

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Minister van LNV (Directie Wetgeving en Juridische Zaken)
van Kantoor landsadvocaat
datum 22 juni 2023
inzake Reflectie op redeneerlijn █████ inzake legaliseren PAS-melders
zaaknr 11019757

- 1 U stuurde ons de notitie "Legaliseren PAS melders; generieke vrijstelling of vergunningplicht" van █████ van 16 juni 2023 toe (hierna: de █████ notitie). Uw verzoek aan ons is om hierop onze reflectie te geven. Graag voldoen wij aan uw verzoek.
- 2 De █████-notitie geeft een denklijn voor de legalisatie van PAS-meldingen. Kern daarvan is een "basissystematiek" waarin ieder bedrijf dat stikstof uitstoot generiek een verplicht emissiereductiepercentage voor 2035 krijgt, dat in de wet wordt vastgelegd. De emissiereductie wordt dan ingezet voor het legaliseren van PAS-meldingen en het creëren van een kleine drempelwaarde.
- 3 Wij onderschrijven dat het voor de legalisatie van PAS-meldingen noodzakelijk is dat bronmaatregelen worden getroffen die tot afname van emissie van stikstofverbindingen, en daardoor van stikstofdepositie, leiden. De lijn van de █████ notitie lijkt er echter vanuit te gaan dat een voorschot genomen kan worden op een toekomstige reductie, die in 2035 bereikt moet zijn, door nu al PAS-meldingen te legaliseren. Dat kan onzes inziens niet. Het bij vergunningverlening vooruitlopen op verwachte toekomstige emissie- of depositiedalingen, was een van de redenen waarom het PAS destijds sneuvelde.
- 4 Daarbij komt dat de emissiereducties blijkens de █████ notitie (onder meer) moeten komen door stalinnovaties. Daarover wordt in de █████ notitie gezegd dat die instrumenten niet direct operationeel hoeven te zijn. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het vereiste uit de rechtspraak dat mitigerende maatregelen (in dit geval de bronmaatregelen) alleen ingezet kunnen worden bij vergunningverlening wanneer de verwachte voordelen van die maatregelen ten tijde van de passende beoordeling die voor de vergunningverlening moet worden gemaakt, per hexagoon vaststaan (zie o.a. de PAS-uitspraak; ECLI:NL:RVS:2019:1603). Voor in de toekomst, richting 2035, in te zetten stalinnovaties, staan de concrete verwachte voordelen per hexagoon nog niet vast.

- 5 Wanneer een depositiereductie nodig is om een vergunning te kunnen verlenen voor een project dat met een PAS-melding is gerealiseerd, dan moet zeker zijn dat die reductie op is getreden op het moment dat de toename van depositie van het project aan de orde is. Bij de legalisatie van PAS-melders is die toename er al, dus kan in feite pas vergunningverlening plaatsvinden als de benodigde reductie een feit is. Daarbij is dan bovendien relevant, dat de betreffende reductie alleen (volledig) ingezet kan worden als mitigerende maatregel, wanneer die niet nodig is als instandhoudings- of passende maatregel. Crux daarbij is dat onderbouwd kan worden dat met andere maatregelen (verdere) verslechtering van stikstofgevoelig habitat kan worden voorkomen en verbeter- en uitbreidingsdoelstellingen op termijn kunnen worden gehaald; dit is het additionaliteitsvereiste. Op dit moment is de informatie uit de natuurdoelanalyses (NDA's) dat er bij veel stikstofgevoelige habitats sprake is van verslechtering. Dat betekent dat een overmaat aan reductie nodig is, om een deel te kunnen inzetten voor legalisatie van PAS-meldingen.
- 6 In de notitie wordt in het kader van het additionaliteitsvereiste vermeld dat de emissies van de PAS-melders al in AERIUS Monitor opgenomen zijn en dat alle stikstofruimte die wordt gereserveerd voor PAS-melders uiteindelijk ten goede komt aan de natuur. Dat de emissies van de PAS-melders al in AERIUS Monitor zitten, is voor zover wij begrijpen correct. Voor deze activiteiten moet echter nog wel een natuurvergunning worden verleend. De depositiedalingen die daarbij worden ingezet, zijn bedoeld om het negatieve effect van de – nu nog illegale – toenames vanwege de activiteit van de PAS-melder weg te nemen. Die toenames dragen bij aan de verslechtering van stikstofgevoelige habitats zoals die in de NDA's is geconstateerd. De bronmaatregelen komen in zoverre dus wel ten goede aan de natuur, maar dat moet ook omdat er negatieve effecten zijn die weggenomen moeten worden. Er kan onzes inziens daarom niet gezegd worden dat elke inzet van bronmaatregelen in feite een instandhoudings- of passende maatregel is en daarmee voldoet aan het additionaliteitsvereiste.
- 7 Wij merken verder op dat in de [REDACTED]-notitie wordt gepleit voor een ruimere interpretatie van het verslechteringsverbod. Die wordt niet volledig uitgewerkt. Het lijkt erop dat enige mate van verslechtering wordt aanvaard ("rekening wordt gehouden met dat het soms met soorten beter en soms slechter gaat"). De vraag is of artikel 6, lid 2, van de Habitatrictlijn hier ruimte voor biedt. Dat verplicht tot het treffen van passende (preventieve) maatregelen die nodig zijn om verslechtingen en verstoringen die significante effecten kunnen hebben op de soorten en habitattypen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen te voorkomen. Het uitgangspunt van de beoordeling is daarbij de situatie op de referentiedatum (meestal 10 juni 1994 of 7 december 2004). In dat verband is ook van belang dat aan artikel 6 van de Habitatrictlijn het voorzorgsbeginsel ten grondslag ligt, dat strikt wordt gehanteerd

en naar de huidige interpretatie van de Europese rechter (het Hof van Justitie) en de Europese Commissie weinig ruimte voor rekkelijkheid laat.

- 8 In de █████-notitie wordt aangegeven dat de beschreven systematiek ook door prof. W. de Vries en prof. J.W. Erisman wordt voorgesteld. Wij merken wel op dat zij als uitgangspunt nemen dat vergunningverlening wordt gebaseerd op "gerealiseerde emissiereducties" (zie de titel van paragraaf 4.6 van hun essay "Van depositie- naar emissiebeleid" van 14 juni 2023). Dat is een fundamenteel verschil met de █████ notitie.

De derde auteur van het essay, prof. Backes, schreef eerder in gelijke zin in het kader van een vrijstelling van de vergunningplicht:

"Toch is de introductie van een drempelwaarde mogelijk. Daarmee worden activiteiten die slechts tot een zeer geringe, op zichzelf gezien ecologisch niet relevante extra depositie leiden, van de vergunningplicht ontheven. De randvoorwaarde daarvoor is dat een dergelijke drempelwaarde niet wordt gekoppeld aan beloftes, maar aan daadwerkelijk bereikte reducties. [...]

Als de mogelijkheid om de drempel toe te passen afhankelijk wordt gesteld van en in samenhang wordt beschouwd met een feitelijk eerder bereikte neerwaartse lijn van de deposities, dan wordt mijns inziens aan deze voorwaarde voldaan. De drempelwaarde is dan niet (meer) toepasbaar zodra in de voorgaande periode (van een jaar, drie maanden of een andere tijdseenheid) geen depositiereductie van een bepaalde hoogte meer is bereikt. De cumulatieve effecten van de toepassing van de drempelwaarde en de feitelijke verlaging van de achtergronddepositie worden dan in een programmatische samenhang gezien. Hoe hoog de te bereiken 'netto-reductie' moet zijn, moet blijken uit de gebiedsplannen die het traject bepalen hoe een verdere achteruitgang van de habitats wordt gestopt en eventuele uitbreidingsdoelstellingen worden verwezenlijkt [...]."

Uitweg uit de stikstofcrisis? Enkele gedachten over lange-termijn-visies en korte-termijn-blokkades, Prof. dr. Ch. W. Backes, Tijdschrift voor agrarisch recht 2023/1.

- 9 Onze conclusie is dat de redeneerlijn in de █████ notitie beoogt sneller tot legaliserende resultaten te komen, maar dat doet door vooruit te lopen op toekomstige maatregelen die tot een emissie- en daarmee een depositiedaling moeten leiden. Onze conclusie is dat de redeneerlijn daarom juridisch slecht verdedigbaar en niet zal leiden tot snelle(re) legaliserende resultaten.