

Het PAS-arrest van het Hof van Justitie: hoe nu verder?

Verslag van een VMR themamiddag

M en R 2019/22

Acht het Europese Hof van Justitie de Nederlandse Programmatische Aanpak Stikstof als beoordelingskader verenigbaar met de Habitatrichtlijn en welke (toetsings)criteria gelden in dat geval? Wat zijn de ecologische gevolgen van te veel stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden? Hoe wordt in Vlaanderen de stikstofproblematiek aangepakt? Wat zijn de gevolgen van het PAS-arrest voor de programmatische aanpak van andere factoren? Deze vragen zijn op 6 december 2018 aan de orde gesteld tijdens een VMR Themamiddag over het PAS-arrest van het Europese Hof van Justitie. De middag werd georganiseerd in samenwerking met de Radboud Universiteit en de Universiteit Utrecht.

1. Inleiding

Het Programma Aanpak Stikstof (hierna: PAS) is vastgesteld ten behoeve van zowel de natuur als de economische ontwikkeling in Nederland. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) heeft in mei 2017 prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof) met betrekking tot het PAS.¹ Het Hof heeft hierover op 7 november 2018 uitspraak gedaan.² In Utrecht vond op 6 december 2018 een themamiddag van de VMR plaats over dit 'PAS-arrest' en de vraag 'hoe nu verder?'

2. Het arrest van verschillende kanten bekeken

Tijdens de middag hebben vier deskundigen hun licht laten schijnen over het arrest. Dit verslag bevat een samenvatting van de bijdragen. De uitgebreide versies van de bijdragen vindt u in dit themanummer van Milieu en Recht.

Als eerste gaf Marieke Kaajan³ een korte duiding van de belangrijkste elementen van het PAS-arrest en zij gaf aan welke conclusies volgens haar uit het arrest kunnen worden getrokken. Volgens Kaajan is het arrest grotendeels in lijn met eerdere jurisprudentie van het Hof. Belangrijk is dat uit het arrest volgt dat artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn (hierna: Hrl) niet in de weg staat aan een programmatische aanpak. Met dien verstande dat voor een programmatische aanpak dezelfde habitattoets geldt als voor een individuele activiteit. Er moet wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaan dat geen van de plannen of projecten die in het PAS zijn voorzien, schadelijke gevolgen heeft

voor de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Alleen wanneer aan dit criterium is voldaan, kunnen activiteiten generiek worden uitgezonderd van de vergunningplicht. Verder leidt Kaajan uit het arrest af dat in de passende beoordeling behorende bij het PAS alleen maatregelen mogen worden meegenomen die de aantasting van een Natura 2000-gebied voorkomen of beperken. Er mag wetenschappelijk gezien geen twijfel bestaan over de effectiviteit van die maatregelen. Een ander punt dat Kaajan aanhaalt is de overweging van het Hof dat de mogelijkheden tot het verlenen van toestemming voor een activiteit op grond van artikel 6, derde lid, Hrl gering zijn, wanneer de staat van instandhouding van een natuurlijke habitat ongunstig is. Kaajan vraagt zich af of het Hof daarmee bedoelt dat alleen toestemming mag worden verleend voor een stikstofveroorzakende activiteit, wanneer de totale stikstofdepositie is teruggebracht tot onder de kritische depositiewaarden. Het arrest is op dit belangrijke punt niet duidelijk. Voor de praktijk is verder van belang dat uit het arrest volgt dat voor iedere activiteit met mogelijk significant negatieve effecten op een Natura 2000-gebied, een vergunningplicht geldt waarbij een passende beoordeling moet worden verricht. De eerder in de jurisprudentie aangenomen beperking dat een passende beoordeling alleen is vereist bij een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of een andere materiële toestand van plaats – aan de hand van welk criterium het onderscheid tussen een project en een andere handeling werd gemaakt – is daarmee komen te vervallen.

De ecooloog Arnold van den Burg⁴ sprak vervolgens over de effecten van stikstofdepositie voor de natuur. De kritische depositiewaarden worden met name op de zandgronden van Nederland overschreden. Van den Burg lichtte toe dat een dergelijke overschrijding vermestende en verzurende effecten heeft voor de natuur. Die effecten vormen onder meer een gevaar voor de biodiversiteit. Veel planten- en diersoorten zijn als gevolg van de huidige stikstofoverbelasting uitgestorven of worden met uitsterven bedreigd. De maatregelen die op dit moment worden toegepast om de stikstofproblematiek aan te pakken, zijn volgens hem louter symptoombestrijdend; het stikstofprobleem wordt daardoor niet opgelost.

Kernprobleem is dat stikstof niet voldoende selectief uit ecosystemen verwijderd kan worden. De ecooloog sloot zijn presentatie af met de waarschuwing dat de omvang van de stikstofdepositie in Nederland drastisch naar beneden moet worden gebracht om een verdere achteruitgang van de biodiversiteit een halt toe te roepen.

¹ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260.

² HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, *M en R 2019/23*.

³ Advocaat bij ENVIR Advocaten.

⁴ Ecooloog bij Stichting BioSFeer.

De derde spreker was Hendrik Schoukens.⁵ Hij schetste hoe in Vlaanderen de stikstofproblematiek wordt aangepakt en wat Vlaanderen van het PAS-arrest kan leren. Het Vlaamse PAS rust op twee pijlers: een verdere reductie van stikstofdepositie en herstelgericht beleid. Het concept van ontwikkelingsruimte kent het Vlaamse PAS niet. Het is de bedoeling dat het programma beoordelingskaders en drempels gaat geven voor de habitattoets die per individuele activiteit zal blijven plaatsvinden. De plannen om dat PAS in werking te laten treden zijn uitgesteld tot 2020. Schoukens bewondert de wijze waarop Nederland vorm heeft gegeven aan het PAS. Mede gelet op de uitkomst van het PAS-arrest, kan Vlaanderen daar lessen uit trekken. De ruimere reikwijdte die het Hof in het PAS-arrest heeft gegeven aan het begrip 'project', leert Vlaanderen bijvoorbeeld dat een groter aantal activiteiten dan aanvankelijk gedacht vergunningplichtig is op grond van de Hrl. Hetgeen het Hof heeft overwogen met betrekking tot de Nederlandse drempelwaarden, kan ook voor Vlaanderen gevolgen hebben. De drempelwaarden in Vlaanderen zijn namelijk aanzienlijk hoger dan in Nederland. Schoukens sluit niet uit dat Nederland en Vlaanderen over een aantal jaren een gelijkwaardig PAS hebben.

Tenslotte sprak Ralph Frins⁶ over de gevolgen van het PAS-arrest voor een programmatische aanpak van andere factoren dan stikstof. Volgens Frins kunnen drie lessen worden geleerd uit het PAS-arrest. De eerste les is dat een programmatische aanpak ook mogelijk is, wanneer een richtlijn daar geen expliciete grondslag voor biedt. Het Hof acht het PAS immers verenigbaar met de Hrl, terwijl die richtlijn daar geen expliciete grondslag voor biedt. Ten tweede blijkt een programmatische aanpak ook te zijn toegestaan, als uit de relevante richtlijn lijkt te volgen dat iedere activiteit individueel moet worden beoordeeld. Artikel 6, derde lid, Hrl bepaalt immers dat voor *elk* plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied een passende beoordeling moet worden opgesteld. Het Hof oordeelt echter dat een beoordeling ook op programmaniveau kan plaatsvinden. De derde les is: hoe groter de reikwijdte van een programmatische aanpak, hoe moeilijker het is om aan te tonen dat een aantasting van de milieukwaliteit kan worden uitgesloten. Programma's die toegespitst zijn op kleinere gebieden of afgebakende projecten (bijvoorbeeld gemeentelijke programma's) zullen beter uitvoerbaar zijn. Frins ziet met name een toekomst voor lokale programma's, bijvoorbeeld op het punt van de bestrijding van geurproblematiek.

3. Discussie

Door de aanwezigen werd op ruime schaal gebruikgemaakt van de mogelijkheid tot discussie en het stellen van vragen aan de sprekers. Een terugkerend punt van discussie was

het criterium dat wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel mag bestaan over de gevolgen voor de natuur. Door verschillende vragenstellers werd betoogd dat er juist veel wetenschappelijke twijfel bestaat, onder meer wat betreft de controleerbaarheid van het AERIUS rekenmodel. Naar aanleiding van de presentatie van de heer Van den Burg werd uit de zaal de vraag gesteld welke mogelijkheden resteren om de natuur te beschermen en de kwaliteit daarvan te verbeteren. De ecooloog herhaalde zijn standpunt dat het van belang is dat de omvang van de stikstofdepositie in Nederland aanzienlijk daalt. Maar ook in dat geval komt het ecosysteem dat we in Nederland hadden, niet meer terug. Van den Burg benadrukte dat de randvoorwaarden voor de biodiversiteit die in Nederland thuis hoort, zoveel mogelijk moeten worden hersteld. Tijdens de discussie kwam ook ter sprake of Nederland wellicht te streng is in de toepassing van de stikstofregulering. Is het PAS wel werkbaar op deze manier? Moeten de doelstellingen wellicht worden bijgesteld? Door één van de aanwezigen werd in dat verband opgemerkt dat in Duitsland en in België meer stikstofdepositie wordt toegelaten, alvorens voor een activiteit een passende beoordeling moet worden opgemaakt. Vanuit de zaal werd gesuggereerd om in heel Europa met één drempelwaarde te werken bij het vaststellen van mogelijke significant negatieve effecten door stikstofdepositie. Tijdens de discussie bleef ook de vraag 'hoe nu verder' niet onderbelicht. Vele aanwezigen in de zaal waren het erover eens dat de normen uit de Hrl en de doelstellingen van de richtlijn serieus genomen moeten worden. Een programmatische aanpak moet dan ook niet alleen de economie dienen, maar ook de natuur afdoende beschermen.

4. Afsluiting

Gedurende de middag is duidelijk geworden dat het PAS-arrest een aantal vragen heeft beantwoord, maar ook een aantal belangrijke vragen onbeantwoord laat. De cruciale vraag of het PAS voldoet aan het criterium van 'redelijkerwijs geen twijfel', zal uiteindelijk door de Afdeling moeten worden beantwoord. Daarna zal pas duidelijk zijn hoe het verder moet met het PAS. Met die vaststelling werd de studiemiddag afgesloten.

⁵ Advocaat bij LDR Advocaten en verbonden aan de Universiteit Gent.

⁶ Research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen.