Scenario’s voor uitspraak Europees Hof op prejudiciële vragen PAS

April 2018

Werkgroep scenario’s prejudiciële vragen:
[redacted] (LNV)
[redacted] (LNV)
[redacted] (IenW)
[redacted] (IPO)
[redacted] (PAS-bureau)

INHOUDSOPGAVE

1. AANLEIDING EN DOELSTELLING NOTITIE

2. SCENARIO'S PREJUDICIËLE VRAGEN

2.1 Inleiding

2.2 Maatregelen en ontwikkelingen die in de passende beoordeling mogen worden betrokken (vragen 3 t/m 5a)

a. Mogen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen worden betrokken (vraag 3)

b. Mogen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen worden betrokken als deze nog niet zijn uitgevoerd en nog geen effect hebben (vraag 3a)

c. Mogen de positieve gevolgen van de autonome daling van stikstofdepositie worden betrokken (vraag 4)

d. Mogen herstelmaatregelen geduid worden als beschermingsmaatregel (vraag 5)

e. Mogen de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen worden betrokken, als deze nog niet zijn uitgevoerd en nog geen effect hebben (vraag 5a)

2.3 Uitzondering vergunningplicht grenswaarde (vraag 1)

2.4 Passende beoordeling programma - toestemming individueel project (vraag 2)

2.5 Fundamentele herziening opzet PAS

3. MOGELIJKE GEVOLGEN PROJECTEN INGEVAL NEGATIEVE UITSPRAAK HOF

3.1 Aanleiding en doelstelling

3.2 Vooraf

3.3 Samenvatting

3.4 Gevolgen voor toestemmingsbesluiten die in voorbereiding zijn en toestemmingsbesluiten waartegen bezwaar loopt

3.5 Gevolgen voor nieuwe en in het verleden reeds gemelde activiteiten onder de grenswaarde of buiten de afstandsgrenswaarde

3.6 Gevolgen voor onherroepelijke toestemmingsbesluiten

3.7 Redeneerlijn geen verslechtering

Bijlage 1: Habitatrichtlijn Artikel 6

Bijlage 2: Prejudiciële vragen verwijzingsuitspraak PAS vergunningen 17 mei 2017

Bijlage 3: Relevante rechtskaders voor projecten

1. AANLEIDING EN DOELSTELLING NOTITIE

In een groot aantal procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) hebben appellanten aangevoerd dat het PAS in strijd is met de Europese Habitatrichtlijn. De Afdeling heeft hierover met twee verwijzingsuitspraken op 17 mei 2017 vragen voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie in Luxemburg (Hof)[1]. In een zitting op 3 mei 2018 wordt deze zaak mondeling behandeld. De uitspraak zal naar verwachting in de loop van 2018 volgen. De Afdeling geeft op enkele punten al een inhoudelijk oordeel ten aanzien van het programma aanpak stikstof 2015-2021. Zij geeft onder meer aan dat de onderbouwing van het programma op onderdelen moet worden verbeterd of aangevuld. In een apart traject wordt gewerkt aan verbetering van deze onderbouwing.

De programmatische aanpak van de stikstofproblematiek, die met het PAS wordt uitgevoerd, is uniek in Europa. Het besluit tot inwerkingtreding van het PAS op 1 juli 2015 is genomen met de overtuiging dat het een juridisch houdbaar systeem is. Sindsdien is de juridische houdbaarheid verder versterkt met de actualisaties die hebben plaatsgevonden (partiële wijzigingen). Het programma blijft daardoor gebaseerd op de meest actuele inzichten. Uiteraard wordt een nieuwe aanpak zoals het PAS kritisch bekeken door verschillende partijen. De juridische procedures die sinds de inwerkingtreding zijn gestart, zijn dan ook niet verwonderlijk.

In de verwijzing naar het Hof geeft de Afdeling aan dat zij het aannemelijk acht dat het PAS op grond van artikel 6 van de Habitatrichtlijn toelaatbaar is. De Afdeling ziet zich genoodzaakt om vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen, omdat het Europese regelgeving betreft, en de vragen als zodanig niet eerder door dat Hof zijn beantwoord. In bijlage 1 is artikel 6 van de Habitatrichtlijn weergegeven en in bijlage 2 staat een overzicht van de prejudiciële vragen die de Afdeling heeft gesteld in de verwijzingsuitspraak over de PAS vergunningen.

In de prejudiciële vragen gaat het onder andere om de vraag of bij vergunningverlening voor de beoordeling van de effecten van een activiteit die stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaakt een beroep kan worden gedaan op de ecologische onderbouwing die aan het programma ten grondslag ligt. Maar ook gaat het om de vraag of in die onderbouwing rekening kan worden gehouden met toekomstige positieve natuureffecten van in het programma opgenomen bron- en herstelmaatregelen en van de autonome daling van stikstofdepositie. Verder vraagt de Afdeling naar de toelaatbaarheid van een vrijstelling van de vergunningplicht voor activiteiten die een stikstofdepositie veroorzaken die een bepaalde grenswaarde niet overschrijdt, waarvoor voor de onderbouwing daarvan eveneens wordt aangesloten bij die van het programma. In de procedures over de algemene vrijstelling van de Natura 2000-vergunningplicht voor het weiden van vee en gebruik van meststoffen stelt de Afdeling enkele vragen over de toelaatbaarheid van een dergelijke vrijstelling in het licht van de Habitatrichtlijn en over het juridische karakter van de vrijgestelde activiteiten.
De mogelijkheid bestaat dat het Hof oordeelt dat het PAS (op onderdelen) in strijd is met de Europese Habitatrichtlijn. Het is daarnaast mogelijk dat de Afdeling onafhankelijk van het oordeel van het Europese Hof zal oordelen dat de gebreken in de motivering van de passende beoordeling van het PAS die worden geconstateerd in de verwijzingsuitspraak, onvoldoende zijn hersteld door de ministers van LNV en IenW.

Bij een negatief oordeel van het Hof en of van de Afdeling zal beoordeeld moeten worden welke elementen van het PAS wel/niet in stand kunnen blijven en of op onderdelen een gewijzigde aanpak nodig is. Daarbij is het Regeerakkoord uitgangspunt. Hierin staat dat het PAS wordt voortgezet, maar zo nodig wordt aangepast naar aanleiding van de uitspraak van het Europees Hof. Doel van voortzetting van het PAS, zo nodig in aangepaste vorm, is dat onder de voorwaarde dat de gestelde natuurdoelen worden gehaald, er ruimte blijft voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken.

[1] Zaaknummers 201600614/1/R2, 201600617/1/R2, 201600618/1/R2, 201600620/1/R2, 201600622/1/R2 en 201600630/1/R2: HvJEU C-294/17.

Daarnaast is het de vraag in hoeverre een negatief oordeel van het Hof in reactie op de prejudiciële vragen of een negatief oordeel van de Afdeling ten aanzien van de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS, consequenties heeft voor projecten en handelingen waarvoor sinds de inwerkingtreding van het PAS toestemming is verleend met gebruikmaking van het PAS, of waarvoor op grond van het PAS een melding is gedaan. Het is niet ondenkbaar dat belanghebbenden – bij een negatief oordeel van het Hof of de Afdeling – er bij het bevoegd gezag en vervolgens bij de rechter op aan zullen dringen dat reeds op grond van het PAS genomen toestemmingsbesluiten moeten worden herbezien en ingetrokken. Aangevoerd kan worden dat – in het geval de passende beoordeling of het PAS zelf onhoudbaar blijkt – de tot dat moment toegestane projecten en handelingen de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden (mogelijk) wél aantasten en dat deze kunnen leiden tot een verslechtering van de kwaliteit van stikstofgevoelige habitats. Ook kan om handhaving worden verzocht indien een melding is gedaan.

In deze notitie wordt verkend wat de opties zijn als de uitkomst van de procedure bij het Europees Hof en de Raad van State negatief uitvalt voor het PAS. Een dergelijke uitkomst is immers niet uit te sluiten. In dat geval is het zaak hierop voorbereid te zijn zodat snel kan worden gehandeld. In deze notitie worden achtereenvolgens besproken:

- Welke mogelijkheden zijn er voor de voorzetting van het PAS of een (andere) programmatische aanpak na een negatieve uitspraak van het Hof?
- Welke onmiddellijke consequenties heeft een negatieve uitspraak van het Hof voor de toestemmingverlening en meldingen op grond van het PAS en wat betekent een negatieve uitspraak voor reeds verleende (onherroepelijke) vergunningen?

Er worden geen redeneerlijnen opgesteld voor de mogelijkheid dat de vrijstelling van vergunningplicht voor beweiden en bemesten geen stand houdt. Deze vrijstelling is immers geen onderdeel van het PAS, maar vastgelegd in provinciale verordeningen.
Deze notitie is voorbereid in een klein werkteam, waaraan LNV, IenW, IPO en het PAS-bureau deelnemen.

2. SCENARIO'S PREJUDICIËLE VRAGEN (redactie [redacted])

2.1 Inleiding

In het navolgende worden de prejudiciële vragen over het PAS besproken die de Afdeling heeft voorgelegd aan het Hof in de verwijzingsuitspraak van 17 mei 2017.

Eerst zullen de vragen 3 t/m 5a over het PAS worden besproken. Het antwoord op deze vragen is relevant voor de vraag in hoeverre de PAS bron- en herstelmaatregelen, en de autonome daling van stikstofdepositie, mogen worden betrokken in de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het programma.

Vervolgens zullen de vragen 1 en 2 uit de zaak over het PAS worden behandeld.
Het antwoord op vraag 1 is relevant voor de vraag of de vrijstelling van de vergunningplicht voor activiteiten die een stikstofdepositie onder de grenswaarde veroorzaken, in stand kan blijven.
Het antwoord op vraag 2 is relevant voor de vraag of de generieke passende beoordeling van het programma, ten grondslag kan worden gelegd aan individuele toestemmingsbesluiten.

Per vraag wordt ingeschat hoe groot de kans is dat het Hof een negatieve uitspraak zal doen, en wat daarvoor de redenen zouden kunnen zijn. Vervolgens wordt ingeschat wat de gevolgen van een negatieve uitspraak zijn voor het PAS en daarbuiten, en welke acties nodig zouden kunnen zijn ingeval van een negatieve uitspraak.

Tot slot wordt besproken wanneer een fundamentele wijziging van de opzet van het programma noodzakelijk is, en wat daarvoor de punten van aandacht zouden kunnen zijn.

2.2 Maatregelen en ontwikkelingen die in de passende beoordeling mogen worden betrokken (vragen 3 t/m 5a)

Het Hof zal bij zijn uitspraak uitgaan van de feiten zoals de Afdeling die in de verwijzingsuitspraak heeft beschreven. De Afdeling heeft in die uitspraak de volgende kwalificatie gegeven aan de PAS-maatregelen en aan de autonome daling:

- de PAS-bronmaatregelen zijn instandhoudingsmaatregelen of passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn;
- de autonome daling van stikstofdepositie die is aangenomen, is een feitelijke ontwikkeling;
- de herstelmaatregelen die specifiek in het kader van het PAS worden getroffen, houden direct verband met de gevolgen van de benutting van de depositie- en ontwikkelingsruimte voor de bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats en zijn daarom mitigerende maatregelen als bedoeld in artikel 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn;
- de herstelmaatregelen die ook los van het PAS moeten worden getroffen, zijn instandhoudingsmaatregelen of passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn.

In het PAS is het bovenomschreven onderscheid niet gemaakt, omdat het niet goed te maken is. Het is zeer de vraag of de Afdeling, ingeval van een negatieve uitspraak op een of meer van de vragen 3 tot en met vraag 5a, bereid zou zijn de kwalificatie aan te passen, zodat bepaalde maatregelen toch (deels) zouden kunnen worden meegenomen in de passende beoordeling van het PAS. De ervaring leert dat de Afdeling niet snel terugkomt op haar eigen jurisprudentie.

a. Mogen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen worden betrokken (vraag 3)

Met vraag 3 wil de Afdeling duidelijkheid krijgen over de vraag of de positieve gevolgen van passende en instandhoudingsmaatregelen, die moeten worden getroffen op grond van artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn om de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied te bereiken, en verslechtering van de kwaliteit van habitats en verstoring van soorten te voorkomen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling van de negatieve

gevolgen van een nieuw project op grond van lid 3. Daarmee ontstaat ook duidelijkheid over de vraag of de positieve gevolgen van de PAS bronmaatregelen, en van de herstelmaatregelen die onafhankelijk van het PAS worden getroffen, mogen worden betrokken in de passende beoordeling van de negatieve effecten van nieuwe stikstofdepositie.

Kans op negatieve uitspraak

De inschatting is dat er een reële kans is dat het Hof zal oordelen dat de positieve gevolgen van passende en instandhoudingsmaatregelen, die onafhankelijk van projecten moeten worden genomen, niet mogen worden betrokken in de passende beoordeling van die projecten.
Dat zou kunnen volgen uit recente jurisprudentie van het Hof, waarin is geoordeeld dat alleen maatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een project zelf volgen te voorkomen of te verminderen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling.[2] Dat is niet aan de orde bij de PAS bron- en herstelmaatregelen die de Afdeling kwalificeert als passende en instandhoudingsmaatregelen. Deze hebben immers geen rechtstreekse relatie met een afzonderlijk project, maar enkel met het programma.
Tegelijkertijd moet er op worden gewezen dat de bedoelde jurisprudentie ziet op het in de passende beoordeling ten onrechte aanmerken van maatregelen (het creëren van nieuwe natuur op een andere locatie dan daar waar de aantasting plaatsvindt) als mitigatie, terwijl het volgens het Hof compensatie in de zin van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn betrof, waaraan pas toepassing kan worden gegeven als vaststaat dat het project een dwingende reden van groot openbaar belang dient, waarvoor geen van de natuur minder schadelijke alternatieven beschikbaar zijn.
Het is daarnaast goed denkbaar dat het Hof zal oordelen dat het positieve effect dat is beoogd met de passende en instandhoudingsmaatregelen ingevolge artikel 6, lid 1 en 2, niet kan worden bereikt, wanneer het in de passende beoordeling van een schadelijk project zou worden weggestreept tegen de negatieve gevolgen van nieuwe stikstofdepositie.

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve reactie van het Hof op vraag 3, is dat de positieve effecten van PAS bronmaatregelen, die volgens de Afdeling altijd zijn aan te merken als passende en instandhoudingsmaatregelen, en de herstelmaatregelen die los van het PAS moeten worden getroffen, niet langer kunnen worden betrokken in de passende beoordeling die ten grondslag ligt het programma en daarmee aan het beschikbaar stellen van depositieruimte.
Het is te verwachten dat zonder de bronmaatregelen, en de herstelmaatregelen die moeten worden aangemerkt als maatregelen in de zin van artikel 6, lid 1 en 2, Habitatrichtlijn, niet kan worden geconcludeerd dat de in de gebiedsanalyses beschikbare gestelde depositieruimte niet leidt tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden.

Om de ernst van een negatieve uitspraak voor de passende beoordeling van het PAS te kunnen inschatten, zal moeten worden onderzocht of in beeld kan worden gebracht welke herstelmaatregelen nodig zijn om te voldoen aan artikel 6, lid 1 en 2 van de richtlijn enerzijds, en welke herstelmaatregelen kunnen worden ingezet om de schadelijke gevolgen van nieuwe stikstofdepositie te voorkomen of verminderen in het kader van artikel 6, lid 3, anderzijds. Dat zal niet eenvoudig zijn, omdat in de huidige gebiedsanalyses geen rekening is gehouden met dit onderscheid.

De eerste beleidsmatige inschatting leert dat alle nu in de gebiedsanalyses opgenomen PAS-herstelmaatregelen nodig zijn om te voldoen aan artikel 6, lid 1 en 2. Dat zou betekenen dat onderzocht zou moeten worden of extra herstelmaatregelen getroffen kunnen worden, om dezelfde hoeveelheid depositieruimte beschikbaar te kunnen stellen. Het is zeer de vraag of dat kan. Bijvoorbeeld omdat het treffen van extra herstelmaatregelen, zoals aanvullend plaggen of de grondwaterstand verhogen, ook vaak leidt tot negatieve (neven)effecten voor andere Natura 2000-waarden dan stikstofgevoelige habitattypen en leefgebieden van soorten.

[2] HvJEU 15 mei 2014, Briels e.a., C-521/12, punt 28 en 21 juli 2016, Orleans, C-387/15 en C-388/15, punt 54

Het treffen van aanvullende bronmaatregelen zal alleen soelaas kunnen bieden voor zover we de Afdeling er van kunnen overtuigen om af te wijken van het in de verwijzingsuitspraak aangehouden kwalificatie van de maatregelen. Zoals aangegeven onder punt 2, is twijfelachtig of dit succesvol zal zijn.

Een afwijzende uitspraak heeft ook gevolgen buiten het PAS. In alle gevallen zal dan immers gelden dat de positieve effecten van passende en instandhoudingsmaatregelen (veelal regulier beheer) niet meer mogen worden betrokken in de passende beoordeling van mogelijk significant schadelijke projecten.

Gevraagde acties

Om de passende beoordeling van het PAS te kunnen herstellen, zal het nodig zijn om te onderzoeken of deze kan worden ontvlochten, door, zoals hiervoor aangegeven, een onderscheid te maken tussen de PAS bron- en herstelmaatregelen die op grond van artikel 6, lid 1 en 2, nodig zijn om de instandhoudingstellingen van de PAS-gebieden te kunnen halen enerzijds, en de herstelmaatregelen die kunnen worden ingezet om de schadelijke gevolgen van nieuwe stikstofdepositie te voorkomen of verminderen in de zin van lid 3, anderzijds.
Er zal onderzocht moeten worden of per gebiedsanalyse gemotiveerd kan worden hoeveel positief effect van bron- en herstelmaatregelen, per locatie van habitats, moet worden ingezet om te kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 6, lid 1 en 2. Het positief effect dat resteert, kan in de passende beoordeling van het programma worden ingezet om de negatieve effecten van nieuwe stikstofdepositie te neutraliseren.
Ingeval onvoldoende positief effect resteert om in passende beoordeling te kunnen concluderen dat de depositieruimte die op dit moment ter beschikking wordt gesteld, niet zal leiden tot het aantasten van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden, zal dat moeten leiden tot het treffen van aanvullende herstelmaatregelen, voor zover dat mogelijk is, ook gelet op de hiervoor omschreven negatieve neveneffecten.
Het verdient aanbeveling om daarnaast in te zetten op het aanpassen van de kwalificatie van PAS-bronmaatregelen door de Afdeling als maatregelen in de zin van artikel 6, lid 1 en 2, van de richtlijn, om zo te bereiken dat het effect het positieve effect van deze maatregelen toch (deels) als mitigerend kan worden betrokken in de passende beoordeling.
Voor zover het voorgaande niet kan leiden tot de conclusie dat de op dit moment ter beschikking gestelde depositieruimte niet leidt tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken PAS-gebieden, zal die ruimte naar beneden moeten worden bijgesteld.

b. Mogen de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen worden betrokken als deze nog niet zijn uitgevoerd en nog geen effect hebben (vraag 3a)

Met vraag 3a wil de Afdeling duidelijkheid krijgen over de vraag of, ingeval van positieve beantwoording van vraag 3, in de passende beoordeling van een mogelijk significant schadelijk project, rekening mag worden gehouden met het positieve effect van passende en instandhoudingsmaatregelen, die ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en die nog geen positief effect hebben gehad.

Kans op negatieve uitspraak

De inschatting is dat de kans bestaat dat het Hof, in het geval van een bevestigend antwoord op vraag 3, in reactie op vraag 3a zal oordelen dat alleen bron- en herstelmaatregelen die reeds zijn getroffen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling van de gevolgen van een mogelijk significant schadelijk project.
Bij een positief antwoord, in de zin dat wel maatregelen mogen worden betrokken die nog niet zijn genomen, is te verwachten dat alleen maatregelen waarvan het tijdige positieve effect voldoende zeker is, mogen worden betrokken.

Beide mogelijke uitspraken zouden een gevolg zijn op de jurisprudentie waaruit volgt dat een passende beoordeling moet garanderen dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel is over het uitblijven van schadelijke gevolgen.[3]

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve uitspraak is dat alleen bron- en herstelmaatregelen die al zijn getroffen, kunnen worden betrokken in de passende beoordeling van het PAS.
De eerste beleidsmatige inschatting leert dat de in de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het programma en die is opgenomen in de gebiedsanalyses, in grote mate wordt gevaren op met name herstelmaatregelen die nog niet zijn uitgevoerd.
Wanneer alleen reeds getroffen maatregelen mogen worden betrokken, zal uit de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het programma niet langer kunnen worden geconcludeerd dat de totale hoeveel depositieruimte die nu beschikbaar wordt gesteld, niet leidt tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden.

Bij een positief antwoord, zullen naar verwachting alleen maatregelen waarvan het tijdige positieve effect voldoende zeker is, mogen worden betrokken.
Om de ernst hiervan goed te kunnen inschatten, moet in beeld worden gebracht in hoeverre in de gebiedsanalyses is gemotiveerd dat natuur vertraagd reageert op (nieuwe) stikstofdepositie en dat later te treffen bron- en herstelmaatregelen om die reden tijdig effectief zullen zijn.
Voor zover dat onvoldoende is gemotiveerd, zal een nadere onderbouwing nodig zijn om aan te tonen dat tijdig een positief effect wordt bereikt.
In het geval die nadere motivering onvoldoende te leveren zou zijn, zal eerst (gefaseerd) depositieruimte beschikbaar kunnen worden gesteld, waarnaar de uitvoering vaststaat of het effect is aangetoond.

Voor passende beoordelingen buiten het PAS, gelden vergelijkbare gevolgen. In dat kader zullen ook alleen nog passende en instandhoudingsmaatregelen kunnen worden betrokken, die al zijn getroffen of bewezen voordat het te beoordelen project kan leiden tot aantasting.

Gevraagde acties

In het geval van een negatieve uitspraak zal onderzocht moeten worden of een systeem denkbaar is waarbij beschikbaarstelling van depositieruimte afhankelijk wordt van een centraal inzicht in de voortgang en effectiviteit van de afzonderlijke bron- en herstelmaatregelen. Dat vergt vastlegging van duidelijke afspraken over hoe en wanneer wordt gemeten en over hoe meetresultaten worden geïnterpreteerd.
Wanneer het uitvoering en het effect is aangetoond, kan, gefaseerd, depositieruimte worden uitgekeerd.

Wanneer wordt geoordeeld dat alleen het tijdig effect vast moet staan, zal onderzocht moeten worden of een standaardmotivering op kan worden gesteld, aan de hand waarvan nader aangetoond kan worden dat, gelet op het vertraagde effect van stikstofdepositie op natuur, later te treffen bron- en herstelmaatregelen wel degelijk tijdig het effect van nieuwe stikstofdepositie kunnen voorkomen of neutraliseren.[4]

c. Mogen de positieve gevolgen van de autonome daling van stikstofdepositie worden betrokken (vraag 4)

Met deze vraag wil de Afdeling duidelijk krijgen of de positieve gevolgen van de daling van stikstofdepositie die zich zal voordoen tot 2021, als gevolg van autonome ontwikkelingen en

[3] arrest 7 september 2004, C-127/02, kokkelvisserij, punt 59
[4] Temporele variatie in stikstofdepositie: effecten op natuurwaarden, Notitie t.b.v. de Programmatische Aanpak Stikstof, Ir. [redacted], 4 december 2014

niet van PAS-bronmaatregelen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling van de gevolgen van nieuwe stikstofdepositie.

Kans op negatieve uitspraak

De inschatting is dat het reëel is dat het Hof zal oordelen dat de positieve gevolgen van de autonome ontwikkelingen in het algemeen, en van de autonome daling van stikstofdepositie in het bijzonder, niet mogen worden betrokken in de passende beoordeling van de gevolgen van een mogelijk significant schadelijke project. Bij de bespreking van vraag 3 is al gewezen op het feit dat uit recente jurisprudentie van het Hof zou kunnen worden afgeleid dat alleen maatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die uit het project zelf volgen, te voorkomen of te verminderen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling. Aan dat vereiste voldoet de autonome daling van stikstofdepositie niet.

Daarnaast is niet ondenkbaar dat het Hof zal oordelen dat de autonome daling niet mag worden betrokken in de passende beoordeling van nieuwe stikstofdepositie, omdat het afdoen aan de autonome daling het dichterbij komen van de gunstige staat van instandhouding van habitats door die daling vertraagt of frustreert. Dat zou in strijd zijn met artikel 6, lid 1, van de richtlijn, waarin juist is voorgeschreven dat lidstaten positieve maatregelen moeten nemen die de gunstige staat van instandhouding van habitats dichterbij brengen.

Een ontkennend antwoord van het Hof zou ook kunnen volgen uit de overweging dat het positieve effect van autonome daling die zich in de toekomst nog moet gaan voordoen, onvoldoende zekerheid biedt om te kunnen worden betrokken in de passende beoordeling.

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve uitspraak van het Hof zou zijn dat in een passende beoordeling, zoals die van het PAS, geen rekening mag worden gehouden met de positieve gevolgen van (toekomstige) autonome ontwikkelingen.

Om de ernst van een negatieve uitspraak voor het PAS te kunnen inschatten, zal inzichtelijk moeten worden gemaakt in hoeverre in de passende beoordeling van de beschikbare depositieruimte, rekening is gehouden met de autonome daling van stikstofdepositie.
De verwachting is dat zonder de autonome daling niet geconcludeerd kan worden dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast door de beschikbaar gestelde hoeveelheid depositieruimte. Waarschijnlijk zullen extra bron- en/of herstelmaatregelen noodzakelijk zijn om dezelfde hoeveelheid ruimte beschikbaar te kunnen stellen. Als dat niet mogelijk is, zal (substantieel) minder ruimte beschikbaar kunnen worden gesteld.

Gevraagde acties

Om de passende beoordeling te herstellen, zal de autonome daling van stikstofdepositie buiten beschouwing moeten blijven. Zoals aangeven zullen dan mogelijk extra bron- en/of herstelmaatregelen getroffen moeten worden. Als dat onmogelijk is, zal de beschikbare depositieruimte moeten worden aangepast, als er al ruimte beschikbaar kan worden gesteld.

In het geval een negatief antwoord zou worden gebaseerd op het feit dat de toekomstige autonome daling onvoldoende zeker is, zal onderzocht moeten worden of een systeem denkbaar is waarbij beschikbaarstelling van depositieruimte afhankelijk wordt van een centraal inzicht in de gerealiseerde autonome daling van stikstofdepositie. Zodra daling is gerealiseerd, kan, gefaseerd, depositieruimte beschikbaar worden gesteld.

d. Mogen herstelmaatregelen geduid worden als beschermingsmaatregel (vraag 5)

Met vraag 5 wil de Afdeling een antwoord krijgen op de vraag of PAS-herstelmaatregelen, waarmee wordt voorkomen dat stikstofdepositie schadelijke effecten kan hebben op de voor

stikstof gevoelige natuur, kunnen worden geduid als beschermingsmaatregelen (mitigerende maatregelen) en als zodanig kunnen worden meegewogen in de passende beoordeling.

Kans op negatieve uitspraak

Ingeschat wordt dat de kans reëel is dat het Hof in reactie op vraag 5 zal oordelen dat de PAS-herstelmaatregelen niet kunnen worden aangemerkt als beschermingsmaatregelen die de negatieve gevolgen van nieuwe stikstofdepositie op de natuur mitigeren. Zoals aangegeven bij de bespreking van vraag 3 en 4, zou uit recente jurisprudentie van het Hof kunnen worden afgeleid dat alleen maatregelen die de rechtstreeks schadelijke gevolgen van een project voorkomen of verminderen, mogen worden meegenomen in de passende beoordeling. De PAS herstelmaatregelen voldoen daar niet aan, omdat de maatregelen er niet toe leiden dat de projecten die worden toegestaan, minder stikstofdepositie veroorzaken.

Het is daarnaast mogelijk dat het Hof, vanwege dezelfde jurisprudentie, zal oordelen dat de PAS herstelmaatregelen niet kunnen worden meegewogen in de passende beoordeling, omdat ze niet rechtstreeks zijn gekoppeld aan een specifiek project. Het Hof zou tot dit oordeel kunnen komen, omdat de maatregelen niet afhankelijk zijn van de uitvoering van de projecten, maar van de verplichting van de verantwoordelijke bestuursorganen om zorg te dragen voor de uitvoering van de maatregelen.[5]

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve reactie op vraag 5 voor het PAS zal zijn de PAS herstelmaatregelen niet langer kunnen worden meegewogen in de passende beoordeling van het programma.
Voor projecten die stikstofdepositie veroorzaken op daarvoor gevoelige natuur zal in dat geval moeten worden onderzocht of deze kunnen worden toegestaan op basis van een klassieke passende beoordeling, voor zover daartoe nog mogelijkheden bestaand na een negatieve uitspraak. Mogelijkerwijs zal het uitsluiten van toename van stikstofdepositie (tijdelijk) de enige route zijn om te kunnen concluderen dat het betrokken project niet zal leiden tot het aantasten van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied met voor stikstofgevoelige habitats.

Een negatieve uitspraak op vraag 5 zou zeer ernstig zijn, voor het PAS en daarbuiten. Herstel van de passende beoordeling met bestaande maatregelen of middelen, zoals het treffen van aanvullende bron- of herstelmaatregelen of het verminderen van de beschikbare depositieruimte, zal onmogelijk of onvoldoende zijn. Het systeem zal fundamenteel moeten worden herzien.

Wanneer het Hof vraag 5 ontkennend zou beantwoorden, omdat geen sprake is van mitigatie van de rechtstreekse negatieve gevolgen, en omdat geen sprake is van juridische koppeling tussen de herstelmaatregelen en het project, vergroot dit ook de kans op een negatieve reactie op vraag 3 en 4. De passende en instandhoudingsmaatregelen die het voorwerp zijn in vraag 3 en de autonome daling in vraag 4, leiden immers evenmin tot vermindering van de door de nieuwe projecten veroorzaakte stikstofdepositie, en zijn evenmin rechtstreeks afhankelijk van de uitvoering van de projecten.

Ook in passende beoordelingen buiten het PAS, zullen mogelijkerwijs alleen nog maatregelen die rechtstreeks leiden tot een vermindering van de daadwerkelijke schadelijke effecten, mogen worden betrokken, en geen maatregelen die voorkomen dat de betrokken Natura 2000-waarden last hebben van die effecten (zoals hydrologische maatregelen). Ook zal een rechtstreekse juridische koppeling tussen maatregelen en project vereist zijn, bijvoorbeeld in de vorm van vergunningvoorschriften.

[5] zie conclusie AG Sharpston in de zaak Briels, punt 50 en 51.

Gevraagde acties

Om toestemmingverlening op de langere termijn mogelijk te maken zal moeten worden nagedacht over een andere opzet van het PAS. Dit wordt nader besproken onder punt 3.

e. Mogen de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen worden betrokken, als deze nog niet zijn uitgevoerd en nog geen effect hebben (vraag 5a)

Met vraag 5a wil de Afdeling duidelijkheid krijgen over de vraag of, ingeval van positieve beantwoording van vraag 5, in de passende beoordeling rekening mag worden gehouden met het positieve effect van herstelmaatregelen die ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en nog geen positief effect hebben gehad.

Kans op negatieve uitspraak

Zoals ook aangegeven bij vraag 3a, bestaat de kans dat het Hof, in het geval van een bevestigend antwoord op vraag 5, in reactie op vraag 5a zal oordelen dat alleen herstelmaatregelen die reeds zijn getroffen mogen worden meegenomen in de passende beoordeling.
Bij een positief antwoord, in de zin dat wel maatregelen mogen worden betrokken die nog niet zijn genomen, is te verwachten dat alleen maatregelen waarvan het tijdige positieve effect voldoende zeker is, mogen worden betrokken.
Beide mogelijke uitspraken zouden een gevolg zijn op de jurisprudentie waaruit volgt dat een passende beoordeling moet garanderen dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel is over het uitblijven van schadelijke gevolgen.[6]

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve uitspraak is dat alleen herstelmaatregelen die al zijn getroffen, kunnen worden betrokken in de passende beoordeling van het PAS.
De eerste beleidsmatige inschatting leert dat de in de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS, in grote mate is gebaseerd op herstelmaatregelen die nog niet zijn uitgevoerd. Wanneer alleen reeds getroffen maatregelen mogen worden betrokken, zal uit de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS niet langer kunnen worden geconcludeerd dat de totale hoeveel depositieruimte die nu beschikbaar wordt gesteld, niet leidt tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van de PAS-gebieden.

Bij een positief antwoord, zullen naar verwachting alleen maatregelen waarvan het tijdige positieve effect voldoende zeker is, mogen worden betrokken.
Om de ernst daarvan goed te kunnen inschatten, moet in beeld worden gebracht in hoeverre in de gebiedsanalyses is gemotiveerd dat natuur vertraagd reageert op (nieuwe) stikstofdepositie en dat later te treffen herstelmaatregelen om die reden tijdig effectief zullen zijn.
Voor zover dat onvoldoende is gemotiveerd, zal een nadere onderbouwing nodig zijn om aan te tonen dat tijdig een positief effect wordt bereikt.
In het geval die nadere motivering onvoldoende te leveren zou zijn, zal eerst (gefaseerd) depositieruimte beschikbaar kunnen worden gesteld, waarnaar de uitvoering vaststaat of het effect is aangetoond.

Voor passende beoordelingen buiten het PAS, gelden vergelijkbare gevolgen. In dat kader zullen ook alleen nog mitigerende maatregelen kunnen worden betrokken, die al zijn getroffen of bewezen voordat het te beoordelen project kan leiden tot aantasting.

Gevraagde acties

In het geval van een negatieve uitspraak zal onderzocht moeten worden of een systeem denkbaar is waarbij beschikbaarstelling van depositieruimte afhankelijk wordt van een centraal

[6] arrest 7 september 2004, C-127/02, kokkelvisserij, punt 59

inzicht in de voortgang en effectiviteit van de afzonderlijke herstelmaatregelen. Dat vergt vastlegging van duidelijke afspraken over hoe en wanneer wordt gemeten en over hoe meetresultaten worden geïnterpreteerd.
Wanneer het uitvoering en het effect is aangetoond, kan, gefaseerd, depositieruimte worden uitgekeerd.

Wanneer wordt geoordeeld dat alleen het tijdig effect vast moet staan, zal onderzocht moeten worden of een standaardmotivering op kan worden gesteld, aan de hand waarvan nader aangetoond kan worden dat, gelet op het vertraagde effect van stikstofdepositie op natuur, later te treffen herstelmaatregelen wel degelijk tijdig het effect van nieuwe stikstofdepositie kunnen voorkomen of neutraliseren.[7]

2.3 Uitzondering vergunningplicht grenswaarde (vraag 1)

Met deze vraag wil de Afdeling nagaan of de vrijstelling van de individuele vergunningplicht voor activiteiten onder de grenswaarde in overeenstemming is met artikel 6 van de Habitatrichtlijn.

Kans op negatieve uitspraak

Het is niet uitgesloten dat het EU Hof in reactie op vraag 1 zal oordelen dat artikel 6 Habitatrichtlijn zich verzet tegen een uitzondering van de individuele vergunningplicht voor projecten die de grenswaarde van een depositie van 1 of 0,05 mol per hectare per jaar niet overschrijden, ongeacht het antwoord op de vraag of alle betrokken projecten tezamen op een juiste wijze passend zijn beoordeeld. Die kans is aanwezig in het geval het Hof van oordeel zou zijn dat uit artikel 6, lid 3 volgt dat in alle gevallen een individuele toestemming is vereist, wanneer niet op voorhand op basis van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat sprake zal zijn van significant negatieve effecten. De kans op een negatieve uitspraak is niet heel groot.

Gevolgen

Het gevolg van een negatieve uitspraak van het Hof in reactie op vraag 1 zal ten eerste zijn dat de vrijstelling van de vergunningplicht voor projecten onder de grenswaarde niet in stand kan blijven en onverbindend zal worden verklaard door de Afdeling.
Dat betekent dat voor elk project in beginsel een vergunning nodig zal zijn, tenzij op voorhand en zonder nader onderzoek, vast staat dat significant schadelijke gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied zijn uitgesloten.
Een ontkennende beantwoording van vraag 1 zal naar verwachting ook tot gevolg hebben dat er vragen ontstaan over de vrijstelling van de individuele vergunningplicht voor projecten of andere handelingen die betrekking hebben op een hoofdweg en hoofdvaarweg en die worden gerealiseerd op een grotere afstand dan 3 km vanaf het midden van de rijbaan of 5 km vanaf het midden van de vaarweg. Deze kans is reëel dat ook deze bepaling onverbindend zal worden verklaard door de rechter en dat ook deze activiteiten onderworpen zullen moeten worden aan een individuele vergunningplicht.
Tot slot zal een negatieve uitspraak ook betekenen dat de vrijstelling van de vergunningplicht voor het weiden van vee en het gebruik van meststoffen, waarover eveneens prejudiciële vragen zijn gesteld, niet in stand kan blijven.

Een negatieve uitspraak zal ook buiten het PAS gevolgen hebben. De generieke vrijstellingen van de vergunningplicht ingevolge artikel 2.9 Wet natuurbescherming, bijvoorbeeld voor projecten die via een passende beoordeling zijn opgenomen in een beheerplan of programma, kunnen evenmin in stand blijven. In een beheerplan kunnen dan enkel nog individueel vormgegeven toestemmingen voor individueel omschreven projecten worden gegeven.

[7] zie noot 4

Gevraagde acties

Alle bepalingen waarin is voorzien in vrijstelling van de individuele vergunningplicht, zullen opnieuw tegen het licht moeten worden gehouden.

2.4 Passende beoordeling programma - toestemming individueel project (vraag 2)

Met deze vraag wil de Afdeling er achter komen of het in overeenstemming is met artikel 6 Habitatrichtlijn om geen individuele, maar een generieke passende beoordeling ten grondslag leggen aan verschillende individuele toestemmingsbesluiten.

Kans op negatieve uitspraak

De kans op een negatieve uitspraak is naar de huidige inschatting niet heel groot. Maar het is niet uit te sluiten dat het Hof van oordeel zal zijn dat uit artikel 6, lid 3 van de richtlijn volgt dat bij individuele toestemmingverlening niet kan worden teruggegrepen op een generieke passende beoordeling die het totale effect in beeld brengt van alle activiteiten waarvoor toestemming kan worden verleend.

Gevolgen

In het geval van een negatieve uitspraak op vraag 2, zal voorafgaand aan elk toestemmingsbesluit, indien niet op voorhand vaststaat dat significante gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen zijn uit te sluiten, een individuele passende beoordeling van de negatieve gevolgen moeten worden gemaakt.
Het is niet gezegd dat een ontkennende beantwoording van vraag 2 ook betekent dat in de individuele passende beoordeling geen gebruik kan worden gemaakt van aspecten die op dit moment zijn opgenomen in de generieke passende beoordeling van het PAS, zoals het positieve effect van bron- en herstelmaatregelen en de autonome daling van stikstofdepositie. In hoeverre dit mogelijk is, is uiteraard ook afhankelijk van de reactie van het Hof op de vragen 3 t/m 5a.

Bij vergunningverlening op grond van het PAS zal in alle gevallen een aparte beoordeling moeten worden overlegd, waaruit duidelijk wordt hoeveel depositie een project veroorzaakt op welke stikstofgevoelige habitats, en dat de ecologische onderbouwing van het PAS voldoende zekerheid biedt dat deze depositie natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet in gevaar brengt.

Gevraagde acties

Voor de gevraagde individuele passende beoordeling waarover wordt gesproken in de vorige alinea, zou in het kader van het programma een standaard kunnen worden ontworpen. Voorwaarde is wel dat het bevoegd gezag bij toestemmingverlening verifieert of de conclusie nog klopt en er geen relevante (recente) ontwikkelingen in het gebied zijn die ten onrechte niet zijn meegewogen.

2.5 Fundamentele herziening opzet PAS

Een fundamentele herziening van de opzet van het programma zal nodig zijn, wanneer de passende beoordeling van het programma niet zou kunnen worden hersteld na een negatieve reactie van het Hof op vraag 3, 3a, 4 of 5a.
Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer het onmogelijk blijkt om een onderscheid te maken tussen de PAS-maatregelen die nodig zijn om te voldoen aan de vereisten zoals gesteld in artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn en de maatregelen die kunnen worden ingezet als mitigerende maatregelen in de zin van artikel 6, lid 3, en dit niet opgelost kan worden door het treffen van extra bron- of herstelmaatregelen, of door het verminderen van de beschikbaar gestelde depositieruimte.
Herstel van de passende beoordeling is wellicht ook niet mogelijk als daarin geen rekening mag worden gehouden met het effect van de autonome daling van stikstofdepositie, en dit niet

geneutraliseerd kan worden door aanvullende maatregelen of door het verminderen van de beschikbare ruimte.
Een nieuwe opzet van het programma zal ook noodzakelijk zijn na een eventuele negatieve uitspraak in reactie op vraag 5. In dat geval zal naar verwachting geen herstel van de passende beoordeling in zijn huidige vorm mogelijk zijn.

Aandachtspunten voor een nieuwe opzet van het PAS kunnen de volgende zijn:

1. De bron- en herstelmaatregelen uit het programma blijven essentieel om natuurdoelen te halen. Hoe beter het met de natuur gaat, en hoe verder de in de natuur aanwezige stikstofdepositie daalt, hoe meer ruimte er zal zijn voor nieuwe ontwikkelingen in de toekomst. Op grond van artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn zijn we bovendien verplicht om de passende en instandhoudingsmaatregelen te nemen die nodig zijn om de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000 gebieden met voor stikstof gevoelige habitats te halen en verslechtering van de kwaliteit van habitats van die gebieden te voorkomen.

2. De informatie uit gebiedsanalyses, waaronder inzicht in natuurherstel als gevolg van de voortgang en effectiviteit van de herstelmaatregelen, en inzicht in depositiedaling als gevolg van bronmaatregelen en autonome ontwikkelingen, kan worden gebruikt bij de individuele passende beoordeling van projecten, en leidt als zodanig nog steeds tot lastenverlichting.

3. De nadruk bij toestemmingverlening moet (voor zover dat mogelijk is) meer nog dan nu het geval komen te liggen bij mitigatie van stikstofdepositie aan de bron zelf (intern salderen). Denkbaar is dat alleen nog depositieruimte beschikbaar wordt gesteld aan initiatiefnemers die maatregelen hebben getroffen die leiden tot beperking van de depositie.

4. Onderzocht kan worden of het haalbaar is dat het systeem gaat voorzien in een centraal gefaciliteerde stikstofdepositiebank, waaraan depositieruimte kan worden ontleend die nog noodzakelijk is na intern salderen. Een dergelijk systeem zou vergelijkbaar zijn met de in het verleden door de provincies gebruikte depositiebanken, en moet voldoen aan de eisen die daaraan vanuit de jurisprudentie werden gesteld. Uit deze jurisprudentie volgt dat er sprake moet zijn van een directe samenhang tussen de in de depositiebank op te nemen depositie, bijv. door intrekking van een vergunning van een stoppend bedrijf, en de daaruit te onttrekken depositie door vergunningverlening aan een nieuw bedrijf.[8]

5. AERIUS blijft (in beginsel) behouden als beste beschikbare kennis ter zake.

[8] ABRS 3 juni 2015 (201309542)

3. MOGELIJKE GEVOLGEN PROJECTEN INGEVAL NEGATIEVE UITSPRAAK HOF
(redactie)

3.1 Aanleiding en doelstelling

In het geval het Hof oordeelt dat het PAS (op onderdelen) in strijd is met de Europese Habitatrichtlijn doet zich de vraag voor wat daarvan de onmiddellijke gevolgen zijn voor de vergunningverlening en of dit ook consequenties heeft voor projecten en handelingen waarvoor sinds de inwerkingtreding van het PAS toestemming is verleend met gebruikmaking van het PAS of waarvoor op grond van het PAS een melding is gedaan.

Dit hoofdstuk heeft als doel om tijdig in beeld te hebben wat de directe gevolgen (kunnen) zijn van een negatieve uitspraak van het Hof voor projecten en handelingen die gebruikmaken van het PAS en om redeneerlijnen aan te reiken die kunnen worden ingezet om die gevolgen zo klein mogelijk te houden. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen verzoeken ten aanzien van vergunningen[9] die nog in behandeling zijn, vergunningen waar nog bezwaar of beroep tegen openstaat en vergunningen die onherroepelijk zijn. Daarnaast kan het gaan om tracébesluiten die gebruik maken van het PAS. Tot slot kan het gaan om verzoeken tot handhaving van projecten en handelingen die onder grenswaarden vallen en waarvoor onder het PAS een melding is ingediend.

3.2 Vooraf

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen doet het Hof alleen uitspraak over de uitlegging van het Europees recht, in dit geval de Habitatrichtlijn. Het Hof spreekt zich dus niet uit over de geldigheid van het nationale recht en spreekt zich ook niet rechtstreeks uit over de juridische houdbaarheid van het PAS. De prejudiciële beslissing van het Hof is echter bindend voor de Afdeling. Nadat het Hof uitspraak heeft gedaan, zal de Afdeling met toepassing van de prejudiciële beslissing van het Hof een einduitspraak doen in de pilotzaken. Als het Hof van oordeel is dat artikel 6 van de Habitatrichtlijn een systeem zoals dat in het PAS wordt toegepast, niet toelaat, dan kan de Afdeling dus niet anders dan in lijn daarvan oordelen dat (de passende beoordeling van) het PAS die aan de bestreden besluiten ten grondslag is gelegd – op die onderdelen – in strijd is met de Habitatrichtlijn.
Een prejudiciële beslissing van het Hof heeft terugwerkende kracht. Dat wil zeggen dat de uitleg die het Hof geeft aan artikel 6 van de Habitatrichtlijn geldt vanaf de datum waarop de richtlijn in het nationaal recht omgezet had moeten zijn. De precieze consequenties van de uitspraak van het Hof voor het PAS hangen echter af van de bewoordingen van het Hof en de einduitspraak van de Afdeling.

Dit hoofdstuk heeft als vertrekpunt dat het Hof een prejudiciële beslissing neemt met negatieve gevolgen voor de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het PAS, die zodanig zijn dat de Afdeling moet oordelen dat de passende beoordeling van het PAS niet ten grondslag had mogen worden gelegd aan de toestemmingsbesluiten die in de pilotzaken ter discussie staan. Hoewel het oordeel van de Afdeling alleen betrekking heeft op de bestreden besluiten in de pilotzaken, werkt een dergelijk negatief oordeel over de passende beoordeling van het PAS vanzelfsprekend ook door naar andere toestemmingsbesluiten die worden gebaseerd op het PAS. Feitelijk zou dit ertoe leiden dat de passende beoordeling van het PAS niet langer in zijn huidige vorm ten grondslag kan worden gelegd aan toestemmingsbesluiten en meldingen voor activiteiten die tot een toename van stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied leiden. Dit wordt in het vervolg van dit hoofdstuk kortweg aangeduid als de situatie dat het PAS ‘buiten werking wordt gesteld’.

3.3 Samenvatting

De onmiddellijke gevolgen van een negatieve uitspraak van het Hof zijn afhankelijk van de precieze bewoordingen van het Hof. Als het Hof de nodige interpretatieruimte laat bestaan, of zich genuanceerd uitlaat over de systematiek van het PAS, dan worden de consequenties voor het PAS

[9] Vergunningen op grond van de Wet natuurbescherming en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht waarbij PAS-ontwikkelingsruimte is toegedeeld.

mogelijk pas echt duidelijk na de einduitspraak van de Afdeling. Als het Hof echter zonder omhalen oordeelt dat de Habitatrichtlijn een systeem zoals het PAS niet toelaat, dan kan dat het onmiddellijke gevolg hebben dat redelijkerwijs geen toestemmingen meer kunnen worden verleend met gebruikmaking van het PAS. Een analyse van de uitspraak van het Hof te zijner tijd zal hierin duidelijkheid moeten bieden.
Wanneer het PAS buiten werking wordt gesteld, betekent dat niet automatisch dat het bevoegd gezag verplicht is om reeds met behulp van het PAS verleende, onherroepelijke vergunningen ambtshalve of op verzoek te wijzigen of in te trekken. Pas op het moment dat een activiteit wordt gewijzigd en daarvoor een nieuwe vergunning nodig is, is artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn weer van toepassing.
Desondanks moet op grond van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn altijd zijn uitgesloten dat de kwaliteit van habitats (door stikstofdepositie) verslechtert of (door stikstofdepositie) verstoring van soorten optreedt met mogelijk significante effecten. De bewijslast dat activiteiten die stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied veroorzaken niet leiden tot een verslechtering van het Natura 2000-gebied ligt bij het bevoegd gezag.
Mogelijk kan aan de hand van de ontwikkeling van de stikstofdepositie voldoende worden aangetoond dat in het geheel geen sprake is van verslechtering van Natura 2000-gebieden door stikstofdepositie. Mocht dit niet het geval zijn, dan kan om verslechtering uit te sluiten mogelijk alsnog worden verwezen naar de (passende) maatregelen die in het kader van het PAS worden genomen. Ook bij een negatieve uitspraak van het Hof over de systematiek van de passende beoordeling kan worden betoogd dat (een deel van) de PAS-herstelmaatregelen passende maatregelen zijn die – in het kader van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn – verslechtering en significante verstoring door stikstofdepositie van activiteiten waar al toestemming aan is verleend effectief voorkomen. Dit kan worden onderbouwd met de gebiedsanalyses die verslechtering door stikstofdepositie uitsluiten.

Alleen wanneer er ondanks de beschikbare passende maatregelen van het PAS toch een risico bestaat op verslechtering dan kan – als laatste redmiddel – in het kader van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn een verplichting ontstaan om een vergunning te wijzigen of in te trekken. Bevoegde gezagen beschikken daarbij over beoordelingsruimte. Voor activiteiten waarvoor dwingende redenen van openbaar belang kunnen worden aangetoond, kan worden bezien of toepassing kan worden gegeven aan artikel 6, vierde lid, van de Habitatrichtlijn.

3.4 Gevolgen voor toestemmingsbesluiten die in voorbereiding zijn en toestemmingsbesluiten waartegen bezwaar loopt

In voorbereiding zijnde toestemmingsbesluiten
Hoewel de antwoorden van het Hof op de prejudiciële vragen zijn bedoeld voor toepassing door de Afdeling en de Afdeling – met inachtneming van de uitspraak van het Hof – eerst uitspraak moet doen in de pilotzaken, kan de uitspraak van het Hof ook onmiddellijk juridische gevolgen hebben voor de toestemmingverlening met gebruikmaking van het PAS. Als het Hof zonder nuancering oordeelt dat artikel 6 van de Habitatrichtlijn in de weg staat aan een systematiek zoals die bij het PAS is toegepast, is helder dat het PAS als zodanig in strijd moet worden geacht met de Habitatrichtlijn. Volgens vaste jurisprudentie en het beginsel van loyale samenwerking passen de lidstaten het Europees recht toe volgens de uitleg die het Hof daaraan geeft. De uitleg die het Hof aan de Habitatrichtlijn geeft, geldt vanaf de datum waarop de richtlijn in het nationaal recht omgezet had moeten zijn, zodat de lidstaten de uitleg van het Hof meteen moeten toepassen, voor zover dat binnen de kaders van de nationale regelgeving mogelijk is. Van een bestuursorgaan mag worden verwacht worden dat het niet willens en wetens handelt in strijd met het recht. Op het moment dat helder is dat de passende beoordeling van het PAS niet voldoet aan de Habitatrichtlijn, staat vast dat ieder toestemmingsbesluit dat daarna met toepassing van het PAS wordt verleend, in strijd met het recht wordt verleend en door de rechter zal worden vernietigd als daartegen beroep wordt ingesteld.
Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, het beginsel van loyale samenwerking bij de uitvoering van Europees recht en om onnodige juridische procedures te voorkomen kan gezegd worden dat als het Hof zonder omhalen oordeelt dat artikel 6 van de Habitatrichtlijn in de weg staat aan een programmatische aanpak zoals het PAS, bestuursorganen onmiddellijk vanaf dat moment redelijkerwijs geen toestemmingsbesluiten meer kunnen nemen met gebruikmaking van het PAS.

Dit leidt ertoe dat het zeer twijfelachtig is of in voorbereiding zijnde toestemmingsbesluiten dan nog met toepassing van het PAS kunnen worden afgedaan. De precieze consequenties van de uitspraak van het Hof hangen echter af van de bewoordingen van het Hof en de interpretatieruimte die de uitspraak van het Hof biedt. Laat het Hof de nodige interpretatieruimte bestaan, of laat het Hof zich genuanceerd uit over de systematiek van het PAS, dan moet mogelijk eerst de einduitspraak van de Afdeling worden afgewacht voordat de consequenties voor het PAS helder zijn. Een analyse van de uitspraak van het Hof te zijner tijd zal hierin duidelijkheid moeten bieden.

Lopende bezwaarprocedures
Als er een bezwaarprocedure loopt tegen een toestemmingsbesluit op grond van het PAS, dan kan de buitenwerkingstelling van het PAS ook voor die besluiten onmiddellijke consequenties hebben. Bij een beslissing op bezwaar geldt als uitgangspunt dat een bestuursorgaan rekening houdt met de relevante feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing op bezwaar en dat het recht moet worden toegepast zoals het op dat moment geldt. Dat wil zeggen dat een negatief oordeel van het Hof betrokken moet worden bij een beslissing op bezwaar en de conclusie hierboven ten aanzien van lopende vergunningprocedures ook opgaat voor beslissingen op bezwaar.

Gevraagde actie
Onmiddellijk na de prejudiciële beslissing van het Hof dienen de PAS-partners een beleidsstandpunt in te nemen met een principebesluit over de voortgang van de vergunningverlening.

3.5 Gevolgen voor nieuwe en in het verleden reeds gemelde activiteiten onder de grenswaarde of buiten de afstandsgrenswaarde

Het is mogelijk dat het Hof in reactie op vraag 3 t/m 5a zal oordelen dat de systematiek die ten grondslag ligt aan de passende beoordeling van het PAS in strijd is met artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn. Daarnaast is niet uit te sluiten dat het Hof in reactie op vraag 1 zal oordelen dat in alle gevallen een individuele toestemming is vereist voor projecten die significante gevolgen kunnen hebben voor de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden.

In beide situaties geldt dat de vrijstelling van de vergunningplicht niet kan worden voortgezet. Nieuwe activiteiten onder de grenswaarde en buiten de afstandsgrenswaarde kunnen daarvan dan per direct niet langer gebruik maken. Activiteiten die tot dat moment onder de grenswaarde vielen en om die reden niet over een vergunning beschikken, zullen die mogelijk alsnog moeten aanvragen. De precieze consequenties voor deze activiteiten zullen afhankelijk zijn van de mogelijkheden tot herstel. Zie ook hetgeen hiervoor onder 1. is opgemerkt over het beginsel van loyale samenwerking.

Het risico bestaat dat handhavingsverzoeken zullen worden gedaan ten aanzien van activiteiten die onder de vrijstelling van de vergunningplicht vallen (en die in het verleden zijn gemeld of niet meldingsplichtig waren), wanneer het Hof oordeelt dat de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan de vrijstelling van de vergunningplicht, of de vrijstelling zelf, in strijd is met artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn.
Het bevoegd gezag voor vergunningverlening en handhaving zal een besluit moeten nemen op een dergelijk handhavingsverzoek. Dat besluit is weer vatbaar voor bezwaar en beroep.
Het lijkt verstandig om ten aanzien van deze besluitvorming dezelfde lijn te kiezen als ten aanzien van de eventuele heroverweging van in rechte vaststaande besluiten, namelijk om alleen tot handhaving en aanzegging van een vergunningplicht over te gaan, als niet uitgesloten kan worden dat de betrokken activiteiten in strijd met artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn leiden tot verslechtering van de kwaliteit van habitats of significante verstoring van soorten (zie hierna).

Gevraagde actie
Bij het gezamenlijk besluit over de voortgang in vergunningverlening onmiddellijk na de prejudiciële beslissing van het Hof moet ook de voortgang in meldingen worden betrokken en de activiteiten die niet meldingsplichtig zijn.

3.6 Gevolgen voor onherroepelijke toestemmingsbesluiten

Het is niet ondenkbaar dat belanghebbenden bij een negatief oordeel van het Hof er bij het bevoegd gezag en vervolgens bij de rechter op aan zullen dringen dat reeds op grond van het PAS genomen toestemmingsbesluiten moeten worden herbezien en ingetrokken. Aangevoerd kan worden dat – in het geval de passende beoordeling van het PAS onhoudbaar blijkt – de tot dat moment toegestane projecten en handelingen de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden (mogelijk) wél aantasten en dat deze kunnen leiden tot een verslechtering van de kwaliteit van stikstofgevoelige habitats.

Vergunningen en andere toestemmingsbesluiten die met toepassing van het PAS zijn verleend en waar geen bezwaar en/of beroep meer tegen openstaat, zijn onherroepelijk. Voor besluiten die onherroepelijk zijn, geldt dat deze geacht worden rechtmatig te zijn. Dit heet het beginsel van formele rechtskracht. Hierdoor kan de inhoud van een onherroepelijk besluit in beginsel niet meer ter discussie worden gesteld. Dit dient de rechtszekerheid.

Het beginsel van formele rechtskracht leidt ertoe dat onherroepelijke vergunningen die op het PAS zijn gebaseerd niet automatisch vervallen als het PAS in strijd blijkt te zijn met de Habitatrichtlijn en door de uitspraak van het Hof (op onderdelen) buiten werking wordt gesteld. Deze vergunningen behouden hun rechtskracht, zodat een vergunninghouder in beginsel gewoon van de vergunning gebruik kan blijven maken.
Het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, heeft echter, binnen bepaalde randvoorwaarden, ook de bevoegdheid – of mogelijk zelfs de plicht – om dat besluit te wijzigen of in te trekken. Een bestuursorgaan kan (of onder omstandigheden: moet) daarover ambtshalve besluiten. Maar ook kan een belanghebbende daartoe een verzoek indienen bij het bevoegde bestuursorgaan. Daarop moet een besluit volgen dat vatbaar is voor bezwaar en beroep.
De afwegingsruimte van een ambtshalve besluit of een verzoek om een vergunning te wijzigen of in te trekken is afgebakend in de Wet natuurbescherming en in de andere betrokken bijzondere wetten. Daarnaast moet worden voldaan aan de Algemene wet bestuursrecht en aan de Europeesrechtelijke kaders. De juridische kaders worden in de bijlage nader toegelicht. Centraal staat de toepassing van artikel 5.4, tweede lid, Wet natuurbescherming, op grond waarvan het bevoegd gezag *verplicht* is om gebruik te maken van de bevoegdheid om een vergunning te wijzigen of in te trekken als dat nodig is om te voorkomen dat de stikstofdepositie die een vergunde activiteit veroorzaakt, leidt tot verslechtering van de kwaliteit van stikstofgevoelige habitats of een significante verstoring van soorten in een Natura 2000-gebied.

3.7 Redeneerlijn geen verslechtering

Voor besluiten die onherroepelijk zijn, bestaat de verplichting om daarop terug te komen (ambtshalve of op verzoek) als door de stikstofdepositie van die activiteiten een verslechtering of verstoring dreigt van de betrokken Natura 2000-gebieden en geen andere passende maatregelen beschikbaar zijn om verslechtering of verstoring door die activiteiten te voorkomen. Derhalve is van belang dat kan worden aangetoond dat de stikstofdepositie die ontstaat door benutting van de uitgegeven depositie- en ontwikkelingsruimte niet kan leiden tot verslechtering van Natura 2000-gebieden. De verwachting is dat verzoeken tot heroverweging van vergunningen alleen aan de hand daarvan juridisch houdbaar kunnen worden afgewezen. De bewijslast daarvoor ligt bij het bevoegd gezag dat toestemming heeft verleend voor de activiteit en die van mening is dat de uitvoering van de activiteit kan worden voortgezet.

Bevoegde gezagen hebben beoordelingsruimte bij de vaststelling van passende maatregelen die verslechtering van de kwaliteit van habitats of (significante) verstoring van soorten moeten voorkomen. Betoogd kan worden dat (een deel van) de herstelmaatregelen passende maatregelen zijn die verslechtering en (significante) verstoring door stikstofdepositie effectief voorkomen. Dit kan worden onderbouwd met de gebiedsanalyses. Langs deze weg kan worden bezien of ook bij een negatief oordeel van het Hof over de toepassing van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn voor de activiteiten waaraan al toestemming is verleend het oordeel uit de gebiedsanalyses overeind kan blijven dat geen verslechtering optreedt door stikstofdepositie.

Alleen wanneer er ondanks de beschikbare passende maatregelen van het PAS toch een risico bestaat op verslechtering dan kan – als laatste redmiddel – in het kader van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn een verplichting ontstaan om een nieuwe beoordeling uit te voeren van de gevolgen voor een Natura 2000-gebied door activiteiten waaraan reeds toestemming is verleend. Dit kan mogelijk de vorm krijgen van een groepsgewijze beoordeling van de stikstofdepositie die tot het moment van de uitspraak is toegelaten. Het zal van belang zijn dat in deze beoordeling kan worden gewezen op de dalende lijn in de totale stikstofdepositie, en op het uitblijven van andere signalen van verslechtering van de natuurkwaliteit.

Bijlage 1: Habitatrichtlijn artikel 6

1. De Lidstaten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.

2. De Lidstaten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones 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.

3. Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.

4. Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de Lidstaat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De Lidstaat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.

Bijlage 2: Prejudiciële vragen verwijzingsuitspraak PAS vergunningen 17 mei 2017

Uitzondering vergunningplicht grenswaarde

Uit de rechtspraak van het EU Hof volgt dat lidstaten plannen of projecten niet systematisch en algemeen aan de beoordeling van art. 6, derde lid, Habitatrichtlijn (hierna: Hrl) kunnen onttrekken. Ook het vrijstellen van een bepaalde categorie projecten waarvan op voorhand niet duidelijk is welke gevolgen deze hebben, is in strijd met art. 6, derde lid.
De uitzondering van de vergunningplicht uit het PAS is daarmee niet te vergelijken, omdat de depositiegevolgen van alle projecten onder de drempel- of grenswaarde, als onderdeel van de totale depositie, passend zijn beoordeeld. Ook ziet de uitzondering uitsluitend op de hoeveelheid stikstofdepositie die een project veroorzaakt, en niet op een categorie projecten waarvan niet op voorhand duidelijk is wat de gevolgen zijn.
Art. 6, tweede en derde lid, Hrl vereisen geen individuele toestemming.
Mits de gevolgen van de projecten en andere handelingen samen die onder de vrijstelling vallen passend zijn beoordeeld overeenkomstig art. 6, derde lid, Hrl, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de vrijstelling van de individuele beoordeling uit het PAS in strijd is met art. 6, tweede en derde lid, Hrl. Omdat zekerheid daarover ontbreekt, ziet de Afdeling aanleiding om vraag 1 te stellen:

1. Staat artikel 6, tweede en derde lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG1992 L206; Habitatrichtlijn) in de weg aan een wettelijke regeling die ertoe strekt dat projecten en andere handelingen die stikstofdepositie veroorzaken die een drempel- of grenswaarde niet overschrijden, zijn uitgezonderd van de vergunningplicht en daardoor zonder individuele toestemming zijn toegestaan, ervan uitgaande dat de gevolgen van alle projecten en andere handelingen tezamen die gebruik kunnen maken van de wettelijke regeling voor de vaststelling van die wettelijke regeling passend zijn beoordeeld?

Passende beoordeling programma - toestemming individueel project

De Afdeling acht aannemelijk dat art. 6, tweede en derde lid, Hrl er niet aan in de weg staan dat de passende beoordeling voor het PAS, waarin de cumulatieve gevolgen van een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie zijn beoordeeld zonder dat daaraan specifieke projecten zijn verbonden, ten grondslag kan worden gelegd aan een vergunning voor de stikstofdepositie die past binnen de in het PAS beoordeelde totale depositie, mits die beoordeling voldoet aan art. 6, derde, Hrl. Omdat zekerheid daarover ontbreekt, stelt de Afdeling vraag 2:

2. Staat artikel 6, tweede en derde lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG1992 L206) eraan in de weg dat een passende beoordeling voor een programma waarin een bepaalde totale hoeveelheid stikstofdepositie is beoordeeld ten grondslag wordt gelegd aan de verlening van een vergunning (individuele toestemming) voor een project of andere handeling, die stikstofdepositie veroorzaakt die binnen de in het kader van het programma beoordeelde depositieruimte past?

Maatregelen en ontwikkelingen die in passende beoordeling mogen worden betrokken (mitigerende maatregelen)

In het arrest Kolencentrale Moorburg is de vraag aan de orde of een vistrap een beschermingsmaatregel is die betrokken mag worden in de PB. Het koelsysteem van de centrale zal leiden tot de dood van vissen waarvoor Natura 2000-gebieden zijn aangewezen die stroomopwaarts van de centrale liggen. De vistrap, die is voorzien tussen de centrale en de Natura 2000-gebieden, dus op afstand van de centrale, kan leiden tot een uitbreiding van de bestanden migrerende vissen, die de verliezen bij de centrale kunnen compenseren. Uit de passende beoordeling blijkt dat deze geen definitieve bevindingen bevat over de effectiviteit van de vistrap, maar dat pas na enkele jaren kan worden bevestigd of de vistrap doeltreffend is. Op het ogenblik van afgifte van de vergunning kon niet alle redelijke twijfel worden weggenomen dat de centrale de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten in de zin van art. 6, derde lid, Hrl.

De Afdeling leidt uit het arrest Briels af dat in een passende beoordeling alleen die beschermingsmaatregelen mogen worden betrokken die de rechtstreekse gevolgen van een plan of project voorkomen of verzachten. Verder dient de effectiviteit van de maatregel zeker te zijn en moet het treffen van de maatregel juridisch zijn verzekerd.
Ook herstelmaatregelen die weliswaar niet gericht zijn op de afname van depositie, maar op het voorkomen van de gevolgen van depositie voor stikstofgevoelige natuur, zoals het maaien en plaggen waarmee stikstofdepositie uit het gebied wordt weggehaald, worden door de Afdeling als mitigerende maatregelen aangemerkt.
Ook met de autonome daling van stikstofdepositie mag rekening worden gehouden, mits voldoende zeker is dat de daling optreedt en inzichtelijk is in hoeverre het project het behalen van de verbeterdoelstelling zal vertragen, of daaraan in de weg zal staan.

Herstelmaatregelen die positieve gevolgen hebben voor arealen van habitattypen waarvoor een project, ingeval die maatregelen niet zouden worden getroffen, negatieve gevolgen zou hebben, zijn volgens de Afdeling te duiden als beschermingsmaatregelen die in een passende beoordeling mogen worden betrokken.

Toepassing van deze jurisprudentie op het PAS betekent dat maatregelen en ontwikkelingen mogen worden meegenomen in de passende beoordeling als is voldaan aan de volgende voorwaarden:

1. Bron- en herstelmaatregelen dienen positieve gevolgen te hebben ter plaatse van de arealen van stikstofgevoelige natuurwaarden waarvoor de benutting van de depositieruimte waarin het programma voorziet in het geval de bron- en herstelmaatregelen niet zouden worden getroffen, negatieve gevolgen zou hebben.
2. Het treffen van de maatregelen dient voldoende verzekerd te zijn.
3. De effectiviteit van de maatregelen moet voldoende zeker zijn. De afname van stikstofdepositie dient gebaseerd te zijn op een realistische prognose van de daling.
4. Met de autonome daling kan rekening worden gehouden mits voldoende zeker is dat die afname optreedt en de afname gebaseerd is op een realistische prognose.

Uit de passende beoordeling van het PAS volgt dat de depositie in 2014 en de depositie die kan ontstaan door benutting van de depositieruimte, rekening houdend met de autonome daling, de bronmaatregelen en de bestaande en voorgenomen herstelmaatregelen, de bestaande arealen stikstofgevoelige natuur niet zal aantasten. Er is dus geen sprake van de situatie zoals aan de orde in de zaken Briels en Orleans. In die zaken stond vast dat de realisering van de projecten zou leiden tot een blijvende aantasting of verlies van bestaand areaal habitattype en het tot ontwikkeling brengen van nieuwe natuur of een andere locatie.

De Afdeling leidt uit de arresten Briels en Orleans niet af dat instandhoudingsmaatregelen (art. 6, eerste lid, Hrl), passende maatregelen (art. 6, tweede lid, Hrl) en autonome ontwikkelingen niet in een passende beoordeling voor een programma mogen worden betrokken, dan wel daarin pas mogen worden betrokken nadat ze zijn uitgevoerd en resultaat hebben gehad. Dergelijke maatregelen en ontwikkelingen kunnen naar het oordeel van de Afdeling in de passende beoordeling worden betrokken als wordt voldaan aan punt 1 t/m 4. De passende beoordeling dient t.a.v. deze punten definitieve bevindingen te bevatten die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake. Omdat er geen rechtspraak is waaruit dit blijkt, stelt de Afdeling vraag 3, 3a en 4:

3. Mogen in de passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van Richtlijn 92/43/EEG de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG1992 L206), die voor een programma, zoals het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021, is gemaakt, de positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen voor bestaande arealen van habitattypen en leefgebieden worden betrokken, die worden getroffen in verband met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, eerste en tweede lid, van die richtlijn?

3a. Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: kunnen de positieve gevolgen van

instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen in een passende beoordeling voor een programma worden betrokken als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt?

Is daarbij, ervan uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de gevolgen van deze maatregelen die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de uitvoering en het resultaat van die maatregelen wordt gemonitord en indien daaruit volgt dat de gevolgen ongunstiger zijn dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?

4. Mogen de positieve gevolgen van de autonome daling van stikstofdepositie die zich zal gaan manifesteren in de periode waarin het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021 geldt, in de passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG1992 L206), worden betrokken?

Is daarbij, ervan uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over deze ontwikkelingen die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de autonome daling van stikstofdepositie wordt gemonitord, en indien daaruit volgt dat de daling ongunstiger is dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?

De herstelmaatregelen die in het kader van het PAS worden getroffen en die direct verband houden met de gevolgen van de benutting van de depositieruimte voor bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats, zijn niet gericht op de afname van stikstofdepositie, maar op het voorkomen van schadelijke gevolgen door stikstofdepositie. Met vegetatiemaatregelen zoals maaien wordt stikstofdepositie uit het gebied verwijderd. De vernatting van het gebied leidt tot betere omstandigheden voor stikstofgevoelige natuurwaarden. Aangezien uit het arrest Briels en Orleans niet met zekerheid kan worden afgeleid of herstelmaatregelen die specifiek in het kader van het PAS worden getroffen en direct verband houden met de gevolgen van benutting van depositieruimte voor de bestaande arealen van stikstofgevoelige habitats, maar die niet tot een afname van stikstofdepositie leiden, maar wel voorkomen dat de te hoge stikstofdepositie schadelijke effecten kan hebben voor de bestaande arealen, kunnen worden geduid als beschermingsmaatregel die in de passende beoordeling mag worden meegenomen, ziet de Afdeling aanleiding om vraag 5 te stellen:

5. Mogen herstelmaatregelen die in het kader van het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021 worden getroffen en waarmee wordt voorkomen dat een bepaalde natuurbelastende factor, zoals stikstofdepositie, schadelijke gevolgen kan hebben voor bestaande arealen van habitattypen of leefgebieden, geduid worden als beschermingsmaatregel als bedoeld in punt 28 van het arrest van het Hof van Justitie van 15 mei 2014, Briels, ECLI:EU:C:2014:330, die in een passende beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG1992 L206) mogen worden betrokken?

De Afdeling acht aannemelijk dat de herstelmaatregelen niet reeds getroffen hoeven te zijn en effect hoeven te hebben op het moment dat de passende beoordeling voor een plan of project wordt gemaakt. De passende beoordeling kan juist worden gebruikt om te onderzoeken welke maatregelen nodig zijn om de gevolgen van plannen en projecten voor natuurwaarden te voorkomen. Wel dient verzekerd te zijn dat de maatregelen daadwerkelijk zullen worden getroffen en dient voldoende zeker te zijn dat de maatregelen effectief zijn. De passende beoordeling dient hierover definitieve bevindingen te bevatten die gebaseerd zijn op de beste wetenschappelijke kennis ter zake.
De Afdeling vindt hoger steun voor in het arrest Kolencentrale Moorburg, waarin het Hof de aanleg van een vistrap die ten tijde van de passende beoordeling nog niet was aangelegd, duidt als beschermingsmaatregel die in de passende beoordeling mag worden meegenomen. Daarnaast kan uit het arrest worden afgeleid dat de passende beoordeling definitieve bevindingen moet bevatten

over de doeltreffendheid van de maatregelen die tot doel hebben significante gevolgen te voorkomen.
Aangezien naar het oordeel van de Afdeling uit de rechtspraak van het Hof niet kan worden afgeleid dat in een passende beoordeling voor een programma dat gericht is op behoud en waar mogelijk herstel van natuurwaarden en het scheppen van depositieruimte voor economische activiteiten, geen rekening mag worden gehouden met de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen die zich gedurende de programmaperiode zullen gaan voordoen, maar er ook geen rechtspraak is waaruit blijkt dat het wel mag, ziet de Afdeling aanleiding om vraag 5a te stellen:

5a. Indien vraag 5 bevestigend wordt beantwoord: kunnen de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen die in de passende beoordeling mogen worden betrokken, daarin worden betrokken, als deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt?

Is daarbij, ervan uitgaande dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de gevolgen van deze maatregelen die gebaseerd is op de beste wetenschappelijke kennis ter zake, van belang dat de uitvoering en het resultaat van de maatregelen wordt gemonitord en indien daaruit volgt dat de gevolgen ongunstiger zijn dan waarvan is uitgegaan in de passende beoordeling, bijsturing, indien nodig, plaatsvindt?

Bijlage 3: Relevante rechtskaders voor projecten

Wet natuurbescherming
Artikel 5.4, eerste lid, van de Wet natuurbescherming (Wnb) bepaalt onder welke omstandigheden het bevoegd gezag een bij of krachtens die wet verleende vergunning kan intrekken of wijzigen. Samengevat heeft het bevoegd gezag ingevolge het eerste lid *de bevoegdheid* een vergunning in te trekken of te wijzigen wanneer a) de vergunninghouder in strijd handelt met een vergunning of de daaraan verbonden voorschriften of beperkingen, b) de gegevens op grond waarvan de vergunning is verleend zodanig onjuist of onvolledig zijn, dat, waren de juiste gegevens bekend geweest, een andere beslissing zou zijn genomen, c) de vergunning in strijd met wettelijke voorschriften is verleend, en d) de omstandigheden sedert het tijdstip van verlening van de vergunning zodanig zijn gewijzigd dat de vergunning niet (in die vorm) zou zijn verleend, indien deze omstandigheden op het tijdstip waarop de vergunning is verleend zouden hebben bestaan. Ingevolge artikel 5.4, tweede lid, Wnb is het bevoegd gezag vervolgens *verplicht* om gebruik te maken van de bevoegdheid die is verleend in het eerste lid, als dat nodig is ter uitvoering van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. Een onherroepelijke Wnb-vergunning moet dus worden ingetrokken of gewijzigd wanneer de stikstofdepositie die de vergunde activiteit veroorzaakt, leidt tot verslechtering van de kwaliteit van stikstofgevoelige habitats of significante verstoring van soorten.

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Op grond van artikel 6.10b Besluit omgevingsrecht moet een omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit, op aangegeven van het bevoegd gezag voor de verklaring van geen bedenkingen, worden gewijzigd of ingetrokken als dat nodig is om te voldoen aan artikel 5.4, tweede lid, Wnb en zo verslechtering van de kwaliteit van habitats in strijd met artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn te voorkomen.

Tracéwet
Om te voldoen aan artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn kan er in het uiterste geval een verplichting zijn om maatregelen te treffen als zou blijken dat de handelingen waarop een Tracébesluit betrekking heeft zouden leiden tot een verslechtering van de kwaliteit van habitats of significante verstoring.

Algemene wet bestuursrecht
Het besluit om een onherroepelijke vergunning te heroverwegen moet in overeenstemming zijn met de vereisten uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waaronder artikel 3:4, tweede lid, Awb. Daaruit blijkt dat een besluit niet onevenredig mag zijn. Dat betekent ook dat rekening moet worden gehouden met de rechtszekerheid. Dat kan in het uiterste geval ertoe leiden dat het intrekken van een vergunning gepaard moet gaan met nadeelcompensatie voor de benadeelde vergunninghouder.

Europeesrechtelijke kaders
Het Hof heeft in zijn jurisprudentie het beginsel van rechtszekerheid als algemeen beginsel van het EU-recht aangenomen. In lijn hiermee heeft het Hof in zijn jurisprudentie het uitgangspunt neergelegd dat “het feit dat een bestuursbesluit definitief is geworden, bijdraagt tot de rechtszekerheid, zodat het Unierecht niet vereist dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een dergelijk definitief geworden bestuursbesluit. Echter, het Hof formuleerde daarbij ook de bijzondere omstandigheden waaronder een bestuursorgaan desondanks, op grond van het in artikel 4, lid, 3, VEU opgenomen beginsel van loyale samenwerking, de plicht heeft om een onherroepelijk besluit wél te heroverwegen. Dat is het geval wanneer een bestuursorgaan wordt gevraagd om rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan een relevante bepaling van het Unierecht heeft gegeven en 1) het bestuursorgaan naar nationaal recht bevoegd is om zijn in rechte onaantastbaar besluit te heroverwegen, 2) dat besluit in rechte onaantastbaar is door een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, 3) voormelde uitspraak, gelet op de latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitleg van het EU-recht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verzocht is om een prejudiciële

beslissing, en 4) de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen. [10]
In de latere jurisprudentie van het Hof komt naar voren dat niet uitsluitend deze vier omstandigheden tot gevolg kunnen hebben dat voor een bestuursorgaan de plicht ontstaat een onherroepelijk besluit te overwegen, maar dat ook de bijzondere omstandigheden van het geval betrokken moeten worden bij het aannemen van een plicht tot heroverweging van een onherroepelijk besluit.[11] Dat wil zeggen dat in principe ook voor besluiten die niet voldoen aan de tweede voorwaarde hierboven – namelijk besluiten die onherroepelijk zijn geworden doordat daartegen geen beroep is ingesteld, zoals voor de onherroepelijke besluiten die gebruikmaken van het PAS – onder omstandigheden op grond van het EU-recht een plicht kan bestaan voor het bestuursorgaan om een besluit te heroverwegen.

Habitatrichtlijn
Meer in het bijzonder ten aanzien van de toepassing van de Habitatrichtlijn oordeelde het Hof in de zaak Grüne Liga Sachsen dat "gelet op de doelstelling van instandhouding van de natuurlijke habitats en van de wilde flora en fauna, zoals in herinnering is gebracht in de eerste overweging van de habitatrichtlijn, afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van deze richtlijn indien regels van nationaal procesrecht (*i.e. het onherroepelijk worden van vergunningen na afloop van de ongebruikte beroepstermijn*) zouden kunnen dienen om te tornen aan de verplichting om te voldoen aan de vereisten van de richtlijn.[12] Volgens de jurisprudentie van het Hof weegt het belang van een goede uitvoering van de Habitatrichtlijn onder omstandigheden dus zwaarder dan het belang van de rechtszekerheid voor de vergunninghouder.
In die zaak ging het om de bouw van een brug over de Elbe in Dresden (Duitsland), die was gepland en goedgekeurd voordat het betrokken gebied was aangewezen als gebied van communautair belang, maar die werd aangevangen en voltooid nadat het gebied op de communautaire lijst was geplaatst. Tegen het goedkeuringsbesluit voor de bouw van de brug was beroep ingesteld. Het Hof werd gevraagd te oordelen in welke mate artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn verplicht tot een beoordeling achteraf van een project dat al is vergund voordat het gebied waarvoor dat project negatieve gevolgen kan hebben, als Natura 2000-gebied is aangewezen.
Het Hof oordeelt dat artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn onder omstandigheden, bij wijze van passende maatregel, de verplichting met zich kan brengen tot een controle achteraf van een reeds verleende toestemming voor projecten waarbij niet is voldaan aan de eisen van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn. Die verplichting kan ontstaan wanneer een significante verslechtering van de kwaliteit van habitats of verstoring van soorten dreigt en er geen andere passende maatregelen zijn om die verslechtering of verstoring te voorkomen.
Uit het arrest kan worden afgeleid dat de *uitvoering* van een project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied en dat, voor de goedkeuring ervan, niet is beoordeeld conform de vereisten van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, alleen kan worden voortgezet wanneer de waarschijnlijkheid of het gevaar van een verslechtering van de kwaliteit van habitats of van verstoringen van soorten, die gelet op de doelstellingen van die richtlijn een significant effect kunnen hebben, wordt uitgesloten.[13]

[10] HvJEU 13 januari 2004, C-453/00, Kühne & Heitz

[11] HvJEU 4 oktober 2012C-249/11, Byankov

[12] HvJEU 14 januari 2016, C‑399/14, Grüne Liga Sachsen, punt 69

[13] HvJEU 14 januari 2016, C‑399/14, Grüne Liga Sachsen, punt 43.