

TBR 2017/93

# PAS op de plaats.... en nu? (Deel I)

– Mr. dr. R.H.W. Frins<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op woensdag 17 mei heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) de eerste twee inhoudelijke uitspraken met betrekking tot het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) openbaar gemaakt. In deze twee uitspraken doet de Afdeling een tussenuitspraak in het kader van negen pilotzaken, die zij op 30 november en 1 december 2016 ter zitting heeft behandeld. In de ene uitspraak gaat het om een zestal door het college van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant (hierna: het college) verleende vergunningen ex artikel 16 en 19d Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) voor het exploiteren en/of uitbreiden en wijzigen van zes verschillende agrarische bedrijven.<sup>2</sup> In deze uitspraak buigt de Afdeling zich met name over de vraag of het PAS als systeem houdbaar is. Dat wil zeggen dat de vraag centraal staat of onder verwijzing naar het PAS projecten of andere handelingen kunnen worden gerealiseerd of verricht, zonder dat er strijd ontstaat met het bepaalde in artikel 6 Habitatrictlijn (hierna: Hrl).

De andere uitspraak gaat over besluiten van het college van Gedeputeerde Staten van Gelderland respectievelijk Limburg om niet handhavend op te treden tegen het bemesten en beweiden van agrarische gronden zonder vergunning krachtens de Nbw 1998.<sup>3</sup> In deze uitspraak staat de vraag centraal of bemesten en beweiden als een 'project' dan wel als 'een andere handeling' moeten worden aangemerkt. Is sprake van een 'project', dan is het bepaalde in artikel 6, lid 3 Hrl van belang, waarbij de vraag rijst of deze bepaling ruimte biedt voor een wettelijke regeling die een categorie van activiteiten vrijstelt van de vergunningplicht. Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, rijst de vraag waaraan een passende beoordeling die aan een dergelijke regeling ten grondslag wordt gelegd

moet voldoen. Is er daarentegen sprake van 'een andere handeling', dan is het bepaalde in artikel 6, lid 2 Hrl van belang. In dat geval is de vraag of aan het bepaalde in dit artikel kan worden voldaan door aan degene die een stikstof veroorzakende activiteit verricht verplichtingen op te leggen.<sup>4</sup>

Beide uitspraken zijn omvangrijk en complex. Gelet hierop wordt in dit eerste deel alleen op eerstgenoemde uitspraak (de 'hoofduitspraak') ingegaan. De uitspraak over bemesten en beweiden bespreek ik in deel II dat in een volgend nummer van dit tijdschrift wordt gepubliceerd. In onderhavig deel ligt de focus op de belangrijkste elementen van de hoofduitspraak. Dat wil zeggen dat met name wordt ingegaan op de rechtsoverwegingen met betrekking tot de houdbaarheid van het PAS in het licht van artikel 6 Hrl en de prejudiciële vragen die de Afdeling hierover stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) (zie de paragrafen 3 tot en met 6). Daarnaast wordt stil gestaan bij de rechtsoverwegingen die betrekking hebben op de uitgangspunten die aan het PAS ten grondslag liggen (zie paragraaf 7). Voor een toekomst is de ruimte thans te beperkt. Nadere overpeinzingen daarover zullen eveneens in deel II aan de orde komen. In paragraaf 8 doe ik hiervoor een schot voor de boeg. Maar ik begin in paragraaf 2 met een korte beschrijving van de kernelementen van de PAS-regeling.

## 2. Het PAS in een notendop

Het PAS is op 1 juli 2015 in werking getreden en geldt tot 1 juli 2021.<sup>5</sup> Er zullen in ieder geval nog twee zesjarige programma's volgen.<sup>6</sup> De doelstelling van het PAS is het verbinden van economische ontwikkeling met het op termijn realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen van de voor stikstof gevoelige habitattypen en (leefgebieden van) soorten voor de 118 Natura 2000-gebieden die in het

<sup>1</sup> Ralph Frins is jurist omgevingsrecht bij Witteveen+Bos en daarnaast research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit in Nijmegen.

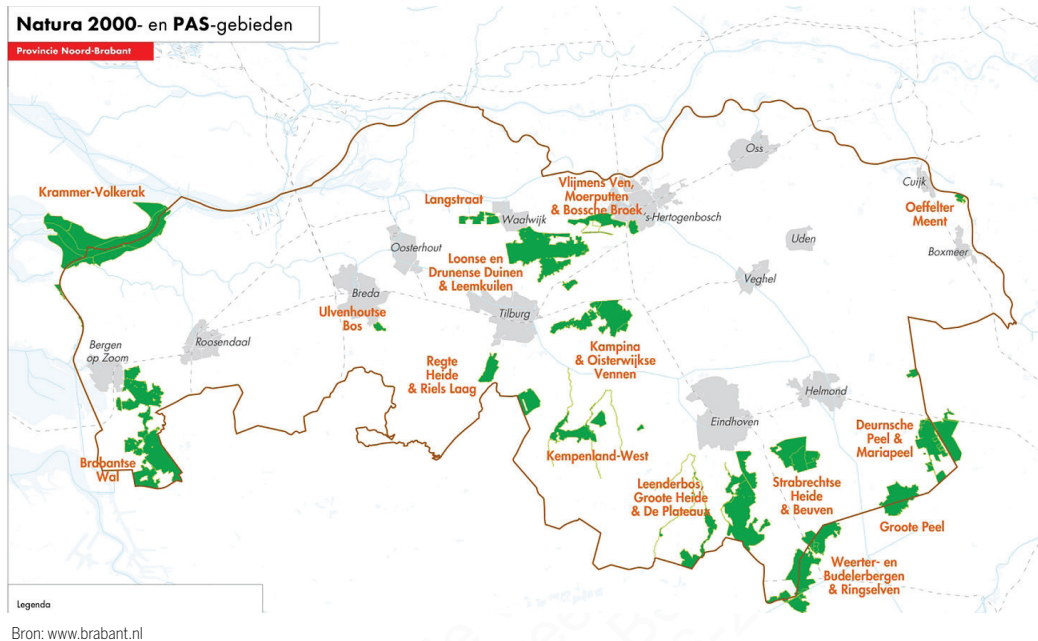
<sup>2</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS-vergunningen Brabant).

<sup>3</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260 (Bemesten en beweiden in relatie tot het PAS).

<sup>4</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, r.o. 7.2.

<sup>5</sup> Zie over het PAS nader: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 145-195 en de daar aangehaalde literatuur.

<sup>6</sup> In dit verband kan nog worden gewezen op rechtsoverweging 10.21.1 van de hoofduitspraak, waarin de Afdeling overweegt dat is verzekerd dat het huidige PAS zal worden opgevolgd door een nieuw programma.



programma zijn opgenomen (hierna: de PAS-gebieden).<sup>7</sup>

En belangrijk onderdeel van het PAS zijn de bron- en herstelmaatregelen. De bronmaatregelen komen geheel voor rekening van de landbouwsector, zijnde de veroorzaker van een groot deel van de landelijke gemiddelde stikstofdepositie. Hierbij gaat het om drie soorten maatregelen: 1) het toepassen van schonere staltechnieken, 2) het toepassen van emissiearme bemestingstechnieken en 3) het toepassen van vrijwillige voer- en managementmaatregelen. De bronmaatregelen leiden naar verwachting in 2030 tot een netto reductie van de ammoniakemissie van 10 kiloton per jaar ten opzichte van 2013. Anders dan de bronmaatregelen hebben de herstelmaatregelen geen invloed op de hoogte van de ammoniakemissie en de stikstofdepositie die hier het gevolg van is. Deze maatregelen strekken er daarentegen toe de natuur bestendiger te maken tegen een overbelasting aan stikstofdepositie. Het gaat hierbij om maatregelen als het herstel van de waterhuishouding, de verhoging van het grondwaterpeil en de afvoer van stikstofrijk materiaal door extra maaien, begrazen of periodiek verbranden.<sup>8</sup>

In het kader van het PAS is per Natura 2000-gebied berekend welke depositiedaling het gevolg is

van het vaststaande beleid op het gebied van verkeer, landbouw en industrie en de bronmaatregelen. Daarnaast is berekend hoeveel stikstofdepositie in het laatste jaar van het huidige PAS in het gebied zal plaatsvinden, waarbij wordt uitgegaan van een economische groei van landelijk gemiddeld 2,5% per jaar. Deze depositie is vervolgens vermindert met de hoeveelheid stikstofdepositie die zou plaatsvinden wanneer er geen economische groei zou zijn. De aldus berekende depositiebehoefte is vermeerderd met 50% van de depositiedaling die het gevolg is van de bronmaatregelen. Dit totaal is de zogenoemde depositieruimte. Een deel van deze ruimte is beschikbaar voor autonome ontwikkelingen (zoals een groei van het autogebruik of bevolkingsgroei (meer woningen en verwarmingen)), alsmede activiteiten waarvoor geen vergunning is vereist omdat ze slechts een geringe stikstofdepositie veroorzaken. Dit deel wordt eveneens depositieruimte genoemd. Daarnaast is een deel van de totale depositieruimte beschikbaar voor activiteiten die een 'aanzienlijke' stikstofdepositie veroorzaken. Dit deel wordt ontwikkelingsruimte genoemd.<sup>9</sup>

In het kader van het PAS is enerzijds een generieke passende beoordeling opgesteld en anderzijds een passende beoordeling per PAS-gebied (gebiedsanalyse).<sup>10</sup> Op grond hiervan zou moeten zijn ver-

<sup>7</sup> Rijksoverheid, *Programma Aanpak Stikstof 2015-2021; zoals gewijzigd na partiële herziening op 17 maart 2017*, Den Haag: Rijksoverheid 2017, p. 7.

<sup>8</sup> Rijksoverheid, *Programma Aanpak Stikstof 2015-2021; zoals gewijzigd na partiële herziening op 17 maart 2017*, Den Haag: Rijksoverheid 2017, p. 15, 18-21 en 95-97.

<sup>9</sup> Rijksoverheid, *Programma Aanpak Stikstof 2015-2021; zoals gewijzigd na partiële herziening op 17 maart 2017*, Den Haag: Rijksoverheid 2017, p. 28-29.

<sup>10</sup> Als in het vervolg wordt gesproken over de passende beoordeling die ten behoeve van het PAS is opgesteld worden beide bedoeld, tenzij anders aangegeven.

zekerd dat - ook met het beschikbaar stellen van depositie- en ontwikkelingsruimte - de kwaliteit van de voor stikstof gevoelige habitattypen en leefgebieden van soorten niet verslechtert en het op termijn behalen van de instandhoudingsdoelstellingen haalbaar is.

Depositieruimte kan worden toegeëld aan projecten of andere handelingen die meer dan 0,05 maar minder dan 1 mol per hectare per jaar aan stikstofdepositie veroorzaken.<sup>11</sup> Dergelijke projecten of andere handelingen zijn vrijgesteld van de vergunningplicht.<sup>12</sup> Voor sommige categorieën van dergelijke activiteiten geldt wel een meldingsplicht.<sup>13</sup> Projecten of andere handelingen die méér dan 1 mol per hectare per jaar aan stikstofdepositie veroorzaken zijn wél vergunningplichtig. Voor dergelijke activiteiten kan een vergunning worden verleend, indien er nog voldoende ontwikkelingsruimte beschikbaar is.<sup>14</sup> Projecten of andere handelingen die minder dan 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar tot gevolg hebben zijn volledig vrijgesteld. Dergelijke activiteiten kunnen zonder melding én zonder vergunning worden verricht.<sup>15</sup>

### 3. Is het ambitieniveau van het PAS afdoende?

De eerste materiële beroepsgrond die de Afdeling - na een uitgebreide en lezenswaardige beschrijving van het PAS (zie onderdeel E van de uitspraak) - bij de kop pakt, is het 'ambitieniveau' van het PAS. Appellant Stichting Werkgroep Behoud de Peel (hierna: de Werkgroep) betoogt dat het ambitieniveau te mager is om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6 Hrl. Dit aangezien het PAS 'slechts' inzet op het voorkomen van verslechtering in de eerste periode van zes jaar en het bijdragen aan herstel in de tweede en/of

derde PAS-periode. Dit biedt, gelet op het feit dat na drie PAS-periodes nog steeds sprake is van een zeer hoge overschrijding van de kritische depositiewaarde in de Natura 2000-gebieden 'Groote Peel' en 'Deurnsche Peel & Mariapeel', geen uitzicht op het bereiken van een gunstige staat van instandhouding, aldus de Werkgroep.<sup>16</sup>

De Afdeling gaat hier niet in mee. In dit verband wijst zij erop dat zowel uit de considerans van de Hrl als uit artikel 2, lid 3 Hrl volgt, dat bij het nemen van maatregelen om het hoofddoel - te weten het waarborgen van de biologische diversiteit - te bereiken, rekening mag worden gehouden met de vereisten op economisch en sociaal gebied. Hieruit leidt zij af dat de Hrl de ruimte biedt om een deel van de autonome daling van de stikstofdepositie en 50% van de daling van de stikstofdepositie ten gevolge van de PAS-bronmaatregelen aan economische activiteiten toe te delen in de vorm van depositie- en ontwikkelingsruimte. Verder wijst de Afdeling erop dat in de Hrl geen termijn wordt genoemd waarbinnen aan de uit artikel 6 Hrl voortvloeiende verplichting om de gunstige staat van instandhouding van de habitattypen en soorten te herstellen moet worden voldaan. Het is aan de lidstaten om te bepalen op welke wijze en binnen welke termijn aan deze verplichting uitvoering wordt gegeven. Met het ambitieniveau van het PAS worden de grenzen van de aan de lidstaten toekomende beoordelingsruimte niet overschreden, aldus de Afdeling.<sup>17</sup>

Op zich valt hier weinig tegenin te brengen. De Afdeling merkt terecht op dat de Hrl - in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Kaderrichtlijn Water en de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit - geen datum noemt waarop aan de verplichting om de gunstige staat van instandhouding van de habitattypen en soorten te herstellen moet zijn voldaan. Bedacht moet echter worden dat deze richtlijn inmiddels 25 jaar 'oud' is. Op dit moment is de staat van instandhouding van veel habitattypen en soorten matig tot zeer ongunstig door een overmaat aan stikstofdepositie. Ook aan het einde van de derde PAS-periode - dat wil zeggen in 2033, dus nog eens 16 jaar verder (!) - zal er nog niet voor alle voor stikstofgevoelige habitattypen en soorten sprake zijn van een gunstige staat van instandhouding. Daarbij komt dat het PAS tot enige vertraging in het halen van de instandhoudingsdoelstellingen leidt. Hoewel mij geen rechtspraak van het Hof bekend is waaruit kan worden afgeleid dat de Afdeling anders zou moeten oordelen, bevreedt het dat op een dergelijke soe-

<sup>11</sup> Aantekening verdient dat de grenswaarde van 1 mol per hectare per jaar van rechtswege 0,05 mol per hectare per jaar wordt, indien uit AERIUS volgt dat ten aanzien van één hectare van een voor stikstof gevoelig habitat in het desbetreffende PAS-gebied reeds minimaal 95% van de beschikbare depositieruimte (voor grenswaarden) is benut. Dit volgde uit artikel 2, lid 3 Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof. Thans volgt dit uit artikel 2.12, lid 2 Besluit natuurbescherming.

<sup>12</sup> Dit volgde uit artikel 19kh, lid 7 Nbw 1998 juncto artikel 2 Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof. Thans volgt dit uit artikel 2.9, lid 5 Wet natuurbescherming juncto artikel 2.12 Besluit natuurbescherming.

<sup>13</sup> Dit volgde uit artikel 8 Regeling programmatische aanpak stikstof. Thans volgt dit uit artikel 2.7 Regeling natuurbescherming.

<sup>14</sup> Toedeling van ontwikkelingsruimte is enkel aan de orde, indien de betreffende activiteit tot een toename aan stikstofdepositie leidt. Ontwikkelingsruimte kan worden toegeëld in een toestemmingsbesluit als bedoeld in artikel 19km, lid 1 Nbw 1998. Thans is dit artikel 2.7, lid 1 Besluit natuurbescherming.

<sup>15</sup> Dit volgde uit artikel 19kh, lid 7 Nbw 1998 juncto artikel 8, lid 1, aanhef en onder b Regeling programmatische aanpak stikstof. Thans volgt dit uit artikel 2.9, lid 5 Wet natuurbescherming juncto artikel 2.7, lid 1, aanhef en onder b Regeling natuurbescherming.

<sup>16</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 8.

<sup>17</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 8.2.

pele wijze uitvoering lijkt te kunnen worden gegeven aan de Hrl.<sup>18</sup>

#### 4. Is een individuele toestemming of een individuele beoordeling vereist?

Vervolgens buigt de Afdeling zich over de tweede materiële beroepsgrond van de Werkgroep. Deze valt in twee onderdelen uiteen: 1) het PAS is in strijd met artikel 6, lid 3 Hrl, omdat deze bepaling vereist dat voor ieder project individueel toestemming wordt verleend, en 2) het PAS is in strijd met artikel 6, lid 3 Hrl, omdat dit artikel een individuele beoordeling vereist van een project dat significante gevolgen kan hebben.<sup>19</sup>

##### 4.1 Is een individuele toestemming vereist?

De strekking van het eerste onderdeel van het betoog van de Werkgroep is dat artikel 6, lid 3 Hrl in de weg staat aan een wettelijke regeling waarbij een categorie van activiteiten wordt vrijgesteld van een individuele toestemming (vergunning) omdat een bepaalde drempel- respectievelijk grenswaarde niet wordt overschreden. Naar aanleiding hiervan haalt de Afdeling een aantal arresten van het Hof aan.<sup>20</sup> In deze arresten heeft het Hof zich gebogen over enkele wettelijke regelingen op grond waarvan voor bepaalde activiteiten géén passende beoordeling hoeft te worden uitgevoerd, bijvoorbeeld vanwege de beperkte investeringskosten die met deze activiteiten zijn gemoeid, dan wel omdat deze worden verricht buiten een Natura 2000-gebied of omdat hiervoor een aanmeldingsregeling in plaats van een vergunningplicht geldt.<sup>21</sup> Duidelijk is dat dergelijke regelingen de toets der kritiek van het Hof *niet* kunnen doorstaan.

De Afdeling leidt uit deze arresten af dat in de hierin aan de orde zijnde situaties in het geheel geen beoordeling van de gevolgen van deze activiteiten voor de Natura 2000-gebieden had plaatsgevonden of zou plaatsvinden. Dat is in het geval van het PAS natuurlijk anders. De gevolgen van de projecten en andere handelingen die op grond van het PAS zijn vrijgesteld van de vergunningplicht, omdat zij minder dan 0,05 respectievelijk 1 mol per hectare per jaar aan stikstofdepositie tot gevolg hebben, zijn immers in het kader van het PAS wél passend beoordeeld (zie paragraaf 2). Gelet hierop komt de Afdeling tot het voorlopige oordeel dat de PAS-re-

geling, op grond waarvan projecten of andere handelingen die minder dan 0,05 respectievelijk 1 mol stikstofdepositie per hectare per jaar veroorzaken op een Natura 2000-gebied zijn vrijgesteld van de vergunningplicht en derhalve zonder individuele toestemming zijn toegestaan, *niet* in strijd is met het bepaalde in artikel 6, leden 2 en 3 Hrl. Hierbij gaat zij er vanuit dat de aan het PAS ten grondslag liggende passende beoordeling voldoet aan de eisen die artikel 6, lid 3 Hrl hieraan stelt.<sup>22</sup>

Zekerheidshalve stelt de Afdeling hierover echter de volgende prejudiciële vraag:

‘1. Staat artikel 6, tweede en derde lid, van de Habitatrichtlijn in de weg aan een wettelijke regeling die ertoe strekt dat projecten en andere handelingen die stikstofdepositie veroorzaken die een drempel- of grenswaarde niet overschrijden zijn uitgezonderd van de vergunningplicht en daardoor zonder individuele toestemming zijn toegestaan, ervan uitgaande dat de gevolgen van alle projecten en andere handelingen tezamen die gebruik kunnen maken van de wettelijke regeling voor de vaststelling van die wettelijke regeling passend zijn beoordeeld?’<sup>23</sup>

##### 4.2 Is een individuele beoordeling vereist?

Het tweede onderdeel heeft betrekking op projecten die wél vergunningplichtig zijn, omdat de stikstofdepositie die zij veroorzaken de van toepassing zijnde grenswaarde van 1 respectievelijk 0,05 mol per hectare per jaar overschrijdt. De Werkgroep is van mening dat artikel 6, lid 3 Hrl eraan in de weg staat dat bij de verlening van dergelijke vergunningen wordt verwezen naar de passende beoordeling die ten behoeve van het PAS is opgesteld. Zij is van mening dat voor ieder project een individuele passende beoordeling moet worden opgesteld.<sup>24</sup>

Dit betoog slaagt evenmin. In dit verband wijst de Afdeling erop dat in het kader van het PAS is beoordeeld hoeveel depositie- en ontwikkelingsruimte beschikbaar kan worden gesteld, zónder dat de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden worden aangetast. Gelet hierop kan voor een project of een andere handeling toestemming worden verleend, indien uit een met AERIUS Calculator gemaakte berekening van de stikstofdepositie volgt dat de stikstofdepositie van het project of de andere handeling past binnen de hoeveelheid stikstofdepositie die in het kader van het PAS passend is beoordeeld. De Afdeling acht aannemelijk dat artikel 6,

<sup>18</sup> Zie hierover ook: H. Schoukens, ‘De EU Habitatrichtlijn en atmosferische stikstofdepositie: dura lex, sed lex?’, in: H. Schoukens & I. Larmuseau (red.), *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?*, Brugge: Vanden Broele 2017, p. 57-68.

<sup>19</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.

<sup>20</sup> Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.9-9.10.

<sup>21</sup> Zie onder andere HvJ EG 6 april 2000, ECLI:EU:C:2000:192 (Commissie/Frankrijk I), r.o. 39-41, HvJ EG 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:3 (Commissie/Duitsland), r.o. 31-45 en HvJ EU 4 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:114 (Commissie/Frankrijk II), r.o. 57-62.

<sup>22</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.11- 9.12. Zoals de Afdeling terecht opmerkt beogen de leden 2 en 3 van artikel 6 Hrl hetzelfde beschermingsniveau te garanderen. Als de passende beoordeling die ten behoeve van het PAS is opgesteld voldoet aan de eisen die artikel 6, lid 3 Hrl daaraan stelt, dan voldoet deze beoordeling dus ook aan de eisen van artikel 6, lid 2 Hrl.

<sup>23</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.13.

<sup>24</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.

leden 2 en 3 Hrl er *niet* aan in de weg staan dat de passende beoordeling voor het PAS ten grondslag kan worden gelegd aan de verlening van een vergunning op de hiervoor beschreven wijze. Hierbij gaat zij er vanuit dat de passende beoordeling voor het PAS voldoet aan de vereisten die artikel 6, lid 3 Hrl daaraan stelt. In dat geval acht de Afdeling verzekerd dat een project waarvoor een vergunning wordt verleend waaraan die passende beoordeling ten grondslag is gelegd, de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden *niet* zal aantasten. Dat in het kader van de passende beoordeling de cumulatieve gevolgen van een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie zijn beoordeeld, zonder dat daaraan specifieke projecten of andere handelingen zijn verbonden, doet daar volgens haar niet aan af.<sup>25</sup>

Ook hierover heeft de Afdeling echter zekerheidshalve een prejudiciële vraag geformuleerd:

‘2. Staat artikel 6, tweede en derde lid, van de Habitatrictlijn eraan in de weg dat een passende beoordeling voor een programma waarin een bepaalde totale hoeveelheid stikstofdepositie is beoordeeld ten grondslag wordt gelegd aan de verlening van een vergunning (individuele toestemming) voor een project of andere handeling, die stikstofdepositie veroorzaakt die binnen de in het kader van het programma beoordeelde depositieruimte past?’<sup>26</sup>

#### 4.3 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Ik neig ernaar om de Afdeling op dit punt te volgen. Ik leid evenmin uit artikel 6 Hrl noch uit de rechtspraak van het Hof af dat in alle gevallen een individuele toestemming en een individuele beoordeling is vereist. Waar het om gaat, is dat uit de passende beoordeling die voor het betreffende programma is opgesteld volgt, dat nooit en te nimmer sprake zal zijn van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden. Wordt daaraan voldaan (hetgeen in het geval van het PAS overigens niet zo is (zie hierna)), dan staat mijns inziens niets eraan in de weg om een activiteit vrij te stellen van het toestemmingvereiste dan wel hiervoor toestemming te verlenen onder verwijzing naar het betreffende programma en de bijbehorende passende beoordeling. Een dergelijke handelwijze acht ik *niet* in strijd met het bepaalde in artikel 6 Hrl.

Desalniettemin begrijp ik goed dat de Afdeling hierover twee prejudiciële vragen stelt. Voor het betoog dat uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat in alle gevallen een individuele toestemming en een individuele beoordeling is vereist, valt namelijk ook wel wat te zeggen. In dit verband kan in het bijzonder worden gewezen op rechtsoverweging 54 van het aangehaalde

arrest van 4 maart 2010: ‘Om de verwezenlijking van de door de habitatrictlijn bedoelde instandhoudingsdoelstellingen volledig te garanderen, is het derhalve noodzakelijk, overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrictlijn, dat voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, en dat significante gevolgen kan hebben voor zo’n gebied, een *individuele beoordeling* wordt gemaakt van de gevolgen van dit plan of project voor het betrokken gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen daarvan’ (onderstreping: RF).<sup>27</sup> Daarentegen lijkt een ander aangehaald arrest er juist op te wijzen dat een handelwijze zoals hierboven is uiteengezet wél tot de mogelijkheden behoort.<sup>28</sup> Kortom: het is goed dat de Afdeling het Hof vraagt hier meer duidelijkheid over te verschaffen.

## 5. Mag rekening worden gehouden met de bron- en herstelmaatregelen?

### 5.1 Standpunten van partijen

Nadat de Afdeling de hierboven behandelde vraag of überhaupt wel gebruik kan worden gemaakt van de ten behoeve van het programma opgestelde passende beoordeling heeft beantwoord, duikt zij wat meer in de inhoud hiervan. Dit naar aanleiding van het betoog van de Werkgroep dat de passende beoordeling *niet* voldoet aan het bepaalde in artikel 6 Hrl. Hierbij wijst de Werkgroep er onder meer op dat in het kader van de passende beoordeling ten onrechte rekening is gehouden met de positieve effecten van instandhoudings- en passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl. Verder merkt zij op dat de positieve effecten van de bron- en herstelmaatregelen onzeker zijn en dat laatstgenoemde niet als mitigerende, maar als compenserende maatregelen moeten worden aangemerkt. Gelet op dit alles is de Werkgroep van mening dat de passende beoordeling in strijd is met de arresten *Briels* en *Orleans* van het Hof.<sup>29</sup>

Op zijn beurt wijst het college erop dat het PAS en de zaken *Briels* en *Orleans* wezenlijk van elkaar

<sup>27</sup> Zie hierover ook: H. Schoukens, ‘De EU Habitatrictlijn en atmosferische stikstofdepositie: dura lex, sed lex?’, in: H. Schoukens & I. Larmuseau (red.), *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?*, Brugge: Vanden Broele 2017, p. 115-119.

<sup>28</sup> Zie: HvJ EG 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:3, r.o. 51: ‘Bij gebreke van wetenschappelijk beproefde criteria – die de Duitse regering niet vermeldt – aan de hand waarvan bij voorbaat zou kunnen worden uitgesloten dat emissies die een beschermd gebied buiten de invloedssfeer van de betrokken inrichting treffen, significante gevolgen kunnen hebben voor dit gebied, waarborgt het ter zake door het nationale recht opgezette stelsel in geen geval dat projecten of plannen betreffende inrichtingen die emissies veroorzaken welke beschermd gebieden buiten de invloedssfeer van deze inrichtingen treffen, de natuurlijke kenmerken van de betrokken gebieden niet zullen aantasten in de zin van artikel 6, lid 3, van de richtlijn’.

<sup>29</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10. Zie: HvJ EU 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*) en HvJ EU 21 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans*).

<sup>25</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.14-9.17.

<sup>26</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.19.

verschillen. In deze zaken stond namelijk een aantasting of verlies van arealen van habitattypen vast, terwijl het PAS nergens zal leiden tot een onmiddellijke fysieke aantasting van een type natuurlijke habitat, aldus het college. Volgens hem stelt het PAS zeker dat op geen van de onderscheiden locaties van de stikstofgevoelige habitats in de PAS-gebieden een toename van stikstofdepositie plaatsvindt, ook niet bij toedeling van de beschikbaar gestelde depositie- en ontwikkelingsruimte aan nieuwe projecten die stikstofdepositie veroorzaken. Weliswaar kan een tijdelijke toename van stikstofdepositie gedurende de eerste helft van de programmaperiode niet worden uitgesloten, maar een dergelijke toename zal altijd binnen de programmaperiode ongedaan worden gemaakt door een afname op dezelfde locatie. Gelet hierop is een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden uitgesloten, aldus het college. Verder wijst hij erop dat de bron- en herstelmaatregelen deels als instandhoudings- en passende maatregelen en deels als 'mitigerende maatregelen' moeten worden aangemerkt. Volgens het college kan met de positieve effecten hiervan hoe dan ook rekening worden gehouden in het kader van de passende beoordeling.<sup>30</sup>

## 5.2 Het oordeel van de Afdeling

Om maar meteen met de deur in huis te vallen: de Afdeling volgt het college. Zo merkt de Afdeling om te beginnen op dat zij een programmatische aanpak zoals het PAS, dat een integrale aanpak beoogt van de stikstofproblematiek in de Natura 2000-gebieden, niet op voorhand een ongeschikt instrument acht om uitvoering te geven aan de verplichtingen die uit artikel 6 Hrl voortvloeien. Aan een dergelijk programma is volgens haar inherent dat de gevolgen van het benutten van de depositieruimte worden beoordeeld in samenhang met alle maatregelen en autonome ontwikkelingen die zich tijdens de programmaperiode in het betreffende PAS-gebied zullen voordoen. Indien een dergelijke integrale beoordeling van de maatregelen, autonome ontwikkelingen en depositieruimte voor economische activiteiten binnen de systematiek van artikel 6 Hrl niet is toegestaan, is een programmatische aanpak gericht op het behoud en waar mogelijk herstel van natuurwaarden en op het scheppen van depositieruimte voor economische activiteiten niet mogelijk, aldus de Afdeling.<sup>31</sup>

Vervolgens benadrukt zij dat - zoals ook het college heeft opgemerkt - het PAS verschilt van de in de rechtspraak van het Hof aan de orde zijnde situaties. De ontwikkelingen en maatregelen die in de passende beoordeling van het PAS zijn betrokken zijn - in tegenstelling tot de in de arresten *Briels* en *Orleans* aan de orde zijnde maatregelen - gericht

op het voorkomen van verslechtering van de bestaande arealen van habitattypen en leefgebieden van soorten door stikstofdepositie, aldus de Afdeling. Zij acht aannemelijk dat dergelijke ontwikkelingen en maatregelen in het kader van een passende beoordeling kunnen worden betrokken, ook als zij nog moeten worden gerealiseerd.<sup>32</sup> Wat volgt is een uitgebreide bespreking van de relevante rechtspraak van het Hof en de Afdeling,<sup>33</sup> waarna de Afdeling zich over twee vragen buigt: 1) hoe moeten de ontwikkelingen en maatregelen die in de passende beoordeling zijn betrokken worden geïdentificeerd? en 2) zijn deze ontwikkelingen en maatregelen terecht betrokken?

In dit verband verwijst de Afdeling naar de parlementaire geschiedenis, waarin - kort en goed - wordt opgemerkt dat de bron- en herstelmaatregelen enerzijds zijn te duiden als instandhoudings- en passende maatregelen in de zin van artikel 6, eerste en tweede lid, van de Hrl, anderzijds als mitigerende maatregelen die bij de passende beoordeling van een project mogen worden betrokken.<sup>34</sup>

De Afdeling is van mening dat de bronmaatregelen als instandhoudings- of passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl moeten worden aangemerkt. Dit aangezien zij in het algemeen leiden tot een afname van stikstofemissie door agrarische bedrijven, die kan leiden tot een afname van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Zodoende kan de afname een bijdrage leveren aan het behoud of herstel van de stikstofgevoelige natuurwaarden in Natura 2000-gebieden, aldus de Afdeling.<sup>35</sup>

De maatregelen die tot een autonome daling van de stikstofemissie leiden kunnen daarentegen niet als instandhoudings- of passende maatregelen worden beschouwd. Deze maatregelen zijn immers niet specifiek voor het PAS genomen. Ook zonder het PAS zou deze daling zich voordoen. Dat betekent echter niet dat de positieve effecten hiervan niet kunnen worden betrokken in de passende beoordeling. Dat kan namelijk wel, maar dan als een feitelijke ontwikkeling.<sup>36</sup>

Tot slot de herstelmaatregelen. Volgens de Afdeling kunnen deze als instandhoudings- of passende maatregelen worden aangemerkt, indien zij los van het PAS worden getroffen. Een deel van de herstelmaatregelen wordt echter specifiek in het kader van het PAS getroffen. Deze maatregelen houden direct verband met de gevolgen van de benutting van de depositie- en ontwikkelingsruimte voor de bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats.

<sup>30</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.1.

<sup>31</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.4.

<sup>32</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.6-10.7.

<sup>33</sup> Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.8-10.18.

<sup>34</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.23.

<sup>35</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.24.

<sup>36</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.25.

Dergelijke herstelmaatregelen moeten volgens de Afdeling als ‘mitigerende maatregelen’ worden aangemerkt.<sup>37</sup>

Vervolgens overweegt de Afdeling dat zij - anders dan de Werkgroep - *niet* uit de arresten *Briels* en *Orleans* afleidt dat voornoemde maatregelen en autonome ontwikkelingen *niet* in de passende beoordeling voor het PAS zouden mogen worden betrokken. Evenmin leidt zij uit deze arresten af dat dergelijke maatregelen en ontwikkelingen pas zouden mogen worden betrokken nadat ze zijn uitgevoerd en resultaat hebben gehad. Waar het volgens de Afdeling om gaat, is dat 1) de positieve effecten van deze maatregelen en ontwikkelingen betrekking hebben op dezelfde locatie als waar de negatieve effecten door de toedeling van depositie- en ontwikkelingsruimte zich voor zouden kunnen doen, 2) zeker is dat de maatregelen en ontwikkelingen worden gerealiseerd, en 3) zeker is dat de maatregelen en ontwikkelingen effectief zullen zijn. Hierover dient de passende beoordeling definitieve bevindingen te bevatten die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake. De Afdeling benadrukt dat hierbij ook een belangrijke rol is weggelegd voor monitoring en bijsturing. Hiermee kan immers gedurende de programmaperiode getoetst worden of de bevindingen waarvan in de passende beoordeling is uitgegaan juist zijn en kan zo nodig tijdig worden gehandeld bij tegenvallende resultaten, aldus de Afdeling.<sup>38</sup> Aantekening verdient evenwel dat - zoals de Afdeling ook opmerkt - monitoring en bijsturing niet afdoen aan de verplichting dat de passende beoordeling definitieve bevindingen dient te bevatten, die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake. De Afdeling gaat er - mijns inziens ten onrechte (zie paragraaf 5.4) - vanuit dat aan deze verplichting wordt voldaan.

### 5.3 Résumé en prejudiciële vragen

Resumerend is de Afdeling van oordeel dat:

1. de bronmaatregelen en de autonome herstelmaatregelen als instandhoudings- en passende maatregelen moeten worden aangemerkt;
2. de autonome daling van de stikstofdepositie kwalificeert als een feitelijke ontwikkeling;
3. de PAS-herstelmaatregelen als ‘mitigerende maatregelen’ moeten worden geduid; en
4. de positieve effecten van al deze maatregelen en ontwikkelingen betrokken konden worden in de passende beoordeling die voor het PAS is opgesteld.

De Afdeling besluit zekerheidshalve toch een aantal prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Te weten:

‘3. Mogen in de passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn, die voor een programma, zoals het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021, is gemaakt, de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen voor bestaande arealen van habitattypen en leefgebieden worden betrokken, die worden getroffen in verband met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, eerste en tweede lid, van de Habitatrichtlijn?’

‘3a. Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: kunnen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen in een passende beoordeling voor een programma worden betrokken als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt?’

Is daarbij, ervan uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de gevolgen van deze maatregelen die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de uitvoering en het resultaat van die maatregelen wordt gemonitord en indien daaruit volgt dat de gevolgen ongunstiger zijn dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?’

‘4. Mogen de positieve gevolgen van de autonome daling van stikstofdepositie die zich zal gaan manifesteren in de periode waarin het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021 geldt, in de passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn, worden betrokken?’

Is daarbij, ervan uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over deze ontwikkelingen die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de autonome daling van stikstofdepositie wordt gemonitord, en indien daaruit volgt dat de daling ongunstiger is dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?’

‘5. Mogen herstelmaatregelen die in het kader van het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021 worden getroffen en waarmee wordt voorkomen dat een bepaalde natuurbelastende factor, zoals stikstofdepositie, schadelijke gevolgen kan hebben voor bestaande arealen van habitattypen of leefgebieden, geduid worden als beschermingsmaatregel als bedoeld in punt 28 van het arrest van het Hof van Justitie van 15 mei 2014, *Briels*, ECLI:EU:C:2014:330, die in een passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn mogen worden betrokken?’

<sup>37</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.26-10.26.1.

<sup>38</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.32-10.33 en 10.35-10.38.

'5a. Indien vraag 5 bevestigend wordt beantwoord: kunnen de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen die in de passende beoordeling mogen worden betrokken, daarin worden betrokken, als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt?

Is daarbij, er van uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de gevolgen van deze maatregelen die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de uitvoering en het resultaat van de maatregelen wordt gemonitord en indien daaruit volgt dat de gevolgen ongunstiger zijn dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?<sup>39</sup>

#### 5.4 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Op bovenstaand oordeel van de Afdeling valt mijns inziens nog wel wat af te dingen. Om te beginnen overtuigt de stelling, dat aan een programmatische aanpak inherent is dat de gevolgen van het benutten van de depositieruimte worden beoordeeld in samenhang met alle maatregelen en autonome ontwikkelingen die zich tijdens de programmaperiode zullen voordoen, niet. Hoewel deze stelling op zich juist is, lijkt de Afdeling voorbij te gaan aan het feit dat de Hrl geen met artikel 22 van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit overeenkomende bepaling bevat. Anders gezegd: de Hrl bevat anders dan voornoemde richtlijn géén expliciete grondslag voor een programmatische aanpak. Het PAS zal dan ook gewoon moeten voldoen aan het bepaalde in artikel 6 Hrl<sup>40</sup>. Hierbij wringt met name dat aan deze bepaling het voorzorgsbeginsel ten grondslag ligt, waar het Hof blijkens zijn rechtspraak een zeer strikte uitleg aan geeft.

Daarbij komt dat het oordeel van de Afdeling is gebaseerd op een - in mijn ogen - onjuiste interpretatie van de rechtspraak van het Hof. In het bijzonder van de arresten *Briels* en *Orleans*. Ik wees daar reeds eerder op.<sup>41</sup> Om niet te veel in herhaling te vallen volsta ik met op te merken dat naar mijn mening de crux van de rechtspraak van het Hof is dat in het kader van een passende beoordeling géén rekening mag worden gehouden met positieve effecten die op het moment van besluitvorming nog

geen feit zijn.<sup>42</sup> Daar wordt in het PAS over het algemeen *niet* aan voldaan, aangezien het merendeel van de positieve effecten van de ontwikkelingen en maatregelen die hierbij zijn betrokken nog moet worden gerealiseerd. Hierbij valt nog op dat de Afdeling met geen woord rept over de omstandigheid dat een deel van de herstelmaatregelen waar in het kader van het PAS vanuit wordt gegaan (nog) niet wetenschappelijk bewezen is. Met betrekking tot deze maatregelen bevat de passende beoordeling dan ook in ieder geval *niet* de vereiste definitieve bevindingen.<sup>43</sup>

Of het oordeel van de Afdeling dat de bronmaatregelen en de 'autonome' herstelmaatregelen als instandhoudings- en passende maatregelen kunnen worden aangemerkt juist is, is evenmin zeker. In het kader van mijn proefschrift ben ik er vanuit gegaan dat - zoals ook in de parlementaire geschiedenis wordt betoogd (zie hiervoor) - de PAS-maatregelen deels als instandhoudings- en passende maatregelen kunnen worden aangemerkt. Het is immers de bedoeling dat door deze maatregelen wordt voorkomen dat een verslechtering van de kwaliteit van de habitattypen en een verstoring van soorten optreedt, en dat mede door deze maatregelen op termijn een gunstige staat van instandhouding van de betreffende habitattypen en soorten wordt bereikt.<sup>44</sup> Op grond van het arrest *Orleans* kunnen hier evenwel vraagtekens bij worden geplaatst. Uit dit arrest lijkt namelijk te moeten worden opgemaakt dat enkel sprake kan zijn van instandhoudings- en passende maatregelen, als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied kan worden uitgesloten. Gelet op al het voorgaande kan worden betwijfeld of daar in het geval van het PAS aan wordt voldaan, zodat ook op dit punt onduidelijk is of het Hof de Afdeling wel zal volgen.<sup>45</sup>

Gelet op dit alles kan dan ook bepaald niet worden uitgesloten dat het antwoord op alle in paragraaf 5.3 genoemde prejudiciële vragen ontkenkend luidt.

<sup>39</sup> ABRVS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.34 en 10.39.

<sup>40</sup> Hier wezen de 'bedenkers' van het PAS, de leden van de Adviesgroep Huys, al op. Zie: Bijlage bij *Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XIV*, 160.

<sup>41</sup> Zie o.a.: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR 2016/147*, i.h.b. p. 928-929 en R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 64-65 en 69-70.

<sup>42</sup> Vgl. H. Schoukens, 'De EU Habitatrichtlijn en atmosferische stikstofdepositie: dura lex, sed lex?', in: H. Schoukens & I. Larmuseau (red.), *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?*, Brugge: Vanden Broele 2017, i.h.b. p. 105. Zie tevens de annotatie van Kaajan bij het arrest *Orleans: M en R 2016/131*. Anders dan de Afdeling ben ik van mening dat het arrest HvJ EU 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:301 (Kolencentrale Moorborg) géén aanleiding biedt om hier thans anders tegenaan te kijken. Integendeel zelfs.

<sup>43</sup> Hier wees ik reeds op in mijn annotatie bij het arrest *Briels: AB 2014/189*, i.h.b. punt 8. Zie hierover tevens: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 174-177.

<sup>44</sup> Zie: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 172-173.

<sup>45</sup> Zie hierover: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR 2016/147*, i.h.b. p. 929-931.



## 6. Interbellum

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat de Afdeling van mening is dat het PAS als systeem houdbaar is in het licht van artikel 6 Hrl. Aangezien het PAS echter uniek is en een dergelijke programmatische aanpak dan ook nog niet eerder aan de orde is geweest in de rechtspraak van het Hof, stelt zij zekerheidshalve toch de hiervoor geciteerde prejudiciële vragen aan het Hof.

Zoals de Afdeling opmerkt zijn de maatschappelijke en sociaaleconomische gevolgen van de verwijzing van de onderhavige zaken naar het Hof groot. Hierbij kan worden gewezen op het feit dat er in de periode 1 juli 2015 tot 31 december 2016 in totaal 3.103 meldingen zijn gedaan en maar liefst 4.299 vergunningen zijn aangevraagd voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken, zoals de realisering van woningbouwlocaties, de aanleg van wegen en de uitbreiding van inrichtingen. Daarbij komt dat er thans circa 200 zaken aanhangig zijn bij de Afdeling, waarbij het PAS een rol speelt. Al deze zaken worden aangehouden totdat het Hof uitspraak doet.<sup>46</sup> Hierbij gaat het overigens niet alleen om zaken met betrekking tot vergunningen, maar ook om zaken met betrekking tot bestemmingsplannen. Hoewel ten behoeve van de vaststelling van een bestemmingsplan geen direct gebruik kan worden gemaakt van het PAS, wordt in de praktijk regelmatig verwezen naar de passende beoordeling die ten behoeve van het PAS is opgesteld om te onderbouwen dat de in het bestemmingsplan voorziene ontwikkelingen géén significante gevolgen hebben voor een of meerdere PAS-gebieden. In dit verband wordt dan bijvoorbeeld gewezen op het feit dat de betreffende ontwikkeling de drempelwaarde van 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar niet overschrijdt of dat de gevolgen van de ontwikkeling teniet worden gedaan door het positieve effect van de herstelmaatregelen die in het betreffende gebied worden gerealiseerd.<sup>47</sup>

Naast deze 200 zaken is nog een onbekend aantal vergelijkbare procedures aanhangig bij de rechtbanken in de elf arrondissementen in Nederland. Bovendien is aannemelijk dat dit aantal de komende maanden gestaag blijft groeien, aangezien nog steeds gewoon gebruik kan worden gemaakt van het PAS (zie ook paragraaf 8). Voornoemd aantal

<sup>46</sup> De partijen die dit betreft zijn hierover per brief geïnformeerd. Hierbij zijn zij tevens in de gelegenheid gesteld om binnen zes weken hun bezwaren tegen de aanhoudingsbeslissing kenbaar te maken. Het al dan niet indienen van bezwaren tegen de aanhoudingsbeslissing kan van belang zijn bij de beoordeling van een verzoek om immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Zie: ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, r.o. 4.7-4.7.3.

<sup>47</sup> Zie over de relatie tussen bestemmingsplannen en het PAS o.a.: H. Witbreuk, 'Programma Aanpak Stikstof (PAS): ruimte voor bestemmingsplannen?'; *Omgevingsweb Professional* 2015, nr. 2, p. 10 en M.M. Kaajan, 'Stikstof en bestemmingsplannen; met het PAS (extra) ruimte voor ontwikkeling?'; *Gst.* 2015/69, p. 371-380.

is dus wellicht nog maar het topje van de ijsberg. Gelet op dit alles heeft de Afdeling het Hof verzocht om de onderhavige zaken met voorrang te behandelen, bij voorkeur vóór 1 juli 2018. Op die datum begint namelijk de tweede helft van het huidige PAS, waarvoor specifiek een deel van de depositieruimte is gereserveerd. Het is dan ook wenselijk dat er duidelijkheid is over de houdbaarheid van het PAS, alvorens wordt begonnen met het toedelen van deze ruimte.<sup>48</sup>

## 7. Zijn de keuzes, aannames en marges voldoende onderbouwd?

Na deze analyse van de houdbaarheid van het PAS als systeem gaat de Afdeling verder met de vraag of de passende beoordeling daadwerkelijk verzekert dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden wordt voorkomen. In dit kader toetst de Afdeling concreet of de bestuurlijke keuzes, aannames en marges waarop het PAS is gebaseerd inzichtelijk en houdbaar zijn. Hoewel de Afdeling - zoals hierna zal blijken - een aantal stevige noten kraakt, heeft zij hierover géén prejudiciële vragen gesteld.

### 7.1 Autonome daling

De eerste aanname die de Afdeling beoordeelt, is de verwachte autonome daling van de stikstofdepositie. In dit verband wijst de Afdeling - in navolging van de Werkgroep - op een rapport van het Planbureau voor de Leefomgeving uit 2016, waaruit volgt dat de emissie van ammoniak sinds 1990 met bijna 70% is verminderd, maar dat de ammoniakconcentraties in de lucht sinds 2000 niet meer dalen en zelfs een stijgende trend lijken te vertonen. Nader onderzoek naar de oorzaak hiervan is nodig. Gelet hierop kan dan ook niet zonder meer worden uitgegaan van het doorzetten van een bestaande dalende trend van de stikstofdepositie, aldus de Afdeling. Zij is van mening dat - mede gelet op het grote aandeel dat de autonome daling heeft in de totale in het PAS verwachte depositiedaling - moet worden onderbouwd op welke wijze rekening is gehouden met de stagnatie van de ammoniakconcentratie in de lucht dan wel moet worden onderbouwd waarom aannemelijk is dat de bestaande dalende trend van de stikstofdepositie doorzet.<sup>49</sup>

### 7.2 Economische groei

Vervolgens beoordeelt de Afdeling of een voldoende grote buffer wordt gehanteerd om eventuele tegenvallers met betrekking tot de autonome daling van de stikstofdepositie te kunnen opvangen. Voor de bepaling van deze buffer is uitgegaan van een scenario van 2,5% economische groei per jaar.

<sup>48</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 12-13.

<sup>49</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 15-15.5.

Volgens de Werkgroep is dit evenwel niet wetenschappelijk gefundeerd. Naar aanleiding hiervan merkt de Afdeling om te beginnen op dat zij geen aanleiding ziet voor het oordeel dat 2,5% mogelijk een onderschatting van de economische groei betreft. Zij wijst er echter op dat uit het PAS niet volgt welke daadwerkelijke economische groei wordt aangenomen, zodat onduidelijk is ten opzichte van welk percentage het uitgangspunt van 2,5% economische groei een buffer vormt. Daardoor is evenmin duidelijk hoe groot de buffer precies is en of dit voldoende is om tegenvallers in de autonome daling op te vangen. Ook dit zal dus nader moeten worden onderbouwd.<sup>50</sup>

Bovenstaande onzekerheid met betrekking tot de omvang van de buffer heeft tevens tot gevolg dat onvoldoende inzichtelijk is gemaakt of deze buffer voldoende groot is om onzekerheden met betrekking tot de benutting van depositieruimte voor autonome ontwikkelingen te kunnen opvangen. Gelet hierop - alsmede op de tekortkomingen die onder 7.4, 7.5 en 7.6 aan de orde komen - is de Afdeling er evenmin van overtuigd dat voldoende depositieruimte is gereserveerd voor autonome ontwikkelingen.<sup>51</sup>

### 7.3 Bronmaatregelen

Dan gaat de Afdeling na of in het kader van de passende beoordeling terecht rekening is gehouden met de positieve effecten van de bronmaatregelen. Met betrekking tot alle drie de soorten maatregelen komt zij tot het oordeel dat onvoldoende inzichtelijk is dat de marges die hierbij zijn gehanteerd, voldoende zijn om een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden te kunnen uitsluiten. Zo is bij de stalmaatregelen onder meer onvoldoende rekening gehouden met het feit dat de levensduur van bepaalde stallen langer is, dan waarvan in de berekeningen is uitgegaan. Hierdoor duurt het langer voordat de strengere emissie-eisen van toepassing worden en is dus niet uitgesloten dat er meer stikstof wordt geëmitteerd.<sup>52</sup> Ten aanzien van de bemestingsmaatregelen overweegt de Afdeling dat uit het PAS niet volgt dat rekening is gehouden met de omstandigheid dat - zoals door de Werkgroep opgemerkt - er locaties zijn waar de mate van bemesting (sterk) kan toenemen, waardoor de stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitats kan toenemen.<sup>53</sup>

Over de vrijwillige voer- en managementmaatregelen merkt de Afdeling op dat niet doorslaggevend is dat deze maatregelen niet afdwingbaar zijn, maar ook nu weer acht de Afdeling onvoldoende onderbouwd dat een voldoende grote marge is

aangehouden om eventuele tegenvallers op te vangen.<sup>54</sup> Dat er jaarlijks monitoring plaatsvindt en dat naar aanleiding hiervan bijsturing kan plaatsvinden, doet hier niet aan af. Deze monitoring ziet namelijk op de ontwikkeling van de depositie van stikstof en niet op het verkrijgen van inzicht in de bijdrage in de daling van de onderscheiden maatregelen. Daarbij komt dat onduidelijk is of voldoende rekening is gehouden met de omstandigheid dat de monitoringsgegevens met enige vertraging beschikbaar komen.<sup>55</sup> Kortom: het vermeende succes van de bronmaatregelen is onvoldoende zeker om een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden met zekerheid te kunnen uitsluiten.

### 7.4 Drempelwaarde

De houdbaarheid van de drempelwaarde van 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar staat eveneens ter discussie. Dit komt met name doordat de indicatieve berekeningen die hieraan ten grondslag liggen niet openbaar zijn gemaakt. Deze berekeningen zijn evenmin aan de Afdeling overgelegd, zodat zij niet kan beoordelen of in het PAS terecht wordt gesteld dat de maximale cumulatieve bijdrage van alle voorziene uitbreidingen van activiteiten onder de drempelwaarde van 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar zijn meegenomen in de passende beoordeling. Dat door middel van monitoring gevolgd kan worden of de totale depositie van deze activiteiten blijft binnen de beschikbare depositieruimte voor autonome ontwikkelingen, betekent niet reeds dat er vanuit mag worden gedaan dat deze activiteiten cumulatief zo'n geringe depositie met zich zullen brengen, dat de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden niet kunnen worden aangetast, aldus de Afdeling.<sup>56</sup>

### 7.5 Externe saldering

De een na laatste vraag waar de Afdeling zich over buigt, is of voldoende rekening is gehouden met de omstandigheid dat op grond van het overgangsrecht nog vergunningen kunnen worden verleend met toepassing van externe saldering.<sup>57</sup> Dit aangezien een deel van de depositieruimte die in het kader van het PAS beschikbaar wordt gesteld afkomstig is van stoppende veehouders. In dit verband kan niet worden uitgesloten dat twee keer gebruik wordt gemaakt van dezelfde emissierechten. Hetgeen door het college ook niet wordt ontkend. Het college is evenwel van mening dat een zodanig grote veiligheidsmarge is ingebouwd, dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-ge-

<sup>50</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 15-16.1.

<sup>51</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 23.5.

<sup>52</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 18.4.

<sup>53</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 19.4.

<sup>54</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 20.4.

<sup>55</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 22.3.

<sup>56</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 24.3.

<sup>57</sup> Bij externe saldering worden - kort en goed - rechten op het houden van dieren, waarmee een bepaalde ammoniakemissie samenhangt ('emissierechten'), van de ene veehouderij overgedragen aan een andere veehouderij. Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 25.

bieden is uitgesloten. De Afdeling volgt het college hierin echter niet. Hierbij wijst zij er onder meer op dat onduidelijk is of de percentages met betrekking tot het aantal stoppende bedrijven juist zijn en dat niet kan worden uitgesloten dat door gebruik te maken van de stoppersruimte de stikstofdepositie lokaal per saldo toeneemt.<sup>58</sup>

## 7.6 Onbenutte emissieruimte

Tot slot beoordeelt de Afdeling de stelling van de Werkgroep dat in het PAS geen rekening is gehouden met de onbenutte emissieruimte binnen bestaande vergunningen op grond van de Nbw 1998. Als deze ruimte wordt benut kan dat tot een toename aan stikstofdepositie leiden. Het college stelt dat hiermee wel degelijk rekening is gehouden. Het opvullen van de onbenutte ruimte is een vorm van economische groei, die kan worden opgevangen binnen de depositieruimte die voor autonome ontwikkelingen is gereserveerd, aldus het college. De Afdeling is evenwel van mening dat onvoldoende inzichtelijk is of binnen de depositieruimte voor autonome ontwikkelingen voldoende ruimte aanwezig is om eventuele hoger uitvallende stikstofdeposities ten gevolge van het opvullen van onbenutte emissieruimte in een bepaald jaar op te vangen. Zij draagt het college dan ook op hier meer inzicht in te verschaffen, waarbij zij tevens enkele aanwijzingen geeft.<sup>59</sup>

## 7.7 Résumé

Uit het voorgaande volgt dat er nogal wat schort aan de onderbouwing van het PAS. De Afdeling draagt de ministers van Infrastructuur & Milieu en Economische Zaken en de staatssecretaris van laatstgenoemd departement dan ook op om deze gebreken te herstellen. Ik verwacht dat voornoemde bewindslieden hier hun handen vol aan zullen hebben. Bovendien is bepaald niet ondenkbaar dat zij er niet in zullen slagen om de onderbouwing op het vereiste niveau te krijgen. Althans, niet zonder dat een en ander beperkende gevolgen heeft voor de omvang van de depositie- en ontwikkelingsruimte.

## 8. Cliffhanger

Uit het voorgaande volgt dat het bepaald nog geen gelopen race is. In de eerste plaats omdat het nog maar de vraag is of het Hof zal oordelen dat het PAS in lijn is met het bepaalde in artikel 6 Hrl. In dit verband wringt mijns inziens met name dat in het kader van het PAS voor de muziek uit wordt gelopen, doordat reeds rekening is/wordt gehouden met positieve effecten die nog geen feit zijn. In de tweede plaats omdat uit paragraaf 7 volgt dat er nog behoorlijk moet worden gesleuteld aan het PAS en de bijbehorende passende beoordeling.

Voor de praktijk is het evenwel positief dat de Afdeling er vooralsnog van afziet om een voorlopige voorziening te treffen, aangezien zij tot in ieder geval 1 juli 2018 géén onomkeerbare gevolgen verwacht voor de PAS-gebieden. Tot 1 juli 2018 kan immers 'slechts' 60% van de beschikbare ontwikkelingsruimte worden toegedeeld.<sup>60</sup> Zodoende kan dan ook nog gewoon gebruik worden gemaakt van het PAS en kunnen er dus meldingen worden gedaan dan wel vergunningen worden aangevraagd/verleend.<sup>61</sup> Of dat - op de lange termijn bezien - verstandig is, is nog maar de vraag. In deel II ga ik hier nader op in. Hierbij pak ik onder meer de vraag bij de kop wat er - als het PAS onverhoopt sneuvelt - gebeurt met alle meldingen en vergunningen die op grond van het PAS zijn bevestigd respectievelijk verleend. Komt hier dan nog wel betekenis aan toe? Of staan de melders/vergunninghouders dan weer met lege handen? En wat gebeurt er dan met alle ontwikkelingen die op grond van deze meldingen/vergunningen zijn gerealiseerd, zoals een gebouwde stal of een verbrede snelweg?<sup>62</sup>

Daarnaast sta ik in deel II stil bij de vraag of er oplossingen denkbaar zijn om te voorkomen dat Nederland 'op slot gaat'. Hoe kan - in de situatie dat het PAS is gesneuveld - toestemming worden verleend voor projecten of andere handelingen met stikstofdepositie tot gevolg, zonder dat er sprake is van strijd met het bepaalde in artikel 6 Hrl? ●

<sup>60</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 29.5.

<sup>61</sup> Volledigheidshalve zij erop gewezen dat op 24 mei jl. bekend is gemaakt dat er voorlopig geen ontwerpbesluiten en ontwerpverklaringen van geen bedenkingen met een toename van stikstofdepositie en toedeling van ontwikkelingsruimte meer worden afgegeven. Als reden hiervoor wordt de voorbereiding van een verbetering van het PAS-instrumentarium met het onder andere mogelijk maken van een landsdekkende uniforme toetsing van leefgebieden in AERIUS Calculator genoemd. Besluitvorming hierover zal plaatsvinden op 15 juni a.s. Onduidelijk is of er ook een verband is met de tussenuitspraken. Daarover wordt met geen woord gerept. Zie: <<http://pas.bij12.nl/content/voorlopig-geen-ontwerpbesluiten-en-vwgb%E2%80%99s>> (geraadpleegd op 29 mei 2017).

<sup>62</sup> In dit verband wijst de Afdeling erop dat de betrokken vergunninghouders zolang de vergunningen niet in rechte onaantastbaar zijn daar op eigen risico gebruik van maken. Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 29.7.

<sup>58</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 25-25.6.

<sup>59</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 26-26.2.