

Einde Programmatische Aanpak Stikstof Wat nu?

| Kennedy Van der Laan

Inleiding gebiedsbescherming

Op grond van de Wet natuurbescherming moeten onder meer beschermde gebieden worden aangewezen ten behoeve van trekvogels en vogels die op bijlage I van de Vogelrichtlijn staan alsmede voor overige diersoorten en vegetaties die op bijlage I en II van de Habitatrichtlijn staan. De aangewezen gebieden heten Natura 2000 gebieden¹.

In het aanwijzingsbesluit, waarbij de gebieden worden aangewezen, staat vermeld voor welke diersoorten en/of vegetaties het gebied wordt aangewezen en welke instandhoudingsdoelstelling geldt per soort. De instandhoudingsdoelstelling geeft aan welke bijdrage het gebied per soort of vegetatie moet leveren om op landelijk niveau een gunstige staat van instandhouding te behouden of te bereiken. Er kan sprake zijn van een verbeter- of uitbreidingsdoelstelling, een behouddoelstelling of zelfs een doelstelling die uitgaat van enige achteruitgang ten gunste van een andere soort. Een voorbeeld van een doelstelling kan zijn: *'het behoud van de omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht van tenminste 610 paren van de Nachtzwaluw'* of *Behoud verspreiding, behoud oppervlakte en verbetering kwaliteit Zure Vennen.*

Na aanwijzing dienen er diverse beschermingsmaatregelen te worden getroffen. Onderscheiden worden instandhoudingsmaatregelen, zoals het opstellen en uitvoeren van een beheerplan met beheermaatregelen alsmede het treffen van passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit niet verslechtert, zoals het nemen van een toegangsbeperkingenbesluit voor delen van het gebied.

Verder is een vergunning vereist voor een project of andere handeling dat/die gelet op de instandhoudingsdoelen voor een Natura 2000-gebied de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten kan verslechteren of een significant verstrend effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen¹.

Voor projecten die significante gevolgen kunnen hebben, moet een passende beoordeling gemaakt worden². Een vergunning kan worden verleend indien uit de passende beoordeling met zekerheid blijkt dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast.

Indien deze zekerheid niet kan worden verkregen kan een vergunning uitsluitend worden verleend wanneer met het plan of project een 'dwingende reden van groot openbaar belang' gemoeid is, er geen alternatieven zijn voor het doel dat met het project gemoeid is en compensatie plaatsvindt. Een project wordt - kort gezegd - gedefinieerd als een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of landschap.³

Voor andere handelingen dan een project moet rekening worden gehouden met de gevolgen voor een Natura 2000 gebied⁴. Een voorbeeld van een andere handeling is bijvoorbeeld een strandexcursie⁵.

Om te bepalen of een project zorgt voor aantasting van een gebied, moet dus eerst worden beoordeeld of mogelijk sprake is van een significant effect. Dit wordt de voortoets genoemd. Beoordeeld moet worden of op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het project significante gevolgen heeft. Hierbij moet het project op zichzelf (en in combinatie met andere projecten) worden bezien zonder mitigerende of compenserende maatregelen⁶. Er is sprake van significante gevolgen indien de instandhoudingsdoelen in gevaar dreigen te komen. Dit is bijvoorbeeld

¹ Artikel 2.7 lid 2 en 3 van de Wet natuurbescherming, overeenkomstig artikel 6 van de Habitatrichtlijn

² Artikel 2.8, lid 1 t/m 8 van de Wet natuurbescherming overeenkomstig artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn

³ ABRvS 27-12-12, ECLI:NL:RVS:2012:BY7293 (Terschelling)

⁴ artikel 2.8, lid 9 van de Wet natuurbescherming

⁵ ABRvS 27-12-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7293

⁶ ABRvS 09-07-14, ECLI:NL:RVS:2014:2534 (Castricum)

het geval als het project leidt tot toename van de stikstofdepositie in een met stikstof overbelaste situatie of als een project leidt tot afname van een populatie van vogels onder de streefomvang genoemd in aanwijzingsbesluit (en sprake is van een afname van meer dan 1% van de natuurlijke sterfte) of als het project leidt tot verlies van habitatype/leefgebied/ foerageergebied.

Indien uit de voortoets blijkt dat significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten, moet een passende beoordeling worden gemaakt.

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) blijkt dat in de passende beoordeling alle aspecten van het project op basis van de beste wetenschappelijke kennis worden beoordeeld. Hieruit moet de zekerheid worden verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het N2000-gebied niet zal aantasten. Daarvan is sprake als er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel is dat er geen *blijvende* schadelijke gevolgen zijn.⁷

Verschil tussen mitigerende en compenserende maatregelen

—

Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) mogen mitigerende maatregelen in een passende beoordeling worden betrokken maar compenserende maatregelen niet. Ook het Hof heeft geoordeeld dat mitigerende maatregelen in beginsel in een passende beoordeling mogen worden betrokken. Het moet dan gaan om in het project vastgestelde beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien te voorkomen of te verminderen⁸.

Wanneer is nu sprake van mitigerende maatregelen en wanneer is sprake van compenserende maatregelen?

Bij verlies van habitattypen heeft het Hof geoordeeld dat als door een project in een Natura 2000 gebied een deel van een habitatype verloren gaat en dit elders in het gebied weer wordt aangelegd, geen sprake is van mitigatie maar van compensatie⁹. Indien maatregelen zouden worden getroffen die een positief effect hebben op het deel van het habitatype waarop het project negatieve gevolgen heeft, is wel sprake van mitigatie, aldus de Afdeling¹⁰.

Bij verlies aan leefgebied voor een soort, is een maatregel mitigerend als deze de negatieve gevolgen van een project voor de omvang van een populatie voorkomt of verzacht. De Afdeling heeft geoordeeld dat indien leefgebied in het Natura 2000 gebied teniet gaat en dit buiten het Natura 2000 gebied wordt aangelegd, geen sprake is van mitigatie maar van compensatie¹¹. De Afdeling heeft verder geoordeeld dat sprake is van mitigatie als sprake is van verlies van bestaand leefgebied maar nieuw leefgebied in hetzelfde Natura 2000 gebied wordt gerealiseerd, mits het nieuwe gebied wordt gerealiseerd voor verlies van het bestaande gebied, het behouddoel niet in gevaar komt en de functie van het bestaande leefgebied vervangbaar is¹².

7 HvJ 11-04-13, ECLI:EU:C:2013:220, Sweetman

8 HvJ 15-05-14, ECLI:EU:C:2014:330 (arrest Briels)

9 HvJ 15-05-14, ECLI:EU:C:2014:330 (arrest Briels)

10 ABRvS 24-12-14, ECLI:NL:RVS:2014:4672 (Nunspeet)

11 ABRvS 11-02-15, ECLI:NL:RVS:2015:345 (Reevediep)

12 ABRvS 14-10-15, ECLI:NL:RVS:2015:3192 (Apeldoorn)

De programmatische aanpak stikstof (PAS)

De Wet natuurbescherming maakt het mogelijk een programma vast te stellen waarin enerzijds maatregelen worden opgenomen waarmee de belasting op de natuurwaarden wordt vermindert en anderzijds ontwikkelingsruimte worden opgenomen voor toedeling aan projecten of handelingen¹³.

De programmatische aanpak stikstof (de PAS) is een dergelijk programma. Aanleiding van de PAS is de hoge achtergrondbelasting van stikstof op stikstofgevoelige habitattypen en leefgebieden van soorten, hetgeen wordt veroorzaakt door industrie, verkeer en de agrarische sector. Op dit moment is in 118 van de 160 gebieden sprake van een overbelaste situatie.

De Afdeling heeft geoordeeld dat een project dat leidt tot een toename van stikstof in een overbelaste situatie moet worden beschouwd als een project dat significante gevolgen kan hebben en dat passend beoordeeld moet worden. Indien vervolgens uit de passende beoordeling bleek dat negatieve effecten niet konden worden uitgesloten, kon veelal geen vergunning worden verleend.

In de Crisis- en herstelwet werd vervolgens bepaald dat uiterlijk op 1 april 2012 een programma aanpak stikstof zou worden vastgesteld. Uiteindelijk is de PAS op 1 juli 2015 vastgesteld. Het doel van de PAS is om economische ontwikkelingen mogelijk te maken en tegelijkertijd op termijn de Natura 2000 doelstellingen te realiseren.

De PAS komt op het volgende neer.

Er worden bronmaatregelen en herstelmaatregelen genomen gericht op de daling van stikstofdepositie. Dit zal leiden tot een bepaalde depositiedaling. Daarnaast zal ook een daling ontstaan door autonome ontwikkelingen, zoals schoner verkeer.

Een deel van de depositiedaling die voortvloeit uit de maatregelen mag vervolgens worden ingezet voor het faciliteren van stikstofdepositie veroorzakende activiteiten. Dit wordt depositie/ontwikkelingsruimte genoemd. Per hectare stikstofgevoelig habitat in een Natura 2000 gebied is berekend hoeveel depositie- en ontwikkelingsruimte (hoeveel mol) beschikbaar is voor nieuwe ontwikkelingen.

Activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken onder de drempelwaarde van 0,05 mol/ha/jr zijn zonder meer toegestaan.

Activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken onder de grenswaarde van 1 mol/ha/jr (of soms 0,05 mol) zijn uitgezonderd van de vergunningplicht, maar zijn wel meldingsplichtig indien het gaat om oprichting, verandering, uitbreiding inrichting voor landbouw, industrie of gemotoriseerde voertuigen voor wedstrijden, of het plaatsen van extra vee of de aanleg van lokale wegen

Activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken hoger dan 1 mol/ha/jr zijn vergunningplichtig.

De depositie/ontwikkelingsruimte wordt vervolgens verdeeld over:

- a. autonome ontwikkelingen, zoals de toename van verkeer.
- b. ontwikkelingen onder de grenswaarde
- c. prioritaire projecten (segment 1). Deze staan vermeld op de bijlage bij de Regeling natuurbescherming. Het gaat hierbij om de aanleg/uitbreiding van diverse rijkswegen.
- d. overige projecten (segment 2). Er kan maximaal 3 mol per project worden toebedeeld.

¹³ Artikel 1.13 van de Wet natuurbescherming maakt het mogelijk om een dergelijk programma bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) vast te stellen.

Iedere provincie heeft beleidsregels opgesteld over de toedeling van ruimte uit segment 2.



Afbeelding afkomstig uit AbRvS 17-05-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259

Het uitgangspunt is dat de depositie die kan plaatsvinden na benutting van de depositie/ontwikkelingsruimte passend is beoordeeld. In deze passende beoordeling zijn de bron- en herstelmaatregelen die in het PAS zijn voorzien als mitigerende maatregel betrokken. De uitkomst is dat de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000 gebieden niet zullen worden aangetast.

Overigens zal de PAS er niet voor zorgen dat in 2021 geen sprake meer zal zijn van overbelaste gebieden maar wel dat de stikstofdepositie is verminderd.

Voor een project dat onder de PAS valt is geen afzonderlijke passende beoordeling meer nodig omdat voor het PAS al een passende beoordeling is gemaakt. Een vergunning voor het project kan worden verleend als er voldoende ontwikkelingsruimte beschikbaar is en het bevoegd gezag die ruimte toedeelt.

De looptijd van het PAS is van 1 juli 2015 tot en met 1 juli 2021. Voor de ontwikkelingen in segment twee (de overige projecten) is de ontwikkelingsruimte verdeeld in tweemaal drie jaar. In de eerste drie jaar, dus tot en met 1 juli 2018, mag 60% van de beschikbare depositie/ontwikkelingsruimte worden opgebruikt en in de tweede periode mag 40% van de depositie/ontwikkelingsruimte worden opgebruikt.

De maatregelen uit het PAS moeten binnen de looptijd van zes jaar worden gerealiseerd. Deze maatregelen worden tot nu toe beschouwd als mitigerende maatregelen die in het kader van de passende beoordeling van het PAS mochten worden betrokken.

Voorwaarden voor het betrekken van mitigerende maatregelen

—

Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling mochten mitigerende maatregelen in een passende beoordeling worden opgenomen indien verzekerd was dat de mitigerende maatregel was getroffen voordat het project negatieve gevolgen had voor het Natura 2000 gebied. Er was niet vereist dat de maatregel ten tijde van de passende beoordeling al zou zijn getroffen en effectief was.

Het Hof oordeelde op 21 juli 2016 echter in andere zin¹⁴. In deze zaak ging het om de uitbreiding van de haven in Antwerpen. Dit ging ten koste van 22 hectare habitattype. Elders in het Natura 2000 gebied werd nieuwe natuur aangelegd, waarbij was verzekerd dat de uitbreiding van de haven en de aantasting van het habitattype pas mocht plaatsvinden als de nieuwe natuur daadwerkelijk tot wasdom was gekomen. Gevraagd is of de aanleg van dit nieuwe gebied als mitigerende maatregel in de passende beoordeling mocht worden betrokken. Het Hof oordeelde dat in een passende beoordeling geen maatregelen mogen worden betrokken die nog niet zijn uitgevoerd en nog geen (positieve) gevolgen hebben ten tijde van de passende beoordeling. Dat mag evenmin als aan de uitvoering van het project de voorwaarde wordt verbonden dat het niet eerder wordt uitgevoerd dan nadat de mitigerende maatregelen zijn uitgevoerd en een positief effect hebben.

Op 26 jul 2017 oordeelde het Hof vervolgens nogmaals over de vraag wanneer een mitigerende maatregel in de passende beoordeling mag worden betrokken¹⁵. In deze zaak ging het om de realisatie van een koelwaterinlaat energiecentrale. Deze zou leiden tot sterfte van vissen waarvoor 600 kilometer verderop Natura 2000 gebieden waren aangewezen. In de passende beoordeling was een vistrap als maatregel betrokken die positieve effecten zou hebben op de visstand. De uitkomst van de passende beoordeling was dat zelfs meer vissen zouden aankomen in het Natura 2000 gebied na uitvoering van het project (koelwaterinlaat energiecentrale en vistrap) dan voor de uitvoering daarvan. Aan de vergunning was de voorwaarde verbonden dat de werking van de vistrap zou worden gemonitord.

Het Hof oordeelde dat de passende beoordeling definitieve bevindingen dient te bevatten omtrent de doelmatigheid van de maatregel. Monitoring van de effectiviteit van de maatregel neemt niet vooraf de twijfel weg dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000 gebied niet zullen worden aangetast. Het opnemen van de vistrap in de passende beoordeling was dan ook niet toegestaan.

Naar aanleiding van deze jurisprudentie schreef ik in het artikel *'Heeft de programmatische aanpak stikstof nog een toekomst'*, gepubliceerd in MC magazine van de Academie van de Rechtspraak van 11 juni 2018 dat de PAS in strijd is met de Habitatrichtlijn en dat het gebruikmaken van de PAS niet zal mogen worden toegestaan.

14 HvJ 21-07-16, ECLI:EU:C:2016:583 (arrest Orleans)

15 HvJ 26-04-17, ECLI:EU:C:2017:301 (arrest Moorborg)

Prejudiciële vragen over de PAS

Het arrest Orleans was voor de Afdeling in ieder geval ook aanleiding om in zaken die gingen over de PAS prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU¹⁶. De belangrijkste vragen die de Afdeling heeft gesteld, zijn de volgende.

1. Mogen activiteiten die stikstofdepositie onder een bepaalde drempel- of grenswaarde veroorzaken, worden uitgevoerd zonder individuele toestemming.
2. Mag een passende beoordeling voor een programma waarin een bepaalde totale hoeveelheid stikstofdepositie is beoordeeld, ten grondslag wordt gelegd aan de verlening van een vergunning (individuele toestemming) voor een project of andere handeling, die stikstofdepositie veroorzaakt die binnen de in het kader van het programma beoordeelde depositieruimte past.
3. Mogen in de passende beoordeling die in het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021, is gemaakt, de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en herstelmaatregelen worden betrokken? En zo ja, kan dit als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt?

Naast het stellen van prejudiciële vragen heeft de Afdeling geoordeeld dat door de minister Economische Zaken en van Infrastructuur en Milieu een nadere onderbouwing moet worden gegeven van enkele keuzes, gegevens en aannames die ten grondslag liggen aan het PAS en de daarbij behorende passende beoordeling. Met name dient een nadere onderbouwing te worden gegeven van de keuze en omvang van enkele marges waarmee in het PAS rekening is gehouden bij de voorspelde daling van de stikstofdepositie. Daarnaast zijn er vragen over de aannames en berekeningen van de depositiebijdrage van de autonome ontwikkelingen en of binnen de depositieruimte voldoende ruimte is gereserveerd voor autonome ontwikkelingen.

De Afdeling oordeelde verder dat er vooralsnog geen reden was de PAS te schorsen in afwachting van de beantwoording van de vragen en in afwachting van de nadere onderbouwing van de in het PAS gemaakte keuzes. De reden hiervoor was dat de PAS ervan uitgaat dat tot en met 1 juli 2018 slechts 60% van de ontwikkelingsruimte beschikbaar is voor segment 2 zodat verzekerd is dat de ontwikkelingsruimte die beschikbaar is vanaf 1 juli 2018 niet is uitgegeven. Daarom zou er geen sprake zijn van onomkeerbare gevolgen zodat de Afdeling geen aanleiding zag om de op basis van de PAS verleende vergunningen voor 1 juli 2018 te schorsen. Na 1 juli 2018 zou een nieuwe voorziening kunnen worden gevraagd, waarbij de reactie van de ministers op de vragen over het PAS zou worden betrokken. Later heeft de voorzieningenrechter van de Afdeling toch een aantal vergunningen geschorst die waren verleend op basis van de PAS omdat uit een periodieke herberekening was gebleken dat op sommige plaatsen meer dan 60% en soms zelfs 100% van de herberekende totale omvang van de ontwikkelingsruimte was uitgegeven. wordt overschreden of wanneer het gaat om vergunningen die zonder toedeling van de ontwikkelingsruimte zijn verleend.¹⁷

¹⁶ AbRvS 17-05-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, zie overigens ook de prejudiciële vragen die dezelfde dag zijn gesteld over de vraag of beweiden en bemesten kan worden beschouwd als een project, AbRvS 17-05-2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260

¹⁷ VZ AbRvS 9 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:795

Arrest Hof van Justitie

—

Het Hof van Justitie (EU) heeft in het arrest van 7 november 2018¹⁸ over de PAS geoordeeld dat toestemmingverlening op grond van een programma mogelijk is, mits de passende beoordeling van het programma voldoet aan alle eisen van art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn. De toets van de nationale rechter dient aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- De wetenschappelijke deugdelijkheid van de passende beoordeling moet grondig en volledig (indringend) worden getoetst.
- Uit de toets moet de garantie volgen dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat geen van de plannen of projecten schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied

Er kan uitsluitend gebruik worden gemaakt van de PAS en de passende beoordeling die daaraan ten grondslag ligt als de nationale rechter ervan overtuigd is dat de passende beoordeling voldoet aan het criterium dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat die plannen of projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken gebieden. De passende beoordeling voor een programma, zoals het PAS, moet dus aan dezelfde eisen voldoen als een passende beoordeling voor een individueel plan of project.

Het Hof van Justitie (EU) heeft verder – kort gezegd - geoordeeld dat maatregelen niet mogen worden betrokken in een passende beoordeling als de verwachte voordelen van die maatregelen niet vaststaan ten tijde van die passende beoordeling.

Naar aanleiding van dit arrest diende de Afdeling bestuursrechtspraak deze beoordeling te maken.

Uitspraak Afdeling 29 mei 2019¹⁹

—

Het gaat in deze uitspraak om beroepen tegen zes vergunningen voor verschillende agrarische bedrijven in de provincie Noord-Brabant. De bedrijven veroorzaken stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden, waaronder de Groote Peel en Deurnsche Peel & Mariapeel. Beide gebieden zijn aangewezen voor het stikstofgevoelige habitattypen herstellend hoogveen.

Het college heeft aan vijf bedrijven een vergunning verleend waarbij ontwikkelingsruimte is toegedeeld, voor zover de bedrijven stikstofdepositie veroorzaken die de drempel- of grenswaarde (0,05 of 1 mol N/ha/jr) overschrijdt. Het college heeft de vergunningen verleend onder verwijzing naar de passende beoordeling die voor het PAS is gemaakt.

Voor zover de activiteiten stikstofdepositie veroorzaken die onder de drempel- en grenswaarde blijft die voor het desbetreffende Natura 2000-gebied geldt, heeft bij de vergunningverlening geen beoordeling plaatsgevonden van de toename van stikstofdepositie op de stikstofgevoelige natuurwaarden in die Natura 2000-gebieden. Voor dergelijke toenames is in het PAS depositieruimte gereserveerd.

De Afdeling gaat in deze uitspraak in op de volgende vragen: (1) geldt de kritische depositie waarde als absolute grenswaarde? (2) welk type maatregelen mogen in een PAS worden opgenomen (3) wanneer kwalificeren de maatregelen uit het PAS als beschermingsmaatregel en wanneer als instandhoudings- of passende maatregel? (4) stonden de positieve effecten van de in de PAS

¹⁸ HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C2018:882

¹⁹ AbRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1764

opgenomen herstelmaatregelen, bronmaatregelen en autonome maatregelen vast? Hierna geeft de Afdeling een conclusie en geeft de Afdeling weer wat de gevolgen zijn van deze uitspraak(5).

1. *Kritische depositiewaarde*

De Afdeling oordeelt dat de kritische depositiewaarde van een gebied niet als een absolute grenswaarde geldt voor het bepalen van de gunstige staat van instandhouding van stikstofgevoelige habitattypen. De mate en duur van de overschrijding van de kritische depositiewaarde zijn naar het oordeel van de Afdeling wel belangrijke indicatoren voor de beoordeling of de daling van de depositie door de PAS-bronmaatregelen en de effecten van de herstelmaatregelen in de gebieden al dan niet nodig zijn voor het behoud en het voorkomen van verslechtering van de stikstofgevoelige natuurwaarden. Zo zal voor een gebied waar sprake is van een ongunstige staat van instandhouding en een forse, nog jarenlang voortdurende overschrijding van de kritische depositiewaarde, eerder sprake zijn van maatregelen die nodig zijn voor het behoud of voorkomen van verslechtering, dan voor een gebied waar zeker is dat, bijvoorbeeld door de autonome ontwikkeling, de stikstofbelasting zodanig zal afnemen dat overschrijding binnen een afzienbare termijn de kritische depositiewaarde nadert.

2. *Toepassing diverse maatregelen in de PAS*

Zoals ik hiervoor onder de paragraaf Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) toelichtte, bestaat het PAS er kort gezegd uit dat bronmaatregelen en herstelmaatregelen worden genomen gericht op de daling van stikstofdepositie. Dit wordt depositiedaling genoemd.

Een deel van de depositiedaling die voortvloeit uit de bronmaatregelen mag vervolgens worden ingezet voor het faciliteren van stikstofdepositie veroorzakende activiteiten. Dit wordt depositie/ontwikkelingsruimte genoemd. Per hectare stikstofgevoelig habitat in een Natura 2000 gebied is berekend hoeveel depositie- en ontwikkelingsruimte (hoeveel mol) beschikbaar is voor nieuwe ontwikkelingen.

De Afdeling legt in de uitspraak uit dat de bron- en herstelmaatregelen die in het PAS zijn opgenomen voor een deel gekwalificeerd kunnen worden als instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen en voor een deel als beschermingsmaatregelen.

Instandhoudings- en passende maatregelen

Instandhoudings- en passende maatregelen moeten op grond van artikel 6, lid 1 en 2 van de Habitatrictlijn sowieso genomen worden om de kwaliteit van een aangewezen gebied te waarborgen. Deze maatregelen moeten dus al worden getroffen zonder dat sprake is van een project (ingreep) die een significant effect kunnen hebben.

De Afdeling oordeelt dat dergelijke maatregelen niet 'als wisselgeld mogen worden ingezet' ter mitigatie van de eventuele schadelijke gevolgen van een plan of project. Maatregelen die kwalificeren als instandhoudings- of passende maatregelen mogen dus niet op die manier worden opgenomen in het PAS. Wel mogen deze maatregelen een rol spelen bij het beoordelen van de conditie of toestand waarin de natuurwaarden zich bevinden, mits de verwachte voordelen van deze maatregelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan. Die uitgangssituatie is relevant voor de beoordeling of een plan of project significante gevolgen kan hebben en of verzekerd is dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zullen worden aangetast. De gevolgen van een plan of project dienen immers te worden gezien in het licht van de staat van instandhouding van de natuurwaarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen.

Beschermingsmaatregelen

Beschermingsmaatregelen zijn maatregelen die ten behoeve van een project worden getroffen om de gevolgen van dat project te mitigeren.

De positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen mogen worden betrokken bij de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd. Wél geldt dan het vereiste dat het effect van deze maatregelen moet vaststaan ten tijde van de passende beoordeling.

Autonome maatregelen/ontwikkelingen

De PAS houdt daarnaast ook rekening met het feit dat door autonome maatregelen/ontwikkelingen, zoals dat auto's schoner worden e.d., de stikstofdepositie vanzelf naar beneden zal gaan.

De Afdeling oordeelt dat de positieve gevolgen van autonome ontwikkelingen in de passende beoordeling net als de instandhoudings- en passende maatregelen niet mogen worden betrokken bij de vraag of de negatieve gevolgen van een plan of project kunnen worden voorkomen of verminderd, maar wel een rol kunnen spelen bij het bepalen van de staat van instandhouding van de habitattypen en soorten waarvoor het Natura 2000-gebied is aangewezen. De autonome ontwikkelingen spelen derhalve op dezelfde wijze in een passende beoordeling een rol als instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen. De verwachte voordelen van autonome ontwikkelingen moeten vaststaan ten tijde van de passende beoordeling.

Conclusie Afdeling over opgenomen maatregelen in het PAS

De Afdeling concludeert dat de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag niet voldoet aan de eisen die het Hof van Justitie van de EU heeft gesteld omdat ook de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen zijn betrokken bij de beoordeling of de negatieve gevolgen van de toedeling van de stikstofdepositie waarin het PAS voorziet kunnen worden voorkomen. Datzelfde geldt voor de positieve gevolgen door de autonome daling van de stikstofdepositie.

3. Welke maatregelen kwalificeren als instandhoudingsmaatregelen en welke als beschermingsmaatregelen?

Beschermingsmaatregel

De PAS-bronmaatregelen en de herstelmaatregelen die specifiek voor het PAS worden getroffen kunnen worden beschouwd als beschermingsmaatregelen:

- a) als het behoud van de staat van instandhouding van de natuurwaarden in een Natura 2000-gebied is gewaarborgd; of
- b) als verzekerd is dat de herstel- en verbeterdoelen op een andere wijze dan met de PAS-maatregelen kunnen worden gerealiseerd.

Instandhoudings- en passende maatregelen

De PAS-bronmaatregelen en de herstelmaatregelen die specifiek voor het PAS worden getroffen kunnen worden beschouwd als beschermingsmaatregelen:

- a) als het behoud van de staat van instandhouding van de natuurwaarden in een Natura 2000-gebied niet is gewaarborgd; én
- b) niet verzekerd is dat de herstel- en verbeterdoelen op een andere wijze dan met de PAS-maatregelen kunnen worden gerealiseerd.

Dit betekent dus ook dat de duiding van de maatregelen en daarmee de vraag of de positieve gevolgen van (een deel van) de PAS-bronmaatregelen en herstelmaatregelen kunnen worden

betrokken bij de beoordeling van de gevolgen van de beschikbaar gestelde depositieruimte per Natura 2000-gebied kan verschillen

4. Stonden de positieve effecten van de in de PAS opgenomen herstelmaatregelen, bronmaatregelen en autonome maatregelen vast?

Herstelmaatregelen

In de uitspraak analyseert de Afdeling de verschillende herstelmaatregelen en de zekerheid waarmee de effecten van die maatregelen vast staan op basis van de passende beoordeling. De Afdeling bestuursrechtspraak komt tot de conclusie dat in de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, herstelmaatregelen zijn betrokken waarvan de verwachte voordelen ten tijde van die beoordeling niet vaststonden. De verwachte voordelen van deze herstelmaatregelen kunnen dan ook niet worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden en bij de beoordeling of de toedeling van de depositieruimte zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden.

Bronmaatregelen

De Afdeling oordeelt dat de verwachte voordelen van de PAS-bronmaatregelen niet met de vereiste zekerheid in kaart waren gebracht of gekwantificeerd. Echter, ook al zou dat wel het geval zijn dan zouden daarmee de verwachte voordelen van de PAS-bronmaatregelen nog niet vaststaan.

Dit, omdat het arrest van het Hof bepaalt dat de PAS-bronmaatregelen resultaat moeten hebben gehad voordat de activiteiten die op basis van het PAS-beoordelingskader worden toegestaan negatieve gevolgen kunnen hebben voor de Natura 2000-gebieden. De maatregelen moeten dus eerst zijn uitgevoerd en de emissiedaling door die maatregelen moet zich met zekerheid hebben voorgedaan voordat de emissie veroorzakende activiteit wordt uitgevoerd.

Het PAS en de regelgeving waarborgen niet dat de daling van de depositie en de uitgifte van de ontwikkelingsruimte ten minste gelijk op lopen. Hieruit volgt dat de verwachte voordelen van de PAS-bronmaatregelen ten tijde van de passende beoordeling, ook in het geval deze met zekerheid in kaart waren gebracht en gekwantificeerd, niet vaststonden.

De verwachte voordelen van de PAS-bronmaatregelen kunnen daarom niet worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden en bij de beoordeling of de toedeling van de depositieruimte op basis van het PAS-beoordelingskader niet zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden.

Autonome ontwikkelingen

De Afdeling constateert dat in de emissiedaling die in het PAS wordt toegerekend aan autonome ontwikkelingen, niet slechts de verwachte effecten van bestaand beleid, maar ook van voorgenomen beleid is betrokken. Voorgenomen beleidsmaatregelen zijn, aldus het RIVM-rapport, 'maatregelen die de Europese Commissie of het kabinet van plan zijn te nemen, maar die in de komende jaren nog verder worden ontwikkeld en geïnstrumenteerd. Over deze maatregelen moet nog een beslissing worden genomen'. Met de verwachte voordelen van voorgenomen beleid, kan naar het oordeel van de Afdeling, geen rekening worden gehouden, omdat ten tijde van de passende beoordeling nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen daarvan tot stand zullen worden gebracht

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de verwachte voordelen van de autonome ontwikkelingen ten tijde van de passende beoordeling niet vaststonden. Deze kunnen dus niet worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden.

Stoppende agrarische bedrijven

In het PAS is verder rekening gehouden met de emissiedaling als gevolg van stoppende agrarische bedrijven. Een deel van die vrijkomende emissieruimte, de zogenoemde stoppersruimte, wordt in het PAS als depositie-/ontwikkelingsruimte beschikbaar gesteld voor de agrarische sector (segment 2).

Omdat de emissiedaling door de stoppende agrarische bedrijven niet met de vereiste zekerheid op hexagoonniveau in kaart kunnen worden gebracht concludeert de Afdeling de verwachte voordelen van de emissiedaling door stoppende agrarische bedrijven ten tijde van de passende beoordeling niet vaststonden.

5. Conclusie Afdeling bestuursrechtspraak en gevolgen voor besluiten

De Afdeling bestuursrechtspraak concludeert dat het PAS in strijd is met de Habitatrichtlijn. en dat bijlage 2 van het PAS, dat de opsomming van de gebieden omvat die in het PAS zijn opgenomen, onverbindend is. Dit heeft gevolgen voor a) besluiten die zijn genomen op basis van de PAS, b) activiteiten die van de vergunningplicht waren uitgezonderd en c) bestemmingsplannen die een vergunde situatie opnemen en verwijzen naar een eerdere passende beoordeling op basis van de PAS.

Vergunningen/ besluiten onder de PAS

Iedere vergunning of toestemming voor een activiteit die stikstofdepositie veroorzaakt op een Natura 2000-gebied dat in de PAS is opgenomen en dat verwees naar de passende beoordeling van de PAS, is gebrekkig.

Een toestemming of vergunning die onherroepelijk is, wordt echter niet geraakt met deze uitspraak. Een initiatiefnemer die voor een activiteit die stikstofdepositie veroorzaakt een vergunning heeft die met toepassing van het PAS-beoordelingskader is verleend en die in rechte onaantastbaar is, heeft na deze uitspraak dus nog steeds een vergunning voor die activiteit.

Van vergunningplicht uitgezonderde activiteiten

In het Besluit grenswaarden is een drempelwaarde van 0,05 mol N/ha/jr en een grenswaarde van 1 mol N/ha/jr bepaald. Voor hoofdwegen en hoofdvaarwegen als bedoeld in artikel 1 van de Tracéwet is een afstand groter dan 3 (hoofdweg) of 5 (hoofdvaarweg) kilometer tot het Natura 2000-gebied bepaald. Als een activiteit binnen deze drempelwaarde en/of afstand blijft, was de activiteit uitgezonderd van de vergunningplicht.

In gevallen waarin een activiteit vergunningplichtig was om andere redenen, behoefde het bevoegd gezag de gevolgen van de stikstofdepositie niet te beoordelen als de stikstofdepositie de vastgestelde waarde niet overschrijdt, of de activiteit op grotere afstand dan de vastgestelde afstand wordt gerealiseerd.

De Afdeling oordeelt dat artikel 2 van het Besluit grenswaarden, waarin de waarde en de afstand zijn opgenomen onverbindend is.

Dit betekent dat ervan uitgegaan moet worden dat er **geen** grens- en drempelwaarde en afstand heeft gegolden, en dat geen toepassing kon worden gegeven aan de uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken die de grens- of drempelwaarde niet overschrijdt of die op een grotere afstand dan de vastgestelde afstand worden gerealiseerd.

Activiteiten die met toepassing van de uitzondering op de vergunningplicht zonder vergunning zijn gerealiseerd of verricht zijn daarom alsnog vergunningplichtig. Dat geldt ook voor activiteiten waarvoor

de meldingsplicht gold omdat een meldingsbevestiging geen besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb is.

Voor zover bij de verlening van vergunningen/besluiten geen beoordeling heeft plaatsgevonden van stikstofdeposities die de grens- en drempelwaarde niet overschrijden, geldt dat deze vergunningen gebrekkig zijn. Ook hier geldt dat vergunningen die in rechte onaantastbaar zijn en waaraan deze afweging (mede) ten grondslag ligt, het rechtsgevolg behouden dat zij hebben.

Bestemmingsplan

Voor een bestemmingsplan dat voorziet in de inpassing van een activiteit waarvoor eerder een Natuurbeschermingswetvergunning is verleend, wordt in de regel verwezen naar de passende beoordeling die gemaakt in het kader van deze vergunningverlening.

Deze uitspraak betekent dat deze verwijzing niet is toegestaan als de Natuurbeschermingswetvergunning is verleend op basis van het PAS-beoordelingskader. Er zal dus voor het plan een nieuwe passende beoordeling moeten worden gemaakt.

Deze uitspraak kan dus gevolgen kan hebben voor bestemmingsplannen waarvan de beroepsprocedure nog niet is afgerond en waarin beroepsgronden naar voren zijn gebracht over de toepassing de PAS bij de verwijzing naar de vergunning.

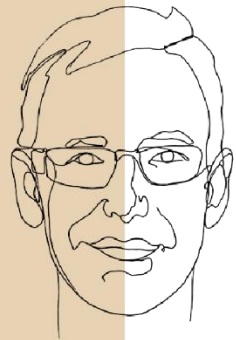
Betekenis uitspraak Afdeling voor toekomstige besluiten

—

In het geval de PAS niet meer gebruikt mag worden, betekent dat uiteraard niet dat geen stikstof veroorzakende ontwikkelingen meer toe mogen worden gestaan. In dat geval kunnen we terugvallen op hetgeen voor alle andere projecten geldt, te weten dat per project moet worden beoordeeld of de extra bijdrage zorgt voor een significant effect. Indien dat het geval is, kan slechts vergunning worden verleend indien sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang, er geen alternatieven zijn voor het met het project gemoeide doel én compensatie plaatsvindt. We gaan dus terug naar de situatie voordat de PAS werd ingevoerd.

Een deel van dit artikel is eerder gepubliceerd in het artikel '*Heeft de programmatische aanpak stikstof nog een toekomst*', gepubliceerd in MC magazine van de Academie van de Rechtspraak van 11 juni 2018

ⁱ Deze wetgeving vindt zijn grondslag in de Vogelrichtlijn uit 1979 (het aanwijzen van gebieden voor vogels) en de Habitatrichtlijn uit 1992 (het aanwijzen en beschermen van gebieden voor bepaalde vegetaties en diersoorten). Voorheen was deze regelgeving opgenomen in de Natuurbeschermingswet 1998



www.kvdl.com

+31 20 5506 666

+31 40 2499 000

Amsterdam / Eindhoven

@KennedyVdlaan

[linkedin.com/company/Kennedy-van-der-Laan](https://www.linkedin.com/company/Kennedy-van-der-Laan)

Kennedy Van der Laan