

De PAS-uitspraken van de Raad van State

Van programma op krediet naar programma in diskrediet? (Deel II)

– Mr. dr. R.H.W. Frins¹

1. Inleiding

Op 29 mei jl. verschenen de langverwachte uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS).² In het juli-nummer van dit tijdschrift besprak ik in *Deel I* de 'hoofduitspraak' over het PAS als toestemmings-basis voor activiteiten met stikstofdepositie tot ge-volg.³ In dit tweede deel sta ik ten eerste stil bij de tweede uitspraak van 29 mei jl. Die uitspraak gaat over besluiten van het college van Gedeputeerde Staten van Gelderland respectievelijk Limburg, waarbij verzoeken om handhavend op te treden tegen het zonder vergunning op of in de bodem brengen van meststoffen en het weiden van vee (hierna: bemesten en beweiden), zijn afgewezen. Feit is dat deze activiteiten ná de bestreden beslui-ten zijn vrijgesteld van de vergunningplicht van arti-kel 19d, eerste lid, Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) respectievelijk artikel 2.7, tweede lid, Wet natuurbescherming (hierna: Wn-b).⁴ Concreet buigt de Afdeling zich over de vraag of de betreffende vrijstellingsregelingen in lijn zijn met het bepaalde in artikel 6, leden 2 en 3, van de Habitatrictlijn (hierna: Hrl).⁵

Om bovenstaande vraag te kunnen beantwoorden moet zij eerst een aantal deelvragen beantwoor-den, te weten:

1. moeten de activiteiten bemesten en beweiden als een 'project' of als een 'andere handeling' worden aangemerkt?
2. hangen deze activiteiten onlosmakelijk samen met de oprichting, wijziging of exploitatie van een veehouderij?
3. mag in het geval dat sprake is van één project de van toepassing zijnde vergunningplicht wor-den opgeknipt?

Deze vragen en de bijbehorende antwoorden ko-men in de paragrafen 2 tot en met 5 aan de orde. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 6 hoe op de korte en lange termijn het beste kan worden omge-gaan met plannen en projecten die stikstofdepositie veroorzaken op Natura 2000-gebieden. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 7).

2. De begrippen 'project' en 'andere handeling'

De eerste vraag waar de Afdeling zich over buigt, is of de activiteiten bemesten en beweiden kwali-ficeren als een project als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl. In eerdere jurisprudentie heeft de Afdeling zich – mede naar aanleiding van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) – op het standpunt gesteld dat een activi-teit als een project als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl moet worden aangemerkt, als die activiteit voldoet aan de definitie van 'project' van artikel 1, tweede lid, van de MER-richtlijn. Hierbij gaat het – kort en goed – om de vraag of een activiteit gepaard gaat met een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap. Luidt het antwoord op die vraag be-vestigend, dan moet de betreffende activiteit als een project als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl wor-den aangemerkt. Luidt het antwoord ontkennend, dan moet de betreffende activiteit niet als een 'pro-

¹ Ralph Frins is research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit in Nijmegen.

² ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS als toestem-mingsbasis) en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (Bemes-ten en beweiden).

³ Zie: R.H.W. Frins, 'De PAS-uitspraken van de Raad van State. Van programma op krediet naar programma in diskrediet?' (Deel I), *TBR* 2019/91.

⁴ Aanvankelijk volgde deze vrijstelling uit het Besluit vergunningen Natuurbeschermingswet 1998. Ten tijde van de uitspraak waren de vrij-stellingsregelingen in de Omgevingsverordeningen van beide provincies neergelegd.

⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 1-1.2.

ject', maar als een 'andere handeling' worden aangemerkt.⁶ Op die jurisprudentie is in de literatuur kritiek geuit.⁷ Naar alle waarschijnlijkheid heeft deze kritiek er mede toe geleid dat de Afdeling ook een prejudiciële vraag aan het Hof heeft voorgelegd over het begrip 'project'.⁸

In het *PAS*-arrest heeft het Hof zich op het standpunt gesteld dat voor het antwoord op de vraag of een activiteit als een project als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl moet worden aangemerkt, *niet* bepalend is of die activiteit als een project als bedoeld in de MER-richtlijn moet worden aangemerkt. Activiteiten die een project zijn in de zin van de MER-richtlijn zijn volgens het Hof *a fortiori* een project in de zin van de Hrl, aangezien de invulling van het projectbegrip in de MER-richtlijn enger is dan de invulling van het projectbegrip in de Hrl.⁹ Hieruit volgt dat activiteiten die géén project zijn in de zin van de MER-richtlijn, wél een project in de zin van de Hrl kunnen zijn. Bepalend is of een activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Is dat het geval, dan is sprake van een project in de zin van de Hrl. Aangezien niet kan worden uitgesloten dat de activiteiten bemesten en beweiden significante gevolgen kunnen hebben, kunnen beide activiteiten projecten als bedoeld in artikel 6, derde lid, Hrl zijn. Uit de uitspraak volgt dat dat ook niet meer in geschil is tussen partijen. De vraag die partijen nog wel verdeeld houdt, is of a) deze activiteiten kunnen worden uitgezonderd van de vergunningplicht en b) deze daadwerkelijk tot significante gevolgen kunnen leiden.¹⁰

Voor het antwoord op bovenstaande vraag a) is van belang of het bemesten en beweiden onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt of onder artikel 6, derde lid, Hrl. Uit het *PAS*-arrest volgt dat het bemesten onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt, als hiervoor toestemming is verleend vóórdat artikel 6, derde lid, Hrl van toepassing werd op het Natura 2000-gebied waarvoor het bemesten significante gevolgen kan hebben (de zogenoemde referentiedatum).¹¹ Vereist is dan wel dat het bemesten nog steeds periodiek plaatsvindt, waarbij het moet gaan om één

enkele verrichting. Hetgeen inhoudt dat sprake moet zijn van een gemeenschappelijk doel, continuïteit en volledige overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder het bemesten wordt uitgevoerd. Wordt aan deze vereisten voldaan, dan moet het bemesten niet als een 'project', maar als een 'andere handeling' worden geduid. Het bemesten valt dan onder artikel 2.7, tweede en derde lid, onder b, Wnb. Dat geldt evenzeer voor het bemesten en beweiden dat wel enige, maar geen significant verslechterende gevolgen voor een Natura 2000-gebieden kan hebben. Ook in dat geval moet het bemesten en beweiden als een 'andere handeling' worden geduid.¹²

3. Is een categorale vrijstelling verenigbaar met artikel 6 Hrl?

3.1 Bemesten en beweiden dat onder artikel 6, derde lid, Hrl valt

Feit is dat de beide vrijstellingsregelingen die ter beoordeling staan zo zijn geformuleerd, dat deze zowel betrekking hebben op bemesten en beweiden dat onder 6, tweede lid, Hrl valt, als op bemesten en beweiden dat onder 6, derde lid, Hrl valt.¹³ De eerste vraag die de Afdeling bij de kop pakt, is of activiteiten die significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied en dus onder artikel 6, derde lid, Hrl vallen, categoriaal mogen worden uitgezonderd van de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Appellanten - de Coöperatie *Mobilisation for the Environment* en de Vereniging *Leefmilieu* (hierna: appellanten) - zijn van mening dat het antwoord ontkennend luidt. Verweerders - Gedeputeerde Staten van Gelderland en Limburg - zijn daarentegen van mening dat het wél mogelijk is om dergelijke activiteiten categoriaal vrij te stellen van de vergunningplicht, mits aan die vrijstelling een passende beoordeling ten grondslag ligt die voldoet aan de uit artikel 6, derde lid, Hrl voortvloeiende eisen.¹⁴

De Afdeling stelt appellanten in het gelijk. Kortom: het bemesten en beweiden dat significante gevolgen kan hebben en waarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt, kan *niet* categoriaal worden uitgezonderd van de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Ter onderbouwing van haar standpunt wijst de Afdeling er onder meer op dat het Hof in rechtsoverweging 115 verwijst naar punt 144 van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott. In dat punt overweegt Kokott dat een ontheffing van de vergunningplicht alleen verenigbaar is met artikel 6, derde lid, Hrl, als voor de activiteiten bemesten en beweiden geen passende beoordeling nodig is. Van een dergelijke beoordeling kan

6 Zie hierover R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 17-19.

7 Zie o.a. de noot van Backes bij ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3380, AB 2015/70 en J.M.I.J. Zijlmans, 'Een 'project' of 'andere handeling' in de zin van artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998', *JM* 2014/912.

8 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, r.o. 8-8-19.

9 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 65.

10 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 4.2-4.4.

11 De Europese referentiedata zijn: 1) als een activiteit gevolgen heeft voor een Vogelrichtlijngebied: a) 10 juni 1994 (als het betreffende gebied is aangewezen voordat de Hrl van kracht werd) of b) de datum van aanwijzing van het gebied - veelal 24 maart 2000 - als het gebied ná 10 juni 1994 is aangewezen; 2) als een activiteit gevolgen heeft voor een Habitatrichtlijngebied: de datum waarop het betreffende Natura 2000-gebied op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst; in de regel is dit 7 december 2004.

12 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 5.5-5.6.

13 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 5.7.

14 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 7.

alleen worden afgezien wanneer op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat de bevoeding of de bemesting, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden, aldus Kokott.¹⁵ De Afdeling wijst er in dit verband terecht op dat de formulering ‘op grond van objectieve omstandigheden’ door het Hof wordt gebruikt voor de zogenoemde voortoets. Deze formulering bezigt het Hof ook in de ‘samenvattende’ rechts-overweging 120. Gelet op dit alles komt de Afdeling tot de slotsom dat activiteiten enkel op grond van een voortoets categoriaal kunnen worden uitgezonderd van de vergunningplicht. Slechts als uit een dergelijke toets volgt dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, is een categorale vrijstelling verenigbaar met artikel 6 Hrl.¹⁶

Na bovenstaand standpunt te hebben geformuleerd, verlegt de Afdeling haar aandacht naar de uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken die een bepaalde drempel- of grenswaarde niet overschrijden.¹⁷ Uit het PAS-arrest volgt dat deze uitzondering op de vergunningplicht ook verenigbaar is met artikel 6 Hrl, zelfs als aan die uitzondering een passende beoordeling ten grondslag ligt. Dit verschil in benadering laat zich volgens de Afdeling verklaren doordat voornoemde uitzondering op de vergunningplicht niet een bepaalde categorie van projecten uitzondert van de vergunningplicht, waarvan op voorhand niet duidelijk is welke gevolgen deze hebben voor de natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. De uitzondering op de vergunningplicht ziet uitsluitend op de gevolgen van stikstofdepositie door projecten die passen binnen de depositieruimte die in het kader van het PAS passend is beoordeeld. Een dergelijke regeling biedt een waarborg dat het gebruik ervan is begrensd tot de eerder beoordeelde gevolgen. Een categorale uitzondering op de vergunningplicht voor projecten, ongeacht waar en in welke omvang of intensiteit deze zullen plaatsvinden, biedt een dergelijke waarborg niet, aldus de Afdeling.¹⁸

3.2 Bemesten en beweiden dat onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt

Het voorgaande laat onverlet dat het beweiden en bemesten dat onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt in plaats van onder artikel 6, derde lid, Hrl, wél categoriaal kan worden vrijgesteld van de ver-

gunningplicht van artikel 2.7, tweede lid, Wnb. In tegenstelling tot artikel 6, derde lid, Hrl vereist artikel 6, tweede lid, Hrl immers geen voorafgaande individuele beoordeling van een activiteit. Het is de wetgever die ervoor gekozen heeft om de uit artikel 6, tweede lid, Hrl voortvloeiende verplichtingen mede te implementeren, door ook voor andere activiteiten dan projecten met mogelijk significante gevolgen een vergunningplicht te laten gelden. Deze vergunningplicht volgt uit artikel 2.7, tweede en derde lid, aanhef en onder b, Wnb.¹⁹ Het gaat hierbij om twee situaties: 1) de ongewijzigde voortzetting van bemesten en beweiden dat reeds rechtmatig plaatsvond op de Europese referentiedata en 2) bemesten en beweiden dat wel enige, maar geen significant verslechterende gevolgen voor een Natura 2000-gebied kan hebben. Doet een van deze twee situaties zich voor, dan is de van toepassing zijnde categorale vrijstelling wél verenigbaar met artikel 6 Hrl.²⁰

3.3 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Niet kan worden ontkend dat de door het Hof in rechtsoverweging 120 gebezigde formulering ‘op grond van objectieve omstandigheden’ erop lijkt te wijzen dat projecten enkel categoriaal kunnen worden vrijgesteld, als uit een voortoets volgt dat die projecten géén significante gevolgen hebben voor Natura 2000-gebieden. Dat volgt ook klip en klaar uit het genoemde punt 144 van de Conclusie van Kokott. Rechtsoverweging 115 van het arrest – de rechtsoverweging dus waarin naar voornoemd punt wordt verwezen – is mijns inziens echter minder klip en klaar. In die rechtsoverweging wordt namelijk gesproken over de vrijstelling van de verplichting tot het verrichten van een passende beoordeling. Dat een passende beoordeling enkel achterwege kan blijven als zeker is dat de betreffende projecten geen significante gevolgen kunnen hebben, is duidelijk. Dat is ook wat uit het tweede deel van punt 144 van de Conclusie volgt. Maar uit voornoemde rechtsoverweging volgt mijns inziens niet direct dat – zoals Kokott in het eerste deel van voornoemd punt heeft betoogd – een categorale vrijstelling enkel verenigbaar is met artikel 6 Hrl, als uit een voortoets volgt dat die vrijstelling *niet* tot significante gevolgen leidt. Hierbij moet worden bedacht dat Kokott zich in algemene zin op het standpunt heeft gesteld dat een vrijstelling van de vergunningplicht alleen verenigbaar is met artikel 6 Hrl, als die vrijstelling gebaseerd is op een voortoets in plaats van op een passende beoordeling. Volgens Kokott geldt dat dus ook voor de uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken die een bepaalde drempel-

¹⁵ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 144.

¹⁶ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 7.1-7.6.

¹⁷ In de hoofduitspraak over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten heeft de Afdeling geoordeeld dat artikel 2.12 Besluit natuurbescherming, het artikel waaruit de drempel- of grenswaarde volgt, onverbindend is. Zie: R.H.W. Frins, ‘De PAS-uitspraken van de Raad van State. Van programma op krediet naar programma in diskrediet?’ (Deel I), TBR 2019/91, p. 602.

¹⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 7.4-7.5.

¹⁹ Zie over de vergunningplicht voor andere activiteiten dan projecten met mogelijk significante gevolgen: Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2017, p. 108-109.

²⁰ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 8-9.3.

of grenswaarde niet overschrijden.²¹ Voor zover mij bekend heeft het Hof zich hier nog niet eerder expliciet over uitgesproken. Aangezien dit een vrij fundamentele vraag is, zou het mijns inziens voor de hand liggen dat het Hof zich hier explicieter over had uitgesproken, als het Hof het standpunt van Kokott zou onderschrijven.

Daar komt bij dat het Hof in de rechtsoverwegingen 116-119 stilstaat bij de passende beoordeling die aan de vrijstelling van de activiteiten bemesten en beweiden ten grondslag ligt. In dit verband herhaalt het Hof onder meer dat een passende beoordeling geen leemten mag vertonen en volledige, nauwkeurige en definitieve constateringen en conclusies moet bevatten, die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor de betrokken Natura 2000-gebieden wegnemen. Hierbij overweegt het Hof dat een gemiddelde waarde in beginsel niet kan garanderen dat bemesting of beweiding voor geen enkel Natura 2000-gebied significante gevolgen zal hebben. Het is met name vanwege deze overwegingen met betrekking tot de eisen waaraan een passende beoordeling moet voldoen, dat ik bij het schrijven van mijn artikel over het PAS-arrest het gebruik van de formulering 'op grond van objectieve omstandigheden' heb genegeerd, en ervan uit ben gegaan dat ook een categorale vrijstelling waaraan een deugdelijke passende beoordeling ten grondslag ligt, verenigbaar is met artikel 6 Hrl. Het is immers niet logisch dat het Hof ingaat op de eisen die aan een passende beoordeling moeten worden gesteld, als het Hof van mening zou zijn dat alleen al vanwege het feit dat een dergelijke beoordeling nodig is, tot de conclusie kan worden gekomen dat een categorale vrijstelling onverenigbaar is met artikel 6 Hrl. Ik betwijfel dan ook of het Hof met het gebruik van de formulering 'op grond van objectieve omstandigheden' daadwerkelijk heeft bedoeld te zeggen, dat een categorale vrijstelling gestoeld moet zijn op een voortoets, om verenigbaar te kunnen zijn met artikel 6 Hrl.

4. Beweiden

Na bovenstaand kader te hebben geschetst, beziet de Afdeling of de aan de orde zijnde vrijstellingsregelingen verenigbaar zijn met artikel 6 Hrl. De Afdeling begint met de activiteit beweiden, waarbij zij zich ten eerste buigt over de vraag of het beweiden onlosmakelijk verbonden is met de oprichting, uitbreiding of exploitatie van een melkveehouderij. In dat geval is sprake van één project en moeten de gevolgen van het beweiden én van de veehouderij tezamen beoordeeld worden. In de verwijzingsuitspraak over bemesten en beweiden

oordeelde de Afdeling dat het beweiden door een melkveehouderij onlosmakelijk samenhangt met de oprichting, uitbreiding of exploitatie van de stallen waarin het melkvee wordt gehouden.²² In de einduitspraak overweegt de Afdeling dat het PAS-arrest geen aanleiding geeft om dit uitgangspunt thans te verlaten. De oprichting, wijziging of exploitatie van een melkveehouderij en het beweiden moeten dan ook als één project worden aangemerkt, waarvan de gevolgen in samenhang moeten worden beoordeeld.²³

De vervolgvraag is of het mogelijk is één project op te knippen in een vergunningplichtig en een vergunningvrij onderdeel. Hierover heeft de Afdeling zich nog niet eerder expliciet uitgesproken. In het verleden heeft zij wel vaker geoordeeld dat een aanvraag voor een vergunning op grond van de Nbw 1998 respectievelijk de Wnb (hierna: een Nbw/Wnb-vergunning) betrekking moet hebben op alle activiteiten die tezamen één project vormen, zodat gewaarborgd is dat de gevolgen van het gehele project voor Natura 2000 bij de beoordeling van de aanvraag worden betrokken.²⁴ Het opknippen van één project, in de zin dat voor een deel daarvan een vergunning is vereist en voor een deel daarvan niet, is daarmee niet in overeenstemming, aldus de Afdeling. Zij acht het opknippen van een project dan ook in strijd met artikel 6, derde lid, Hrl.²⁵

Aansluitend op het bovenstaande benadrukt de Afdeling dat van de uitzonderingen op de vergunningplicht alleen maar gebruik kan worden gemaakt in situaties waarin voor de oprichting of exploitatie van een melkveehouderij een Nbw/Wnb-vergunning is verleend. Vereist is dan wel dat 1) die vergunning voor het houden van vee in stallen is verleend zonder passende beoordeling, en 2) de vergunde situatie met inbegrip van het beweiden *niet* leidt tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie die relevant was voor de verleende Nbw/Wnb-vergunning. Wordt aan deze twee criteria voldaan, dan valt het beweiden als onderdeel van de melkveehouderij onder artikel 6, tweede lid, Hrl en zou van de uitzonderingen op de vergunningplichtig gebruik kunnen worden gemaakt. Uit het voorgaande volgt dat per geval afzonderlijk moet worden beoordeeld of de stikstofdepositie van de veehouderij en het beweiden tezamen binnen het 'stikstofdepositieplafond' blijft dat voortvloeit uit een toestemming op grond van de Wet milieubeheer of de Hinderwet (de zogenoemde bestaande rechten).²⁶

²² ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, r.o. 8.8.

²³ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 11.4.

²⁴ Zie o.a. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449 (Vliegbasis Woensdrecht), r.o. 5.3.

²⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 11.6.

²⁶ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 12.1-12.3.

²¹ Zie in dit verband R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 810.

Als uit een nadere beoordeling zoals hierboven bedoeld volgt dat het betrekken van het beweiden zal leiden tot een toename van de stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie die relevant was voor de Nbw/Wnb-vergunning, dan valt het beweiden als onderdeel van de melkveehouderij onder artikel 6, derde lid, Hrl. In dat geval zijn de uit de Gelderse en Limburgse Omgevingsverordeningen voortvloeiende uitzonderingen op de vergunningplicht in strijd met artikel 6, derde lid, Hrl en dus onrechtmatig. Dat geldt ook voor die gevallen waarin de Nbw/Wnb-vergunning voor een veehouderij die beweidt is verleend met een passende beoordeling, waarbij de activiteit beweiden echter niet is betrokken. Aantekening verdient nog dat de uitzonderingen op de vergunningplicht voor het beweiden *niet* van belang zijn voor veehouderijen die een Nbw/Wnb-vergunning hebben voor een melkveehouderij met een stalsysteem dat impliceert dat het vee permanent op stal staat, en die alsnog willen gaan beweiden. In een dergelijk geval is immers sprake van de wijziging van een project, waarvoor een Nbw/Wnb-vergunning nodig is. In dat geval moet een nieuwe vergunning worden aangevraagd, die zowel betrekking heeft op de exploitatie van de veehouderij, als op het beweiden. Door het alsnog gaan beweiden wijzigen namelijk ook de stalemissies.²⁷

Uit het voorgaande volgt dat op grond van objectieve gegevens niet op voorhand is uit te sluiten dat de uitzonderingen op de vergunningplicht mede betrekking hebben op projecten die significante gevolgen kunnen hebben, zodat de vrijstellingsregelingen zijn vastgesteld in strijd met artikel 6, derde lid, Hrl. Vervolgens buigt de Afdeling zich over de vraag of deze strijd moet leiden tot onverbindendheid van de bepalingen uit de verordeningen of slechts tot het buiten toepassing laten ervan in gevallen waarin de in die bepalingen gemaakte uitzondering zou leiden tot een met de Hrl strijdig resultaat. In dit verband overweegt de Afdeling dat niet op een relatief eenvoudige wijze is te bepalen of het beweiden door een veehouderij, die een Nbw/Wnb-vergunning heeft waarbij het beweiden niet is beoordeeld, onder het tweede of het derde lid van artikel 6 Hrl valt. Gelet hierop ziet de Afdeling uit oogpunt van rechtszekerheid en handhaafbaarheid geen ruimte voor het buiten toepassing laten van de uitzonderingen op de vergunningplicht in bepaalde gevallen. Vandaar dat zij de uit de Gelderse en Limburgse Omgevingsverordeningen volgende uitzonderingen op de vergunningplicht onverbindend acht. Dit heeft tot gevolg dat melkveehouders met een Nbw/Wnb-vergunning voor een stalsysteem dat beweiden impliceert zullen moeten verzoeken om een wijziging van hun vergunning, zodat de activiteit beweiden alsnog wordt vergund. Tot die

tijd vindt het beweiden plaats zonder de daarvoor benodigde Wnb-vergunning.²⁸

4.1 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Bovenstaand oordeel vind ik navolgbaar. Dat de Afdeling zich op het standpunt stelt dat één project niet kan worden opgeknipt in een vergunningplichtig en een vergunningvrij onderdeel, sluit aan bij eerdere jurisprudentie waaruit volgt dat één project in zijn geheel moet worden beoordeeld. Volgt uit die beoordeling dat het project in kwestie tot significante gevolgen kan leiden en dus vergunningplichtig is, dan is het begrijpelijk dat de betreffende vergunning óók op het project als geheel betrekking moet hebben. Dat de Afdeling oordeelt dat moet worden gekeken naar de bestaande rechten van voor de verlening van de Nbw/Wnb-vergunning verbaast evenmin. In dit verband zij er nog op gewezen dat appellanten van mening zijn dat deze zogenoemde *stand-still* jurisprudentie bijstelling behoeft. Aangezien zij dit punt los van de aan de orde zijnde zaken hebben gemaakt, is de Afdeling hier niet op ingegaan.²⁹ Hoogstwaarschijnlijk verschijnt er dus over enige tijd jurisprudentie waarin dit punt aan de orde is.

Zoals uit het bovenstaande volgt vindt het beweiden thans in de regel illegaal plaats. In de uitspraak overweegt de Afdeling dat de betreffende bedrijven in de gelegenheid moeten worden gesteld om een vergunningaanvraag in te dienen alvorens handhavend wordt opgetreden. Hiervoor acht de Afdeling een termijn van drie maanden redelijk, welke aanvangt nadat het bestuursorgaan de betrokken bedrijven in de gelegenheid heeft gesteld om een aanvraag in te dienen. Hierbij dient het bestuursorgaan aan te geven welke gegevens door de bedrijven bij de aanvraag moeten worden overgelegd.³⁰ In dit verband zij nog gewezen op een brief die de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: LNV) op 27 juni jl. aan de Tweede Kamer zond. Uit deze brief volgt dat gedurende het huidige beweidingsseizoen niet actief zal worden gehandhaafd op de vergunningplicht. Voor aanvang van het volgende beweidingsseizoen wordt alles op alles gezet om een aanpak beschikbaar te hebben voor de legalisering van beweiden, aldus de minister.³¹

5. Bemesten

Tot slot buigt de Afdeling zich over de uitzonderingen op de vergunningplicht voor de activiteit bemesten. Net als in het kader van het beweiden beziet zij ten eerste of het bemesten onlosmakelijk

²⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 18-18.2.

²⁹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 3.4.

³⁰ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 25.9.

³¹ Kamerstukken II 2018/19, 32670, 163.

²⁷ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 12.4-12.5.

samenhangt met de oprichting, uitbreiding of exploitatie van een veehouderij, zodat sprake is van één project waarvan de gevolgen als geheel moeten worden beoordeeld. Ook in dit verband blijft de Afdeling bij het standpunt waarop zij zich in de verwijzingsuitspraak over bemesten en beweiden - onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie - heeft gesteld, te weten dat het bemesten en de oprichting, wijziging of exploitatie van een veehouderij *niet* als één project moeten worden aangemerkt. De Afdeling ziet in het *PAS*-arrest noch in het betoog van appellanten aanleiding om voornoemd standpunt te verlaten. Bemesten is op zichzelf een project of een andere handeling, waarvan de mogelijke effecten los moeten worden beoordeeld. Gelet hierop hoeft een aanvraag voor een Nbw/Wnb-vergunning voor de oprichting, wijziging of exploitatie van een veehouderij niet mede het bemesten te omvatten. Kortom: voor het bemesten kan ook afzonderlijk een Nbw/Wnb-vergunning worden aangevraagd.³²

Vervolgens pakt de Afdeling de vraag bij de kop of het bemesten onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt of onder artikel 6, derde lid, Hrl. Hierbij dringt zich ten eerste de vraag op of het bemesten, dat thans plaatsvindt en dat rechtmatig plaatsvond vóórdat de Hrl van toepassing werd, kan worden aangemerkt als één-en-hetzelfde project. In dat geval valt het bemesten onder artikel 6, tweede lid, Hrl. In dit verband overweegt de Afdeling terecht dat irrelevant is dat voor het bemesten voor de relevante referentiedata geen individuele toestemming vereist was, maar dat hiervoor op grond van de meststoffenregelgeving algemene regels golden. Hiermee wordt voldaan aan de voorwaarde dat de activiteit rechtmatig plaatsvond voorafgaand aan de relevante referentiedatum. Feit is echter dat die algemene regels regelmatig worden aangepast, waardoor bepaalde methoden en technieken niet meer mogen worden gebruikt en andere, nieuwe methoden of technieken juist moeten worden toegepast. Deze wijzigingen leiden direct tot een feitelijke wijziging van de manier waarop het bemesten wordt uitgevoerd, hetgeen als een wijziging van een project moet worden geduid. Hierdoor is niet langer sprake van één-en-hetzelfde project, waardoor het bemesten onder artikel 6, derde lid, Hrl valt in plaats van onder artikel 6, tweede lid, Hrl.³³

Er is echter nog een andere mogelijkheid om tot de conclusie te komen dat het bemesten onder artikel 6, tweede lid, Hrl valt, namelijk als op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat het bemesten in Nederland significante gevolgen kan hebben voor stikstofgevoelige natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. Het Hof heeft het aan de Afdeling gelaten om te beoordelen of op grond van het onderzoek dat aan de uitzonderingen op de

vergunningsplicht ten grondslag ligt, tot voornoemde conclusie kan worden gekomen. Feit is dat in dit onderzoek wordt geconcludeerd dat gemiddeld genomen een stijging van de stikstofdepositie door het bemesten kan worden uitgesloten. Echter, zoals zowel Advocaat-Generaal Kokott als het Hof hebben overwogen, kan een gemiddelde waarde alleen niet garanderen dat het bemesten voor geen enkel Natura 2000-gebied significante gevolgen zal hebben. Gelet hierop verbaast het geenszins dat de Afdeling tot de slotsom komt dat uit het onderzoek *niet* volgt dat op grond van objectieve omstandigheden met zekerheid kan worden uitgesloten dat het bemesten voor geen enkel Natura 2000-gebied significante gevolgen zal hebben.³⁴

Uit het bovenstaande volgt dat niet kan worden uitgesloten dat onder de categorale uitzonderingen op de vergunningplicht voor het bemesten ook projecten vallen die significante gevolgen kunnen hebben en waarvoor slechts op basis van een individuele passende beoordeling toestemming kan worden verleend. Gelet hierop zijn de uitzonderingen op de vergunningplicht in strijd met artikel 6, derde lid, Hrl (zie paragraaf 3). In het verlengde hiervan overweegt de Afdeling dat de betreffende bepalingen uit de Gelderse en Limburgse Omgevingsverordeningen individuele agrariërs geen houvast bieden voor de beoordeling of de voorgenomen bemestingsactiviteiten onder het tweede of het derde lid van artikel 6 Hrl vallen. Vandaar dat zij de uit de beide Omgevingsverordeningen volgende categorale uitzondering op de vergunningplicht voor het bemesten onverbindend acht. Gelet hierop hebben agrarische bedrijven voor het bemesten voortaan een Wnb-vergunning nodig, als het bemesten een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben op stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied.³⁵

5.1 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Dat de Afdeling op grond van het *PAS*-arrest tot bovenstaand oordeel komt verbaast mij evenmin. Ook hier valt mijns inziens niets op af te dingen. Een vraag die echter nog niet expliciet is beantwoord, is welke gevolgen voornoemde wijzigingen van de mestregelgeving hebben voor de omvang van de bestaande rechten. Feit is dat de mestregelgeving door de jaren heen strenger is geworden, in die zin dat het bemesten tot minder stikstofemissie mag leiden dan voorheen het geval was. Ik zou het logisch vinden als door deze wijzigingen ook de bestaande rechten zijn ingeperkt. Met andere woorden dat niet moet worden uitgegaan van de 'stikstofrechten' van voor de relevante referentiedatum, maar van de 'stikstofrechten' die uit de thans vigerende regelgeving voortvloeien. Dat zou

32 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 20-20.2.

33 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 22.4-22.5.

34 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 23-23.7.

35 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 24-24.2.

immers in lijn zijn met de jurisprudentie van de Afdeling over bestaande rechten, waaruit volgt dat als na de relevante referentiedatum de bestaande rechten zijn verminderd, dat dan van dat mindere recht moet worden uitgegaan.³⁶

Hierboven schreef ik dat de Afdeling van mening is dat de bedrijven die beweiden drie maanden de tijd moeten krijgen om een ontvankelijke vergunningaanvraag in te dienen. Uit de uitspraak volgt dat deze termijn ook geldt voor de bedrijven die bemesten. Maar ook hierover wordt in genoemde brief van de minister van LNV opgemerkt dat vooralsnog niet actief zal worden gehandhaafd. Volledigheidshalve zij er nog op gewezen dat onderhavige uitspraak enkel betrekking heeft op de Gelderse en Limburgse Omgevingsverordeningen. De activiteiten bemesten en beweiden zijn echter in alle provincies vrijgesteld van de vergunningplicht. Daarnaast zijn deze activiteiten ook op grond van artikel 2.9 Regeling natuurbescherming vrijgesteld van de vergunningplicht. Die vrijstelling geldt voor die gevallen waarvoor de minister van LNV het bevoegd gezag is. Over deze vrijstellingsregelingen kon de Afdeling uiteraard geen oordeel vellen, maar evident is dat ook deze regelingen onverbindend zijn.

6. Hoe nu verder?

De PAS-uitspraken hebben veel media-aandacht gegeneerd. Ruim een maand na de uitspraken begon deze aandacht langzaam maar zeker af te nemen, maar op 17 juli jl. stonden de uitspraken weer vol in de belangstelling. Op die dag verschenen namelijk vijf uitspraken over projecten waarvoor op grond van het PAS toestemming is verleend. Hierbij gaat onder meer om de verbreding van de A12 en de A27 bij Utrecht (Amelisweerd) en de herontwikkeling van een gedeelte van de voormalige vliegbasis Twenthe.³⁷ In al die uitspraken heeft de Afdeling de betreffende besluiten na vereenvoudigde behandeling vernietigd. In de tussentijd heeft de Afdeling echter nog veel meer uitspraken gedaan over veehouderijen en de activiteiten bemesten en beweiden. Blijkens een speciale pagina op de website van de Raad van State gaat het hierbij om 129 uitspraken in totaal. Al die zaken zijn zonder zitting afgedaan.³⁸ Uit de website van de Raad van State

kan ook worden opgemaakt dat nog 21 zaken op de plank liggen.³⁹

Dit onderstreept dat de gevolgen van de PAS-uitspraken verstrekkend zijn. Het verbaast dan ook niet dat de minister van LNV sinds het verschijnen van de uitspraken verschillende brieven naar de Tweede Kamer heeft gezonden.⁴⁰ Middels deze brieven heeft de minister de leden van de Tweede Kamer onder meer geïnformeerd over de belangrijkste conclusies van de uitspraken, over het aantal projecten dat naar een eerste inschatting getroffen wordt door de uitspraken en over verschillende acties die zijn voorzien voor de korte, middellange en lange termijn. De brieven bieden vooral een concreet inzicht in welke mogelijkheden er zijn om een vergunning te verkrijgen voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op voor stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied. Hierbij gaat het niet alleen om activiteiten waarvoor het initiatief nog moeten worden genomen, maar het kan ook gaan om 1) activiteiten die reeds worden uitgevoerd, maar waarvoor tot 29 mei jl. geen toestemming was vereist, omdat de depositie van de activiteit in kwestie de drempel- of grenswaarde niet overschrijdt, 2) activiteiten waarvoor op grond van het PAS een toestemming is verleend, die nog niet in rechte onaantastbaar is, en 3) activiteiten die met het PAS zijn gelegaliseerd (de zogenaamde interim-situaties).

6.1 Individuele oplossingen voor de korte termijn

In *Deel I* wees ik erop dat geen toepassing meer kan worden gegeven aan artikel 2.4 Regeling natuurbescherming (hierna: Rnb), zodat geen betekenis meer toekomt aan de hierin genoemde referentiesituatie, te weten de hoogste feitelijke depositie in de periode 2012-2014. Vandaar dat de stikstofdepositie die een activiteit veroorzaakt moet worden bepaald ten opzichte van de bestaande rechten van vóór de relevante referentiedatum. Net zoals bij de activiteiten bemesten en beweiden. Althans, als sprake is van een wijziging van een bestaande activiteit waarvoor nog niet eerder een natuurtoestemming is verleend. Me dunkt dat natuurtoestemmingen die voorafgaand aan het PAS zijn verleend hun waarde behouden. Dus als sprake is van een wijziging van een activiteit waarvoor eerder een natuurtoestemming is verleend, dan moet mijns inziens een vergelijking worden gemaakt met de vergunde situatie in plaats van met de bestaande

³⁶ Zie o.a. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891, *TBR* 2014/29, m.nt. Frins.

³⁷ Zie ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2466 (Tracébesluit A27/A12 Ring Utrecht) en ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2470 (Vliegbasis Twenthe).

³⁸ Zie: https://www.raadvanstate.nl/uitspraken/?zoeken=true&zoeken_term=&pager_rows=20&actualiteit=jaar&kalenderjaar=2019&Zoe_Selected_facet%3AProceduresoort=51&Zoe_Selected_facet%3ARechtsgebied=89 (geraadpleegd op 25 juli 2019).

³⁹ <https://www.raadvanstate.nl/programma-aanpak/> (geraadpleegd op 25 juli 2019).

⁴⁰ Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 146, *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 147, *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 149 en *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 163.

rechten.⁴¹ Wat hiervan ook zij, in de verschillende brieven van de minister van LNV worden vier voor de hand liggende mogelijkheden genoemd om toestemming te verkrijgen voor een activiteit die tot (meer) stikstofdepositie op voor stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied leidt. Deze vier mogelijkheden loop ik hierna langs.

6.1.1 Interne saldering

De eerste mogelijkheid is interne saldering. Bij interne saldering gaat het er in de kern om dat de stikstofemissie en -depositie van de betreffende activiteit worden verminderd door het treffen van technische maatregelen. Hierbij kan worden gedacht aan het toepassen van (nog) schonere huisvestingssystemen bij veehouderijen, het verwarmen en koelen van een of meerdere gebouwen door middel van een warmte-koude opslag of het toepassen van zogenoemde *Low NOx*-branders bij industriële inrichtingen. Als hierdoor wordt bereikt dat een nieuwe activiteit of de wijziging van een bestaande activiteit niet tot een toename aan stikstofdepositie leidt, dan staat in beginsel niets aan het verlenen van een natuurtoestemming in de weg. Hoewel deze oplossingsrichting naar mijn mening juridisch gezien de meest zekere is, is het maar de vraag of deze oplossingsrichting in de praktijk vaak kan en zal worden toegepast. Dit omdat initiatiefnemers op grond van verschillende wet- en regelgeving al worden verplicht om schone technieken toe te passen. Nog schonere technieken leiden over het algemeen ook tot (aanzienlijk) hogere kosten.⁴² Met name in situaties waarin op voorhand tot op zekere hoogte kan worden ingeschat dat (ook) externe saldering (zie paragraaf 6.1.3) een reële mogelijkheid is, kan bepaald niet worden uitgesloten dat een initiatiefnemer daar vanuit kosten oogpunt de voorkeur aan geeft.

6.1.2 Systeembenadering

Een tweede oplossingsrichting, die vooral soelaas kan bieden als de toename aan stikstofdepositie die een activiteit veroorzaakt beperkt is, is het

⁴¹ Dat ligt mijns inziens voor de hand. Een passage in rechtsoverweging 32.6 van de hoofduitspraak over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten doet mij echter twijfelen. Hierin overweegt de Afdeling namelijk dat het oordeel, dat op grond van het PAS geen toestemmingen konden worden verleend, zowel geldt als de aangevraagde situatie op basis van de in de Rnb voorgeschreven wijze niet tot toename van depositie leidt ten opzichte van de hoogste feitelijk veroorzaakte depositie in de periode 2012-2014 of een *verleende Nbw-vergunning*, als in de gevallen waarin wel sprake is van een toename. Het is mij onduidelijk waarom de periode 2012-2014 en een verleende Nbw-vergunning in één adem worden genoemd.

⁴² Zo zijn in het kader van het Besluit emissiearme huisvesting voor een aantal diercategorieën niet de huisvestingssystemen met de hoogste ammoniakreductie tot gevolg als referentie gebruikt voor het bepalen van de maximale emissiewaarden, onder meer omdat deze systemen te kostbaar zijn (meer dan 3% extra jaarkosten). Zie: nota van toelichting bij het Besluit emissiearme huisvesting, Stb. 2015, 266, p. 15-17.

overleggen van een individuele ecologische onderbouwing. Hierbij gaat het erom dat op grond van specifieke gebiedskenmerken tot de conclusie wordt gekomen dat de betreffende toename aan stikstofdepositie *niet* tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied in kwestie leidt. In de praktijk wordt dit ook wel de systeembenadering genoemd. Deze ecologische onderbouwing moet in beginsel worden vervaardigd in een passende beoordeling, als de activiteit in kwestie stikstofdepositie veroorzaakt op een locatie waar sprake is van een overschrijding van de kritische depositiewaarde. Immers, bij een overschrijding van de kritische depositiewaarde bestaat het risico dat een toename aan stikstofdepositie tot significante gevolgen leidt. In een dergelijk geval moet een passende beoordeling worden opgesteld, omdat significante gevolgen niet bij voorbaat kunnen worden uitgesloten. Er is echter ook jurisprudentie waarin de Afdeling ermee heeft ingestemd dat een ecologische onderbouwing zoals hiervoor bedoeld in een voortoets is neergelegd.⁴³ Idealiter gaan de verschillende bevoegde gezagen hier op eenzelfde wijze mee om.

6.1.3 Externe saldering

De hiervoor reeds genoemde externe saldering is de derde oplossingsrichting. Bij externe saldering gaat het erom dat een toename aan stikstofdepositie op een bepaalde locatie kan worden weggestreept tegen een afname van de stikstofdepositie op diezelfde locatie (dezelfde hectare (hetzelfde hexagoon)). Om die afname te bewerkstelligen zal een andere initiatiefnemer zijn/haar activiteiten moeten beperken of beëindigen. De betreffende 'stikstofrechten' kunnen dan worden overgenomen door de initiatiefnemer van de nieuwe activiteit. Voordat het PAS in werking trad werd veelvuldig extern gesaldeerd, waardoor hierover een rijke jurisprudentie bestaat. Hieruit volgen verschillende voorwaarden met betrekking tot externe saldering. Zo moet in de eerste plaats sprake zijn van een directe samenhang tussen de nieuwe activiteit en de wijziging/beëindiging van de activiteit waarmee wordt gesaldeerd.⁴⁴ De tweede voorwaarde is dat wordt gesaldeerd met stikstofrechten die 1) zijn verleend voor de relevante referentiedatum en 2) niet (gedeeltelijk) zijn ingetrokken vóór die datum.⁴⁵ De derde voorwaarde is dat de inrichting waarmee wordt gesaldeerd feitelijk nog bestaat op

⁴³ Zie o.a. ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:866, *Men R* 2016/82, m.nt. Kaajan.

⁴⁴ Van directe samenhang is sprake als 1) in het kader van het verzoek tot intrekking/wijziging van de milieu-/omgevingsvergunning van de saldogeiver wordt geëxpliciteerd dat deze intrekking/wijziging betrekking heeft op de vergunningaanvraag van de saldonemer, of 2) de saldogeiver en de -nemer een overeenkomst hebben gesloten met betrekking tot de overdracht van de 'stikstofrechten'.

⁴⁵ Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 192.

het moment waarop de overdracht van de 'stikstofrechten' wordt geformaliseerd.⁴⁶

Aan bovenstaande voorwaarden heeft de Afdeling een extra voorwaarde toegevoegd. Dat heeft te maken met het feit dat in het kader van het PAS ook zogenoemde stoppersruimte als depositieruimte beschikbaar is gesteld. Vanzelfsprekend is het echter niet de bedoeling dat 'stikstofruimte' twee keer wordt benut. In een uitspraak van 19 december 2018 formuleerde de Afdeling een aantal criteria op grond waarvan kan worden bepaald of het dubbel benutten van 'stikstofruimte' aan de orde kan zijn.⁴⁷ Aangezien vanaf 1 juli 2018 geen stoppersruimte meer wordt uitgedeeld en dat gelet op de PAS-uitspraken ook in de toekomst niet meer zal gebeuren, ziet de Afdeling reden om voornoemde criteria nader te preciseren. Volgens de Afdeling is de dubbele inzet van stikstofdepositie uitgesloten als extern wordt gesaldeerd met een bedrijf dat 1) op 1 juli 2015 geen stikstofdepositie meer veroorzaakte, of 2) op 1 juli 2018 nog stikstofdepositie veroorzaakte, of 3) binnen één kilometer afstand van een Natura 2000-gebied staat.⁴⁸ Als extern gesaldeerd wordt met een bedrijf dat feitelijk is beëindigd in de periode 1 juli 2015 - 1 juli 2018, is dubbele inzet van deposities daarentegen *niet* uitgesloten.⁴⁹

De voorwaarde dat een bedrijf op 1 juli 2015 geen stikstofdepositie meer veroorzaakte trekt de aandacht. Hoewel deze voorwaarde aansluit bij de eerdere jurisprudentie over externe saldering (zie de hierboven genoemde 'derde voorwaarde'), staat deze mijns inziens haaks op hetgeen in de einduitspraak over bestemmen en bewijden wordt opgemerkt over de voorwaarden om te kunnen spreken van één-en-hetzelfde project. Een van deze voorwaarden is continuïteit. Daar is geen sprake van als een activiteit feitelijk al enige tijd is beëindigd op het moment dat de 'stikstofrechten' worden overgedragen. Ik vind het ietwat vreemd dat de betreffende 'stikstofrechten' dan wel hun waarde behouden.

6.1.4 ADC-toets

De vierde en laatste oplossingsrichting is het doorlopen van een ADC-toets ex artikel 6, vierde lid, Hrl respectievelijk artikel 2.8, vierde lid en volgende, Wnb. Op deze uitzonderingsmogelijkheid kan een beroep worden gedaan als uit een passende beoordeling volgt dat een plan of project tot een

aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied leidt respectievelijk als een dergelijke aantasting niet met zekerheid kan worden uitgesloten. Dan moet echter wel worden aangetoond dat A) er geen alternatieven zijn voor het betreffende plan of project, D) hiermee een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid en C) de verwachte aantasting van de natuurlijke kenmerken kan worden gecompenseerd, waardoor de algehele samenhang van Natura 2000 behouden blijft. Aangezien er nog maar weinig jurisprudentie over de ADC-toets is verschenen, is het lastig om in te schatten voor wat voor soort plannen of projecten een ADC-toets een reële mogelijkheid is.⁵⁰ Evident is echter dat het hoe dan ook moet gaan om een ontwikkeling van maatschappelijk belang. Bij een individuele inrichting zal daar vrijwel nooit sprake van zijn, tenzij door die inrichting bijvoorbeeld een aanzienlijk aantal extra arbeidsplaatsen wordt gecreëerd in een regio met een hoge werkloosheid. Voor individuele veehouderijen zal een ADC-toets dan ook zeker géén soelaas bieden.⁵¹ Voor grote infrastructurele projecten zoals de uitbreiding van Lelystad Airport, de doortrekking van de A15 en verschillende dijkversterkingsprojecten, is een beroep op de ADC-toets eerder kansrijk.⁵²

In *Deel I* schreef ik dat vanwege de strikte eisen die worden gesteld aan het rekening houden met toekomstige positieve effecten, in veel gevallen in het kader van een passende beoordeling enkel rekening kan worden gehouden met de positieve effecten van maatregelen die ten tijde van die beoordeling in het veld kunnen worden vastgesteld.⁵³ Voor compenserende maatregelen ligt de lat lager. Deze maatregelen hoeven in ieder geval *niet* al gerealiseerd te zijn ten tijde van de passende beoordeling respectievelijk het opstellen van een rapport ten behoeve van de ADC-toets. Waar het om gaat, is dat is verzekerd dat de compensatie gerealiseerd en effectief is op het moment dat de significante gevolgen van het betreffende plan of project zich voordoen. Maar zelfs van deze voorwaarde kan blijken de Richtsnoeren van de Europese Commissie onder omstandigheden worden afgeweken. Vereist is dan wel dat er extra wordt gecompenseerd, dus meer dan 1:1, maar dat zal in veel gevallen sowieso al aan de orde zijn.⁵⁴ Daarbij komt dat uit de juris-

⁴⁶ Dit is het geval, als hervatting van het bedrijf mogelijk is zonder dat daarvoor een Nbw/Wnb-vergunning voor de realisering van een project is vereist. Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 192.

⁴⁷ ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4192.

⁴⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 39.7. Voornoemde grens van één kilometer hangt samen met het feit dat bij het berekenen van de stoppersruimte enkel rekening werd gehouden met bedrijven die op meer dan één kilometer van een Natura 2000-gebied gelegen zijn. Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 25.4.

⁴⁹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 39.7.

⁵⁰ Zie o.a. ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (Hoogwatergeul Kampen), ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding) en ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (Kempenbaan-West).

⁵¹ Zo ook Bruil in zijn noot bij de hoofduitspraak over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten; zie *TvAR* 2019/7989.

⁵² Zie voor een analyse over de (on)mogelijkheden van een ADC-toets voor de uitbreiding van Lelystad Airport de elders in dit nummer opgenomen bijdrage van Van Asten, *TBR* 2019/107.

⁵³ Zie: R.H.W. Frins, 'De PAS-uitspraken van de Raad van State. Van programma op krediet naar programma in diskrediet?' (*Deel I*), *TBR* 2019/91, p. 597-599.

⁵⁴ Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 47-48.

prudentie van zowel het Hof als de Afdeling lijkt te volgen, dat de positieve effecten van compenserende maatregelen eerder worden verondersteld vast te staan, dan de positieve effecten van beschermingsmaatregelen (mitigerende maatregelen).⁵⁵

6.2 Nederland 'op slot'?

Naar ik aanneem moet de praktijk met bovenstaande oplossingsrichtingen voorlopig uit de voeten kunnen.⁵⁶ Dat wil niet zeggen dat het eenvoudig is om een en ander deugdelijk te onderbouwen, maar ik denk dat dit in veel gevallen haalbaar zou moeten zijn. De vrees dat Nederland 'op slot' gaat lijkt me dan ook onterecht. In de brief aan de Tweede Kamer van 27 juni jl. merkt de minister van LNV op dat het wenselijk is dat er binnen afzienbare termijn een handreiking komt voor de ADC-toets en extern salderen. In dit verband wordt ook gesproken over een beleidslijn voor toekomstige vergunningverlening, die naar alle waarschijnlijkheid dit najaar beschikbaar komt.⁵⁷ Mijns inziens zou in het kader van voornoemde handreiking/beleidslijn in ieder geval een stap verder moeten worden gegaan, dan het louter toelichten van het juridisch kader waar bij de verschillende oplossingsrichtingen aan moet worden voldaan. Naar ik aanneem zijn veel professionals hier tot op zekere hoogte al mee vertrouwd. Wat naar mijn mening iets toevoegt, is als naar analogie van de 'mitigatieladder' een 'voorkeursvolgorde' wordt vastgelegd, waarbij interne saldering op de eerste plaats komt, externe saldering en de systeembenadering op een gedeelde tweede plaats en de ADC-toets op de derde plaats. Dit omdat ik het van groot belang vind dat initiatiefnemers worden geprikkeld om hun stikstofemissie en -depositie zoveel als redelijkerwijs mogelijk is te beperken. Natuurschade moet zoveel als mogelijk is worden voorkomen. Het opstellen van een ADC-toets zou dan ook tot op zekere hoogte moeten worden ontmoedigd. Compenserende maatregelen zijn immers - in de woorden van de Europese Commissie - een laatste redmiddel.⁵⁸

6.3 Mogelijke oplossingsrichtingen voor de lange termijn

De hierboven besproken oplossingsrichtingen zijn geen van allen structurele oplossingen voor het 'echte' probleem, de overmaat aan stikstofdepositie waar de Nederlandse natuur zwaar onder gebukt gaat. Het lijkt uitgesloten dat er géén nieuwe versie van het PAS komt. Hoe die nieuwe versie eruit gaat zien, is echter nog onduidelijk. Een optie die in dit verband regelmatig wordt genoemd, is het opstellen van een ADC-toets voor het PAS. Dat deze optie rondzingt verbaast niet. Advocaat-Generaal Kokott brak hier immers een lans voor in haar Conclusie met betrekking tot het PAS. Kokott denkt in dit verband aan een programma dat aan de ene kant economische ontwikkelingen bevordert en aan de andere kant waarborgt dat bestaande rechten worden geëerbiedigd. Volgens haar is het alles bij elkaar genomen duidelijk dat er géén alternatief is voor beide. Zij benadrukt echter dat in het kader van het programma wel in kaart moet worden gebracht welke mogelijkheden er zijn om de negatieve gevolgen van de verschillende ontwikkelingen zoveel mogelijk te beperken. Verder moet het programma activiteiten voorkomen die leiden tot schade die niet in verhouding staat tot de voordelen ervan, aldus Kokott.⁵⁹ Het in acht nemen van deze twee uitgangspunten lijkt te volstaan als onderbouwing voor het criterium dat alternatieve oplossingen ontbreken.

Zoals uit paragraaf 6.1.4 volgt moet in het kader van een ADC-toets niet alleen worden aangetoond dat alternatieve oplossingen ontbreken, maar ook dat sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang. Kokott stelt zich in dit verband onomwonden op het standpunt dat beide kanten van het programma dat zij voor ogen heeft (zie hierboven) als een dwingende reden van groot openbaar belang kunnen worden aangemerkt. Aangezien het hierbij gaat om belangen van sociale of economische aard zal - zoals Kokott ook opmerkt - wel rekening moeten worden gehouden met het bepaalde in artikel 2.8, vijfde lid, Wnb. Dit houdt in dat de Europese Commissie om advies moet worden gevraagd, als met het nieuwe PAS ontwikkelingen worden mogelijk gemaakt die significante gevolgen hebben voor prioritaire habitattypen en/of prioritaire soorten. Een dergelijk advies is in ieder geval onontkoombaar, als ervoor wordt gekozen om het nieuwe PAS ook weer alle Natura 2000-gebieden met een 'stikstofprobleem' te laten omvatten.⁶⁰ Tot slot zal de aantasting van de natuurlijke

⁵⁵ Zie in dit verband o.a. HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (Briels e.a.), ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding) en ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (Kempenbaan-West).

⁵⁶ Volledigheidshalve zij erop gewezen dat tot ongeveer september geen toestemmingen worden verleend voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken in daarvoor gevoelige Natura 2000-gebieden, omdat het softwareprogramma AERIUS Calculator wordt geactualiseerd. Zie: <https://www.bij12.nl/nieuws/rijk-en-provincies-deze-zomer-geactualiseerd-rekenmodel-voor-stikstofdepositie/>.

⁵⁷ Kamerstukken II 2018/19, 32670, 163.

⁵⁸ Zie: Europese Commissie, *Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (92/43/EEG)*, p. 42; zie: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125(07)&from=EN).

⁵⁹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 162.

⁶⁰ Het is mijns inziens verstandiger om voor meerdere provinciale/regionale programma's te kiezen in plaats van voor één nationaal programma. Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'De gevolgen van het PAS-arrest voor de programmatische aanpak van andere thema's dan stikstof', *M en R* 2019/20.

kenmerken die door het nieuwe PAS wordt veroorzaakt moeten worden gecompenseerd. Aannemelijk is dat in dit verband in ieder geval voor een deel gebruik kan worden gemaakt van de PAS-herstelmaatregelen, zoals ook Kokott suggereert. Dat de Afdeling zich op het standpunt heeft gesteld dat de positieve effecten van deze maatregelen *niet* vaststonden ten tijde van de passende beoordeling voor het PAS, doet hier niets aan af.⁶¹ Zoals hierboven reeds opgemerkt lijkt uit de jurisprudentie van het Hof en de Afdeling immers te volgen dat compenserende maatregelen eerder 'zeker' worden geacht (zie paragraaf 6.1.4).

Hoewel het op zich geen verkeerde gedachte lijkt om voor het nieuwe PAS een ADC-toets op te stellen, ben ik er nog niet van overtuigd dat dit ook de te verkiezen optie is. Althans, als het de bedoeling is om op grond van het nieuwe PAS ook weer 'stikstofruimte' beschikbaar te stellen aan economische ontwikkelingen. In dit verband dringt zich de vraag op welke sector of sectoren als ontvanger van deze ruimte in aanmerking zouden moeten komen. Kokott noemt in haar betoog expliciet de agrarische sector. Individuele agrarische ontwikkelingen zullen immers - zoals hiervoor opgemerkt - niet als dwingende reden van groot openbaar belang kunnen worden aangemerkt, maar de agrarische sector is wel erg afhankelijk van 'stikstofruimte'. Verder vormt de agrarische sector een belangrijke pijler van de Nederlandse economie. Nederland is immers de op één na grootste exporteur van landbouwproducten. Dat lijkt geen slecht argument te zijn in het betoog dat alle agrarische ontwikkelingen bij elkaar als een dwingende reden van groot openbaar belang kunnen worden aangemerkt.

Zelf ben ik evenwel geen voorstander van een nieuw PAS met een dergelijke insteek, met name niet omdat dan wederom wordt gekozen voor een oplossing die juridisch gezien zeker niet buiten kijf staat. De gedachte komt dan wel uit de koker van Kokott, maar onduidelijk is hoe het Hof hier tegenaan kijkt. Het lijkt haast uitgesloten dat over een nieuw PAS met een dergelijke insteek *niet* zal worden geprocedeerd. In dat geval herleeft de onzekere situatie van de afgelopen jaren, die naar alle waarschijnlijkheid ook weer enige tijd zal duren. Zeker als nogmaals de gang naar het Hof zou moeten worden gemaakt. Dat vind ik onwenselijk en is mijns inziens ook onnodig. In mijn optiek kan beter worden gekozen voor een programma dat primair gericht is op het treffen van instandhoudings- en passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl, zoals ook de Afdeling heeft gesuggereerd.⁶² Hierbij denk ik in ieder geval aan

een continuering van het bestaande pakket aan bron- en herstelmaatregelen, waaraan vergelijkbare maatregelen worden toegevoegd.⁶³ Daarnaast zou wat mij betreft echter ook moeten worden besloten tot het treffen van drastische maatregelen, zoals het inperken van bestaande rechten. Een maatregel die in dit verband voor de hand ligt is het inkrimpen van de veestapel.⁶⁴ Met het Klimaatakkoord wordt in ieder geval een eerste stap in die richting gezet. Hierin wordt namelijk een 'warme sanering' van de varkensveestapel aangekondigd.⁶⁵ Dat laat mijns inziens onverlet dat in het kader van de totstandkoming van het nieuwe PAS dient te worden onderzocht of ook andere (landbouw)sectoren wellicht een deel van hun rechten moeten inleveren.

Om de economie niet onnodig te belemmeren zouden flankerend aan een nieuw PAS weer provinciale depositiebanks tot stand moeten worden gebracht. Voor een dergelijke gecombineerde aanpak brak ik in 2017 al eens een lans. In dat verband betoogde ik onder meer dat zou moeten worden bepaald, dat bij het opnemen van stikstofrechten in de bank, de helft van die rechten moet worden afgeroomd.⁶⁶ Een systeem met depositiebanks biedt mijns inziens meer mogelijkheden om dergelijke eisen te stellen, dan als besloten wordt om het aan de markt over te laten. Bovendien kan op die manier beter grip worden gehouden op de met het opkopen van 'stikstofrechten' gemoeide kosten. Om deze redenen verkies ik een systeem met depositiebanks boven één-op-één saldering. Ik ben me er overigens van bewust dat ook de instelling van provinciale depositiebanks naar alle waarschijnlijkheid tot juridische procedures zal leiden. Voorafgaand aan het PAS werd hier immers ook over geprocedeerd.⁶⁷ Maar juist omdat de Afdeling zich hier in het verleden over heeft uitgesproken en heeft verduidelijkt aan welke eisen een dergelijke depositiebank moet voldoen, acht ik de kans dat deze depositiebanks juridisch standhouden groter, dan dat een nieuw PAS dat gebaseerd is op een ADC-toets standhoudt.

Tot slot: in *Deel I* wees ik op de overweging van de Afdeling dat toestemmingbesluiten, die met toe-

⁶³ Uit een brief van de minister van LNV aan de Tweede Kamer van 11 juni jl. volgt dat reeds besloten is om onderzoek te doen naar extra bronmaatregelen. Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 147.

⁶⁴ Zie in dit verband ook Ch.W. Backes & A.G.A. Nijmeijer, 'Het PAS-arrest van het Hof van Justitie: hoe nu verder?', *M en R* 2019/17, de noot van Backes bij de hoofduitspraak over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten: AB 2019/308 en S.D.P. Kole, 'Het PAS: nu echt een gepasseerd station. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 mei 2019', *Gst.* 2019/103, p. 519.

⁶⁵ Rijksoverheid, *Klimaatakkoord*, Den Haag: Rijksoverheid 28 juni 2019, p. 119 en 132-136, zie: <https://www.klimaatakkoord.nl/klimaatakkoord/documenten/publicaties/2019/06/28/klimaatakkoord>.

⁶⁶ Zie: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (*Deel II*), *TBR* 2017/112, p. 739-740.

⁶⁷ Zie o.a.: ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931, *TBR* 2014/30, m.nt. Frins.

⁶¹ Zie hierover: R.H.W. Frins, 'De PAS-uitspraken van de Raad van State. Van programma op krediet naar programma in diskrediet?' (*Deel I*), *TBR* 2019/91, p. 599-601.

⁶² ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 28.2.

passing van het PAS zijn verleend en die in rechte onaanastbaar zijn, het rechtsgevolg behouden dat zij hebben. Zoals ik in dat verband reeds opmerkte laat deze overweging onverlet dat bestuursorganen kunnen worden verzocht om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 5.4, tweede lid, Wnb.⁶⁸ Dat wil zeggen dat een verzoek tot wijziging of intrekking van de betreffende vergunning(en) wordt ingediend. Aangezien voornoemd artikel dient ter implementatie van artikel 6, tweede lid, Hrl zal de verzoeker dan wel moeten kunnen hardmaken dat het/de betreffende toestemmingsbesluit(en) tot een verslechtering van de kwaliteit van natuurlijke habitats of een significante verstoring van soorten leidt/leiden. Let wel, blijkens de jurisprudentie van het Hof is het voldoende dat wordt aangetoond dat een schending van artikel 6, tweede lid, Hrl waarschijnlijk is respectievelijk het risico hierop bestaat. Er hoeft geen oorzakelijk verband te worden aangetoond tussen de betreffende activiteit(en) en de vermeende verslechtering/verstoring.⁶⁹ Ik ga er dan ook vanuit dat verzoeken om toepassing te geven aan artikel 5.4, tweede lid, Wnb kansrijk kunnen zijn. Wat hiervan ook zij, als de PAS-bestuursorganen tóch kiezen voor een nieuw PAS dat gebaseerd is op een ADC-toets, dan zou het mijns inziens niet meer dan logisch zijn dat in dat verband ook de gevolgen van de in rechte onaanastbare toestemmingsbesluiten worden gecompenseerd.

7. Conclusie

Zoals hiervoor reeds opgemerkt zijn de gevolgen van de PAS-uitspraken verstrekking. Daar wordt ongetwijfeld de komende tijd nog veel over gezegd en geschreven. In ieder geval door de PAS-bestuursorganen. De minister van LNV heeft immers verschillende handreikingen, beleidslijnen en uitwerkingen aangekondigd. Daarnaast is naar aanleiding van een motie van verschillende Tweede Kamerleden het Adviescollege Stikstofproblematiek ingesteld. Aan dit Adviescollege is gevraagd om advies uit te brengen over oplossingen voor zowel de korte als de langere termijn. Een advies met betrekking tot de korte termijn zou er binnen twee maanden na instelling van het Adviescollege moeten zijn (concrete deadline 12 september a.s.). Voor het advies met betrekking tot de langere termijn mag in totaal elf maanden de tijd worden genomen (concrete deadline 12 juni 2020).⁷⁰ Rest mij nog de in ondertitel opgeworpen vraag te beantwoorden. Mijns inziens is de programmatische aanpak van de stikstofproblematiek als zodanig niet in diskrediet geraakt. Vandaar ook dat ik ervoor pleit om het instrument niet volledig over boord te gooien, maar ervoor te kiezen om het programma primair gericht te laten zijn op het zo spoedig mogelijk bereiken van de vereiste gunstige staat van instandhouding. De mogelijkheden van een programma met een dergelijke insteek en het daarbij behorende juridisch kader zouden wat mij betreft met voorrang moeten worden onderzocht. ●

⁶⁸ Zie in dit verband ook de noot van Bruil bij de hoofduitspraak over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten: *TvAR* 2019/7989 en S.D.P. Kole, 'Het PAS: nu echt een gepasseerd station. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 mei 2019', *Gst.* 2019/103, p. 519. Daarnaast kan uiteraard ook een civiele procedure worden opgestart. Zie hierover: C. de Groot, 'Raad van State schept in PAS-uitspraak vals beeld', *NJB* 2019/1660.

⁶⁹ Zie o.a. HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (Grüne Liga Sachsen), r.o. 42.

⁷⁰ Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 164.