

## De kater na de PAS-uitspraken – hoe verder met de regulering van stikstofemissies?

Chris Backes<sup>1</sup>

### 1. Het PAS-arrest en de PAS-uitspraken

Op 29 mei 2019 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak over enkele besluiten waaraan het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) ten grondslag lag.<sup>2</sup> Zoals bekend leidde de Afdeling uit de antwoorden van het Hof van Justitie op haar vragen<sup>3</sup> en hetgeen partijen daarna nog aan argumenten hadden voorgedragen af dat het PAS niet als grondslag kon dienen voor besluiten over plannen en projecten die Natura 2000-gebieden mogelijk significant kunnen aantasten. Ook de categorale vrijstelling van het beweiden en bemesten kan niet door de beugel. De Afdeling besteedt veel aandacht aan de gevolgen van haar uitspraak,<sup>4</sup> ook buiten de concrete procedures. Hoewel sommigen van opvatting zijn dat dergelijke obiter dicta onbevoegd zijn genomen en achterwege zouden moeten blijven,<sup>5</sup> lijkt mij daar geen hard juridisch verbod voor te vinden, niet in art. 8:69 of art. 8:72 Awb en ook niet in art. 112 Grondwet. Dat de Afdeling haar marge voor niet op het concrete geschil betrekking hebbende opmerkingen hier ruim gebruikt en duidelijk maakt wat de consequenties van de uitspraak buiten de concreet te beslechten geschillen zijn is meer dan goed te rechtvaardigen. Het ging om modelprocedures, de consequenties zijn zeer aanzienlijk en betreffen een belangrijk deel van de Nederlandse economie en ze zijn bovendien niet geheel makkelijk te doorgronden.

Ondanks deze rechterlijke handwijzing en het feit dat de uitspraken zeker niet uit de lucht zijn komen vallen, lijkt de volle betekenis van het wegvallen van het PAS voor velen pas langzaam door te dringen. Het lijkt wel als een kater: hoewel te voorspellen, lijkt men toch een beetje verrast en begrijpt de gevolgen van de vorige avond slechts stukjes bij beetje. Beide hiervoor aangehaalde uitspraken betreffen geschillen over agrarische bedrijven. Het PAS betrof echter alle oorzaken van stikstofdepositie, dus ook bijvoorbeeld de aanleg van wegen, woonwijken en bedrijventerreinen of het verhogen van de capaciteit van een luchthaven. Inmiddels heeft de Afdeling ook in enkele vervolgpcedures een uitspraak gedaan, onder andere over een aantal infrastructuurprojecten en bestemmingsplannen, zoals de verbreding van de A27 of de herontwikkeling van vliegbasis Twente.<sup>6</sup> De minister heeft inmiddels drie brieven over de betekenis en het vervolg op de uitspraak naar de Tweede Kamer gestuurd en heeft een 'Adviescollege Stikstofproblematiek' ingesteld, dat binnen twee maanden moet adviseren over oplossingen op korte termijn en binnen 11 maanden zijn visie voor de lange termijn moet geven.<sup>7</sup> Er zijn overigens ook overheidslichamen die het verdict van de Afdeling niet hebben afgewacht en direct na de uitspraak van het Hof aan een nieuwe feitelijke en juridische onderbouwing van hun besluiten zijn begonnen. Zo heeft de gemeente Veldhoven een bestemmingsplan voor een wegenbouwproject voorzien van een nieuwe redenering op basis van de

---

<sup>1</sup> Chris Backes is als hoogleraar Omgevingsrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL), Utrecht University.

<sup>2</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019, 309 en ECLI:NL:RVS:2019:1604, AB 2019, 308.

<sup>3</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, AB 2018/436.

<sup>4</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, AB 2019/308, para 32.

<sup>5</sup> Zie K. de Groot, Raad van State scheidt in PAS-uitspraak vals beeld, NBJ 2019, p. 1660.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2466 en ECLI:NL:RVS:2019:2470.

<sup>7</sup> Brief van 12 juli 2019, Kamerstukken II 2018/19,32 670, nr. 164. Zie ook brief van de Minister van LNV aan de Tweede Kamer d.d. 27 juni 2019 (kenmerk DGNVLG/19153358) en de brief van de Minister van LNV aan de Tweede Kamer d.d. 11 juni 2019 (kenmerk DGNVLG-NP /19140219).

zogenoemde 'ADC-toets'.<sup>8</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze nieuwe onderbouwing geaccepteerd.<sup>9</sup> In dit geval hebben de PAS-uitspraken, mede dankzij het voortvarende handelen van de gemeente, niet tot vertraging en stilstand geleid. Als de minister een interdisciplinair college benoemt om haar te adviseren hoe om te gaan met de gevolgen van een rechterlijke uitspraak, dan zou ik normaliter het advies afwachten en daarop te reageren, indien nodig. Dat geldt temeer nu de minister, zeer terecht, erop heeft gewezen dat de voorgestelde oplossingen in samenhang moeten worden gezien met en moeten passen bij de andere transitieopgaven en -trajecten, zoals de klimaatakkoorden en het streven naar een circulaire landbouw. Toch ben ik tegemoetgekomen aan het verzoek van de redactie. Daarbij past de nodige bescheidenheid. De oplossingsrichtingen worden immers door veel meer dan juridische overwegingen bepaald.

## 2. Wat is duidelijk, wat nog niet (helemaal)?

Om te kunnen bespreken hoe het nu verder moet is het belangrijk om kort te memoreren wat vast staat en dus als randvoorwaarde voor oplossingen moet worden gezien. Het was niet vanzelfsprekend dat de mogelijkheid om verschillende projecten niet individueel, maar gebundeld en in samenhang aan een passende beoordeling te onderwerpen door het HvJ zou worden erkend. De Habitatrictlijn biedt daar geen expliciete grondslag voor. In navolging van de AG heeft het Hof het instrument van een programmatische aanpak op zich echter aanvaard. Sterker nog, het Hof benadrukt dat een programmatische aanpak bijzonder goed geschikt is om cumulatieve effecten te beoordelen (para. 96/97). De redenen waarom het PAS dan toch sneuvelt zijn, zeer verkort samengevat, de volgende drie.<sup>10</sup> Een systematische fout van het Nederlandse PAS was ten eerste dat daarin bij de beoordeling van de schadelijkheid van additionele deposities ook verwachte positieve gevolgen werden betrokken van maatregelen die nodig zijn om verdere verslechtering te voorkomen (art. 6 (2) Habitatrictlijn, door het Hof 'preventieve' maatregelen genoemd) en van 'instandhoudingsmaatregelen' als bedoeld in art. 6 (1) Habitatrictlijn. Het gaat dan bijvoorbeeld om het verbeteren hydrologische condities of het plaggen en verwijderen van struweel om een deel van het schadelijke stikstof weer uit het gebied te krijgen. Hetzelfde geldt voor autonome maatregelen of ontwikkelingen, bijvoorbeeld een verwachte reductie van de achtergronddepositie van stikstof door vernieuwing van het voertuigpark. De gevolgen van al deze maatregelen mogen niet bij een passende beoordeling worden verrekend met de negatieve gevolgen van projecten zolang dergelijke maatregelen nog nodig zijn om aan de verplichtingen uit art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn te voldoen. Vervult een Natura 2000-gebied wel volledig zijn functie voor het op landelijke schaal in een goede toestand van instandhouding brengen van de betrokken habitats, dan zijn extra maatregelen niet meer nodig in het licht van art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn en kunnen ze wel als 'wisselgeld' worden ingezet voor negatieve gevolgen van projecten. Daarnaast mogen ook mitigerende maatregelen (door het Hof ook beschermingsmaatregelen genoemd) bij een dergelijke beoordeling worden betrokken. Dat zijn maatregelen die voorkomen dat zich schadelijke gevolgen van een plan of project voordoen. Daarbij valt in eerste instantie te denken aan intern en extern saldering. Als in samenhang met het project de emissie van een bestaande activiteit ter plekke of een emissie elders wordt verminderd en de depositie in totaal niet toeneemt, dan zijn er ook geen

---

<sup>8</sup> Er zijn geen Alternatieve oplossingen, er is een Dwingend openbaar belang en voor Compensatie wordt gezorgd., zie 2.8 (4) Wet natuurbescherming, respectievelijk art. 6 (4) Habitatrictlijn.

<sup>9</sup> ABRVS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560.

<sup>10</sup> Zie nader bijvoorbeeld de annotaties van Kaajan in M en R 2019/68 en mijzelf in AB 2019/308, J. Zijlmans, A. Freriks en N. Jeurink, 'PAS is passé: gaat Nederland weer op slot?', Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht 2019/146 en R. Frins, De PAS-uitspraken van de Raad van State, TBR 2019/91 en 109. Het arrest en de uitspraken zijn ook besproken in: M.M. Kaajan, 'Het PAS-arrest; en nu?', M en R 2019/18 en S.D.P. Kole, 'Het PAS: nu echt een gepasseerd station', Gst. 2019/103.

schadelijke gevolgen te verwachten. Het grootste deel van de maatregelen die in het PAS waren gebruikt om ontwikkelingsruimte voor nieuwe activiteiten te scheppen zijn daarvoor dus niet geschikt. Dat is een belangrijke beperking mocht men aan een bijgesteld programma denken. De Afdeling is wel van opvatting dat dergelijke (instandhoudings- en preventieve) maatregelen, alsmede autonome ontwikkelingen, 'bij het beoordelen van de staat van instandhouding mogen worden betrokken'. Als de staat van instandhouding, zeg maar de ecologische toestand van de te beschermen habitats en soorten, goed en stabiel is, kan dit tot gevolg hebben dat plannen en projecten met negatieve effecten geen gevaar vormen. Ik begrijp de Afdeling zo dat als een instandhoudings- (art. 6 lid 1) of preventieve (art. 6 lid 2) maatregel met zekerheid (zie hierna) tot gevolg zal hebben dat het habitat of de soort in een goede toestand zal worden gebracht daarmee rekening mag worden gehouden bij de vraag of een project de goede staat van instandhouding in gevaar kan brengen. Omdat echter de positieve gevolgen van dergelijke maatregelen niet mogen worden 'verrekend' met de negatieve gevolgen van projecten, lijkt bedoeld te zijn dat met dergelijke positieve gevolgen, mits zeker, rekening kan worden gehouden bij de uitgangssituatie voor de passende beoordeling van een project. De uitleg van de desbetreffende passages van het arrest is overigens niet eenvoudig, zoals ook duidelijk uit de uitspraken blijkt. Het blijft af te wachten of ook de autoriteiten en hoogste bestuursrechters in andere landen deze lijn volgen of toch tot een soepelere interpretatie komen.

Het tweede probleem was dat de positieve gevolgen van de (mitigerende) maatregelen die wel mogen worden ingezet onvoldoende zeker waren. Het Hof stelt hier zeer hoge eisen. Voldoende aannemelijk of zeer waarschijnlijk is niet genoeg. Wil men positieve gevolgen van maatregelen inboeken, dan moeten deze 'vaststaan'.<sup>11</sup> De Afdeling leidt hieruit af dat ook de tot voor kort nog algemeen, en ook door haar, aanvaarde formule dat 'wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel' mag bestaan onvoldoende is.<sup>12</sup> Om de effecten van preventieve en instandhoudingsmaatregelen te betrekken bij het bepalen van de staat van instandhouding (zie hiervóór), moeten deze maatregelen bovendien ten tijde van de beoordeling al uitgevoerd zijn.<sup>13</sup> Mitigerende beschermingsmaatregelen kunnen vaak ten tijde van de beoordeling nog niet zijn uitgevoerd. Ze worden immers doorgaans samen met het project uitgevoerd. Dat mag, maar ook dan moeten hun effecten zeker zijn om daarmee rekening te mogen houden. De hoge horden die het Hof opwerpt kunnen bekritiseerd worden.<sup>14</sup> Ze houden weinig rekening met het feit dat bij voorspellingen en in de wetenschap weinig echt zeker is. Nu het Hof hier echter duidelijke taal spreekt beperken deze hoge eisen de mogelijkheden van elke programmatische aanpak eveneens aanzienlijk.

Het derde punt betreft niet het programma als geheel, maar het feit dat in het Nederlandse PAS ook de gevolgen van beweiden en bemesten integraal mee waren genomen en die activiteiten categoriaal van de vergunningplicht werden uitgesloten. Dat beruiste op de tot voor kort breed gedragen opvatting dat alleen activiteiten die een fysieke ingreep in natuur en milieu tot gevolg hebben onder de vereisten van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn vallen. Dat was echter een misinterpretatie.<sup>15</sup> Het Hof vult het begrip 'mogelijk significante gevolgen', m.i. terecht, effectgericht in. Bepalend is niet de soort van de handeling, maar zijn de mogelijke gevolgen van de handeling. Dit wordt thans soms slordig vertaald met 'beweiden en bemesten moeten vergunningplichtig zijn'. Dat

<sup>11</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, AB 2018, 436, para 130.

<sup>12</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019, 309, ro. 17.5.

<sup>13</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019, 309, ro. 17.5 sub 5 en HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, AB 2018, 436, para 123.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld de terechte kritiek van Kaajan in haar noot in M en R 2019/68, para. 16.

<sup>15</sup> Kritisch eerder al Backes e.a., Natuurbeschermingsrecht, SdU, Den Haag 2017, p. 111.

is niet het geval. De Europese en Nederlandse rechter hebben vastgesteld dat deze activiteiten als projecten moeten worden aangemerkt als significante gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen niet uit te sluiten zijn. Dat is iets anders. De Afdeling heeft bovendien uitgemaakt dat het beweiden, niet het bemesten, onlosmakelijk met het stallen van het vee is verbonden. Beide activiteiten, het houden in de stal en in de wei, moeten dus gezamenlijk en in samenhang beoordeeld en vergund worden.<sup>16</sup> Of, anders gezegd, bij alle vergunningen voor veehouderijen moet het beweiden, als dat plaatsvindt, worden meegenomen.

Wat ook vaststaat zijn de, bestuursrechtelijke, gevolgen van de PAS-uitspraken. Het PAS kan niet ten grondslag worden gelegd aan besluiten over activiteiten met mogelijk significante gevolgen. Dat geldt voor de toekomst en voor thans lopende bezwaar- en beroepsprocedures. Het kan ook gevolgen hebben voor besluiten die genomen, maar nog niet onherroepelijk zijn, mits bezwaar of beroep wordt ingesteld of de overheid zelf tot wijziging of intrekking over gaat. Vele besluiten die beroep doen op het PAS zijn wel onherroepelijk, dat wil zeggen, ze kunnen in bezwaar en beroep niet meer worden aangevochten. Wel heeft de overheid op grond van art. 5.4 (2) Wet natuurbescherming niet alleen een intrekkingbevoegdheid, maar zelfs een plicht tot wijziging of intrekking 'als dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn.' Die plicht bestond ook voor het PAS-arrest en de PAS-uitspraken. Het wegvallen van het PAS en de strenge benadering door Hof en Afdeling zouden echter een rol kunnen spelen bij de beoordelingsruimte die het woordje 'nodig' inhoudt. Hoewel intrekking van bestaande vergunningen nu waarschijnlijk niet het meest prioritaire voornemen van de overheid is, kan deze mogelijkheid en plicht wel een belangrijke rol spelen bij de oplossingen op langere termijn. Ik zal daar onder 4. op terugkomen. Het hebben van een bestuursrechtelijk onherroepelijke vergunning sluit overigens, zoals bekend, niet uit dat gedupeerden, waaronder vooral eigenaren van natuurgebieden en milieuverenigingen, kunnen proberen om via de civiele rechter activiteiten te laten verbieden die door hun stikstofdepositie bijdragen tot een achteruitgang van de ecologische kwaliteit van een gebied. Het zou mijns inziens uiterst onwenselijk zijn als thans, in een fase waarin oplossingen voor een op zeer grote schaal spelend probleem moeten worden bedacht, de civiele rechter te hulp zou worden geroepen om activiteiten in enkele specifieke gevallen stil te leggen en als die rechter aan een dergelijk verzoek thans gehoor zou geven.<sup>17</sup> De mogelijkheden van de civiele rechter zijn echter hopelijk wel een stok achter de deur van de overheid en het betrokken bedrijfsleven om de deposities op de te beschermen gebieden nadrukkelijk omlaag te brengen en de achteruitgang daarvan te stoppen.

Moeilijker en uitdagender nog zijn de consequenties voor duizenden van activiteiten die door het PAS vergunningvrij werden gemaakt. Het gaat daarbij enerzijds om de zogenoemde 'interimmers' en anderzijds om activiteiten met een slechts zeer geringe (toename van de) depositie op de te beschermen gebieden. De interimmers zijn doorgaans agrarische bedrijven die, om verschillende redenen, al langer of zelfs heel lange tijd in werking zijn zonder een Natura 2000-vergunning. Al vele decennia is het probleem dat een substantiële groep van bedrijven zonder de noodzakelijke natuurvergunning werkt als hete aardappel genegeerd en vooruitgeschoven.<sup>18</sup> Het PAS probeerde eens en voor altijd hiervan af te komen door deze bedrijven te legaliseren. Dat is dus mislukt. Bij de tweede groep die door het PAS, al dan niet met een melding, van de vergunningplicht werd vrijgesteld gaat het om activiteiten met slechts een zeer geringe (extra) bijdrage aan de depositie.

---

<sup>16</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, AB 2019, 308, ro. 1.8.

<sup>17</sup> Aldus ook K. de Groot, Raad van State scheidt in PAS-uitspraak vals beeld, NJB 2019, 1661.

<sup>18</sup> Zie al Ch.W. Backes, J.M. Verschuuren, Doormodderen met de Interimwet Ammoniak en Veehouderij?, NJB 1998, p. 858.

Activiteiten met minder dan 0,05 mol/ha/jaar<sup>19</sup> waren zonder meer vrijgesteld, en activiteiten met minder dan 1 mol/ha/jaar konden volstaan met een melding. Net als bij het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) is de gedachte dat een individueel beoordelings- en toestemmingstraject voor dergelijke kleine bijdragen buiten proportie zijn. Nu het PAS niet meer kan worden gebruikt moet voor al deze activiteiten, worden nagegaan of uit te sluiten is dat zij bijdragen tot significante schade aan beschermde habitats en soorten. Volgens de minister ligt alleen al het aantal meldingen dat is gedaan onder het PAS op ruim 3.300.<sup>20</sup>

### 3. Wat is (on)wenselijk?

Voor de te vinden oplossingen zou ik verder twee uitgangspunten willen hanteren. Het expliciteren van die twee uitgangspunten, die niet anders dan door mijn eigen waarneming van dit dossier in de afgelopen dertig jaar zijn gelegitimeerd, zijn nodig omdat ze sterk sturend zijn voor de oplossingen die mijns inziens gezocht moeten worden. Uit de juridische, maar vooral ook de ecologische feiten vloeit mijns inziens duidelijk voort dat de depositie in de sterk belaste gebieden snel en aanzienlijk omlaag moet. Dat geldt niet in gelijke mate voor alle onder het PAS vallende gebieden en het doel hoeft ook niet altijd het halen van de kritische depositiewaarden (KDW) te zijn. Deze 'KDW' zijn internationaal ontwikkelde grenswaarden per habitatype en leefgebied van een soort. Als de KDW niet worden overschreden, dan kan met zekerheid worden gezegd dat geen schade vanwege de stikstofdepositie optreedt.<sup>21</sup> Bij een overschrijding van de KDW hoeft niet perse schade op te treden. Het moet echter worden nagegaan en beoordeeld of dit wel of niet het geval is, respectievelijk hoe schade ondanks overschrijding van de KDW kan worden vermeden. In ongeveer driekwart van Natura 2000-gebieden wordt de KDW thans nog overschreden. De intensiteit (of hoogte) van de overschrijding is vooral tussen 1990 en 2007 teruggedaan, maar sindsdien is er tot 2015 nauwelijks verbetering. Na de inwerkingtreding van het PAS op 1 juli 2015 is zelfs weer een scherpe stijging van de ammoniakconcentraties in de lucht in Natura 2000-gebieden vastgesteld, zo blijkt uit het Meetnet Ammoniak in Natuurgebieden (MAN). De overschrijdingen van de kritische depositiewaarden zijn vooral in de oostelijke zandgebieden hoog.<sup>22</sup> De boodschap van ecologen is duidelijk: zonder een aanzienlijke verdere verlaging van de depositie, ten minste in een deel van de gebieden, kan verdere schade niet worden voorkomen.<sup>23</sup> De juridische boodschap van het Hof van Justitie lijkt mij minstens zo duidelijk. Zonder dat de habitats in een gunstige staat van instandhouding worden gebracht is de manoeuvreerruimte juridisch zeer klein. Daarvoor is, vooral in het (Zuid)Oosten, een aanzienlijke en effectieve vermindering van de depositie nodig.

Een doelstelling van het PAS was, net als bij het NSL, een veel efficiëntere besluitvorming en sturing en het voorkomen van bestuursrechtelijke procedures met veel negatieve gevolgen voor alle

---

<sup>19</sup> Deze en andere depositiegrenswaarden hebben steeds betrekking op de maximale toegevoegde depositie per hectare per jaar. In geen 'hexagon' (dat is de ruimtelijke berekeningseenheid uit de Aerius-berekeningstool) mag de depositie per jaar en hectare sterker toenemen dan de desbetreffende grenswaarde.

<sup>20</sup> Brief van 27 juni aan de Tweede Kamer.

<sup>21</sup> H.F. van Dobben, R. Bobbink, D. Bal en A. van Hinsberg, Overzicht van kritische depositiewaarden voor stikstof, toegepast op habitattypen en leefgebieden van Natura 2000, Alterra, Wageningen 2012, p. 13; zie ook ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:497.

<sup>22</sup> Zie voor dit alles G.J.M. Velders e.a., Grootschalige concentratie- en depositiekaarten Nederland. Rapportage 2017. Rapport 2017-0117, Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, Bilthoven en R.J. Wichink Kruit en W.A.J. van Pul, Ontwikkelingen van de stikstofdepositie, RIVM Briefrapport 2018-0117, Bilthoven 2018, p. 22.

<sup>23</sup> Zie bijvoorbeeld M.F. WallisDeVries, R. Bobbink, Nitrogen deposition impacts on biodiversity in terrestrial ecosystems: Mechanisms and perspectives for restoration, *Biological Conservation* (2017), p. 387 e.v.; zie ook A.B. van den Burg, Blijft de rekening van stikstofemissie nu nog bij de natuur liggen?, *M en R* 2019/19

betrokkenen (behalve adviesbureaus en die advocaten die graag procederen zonder de maatschappelijke context scherp te houden), maar weinig winst voor de natuur. Anders gezegd: als projecten die voor betrokkenen van groot belang zijn of waarmee een groot openbaar belang gemoed is door de bestuursrechter (moeten) worden stopgezet omdat niet bewezen is dat de door het project veroorzaakte toename van de depositie met bijvoorbeeld 0,5 mol/ha/jaar niet bijdraagt tot schadelijke effecten, dan zijn er alleen maar verliezers. Als ik deze Nederlandse rechtspraak met buitenlandse collega's bespreek, of het nu juristen of ecologen zijn, dan oogst ik drie 'ons': onbegrip, ongelooft en verontwaardiging.<sup>24</sup> Een Deense collega rekende 'op de achterkant van een bierviltje' even uit dat het dagelijks één keer uitlaten van zijn hond een depositie oplevert van ongeveer 0,2 kg/ha/jaar. Dat komt overeen met ongeveer 14 mol/ha/jaar.<sup>25</sup> Volgens het tegenwoordige Nederlandse stikstofregime heeft dus eenieder die zijn hond regelmatig (eens per maand zou ongeveer 0,5 mol/ha/jaar zijn en dat is voldoende) uitlaat in of rond een Natura 2000-gebied een Natura 2000-vergunning nodig die in veel gevallen niet zal kunnen worden verstrekt. Dat is een bedreiging voor de geloofwaardigheid van het natuurbeleid, van de overheid en van de Raad van State. Een van de doelstellingen moet daarom ook in de toekomst een efficiënt sturingskader zijn.

Minister Schouten van het ministerie van LNV heeft aan het adviescollege nog een andere wens meegegeven. Van belang is 'voorts', dat 'in een nieuwe aanpak ruimte bestaat voor innovatieve ontwikkelingen, ook als deze zich in de praktijk nog niet geheel hebben bewezen.' Ik heb daar geheel geen kritiek op en ondersteun deze oproep van harte. Toch past daarbij een waarschuwing. In het verleden is de oplossing van veel milieuvraagstukken, zeker ook van het stikstofdossier, vooral in verbeterde technologie gezocht – en voor een belangrijk deel ook gevonden! Daarbij worden vaak beslissingen genomen en rechten toegekend op basis van modelberekeningen en voorspellingen en wordt vaak getracht het onderste uit de kan te halen om economische ontwikkelingen niet te frustreren. Vaak zit de kan echter feitelijk minder vol dan op papier berekend. In het ene na het andere milieudossier (emissies van auto's, geurhinder van veehouderijen en ook het PAS) blijkt de werkelijkheid veel weerbarstiger te zijn dan het model. Dat is gewoon zo en door nog zo goede wetenschap slechts op beperkte mate te ondervangen. Als het risico daarvoor eenzijdig bij het milieu en derden wordt neergelegd,<sup>26</sup> komt de onbetaalde rekening des te harder terug. Ook dat tast de geloofwaardigheid van het milieubeleid en van de overheid in het algemeen zwaar aan. Ambtenaren en ministers die de verleiding niet kunnen weerstaan om keuzes ten gunste en ten laste van bepaalde groepen eenzijdig te baseren op en te versluieren door modelmatige berekeningen zonder correctiemogelijkheid door de werkelijkheid spelen in een democratie met vuur. Ook daarmee zal bij het vormgeven van het toekomstig stelsel en bij het inbouwen van prikkels voor innovatieve oplossingen nadrukkelijk rekening moeten worden gehouden. Onlangs heeft Samsom dit in een column zo verwoord: "Om overheidsdarteritus te vermijden, moeten politici vaker doen waarvoor ze zijn gekozen: kiezen."<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Een rechtsvergelijkende analyse van de aanpak van stikstofdepositie door de landbouw in Denemarken, Duitsland en Nederland is te vinden in Anker, Baaner, Backes, Keessen, Möckel, Natura 2000 and the regulation of agricultural ammonia emissions, JEEPL 2019, nog te verschijnen.

<sup>25</sup> In de meeste andere EU landen wordt niet in mol, maar in kg gerekend. 1 mol correspondeert met ongeveer 14 gram stikstof, dus 0,014 kg.

<sup>26</sup> Zie Commissie Geurhinder Veehouderij, Geur bekennen, Den Haag 2019.

<sup>27</sup> D. Samsom, Om overheidsdarteritus te vermijden, moeten politici vaker doen waarvoor ze zijn gekozen: kiezen, Volkskrant 9 juli 2019.

#### 4. Denkbare oplossingsrichtingen

Welke kant zullen oplossingen dan, gezien de hiervoor geschetste randvoorwaarden en (on)wenselijkheden, op moeten of kunnen gaan? En welk juridisch instrumentarium hoort daarbij? Niet moeilijk te voorspellen is dat er niet één oplossing en één passend instrument te bedenken valt. Het effectief en substantieel terugdringen van de depositie vergt een andere aanpak dan het vermijden van een inefficiënt bureaucratisch monster. Wel is er een samenhang tussen beide. Ik ga niet nader in op de vraag of het voormalige PAS in zijn min of meer oorspronkelijke vorm kan worden hersteld. De in paragraaf 2 besproken eisen van het Hof hebben tot gevolg dat dit uitgesloten moet worden geacht. De meeste in het voorheen geldende PAS opgenomen maatregelen mogen immers, om verschillende redenen, niet worden gebruikt om ontwikkelingsruimte voor nieuwe activiteiten te scheppen. Dan blijft niet zoveel meer van het PAS over.

##### 4.1 *Het substantieel terugdringen van de depositie*

De vermindering van de gemiddelde stikstofdepositie in de afgelopen 30 jaar is vooral gelukt door middel van technische innovatie. De aanzienlijke gemiddelde afname van de depositie van 2700 mol/ha/jaar in 1990 naar 1600 mol/ha/jaar in 2017 is vooral te danken aan technische vooruitgang in verkeer (katalysatoren etc), industrie en landbouw (injecteren mest, stalsystemen, voermanagement). Wat de innovaties in de landbouw en de daarmee verbonden emissiereducties betreft loopt Nederland voorop.<sup>28</sup> Het inzetten op innovaties is dus, landelijk gezien, redelijk succesvol gebleken. De cijfers laten echter ook iets anders zien. In de afgelopen jaren zijn de stikstofemissies uit de landbouw juist in de overbelaste gebieden weer gestegen, met name door uitbreiding van de veestapel. In sommige gebieden in de Gelderse vallei komen nog steeds concentraties voor van meer dan 4.000 mol/ha/jaar en overschrijdingen van de KDW van meer dan 2.000 mol/ha/jaar.<sup>29</sup> Ook als men voor het gemak aanneemt dat alle voorspellingen van de verdere (gemiddelde) daling van de depositie in Nederland uitkomen, draagt dat niet eens significant bij aan de oplossingen van de problemen in deze gebieden. Het RIVM voorspelt een verdere daling van de depositie tot 2030 met ongeveer 370 mol/ha/jaar.<sup>30</sup> Dat is fijn, maar is nog geen 20% van de overschrijding in delen van sommige gebieden. Een oplossing vergt dus een regionaal verschillende aanpak. In gebieden met (zeer) hoge concentraties zullen prioritair de grootste (groepen van) bronnen van depositie moeten worden aangepakt. Dat is in die gebieden, veel meer dan in het algemeen, de veeteelt.

Een reductie kan dan juridisch mijns inziens met twee instrumenten worden ingezet. Enerzijds een salderingsregeling waarbij, zoals dat in de jaren negentig deels ook het geval was, een substantieel deel van de depositievermindering wordt afgeroomd, bijvoorbeeld 50%. Het moet dan uiteraard wel gaan om 'nieuwe' salderingsgevallen die niet al zijn gebruikt om onder het PAS onherroepelijke vergunningen te verlenen. Daarnaast kan, en moet wellicht ook, in sommige gevallen gebruik worden gemaakt van de hiervoor al aan de orde gekomen wijziging of intrekking van de vergunning op grond van art. 5.4 (2) Wet natuurbescherming. Er kunnen zich lokaal gevallen voordoen waarin moet worden geconcludeerd dat een verdere verslechtering van de kwaliteit van de te beschermen

---

<sup>28</sup> R.J. Wichink Kruit, W.A.J. van Pul, Ontwikkelingen in de stikstofdepositie, RIVM Briefrapport 2018-0117, Bilthoven 2018, p. 22.

<sup>29</sup> G.J.M. Velders e.a., Grootschalige stikstofdepositie in Nederland, PBL, Den Haag 2010, p. 22

<sup>30</sup> R.J. Wichink Kruit, W.A.J. van Pul, Ontwikkelingen in de stikstofdepositie, RIVM Briefrapport 2018-0117, Bilthoven 2018, p. 23.

habitats uitsluitend is te voorkomen als één of enkele grote emissiebronnen worden weggenomen.<sup>31</sup> Dat had wellicht al jaren of tientallen jaren geleden moeten gebeuren, maar is lange tijd politiek onbespreekbaar geweest. Als de overheid in dergelijke gevallen haar verplichting tot wijziging of intrekking van de vergunning ook in de toekomst negeert, zullen derden dit met behulp van de bestuurs- of de civiele rechter afdwingen. Dat moet voorkomen worden. Een vervolgvraag is dan uiteraard of aan betrokken veehouders of andere emittenten schadevergoeding moet worden betaald en zo ja, hoeveel. Hoewel aannemelijk is dat in veel gevallen minstens een tegemoetkoming in de schade redelijk en rechtens nodig is, kan op die vraag geen algemeen antwoord worden gegeven. Het hangt van het concrete geval af welke rol het vertrouwensbeginsel, de voorzienbaarheid en het beginsel 'de vervuiler betaalt' bij die beslissing spelen. Een eeuwigdurend recht tot een bepaalde vervuiling (emissie) lijkt mij nooit te hebben bestaan, ook al duidt of duidde sommige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak en haar voorlopers in die richting.<sup>32</sup> Een dergelijk recht zou ook niet te verenigen zijn met Europees recht, onder andere niet met de Habitatrichtlijn, maar ook niet, voor zover van toepassing, met de IPPC/IED-richtlijn. In Vlaanderen is de overheid al enkele jaren geleden per gebied nagegaan welke emissiebronnen de meeste impact hebben. Daarbij bleek dat ca 130 bedrijven verantwoordelijk zijn voor 50% van de depositie op de (veel) te hoog belaste gebieden.<sup>33</sup> Uiteindelijk heeft dat niet geleid tot het stopzetten van al die bedrijven, mede vanwege, volgens Schoukens, de wat onhandige aanpak door de Vlaamse overheid die tot veel protest heeft geleid.<sup>34</sup> Moeilijker wordt een sanering als de te hoge concentraties niet veroorzaakt wordt door enkele bronnen, maar de som van honderden bronnen die elk niet verwaarloosbaar, maar ook niet buitengewoon veel bijdragen. Soms zal dan een wezenlijke reductie van de depositie kunnen worden bereikt door van alle veroorzakers op redelijke, maar toch ambitieuze termijn het toepassen van de meest geavanceerde technieken te eisen (zie nader 4.4).

Door het snel inzetten en ook daadwerkelijk realiseren van een traject met significant en duurzaam afnemende depositieniveaus zal mijns inziens ook de kans van een succesvol beroep op de civiele rechter het sterkst worden verkleind. Als de overheid kan aantonen dat effectief wordt gewerkt aan een verbetering van de depositiesituatie, vooral in sterk overbelaste gebieden, dan zal een civiele rechter niet gauw oordelen dat het tijdelijk nog overschrijden van de KDW en mogelijk zelfs een tijdelijk zich nog voordoende achteruitgang van de ecologische kwaliteit een onrechtmatige daad jegens een eigenaar of een milieuvereniging oplevert.

#### *4.2 Hoe kunnen onnodige administratieve lasten worden voorkomen?*

Een belangrijk voordeel van het PAS was dat activiteiten die een zeer kleine extra depositie tot gevolg hebben niet individueel aan een passende beoordeling hoefden te worden onderworpen, maar hun effecten gezamenlijk werden beoordeeld. Dat is thans niet meer mogelijk. Doordat in het Nederlandse recht voor het overige tot nu toe geen drempelwaarde is aanvaard zitten wij thans

---

<sup>31</sup> Een recente uitspraak over een verzoek tot intrekking van een vergunning op grond van art. 5.4 Wet natuurbescherming is Rechtbank Oost-Brabant 19 augustus 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4830. Het verzoek werd afgewezen, volgens de rechtbank is de motivering daarvoor niet voldoende en wordt de afwijzing geschorst.

<sup>32</sup> Zie al Backes, Ch. W. – Recht op onaantastbare milieuvervuilingruimte?, M en R, vol 25 (1998), afl. 1, p. 1.

<sup>33</sup> Zie P. De Smedt & M. Strubbe, 'In loopPAS naar een programmatische aanpak stikstof', in: H. Schoukens & I. Larmuseau (eds.), De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS): Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?, Vanden Broele, 2017, p. 207-208.

<sup>34</sup> H. Schoukens, George Orwells Animal Farm en de programmatische aanpak stikstof in de Lage Landen: zijn de Vlaamse varkens beter af dan Nederlandse?, M en R 2019/21.



opgezadeld met een uiterst bureaucratisch, ineffectief en inefficiënt juridisch kader. De minister heeft aangekondigd dat zij voor de ruim 3.300 gevallen waarin een melding van een activiteiten met geringe extra depositie is gedaan, elk een individuele vergunning wil verlenen waarbij of gebruik wordt gemaakt van externe saldering of van de ADC-toets.<sup>35</sup> Het lijkt mij een verspilling van energie, kosten en goodwill om voor activiteiten die slechts minieme extra depositie veroorzaken om die reden een vergunning en een passende beoordeling te eisen. De vergunningplicht voor elke extra depositie in situaties waarin de kritische depositiewaarden worden overschreden, wordt overigens – gelukkig – ook inconsequent toegepast. Voor veehouderijen is een dergelijke vergunning nodig en voor de aanleg van een weg, zelfs op behoorlijk grote afstand, ook. Dat zou dan echter ook moeten gelden voor het in of langs een door stikstof overbelast natuurterrein regelmatig uitlaten van een hond, het berijden van een paard of het in een vakantiepark toelaten dat houtkachels worden gestookt. Het tegenhouden van al die (zeer) kleine extra emissies en deposities lijkt niet de juiste strategie om het stikstofprobleem op te lossen. Daar komt bij dat het vaak moeilijk zal worden om individuele vergunningen voor particuliere activiteiten met behulp van de ADC-toets te verlenen. Het is bijvoorbeeld uitgesloten dat voor elke uitbreiding van een veehouderij die met een melding gerealiseerd is kan worden beargumenteerd dat daarmee een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid. Of het feit dat de investeringen door de betrokkenen ter goeder trouw zijn gemaakt en dit vertrouwen zou worden beschaamd een dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn is zeer de vraag.

Ik zie enkele verschillende wegen om op verantwoorde wijze een ‘niet in betekende drempelwaarde’ vast te stellen die tot gevolg heeft dat geen vergunning hoeft te worden aangevraagd voor activiteiten met een zeer geringe extra depositie. Het Hof eist dat zeker moet zijn dat een activiteit, ook in cumulatie met andere plannen of projecten, geen significante schade kan veroorzaken. De simpelste oplossing is mogelijk gelegen in een goede ecologische onderbouwing van een drempelwaarde. Dat de bestuursrechter tot nu toe geen van de voorgedragen drempelwaardes heeft geaccepteerd betekent niet perse dat een overtuigende onderbouwing, en daarmee de introductie van een drempelwaarde, niet mogelijk zou zijn.<sup>36</sup> Of dit zo is, kan ik natuurlijk niet beoordelen. Een van de voornaamste opgaven is het dat ecologen en economen thans samen nagaan en duidelijk maken of en onder welke voorwaarden het zeker is de depositie op overbelaste gebieden daalt ondanks het feit dat activiteiten met een elk voor zich zeer kleine extra depositie zonder individuele passende beoordeling worden toegelaten. De door een drempel toegestane geringe cumulatieve toename moet vervolgens pas worden toegestaan als een grotere afname van de depositie is gerealiseerd. Het Hof van Justitie had de vraag of drempelwaarden mogelijk zijn in wezen terugverwezen naar de Nederlandse rechter. De Advocaat Generaal was wat verder gegaan en had een aantal aanwijzingen opgesomd die ervoor pleiten dat de Nederlandse drempelwaarden wetenschappelijk goed onderbouwd zouden kunnen zijn.<sup>37</sup> Het lijkt mij zeker de moeite waard om een goede onderbouwing van drempelwaarden te proberen. Daarbij kan ook worden gekeken naar de ecologische literatuur waarmee in Duitsland de, minstens 20 keer zo hoge,<sup>38</sup> drempelwaarden worden gerechtvaardigd. Denkbaar is dat daarbij, net als bij het PAS en

---

<sup>35</sup> Brief van 28 juni 2019.

<sup>36</sup> In gelijke zin ook J. Zijlmans, A. Freriks en N. Jeurink, ‘PAS is passé: gaat Nederland weer op slot?’, *Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht* 2019/146, p. 187.

<sup>37</sup> AG 25 juli 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:622, para. 105 e.v.

<sup>38</sup> Zie nader, par. 4.2 en Ch.W. Backes, Een plicht tot rechtsvergelijkende motivering? Over de vraag hoe bestuursrechters omgaan met de interpretatie van EU-recht door hun buitenlandse collega's, in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (Eds.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht*, Boom Juridische uitgevers, par. 2.3. In Duitsland worden meerdere, achter elkaar toepasbare drempelwaarden gehanteerd.

bijvoorbeeld ook in Denemarken, ten minste deels wordt gekozen voor een meldingenstelsel, en via deze weg wordt verzekerd dat er slechts een bepaald maximum aan kleine extra belastingen in een bepaalde periode wordt toegelaten. Denkbaar is ook dat de toelaatbaarheid van zeer kleine extra belastingen afhankelijk wordt gemaakt van het feitelijk realiseren van een verlagingstraject van de totale depositie. Of is voldaan aan de voorwaarde dat een verlaging optreedt moet dan worden gemeten, niet slechts gemodelleerd. De gedachte is dan dat de staat van instandhouding door de som van de kleine extra belastingen met zekerheid niet significant negatief wordt beïnvloed mits de totale gemeten depositie jaar na jaar afneemt. Bij een dergelijke redenering zijn de eisen van het Hof aan saldering van emissie- en depositiereducties met nieuwe deposities in acht te nemen.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om een niet in betekenende mate-regeling vast te stellen met toepassing van de ADC-toets. Het wordt dan voorlief genomen dat een significant effect, vanwege de onbekende hoeveelheid van kleine projecten, niet geheel zeker kan worden uitgesloten. Ecologisch zal dan een worst case scenario moeten worden onderzocht en zal bij benadering moeten worden ingeschat wat de maximale cumulatieve schade van onder de vrijstelling vallende projecten mogelijk kan zijn. De dwingende reden van groot openbaar belang om de groep van niet in betekenende mate vervuilende activiteiten door middel van een algemene regeling toe te laten ligt dan in de som van de economische en sociale voordelen van die activiteiten en in het voorkomen van inefficiënte en ineffectieve hoge administratieve lasten. Een belangrijk argument daarbij is dat de cumulatieve schade van al deze projecten, zo zich al enige significante schade zou voordoen, uiterst gering zal zijn. Hoewel mij daarvoor geen expliciet voorbeeld uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie bekend is, lijkt het mij ten minste goed te beargumenteren dat er een wisselwerking bestaat tussen de omvang van de (niet met zekerheid uit te sluiten) schade en de eisen die aan het openbaar belang moeten worden gesteld dat de mogelijk zich voordoende schade kan rechtvaardigen.<sup>39</sup> Het zwakke punt van deze route ligt waarschijnlijk in de alternatieventoets. Is aantoonbaar dat een traject waarin, vooral op grond van de feitelijke afname van de depositieniveaus, met zekerheid kan worden gezegd dat kleine depositiebronnen ook cumulatief geen significante schade kunnen aanrichten (zie hierboven) niet mogelijk is? Overigens lijkt mij de bestaande Wet natuurbescherming thans geen wettelijke basis voor een dergelijke amvb te bevatten. De wet zou dus gewijzigd moeten worden.

#### *4.3 Hoe omgaan met zonder vergunning verrichte bestaande activiteiten?*

Activiteiten, waaronder met name (uitbreidingen van) veehouderijen, die in werking zijn zonder de benodigde passende beoordeling en vergunning moeten in kaart worden gebracht. Voor een deel is dat gebeurd door een deel van de meer dan 3.300 meldingen die onder het PAS zijn gedaan. Een generaal pardon, zoals onder het PAS geregeld was, lijkt mij om twee redenen niet aangewezen. Ten eerste bevat deze groep van thans (en deels al zeer lang) illegale activiteiten zeer verschillende gevallen: bedrijven die relatief sterke redenen hadden om aan te nemen dat ze investeringen konden doen zonder een natuurbeschermingsvergunning en bedrijven waarbij dat nauwelijks het geval is. Het gelijkheidsbeginsel kan ertoe verplichten deze verschillende bedrijven niet gelijk te behandelen. Ten tweede kunnen hier echter ook emissiebronnen bij zitten die een zeer significant en mogelijk cruciaal aandeel in een plaatselijk sterke overbelasting met stikstof hebben. Ook dat gegeven moet een rol spelen bij de beslissing hoe met de thans zonder vergunning uitgevoerde

---

<sup>39</sup> Zo ook Boerema, noot onder ABRvS 18 februari 2015, JM 2015/56 (de uitspraak had betrekking op soortenbescherming, maar dezelfde redenering geldt ook ten aanzien van gebiedsbescherming) en Verbeek, Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming, Paris 2016, p. 331 alsmede Backes e.a. Natuurbeschermingsrecht, Sdu 2017, p. 152.

activiteiten moet worden omgegaan. Anders dan sommigen<sup>40</sup> zie ik in de brief van minister Schouten aan de Tweede Kamer van 27 juni 2019 ook geen ‘besluit’ om alle ‘interimmers’ te willen legaliseren.

#### *4.4 Hoe kan innovatie worden bevorderd?*

Om innovatie te bevorderen is een heel scala aan maatregelen nodig.<sup>41</sup> Een kernelement daarbij is een vaak ambitieuze voor een lange termijn vastliggende en het liefst steeds strikter wordende normstelling die partijen noodzaakt nieuwe oplossingen te verzinnen.<sup>42</sup> In het Nederlandse milieurecht worden dergelijke normen niet vaak vastgesteld. Dat wordt duidelijk als men bijvoorbeeld kijkt naar de normstelling voor emissies uit veehouderijen. De algemene normstelling uit het Besluit emissiearme huisvesting bevat bijvoorbeeld ten opzichte van het tot 1 augustus 2015 geldende Besluit huisvesting duidelijk aangescherpte normen voor onder andere stikstof. Bestaande inrichtingen hoeven echter slechts aan lagere normen te voldoen die in vele gevallen niet strenger zijn dan de normen die zijn opgenomen in het Besluit huisvesting uit 2005. Daarmee bevordert deze normstelling de innovatie van bestaande bedrijven in vele gevallen niet. Om innovatie te bevorderen zouden de emissienormen voor nieuwe installaties na een voldoende lang transitietraject ook op bestaande bedrijven van toepassing moeten worden. Ook ontbreekt een aanscherping van de normering voor de toekomst. Juist het, met een aanzienlijke transitietermijn, bindend voorschrijven van toekomstige normen die thans technisch/economisch nog niet als best beschikbare techniek haalbaar zijn bevordert innovatie. De uitvinding van de katalysator voor auto's en van elektrische voertuigen op grond van dergelijke ‘onhaalbare’ emissienormen in Californië zijn mooie voorbeelden van het succes van dergelijke normstelling.<sup>43</sup>

Ook de normstelling voor stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden was en is slechts deels innovatie bevorderend. Een salderingsregeling schept een prikkel om emissiearme technieken toe te passen omdat een bedrijf dan kan uitbreiden of de emissieruimte kan verkopen. Indien de vermindering van de depositie door nieuwe technieken echter niet of slechts voor een zeer klein deel wordt afgeroomd, werkt een dergelijke regeling eenzijdig ten laste van natuur en milieu en ten gunste van de economische ontwikkeling. Ze draagt in belangrijke mate bij aan het langdurig niet oplossen van het stikstofprobleem. Dat moet worden voorkomen. Denkbaar zou zijn om de algemene en de voor Natura 2000-gebieden specifieke normstelling meer met elkaar te verbinden. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door rond Natura 2000-gebieden voor bestaande inrichtingen de termijnen voor het moeten voldoen aan de normen voor nieuwe inrichtingen te verkorten en daar ook strengere toekomstige normen eerder in te laten gaan. Dit instrument zou vooral dan kunnen werken als de te hoge deposities niet afkomstig zijn van enkele hoge emissiebronnen, maar van een veelheid van bronnen die elk niet verwaarloosbaar, maar toch ook weer niet buitengewoon sterk aan de te hoge deposities bijdragen.

---

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld het bericht in ‘Schouten wil PAS-meldingen legaliseren’, Boerderij 28 juni 2019.

<sup>41</sup> Zie nader bijv. J.M. Verschuuren, K. Bink, Naar slimme milieuregelgeving die innovatie stimuleert, Tilburg University 2015.

<sup>42</sup> Zie J.M. Verschuuren, Innovatie en milieuregelgeving, M en R 2015/113. Zie ook C.W. Backes, Law for a circular economy, Eleven international publishing 2017, p. 31 ev.

<sup>43</sup> J.M. Verschuuren, Innovatie en milieuregelgeving, M en R 2015/113

#### 4.5 Hoe de voordelen benutten van de investeringen in PAS?

Voor het PAS is uiterst veel, en ook veel waardevol werk verricht. Dat betreft onder andere de gebiedsanalyses en het identificeren en voorschrijven van instandhoudings- en herstelmaatregelen die een verdere achteruitgang van de kwaliteit van de betrokken Natura 2000-gebieden moeten voorkomen (art. 6 (2) Habitatrichtlijn) en bij moeten dragen aan het bereiken van een gunstige staat van instandhouding (art. 6 (1) Habitatrichtlijn). Nederland is verplicht om aan deze normen te voldoen. Het PAS kan dus voor een belangrijk deel worden benut als (grondslag voor) een beleids- of beheersplan om te voldoen aan de verplichtingen uit art. 6 (1 en 2) Habitatrichtlijn. Dat heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak al gesuggereerd.<sup>44</sup> De gebiedsanalyses zullen verder van grote waarde zijn als vertrekpunt voor het vinden van oplossingen die regionaal en lokaal verschillend zullen moeten zijn. In veel gevallen zal dat echter onvoldoende zijn en zal aanvullend onderzoek moeten worden gedaan omdat een toekomstig kader deels een andere focus moet hebben en de, soms drastische, vermindering van bestaande emissiebronnen moet worden overwogen. Voor het PAS is ten slotte in kaart gebracht welke projecten met extra stikstofdepositie op korte en middellange termijn gepland zijn en aan welke van die projecten een hoge prioriteit moet toekomen. De uitkomst van deze exercitie kan een belangrijke bouwsteen vormen voor een prioritering in de toekomst. Daarbij zal dan de vraag centraal staan voor welke projecten saldering (met afroming!) kan worden ingezet en voor welke projecten een beroep op de ADC-criteria (art. 2.8 (4 en 5) Wet natuurbescherming) kan worden gedaan. Denkbaar is ook dat bepaalde categorieën projecten of projecten in een bepaalde regio in een verzamelvergunning worden samengevat. Een dergelijke meer integrale benadering bevordert een efficiënt gebruikmaken van de salderingsmogelijkheid en vergemakkelijkt de onderbouwing van een beroep op de ADC-criteria.

#### 5. Samenvattende eindbeschouwing

Het antwoord op de vraag welk kader na het sneuvelen van het PAS in de toekomst voor de regulering van stikstofdeposities op natuurgebieden moet gelden heeft meer dan de mij hier toegemeten plaats en tijd nodig. Op sommige onderwerpen, bijvoorbeeld het bemesten en beweiden, heb ik niet of nauwelijks in kunnen gaan. Belangrijker nog, het antwoord moet interdisciplinair en in overleg met – maar niet perse met instemming van – alle betrokken partijen worden ontwikkeld. Mij lijkt wel duidelijk dat gedeeltelijk een duidelijke koerswijziging nodig is. De depositie in de sterk overbelaste gebieden moet duidelijk naar beneden, uiteraard daadwerkelijk en niet alleen op papier. Het juridisch instrumentarium daarvoor bestaat. De aandacht zou moeten uitgaan naar oplossingen die onnodige administratieve en procedurele lasten voorkomen. *Minimis non curat praetor*. Dat moet ook gelden voor het bestuur. Helaas is dat thans wel het geval en lijkt de minister vooralsnog ook niet naar een oplossing te willen zoeken die dat voorkomt.

Anders dan het in het verleden soms het geval lijkt te zijn geweest bij het bedenken van oplossingen focus ik bij de bespreking van de perspectieven niet primair op de vraag hoe allerlei economische wensen het beste gefaciliteerd kunnen worden. Uiteraard is ook dat een belangrijke vraag en ben ik daar ook, zij het vrij kort, op ingegaan. Bij de eventuele toepassing van de ADC-criteria (zie 4.5) moet worden beargumenteerd dat bepaalde economische ontwikkelingen en infrastructuurprojecten uit een oogpunt van publiek belang noodzakelijk of ten minste zeer wenselijk zijn. Dat vergt, juist als het gaat om particuliere projecten, scherpe keuzes op basis van een visie over de gewenste economische ontwikkeling, onder andere van de landbouwsector, maar bijvoorbeeld ook over het faciliteren van de verdere groei van de luchtvaart. Met name bij deze juridische eis ligt een sterke relatie met andere duurzaamheidsvraagstukken en transitieopgaves, zoals het klimaatvraagstuk en

---

<sup>44</sup> Zie in het bijzonder ro. 14 van ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019, 309.

een circulaire economie, in het bijzonder een circulaire landbouw. Op die relatie heeft minister Schouten in haar brief van 28 juni 2019 terecht gewezen. Op deze wijze zou het sneuvelen van het PAS, zoals dat in 2015 is vastgesteld, als katalysator kunnen werken voor een al langer noodzakelijke bezinning op en scherpere keuzes voor een veel duurzamere ontwikkeling. De grootste innovatie die we na de PAS-uitspraken kunnen realiseren is het maken van daadwerkelijk relevante en moedige keuzes. Laten wij hopen dat de verantwoordelijken de duidelijke signalen hiervoor van de Europese en Nederlandse rechters ter harte nemen.

## Bijlage:

### Vergunningverlening voorafgaand aan de introductie van het PAS, n.a.v. vragen van de vaste commissie voor LNV

4 oktober 2019

#### 1. Vergunningverlening vóór het Programma Aanpak Stikstoffen (PAS)

Ten tijde van het van kracht worden van de PAS gold de Natuurbeschermingswet 1998. Deze wet was onoverzichtelijk, moeilijk te lezen en deels ook in strijd met Europees recht.<sup>45</sup> Uit artikel 19d, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) volgt dat vergunning vereist is voor projecten of andere handelingen die de “kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben”. Zoals bekend is stikstofdepositie een verslechterend effect. Daarnaast is stikstofdepositie in veel gevallen een voortdurend gevolg van een activiteit, daaruit volgt dat niet alleen nieuwe of gewijzigde bestaande projecten vergunningplichtig zijn, maar in beginsel ook reeds bestaande projecten, tenzij zij zijn gestart voor dat de verplichtingen van de Habitatrichtlijn van kracht werden.<sup>46</sup> Er kunnen drie verschillende beoordelingssituaties onderscheiden worden bij de vergunningverlening voordat het PAS werd vastgesteld, dus voor 1 juli 2015. Deze zullen achtereenvolgens worden behandeld.

##### 1.1 Nieuwe stikstofveroorzakende projecten

Stikstofbelasting wordt weergegeven in mol/ha/jr. De stikstofbelasting van een project wordt in de vergunningverlening bekeken in relatie tot de kritische depositiewaarde (kdw) voor het habitatype dat door het project wordt belast en de bestaande achtergrondconcentratie van stikstof ter plaatse van het habitatype. Wanneer de bestaande achtergrondconcentratie hoger is dan de kdw of de kdw door de deposities als gevolg van de kdw zou worden overschreden, dan is sprake van een overbelaste situatie. Dit houdt in dat een toename van stikstofdepositie door een project ertoe leidt dat het project significante gevolgen kan hebben en **dat een passende beoordeling moet worden gemaakt**.

Er zijn twee situaties te onderscheiden waarin een vergunning zonder passende beoordeling werd verleend. De eerste is wanneer het habitatype niet stikstofgevoelig is (kritische depositiewaarde is hoger dan 2400 mol/ha/jr), dan kan op grond van objectieve gegevens worden uitgesloten dat het project significante gevolgen heeft voor dat habitatype.<sup>47</sup> De tweede is wanneer de bestaande

---

<sup>45</sup> Zie Ch.W. Backes e.a., *Natuurbeschermingsrecht* (Sdu 2017), p. 174

<sup>46</sup> J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming* (Paris 2016), p. 342

<sup>47</sup> Verbeek, p. 342; ABRVS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2379, rov. 3.2: “Gelet op artikel 19d, eerste lid, en artikel 19f, eerste lid, van de Nbw 1998 kan een vergunning zonder passende beoordeling worden verleend indien op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat een project significante gevolgen heeft voor een Natura 2000-gebied.”

achtergrondconcentratie lager is dan de kritische depositiewaarde voor een stikstof gevoelig habitattypen, én het project niet tot een overschrijding van de kritische depositiewaarde dan is eveneens op grond van objectieve gegevens uitgesloten dat het project significante gevolgen heeft.<sup>48</sup>

Daar komen nog bij de situaties waarin voor bestaande activiteiten geheel geen vergunning nodig is (en dus ook geen passende beoordeling hoeft te worden gemaakt), zie onder 3.

Wanneer het project in zijn geheel significante effecten kan veroorzaken, dan kan dit project alleen worden toegelaten als er geen minder schadelijke alternatieven zijn, er sprake is van een dwingende reden van openbaar belang en als compenserende maatregelen worden voorgeschreven, de zogenoemde ADC-toets (zie art. 19g en 19h Nbw 1998).<sup>49</sup> In de praktijk worden weinig projecten door middel van een ADC-toets toegelaten. Voorbeelden waar dat wel gebeurde zijn de aanleg van de Maasvlakte II en de aanleg van IJburg I. In de praktijk heerst het beeld, mede naar aanleiding van de vernietiging van de vergunning voor de Westerschelde Container Terminal,<sup>50</sup> dat het succesvol doorlopen van de ADC-toets moeilijk is. Dat wordt daarom ook niet vaak geprobeerd.

### *1.2 Bestaande stikstofveroorzakende projecten*

Voor bestaande stikstofveroorzakende activiteiten, heeft de Afdeling op 31 maart 2010 het wettelijk kader verduidelijkt.<sup>51</sup> Conform de Europeesrechtelijke kaders mag een activiteit, zoals in deze uitspraak bijvoorbeeld de exploitatie van een veehouderij, zonder vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 worden voortgezet als de activiteit is begonnen voor de relevante Europese referentiedatum en na deze datum niet wezenlijk is gewijzigd of uitgebreid. De datum is voor de op grond van de Habitatrichtlijn aangewezen gebieden 7 december 2004<sup>52</sup> en voor de op grond van de Vogelrichtlijn aangewezen gebieden 10 juni 1994.<sup>53</sup>

### *1.3 Uitbreiding of wijziging bestaande stikstofveroorzakende projecten*

Hierbij geldt dat alleen de uitbreiding of wijziging wordt gezien als een nieuw vergunningplichtig project en de toets of sprake is van een (extra) emissie en depositie, en dus van een mogelijk significant effect, alleen betrekking heeft op de uitbreiding. Als de wijziging of uitbreiding van het bedrijf niet leidt tot verhoging van de depositie, bijv. omdat de techniek in een van de bestaande stallen verbeterd wordt en daardoor de emissies van de bestaande stal worden verminderd (intern salderen) is geen vergunning en geen passende beoordeling (vanwege stikstof) nodig.

---

<sup>48</sup> Verbeek, p. 342

<sup>49</sup> ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1694, m.nt. Ch.W. Backes, AB 2014/23

<sup>50</sup> ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872.

<sup>51</sup> Verbeek, p. 343; ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656

<sup>52</sup> Dat is de datum van publicatie van de communautaire lijst met aan te wijzen gebieden. (zie art. 4 lid 2 Habitatrichtlijn). Voor gebieden die later op de lijst zijn gezet, geldt de datum van publicatie van de gewijzigde lijst waarin zij zijn opgenomen.

<sup>53</sup> Dat is de datum waarop de Habitatrichtlijn van kracht werd. De meeste vogelrichtlijngebieden waren voor die datum aangewezen. Voor vogelrichtlijngebieden die pas na 10 juni 1994 zijn aangewezen geldt deze latere datum van aanwijzing als peildatum.

## 2. Inhoud passende beoordeling

In een passende beoordeling mitigerende maatregelen worden meegenomen. Door middel van mitigerende maatregelen kan worden uitgesloten dat het project significant negatieve effecten hebben. Zoals de Afdeling uiteen heeft gezet bijvoorbeeld in haar uitspraak van 11 maart 2015: “De Afdeling acht het niet onaanvaardbaar dat de gevolgen van het project worden bezien in samenhang met de mitigerende maatregelen”.<sup>54</sup> De meest voorkomende mitigerende maatregelen waren intern en extern salderen en, sinds de uitspraak van de RvS inzake Kolencentrale Eemshaven ook tot op zekere hoogte het treffen van “beheermaatregelen.” Beheermaatregelen konden als mitigerende maatregelen alleen dan in de passende beoordeling worden betrokken als deze a. “aanvullend” waren op het bestaande beheer en b. specifiek worden getroffen met het oog op de uitvoering van het desbetreffende project en c. betrekking hebben op de plaatsen waar het project tot een toename van de depositie leidt. De meest voorkomende beheermaatregel was het verwijderen van stikstof uit het gebied door bijv. maaien, plaggen of het verwijderen van struikgewas of bladeren. Door deze voorwaarden probeerde de Afdeling mitigerende maatregelen in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn af te grenzen van maatregelen die op grond van art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn nodig zijn. Er werd iets soepeler omgegaan met deze scheidslijn dan thans na het PAS-arrest. Mits aan de hiervoor genoemde eisen werd voldaan (“aanvullend”, “met het oog op het project uitgevoerd” en “betrekking hebbend op de plaatsen waar de verhoging van de depositie optreedt”) konden beheermaatregelen ook dan als mitigerend worden aangemerkt als de staat van instandhouding ongunstig was en dus “eigenlijk” een rechtsplicht tot het nemen van art. 6 lid 2-maatregelen bestond.

In de provincies Utrecht en Brabant heeft men aanvullend op het nationale wettelijk kader gewerkt met depositiebanken waarin de deposities van stoppende bedrijven/activiteiten werden geregistreerd en onder bepaalde condities ter beschikking konden worden gesteld voor activiteiten die leiden tot een verhoging van de stikstofdepositie. Zie de [Stikstofverordening van Utrecht](#) en de [Stikstofverordening van Brabant](#).

Al met al leidde dit juridisch kader tot een aanzienlijke beperking van de toelaatbaarheid van nieuwe activiteiten die een stikstofuitstoot tot gevolg hadden. Er is ooit geprobeerd om een drempel in te voeren voor activiteiten met zeer geringe extra deposities. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze drempel toen niet aanvaard omdat de ecologische onderbouwing onvoldoende was. De Afdeling heeft echter niet gezegd een drempel principieel en in het geheel uit te sluiten. Alleen was de drempel toen niet voldoende onderbouwd.<sup>55</sup>

## 3. Aanleiding voor de PAS

---

<sup>54</sup> ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:706, rov. 3.33

<sup>55</sup> Helaas kan ik de uitspraak hierover zo snel niet vinden. Indien nodig moet hier nog wat spuurwerk worden verricht.



De PAS werd geïntroduceerd om een einde te maken aan de situatie dat het voor publieke (bijv. uitbreiding snelwegen) en private initiatiefnemers vrijwel onmogelijk was geworden om een Nbw-vergunning te krijgen voor een project dat een toename van stikstofdepositie in een Natura 2000-gebied tot gevolg had. Geregeld moest een vergunningaanvraag worden afgewezen of een vergunning door de rechter worden vernietigd, wanneer niet afdoende kon worden onderbouwd dat de voor stikstofgevoelige habitattypen en leefgebieden in een Natura 2000-gebied niet zullen worden aangetast, zelfs bij activiteiten die slechts in (zeer) geringe mate bijdragen aan stikstofdepositie.<sup>56</sup> De vergunningverlening was om twee redenen onmogelijk geworden:

1. De Afdeling is van mening dat bij iedere toename van stikstofdepositie op een al overbelast Natura 2000-gebied (dus bij overschrijding van de kdw), ook al was deze zeer gering, significante negatieve effecten niet op voorhand konden worden uitgesloten en dus was op grond van de Nbw 1998 een passende beoordeling vereist.
2. In zo'n situatie is het voor de individuele initiatiefnemer nauwelijks te onderbouwen dat een extra stikstofemissie niet leidt tot aantasting van het Natura 2000-gebied.<sup>57</sup>

Tegelijkertijd werd geconstateerd dat (alleen) het weren van nieuwe activiteiten met, deels zeer kleine, extra deposities, het probleem van een te hoge belasting niet oplost. De PAS was dus, ten minste oorspronkelijk, bedoeld om enerzijds maatregelen te nemen om de depositie in de overbelaste gebieden omlaag te brengen en de ecologie in de overbelaste gebieden te verbeteren en zo daadwerkelijk ecologisch een vooruitgang te bereiken en anderzijds het slot op heel veel activiteiten in Nederland die een stikstofuitstoot tot gevolg hebben weer weg te nemen.

De PAS zou hier een oplossing voor bieden door het treffen van brongerichte maatregelen die leiden tot een afname van stikstofdepositie en herstelmaatregelen die leiden tot een versterking van de natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. Hierdoor kunnen nieuwe economische activiteiten die extra stikstofemissie met zich meebrengen tóch worden toegelaten.<sup>58</sup> Bij de uitwerking van het PAS is echter, zo blijkt uit de tussenevaluatie, van de eerste doelstelling te weinig feitelijk terecht gekomen terwijl de nadruk is komen te liggen op het toelaten van activiteiten.

---

<sup>56</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en milieu van 10 juni 2015 houdende vaststelling van het programma aanpak stikstof (Inwerkingstredingbesluit programma aanpak stikstof), Staatscourant 2015, 18411, p. 4

<sup>57</sup> Ch.W. Backes 2017, p. 174.

<sup>58</sup> Staatscourant 2015, 18411, p. 4