

ANNOTATIE

Marieke Kaajan

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 07-11-2018,
ECLI:EU:C:2018:882 (OGR-2018-0238)*

1. Dit arrest van het Hof van Justitie gaat over de Programmatische Aanpak Stikstof, of – meer nog – over het Programma Aanpak Stikstof, waarmee in Nederland enerzijds ruimte geboden wordt aan nieuwe ontwikkelingen die leiden tot een toename van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden, maar anderzijds ook maatregelen worden getroffen waarmee deze toename van stikstofdepositie als het ware wordt geneutraliseerd en waardoor de stikstofgevoelige natuur in deze Natura 2000-gebieden kan worden hersteld of zelfs verbeterd. Met de term ‘Programmatische Aanpak Stikstof’ wordt gedoeld op het geheel aan wettelijke bepalingen die de randvoorwaarden bevatten voor het Programma Aanpak Stikstof, en waarin verder geregeld is dat voor activiteiten met een maximale stikstofdepositie van 0,05 mol/ha/jr op een Natura 2000-gebied geen vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) nodig is en dat voor activiteiten met een maximale stikstofdepositie van 1 mol/ha/jaar op een Natura 2000-gebied onder omstandigheden alleen een meldplicht – of helemaal geen aanvullende verplichtingen – bestaan voordat deze activiteiten kunnen worden verricht. Onder de Programmatische Aanpak Stikstof valt verder ook een verbod op extern salderen ten aanzien van Natura 2000-gebieden die in het PAS zijn opgenomen. Het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) zelf biedt de grondslag voor het verlenen van vergunningen voor activiteiten met een grotere stikstofbelasting dan 0,05 mol/ha/jaar of 1 mol/ha/jaar, en vormt in het bijzonder de basis voor het toekennen van zogeheten ontwikkelingsruimte aan deze activiteiten. Het PAS is verder de basis geweest voor een uitzondering op de vergunningplicht voor het weiden van vee en bemesten van gronden, welke uitzondering is opgenomen in alle provinciale verordeningen. De omvang van de ontwikkelingsruimte wordt, kort samengevat, bepaald aan de hand van de verwachte positieve effecten van de diverse maatregelen die met het PAS zijn voorzien, waardoor enerzijds de stikstofbelasting in Nederlandse Natura 2000-gebieden zou dalen en anderzijds de stikstofgevoelige natuur in deze gebieden herstelt.

2. Over de juridische houdbaarheid van het PAS, dat op 1 juli 2015 in werking is getreden, is al veel gediscussieerd. Dat ook het Hof van Justitie zich hierover heeft moeten buigen – als gevolg van de prejudiciële vragen die door de ABRvS zijn gesteld in de twee uitspraken van 17 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ECLI:NL:RVS:2017:1260) – verbaast dan ook niet. De vragen komen in de kern neer op het volgende: (1) Is de systematiek van het PAS verenigbaar met de Habitatrictlijn?; (2) Kan het PAS ten grondslag worden gelegd aan een generieke uitzondering op de vergunningplicht, voor activiteiten met een maximale stikstofbelasting van 0,05 mol/ha/jaar en voor het weiden van vee en bemesten van gronden?; (3) Kunnen alle maatregelen waarin het PAS voorziet, worden meegenomen in de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag ligt, en waarin de rechtvaardiging wordt gevonden om ontwikkelingsruimte toe te kennen aan nieuwe activiteiten? en (4) Kunnen positieve effecten van deze maatregelen al worden meegenomen in de passende beoordeling als deze effecten zich nog niet verwezenlijkt hebben? Deze vier hoofdvragen – die door de ABRvS overigens in diverse deelvragen waren gesteld – hebben specifiek betrekking op het PAS. Het Hof diende zich ook te buigen over twee meer algemene vragen – die ook voor activiteiten zonder stikstofdepositie van belang zijn, namelijk: (5) Wanneer is nog sprake van voortzetting van dezelfde activiteit waarvoor reeds toestemming is verleend voordat het regime van de Habitatrictlijn van kracht werd (zodat nieuwe toestemming op grond van deze richtlijn niet is vereist)? en (6) Hoe moet het ‘project’-begrip uit de Habitatrictlijn worden uitgelegd?

3. De antwoorden van het Hof op de eerste vijf vragen verbazen niet – en zijn eigenlijk ook niet zo vernieuwend of opzienbarend. De antwoorden komen er, kort gezegd, op neer dat mits wetenschappelijk gezien geen redelijke twijfel bestaat dat geen van de activiteiten die met het PAS worden toegestaan, schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden, een programmatische aanpak waarin het PAS voorziet, verenigbaar is met de Habitatrictlijn – waar een individuele beoordeling van activiteiten vereist is – en wellicht zelfs wenselijk is omdat op die wijze de cumulatieve gevolgen van stikstofdepositie, aldus het Hof, mogelijk beter beoordeeld kunnen worden. Aan de ABRvS de eervolle taak om nu na te gaan of aan dit criterium wordt voldaan. Ik kan niet overzien welke conclusies de ABRvS zal trekken, maar wijs er volledigheidshalve wel op dat de ABRvS in de uitspraken van 17 mei 2017 al een groot aantal inhoudelijke gebreken in het PAS heeft beschreven. Deze gebreken zullen in ieder geval weggenomen en opgelost moeten zijn, wil de ABRvS überhaupt toekomen aan de vraag of het PAS, en de passende beoordeling die hieraan ten grondslag ligt, voldoet aan het door het Hof geformuleerde criterium.

4. Aan de hand van hetzelfde criterium (wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel) moet ook worden getoetst of een generieke uitzondering op de vergunningplicht verenigbaar is met de Habitatrictlijn. Het is ook hier aan de ABRvS om te beoordelen of aan dit criterium

daadwerkelijk wordt voldaan. Opvallend is dat het Hof al wel een voorzet geeft voor de richting van deze beoordeling, door te overwegen dat het niet buiten redelijke wetenschappelijke twijfel lijkt te staan dat het weiden van vee en het bemesten van gronden geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden. Dat heeft te maken met het feit dat er geen enkel inzicht bestaat in de maximale stikstofdepositie die deze activiteiten op Natura 2000-gebieden kunnen veroorzaken – laat staan dat duidelijk is op welke Natura 2000-gebieden in Nederland deze stikstofdepositie zou neerdalen. Dit geldt overigens m.i. ook voor de generieke uitzondering op de vergunningplicht voor activiteiten met een stikstofbelasting tot 0,05 mol/ha/jaar. Weliswaar is per activiteit de maximale stikstofbelasting op een Natura 2000-gebied bekend, maar omdat er geen enkel maximum is gesteld aan het aantal activiteiten in deze categorie per Natura 2000-gebied, is de totale stikstofbelasting die door deze categorie activiteiten op een Natura 2000-gebied kan worden veroorzaakt, eveneens onbegrensd. Zolang deze onbegrensde uitzonderingen op de vergunningplicht blijven bestaan, lijkt het mij niet mogelijk voor de ABRvS om te concluderen dat een generieke uitzondering op de vergunningplicht verenigbaar is met de Habitatrichtlijn, zowel wat betreft activiteiten met een stikstofbelasting tot 0,05 mol/ha/jaar als voor het weiden van vee en bemesten van gronden.

5. Weinig verrassend zijn verder de overwegingen van het Hof die betrekking hebben op de verschillende maatregelen die met het PAS zijn voorzien, en de mate waarin deze maatregelen (en hun beoogde positieve effecten) in de passende beoordeling mogen worden meegenomen. Alleen het positieve effect van maatregelen waarmee de schadelijke gevolgen van een project (waarvoor via de toekenning van ontwikkelingsruimte met het PAS toestemming kan worden verleend) worden verminderd of voorkomen, mag in de passende beoordeling worden meegenomen in de zin dat dit positieve effect kan worden weggestreept tegen het negatieve effect van een nieuwe ontwikkeling. Als dit positieve effect zich nog niet heeft verwezenlijkt voordat de ontwikkelingsruimte voor een nieuw project wordt uitgegeven, mogen de verwachte voordelen van de beoogde maatregelen alleen in de passende beoordeling worden meegenomen indien er wetenschappelijk gezien geen redelijke twijfel bestaat over het optreden van deze voordelen. Voor de PAS-maatregelen lijkt het Hof zich af te vragen of aan dit criterium kan worden voldaan omdat, aldus het Hof, voor ten minste een aanzienlijk deel van de (toekomstige) maatregelen 'nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht of omdat het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat zij met zekerheid in kaart worden gebracht of gekwantificeerd'. Deze passages uit het arrest zijn een logisch vervolg c.q. uitwerking van de lijn die het Hof al heeft ingezet met de arresten Briels (ECLI:EU:C:2014:330), Orleans (ECLI:EU:C:2016:583), Kolencentrale Moorborg (ECLI:EU:C:2017:301) en Sweetman (ECLI:EU:C:2018:593). Ook hier lijkt het me niet goed mogelijk dat voor alle PAS-maatregelen straks door de ABRvS kan worden geconcludeerd dat

aan dit criterium wordt voldaan.

6. Van belang is verder dat het Hof erop wijst dat het positieve effect van maatregelen die niet de schadelijke gevolgen van een nieuw project beogen te verminderen of voorkomen, maar die veel meer gericht zijn op het herstel van de Natura 2000-gebieden of het in generieke zin verminderen van de stikstofbelasting in Nederland, niet als zodanig kan worden afgezet c.q. weggestreept tegen het negatieve effect van nieuwe projecten waaraan ontwikkelingsruimte wordt toegekend. Deze maatregelen worden door het Hof aangemerkt als passende of instandhoudingsmaatregelen die, kort gezegd, sowieso door de lidstaat Nederland al moeten worden getroffen. Het positieve effect van deze maatregelen kan pas in de beoordeling worden meegenomen op het moment dat deze maatregelen daadwerkelijk zijn getroffen en effect hebben gesorteerd. Deze passende en instandhoudingsmaatregelen kunnen, hoewel de positieve gevolgen niet kunnen worden verrekend met negatieve gevolgen van een specifiek project, wel – zodra het positieve effect zich heeft verwezenlijkt (en met inachtnaam van eventuele negatieve effecten die daardoor ook kunnen optreden) – de autonome situatie verbeteren, waardoor het effect van een individueel project wellicht minder groot is. Ook dit past in de lijn van de redenering die met name uit de arresten Briels en Orleans kans worden afgeleid.

7. Tot zover biedt het arrest van het Hof dan ook weinig nieuwe inzichten; hooguit verduidelijkt het arrest hier en daar al bestaande jurisprudentie van het Hof. Voor de praktijk is het meest relevant wat de conclusies van de ABRvS zijn als het deze criteria toepast op het PAS. En uiteraard maakt het arrest nu voor eens en voor altijd duidelijk dat een programmatische aanpak op zichzelf onder de Habitatrictlijn als zodanig is toegestaan. Ook dat is winst, zeker met de Omgevingswet in het vooruitzicht, waardoor in de praktijk wellicht meer focus zal komen te liggen op programma's enzovoort.

8. Het interessantste onderdeel van het arrest van het Hof wordt wat mij betreft gevormd door de passages van het arrest die gaan over de uitleg van het projectbegrip in de Habitatrictlijn. De Habitatrictlijn kent zelf geen omschrijving van dit begrip. Tot het arrest van 7 november 2018 werd daardoor, door de ABRvS maar ook door het Hof zelf, bij de omschrijving van het projectbegrip aangesloten bij de MER-Richtlijn. In de MER-Richtlijn staat namelijk wel een nadere omschrijving van het begrip 'project' (fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of de totstandbrenging van (bouw)werken). Dit criterium werd in de jurisprudentie daardoor ook gebruikt voor de vraag of sprake was van een project in de zin van de Habitatrictlijn (zie bijv. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3380 en HvJ 17 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:154). Doordat het Hof daarbij ook echter altijd aangaf dat van een project in de zin van de Habitatrictlijn 'in ieder geval' sprake was indien aan het projectbegrip uit de MER-Richtlijn was voldaan, ontstond de vraag of het projectbegrip uit de Habitatrictlijn ook activiteiten zou

kunnen omvatten die geen project in de zin van de MER-Richtlijn zijn. Hierover geeft het Hof nu duidelijkheid – en het korte antwoord op die vraag is, dat dit kan. Het Hof maakt duidelijk dat een activiteit die onder de MER-Richtlijn als project moet worden beschouwd, ook altijd een project zal zijn in de zin van de Habitatrictlijn, maar dat er ook activiteiten kunnen zijn die wel een project zijn in de zin van de Habitatrictlijn maar geen MER-project. Dat is het geval indien deze activiteiten geen fysieke ingreep in het natuurlijk milieu of de totstandbrenging van (bouw)werken betreffen, maar wel kunnen leiden tot significant negatieve effecten op Natura 2000-gebieden.

9. Daarmee maakt het Hof duidelijk dat iedere activiteit met een mogelijk significant negatief effect op een Natura 2000-gebied, een project in de zin van de Habitatrictlijn is. Het gevolg van deze overweging is dat het onderscheid in Nederland tussen projecten en andere handelingen – met ieder een eigen vergunningenregime en toetsingscriteria – niet langer gehandhaafd kan worden. Het gaat hier immers in alle gevallen om activiteiten met mogelijk significant negatieve gevolgen op Natura 2000-gebieden (zie art. 2.7 lid 2), die allemaal op dezelfde wijze – aan de hand van de criteria van artikel 6 lid 3 en lid 4 Habitatrictlijn – beoordeeld zouden moeten worden. Dat betekent, kort gezegd, dat voor al deze activiteiten een passende beoordeling is vereist en dat verzekerd dient te zijn dat deze activiteiten niet leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebieden. Dat de Wnb nu bepaalt dat voor andere handelingen geen passende beoordeling hoeft te worden verricht, en dat voor deze handelingen bij vergunningverlening hooguit een afweging van enerzijds het natuurbelang en anderzijds de overige (sociale, culturele en economische) belangen dient plaats te vinden, kan na het arrest van 7 november 2018 niet meer in overeenstemming worden geacht met de Habitatrictlijn.

10. Het is dit laatste punt van het arrest dat directe gevolgen heeft voor de praktijk. Uiteraard zal het arrest uiteindelijk ook gevolgen hebben voor het PAS, maar wat die gevolgen daadwerkelijk zullen zijn, zal pas duidelijk worden op het moment dat de ABRvS uitspraak heeft gedaan in de al lopende procedures over de PAS. Wanneer deze uitspraak wordt gedaan, is onduidelijk. Wel heeft de ABRvS inmiddels aangekondigd dat op 14 februari a.s. een zitting zal worden gehouden waar de partijen in de procedures waarin de prejudiciële vragen zijn gesteld zich kunnen uitspreken over het arrest van het Hof. Enige tijd daarna zal duidelijk worden wat het oordeel van de ABRvS over het PAS is.