

ANNOTATIE

Gevolgen PAS-uitspraak voor passende beoordelingen: wanneer met welke maatregelen rekening te houden

E. Noordover

Annotatie bij Raad van State, 29-05-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (OGR-2019-0106)

1. De gevolgen van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) zijn niet te onderschatten (ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604). Weliswaar blijkt hieruit dat een programmatische aanpak zoals het PAS mogelijk is, maar de daaraan gestelde eisen zijn zodanig hoog dat de praktische uitvoerbaarheid lastig wordt. In ieder geval voldeed het PAS zelf, en vooral de daarbij horende passende beoordeling, niet aan de gestelde eisen, met als gevolg dat het juridische kader van het PAS is komen te vervallen. Tegelijkertijd heeft de Afdeling de eisen voor een passende beoordeling aangescherpt, vooral wat betreft de wijze waarop de positieve gevolgen van verschillende soorten maatregelen in een dergelijke beoordeling mogen worden betrokken. Hoewel er nog veel meer is te zeggen over de PAS-uitspraken, beperkt deze noot zich tot deze aangescherpte eisen van de passende beoordeling aangezien dit relevant is voor alle plannen en projecten onder de Wet natuurbescherming.

2. Het belang van de passende beoordeling en de daaraan te stellen eisen zijn door het Hof van Justitie ook uiteengezet in zijn beantwoording d.d. 7 november 2018 van de door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen over het PAS (ECLI:EU:C:2018:882). Kort en goed concludeert het Hof van Justitie dat een programmatische aanpak als het PAS op zichzelf in overeenstemming kan zijn met de Habitatrictlijn (Hrl), mits de aan het programma ten grondslag liggende passende beoordeling voldoet aan de daaraan gestelde eisen. Daarbij herhaalt het Hof van Justitie zijn standaardoverweging dat een passende beoordeling geen leemten mag vertonen

en volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van een plan of project op een Natura 2000-gebied wegnemen. Als een passende beoordeling aan deze eisen voldoet, dan kan vervolgens op basis daarvan enkel toestemming worden verleend voor een plan of project als de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet worden aangetast. In het voorgaande ligt ook het voorzorgsbeginsel besloten, zodat op efficiënte wijze kan worden voorkomen dat Natura 2000-gebieden worden aangetast.

3. Het Hof van Justitie wijst er vervolgens op dat de nationale rechter, in Nederland de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, erop moet toezien dat een passende beoordeling aan voornoemde eisen voldoet. Hiertoe moet de Afdeling volgens het Hof van Justitie een grondige en volledige toetsing van de wetenschappelijke deugdelijkheid van de passende beoordeling verrichten, waaronder het gebruik van de software. Dit toetsingskader neemt de Afdeling vervolgens ook als uitgangspunt voor de beoordeling van de passende beoordeling bij het PAS, onder meer of op een juiste wijze rekening is gehouden met de positieve gevolgen van de verschillende soorten te treffen maatregelen om stikstofdepositie te verminderen. In de passende beoordeling bij het PAS waren namelijk deze positieve gevolgen van herstelmaatregelen, PAS-bronmaatregelen en autonome ontwikkelingen betrokken om vast te stellen wat de mogelijke depositieruimte zou zijn die aan nieuwe ontwikkelingen kon worden toegekend.

4. Welke maatregelen onder welke omstandigheden in een passende beoordeling mogen worden betrokken is door de Afdeling, met inachtneming van het arrest van het Hof van Justitie, als volgt uiteengezet. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen (a) instandhoudingsmaatregelen in de zin van artikel 6 lid 1 Hrl, (b) passende maatregelen in de zin van artikel 6 lid 2 Hrl, (c) beschermingsmaatregelen, oftewel mitigerende maatregelen in de zin van artikel 6 lid 3 Hrl en (d) compenserende maatregelen in de zin van artikel 6 lid 4 Hrl. Daarnaast zijn er de autonome ontwikkelingen of maatregelen. Hoe een maatregel is te duiden, is van belang voor de wijze waarop de positieve effecten van die maatregel in een passende beoordeling kunnen worden betrokken om toestemming voor een plan of project te verlenen. Hierna wordt voor de verschillende maatregelen ingegaan op de wijze waarop de positieve effecten in een passende beoordeling mogen worden betrokken.

5. Instandhoudingsmaatregelen zijn gericht op het behoud of het herstel van de gunstige staat van instandhouding van habitat en soorten waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Passende maatregelen, ook wel aangeduid als preventieve maatregelen, moeten verplicht worden genomen om verslechtingen en verstoringen die een significant effect kunnen hebben op beschermde soorten en habitat, te voorkomen. De positieve gevolgen van instandhoudings- en passende maatregelen die moeten worden getroffen voor het behoud of

herstel van de gunstige staat van instandhouding mogen in een passende beoordeling niet worden gebruikt ter mitigatie van eventuele schadelijke gevolgen van een plan of project. Wel kunnen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen worden betrokken bij de beoordeling van de staat van instandhouding van habitat of soorten waaraan de effecten van een plan of project worden getoetst. Het betrekken van deze voordelen kan dus meer ruimte creëren voor een plan of project doordat een betere staat van instandhouding ruimte geeft voor aantasting door het plan of project. Het is wel vereist dat de voordelen van de instandhoudings- en passende maatregelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan.

6. Op het voorgaande uitgangspunt dat de positieve gevolgen van instandhoudings- en passende maatregelen niet als mitigatie kunnen dienen, is wel een uitzondering mogelijk. Als in een Natura 2000-gebied het behoud van de staat van instandhouding is gewaarborgd, dan kan een instandhoudings- of passende maatregel wel als een mitigerende maatregel worden geduid. Hiervoor is niet alleen vereist dat het habitat of de soort in een gunstige staat van instandhouding verkeert, maar deze maatregel moet specifiek in het kader van een plan of project worden getroffen. Dit is het geval als de verplichting tot het treffen daarvan is verbonden aan of voortvloeit uit het vaststellingsbesluit voor het plan of de vergunningverlening voor het project.

7. Met beschermingsmaatregelen, die in Nederland mitigerende maatregelen worden genoemd, wordt beoogd de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen om ervoor te zorgen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet aantast. De positieve gevolgen van deze maatregelen mogen worden betrokken in een passende beoordeling om de gevolgen van een plan of project te beoordelen, mits de verwachte voordelen daarvan ten tijde van de passende beoordeling vaststaan.

8. Als op grond van een passende beoordeling niet met zekerheid kan worden uitgesloten dat een aantasting van een Natura 2000-gebied optreedt, dan kan een plan of project enkel nog doorgaan als er geen alternatieve oplossingen zijn, er sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang, met inbegrip van sociale of economische aard en door het treffen van compenserende maatregelen (de zogeheten ADC-toets). Laatstgenoemde maatregelen zijn dus niet gericht op het voorkomen of verminderen van een aantasting, maar compenseren de schadelijke gevolgen van een plan of project. Maatregelen die specifiek worden genomen voor een plan of project, maar niet zijn aan te merken als beschermingsmaatregelen, zijn mogelijk nog wel compenserende maatregelen. Tot voor kort werd er echter in de praktijk veel moeite gedaan om een maatregel niet aan te duiden als compenserend, maar als mitigerend, om ervoor te zorgen dat een plan of project op basis van een passende beoordeling doorgang kon vinden en om uit de ADC-toets te blijven. Nu de eisen voor het aanduiden van een maatregel

als mitigerend duidelijk strenger zijn geworden, zal vaker een plan of project enkel toestemming kunnen verkrijgen na het doorlopen van de ADC-toets. In het kader van het PAS spelen compenserende maatregelen geen rol, maar in de slotbeschouwing van de conclusie van de advocaat-generaal d.d. 25 juli 2018 over de prejudiciële vragen (ECLI:EU:C:2018:622) wordt nog de vraag opgeworpen of het PAS niet eerder is aan te merken als een ADC-toets.

9. Autonome maatregelen zijn ontwikkelingen die losstaan van een specifiek plan of project. Hierbij kan worden gedacht aan een toename van stikstofdepositie vanwege economische groei of een daling daarvan vanwege technologische ontwikkelingen. Deze maatregelen, of ontwikkelingen, zijn niet aan te duiden als een van de hiervoor genoemde maatregelen. De positieve gevolgen van deze maatregelen zijn daarom niet te gebruiken om de schadelijke gevolgen van een plan of project te voorkomen of te verminderen. Wel mogen de positieve gevolgen van deze autonome maatregelen worden betrokken in de passende beoordeling voor het bepalen van de staat van instandhouding van habitat of soorten, en zijn daarmee gelijk te stellen aan instandhoudings- en passende maatregelen. De verwachte voordelen van de autonome maatregelen moeten wel ten tijde van de passende beoordeling vaststaan.

10. Voor alle maatregelen, behalve compenserende maatregelen, geldt dus dat de voordelen daarvan enkel mogen worden betrokken als die vaststaan ten tijde van de passende beoordeling. Voor instandhoudings- en passende maatregelen geldt dat de voordelen daarvan enkel vaststaan als die maatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd ten tijde van de passende beoordeling. Voor beschermings- en autonome maatregelen geldt in principe ook dat de voordelen daarvan enkel vaststaan als de maatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd ten tijde van de passende beoordeling. Dit is anders bij (technische) beschermingsmaatregelen die functioneel verbonden zijn aan de uitvoering van een plan of project: die maatregelen hoeven niet ten tijde van de passende beoordeling al volledig ten uitvoer te zijn gelegd. Bij beschermings- en autonome maatregelen mogen de verwachte voordelen ook niet afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort, zoals de aanleg van nieuwe of verbetering van bestaande habitattypen, leefgebieden of foerageergebieden. Verder geldt voor alle genoemde maatregelen dat (1) moet zijn uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht of (2) het niveau van de wetenschappelijke kennis het mogelijk maakt die voordelen met zekerheid in kaart te brengen of te kwantificeren.

11. Aan de hand van het hiervoor gegeven kader beoordeelt de Afdeling vervolgens of in de passende beoordeling voor het PAS op een juiste wijze rekening is gehouden met de positieve gevolgen van de verschillende maatregelen. Kort en goed concludeert de Afdeling dat dit niet het geval is, omdat rekening is gehouden met maatregelen die ten tijde van de passende beoordeling nog niet waren uitgevoerd dan wel de voordelen van de verschillende

maatregelen niet vaststaan. Het PAS mocht dus achteraf gezien niet worden gebruikt voor verlening van toestemmingen aan projecten en daarnaast zijn projecten die onder het PAS van de vergunningplicht waren uitgezonderd alsnog vergunningplichtig geworden.

12. In een passende beoordeling moet voortaan duidelijk onderscheid worden gemaakt naar de verschillende maatregelen die worden betrokken om te bepalen of en hoe met de positieve gevolgen daarvan rekening mag worden gehouden. Eerst moet worden bepaald hoe de maatregel is te duiden om vervolgens te bepalen of de positieve gevolgen van die maatregel kunnen worden betrokken om de staat van instandhouding te bepalen of de schadelijke gevolgen van een plan of project weg te nemen. Aangezien de bestuursrechter een grondige en volledige toetsing van de wetenschappelijke deugdelijkheid van de passende beoordeling moet verrichten, is het af te raden hierin onduidelijkheid te laten bestaan.

13. Vooral de timing van de te nemen maatregelen zal nauw gaan luisteren: in principe moeten maatregelen zijn uitgevoerd om in een passende beoordeling betrokken te kunnen worden, tenzij sprake is van (technische) beschermingsmaatregelen die functioneel zijn verbonden met de uitvoering van het plan of project. De Afdeling zelf noemt als voorbeelden een stilstandvoorziening bij windturbines of een geluidsscherm bij een snelweg. Met een stilstandvoorziening wordt voorkomen dat vogel- en vleermuissoorten aanvaringsslachtoffer worden bij windturbines, waarmee dus bij de bron een aantasting van een beschermde soort wordt voorkomen. Met een geluidsscherm wordt niet zozeer de geluidsproductie van een snelweg voorkomen of verminderd, maar wel de hoeveelheid geluidsbelasting die optreedt in een beschermd gebied. Daarmee wordt de mogelijke verstoring van beschermde soorten door geluid ter plaatse van het gebied voorkomen of verminderd. Nu (technische) beschermingsmaatregelen die functioneel zijn verbonden een lagere drempel te lijken hebben voor het betrekken van de positieve gevolgen daarvan in een passende beoordeling, doordat deze maatregelen nog niet daadwerkelijk moeten zijn uitgevoerd ten tijde van de passende beoordeling, is te verwachten dat de praktijk zal zoeken naar de ruimte die met deze beschermingsmaatregelen wordt geboden om plannen en projecten doorgang te laten vinden.

14. Een van die maatregelen die met het vervallen van het PAS weer actueel is geworden, betreft de mogelijkheid van extern salderen. Met extern salderen wordt een toename van stikstofdepositie bij een plan of project weggestreept tegen een afname daarvan door de beëindiging van een bestaand bedrijf en intrekking van de milieutoestemming voor de daarbij horende stikstofdepositie. Extern salderen is altijd aangemerkt als een mitigerende maatregel waarvan de positieve gevolgen kunnen worden gebruikt om de schadelijke gevolgen van een plan of project te voorkomen of verminderen. Het is niet te verwachten dat de aangescherpte kaders voor de passende beoordeling hierin verandering zullen brengen. Extern salderen kan, nog los van de vraag of het een (technische) beschermingsmaatregel is die functioneel is

verbonden, als maatregel ten tijde van de passende beoordeling zijn uitgevoerd door een met het bestaande bedrijf gesloten overeenkomst, naast het te nemen of al genomen intrekingsbesluit van de bestaande milieutoestemming. De Afdeling heeft in haar uitspraak wel een kanttekening gemaakt bij extern salderen om te voorkomen dat depositieafname door extern salderen dubbel wordt ingezet. In het PAS was namelijk rekening gehouden met een bepaald percentage stoppende agrarische bedrijven en de daarbij horende stikstofdepositie is in het PAS mogelijk al uitgegeven als ontwikkelingsruimte. Om te voorkomen dat deze stikstofdepositie nog een keer wordt uitgegeven is extern salderen volgens de Afdeling enkel nog mogelijk met (1) een bedrijf dat op 1 juli 2015 geen stikstofdepositie meer veroorzaakte of (2) op 1 juli 2018 nog stikstofdepositie veroorzaakte of (3) binnen één kilometer afstand van een Natura 2000-gebied staat.

15. Met het vervallen van het PAS komen we niet alleen weer terecht in de oude situatie van vóór het PAS, maar moeten we ook rekening houden met de aangescherpte kaders voor de passende beoordeling en de te betrekken maatregelen. Hierbinnen bestaat nog steeds ruimte om plannen en projecten door middel van een passende beoordeling mogelijk te maken, mits er goed wordt gekeken naar de status van een maatregel om vervolgens te bepalen of en hoe de positieve gevolgen daarvan kunnen worden betrokken. Uiteindelijk zullen er niettemin meer plannen en projecten mogelijk moeten worden gemaakt met toepassing van een ADC-toets, waarbij de kans van slagen allereerst afhankelijk is van toepassing van een dwingende reden van groot openbaar belang. Het valt te verwachten dat bijvoorbeeld Rijksprojecten voor verkeer en waterveiligheid hieraan eerder kunnen voldoen dan een uitbreiding van een midgetgolfbaan of agrarische bedrijfsvoering.