

Publicatie

Auteur: R. Olivier
Verschenen in: Jurisprudentie Milieurecht (JM), april, afl. 4, JM 2020/56
Datum: 28 april 2020
Titel: Last onder dwangsom wegens ontbreken 'natuurtoestemming' onevenredig

ECLI:NL:RBZWB:2019:5891

Rechtbank Zeeland-West-Brabant
23 december 2019

(mr. Hersig)

Met noot R. Olivier

Het college van B en W van een gemeente heeft een last onder dwangsom opgelegd voor het gebruik van een nieuwe betonmengcentrale. Het college baseert de last onder dwangsom (uiteindelijk) op de grondslag dat een project is uitgevoerd zonder verklaring van geen bedenkingen voor het onderwerp natuur (gebiedsbescherming) in de zin van art. 2.1 lid 1 sub i Wabo jo. art. 2.2aa Bor. Het project zou namelijk tot stikstofdepositie leiden. De voorzieningen-rechter is van oordeel dat inderdaad sprake is van een overtreding, maar schorst de last onder dwangsom. De voorzieningenrechter doet dit omdat handhavend optreden onevenredig is. Dit oordeel is met name gebaseerd op de onzekerheid sinds de PAS-uitspraken van 29 mei 2019 en op de omstandigheid dat de last onder dwangsom ertoe kan leiden dat de oude, meer stikstofuitstotende betonmengcentrale weer in gebruik wordt genomen.

Uitspraak van 23 december 2019 van de voorzieningenrechter in de zaak tussen

[verzoekster], te [hoofdvestiging verzoekster],
verzoekster,
gemachtigde: mr. E.Beele,
en
het college van burgemeester en wethouders
van de
gemeente [verweerder],
(namens deze: Omgevingsdienst [naam
Omgevingsdienst]),
verweerder.

Procesverloop

Verzoekster heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 29 oktober 2019 (bestreden besluit) van verweerder inzake het opleggen van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo). Verzoekster heeft de voorzieningen-rechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden in Breda op 17 december 2019. Verzoekster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en door [woordvoerder verzoekster] en [woordvoerder verzoekster]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. B.C. Timmermans, mr. K. van Tilborg, [woordvoerder verweerder] en [woordvoerder verweerder].

1. Feiten

Op grond van de stukken en de behandeling ter zitting gaat de voorzieningenrechter uit van de volgende feiten en omstandigheden. Het bedrijf van verzoekster (hierna: bedrijf) produceert betonmortel en betonwaren en is gelegen aan de [nevenvestiging verzoekster]. Het bedrijf heeft geen natuurvergunning. Bij brief van 6 december 2018 heeft het college aan verzoekster medegedeeld dat een toezichthouder van de Omgevingsdienst op 23 november 2018 een controle heeft uitgevoerd bij het bedrijf. Tijdens de controle is geconstateerd dat het bedrijf een mobiele betonmengcentrale in werking had en een nieuwe (natte) betonmengcentrale aan de rechterzijde van het terrein heeft geplaatst. Daar heeft het college in de brief aan toegevoegd dat daar een melding voor is vereist op grond van het Activiteitenbesluit Milieubeheer en een omgevingsvergunning met beperkte milieutoets. In de brief wordt een repressief handhavingstraject aangekondigd. Verzoekster heeft op 17 december 2018 een aanvraag ingediend voor een omgevingsvergunning voor de volgende activiteiten: het bouwen van een bouwwerk (artikel 2.1, eerste lid, onder a, van de Wabo), het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan (artikel 2.1, eerste lid, onder

c, van de Wabo), het uitvoeren van een werk (artikel 2.1, eerste lid, onder b, van de Wabo) en het verrichten van een activiteit die van invloed kan zijn op de fysieke leefomgeving en staat genoemd in artikel 2.2a van het Besluit omgevingsrecht (hierna: Bor) (artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo). Het college heeft bij brief van 18 december 2018 aan verzoekster medegedeeld dat het college voornemens is een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van artikel 1.10 van het Activiteitenbesluit milieubeheer en artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo.

Op 29 maart 2019 heeft verzoekster ten behoeve van het initiatief een natuurvergunning aangevraagd bij Gedeputeerde Staten op grond van artikel 2.7, tweede lid, van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb). Die aanvraag is op 16 april 2019 ingetrokken. De aanvraag en de daarbij behorende stukken zijn ‘aangehaakt’ aan de reeds ingediende aanvraag om een omgevingsvergunning. In maart 2019 heeft het college aan verzoekster medegedeeld dat de aanvraag om een omgevingsvergunning niet beoordeeld kan worden zonder een stikstofberekening.

Op 15 februari 2019, op 11 maart 2019 en op 14 oktober 2019 hebben hercontroles plaatsgevonden door toezichthouders van de omgevingsdienst. Tijdens de laatste controle hebben zij waargenomen dat de nieuwe betonmengcentrale in gebruik was.

Bij besluit van 29 oktober 2019 heeft het college aan verzoekster een last onder dwangsom opgelegd, omdat het in gebruik nemen van de nieuwe betonmengcentrale zonder omgevingsvergunning in strijd is met artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wabo.

Bij brief van 8 november 2019 heeft verzoekster bezwaar gemaakt tegen het besluit en op 20 november 2019 heeft verzoekster een voorlopige voorziening ingediend bij de rechtbank.

Op 20 november 2019 heeft een hercontrole plaatsgevonden door een toezichthouder. Tijdens de controle heeft de toezichthouder geconstateerd dat de nieuwe betoncentrale in gebruik was.

2. Gronden voorlopige voorziening

Verzoekster heeft aangevoerd dat zij de nieuwe betonmengcentrale in gebruik heeft genomen, omdat de oude betonmengcentrale is uitgevallen. Het college is volgens haar niet bevoegd om handhavend op te treden, omdat concreet zicht bestaat op legalisatie. Verzoekster heeft een aanvraag voor de benodigde omgevingsvergunning ingediend.

Voor zover die vergunning niet reeds van rechtswege is verleend, stelt verzoekster dat niets aan het verlenen van de omgevingsvergunning in de weg staat. Een situatie als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, van de Wnb doet zich namelijk niet voor. De stikstofdepositie die als gevolg van die activiteit op Natura 2000 gebieden wordt verwacht is zeer gering en is lager dan de huidige stikstofdepositie van het bedrijf. Zelfs in het geval dat wel een natuurvergunning is vereist voor die stikstofdepositie, heeft de stikstofproblematiek die is ontstaan na de PAS-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) volgens verzoekster niet tot gevolg dat concreet zicht op legalisatie is komen te ontbreken. De regering heeft immers uitgesproken dat Nederland niet op slot mag gaan en dat voor kleine projecten zo snel mogelijk een vergunning moet worden verleend. Verzoekster heeft daar aan toegevoegd dat het college daarnaast ook niet bevoegd was om handhavend op te treden, omdat zij heeft verzuimd alle relevante feiten en omstandigheden en de in dat kader af te wegen belangen in haar besluitvorming mee te nemen. Het college had bijvoorbeeld rekening moeten houden met het feit dat zij in het verleden heeft aangegeven dat de aangevraagde activiteit kon worden gelegaliseerd door middel van de door verzoekster aangevraagde omgevingsvergunning. Subsidiair heeft verzoekster aangevoerd dat het college een begunstigings-termijn had moeten stellen.

3. Voorlopige voorziening

Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. De voorzieningenrechter stelt voorop dat bij het nemen van een beslissing op een verzoek om voorlopige voorziening een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het bestreden besluit een belangrijke rol speelt. Verder dient deze beslissing het resultaat te zijn van een belangenafweging, waarbij moet worden bezien of uitvoering van het bestreden besluit voor verzoekster een onevenredig nadeel met zich zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van dat besluit te dienen belang. Het oordeel van de voorzieningenrechter heeft een voorlopig

karakter en bindt de rechtbank in een (eventuele) bodemprocedure niet.

4. Wettelijk kader

In artikel 2.1, eerste lid, van de Wabo staat (voor zover relevant): het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:

- e. 1°. het oprichten,
- 2°. het veranderen of veranderen van de werking of
- 3°. het in werking hebben van een inrichting of mijnbouwwerk,
- i. het verrichten van een andere activiteit die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving.

5. Beoordeling

Overtreding

5.1 Het college heeft aan verzoekster een last onder dwangsom opgelegd, omdat verzoekster een nieuwe betonmengcentrale zonder omgevingsvergunning in gebruik heeft genomen. Een dergelijke last is een herstelsanctie (artikel 5:2, eerste lid, onder b, jo. 5:21, van de Awb), die opgelegd kan worden ter geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding. Dat betekent dat het college alleen in het geval van een overtreding bevoegd is om een herstelsanctie op te leggen (artikel 5:1, eerste lid, van de Awb). Ter zitting heeft het college aangegeven dat in het bestreden besluit een onjuiste overtreding is vermeld. In de last onder dwangsom staat dat de herstelsanctie is opgelegd wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wabo. Het college heeft ter zitting aangegeven dat de last onder dwangsom is opgelegd wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2a en 2.2aa van het Bor. Ter zitting heeft het college toegezegd dit gebrek in de beslissing op bezwaar te zullen herstellen.

5.2 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft het college zich terecht op het standpunt kunnen stellen dat sprake is van overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2a, van het Bor. In artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo staat dat het verboden is zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren bestaande uit het verrichten van een activiteit

die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving. In artikel 2.2a van het Bor zijn in ieder geval de volgende activiteiten als zodanig aangewezen:

- *tweede lid*, onder f: het mengen van afvalstoffen voor het vervaardigen van betonmortel of betonwaren binnen een inrichting als bedoeld in categorie 11.1, onder b, van onderdeel C van bijlage I.
- *derde lid*: het oprichten, het veranderen of veranderen van de werking of het in werking hebben van een inrichting als bedoeld in categorie 11.3, onderdeel c, onder 2° en 3°, van onderdeel C, van bijlage I.
- *vierde lid*, onder b: het aanvangen met of het veranderen van het vervaardigen van betonmortel, het vervaardigen en bewerken van betonproducten en daarbij de op- en overslag van grind, zand, cement en vulstof en het breken van restproducten ten behoeve van de vervaardiging van betonmortel.

Gelet daarop is het in gebruik nemen van een betonmengcentrale een activiteit die valt onder het verbod van artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2a van het Bor. Uit de controlerapporten van het college blijkt dat op 14 oktober 2019 is geconstateerd dat de nieuwe betonmengcentrale in gebruik was, zonder omgevingsvergunning. Verzoekster heeft voor de activiteit een omgevingsvergunning aangevraagd, maar daar is nog niet op beslist. Dat betekent dat verzoekster het verbod uit artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2a van het Bor heeft overtreden.

5.3 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft het college zich ook terecht op het standpunt kunnen stellen dat sprake is van een overtreding van artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2aa van het Bor. Ingevolge die bepalingen is het verboden zonder omgevingsvergunning een project te realiseren als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, van de Wnb. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de ingebruikname van de nieuwe betonmengcentrale een activiteit als bedoeld in artikel 2.7, tweede lid, van de Wnb. In die bepaling is neergelegd dat het verboden is zonder natuurvergunning 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 verstrend effect kunnen hebben op de soorten

waarvoor dat gebied is aangewezen. De vraag of een project significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000 gebied wordt aangeduid als 'de voortoets'. De Afdeling hanteert als vaste rechtspraak dat significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten, wanneer een project leidt tot een stikstofdepositie op een stikstofoverbelaste Natura 2000 gebied. Dat is volgens de Afdeling zelfs het geval wanneer de omvang van de stikstofdepositie zeer gering is (ECLI:NL:RVS:2018:2454).

De projectlocatie ligt op minder dan 10 kilometer van Natura 2000 gebieden '[gebied A]', '[gebied B]', '[gebied C]', '[gebied D]' en '[gebied E]'. Dit zijn stikstofoverbelaste Natura 2000 gebieden. De voorzieningenrechter stelt vast dat een betonmengcentrale gepaard gaat met stikstof uitstotend betonwagenverkeer en binnenscheepvaart en daarom kan leiden tot stikstofdepositie op nabijgelegen Natura 2000 gebieden. Het is aan verzoekster om aan te tonen dat significante gevolgen als gevolg van het in gebruik nemen van de nieuwe betonmengcentrale zijn uitgesloten (voortoets). Verzoekster heeft daartoe twee Aerius stikstofberekeningen overgelegd, die zijn opgemaakt op 22 maart 2019 respectievelijk 22 oktober 2019. De stikstofberekening van 22 maart 2019 concludeert dat de uitoefening van het bedrijf na het in gebruik nemen van de nieuwe betonmengcentrale zal leiden tot een stikstofdepositie van 0,09 mol/ha/jaar op [gebied A] en 0,06 mol/ha/jaar op de [gebied B]. De stikstofberekening van 22 oktober 2019 concludeert dat het gebruik van de nieuwe betonmengcentrale niet leidt tot een additionele stikstofdepositie op Natura 2000 gebieden.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft verzoekster door middel van die berekeningen niet aannemelijk gemaakt dat significante gevolgen voor de stikstofoverbelaste Natura 2000 gebieden [gebied A] en [gebied B] zijn uitgesloten. Er is immers sprake van stikstofdepositie, ook al is de omvang zeer gering. Aan de hand van de stikstofberekening van 22 oktober 2019 kan de voorzieningenrechter niet met zekerheid vaststellen dat geen stikstofdepositie zal plaatsvinden op de nabijgelegen Natura 2000 gebieden. In die berekening is immers verzuimd bronnen mee te nemen, die in de eerdere berekening wel zijn opgenomen (binnenvaart en mobiele werktuigen). Dit betekent dat voor de ingebruikname van de nieuwe betonmengcentrale een natuurvergunning of verklaring van geen bedenkingen (vvgb) vereist is. Uit de controlerapporten van het college

blijkt dat 14 oktober 2019 is geconstateerd dat de nieuwe betonmengcentrale in gebruik was, zonder omgevingsvergunning en zonder natuurvergunning. Verzoekster heeft voor de activiteit een omgevingsvergunning aangevraagd, maar daar is nog niet op beslist. Dat betekent dat verzoekster het verbod uit artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2aa van het Bor heeft overtreden.

Naar aanleiding van de stelling van verzoekster dat de stikstofdepositie van het bedrijf hoger was toen de oude betonmengcentrale in werking was en voor zover verzoekster op die wijze een beroep wil doen op de mogelijkheid van interne salderen, merkt de voorzieningenrechter het volgende op. Uit de op 11 december 2019 vastgestelde Provinciale Beleidsregels intern en extern salderen (hierna: Beleidsregels) blijkt dat positieve effecten van 'intern salderen' onder bepaalde voorwaarden kunnen worden betrokken bij de verlening van een natuurvergunning (zie artikel 1, onder c, en artikel 5, eerste lid, van de Beleidsregels). Dat impliceert dat positieve effecten van interne saldering door Gedeputeerde Staten niet in de voortoets worden meegenomen, maar door hen pas worden betrokken bij de vraag of een natuurvergunning kan worden verleend.

5.4 Het standpunt van verzoekster dat een omgevingsvergunning van rechtswege is verleend, volgt de voorzieningenrechter niet. De omgevingsvergunning die door verzoekster is aangevraagd ziet o.a. op de activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2aa van het Bor. Ingevolge artikel 2.27, eerste lid, van de Wabo jo. artikel 6.10, eerste lid, van het Bor wordt die omgevingsvergunning niet verleend dan nadat Gedeputeerde Staten een vvgb hebben afgegeven. Artikel 3.10, eerste lid, onder e, van de Wabo bepaalt dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is, wanneer de aanvraag geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op een geval waarin een verklaring van geen bedenkingen is vereist. Gelet daarop volgt het college naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht de uniforme uitgebreide voorbereidingsprocedure. De regeling voor het van rechtswege verlenen van een vergunning (paragraaf 4.1.3.3. van de Awb) is niet op die procedure van toepassing. Gelet daarop kan de vergunning niet van rechtswege zijn verleend.

5.5 Kort samengevat is de voorzieningenrechter van oordeel dat het in gebruik nemen van de nieuwe betonmengcentrale in ieder geval een handeling is die in strijd is met het verbod

(behoudens omgevingsvergunning) artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo in samenhang met artikel 2.2a en 2.2aa van het Bor. Verzoekster heeft de nieuwe betonmengcentrale in gebruik genomen zonder omgevings-vergunning en heeft voornoemde bepalingen daarom overtreden. De voorzieningenrechter stelt vast dat het college op grond van artikel 5.1, 5.2, eerste lid, onder a, en 2.4, eerste lid, van de Wabo bevoegd is om handhavend op te treden tegen een dergelijke overtreding.

Beginselflicht tot handhaving

5.6 In de jurisprudentie wordt een beginselflicht tot handhaving aangenomen. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

5.7 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter bestaat in dit geval geen concreet zicht op legalisatie. Ter zitting heeft het college expliciet verklaard dat Gedeputeerde Staten momenteel geen vvgb's afgeven in afwachting van een beleidskader over stikstofdepositie. Het is alleen daarom al niet waarschijnlijk dat op korte termijn een omgevingsvergunning zal worden verleend. Bovendien heeft het bedrijf geen natuurvergunning voor de oude (droge) betonmengcentrale. Dit betekent dat in het kader van de vvgb de stikstofdepositie van de totale inrichting moet worden beoordeeld. Het is naar het oordeel van de voorzieningenrechter daarom onvoldoende duidelijk of en wanneer de omgevingsvergunning kan worden verleend.

5.8 Naar het oordeel van de voorzieningenrechter doen zich echter wel bijzondere omstandigheden voor op grond waarvan handhavend optreden zodanig onevenredig moet worden geacht in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het college in redelijkheid van handhaving had moeten afzien. Het college heeft de last onder dwangsom opgelegd, omdat verzoekster de nieuwe natte betonmengcentrale in gebruik heeft genomen. De last strekt tot beëindiging van dat gebruik.

Dat zou tot gevolg hebben dat verzoekster terug zal vallen op het gebruik van de oude droge betonmengcentrale. Verzoekster heeft die centrale circa 25 jaar in gebruik gehad. Voor dat bestaande gebruik en de daarmee gepaard gaande stikstofdepositie is geen Natuurvergunning verleend. Door de PAS-uitspraken van de Afdeling is een onzekere situatie ontstaan voor bestaande stikstofveroorzakende activiteiten, waarvoor geen natuurvergunning is verleend. Ingevolge artikel 2.7 van de Wnb zijn in beginsel Gedeputeerde Staten bevoegd om tegen dergelijke activiteiten op te treden. Sinds de PAS-uitspraken is onduidelijk of voor deze activiteiten alsnog een natuurvergunning moeten worden aangevraagd, of handhavend opgetreden zal worden tegen dergelijke activiteiten of dat daar een andere oplossing voor zal worden gevonden. Tot op heden hebben Gedeputeerde Staten niet opgetreden tegen het gebruiken van de oude betonmengcentrale en nergens is uit gebleken dat die intentie sinds de PAS-uitspraken is ontstaan. Omdat gelet op het voorgaande naar alle verwachting voorlopig niet handhavend opgetreden zou worden tegen het gebruiken van de oude betonmengcentrale, acht de voorzieningenrechter het niet redelijk dat het college in afwachting van de beslissing op de omgevingsvergunningaanvraag wel handhavend optreedt tegen het gebruiken van de nieuwe betonmengcentrale. Des te meer omdat de voorzieningenrechter het aannemelijk acht dat als gevolg van het gebruik van de oude droge betonmengcentrale feitelijk meer stikstof wordt uitgestoten, dan als gevolg van het gebruik van de nieuwe natte betonmengcentrale. In een droge centrale worden alle bestanddelen van beton, exclusief het water, gemengd. Dat mengsel wordt vervolgens in een betonwagen geladen, daar wordt water aan toegevoegd en dat wordt in de betonwagen verder gemengd. Hierdoor staan betonwagens 10 minuten per lading onder de centrale te mengen, waarbij de dieselmotor van de wagen wordt gebruikt. De nieuwe betonmengcentrale is een natte centrale. Bij een dergelijke centrale worden alle elementen van het beton, inclusief het water, gemengd in een centrale die werkt op elektriciteit. De dieselmotoren van de betonwagens worden daarvoor niet meer gebruikt, waardoor de stikstofuitstoot naar alle verwachting afneemt. Handhavend optreden tegen het gebruik van de nieuwe centrale is niet in overeenstemming met het natuurbelang dat de Wet natuurbescherming beoogt te beschermen, als het gevolg van de handhaving is dat de oude en meer stikstofuitstotende centrale weer in gebruik zal worden genomen.

Gelet op deze omstandigheden acht de voorzieningenrechter handhavend optreden zodanig onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het college in redelijkheid van handhaving had moeten afzien. Daarbij heeft de voorzieningenrechter ook meegewogen dat gesteld noch gebleken is dat zich belemmeringen voordoen voor het verlenen van de omgevingsvergunning voor de overige aangevraagde activiteiten.

Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter daarbij op dat een dergelijke onevenredigheid zich alleen voordoet, wanneer uitsluitend de nieuwe betonmengcentrale in gebruik is en niet in het geval dat daarnaast ook de oude betonmengcentrale in gebruik wordt genomen.

6. Conclusie

6.1 Nu het college in redelijkheid had moeten afzien van handhavend optreden, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om het verzoek om een voorlopige voorziening toe te wijzen en het bestreden besluit te schorsen tot zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar.

6.2 Omdat de voorzieningenrechter het verzoek toewijst, dient het college aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht te vergoeden.

6.3 De voorzieningenrechter veroordeelt het college in de door verzoekster gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.024,- (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift om een voorlopige voorziening en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 512,-, en wegingsfactor 1).

Bestlissing

De voorzieningenrechter:

- schorst bij wijze van voorlopige voorziening het bestreden besluit tot zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar; [...; red.]

Noot

Deze uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is interessant, omdat de opgelegde last onder dwangsom wegens onevenredigheid wordt geschorst. Volgens de voorzieningenrechter is handhavend optreden namelijk onevenredig. In de praktijk komt het zelden voor dat handhavend optreden onevenredig is. Dat hangt samen met de beginselplicht tot

handhaving, waaruit volgt dat een bestuursorgaan in geval van een overtreding in beginsel handhavend moet optreden. Dat is slechts anders als sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarvan kan sprake zijn bij: (i) concreet zicht op legalisatie, of (ii) als handhaving onevenredig moet worden geacht in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. Als gezegd, is van dat laatste is in de praktijk zelden sprake.

Ook praktisch is deze uitspraak van belang. Sinds de PAS-uitspraken zijn namelijk enige tijd geen natuurtoestemmingen verleend en de vergunningverlening komt momenteel nog slechts langzaam op gang. Dat betekent dat in de komende periode waarschijnlijk nog wel meer handhavingsdiscussies zullen opkomen. In deze uitspraak baseert de voorzieningenrechter de onevenredigheid op een combinatie van de volgende elementen:

- De onzekere situatie die is ontstaan door de PAS-uitspraken van de ABRvS (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604). Sinds de PAS-uitspraken is onduidelijk of voor activiteiten die tot stikstofdepositie leiden alsnog een natuurvergunning nodig is, gehandhaafd zal worden of dat een andere oplossing zal worden gevonden.

- Gedeputeerde Staten - die in beginsel ingevolge art. 2.7 Wnb - bevoegd zijn (waarover hierna meer), hebben niet opgetreden tegen de betonmengcentrale en ook is niet gebleken dat zij deze intentie hebben.

- Het is volgens de voorzieningenrechter aannemelijk dat het gebruik van de oude droge betonmengcentrale feitelijk leidt tot meer stikstofuitstoot (bedoeld zal zijn depositie) dan het gebruik van de nieuwe betonmengcentrale. De voorzieningenrechter plaatst de uitspraak dus nadrukkelijk in de stikstofcrisis die na de PAS-uitspraken is ontstaan. Deze context moet niet worden onderschat. Niet valt uit te sluiten dat het oordeel van de voorzieningenrechter zonder de politiek bestuurlijke impasse na de PAS-uitspraken anders was uitgepakt. Ook is op de achtergrond waarschijnlijk (het staat niet in de uitspraak) van belang dat de Minister van LNV diverse brieven naar de Tweede Kamer heeft gestuurd dat niet actief wordt gehandhaafd (bijv. *Kamerstukken II 2019/20*, 32 670, nr. 163; *Kamerstukken II 2019/20*, 35 334, nr. 1; *Kamerstukken II 2019/20*, 35334, nr. 25).

Verder is vooral het laatste argument van de voorzieningenrechter belangwekkend. De voorzieningenrechter overweegt namelijk dat handhavend optreden tegen het gebruik van de nieuwe centrale niet in overeenstemming is met het natuurbelang dat de Wnb beoogt te beschermen. Als gevolg van handhaving zou de oude centrale namelijk weer in gebruik kunnen

worden genomen, terwijl die oude centrale meer stikstof uitstoot.

Op het eerste gezicht is dat een terechte overweging. Waarom zou je immers een ontwikkeling tegenhouden die positief is voor een Natura2000-gebied? Toch valt er wel wat af te dingen op de redenering van de voorzieningenrechter. Een lagere uitstoot betekent namelijk niet per definitie dat de depositie ook lager is. In de praktijk blijkt dat een lagere stikstofuitstoot soms juist tot een hogere stikstofdepositie leidt. Bijvoorbeeld als de bronnen die in de nieuwe situatie worden gebruikt anders zijn gesitueerd of als sprake is van een ander debiet. Het was dus zorgvuldiger geweest als met behulp van een AERIUS-berekening was aangetoond dat de stikstofdepositie in de nieuwe situatie tot een lagere depositie leidt dan in de oude situatie. Wellicht is dit tijdens de procedure aan de orde gekomen, maar dit volgt in ieder geval niet uit de uitspraak. In dat opzicht lijkt de voorzieningenrechter dus (te) soepel te zijn. Dat laat zich mogelijk verklaren door het feit dat het college van B en W blijkbaar pas ter zitting het standpunt hebben ingenomen dat (ook) sprake was van een overtreding van art. 2.1 lid 1 sub i Wabo jo. art. 2.2aa Bor. Tenzij uit de motivering van de last onder dwangsom al bleek dat het college van B en W inhoudelijk gezien handhaving van deze bepaling op het oog had, is deze coulance ergens wel begrijpelijk, maar in dat geval was het in mijn ogen logischer geweest om de last onder dwangsom wegens deze tournure op zitting in combinatie met een motiveringsgebrek te schorsen.

Al met al kan ik met de essentie van de redenering van voorzieningenrechter goed leven. Het heeft voor de bescherming van een natuurgebied weinig zin om de vervanging van oude installaties tegen te houden enkel omdat – mede door de politiek bestuurlijke impasse – nog geen Wnb-vergunning is verleend. Daarmee is de natuur niet geholpen. Het lijkt mij daarom goed als overheden deze lijn in gedachten houden indien zij worden geconfronteerd met overtredingen en/ of handavingsverzoeken.

Tot slot, wil ik kort iets zeggen over de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Het valt op dat het college van B en W van de – door rechtspraak.nl geanonimiseerde – gemeente zich bevoegd acht om handhavend op te treden tegen de afwezigheid van een verklaring van geen bedenkingen voor de gebiedsbescherming. Het is de vraag of die conclusie wel juist is. In art. 7.2 Wnb is namelijk bepaald dat Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie, of in bepaalde gevallen een minister, bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen (en over de band van art. 5:32

Awb dus ook een last onder dwangsom). De keuze om over de band van art. 2.1 lid 1 sub i Wabo en art. 2.2aa Bor een bevoegdheid voor de colleges van B en W te construeren, is niet gangbaar. Ingevolge art. 2.27 Wabo en art. 6.10a Bor is voor de 'i-toestemming' namelijk een verklaring van geen bedenkingen van Gedeputeerde Staten respectievelijk de minister vereist. Dat betekent dat de volledige inhoudelijke beoordeling in het natuurspoor bij deze bestuursorganen ligt en dus niet bij het college van B en W. Het college van B en W mag zelfs geen inhoudelijk oordeel vellen en bijvoorbeeld afwijken van de inhoud van de verklaring van geen bedenkingen. Het ligt dan ook niet in de rede om de handavingsbevoegdheid voor de afwezigheid van een natuurtoestemming, enkel omdat de keuze is gemaakt om de natuurtoestemming aan te haken bij de omgevingsvergunning, bij het college van B en W neer te leggen. Te meer omdat de aanhaakregeling (inmiddels) vooral een procedureel karakter heeft. De vraag is dus of het college van B en W zich terecht bevoegd heeft geacht.

Auteur: Ronald Olivier