

## ANNOTATIE

**Marieke Kaajan***Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13-11-2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931 (OGR-2013-0301)*

1. Stikstofdepositie en nieuwe ontwikkelingen: het blijft onder de Natuurbeschermingswet 1998 (NB-wet 1998) een lastige combinatie. Op allerlei manieren proberen wetgeving en de praktijk oplossingen te vinden om toch activiteiten toe te staan die leiden tot een toename van stikstofdepositie, ondanks het feit dat al zonder die activiteiten sprake is van een overbelaste situatie. Op het gebied van wetgeving springt natuurlijk het meest in het oog de in 2010 ingevoerde regeling om te komen tot een programmatische aanpak ter vermindering van stikstofdepositie (hierna: PAS); op dit moment nog maar een papieren tijger, aangezien de PAS nog steeds niet is vastgesteld en, nu de vaststelling al meerdere malen is uitgesteld, hier het credo is 'eerst zien, dan geloven'. Een in de praktijk beproefde methode is die van saldering van effecten. Mits saldering maar plaatsvindt in overeenstemming met de criteria die hiervoor in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, is dit ook feitelijk de enige manier waarop met beperkte risico's nog toestemming kan worden verleend voor projecten of plannen. Een ecologische beoordeling op grond waarvan wordt geconcludeerd dat, ondanks een toename van stikstofdepositie op een toch al overbelast habitatype, geen sprake is van significant negatieve effecten wordt immers slechts sporadisch gehonoreerd. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke situatie de uitspraak van de ABRvS van 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1573.

2. Saldering kan grofweg worden onderverdeeld in (1) interne en (2) externe saldering. Van interne saldering is sprake als een toename van stikstofdepositie vanwege een nieuwe activiteit van een bestaand bedrijf kan worden gerechtvaardigd aan de hand van een overschot van emissierechten (en daarmee corresponderende depositierechten) bij hetzelfde bedrijf. Bij externe saldering worden emissierechten van andere activiteiten beëindigd of beperkt, met als doel dat evenveel stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied weggenomen wordt als de hoeveelheid die wordt toegevoegd als gevolg van de nieuwe activiteit. Aan beide vormen van

saldering zijn in de jurisprudentie de nodige eisen gesteld (zie ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656; ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9630; ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7785 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891). Een depositiebank – waarvan in onderhavige uitspraak sprake is – kan worden beschouwd als een bijzondere vorm van externe saldering. Anders dan bij ‘gewoon’ extern salderen vindt bij een depositiebank geen saldering plaats op het niveau van (ingetrokken en verleende) vergunningen, maar op het niveau van deposities. Dat maakt voor de aanvaardbaarheid van deze wijze van salderen voor de ABRvS niet uit, mits er maar een directe samenhang tussen de in de depositiebank op te nemen en te onttrekken saldi bestaat. Aan de hand van dit criterium beoordeelt de ABRvS of de saldering via de depositiebank op de juiste wijze geschiedt.

3. Daarbij constateert de ABRvS ten minste een drietal gebreken op basis waarvan uiteindelijk geconcludeerd wordt dat saldering via de depositiebank van Noord-Brabant niet is toegestaan. Ten eerste blijkt dat in de depositiebank saldo is opgenomen van milieuvergunningen die zijn ingetrokken vóór oprichting van de depositiebank, hetgeen de ABRvS niet aanvaardbaar acht. De gedachte hierachter zal – waarschijnlijk – zijn dat er per definitie geen directe samenhang kan bestaan tussen deze vrijgevalle depositie en de in de depositiebank opgenomen, uit te geven depositierechten aangezien de depositierechten al beschikbaar kwamen op een moment dat de depositiebank nog niet bestond. Zo kan dus ook op geen enkele manier worden aangenomen dat deze vergunningen juist zijn ingetrokken ten behoeve van de depositiebank.

4. Een tweede pijnpunt voor de ABRvS is dat GS van Noord-Brabant voor de beoordeling van de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden uitgaan van een stand-stillsituatie ten opzichte van 7 december 2004. Toenames van stikstofdepositie ten opzichte van deze datum worden gesaldeerd met stikstofdeposities die op 7 december 2004 bestonden maar daarna zijn beëindigd. Dat principe wordt weliswaar door de ABRvS (impliciet) onderschreven voor zover het betreft de saldering op gebieden die zijn aangewezen op grond van de Habitatrichtlijn, maar niet voor Vogelrichtlijngebieden. Dat is ook niet zo opmerkelijk. Het gaat hier immers om de vraag wat het bestaande (depositie)recht was op het moment dat het gebiedsbeschermingsregime uit de Habitatrichtlijn voor Vogelrichtlijngebieden van kracht werd. Uit de in de jurisprudentie ontwikkelde lijn (beginnend met de uitspraak van de ABRvS van 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656) volgt dat dit regime van kracht werd op 10 juni 1994, voor zover het Vogelrichtlijngebieden betreft die op of vóór deze datum zijn aangewezen. Voor gebieden die na 10 juni 1994 zijn aangewezen, moet de datum van aanwijzing worden beschouwd als het moment waarop de verplichtingen uit artikel 6 Habitatrichtlijn van kracht zijn geworden. De consequentie daarvan is dus dat niet automatisch gesaldeerd kan worden met deposities die nog op 7 december 2004 konden

plaatsvinden, onder de aanname dat als er op deze wijze evenveel depositie zou worden weggenomen als er op die datum was toegestaan, de nieuwe activiteit per definitie vergunbaar is. Wellicht had, op basis van een aanvullende beoordeling, wel gedeeltelijke saldering kunnen plaatsvinden – doch deze beoordeling ontbrak in dit geval.

5. Het laatste knelpunt dat de ABRvS signaleert is dat in de depositiebank ook saldo is opgenomen van bedrijven die weliswaar nog over een milieuvergunning beschikten, maar geen veebestand meer hadden (of andere, relevante activiteiten verrichtten) ten tijde van de intrekking van de vergunning. Feitelijk kan een dergelijk bedrijf dan geen depositie meer veroorzaken, hetgeen tot de vraag leidt of het wel logisch is dat saldering met de depositierechten van dit bedrijf plaatsvindt. Immers, weliswaar treedt er dan, na saldering, wellicht op papier geen toename van depositie op, feitelijk is dat wel het geval. Uit eerdere jurisprudentie van de ABRvS kan al worden afgeleid dat niet de feitelijke maar juist de vergunde situatie bepalend is (zie ook ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656). In de onderhavige uitspraak voegt de ABRvS daar nog aan toe dat saldering inderdaad kan plaatsvinden bij een activiteit die fysiek niet meer wordt verricht en dus feitelijk niet meer aanwezig is, mits deze activiteit weer kan plaatsvinden zonder dat hiervoor een NB-wetvergunning op grond van artikel 19d lid 1 NB-wet 1998 voor projecten vereist is. Dat is bijvoorbeeld het geval indien er geen fysieke uitbreiding van een veehouderij plaatsvindt. Immers, alleen bij fysieke ingrepen in het milieu is sprake van een project in de zin van artikel 19d lid 1 NB-wet 1998 (ABRvS 27 december 2012, TBR 2012/57) en is dus mogelijk een vergunning voor projecten nodig. Opmerkelijk is echter wel dat het opnieuw in gebruik nemen van een stal – door het simpelweg plaatsen van vee in deze stal – mogelijk wel kan worden gekwalificeerd als ‘andere handeling’ in de zin van artikel 19d lid 1 NB-wet 1998, waarvoor wel een vergunning vereist kan zijn. Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk of de ABRvS bewust de beperking tot projecten heeft aangebracht, of dat ook nog relevant is of een artikel 19d lid 1 NB-wetvergunning voor andere handelingen vereist is. Nu ‘andere handelingen’ met mogelijk significant negatieve effecten echter niet op grond van de Habitatrictlijn aan een voorafgaande toestemming hoeven te worden onderworpen, zou het overigens logisch zijn dat bij de vraag of gesaldeerd kan worden met een beëindigde activiteit, inderdaad bewust is gesteld dat saldering alleen mogelijk is indien niet een projectartikel 19d lid 1 NB-wetvergunning is vereist.

6. Vanwege deze drie knelpunten kan saldering via de depositiebank niet plaatsvinden. Lang werd op deze uitspraak gewacht; het resultaat stemt echter niet positief. De uitspraak laat nog weer eens zien dat de praktijk roept om een PAS – maar uiteraard alleen een PAS die de toetsing van de ABRvS kan doorstaan!