

Het PAS-arrest van het Hof van Justitie EU

Toch niet alleen maar kommer en kwel?

– Mr. dr. R.H.W. Frins¹

1. Inleiding

Op 7 november jongstleden wees het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) zijn arrest met betrekking tot het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS).² In dit arrest beantwoordt het Hof de vele prejudiciële vragen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) op 17 mei 2017 heeft gesteld in haar verwijzingsuitspraken.³ Op deze plek zij alvast opgemerkt dat het arrest zeker ook positieve kanten heeft, maar dat het zeer de vraag is of het PAS in zijn huidige vorm standhoudt. Het Hof heeft de piketpalen geslagen. Nu is het aan de Afdeling om te beoordelen of het PAS binnen het door het Hof afgebakende vlak blijft.

In deze bijdrage bespreek ik de verschillende rechtsoverwegingen en analyseer ik wat de gevolgen hiervan kunnen zijn voor de toekomst van het PAS. Hiertoe bespreek ik eerst de rechtsoverwegingen die betrekking hebben op het PAS als systeem (paragraaf 2 tot en met 4). Hierbij gaat het kort samengevat om de vraag of een programmatische aanpak à la het PAS verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Habitatrichtlijn (hierna: Hrl) en zo ja, welke voorwaarden daarbij in acht moeten worden genomen. Daarna bespreek ik de rechtsoverwegingen die betrekking hebben op de activiteiten bemesten en beweiden (paragraaf 5 tot en met 7). Hierbij gaat het concreet om de vraag of voornoemde activiteiten moeten worden aangemerkt als een 'project' als bedoeld in artikel 6, lid 3 Hrl en onder welke voorwaarden deze activiteiten kunnen worden vrij-

gesteld van de vergunningplicht. Afgesloten wordt met een résumé én vooruitblik (paragraaf 8).⁴

2. Is een programmatische aanpak verenigbaar met artikel 6 Habitatrichtlijn?

Het eerste onderdeel van het arrest dat bespreking verdient, is het onderdeel waarin het Hof zich buigt over de vraag of een programmatische aanpak verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl. Hierbij gaat het in de kern om de vraag of voornoemd artikel het toestaat dat niet voor ieder plan of project dat significante gevolgen kan hebben een individuele passende beoordeling wordt opgesteld, maar dat in plaats daarvan op programmaniveau wordt beoordeeld of een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie verenigbaar is met de instandhoudingsdoelstellingen van de verschillende Natura 2000-gebieden. In haar algemene verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling zich op het standpunt gesteld dat artikel 6, lid 3 Hrl hier *niet* aan in de weg staat. Het Hof deelt deze mening. Op zich verbaast mij dat - vanuit het doel van de Hrl bekeken - niet.⁵ Gelet op de letter van artikel 6, lid 3 Hrl had het Hof echter ook anders kunnen oordelen. Ingevolge artikel 6, lid 3 Hrl moet immers voor *elk* plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied een passende beoordeling worden opgesteld.⁶ Het standpunt van het Hof komt me evenwel juist voor. Het Hof verwijst in dit verband nog naar de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott (hierna: de A-G). Zij pleit juist vóór een integrale effectbeoordeling op programmaniveau, omdat een dergelijke

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

² HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest).

³ 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). 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 Uit de rechtsoverwegingen 133 tot en met 137 van het arrest volgt - kort en goed - dat artikel 2.4 Wet natuurbescherming een correcte implementatie is van artikel 6, lid 2 Hrl. Gelet op de beperkte ruimte blijven deze overwegingen hierna verder onbesproken. Ik volsta met te verwijzen naar hetgeen ik hierover heb opgemerkt in: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel I); TBR 2017/93, p. 735-736 en 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.

⁵ Zie in dit verband ook: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel I); TBR 2017/93, p. 590.

⁶ Zie in dit verband ook de in de AB verschenen noot van Backes bij het PAS-arrest.

beoordeling beter geschikt is om te kijken naar de cumulatieve gevolgen van meerdere projecten.⁷

Het Hof benadrukt echter dat dit alles *niet* betekent dat het PAS noodzakelijkerwijs voldoet aan alle eisen die uit artikel 6, lid 3 Hrl voortvloeien. Wat volgt is een samenvatting van de strikte jurisprudentie ter zake van het Hof. Kort en goed: een passende beoordeling mag geen leemten vertonen en moet volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevatten, die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van plannen of projecten voor de Natura 2000-gebieden wegnemen. De Afdeling dient volgens het Hof over te gaan tot een *grondige en volledige toetsing* van de wetenschappelijke deugdelijkheid van de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt.⁸ Hierbij gaat het concreet om de vraag of is verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van de verschillende Natura 2000-gebieden *niet* worden aangetast. In het verlengde hiervan benadrukt het Hof dat de mogelijkheden om een vergunning te verlenen voor activiteiten met mogelijk negatieve gevolgen voor Natura 2000-gebieden noodzakelijkerwijs gering zijn, wanneer de staat van instandhouding van een natuurlijke habitat ongunstig is.⁹

De laatste overweging trekt de aandacht. Vooral omdat de woordkeuze van het Hof op dit punt afwijkt van de woordkeuze van de A-G. De A-G heeft zich namelijk - samengevat - op het standpunt gesteld dat op zijn minst moet worden voldaan aan de kritische depositiewaarden (hierna, in enkelvoud: KDW), alvorens nieuwe toestemmingen kunnen worden verleend voor activiteiten die leiden tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden.¹⁰ Het Hof neemt de term KDW echter niet in zijn mond. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat de Hrl deze term niet bevat. De Hrl bevat daarentegen wél een omschrijving van een gunstige staat van instandhouding. Beide termen zijn geen synoniemen. Anders gezegd: als op een bepaalde locatie sprake is van een overschrijding van de KDW betekent dat niet direct dat op die plaats de staat van instandhouding ongunstig is en blijft. Verder is het evenmin zo dat iedere toename van stikstofdepositie, in de situatie dat de KDW al overschreden wordt, tot een aantasting van de na-

tuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied leidt. De definitie van KDW luidt immers: *'de grens waarboven het risico (onderstreping: RF) bestaat dat de kwaliteit van het habitat significant wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van atmosferische stikstofdepositie'*.¹¹ Aantekening verdient echter dat de overschrijding van de KDW op veel plaatsen in Nederland aanzienlijk is én - alle PAS-maatregelen ten spijt - blijft.¹² Bovendien doet die aanzienlijke overschrijding zich al decennia lang voor. Zoals de A-G opmerkt is het in een dergelijk geval aannemelijk dat de staat van de habitats al in nadelige zin is gewijzigd en niet zo maar kan worden hersteld/verbeterd. Gelet op dit alles is het ook wel weer begrijpelijk dat Kokott zich op voornoemd standpunt heeft gesteld. Ik acht het echter niet bij voorbaat uitgesloten dat kan worden onderbouwd dat de natuurlijke kenmerken van de verschillende Natura 2000-gebieden niet worden aangetast, ook als nieuwe toestemmingen worden verleend voor depositietoenames, ofschoon de KDW al decennia lang wordt overschreden en dat ook de komende jaren veelal het geval blijft. Naar ik aanneem zal de passende beoordeling op dit punt - vooral ook gelet op hetgeen in paragraaf 4 aan bod komt - nog wel moeten worden aangevuld.

3. Is het hanteren van drempel- en grenswaarden toelaatbaar?

Een vraag die onlosmakelijk samenhangt met het bovenstaande, is of activiteiten kunnen worden vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, lid 2 Wet natuurbescherming (hierna: Wnb), omdat voor het PAS een passende beoordeling is opgesteld. Zoals bekend zijn activiteiten die minder dan 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar veroorzaken sinds de inwerkingtreding van het PAS vrijgesteld van de vergunningplicht. Datzelfde geldt in beginsel voor activiteiten die minder dan 1 mol stikstofdepositie per hectare per jaar veroorzaken.¹³ Als een activiteit echter meer dan 0,05 mol stikstofdepositie per hectare per jaar veroorzaakt in een Natura 2000-gebied waarvan de zogenoemde grenswaarde is verlaagd van 1 mol naar 0,05 mol, dan is die activiteit wél vergunningplichtig.

Het goede nieuws is dat het Hof ook voornoemde vraag in beginsel bevestigend beantwoordt.

⁷ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 94-97.

⁸ Aantekening verdient dat in het kader van het PAS enerzijds een geriepe passende beoordeling is opgesteld en anderzijds een passende beoordeling per PAS-gebied (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.

⁹ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 97-103.

¹⁰ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 56-66. Zie in dit verband ook: 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. 806-807.

¹¹ 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.

¹² Verwezen zij naar Kaart 8.1 van het PAS, waaruit volgt dat in 2030 nog steeds op 19% van de hexagonalen sprake is van een depositie die 70-350 mol boven de KDW zit, op 20% van de hexagonalen sprake is van een depositie die 350-700 mol boven de KDW zit en op 8% sprake is van een depositie die maar liefst meer dan 700 mol boven de KDW zit. Zie: Rijksverheid, *Programma Aanpak Stikstof 2015-2021; zoals gewijzigd na partiële herziening op 18 december 2017*, Den Haag: Rijksverheid 2017, p. 68.

¹³ Voor sommige activiteiten geldt op grond van artikel 2.7 Regeling natuurbescherming wel een meldingsplicht.

Daar maakt het echter wel hetzelfde voorbehoud bij als bij het antwoord dat in bovenstaande paragraaf centraal staat: voornoemde uitzonderingen op de vergunningplicht zijn slechts toegestaan wanneer de Afdeling ervan overtuigd is dat de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt voldoet aan de eisen die artikel 6, lid 3 Hrl daaraan stelt. Dat zal moeten blijken uit de grondige en volledige toetsing van de wetenschappelijke deugdelijkheid van de passende beoordeling die de Afdeling sowieso moet verrichten (zie paragraaf 2). Hierbij moet met name worden nagegaan of zelfs onder de waarden van 1 en 0,05 mol er geen gevaar is dat de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden worden aangetast, aldus het Hof.¹⁴

Ook in dit verband valt het op dat het Hof anders redeneert dan de A-G. In haar Conclusie overweegt Kokott namelijk 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. Een passende beoordeling is echter alleen niet nodig, wanneer op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat een plan of project, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen heeft voor Natura 2000-gebieden.¹⁵ Dat zou betekenen dat de vrijstelling van de vergunningplicht van alle activiteiten die minder stikstofdepositie veroorzaken dan 0,05 respectievelijk 1 mol per hectare per jaar hoe dan ook in strijd zou zijn met artikel 6, lid 3 Hrl. Die vrijstelling is immers gestoeld op de passende beoordeling die voor het PAS is opgesteld. Dus dan zou zelfs als de Afdeling tot het oordeel komt dat voornoemde passende beoordeling voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld, een vrijstelling van de vergunningplicht niet zijn toegestaan. Zo ver gaat het Hof dus niet. Daar ben ik het volledig mee eens.

4. In hoeverre mag rekening worden gehouden met toekomstige positieve effecten?

Tot zover zijn de tekenen best positief. Het Hof drukt de Afdeling weliswaar op het hart dat zij de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt grondig onder de loep neemt, maar dat is niet meer dan logisch. Een cruciale vraag in dit verband is echter in hoeverre in het kader van de passende beoordeling rekening mag worden gehouden met de positieve effecten van verschillende soorten maatregelen en ontwikkelingen (hierna

korthedshalve: maatregelen). Hierbij gaat het concreet om de vraag of met dergelijke maatregelen enkel rekening mag worden als deze zijn getroffen én resultaat hebben gehad op het moment dat de passende beoordeling wordt opgesteld.

Het Hof lijkt deze vraag direct van een duidelijk antwoord te voorzien. Zo overweegt het Hof dat moet worden vastgesteld dat het in strijd met de nuttige werking van artikel 6, leden 1 en 2 Hrl zou zijn dat naar het effect van maatregelen die krachtens die bepalingen nodig zijn, kan worden verwezen om, *voordat die maatregelen daadwerkelijk worden uitgevoerd*, op grond van artikel 6, lid 3 Hrl een vergunning te verlenen voor een plan of project dat gevolgen heeft voor een Natura 2000-gebied. Hieruit maak ik op dat een instandhoudings-/passende maatregel gerealiseerd *moet* zijn, wil men met de positieve effecten hiervan rekening kunnen houden in het kader van een passende beoordeling. In de volgende rechtsoverweging voegt het Hof hier nog aan toe dat naar het positieve effect van maatregelen, die krachtens artikel 6, leden 1 en 2 Hrl nodig zijn, ook niet kan worden verwezen om op grond van artikel 6, lid 3 Hrl een vergunning te verlenen voor projecten die nadelige gevolgen hebben voor Natura 2000-gebieden.¹⁶ Dit is cryptisch, maar naar ik aanneem bedoelt het Hof dat in het kader van een passende beoordeling *niet* kan worden verwezen naar de positieve effecten van autonome instandhoudings- en passende maatregelen. Dat wil zeggen maatregelen die los van het PAS al getroffen (moeten) worden om te voldoen aan het bepaalde in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl. Dat zou betekenen dat enkel rekening kan worden gehouden met de positieve effecten van maatregelen die ten behoeve van het PAS extra worden uitgevoerd. Een voorbeeld: als een bepaald habitatype hoe dan ook twee keer per jaar moet worden gemaaid, maar het ook drie keer per jaar maaien aankan, dan zouden enkel de positieve effecten van die derde keer maaien mogen worden betrokken.

Vervolgens verlegt het Hof zijn aandacht naar 'mitigerende maatregelen'.¹⁷ In dit verband benadrukt het Hof dat het vaste rechtspraak is dat alleen wanneer er voldoende zekerheid is dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen aan het voorkomen van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied én de garantie behelst dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het in het geding zijnde plan of project de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet zal aantasten, een dergelijke maatregel in aanmerking kan worden

¹⁴ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 110-111.

¹⁵ Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, punt 102-104. Zie hierover ook: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS. Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 810.

¹⁶ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 122-124.

¹⁷ In plaats van 'mitigerende maatregelen' wordt in het arrest gesproken over 'beschermingsmaatregelen'. Ik gebruik hierna echter consequent de term mitigerende maatregelen.

genomen bij de passende beoordeling.¹⁸ Hieruit maak ik op dat het Hof in het geval van een mitigerende maatregel - anders dan in het geval van een instandhoudings- of passende maatregel - niet direct eist dat die maatregel gerealiseerd moet zijn op het moment dat de passende beoordeling wordt opgesteld (zie ook hierna).

Dan zoomt het Hof in op de maatregelen die in het kader van het PAS worden getroffen. Hierbij merkt het Hof op dat een deel van de PAS-maatregelen nog niet zijn getroffen of nog geen resultaat hebben gehad, *zodat de effecten ervan nog niet vaststaan*.¹⁹ Dat is duidelijk, zou je denken, maar het Hof gaat nog even door met redeneren. Dit omdat de Afdeling ook heeft gevraagd of het nog uitmaakt dat is voorzien in een jaarlijkse monitoring van zowel de depositieontwikkeling als de voortgang van de uitvoering en het resultaat van de maatregelen, waarbij zo nodig bijsturing plaatsvindt. Naar aanleiding hiervan merkt het Hof op dat de toekomstige voordelen van dergelijke maatregelen niet mogen worden betrokken in de passende beoordeling als die voordelen niet vaststaan, *met name omdat nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht of omdat het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat zij met zekerheid in kaart worden gebracht of gekwantificeerd*.²⁰

Hier lijkt het Hof nogmaals te zeggen dat mitigerende maatregelen niet in alle gevallen gerealiseerd moeten zijn én resultaat moeten hebben gehad, om met de positieve effecten hiervan rekening te kunnen houden in een passende beoordeling. De twee criteria die volgen op 'met name' zouden immers kunnen worden geïnterpreteerd als: 'als op papier staat welke maatregelen waar en wanneer worden getroffen en de positieve effecten hiervan wetenschappelijk zeker zijn, dan is het goed'. Wat me echter opvalt, is dat de Nederlandse vertaling van rechtsoverweging 130 aanzienlijk afwijkt van andere taalversies. In andere versies wordt namelijk gesproken over 'nog niet uitgevoerd' in plaats van 'nog niet uitgewerkt'. Zo luidt de Engelse versie: '*inter alia because the procedures needed to accomplish them (the future benefits; RF) have not yet been carried out (...)*'. De Franse versie sluit hierop aan: '*notamment parce que les modalités devant les (les bénéfices futur; RF) concrétiser n'ont pas été encore accomplies (...)*'. Evenzo de Duitse versie: '*insbesondere weil die Modalitäten zur Konkretisierung der Vorteile noch nicht vollzogen worden sind (...)*'.

¹⁸ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 125-126.

¹⁹ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 127-128.

²⁰ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 129-130.

Kortom: net als in eerdere jurisprudentie noemt het Hof in die taalversies het nog niet uitgevoerd zijn van een maatregel als een belangrijke reden waarom de toekomstige positieve effecten daarvan niet vaststaan en dus buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het Hof houdt echter een slag om de arm. Het spreekt immers over 'nog niet uitgevoerd' of 'niet wetenschappelijk zeker'. Daarmee lijkt het Hof zijn eerdere jurisprudentie, in het bijzonder de arresten *Orleans e.a.* en *Grace en Sweetman*, te nuanceren.²¹ Uit laatstgenoemd arrest maak ik namelijk op dat het enkele feit dat een maatregel nog niet gerealiseerd is op het moment dat een passende beoordeling wordt opgesteld, voor het Hof voldoende is om te concluderen dat de positieve effecten van die maatregel niet vaststaan.²² Dat lees ik ook in de eerdere rechtsoverwegingen van onderhavig arrest (zie hiervoor). Maar in rechtsoverweging 130 zet het Hof de deur dus weer op een kier. De positieve effecten van een maatregel moeten hoe dan ook vaststaan (wetenschappelijk zeker zijn) op het moment dat de passende beoordeling wordt opgesteld, maar deze effecten hoeven niet in alle gevallen op dat moment ook gerealiseerd te zijn. Voor zover een maatregel 'technisch bewezen is' kan ik daarmee instemmen. Voor zover een maatregel afhankelijk is van de 'reactie van een diersoort en/of het natuurlijk systeem' niet.²³

Om het geheel nog wat ingewikkelder te maken noemt het Hof in de samenvattende rechtsoverweging 132 alle maatregelen in één adem en stelt daarbij als voorwaarde dat de verwachte voordelen van die verschillende maatregelen moeten vaststaan tijdens de passende beoordeling. Deze overweging

²¹ HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans e.a.*) en HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace en Sweetman*). Zie met betrekking tot eerstgenoemd arrest: R.H.W. Frins, 'Het arrest *Orleans e.a.*: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR* 2016/147. Zie met betrekking tot laatstgenoemd arrest: R.H.W. Frins, 'Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018', *TBR* 2018/169, i.h.b. p. 1102-1104.

²² Zo overweegt het Hof: '(...) 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 voortvloeiende toekomstige voordelen die, op het moment van de beoordeling, louter potentieel zijn aangezien deze maatregelen nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. 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 (onderstreping: RF). Volgen Kaajan kan uit de laatste zin van voorgaande rechtsoverweging worden afgeleid dat als zekerheid omtrent de effectiviteit van een voorgenomen maatregel bestaat, ook al toestemming kan worden verleend voor het voorgenomen plan als deze maatregel nog niet uitgevoerd is. Zie: *Me en R* 2018/105. Dat zie ik toch anders. Zoals in de hoofdtekst opgemerkt leid ik uit deze rechtsoverweging af dat het Hof ervan uitgaat dat een nog niet gerealiseerde maatregel per definitie wetenschappelijk onzeker is. Wat er nog te controleren valt door de verwijzende rechter is mij dan ook onduidelijk.

²³ Zie in dit verband de in voetnoot 20 genoemde publicaties.

leidt tot nog meer verwarring, omdat het Hof met betrekking tot instandhoudings- en passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl mijns inziens duidelijk als voorwaarde stelt dat de maatregel in kwestie uitgevoerd *moet* zijn (zie hiervoor).

De hamvraag is natuurlijk hoe de Afdeling hiermee omgaat. In haar algemene verwijzingsuitspraak heeft de Afdeling de verschillende maatregelen als volgt gecategoriseerd:

1. de bronmaatregelen en de autonome herstelmaatregelen kwalificeert zij als instandhoudings- en passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl;
2. de autonome daling van de stikstofdepositie ziet zij als een feitelijke ontwikkeling;
3. de PAS-herstelmaatregelen moeten volgens haar als ‘mitigerende maatregelen’ worden geïdentificeerd.²⁴

Het Hof heeft zich niet expliciet uitgelaten over de vraag of deze categorisering juist is. Hierna ga ik er echter vanuit dat de Afdeling bij haar categorisering blijft en eveneens uit het arrest opmaakt dat geen rekening mag worden gehouden met maatregelen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2 Hrl. In dat geval moeten de autonome herstelmaatregelen hoe dan ook buiten beschouwing worden gelaten. Dat wil zeggen als deze niet vaker dan eerder voorzien worden uitgevoerd ten behoeve van het PAS (daar ga ik vanuit). Is echter wél sprake van ‘aanvullende maatregelen’, dan mag met de positieve effecten van deze maatregelen wél rekening worden gehouden, mits deze maatregelen reeds gerealiseerd zijn en - gelet op rechtsoverweging 132 - de positieve effecten daarvan vaststaan. Dat laatste geldt ook voor de bronmaatregelen. Die zijn mijns inziens in ieder geval aanvullend. Hierbij dringt zich de vraag op wat het relevante referentiemoment is. In mijn artikel over de Conclusie van de A-G merkte ik op dat het PAS een plan is als bedoeld in artikel 6, lid 3 Hrl en dat zou betekenen dat de maatregelen in kwestie gerealiseerd hadden moeten zijn op het moment dat de passende beoordeling voor het PAS werd opgesteld. Dat wil zeggen vóór 1 juli 2015. In rechtsoverweging 123 spreekt het Hof echter - net zoals de A-G - over het verlenen van een vergunning voor een plan of project. Dat suggereert dat er ruimte is om per geval te beoordelen of aan de criteria van het Hof wordt voldaan. Dus dan zou op het moment dat toestemming wordt verleend voor een project moeten kunnen worden vastgesteld of de autonome herstelmaatregel/bronmaatregel waar een beroep op wordt gedaan, is gerealiseerd en de positieve effecten daarvan vaststaan. In theorie moet dat mogelijk zijn, praktisch gezien zullen daar nog wel wat haken en ogen aan vastzitten.

²⁴ Zie hierover nader: R.H.W. Frins, ‘PAS op de plaats...en nu? (Deel I)’, TBR 2017/93, p. 590-593.

Wat de positieve effecten van de PAS-herstelmaatregelen betreft: zoals hierboven uiteengezet lijkt uit het arrest te volgen dat deze niet in alle gevallen gerealiseerd hoeven te zijn op het moment van de passende beoordeling. Deze positieve effecten moeten op dat tijdstip echter hoe dan ook vaststaan. In dit verband valt het op dat het Hof in rechtsoverweging 128 opmerkt dat de effecten van de herstelmaatregelen nog niet vaststaan als deze nog niet zijn gerealiseerd of nog geen resultaat hebben gehad. Opmerkelijk is dat het Hof hierbij *niet* - zoals normaal te doen gebruikelijk is - overweegt dat het aan de nationale rechter is om hier een definitief oordeel over te vellen. Verderop zet het Hof de deur echter op een kier (zie hiervoor). Wat hiervan ook zij, buiten kijf staat dat niet alle herstelmaatregelen wetenschappelijk zeker zijn. Zo wees ik er reeds eerder op dat een aantal herstelmaatregelen niet de kwalificatie ‘Bewezen’ heeft, maar de kwalificatie ‘Hypothese’ of ‘Vuistregel’.²⁵ Me dunkt dat de positieve effecten van deze maatregelen hoe dan ook buiten beschouwing moeten worden gelaten.²⁶ Maar wellicht dat dat ook geldt voor (een deel van) de ‘Bewezen maatregelen’. Feit is immers dat uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat de lat met betrekking tot het wetenschappelijk zeker zijn van toekomstige positieve effecten, torenhoog ligt.²⁷ De Afdeling zal moeten beoordelen in welke gevallen die lat wordt gehaald en in welke gevallen niet. Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor de autonome daling van de stikstofdepositie.

Gelet op dit alles kan worden geconcludeerd dat in ieder geval een deel van de toekomstige positieve effecten waar in het kader van de passende beoordeling rekening mee is gehouden, buiten beschouwing had moeten worden gelaten. Het zal voor de PAS-bestuursorganen en de Afdeling mijns inziens bepaald geen sinecure zijn om te bepalen met welke positieve effecten wél rekening had mogen worden gehouden en met welke niet. Daar komt de hiervoor opgeworpen vraag met betrekking tot het relevante referentiemoment nog bovenop. In dit verband kan nog worden gewezen op de Tussenevaluatie PAS. Hieruit volgt dat voor de start van het PAS circa 3,5% van de in totaal 1977 herstelmaatregelen gereed was. Op 31 maart 2018 varieerde het aantal gereed gekomen herstelmaatregelen van 8% voor de complexe inrichtingsmaatregelen tot circa 30% voor de meer eenvoudige maatregelen.²⁸

²⁵ Zie: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 175-177 en de aldaar aangehaalde literatuur.

²⁶ Zie in dit verband ook het advies van de Commissie voor de milieueffectrapportage over het PAS: Commissie voor de milieueffectrapportage, *Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Toetsingsadvies over het milieueffectrapport en de aanvulling daarop*, Utrecht: Commissie voor de milieueffectrapportage 2015, p. 8.

²⁷ Zie in dit verband onder meer de in voetnoot 20 genoemde publicaties.

²⁸ Bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 32.670, 140, p. 22 en 30.

Kortom: het merendeel van de herstelmaatregelen moet nog worden uitgevoerd.

5. Kwalificeren de activiteiten bemesten en beweiden als een 'project'?

In het voorgaande stond de vraag centraal of het PAS als systeem verenigbaar is met de Hrl. Hierna gaat het specifiek over de activiteiten bemesten en beweiden. Deze activiteiten onderscheiden zich van andere activiteiten, omdat deze per definitie zijn vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, lid 2 Wnb. Ongeacht hoeveel stikstofdepositie de activiteit in kwestie veroorzaakt.

Ik begin met het antwoord dat het Hof formuleert naar aanleiding van de prejudiciële vraag of bemesten en beweiden kunnen worden aangemerkt als een project in de zin van artikel 6, lid 3 Hrl. Hierbij gaat het in de kern om de vraag of ook een activiteit, die *niet* gepaard gaat met een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap en derhalve niet voldoet aan de definitie van 'project' als bedoeld in artikel 1, lid 2 MER-richtlijn, als een 'project' in de zin van artikel 6, lid 3 Hrl kan worden aangemerkt. De Afdeling heeft deze vraag tot nu toe altijd ontkennend beantwoord. Zo heeft zij onder meer het uitvoeren van gemotoriseerde strandexcursies op het Noordzeestrand van Terschelling en het laagvliegen met militaire helikopters boven en nabij Natura 2000-gebieden niet als een 'project', maar als een 'andere handeling' aangemerkt.²⁹ Het gevolg hiervan is dat artikel 6, lid 3 Hrl dan niet van toepassing is. Voor deze activiteiten hoeft dan géén passende beoordeling te worden opgesteld noch hoeven de gevolgen van deze activiteiten te worden beoordeeld in combinatie met andere plannen of projecten (cumulatie).

Op deze jurisprudentie is in de literatuur kritiek geuit. De strekking van deze kritiek is dat uit eerdere jurisprudentie van het Hof weliswaar volgt dat de definitie van het begrip 'project' in artikel 1, lid 2 MER-richtlijn relevant is voor de interpretatie van het begrip 'project' in artikel 6, lid 3 Hrl, maar dat de doelstelling van de Hrl lijkt te pleiten voor een ruimere interpretatie dan uitsluitend een overname van voornoemde definitie uit de MER-richtlijn.³⁰ Dat is ook de strekking van het antwoord van het Hof op voornoemde prejudiciële vraag. Zo benadrukt het Hof dat in de MER-richtlijn voorwaarden worden verbonden aan het begrip 'project', terwijl artikel 6, lid 3 Hrl deze eisen *niet* bevat. De definitie van het begrip 'project' in de MER-richtlijn

is dan ook enger dan de uit de Hrl voortvloeiende invulling van dat begrip. Een project als bedoeld in de MER-richtlijn kan dus wel een project in de zin van de Hrl zijn, maar het enkele feit dat een activiteit niet voldoet aan de definitie van 'project' uit de MER-richtlijn, betekent *niet* dat die activiteit dan ook niet onder het begrip 'project' als bedoeld in de Hrl kan vallen, aldus het Hof.³¹

Uit het arrest maak ik op dat in het kader van artikel 6, lid 3 Hrl bepalend is of een activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Is dat het geval, dan is sprake van een 'project'. Het is aan de Afdeling om dit te beoordelen. In casu gaat het enkel om in de provincies Gelderland en Limburg plaatsvindende bemesting en beweiding, maar dat zal gelet op het landelijke karakter van de vrijstelling van de vergunningplicht ook voor de andere provincies moeten gebeuren.³² Ik kan me niet anders voorstellen dan dat in ieder geval een deel van de in Nederland plaatsvindende bemesting en beweiding als 'projecten' moet worden aangemerkt.³³ Een en ander is uiteraard afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de hoogte van de depositie, de afstand tot voor stikstof gevoelige habitats en de bestaande situatie ter plaatse. Aannemelijk is dat in dit verband duizenden gevallen onder de loep moeten worden genomen.

Het Hof merkt tot slot nog op dat, zoals ook de HA-G heeft aangegeven in haar Conclusie,³⁴ niet kan worden uitgesloten dat bemesten en beweiden in elk geval onder het begrip 'project' in de zin van de MER-richtlijn vallen. Dit dient de Afdeling na te gaan, aldus het Hof.³⁵ Hoewel het op zich interessant kan zijn om te weten of bemesten en beweiden als een dergelijk project kunnen worden aangemerkt en zo ja, in welke gevallen, is het nut van deze exercitie mijns inziens beperkt. In rechtsoverweging 65 stelt het Hof weliswaar dat een activiteit die onder de MER-richtlijn valt '*a fortiori*' onder de Hrl valt, maar een rechtsoverweging later staat weer dat een project in de zin van de MER-richtlijn een project in de zin van de Hrl *kan zijn*. Hier leid ik uit

³¹ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 64-66.

³² HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 67-70.

³³ In haar verwijzingsuitspraak over bemesten en beweiden heeft de Afdeling zich op het standpunt gesteld dat beweiding sowieso als een 'project' moet worden aangemerkt. Althans, als de oprichting, uitbreiding of exploitatie van de veehouderij waar de beweiding onlosmakelijk mee samenhangt, ook als een 'project' moet worden aangemerkt. Daarnaast heeft de Afdeling zich in voornoemde uitspraak op het standpunt gesteld dat ook het brengen van mest *in* de grond als een 'project' moet worden aangemerkt. Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel II), TBR 2017/112, i.h.b. p. 730-732.

³⁴ Zie over deze Conclusie nader: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokkott', TBR 2018/119.

³⁵ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 71-72.

²⁹ Zie: ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7293 (Gemotoriseerde strandexcursies Terschelling) en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3380 (Helikoptervluchten boven Natura 2000-gebied).

³⁰ Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats... en nu?' (Deel II), TBR 2017/112, p. 727-732 en de aldaar aangehaalde literatuur.

af dat zelfs als de Afdeling tot de conclusie komt dat bemesten en beweiden als een project in de zin van de MER-richtlijn moeten worden aangemerkt, dat dan nog steeds moet worden beoordeeld of bemesten en beweiden significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Alleen als dat zo is, moeten bemesten en beweiden als een project in de zin van de Hrl worden aangemerkt. Dat is mijns inziens de crux.

Ik kan me overigens vinden in dit oordeel van het Hof. Vorig jaar wees ik er reeds op dat het door de Afdeling gehanteerde criterium, dat sprake moet zijn van een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap, tot een kunstmatig onderscheid tussen 'projecten' en 'andere handelingen' leidt.³⁶ Op basis van dit criterium kwam de Afdeling in haar verwijzingsuitspraak over bemesten en beweiden tot het voorlopig oordeel dat het brengen van meststoffen *in* de bodem wél als een 'project' moet worden aangemerkt, maar het brengen van meststoffen *op* de bodem *niet*. Terwijl de Afdeling in die uitspraak nota bene overweegt dat vaststaat dat zowel het *in* als *op* de bodem brengen van meststoffen significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.³⁷ Wat hiervan ook zij, dit arrest lijkt het einde te betekenen voor het begrip 'andere handeling'.

6. Wanneer is sprake van één project?

De volgende vraag waar het Hof zich over buigt, is onder welke omstandigheden kan worden gesproken van één en hetzelfde project. Deze vraag is relevant, omdat geen (nieuwe) passende beoordeling hoeft te worden opgesteld, indien voor een project toestemming is verleend vóórdat artikel 6, lid 3 Hrl hierop van toepassing werd én het betreffende project kan worden beschouwd als één enkele verrichting. Dit volgt reeds uit het arrest *Stadt Papenburg*.³⁸ In onderhavig arrest verduidelijkt het Hof wanneer sprake is van één enkele verrichting. Volgens het Hof kenmerkt één enkele verrichting zich door een gemeenschappelijk doel, continuïteit én volledige overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder de activiteit wordt uitgevoerd.³⁹ Hierbij wijst het Hof er - in navolging van de A-G - op dat het periodiek bemesten van agrarische gronden in de regel één gemeenschappelijk doel heeft: het verbouwen van gewassen in het kader van een agrarisch bedrijf.⁴⁰ Naar ik aanneem is het voor wat

het gemeenschappelijk doel betreft irrelevant welk gewas wordt verbouwd. Het type gewas dat wordt verbouwd kan echter wel relevant zijn voor de vraag of aan de andere twee criteria wordt voldaan. Zo kan een ander gewas gepaard gaan met vaker of juist minder vaak bemesten, andere bemestingsperiodes, alsmede een andere wijze van bemesten. Is sprake van een wijziging van de frequentie of de wijze van bemesting, dan wel van een wijziging van de percelen die worden bemest, dan is géén sprake van één enkele verrichting.

Gelet op het voorgaande zou de bemesting anno Gnu moeten worden vergeleken met de bemesting zoals die plaatsvond ten tijde van het van toepassing worden van artikel 6, lid 3 Hrl. Dat betekent dat in veel gevallen zou moeten teruggekeken naar 2000/2004. In de meeste gevallen is het bepaalde in artikel 6, lid 3 Hrl immers vanaf die data van toepassing. Dit omdat het merendeel van de Vogelrichtlijngebieden op 24 maart 2000 is aangewezen en de Habitatrichtlijngebieden op 7 december 2004 door de Europese Commissie op de lijst van gebieden van communautair belang zijn geplaatst. Gelet hierop, alsmede op het feit dat de bemestingstechnieken en de voorschriften ter zake door de jaren zijn veranderd, is het aannemelijk dat in heel veel gevallen géén sprake is van één enkele verrichting. Dit betekent echter *niet* dat voor al die gevallen een (nieuwe) passende beoordeling moet worden opgesteld. Een (nieuwe) passende beoordeling hoeft namelijk enkel te worden opgesteld, als significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied niet bij voorbaat kunnen worden uitgesloten. Daarvan kan sprake zijn als thans vaker wordt bemest of op een wijze die meer stikstofemissie en -depositie tot het gevolg heeft, alsook als de bemesting dichterbij het betreffende Natura 2000-gebied plaatsvindt. Dit zou dan dus per geval moeten worden bepaald. Het Hof merkt immers op dat het irrelevant is dat de stikstofdepositie die het gevolg is van bemesten over het geheel genomen niet is toegenomen.⁴¹

Ik denk echter dat deze actie kan worden omzeild door te kiezen voor dezelfde insteek als dat is toegepast in het kader van andere activiteiten. Dat wil zeggen dat de mogelijke gevolgen van de bemestingen die plaatsvonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van het PAS worden beoordeeld. Maar dan zouden ook de gevolgen van mogelijke wijzigingen van die situatie moeten worden beoordeeld. Ook die toekomstige gevolgen moeten worden doorgerekend. *Worst-case* en per geval afzonderlijk (zie ook paragraaf 7). Het lastige hierbij is dat - zoals hiervoor opgemerkt - bemesting per definitie is vrijgesteld van de vergunningplicht, ongeacht hoeveel stikstofdepositie wordt veroorzaakt. Kortom: er is geen slot op de deur. Gelet hierop dringt zich

³⁶ Zie: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 732.

³⁷ Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260, r.o. 8.18.

³⁸ HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10 (Stadt Papenburg).

³⁹ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 86.

⁴⁰ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 79.

⁴¹ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 84.

de vraag op wat in dit verband een reële aanname is? Bijvoorbeeld per bemesting een toename van maximaal 2 mol stikstofdepositie per hectare per jaar? Maar hoe zeker weet je dan dat in geen enkel geval meer dan die 2 mol extra wordt veroorzaakt? Zoals in paragraaf 5 opgemerkt is het aannemelijk dat duizenden gevallen onder de loep moeten worden genomen. Gelet hierop zal het bepaald geen sinecure zijn om dit juridisch houdbaar te onderbouwen. Voor zover dat überhaupt haalbaar is.

Het Hof wijst er tot slot nog op dat het feit dat een bepaald project niet onder artikel 6, lid 3 Hrl valt, onverlet laat dat het project in kwestie onder artikel 6, lid 2 Hrl valt. Van schending van dit artikel kan reeds sprake zijn als het waarschijnlijk is dat een activiteit zal resulteren in significante gevolgen voor de doelstellingen van de Hrl, dan wel het risico bestaat dat dit het geval zal zijn, aldus het Hof.⁴² Gelet op het arrest *Grüne Liga Sachsen e.a.* betekent dit mijns inziens dat alle bemestingen die mogelijk significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden, moeten worden beoordeeld. Dat gaat dan weliswaar via de band van artikel 6, lid 2 Hrl, maar een dergelijke beoordeling moet in principe aan dezelfde eisen voldoen als een 'normale' passende beoordeling.⁴³ Ik volsta op deze plek met te verwijzen naar bovenstaande alinea.

7. Onder welke voorwaarden kunnen de activiteiten bemesten en beweiden worden vrijgesteld van de vergunningplicht?

Een andere vraag die direct verband houdt met het bovenstaande, is of de categorale vrijstelling van de vergunningplicht van de activiteiten bemesten en beweiden, verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl. Het antwoord dat het Hof hierop formuleert is in lijn met het antwoord dat in paragraaf 3 is besproken. Dat wil zeggen dat als de Afdeling tot het oordeel komt dat bemesten en beweiden moeten worden aangemerkt als 'project' (zie paragraaf 5), dat zij dan moet beoordelen of het wetenschappelijk zeker is dat bemesten en beweiden nooit en te nimmer tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden zullen leiden. Hierbij wringt dat in het kader van bemesten en beweiden is uitgegaan van gemiddelde waarden. Een gemiddelde waarde kan echter in beginsel niet garanderen dat de activiteiten bemesten en beweiden voor geen enkel Natura 2000-gebied significante gevolgen zullen hebben, aldus het Hof. Dit omdat dergelijke gevolgen met name lijken af te hangen van de omvang en mogelijke intensiteit van die activiteiten, de eventuele omstandigheid dat de plaats waar de activiteiten worden verricht zich in

de nabijheid van het betrokken Natura 2000-gebied bevindt, en bijzondere omstandigheden waardoor dat gebied zich mogelijk kenmerkt, bijvoorbeeld de omstandigheid dat sprake is van de combinatie met andere stikstofbronnen.⁴⁴

Hiervoor schreef ik dat bovenstaand antwoord in lijn is met het antwoord dat ik in paragraaf 3 besprak. Wat echter opvalt, is dat laatstgenoemd antwoord positiever is geformuleerd dan bovenstaand antwoord. Het Hof overweegt namelijk dat artikel 6, lid 3 Hrl *niet* in de weg staat aan het werken met drempel- en grenswaarden, *mits* de gevolgen hiervan passend zijn beoordeeld. Ten aanzien van de categorale vrijstelling van de activiteiten bemesten en beweiden overweegt het Hof echter dat artikel 6, lid 3 Hrl in de weg *staat* aan een dergelijke vrijstelling, *tenzij* op grond van objectieve omstandigheden significante gevolgen met zekerheid kunnen worden uitgesloten. De strekking van beide antwoorden is mijns inziens gelijk, maar het verschil in woordkeuze vind ik opmerkelijk. Wijst dit verschil er wellicht op dat het Hof er weinig vertrouwen in heeft dat de mogelijke gevolgen van de activiteiten bemesten en beweiden passend kunnen worden beoordeeld, omdat het - zoals hiervoor meermaals benadrukt - om duizenden gevallen gaat?

8. Résumé en vooruitblik

Resumerend kan worden gesteld dat het PAS-arrest niet alleen maar kommer en kwel betekent voor het PAS. Het Hof overweegt immers onomwonden dat een programmatische aanpak à la het PAS verenigbaar is met artikel 6, lid 3 Hrl. Hiermee staat vast dat activiteiten kunnen worden vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, lid 2 Wnb onder verwijzing naar de passende beoordeling die voor een dergelijk programma is opgesteld. Die vrijstelling kan dan ofwel generiek van toepassing zijn ofwel afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat een bepaalde drempel- of grenswaarde in acht wordt genomen. Evenzo kan voor activiteiten die wél vergunningplichtig zijn een toestemming worden verleend onder verwijzing naar het PAS. Voorwaarde is wel dat de passende beoordeling waar het betreffende programma op is gestoeld, voldoet aan de strikte eisen die daaraan blijktens de jurisprudentie van het Hof worden gesteld. Wat dat betreft bevat het arrest niets nieuws onder de zon. Die strikte eisen volgen reeds uit eerdere jurisprudentie. Nieuw is enkel dat het Hof duidelijk maakt dat een passende beoordeling op programmaniveau aan dezelfde eisen moet voldoen als een passende beoordeling voor een los plan of project. Het gevolg hiervan moet echter niet worden onderschat. Gelet op het landelijke en omvattende karakter van het PAS moeten immers de

⁴² HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 85.

⁴³ Zie: HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:10 (Grüne Liga Sachsen e.a.), GSt. 2016/47, m.nt. Frins.

⁴⁴ HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 115-119.

mogelijke gevolgen voor de Natura 2000-gebieden van héél veel activiteiten cumulatief worden beoordeeld. En moet dus wetenschappelijk zeker zijn dat die enorme bulk aan stikstofemissie en -depositie *nergens* tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden kan leiden. Is dat wel haalbaar?

Verder maakt het arrest duidelijk dat in het kader van een passende beoordeling onder omstandigheden ook rekening kan worden gehouden met de positieve effecten van maatregelen die nog moeten worden gerealiseerd of waarvan de positieve effecten zich nog moeten voordoen. Op het moment dat de passende beoordeling wordt opgesteld moeten deze positieve effecten echter wel vaststaan (wetenschappelijk zeker zijn). Ook wat dat betreft volgt uit eerdere jurisprudentie van het Hof dat de lat hoog ligt. Aannemelijk is dat in ieder geval een deel van de toekomstige positieve effecten waar in het kader van het PAS rekening mee is gehouden, deze hoge lat niet haalt. Het is aan de PAS-bestuursorganen en de Afdeling om te beoordelen hoe groot dit deel is en wat de gevolgen daarvan zijn voor de hoeveelheid depositieruimte die met het PAS zou worden gecreëerd. De hamvraag in dit verband is of er genoeg ruimte is om de negatieve effecten van alle duizenden activiteiten die tot nu toe zijn toegestaan op grond van het PAS, te kunnen ondervangen.

Een ander belangrijk onderdeel van het arrest gaat specifiek over de activiteiten bemesten en beweiden. De twee belangrijkste conclusies die op basis van dit deel kunnen worden getrokken zijn: 1) voor het antwoord op de vraag of een activiteit moet worden aangemerkt als 'project' in de zin van artikel 6, lid 3 Hrl, is bepalend of die activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied; 2) van één enkele verrichting en dus één project is enkel sprake, indien sprake is van een gemeenschappelijk doel, continuïteit én volledige overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder de activiteit in kwestie wordt uitgevoerd. In beginsel moet iedere bemesting en beweiding die in Nederland plaatsvindt aan deze twee criteria worden getoetst. Dat zal gelet op de omvang hiervan bepaald geen sinecure zijn.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt zal uiteindelijk de Afdeling moeten beoordelen of de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt voldoet aan alle eisen die hieraan blijkens het voorgaande worden gesteld. Het arrest leidt ongetwijfeld tot extra huiswerk voor de PAS-bestuursorganen. Extra, omdat zij in het kader van de verwijzingsuitspraken van de Afdeling al behoorlijk wat extra huiswerk opgedragen hebben gekregen.⁴⁵ Blijkens een persbericht hebben de bestuursorganen dit huiswerk op 4 juli jongstleden reeds naar de Afdeling gestuurd.⁴⁶ Dit document is echter niet openbaar. In verscheidene wandelgangen vernam ik dat nog niet het volledige huiswerk is uitgevoerd. Dat zal wel moeten gebeuren vóór 14 februari 2019. Althans, dat is aan te bevelen. Op die dag houdt de Afdeling namelijk een zitting over de uitspraken die tot het PAS-arrest hebben geleid. Gelet hierop verwacht ik dat de Afdeling uiterlijk medio 2019 uitspraak doet. Dat wil zeggen in de pilotzaken die tot onderhavig arrest hebben geleid. Alle andere zaken die zijn aangehouden vanwege de prejudiciële vragen (circa 200 stuks) komen daarna aan bod.

In de tussentijd kan overigens gewoon gebruik blijven worden gemaakt van het PAS, zo berichtte de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit inmiddels aan de Tweede Kamer.⁴⁷ Feit is wel dat het deel van de ontwikkelingsruimte (segment 2) dat eigenlijk voor deze tweede fase van het huidige PAS was gereserveerd - te weten 40% van het totaal - vooralsnog niet wordt uitgedeeld. Dus als een activiteit stikstofdepositie veroorzaakt op een hectare waarvoor inmiddels 60% van de beschikbare ontwikkelingsruimte (segment 2) is uitgedeeld en voor die activiteit ontwikkelingsruimte (segment 2) benodigd is, dan kan geen beroep meer worden gedaan op het PAS. Dan zal anderszins moeten worden onderbouwd dat de toename aan stikstofdepositie die de betreffende activiteit tot gevolg heeft niet tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied leidt. Bijvoorbeeld door middel van een passende beoordeling met daarin mitigerende maatregelen die geen verband houden met het PAS of via een ADC-toets als bedoeld in artikel 6, lid 4 Hrl.⁴⁸ ●

⁴⁵ Zie hierover: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel I)', *TBR* 2017/93, p. 594-596.

⁴⁶ Zie: <https://www.bij12.nl/nieuws/brief-aan-raad-van-state-met-nadere-onderbouwing-pas/>.

⁴⁷ Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 32 670, 141.

⁴⁸ Zie in dit verband: ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding). Zie hierover: R.H.W. Frins, 'Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018', *TBR* 2018/169, p. 1104-1108.