

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 Infrastructuur en
Waterstaat
t.a.v. de heer M. Israel
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

C.Bruijniks-Kramer@tweedekamer.nl en
cie.iw@tweedekamer.nl

Amsterdam, 12 december 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 'Juridische implicaties maatregelenpakket stikstof en de MIRT-projecten'
12 december 2019**

POSITION PAPER MR. B.N. KLOOSTRA

Inleiding

Hieronder zal kort worden ingegaan op het maatregelenpakket inzake stikstof in relatie tot het project voor het realiseren van de A12/A27 bij Utrecht, waarbij ook kort zal worden ingegaan op de Noodwet aanpak stikstof¹. Als achtergrondinformatie verwijs ik naar mijn eerdere *position paper* van 15 oktober 2019 voor het rondetafelgesprek stikstof van 16 oktober 2019 georganiseerd door de vaste commissie voor Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van de Tweede Kamer². Gelet op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 17 juli 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2466) waarbij het tracé-besluit voor de A12/A27 werd vernietigd wegens de op het Programma Aanpak Stikstof gebaseerde onderbouwing, zal in het onderstaande opnieuw worden stilgestaan bij het arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2018³ inzake het PAS en de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 mei 2019⁴. Het maatregelenpakket bevat generieke maatregelen die beogen de depositie van verzurende en vermestende stoffen op beschermde natuur te verminderen (verlaging maximum snelheid, maatregel veevoer, sanering varkenshouderijen).

¹ Kamerstukken II, 2019-2020, 35 347, nr. 2, Regels voor de aanpak van de stikstofproblematiek in relatie tot natuur (Spoedwet aanpak stikstof)

² <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2019Z19761&did=2019D41239>

³ HvJ EU 7 november 2018, Mobilisation en Vereniging Leefmilieu, C-293/17 en C-294/17

⁴ AbRS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604

Niet toegespitst op beschermde habitat in specifieke Natura 2000-gebieden

1. Generieke maatregelen om stikstof- en ammoniakuitstoot te verlagen kunnen bijdragen aan het voldoen aan de verplichting die op Nederland rust om beschermde Natura 2000-gebieden in gunstige staat van instandhouding te houden en te brengen, op grond van artikel 6, tweede lid, van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (hierna: de Habitatrichtlijn). Of er daardoor ruimte komt voor nieuwe projecten, hangt af van de vraag of en op welke termijn feitelijk herstel optreedt van beschermde natuur die niet in gunstige staat van instandhouding verkeert.
2. Vooralsnog is echter onduidelijk of en in welke mate de maatregelen leiden tot minder depositie op beschermde habitat in Natura 2000-gebieden. Dat zal voor elke maatregel per Natura 2000-gebied en per voor depositie gevoelige habitat beoordeeld dienen te worden.

70/30 regeling

3. De Noodwet aanpak stikstof voorziet in een stikstofregistratiesysteem, waarbij een deel van de gerealiseerde daling van stikstofniveaus wordt gebruikt als 'milieuruimte' om depositie uit nieuwe projecten toe te staan. Het gaat om een zogenaamde 70/30 regeling waarbij van de beoogde reductie van stikstofdepositie steeds 30% gaat naar het verlagen van de achtergrondniveaus van stikstof en 70% van de reductie wordt vervangen door stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden uit nieuwe projecten, bijvoorbeeld de aanleg van nieuwe wegen, staat op gespannen voet met de verplichtingen uit artikel 6 van de Habitatrichtlijn.
4. Het gaat om een vorm van extern salderen. In de rechtspraak leek voorheen extern salderen onder bepaalde voorwaarden te worden geaccepteerd, bijvoorbeeld wanneer de uitkoop van een agrarisch bedrijf weggestreept werd tegen de uitbreiding van een ander agrarisch bedrijf. De jurisprudentie van het Hof van justitie van de Europese Unie lijkt extern salderen echter niet toe te staan, wanneer voor verzurende en vermestende depositie gevoelige natuur niet in gunstige staat van instandhouding verkeert. Dan moeten natuurherstel- of stikstofreductiemaatregelen worden ingezet om Natura 2000-gebieden in goede staat van instandhouding te brengen, op grond van het hiervoor aangehaalde artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. Een reductie van depositie moet dan worden ingezet voor het nodige natuurherstel, los van nieuwe projecten die tot nieuwe stikstofdepositie leiden. In het PAS-arrest oordeelt het Hof van justitie dat herstelmaatregelen die nodig zijn om aan de verplichting te voldoen om beschermde Natura 2000-gebieden in een goede staat van instandhouding te brengen of te houden, niet gebruikt mogen worden voor het creëren van ruimte voor nieuwe stikstofdepositie, zolang het met de natuur niet goed gaat. Het Hof oordeelde onder andere het volgende:

“123. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat het in strijd met de nuttige werking van artikel 6, leden 1 en 2, van de habitatrichtlijn zou zijn dat naar het effect van maatregelen die krachtens die bepalingen nodig zijn, kan worden verwezen om, voordat die maatregelen daadwerkelijk worden uitgevoerd, op grond van lid 3 van dat artikel een vergunning te verlenen voor een plan of project dat gevolgen heeft voor het betrokken gebied [zie in die zin arrest van 17 april 2018, Commissie/Polen (oerbos van Białowieża), C-441/17, EU:C:2018:255, punt 213].

124. Naar het positieve effect van de maatregelen die krachtens artikel 6, leden 1 en 2, van de habitatrichtlijn nodig zijn, kan ook niet worden verwezen om op grond van lid 3 van dat artikel een vergunning te verlenen voor projecten die nadelige gevolgen hebben voor beschermde gebieden.”

5. Overigens lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak naar aanleiding van het PAS-arrest te oordelen dat natuurherstel- of stikstofreductiemaatregelen wel in aanmerking zouden mogen worden genomen ter onderbouwing van vergunningen voor nieuwe projecten die tot stikstofdepositie leiden, als wordt aangetoond dat de goede staat van instandhouding in het betreffende Natura 2000-gebied op een andere manier wordt bereikt⁵. Op welke manier en welke soort maatregelen de Afdeling daarbij in gedachten heeft, wordt in de uitspraak niet duidelijk. Duidelijk is wel dat sprake dient te zijn van wetenschappelijke zekerheid omtrent de gevolgen van dergelijke maatregelen. Bij hoge achtergrondniveaus van verzurende en vermestende stoffen kunnen potentieel kansrijke herstelmaatregelen toch niet het beoogde effect sorteren.
6. Waar sprake is van een ongunstige staat van instandhouding en een forse, nog jarenlang voortdurende overschrijding van de kritische depositiewaarde, zal volgens de Afdeling bovendien eerder sprake zijn van maatregelen die nodig zijn voor het behoud of voorkomen van verslechtering, dan voor een gebied waar zeker is dat overschrijding binnen een afzienbare termijn de kritische depositiewaarde nadert⁶. De Afdeling overweegt verder nog het volgende:
“Verder acht de Afdeling aannemelijk dat in de gebieden die vallen in categorie 1b, dat zijn de gebieden waarin het maatregelenniveau in de eerste PAS-periode primair is gericht op het voorkomen van verslechtering van natuurwaarden, een groot deel van de maatregelen nodig is krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, van de Habitatrichtlijn. Hoe slechter de bestaande staat van instandhouding en de vooruitzichten, des te eerder zal moeten worden aangenomen dat de maatregelen nodig zijn om te kunnen voldoen aan artikel 6, eerste en tweede lid van de Habitatrichtlijn.”⁷
7. De conclusie is dat uit het PAS-arrest en de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat zolang er sprake is van overbelasting met stikstofdepositie van voor verzuring en vermeting gevoelige habitat in Natura 2000-gebieden en deze habitats en daarvan afhankelijke soorten niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren, het toestaan van nieuwe projecten die voor stikstofdepositie zorgen op basis van een 30/70 regeling in strijd moet worden geacht met artikel 6 van de Habitatrichtlijn. Maatregelen ten behoeve van stikstofreductie of natuurherstel dienen in een dergelijke situatie in beginsel eerst ten goede te komen aan het houden en brengen van beschermde natuur in een gunstige staat van instandhouding.
8. De voorgestelde maatregelen voor stikstofreductie zullen op korte termijn niet leiden tot natuurherstel. Wanneer de natuur niet in goede staat van instandhouding verkeert, is er geen ruimte voor het toestaan van nieuwe projecten die tot depositie van stikstof op die beschermde natuur leiden. Dit geldt ook voor het project A12/A27. Het project kan niet

⁵ AbRS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 14.3 en 14.4, waarin de Afdeling onder andere het volgende overweegt: “PAS-bronmaatregelen en herstelmaatregelen die specifiek voor het PAS worden getroffen en die een bijdrage leveren aan het realiseren van herstel- of verbeterdoelen zijn maatregelen die krachtens artikel 6, eerste lid, van de Habitatrichtlijn nodig zijn als niet verzekerd is dat de herstel- en verbeterdoelen op een andere wijze dan met deze maatregelen kunnen worden gerealiseerd. Is dat wel verzekerd, dan kunnen de PAS-bronmaatregelen en de herstelmaatregelen die specifiek voor het PAS worden getroffen en die een bijdrage leveren aan het realiseren van herstel- en verbeterdoelen, als beschermingsmaatregel worden geduid.”

⁶ Idem, r.o. 14.5

⁷ Idem

gelegaliseerd worden op basis van een dergelijke 30/70 regeling. Natuurherstel is als gevolg van de voorgestelde maatregelen niet te verwachten op afzienbare termijn.

9. Daarbij moet bedacht worden dat het Europese Hof in het PAS-arrest oordeelde 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 is⁸. 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.

ADC-toets inzake A12/A27

10. De A12/A27 zal tot een toename van de stikstofdepositie leiden, onder andere op Natura 2000-gebied Veluwe Gelet op het voorgaande zal het maatregelenpakket inzake stikstofreductie niet kunnen leiden tot de conclusie dat significante effecten van het project A12/A27 op voorhand met zekerheid kunnen worden uitgesloten.
11. Omdat significante effecten niet kunnen worden uitgesloten, zal voor dit project een zogenaamde ADC-toets moeten worden uitgevoerd. Deze omvat een alternatieventoets. Alternatieven voor de A12/A27 lijken er te zijn. Op voorhand lijkt het bovendien niet uitgesloten dat er gevolgen zijn voor prioritaire habitat. Een dergelijk project mag op grond van dwingende redenen van groot openbaar belang alleen gerealiseerd worden ten behoeve van de openbare veiligheid, de menselijke gezondheid of het milieu. Dit is bepaald in artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn en in artikel 2.8 van de Wet natuurbescherming. Dergelijke belangen lijken niet gediend met dit project, zodat daarvoor geen toestemming kan worden gegeven, tenzij de Europese Commissie positief adviseert.
12. Een belangrijk knelpunt inzake A12/A27 kan verder zijn dat bovenop alle herstelmaatregelen die ook zonder die weg nodig zijn in de Natura 2000-gebieden, de negatieve natuureffecten van de weg gecompenseerd dienen te worden. Voor natuurcompensatie lijkt echter bij de huidige stand van zaken weinig ruimte. Bovendien, er lijkt niet aan te ontkomen dat het PAS-arrest ook gevolgen heeft voor de wijze waarop moet worden beoordeeld of een project voldoende in compensatie van natuurschade voorziet. Ook ten aanzien van natuurcompensatie geldt de conclusie uit het PAS-arrest dat vooruitlopen op niet behaalde natuurwinst niet is toegestaan.

Effect van de stikstof reducerende maatregelen

13. De maatregelen zullen op termijn, afhankelijk van waar zij precies getroffen worden, bijdragen aan herstel van beschermde habitat in de Natura 2000-gebieden waarop stikstofdepositie daadwerkelijk wordt verminderd als gevolg van die maatregelen. Hoeveel en hoe snel de maatregelen daaraan bij zullen dragen, is nog onduidelijk. Hoe sneller natuurherstel intreedt, hoe sneller beschermde natuur in een gunstige staat van instandhouding zal verkeren, waardoor projecten die zorgen voor nieuw stikstofdepositie mogelijk niet meer zo snel significante effecten op die natuur veroorzaken.

⁸ PAS-arrest, punt 103