

Toelaatbaarheid stikstofrelevante activiteiten na PAS-uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak

Bb 2019/50

Op 29 mei 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in haar langverwachte uitspraak geoordeeld dat het PAS in strijd met de Habitatrichtlijn is vastgesteld. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de toelaatbaarheid van stikstofrelevante activiteiten na deze uitspraak en de gevolgen hiervan voor ondernemend Nederland.

1. Inleiding

Op 29 mei 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in haar langverwachte uitspraak (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603) geoordeeld dat het PAS in strijd met de Habitatrichtlijn is vastgesteld. Bijlage 2 van het PAS, artikel 2 van het (vervalten) Besluit grenswaarden en artikel 2.12 van het Besluit natuurbescherming worden onverbindend verklaard. Reeds na het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie), waarin het de prejudiciële vragen van de Afdeling over het PAS beantwoordt, bestonden er twijfels over de houdbaarheid van het PAS. In deze bijdrage gaan wij nader in op het systeem van het PAS (paragraaf 2), wat er volgens de Afdeling concreet mis is aan dit systeem (paragraaf 3), wat de gevolgen van het onverbindend verklaren van het PAS zijn voor ondernemend Nederland (paragraaf 4) en bieden wij een eerste doorkijk naar de toekomst voor nieuwe besluitvorming (paragraaf 5).

2. Wat is het PAS?

Het Programma Aanpak Stikstof (PAS) is een integraal programma voor activiteiten die stikstof uitstoten die neerslaat op een Natura-2000 gebied ("stikstofdepositie"). Het gaat dan bijvoorbeeld om uitbreidingen van veehouderijen, de aanleg van woonwijken en wegen en industriële activiteiten. Stikstofdepositie kan een negatief effect hebben op de natuur. In veel Natura 2000-gebieden is sprake van een overschrijding van de zogenaamde kritische depositiewaarde voor stikstof voor het specifieke habitatype in het betrokken gebied.

Het PAS strekte tot herstel en behoud van de in het PAS opgenomen Natura 2000-gebieden en creëert daarmee tegelijkertijd ruimte voor economische activiteiten. In het PAS is een pakket van 'herstelmaatregelen' en 'PAS-bronmaatregelen' vastgesteld dat samen met autonome ontwikkelingen moet leiden tot vermindering van stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden. Een gedeelte van die toekomstige 'winst' wordt beschikbaar gesteld voor economische activiteiten ("ontwikkelruimte").

Met het PAS werd ook beoogd het toestemmingsregime op grond van de Habitatrichtlijn (geïmplementeerd in de Natuurbeschermingswet 1998 (oud) en de Wet natuurbescherming) te versimpelen. Voor een plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied moet een passende beoordeling worden gemaakt om te beoordelen of (eventueel met mitigerende maatregelen) met zekerheid kan worden vastgesteld dat het plan of project de natuurwaarden niet aantast. Als die vereiste zekerheid niet is verkregen, mag het plan of project alleen plaatsvinden als er geen alternatieve oplossingen zijn, er een dwingende reden van openbaar belang is en er compenserende maatregelen worden genomen (hierna: de ADC-toets). Voor het PAS was een algemene passende beoordeling uitgevoerd waarmee vooraf is getoetst welke activiteiten kunnen plaatsvinden. Hierdoor hoefden individuele activiteiten niet passend te worden beoordeeld voor stikstofdepositie: er kon worden verwezen het PAS.

3. Wat is er concreet mis met het PAS?

De Afdeling heeft in onderhavige uitspraak (hierna: de PAS-uitspraak) geoordeeld dat toepassing van het PAS in strijd is met artikel 6 van de Habitatrichtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in haar uitspraak waarin zij de prejudiciële vragen van de Afdeling beantwoordt.

De Afdeling oordeelt ten eerste dat het PAS ten onrechte geen rekening houdt met het verschil tussen enerzijds instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen en anderzijds beschermingsmaatregelen, in de zin van de Habitatrichtlijn. Het PAS gooit alle maatregelen en voordelen als het ware op één hoop en dat is niet toegestaan. Alleen de positieve gevolgen van *beschermingsmaatregelen* mogen bij een passende beoordeling van een stikstof veroorzakende activiteit worden betrokken. De positieve gevolgen van overige maatregelen en voordelen mogen alleen een rol spelen bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de natuurwaarden.

Vervolgens oordeelt de Afdeling dat de verwachte voordelen van de PAS-bronmaatregelen, herstelmaatregelen en autonome ontwikkelingen niet *vaststaan* ten tijde van de beoordeling. Dit betekent dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs twijfel bestaat dat natuurwaarden niet worden aangetast. De Afdeling neemt daarbij als uitgangspunt dat een maatregel niet bij de passende beoordeling kan worden betrokken als er wetenschappelijke discussie bestaat over het nut van de maatregel. De herstelmaatregelen waren bijvoorbeeld nog niet uitgevoerd of onvoldoende in kaart gebracht. De PAS-bronmaatregelen en autonome ontwikkelingen waren nog niet van kracht, hadden zich nog niet gemanifesteerd en konden bovendien niet voldoende op hexagoonniveau (zie hierna meer) worden vastgesteld. De ontwikkelruimte had zich nog niet gemanifesteerd op het

¹ Steven Bastiaans en Jake Tingen zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

moment van beoordeling en mocht daarom ook nog niet op voorhand worden uitgegeven.

Om deze redenen verklaart de Afdeling Bijlage 2 van het PAS, artikel 2 van het (vervallen) Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof (“Besluit grenswaarden”) en artikel 2.12 van het Besluit natuurbescherming onverbindend.

4. Gevolgen van PAS-uitspraak voor ondernemend Nederland

De onverbindendverklaring heeft grote gevolgen voor de verlening van toestemmingen voor activiteiten die stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken waar de kritische depositiewaarde voor stikstof is overschreden. Wij bespreken hierna een aantal categorieën van besluiten waarop de PAS-uitspraak van invloed kan zijn. Als ondernemers te maken hebben met natuurvergunningen, raden wij aan goed na te gaan onder welke categorie het besluit valt, om te bezien of de PAS-uitspraak gevolgen heeft voor de toestemming, en zo ja, wat die gevolgen kunnen zijn.

4.1 Onherroepelijke besluiten gebaseerd op het PAS

De Afdeling overweegt dat de PAS-uitspraak onherroepelijke besluiten niet aantast. Een onherroepelijke besluit is dus nog steeds geldig. Dat is voor ondernemers met een onherroepelijke vergunning goed nieuws. Wij merken daarbij op dat de Afdeling op 30 januari 2019 een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Hof van Justitie (ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260) over de houdbaarheid van onherroepelijke besluiten die in strijd zijn met het Europees recht. Indien het Hof van Justitie antwoordt dat onherroepelijke besluiten kunnen worden aangetast, staan mogelijk onherroepelijke natuurvergunningen alsnog op de tocht. Bovendien blijkt uit artikel 5.4 Wnb dat een bevoegd gezag een vergunning op grond van die wet kan intrekken of wijzigen indien de uitvoering van artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn daartoe noopt. Mogelijk kunnen bestuursorganen, al dan niet op verzoek, met deze uitspraak in de hand een onherroepelijke natuurvergunning intrekken.

Daarnaast komt het voor dat bestemmingsplannen ter onderbouwing verwijzen naar onherroepelijke natuurvergunningen waarin het PAS is gebruikt. Voor zover die bestemmingsplannen nog niet onherroepelijk zijn, zal die verwijzing niet meer voldoende zijn en zal het bestemmingsplan alsnog een zelfstandige passende beoordeling voor stikstof moeten maken. Het feit dat een project een onherroepelijke natuurvergunning heeft, betekent dus niet automatisch dat de PAS-uitspraak geen gevolgen heeft voor dat project.

4.2 Niet onherroepelijke besluiten

Bij niet onherroepelijke vergunningen waarbij het PAS is gebruikt, wordt teruggevallen op het wettelijk systeem van de Wnb. Dat geldt zowel voor bestaande vergunningen als voor toekomstige vergunningen. Dat betekent dat per activiteit moet worden bekeken of er mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied optreden. Dat is in ieder ge-

val zo als een kritische depositiewaarde is bereikt voor een specifieke habitat in het een Natura 2000-gebied waarop stikstofdepositie door de activiteit plaatsvindt. Er zal dan een individuele passende beoordeling moeten worden gemaakt van de gevolgen van de activiteit voor het Natura 2000-gebied. Als uit die beoordeling met zekerheid blijkt dat de activiteit waarvoor de vergunning is aangevraagd de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aantast, kan de vergunning worden verleend en kan de activiteit worden uitgevoerd. Als die zekerheid niet kan worden verkregen, kan de vergunning uitsluitend worden verleend met toepassing van de eerder genoemde ADC-toets.

4.3 Besluitvorming over voortzetting bestaande projecten

Bij besluitvorming over voortzetting van al toegestane bestaande projecten die stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken, moet een onderscheid worden gemaakt tussen drie gevallen. Projecten waarvoor (i) een vergunning is verleend voordat de Habitatrichtlijn in werking trad, projecten die (ii) passend zijn beoordeeld voordat het PAS als toetsingskader van kracht werd en projecten die (iii) op grond van het PAS zijn toegestaan.

- i. Bij projecten waarvoor een vergunning is verleend voordat de Habitatrichtlijn van kracht werd, verandert de uitspraak niets. Op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:2010:10) zal bij besluitvorming over de voortzetting van zo een project mogelijk alsnog een passende beoordeling moeten worden uitgevoerd.
- ii. Bij de projecten die passend zijn beoordeeld voordat het PAS als toetsingskader van kracht werd, verandert deze uitspraak ook niets. Op grond van artikel 2.8, tweede lid, Wnb kan bij voortzetting van hetzelfde project worden verwezen naar de eerder uitgevoerde passende beoordeling, voor zover redelijkerwijs geen nieuwe inzichten of gegevens zouden blijken uit een nieuwe passende beoordeling.
- iii. Voor projecten die zijn toegestaan op grond van het PAS en die aan besluitvorming over de voortzetting van de bestaande activiteit zijn onderworpen, verandert deze uitspraak de situatie wel. Nu vast staat dat het PAS in strijd met de Habitatrichtlijn is vastgesteld, kan niet worden gezegd dat er redelijkerwijs geen nieuwe inzichten zouden blijken uit een passende beoordeling. Op grond van artikel 2.8 lid, tweede lid, Wnb geldt voor deze projecten dat bij besluitvorming over de voortzetting van het project alsnog een passende beoordeling moet plaatsvinden.

4.4 Vrijgestelde projecten onder grenswaarden

Op grond van het Besluit grenswaarden en artikel 2.12 Besluit natuurbescherming waren bepaalde projecten vrijgesteld van een vergunningplicht. Dat ging om projecten (behoudens uitzonderingen) die minder dan de grenswaarde van 1 mol ha/jr aan stikstofdepositie veroorzaken op een Natura 2000-gebied dat in het PAS was opgenomen. Er bestond wel een meldingsplicht voor sommige vrijgestelde projec-

ten. Voor deze projecten geldt dat er geen onherroepelijk besluit ligt. Nu het Besluit grenswaarden en artikel 2.12 Besluit natuurbescherming onverbindend zijn verklaard, zijn die projecten niet langer vrijgesteld van vergunningplicht. De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit ("de Minister") heeft per Kamerbrief van 11 juni 2019 aangegeven dat voor de ruim 3.300 activiteiten die onder de vrijstelling zijn geregistreerd alsnog een toestemmingsbesluit moet worden aangevraagd.

4.5 **Nieuwe inzichten over de eisen voor een passende beoordeling**

De uitspraak is tot slot relevant voor niet onherroepelijke of toekomstige besluiten waarin het PAS geen rol speelt, maar wel een passende beoordeling moet worden gemaakt. Uit de uitspraak blijkt dat er een scherp onderscheid moet worden gemaakt tussen beschermingsmaatregelen en andere maatregelen of voordelen. Alleen beschermingsmaatregelen mogen worden betrokken bij de beoordeling of de negatieve gevolgen van een activiteit op natuurwaarden van een Natura 2000-gebied kunnen worden voorkomen of verminderd. Overige maatregelen en voordelen hebben alleen een rol bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de natuurwaarden. Bovendien maakt de uitspraak duidelijk dat er op het moment van het maken van een passende beoordeling redelijkerwijs geen wetenschappelijke twijfel mag bestaan over de verwachte voordelen en gevolgen van maatregelen. Deze eis kan in de praktijk nog wel hoofdbrekens opleveren. Wanneer bestaat er geen redelijke twijfel? Hier ligt mogelijk een taak voor de specifieke wetenschappers die werkzaam zijn op dit gebied.

5. **Een kijkje in de toekomst: wat is nu nog mogelijk voor nieuwe besluitvorming?**

Met deze uitspraak wordt het realiseren van nieuwe stikstof uitstotende projecten bij 'hexagonen' waar de kritische depositiewaarde is bereikt, lastiger. Een hexagoon (een zeshoek met een oppervlakte van één hectare) is de schaal waarop de toelaatbaarheid van depositie van stikstof wordt berekend. In bepaalde delen van het land kan op hexagonen nog ruimte zijn voor stikstofdepositie. Dit kan tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld nieuwe megastallen zich elders zullen (willen) vestigen (voor zover het planologische kader dit toelaat). Zo ontstaat er mogelijk een soort 'hexagoon-shopping', waarbij ondernemers zelfs kunnen gaan adverteren met nog bestaande depositieruimte (wat de grondprijs kan doen laten stijgen). Het kan dus nuttig zijn voor ondernemers om na te gaan hoeveel depositieruimte nog over is op hexagonen in de buurt.

De PAS-uitspraak heeft bovendien niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat er in het geheel geen stikstof uitstotende activiteiten bij overbelaste hexagonen meer mogen plaatsvinden. Ten eerste kan er mogelijk met toepassing van mitigerende maatregelen alsnog bij individuele passende beoordeling met zekerheid worden vastgesteld dat de natuurwaarden niet worden aangetast. De toestemming kan dan worden verleend. Indien mitigerende maatregelen ook

niet voldoende zijn om die zekerheid te verkrijgen, kan onder omstandigheden het toepassen van de ADC-toets tot een toestemming leiden. Bepaalde op basis van het PAS aangemerkte prioritaire projecten, zoals luchthaven Schiphol, kunnen mogelijk als projecten van groot openbaar belang worden aangemerkt. Een vraag die daarbij in ieder geval aan de orde kan komen, is of het belang van economisch relevante activiteiten – denk aan werkgelegenheid – een groot openbaar belang is. Mits er in dat geval ook wordt voldaan aan de onderdelen A en C, kunnen die projecten wellicht alsnog worden vergund.

Tot slot merken wij op dat de Minister in de eerder genoemde Kamerbrief heeft geschreven dat er een team van specialisten met hoge urgentie werkt aan oplossingsrichtingen voor de vraagstukken die de uitspraak met zich brengt, om een nieuwe toekomstbestendige stikstofaanpak te realiseren. Tot die tijd zal stikstofuitstotend ondernemend Nederland het met deze uitspraak en het wettelijke systeem moeten doen.