

De PAS-uitspraken van de Raad van State

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

– 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 Deze uitspraken gaan over tien pilotzaken die de Afdeling in 2016 selecteerde om een oordeel te kunnen vellen over de verenigbaarheid van het PAS met artikel 6 van de Habitatrictlijn (hierna: Hrl). Op 17 mei 2017 deed de Afdeling twee tussenuitspraken in deze zaken.³ In die uitspraken overwoog de Afdeling - samengevat weergegeven - dat het PAS in beginsel verenigbaar is met artikel 6 Hrl. Zij zag zich evenwel genoodzaakt om zekerheidshalve verschillende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) te stellen. Dit omdat het PAS uniek is en er derhalve op dat moment nog geen jurisprudentie was over een dergelijke programmatische aanpak. Los daarvan oordeelde de Afdeling dat verschillende gebreken kleven aan de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt. In dat verband heeft zij de PAS-bestuursorganen verzocht om in afwachting van de antwoorden van het Hof een nadere onderbouwing te overleggen met betrekking tot de geconstateerde gebreken.⁴

Bij arrest van 7 november 2018 heeft het Hof de prejudiciële vragen van de Afdeling beant-

woord.⁵ Hoewel uit het arrest volgt dat een programmatische aanpak à la het PAS verenigbaar is met artikel 6 Hrl, maakt het ook duidelijk dat voornoemd artikel zeer strikte eisen stelt aan een dergelijke aanpak. Sinds het verschijnen van het arrest werd dan ook met spanning uitgekeken naar de einduitspraken van de Afdeling. Hoewel beide uitspraken vrij omvangrijk zijn, zijn zij goed leesbaar. Dat komt niet alleen door het gebruik van klare taal, maar ook doordat de uitspraken verschillende samenvattingen en stroomschema's bevatten. Mede daardoor zijn de uitspraken eenvoudiger te duiden dan het arrest van het Hof. Door de omvang van de uitspraken vergt een gedegen analyse hiervan de nodige woorden. Vandaar dat ik ervoor kies om mijn analyse van de uitspraken en de gevolgen hiervan voor de praktijk in twee delen op te knippen. In dit eerste deel bespreek ik enkel de 'hoofduitspraak' over het PAS als toestemmingsbasis voor activiteiten met stikstofdepositie tot gevolg. De andere uitspraak, die specifiek betrekking heeft op de activiteiten bemesten en beweiden, komt in het volgende deel aan bod.

2. Achtergronden PAS en ter beoordeling staande besluiten

De hoofduitspraak heeft betrekking op door Ge-deputeerde Staten van Noord-Brabant verleende vergunningen voor het exploiteren en/of uitbreiden van zes verschillende agrarische bedrijven. De betreffende vergunningen zijn nog verleend op grond van artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998), de voorloper van artikel 2.7 Wet natuurbescherming (hierna: Wnb). Alle vergunningen zijn verleend op grond van het PAS en de daarbij behorende regelgeving die sinds 1

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 toestemmingsbasis) en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (Bemesten en beweiden).

³ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260. Zie hierover o.a. R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel I), *TBR* 2017/93 en R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II), *TBR* 2017/112.

⁴ Deze onderbouwing is vlak voor het verschijnen van de einduitspraken openbaar gemaakt. Zie: <www.bij12.nl/onderwerpen/programma-aanpak-stikstof/over-het-pas/juridische-procedures-pilotzaken/>.

⁵ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest). Zie hierover o.a. R.H.W. Frins, 'Het PAS-arrest van het Hof van Justitie EU. Toch niet alleen maar kommer en kwel?', *TBR* 2018/186.

juli 2015 van kracht is. Tegen deze vergunningen is beroep ingesteld door Stichting Werkgroep Behoud de Peel (hierna: de Werkgroep). Dit omdat de Werkgroep vreest dat de stikstofdepositie die deze bedrijven veroorzaken zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden 'Grote Peel' en 'Deurnsche Peel & Mariapeel'. De toepassing van het PAS biedt volgens de Werkgroep *niet* de zekerheid dat deze aantasting wordt voorkomen. Daarbij heeft de Werkgroep zich op het standpunt gesteld dat het PAS in strijd is met artikel 6 Hrl en dat de vergunningen niet onder verwijzing naar de passende beoordeling die voor het PAS is gemaakt konden worden verleend.⁶

Zoals bekend worden in het kader van het PAS zowel bron- als herstelmaatregelen getroffen. Door de bronmaatregelen neemt de emissie van stikstof af en daarmee ook de depositie van stikstof op Natura 2000-gebieden. Daarnaast zorgt bestaand en toekomstig beleid voor een daling van de stikstofdepositie, de zogenoemde autonome daling. De herstelmaatregelen daarentegen hebben niet tot doel om de stikstofemissie/-depositie te verlagen, maar zijn erop gericht de natuur bestendig te maken tegen overbelasting door stikstof. De gedachte is dat door de verwachte positieve effecten van voornoemde ontwikkelingen depositie- en ontwikkelingsruimte ter beschikking kan worden gesteld aan nieuwe activiteiten met stikstofdepositie tot gevolg. Op die ruimte kan vanaf 1 juli 2015 een beroep worden gedaan.⁷ Feit is echter dat het merendeel van de maatregelen en ontwikkelingen pas ná 1 juli 2015 is gerealiseerd. Sterker nog: een groot deel hiervan moet ook thans nog worden gerealiseerd (zie paragraaf 4). De Werkgroep noemt het PAS dan ook treffend een programma op krediet.⁸ De vraag die partijen verdeeld houdt is of deze werkwijze verenigbaar is met artikel 6 Hrl en met name met het daaraan ten grondslag liggende voorzorgsbeginsel. Ik volg hierna de opbouw van de uitspraak. Dat wil zeggen dat ik eerst stil sta bij het onderscheid dat de Afdeling - in navolging van het Hof - maakt tussen instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen enerzijds en beschermingsmaatregelen anderzijds (paragraaf 3). Daarna ga ik in op de antwoorden die de Afdeling formuleert met betrekking tot de vraag of de positieve effecten van de bron- en herstelmaatregelen en de autonome ontwikkelingen vaststonden op het moment dat de passende beoordeling voor het PAS werd opgesteld (paragraaf 4).

⁶ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 1 en 2. In het kader van het PAS is enerzijds een generieke passende beoordeling opgesteld en anderzijds een passende beoordeling per Natura 2000-gebied dat in het PAS is opgenomen (gebiedsanalyse). Als in het vervolg wordt gesproken over de passende beoordeling die ten behoeve van het PAS is opgesteld worden beide bedoeld, tenzij anders aangegeven.

⁷ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 1.1. Zie voor een nadere beschrijving van het PAS-systeem r.o. 3-3.16.

⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 20.

3. Instandhoudings- en passende maatregelen versus beschermingsmaatregelen

De Afdeling heeft maar liefst vijf prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd over de verschillende maatregelen en ontwikkelingen die in de passende beoordeling van het PAS zijn betrokken. Hierbij gaat het enerzijds om de vraag hoe deze maatregelen en ontwikkelingen moeten worden gekwalificeerd, anderzijds gaat het om de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden de positieve effecten van deze maatregelen en ontwikkelingen hadden mogen worden betrokken.⁹ Het onderdeel van het arrest waarin het Hof deze vragen beantwoordt - de rechtsoverwegingen 121-132 - is voor meerderlei uitleg vatbaar. Wat hierbij vooral voor verwarring zorgt, is dat het Hof in verschillende rechtsoverwegingen die voorafgaan aan de 'samenvattende' rechtsoverweging 132 enkele criteria noemt, die in voornoemde rechtsoverweging *niet* worden herhaald. Bij geïsoleerde lezing van rechtsoverweging 132 ontstaat dan ook het beeld dat enkel van belang is dat de verwachte positieve effecten van een maatregel *vaststaan* ten tijde van de passende beoordeling. Is dat het geval, dan mogen de positieve effecten worden betrokken in de passende beoordeling, waarbij het niet uitmaakt of de maatregel in kwestie als een instandhoudings-/passende maatregel moet worden aangemerkt of als een beschermingsmaatregel.¹⁰ Dit standpunt is door verweerder verdeeld.¹¹ De Werkgroep heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat het wel degelijk van belang is om de verschillende typen maatregelen van elkaar te onderscheiden.¹² De Afdeling gaat mee in het betoog van de Werkgroep en distilleert uit het arrest verschillende criteria voor de verschillende typen maatregelen.

3.1 Instandhoudings-, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen

Te beginnen met instandhoudings- en passende maatregelen. Uit de rechtsoverwegingen 123 en 124 van het arrest leidt de Afdeling af dat de positieve effecten van instandhoudings- en passende maatregelen die krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl *nodig zijn*, *niet* mogen worden betrokken bij de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd (lees: gemitigeerd). De positieve effecten van dergelijke maatregelen mogen enkel worden betrokken bij het beoordelen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Volgens de Afdeling geldt hetzelfde voor de positieve effecten

⁹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 74.

¹⁰ Zie in dit verband ook: J.M.I.J. Zijlmans & A.A. Freriks, 'Het PAS nog geen gePASseerd station?!', *NBR* 2019/1, i.h.b. p. 9 en M.M. Kaajan, 'Het PAS-arrest: en nu?', *Men R* 2019/18, i.h.b. p. 108.

¹¹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 9.

¹² ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 8-8.6.

ten van autonome ontwikkelingen. Daarnaast geldt zowel voor instandhoudings- en passende maatregelen als voor autonome ontwikkelingen, dat met de positieve effecten daarvan alleen maar rekening mag worden gehouden als deze ten tijde van de passende beoordeling *vaststaan* (zie voor autonome ontwikkelingen in dit verband ook paragraaf 3.2). De verwachte positieve effecten van instandhoudings- en passende maatregelen staan in ieder geval *niet* vast, indien ten tijde van de passende beoordeling: a) nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht, of b) het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat die effecten met zekerheid in kaart worden gebracht of gekwantificeerd.¹³ Daarnaast geldt dat instandhoudings- en passende maatregelen ten tijde van de passende beoordeling *moeten zijn uitgevoerd*. De Afdeling benadrukt nog dat voornoemde uitgangspunten cumulatief gelden. Kortom: als een maatregel ten tijde van de passende beoordeling wél is uitgevoerd, maar de verwachte positieve effecten daarvan op dat moment niet vaststaan, mag daar in het kader van de passende beoordeling géén rekening mee worden gehouden. Daarenboven geldt dat gegarandeerd moet zijn dat de maatregelen resultaat hebben vóórdat een plan of project negatieve gevolgen zal hebben (zie paragraaf 4.2.4).¹⁴

De hamvraag is natuurlijk wanneer een instandhoudings- of passende maatregel *nodig is*, zoals hierboven bedoeld. In de uitspraak overweegt de Afdeling dat dit het geval is, als die maatregel gelet op de staat van instandhouding van de natuurwaarden en de instandhoudingsdoelstellingen *moet* worden getroffen om de gunstige staat van instandhouding van de natuurwaarden te behouden, of om verslechtingen en verstoringen die significante effecten kunnen hebben op de natuurwaarden te voorkomen. In dat geval geldt dus het bovenstaande. Een en ander ligt echter anders, als in een Natura 2000-gebied het behoud van de staat van instandhouding van de natuurwaarden is gewaarborgd. In dat geval kan een (aanvullende) maatregel, die naar zijn aard ook een instandhoudings- of passende maatregel zou kunnen zijn (bijvoorbeeld een beheermaatregel), wél worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd. Dit omdat een dergelijke (aanvullende) maatregel volgens de Afdeling als een beschermingsmaatregel kan worden geduid (zie paragraaf 3.2). Vereist is dan wel dat

de betreffende maatregel specifiek in het kader van een plan, project of programma wordt getroffen. Dat wil zeggen dat de verplichting om de maatregel in kwestie te treffen moet zijn verbonden aan of moet voortvloeien uit het besluit tot vaststelling van een plan of programma, of het toestemmingsbesluit voor een project.¹⁵

Volgens de Afdeling geldt het bovenstaande onverkort als de natuurwaarden in een Natura 2000-gebied zich niet in een gunstige staat van instandhouding bevinden en positieve maatregelen moeten worden getroffen om de staat van instandhouding te herstellen. Hierbij gaat het om natuurwaarden waarvoor in het aanwijzingsbesluit voor het betreffende Natura 2000-gebied een herstel- of verbeterdoelstelling is opgenomen. De positieve effecten van dergelijke 'herstel- of verbetermaatregelen' mogen dus eveneens worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd. Dat mag echter alleen als de maatregel in kwestie specifiek in het kader van het plan, project of programma wordt getroffen (zie hiervoor) én als verzekerd is dat de herstel- of verbeterdoelstelling op een andere wijze dan met de betreffende maatregel kan worden gerealiseerd. De Afdeling komt tot dit oordeel, omdat het aan de lidstaten is om te bepalen op welke wijze en in welk tempo uitvoering wordt gegeven aan de resultaatsverplichting om de gunstige staat van instandhouding te herstellen.¹⁶ Hier valt weinig tegenin te brengen. In dit verband wringt dat de Hrl géén deadline bevat. Dat de Hrl inmiddels alweer 27 jaar 'oud' is en de staat van instandhouding over het algemeen ongunstig is, doet hier op zich niet aan af.

Aantekening verdient nog dat de Afdeling overweegt dat de kritische depositiewaarde (hierna: KDW) *niet* als absolute grenswaarde geldt voor het bepalen van de gunstige staat van instandhouding van stikstofgevoelige natuurwaarden.¹⁷ De mate en duur van de overschrijding van de KDW zijn echter wel belangrijke indicatoren voor de beoordeling of een maatregel al dan niet nodig is voor het behoud en het voorkomen van verslechtering van stikstofgevoelige natuurwaarden, aldus de Afdeling.¹⁸ Daarmee nuanceert zij mijns inziens terecht het standpunt dat Advocaat-Generaal Kokott in dit

13 Aan het gegeven dat de uitvoering en het effect van maatregelen die in een passende beoordeling zijn betrokken worden gemonitord kan geen betekenis worden toegekend voor de vraag of de maatregelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan, aldus de Afdeling. Monitoring kan op zichzelf beschouwd wel een passende maatregel als bedoeld in artikel 6, tweede lid, Hrl zijn. Zie: ABRvS 29 mei 2019, ECLI: NL:RVS:2019:1603, r.o. 20.15.

14 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 11.3-11.9 en 18, onder 2, 4, 5, 6 en 10.

15 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 13.6. Uit r.o. 13.9 volgt dat de Afdeling van mening is dat de bronmaatregelen en de herstelmaatregelen die specifiek in het kader van het PAS worden getroffen in ieder geval kunnen worden beschouwd als maatregelen die verbonden zijn aan het programma.

16 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 13.7 en 16.4.

17 De definitie van KDW luidt: 'de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitat significant wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van atmosferische stikstofdepositie'. Zie: H.F. van Dobben e.a., *Overzicht van kritische depositiewaarden voor stikstof, toegepast op habitattypen en leefgebieden van Natura 2000*, Wageningen: Alterra Wageningen UR 2012, p. 13.

18 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 16.6.

verband heeft ingenomen.¹⁹ Ik volsta op deze plek met te verwijzen naar hetgeen ik hierover in mijn artikel over het PAS-arrest heb opgemerkt.²⁰

3.1.1 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Dat de Afdeling uit het PAS-arrest opmaakt dat in het kader van een passende beoordeling rekening mag worden gehouden met de verwachte positieve effecten van instandhoudings- en passende maatregelen die 'nodig' zijn, maar dan enkel bij het beoordelen van de staat van instandhouding, vind ik begrijpelijk.²¹ Aangezien in het kader van een passende beoordeling enkel rekening kan worden gehouden met verwachte positieve effecten die op dat moment vaststaan en gelet op het feit dat de lat wat dat betreft torenhoog ligt (zie ook paragraaf 3.2), ga ik ervan uit dat in het merendeel van de gevallen enkel die positieve effecten kunnen worden betrokken, die ten tijde van de passende beoordeling in het veld kunnen worden vastgesteld. Met andere woorden: die positieve effecten moeten dan al in de staat van instandhouding zijn verdisconteerd. Daar vanuit gaande is het niet meer dan logisch dat met de positieve effecten van passende- en instandhoudingsmaatregelen rekening kan worden gehouden. Dat is mijns inziens de normale praktijk. Of een plan of project negatieve gevolgen heeft voor beschermde natuurwaarden wordt immers bepaald in het licht van de staat van instandhouding zoals die op dat moment is.

Een interessante toevoeging ten opzichte van mijn analyse van de cryptische rechtsoverwegingen 121-132 is hetgeen de Afdeling overweegt met betrekking tot de bronmaatregelen. In mijn artikel over het arrest schreef ik dat deze in ieder geval 'aanvullend' zijn, zodat met de positieve effecten daarvan rekening zou moeten kunnen worden gehouden. De verplichting om deze maatregelen te treffen hangt immers direct samen met de totstandkoming en het van kracht worden van het PAS. Uit

de uitspraak kan worden opgemaakt dat ook de Afdeling van mening is dat de bronmaatregelen als 'aanvullend' zouden kunnen worden aangemerkt. Hierbij wijst zij er echter terecht op dat dit enkel het geval is, als een bronmaatregel niet nodig is voor het behalen van een behoud-, herstel- of verbeterdoelstelling. In dat geval kunnen de bronmaatregelen - in lijn met de in paragraaf 3.1 uiteengezette redenering - als beschermingsmaatregelen worden geduid, zodat de positieve effecten van deze maatregelen kunnen worden gebruikt ter mitigatie van de negatieve gevolgen van een plan of project (zie paragraaf 3.2). Voor de herstelmaatregelen die specifiek in het kader van het PAS worden getroffen geldt hetzelfde.²² Wat hiervan ook zij, voor de twee Peelgebieden gaat deze vlieger *niet* op.²³ Voor andere Natura 2000-gebieden kan dat anders zijn, maar dat moet per gebied worden beoordeeld. In dit verband wijst de Afdeling er nog op dat het aannemelijk is dat een groot deel van de voorziene bron- en herstelmaatregelen nodig is, als een gebied als 'categorie 1b' is aangemerkt. Dat zijn gebieden waar behoud is geborgd, maar waar de realisatie van doelstellingen met betrekking tot een verbetering van de kwaliteit of een uitbreiding van de oppervlakte van habitattypen en leefgebieden pas in het tweede of derde tijdvak van het PAS kan aanvangen (dus ná 2021 of ná 2027).²⁴

3.2 Beschermingsmaatregelen en autonome ontwikkelingen

Hiervoor stipte ik al aan dat de positieve effecten van beschermingsmaatregelen wél mogen worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd. Dat verbaast gelet op het PAS-arrest en eerdere jurisprudentie van het Hof geenszins. Wat evenmin verbaast, is dat de Afdeling overweegt dat ook de positieve effecten van beschermingsmaatregelen ten tijde van de passende beoordeling moeten *vaststaan*. In dit verband is het echter - anders dan bij instandhoudings- en passende maatregelen - niet noodzakelijk dat de beschermingsmaatregelen ten tijde van de passende beoordeling *zijn uitgevoerd* (dat geldt ook voor autonome ontwikkelingen). Althans, niet in alle gevallen. De Afdeling maakt een onderscheid tussen (technische) beschermingsmaatregelen die functioneel verbonden zijn aan de uitvoering van een plan of project enerzijds en beschermingsmaatregelen/ autonome ontwikkelingen die afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort anderzijds. Met de positieve effecten van (technische) beschermingsmaatregelen, zoals een stilstandvoorziening of een geluidscherm, mag ook rekening worden

19 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, i.h.b., p. 806-807.

20 Zie: R.H.W. Frins, 'Het PAS-arrest van het Hof van Justitie EU. Toch niet alleen maar kommer en kwel?', *TBR* 2018/186, i.h.b., p. 1226.

21 In haar artikel over het PAS-arrest merkt Kaajan op dat ik van mening ben dat in het kader van een passende beoordeling geen rekening kan worden gehouden met de positieve effecten van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen. Zie: M.M. Kaajan, 'Het PAS-arrest: en nu?', *M en R* 2019/18, p. 108. Dat is echter niet wat ik heb bedoeld te zeggen. Ik snap evenwel dat zij dit opmerkt. Dat uit de betreffende passages van mijn artikel zou kunnen worden opgemaakt dat in het kader van een passende beoordeling überhaupt geen rekening mag worden gehouden met de positieve effecten van instandhoudings- en passende maatregelen, quod non, realiseerde ik mij reeds in december 2018 toen ik mijn artikel bewerkte tot een noot. Vandaar dat ik in dat verband heb gekozen voor een formulering die dichter bij de tekst van het arrest blijft, te weten 'dat de positieve effecten van dergelijke maatregelen (instandhoudings- en passende maatregelen; RF) niet mogen worden gebruikt om op grond van artikel 6, lid 3 Hrl een vergunning te verlenen voor een project met negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied'. Zie: *JB* 2018/198, punt 7.

22 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 13-15.4.

23 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 15.3.

24 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 14 en 14.5.

gehouden als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Dat mag echter alleen, als ten tijde van de passende beoordeling is gegarandeerd dat de betreffende maatregelen resultaat hebben vóórdat het plan of project negatieve gevolgen zal hebben.²⁵

Met de positieve effecten van beschermingsmaatregelen en autonome ontwikkelingen die afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort, zoals de aanleg van nieuwe of verbetering van bestaande habitattypen, leefgebieden of foerageergebieden, mag daarentegen in beginsel géén rekening worden gehouden als de betreffende maatregelen/ontwikkelingen ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Dit omdat in dergelijke gevallen de verwachte positieve effecten in de regel niet vaststaan, aldus de Afdeling.²⁶ Hierbij merkt zij nog op dat dit onverkort geldt als in een plan of aan een project een voorwaarde is verbonden dat de daardoor veroorzaakte aantasting van natuurwaarden pas mag plaatsvinden, nádat de betreffende beschermingsmaatregelen/autonome ontwikkelingen zijn uitgevoerd en effect hebben gehad.²⁷

3.2.1 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Het onderscheid dat de Afdeling maakt tussen 'technische beschermingsmaatregelen' en 'natuurlijke beschermingsmaatregelen' sluit naadloos aan bij eerdere publicaties van mijn hand. Zo betoogde ik in mijn artikel naar aanleiding van het arrest *Orleans e.a.* reeds dat voor technische maatregelen zoals een geluidscherm (sic!) zou moeten kunnen worden afgeweken van de eis dat de maatregel gerealiseerd moet zijn ten tijde van de passende beoordeling.²⁸ In mijn noot bij het arrest *Kolencentrale Moorborg* introduceerde ik vervolgens het criterium 'reactie van een diersoort en/of het natuurlijk systeem' als tegehanger. In die zin dat er geen ruimte is om in het kader van een passende beoordeling al rekening te houden met de positieve effecten van een nog te realiseren maatregel, als die positieve effecten afhankelijk zijn van de reactie van

een diersoort en/of het natuurlijk systeem.²⁹ Het behoeft dan ook geen betoog dat ik bovenstaande overwegingen van de Afdeling van harte onderschrijf.

In haar artikel over het *PAS*-arrest merkt Kaajan op dat mijn stelling, dat aangenomen moet worden dat alleen de positieve effecten van 'technisch bezwezen maatregelen' wetenschappelijk vaststaan, te kort door de bocht zou zijn.³⁰ De Afdeling spreekt in dit verband treffend over het *in de regel* niet vaststaan van de positieve effecten van 'natuurlijke beschermingsmaatregelen' die ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Uiteraard kunnen er uitzonderingen zijn die de regel bevestigen. Feit is echter dat de Afdeling tot de conclusie komt dat zelfs de positieve effecten van de herstelmaatregelen die volgens het rapport herstelstrategieën de kwalificatie 'bewezen' hebben, niet vaststaan (zie paragraaf 4.1).

Wat hiervan ook zij, duidelijk is dat deze nieuwe koers van de Afdeling verstrekkende gevolgen heeft voor alle plannen of projecten met mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied. Dat geldt dus ook voor plannen of projecten die niet tot (een toename aan) stikstofdepositie leiden. In paragraaf 3.1.1 merkte ik al op dat de lat torenhoog ligt. Hierbij moet worden bedacht dat veel 'natuurlijke beschermingsmaatregelen' enige ontwikkeltijd (5 jaar of meer) kennen. Als deze nieuwe koers inderdaad tot gevolg heeft dat in veel gevallen in het kader van een passende beoordeling enkel rekening kan worden gehouden met de positieve effecten van 'natuurlijke beschermingsmaatregelen' die ten tijde van de passende beoordeling in het veld kunnen worden vastgesteld, dan zal de realisatie van ruimtelijke ontwikkelingen radicaal anders moeten worden aangevlogen. Eén ding is dan ook in ieder geval zeker: de komende tijd zal hier de nodige jurisprudentie over verschijnen.

Tot slot: in haar artikel over het *PAS*-arrest merkt Kaajan nog op dat de gevolgen van een activiteit voor een Natura 2000-gebied ook nooit 'wetenschappelijk gezien zonder redelijke twijfel' zouden kunnen worden vastgesteld, als van wetenschappelijke onzekerheid al sprake is wanneer een bepaalde maatregel afhankelijk is van de reactie van een diersoort en/of het natuurlijk systeem.³¹ Het beoordelen van de mogelijk negatieve gevolgen van een plan of project voor een Natura 2000-gebied moet echter worden onderscheiden van het beoordelen van de toekomstige positieve effecten van maatregelen, zoals ook Advocaat-Generaal Kokott benadrukt in haar Conclusie over het *PAS*. Kokott onderkent dat de conclusie, dat - kort en goed - in het kader van

²⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 11.5-11.9 en 18, onder 3, 4, 8 en 10.

²⁶ In aansluiting op al het voorgaande verdient nog aantekening dat in een passende beoordeling niet alleen moet worden gekeken naar de verwachte positieve effecten van maatregelen en ontwikkelingen, maar ook naar vaststaande of mogelijke nadelige gevolgen daarvan. Daarnaast kan een maatregel niet in de passende beoordeling worden betrokken als er wetenschappelijke discussie bestaat over het nut van de maatregel. Zie: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 18, onder 11 en 13.

²⁷ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 11.5-11.9 en 18, onder 3, 4 en 7. Deze laatste toevoeging hangt samen met het arrest *Orleans e.a.* Zie in dit verband het in de volgende voetnoot genoemde artikel.

²⁸ Zie: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR* 2016/147, p. 931-932.

²⁹ Zie: *TBR* 2017/148, punt 5.

³⁰ Zie: M.M. Kaajan, 'Het PAS-arrest; en nu?', *M en R* 2019/18, p. 109.

³¹ Zie: M.M. Kaajan, 'Het PAS-arrest; en nu?', *M en R* 2019/18, p. 109.

een passende beoordeling géén rekening mag worden gehouden met toekomstige positieve effecten, op het eerste gezicht in tegenspraak lijkt te zijn met het prognosticerende karakter van een passende beoordeling. Zij merkt echter op dat de beoordeling van de toekomstige gevolgen van een plan of project noodzakelijkerwijs slechts kan leiden tot een prognose. Het is daarentegen niet nodig zich op de onzekerheid van prognoses te beroepen wanneer men los van een project maatregelen neemt om de voorwaarden te creëren die ervoor moeten zorgen dat de nadelige gevolgen van een project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet aantasten, aldus Kokott.³²

4. Stonden de positieve effecten van de PAS-maatregelen vast?

Na bovenstaande analyse van het PAS-arrest loopt de Afdeling de verschillende maatregelen die in het kader van de passende beoordeling van het PAS zijn betrokken langs. Hierbij beziet zij of de verwachte positieve effecten van deze maatregelen vaststonden ten tijde van de passende beoordeling en deze dus terecht zijn betrokken.

4.1 De herstelmaatregelen

Voor de herstelmaatregelen luidt het oordeel dat de positieve effecten hiervan ten onrechte zijn betrokken in het kader van de passende beoordeling. De Afdeling wijst er in dit verband in de eerste plaats op dat veel herstelmaatregelen ten tijde van de passende beoordeling nog niet uitgevoerd waren.³³ Herstelmaatregelen zijn echter geen (technische) beschermingsmaatregelen, maar instandhoudings- en passende maatregelen respectievelijk 'natuurlijke beschermingsmaatregelen'. Gelet op hetgeen in paragraaf 3 is uiteengezet hadden de herstelmaatregelen dan ook (in beginsel) uitgevoerd moeten zijn ten tijde van de passende beoordeling. Dat wil echter niet zeggen dat de positieve effecten van de herstelmaatregelen die al wel waren uitgevoerd ten tijde van de passende beoordeling, maar op dat moment nog geen resultaat hadden gehad, wél hadden mogen worden betrokken. Ook met de positieve effecten van die maatregelen had géén rekening mogen worden gehouden. Dit omdat uit het rapport herstelstrategieën moet worden opgemaakt dat het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat de voordelen van deze maatregelen met zekerheid in kaart worden gebracht, aldus de Afdeling. De passende beoordeling bevat daardoor geen definitieve bevindingen over die verwachte positieve effecten. Gelet hierop is zo-

wel bij het bepalen van de staat van instandhouding als bij de beoordeling of de toedeling van depositieruimte niet zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden, ten onrechte rekening gehouden met de verwachte positieve effecten van de herstelmaatregelen.³⁴

4.2 De bronmaatregelen

4.2.1 De stalmaatregelen

In het kader van het PAS worden drie typen bronmaatregelen getroffen: 1) stalmaatregelen, 2) mestmaatregelen en 3) vrijwillige voor- en managementmaatregelen. Te beginnen met de stalmaatregelen. Hierbij gaat het om de verplichting om schonere huisvestingssystemen toe te passen.³⁵ Deze verplichting vloeit voort uit het Besluit emissiearme huisvesting (hierna: het Besluit).³⁶ Dit Besluit is op 1 augustus 2015 in werking getreden. Dat is dus een maand later dan dat het PAS van kracht werd. Gelet hierop oordeelt de Afdeling kort en krachtig dat de verwachte voordelen van de stalmaatregelen niet konden worden betrokken in de passende beoordeling. Maar ook als het Besluit wél van kracht was geweest ten tijde van de passende beoordeling, had met de verwachte voordelen van de stalmaatregelen géén rekening mogen worden gehouden. De Afdeling is er namelijk niet van overtuigd dat voornoemde verwachte voordelen ten tijde van die beoordeling vaststonden. Dit omdat de verplichting om schonere huisvestingssystemen toe te passen zich pas doet gevoelen op het moment dat een individuele ondernemer besluit om een dierenverblijf op te richten, te vervangen of uit te breiden. Kortom: de maatregel moet op bedrijfsniveau nog nader worden ingevuld of uitgewerkt, waardoor de plaats waar en het moment waarop de verwachte emissiedaling zich zal manifesteren afhankelijk is van keuzes van individuele ondernemers. Bovendien is de berekening van de verwachte emissiedaling afhankelijk van veel variabelen en onzekere factoren, zoals de vervangingsgraad van de stallen en de omvang van de veestapel (groei/stabiel/krimp). Gelet op dit alles is de Afdeling er niet van overtuigd dat de emissiedaling die zich als gevolg van deze regeling op bedrijfsniveau kan gaan manifesteren, met wetenschappelijke zekerheid kan worden vertaald

³² Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 97.

³³ Uit de Tussenevaluatie PAS volgt dat voor de start van het PAS ongeveer 3,5% van de in totaal 1977 herstelmaatregelen gereed was. Zie: Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 32 670, 140, p. 22 en 30.

³⁴ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 19.5-19.6.

³⁵ Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 148-151.

³⁶ In dit verband zijn ook de emissiefactoren die in de Regeling ammoniak en veehouderij zijn opgenomen aangescherpt. Dit laat ik verder onbesproken.

naar een depositiedaling op hexagoonniveau (dat is een hectare met de vorm van een zeshoek).³⁷

4.2.2 De mestmaatregelen

Bij de mestmaatregelen gaat het om aangescherpte regels met betrekking tot het bemesten van gronden, zodat ook hierbij zo min mogelijk stikstofemissie en -depositie wordt veroorzaakt.³⁸ Een deel van deze regels was ten tijde van de passende beoordeling van kracht, maar het zogenoemde sleepvoetverbod niet.³⁹ Dit verbod zou op 1 januari 2017 in werking treden, maar werd uiteindelijk pas op 1 januari jl. van kracht. Gelet hierop kon met de verwachte positieve effecten van het sleepvoetverbod in ieder geval géén rekening worden gehouden, omdat ten tijde van de passende beoordeling a) dit verbod nog niet van kracht was en b) nog niet was uitgewerkt hoe die voordelen tot stand zullen worden gebracht (zie paragraaf 3.1). Vervolgens buigt de Afdeling zich over de vraag of de verwachte voordelen wel hadden kunnen vaststaan als beide verplichtingen voorafgaand aan de inwerkingtreding van het PAS van kracht waren geweest. Hierbij wijst zij erop dat de mestmaatregelen direct effect hebben, omdat zij - anders dan de stalmaatregelen - geen nadere uitwerking op bedrijfsniveau behoeven. Gelet hierop acht de Afdeling het niet uitgesloten dat de verwachte positieve effecten van de mestmaatregelen met de vereiste zekerheid op hexagoonniveau in kaart kunnen worden gebracht of gekwantificeerd. In het kader van het PAS is die vereiste zekerheid er volgens haar echter niet, omdat onvoldoende zeker is dat een lokale toename van de stikstofdeposities is uitgesloten.⁴⁰

37 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 20.9-20.10. Hierbij gaat de Afdeling nog in op de nadere onderbouwing die de PAS-bestuursorganen hebben overgelegd in reactie op de gebreken die de Afdeling in haar verwijzingsuitspraken heeft geconstateerd. Uit de uitspraak volgt dat in die nadere onderbouwing wordt gesteld dat de veestapel in Nederland niet kon groeien door een stelsel van dier- en fosfaatrechten. De Afdeling benadrukt echter dat het fosfaatrechtstelsel ten tijde van de passende beoordeling nog niet gold, zodat daarmee geen rekening kon worden gehouden. Verder wijst zij erop dat uit de Tussenevaluatie PAS kan worden afgeleid dat het ontbreken van een stelsel ter regulering van de omvang van de veestapel een belangrijke factor is voor de onzekerheid van het effect van het Besluit emissiearme huisvesting. Uit de Tussenevaluatie PAS volgt immers dat de ammoniakemissie uit de landbouw juist is toegenomen in plaats van afgenomen.

38 Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 151.

39 Het sleepvoetverbod houdt in dat op klei- en veengronden enkel nog een sleepvoetbemester mag worden toegepast, als de mest wordt verdund met water of andere stoffen.

40 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 20.11-20.12. De Afdeling benadrukt nog dat bij het met de vereiste zekerheid in kaart brengen van de verwachte effecten van de mestmaatregelen en het bepalen van de marge er rekening mee dient te worden gehouden dat de handhaving van de regelgeving een relevante factor is voor de (on)zekerheid dat de verwachte effecten van mestmaatregelen zich daadwerkelijk zullen manifesteren. Hierbij verwijst zij onder meer naar de Tussenevaluatie PAS, waaruit volgt dat de verwachte emissiedaling door de mestmaatregelen zich in 2015 en 2016 *niet* heeft gemanifesteerd.

4.2.3 De voer- en managementmaatregelen

Gelet op het voorgaande zal het niet verbazen dat de Afdeling tot het oordeel komt dat ook de verwachte positieve effecten van de voer- en managementmaatregelen *niet* vaststonden ten tijde van de passende beoordeling.⁴¹ Dit omdat deze vrijwillige maatregelen - net zoals de stalmaatregelen - op bedrijfsniveau moeten worden ingevuld of uitgewerkt, waardoor de plaats waar en het moment waarop de effecten van deze maatregelen zich zullen voordoen afhankelijk is van keuzes van individuele ondernemers. Dat maakt dat de berekening van de emissiedaling die het gevolg is van deze maatregelen van veel variabelen en onzekere factoren afhankelijk is, waardoor de emissiedaling op bedrijfsniveau moeilijk te voorspellen is. Vandaar dat de Afdeling er niet van overtuigd is dat de verwachte emissiedaling met zekerheid in kaart kan worden gebracht of gekwantificeerd op hexagoonniveau.⁴²

4.2.4 Tijdigheid van de maatregelen

Aansluitend op bovenstaande analyse stelt de Afdeling zich op het standpunt dat de verwachte positieve effecten van de bronmaatregelen ook *niet* in de passende beoordeling hadden mogen worden betrokken, als zij zou hebben geconstateerd dat deze ten tijde van de passende beoordeling wél met de vereiste zekerheid in kaart waren gebracht of gekwantificeerd. Dit omdat het PAS-arrest er toe strekt dat de bronmaatregelen resultaat moeten hebben gehad vóórdat de activiteiten, waarvoor op grond van het PAS toestemming wordt verleend, negatieve gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden, aldus de Afdeling. Dat is in het kader van het PAS echter niet verzekerd. Zo voorzien het PAS en de bijbehorende regelgeving er - kort en goed - in dat vanaf 1 juli 2015 60% van de ontwikkelingsruimte die door middel van de bronmaatregelen wordt gecreëerd beschikbaar is voor activiteiten (segment 2).⁴³ De Afdeling concludeert dan ook dat het PAS en de regelgeving *niet* waarborgen dat de daling van de depositie en de uitgifte van ontwikkelingsruimte ten minste gelijk op lopen. Gelet hierop stonden de verwachte positieve effecten van de bronmaatregelen ten tijde van de passende beoordeling dus *niet* vast. Vandaar dat de slotsom luidt dat de verwachte positieve effecten van de bronmaatregelen *niet* hadden mogen worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden en bij de beoordeling of de toedeling van depositieruimte op grond van het PAS niet zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de in het PAS

41 Zie over de vrijwillige maatregelen: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 151-152.

42 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 20.13.

43 Daarnaast is een deel van de aan de bronmaatregelen ontleende depositieruimte opgenomen in het segment voor de grenswaarde.

opgenomen Natura 2000-gebieden (hierna: de PAS-gebieden). Dit leidt tevens tot de conclusie dat aan de verwachte emissiedaling die aan de bronmaatregelen is toegeschreven geen ontwikkelingsruimte kan worden ontleend, aldus de Afdeling.⁴⁴

4.3 Autonome ontwikkelingen

Met betrekking tot de autonome ontwikkelingen komt de Afdeling tot eenzelfde oordeel. Ook de verwachte positieve effecten hiervan stonden ten tijde van de passende beoordeling *niet* vast. Zo zijn niet slechts de verwachte positieve effecten van bestaand beleid betrokken, maar ook van voorgenomen beleid. Hierover moet nog een beslissing worden genomen. Hoe de positieve effecten hiervan tot stand zullen worden gebracht was ten tijde van de passende beoordeling dan ook nog niet uitgewerkt. Gelet hierop hadden de verwachte positieve effecten van het voorgenomen beleid in ieder geval buiten beschouwing moeten worden gelaten (zie paragraaf 3.1). Dat geldt echter ook voor de verwachte positieve effecten van bestaand beleid, zoals de EURO 6 normen voor personenauto's, bestelauto's en zwaar vrachtverkeer en subsidieregelingen (emissiearme taxi's en bestelbussen/luchtwassers). Dit omdat deze maatregelen - net zoals de stalmaatregelen - afhankelijk zijn van de keuzes die individuele consumenten en bedrijven maken om hier al dan niet gebruik van te maken. Hierdoor is de berekening van de verwachte autonome daling van de emissie van veel variabelen en onzekere factoren afhankelijk. Vandaar dat de Afdeling tot de slotsom komt dat de verwachte positieve effecten van bestaand beleid niet met de vereiste zekerheid op hexagoonniveau in kaart kunnen worden gebracht of gekwantificeerd.⁴⁵

Tot slot overweegt de Afdeling ook in dit verband dat het PAS en de bijbehorende regelgeving niet garanderen dat de daling van de depositie en de uitgifte van ontwikkelingsruimte ten minste gelijk oplopen. Kortom: ook al zou zijn geconstateerd dat de verwachte positieve effecten ten tijde van de passende beoordeling met de vereiste zekerheid in kaart waren gebracht en gekwantificeerd, dan nog zou moeten worden geconcludeerd dat de positieve effecten hiervan ten tijde van de passende beoordeling *niet* vaststonden. De verwachte positieve effecten van de autonome ontwikkelingen hadden dan ook niet mogen worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden. Daarnaast moet worden geconcludeerd dat aan de verwachte emissiedaling die aan de autonome ontwikkelingen is toegeschreven géén

ontwikkelingsruimte kan worden ontleend, aldus de Afdeling.⁴⁶

4.4 Snijdt het oordeel van de Afdeling hout?

Gelet op het PAS-arrest en de in de verwijzingsuitspraken geconstateerde gebreken verbaast het niet dat de Afdeling grondig toetst of de verwachte positieve effecten van de verschillende maatregelen en de autonome ontwikkelingen ten tijde van de passende beoordeling wel vaststonden. Zoals de Afdeling overweegt is er weliswaar ruimte voor het hanteren van marges, maar dat laat onverlet dat te allen tijde moet zijn verzekerd dat geen enkele activiteit die met het PAS wordt mogelijk gemaakt op geen enkele locatie tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken kan leiden.⁴⁷ Het moge duidelijk zijn dat het bepaald geen sinecure is om dit bij een programma met de omvang van het PAS te verzekeren. De uit de Tussenevaluatie PAS volgende en door de Afdeling aangehaalde tegenvalers onderstrepen dit. Gelet op dit alles valt mijns inziens niets af te dingen op de beoordeling door de Afdeling.

5. De belangrijkste gevolgen van de hoofduitspraak op een rij

Gelet op de paragrafen 3 en 4 komt de Afdeling tot de slotsom dat de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt *niet* verzekert dat de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden *niet* worden aangetast door het uitdelen van depositie- en ontwikkelingsruimte. Dit oordeel heeft verschillende gevolgen.

5.1 Bijlage 2 van het PAS is onverbindend

Alle 118 PAS-gebieden worden opgesomd in bijlage 2 van het PAS. Omdat zoals hiervoor opgemerkt de passende beoordeling niet verzekert dat de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden *niet* zullen worden aangetast, komt de Afdeling tot de conclusie dat bijlage 2 in strijd met het bepaalde in artikel 19kh, eerste lid, onder h, Nbw 1998 is vastgesteld.⁴⁸ Vandaar dat dit deel van het PAS wordt geacht onverbindend te zijn.⁴⁹ Op grond van artikel

⁴⁶ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 24-25.1. Dat geldt evenzeer voor de verwachte emissiedaling als gevolg van de beëindiging van agrarische bedrijven, waarvan een deel als depositie-/ontwikkelingsruimte beschikbaar wordt gesteld (de zogenaamde stoppersruimte). Om niet te veel in herhaling te vallen volsta ik met te verwijzen naar de rechtsoverwegingen 26-26.5.

⁴⁷ Uit het PAS-arrest volgt klip en klaar dat een berekening gebaseerd op gemiddelde waarden niet toereikend is.

⁴⁸ Uit artikel 19kg, vierde lid, juncto artikel 19kh, eerste lid, onder h, Nbw 1998 volgt - kort en goed - dat een Natura 2000-gebied alleen in het programma kan worden opgenomen als op grond van de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat gelet op de te treffen maatregelen, en rekening houdend met de autonome ontwikkeling van de stikstofdepositie en de ontwikkelingsruimte, de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet in gevaar worden gebracht.

⁴⁹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 31-31.1.

⁴⁴ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 21-22.1.

⁴⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 23.6 en 23.9-25.1.

9.3, derde lid, Wnb geldt het PAS als programma als bedoeld in artikel 1.13, eerste lid, Wnb. Voornoemde onverbindendheid werkt door in het PAS dat op grond van de Wnb van kracht is, aldus de Afdeling. Het gevolg hiervan is dat een programma van kracht is zonder dat daarin Natura 2000-gebieden zijn opgenomen.⁵⁰

5.2 Het PAS kon niet als toestemmingsbasis voor activiteiten worden gebruikt

Omdat de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag *niet* voldoet aan de eisen die daaraan op grond van artikel 6 Hrl worden gesteld, konden onder verwijzing naar die passende beoordeling ook géén toestemmingen worden verleend voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op PAS-gebieden. Het maakt hierbij geen verschil of het betreffende project al dan niet de status van prioritair project heeft.⁵¹

5.3 Toestemmingsbesluiten die in rechte onaantastbaar zijn behouden het rechtsgevolg dat zij hebben

Bovenstaande overweging heeft echter *niet* tot gevolg dat de uit deze toestemmingsbesluiten voortvloeiende rechten in alle gevallen komen te vervallen. De Afdeling overweegt namelijk dat toestemmingsbesluiten, die met toepassing van het PAS zijn verleend en die in rechte onaantastbaar zijn, het rechtsgevolg behouden dat zij hebben.⁵² Dat is best stellig, terwijl het de vraag is of deze overweging in alle gevallen houdbaar is. Artikel 5.4, tweede lid, Wnb bepaalt immers dat een Wnb-vergunning in elk geval wordt ingetrokken of gewijzigd indien dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid, Hrl.⁵³ In Deel II ga ik hier nader op in.⁵⁴

5.4 Artikel 2.12 Besluit natuurbescherming is eveneens onverbindend

De Afdeling acht ook artikel 2.12 Besluit natuurbescherming (hierna: Bnb) onverbindend.⁵⁵ Uit dit artikel volgen: a) de drempelwaarde van 0,05

mol stikstofdepositie per hectare per jaar,⁵⁶ b) de grenswaarde van in beginsel 1 mol stikstofdepositie per hectare per jaar,⁵⁷ en c) de afstandsgrenzen van 3 kilometer voor hoofdwegen en 5 kilometer voor hoofdvaarwegen.⁵⁸ Aangezien voornoemd artikel wordt geacht onverbindend te zijn, moet ervan uit worden gegaan dat voornoemde waarden en grenzen nooit hebben gegolden. Dit betekent dat voor activiteiten die op voornoemde gronden zijn uitgevoerd zónder Wnb-vergunning, alsnog een vergunning zal moeten worden aangevraagd. Dat geldt ook voor activiteiten die zijn gemeld.⁵⁹ Uit de jurisprudentie volgt immers dat de bevestiging van een PAS-melding *niet* op rechtsgevolg is gericht en derhalve geen besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht.⁶⁰ Anders dan bij activiteiten waarvoor een toestemmingsbesluit is verleend, is er bij activiteiten die zijn gemeld derhalve geen besluit over de voorgenomen activiteit dat in rechte onaantastbaar kan zijn geworden.⁶¹

5.5 Alle artikelen die specifiek betrekking hebben op PAS-gebieden blijven buiten toepassing

De Wnb, het Bnb en de Regeling natuurbescherming (hierna: de Rnb) bevatten verschillende artikelen die specifiek betrekking hebben op PAS-gebieden. Aangezien een programma van kracht is zonder dat daarin Natura 2000-gebieden zijn opgenomen (zie paragraaf 5.1), komt aan deze artikelen geen betekenis meer toe in het kader van aanvragen voor toestemmingsbesluiten voor activiteiten die tot stikstofdepositie leiden. Een van de artikelen waaraan geen toepassing meer kan worden gegeven is artikel 2.4 Rnb. Dit artikel bepaalt op welke wijze wordt berekend of een activiteit tot een toename van stikstofdepositie leidt. Aangezien hieraan geen toepassing meer kan worden gegeven,

⁵⁶ Een activiteit die minder stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt dan 0,05 mol per hectare per jaar is vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, lid 2, Wnb. Althans, als die activiteit daarnaast geen andere negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied heeft. Is dat wel het geval, dan blijft bij het beoordelen van een vergunningaanvraag het aspect stikstofdepositie buiten beschouwing.

⁵⁷ Een activiteit die minder stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt dan 1 mol per hectare per jaar is vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, lid 2, Wnb. Althans, als die activiteit daarnaast geen andere negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied heeft (zie ook voorgaande voetnoot). Aantekening verdient dat de grenswaarde van rechtswege 0,05 mol wordt in plaats van 1 mol, indien ten aanzien van één hectare van een voor stikstofgevoelig habitat in het desbetreffende Natura 2000-gebied reeds minimaal 95% van de beschikbare depositieruimte is benut.

⁵⁸ Bij prioritaire, infrastructurele projecten hoeft enkel rekening te worden gehouden met de stikstofpositie op Natura 2000-gebieden die zich - kort en goed - binnen drie respectievelijk vijf kilometer van de betreffende activiteit bevinden.

⁵⁹ Uit de brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de Tweede Kamer, d.d. 20 juni 2019, kenmerk DGNVLG-NP / 19145946 (nog niet opgemaakt als Kamerstuk), volgt dat in ieder geval 630 procedures lopen tegen toestemmingsbesluiten die op grond van het PAS zijn verleend. De kans is aanwezig dat al die 630 toestemmingsbesluiten zullen worden vernietigd.

⁵⁰ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 34 en 39.2.

⁵¹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 32.6 en 34.2.

⁵² ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 32.7 en 34.3.

⁵³ Zie in dit verband ook: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 738-739.

⁵⁴ Uit de brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de Tweede Kamer, d.d. 20 juni 2019, kenmerk DGNVLG-NP / 19145946 (nog niet opgemaakt als Kamerstuk), volgt dat in ieder geval 630 procedures lopen tegen toestemmingsbesluiten die op grond van het PAS zijn verleend. De kans is aanwezig dat al die 630 toestemmingsbesluiten zullen worden vernietigd.

⁵⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 34.5. Ook de voorganger van artikel 2.12 Bnb - artikel 2 Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof - wordt onverbindend geacht. Zie: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 33.1.

⁶⁰ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2893, 2898 en 2903. Zie hierover: R.H.W. Frins & L.J.M. Timmermans, 'Het besluitloze karakter van een melding in het kader van het PAS', Gst. 2017/15.

⁶¹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 33.2.

kan niet langer worden uitgegaan van de hoogste depositie die feitelijk plaatsvond tussen 1 januari 2012 en 31 december 2014.⁶² In plaats daarvan zal in beginsel moeten worden teruggevallen op de vergunde situatie ten tijde van de Europese referentiedata, als het een wijziging van een bestaande activiteit betreft waarvoor niet eerder een 'natuurtoestemming' is verleend.⁶³ Vanwege de samenhang met de uitspraak over bemesten en beweiden ga ik hier in Deel II nader op in.

5.6 AERIUS Calculator kan nog worden gebruikt

Het rekenmodel AERIUS Calculator (hierna: AERIUS) kan nog wel worden gebruikt voor het bepalen van de stikstofdepositie die het gevolg is van een activiteit, maar het is verstandig om daarnaast ook een of meerdere andere rekenmodellen te gebruiken (bijvoorbeeld AAgro-Stacks). De uitkomsten van een berekening met AERIUS staan namelijk niet buiten kijf.⁶⁴ Reeds eerder oordeelde de Afdeling dat AERIUS niet geschikt is voor depositieberekeningen op korte afstand. In dat geval ging het over afstanden tot 50 meter.⁶⁵

5.7 Externe saldering is weer toegestaan

Gelet op de meermaals genoemde onverbindendheid van bijlage 2 van het PAS komt ook geen betekenis meer toe aan het uit artikel 5.5, derde lid, Wnb voortvloeiende verbod op externe saldering. Kortom: er mag weer gewoon worden gesalderd, net zoals het geval was voordat het PAS van kracht werd. Hierbij moet wel aan een aantal voorwaarden worden voldaan.⁶⁶ Daarnaast moet zijn uitgesloten dat de saldoafnames waarmee extern wordt gesalderd betrokken kunnen zijn in de stoppersruimte die in het kader van het PAS beschikbaar is gesteld.⁶⁷ Ook dit punt werk ik in Deel II nader uit.

5.8 Één-op-één inpassing

Hoewel de Afdeling overweegt dat toestemmingsbesluiten, die op grond van het PAS zijn verleend en die in rechte onaantastbaar zijn, het rechtsgevolg behouden dat zij hebben, overweegt zij ook dat dergelijke besluiten niet meer één-op-één kunnen worden ingepast in een bestemmingsplan. Althans, niet zonder dat voor de vaststelling van het betreffende bestemmingsplan een passende beoordeling wordt opgesteld.⁶⁸ Dit kon reeds uit een uitspraak van 10 april jl. worden opgemaakt.⁶⁹

6. Blik op de toekomst

Een prangende vraag is hoe de toekomst van het PAS eruit zal zien. Is het zinvol om te proberen de passende beoordeling zodanig aan te vullen en te verbeteren, dat wordt voldaan aan de door de Afdeling opgesomde uitgangspunten? Is dat een reële mogelijkheid? Of kan beter – zoals de Afdeling suggereert – worden ingezet op een PAS dat er met name toe strekt dat op korte termijn de benodigde instandhoudings- en passende maatregelen worden getroffen, zodat snel en effectief wordt toegewerkt naar een gunstige(re) staat van instandhouding?⁷⁰ Op die wijze kan immers ook ruimte voor economische ontwikkelingen worden gecreëerd. Eventueel kan een dergelijk PAS aan een provinciale depositiebank worden gekoppeld, op grond waarvan gefaseerd en proportioneel 'stikstofruimte' kan worden uitgedeeld.⁷¹ Of is juist het opstellen van een ADC-toets voor het PAS, zoals Advocaat-Generaal Kokott in haar Conclusie heeft geopperd, de beste optie?⁷² Op deze en andere vragen ga ik in Deel II nader in. ●

⁶² ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 39.2-39.4.

⁶³ 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.

⁶⁴ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 39.3.

⁶⁵ ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:619.

⁶⁶ Zie in dit verband: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 182-192.

⁶⁷ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 39.7.

⁶⁸ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 36.

⁶⁹ ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1105, *TBR* 2019/80, m.nt. Frins en De Vries. De PAS-uitspraken hebben dus ook voor de bestemmingsplanpraktijk de nodige gevolgen. Uit het persbericht dat de Raad van State publiceerde op de dag dat de uitspraken werden gedaan, volgt dat jurisprudentie over bestemmingsplannen en het PAS nog even op zich laat wachten. Zie: <<https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@115651/pas-mag/>>

⁷⁰ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 28.2.

⁷¹ Zie in dit verband ook: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel II)', *TBR* 2017/112, p. 739-740.

⁷² Zie hierover: 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. 812-813.