

De programmatische aanpak in de PAS en het NSL en de controle op de uitvoering

1. Inleiding

Op 1 juli 2015 is de Programmatische Aanpak Stikstof 2015-2021 (PAS) in werking getreden.¹ De PAS heeft betrekking op 133 van de 160 Natura 2000-gebieden² in Nederland. Het betreft gebieden met een beschermde, stikstofgevoelige habitat. Het eerste doel van de PAS is om de achteruitgang in biodiversiteit in deze gebieden tegen te gaan en te voldoen aan de op grond van de Habitatrictlijn geldende normen. Het tweede doel is om ontwikkelingsruimte te creëren voor nieuwe economische activiteiten met stikstofuitstoot in de buurt van deze gebieden. Om deze doelen te verwezenlijken kent de PAS een systeem waarbij herstelmaatregelen leiden tot ontwikkelingsruimte, die kan worden gebruikt bij vergunningverlening.

Deze zogenaamde programmatische aanpak is niet nieuw. Ook het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) is gebaseerd op deze systematiek. Net als bij de PAS was de aanleiding voor de totstandkoming van het NSL gelegen in de problemen die ontstonden doordat bij de individuele vergunningverlening moest worden voldaan aan Europese milieunormen.

Naast de PAS en het NSL kent ook de Waterwet een regeling met een programmatische aanpak, ter uitvoering van de Kaderrichtlijn water. In de Omgevingswet zal de programmatische aanpak een meer algemene wettelijke grondslag krijgen.³

In paragraaf 2 en 3 zal ik de Europese context van de PAS en het NSL bespreken en specifiek ingaan op de systematiek van de programmatische aanpak in deze regelingen. Ik zal daarbij, vooruitlopend op de conclusie van paragraaf 4, ook ingaan op de wettelijke mogelijkheden en verplichtingen ten aanzien van monitoring en bijsturing. In paragraaf 4 zal ik, aan de hand van de bestaande jurisprudentie over het NSL, ingaan op de mogelijkheden van rechterlijke toetsing van de PAS. Te verwachten is dat deze toetsing vrij terughoudend zal zijn en zal verwijzen naar de instrumenten van monitoring en bijsturing. In paragraaf 5, de afsluiting/conclusie, zal ik nader ingaan op de wijze waarop met name de monitoring in de jurisprudentie een rol zou kunnen spelen.

1 Stcrt. 29 juni 2015, nr. 18411.

2 Een Natura 2000-gebied is een door Nederland als speciale beschermingszone aangewezen gebied ter uitvoering van (in dit geval) de Habitatrictlijn (Richtlijn van de Raad van 2 april 1992, inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en wilde flora en fauna, 92/43/EEG). De gebieden maken deel uit van een Europees ecologisch netwerk.

3 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 2, § 3.2.4. Zie hierover M.N. Boeve en F.A.G. Groothuijse, 'Programmatische aanpak in de Omgevingswet: ruimte voor ontwikkeling, waarborgen voor kwaliteit?' TO 2014-03/04.

2. Het NSL

2.1. De verhouding tot het Europees recht en het wettelijk kader

Op 11 juni 2008 is de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit⁴ in werking getreden. In deze kaderrichtlijn staan (onder meer) grenswaarden voor stikstofdioxide (NO₂), fijnstof (PM₁₀) en PM_{2,5} (zeer fijn stof, dit is in feite een deeltje uit de fractie PM₁₀). Grenswaarden moeten binnen een bepaalde termijn worden bereikt en mogen, als ze eenmaal zijn bereikt, niet meer worden overschreden. Op grond van artikel 22 van de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit kan tijdelijk worden toegestaan dat de op grond van de richtlijn gestelde grenswaarden worden overschreden (derogatie). Een van de voorwaarden daarvoor is het opstellen van een luchtkwaliteitsplan als bedoeld in artikel 23 van de Kaderrichtlijn luchtkwaliteit. Het NSL is een dergelijk luchtkwaliteitsplan. Op basis van het NSL heeft de Europese Commissie Nederland op 7 april 2009 uitstel verleend om te voldoen aan de grenswaarden voor fijnstof en stikstofdioxide. Voor fijnstof geldt per 11 juni 2011 een grenswaarde, voor stikstof en zeer fijn stof per 1 januari 2015. Deze grenswaarden zijn jaargemiddelde concentraties.

Titel 5.2 (Luchtkwaliteitseisen) van de Wet milieubeheer (WMB) (de 'Wet luchtkwaliteit') is op 15 november 2007 in werking getreden.⁵ Hiermee is een aantal instrumenten aan de WMB toegevoegd met als doel om bestaande knelpunten vanwege het niet (kunnen) voldoen aan de grenswaarden voor luchtkwaliteit weg te nemen. De twee belangrijkste wijzigingen betroffen de invoering van de programmatische aanpak voor het terugdringen van de overschrijdingen van de grenswaarden en de mogelijkheid om op grond van het Besluit niet in betekenende mate bijdragen⁶ (Besluit NIBM) medewerking te verlenen aan een activiteit.⁷

In het Besluit NIBM is bepaald dat een project niet in betekenende mate aan de luchtverontreiniging bijdraagt indien het maximaal 3% bijdraagt aan de jaargemiddelde grenswaarde voor de concentratie fijnstof of stikstofdioxide. Daarnaast is in de ministeriële regeling NIBM een lijst met categorieën van gevallen opgenomen die per definitie niet in betekenende mate bijdragen aan de luchtverontreiniging.

Het NSL is op 1 augustus 2009 in werking getreden voor de (wettelijke) looptijd van vijf jaar en inmiddels verlengd tot 31 december 2016.⁸ Artikel 5.13 van de WMB biedt de mogelijkheid om, naast het NSL, regionale programma's vast te stellen. Een programmatische aanpak is, meer dan de directe koppeling aan de vergunningverlening waarvan eerder sprake was, in overeenstemming met de systematiek van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit.⁹ Daarbij is onder meer van belang dat de luchtkwaliteitseisen zijn uitgedrukt in gemiddelden per tijdseenheid, waardoor ruimte wordt geboden om tijdelijk niet al te grote afwijkingen van de gestelde norm toe te staan. Daarnaast lijkt ook artikel 12 van de Kaderrichtlijn Luchtkwaliteit, dat een stand-stillbepaling bevat, niet in de weg te staan aan normaanvulling tot aan de grenswaarden.¹⁰

2.2. De maatregelen in het NSL en de daardoor ontstane ruimte

Het NSL bevat een overzicht met Europese, nationale en regionale maatregelen om negatieve effecten voor de luchtkwaliteit te compenseren. De maatregelen zijn onder te verdelen in generieke en locatiespecifieke maatregelen, die in overleg met de betrokken bestuursorganen worden vastgesteld en die erop gericht zijn om ook op de betreffende locatie aan de

4 Kaderrichtlijn betreffende de luchtkwaliteit en een schonere lucht voor Europa, 2008/50/EG (PbEU 2008 L 152/1).

5 Stb. 2007, 414.

6 Stb. 2007, 440. Het Besluit NIBM is gebaseerd op art. 5.16 lid 4 WMB.

7 Zie ook D.S.P. Roelands-Fransen, 'Luchtkwaliteit: is de lucht geklaard?', TBR 2011/56.

8 Stcrt. 4 juni 2014, nr. 15920. Het NSL is gebaseerd op art. 5.12 WMB.

9 Zie C. Backes, 'Als wij maar een goed plan hebben! De programmatische aanpak in het omgevingsrecht – verhoging van de efficiëntie of uitkleding van de rechtsbescherming?', in: T. de Gier e.a. (red.), Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht, Deventer: Kluwer 2011, onder ll.1.2.1.

10 Zie F.A.G. Groothuise, R. Uyenburg en M.N. Boeve, 'Het omgevingsrecht geprogrammeerd. Verkenning van de juridische mogelijkheden voor het ontwikkelen en harmoniseren van een programmatische aanpak in het omgevingsrecht', STEM 2010, p. 61.

normen te voldoen. In het NSL wordt ook de autonome ontwikkeling van de in de buitenlucht aanwezige concentraties verontreinigende stoffen beschreven, waarbij het effect van de NIBM-maatregelen wordt meegenomen.¹¹

In het NSL staat een overzicht met nationale en regionale projecten die in betekenende mate bijdragen aan de luchtverontreiniging (IBM-projecten). De in het NSL genoemde IBM-projecten worden op basis van de saneringsdoelstellingen uit het NSL mogelijk gemaakt. Dergelijke projecten hoeven niet aan de luchtkwaliteitseisen te worden getoetst.¹²

Voor wat betreft projecten die niet in het NSL zijn genoemd, bevat artikel 5.16 lid 2 van de WMB een limitatieve opsomming van besluiten die gevolgen kunnen hebben voor de luchtkwaliteit.¹³ Bij deze projecten moet, zoals ook voor de totstandkoming van het NSL het geval was, een projectmatige beoordeling plaatsvinden, waarbij overigens ook saldering mogelijk is. Indien een project valt onder het Besluit NIBM is een beoordeling niet nodig.

2.3. Monitoring en bijsturing

Artikel 5.12 lid 9 van de WMB verplicht de daartoe bevoegde bestuursorganen zorg te dragen voor een tijdige uitvoering van het NSL. Op grond van het tiende lid van dit artikel kan de minister van Infrastructuur en Milieu (I en M) het NSL zo nodig ambtshalve wijzigen. De voorheen in artikel 5.23 van de WMB opgenomen bevoegdheid van de minister om een aanwijzing te geven om een voorgeschreven maatregel te nemen en dit zo nodig zelf te doen is per 1 oktober 2012 komen te vervallen. Indien deze aanwijzingsbevoegdheid zag op de verplichting om een besluit op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening te nemen, betekende het aanwenden van die bevoegdheid nog niet dat de daadwerkelijke uitvoering was verzekerd.¹⁴ Zo impliceert het vaststellen van een streekplan of een bestemmingsplan nog niet dat het in die plannen bepaalde ook feitelijk wordt uitgevoerd. Het met de maatregel beoogde effect is dan dus niet gegarandeerd. Op grond van artikel 5.14 van de WMB moet door het daartoe in het NSL en de regionale programma's aangewezen bevoegde bestuursorgaan jaarlijks worden gerapporteerd over de voortgang en de uitvoering van het programma en de effecten daarvan op de luchtkwaliteit. Uit de meest recente monitoring over 2014 blijkt dat de stikstofdioxidevervuiling en de uitstoot van fijnstof in Nederland bijna overal onder de grenswaarden blijft. Desondanks blijft in enkele gevallen sprake van overschrijdingen.¹⁵ Dit neemt echter niet weg dat, als wordt uitgegaan van de oorspronkelijke einddatum van het NSL op 21 augustus 2014, 25% van de verbetermaatregelen, ondanks de wettelijke uitvoeringsplicht, niet tijdig is uitgevoerd.¹⁶

3. De PAS

3.1. De verhouding tot het Europees recht en het wettelijk kader

De aanwijzing van de Natura 2000-gebieden is een gebiedsgerichte maatregel, ter voldoening aan onder meer de Habitatrichtlijn. Het doel van de Natura 2000-gebieden is het behouden en zo nodig herstellen van een gunstige staat van instandhouding van de betrokken natuurlijke habitats.¹⁷ Artikel 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn verplicht om in de gebieden de nodige instandhoudingsmaatregelen te nemen. Het tweede lid van dit artikel verplicht om passende maatregelen te nemen om verslechtering van de kwaliteit van de habitats te voorkomen. Op grond van het derde lid van het artikel mogen projecten die mogelijk significante gevolgen voor het gebied veroorzaken, alleen na een passende beoordeling worden toegelaten. De vraag of sprake is van mogelijk significante gevolgen moet worden gerelateerd aan de instandhoudingsdoelstelling van de Habitatrichtlijn.

11 Zie art. 5.12 lid 3 aanhef en onderdeel a WMB jo. art. 5.12 lid 4 aanhef en onderdeel a WMB.

12 Zie art. 5.16 lid 1 aanhef en onderdeel d WMB jo. art. 5.16 lid 3 WMB.

13 Zie W.J. Bosma, 'De Betekenis van de programmatische aanpak van luchtkwaliteit voor de rol van de belanghebbende', TO 2008/4. Hij noemt enige (opmerkelijke) voorbeelden van besluiten die niet in de opsomming staan.

14 Zie S. Hilligers, T.E.P.A. Lam en A.G.A. Nijmeijer, 'Het wetsvoorstel luchtkwaliteit nader beschouwd', M en R 2006, nr. 10.

15 Zie <<http://www.infomil.nl/onderwerpen/klimaat-lucht/luchtkwaliteit/menu/nieuws/luchtkwaliteit-0/>>.

16 Zie A.G.A. Nijmeijer, 'Monitoringsrapportage NSL 2014 en de komende PAS', M en R 2015, nr. 15.

17 Zie in art. 3 lid 1 Habitatrichtlijn.

In een passende beoordeling mag rekening worden gehouden met mitigatie; dit zijn maatregelen die deel uitmaken van het project en de negatieve gevolgen van het project voorkomen of beperken. Op grond van artikel 6 lid 4 van de Habitatrictlijn moeten compenserende maatregelen worden getroffen indien een project niet op grond van een passende beoordeling kan worden toegelaten, maar om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd.

De in de PAS aangewezen Natura 2000-gebieden zijn gebieden waar de instandhoudingsdoelstellingen zijn gericht op behoud of herstel van stikstofgevoelige habitats. Voor deze gebieden is de kritische depositiewaarde (KDW) van belang. De KDW van een habitattype geeft aan hoeveel stikstof dit type habitat kan verdragen. Langdurige overschrijding van de KDW leidt tot een verlies aan soorten. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRVs) heeft daaruit afgeleid dat in situaties waarin al een langdurige overschrijding van de KDW bestaat, elk project dat leidt tot een verdere verhoging van de stikstofdepositie mogelijk een significant effect heeft en dus aan een passende beoordeling moet worden onderworpen.

De PAS is gebaseerd op artikel 19kg van de Natuurbeschermingswet 1998 (NB-wet 1998). In de PAS worden projecten beschreven waarvan op grond van een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat zij, mede in het licht van de ontwikkelingsruimte die door de maatregelen is verkregen, de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden niet aantasten.¹⁸ De wetgever merkt de PAS zelf dus aan als een passende beoordeling als bedoeld in artikel 6 lid 3 van de Habitatrictlijn. De PAS zelf moet dus aan de eisen van het Europees recht worden getoetst. Voor de individuele beoordeling van de effecten van stikstofdepositie van een activiteit op de beschermde natuur kan vervolgens gebruik gemaakt worden van de in de PAS verrichte passende beoordeling.

De Habitatrictlijn staat er op zich niet aan in de weg dat projecten, waarvoor door middel van de PAS een passende beoordeling is uitgevoerd, niet nogmaals aan een individuele vergunningplicht worden onderworpen. Problematisch kan echter zijn dat deze beoordeling plaatsvindt 'mede in het licht van de ontwikkelingsruimte' die door de in de PAS opgenomen maatregelen ontstaat. Artikel 19kh van de NB-wet 1998 zal richtlijnconform moeten worden toegepast, waarbij wel rekening mag worden gehouden met de hiervoor omschreven mitigerende maatregelen, maar niet met compenserende maatregelen.¹⁹ Indien een activiteit met op basis van de PAS toegedeelde ontwikkelingsruimte wordt toegestaan, mogen daarbij dus slechts de in de PAS genoemde mitigerende maatregelen worden betrokken. Als de (Europese) rechter van oordeel is dat een in de PAS genoemde maatregel als compenserend moet worden aangemerkt, mag de ontwikkelingsruimte die door deze maatregel is ontstaan bij de verlening van een vergunning dus niet (zonder meer) in aanmerking worden genomen.

In de Habitatrictlijn is aan het bereiken van de doelstelling, te weten een gunstige staat van instandhouding en dus geen overschrijding van de betreffende KDW, geen termijn verbonden. Hieruit kan worden afgeleid dat een verslechtering van de staat van instandhouding kan worden toegestaan, mits die afwijking tijdelijk is en het bereiken van de doelstellingen op de lange termijn niet verhindert. De vereiste gemeenschapstrouw betekent echter wel dat een reële inspanning moet worden verricht om de gunstige staat van instandhouding te bereiken en dat geen ontwikkelingen mogen worden toegestaan die een onomkeerbare verslechtering van een gebied tot gevolg hebben.²⁰

Uit het voorgaande volgt dat de Habitatrictlijn in beginsel niet in de weg staat aan de in de PAS gekozen systematiek van een programmatische aanpak.

De NB-wet 1998 voorziet sinds de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet op 31 maart 2010 door middel van de artikelen 19kg tot en met 19km in een regeling voor een programmatische aanpak ter vermindering van stikstofbelasting. Gelijk met de inwerkingtreding van de PAS per 1 juli 2015 is ook de regeling voor een programmatische aanpak stikstof

18 Zie art. 19kh lid 6 NB-wet 1998.

19 Zie Backes 2011, onder II.1.2.3.

20 Zie Groothuijse, Uylenburg en Boeve 2010, p. 67.

in de NB-wet 1998 gewijzigd.²¹ De PAS heeft een looptijd van zes jaar, van 2015 tot 2021. Na dit tijdvak volgt in ieder geval nog een tweede en een derde programma, steeds voor een periode van zes jaar. Voor de stikstofgevoelige natuur kent de PAS de volgende doelen.²² In de eerste zes jaar mag de natuur in de betreffende Natura-2000 gebieden niet verder achteruitgaan. In de twaalf jaar daarna moet de PAS bijdragen aan het realiseren van een duurzaam voortbestaan van stikstofgevoelige natuur in Nederland (de duurzame staat van instandhouding). Voor zover in de betreffende gebieden sprake is van een verbeterdoelstelling moet de stikstofgevoelige natuur zich verder uitbreiden en verbeteren. De PAS moet de eisen voor de stikstofgevoelige natuur sneller realiseren dan in een autonome situatie (zonder de PAS).

3.1. De maatregelen in de PAS en de daardoor ontstane depositieruimte

Om de natuurdoelen te realiseren bevat de PAS bronmaatregelen en herstelmaatregelen. Bij de bronmaatregelen gaat het om een pakket aan maatregelen die landbouwsectoren moeten nemen om de daling van de stikstofdepositie (in de vorm van ammoniak), die op dit moment al plaatsvindt, te versnellen. Verder is ook een aantal generieke maatregelen in andere sectoren in de PAS opgenomen, bijvoorbeeld het NSL. De rijksoverheid is uiteindelijk verantwoordelijk voor de realisatie van deze maatregelen. Daarnaast zijn in de PAS maatregelen opgenomen die enkele provincies aan de landbouwsector hebben opgelegd. De herstelmaatregelen zijn maatregelen die in de overbelaste gebieden worden getroffen om deze gebieden bestendiger te maken voor een overbelasting met stikstof. Deze maatregelen beperken de stikstofbelasting dus niet. Het kan gaan om beheermaatregelen als plaggen, afgraven of maaien, maar ook om het plaatselijk aanpassen van de waterstand of het verwerven of inrichten van gronden. Voor elk stikstofgevoelig Natura-2000 gebied is een gebiedsanalyse gemaakt om te zien hoe de aanwezige habitattypen kunnen worden ondersteund. Deze analyses zijn na een onafhankelijke ecologische beoordeling in de PAS opgenomen. De provincies hebben de benodigde maatregelen vastgelegd in een beheerplan voor de komende zes jaar, de betrokkenen zijn hierbij geraadpleegd. De provincies zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van deze herstelmaatregelen.

Doordat een gedeelte van de daling van de depositie door bovengenoemde maatregelen weer mag worden gebruikt, ontstaat zogenoemde depositieruimte. Deze wordt uitgedrukt in stikstofdepositie (mol) per oppervlakte (ha) Natura 2000-gebied per jaar. De beschikbare depositieruimte wordt gebruikt voor vergunningsvrije activiteiten en vergunningsplichtige activiteiten.

Bij de vergunningsvrije activiteiten gaat het om activiteiten waarvoor geen toestemming op grond van de NB-wet 1998 is vereist, zoals de toename van het wegverkeer. In dit verband is relevant dat de PAS rekent met een economische groei van 2,5% per jaar. Daarnaast gaat het om activiteiten waarvoor in principe wel een NB-wetvergunning is vereist maar die onder de grenswaarde blijven van 1 mol per hectare per jaar.²³ Voor deze activiteiten geldt, indien zij ook overigens geen significante gevolgen hebben voor het betreffende gebied, alleen een meldingsplicht.²⁴ Deze meldingsplicht is ingesteld om te kunnen bijhouden of de totale ruimte die voor deze categorie activiteiten op grond van de PAS beschikbaar is niet wordt overschreden. De meldingsplicht geldt niet onder de grenswaarde van 0,05 mol per hectare per jaar.²⁵

De depositieruimte voor vergunningsplichtige projecten wordt ontwikkelingsruimte genoemd. De ontwikkelingsruimte wordt per Natura 2000-gebied berekend; voor deze berekening is het AERIUS-model ontwikkeld. De ontwikkelingsruimte wordt verdeeld in prioritaire ontwikkelingsruimte en vrije ontwikkelingsruimte. De prioritaire ontwikkelingsruimte is bestemd voor activiteiten waaraan het Rijk en de provincies voorrang geven. De lijst met prioritaire projecten is een bijlage bij de Regeling

21 Wet van 8 oktober 2014, houdende wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof), Stb. 2014, 419.

22 Zie Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), 'Beoordeling Programmatische Aanpak Stikstof', 2014, p. 27.

23 Dit is bepaald in art. 2 lid 1 van het Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof (Besluit grenswaarden, Stb. 2015, 227), dat is gebaseerd op art. 19kh lid 7 onderdeel a onder 1° NB-wet 1998.

24 Dit is bepaald in art. 8 lid 1 van de Regeling programmatische aanpak stikstof (Regeling PAS), Stcrt. 17 juni 2015, nr. 16320.

25 Zie art. 8 lid 1 aanhef en onderdeel b Regeling PAS.

PAS. De resterende vrije ontwikkelingsruimte is beschikbaar voor agrarische en andere activiteiten waarvoor een NB-wetvergunning is vereist.

Bij de toedeling van de vrije ontwikkelingsruimte geldt als voorwaarde dat minimaal 40% van de ruimte beschikbaar moet blijven voor de tweede helft van de programmaperiode. Voor de prioritair ontwikkelingsruimte geldt dat een evenwichtig deel gereserveerd blijft voor de tweede helft van de periode.

Op grond van artikel 19kj van de NB-wet 1998 zijn de betrokken bestuursorganen verplicht de in de PAS opgenomen maatregelen daadwerkelijk uit te voeren.

3.3. Monitoring en bijsturing

In hoofdstuk 6 van de PAS is bepaald dat het PAS-bureau²⁶ jaarlijks een rapportage opstelt over stikstofmonitoring, depositie- en ontwikkelingsruimte en een natuurrapportage op basis van de natuurmonitoring.²⁷ Het bevoegd gezag dat verantwoordelijk is voor het beheer van het gebied dient gegevens over de natuurkwaliteit, het herstelproces en de voortgang van de uitvoering van de herstelmaatregelen beschikbaar te stellen. Voor de interpretatie van de monitoringsrapportages en nieuwe (wetenschappelijke) inzichten en voorbereiding van besluitvorming over eventuele bijsturing is de Interbestuurlijke Adviesgroep PAS²⁸ opgericht.

Over de natuurmonitoring is in de PAS toegelicht dat veranderingen vaak pas na enige jaren meetbaar zijn en dat het daarom volstaat om aan het einde van de looptijd van de PAS opnieuw de balans over de kwaliteit en de omvang van de habitattypen op te maken. Volledige ecologische monitoring van de PAS vindt dus eens in de zes jaar plaats.²⁹ Om eventuele veranderingen tijdig te constateren wordt in de gebiedsrapportages, die wel jaarlijks worden opgesteld, een verslag van een visuele waarneming bij een veldbezoek opgenomen.

Daarnaast vindt na drie jaar een tussenevaluatie plaats om inzichtelijk te maken hoeveel ontwikkelingsruimte er nog beschikbaar is voor de tweede helft van de eerst planperiode. Voor een volledig overzicht van de monitoringsrapportages verwijs ik naar bijlage 7 bij de PAS.

Op grond van artikel 19ki lid 1 van de NB-wet kunnen de ministers van EZ en I en M de in de PAS opgenomen maatregelen tussentijds wijzigen of vervangen, zij kunnen ook maatregelen toevoegen. Wanneer dit leidt tot een vermindering van de beschikbare ontwikkelingsruimte is overeenstemming vereist met het bevoegd gezag (veelal gedeputeerde staten van de betreffende provincie). Bij een wijziging van de PAS op grond van dit artikellid is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet van toepassing. Een andere mogelijkheid is dat de minister een gebied uit de PAS haalt;³⁰ ook hierbij is overeenstemming met het bevoegd gezag vereist.

Verlaging van de grenswaarde voor vergunningsvrije activiteiten is een vorm van tussentijdse bijsturing die van rechtswege geschiedt. Als 95% van de beschikbare depositieruimte voor een gevoelige habitat is benut, wordt de norm van 1 mol per hectare per jaar verlaagd tot 0,05 mol per hectare per jaar.³¹ Voor een volledige beschrijving van de wettelijke bijsturingmogelijkheden verwijs ik naar bijlage 6 bij de PAS.

26 Dit is een interbestuurlijke organisatie waarin de PAS-partijen samenwerken. Het bureau is ondergebracht in de uitvoeringsorganisatie van de provincies, BJJ12. De monitoring op het gebied van stikstof wordt uitgevoerd door het RIVM.

27 Dit is ter uitwerking van art. 19kh lid 1 aanhef en onderdeel f, g en h NB-wet 1998.

28 Deze werkt onder mandaat van de Regiegroep Natura 2000/PAS. Die bestaat uit vertegenwoordigers van ministeries van Economische Zaken (EZ), I en M en Defensie en het IPO.

29 Zie PBL 2014, p. 42.

30 Volgens bijlage 6 bij de PAS is dit mogelijk op grond van art. 19kg lid 4 NB-wet 1998.

31 Zie art. 2 lid 3 Besluit grenswaarden.

4. Rechtsbescherming

Op de vaststelling van de PAS is in artikel 19kg lid 6 van de NB-wet 1998 de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Awb van toepassing verklaard.³² Het Ontwerp PAS heeft ter inzage gelegen en er zijn 561 zienswijzen ingediend. De Tweede Kamer is hierover geïnformeerd en in de nota van antwoord is op de zienswijzen gereageerd. Tegen de vaststelling van de PAS is geen beroep mogelijk. Nijmeijer³³ komt tot de (voorlopige) conclusie dat tegen vaststelling van een programma slechts beroep bij de bestuursrechter hoeft open te staan als het programma een rechtstreekse titel oplevert voor de realisering van normrelevante initiatieven. Dit lijkt bij de PAS niet het geval; tegen een NB-wetvergunning die met toepassing van de PAS wordt verleend is beroep mogelijk bij de rechter. Dit geldt overigens niet voor activiteiten die blijven onder de grenswaarde van 1 mol per hectare per jaar.³⁴ Deze activiteiten zijn, mede op basis van de in de PAS genoemde maatregelen, vergunningsvrij.

4.1. Het NSL

Ook tegen de vaststelling van het NSL was geen beroep mogelijk. In een enkel geval is aan de burgerlijke rechter voorgelegd of de overheid voldoet aan de verplichtingen om plannen en programma's op te stellen waarin voldoende effectieve maatregelen zijn voorzien en die vervolgens ook uit te voeren. De burgerlijke rechter kwam daarbij tot het oordeel dat de gemeente op grond van het Besluit Luchtkwaliteit 2005 verplicht was een plan van aanpak op te stellen, maar dat haar bij het opstellen daarvan beleidsvrijheid toekomt.³⁵

Een andere mogelijkheid om het NSL (of een ander luchtkwaliteitsprogramma) bij de rechter aan de orde te stellen, is via de exceptieve toetsing. Dit houdt in dat een algemeen verbindend voorschrift (in dit geval het NSL) buiten toepassing wordt gelaten indien het in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel een algemeen rechtsbeginsel. Uit de jurisprudentie van de ABRvS blijkt dat een dergelijke exceptieve toetsing terughoudend wordt uitgevoerd. Zo werd in de uitspraak van 30 november 2011,³⁶ over een tracébesluit dat was opgenomen in het NSL, getoetst of het NSL na opname van dit besluit nog gericht was op het bereiken van de grenswaarden en of aannemelijk kon worden gemaakt dat deze opname geen (verdere) overschrijding veroorzaakt. Daarbij werd in de eerste plaats overwogen dat de WMB voorziet in een systematiek die veel vrijheid laat. Wanneer de juistheid van de in het NSL gehanteerde uitgangspunten wordt bestreden, bestaat voor het oordeel dat het NSL onrechtmatig is alleen grond indien wordt aangetoond dat het redelijkerwijs niet mogelijk is – ook niet met een verdere bijstelling van het programma – de betreffende grenswaarden op de betrokken data te halen. In de uitspraak wordt er verder op gewezen dat het betreffende tracé in de door het RIVM opgestelde Monitoringsrapportage NSL 2010 niet als een knelpunt was benoemd. Uit de motivering van de eerdere uitspraak van de ABRvS van 31 maart 2010³⁷ blijkt dat zij het bij de beoordeling van het NSL van belang acht dat het betrokken bestuursorgaan op grond van artikel 5.14 van de WMB jaarlijks aan de minister moet rapporteren over de voortgang en uitvoering van het NSL. De uitspraak van de vz. ABRvS van 4 november 2010³⁸ sluit hierbij aan. Daarin wordt overwogen dat artikel 5.14 van de WMB voorziet in jaarlijkse rapportages over de voortgang en uitvoering van het NSL en dat artikel 5.12 lid 10 van de WMB de mogelijkheid biedt om het NSL zo nodig ambtshalve bij te stellen. Het feit dat het RIVM meent dat de monitoringstool op dit moment onvoldoende werkt, is volgens de Voorzitter geen aanleiding voor de conclusie dat dit systeem van evalueren en zo nodig bijstellen niet werkt.

32 Uit de MvT bij de Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof), Kamerstukken II 2012/13, 33669, 3, p. 28 blijkt dat deze procedure van toepassing is verklaard om te voldoen aan het verdrag van Aarhus. Bij een tussentijdse wijziging van de PAS is toepassing van afdeling 3.4 van de Awb in de meeste gevallen niet verplicht.

33 Zie in dit verband A.G.A. Nijmeijer, 'Naar een uniforme regeling voor een programmatische aanpak in het omgevingsrecht', preadvies voor het Instituut voor bouwrecht, 2012.

34 Vergelijk Bosma 2008 over de (on)mogelijkheden voor een belanghebbende om aan de orde te stellen dat een ontwikkeling niet in betekende mate bijdraagt aan de verslechtering van luchtkwaliteit.

35 Zie Rb. Utrecht 22 november 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ3118, AB 2007/171 m.nt. Backes.

36 ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6375.

37 ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9581.

38 Vz. ABRvS 4 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO2911.

In de uitspraak van de ABRvS van 15 september 2010³⁹ werd, naar aanleiding van het betoog dat de in het NSL genoemde maatregel van kilometerbeprijzing (rekeningrijden) waarschijnlijk geen doorgang zou vinden, overwogen dat artikel 5.12 lid 10 van de WMB de minister de mogelijkheid biedt om het NSL ambtshalve bij te stellen. Dit is wel opmerkelijk omdat uit de beoordeling van het NSL uit 2006 van het Milieu- en Natuurplanbureau juist bleek dat de maatregel kilometerbeprijzing niet door een technische maatregel met vergelijkbaar effect kon worden vervangen.⁴⁰

4.2. De PAS

Tegen een besluit tot vaststelling van de PAS is, zoals hiervoor besproken, geen beroep mogelijk. Tegen een besluit waarbij gebruik wordt gemaakt van de op basis van de PAS toegedeelde ontwikkelingsruimte, is in principe wel beroep mogelijk.⁴¹ Bij de toetsing van een dergelijk besluit zal de rechter zich zien gesteld voor de vraag of, en zo ja in hoeverre, hij dient te beoordelen of de in de PAS uitgevoerde passende beoordeling afdoende is, zodat gebruik kan worden gemaakt van de op basis van de PAS toegedeelde ontwikkelingsruimte. De vraag is op welke wijze deze toetsing in de praktijk zal gaan plaatsvinden. Ondanks het feit dat de norm die artikel 6 van de Habitatrichtlijn voor de PAS stelt (geen significante aantasting van de te beschermen gebieden) strenger lijkt dan de norm die voor het NSL geldt (aantonen dat de grenswaarden naar verwachting worden gehaald), lijkt het niet waarschijnlijk dat de ABRvS bij tegenvallende resultaten een andere redeneerlijn zal volgen dan bij het NSL.⁴² Ook het feit dat in de PAS, anders dan in het NSL, niet concreet is aangegeven welke projecten op basis van het programma mogelijk worden gemaakt,⁴³ lijkt niet tot consequentie te hebben dat bij de PAS een andere redeneerlijn zal worden gevolgd.

Ook bij de PAS zal dus, naar verwachting, gaan gelden dat hij aan vergunningverlening ten grondslag mag worden gelegd indien door bijsturing en bijstelling van het programma de zekerheid kan worden verkregen dat niet wordt bijgedragen aan een significante aantasting van de te beschermen habitats. Pas als een rechtzoekende aantoont of aannemelijk maakt dat de PAS bijdraagt aan een verslechtering van de kwaliteit van de stikstofgevoelige habitats, is het aannemelijk dat de vergunningverlening ter discussie komt te staan. Een rechtzoekende zal echter, gelet op het technische en gecompliceerde karakter van de PAS, zelden in die bewijsvoering slagen. Nijmeijer⁴⁴ pleit er om die reden voor dat de uitkomsten van de monitoring uitgangspunt moeten zijn voor de beoordeling van een programma. Als uit de monitor blijkt dat het programma niet het beoogde resultaat heeft, dan heeft dat voor de rechter als vertrekpunt te gelden. Aan het feit dat de wettelijke regeling voorziet in de mogelijkheid of verplichting om het programma naar aanleiding van de monitoringsresultaten aan te passen, moet vervolgens niet te snel het oordeel worden verbonden dat er redelijkerwijs geen aanleiding is voor de conclusie dat de met het programma beoogde resultaten niet worden gehaald. Een dergelijke conclusie is pas gerechtvaardigd als het bevoegd gezag in de bestuursrechtelijke procedure voldoende inzichtelijk heeft gemaakt dat het extra of andere maatregelen gaat treffen om de met het programma beoogde doelen te halen. Ik onderschrijf dit betoog volledig. Het is om die reden interessant om de aan het einde van paragraaf 3 genoemde mogelijkheden en verplichtingen tot evaluatie en bijsturing die de PAS biedt nader te bespreken. Dit doe ik, na een algemene inleiding, in de volgende, afsluitende paragraaf.

5. Afsluiting/conclusie

Het is in de eerste plaats goed om aan te geven dat er, ook vanuit milieuperspectief, in principe geen aanleiding is om een programmatische aanpak negatief te beoordelen. Een programmatische aanpak kan worden gezien als voorwaarde om de meest kosteneffectieve maatregelen ter verzekering van een bepaalde milieukwaliteit te kunnen nemen. Het voorkomt

39 ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7032.

40 Zie Hillegers, Lam en Nijmeijer 2006.

41 Beroep is in ieder geval mogelijk bij besluiten waarbij een NB-wet-vergunning wordt verleend. Bij de, op grond van de maatregelen in de PAS, vergunningsvrije projecten is dit, zoals hiervoor al opgemerkt, minder duidelijk.

42 PBL 2014, p. 41.

43 Zie Nijmeijer 2012, p. 5 en het onderscheid dat hij in dat verband maakt. Voor de prioritaire projecten van het Rijk geldt dit onderscheid overigens niet.

44 Zie Nijmeijer 2012, p. 11.

dat de beperkingen die milieunormen aan economische ontwikkelingen stellen eenzijdig bij nieuwe projecten komen te liggen. Ook voor de onderzoeks- en bewijslast geldt dat deze met een programmatische aanpak niet meer eenzijdig bij de ontwikkelaar komt te liggen. De overheid neemt deze bewijslast, als ontwikkelaar van het plan, op zich. Een nadeel van de programmatische aanpak is dat het leidt tot een vermindering van de rechtsbescherming van burgers en belanghebbenden.⁴⁵ Zo ontstaan er, ook indien aan het einde van de eerste PAS-periode blijkt dat de doelen niet zijn gehaald, weinig rechten voor belanghebbenden. De overheid zal dan een volgend programma moeten opstellen waarin ze aanmerkelijk maakt dat het in de komende planperiode wél lukt om de doelstellingen te realiseren. Het is ook mogelijk dat de doelstellingen dan worden verlaagd, indien verzekerd blijft dat er een ambitieuze en realistische daling van de door binnenlandse emissies veroorzaakte stikstofdepositie komt.⁴⁶

In paragraaf 4 is uiteengezet dat het te verwachten is dat de rechter,⁴⁷ bij de toetsing van een NB-wetvergunning met op basis van de PAS toegedeelde ontwikkelingsruimte, een vergelijkbare lijn zal volgen als bij het NSL. Dit betekent dat de rechter bij de beoordeling van de PAS en de daarin uitgevoerde passende beoordeling veelal zal volstaan met een verwijzing naar de instrumenten van monitoring en bijsturing.

Naar mijn idee is het de vraag of het enkele feit dat de ministers van EZ en I en M de mogelijkheid, en dus niet de verplichting, hebben om de PAS naar aanleiding van de monitoringsresultaten tussentijds bij te stellen of, in het uiterste geval, een gebied uit de PAS te halen, wel in alle gevallen als een voldoende garantie kan worden beschouwd. Daarbij speelt ook een rol dat de ministers een dergelijke maatregel slechts met instemming van gedeputeerde staten kunnen bewerkstelligen. Uit oogpunt van rechtsbescherming en controleerbaarheid was het naar mijn idee wenselijk geweest indien in de PAS een rechtstreekse koppeling was gelegd tussen de uitkomst van de jaarlijkse monitoring voor een gebied en de voor dat gebied beschikbare ontwikkelingsruimte. Indien uit de monitoringsrapportage voor een gebied blijkt dat de doelstellingen voor dat gebied vooralsnog niet worden gehaald, zou het bestuursorgaan bijvoorbeeld de bewijslast moeten krijgen om aan te tonen dat er inmiddels wél afdoende maatregelen zijn genomen om de doelstellingen alsnog te bereiken. Het enkele feit dat er maatregelen kunnen worden genomen om de doelen alsnog te bereiken, lijkt mij daarvoor niet afdoende. Om een vergunning met op basis van de PAS toegedeelde ontwikkelingsruimte te kunnen verlenen, zou het bestuursorgaan in een dergelijk geval moeten aantonen dat er (aanvullende) maatregelen zijn genomen en dat deze afdoende zijn. Een dergelijk directer verband tussen monitoring en vergunningverlening is in het Besluit grenswaarden wel gelegd.⁴⁸ Een ander voorbeeld van een dergelijk, directer, verband tussen de gestelde norm en monitoring is de per 22 maart 2013 in de Regeling NIBM opgenomen aanwijzing. Dit betreft een viertal gebieden met veel intensieve veehouderij, met name pluimvee- en varkenshouderijen, waar de grenswaarden voor PM₁₀ nog steeds worden overschreden. Voor deze gebieden is de NIBM-grondslag voor veehouderijen niet meer van toepassing en wordt dus niet meer aangenomen dat een geringe toename van de emissie niet in betekende mate bijdraagt. Dit geldt enkel voor veehouderijen die meer dan 800 kilogram fijnstof per jaar emitteren.

Een dergelijk, directer, verband tussen vergunningverlening en monitoring is in de NB-wet 1998 en de PAS niet gelegd. Gelet op het voorgaande lijkt het mij, net als Nijmeijer,⁴⁹ wenselijk dat de bestuursrechter, indien dit door partijen is aangevoerd, wél een direct verband legt tussen de uitkomsten van de monitoring en de vraag of het bestuursorgaan de PAS aan zijn besluit ten grondslag heeft kunnen leggen.

Jello van de Poel

45 Zie Backes 2011, onder II.1.1.

46 Zie PBL 2014, p. 44.

47 De Wet natuurbescherming, die waarschijnlijk rond 1 januari 2016 in werking zal treden, maakt beroep in twee instanties mogelijk tegen een NB-wetvergunning. Tegen een NB-wetvergunning is dan dus, anders dan nu het geval is, beroep in eerste aanleg mogelijk bij de rechtbank.

48 Zie art. 2 lid 3 Besluit grenswaarden.

49 Zie Nijmeijer 2012, p. 11 en het einde van paragraaf 4 van dit artikel.