

Position paper Spoedwet aanpak stikstof.

Dr. ir. R. Beunen, universitair hoofdocent omgevingswetenschappen aan de Faculteit Management, Science & Technology, Open Universiteit.

Mr. dr. S. Kole, universitair docent Staats- en bestuursrecht (in het bijzonder Omgevingsrecht) aan de Faculteit Cultuur- en rechtswetenschappen, Open Universiteit.

2 december 2019

Algemene indruk

Deze position paper is opgesteld op verzoek van de vaste commissie voor Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van de Tweede Kamer ter voorbereiding van de behandeling van het wetsvoorstel Spoedwet Aanpak Stikstof.¹ In de reflectie op het voorliggende wetsvoorstel betrekken we de uitgebreide jurisprudentie van diverse (inter)nationale rechtelijke instanties zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU of Hof) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) en de inzichten uit het langlopende onderzoek naar de implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn in Nederland.²

De reflectie laat zien dat aan het onderhavige wetsvoorstel grote **juridische, financiële en ecologische risico's kleven**. De reden hiervoor is dat de in dit wetsvoorstel voorgestelde aanpak op belangrijke punten overeenkomsten vertoont met de opzet en inhoud van het voormalige Programma Aanpak Stikstof (PAS) dat als gevolg van een uitspraak van de Afdeling wegens strijd met verplichtingen die voortvloeien uit de Habitatrichtlijn (hierna: Hrl) onverbindend is verklaard.³

Bij het opstellen van het wetsvoorstel lijkt onvoldoende rekening te zijn gehouden met de lessen die kunnen worden getrokken uit het PAS-arrest, de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6 Hrl en de jurisprudentie van het Hof. In dat verband kan onder meer worden gewezen op het voorstel om de vergunningplicht voor projecten met mogelijke verslechterende effecten af te schaffen, het introduceren van een nieuwe drempelwaarde voor stikstofveroorzakende vergunningplichtige activiteiten en een depositieregistratiesysteem.⁴ Alleen de voorgestelde wijziging van de Crisis- en herstelwet kan op relatief korte termijn een positief effect hebben op de staat van instandhouding van Natura 2000 gebieden.

Het aanpassen van de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid Wnb, het instellen van een drempelwaarden en het opzetten van een depositieregistratiesysteem is naar onze mening weinig effectief zolang er geen concrete plannen zijn voor een forse reductie van de stikstofdepositie die leidt tot de realisering van een gunstige staat van instandhouding van kwalificerende habitats en soorten in de Nederlandse Natura 2000-gebieden. De voorgestelde reductie van maximaal 7,6 mol/ha/jaar is marginaal ten opzichte van een gemiddelde depositie van 1760 mol/ha/jaar, waarbij het de vraag is of het gelegitimeerd is om daarvoor een ingewikkelde en juridisch risicovolle wetswijziging voor te stellen.

¹ *Kamerstukken II*, 2019-2020, 35 347, 1-3 Regels voor de aanpak van de stikstofproblematiek in relatie tot natuur (Spoedwet Aanpak Natuur).

² In het bijzonder HvJ EU, 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330 (Briels e.a.), HvJ EU 21 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:583 (Orléans e.a.), HvJ EU, 12 april 2018, ECLI:EU:C:2018:244 (People Over The Wind), HvJ EU, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest) en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604 (PAS-uitspraken)

³ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604 (PAS-uitspraken).

⁴ *Kamerstukken II*, 2019-2020, 35 347, 2, p. 2-5 en *Kamerstukken II*, 35 347, 3, p. 4 – 13.

Een aantal van de voorgestelde wijzigingen zijn in de huidige vorm en met de huidige onderbouwing in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, tweede en derde lid Hrl. Daarnaast leidt het tot een ingewikkeld systeem van beoordeling, vergunningverlening en monitoring met de nodige juridische en ecologisch risico's. De voorgestelde aanpak schaadt naar onze mening de geloofwaardigheid van de overheid. In het licht van het advies van het HvJ is het niet ondenkbaar dat de aanpak zelfs kan leiden tot een nieuwe ingebrekestelling door de Europese Commissie en een veroordeling door het Hof, met alle politieke en maatschappelijke consequenties van dien. We zetten ons standpunt hieronder verder uiteen.

Opnieuw strijdigheid met de verplichtingen uit artikel 6 Hrl

Het voorliggende wetsvoorstel bevat een aantal voorstellen die strijdig zijn met de verplichtingen die volgen uit artikel 6 Hrl.

Ten eerste gaat het dan om het voorstel om de vergunningplicht voor activiteiten met mogelijke negatieve effecten op de kwalificerende natuurwaarden in Natura 2000-gebieden in het vervolg te beperken tot projecten met mogelijke significante versturende effecten. Op basis van de bepalingen uit artikel 6 Hrl. moeten lidstaten maatregelen treffen om te voorkomen dat er in of in de nabijheid van Natura 2000-gebieden activiteiten plaatsvinden met mogelijke verslechterende of significant versturende effecten op de kwalificerende natuurwaarden. De beperking van de vergunningplicht tot projecten met mogelijke significante effecten vergroot de kans dat in de praktijk, bijvoorbeeld als gevolg van cumulatieve effecten, een situatie ontstaat die in strijd is met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, tweede Hrl.

Ten tweede introduceert het wetsvoorstel een nieuw afwegingskader voor de introductie van drempelwaarden en een systeem voor het beheer van stikstofdepositieruimte. De voorliggende wetswijziging gaat voorbij aan het advies van de Raad van State met betrekking tot de instelling van een drempelwaarde voor geringe stikstofdeposities.⁵ De verplichte ecologische onderbouwing ontbreekt voornamelijk en daarnaast wordt in het voorstel net als in het onverbindend verklaarde PAS uitgegaan van vermeende voordelen die nog niet zijn gerealiseerd en ook nog niet vaststaan. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting geven ook geen antwoord op de bedenkingen en vragen die de Raad van State oproept in het advies over de spoedwet.

Het wetsvoorstel staat ook haaks op alle (inter)nationale jurisprudentie die in de afgelopen jaren is ontwikkeld over de (on)mogelijkheden om bepaalde economische activiteiten generiek vrijstellen te stellen van het beoordelingskader van artikel 6, derde lid Hrl. Uit die jurisprudentie blijkt dat het een passende beoordeling alleen achterwege kan worden gelaten wanneer op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake kan worden uitgesloten dat economische activiteiten (mogelijke) significant versturende effecten hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van kwalificerende natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. Het opstellen van die ecologische beoordeling dient in de regel per individueel geval te plaats te vinden en daarbij mogen alleen beschermingsmaatregelen worden meegewogen waarvan de effecten reeds vaststaan.⁶ Vanuit dat perspectief bezien is het voorstel om een nieuwe drempelwaarde voor activiteiten die stikstofdeposities veroorzaken weinig kansrijk. In het bijzonder niet omdat bij dit voorstel een ecologische onderbouwing ontbreekt en er lijkt te worden uitgegaan van nog niet bestaande en vaststaande positieve effecten van beschermingsmaatregelen in en rond de Nederlandse Natura 2000-gebieden. Een dergelijke aanpak is

⁵ <https://www.raadvanstate.nl/actueel/abonnementenservice/samenvattingen/samenvatting/@118282/w11-19-0346-iv-vo/>

⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest), punten 98-99 en 128.

niet alleen in strijd met de eisen van artikel 6, derde lid Hrl maar gaat ook volledig voorbij aan het feit dat voor het toestaan van (nieuwe) economische activiteiten eerst de staat van instandhouding van kwalificerende natuurwaarden substantieel moet worden verbeterd. Pas daarna ontstaat ruimte om zonder mogelijke significante effecten economische activiteiten toe te staan in en rond Natura 2000-gebieden.

Het huidige wetsvoorstel brengt om de bovenstaande redenen juridische risico's met zich mee. Wanneer op basis van het voorstelde systeem vergunningen worden verleend, dan wel activiteiten worden vrijgesteld van de vergunningplicht van artikel 2.7, tweede lid Wnb, ligt het voor de hand dat dergelijke besluiten – wegens strijd met het bepaalde in artikel 6, tweede en derde lid Hrl – met succes kunnen worden aangevochten bij de bestuursrechter. Dat heeft tot gevolg dat er wederom geen nieuwe vergunningen kunnen worden verleend en bestaande vergunningen op basis van artikel 5.4 Wnb moeten worden ingetrokken. Het behoeft geen betoog dat een dergelijke situatie opnieuw leidt tot rechtsonzekerheid, hoge kosten en maatschappelijke onrust.

Onnodige complexiteit passende beoordeling

Het voorliggende wetsvoorstel maakt het opstellen van passende beoordelingen voor projecten die leiden tot een hogere stikstofdepositie op Natura 2000 gebieden uitermate complex. Dit geldt voor de passende beoordeling die ten grondslag moet liggen aan een in te stellen drempelwaarde, maar ook voor passende beoordelingen die voor andere projecten worden opgesteld. Dat laatste vanwege het feit dat effecten beoordeeld moeten worden in samenhang met andere projecten en met oog op de cumulatieve effecten die ze veroorzaken.

Een belangrijk aandachtspunt is dat bij het opstellen van de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan een drempelwaarde alleen beschermingsmaatregelen waarvan de effecten vaststaan mogen worden meegewogen bij de afweging of een drempelwaarde of een individueel project mogelijke significant effecten heeft op de kwalificerende natuurwaarden in Natura 2000-gebied. Uit het PAS-arrest van het Hof volgt dat instandhoudingsmaatregelen (artikel 6, eerste lid Hrl), passende maatregelen (artikel 6, tweede lid Hrl) en autonome ontwikkelingen alleen mogen worden gebruikt om de stand van instandhouding van een habitat of soort vast te stellen, maar niet mogen worden meegewogen bij het opstellen van een passende beoordeling.⁷

Dit betekent dat een passende beoordeling die ten grondslag ligt aan een drempelwaarde:

- De mogelijke effecten van de projecten die onder drempelwaarde vallen moet vaststellen. Daarbij moet worden voldaan aan de strikte eisen van artikel 6, derde lid Hrl, de jurisprudentie van het Hof en de richtsnoeren van de Europese Commissie. Een passende beoordeling mag geen leemten vertonen, moet volledige, nauwkeurige en definitieve constatering bevatten en moet ieder mogelijke wetenschappelijk twijfel wegnemen met betrekking tot de mogelijke effecten van een project of projecten op de instandhoudingsdoelstellingen van kwalificerende natuurwaarden in een Natura 2000-gebied. Daarbij moet worden gebruik gemaakt van de beste wetenschappelijk kennis ter zake.⁸
- In beeld moet brengen welke maatregelen zo ie zo noodzakelijk zijn voor het behalen en behouden van instandhoudingsdoelstellingen.
- Onderscheid moet aanbrengen tussen beschermingsmaatregelen en andere maatregelen zoals instandhoudings- en passende maatregelen.

⁷ HvJ EU, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest), punt 128.

⁸ Zie ondermeer HvJ EU, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest), punten 98-99.

- Onderscheid moet aanbrengen tussen de effecten van beschermingsmaatregelen en instandhoudings- en passende maatregelen.
- Onderscheid moeten maken tussen negatieve effecten van projecten die op basis van een drempelwaarde mogelijk worden gemaakt en negatieve effecten van andere projecten.
- Effecten van afzonderlijke projecten moet beoordelen én;
- effecten moet beoordelen die optreden in combinatie met andere plannen of projecten in beeld worden gebracht (de zogenaamde cumulatietoets).

Gezien de slechte staat van instandhouding van de meeste habitats en soorten in de Nederlandse Natura 2000-gebieden en de nog steeds veel te hoge milieudruk als gevolg van onder meer stikstofdepositie, is het in de praktijk vrijwel onmogelijk om positieve en negatieve effecten één op één te kennen aan specifieke projecten en specifieke maatregelen. Het wordt dan ook onmogelijk om met zekerheid vast te stellen dat de projecten die worden toegestaan op basis van een drempelwaarde in combinatie met andere plannen of projecten de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zullen aantasten.

Dit wordt bevestigd door de ervaringen met het PAS. In retrospectief is het eenvoudig om te concluderen dat de passende beoordeling die ten grondslag lag aan het PAS een compleet verkeerde inschatting heeft gemaakt van zowel de reductie van de stikstofdepositie als de (vermeende) positieve effecten van de PAS-maatregelen op de kwalificerende habitats en soorten in de Nederlandse Natura 2000-gebieden⁹.

Zeker in het licht van de huidige discussies over de betrouwbaarheid van de metingen en modellen van het RIVM die ten grondslag liggen aan het Nederlandse stikstofbeleid¹⁰ zal de toenemende nadruk op modelmatige berekeningen de geloofwaardigheid van de aanpak stikstof geen goed doen.

Toename onderzoekslasten voor andere projecten

Het instellen van een drempelwaarde zal vermoedelijk ook leiden tot een toename van de onderzoekslasten voor projecten die niet onder een drempelwaarderegeling vallen, maar die (mogelijkerwijs) wel leiden tot een verhoging van de stikstofdepositie in Natura 2000 gebieden. Bij de passende beoordeling van die projecten zal ook moeten worden beoordeeld welke effecten optreden in combinatie met projecten die mogelijk worden gemaakt op basis van een drempelwaarde.

Doordat eventuele stikstofruimte al snel gereserveerd zal worden voor het instellen van drempelwaarden en doordat het in toenemende mate lastig wordt om aanvullende compensatiemaatregelen te nemen, kan het zelfs zo zijn dat het in de praktijk nog lastiger wordt om nog toestemming te verlenen voor projecten die niet onder een drempelwaarde regeling vallen.

Risico juridische procedures

De Spoedwet Aanpak Stikstof maakt de uitvoering van het huidige natuurbeschermingsrecht onnodig complex en leidt naar verwachting tot een hogere regeldruk en administratieve lasten. Bovendien is het voorgestelde systeem in de huidige vorm en met de huidige onderbouwing in strijd met de verplichtingen van artikel 6, tweede en derde lid Hrl.

⁹ <https://edepot.wur.nl/342464>

¹⁰ <https://www.rivm.nl/nieuws/openheid-over-stikstof>

De kans is dan ook groot dat belanghebbenden het gebruik van een drempelwaarde, in het bijzonder de onderliggende passende beoordeling van die drempelwaarde, wegens strijd met de Hrl met succes kunnen aanvechten bij de bestuursrechter. Dit risico wordt onderkent in de memorie van toelichting: *“Als een vrijstellingsregeling niet houdbaar blijkt te zijn, zoals het geval was met de vrijstelling gekoppeld aan de grenswaarde onder het Programma Aanpak stikstof 2015-2021, moeten alle projecten waarvoor op die vrijstelling een beroep is gedaan, alsnog worden gelegaliseerd”*.¹¹

Het alsnog legaliseren van dergelijke projecten is echter alleen mogelijk voor zover daarbij wordt voldaan aan de eisen van artikel 6, tweede lid Hrl. Gezien het feit dat praktische alle kwalificerende natuurwaarden in de Nederlandse Natura 2000-gebieden in een ongunstige staat van instandhouding verkeren lijkt dat niet mogelijk.

Niet kosteneffectief

De gekozen aanpak lijkt net als het vernietigde PAS niet kosteneffectief. De Nederlandse overheid zal ten eerste substantiële kosten moeten maken voor het instellen, beoordelen en monitoren van de systemen voor het instellen van drempelwaarden en beheren van stikstofruimte. De memorie van toelichting maakt de hoogte van deze kosten niet inzichtelijk.

Ten tweede zal veel geld uitgetrokken moeten worden voor het uitwerken, beoordelen en realiseren van maatregelen die moeten dienen ter compensatie van projecten die op basis van de drempelwaarde worden toegestaan. Afgaande op de maatregelen die destijds waren opgenomen in het PAS kan worden verwacht dat deze kosten in de honderden miljoenen kunnen lopen.

Ten derde is te verwachten dat kosten gemaakt moeten worden voor het voeren van juridische procedures en de consequenties die daaruit volgen. Het gevolg van die juridische procedures kan zijn dat vergunningen niet kunnen worden verleend of zelfs moeten worden ingetrokken en dat aanvullende bron- en natuurherstelmaatregelen nodig zijn ter compensatie van de ecologische schade die is voortgekomen uit reeds vergunde projecten.

Deze conclusies volgen rechtstreeks uit de ervaringen met het Programma Aanpak Stikstof. Het PAS heeft Nederland al meer dan een miljard euro gekost¹² terwijl de ecologische effectiviteit minimaal is gebleven en de milieudruk als gevolg van ammoniakdepositie juist is toegenomen¹³. Nederland heel veel moeten investeren in het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het ontwikkelen, passend beoordelen en monitoren van het PAS. Daarnaast zijn vele honderden miljoenen uitgetrokken voor het nemen van maatregelen en nu worden opnieuw zeer hoge kosten gemaakt om de schade van het PAS te herstellen. Een herhaling van dit scenario ligt met de gekozen aanpak in de lijn der verwachting.

¹¹ <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=71208114-e6e6-4064-b072-8ca5b18941ea&title=Memorie%20van%20toelichting.pdf>

¹² Voor de uitvoering van het programma zijn financiële middelen beschikbaar. In het ‘Natuurpact ontwikkeling en beheer van natuur in Nederland’⁸⁵ zijn het Rijk en de provincies overeengekomen dat de financiële middelen die op grond van dit pact beschikbaar zijn voor provincies, door provincies in elk geval worden besteed aan herstelbeheer en hydrologische maatregelen in Natura 2000-gebieden ter uitvoering van dit programma en verder ook aan het beheer van Natura 2000-gebieden ten algemene. Deze middelen bedragen voor de jaren 2014 en 2015 € 100 miljoen extra, voor de jaren 2016 en 2017 € 300 miljoen en voor de jaren daarna € 200 miljoen. Verder heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken voor dit programma financiële middelen beschikbaar, als onderdeel van de oorspronkelijke intensivering ten behoeve van dit programma van € 120 miljoen zoals voorzien in het regeerakkoord van het kabinet Rutte I. Deze middelen bedragen voor 2014 € 29,9 miljoen, voor 2015 tot en met 2018 € 13,5 miljoen

¹³ <https://www.clo.nl/indicatoren/nl0189-stikstofdepositie>

De voorgestelde aanpak staat ook haaks op het in de nieuwe Omgevingswet verankerde principe van de vervuiler betaalt aangezien vrijwel alle kosten voor vergunningverlening en compensatie bij de overheid komen te liggen, terwijl de vervuiler profiteert van de geboden stikstofruimte.

Geloofwaardigheid beleid

De afdeling Advisering van Raad van State benadrukt dat sprake moet zijn van een geloofwaardig en effectief pakket van maatregelen wil een drempelwaarde juridisch houdbaar zijn. Daar is tot op heden nog geen sprake van. De voorgestelde maatregelen leiden in het meest gunstige geval tot een reductie van 7,6 mol/ha/jaar¹⁴. Dat is minder dan 1% van de huidige stikstofdepositie van 1760 mol/ha/jaar¹⁵.

Het ontbreken van effectieve maatregelen betekent niet alleen dat een drempelwaarde in de huidige situatie juridisch niet verdedigbaar is, maar ook dat een poging om desondanks een drempelwaarde te introduceren de geloofwaardigheid van het beleid verder ondermijnt. Die geloofwaardigheid heeft al flinke deuken opgelopen door het PAS debacle, het feit dat een jaar na het advies van het Europees Hof van Justitie¹⁶ nog steeds geen effectieve maatregelen zijn genomen om de uitstoot van ammoniak en stikstofoxiden te reduceren en door het feit dat niet ondubbelzinnig afstand wordt genomen van de suggesties om bestaande Natura 2000-gebieden te schrappen of het beschermingsregime voor die gebieden in Wet natuurbescherming en de toekomstige Omgevingswet nog verder af te zwakken. Dat is geen geloofwaardige positie om met de Europese Commissie te onderhandelen over flexibiliteit in de uitvoer van internationale verplichtingen ten aanzien van natuur en milieu.

Risico ingebrekestelling door Europese Commissie en veroordeling door het Hof van Justitie

De Europese Commissie heeft de Nederlandse staat al diverse malen in gebreke gesteld vanwege een onvolkomen implementatie of onjuiste toepassing van de regels van de Vogel- en Habitatrichtlijnen¹⁷. Als nu, na het vernietigen van het PAS en in strijd met het advies van het HvJ, opnieuw wordt gekozen voor een aanpak waarmee Nederland niet kan waarborgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de Natura 2000-gebieden niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben, is er een reële kans dat er door de Europese Commissie opnieuw een ingebrekestellingsprocedure in gang wordt gezet. Een dergelijk procedure kan leiden tot een nieuwe veroordeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹⁸ Dit risico is groter geworden nu monitoringsonderzoek bevestigt dat de staat van instandhouding van praktische alle habitattypen en soorten ongunstig blijft en sommige gevallen zelfs verslechtert¹⁹ en de implementatie van de Vogel en Habitatrichtlijn in Nederland dus aantoonbaar tekort schiet.

¹⁴ snelheidsverlaging (1,2 mol/ha/jaar), veevoer (3,6 mol/ha/jaar) en saneringsregeling (potentieel 2,8 mol/ha/jaar).

¹⁵ <https://www.clo.nl/indicatoren/nl0189-stikstofdepositie>

¹⁶

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3ADDA9421316463753B29EB049ED0F07?text=&docid=207424&pageIndex=0&doclang=nl&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2102257>

¹⁷ Zie ondermeer HvJ 19 mei 1998, ECLI:EU:C:1998:238 (Commissie/Nederland), HvJ EG 7 september 2004, ECLI:EU:C:2004:482 (Kokkelvisserijarrest), HvJ EU 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330 (Briels e.a.) en HvJ EU, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest).

¹⁸ Zie in dat verband de eerdere veroordeling van de Staat der Nederlanden in 2005. HvJ EG 14 april 2005, ECLI:EU:C:2005:233 (Commissie/Nederland).

¹⁹ https://cdr.eionet.europa.eu/Converters/run_conversion?file=nl/eu/art17/envxuhrwa/NL_habitats_reports-20190819-.xml&conv=589&source=remote