelaar niet vrijwaart van civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). De Hoge Raad oordeelde (onder andere) in het *Vermeulen/Lekkerkerker*-arrest dat ook een activiteit waarvoor de vereiste vergunning is verleend,

geen schade aan anderen toe mag brengen.⁸¹ In deze zaak werd uiteindelijk financiële schadevergoeding toegekend, ondanks de rechtsgeldige vergunning waarop de activiteit was gebaseerd. De conclusie uit deze zaak is dat naast een verleende vergunning volledige civielrechtelijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor de vergunninghouder blijft bestaan.

De PAS-jurisprudentie, in combinatie met het zojuist besproken *Vermeulen/Lekkerkerker*-arrest van de Hoge Raad, kan tot gevolg hebben dat aannemers of projectontwikkelaars civielrechtelijk aansprakelijk zijn. Immers, de PAS-uitspraak heeft tot gevolg dat de juridische basis voor stikstofdepositie, veroorzaakt door met toepassing van PAS vergunde bouwprojecten, wankel is. Het gevolg van de PAS-uitspraken kan daarmee zijn dat bouwprojecten een onrechtmatige bijdrage leveren aan de stikstofdepositie. Die bijdrage kan in bepaalde gevallen schade aan de natuur tot gevolg hebben.

Enige nuance hierbij is op zijn plaats, nu de Afdeling eveneens oordeelde dat de op basis van PAS verleende onaanastbare vergunningen, "*behouden het rechtsgevolg dat zij hebben*".⁸² Deze constatering roept vragen op wanneer deze wordt gelezen in het licht van de rest van de PAS-uitspraak en het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad. Hoe verhoudt deze constatering zich bijvoorbeeld met het onverbindend verklaren van PAS? En betekent dit dat stikstofdepositie, veroorzaakt met gebruikmaking van op PAS gebaseerde vergunningen, volgens de bestuursrechter in beginsel rechtmatig is? Verder is van belang dat een, op basis van PAS vergund bouwproject, na het verrichten van een individuele passende beoordeling vergund had kunnen worden (of alsnog zal kunnen worden). Wij kunnen ons kortom voorstellen dat de vraag naar de vergunbaarheid van de stikstofdepositie een rol speelt in de vraag of deze in beginsel onrechtmatig is. Indien desondanks vast zou staan dat sprake is van een dergelijke onrechtmatige gedraging, kunnen belangenorganisaties die zich inzetten voor natuurbehoud via civielrechtelijke weg proberen de onrechtmatige gedraging een halt proberen toe te roepen, waarbij indien aan de overige vereisten voor een onrechtmatige daad is voldaan eveneens schadevergoeding toegekend kan worden door de rechter.

5. Slotbeschouwing

In dit artikel hebben wij de stand van zaken na de PAS-jurisprudentie geschetst en de consequenties van die jurisprudentie gezien, zowel vanuit bestuursrechtelijk als civielrechtelijk perspectief.

Wij hebben aan de hand van wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur verkend welke (on)mogelijkheden er op dit moment bestaan om binnen de geldende grenzen pro-

76 In de regel, want bij overeenkomsten die voorwerp waren van een competitie of aanbesteding in concurrentie zal de rechter het 'cao-criterium' toepassen.

77 Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5683, r.o. 4.6; Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8037, r.o. 4.3.

78 Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8037, r.o. 4.3.

79 Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5683, r.o. 4.6.

80 Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5683, r.o. 4.7.

81 HR 10 maart 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AC1311, NJ 1972/278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*); HR 16 januari 1976, ECLI:EU:1976:166 (*Kalimijnen*).

82 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 32.7.

jecten door te laten gaan. Samenvattend valt te constateren dat de passende beoordeling zoals die in PAS was opgenomen niet voldoet aan de eisen die het Hof van Justitie stelt. Niet is uitgesloten dat alsnog voor een programmatische aanpak wordt gekozen, die wel houdbaar is. Tot die tijd geldt als uitgangspunt de beslisboom waarbij wij evenwel de nodige kanttekeningen hebben geplaatst. Allereerst: ook na een voortoets kan worden vastgesteld dat geen vergunningplicht bestaat. Verder leidt niet elke toename tot mogelijk significant negatieve effecten. Het hanteren van een drempelwaarde, mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden, is mogelijk. Ook menen wij dat de ADC-toets zich voor meer projecten leent dan wel eens wordt aangenomen, mede gelet op het feit dat het bevoegd gezag beoordelingsruimte toekomt.

Vervolgens hebben wij de gevolgen van de jurisprudentie beschouwd vanuit civielrechtelijk perspectief. Daarbij hebben wij een aantal verweren aangestipt en posities onder de loep genomen.

Wij verwachten dat zich de komende tijd op beide terreinen de nodige ontwikkelingen zullen voordoen. Ontwikkelingen om in de gaten te houden en om op terug te komen.