

MARQ WIJNGAARDEN
FLIP SCHÜLLER
PROF. LIESBETH ZEGVELD
MARIEKE VAN EIK
WIL EIKELBOOM
DR. CHANNA SAMKALDEN
TAMARA BURUMA
BONDINE KLOOSTRA
MICHIEL PESTMAN
PROF. GÖRAN SLUITER
BRECHTJE VOSSENBERG
EVA BEZEM
DR. HANA VAN OUIJEN
JO-ANNE NIJLAND
LISA-MARIE KOMP
BARBARA VAN STRAATEN
TOM DE BOER
FREDERIEKE DÖLLE
ELLES TEN VERGERT
ISA VAN KRIMPEN

Tweede Kamer der Staten-Generaal
Griffie Commissie Landbouw,
Natuur en Voedselkwaliteit
t.a.v. mevrouw M. Haveman-Schüssel
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Amsterdam, 15 oktober 2019
Onze ref. 100933/BK/bk

ADVISEURS

PROF. HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA
PROF. TIES PRAKKEN
PROF. BRITTA BÖHLER

Direct tel.nr.: +31(0)20-3446200
Direct faxnr.: +31(0)20-3446201

Rondetafelgesprek over de stikstofproblematiek op 16 oktober 2019

POSITION PAPER MR. B.N. KLOOSTRA

Inleiding

Hieronder zal kort worden stilgestaan bij enkele gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2018¹ inzake het PAS en van de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 mei 2019².

Zekerheid over het uitblijven van significante aantasting

1. Het is van belang erop te wijzen dat het Europese Hof met het PAS-arrest een al jaren eerder ingezette lijn volgde, waar het gaat om hoe de gevolgen van voor de natuur schadelijke activiteiten moeten worden beoordeeld. Artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn³ is overigens ook helder: projecten kunnen vergund worden wanneer de *zekerheid* is verkregen dat geen significante effecten voor beschermde natuur in Natura 2000-gebieden zal optreden.
2. In 2014 had het Europese Hof in de zaak Briels⁴ al bepaald dat natuurmaatregelen gericht op het compenseren van schadelijke gevolgen van een project niet als beschermingsmaatregelen in de passende beoordeling mogen worden meegenomen bij de beoordeling van de gevolgen

¹ HvJ EU 7 november 2018, Mobilisation en Vereniging Leefmilieu, C-293/17 en C-294/17

² AbRS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604

³ richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PB 1992, L 206, blz. 7)

⁴ HvJ EU 15 mei 2014, Briels e.a. C-521/12

van een project voor beschermde natuur. Over het 'natuur inclusief ontwerpen' voor de uitbreiding van de Antwerpse haven oordeelde het Hof in 2016 in de zaak Orleans⁵ – kort gesteld - dat geen voorschot mag worden genomen op te verwachten positief resultaat van natuurmaatregelen ten behoeve van een project.

3. Het PAS als instrument om daarmee milieuruimte voor extra stikstof te creëren, terwijl de voor stikstofgevoelige natuur niet in gunstige staat verkeerde, werd tegen deze achtergrond geïntroduceerd. Men had rekening moeten houden met het risico dat de rechter in zou grijpen, zodat op het PAS geen vergunningen meer mochten worden gebaseerd.
4. Aldus heeft het PAS ervoor gezorgd dat allerlei zeer belastende projecten door konden gaan, terwijl de natuur niet in gunstige staat verkeerde. Dit heeft ervoor gezorgd dat de Natura 2000-gebieden jarenlang aan extra stikstof zijn blootgesteld. Er is in die zin sprake van een inhaalslag die gemaakt moet worden.

KDW en gunstige staat van instandhouding

5. Een project mag op grond van artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming worden vergund, indien op basis van een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat significante effecten op Natura 2000-gebieden zijn uitgesloten⁶. Uit de jurisprudentie blijkt dat het gaat om conclusies⁷ op basis van de best beschikbare wetenschappelijke kennis.
6. Naar de huidige wetenschappelijke inzichten is voor verschillende, in gunstige staat van instandhouding verkerende soorten vegetatie, de beschermde habitats binnen Natura 2000-gebieden, door ecologen een Kritische Depositie Waarde per type vegetatie bepaald (KDW). De KDW drukt de hoeveelheid stikstof uit waaraan een bepaald habitatype kan worden blootgesteld, zonder dat daardoor schade optreedt. Het gaat dus om een ecologische, niet een juridische grens.
7. In Nederland worden de KDW's van voor stikstof gevoelige habitats al jaren overschreden. Ook de uitvoering van maatregelen onder het PAS om de stikstofuitstoot te laten dalen, hebben geen einde gemaakt aan die overschrijding. De stikstofuitstoot is onder het PAS alleen maar toegenomen. De tussenevaluatie PAS⁸ die de minister op 22 oktober 2018 aan de Tweede Kamer zond, laat dit zien.
8. Inmiddels verkeert de voor stikstof gevoelige natuur niet in gunstige staat van instandhouding en de natuur is de afgelopen jaren zelfs verder achteruit gegaan. Ook instandhoudingsmaatregelen om de natuur te verbeteren hebben niet altijd het beoogde effect. Zo kan met maaien stikstof uit de natuur worden verwijderd, maar zorgt dit in bepaalde gevallen ook voor aantasting van de kwaliteit, doordat voor een habitat typische plantensoorten door maaien verdwijnen.

⁵ HvJ EU 21 juli 2016, Orleans e.a. C-387/15 en C-388/15

⁶ Tenzij het gaat om een project dat een dwingende reden van groot openbaar belang dient, waar geen alternatieven voor zijn en waarvoor wordt gecompenseerd. Er zijn weinig projecten die daaraan voldoen en deze laatste categorie zal hier niet besproken worden.

⁷ Bijvoorbeeld HvJ EU in het PAS-arrest, punt 104 en AbRS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684, r.o. 2.10.5

⁸<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/10/22/kamerbrief-over-tussenevaluatie-programma-aanpak-stikstof-pas>

9. Het Europese Hof oordeelde in het PAS-arrest dat “de mogelijkheden om een vergunning te verlenen” voor activiteiten die de natuur aan kunnen tasten “noodzakelijkerwijs gering” zijn wanneer de staat van instandhouding van een natuurlijke habitat ongunstig is⁹. In de Nederlandse context, waar de jarenlange overschrijding van de KDW's geleid heeft tot een ongunstige staat van instandhouding van habitats, betekent dit naar mijn mening dat voor de natuur belastende activiteiten al snel tot significante effecten op de staat van instandhouding kunnen leiden, waardoor geen vergunning kan worden verleend.

Duitse 7 mol-regel

10. Wetenschappelijk gezien moet, om een activiteit te kunnen vergunnen op grond van artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming, sprake zijn van de zekerheid dat significante effecten zullen uitblijven. Die zekerheid is op grond van de huidige beschikbare wetenschappelijke kennis niet te geven ten aanzien van activiteiten die zorgen voor stikstofdepositie tot 7 mol per hectare per jaar. Zelfs onder 0,5 mol per hectare per jaar stikstofdepositie van een project, zijn significante effecten daarvan ecologisch gezien niet uit te sluiten. Dit geldt te meer in een situatie als die in Nederland, waar veel natuur in ongunstige staat van instandhouding verkeert. Het Hof van justitie oordeelde, zoals uiteen gezet, dat bij een ongunstige staat van instandhouding al snel sprake zal zijn van significante effecten.

Verplichting van Nederland om de Natura 2000-gebieden te beschermen

11. Nederland is op grond van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn bovendien gehouden om de beschermde natuur in een gunstige staat van instandhouding te brengen of te houden.
12. Dalende stikstofniveaus zullen niet onmiddellijk voor herstel van beschermde natuur zorgen. Dit betekent dat ook natuurmaatregelen noodzakelijk blijven om er voor te zorgen dat de natuur in gunstige staat van instandhouding wordt gebracht.
13. Het afzwakken van de doelstellingen van Natura 2000-gebieden of het annuleren van de aanwijzing van Natura 2000-gebieden is onder de Habitatrichtlijn niet toegestaan. Zijn beschermde habitats aangetast of verdwenen doordat Nederland niet alle maatregelen heeft genomen om de natuur in een gunstige staat van instandhouding te brengen, dan zal sprake zijn van handelen in strijd met de verplichtingen uit de Habitatrichtlijn.

Grenswaarde

14. Op grond van het PAS-arrest is het hanteren van een grenswaarde waaronder negatieve effecten van stikstof zijn uitgesloten, in theorie toegestaan. Een dergelijke grenswaarde mag echter alleen worden vastgesteld als deze berust op een passende beoordeling die significante effecten van stikstofdepositie onder de grenswaarde met zekerheid uitsluit¹⁰. Een regeling zoals de grenswaarde uit artikel 2.12 Besluit natuurbescherming zou dus alleen kunnen worden toegepast indien er een passende beoordeling wordt gemaakt waaruit blijkt dat de daarin opgenomen grenswaarde van 1 mol/ha/jaar met zekerheid geen negatieve effecten heeft of kan hebben op beschermde natuur. In zijn algemeenheid kan dat echter in Nederland niet worden aangetoond, omdat het met veel voor stikstof gevoelige natuur niet goed gaat. In de praktijk lijkt het daarom onmogelijk om een generieke grenswaarde voor stikstofdepositie met een passende beoordeling, waarin significante effecten van die extra stikstof kunnen worden uitgesloten, te onderbouwen.

⁹ PAS-arrest, punt 103

¹⁰ PAS-arrest, punten 110-112