

## ANNOTATIE

### **Marieke Kaajan**

#### *Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 09-04-2014, ECLI:NL:RVS:2014:1211 (OGR-2014-0089)*

1. Onderhavige uitspraak is interessant vanwege het voorschrift dat aan de Nbw-vergunning was verbonden op grond waarvan deze vergunning van rechtswege zou vervallen voor die onderdelen van de inrichting die niet of niet volledig binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning, zijn voltooid en in werking zijn gebracht. Een voorschrift dat overeenkomt met artikel 8.18 lid 1 sub a Wm (oud) zoals we dat kenden vóór inwerkingtreding van de Wabo. GS hadden dit voorschrift in de vergunning opgenomen zodat, indien binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning, geen gebruik zou worden gemaakt van deze vergunning, de vergunde stikstofdepositieruimte weer beschikbaar zou komen voor andere initiatiefnemers. Op zichzelf een begrijpelijke gedachte. Gelet op de gevoeligheid van veel Natura 2000-gebieden voor stikstof, met als gevolg dat het vergunnen van activiteiten met stikstofdepositie tot gevolg in de praktijk niet eenvoudig is, ligt het voor de hand dat GS ongebruikte stikstofdepositieruimte weer ter beschikking aan iemand anders willen stellen.

2. Dat de ABRvS concludeert dat GS dit doel niet kunnen bereiken, is echter ook niet erg opmerkelijk, om meerdere redenen. Het belangrijkste argument is dat de intrekings- en wijzigingsgronden limitatief zijn opgenomen in artikel 43 lid 2 Nbw en dat het van rechtswege vervallen van een Nbw-vergunning geen wettelijke basis kent. Artikel 43 lid 2 Nbw bepaalt in welke gevallen een vergunning kan worden ingetrokken of gewijzigd. Kort gezegd kan dat indien (i) gehandeld wordt in strijd met de vergunning, (ii) de gegevens op grond waarvan de vergunning is verleend zodanig onjuist of onvolledig zijn dat een andere beslissing zou zijn genomen als de juiste gegevens bekend waren geweest op het moment dat de vergunning werd verleend, (iii) de vergunning in strijd met wettelijke voorschriften is verleend of (iv) de omstandigheden sinds het tijdstip waarop de vergunning is verleend zodanig zijn gewijzigd, dat de vergunning, als die nu zou worden verleend, niet of onder andere voorwaarden zou zijn

verleend. Met deze uitputtende regeling wordt de generieke bepaling van artikel 43 lid 1 Nbw als het ware ingevuld. In dat artikel is bepaald dat aan een vergunning voorschriften kunnen worden verbonden en dat een vergunning onder beperkingen kan worden verleend. Met deze uitspraak wordt, voor de eerste keer, duidelijk dat de generieke bepaling van het eerste lid voor wat betreft de intrekking- en wijzigingsgronden wordt ingeperkt door het tweede lid van artikel 43 Nbw.

3. Een ander terecht argument om het opgenomen voorschrift niet te accepteren is mijns inziens dat het voorschrift als zodanig onduidelijk is. Het begrip ‘inrichting’ is immers een begrip dat we kennen uit de milieuwetgeving. Een omgevingsvergunning voor het onderdeel milieu wordt verleend voor een inrichting. In dat geval is duidelijk waarop de vergunning betrekking heeft en wanneer delen van de inrichting niet zijn voltooid en in werking zijn gebracht. Een Nbw-vergunning wordt verleend voor een project en kan daarmee meer omvatten dan een inrichting. Immers, onderdelen van het project kunnen ook zijn de vervoersbewegingen van en naar een bepaalde inrichting/activiteit, het tijdstip waarop bepaalde werkzaamheden worden verricht, et cetera. Nu – althans, dat blijkt niet uit de uitspraak – het begrip ‘inrichting’ in de Nbw-vergunning kennelijk niet nader was gedefinieerd, is het voorschrift ook als zodanig onduidelijk.

4. Appellante stelde het voorschrift ook nog ter discussie onder aanvoering van het argument dat tegen een intrekkingbesluit op grond van artikel 43 lid 2 Nbw rechtsbescherming open zou staan en dat deze mogelijkheid tegen het van rechtswege vervallen van de vergunning conform het opgenomen voorschrift, niet openstaat. De ABRvS komt aan dit argument niet toe, maar op zichzelf lijkt me dit ook een valide argument. Weliswaar kan bij het verlenen van de vergunning tegen het voorschrift zelf worden opgekomen, maar indien het voorschrift vervolgens wordt geaccepteerd volstaat de loutere vaststelling dat de inrichting niet geheel of gedeeltelijk is voltooid en in werking is gebracht voor het van rechtswege vervallen van de vergunning. De constatering dat de vergunning van rechtswege is vervallen zou dan moeten worden aangemerkt als een bestuurlijk rechtsoordeel, waartegen niet eenvoudig bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Juist daar waar de Nbw kennelijk voorziet in een apart besluit bij intrekking of wijziging van een verleende Nbw-vergunning, zou ook daarin een reden kunnen worden gevonden om het betwiste voorschrift niet in de vergunning op te nemen.

5. Stonden GS dan wellicht andere middelen ter beschikking om hetzelfde doel te bereiken? Het voordeel dat het opgenomen voorschrift had, is juist gelegen in het feit dat de vergunning van rechtswege zou vervallen. Iedere andere optie zou leiden tot een nieuw besluit, waartegen rechtsmiddelen mogelijk zijn. Zo hadden GS mogelijk in de vergunning wel kunnen bepalen dat concreet beschreven onderdelen van het project (of het totale project) binnen een

bepaalde termijn zouden moeten zijn voltooid en in werking gebracht, maar ook in dat geval hadden GS vervolgens een handhavingsbesluit moeten nemen indien aan dit voorschrift niet zou zijn voldaan. Daarbij is het nog maar de vraag of de strekking van dit handhavingsbesluit dan zou kunnen zijn geweest dat de vergunning zou worden ingetrokken. Intrekking van een vergunning als handhavingsinstrument moet immers wel proportioneel zijn. Betwijfeld kan worden of dan bijvoorbeeld niet eerst een last onder dwangsom zou moeten worden opgelegd om de vergunninghouder alsnog de kans te geven om aan het voorschrift te voldoen. Waarschijnlijk wel.

6. Mogelijk hadden GS ook een van de intrekingsgronden van artikel 43 lid 2 Nbw kunnen toepassen. Zo zou wellicht gesteld kunnen worden dat de vergunning op basis van onjuiste/onvolledige gegevens was verleend (artikel 43 lid 2 sub b Nbw) of dat de omstandigheden sinds de vergunningverlening zodanig waren gewijzigd, dat de vergunning niet meer onder dezelfde voorwaarden zou zijn verleend (artikel 43 lid 2 sub d Nbw). Met name de intrekingsgrond onder b zou GS eventueel kunnen helpen. De stelling zou dan moeten zijn dat de vergunning niet verleend zou zijn als ten tijde van vergunningverlening duidelijk was geweest dat het project binnen drie jaar (of welke termijn dan ook) zou zijn gerealiseerd. Ik betwijfel ten zeerste of dit argument kans van slagen heeft. De intrekingsgrond onder d lijkt niet goed toepasbaar. Er moet dan immers een ecologische argumentatie aan het toepassen van deze intrekingsgrond ten grondslag liggen. De stelling zou dan kunnen zijn dat de situatie in het betrokken Natura 2000-gebied zodanig is gewijzigd, dat de vergunning niet meer zou kunnen worden verleend. Ook dit argument lijkt niet veel kans van slagen te hebben. Zeker niet, indien de achterliggende reden om tot intrekking te komen is gelegen in het feit dat daarmee weer stikstofdepositieruimte beschikbaar komt voor anderen! Alle instrumenten die de Nbw verder biedt – bijvoorbeeld de aanschrijvingsbevoegdheid van artikel 19c Nbw dan wel de specifiek op stikstof toegesneden regeling van artikel 19ke Nbw – kunnen in beginsel slechts worden toegepast indien maatregelen nodig zijn om verslechtering van de kwaliteit van de (voor stikstof gevoelige) habitats in een Natura 2000-gebied te voorkomen. Het intrekken van een vergunning om de daarmee vrijkomende depositieruimte ter beschikking te kunnen stellen aan een ander kan hieronder evenmin geschaard worden.

7. Het voorgaande overziende, is het dan ook niet eens zo vreemd dat GS hadden gekozen voor het voorschrift dat in deze uitspraak ter discussie stond. Hoewel de uitleg van de ABRvS past binnen de systematiek van de Nbw, kan het wel betreurd worden dat de Nbw kennelijk geen middel bevat dat op voorhand effectief is om te voorkomen dat ‘natuurruimte’ ten onrechte geclaimd blijft door partijen die niet van plan lijken te zijn deze ruimte op korte termijn te benutten.