

Van Doorne

NOTITIE STIKSTOF

Aan NVDE
Van Van Doorne N.V (mrs. V.R.C. van Ahee, A.W.M. Oremans en S.F. Silverstein)
Inzake Juridisch kader stikstof – duurzame energieprojecten
Datum 28 maart 2025

1 Inleiding

- 1.1 De energietransitie is cruciaal voor het behalen van klimaatdoelen en het beschermen van natuur en milieu. Duurzame energieprojecten hebben over het algemeen positieve effecten voor het klimaat, natuur en milieu. Echter, omdat de bouwfase (en soms de exploitatiefase) enige stikstofemissie (en daarmee mogelijk stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden) veroorzaakt, lopen dergelijke projecten momenteel vast.
- 1.2 Ook de steeds strenger wordende eisen aan mitigatie (zoals de ‘Additionaliteitstoets’ bij saldering) maken het realiseren van duurzame energieprojecten lastiger. Dit resulteert in de ongewenste situatie waarin projecten die op de lange termijn juist bijdragen aan natuur- en klimaatdoelen, momenteel niet gerealiseerd kunnen worden. Dat komt de natuur niet ten goede.
- 1.3 De Nederlandse Vereniging van Duurzame Energie (NVDE) heeft als visie om duurzame energieprojecten uit dit ‘stikstofslot’ te trekken. Hierbij geldt de redenering dat duurzame energieprojecten moeten kunnen worden gerealiseerd als die projecten de stikstofemissie in de voorfase (bouwen) en exploitatiefase (indien van toepassing) kunnen compenseren door stikstofemissiereductie tijdens de duur van het project zelf. Om deze denkrichting als oplossing toe te passen heeft de NVDE ons gevraagd om de juridische instrumenten te verkennen die dit mogelijk kunnen maken. In deze juridische verkenning hebben wij deze instrumenten (juridisch) uiteengezet. Deze juridische verkenning hoort bij het meer praktische document ‘*Duurzame energieprojecten – de sleutel voor het stikstofslot*’ van dezelfde datum.
- 1.4 Onze hoofdconclusie is dat hoewel het regelgevende kader strikt is en regelmatig wordt genuanceerd door jurisprudentie, er wel degelijk juridische mogelijkheden lijken te zijn om deze impasse te doorbreken, mits daarvoor de juiste randvoorwaarden worden gecreëerd. Deze verkenning bespreekt de drie concrete en juridisch niet onhaalbare oplossingsroutes:
- (1) het formuleren van een **vrijstelling** voor duurzame energieprojecten;
 - (2) de inzet van een **programmatische aanpak** om duurzame energieprojecten op nationaal of regionaal niveau te faciliteren; en

(3) de inzet van een generieke, breed inzetbare motivering binnen de **ADC-toets** om duurzame energieprojecten op projectbasis te faciliteren.

1.5 Deze juridische oplossingsrichtingen, hangen echter wel af van verschillende factoren die in de nabije toekomst zullen meespelen, zoals beleidskeuzes, wetgeving, jurisprudentie en ecologische randvoorwaarden. De juridische haalbaarheid en toepassing van deze routes is daarom zowel afhankelijk van de wetenschappelijke/ecologische onderbouwing van de verschillende maatregelen en oplossingen en het eventuele op dat moment gewijzigde juridisch kader (door bijvoorbeeld nieuwe jurisprudentie of wetgeving of lokaal beleid).

1.6 Deze juridische verkenning is als volgt opgebouwd. Eerst is op hoofdlijnen het juridische kader zoals volgt uit de Habitatrictlijn en de Omgevingswet geschetst (**paragraaf 2**). Daarna werken wij de oplossingsroutes uit (**paragraaf 3**). Tot slot doen wij enkele concrete aanbevelingen (**paragraaf 4**).

2 Juridisch kader

Europees kader: de Habitatrictlijn

2.1 Een van de belangrijkste 'wetten' op het gebied van natuurbescherming is de Habitatrictlijn¹ (**Hrl**) die door de Europese Unie (**EU**) is vastgesteld. Dergelijke EU-richtlijnen zijn bindend voor de lidstaten en moeten worden omgezet in Nederlandse wetgeving. Europees recht geldt doorgaans ook als 'hoger recht', zodat nationaal recht (en uitvoering daarvan) niet in strijd mag zijn met Europees recht. Het is daarom relevant om ook bij nationale regels te beoordelen of die overeenkomen met de achterliggende Europese regels. Met andere woorden: Nederlandse stikstofmaatregelen dienen te voldoen aan de bepalingen van de Hrl

2.2 Artikel 6 Hrl vormt een essentiële basis voor het nationale natuurbeschermingsrecht en legt lidstaten kort gezegd een instandhoudingsverplichting en een verslechteringsverbod op voor aangewezen natuurgebieden (**Natura 2000-gebieden**). Gelet op het kaderstellend belang van dit artikel is de tekst hiervan opgenomen als Bijlage 1.

Artikel 6, lid 1 Hrl - instandhoudingsdoelstellingen

2.3 Op grond van **artikel 6 lid 1** Hrl moeten lidstaten instandhoudingsmaatregelen treffen om de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied te verwezenlijken. Dit gebeurt door bij het aanwijzen van een Natura 2000-gebied met het oog op de specifieke kenmerken van dat gebied te bepalen wat de instandhoudingsdoelen zijn van dat gebied en welke maatregelen worden getroffen om die doelen te behalen. Als voorbeeld: bij het aanwijzingsbesluit voor het Nederlandse Natura 2000-gebied 'Botshol' is voor het habitatype Kranswierwateren (H314.0) de instandhoudingsdoelstelling "behoud oppervlakte en kwaliteit" opgenomen. Voor andere

¹ Richtlijn 92/43/EEG inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

habitattypen in hetzelfde gebied kunnen andere instandhoudingsdoelstellingen zijn opgenomen (zoals verbetering van kwaliteit en/of uitbreiding van oppervlak):²

H3140	Kranswierwateren
Doel	Behoud oppervlakte en kwaliteit.
Toelichting	Herstelmaatregelen hebben een gunstig resultaat gehad voor het habitatype kranswierwateren. Het gebied levert een grote bijdrage aan het landelijke doel voor dit habitatype door de grote soortenrijkdom aan kranswier.

Artikel 6, lid 2 Hrl - verslechteringsverbod

- 2.4 Artikel 6 lid 2 Hrl verplicht lidstaten om passende (ook wel preventieve) maatregelen te nemen om verslechtering en verstoring van habitats en soorten waarvoor een gebied is aangewezen, te voorkomen. Hiermee wordt gewaarborgd dat Natura 2000-gebieden structureel worden beschermd en in een gunstige staat van instandhouding blijven.

Artikel 6, lid 3 Hrl – plannen en projecten

- 2.5 Artikel 6 lid 3 Hrl verplicht om alvorens een specifiek plan of project te realiseren dat mogelijk significante gevolgen³ heeft voor een Natura 2000-gebied, vooraf een Passende Beoordeling⁴ uit te voeren. Deze beoordeling moet inzicht geven in de effecten van het plan of project op het beschermde gebied, waarbij expliciet wordt gekeken naar de instandhoudingsdoelstellingen. Alleen als met zekerheid⁵ uit de beoordeling volgt dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast, kan toestemming voor het plan of project worden gegeven.⁶
- 2.6 In de Passende Beoordeling mogen zogenaamde *Mitigerende Maatregelen* worden betrokken bij de vraag of de natuurlijke kenmerken van het gebied worden aangetast. Dit zijn beschermingsmaatregelen die rechtstreeks gericht zijn op het voorkomen of verminderen van schadelijke gevolgen die uit het plan of project voortvloeien.

² [Aanwijzingsbesluit Botshol](#), 4 juli 2013.

³ Dat wil zeggen: het in gevaar brengen van de instandhoudingsdoelstellingen.

⁴ Op grond van jurisprudentie moeten in een Passende Beoordeling 'de effecten van een plan of project worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het gebied waarop het plan of project betrekking heeft, en moeten op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen, worden geïnventariseerd'. De passende beoordeling mag daarbij geen leemten vertonen en moet volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel wegnemen over de gevolgen van het plan of project. (HvJ 7 september 2004, zaak C-127/02 (Waddenvereniging en Vogelbeschermingvereniging) punten 48 en 54, HvJ 4 oktober 2007, C-179/06 (Commissie/Italië) punt 35, en HvJ 24 november 2011, C-404/09 (Commissie tegen Spanje) punt 105.)

⁵ Volgens het Hof mag op grond van de passende beoordeling wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaan dat er geen schadelijke gevolgen zijn voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied (HvJ 7 september 2004, zaak C-127/02 (Waddenvereniging en Vogelbeschermingsvereniging), punt 59, HvJ 26 oktober 2006, zaak C-239/04 (Commissie/Portugal), punt 24, en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook HvJ 26 april 2017, zaak C-142/16 (Kolencentrale Moorborg); ECLI:EU:C:2017:301), punten 38 en 42.)

⁶ Blijkens de rechtspraak van het Hof leidt een plan of project niet tot aantasting van de natuurlijke kenmerken, als de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet in gevaar worden gebracht (HvJ 7 september 2004, zaak C-127/02 (Waddenvereniging en Vogelbeschermingvereniging), punten 47-49).

- 2.7 Een belangrijke voorwaarde is dat de voordelen van deze Mitigerende Maatregelen ten tijde van de Passende Beoordeling voldoende vaststaan.⁷ Dit is in de praktijk vaak een struikelblok, omdat het soms niet vast staat welke gevolgen een Mitigerende Maatregel zal hebben.

Artikel 6, lid 4 Hrl – vergunningverlening met de ADC-toets

- 2.8 Indien uit de Passende Beoordeling niet blijkt dat significante gevolgen kunnen bestaan voor Natura 2000-gebieden, dan biedt de ADC-toets uit artikel 6 lid 4 Hrl mogelijk uitkomst om het plan of project toch te realiseren.
- 2.9 Op grond van dit lid, wordt er slechts toestemming verleend voor het plan of project dat significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied heeft indien er sprake is van:
- 1) een gebrek aan **Alternatieve** oplossingen,
 - 2) het project noodzakelijk is door **Dwingende** redenen van groot openbaar belang, en
 - 3) de nodige **Compenserende** maatregelen worden getroffen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.

Nationaal kader: de Omgevingswet

- 2.10 Voor de realisatie van duurzame energieprojecten zijn in het bijzonder de bepalingen van artikel 6 lid 3 en 4 Hrl van belang. Deze bepalingen zijn in Nederland geïmplementeerd via de Omgevingswet (**Ow**) en de daaruit volgende (uitvoerings)besluiten zoals het Omgevingsbesluit (**Ob**), het Besluit activiteiten leefomgeving (**Bal**) en het Besluit kwaliteit leefomgeving (**Bkl**).
- 2.11 Op grond van artikel 5.1, lid 1 sub e Ow is een omgevingsvergunning nodig voor een activiteit die significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, een zogenaamde omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit – (ook wel een ‘**Natuurvergunning**’). Uitzonderingen kunnen gelden in gevallen aangewezen door een bij algemene maatregel van bestuur.⁸⁹ Deze uitzonderingsgevallen worden verderop in dit document bij de bespreking van de oplossingsroutes nader toegelicht.
- 2.12 Of een activiteit al dan niet significante gevolgen kan hebben wordt in een zogenaamde voortoets (een document waarin de ecologische gevolgen van een plan of project worden verkend) in kaart gebracht (de **Voortoets**). Als uit de Voortoets blijkt dat significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied op voorhand zijn uit te sluiten, dan is er ook geen vergunningplicht.

⁷ Zie de arresten van 26 april 2017, Commissie/Duitsland, C-142/16, EU:C:2017:301, punt 38, en 25 juli 2018, Grace en Sweetman, C-164/17, EU:C:2018:593, punt 51).

⁸ Artikel 5 lid 1 sub a jo. Bijlage Omgevingswet.

⁹ Zie paragraaf 11.1.2 Bal.

2.13 Bij veel projecten kunnen de significante gevolgen niet op voorhand kunnen worden uitgesloten. De Natuurvergunning wordt dan slechts verleend als uit een Passende Beoordeling (zoals bedoeld in de Hrl) de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten.¹⁰

2.14 Als die zekerheid niet kan worden verkregen, dan kan de vergunning voor het project worden verleend, mits er geen alternatieve oplossingen zijn, het project nodig is om dwingende redenen van groot openbaar belang, en de nodige compenserende maatregelen worden getroffen (de ADC-toets).¹¹

3 Juridische kansen en oplossingsroutes

3.1 Veel duurzame energieprojecten lopen op dit moment vast bij het verkrijgen van de benodigde Natuurvergunning. Dit komt voornamelijk door de slechte staat van instandhouding van veel Natura 2000-gebieden in Nederland, en het niet behalen van de gestelde instandhoudingsdoelstellingen. Als een project ervoor zorgt dat er ook maar enige stikstof neerdaalt op Natura 2000-gebied, zijn significante effecten niet (zomaar) op voorhand uit te sluiten, wat vergunningverlening bemoeilijkt.

3.2 Daarnaast zijn de mogelijkheden tot het nemen van Mitigerende Maatregelen beperkt, vooral door de strenge Additionaliteitstoets bij saldering. Deze Additionaliteitstoets houdt in dat het bevoegde gezag (doorgaans het college van Gedeputeerde Staten van een provincie) kan door deze verplichte Additionaliteitstoets slechts een vergunning verlenen als het kan aantonen dat de maatregelen (zoals intern of extern salderen) daadwerkelijk aanvullend en niet nodig zijn voor het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen. In de praktijk is dit op dit moment moeilijk te onderbouwen is omdat veel Natura 2000-gebieden in dusdanige slechte staat zijn dat de huidige instandhoudingsmaatregelen niet voldoende zijn om de instandhoudingsdoelen te halen.

3.3 Ondanks het strenge regelgevende kader biedt de wet biedt ook juridische mogelijkheden om deze projecten wél doorgang te kunnen laten vinden. Deze mogelijkheden worden hieronder via twee oplossingsroutes uitgewerkt. **Route 1** betreft de formulering van een vrijstelling voor duurzame energieprojecten. **Route 2** betreft de mogelijkheid tot de inzet van een programmatische aanpak, om deze duurzame energieprojecten op nationaal of regionaal te faciliteren. **Route 3** betreft de inzet van een generieke, breed inzetbare motivering binnen de ADC-toets om duurzame energieprojecten op projectbasis (of middels een vrijstelling of programmatische aanpak, dus een mengvorm met Route 1 of 2) te faciliteren.

3.4 Bij deze routes geldt wel uiteraard de nuancering dat in elk geval voldoende (ecologische) onderbouwing beschikbaar moet zijn om de gemaakte (ecologische) claims te kunnen

¹⁰ Ex artikel 16.53c, lid 1 Ow jo Artikel 8.74b lid 1 Besluit kwaliteit leefomgeving.

¹¹ Artikel 8.74b Bkl (beoordelingsregels Natura-2000 activiteit).

onderbouwen. Een eventuele stikstofemissiebesparing moet bijvoorbeeld kunnen worden onderbouwd en de besparing moet zeker zijn.

Route 1: De vrijstelling

- 3.5 In het Bal zijn uitgezonderde Natura 2000-activiteiten aangewezen waarvoor geen vergunningplicht geldt. Deze vrijstellingen worden hieronder kort besproken.
- 3.6 Allereerst zijn Natura 2000-activiteiten vrijgesteld, die op grond van een andere wet zijn toegestaan en waarvoor een Passende Beoordeling of een ADC-toets is verricht.¹²
- 3.7 Daarnaast zijn Natura 2000-activiteiten vrijgesteld die door de provincie zijn aangewezen in een Programma¹³ of een omgevingsverordening.¹⁴ De vrijstellingsmogelijkheid binnen een Programma wordt bij de bespreking van Route 2 nader toegelicht.
- 3.8 Bij het invullen van de vrijstellingsmogelijkheid moeten de begrenzingen uit artikel 11.21 van het Bal in acht worden genomen. Deze stellen zeker dat de vrijstelling voldoet aan artikel 6, derde lid, van de Hrl. Dit komt erop neer dat er alleen geen vergunningplicht is, wanneer significante gevolgen van de betreffende activiteit op voorhand kunnen worden uitgesloten, voor de activiteit een passende beoordeling is verricht, of de ADC-toets succesvol zou kunnen worden doorlopen. Kortom – de normaal geldende toetsingskaders voor de verlening van een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit blijven gelden op grond van artikel 11.21 van het Bal, en er is dus nog steeds een beoordeling van de effecten op de natuur nodig. Die toets wordt alleen hier gedaan aan de hand van de vrijstelling, in plaats van een specifiek plan of project.
- 3.9 Tot slot geldt de vergunningplicht ook niet voor een Natura 2000-activiteit van nationaal belang¹⁵ of als dat in het algemeen belang geboden is, in gevallen aangewezen bij ministeriële regeling.¹⁷ Hoewel duurzame energieprojecten (nog) niet zijn aangewezen als Natura 2000-activiteit van nationaal belang, zou een kwalificatie als zodanig juridische kansen creëren om deze projecten op basis van een vrijstelling te kunnen realiseren. Deze vrijstelling moet vervolgens uiteraard nog wel in overeenstemming zijn met het (hogere recht) van artikel 6 Hrl.

¹² Artikel 11.16 Bal, in samenhang met artikel 6 leden 3 en 4 Hrl.

¹³ Artikel 11.18 Bal.

¹⁴ Artikel 11.19 Bal.

¹⁵ Artikel 4.12 van het Omgevingsbesluit.

¹⁶ Hieronder vallen bijvoorbeeld activiteiten voor het aanleggen, uitbreiden, inrichten, wijzigen, gebruiken, beheren of onderhouden van o.a. het gastransportnet, een hoogspanningsverbinding, enz.

¹⁷ Artikel 11.20 Bal.

Route 2: De programmatische aanpak

- 3.10 In het Bal zijn uitgezonderde Natura 2000-activiteiten aangewezen waarvoor geen vergunningplicht geldt.¹⁸ Hieronder vallen Natura 2000-activiteiten die zijn aangewezen in een programma.¹⁹
- 3.11 De Omgevingswet voorziet in een algemene bepaling²⁰ op grond waarvan een ‘programma met een programmatische aanpak’ (**Programma**) opgesteld kan worden.

Wat is een Programma?

- 3.12 Een Programma bevat de uitwerking van het te voeren beleid voor de ontwikkeling, het gebruik, het beheer, de bescherming of het behoud van een of meer onderdelen van de fysieke leefomgeving alsmede maatregelen om aan een of meer omgevingswaarden te voldoen of een of meer andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving te bereiken. Het kan een sectoraal of gebiedsgericht karakter hebben en verschillende elementen bevatten. Gedacht kan worden aan programma’s voor de uitvoering van activiteiten of maatregelen om sectorale doelen te verwezenlijken. Het kan ook kaders stellen (zelfbindend) voor de uitoefening van bevoegdheden door het bestuursorgaan dat het programma vaststelt (bijvoorbeeld via beleidsregels).
- 3.13 Een ‘programmatische aanpak’ is een bijzonder programma dat een specifieke manier biedt om doelstellingen voor de fysieke leefomgeving te bereiken. Het stuurt op het beheer van gebruikruimte in een bepaald gebied en dient als kader voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van activiteiten. De toelaatbaarheid van activiteiten wordt, gelet op de desbetreffende doelstelling voor de fysieke leefomgeving, beoordeeld op de specifiek voor dat programma omschreven wijze. De beoordeling van activiteiten kan soms ook afwijken van de reguliere beoordelingsregels.

Wat kun je met een Programma?

- 3.14 Zo’n Programma maakt het dus mogelijk dat activiteiten of ontwikkelingen toch doorgang kunnen vinden in gebieden waar omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving onder druk staan (vaak wordt dan ook wel gezegd dat deze gebieden ‘op slot’ staan).²¹ Dit kan doordat op basis van het Programma als geheel vaststaat dat er tijdig voldoende maatregelen worden getroffen, zodat aan de omgevingswaarde wordt voldaan of de andere hiervoor bedoelde doelstelling (zoals een goede staat van instandhouding van Natura 2000-gebieden) wordt bereikt.

¹⁸ Paragraaf 11.1.2 Bal.

¹⁹ Artikel 5.2 lid 4 Ow jo. 11.18 Bal jo. 4.30 Bkl.

²⁰ Artikel 3.15 Ow.

²¹ Besluit van 3 juli 2018, houdende regels over de kwaliteit van de fysieke leefomgeving en de uitoefening van taken en bevoegdheden (Besluit kwaliteit leefomgeving), NVT, Staatsblad 2018, 292.

Waar moet een Programma aan voldoen?

- 3.15 Het Programma moet het gebied, de periode, doelstellingen, ontwikkelingen, activiteiten, gevolgen en maatregelen bevatten.²² De regels komen dan in het omgevingsplan, de omgevingsverordening of, in het geval van een Programma van het Rijk, in het Bkl. Hiermee worden de bestaande regels buiten toepassing verklaard, en wordt het Programma ingezet.²³
- 3.16 In Afdeling 4.4. van het Bkl bevat de rijksregels over de Programma's die zien op de natuur. Zo zijn hier de regels met betrekking tot de 'Gemeentelijke programmatische aanpak stikstof'^{24 25} opgenomen, en wordt verwezen naar de mogelijkheid uit het Bal tot het opstellen van Programma's waarin vergunningvrije Natura 2000-activiteiten worden aangewezen.²⁶ Deze mogelijkheid tot het opstellen van programma's uit het Bal wordt hieronder nader toegelicht.
- 3.17 Op grond van het Bal²⁷ kunnen in Programma's (zoals een beheerplan) vergunningvrije Natura 2000-activiteiten worden aangewezen. Een Programma dat op grond van het Bal vergunningvrije Natura 2000-activiteiten aanwijst, moet – kort gezegd – (mede) gericht zijn op het realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied, op de bescherming of ontwikkeling van natuurlijke habitats of leefgebieden van soorten in of buiten Natura 2000-gebieden, of op de verbetering van de staat van instandhouding van dier- en plantensoorten binnen of buiten die gebieden.²⁸
- 3.18 Bij het aanwijzen van vergunningvrije activiteiten in een Programma moeten de begrenzingen uit artikel 11.21 van het Bal in acht worden genomen. Deze stellen zeker dat de vrijstelling voldoet aan artikel 6, derde lid, van de Hrl. Dit komt erop neer dat er alleen geen vergunningplicht is, wanneer significante gevolgen van de betreffende activiteit op voorhand kunnen worden uitgesloten (de Voortoets), of voor de activiteit een Passende Beoordeling is verricht.²⁹ Het is echter voor een programma volgens artikel 11.21 lid 1 sub c Bal niet mogelijk om een ADC-toets te doorlopen (zie hierover randnummer 3.28). Kortom – het uitgangspunt is dat behalve de mogelijkheid van een ADC-toets de normaal geldende toetsingskaders voor de verlening van een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit blijven gelden op grond van artikel 11.21 van het Bal, en er is dus nog steeds een beoordeling van de effecten op de natuur nodig. Die toets

²² Artikel 3.17 Ow.

²³ Artikel 3.15 en 3.16 Ow.

²⁴ Artikel 4.29 Bkl.

²⁵ Dit betreft een regeling voor een gebonden kader voor de omgevingsvergunningverlening voor Natura 2000-activiteiten in gebieden die voorheen onder de Crisis- en herstelwet werden aangeduid als 'ontwikkelingsgebieden'. Het gaat om binnenstedelijke gebieden, bedrijventerreinen en haven- en industriegebieden met een bijzondere dynamiek.

²⁶ Artikel 4.30 Bkl jo. 11.18 Bal. NB. In artikel 4.30 van het Bkl is een zogenoemde scharnierbepaling opgenomen, die verwijst naar de eisen die in het Bal zijn gesteld aan programma's waarin vergunningvrije Natura 2000-activiteiten of flora- en fauna-activiteiten worden aangewezen.

²⁷ Artikel 11.18 Bal.

²⁸ Artikel 11.18 lid 2 Bal.

²⁹ Artikel 11.21 Bal.

wordt alleen hier gedaan aan de hand van de vrijstelling, in plaats van een specifiek plan of project.

- 3.19 De omschrijving van de aangewezen activiteiten en bijbehorende condities in een programma moet uiteraard zodanig zijn, dat met voldoende zekerheid uitspraken kunnen worden gedaan over de effecten in het licht van de vereisten van artikel 6, derde lid, Hrl, en moet ook zodanig zijn dat er geen onduidelijkheid over kan zijn of een activiteit wel of niet vergunningvrij is.³⁰
- 3.20 Overigens is het van belang dat de ecologische toets die ten grondslag ligt aan de uitzondering voor de gehele periode waarvoor de aangewezen activiteit vergunningvrij is, zekerheid biedt over het achterwege blijven van significante, nadelige gevolgen voor Natura 2000-gebieden. Die zekerheid moet dus in ieder geval worden geboden voor de duur van het programma.
- 3.21 De juridische toelaatbaarheid van, en de randvoorwaarden voor, een nationale programmatische aanpak stikstof en daarbij opgenomen vrijstellingen zijn niet zonder controverse. In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ) en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (**de Afdeling**) meermaals aan bod gekomen. Het HvJ oordeelde in haar uitspraak van 7 november 2018³¹ dat het toestaan van activiteiten op basis van een programmatische aanpak niet principieel in strijd is met artikel 6, derde lid, van de Hrl. Dit geldt echter alleen als de daaraan ten grondslag liggende Passende Beoordeling wetenschappelijk deugt en gegarandeerd is dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat de natuurwaarden niet wordt aangetast.³² Het HvJ heeft in het arrest ook verduidelijkt welke eisen aan de Passende Beoordeling worden gesteld, en wat voor soort maatregelen in de Passende Beoordeling mogen worden betrokken. Samengevat komt dit op het volgende neer³³:
- De Passende Beoordeling van een Programma dient aan dezelfde eisen te voldoen als de Passende Beoordeling van een individueel plan of project – namelijk de eisen van artikel 6 lid 3 Hrl.
 - In de Passende Beoordeling mag géén rekening worden gehouden met de verwachte voordelen van maatregelen die ten tijde van de beoordeling nog niet vaststaan.
 - Instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen mogen slechts een rol spelen bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de

³⁰ Besluit van 16 december 2020 tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving, het Besluit kwaliteit leefomgeving, het Omgevingsbesluit en enkele andere besluiten in verband met de overgang van de Wet natuurbescherming naar de Omgevingswet (Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet), Staatsblad 2021, 22.

³¹ HvJ 7 november 2018, in de gevoegde zaken C-293/17 en C-294/17 (ECLI:EU:C:2018:882).

³² De beoordeling mag geen leemten vertonen en moet volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor het betrokken beschermde gebied wegnemen, HvJ 7 november 2018, in de gevoegde zaken C-293/17 en C-294/17 (ECLI:EU:C:2018:882), r.o. 98.

³³ HvJ 7 november 2018, in de gevoegde zaken C-293/17 en C-294/17 (ECLI:EU:C:2018:882), r.o. 123-132.

natuurwaarden. De effecten van deze maatregelen mogen dus niet als mitigerende factoren worden meegenomen in een Passende Beoordeling.

- 3.22 In haar uitspraken van 29 mei 2019 oordeelde de Afdeling dat het Programma Aanpak Stikstof (PAS) en de bijbehorende Passende Beoordeling niet voldeden aan de vereisten.³⁴ In de Passende Beoordeling van het PAS waren verwachte voordelen van maatregelen betrokken, die niet vaststonden ten tijde van die beoordeling. Zo waren de betrokken herstelmaatregelen (de instandhoudingsmaatregelen in de zin van de Hrl) veelal nog niet uitgevoerd, of konden de verwachte voordelen niet met zekerheid in kaart worden gebracht. De betrokken PAS-bronmaatregelen (de passende of mitigerende maatregelen in de zin van de Hrl) en de autonome ontwikkelingen, waren deels nog niet van kracht ten tijde van de passende beoordeling. De verwachte voordelen konden daardoor niet met de vereiste zekerheid op hexagoonniveau in kaart worden gebracht, en er kon dus ook geen depositieruimte voor nieuwe ontwikkelingen worden toegewezen.
- 3.23 De Afdeling oordeelde in de Porthos-tussenuitspraak³⁵ dat de destijds geldende 'bouwvrijstelling' ook niet voldeed aan de eisen van de Hrl. De instandhoudings- en passende maatregelen die de wetgever had gebruikt om de bouwvrijstelling te onderbouwen, waren namelijk (net als bij het PAS) grotendeels nog niet daadwerkelijk uitgevoerd. Hierdoor stonden de verwachte voordelen niet vast ten tijde van de Passende Beoordeling. De Afdeling concludeerde dat de onzekerheden over de voordelen te groot waren om op te lossen met wettelijke regels en monitoring.
- 3.24 Het is van belang dat bovenstaande eisen en lessen uit de jurisprudentie worden meegenomen bij het opstellen van een Programma met vrijstellingen voor Natura 2000-activiteiten, om de juridische toelaatbaarheid daarvan te waarborgen.
- 3.25 Tot slot moet nog worden opgemerkt dat, wanneer mitigerende maatregelen in de Passende Beoordeling van een Programma worden betrokken, de daarvoor geldende eisen en randvoorwaarden moeten worden nageleefd. Voor interne en externe saldering kan de Additionaliteitstoets een hoge drempel vormen, aangezien dan gemotiveerd moet worden dat de maatregelen daadwerkelijk aanvullend zijn en niet (als instandhoudings- of passende maatregel) noodzakelijk voor het behalen van de instandhoudingsdoelen van het Natura 2000-gebied. De overheid dient in dit geval een duidelijke en toereikende motivering te verschaffen, waarin wordt aangetoond dat de maatregelen verder gaan dan hetgeen reeds nodig is voor het realiseren van de instandhoudingsdoelen.

Route 3: de ADC-toets

- 3.26 Als uit de Passende Beoordeling niet de vereiste zekerheid is verkregen dat een project (of vrijstelling, of Programma) de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten, dan kan toestemming worden verleend als er geen Alternatieve oplossingen zijn, het project/Programma

³⁴ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.

³⁵ ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159.

nodig is om Dwingende redenen van groot openbaar belang (met inbegrip van redenen van sociale of economische aard)³⁶, en als de nodige Compenserende maatregelen worden getroffen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.³⁷

- 3.27 Het opstellen van een generieke, breed inzetbare motivering voor de ADC-toets door het Rijk kan een juridisch houdbare basis bieden om duurzame energieprojecten efficiënter te vergunnen. Een dergelijke motivering kan dienen als uniform toetsingskader, waardoor initiatiefnemers niet voor elk afzonderlijk project een volledige nieuwe onderbouwing hoeven op te stellen, maar kunnen aansluiten bij een reeds vastgestelde juridische lijn. Dit kan bijdragen aan een consistente en voorspelbare vergunningverlening.
- 3.28 Hoewel de huidige nationaalrechtelijke kaders bepalen dat voor een programma de ADC-toets geen toepassing kan vinden (immers schrijft het Bal enkel een Passende Beoordeling voor)³⁸, laat de Habitatrictlijn naar onze opvatting mogelijk ruimte voor het toepassen van deze toets op een Programma. Een “plan” in de zin van deze richtlijn, waarvoor artikel 6 lid 4 Hrl een ADC-toets toestaat, is namelijk niet expliciet gedefinieerd, en het Interpretatiedocument van de Europese Commissie bij artikel 6 Hrl biedt aanleiding om aan te nemen dat een Programma onder deze definitie van “plan” valt.³⁹ Voor deze mogelijkheid spreekt al dat dit voor een vrijstelling reeds mogelijk is. Hiernaar plegen wij graag nader onderzoek, omdat dit het vaststellen van een Programma voor duurzame energieprojecten zou kunnen vergemakkelijken.
- 3.29 Bij het opstellen van deze generieke motivering, dan wel ADC-toets voor een vrijstelling of Programma, moeten de volgende juridische eisen in acht worden genomen.
- 3.30 Het eerste vereiste voor toestemmingverlening is de afwezigheid van alternatieven. Dit houdt in dat er géén reële alternatieven zijn die geen of minder aantasting van de natuurwaarden veroorzaken én waarmee de doelstelling kan worden gehaald. Hoewel de alternatieventoets primair door een initiatiefnemer moet worden doorlopen—bijvoorbeeld in het kader van een milieueffectrapportage (MER)—en deze toets in de praktijk afhankelijk is van diverse factoren, zoals de locatie en ecologische kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied, kan de overheid voor bepaalde categorieën duurzame energieprojecten een generieke motivering opstellen, waarin wordt onderbouwd dat reële alternatieven binnen het huidige ruimtelijke en technische kader ontbreken. Dit kan met name relevant zijn voor infrastructuurprojecten met een

³⁶ Als sprake is van nadelige effecten voor prioritare habitats en soorten kunnen (zonder advies van de EC) alleen argumenten zijn die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of gunstige effecten voor het milieu, als dwingende redenen van groot openbaar belang worden ingeroepen. Voor het aanvoeren van andere dwingende redenen van groot openbaar belang is in dat geval advies van de Europese Commissie nodig. Artikel 6 lid 4 Hrl en artikel 8.74b Bkl.

³⁷ Zie randnummer 3.18.

³⁸ Immers wordt aangesloten bij het begrip “plannen en programma’s” in de zin van Richtlijn 2001/42/EG (de **SMB-richtlijn**), waar een Programma zoals het onderhavige onder zou vallen gelet op de ruime jurisprudentie van het Hof over dit begrip. Zie Mededeling van de Commissie 21 november 2018, C(2018) 7621 final, p. 41, HvJ 25 juni 2020, C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503 (*Nevele*) en ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395 (*Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding*).

beperkt aantal geschikte locaties, zoals grootschalige wind- en zonneparken of energieopslagfaciliteiten.

- 3.31 Het tweede criterium betreft de dwingende reden van groot openbaar belang (DRGOB). Op grond van de RED III zijn projecten voor hernieuwbare energie reeds beschouwd als dienend aan 'dwingende redenen van groot openbaar belang'. Dit biedt de mogelijkheid om, onder bepaalde voorwaarden, af te wijken van regelgeving op het gebied van onder meer natuurbescherming, milieubeoordeling en waterkwaliteit. Daarnaast is 'duurzaamheid' in de jurisprudentie ook reeds erkend als reden van openbaar belang.⁴⁰ Gelet op voorstaande is het DRGOB criterium voor duurzame energieprojecten geborgd.
- 3.32 Tot slot moeten de nodige compenserende maatregelen⁴¹ worden genomen die de negatieve (rest)effecten van het project compenseren.
- 3.33 De compenserende maatregelen moeten waarborgen dat de algehele samenhang van de betrokken gebieden bewaard blijft. Dit houdt in dat de compensatie in verband moet staan met de instandhoudingsdoelstellingen voor de betrokken gebieden en, wat de numerieke en instandhoudingsaspecten betreft, afgestemd moet zijn op de negatieve effecten die de habitats en soorten ondervinden. Het volstaat niet dat de compenserende maatregelen betrekking hebben op dezelfde locatie/regio. Daartegenover staat dat compenserende maatregelen ook elders kunnen worden getroffen, mits de algehele samenhang van het gebied geborgd blijft. In alle gevallen is een ecologische onderbouwing vereist om de compensatieopgave te beoordelen.
- 3.34 Compenserende maatregelen moeten in beginsel zijn gerealiseerd en effect moeten hebben op het moment dat de schade aan het gebied ontstaat. Wel kan voor een fasering van de maatregelen worden gekozen, als de positieve effecten daarvan maar ten minste gelijk opgaan met de negatieve effecten waarvoor compensatie wordt geboden.⁴²
- 3.35 Volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie⁴³ dienen compenserende maatregelen een 'redelijke succesgarantie' te hebben. De Afdeling heeft dit echter niet met zoveel woorden

⁴⁰ ABRvS d.d. 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438.

⁴¹ Compenserende maatregelen zijn plan of projectspecifieke maatregelen die worden genomen naast de normale plichten die voortvloeien uit de Vogel- en Habitatrichtlijn. Deze maatregelen beogen precies die negatieve gevolgen van het plan of project te compenseren voor de betrokken soorten en habitats. Zij vormen het 'laatste redmiddel' en worden alleen toegepast wanneer de andere beschermingsmaatregelen waarin de richtlijn voorziet zijn uitgeput, en wanneer het besluit is genomen om een project of plan toch uit te voeren dat ongunstige gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied of wanneer dergelijke effecten niet kunnen worden uitgesloten (zie Mededeling van de Commissie, Beheer van Natura-2000-gebieden: De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (92/43/EEG)).

⁴² Besluit van 16 december 2020 tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving, het Besluit kwaliteit leefomgeving, het Omgevingsbesluit en enkele andere besluiten in verband met de overgang van de Wet natuurbescherming naar de Omgevingswet (Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet), Staatsblad 2021, 22.

⁴³ Mededeling van de Commissie, Beheer van Natura-2000-gebieden: De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (92/43/EEG).

bevestigd.⁴⁴ Desalniettemin lijkt de lat ligt voor compenserende maatregelen minder hoog te liggen dan voor maatregelen die in een Passende Beoordeling kunnen worden betrokken.

- 3.36 Gelet op bovenstaande kan de overheid, ter onderbouwing van de ADC-toets voor duurzame energieprojecten, bepaalde maatregelen – zoals depositiereductie – nemen en deze strategisch kwalificeren als aanvullende compenserende maatregelen. Een dergelijke kwalificatie vereist echter een zorgvuldige juridische onderbouwing. Om als compenserende maatregelen te kunnen gelden, moet worden onderbouwd dat deze maatregelen niet reeds als instandhoudingsmaatregelen of passende maatregelen kwalificeren, of als zodanig nodig zijn om de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen halen. Daarnaast dient te worden voorkomen dat de voordelen van deze maatregelen als autonome ontwikkelingen worden beschouwd en daarmee worden toegerekend aan de staat van instandhouding van Natura 2000-gebieden. Dit betekent dat tijdig moet worden vastgelegd dat dergelijke maatregelen uitsluitend als compenserend worden ingezet ten behoeve van specifieke projecten die onder de ADC-toets vallen.

⁴⁴ ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560, r.o. 14.2.

Bijlage 1 - Artikel 6 Habitatrichtlijn (92/43/EEG)

1. De Lid-Staten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.
2. De Lid-Staten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben.
3. Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.
4. Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de Lid-Staat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De Lid-Staat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.