

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

M en R 2019/17



Alea iacta est. Het Hof van Justitie heeft op 7 november 2018 de, niet alleen in Nederland, met spanning verwachte uitspraak over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) gedaan (zie *M en R 2019/23* in deze aflevering). Wat betekent dit arrest voor het PAS, maar ook voor andere toepassingen van de programmatische aanpak? Is het lot van het PAS nu bepaald? Of is het arrest eerder een orakel en kan de dobbelsteen nog alle kanten op vallen? Dat waren de vragen die centraal stonden tijdens een door de Radboud Universiteit en de Universiteit Utrecht (UCWOSL) in samenwerking met de VMR georganiseerde studiemiddag op 6 december 2018. Dit themanummer bevat de schriftelijke uitwerking van de bijdragen aan deze studiemiddag. Arnold van den Burg schetst de ecologische gevolgen van de te hoge stikstofdepositie. Zijn boodschap is duidelijk: herstelmaatregelen zoals het onttrekken van stikstof en het toevoegen van plantenvoedingsstoffen lossen het probleem niet op, zeker niet geheel.

“De enige echte oplossing is ... ervoor te zorgen dat de stikstof niet meer in onze natuurgebieden terecht komt.”

Marieke Kaajan analyseert het arrest en denkt na over de toekomst van het PAS. Hoe het verder gaat is, zo stelt Kaajan, “lastig te voorzien”. Zij acht het onvoorstelbaar en onwenselijk dat het PAS helemaal verdwijnt, maar “de kans is wel aanzienlijk” dat het PAS straks minder ontwikkelingsruimte bevat en die ruimte bijvoorbeeld jaarlijks wordt bepaald met inachtneming van de meest recente monitorings- en meetresultaten. Ralph Frins benadrukt dat het feit dat het hof de programmatische aanpak in principe heeft goedgekeurd hoewel daarvoor geen expliciete grondslag in de Habitatrictlijn te vinden is een positief signaal is. Hij ziet daarin een impuls voor bestuursorganen om in een bredere context van de fysieke leefomgeving de mogelijkheden van een programmatische aanpak te verkennen. Hendrik Schoukens ten slotte laat zien hoe in Vlaanderen wordt omgegaan met te hoge stikstofdeposities op Natura 2000-gebieden. De Vlaamse regering heeft een saneringsprogramma vastgesteld waarmee de grootste emissiebronnen zouden worden gesaneerd. Dat zou moeten leiden tot een aanzienlijke daling van de depositie. Daar staat tegenover dat wordt gewerkt met een hoge drempel bij de beoordeling van nieuwe emissiebronnen. Schoukens constateert overigens dat de uitvoering van saneringsmaatregelen aanzienlijk is vertraagd.

Het antwoord op de vraag “Hoe nu verder?”, hangt af van het antwoord op de vraag in hoeverre met toepassing van het PAS op grond van objectieve gegevens vanuit wetenschappelijk oogpunt geen redelijke twijfel bestaat dat de stikstofdepositie geen significante gevolgen zal hebben op een Natura 2000-gebied. Dat hier de achilleshiel van het PAS ligt, was vóór het verschijnen van Hof-arrest al bekend. Niet voor niets oordeelde de Afdeling in de ‘verwijzingsuitspraak’ van 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 dat het PAS (veel) beter moet worden onderbouwd. Die nadere onderbouwing werd besproken tijdens het (voortgezette) onderzoek ter zitting bij de Afdeling bestuursrechtspraak, dat op 14 februari 2019 plaatsvond. Of deze onderbouwing adequaat is in het licht van het ‘geen redelijke twijfel’-criterium, zal uit de einduitspraak moeten blijken. Dat de onderbouwing meer om het lijf moet hebben dan de spreekwoordelijke ‘puntjes op de i’, staat al wel vast.

Wij leiden dat af uit de in augustus 2018 – dus na de genoemde verwijzingsuitspraak van de Afdeling – verschenen Tussenevaluatie PAS (die in opdracht van de Minister van LNV door Tauw is opgesteld). De tussenevaluatie ondersteunt het oordeel van de Afdeling dat de onderbouwing van het PAS verbetering behoeft. De eindconclusie die de onderzoekers in de tussenevaluatie (zie p. 61) formuleren, klinkt hoopvol:

“De conclusie luidt dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat uiteindelijk de instandhoudingsdoelstellingen niet gehaald kunnen worden als gevolg van een te hoge stikstofdepositie, vooral omdat er op basis van de monitoring adequaat lijkt te worden bijgestuurd; aandachtspunten zijn wel het per saldo behalen van de afname van de stikstofdepositie en het succesvol uitvoeren van herstelmaatregelen; deze twee aspecten kunnen niet los van elkaar worden gezien want een daling van de depositie is een randvoorwaarde voor de werking van de herstelmaatregelen.”

Maar of *aannemelijk* is dat de instandhoudingsdoelstellingen *uiteindelijk* worden gehaald en of er adequaat *lijkt* te worden bijgestuurd, is niet bepalend voor beantwoording van de vraag of ‘redelijke twijfel’ ontbreekt. De voorzichtige woordkeus is gezien de rest van de tussenevaluatie begrijpelijk. Op verschillende plaatsen wordt een aantal onzekerheden en verbeterpunten in het PAS geconstateerd. Dat betreft wezenlijke onderdelen van het programma. Zo wordt ten aanzien van de herstelmaatregelen geconstateerd dat gedurende het laatste halve jaar van de eerste PAS-periode nog een groot aantal maatregelen moet worden uitgevoerd en afgerond. Ten aanzien van het rendement van de herstelmaatregelen constateren de onderzoekers dat het rendement zich op korte termijn (nog) niet laat vaststellen. Wel wordt opgemerkt dat ‘al het mogelijke wordt gedaan om in een zo vroeg mogelijk stadium inzicht te verkrijgen in

de ontwikkeling van de natuurwaarden' (Tussenevaluatie, p. 60).

Ten aanzien van de bronmaatregelen constateren de onderzoekers dat de beoogde netto-reductie van de emissies uit de landbouw (nog) niet is gerealiseerd en dat het verbod op het aanwenden van mest met behulp van een sleepvoet is uitgesteld (dit verbod is door de minister – in reactie op de tussenevaluatie – met ingang van 1 januari 2019 alsnog ingevoerd). Belangrijker – en opmerkelijk in de context van de eis dat er 'geen redelijke twijfel' mag bestaan – is de constatering dat de effectiviteit van bronmaatregelen (nog) niet goed is vast te stellen. Dit geldt volgens de onderzoekers "zeker voor voer- en managementmaatregelen" die in de landbouwsector (op vrijwillige basis) zouden worden genomen. Daarbij merken de onderzoekers op dat de tot nu toe gehanteerde formats in de monitoringsrapporten het nog niet mogelijk maken om de gerealiseerde voortgang van deze bronmaatregelen eenduidig vast te stellen en te evalueren (Tussenevaluatie, p. 60).

Zo zijn er meer elementen in de tussenevaluatie die duiden op twijfel, hetzij op het punt van de uitvoering van herstellen bronmaatregelen, hetzij op het punt van de effectiviteit van die maatregelen. De onderzoekers adviseren "hier blijvend adequaat aandacht aan te besteden zodat de onzekerheden die betrekking hebben op de werking en borging van het programma kunnen worden weggewerkt" (Tussenevaluatie, p. 63). Hoewel minister Schouten in haar reactie op de tussenevaluatie aan de Tweede Kamer positief kritisch is over het PAS (brief d.d. 22 oktober 2018, kenmerk DGAN-NB/18260500 bij *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 140), laat de tussenevaluatie zien dat met de toepassing van het huidige PAS niet kan worden gesteld dat op grond van objectieve gegevens vanuit wetenschappelijk oogpunt geen redelijke twijfel bestaat dat de stikstofdepositie geen significante gevolgen zal hebben op een Natura 2000-gebied.

Hoe dan verder? Een optie is om de programmatische aanpak voor stikstof vaarwel te zeggen en terug te vallen op de voordien gebruikelijke passende beoordeling en een ADC-toets voor ieder individueel project dat significante negatieve effecten heeft op de natuurwaarden van een Natura 2000-gebied (vgl. o.a. AbRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgtunnel)). Vanuit het PAS bezien en ook vanuit alle positieve effecten van dit instrument, die ook door het hof worden erkend, is dit een 'worst case scenario'. Kaajan verkent in haar bijdrage (par. 8) enkele oplossingsvarianten waarbij een programmatische aanpak – zij het in gewijzigde vorm – wordt behouden. Een van die varianten wordt ook in de tussenevaluatie genoemd en is door de minister (voorlopig) omarmd: kort gezegd komt deze aanpak er op neer dat voor vergunningverlening vooralsnog geen beroep kan worden gedaan op 40% van de vrije ontwikkelingsruimte (segment 2) voor stikstofdepositie. Deze 40% dient als buffer, zodat onomkeerbare gevolgen voor de natuur worden voorkomen totdat de Afdeling zich heeft uitgesproken over de vraag of de onderbouwing

van het PAS voldoet (brief d.d. 22 oktober 2018, kenmerk DGAN-NB/18260500 bij *Kamerstukken II* 2018/19, 32670, 140, p. 3). Naar ons idee verdient een oplossingsvariant de voorkeur waarbij een PAS behouden blijft, maar het programma daadwerkelijk verzekert dat de depositie op alle te beschermen gebieden trendmatig daalt. Een dergelijk programma stoelt vooral op bronmaatregelen. Deze zekerheid kan ook geboden worden door het saneren van bronnen die een hoge stikstofdepositie op een gebied tot gevolg hebben. Een benadering waarbij de grootste emittenten van stikstof in of in de buurt van Natura 2000 gebieden worden gesaneerd, zien wij ook in Vlaanderen, zoals blijkt uit de bijdrage van Schoukens. Dat ook herstelmaatregelen een bijdrage kunnen leveren lijkt ons niet uitgesloten, maar de onzekerheid omtrent de positieve effecten van dergelijke maatregelen maakt het moeilijk om die effecten in een programmatische aanpak 'in te boeken'. Een bronmaatregel die naar ons idee bij uitstek in aanmerking komt, is een (selectieve of algemene) reductie van de veestapel. De effectiviteit van die maatregel staat vast. Bovendien vinden wij een dergelijke maatregel legitiem gelet op het substantiële aandeel dat de landbouwsector heeft in de stikstofdepositie én het feit dat juist die sector veruit het grootste deel van de ontwikkelingsruimte uit het PAS gebruikt. De tussenevaluatie laat daar geen enkel misverstand over bestaan. Verder gaan met de programmatische aanpak, vergt naar onze mening ten aanzien van de landbouwsector in ieder geval een minder vrijblijvende aanpak.