

De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS?

Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott

– Mr. dr. R.H.W. Frins¹

1. Inleiding

Met een kleine vertraging van ongeveer twee weken ten opzichte van de tijdens de hoorzitting bij het Hof van Justitie (hierna: het Hof) aangekondigde datum verscheen op 25 juli jongstleden dan toch echt de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott (hierna: de A-G) met betrekking tot het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS).² Naar deze Conclusie werd door velen al enige tijd reikhalzend uitgekeken. Uiteraard is het verschijnen hiervan slechts een tussenstap. Zo zal ten eerste moeten worden afgewacht of het Hof de redenerlijn van de A-G overneemt. Dat zal op zijn vroegst ergens in het najaar duidelijk worden. Daarna is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) weer aan zet. Zij zal uiteindelijk met de antwoorden van het Hof op de door haar gestelde prejudiciële vragen enerzijds en de nadere onderbouwing die de PAS-bestuursorganen inmiddels hebben overgelegd anderzijds³, moeten beoordelen of het PAS verenigbaar is met artikel 6 van de Habitatrictlijn (hierna: de Hrl). Aangezien deze Conclusie echter als een soort van handboek met betrekking tot artikel 6 Hrl kan worden beschouwd, verdient deze alleen daarom al bespreking.

Vanwege de beperkt beschikbare ruimte ligt de nadruk op de Conclusie. Hierbij houd ik voor

het gemak de volgorde van de Conclusie aan, ofschoon deze afwijkt van de volgorde van de verschillende prejudiciële vragen. Voor meer informatie over het PAS zelf en de verwijzingsuitspraken van de Afdeling waar deze Conclusie het gevolg van is, verwijs ik korthedshalve naar eerdere bijdragen die ik voor dit tijdschrift schreef, in het bijzonder naar het tweeluik dat ik vorig jaar schreef naar aanleiding van de verwijzingsuitspraken.⁴

2. Individuele beoordeling of programmatische totaalbeoordeling?

‘De landbouw is onmisbaar voor een groot aantal beschermde habitattypen en soorten, maar is tegelijkertijd een van de belangrijkste oorzaken van de aantasting van dergelijke te beschermen rijkdommen’.⁵

Dat zijn de duidelijke eerste woorden van de Conclusie. Dat stikstofdepositie een groot probleem is blijkt wel uit het tweede punt: volgens informatie van het Europees Milieuagentschap had in 2010 maar liefst 73% van alle Natura 2000-gebieden in de Europese Unie te maken met een overbelasting van stikstofdepositie. Stikstofdepositie is dan ook niet alleen een Nederlands probleem. Aannemelijk is derhalve dat onderhavige zaak ook van groot belang zal zijn voor andere lidstaten. Volgens de A-G zou deze zaak zo maar eens net zo belangrijk kunnen worden als het befaamde *Kokkelvisserij*-arrest

¹ Ralph Frins is jurist omgevingsrecht bij Witteveen+Bos en verbonden als research fellow aan de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Zie voor een verslag van de hoorzitting: R.H.W. Frins, ‘Een kwestie van geduld... Verslag van de hoorzitting over het PAS bij het Hof van Justitie’, *NBR* 2018/77.

³ Zie: <https://www.bij12.nl/nieuws/brief-aan-raad-van-state-met-nadere-onderbouwing-pas/>.

⁴ 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. Het gaat om de uitspraken: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (Algemene verwijzingsuitspraak) en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260 (Verwijzingsuitspraak over bemesten en beweiden).

⁵ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 1.

uit 2004,⁶ dat eveneens het resultaat is van prejudiciële vragen van de Afdeling.⁷ De verwachtingen zijn dan ook hoog gespannen. Na nog wat bladzijden met een beschrijving van de relevante artikelen van het Unie- en nationale recht alsmede van de belangrijkste achtergronden van de twee aanhangige zaken, begint de A-G aan zijn juridische analyse.

De A-G dringt meteen door tot de kern van de zaak. De eerste vraag waar hij zich over buigt is namelijk of het verenigbaar is met artikel 6, leden 2 en 3 Hrl dat voor een activiteit die tot stikstofdepositie in een Natura 2000-gebied leidt een vergunning wordt verleend onder verwijzing naar het PAS. Anders gezegd: is het toegestaan om een vergunning te verlenen op grond van een 'programmatische totaalbeoordeling' in plaats van een 'individuele beoordeling', zoals normaal te doen gebruikelijk is?

Na een korte schets van het toetsingskader van artikel 6, lid 3 Hrl merkt de A-G op dat in beginsel moet worden toegejuicht dat in het kader van het PAS een integrale beoordeling van alle mogelijke stikstofdeposities in de Natura 2000-gebieden is uitgevoerd. Dat beperkt immers het risico dat bepaalde depositiebronnen niet of, anders dan bij de beoordeling van andere projecten, wel in aanmerking worden genomen. Een risico dat zich vooral kan voordoen bij individuele beoordelingen die gelijktijdig plaatsvinden, aldus de A-G. Dat klinkt positief, maar vervolgens benadrukt de A-G dat de voorkeur voor een omvattend coördinatie-instrument boven een groot aantal geïsoleerde individuele beoordelingen *niet* betekent dat het PAS aan alle eisen voldoet die op grond van artikel 6, lid 3 Hrl aan een passende beoordeling van de gevolgen voor een Natura 2000-gebied worden gesteld.⁸ En daarmee is direct de toon van de rest van de Conclusie gezet.

De A-G spuit echter niet alleen kritiek. Hij vervolgt met een uiteenzetting van de eisen waaraan de passende beoordeling voor het PAS zou moeten voldoen. Deze eisen zijn, zoals de A-G opmerkt, behoorlijk hoog, met name omdat elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de uitkomst moet worden uitgesloten. Zo moet ten eerste worden bepaald hoeveel depositie door de verschillende projecten die met het PAS worden mogelijk gemaakt maximaal neerslaat op de voor stikstof gevoelige habitat-typen en/of leefgebieden van soorten (hierna, gemakshalve en in navolging van de A-G: beschermde habitats) in de verschillende Natura 2000-ge-

bieden. De A-G benadrukt dat dit voor *elke oppervlakte* waarop zich beschermde habitats bevinden moet worden bepaald. Hij laat echter in het midden hoe fijnmazig het beoordelingsraster precies moet zijn, omdat dit afhankelijk is van de mate waarin de deposities van oppervlakte tot oppervlakte kunnen verschillen.⁹ Onduidelijk is of hieruit moet worden opgemaakt dat het in het kader van het PAS gehanteerde beoordelingsraster - één hectare in de vorm van een hexagoon - mogelijk niet (in alle gevallen) fijnmazig genoeg is. De A-G zegt daar niets over.

Overigens moet niet alleen worden bepaald wat de stikstofbelasting is door nieuwe activiteiten, maar moet ook de totale stikstofbelasting door bestaande activiteiten worden betrokken. En dat voor *alle* stikstofbronnen (zoals landbouw, industrie, verkeer en particuliere huishoudens). Daarnaast moeten ook *alle andere factoren* in aanmerking worden genomen die in combinatie met stikstofdepositie nadelige gevolgen kunnen hebben voor de Natura 2000-gebieden. De A-G merkt nog op dat in het kader van een passende beoordeling gebruik kan worden gemaakt van *geschatte waarden*. Die geschatte waarden moeten dan wel beantwoorden aan de gevoeligheid van de betrokken habitats en soorten alsook aan het daadwerkelijke risico van een aantasting door de depositie van stikstof, aldus de A-G.¹⁰

Dat de A-G zich op het standpunt stelt dat het PAS niet aan alle eisen voldoet die op grond van artikel 6, lid 3 Hrl aan een passende beoordeling worden gesteld, verbaast niet. Ook de Afdeling constateerde immers in haar algemene verwijzingsuitspraak reeds dat een aantal gebreken kleefte aan het PAS.¹¹ De opsomming van de eisen die aan een passende beoordeling moeten worden gesteld, verbaast evenmin. Deze eisen volgen mijns inziens klip en klaar uit de jurisprudentie van het Hof. Wat dat betreft niets nieuws onder de zon. Zoals in paragraaf 1 opgemerkt hebben de PAS-bestuursorganen inmiddels een nadere onderbouwing overgelegd. Die is echter niet openbaar. Mogelijk dat met die onderbouwing reeds aan voornoemde eisen wordt voldaan. Hoewel ik de kans groot acht dat daar, gelet ook op het vervolg van deze bijdrage, nog wel wat aan moet worden geschaafd.

3. Totale toegestane hoeveelheid stikstofdepositie

Tot zover is de Conclusie - gelet op eerdere jurisprudentie van het Hof, die ook veelvuldig wordt

⁶ HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (Kokkelvisserij).

⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 1-2.

⁸ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 42-45.

⁹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 49-51.

¹⁰ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 52-55.

¹¹ Zie: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel I)', TBR 2017/93, p. 594-596.

aangehaald - weinig verrassend. Het volgende onderdeel van de Conclusie is dat echter wél. In dat onderdeel breekt de A-G namelijk een lans voor het begrip 'critical loads' (kritische depositiewaarden, hierna: KDW). Hoewel hij enige slagen om de arm houdt en het uiteindelijk aan de Afdeling is om te bepalen welke grenswaarden voor de toegestane totale stikstofbelasting wetenschappelijk verantwoord zijn, lijkt de A-G van mening dat *ten minste* moet worden voldaan aan de KDW.¹² Als beschermde habitats echter al langere tijd worden blootgesteld aan te veel stikstofdepositie kan het zelfs nodig zijn nog minder nieuwe stikstofdeposities toe te staan dan de KDW, aldus de A-G. Dit in de eerste plaats omdat in een dergelijk geval aannemelijk is dat de staat van de habitats al in nadelige zin is gewijzigd. In de tweede plaats omdat de bestaande overbelasting met stikstof eerst zal moeten worden verminderd of op een andere wijze zal moeten worden weggevoerd, voordat de habitats zich conform de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied kunnen ontwikkelen.¹³

Dat zou betekenen dat in alle 118 Natura 2000-gebieden die onderdeel uitmaken van het PAS de bestaande stikstofdepositie eerst (aanzienlijk) moet worden verminderd. Dat wil zeggen tot een bepaalde waarde onder de KDW respectievelijk de lagere grenswaarde. Daarna pas zou weer toestemming kunnen worden verleend voor nieuwe activiteiten die een toename van stikstofdepositie op beschermde habitats tot gevolg hebben. Althans, via de band van artikel 6, lid 3 Hrl. Het verlenen van toestemming via de uitzonderingsclausule van artikel 6, lid 4 Hrl (de 'ADC-toets') is namelijk wél mogelijk als nog niet aan de KDW respectievelijk de lagere grenswaarde wordt voldaan. Zij het dat dit bepaald geen sinecure is. Ik kom daar in paragraaf 7 op terug.

De redeneerlijn die in het kader van het PAS is gehanteerd staat haaks op het voorgaande. Het PAS zet enkel in op een verlaging van de totale hoeveelheid aan stikstofdepositie, *niet* op het binnen afzienbare termijn bereiken van de KDW. Sterker nog, ook in 2030 zal in veel Natura 2000-gebieden die onderdeel uitmaken van het PAS nog sprake zijn van een (aanzienlijke) overschrijding van de KDW. De opstellers van het PAS zijn van mening dat desalniettemin kan worden geconcludeerd dat het PAS *niet* tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden leidt. De negatieve gevolgen van de overschrijding van de

KDW zouden namelijk worden ondervangen door de PAS-herstelmaatregelen. Dit werd ook tijdens de hoorzitting bij het Hof betoogd door de gemachtigde van Nederland.¹⁴ Dit betoog heeft de A-G blijkbaar niet kunnen overtuigen. Als het Hof de redenering van de A-G overneemt in het te wijzen arrest en de Afdeling hetzelfde doet in haar uitspraken, dan is er gelet op de bestaande (aanzienlijke) overschrijdingen van de KDW serieus werk aan de winkel.

4. In hoeverre mag rekening worden gehouden met de positieve effecten van maatregelen?

Hierboven benoemde ik reeds de PAS-herstelmaatregelen. Feit is dat de positieve effecten van verschillende soorten maatregelen en ontwikkelingen een belangrijke pijler zijn van het PAS. In het kader van de passende beoordeling is met deze positieve effecten rekening gehouden, ofschoon een groot deel hiervan ook vandaag de dag nog géén feit is. In haar algemene verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling de maatregelen en ontwikkelingen gecategoriseerd. Resumerend oordeelde de Afdeling dat:

1. de bronmaatregelen en de autonome herstelmaatregelen als instandhoudings- en passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl moeten worden aangemerkt;
2. de autonome daling van de stikstofdepositie kwalificeert als een feitelijke ontwikkeling;
3. de PAS-herstelmaatregelen als 'mitigerende maatregelen' moeten worden geduid;¹⁵
4. de positieve effecten van al deze maatregelen en ontwikkelingen betrokken konden worden in de passende beoordeling die voor het PAS is opgesteld.

Zekerheidshalve heeft zij hierover toch een aantal prejudiciële vragen gesteld.¹⁶

Om te beginnen merkt de A-G op dat hij van mening is dat het door de Afdeling gemaakte onderscheid tussen instandhoudings- en passende maatregelen enerzijds en mitigerende maatregelen anderzijds niet relevant is. Wanneer voor een project toestemming wordt verleend volgens artikel 6, lid 3 Hrl, is het niet logisch in dat geval tegelijkertijd artikel 6, lid 2 toe te passen, aldus de A-G. Daar voegt hij nog aan toe dat maatregelen als bedoeld in artikel 6, lid 1 Hrl rechtstreeks verband houden met het beheer van een Natura 2000-gebied of daarvoor

¹² De kritische depositiewaarde is de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitat significant wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermistende 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.

¹³ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 62-64.

¹⁴ Zie: R.H.W. Frins, 'Een kwestie van geduld... Verslag van de hoorzitting over het PAS bij het Hof van Justitie', *NBR* 2018/77, p. 125-126.

¹⁵ In plaats van 'mitigerende maatregelen' wordt in de Conclusie gesproken over 'beschermingsmaatregelen'. Ik gebruik hierna echter consequent de term mitigerende maatregelen.

¹⁶ Zie hierover nader: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel I)', *TBR* 2017/93, p. 590-593.

noodzakelijk zijn en derhalve niet het voorwerp zijn van een passende beoordeling.¹⁷

Hier valt geen speld tussen te krijgen, maar mij dunkt dat de A-G deze prejudiciële vragen verkeerd heeft begrepen. Volgens mij zijn deze vragen ingegeven door de rechtsoverwegingen 37 en volgende van het arrest *Orleans e.a.* Hieruit lijkt namelijk te volgen dat enkel sprake kan zijn van instandhoudings- en passende maatregelen, als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied kan worden uitgesloten.¹⁸ En dat is natuurlijk nou net de hamvraag in het geval van het PAS. Daar gaat de A-G echter niet op in. Hij volstaat met te overwegen dat los van de juridische kwalificatie van de maatregelen beslissend moet zijn of op grond van de maatregelen in kwestie tot de slotsom kan worden gekomen dat extra stikstofdepositie van natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet aantast. Dat ben ik met hem eens. Met dien verstande dat de effecten dan wel zeker moeten zijn op het moment van besluitvorming. Ik kom daar hierna op terug.

Wat volgt is een samenvatting van de belangrijkste rechtsoverwegingen van de arresten *Briels e.a.* en *Orleans e.a.* Hieruit volgt - kort en goed - dat in het kader van een passende beoordeling enkel rekening kan worden gehouden met maatregelen die de negatieve effecten van een plan of project zodanig voorkomen of verminderen, dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied kan worden uitgesloten.¹⁹ Vervolgens benadrukt de A-G - voortbordurend op een recente Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev²⁰ - dat daarvoor in beginsel noodzakelijk is dat de maatregel in kwestie de bron van de aantasting aanpakt. Met een maatregel die niet de bron van de aantasting aanpakt kan in het kader van een passende beoordeling enkel rekening worden gehouden, wanneer deze de totale belasting van het Natura 2000-gebied dan wel de gevoeligheid van het gebied dusdanig vermindert, dat de gevolgen van het plan of project in kwestie de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende Natura 2000-gebied niet aantasten, aldus de A-G.²¹

Teruggrijpend op zijn eerdere standpunt dat een overschrijding van de KDW uit den boze is verduidelijkt hij dit als volgt: het volstaat niet de stikstofdepositie met een bepaalde hoeveelheid (bijvoorbeeld 1 kilogram stikstof per hectare per jaar) te verminderen om extra depositie in dezelfde omvang te mogen toestaan, indien de beschermde habitat als geheel nog steeds te zwaar met stikstof wordt belast (lees: de KDW respectievelijk een andere grenswaarde wordt nog steeds overschreden).²² Volgens de A-G geldt deze redenering ook voor de bronmaatregelen die in het kader van het PAS worden getroffen. Dit omdat deze bronmaatregelen niet direct samenhangen met het concrete plan of project dat ter beoordeling staat. Het gaat om andere bronnen. Vermindering van de emissie uit deze andere stikstofbronnen voorkomt noch reduceert de depositie die door het betrokken onderzochte bedrijf wordt veroorzaakt. Een dergelijke emissievermindering kan dus bij de verlening van een vergunning aan een agrarisch bedrijf overeenkomstig artikel 6, lid 3 Hrl niet gelden als compensatie voor de stikstofemissie van dat bedrijf, zelfs niet voor een deel, aldus de A-G. Dat is slechts anders, als de KDW respectievelijk een andere grenswaarde niet meer wordt overschreden en dat ook niet gebeurt door de depositie waarvoor toestemming wordt verleend. In dat geval kan de extra depositie wél worden toegestaan op grond van artikel 6, lid 3 Hrl.²³

Voor de PAS-herstelmaatregelen geldt hetzelfde. Ook met de positieve effecten daarvan mag in beginsel pas rekening worden gehouden als de situatie in het gebied al gunstig is. De A-G lijkt de deur echter op een kier te laten staan. Hij wijst erop dat Nederland betoogt dat door de herstelmaatregelen meer stikstof in de Natura 2000-gebieden kan worden gedeponereerd zonder dat de beschermde habitats worden aangetast. Of dat klopt zal door de Afdeling moeten worden beoordeeld. Indien blijkt dat de maximale belastbaarheid door de herstelmaatregelen zodanig wordt verhoogd dat de totale belasting daaronder blijft, dan kan die ruimte voor nieuwe plannen en projecten beschikbaar worden gesteld, aldus de A-G.²⁴ Ik vind deze overweging, gelet op het in paragraaf 3 behandelde standpunt, wat lastig te plaatsen. Uit deze overweging lijkt immers te volgen dat met de juiste onderbouwing wel degelijk toestemmingen kunnen worden verleend, ofschoon de KDW respectievelijk de lagere grenswaarde nog wordt overschreden.

¹⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 69.

¹⁸ HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans e.a.*). Zie hierover: R.H.W. Frins, 'Het arrest *Orleans e.a.*: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR* 2016/147, p. 929-930.

¹⁹ Zie hierover nader: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 63-72.

²⁰ Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev van 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:274. Inmiddels is ook het arrest in deze zaak verschenen: HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace en Sweetman*).

²¹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 74-79.

²² Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 80.

²³ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 82-84.

²⁴ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 85-91.

Nog het vermelden waard is hetgeen de A-G opmerkt over het arrest *Kolencentrale Moorbург*.²⁵ In haar algemene verwijzingsuitspraak merkt de Afdeling op dat het Hof in dit arrest de aanleg van een vistrap als een mitigerende maatregel heeft geëvalueerd.²⁶ De A-G benadrukt, mijns inziens terecht, dat het Hof in die zaak geen uitspraak heeft gedaan over de vraag of de aanleg van de vistrap als mitigerende maatregel kan worden beschouwd, maar alleen heeft vastgesteld dat de voordelen van de vistrap ten tijde van het verlenen van de vergunning voor de centrale nog niet aanwezig waren en ook nog niet konden worden aangetoond. Alleen al op grond daarvan kon het Hof tot het oordeel komen dat bij de verlening van de vergunning artikel 6, lid 3 Hrl was geschonden, zonder definitief uitspraak te moeten doen over de vraag of een dergelijke maatregel überhaupt bij de toepassing van die bepaling in aanmerking mag worden genomen, aldus de A-G.²⁷

Tot slot wordt ingezoomd op de vraag in hoeverre in het kader van een passende beoordeling rekening kan worden gehouden met toekomstige positieve effecten. In haar algemene verwijzingsuitspraak benadrukt de Afdeling dat een maatregel niet per se gerealiseerd hoeft te zijn om de positieve effecten van die maatregel te mogen betrekken in het kader van een passende beoordeling. Volgens de Afdeling is daarentegen bepalend of - kort en goed - de betreffende positieve effecten wetenschappelijk zeker zijn op het moment van besluitvorming.²⁸ Dat is op zich correct. Het Hof legt de lat echter dusdanig hoog, dat ik van mening ben dat in de praktijk enkel kan worden voldaan aan de eis van wetenschappelijke zekerheid, als de positieve effecten van een maatregel op het moment van besluitvorming reeds een feit zijn. Dat is mijns inziens slechts anders als de positieve effecten van een maatregel 'technisch bewezen' zijn. In dat geval kan mogelijk wél rekening worden gehouden met toekomstige positieve effecten. Ik brak daar reeds eerder een lans voor naar aanleiding van het arrest *Orleans e.a.*²⁹ Indien de positieve effecten van een maatregel daarentegen afhankelijk zijn van de 'reactie' van een diersoort (zoals aan de orde in de casus *Kolencentrale Moorburg*) en/of het natuurlijke systeem, dan is er mijns inziens géén ruimte om bij de besluitvorming reeds rekening te houden met toekomstige positieve effecten. Simpelweg omdat uit de praktijk volgt dat deze 'reactie' slechts tot op zekere hoogte voorspelbaar is, waardoor op het mo-

ment van besluitvorming niet kan worden voldaan aan de eis van wetenschappelijke zekerheid.³⁰

Volgens mij ziet de A-G het net zo. Hij benadrukt om te beginnen dat op het moment waarop toestemming voor een project wordt verleend wetenschappelijk zeker moet zijn dat geen sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Vervolgens stelt hij: *'Het zal uiteraard zeer moeilijk zijn om in het geval van toekomstige maatregelen en ontwikkelingen aan dit criterium te voldoen, zowel wat de doeltreffendheid van de maatregelen betreft als ter zake van de zekerheid dat de maatregelen en ontwikkelingen überhaupt plaatsvinden. Ook vanwege deze onvermijdelijke onzekerheid heeft het Hof geweigerd de positieve gevolgen van nieuwe habitats die nog moeten worden gecreëerd, bij de beoordeling volgens artikel 6, lid 3 Hrl te betrekken. Ook het monitoren van de maatregelen en de mogelijkheid om deze bij te sturen volstonden volgens het Hof niet. Voor het PAS moet hetzelfde gelden'*.³¹ In dit verband wijs ik nog op het recente arrest *Grace en Sweetman*.³² Hieruit lijkt te volgen dat ook het Hof er op deze manier tegenaan kijkt.³³ Het behoeft geen betoog dat ik deze overwegingen van de A-G onderschrijf. Wat me nog wel opvalt, is dat de A-G louter spreekt over het tijdstip waarop toestemming wordt verleend voor een project. Op dat tijdstip moeten de positieve effecten in kwestie wetenschappelijk zeker zijn. Dat is duidelijk. Maar bij het PAS zit daar nog een stap voor, te weten de vaststelling van het PAS zelf. Het PAS als geheel lijkt mij een plan als bedoeld in artikel 6, lid 3 Hrl. Voor een plan gelden dezelfde criteria als voor een project.³⁴ Dat betekent dus dat bij de vaststelling van het PAS had moeten vaststaan dat de toekomstige positieve effecten waar een beroep op wordt gedaan wetenschappelijk zeker zijn. Dat lijkt mij niet het geval.³⁵ Alleen al op grond hiervan kan mijns inziens niet

³⁰ Zie in dit verband ook mijn annotatie bij het arrest *Kolencentrale Moorburg*: TBR 2017/148.

³¹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 92-96.

³² HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593.

³³ Zo overweegt het Hof in rechtsoverweging 53: '(...) Deze onzekerheid vloeit daarentegen voort uit de vaststelling dat er sprake is van een vaststaande of mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied als habitat- en foerageergebied, en dus van een van de bepalende kenmerken van dit gebied, en uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met uit de vaststelling van maatregelen voortkomende toekomstige voordelen die, op het moment van de beoordeling, louter potentieel zijn aangezien deze maatregelen nog niet volledig ten uitvoer zijn geleid (vet: RF). Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming voor het betrokken project hebben verleend'.

³⁴ Zie hierover: R.H.W. Frins, 'Reactie: De Natura 2000-plantoets: een noodzakelijk kwaad?', TBR 2018/90.

³⁵ Zie in dit verband ook: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 167-177 en R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel I); TBR 2017/93, p. 593.

²⁵ HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (Kolencentrale Moorburg).

²⁶ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.37.

²⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 88-89.

²⁸ Zie hierover: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel I); TBR 2017/93, p. 591-593.

²⁹ Zie: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', TBR 2016/147, i.h.b. p. 931-932.

anders worden geconcludeerd dan dat het PAS is vastgesteld in strijd met artikel 6, lid 3 Hrl.

5. Het gebruik van drempel- en grenswaarden

De volgende prejudiciële vraag die de A-G bij de kop pakt is of en zo ja, onder welke voorwaarden, projecten en andere handelingen kunnen worden vrijgesteld van een vergunningplicht. Zoals bekend wordt in het kader van het PAS een drempelwaarde gehanteerd van 0,05 mol stikstof per hectare per jaar. Projecten en andere handelingen die minder dan 0,05 mol stikstof per hectare per jaar deponeren op beschermde habitats zijn bij voorbaat vrijgesteld van de vergunningplicht. Dat geldt in principe ook voor projecten en andere handelingen die minder dan de grenswaarde van 1 mol stikstof per hectare per jaar deponeren op beschermde habitats.³⁶ Althans, tot het moment dat zich binnen het desbetreffende Natura 2000-gebied één hectare van een beschermde habitat bevindt waarvoor reeds minimaal 95% van de beschikbare depositieruimte is benut. Vanaf dat moment geldt voor het gehele Natura 2000-gebied namelijk eerder genoemde drempelwaarde van 0,05 mol als grenswaarde (artikel 2.12, lid 2 Besluit natuurbescherming). Dat betekent dat in dat geval reeds bij een depositie van minimaal 0,05 mol stikstof per hectare per jaar een vergunning benodigd is.

De A-G begint met een aantal inleidende opmerkingen, trekt dan de pin uit de handgranaat, maar houdt de hefboom nog wel met de hand op zijn plaats. Ik kom op deze beelddespraak, omdat de A-G overweegt dat het achterwege laten van een vergunningprocedure alleen verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl, wanneer vaststaat dat voor de betrokken activiteiten geen *passende beoordeling* nodig is.³⁷ Dat zou dan dus betekenen dat bij voorbaat moet vaststaan dat *geen enkele* activiteit die op grond van het PAS wordt vrijgesteld van de vergunningplicht tot significante gevolgen zou *kunnen* leiden. Let wel: die conclusie moet worden getrokken zonder rekening te houden met welke mitigerende maatregel dan ook (nog los van het feit dat de duimschroeven wat dat betreft zijn aangedraaid (zie paragraaf 4)). Immers, zoals ook het Hof recentelijk heeft onderstreept, mag eerst in het kader van een passende beoordeling rekening worden gehouden met mitigerende maatregelen.³⁸ Als echter een passende beoordeling moet worden opgesteld, geldt automatisch ook een vergunningplicht, zo begrijp ik althans voornoemde overweging. Daarmee

trekt de A-G mijns inziens de pin uit de handgranaat.

Maar als gezegd houdt hij de hefboom nog wel op zijn plaats. Zo overweegt de A-G dat het denkbaar is dat voornoemde drempel- en grenswaarden voldoende wetenschappelijk gefundeerd zijn om elke redelijke wetenschappelijke twijfel weg te nemen dat extra stikstofdepositie in deze omvang geen significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden. Deze waarden zijn immers maar een fractie van de KDW. Verder prijst hij voornoemde automatische verlaging van de grenswaarde. Evenzo wijst hij op het feit dat het Duitse *Bundesverwaltungsgericht* duidelijk minder streng is. Ofschoon - zoals ook de A-G lijkt te suggereren - kan worden betwijfeld of deze jurisprudentie verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl.³⁹ Hij ziet deze jurisprudentie evenwel als een aanwijzing dat de lage Nederlandse drempel- en grenswaarden wetenschappelijk gefundeerd zouden kunnen zijn.

Zoals wel uit mijn woordkeus blijkt betwijfel ik of de opgave die de A-G meegeeft uitvoerbaar is. Maar ik ben 'slechts' jurist, geen ecoloog. Nader ecologisch onderzoek lijkt mij in ieder geval onontkoombaar. Wellicht dat daarmee de pin weer terug in de handgranaat kan worden gestopt.

6. Bemesting, beweiding en de vrijstelling daarvan van de vergunningplicht

6.1 Het begrip 'project'

Alvorens de A-G begint aan zijn slotbeschouwing buigt hij zich nog over een aantal prejudiciële vragen dat nauw met elkaar samenhangt. Vanwege deze samenhang bespreek ik de antwoorden op deze vragen geclusterd in deze paragraaf. Deze vragen hebben betrekking op een van de kernbegrippen van de Hrl, te weten de term 'project'. Zoals bekend bevat de Hrl geen definitie van dit begrip. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat zij als criterium om van een 'project' te spreken hanteert: 'het realiseren van een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap'. Vindt er geen 'fysieke ingreep' plaats, dan moet de betreffende activiteit niet als een 'project', maar als een 'andere handeling' worden aangemerkt. Hoewel de Afdeling dit criterium al talloze keren heeft toegepast, heeft zij hier zekerheidshalve toch een prejudiciële vraag over gesteld. De Afdeling wenst van het Hof te vernemen of bepalend is dat a) sprake is van het realiseren van een fysieke ingreep of b) de activiteit

³⁶ Voor sommige activiteiten geldt op grond van artikel 2.7 Regeling natuurbescherming wel een meldingsplicht.

³⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 102.

³⁸ HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (People Over Wind/Sweetman), TBR 2018/78, m.nt. Frins.

³⁹ Zie hierover o.a.: Ch.W. Backes, 'Een plicht tot rechtsvergelijkende motivering? Over de vraag hoe bestuursrechtlers omgaan met de interpretatie van EU-recht door hun buitenlandse collega's', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht (De Waard-bundel)*, Den Haag: BJu 2015, p. 313-329. Ook in Vlaanderen wordt een soepeler toetsingskader gehanteerd, zie: ABRVS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3578, AB 2018/139, m.nt. Frins.

in kwestie significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.⁴⁰

De A-G begint met te verwijzen naar het befaamde *Kokkelvisserij*-arrest.⁴¹ In dit arrest oordeelde het Hof dat de definitie van 'project' zoals opgenomen in artikel 1, lid 2 MER-richtlijn relevant is voor de verduidelijking van de begrippen 'plan' of 'project' in de Hrl. Onder meer dit arrest en de definitie van artikel 1, lid 2 MER-richtlijn hebben geleid tot voornoemde jurisprudentie van de Afdeling. De A-G gaat er echter vanuit dat het begrip 'project' als bedoeld in artikel 6, lid 3 Hrl daarmee niet definitief is afgebakend. Hij is van mening dat doorslaggevend is of de betreffende activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Kortom: volgens de A-G is het hierboven als b) aangeduide element bepalend.⁴² Hij merkt nog op dat zowel voor bemesting als voor beweiding significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten, aangezien de stikstofdepositie die hiervan het gevolg is een groot aantal beschermde habitats kan aantasten.⁴³

Volgens de A-G is het echter niet nodig om voor dit anker te gaan liggen, aangezien zowel bemesting als beweiding voldoen aan de definitie van 'project' ex artikel 1, lid 2 MER-richtlijn. Hij wijst in dit verband op de arresten *Brussels Hoofdstedelijk Gewest e.a.* en *Pro-Braine e.a.*⁴⁴ In deze arresten overwoog het Hof dat met het begrip 'project' werken of ingrepen worden bedoeld, die de materiële toestand van de plaats veranderen. Daarvan is zowel bij bemesting als bij beweiding sprake. Met betrekking tot bemesting merkt de A-G op dat het, anders dan de Afdeling stelt, niet uitmaakt of de mest *in of op* de bodem wordt gebracht. Dat ben ik met hem eens.⁴⁵ Alles bij elkaar genomen is bemesting vergelijkbaar met de kokkelvisserij, dat wil zeggen met het doorzeven van de bovenste laag van de zeebodem, aldus de A-G. Daarvan is bekend dat het Hof dit als een 'project' aanmerkt.⁴⁶

Het kost de A-G wat meer moeite om beweiding onder de definitie van artikel 1, lid 2 MER-richtlijn te scharen. Het eerste anker waarvoor hij gaat liggen, is dat beweiding moet worden aangemerkt

als een vorm van ontginning van bodemschatten, een activiteit die expliciet wordt genoemd in voornoemd artikel. Zowel beweiding als verbouwing van gewassen komt er immers op neer dat de in de bodem aanwezige voedingsstoffen economisch worden geëxploiteerd, aldus de A-G. Vervolgens merkt hij op dat deze stap echter niet nodig is, omdat het aanleggen van een weide gepaard gaat met een fysieke ingreep. In de regel wordt een weide immers omheind om te voorkomen dat het vee de weide verlaat. Het plaatsen van een omheining is een project en bij de beoordeling daarvan moet het doel, te weten beweiding, in aanmerking worden genomen. Mocht het Hof echter van mening zijn dat de A-G hiermee de definitie van artikel 1, lid 2 MER-richtlijn te ver oprekt, dan moet volgens hem nog steeds tot de conclusie worden gekomen dat sprake is van een project. Maar dan via de band van de mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied (zie hiervoor).⁴⁷

Voor mijn gevoel rekt de A-G de definitie van 'project' ex artikel 1, lid 2 MER-richtlijn te ver op. In ieder geval voor wat beweiden betreft. Ik vind het dan ook zuiverder om - zoals ook de A-G voorstelt - bepalend te laten zijn of een activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Is dat het geval, dan moet de activiteit als een project als bedoeld in artikel 6, lid 3 Hrl worden aangemerkt.

6.2 Wanneer is sprake van één project?

Vervolgens buigt de A-G zich over de vraag of bemesting deel kan uitmaken van één overkoepelend project, te weten het drijven van een agrarisch bedrijf. Die vraag is relevant omdat in beginsel geen passende beoordeling hoeft te worden opgesteld, indien voor het betreffende bedrijf toestemming is verleend vóórdat artikel 6, lid 3 Hrl van toepassing werd. In dat geval valt het project immers onder artikel 6, lid 2 Hrl in plaats van onder artikel 6, lid 3 Hrl.⁴⁸ Vereist is dan wel dat aan de betreffende agrariër een vergunning is verleend vóórdat het Natura 2000-gebied waarin de stikstofdepositie terechtkomt werd aangewezen als Vogelrichtlijngebied dan wel, in het geval van een Habitatrichtlijngebied, door de Europese Commissie op de lijst van gebieden van communautair belang werd geplaatst. Wordt daaraan voldaan, dan kan het drijven van het agrarisch bedrijf inclusief de bemesting van de bij dat bedrijf behorende gronden als één project worden aangemerkt. Het bemesten van gronden heeft immers één enkel gemeenschappelijk doel: het verbouwen van gewassen in het kader van een agra-

⁴⁰ Zie hierover ook: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II), *TBR* 2017/112.

⁴¹ HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482.

⁴² Vgl. de door Backes, Mendelts en Zijlman in de literatuur ingenomen standpunten, zie hierover: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II), *TBR* 2017/112, p. 729.

⁴³ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 114-117.

⁴⁴ HvJ EU 17 maart 2011, C-275/09, ECLI:EU:C:2011:154 (*Brussels Hoofdstedelijk Gewest e.a.*) en HvJ EU 19 april 2012, C-121/11, ECLI:EU:C:2012:225 (*Pro-Braine e.a.*).

⁴⁵ Dit merkte ik vorig jaar reeds op, zie: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II), *TBR* 2017/112, p. 732.

⁴⁶ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 118-122.

⁴⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 123-126.

⁴⁸ Voor een uitzondering op de regel, zie: HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Waldschlö chenbrücke Dresden*).

risch bedrijf, aldus de A-G.⁴⁹ Daarmee is de A-G een andere mening toegedaan dan de Afdeling. De Afdeling is immers van mening dat bemesten *niet* onlosmakelijk samenhangt met het drijven van een agrarisch bedrijf, omdat er alternatieve manieren zijn waarop een bedrijf zich van mest kan ontdoen.⁵⁰ Voor die benadering valt mijns inziens ook wel wat te zeggen.

Wat hiervan ook zij, als de wijze van bemesting verandert (bijvoorbeeld door het bemesten van andere percelen, met andere hoeveelheden of met andere technieken) kan wél sprake zijn van een nieuw project. De A-G merkt - mijns inziens terecht - op dat sprake is van een nieuw project, indien de veranderingen in de bemestingspraktijk leiden tot een *extra* risico op significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied.⁵¹ Hierbij benadrukt de A-G nogmaals dat het feit dat de bemesting over het geheel genomen niet tot meer stikstofdepositie heeft geleid, niet ter zake doet. Waar het om gaat is dat de stikstofdepositie op geen enkele beschermde habitat toeneemt. Voor beweiden gelden soortgelijke overwegingen, aldus de A-G.⁵²

6.3 Kunnen bemesten en beweiden worden vrijgesteld van de vergunningplicht?

De A-G vervolgt met het beantwoorden van de vraag of de vrijstelling van de vergunningplicht van de projecten bemesten en beweiden verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl. In dit verband herhaalt hij zijn in paragraaf 5 besproken standpunt: alleen als zonder passende beoordeling tot de conclusie kan worden gekomen dat bemesten en beweiden géén significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden, kunnen deze projecten worden vrijgesteld van de vergunningplicht. Maar dan moet wel duidelijk zijn dat door bemesten en beweiden op geen enkele beschermde habitat een toename van de stikstofdepositie optreedt. Terwijl de A-G uit het verzoekschrift van de Afdeling opmaakt dat op basis van de abstracte beoordeling van de gevolgen van bemesting en beweiding slechts tot de slotsom wordt gekomen dat *gemiddeld genomen* een stijging van de stikstofdepositie kan worden uitgesloten. Dat is echter niet voldoende. Dat door middel van monitoring een vinger aan de pols wordt gehouden en er zo nodig kan worden bijgestuurd, doet hier niet aan af. Ook al gaat het vermoedelijk slechts om een geringe bijdrage. Juist de veronderstelling dat de aantasting gering zal zijn, doet twijfel rijzen of

monitoring en bijsturing voldoende strikt en consequent zullen worden uitgevoerd, aldus de A-G.⁵³

Op dit oordeel van de A-G valt mijns inziens niets af te dingen. Wat me wel opvalt is dat de A-G, in navolging van de Afdeling, louter spreekt over 'gemiddeld genomen geen toename'. Tijdens de hoorzitting bij het Hof betoogde de gemachtigde van de Gedeputeerde Staten van Limburg, Noord-Brabant en Gelderland echter - als ik hem goed heb begrepen - dat de totale stikstofdepositie die het gevolg is van bemesten en beweiden weliswaar op basis van gemiddelden is bepaald, maar dat alle gemiddelden bij elkaar opgeteld zijn doorgerekend, op basis waarvan de stikstofdepositie per hectare is bepaald.⁵⁴ Daar lees ik in de Conclusie echter niets over terug. Wat hiervan ook zij, ik betwijfel of dit betoog van de gemachtigde zou leiden tot een andere conclusie dan hierboven vermeld, omdat de totale depositie niet *worst case* lijkt te zijn bepaald.

6.4 Artikel 6, lid 2 Hrl

De laatste prejudiciële vraag die de A-G beantwoordt is of artikel 2.4 Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) een correcte implementatie vormt van artikel 6, lid 2 Hrl. De A-G benadrukt ten eerste dat de vrijstelling van de vergunningplicht voor bemesten en beweiden wél tot een schending van artikel 6, lid 3 Hrl kan leiden, maar *niet* tot een schending van artikel 6, lid 2 Hrl. Hij volstaat in dit verband met te verwijzen naar zijn antwoorden die ik in de voorgaande subparagraaf heb behandeld. Vervolgens merkt de A-G op dat hij, los van de vraag of de vrijstelling van de vergunningplicht verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl, geen aanwijzingen ziet dat artikel 2.4 Wnb géén correcte implementatie vormt van artikel 6, lid 2 Hrl. Bemesting en beweiding zijn immers niet uitgezonderd van de toepassing van artikel 2.4 Wnb. Dit artikel lijkt bovendien voldoende mogelijkheden te bieden om snel en effectief te kunnen optreden, als blijkt dat bemesting en beweiding tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied leiden. Hier heb ik niets aan toe te voegen.

7. ADC-toets

Op grond van al het voorgaande kan moeilijk anders worden geconcludeerd dan dat het zeer twijfelachtig is of het haalbaar is te onderbouwen dat het PAS voldoet aan het bepaalde in artikel 6, leden 2 en 3 Hrl. Ook de A-G lijkt hier weinig vertrouwen in te hebben. Hij breekt in zijn slotbeschouwing dan ook een lans voor het doorlopen van de ADC-toets

⁴⁹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 128-134. Zoals de A-G terecht opmerkt zou een ander uitkomst ook niet aanvaardbaar zijn vanwege een te hoge lastendruk.

⁵⁰ Zie: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 731-732.

⁵¹ Vgl. hetgeen ik hierover schreef in: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 733.

⁵² Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 135-139.

⁵³ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 148-149.

⁵⁴ Zie: R.H.W. Frins, 'Een kwestie van geduld... Verslag van de hoorzitting over het PAS bij het Hof van Justitie'; NBR 2018/77, p. 125-126.

als bedoeld in artikel 6, lid 4 Hrl.⁵⁵ Het zal echter bepaald geen sinecure zijn om deze toets met succes te doorstaan, zoals wel kan worden opgemaakt uit hetgeen de A-G opmerkt over de verschillende obstakels die dan moeten overwonnen.

Zo zal moeten worden aangetoond dat geen reëel alternatief beschikbaar is dat de Natura 2000-gebieden minder of - beter - helemaal niet aantast. Volgens de A-G is het alles bij elkaar genomen duidelijk, dat er geen alternatief is voor het toestaan van bepaalde extra activiteiten en voor het tolereren van andere bestaande activiteiten. Een instrument als het PAS is echter uitstekend geschikt om in kaart te brengen welke alternatieven er *de facto* zijn, aldus de A-G. Volgens hem moet het PAS aan de ene kant productiemethoden stimuleren die stikstofdepositie tot een minimum beperken zonder onevenredige andere schade te veroorzaken (*best practices*). Aan de andere kant moet het PAS activiteiten voorkomen die leiden tot schade die niet in verhouding staat tot de voordelen ervan.⁵⁶

Verder kan volgens de A-G worden betoogd dat met het PAS een dwingende reden van groot openbaar belang is gemeoid. Concreet gaat het dan om het mogelijk maken van economische ontwikkeling enerzijds, en om het eerbiedigen van verworven rechten anderzijds. Volgens de A-G biedt een integrale beoordeling als het PAS de mogelijkheid om de belangen van verschillende individuele bedrijven, wier belangen los zeer waarschijnlijk niet als een dwingende reden van groot openbaar belang zouden kunnen worden aangemerkt, in te passen in voornoemde twee dwingende redenen.⁵⁷ Hierbij wijst de A-G er nog op dat bepaald niet kan worden uitgesloten dat de Europese Commissie om advies moet worden gevraagd, omdat het PAS gevolgen heeft voor prioritair habitattypen. In een dergelijk geval kan immers - zonder advies van de Commissie - geen beroep worden gedaan op redenen van sociale of economische aard.⁵⁸

Tot slot zullen de significante gevolgen die het PAS tot gevolg heeft moeten worden gecompenseerd, opdat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. Hoewel dit volgens de A-G op het eerste gezicht het grootste obstakel lijkt, acht hij het niet ondenkbaar dat in dat verband juist gebruik kan worden gemaakt van de huidige insteek van het PAS. De A-G wijst hierbij op de PAS-herstelmaatregelen, de dalende stikstofdepositie én de monitoring en bijsturing.⁵⁹

8. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de A-G anders tegen een aantal cruciale elementen van het PAS aankijkt, dan dat de PAS-bestuursorganen en ook de Afdeling blijkens haar verwijzingsuitspraken lijken te doen. Zo kan uit de Conclusie onder meer worden opgemaakt dat de A-G van mening is dat:

- het PAS ten onrechte *niet* tot doel heeft dat de stikstofdepositie wordt verlaagd tot ten minste het niveau van de KDW;
- in het kader van het PAS ten onrechte rekening wordt gehouden met toekomstige positieve effecten als een autonome daling van de stikstofdepositie en de positieve effecten van maatregelen die nog moeten worden gerealiseerd;
- de activiteiten bemesten en beweiden ten onrechte zijn vrijgesteld van de vergunningplicht, omdat deze vrijstelling louter is gebaseerd op het argument dat gemiddeld genomen een stijging van de stikstofdepositie door deze activiteiten kan worden uitgesloten.

Met zijn slotbeschouwing reikt de A-G Nederland echter eens reddingsvest aan. Gelet op paragraaf 7 kleven daar nog wel de nodige haken en ogen aan. Daar zal mijns inziens goed over na moeten worden nagedacht en onderzoek naar worden gedaan, zowel juridisch als ecologisch. Mijn advies aan Nederland is dan ook: blaas het vest pas op na het verlaten van het neerstortende vliegtuig! ●

⁵⁵ Zie over de ADC-toets nader: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 35-52.

⁵⁶ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 162.

⁵⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 160-161.

⁵⁸ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 168.

⁵⁹ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 163-166.