

# 128. Prejudiciële vragen PAS: en nu?

MARIEKE KAAJAN

Op 17 mei jl. deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State twee (tussen)uitspraken die al geruime tijd werden verwacht in de zogeheten 'pilotzaken' over de Programmatische Aanpak Stikstof en het op deze regelgeving gebaseerde programma.<sup>1</sup> Met deze uitspraken stelt de Afdeling prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU over de juridische houdbaarheid van het PAS in het licht van de Habitrichtlijn. In deze bijdrage worden deze uitspraken toegelicht en een blik op de toekomst gericht. Zal het PAS na de uitspraak van het Hof in stand blijven of niet? En hoe moet gedurende de prejudiciële procedure omgegaan worden met de onzekerheid over de houdbaarheid van het PAS?

## 1. Introductie op het PAS en op de prejudiciële vragen

### 1.1. PAS op hoofdlijnen

Met de Programmatische Aanpak Stikstof (de PAS) wordt voorzien in een programma waarmee enerzijds ruimte wordt geboden voor economische ontwikkeling en waarmee anderzijds gefocust wordt op natuurherstel. Het op deze regelgeving gebaseerde programma (het PAS) heeft alleen betrekking op de gevolgen van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden.<sup>2</sup> De ruimte voor economische ontwikkeling blijkt uit de zogeheten ontwikkelings- en depositieruimte, waarop ten behoeve van concrete initiatieven – onder de voorwaarden zoals beschreven in het Besluit natuurbescherming en de Regeling natuurbescherming – een beroep kan worden gedaan. Soms wordt ontwikkelingsruimte in een besluit aan een concreet initiatief toegedeeld; soms is er – vanwege de beperkte stikstofdepositie – geen vergunning nodig. Voor een initiatiefnemer geldt dan in sommige omstandigheden een meldplicht. Om de ruimte voor economische ontwikkelingen te creëren, voorziet het PAS in diverse bron- en herstelmaatregelen. Deze bron- en herstelmaatregelen hebben een tweeledig doel:

enerzijds zijn deze maatregelen gericht op het verbeteren van de kwaliteit van Natura 2000-gebieden op de lange(re) termijn, anderzijds wordt juist vanwege deze maatregelen ruimte geschapen voor nieuwe economische ontwikkelingen. Het eerste PAS is op 1 juli 2015 in werking getreden en geldt voor een periode van zes jaar. Het is de verwachting, ook van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling), dat daarna nog ten minste één- of tweemaal een PAS zal worden vastgesteld.<sup>3</sup>

Voorafgaand aan de uitspraken van 17 mei jl. is in de literatuur al meerdere malen de vraag gesteld of een programma als het PAS met bijbehorende regelgeving wel in overeenstemming is met de eisen die op grond van artikel 6 Habitrichtlijn (HrI) in acht moeten worden genomen.<sup>4</sup> Zo zijn kanttekeningen geplaatst bij o.a.:

- de vraag of ontwikkelings- en depositieruimte beschikbaar kan worden gesteld voordat de natuurmaatregelen die deze ruimte genereren zijn uitgevoerd c.q. een zichtbaar positief effect hebben;
- of het PAS voorziet in adequate monitorings- en bijsturingsmogelijkheden om de onzekerheden die inherent zijn aan een dergelijk programma tijdig en afdoende op te vangen;
- hoe de PAS-maatregelen moeten worden gekwalificeerd (als instandhoudings- of passende maatregelen, mitigerende en/of compenserende maatregelen, met ieder hun eigen kansen en beperkingen);

1 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *MenR* 2017/84, m.nt. Kaajan (algemene uitspraak over het PAS) en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, *MenR* 2017/85, m.nt. Kaajan (uitspraak over het vergunningvrij zijn van weiden en bemesten). Zie hiervoor ook nr. 147 in dit nummer.

2 Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de wettelijke systematiek van de PAS en het PAS ook R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel I), *TBR* 2017/93; Ch. Backes, L. Boerema, A.A. Freriks en M.M. Kaajan, *Natuurbeschermingsrecht*, Sdu 2017, hfst. 5, J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Uitgeverij Paris 2016, par. 11.3 e.v. en P. Herder e.a., *Handboek Natuurbeschermingsrecht*, Berghauser Pont 2017, hfdst. 5.

3 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.21.1.

4 Zie o.a. G.C.W. van der Feltz, 'Programma Aanpak Stikstof ter inzage', *TO* 2015, nr. 2, p. 50-65; D. Sietses en A. Drahmman, 'De programmatische aanpak stikstof: komt de PAS van pas?', *BR* 2015, nr. 48; M.M. Kaajan, 'Ontwikkelingsruimte met de PAS, of toch niet?', *Preadvies Vereniging Agrarisch Recht* 2013, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2013, p. 62-73. Zie ook Ch. Backes e.a., a.w., par. 5.3 en J. Verbeek, a.w., par. 11.3.8.

- de ingewikkeldheid van het PAS en de (beperkte) mate waarin het PAS door derden kan worden gecontroleerd en geverifieerd, naast
- de vraag in hoeverre het PAS, en de passende beoordeling die in het kader van het PAS is verricht, ten grondslag kunnen worden gelegd aan wettelijke uitzonderingen op de vergunningplicht.

Het betreft hier de generieke uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten die leiden tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden van ten hoogste de geldende grenswaarde,<sup>5</sup> voor zover deze activiteiten niet ook nog andere significant negatieve effecten op Natura 2000-gebieden veroorzaken, alsmede de in de Regeling natuurbescherming<sup>6</sup> en in (alle) provinciale verordeningen opgenomen uitzondering op de vergunningplicht voor het weiden van vee en bemesten van gronden.

### 1.2. Prejudiciële vragen

In de door de Afdeling als pilotzaken aangemerkte procedures – die uiteindelijk hebben geleid tot de uitspraken van 17 mei jl. – komen zo goed als alle facetten van het PAS aan de orde. Een aantal van de in deze pilotzaken samengevoegde procedures gaat over veehouders die met toepassing van het PAS een vergunning hebben gekregen (en aan wie dus ontwikkelingsruimte is toegekend), dan wel ten aanzien van wie (gedeeltelijk) is geconcludeerd dat deze vergunning niet noodzakelijk was. Deze procedures zijn geclusterd behandeld in de procedure met nummer ECLI:NL:RVS:2017:1259. In deze procedure komt onder andere de vraag aan de orde of in het kader van de vergunningverlening, bij de beoordeling van effecten van een activiteit die stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt, een beroep kan worden gedaan op de ecologische onderbouwing die aan het PAS ten grondslag ligt.<sup>7</sup> Verder gaat het hier om de vraag of in die onderbouwing rekening kan worden gehouden met toekomstige positieve natuureffecten van in het programma opgenomen maatregelen en met de autonome daling van stikstofdepositie. Daar gaat de vraag naar de kwalificatie van deze maatregelen aan vooraf. Ook vraagt de Afdeling naar de toelaatbaarheid van een vrijstelling van de vergunningplicht voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken die een bepaalde grenswaarde niet overschrijdt, waarvoor voor de onderbouwing eveneens wordt aangesloten bij het PAS. De procedure met nummer ECLI:NL:RVS:2017:1260 heeft betrekking op de afwijzing van een aantal verzoeken om handhaving ten aanzien van activiteiten op het gebied van het weiden van vee en het bemesten van gronden bij verschillende melkveehouderijen. Deze procedure gaat daarmee primair om de vraag in hoeverre het PAS ten grondslag kan worden gelegd aan een generieke uitzondering op de vergunningplicht voor deze activiteiten. Belangrijk is verder dat de Afdeling

op een aanzienlijk aantal onderdelen van (met name) de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, een inhoudelijk oordeel geeft. Het betreft onderdelen die naar mening van de Afdeling in de passende beoordeling onvoldoende inzichtelijk en aannemelijk zijn gemaakt, zoals o.a. de onderbouwing van de verwachte daling van stikstofdepositie, de verwachte economische groei, de te bereiken depositiedaling door de PAS-maatregelen en de mate waarin de gegevens uit de monitoring kunnen worden gebruikt voor adequate bijsturing. Dit betreft onderdelen waar de prejudiciële vragen niet over gaan, maar die de betrokken ministeries<sup>8</sup> – in afwachting van de beantwoording van deze vragen – het nodige huiswerk opleveren.

## 2. De prejudiciële vragen meer in detail

De twee uitspraken zijn omvangrijk en bieden veel informatie en inzichten over diverse onderwerpen. In dit artikel wordt ingezoomd op een aantal onderdelen, te weten

- het ambitieniveau van het PAS;
- de aanvaardbaarheid van een generieke uitzondering op de vergunningplicht;
- het verschil tussen een passende beoordeling ten behoeve van een programma en voor een concreet initiatief; en
- de kwalificatie van de PAS-maatregelen.

Dit betreft onderwerpen die in de procedure met ECLI-nummer 1259 aan de orde komen. Van de 1260-procedure komt slechts aan bod het door de Afdeling beschreven verschil tussen een project en een andere handeling. Voor bespreking van de overige – evenzo relevante – onderdelen van de uitspraken wordt verwezen naar de andere, reeds beschikbare literatuur.<sup>9</sup>

### 2.1. Ambitieniveau van het PAS

Gelet op de systematische behandeling van de relevante aspecten door de Afdeling verbaast het niet dat zij begint met de vraag of het ambitieniveau van het PAS te verenigen is met artikel 6 Hrl. Het gaat hier om de verplichtingen van lidstaten om instandhoudingsmaatregelen (lid 1) en passende maatregelen te treffen (lid 2). Als uit deze bepalingen zou kunnen worden afgeleid dat hierin een verplichting voor lidstaten ligt om op een zeker moment een Natura 2000-gebied op een zeker (kwaliteits-)niveau te brengen, zou een programmatische aanpak waarmee de dubbeldoelstelling, bestaande uit het verbeteren van de kwaliteit van Natura 2000-gebieden én het bieden van ruimte aan economische ontwikkelingen, mogelijk niet ver genoeg gaan. In dat geval zou eerst de focus moeten liggen op natuurherstel (of het tegengaan van verdere verslechtering) en zou pas, als een bepaald kwaliteitsniveau in Natura 2000-gebieden zou zijn gerealiseerd, toestemming kunnen worden verleend

5 Art. 2.12 Besluit natuurbescherming.

6 Art. 2.9 Regeling natuurbescherming.

7 Zie ook de brief van de staatssecretaris van EZ aan de Tweede Kamer van 24 mei 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 32 670, nr. 114.

8 lenM en EZ.

9 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *MenR* 2017/84, m.nt. Kaajan; ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, *MenR* 2017/85, m.nt. Kaajan; R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel I), *TBR* 2017/93 en (Deel II), *TBR* 2017/93.

voor activiteiten die leiden tot een toename van stikstofdepositie. De Afdeling concludeert evenwel dat artikel 6 lid 1 en 2 Hrl de ruimte bieden voor de keuze om slechts een deel van de daling van stikstofdepositie in te zetten voor economische activiteiten. Daarbij acht de Afdeling van belang dat uit artikel 2 lid 3 Hrl volgt dat bij het treffen van maatregelen op grond van deze richtlijn, rekening moet worden gehouden met de zogeheten ‘vereisten op economisch, sociaal, cultureel en regionaal gebied’. Hierin leest de Afdeling een zekere mate van vrijheid in de keuze van de te treffen maatregelen en het tempo waarmee de kwaliteit van Natura 2000-gebieden op orde kan worden gebracht. Verder acht de Afdeling van belang dat de verplichting van artikel 6 lid 2 Hrl om passende maatregelen te treffen om verslechtering en significante verstoring tegen te gaan, niet strekt tot herstel van de gunstige staat van instandhouding. De Afdeling is op dit punt zo zeker van haar zaak dat zij het stellen van een prejudiciële vraag hierover niet nodig acht.

Hoewel bij een eerste lezing van de redenering van de Afdeling de gedachte opkomt dat deze redenering logisch is en ook naadloos past in de verplichtingen van artikel 6 lid 1 en 2 Hrl, kan daar – bij nadere overweging – ook anders over gedacht worden. Weliswaar stelt de Afdeling terecht dat in de tekst van artikel 6 lid 1 en lid 2 Hrl geen expliciete deadline is opgenomen voor het behalen van de gunstige staat van instandhouding en het treffen van passende maatregelen, maar betwijfeld kan worden of lidstaten hierdoor alle vrijheid hebben om de verplichtingen tot het treffen van maatregelen op de lange baan te schuiven. Ten eerste moet worden bedacht dat deze verplichtingen – afhankelijk van het moment waarop gebieden zijn aangewezen als Natura 2000-gebied – op zijn vroegst sinds 10 juni 1994 en voor het overgrote deel van de Natura 2000-gebieden in Nederland op zijn laatst sinds 7 december 2004 gelden. Dat is dus al een geruime tijd geleden, terwijl tegelijkertijd de PAS-problematiek laat zien dat in ieder geval de Natura 2000-gebieden die zijn opgenomen in het PAS nog lang niet in een gunstige staat van instandhouding zijn. Daar komt bij dat het PAS in ieder geval leidt tot het later behalen van de instandhoudingsdoelstellingen dan het tijdstip waarop deze instandhoudingsdoelstellingen zouden kunnen worden behaald als het positieve effect van de te treffen natuurmaatregelen niet meteen zou worden ingezet voor, voor het Natura 2000-gebied, negatieve activiteiten. Het was dan ook om die reden dat de Afdeling Advisering van de Raad van State in haar voorlichting over een concept-PAS overwoog dat de programmatische aanpak, in het licht van artikel 6 lid 1 Hrl niet mag leiden tot een zodanige vertraging in de uitvoering van de passende en noodzakelijke maatregelen dat het binnen afzienbare termijn halen van de instandhoudingsdoelen illusoir wordt.<sup>10</sup> Het is de vraag of aan dit uitgangspunt is voldaan, zeker nu het PAS ervan uit lijkt te gaan dat er tenminste nog twee programma’s nodig zijn voordat de in het PAS opgenomen Natura 2000-gebie-

den in enige mate in een gunstige staat van instandhouding zijn gebracht.

## De PAS-problematiek laat zien dat in ieder geval de Natura 2000-gebieden die zijn opgenomen in het PAS nog lang niet in een gunstige staat van instandhouding zijn

Het is dan ook jammer dat de Afdeling in de uitspraken van 17 mei jl. niet nader motiveert in hoeverre met het PAS nog steeds aan deze verplichting uit artikel 6 lid 1 Hrl kan worden voldaan. Ook is niet duidelijk geworden wat onder het “binnen afzienbare termijn halen van de instandhoudingsdoelstellingen” moet worden verstaan. Daarbij had de Afdeling mijns inziens ook moeten betrekken dat uit artikel 4 lid 4 Hrl een duidelijke deadline volgt met betrekking tot het vaststellen van de beoogde maatregelen, te weten binnen zes jaar na de plaatsen van het gebied op de lijst met gebieden van communautair belang (veelal dus op 7 december 2010 – ook al weer geruime tijd geleden). Verder had de Afdeling in dat verband acht kunnen slaan op het gegeven dat het, vanuit het beginsel van Unietrouw, wellicht voor de hand had gelegen om te kiezen voor een meer ambitieuze aanpak in het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen.<sup>11</sup>

Wat betreft de verplichting uit artikel 6 lid 2 Hrl, om verslechtering en significante verstoring te voorkomen, is van belang dat deze geldt vanaf het moment dat een gebied is opgenomen op de lijst van gebieden van communautair belang.<sup>12</sup> Het gaat hier om een resultaatsverplichting. In de uitspraak van de Afdeling komt niet duidelijk naar voren in hoeverre het karakter van deze verplichting, in combinatie met het feit dat deze verplichting ertoe leidt dat al vanaf 1994 respectievelijk 2004 verslechtering en significante verstoring moest worden voorkomen, zich verhoudt tot het PAS. In dit kader is voorts mijns inziens ook relevant dat de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden niet alleen gericht zijn op het *behoud* van de omvang en kwaliteit van een bepaald habitatype of leefgebied van soorten, maar ook veelvuldig op de *uitbreiding* van de omvang respectievelijk *verbetering* van de kwaliteit. Het is aannemelijk dat bij uitbreidings- en/of verbeteringsdoelstellingen de inspanningen die lidstaten op de voet van artikel 6 lid 1 en 2 Hrl dienen te treffen nog verder kunnen gaan, zodat de verplichtingen van artikel 6 lid 1 en/of lid 2 Hrl eerder zullen worden geschonden. Ook dit aspect lijkt door de Afdeling niet – althans dat wordt niet duidelijk in de uitspraak – te zijn betrokken bij de beoordeling. Alles overziende vergt de conclusie van de Afdeling dat het ambitieu-

10 Afdeling advisering van de Raad van State, *Voorlichting over de programmatische aanpak stikstof*, 11 april 2012, No. W15.12.0046/IV, punt 4.1.

11 Zie ook H. Schoukens, ‘De EU Habitatrictlijn en atmosferische stikstofdepositie: dura lex sed lex?’, in: *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Van een verstands-naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur*, Uitgeverij Vanden Broele, 2017, i.h.b. p. 62 e.v.

12 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-404/09, par. 125.

niveau van het PAS verenigbaar is met artikel 6 lid 1 en 2 Hrl mijns inziens dus wel enige nuancering, of in ieder geval verduidelijking. Ik kan overigens niet goed overzien of het formuleren van een prejudiciële vraag op dit punt tot meer duidelijkheid zou hebben geleid. De vraag die dan eigenlijk gesteld had moeten worden, is of het ambitieniveau van het PAS zich verdraagt met de verplichtingen van artikel 6 lid 1 en 2 Hrl. Dit is echter een vraag naar de wijze waarop het Europees recht in een concrete situatie moet worden toegepast, en dergelijke vragen lenen zich niet voor een prejudiciële procedure. Het verzoek om een prejudiciële beslissing dient immers betrekking te hebben op de uitlegging of de geldigheid van het recht van de Unie en niet op de uitlegging van de regels van het nationale recht of op feitelijke vragen die in het kader van het hoofdgeding worden opgeworpen.<sup>13</sup>

## 2.2. Aanvaardbaarheid generieke uitzondering op de vergunningplicht

Een tweede aspect waar de Afdeling zich over heeft gebogen, betreft de vraag of het op grond van artikel 6 Hrl is toegestaan om een wettelijke regeling tot stand te brengen waarmee een generieke uitzondering op de beoordelingsplicht uit artikel 6 Hrl wordt geïntroduceerd. Het (nationale) vervolg op deze vraag betreft de mate waarin met de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, voldoende verzekerd is dat alle activiteiten die, gedurende de looptijd van het PAS, vergunningvrij kunnen worden verricht, niet leiden tot verslechtering en/of significante verstoring. Immers, zou het op grond van artikel 6 Hrl al zijn toegestaan om niet iedere activiteit afzonderlijk te beoordelen, dan nog zal, ook bij een generieke beoordeling zoals de passende beoordeling van het PAS, verzekerd moeten zijn dat is voldaan is aan de eisen van artikel 6 Hrl. Dat is een beoordeling die in de nationale procedure moet plaatsvinden.

Voordat wordt ingegaan op de Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten van deze uitzondering op de vergunningplicht, zij erop gewezen dat het in de twee procedures gaat om verschillende uitzonderingen op de vergunningplicht. De eerste betreft de algemene, in artikel 2.12 lid 1 Besluit natuurbescherming j° artikel 2.9 lid 1 Wnb, opgenomen uitzondering die geldt voor projecten en andere handelingen die alleen stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken, voor zover de maximale bijdrage op relevante Natura 2000-gebieden niet hoger is dan de geldende grenswaarde. Uitgangspunt van het PAS is dat de mogelijk significant negatieve effecten van alle activiteiten onder de grenswaarde gedurende de looptijd van het PAS in de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS zijn beoordeeld.

De tweede uitzondering betreft die voor het weiden van vee en het bemesten van gronden. Hierbij is in de eerste plaats van belang dat deze uitzondering niet alleen geldt

voor zover deze activiteiten een significant negatief effect in de vorm van stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaken. Daarnaast is relevant dat deze uitzondering op de vergunningplicht niet gekoppeld is aan een bepaalde (maximale) hoeveelheid stikstofdepositie. Iedere activiteit in de vorm van het weiden van vee en het mesten van gronden, ongeacht de stikstofdepositie of andere effecten die hiermee op een Natura 2000-gebied worden veroorzaakt, is vrijgesteld van de vergunningplicht. Het behoeft weinig toelichting dat de onderbouwing van de aanvaardbaarheid van deze (ongelimiterde) uitzondering op de vergunningplicht – die ook uit de passende beoordeling van het PAS zou moeten kunnen worden afgeleid – nog gecompliceerder is dan de generieke uitzondering voor activiteiten met een maximale stikstofdepositie onder de grenswaarde. Het lijkt mij immers schier ondoenlijk om voor de gehele looptijd van het PAS op voorhand vast te stellen in welke omvang gebruik zal worden gemaakt van de uitzondering op de vergunningplicht voor weiden en bemesten.

De systematiek van een wettelijke uitzondering op de vergunningplicht waaraan een passende beoordeling ten grondslag ligt, acht de Afdeling als zodanig in overeenstemming met artikel 6 Hrl, maar zekerheid op dat punt heeft de Afdeling niet. Naar haar oordeel is daarbij van belang dat het EU Hof van Justitie (het Hof) eerder heeft geoordeeld dat een dergelijke – generieke – uitzondering niet is toegestaan, doch dit waren gevallen waarin geen passende beoordeling aan deze uitzondering ten grondslag was gelegd. Dat dit niet mogelijk is, verbaast niet. Het systematisch vrijstellen van projecten van een voorafgaande passende beoordeling kan immers alleen, indien op basis van objectieve gegevens met zekerheid kan worden uitgesloten dat plannen en projecten waarvoor deze regeling geldt, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen en projecten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied.<sup>14</sup> Deze eis geldt ook voor de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt. Het is echter de vraag of het in de praktijk mogelijk is om, ter onderbouwing van een wettelijke uitzondering op de vergunningplicht, te voldoen aan deze eis.

Met deze jurisprudentie van het Hof in het achterhoofd, meen ik dat het mogelijk is dat het Hof – conform de aanname van de Afdeling – weliswaar instemt met de nu gekozen *systematiek* van een wettelijke uitzondering op de vergunningplicht, welke uitzondering wordt gerechtvaardigd door een passende beoordeling en een programma waarmee wordt voorzien in de maatregelen die in de passende beoordeling noodzakelijk en/of relevant worden geacht, maar dat het Hof aan deze systematiek vervolgens dusdanig stringente eisen stelt dat de met het PAS gekozen systematiek *in de praktijk* toch niet werkbaar blijkt te zijn. Hoe kan immers met zekerheid worden uitgesloten dat alle activiteiten gedurende de looptijd van het PAS met

<sup>13</sup> Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, HvJ EU, 2016/C 439/01.

<sup>14</sup> H. Schoukens, a.w., p. 87 en HvJ EU 26 mei 2011, zaak C-538/09, par. 52.

een maximale stikstofdepositie onder de grenswaarde niet leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden die in het PAS zijn opgenomen, als ten eerste onduidelijk is om hoeveel activiteiten het in deze periode maximaal kan gaan, en er ten tweede geen registratieverplichting voor deze activiteiten bestaat? Nu het verder op voorhand onduidelijk is waar een bepaalde activiteit onder de drempelwaarde zal worden verricht, is het de vraag hoe de mogelijke effecten van deze activiteit, in combinatie met andere (nog onbekende) projecten onder de drempel, in de passende beoordeling van het PAS hadden kunnen worden beoordeeld. Het feit dat wat betreft de generieke uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten onder de drempelwaarde in de passende beoordeling van het PAS wordt gesteld dat slechts “indicatieve berekeningen”<sup>15</sup> van de omvang van activiteiten onder de drempelwaarde zijn gemaakt, biedt wat dat betreft niet veel hoop op een goede afloop. Dat geldt evenzo voor de uitzondering op de vergunningplicht voor het weiden van vee en bemesten, waarvoor in de passende beoordeling van het PAS is gesteld dat “gemiddeld genomen een stijging als gevolg van het beweiden en bemesten op bestaande agrarische bedrijven kan worden uitgesloten.”<sup>16</sup> Uiteraard betreft het hier, tenminste gedeeltelijk, eventueel te repareren gebreken in de passende beoordeling, waarbij ook de mogelijkheden van monitoring en bijsturing een belangrijke rol kunnen spelen. Maar mijns inziens is het zeker nog geen gelopen race dat de Afdeling, met het arrest van het Hof in de hand, zal kunnen concluderen dat de passende beoordeling die ten grondslag is gelegd aan de wettelijke uitzonderingen op de vergunningplicht, voldoet.

### 2.3. Passende beoordeling PAS vs. individuele passende beoordeling

In het geval een activiteit leidt tot een dusdanige toename van stikstofdepositie boven de grenswaarde op een in het PAS opgenomen Natura 2000-gebied, dat sprake is van een vergunningplichtige activiteit, fungeert de passende beoordeling van het PAS ook als passende beoordeling voor het te nemen besluit over de concrete activiteit. Dit leidt tot de vraag van de Afdeling of de passende beoordeling van het PAS, waarin weliswaar cumulatieve gevolgen van een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie zijn beoordeeld, doch zonder dat deze beoordeling is gerelateerd aan specifieke projecten of andere handelingen, ten grondslag kan worden gelegd aan een toestemming voor een specifiek project of andere handeling. Artikel 6 lid 3 Hrl vereist immers dat een passende beoordeling wordt gemaakt voor elk project of plan met mogelijk significant negatieve gevolgen, terwijl ten behoeve van het PAS een passende beoordeling is gemaakt voor een bepaalde hoeveelheid ontwikkelingsruimte die met het PAS beschikbaar wordt gesteld. Kenmerkend verschil is dus dat bij de gebruikelijke wijze van beoordeling de effecten van een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie worden onderzocht, terwijl in de passende

beoordeling voor het PAS de effecten van de uitgifte van een bepaalde hoeveelheid ontwikkelingsruimte zijn beoordeeld. Op zichzelf lijkt mij dit verschil niet zodanig van belang, dat dit zal leiden tot de conclusie van het Hof dat de passende beoordeling van het PAS als zodanig niet ten grondslag kan worden gelegd aan het besluit tot toestemmingverlening voor een concrete activiteit waaraan ontwikkelingsruimte wordt toegedeeld. Zoals de Afdeling terecht stelt, zal in dit kader doorslaggevend zijn of de passende beoordeling voldoet aan de hierboven reeds beschreven criteria. Omdat ten aanzien van dit aspect geen zekerheid kan worden ontleend aan jurisprudentie van het Hof, stelt de Afdeling ook op dit punt een prejudiciële vraag.

### 2.4. Kwalificatie van de PAS-maatregelen

#### 2.4.1. Relevantie

Een aanzienlijk deel van de uitspraak met ECLI-nummer 1259 gaat over de kwalificatie van de PAS-maatregelen. Het betreft de diverse bron- en herstelmaatregelen die, enerzijds, moeten leiden tot een verbetering c.q. het voorkomen van verdere verslechtering van Natura 2000-gebieden en die anderzijds ruimte bieden voor nieuwe economische ontwikkelingen. Het gaat onder andere om stalmaatregelen, maatregelen voor emissiearme bemesting, voer- en managementmaatregelen, het plaggen van delen van Natura 2000-gebieden, het verbeteren van de waterhuishouding en het maaien in Natura 2000-gebieden.

Wat betreft de verschillende categorieën maatregelen die verband houden met artikel 6 HRL, moet een onderscheid gemaakt worden tussen

- instandhoudings- en passende maatregelen;
- beschermingsmaatregelen (ook wel mitigerende maatregelen genoemd); en
- compenserende maatregelen.<sup>17</sup>

Het onderscheid is van belang voor beantwoording van de vraag of en zo ja op welke wijze in de passende beoordeling met de maatregelen rekening kan worden gehouden en de (rand)voorwaarden waaraan de maatregelen in dat geval moeten voldoen. Als maatregelen bijvoorbeeld niet als beschermings-, instandhoudings- of passende maatregelen kunnen worden aangemerkt, moet het positieve effect van deze maatregelen in de passende beoordeling buiten beschouwing worden gelaten. Er zal dan in de passende beoordeling moeten worden onderzocht of (het positieve effect van deze maatregelen weggedacht) nog steeds de conclusie kan worden getrokken dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zullen worden aangetast.

Het positieve effect van een instandhoudings- en passende maatregel kan in de passende beoordeling wel worden meegenomen, zonder dat aan de hierna nader toe te lichten stringente voorwaarden van een beschermingsmaatregel

<sup>15</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 24.1.

<sup>16</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, r.o. 10.3.

<sup>17</sup> HvJ EU 21 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:583, par. 33.

hoeft te worden voldaan. Op een instandhoudingsmaatregel is het regime van artikel 6 lid 1 Hrl van toepassing. Een instandhoudingsmaatregel dient erop gericht te zijn om een gebied in een ‘gunstige staat van instandhouding’ te brengen. Voor een passende maatregel geldt het regime van artikel 6 lid 2 Hrl. Dit betekent dat van een passende maatregel sprake is indien de maatregel gericht is op het voorkomen van verslechtering en significante verstoring van een Natura 2000-gebied. Belangrijke voorwaarde uit de jurisprudentie van de Afdeling om een maatregel als instandhoudings- of passende maatregel te kunnen aanmerken is dat een directe samenhang tussen de betreffende maatregel en de beoogde ontwikkeling ontbreekt.<sup>18</sup>

De directe samenhang tussen een maatregel en een beoogde ontwikkeling is daarentegen juist wel een van de belangrijke voorwaarden om een maatregel als beschermingsmaatregel te kunnen aanmerken. Dit lijkt op de voorwaarde dat de maatregel ‘functioneel verbonden’ dient te zijn met de beoogde ontwikkeling. Om te kunnen spreken van een beschermingsmaatregel moet de maatregel als doel hebben de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit de voorgenomen ontwikkeling voortvloeien, te voorkomen of te verminderen.<sup>19</sup> De Afdeling gaat er daarbij van uit dat de beschermingsmaatregel moet worden getroffen op de locatie waar het habitatype voorkomt dat negatieve gevolgen van het voorgenomen initiatief zou ondervinden als de maatregel niet wordt getroffen.<sup>20</sup> Uit de uitspraken van het Hof van 21 juli 2016<sup>21</sup> en 26 april 2017<sup>22</sup> kan verder worden afgeleid dat, gelet op het voorzorgsbeginsel, geen rekening kan worden gehouden met beschermingsmaatregelen waarvan het positieve effect op het moment van het verrichten van de passende beoordeling nog onzeker is.

#### 2.4.2. Conclusies van de Afdeling; commentaar

Indien met de hierboven beschreven criteria de PAS-maatregelen worden toegepast, leidt dit volgens de Afdeling tot de conclusie dat de PAS-bronmaatregelen kunnen worden aangemerkt als instandhoudings- of passende maatregel. Daarbij acht de Afdeling het van belang dat deze maatregelen leiden tot een afname van stikstofemissie door agrarische bedrijven, die vervolgens kan leiden tot een afname van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Deze afname kan een bijdrage leveren aan het behoud of herstel van de stikstofgevoelige natuurwaarden in Natura 2000-gebieden, en daarmee aan het behoud, de bescherming en wellicht zelfs het bereiken van een gunstige staat van instandhouding van een Natura 2000-gebied. De Afdeling stelt vast dat uit Europese jurisprudentie niet blijkt dat instandhoudings- en passende maatregelen pas in de passende beoordeling zouden mogen worden betrokken indien deze maatregelen zijn uitgevoerd en resultaat hebben gehad (anders

dan wellicht bij beschermingsmaatregelen het geval is). Deze maatregelen en ontwikkelingen mogen in de passende beoordeling worden meegenomen indien:

- de maatregelen positieve gevolgen hebben voor de arealen van stikstofgevoelige habitats waar negatieve gevolgen kunnen optreden als gevolg van het benutten van depositieruimte, en
- uitvoering en effectiviteit van deze maatregelen voldoende verzekerd is.

De met het PAS voorziene *herstelmaatregelen* dragen enerzijds bij aan het op termijn realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen van de stikstofgevoelige natuurwaarden in Natura 2000-gebieden en anderzijds aan het voorkomen van verslechtering van deze stikstofgevoelige natuurwaarden door het benutten van de depositie- en ontwikkelingsruimte. Bij de kwalificatie van deze maatregelen maakt de Afdeling een onderscheid tussen enerzijds herstelmaatregelen die ook los van het PAS (kunnen) worden getroffen en anderzijds herstelmaatregelen die aanvullend op het bestaande beheer worden getroffen en die direct verband houden met de benutting van de depositie- en ontwikkelingsruimte voor de bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats. De eerste categorie herstelmaatregelen beschouwt de Afdeling als instandhoudings- en passende maatregelen. Voor deze maatregelen geldt derhalve niet dat deze pas in de passende beoordeling zouden mogen worden betrokken indien deze maatregelen zijn uitgevoerd en resultaat hebben gehad. Het gaat hier om maatregelen die al in een ander (beleids-)kader worden getroffen, bijvoorbeeld als onderdeel van een landinrichtingsplan, de zogeheten GGOR-plannen<sup>23</sup> en LIFE-projecten<sup>24</sup>. Indien a. de maatregelen positieve gevolgen hebben voor de arealen van stikstofgevoelige habitats waar negatieve gevolgen kunnen optreden als gevolg van het benutten van depositieruimte, en b. uitvoering en effectiviteit van deze maatregelen voldoende verzekerd is, kan het positieve effect van deze maatregelen in de passende beoordeling worden meegenomen.

Maatregelen die een direct verband hebben met de benutting van de depositie- en ontwikkelingsruimte voor de bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats, beschouwt de Afdeling als beschermingsmaatregelen. Het betreft maatregelen die specifiek in het kader van het PAS worden getroffen en die niet gericht zijn op een afname van stikstofdepositie maar op het voorkomen van schadelijke gevolgen door stikstofdepositie voor de stikstofgevoelige natuurwaarden. Gedacht kan worden aan vegetatiemaatregelen zoals maaien, waardoor stikstofdepositie uit het gebied wordt verwijderd, en vernatting van het gebied waardoor een verbetering van de omstandigheden voor de stikstofgevoelige natuurwaarden optreedt. Gelet op de kwalificatie van deze maatregelen als beschermingsmaatregelen staat het voor de Afdeling kennelijk vast dat deze

18 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.15 en de daar genoemde jurisprudentie.

19 ABRvS 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330.

20 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.13.

21 HvJ EU 21 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:583.

22 HvJ EU 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:301.

23 Plannen gericht op het gewenst grond- en oppervlaktewater regime.

24 LIFE is een programma van de Europese Unie voor de ontwikkeling en uitvoering van het Europese natuur- en milieubeleid.

(herstel)maatregelen worden getroffen op de locaties waar het negatieve effect vanwege het benutten van depositie- en ontwikkelingsruimte optreedt, dat deze maatregelen functioneel verbonden zijn met initiatieven die een beroep doen op depositie- en/of ontwikkelingsruimte, en dat met het uitvoeren van de maatregelen verzekerd is dat deze de negatieve effecten vanwege deze initiatieven voorkomen en/of beperken. Immers, anders had de Afdeling deze conclusie niet kunnen trekken. Met de arresten van het Hof van 21 juli 2016 en 26 april 2017 in het achterhoofd, betekent dit ook dat er kennelijk geen twijfel kan bestaan over het positieve effect van deze maatregelen. In dat kader overweegt de Afdeling overigens dat deze maatregelen nog niet hoeven te zijn getroffen en effect hoeven te hebben op het moment waarop een passende beoordeling wordt gemaakt, doch dat de passende beoordeling juist kan worden gebruikt om te onderzoeken welke maatregelen nodig zijn om de gevolgen van plannen en projecten voor de natuurwaarden waarvoor de Natura 2000-gebieden zijn aangewezen te voorkomen. Wel dient, aldus de Afdeling, verzekerd te zijn dat de maatregelen die in de passende beoordeling zijn betrokken, daadwerkelijk zullen worden getroffen en dient voldoende zeker te zijn dat de maatregelen effectief zullen zijn. In het licht van de uitspraak van het Hof van 27 april 2017 lijkt dit inderdaad de toets te zijn en geldt niet, zoals Frins<sup>25</sup> stelt naar aanleiding van het arrest van 21 juli 2016, de eis dat de beschermingsmaatregel ten tijde van de passende beoordeling moet zijn gerealiseerd.<sup>26</sup> Overigens kan het in de praktijk best zo zijn dat dit een hoogst theoretische discussie is. Hoewel het op grond van het arrest van 27 april 2017 mogelijk lijkt te zijn dat in de passende beoordeling rekening wordt gehouden met beschermingsmaatregelen die ten tijde van die passende beoordeling nog geen positief resultaat hebben gehad, is het niet onvoorstelbaar dat de eis dat dan wel (wetenschappelijke) zekerheid moet bestaan over het positieve effect van deze maatregelen, er in de praktijk toe zal leiden dat aan deze laatste eis pas kan worden voldaan indien de betreffende maatregel daadwerkelijk is uitgevoerd.

Omdat de Afdeling aan de bestaande Europese jurisprudentie niet de zekerheid kan ontleen dat met de PAS-maatregelen (in welke vorm dan ook) rekening kan worden gehouden in de passende beoordeling, formuleert zij op dit punt, ter verkrijging van deze zekerheid, een aantal prejudiciële vragen. Het is spijtig dat de Afdeling aan het Hof niet de vraag voorlegt of de wijze waarop de Afdeling de diverse PAS-maatregelen kwalificeert, correct is. Dit doet zij wel voor de beschermingsmaatregelen (vraag 5) maar niet voor de maatregelen die worden aangemerkt als passende en instandhoudingsmaatregelen. Toch kan mijns inziens

betwijfeld worden of de bron- en herstelmaatregelen die door de Afdeling als passende en instandhoudingsmaatregel worden aangemerkt, wel daadwerkelijk als zodanig kunnen worden gekwalificeerd.<sup>27</sup> Deze maatregelen dienen weliswaar de (gunstige) staat van instandhouding van een Natura 2000-gebied en zouden – indien voldoende effectief – ook een bijdrage kunnen leveren aan het voorkomen van verdere verslechtering van een Natura 2000-gebied, maar voor zover ik kan overzien wordt ten minste een deel van het beoogde positieve effect van deze maatregelen direct ingezet voor het beschikbaar stellen van depositie- en ontwikkelingsruimte. Dit roept bij mij de vraag op of nog wel de conclusie kan worden getrokken dat sprake is van échte passende en instandhoudingsmaatregelen, of dat deze moeten worden beschouwd als een soort van ‘passende instandhoudings- en beschermingsmaatregel’ en dus als een combinatie van de drie typen maatregelen die de Hrl kent.

De vraag die – na beschouwing van al deze juridische randvoorwaarden – verder overblijft is of voor de PAS-maatregelen de inhoudelijke toets uiteindelijk met goed gevolg kan worden doorlopen. Als het Hof zou besluiten dat in het PAS rekening mag worden gehouden met passende en instandhoudingsmaatregelen, zijn de maatregelen uit het PAS dan wel als zodanig te kwalificeren? Uit het voorgaande blijkt dat de eisen, zowel wanneer sprake is van een passende of instandhoudingsmaatregel, als in het geval van een beschermingsmaatregel, streng zijn. In alle gevallen zal uitvoering, effectiviteit en het beoogde positieve effect van de maatregelen moeten zijn verzekerd ten tijde van de passende beoordeling. Kan dit wel, mede gelet op de inhoudelijke gebreken die de Afdeling heeft geconstateerd? Daarbij is het mijns inziens ook van belang – en dat aspect lijkt nu onderbelicht te zijn in de uitspraak van de Afdeling van 17 mei 2017<sup>28</sup> – dat het arrest van 27 april 2017 het wellicht mogelijk maakt om in de passende beoordeling, als beschermingsmaatregel, rekening te houden met maatregelen die ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn gerealiseerd. Ook dan geldt echter dat alleen sprake is van een beschermingsmaatregel als een negatief effect op een Natura 2000-gebied (door het benutten van ontwikkelings- en depositieruimte) wordt voorkomen of beperkt. Dat betekent mijns inziens dat de beschermingsmaatregel hoe dan ook zal moeten zijn uitgevoerd voordat dit negatieve effect zou mogen optreden. In het licht hiervan lijkt het lastig verdedigbaar dat reeds op het moment dat het PAS werd vastgesteld (1 juli 2015) ontwikkelings- en depositieruimte voor nieuwe ontwikkelingen kon worden benut, terwijl de PAS-herstelmaatregelen op dat moment niet, of in ieder geval niet volledig, waren uitgevoerd. Het is verder de vraag in hoeverre voor wat betreft de herstelmaatregelen die de Afdeling als beschermingsmaatregel beschouwt, is voldaan aan de eis dat deze maatregelen verbonden zijn met het beoogde initiatief dat leidt tot een toename van stikstofdepositie. Dat is mijns inziens slechts indirect het

25 Zie R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel I), *TBR* 2017/93.

26 Zie in dit kader ook J. Zijlmans, 'Hoe verder met mitigatie en cumulatie?', *Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht* 2017/99, die uit het arrest van 21 juli 2016 afleidt dat het er om gaat dat op het moment van vergunningverlening/beoordeling (wetenschappelijk gezien redelijkerwijs) geen twijfel is omtrent de doeltreffendheid van de (mitigerende) maatregelen.

27 Zo ook H. Schoukens, a.w., p. 108 e.v.

28 Met ECLI-nummer 1259.

geval. Uitgaande van het beoogde positieve effect van deze herstelmaatregelen zou hoogstens gesteld kunnen worden dat deze herstelmaatregelen functioneel verbonden zijn met het beschikbaar komen van depositie- en ontwikkelingsruimte. Kortom, zeker op dit vlak liggen er nog de nodige struikelblokken voor het PAS.

### 3. Onderscheid project en andere handeling; tussencategorie van activiteiten die als project moeten worden beoordeeld?

De uitspraak inzake het weiden en bemesten van vee bevat, aanvullend op de punten die hiervoor al zijn besproken, nog een aantal interessante overwegingen die ook voor activiteiten zonder stikstofdepositie, maar met mogelijk significant negatieve effecten op Natura 2000-gebieden, relevant kunnen zijn. Deze overwegingen gaan in de kern over vragen als: (i) is het weiden en/of het bemesten onlosmakelijk verbonden met het oprichten en exploiteren van een veehouderij? en (ii) is sprake van een project of andere handeling?

Zonder hier in dit artikel uitgebreid bij stil te staan<sup>29</sup> kan in dat verband worden geconcludeerd dat de Afdeling het weiden van vee onlosmakelijk verbonden acht met de exploitatie van een melkveehouderij. Voor de vraag of sprake is van een project of andere handeling – en of artikel 6 lid 3 en 4 Hrl respectievelijk artikel 6 lid 2 Hrl van toepassing is – acht de Afdeling het moment waarop de exploitatie van de melkveehouderij is gestart van belang. Ligt dit moment vóór de Europeesrechtelijke referentiedata, dan is sprake van een andere handeling; ligt dit moment na deze data, dan is sprake van een project.

### Het verschil tussen projecten en andere handelingen zoals dat thans nog volgt uit de Wet natuurbescherming, zou zinledig worden

Bemesting van gronden – dat bestaat uit het *in* respectievelijk *op* de bodem brengen van meststoffen – beschouwt de Afdeling als niet onlosmakelijk verbonden met de exploitatie van een veehouderij. Ten aanzien van deze activiteit moet dus zelfstandig worden nagegaan of sprake is van een project of andere handeling. De Afdeling concludeert dat het *in* de bodem brengen van meststoffen een fysieke ingreep betekent en dat zodoende sprake is van een project. Ten aanzien van deze activiteit is van belang of het in de bodem brengen van meststoffen, indien dat al plaatsvond vóór de Europeesrechtelijke referentiedata en sinds deze data nog steeds plaatsvindt, kan worden beschouwd als andere handeling. Dat is het geval indien – analoog aan het

arrest *Stadt Papenburg*<sup>30</sup> – kan worden gesteld dat sprake is van een periodiek terugkerende activiteit die als een enkele verrichting kan worden beschouwd. Het is de vraag of aan deze voorwaarde is voldaan nu het bemesten van gronden periodiek, in wisselende hoeveelheden, op wisselende percelen en in de loop der jaren met wisselende technieken heeft plaatsgevonden.

Het *op* de bodem brengen van meststoffen leidt, aldus de Afdeling, niet tot een fysieke ingreep en kan zodoende volgens de Afdeling niet worden beschouwd als een project in de betekenis die het Hof (en de Afdeling) daaraan tot nu toe heeft gegeven. Het is juist dit aspect van deze prejudiciële procedure dat van (groot) belang kan worden voor allerhande andere activiteiten. In de uitspraak vraagt de Afdeling zich af of ook activiteiten die niet kunnen worden aangemerkt als project in de strikte zin van het woord, toch zouden moeten worden beoordeeld als project als de voorgenomen activiteit significant negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Een dergelijke aanpak zou passen in het uitgangspunt van het Hof dat aan het project-begrip in de HRL een ruime uitleg moet worden gegeven. Weliswaar sluit het Hof, voor de vraag hoe het project-begrip uit artikel 6 lid 3 Hrl moet worden uitgelegd, aan bij het project-begrip uit de MER-richtlijn, maar de uitspraken van het Hof tot op heden laten zien dat ‘in ieder geval’ bij dit m.e.r.-project-begrip kan worden aangesloten. Deze uitspraken bieden zodoende ruimte voor een ruimer project-begrip onder de Hrl. De consequenties van een dergelijke ruime uitleg van het project-begrip voor de praktijk zullen overigens aanzienlijk zijn. Immers, zou het Hof stellen dat iedere activiteit met mogelijk significant negatieve effecten onder het regime van artikel 6 lid 3 en 4 Hrl valt, dan betekent dit bijvoorbeeld dat het openstellen van een weg, het gebruiken van het strand als onderdeel van een Natura 2000-gebied, of het landen in en het starten vanuit een Natura 2000-gebied zonder dat hier (start- en landings)voorzieningen zijn gerealiseerd, niet langer via de eenvoudige toets van artikel 2.8 lid 9 Wnb – waarbij het slechts gaat om een afweging van diverse belangen – kan worden toegestaan, maar dat hier het regime van artikel 6 lid 3 en 4 Hrl van toepassing is. Het verschil tussen projecten en andere handelingen zoals dat thans nog volgt uit de Wet natuurbescherming, zou daarmee zinledig worden.

### 4. Hoe nu verder?

Het is uiteraard lastig, zo niet onmogelijk, om de uitkomst van een prejudiciële procedure te voorspellen. Recente uitspraken van het Hof inzake de toepassing van de Hrl laten echter zien dat het voorzorgsbeginsel een belangrijke – zo niet beslissende – plaats inneemt bij de uitleg van de Hrl. Het is de vraag hoe de vele onzekerheden in het PAS – over de verwachte daling van stikstofdepositie, de effecten van de voorgenomen maatregelen, de mate waarin een en ander ook daadwerkelijk leidt tot natuurherstel – zijn te rijmen

29 Zie in dat kader mijn annotatie bij ABRVS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, *MenR* 2017/85 en R.H.W. Frins, ‘PAS op de plaats... en nu?’ (Deel II), *TBR* 2017/112.

30 HvJ EU 14 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:10.

met dit beginsel. Aan de andere kant is van belang dat het Hof zich niet *in concreto* zal buigen over de houdbaarheid en aanvaardbaarheid van het PAS zoals dat nu is vastgesteld. Die conclusie is voorbehouden aan de Afdeling, nadat het Hof de prejudiciële vragen heeft beantwoord. Zoals hiervoor reeds is aangegeven valt daarbij niet uit te sluiten dat het Hof mogelijk wel instemt met een aanpak zoals die met het PAS wordt voorgestaan, maar hieraan vervolgens dusdanig strenge eisen stelt, dat het in de praktijk niet mogelijk zal blijken te zijn om de dubbeldoelstelling van natuurherstel en economische ontwikkeling te combineren.

#### 4.1. Voorlopig geen juridische consequenties van de prejudiciële vragen

In de uitspraken klinkt door dat de Afdeling vooralsnog aannemelijk acht dat een systematiek zoals het PAS aanvaardbaar is en dat het PAS – al dan niet in bijgestelde vorm – in stand kan blijven. Dat is een van de redenen voor de Afdeling om geen voorlopige voorziening te treffen. Andere redenen zijn dat

- het Hof is verzocht om voor 1 juli 2018 – het moment waarop de eerste periode van het PAS afloopt en waarna opnieuw zal worden onderzocht hoeveel depositie- en ontwikkelingsruimte beschikbaar is – een antwoord te geven op de prejudiciële vragen;
- in het systeem, voor wat betreft de beschikbare ontwikkelings- en depositieruimte, in relatie tot het beoogde positieve effect van de natuurmaatregelen een veiligheidsmarge is ingebouwd en het niet aannemelijk is dat tot 1 juli 2018 door uitgifte van depositie- en ontwikkelingsruimte onomkeerbare gevolgen zullen optreden en
- dat er een passende beoordeling aan het PAS ten grondslag ligt.

Daarbij kan uit de uitspraak met ECLI-nummer 1259 worden afgeleid dat als de depositieruimte in het PAS alsnog wordt verhoogd (dus: als er meer ontwikkelingen worden toegestaan dan nu het geval is), als het, voor een Natura 2000-gebied dat is opgenomen in het PAS, wordt toegestaan om externe saldering toe te passen,<sup>31</sup> of wanneer niet wordt doorgeslagen met de uitvoering van de herstelmaatregelen die in het PAS zijn opgenomen, de Afdeling mogelijk toch overgaat tot het treffen van een voorlopige voorziening. In de procedure over het weiden en bemesten voegt de Afdeling daaraan toe dat, als in een concreet geval blijkt dat verslechtering en/of significante verstoring optreedt, een derde-belanghebbende het bevoegd gezag kan verzoeken om maatregelen te treffen als bedoeld in artikel 2.4 Wnb. Het betreft preventieve en herstelmaatregelen. Ook gelet op deze bevoegdheid – die overigens niet alleen kan worden toegepast bij activiteiten die zijn uitgezonderd van de vergunningplicht – acht de Afdeling het op dit moment niet noodzakelijk om een voorlopige voorziening te treffen.

31 Hetgeen op grond van art. 5.5 lid 3 Wnb verboden is.

Het is mijns inziens opmerkelijk dat de feiten en omstandigheden op basis waarvan de Afdeling concludeert dat het treffen van een voorlopige voorziening op dit moment niet aangewezen is, een overlap vertonen met de gebreken die de Afdeling in het PAS constateert. Immers, in de 1259-uitspraak stelt de Afdeling bijvoorbeeld vast dat het standpunt dat in het PAS een buffer is ingebouwd om eventuele tegenvallers in de depositiedaling op te kunnen vangen, niet is onderbouwd met gegevens die inzichtelijk maken hoe groot de veiligheidsmarge is om onzekerheden op te vangen.<sup>32</sup> Uit de 1260-uitspraak volgt dat voor wat betreft de mogelijke gevolgen van het weiden en bemesten “gemiddeld genomen een stijging” van de stikstofdepositie kan worden uitgesloten. En hoe zit het met de generieke uitzondering op de vergunningplicht onder de drempelwaarde en de vaststelling van de Afdeling dat slechts indicatieve berekeningen zijn gemaakt van de toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden als gevolg van activiteiten onder de drempelwaarde? Hoe moet daarnaast omgegaan worden met het feit dat slechts voor een beperkt deel van de activiteiten onder de grenswaarde een meldplicht geldt, zodat de stikstofdepositie tot een maximum van 1,0 mol/ha/jaar maar deels wordt geregistreerd? Dat de Afdeling, gelet op deze vragen, hangende de prejudiciële procedure heeft besloten dat het PAS en/of dat de PAS-regelgeving niet buiten werking wordt gesteld, is dan ook met name vanuit politiek-bestuurlijk en praktisch oogpunt begrijpelijk.

De Afdeling had er dus evengoed voor kunnen kiezen om de besluiten die gebaseerd zijn op het PAS en die ter toetsing voorlagen te schorsen – waardoor de natuurmaatregelen alsnog zouden worden uitgevoerd maar ontwikkelings- en depositieruimte niet zou kunnen worden benut. Een dergelijke voorlopige voorziening zou materieel ook effect kunnen hebben op andere lopende procedures en zou eveneens tot gevolg kunnen hebben dat besloten wordt het PAS voorlopig niet toe te passen. Dat zou in ieder geval allerlei praktische problemen voorkomen – zoals:

- Moeten de lopende procedures waar het PAS een rol speelt, worden aangehouden, of kunnen niet aan het PAS gerelateerde beroepsgronden alvast worden afgehandeld met een tussenuitspraak<sup>33</sup> en
- Hoe moet omgegaan worden met besluiten waaraan het PAS ten grondslag ligt die niet in rechte worden aangevochten, als blijkt dat de systematiek van het PAS niet in overeenstemming is met de Hrl? Moeten deze besluiten worden ingetrokken? Leidt dit tot een verplichting van het vergunningverlenende orgaan (of de Staat) tot schadevergoeding, omdat het besluit gebaseerd was op een systematiek die in strijd is met Europees recht?

32 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 23.5.

33 Hetgeen mijn voorkeur zou hebben, omdat anders straks, nadat het HvJ de prejudiciële vragen heeft beantwoord en de Afdeling deze heeft toegepast, wellicht in allerlei procedures geconstateerd moet worden dat vanwege andere gebreken in de besluitvorming het beroep gegrond moet worden verklaard. Deze conclusie kan ook nu, zonder antwoorden van het Hof, worden getrokken en kan reeds nu aanleiding geven voor een herstelbesluit, waarmee dus veel tijdswinst kan worden behaald.

#### 4.2. Mogelijkheden tot aan uitspraken ABRvS

Als gezegd heeft de Afdeling het Hof verzocht om de prejudiciële vragen voor 1 juli 2018 te beantwoorden, omdat daarna de tweede periode van het PAS aanvangt. Ik kan niet overzien of dit gaat lukken. Veelal duurt een prejudiciële procedure (aanzienlijk) langer dan een jaar; aan de andere kant heeft het Hof de uitspraak van 21 juli 2016 binnen iets meer dan een jaar – en zonder conclusie van de A-G – gewezen. Dus wellicht is het mogelijk. Echter, ook al zou het Hof binnen deze termijn een arrest kunnen wijzen, de daaropvolgende uitspraken van de Afdeling zullen pas laten zien welke gevolgen het arrest zal hebben voor het PAS. Deze uitspraken zullen in ieder geval niet voor 1 juli 2018 verwacht kunnen worden – wellicht is zelfs eind 2018 dan nog (te) vroeg.

Dat roept de vraag op hoe, onder andere, initiatiefnemers in de tussentijdse periode om moeten gaan met de onzekerheden die verbonden zijn aan de lopende prejudiciële procedure. Uiteraard kan – zolang het PAS geldt – om toedeling van ontwikkelingsruimte middels een toedelingsbesluit<sup>34</sup> worden verzocht. Als hiertegen beroep wordt ingesteld, zal echter op korte termijn geen duidelijkheid verkregen worden over de rechtmatigheid van dit besluit. Als geen beroep wordt ingesteld, kan er mijns inziens ook niet automatisch op worden vertrouwd dat het dan onherroepelijke besluit onaantastbaar is en niet meer kan worden ingetrokken. Dit biedt dus weinig perspectief.

### De kans dat het verlenen van toestemmingen buiten het PAS om een goede werking van het PAS zal frustreren is een aanzienlijke

Een andere optie is om een vergunning (of een ander toedelingsbesluit) aan te vragen zonder dat hierbij een beroep op ontwikkelingsruimte uit het PAS wordt gedaan. Dat is, in theorie althans, een optie. In de Wnb, het Besluit en de Regeling natuurbescherming is niet bepaald dat het PAS een exclusief kader vormt en dat dus niet buiten het PAS om een aanvraag om toestemming kan worden gedaan.<sup>35</sup> Daar kunnen echter ten minste twee kanttekeningen bij geplaatst worden. Ten eerste is het PAS juist ontwikkeld omdat het lastig was om per initiatief in een passende beoordeling te concluderen dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken niet zou optreden. Ik heb geen signalen ontvangen dat de (ecologische) situatie op dit moment dusdanig is verbe-

terd dat deze conclusie nu wel makkelijker kan worden getrokken. Ten tweede lijkt mij de kans aanzienlijk dat het verlenen van toestemmingen buiten het PAS om een goede werking van het PAS zal frustreren. Als buiten het PAS om toestemming wordt verleend voor een toename van stikstofdepositie, zal er immers geen ontwikkelingsruimte worden afgeboekt. Deze toename van stikstofdepositie zal in de PAS-systematiek moeten worden beschouwd als een ‘autonome ontwikkeling’ waarmee bij de vaststelling van het PAS evenwel geen rekening is gehouden. Ik betwijfel dan ook of bestuursorganen mee willen werken aan het verlenen van een toestemming buiten de PAS-systematiek om. Mijns inziens geeft de afweging die bestuursorganen op grond van artikel 1.10 lid 3 Wnb bij vergunningverlening moeten maken, en waarbij ook rekening moet worden gehouden met vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, bestuursorganen de ruimte om in dat geval hun medewerking te weigeren, of, vanwege het belang van de gewenste activiteit, juist wél medewerking te verlenen.

Dat betekent dat er mijns inziens in de periode totdat het Hof – en vervolgens de Afdeling – duidelijkheid heeft gegeven over de houdbaarheid van het PAS, helaas niet veel werkbare oplossingen zijn die op korte termijn meer zekerheid kunnen bieden over het al dan niet kunnen realiseren van een voorgenomen ontwikkeling, buiten het PAS om. Daarbij zou ik me kunnen voorstellen dat als het PAS uiteindelijk onderuit zou gaan, dit in de praktijk niet meteen tot gevolg heeft dat in de tussentijd verleende toestemmingen worden ingetrokken of dat handhavend opgetreden wordt ten aanzien van gerealiseerde activiteiten die vanwege het PAS vrijgesteld waren van de vergunningplicht maar weer vergunningplichtig worden. Het verleden laat echter zien dat Nederland traag is geweest met de implementatie van de Hrl, waardoor er een lange periode is geweest waarin er al wel een vergunningplicht op grond van de Hrl gold, doch deze in Nederland niet werd toegepast.<sup>36</sup> Gelet hierop lijkt het me niet heel erg voorstelbaar dat er geen nationale oplossing wordt gevonden voor activiteiten die onder het PAS waren toegestaan, op het moment dat blijkt dat het PAS niet had kunnen worden vastgesteld en daarmee vast komt te staan dat eerdere besluiten die gebaseerd waren op het PAS ten onrechte zijn verleend.

#### 5. Afronding; blik op de toekomst

Het gegeven dat er nu een prejudiciële procedure gaande is, leidt logischerwijs ook tot vragen als:

- Wat moet er gebeuren als het Hof die invulling van de programmatische aanpak in het PAS in strijd acht met de Hrl of als de Afdeling concludeert dat het PAS en de hieraan ten grondslag liggende passende beoordeling niet voldoen?
- Is een programmatische aanpak wel een logisch instrument of zou beter voorrang gegeven kunnen worden aan de natuur?

34 Of een ander toedelingsbesluit in de zin van art. 2.7 Besluit natuurbescherming.

35 Frins wijst in R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel II), *TBR* 2017/112, op art. 8.1 lid 6 Regeling omgevingsrecht waaruit zou volgen dat bij een aanvraag om omgevingsvergunning waarbij de natuurtoestemming aanhaakt, gebruik moet worden gemaakt van het PAS. Zou dit al een harde eis zijn die leidt tot exclusiviteit van het PAS, dan kan deze, door de vrijwillige aanhaakverplichting, eenvoudig worden omzeild door voorafgaand aan het indienen van een aanvraag om omgevingsvergunning een losse natuurvergunning aan te vragen.

36 Deze vergunningplicht is immers pas echt goed in wetgeving opgenomen met de wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 per 1 februari 2009, *Stb.* 2009, 18.

- Waarom doen wij in Nederland zo moeilijk en is Duitsland veel guller met het toestaan van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden?<sup>37</sup>
- Kunnen we niet beter kiezen voor een andere systematiek?<sup>38</sup> en
- Zouden we niet beter kunnen komen tot een programmatische aanpak op Europees niveau, nu het overgrote deel van stikstofdeposities op Nederlandse Natura 2000-gebieden veroorzaakt wordt door buitenlandse bronnen, waarvoor het PAS geen maatregelen bevat?<sup>39</sup>

Het is begrijpelijk dat de discussie over de wenselijkheid van het PAS met het stellen van prejudiciële vragen weer wordt aangewakkerd. Eerlijk is eerlijk, de prejudiciële procedure is ook wat mij betreft zeker geen gelopen race en ik denk dat er nog het nodige hersteld moet worden in het PAS en de passende beoordeling die hieraan ten grondslag ligt om nog enigszins ongeschonden uit de strijd te komen,

waarbij ik ook niet uitsluit dat een aantal elementen uit de PAS-systematiek zal worden gehaald of zal worden beperkt (bijv. vergunningvrije activiteiten zonder meldplicht, of het tempo waarin ontwikkelings- en depositieruimte wordt uitgegeven). Toch is het mijns inziens nu nog te vroeg om het PAS bij het vuilnis te zetten en de hoop op een goede afloop helemaal op te geven. Het verdient echter wel aanbeveling dat nu alvast nagedacht wordt over een alternatief scenario of een uitgekledde PAS, om straks in 2018-begin 2019 adequaat te kunnen reageren op de uitspraken van het Hof en de Afdeling en de praktijk niet langer dan reeds het geval is in onzekerheid te laten.

**Over de auteur**

**Mr. M. Kaajan**

Advocaat/partner bij ENVIR Advocaten te Amsterdam.

De tekst van dit artikel is afgesloten op 10 juli 2017.

37 Zie ook Ch. Backes, 'Ondertussen bij de Oosterburen: géén nood aan een PAS?', in: *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Van een verstand-naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?* Uitgeverij Vanden Broele, 2017, p. 259 e.v.

38 Zie ook L. Boerema, 'Het stikstofdoolhof: Wat als de PAS omvalt?', *JFF* 2014/3 en de presentatie van L. Boerema tijdens de studiemiddag van de VMR op 28 juni 2017, *Pas op de plaats ... en nu?* (zie <http://www.milieur-echt.nl>).

39 Hoewel een dergelijke aanpak uiteraard veel tijd zal kosten en ten zeerste betwijfeld kan worden of de natuur hierbij gebaat is.