

Notitie

Aan : Gedeputeerde Staten van de provincie Groningen
t.a.v. Olaf Slakhorst, Renée Bekker, Heleen Slager en Renate Groeneveld

Van : Christine Visser

Datum notitie : 21 oktober 2024

Referentie : D241384/CVI/cvi

Onderwerp : Analyse kwestie rode hexagonen

1. Inleiding

- Per 1 oktober 2024 is een nieuwe versie van AERIUS Calculator (**AERIUS**) beschikbaar. In het kader van deze update zijn onder meer nieuwe karteringen meegenomen. Deze nieuwe karteringen omvatten de habitattypen *Zilte pioniersbegroeiingen (H1310)* en *Schorren en zilte graslanden (H1330)* ter plaatse van industriegebied Oosterhorn in Delfzijl. Deze habitattypen zijn recent gecreëerd in het kader van het door Rijkswaterstaat gerealiseerde natuurproject 'Marconi Buitendijks'. Uit AERIUS blijkt dat de kritische depositiewaarde voor deze habitattypen op zeven hexagonen wordt overschreden. Er is sprake van zogenoemde *rode hexagonen* (zie afbeelding).



- De rode hexagonen zijn gelegen in een gebied dat tot 1 oktober 2024 werd aangeduid als *stikstofvergunningvrije zone Groningen (vergunningvrije zone)*. Dit hield verband met het feit dat het gebied (kort gezegd) buiten de rekenafstand van 25 km van (binnen Natura 2000-gebieden gelegen) overbelaste stikstofgevoelige hexagonen was gesitueerd.¹ Voor stikstof veroorzakende activiteiten die werden verricht binnen de vergunningvrije zone, was om die reden geen natuurvergunning² nodig. Significante gevolgen waren op voorhand uit te sluiten.

¹ De rekenafstand van 25 km is geïmplementeerd in AERIUS Calculator 2021, die vanaf 20 januari 2022 beschikbaar is. Sindsdien is deze toegepast. De rekenafstand is aanvaard door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een (tussen)uitspraak over ViA15 (zie ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299).

² Met de term *natuurvergunning* wordt in deze notitie bedoeld op een natuurtoestemming verleend op grond van de Natuurbeschermingswet 1998, de Wet natuurbescherming (al dan niet via een verklaring van geen bedenkingen bij een omgevingsvergunning) of op grond de Omgevingswet.

3. Gedeputeerde Staten van Groningen (**GS**) hebben hier de afgelopen periode naar gehandeld. Zo hebben zij vorig jaar 29 PAS-melders, die gevestigd zijn in deze zone, geïnformeerd dat er voor hen geen vergunningplicht geldt. Ook is een aantal positieve weigeringen afgegeven. Verder hebben GS in het kader van een hoger beroep over een intrekkingverzoek van een natuurvergunning gewezen op het feit dat er geen stikstofdepositie op overbelaste stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden wordt veroorzaakt en dus ook om die reden niet tot intrekking behoeft te worden overgegaan. Er is ook een aantal bestemmings- en omgevingsplannen vastgesteld of in procedure waarvan het plangebied in de zone is gelegen.
4. Terug moeten komen op eerdere besluiten en mededelingen met betrekking tot activiteiten in de vergunningvrije zone zou veel negatieve impact kunnen hebben voor betrokken overheden, bedrijven en andere stakeholders. Reden waarom mij is gevraagd te onderzoeken wat de gevolgen zijn van de update van AERIUS voor dergelijke activiteiten. Daarbij zijn de volgende vragen gesteld:

I. Wat zijn de juridische implicaties voor activiteiten³ die stikstofdeposities veroorzaken op de zeven rode hexagonen? Meer specifiek is de vraag of een nieuwe beoordeling moet plaatsvinden van activiteiten:

- (a) waarvoor eerder een natuurvergunning is afgegeven;*
- (b) waarvoor eerder een positieve weigering is afgegeven;*
- (c) juist geen van beide is afgegeven (terwijl bijvoorbeeld wel een omgevingsvergunning bouwen of milieu is afgegeven maar dan zonder natuurvergunning omdat dat niet nodig was); of*
- (d) van PAS-melders.*

En maakt het daarbij verschil of de activiteiten al zijn gerealiseerd?

II. Wat zijn de juridische implicaties voor de geweigerde intrekking van een natuurvergunning waarover nog hoger beroep aanhangig is?

III. Wat zijn de juridische implicaties voor omgevings- en bestemmingsplannen?

IV. Wanneer voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op de zeven rode hexagonen alsnog een beoordeling moet plaatsvinden, kan vanuit juridisch perspectief worden volstaan met een voortoets of moet een passende beoordeling worden gemaakt?

5. Deze vragen worden in paragraaf 4 beantwoord. Voor de beantwoording van deze vragen is het juridisch kader van belang. Dit schets ik in paragraaf 3. Er wordt ook een ecologische analyse gedaan door Beno Koolstra van Koolstra Advies. De

³ Deze analyse beperkt zich tot activiteiten in het gebied dat tot 1 oktober 2024 als de vergunningvrije zone Groningen werd aangeduid.

(voorlopige) uitkomsten daarvan zijn betrokken bij onderhavige analyse. Met het oog op de leesbaarheid vangt deze notitie aan met een managementsamenvatting.

2. Managementsamenvatting

6. Sinds 1 oktober 2024 is een update van AERIUS beschikbaar en wettelijk voorgeschreven. Hierin zijn zeven nieuwe rode hexagonalen aan het licht gekomen in een gebied dat tot 1 oktober 2024 werd aangeduid als de stikstofvergunningvrije zone Groningen. De rode hexagonalen zijn het resultaat van recent getroffen natuurmaatregelen: er zijn voor stikstof gevoelige habitats gerealiseerd op een locatie waar de KDW wordt overschreden. Voor stikstof veroorzakende activiteiten in het tot 1 oktober 2024 als vergunningvrije zone aangeduide gebied was destijds geen natuurvergunning nodig. GS hebben hiernaar gehandeld en verschillende besluiten genomen en mededelingen gedaan.
7. Vraag is of de (rode hexagonalen in de) update van AERIUS een noodzaak vormt (vormen) om terug te komen op eerdere besluiten en mededelingen. Uit de in deze notitie gemaakte analyse vloeit voort dat dit niet het geval is voor gerealiseerde activiteiten, ook als hier geen natuurvergunning is verleend. Hiervoor zijn althans goede juridische argumenten aanwezig. Daarbij is onder meer van belang dat in ons rechtssysteem een zwaar gewicht wordt toegekend aan het legaliteits-, vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Een initiatiefnemer moet als hij activiteiten realiseert af kunnen gaan op geldende wettelijke bepalingen (en de op grond daarvan verplicht voorgeschreven versie van AERIUS) alsook op besluiten en mededelingen van de overheid. Een latere wetwijziging (die het gebruik van de dan meest actuele versie van AERIUS voorschrijft) kan deze initiatiefnemer in beginsel niet worden tegengeworpen. Daarbij speelt in dit geval mee dat er ten tijde van de realisatie van de activiteiten (en ten tijde van de besluiten en mededelingen van GS) geen concrete aanwijzingen waren voor twijfel aan de geschiktheid van de toen geldende AERIUS-versie. Evenmin is vastgesteld dat de ten tijde van de realisatie geldende uitzondering op de natuurvergunningplicht (achteraf) in strijd moet worden geacht met de Habitatrichtlijn. De verschenen rode hexagonalen houden in dit geval immers verband met recente aanleg van *nieuwe* natuur. Dit maakt eerder legaal gerealiseerde activiteiten niet ineens illegaal. Dit is juridisch niet gerechtvaardigd, zou tot een onuitvoerbare situatie leiden en het draagvlak voor het treffen van natuurmaatregelen overigens ook ernstig aantasten. In deze notitie is toegelicht dat de beschikbare jurisprudentie nog geen uitsluitsel geeft over dit vraagstuk maar desalniettemin wel aanknopingspunten biedt voor de redeneerlijn.
8. Voor nog niet gerealiseerde activiteiten kan het anders liggen. Hiervoor kan – als niet eerder een natuurvergunning is verkregen – wel een beoordelingsplicht gelden. Daarvoor zijn de feiten van het geval van belang. Dit betekent overigens niet dat ook per definitie sprake is van een natuurvergunningplicht of een grondslag voor

handhavend optreden, integendeel. Uit een (ecologische) voortoets kan blijken dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten ondanks een toename van stikstofdepositie op de rode hexagonen. De (eerste) resultaten van de ecologische beoordeling die is gemaakt door Koolstra Advies wijzen hier ook op. In de ecologische beoordeling is onderzocht of een extra depositiebijdrage van – als voorbeeld 1 mol/ha/jaar – significante gevolgen kan hebben op de betrokken habitattypen (H1310 en H1330). Conclusie van de ecologische beoordeling is dat significante gevolgen op voorhand met zekerheid zijn uit te sluiten omdat een dergelijke bijdrage op geen enkele wijze kan leiden tot een verandering in de kwaliteit van beide habitats en evenmin kan leiden tot verlies van oppervlakte. Daarbij is ook gewezen op het feit dat de habitattypen waar het om gaat met honderden hectares zijn toegenomen sinds de aanwijzing van het Natura 2000-gebied De Waddenzee. Er zal kortom wel een beoordeling moeten plaatsvinden maar het is voorshands aannemelijk dat uitkomst van die beoordeling (een voortoets) is dat significante gevolgen met zekerheid zijn uit te sluiten en er dus geen natuurvergunning nodig is.

9. Voor het eerder vastgestelde besluit op het intrekkingsverzoek waarover nog wordt geprocedeerd heeft de update van AERIUS in beginsel geen gevolgen. Er kan wel aanleiding zijn de situatie te duiden in de lopende procedure. Ten overvloede wordt opgemerkt dat voor eventuele nieuwe intrekkingsverzoeken kan worden betoogd – wellicht onder verwijzing naar het gestelde in deze notitie over gerealiseerde activiteiten – dat realisatie van nieuwe natuur geen aanleiding vormt voor intrekking. Hierbij is echter wel van belang welke grondslag is opgevoerd voor de gevraagde intrekking zodat hier steeds per geval naar moet worden gekeken.
10. Voor plannen geldt dat de update van AERIUS geen gevolgen heeft als deze voor 1 oktober 2024 zijn vastgesteld (ook als deze nog niet onherroepelijk zijn). Voor plannen die nog niet zijn vastgesteld heeft de update wel gevolgen. Dit betekent overigens niet dat ook per definitie een passende beoordeling moet worden gemaakt voor het plan. Uit een (ecologische) voortoets kan blijken dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten ondanks een toename van stikstofdepositie op de rode hexagonen. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is aannemelijk dat voor deze habitattypen kan worden volstaan met een voortoets (zie randnr. 8).

11. In onderstaande tabel zijn de hoofdconclusies uit deze notitie weergegeven.

	Projecten	Bijzonderheden
1	Gerealiseerde activiteiten	a. Met natuurvergunning b. Met positieve weigering c. Geen natuurvergunning / positieve weigering d. PAS-melders die activiteiten hebben gerealiseerd
2	Activiteiten getoetst maar nog niet gerealiseerd	a. Met natuurvergunning b. Met positieve weigering c. Geen natuurvergunning / positieve weigering d. PAS-melders die activiteiten niet hebben gerealiseerd
3	Toekomstige activiteiten (nog niet bekend / getoetst)	Geen natuurvergunning / positieve weigering
4	Onherroepelijk vergund project waarvoor intrekingsverzoek is afgewezen	Besluit op intrekingsverzoek nog niet onherroepelijk

	Plannen	
5	Vastgesteld	a. Onherroepelijk b. Nog niet onherroepelijk
6	(Voor)ontwerp	Nog niet vastgesteld vóór 1 oktober 2024
<i>Betekenis kleuren</i>		
	<i>Geen gevolgen AERIUS update</i>	
	<i>Mogelijk wel gevolgen AERIUS update</i> → dit per geval beoordelen als dat aan de orde komt; → in voorkomend geval met ecologische beoordeling (voortoets) nagaan of significante gevolgen zijn uit te sluiten: <ul style="list-style-type: none"> → Zo ja: geen natuurvergunning nodig (blijkens eerst conclusies ecologisch onderzoek is dit hier het geval); → Zo nee: een passende beoordeling en een natuurvergunning nodig. 	

3. Juridisch kader

3.1 Algemeen

12. In Nederland bevinden zich 162 Natura 2000-gebieden. Hiervan zijn er ca. 125 gevoelig voor en overbelast met stikstofdepositie. Voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op deze met stikstof overbelaste Natura 2000-gebieden, dient te worden nagegaan of deze activiteiten significante gevolgen kunnen hebben (voortoets). Kunnen deze op voorhand worden uitgesloten, dan is geen

natuurvergunning nodig. Zijn significante gevolgen niet op voorhand uit te sluiten, dan moet een passende beoordeling worden opgesteld die de zekerheid moet verschaffen dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Geeft de passende beoordeling deze zekerheid niet dan kan alleen toestemming worden verleend na het doorlopen van de ADC-toets: er moet zijn aangetoond dat er geen Alternatieven zijn en dat er Dwingende redenen van groot openbaar belang zijn gediend met de activiteit. Er moet Compensatie plaatsvinden van negatieve gevolgen.

13. De beoordelingsplicht geldt voor plannen (waaronder bestemmings- en omgevingsplannen) en voor projecten. Er zitten enkele verschillen tussen de uitgangspunten voor de beoordeling van projecten en plannen.
14. Hierna wordt in paragraaf 3.2 de beoordelingsplicht voor projecten nader beschouwd. Daarbij worden (met het oog op vraag I, II en IV) de volgende onderwerpen geadresseerd:
- voortoets en positieve weigering;
 - rechtskarakter positieve weigering;
 - passende beoordeling en natuurvergunning;
 - keuze voortoets of passende beoordeling;
 - wijziging of intrekking natuurvergunning.
15. Aansluitend volgt in paragraaf 3.3 (met het oog op vraag III) nog een enkele (aanvullende) overweging die ziet op de beoordeling van plannen.

3.2 Projecten

Voortoets en positieve weigering

16. De vraag of significante gevolgen op voorhand kunnen worden uitgesloten, wordt behandeld in een voortoets. Daarbij wordt eerst een berekening gemaakt met het wettelijk verplicht voorgeschreven rekeninstrument AERIUS.⁴ Met ingang van 1 oktober 2024 is dit AERIUS Calculator versie 2024. Tot 1 oktober 2024 was de verplicht voorgeschreven versie AERIUS Calculator versie 2023.⁵
17. De voortoets heeft bij stikstof veroorzakende activiteiten globaal twee verschijningsvormen:
- a. een voortoets met intern salderen waarbij wordt aangetoond dat er ten opzichte van de referentiesituatie geen sprake is van een toename van stikstofdepositie;⁶

⁴ Artikel 4.15, tweede lid, Omgevingsregeling en Bijlage II bij artikel 1.4 Omgevingsregeling.

⁵ Volledigheidshalve wijs ik op het volgende. Met ingang van 1 januari 2024 is de Omgevingswet van toepassing. Er zijn aanvragen waarop ingevolge het toepasselijke overgangsrecht nog het oude recht moet worden toegepast en bijgevolg ook versie 2023. De Afdeling heeft daar anders over geoordeeld: als ná 1 oktober 2024 een besluit wordt genomen, moet toch de nieuwe versie van AERIUS worden gebruikt (zie ABRvS 4 september 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3356).

⁶ De referentiesituatie wordt bij projecten gevormd door de natuurvergunning of – bij het ontbreken daarvan – de milieutoestemming op de Europese referentiedatum tenzij deze nadien is

b. een *ecologische* voortoets waaruit blijkt dat significante gevolgen uitgesloten zijn ook al zijn er toenames van stikstofdepositie.⁷

18. Als de voortoets uitwijst dat significante gevolgen op voorhand uitgesloten kunnen worden, is (door de Spoedwet aanpak Stikstof die op 1 januari 2020 in werking is getreden) geen natuurvergunning nodig. Een initiatiefnemer kan er voor kiezen wel een natuurvergunning aan te vragen. GS zijn in dit geval echter niet bevoegd een natuurvergunning te verlenen. In dat geval wordt een *positieve weigering* afgegeven. Dit is een appellabel besluit: hier staan rechtsmiddelen tegen open.
19. Verschillende provincies – waaronder ook Groningen – hebben ervoor gekozen bij de positieve weigering een *disclaimer* op te nemen waarin is gesteld dat de beoordeling ziet op de huidige plannen, het huidige recht en het huidige beleid. Als de plannen in vorm of omvang veranderen of het recht, het beleid of de berekeningsmethodiek wijzigen, kan dit volgens de disclaimer tot gevolg hebben dat geen rechten meer kunnen worden ontleend aan de positieve weigering. Daarbij is vermeld dat als het recht of het beleid verandert of wanneer er een nieuwe berekeningsmethodiek (een nieuwe AERIUS versie) is vóórdat bouw-voorbereidende werkzaamheden aanvangen, opnieuw moet worden getoetst of significante gevolgen van het project kunnen worden uitgesloten.⁸

Rechtskarakter positieve weigering

20. Er wordt verschillend gedacht over het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van een positieve weigering van een natuurvergunning en de betekenis van de disclaimer. De rechtbank Gelderland heeft (kort samengevat) geoordeeld dat de rechtsgevolgen van een positieve weigering – ondanks de disclaimer – gelijk zijn aan die van een natuurvergunning.⁹ De rechtbank Oost-Brabant ziet dat niet zo: er zijn volgens deze rechtbank belangrijke verschillen. Zo kunnen geen voorschriften of beperkingen aan een positieve weigering worden verbonden. Bovendien leidt een positieve weigering niet tot een nieuwe referentiesituatie.¹⁰
21. Er is hoger beroep ingesteld tegen zowel de uitspraak van de rechtbank Gelderland als die van de rechtbank Oost-Brabant. De Afdeling heeft in deze beide procedures uitspraak gedaan en bevestigd dat als significante gevolgen op voorhand uitgesloten zijn, GS niet bevoegd zijn een natuurvergunning te verlenen. De Afdeling heeft zich echter niet uitgelaten over de betekenis van een positieve weigering bij een wijziging

vervallen, geëxpireerd of minder is vergund. Dan vormt het mindere de referentiesituatie (zie ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*Logtsebaan*)). Is er geen milieutoestemming afgegeven, dan kan een referentiesituatie worden ontleend aan algemene regels die golden op de Europese referentiedatum, mits deze zijn gecontinueerd en feitelijk gebruik binnen deze regels heeft plaatsgevonden (zie ABRvS 12 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2874).

⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129 (*Porthos*).

⁸ Ook in de provincie Groningen wordt met dergelijke disclaimers gewerkt, zie [ontwerpbesluit Ow N2000 Dwarsweg22_18sep2024 gelakt.pdf \(provinciegroningen.nl\)](#).

⁹ Rb Gelderland 18 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5829.

¹⁰ Rb. Oost-Brabant 1 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5232.

of uitbreiding van een activiteit of bij een wijziging van regelgeving, het beleid of de berekeningsmethodiek. Dit moet aan de orde worden gesteld bij een procedure over een besluit dat in kader daarvan wordt genomen, aldus de Afdeling.¹¹ Hierdoor wordt momenteel nog steeds gediscussieerd over de betekenis van een positieve weigering en de rechts(on)zekerheid.

22. Een natuurvergunning biedt ten opzichte van een positieve weigering (of géén besluit) het meest rechtszekerheid. Dit neemt niet weg dat er mijns inziens goede argumenten zijn om te stellen dat, als een positieve weigering is afgegeven én de activiteit is gerealiseerd, een update van AERIUS geen grondslag vormt voor een nieuwe beoordeling. Dat licht ik als volgt toe.
23. De positieve weigering (een bestuurlijk rechtsoordeel) is een zelfstandig en definitief bedoeld oordeel van een bestuursorgaan over de toepasselijkheid op een bepaald moment van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan dat orgaan bevoegdheden heeft.¹² Rechtssubjecten moeten hierop kunnen afgaan gelet op het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel die in ons juridisch stelsel besloten liggen. Dit geldt te meer omdat een positieve weigering van een natuurvergunning blijkens jurisprudentie van rechtbanken en Afdeling een appellabel besluit oplevert. Het is niet vanzelfsprekend dat een bestuurlijk rechtsoordeel appellabel is. Het aannemen dat een bestuurlijk rechtsoordeel appellabel is, dient juist redenen van rechtszekerheid en rechtsbescherming.¹³
24. Een latere wetswijziging – de nieuwe versie van AERIUS is voorgeschreven door de wijziging van de Omgevingsregeling die op 1 oktober 2024 is ingegaan – kan de initiatiefnemer die op grond van de positieve weigering heeft gehandeld, niet worden tegengeworpen. Deze was niet van toepassing toen hij zijn activiteiten realiseerde. Daarbij weegt mee dat de latere wetswijziging ook niet maakt dat het bestuurlijk rechtsoordeel dat voorafgaand aan 1 oktober 2024 is afgegeven onjuist is geweest: dat oordeel is gebaseerd op de destijds meest actuele kennis en inzichten maar ook de op dat moment geldende feiten en omstandigheden. Ook jurisprudentie van de Afdeling maakt duidelijk dat afgegaan moet kunnen worden op de versie van AERIUS die ten tijde van een beoordeling van toepassing is¹⁴ tenzij er concrete aanwijzingen zijn voor twijfel aan de geschiktheid.¹⁵ Die is er in dit geval niet. De nieuwe versie is 'slechts' het gevolg van een actualisatie van de uitgangspunten en informatie waar het rekeninstrument van uitgaat. Dit dient ervoor om ten tijde van besluitvorming uit te kunnen gaan van de meest recente wetenschappelijke inzichten en de meest actuele feiten en omstandigheden maar maakt niet dat er bij eerdere besluiten niet van de eerdere versie kon worden uitgegaan. Een destijds gemaakte uitzondering op de vergunningplicht is en was ook niet in strijd met de Habitatrichtlijn.

¹¹ ABRvS 17 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:129 en ECLI:NL:RVS:2024:131.

¹² Conclusie 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249 (zie o.a. r.o. 3.4 e.v.).

¹³ Conclusie 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116 (zie o.a. r.o. 3.5)

¹⁴ ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1054 r.o. 15.14.

¹⁵ ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299 r.o. 20.7.

25. Het voorgaande geldt te meer nu de nieuwe versie uitgaat van actuele feiten en omstandigheden die nog niet bekend waren (of: zelfs aan de orde waren!) ten tijde van de realisatie van vergunningvrije activiteiten. Het gaat (in ieder geval voor de rode hexagonen waar het in deze kwestie om gaat) om gewijzigde omstandigheden van latere datum. Bij de afweging of zo'n gewijzigde omstandigheid aanleiding kan vormen in te grijpen in de rechtspositie van belanghebbenden, weegt de rechtszekerheid juist heel zwaar (vgl. in dat verband de hierna onder randnr. 37 e.v. te bespreken regels voor het wijzigen of intrekken van natuurvergunningen).
26. Een andere benadering zou er ook voor zorgen dat bij iedere update van AERIUS tal van legaal verrichte activiteiten illegaal worden bijvoorbeeld omdat er nieuwe natuur is gerealiseerd (zoals in dit geval). Los van de rechtszekerheid van de initiatiefnemers die daardoor onaanvaardbaar zou worden aangetast, zou een andere benadering ook onuitvoerbaar zijn. Bij elke update zouden in theorie alle activiteiten in Nederland waarvoor niet eerder een natuurvergunning nodig was, doorgerekend moeten worden althans speelt bij al deze activiteiten een handhavingsrisico.
27. De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant biedt steun voor de redeneerlijn dat, als een positieve weigering is afgegeven én de activiteit is gerealiseerd, een update van AERIUS geen grondslag vormt voor een nieuwe beoordeling. De rechtbank overweegt:

"Het bestuurlijke rechtsoordeel dat geen natuurvergunning nodig is, betekent dat het aangevraagde project op grond van de wet mag worden uitgevoerd. Als eisers echter wachten met de uitvoering van het project, kan het rechtsoordeel zijn waarde verliezen. Het rechtsoordeel gaat namelijk uit van de huidige aanvraag, het ten tijde van het rechtsoordeel geldende recht en het op dat moment toegepaste programma voor de berekening van stikstofdepositie. Als sprake is van relevante wijzigingen op één van die punten, kan het zijn dat wel een natuurvergunning nodig is." (mijn onderstreping, CV)

28. Uit de onderstreepte overweging kan worden afgeleid dat projecten die zijn uitgevoerd, niet worden geraakt door latere wijzigingen zoals een update van AERIUS. Maatgevend is het ten tijde van de realisatie geldende recht en de op dat moment wettelijk voorgeschreven versie van AERIUS.
29. Ook de in de positieve weigering opgenomen disclaimer laat hier ruimte voor. Daarin is zoals hierboven in randnummer 19 is opgemerkt vermeld:

"als het recht of het beleid verandert of wanneer er een nieuwe berekeningsmethodiek (een nieuwe AERIUS versie) is vóórdat bouw-voorbereidende werkzaamheden aanvangen, opnieuw moet worden getoetst of significante gevolgen van het project kunnen worden uitgesloten." (mijn onderstreping, CV)

30. De disclaimer ziet dus alleen op gevallen waarin toepasselijke regels of AERIUS wijzigen voordat de realisatie is gestart. Dit sluit aan op de hierboven ingenomen stelling dat de positieve weigering waarde behoudt voor gerealiseerde activiteiten. Volledigheidshalve merk ik op dat een positieve weigering daaromtrent houvast geeft (het betreft een oordeel van het ter zake bevoegde gezag). Daarmee is niet gezegd dat een positieve weigering een noodzakelijke voorwaarde vormt om zonder vergunning legaal gestarte activiteiten legaal te kunnen voortzetten na een update van AERIUS, integendeel. Ook als een initiatiefnemer geen positieve weigering heeft aangevraagd en verkregen, kunnen legaal gestarte activiteiten mijns inziens legaal worden voortgezet. Het vergunningvrij zijn vloeit voort immers uit de wet en niet uit het bestuurlijk rechtsoordeel. Het vergunningvrij zijn is bovendien niet in strijd met de Habitatrichtlijn. Ik zie ook voor die situatie kortom geen grondslag voor handhavend optreden vanwege overtreding van het verbod de activiteit te verrichten zonder natuurvergunning. Dit ligt anders in de situatie dat een activiteit niet is gerealiseerd en een wijziging optreedt. Dan kan de positieve weigering (of een eerder gemaakte eigen beoordeling) zijn waarde wél verliezen en speelt mogelijk een handhavingsrisico. De initiatiefnemer heeft dit risico genomen omdat hij geen gebruik heeft gemaakt van de beoordeling. Voor die situatie – als een activiteit nog niet is gerealiseerd – biedt een natuurvergunning wél meer rechtszekerheid.
31. Bij het voorgaande past de kanttekening dat deze redeneerlijn nog niet is bevestigd door de hoogste bestuursrechter. De Afdeling heeft het vraagstuk helaas nog voor zich uit geschoven. En bij de analyse moet ook worden aangetekend dat er in de praktijk wel tal van discussies denkbaar zijn (zeker als geen positieve weigering is gevraagd). Onderhavige situatie is echter overzichtelijk: zeven rode hexagonen die zijn ontstaan door recent getroffen natuurmaatregelen. Het lijkt me onhoudbaar dat deze situatie tot illegaliteit van legaal gerealiseerde activiteiten leidt. Hoewel voor de juridische analyse misschien niet doorslaggevend, zou een andere uitkomst ook ieder draagvlak voor het treffen van natuurmaatregelen ondermijnen. Een natuurmaatregel zou dan immers direct tot illegaliteit kunnen leiden van tal van voorheen legale activiteiten.

Passende beoordeling en natuurvergunning

32. Wanneer de voortoets uitwijst dat significante gevolgen niet op voorhand kunnen worden uitgesloten, dient eerst een *passende beoordeling* te worden gemaakt. Wanneer de passende beoordeling de zekerheid geeft dat de toename van stikstofdepositie de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden niet aantast, dan kan de natuurvergunning worden verleend.
33. Aan een passende beoordeling worden hoge eisen gesteld: deze moet gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis en moet elke redelijke wetenschappelijke twijfel wegnemen. De passende beoordeling moet actueel zijn, geen leemten in kennis bevatten en volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies

bevatten. In een passende beoordeling mag rekening gehouden worden met mitigerende maatregelen, bijvoorbeeld extern salderen. Een passende beoordeling kan ook een ecologische beoordeling zijn waaruit blijkt dat een toename van stikstofdepositie geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert.¹⁶

Keuze voortoets of passende beoordeling

34. Uit het voorgaande blijkt dat ook activiteiten die een toename veroorzaken op al overbelaste stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden, kunnen worden toegestaan. Dit gebeurt doorgaans op grond van een (ecologische) passende beoordeling maar er zijn ook voorbeelden waarin dit is gedaan met een (ecologische) voortoets (bijvoorbeeld bij het Porthos-project).

35. Of een rapport als een voortoets of een passende beoordeling moet worden gekwalificeerd is niet zwart/wit. Uit de Porthos-uitspraak¹⁷ blijkt dat de inhoud van het rapport bepalend is. Kort gezegd geldt dat als conclusies getrokken kunnen worden op grond van bestaande en beschikbare informatie en geen nader veldonderzoek of uitvoerige ecologische beoordelingen nodig zijn, een rapport als voortoets kan worden gekwalificeerd.

36. Als een ecologisch rapport als voortoets wordt gekwalificeerd, en op grond daarvan wordt geconcludeerd dat significant gevolgen op voorhand kunnen worden uitgesloten, is geen natuurvergunning nodig. Er kan wel een positieve weigering worden afgegeven. Gelet op de discussie over de rechtsgevolgen van een positieve weigering hebben veel initiatiefnemers een voorkeur voor een natuurvergunning en dus de voorkeur het ecologisch rapport als een passende beoordeling te kwalificeren. De rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat als er twijfel is over het karakter van het ecologisch rapport, het bevoegd gezag beoordelingsruimte heeft en het rapport – mede gelet op het voorzorgsbeginsel – zekerheidshalve als passende beoordeling kan aanmerken die aan een natuurvergunning ten grondslag kan worden gelegd.¹⁸ Hier lijkt dus enige ruimte voor aanwezig.

Wijziging of intrekking onherroepelijke natuurvergunning

37. In de toepasselijke regelgeving is een bevoegdheid (en voor sommige situaties zelfs een verplichting) opgenomen om een onherroepelijke natuurvergunning te wijzigen of in te trekken.¹⁹ Wanneer het gaat om een bevoegdheid tot intrekking of wijziging (bijvoorbeeld vanwege gewijzigde omstandigheden), dan dient een belangenafweging

¹⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:741 en VzABRvS 21 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2533.

¹⁷ ABRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129 (*Porthos*)

¹⁸ Rb Midden-Nederland 16 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6106.

¹⁹ Voorheen artikel 5.4 Wnb en thans artikel 18.10, eerste en vierde lid, Omgevingswet en artikel 8.97, eerste lid, en 8.103, eerste lid, Besluit kwaliteit leefomgeving.

te worden gemaakt en komt een zwaar gewicht toe aan het belang van de rechtszekerheid van de vergunninghouder.²⁰

3.3 Plannen

38. De hiervoor beschreven beoordelingsplicht (met voortoets of passende beoordeling) geldt ook voor plannen (waaronder bestemmings- en omgevingsplannen) die een toename voor stikstofdepositie veroorzaken op met stikstof overbelaste Natura 2000-gebieden. De beoordeling wordt uitgevoerd door het bevoegd gezag dat bevoegd is tot vaststelling van het plan. Bij een bestemmingsplan of omgevingsplan is dit de gemeenteraad.
39. De beoordeling van plannen komt grotendeels overeen met de hierboven geschetste beoordelingsmethodiek voor projecten maar er zijn ook verschillen. Zo wordt voor de *referentiesituatie* die wordt toegepast voor intern salderen bij plannen gekeken naar de feitelijk bestaande, planologisch legale situatie ten tijde van de vaststelling van het plan. Verder geldt dat als significante gevolgen niet op voorhand zijn uit te sluiten en een passende beoordeling moet worden gemaakt, ook een milieueffectrapport moet worden gemaakt voor het plan.²¹ Dit vormt voor veel bevoegde gezagen aanleiding om vooral in te zetten op een voortoets. Er gelden bij deze verschillen nog enkele nuances maar deze laat ik, gelet op de vragen die in deze notitie voorliggen, verder onbesproken.

4. Beantwoording vragen

40. Hierna volgt, tegen de achtergrond van het hiervoor geschetste juridisch kader, een antwoord op de gestelde vragen.

I. Wat zijn de juridische implicaties voor activiteiten²² die stikstofdeposities veroorzaken op de zeven rode hexagonen? Meer specifiek is de vraag of een nieuwe beoordeling moet plaatsvinden van activiteiten:

- (a) waarvoor eerder een natuurvergunning is afgegeven;*
- (b) waarvoor eerder een positieve weigering is afgegeven;*
- (c) juist geen van beide is afgegeven (terwijl bijvoorbeeld wel een omgevingsvergunning bouwen of milieu is afgegeven maar dan zonder natuurvergunning omdat dat niet nodig was); of*
- (d) van PAS-melders.*

En maakt het daarbij verschil of de activiteiten al zijn gerealiseerd?

²⁰ Zie ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, r.o. 6.5 (*Logtsebaan*) en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8407.

²¹ Voorheen artikel 7.2a Wet milieubeheer, thans artikel 16.36, tweede lid, Omgevingswet. Hier kan overigens een uitzondering op worden gemaakt. Het bespreken van deze uitzonderingen gaat het bestek van onderhavige notitie te buiten.

²² Deze analyse beperkt zich tot activiteiten in het gebied dat tot 1 oktober 2024 als de vergunningvrije zone Groningen werd aangeduid.

41. De update van AERIUS vormt geen reden om een nieuwe beoordeling te doen van activiteiten waarvoor eerder een natuurvergunning is afgegeven (a). Het maakt daarbij niet uit of de activiteit al is gerealiseerd: de natuurvergunning geeft in die zin veel rechtszekerheid.
42. Voor activiteiten waarvoor geen natuurvergunning is afgegeven, ligt dat anders. Zijn de activiteiten gerealiseerd voorafgaand aan 1 oktober 2024, dan zou gelet op het gestelde onder randnummer 20 e.v. geen nieuwe beoordeling plaats behoeven te vinden. Dat geldt zowel voor activiteiten waarvoor een positieve weigering is afgegeven (b) als voor activiteiten waarvoor dat niet is gedaan (c) als voor PAS-melders die de activiteiten hebben gerealiseerd (d).
43. Zijn deze activiteiten echter niet gerealiseerd voorafgaand aan 1 oktober 2024, dan kan de update van AERIUS wel een grondslag vormen voor een verplichte beoordeling. Door niet tijdig gebruik te maken van de uitzondering op de vergunningplicht, is deze mogelijk niet meer bruikbaar. Dit dient per geval te worden beoordeeld. Voor toekomstige activiteiten waarvoor nog geen beoordeling heeft plaatsgevonden, geldt dat de beoordeling sowieso moet worden gedaan op grond van de nieuwe versie van AERIUS. Daarmee is overigens niet gezegd dat sowieso sprake is van een natuurvergunningplicht, integendeel. Zie verder het antwoord op vraag IV.

II. Wat zijn de juridische implicaties voor de geweigerde intrekking van een natuurvergunning waarover nog hoger beroep aanhangig is?

44. Er speelt één kwestie waarbij is verzocht om intrekking van een onherroepelijke natuurvergunning. Hierop is een afwijzend besluit genomen waarover nog een hoger beroepsprocedure loopt bij de Afdeling. Het bestreden besluit dat voorligt dateert van ruim vóór 1 oktober 2024. Gezien de ex tunc toetsing die plaatsvindt in de hoger beroepsprocedure, komt in beginsel geen betekenis toe aan de recente update van AERIUS. Het kan wel opportuun zijn de ontstane situatie te duiden in het kader van de hoger beroepsprocedure. Dit geldt te meer omdat naar ik heb begrepen, in het kader van deze procedure is gesteld dat door de rekenafstand van 25 km thans geen vergunningplicht meer bestaat. Het kan goed zijn om toe te lichten dat de zeven rode hexagonen niet tot een ander oordeel leiden. Daarbij kan mogelijk gebruik worden gemaakt van (argumenten voor) de redeneerlijn die is weergegeven onder randnummer 20 e.v. Ten overvloede: voor nieuwe intrekkingsverzoeken kan de redeneerlijn over bestaande activiteiten bruikbaar zijn om tot afwijzing over te gaan. Dit dient echter steeds te worden beoordeeld op grond van het betreffende intrekkingsverzoek en de daaraan ten grondslag gelegde grondslag.

III. Wat zijn de juridische implicaties voor de omgevings- en bestemmingsplannen?

45. Voor omgevings- en bestemmingsplannen die zijn vastgesteld vóór 1 oktober 2024 heeft de update van AERIUS geen juridische implicaties. Dat geldt ook als het plan

nog niet onherroepelijk is. In een eventuele beroepsprocedure wordt namelijk ex tunc geoordeeld en destijds was nog de eerdere versie van AERIUS van toepassing.

46. Is het plan nog niet vastgesteld vóór 1 oktober 2024 (alleen een (voor)ontwerp), dan heeft de update van AERIUS wel implicaties. Er zal ten behoeve van de vaststelling een beoordeling moeten worden gemaakt met de meest actuele versie. Daarmee is nog niet gezegd wat de uitkomst van deze beoordeling is (voortoets of passende beoordeling). Dit dient per geval te worden beoordeeld (zie het antwoord op vraag IV).

IV. Wanneer voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op de zeven rode hexagonen alsnog een beoordeling moet plaatsvinden, kan vanuit juridisch perspectief worden volstaan met een voortoets of moet een passende beoordeling worden gemaakt?

47. Het antwoord op deze vraag hangt af van de ecologische beoordeling die wordt gemaakt. Daarbij laat de beschikbare jurisprudentie wel zien dat het enkele feit dat een toename ten opzichte van de referentiesituatie wordt berekend, niet maakt dat er in alle gevallen een passende beoordeling moet worden gemaakt (en een natuurvergunning nodig is). Dit hangt af van de inhoud van het ecologisch onderzoek waarbij het bevoegd gezag enige beoordelingsruimte heeft.
48. Het draait er in essentie om of in het ecologisch onderzoek conclusies getrokken kunnen worden op grond van bestaande en beschikbare informatie en geen nader veldonderzoek of uitvoerige ecologische beoordelingen nodig zijn. In dat geval kan een rapport als voortoets worden gekwalificeerd.
49. De (eerste) resultaten van de ecologische beoordeling door Koolstra Advies duiden erop dat voor de zeven rode hexagonen waar het hier om gaat, bij plannen en projecten waarschijnlijk kan worden volstaan met een voortoets en dus geen passende beoordeling of natuurvergunning nodig is. In de ecologische beoordeling is onderzocht of een extra depositiebijdrage van – als voorbeeld 1 mol/ha/jaar – significante gevolgen kan hebben op de betrokken habitattypen (H1310 en H1330). Conclusie van de ecologische beoordeling is dat significante gevolgen op voorhand met zekerheid zijn uit te sluiten omdat een dergelijke bijdrage op geen enkele wijze kan leiden tot een verandering in de kwaliteit van beide habitats en evenmin kan leiden tot verlies van oppervlakte. Daarbij is ook gewezen op het feit dat de habitattypen waar het om gaat met honderden hectares zijn toegenomen sinds de aanwijzing van het Natura 2000-gebied De Waddenzee. Er zal kortom wel een beoordeling moeten plaatsvinden maar het is voorshands aannemelijk dat uitkomst van die beoordeling (voortoets) is dat significante gevolgen met zekerheid zijn uit te sluiten en er dus geen passende beoordeling of natuurvergunning nodig is.

50. In onderstaande tabel zijn de hoofdconclusies uit deze notitie weergegeven waarbij wel enkele nuances gelden. De tabel moet in die zin gelezen worden in samenhang met de notitie.

	Projecten	Bijzonderheden
1	Gerealiseerde activiteiten	a. Met natuurvergunning b. Met positieve weigering c. Geen natuurvergunning / positieve weigering d. PAS-melders die activiteiten hebben gerealiseerd
2	Activiteiten getoetst maar nog niet gerealiseerd	a. Met natuurvergunning b. Met positieve weigering c. Geen natuurvergunning / positieve weigering d. PAS-melders die activiteiten niet hebben gerealiseerd
3	Toekomstige activiteiten (nog niet bekend / getoetst)	Geen natuurvergunning / positieve weigering
4	Onherroepelijk vergund project waarvoor intrekingsverzoek is afgewezen	Besluit op intrekingsverzoek nog niet onherroepelijk

	Plannen	
5	Vastgesteld	c. Onherroepelijk d. Nog niet onherroepelijk
6	(Voor)ontwerp	Nog niet vastgesteld vóór 1 oktober 2024

Betekenis kleuren

	<i>Geen gevolgen AERIUS update</i>
	<i>Mogelijk wel gevolgen AERIUS update → dit per geval beoordelen als dat aan de orde komt; → in voorkomend geval met ecologische beoordeling (voortoets) nagaan of significante gevolgen zijn uit te sluiten: → Zo ja: geen natuurvergunning nodig (blijkens eerst conclusies ecologisch onderzoek is dit hier het geval); → Zo nee: een passende beoordeling en een natuurvergunning nodig.</i>
