

## Juridische randvoorwaarden voor een drempelwaarde voor Natura 2000-gebieden

### Management samenvatting

Met het vervallen van het PAS is in de juridisch-wetenschappelijke literatuur en in het maatschappelijk debat gepleit voor de invoering van een drempelwaarde voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van activiteiten die geringe stikstofdeposities op Natura 2000-gebieden tot gevolg (kunnen) hebben. Dit, in opdracht van VNO-NCW geschreven advies schetst de juridische mogelijkheden van de introductie van een dergelijke drempelwaarde. Daarbij wordt als randvoorwaarde gehanteerd dat een drempelwaarde op korte termijn beschikbaar moet zijn en dus moet voldoen aan de thans geldende Nederlandse (en Europese) wetgeving.

In het advies worden de volgende vier mogelijkheden tot het vaststellen van een drempelwaarde onderscheiden:

1. Een drempelwaarde ter voorkoming van verslechtering en/of significante verstoring;
2. Een drempelwaarde ter voorkoming van significante gevolgen;
3. Een drempelwaarde die wordt gerelateerd aan met zekerheid te bereiken of bereikte reducties van stikstofdepositie;
4. Een drempelwaarde die wordt vastgesteld met een beroep op de ADC-criteria.

In het advies wordt geconcludeerd dat een drempelwaarde op de korte termijn vooral praktisch haalbaar lijkt als deze drempelwaarde significante gevolgen, en daarmee de vergunningplicht voor projecten met significante gevolgen, voorkomt. Een dergelijke drempelwaarde past binnen de systematiek van de Habitatrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJ. Of een dergelijke drempelwaarde uiteindelijk daadwerkelijk kan worden vastgesteld, is afhankelijk van een ecologische onderbouwing binnen de in het advies geschetste randvoorwaarden. In zijn algemeenheid gelden daarbij de volgende aandachtspunten:

- Jurisprudentie van het Hof van Justitie laat zien dat een drempel ter voorkoming van significante gevolgen mogelijk is wanneer op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat een plan of project afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen heeft voor het Natura 2000-gebied. Of er een risico bestaat op significante gevolgen, moet met name worden beoordeeld in het licht van de kenmerken en de specifieke milieuomstandigheden en de specifieke milieuomstandigheden van het gebied waarop de drempelwaarde betrekking heeft. Jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is, voor zover daarin gelezen zou kunnen worden dat iedere toename van stikstofdepositie op een al overbelast en stikstofgevoelig Natura 2000-gebied leidt tot de conclusie dat het project significante gevolgen kan hebben, strikter dan de jurisprudentie van het Hof van Justitie, terwijl laatstgenoemde jurisprudentie leidend zou behoren te zijn;
- De drempelwaarde dient gericht te zijn op de aanvaardbaarheid van nieuwe activiteiten als zodanig en niet op de aanvaardbaarheid van nieuwe activiteiten én van de huidige situatie in Natura 2000-gebieden gezamenlijk. De omstandigheid dat op dit moment in veel Natura 2000-gebieden sprake is van een te hoge stikstofbelasting, is weliswaar een aspect dat in het kader van de (ecologische) onderbouwing van de drempelwaarde meegewogen dient te worden, maar bij aanvaardbaarheid van nieuwe activiteiten speelt enkel de vraag of deze nieuwe activiteiten een (verdere) verslechtering of significante gevolgen kunnen veroorzaken. Dit is een logisch gevolg van het feit dat de verplichting om passende maatregelen te treffen om op te treden tegen een reeds bestaande situatie (op grond van art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn) en de

vergunningplicht voor activiteiten (op grond van art. 6, lid 3, Habitatrictlijn) van elkaar te onderscheiden instrumenten zijn;

- Dat de toepassing van een drempelwaarde met zekerheid niet leidt tot een significant gevolg voor een van de te beschermen Natura 2000-gebieden zal ecologisch beduidend makkelijker kunnen worden onderbouwd als verzekerd is dat de achtergronddepositie op de Natura 2000-gebieden daalt. Inmiddels stelt ook de hoogste Duitse bestuursrechter dit als eis aan een herhaaldelijke toepassing van de, verhoudingsgewijs zeer hoge, Duitse drempels.
- Bij de te formuleren drempelwaarde kan worden afgewogen of een aparte drempelwaarde voor NOx resp. NH3 wordt vastgesteld;
- Een drempelwaarde leidt ertoe dat projecten die onder de drempelwaarde blijven projecten zonder significante gevolgen zijn, zodat voor die projecten geen vergunningplicht geldt.. In zo'n situatie bestaat echter nog steeds de lichtere vergunningplicht (art. 2.7, lid 2 jo. art 2.7, lid 3 sub b, Wnb) voor handelingen die mogelijk wel enige, maar zeker geen significante schade tot gevolg zouden kunnen hebben. De vergunningverlening kan in dergelijke gevallen op grond van een belangenafweging (art. 2.8, lid 9, Wnb) zonder passende beoordeling plaats vinden. De Wnb voorziet in een mogelijkheid om via een provinciale verordening een generieke uitzondering op deze lichtere vergunningplicht te introduceren. In het kader van de belangenafweging die voor deze generieke uitzondering nodig is – en dus niet bij het formuleren van de drempelwaarde – ligt het voor de hand om mee te wegen welke passende maatregelen gericht op behoud en verder herstel van Natura 2000-gebieden en/of op verdere stikstofdepositieverlaging worden getroffen.

Ch.W. Backes

M.M. Kaajan

November 2019

## 1. Inleiding

Doordat het PAS niet meer als onderbouwing kan worden gebruikt voor de op grond van art. 2.12 Besluit natuurbescherming (Bnb) vastgestelde drempelwaarden en bovendien het projectbegrip in art. 2.7, lid 2 en lid 3, sub a Wet natuurbescherming (Wnb) op grond van het PAS-arrest veel ruimer moet worden uitgelegd dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“ABRVS”) dat voorheen deed, is een situatie ontstaan waarin iedere activiteit die ook maar enige stikstofuitstoot veroorzaakt in grote delen van Nederland vergunningplichtig geworden. Dat betreft bijvoorbeeld alle activiteiten die additioneel verkeer aantrekken, zoals bouwactiviteiten of evenementen en strikt genomen zelfs het rijden met een individuele auto op een weg door of pal langs een Natura 2000-gebied. Omdat een vergunning voor elk van al deze activiteiten alleen kan worden verleend als ecologisch onderbouwd wordt dat de desbetreffende handeling, in combinatie met andere plannen of projecten geen significant gevolgen kan hebben (art. 2.7, lid 3, sub a Wnb), kunnen vergunningen voor al die handelingen slechts onder aanzienlijke administratieve lasten of helemaal niet worden verleend. Dit heeft niet alleen aanzienlijke economische, maar ook moeilijk aanvaardbare maatschappelijke gevolgen. Dat geldt temeer nu niet duidelijk kan worden gemaakt dat een dergelijk ruim toegepaste vergunningplicht effectief en vooral efficiënt bijdraagt aan de bescherming van Natura 2000-gebieden. In de juridisch-wetenschappelijke literatuur<sup>1</sup> en in het maatschappelijk debat is daarom gepleit voor invoering van een drempelwaarde voor de beoordeling en toelating van activiteiten die geringe stikstofdeposities op Natura 2000-gebieden tot gevolg hebben of kunnen hebben. Dit, in opdracht van VNO/NCW geschreven, advies schetst de juridische mogelijkheden van de introductie van een dergelijke drempelwaarde op korte termijn. Omdat introductie op korte termijn wenselijk lijkt, wordt het thans geldende recht als uitgangspunt genomen. Waar dat aangewezen is wordt echter ook gewezen op andere juridische mogelijkheden die ontstaan als men het Nederlandse recht zou aanpassen, binnen de grenzen die het Europese recht stelt.

Dit advies heeft alleen betrekking op de juridische randvoorwaarden voor een drempelwaarde. Of een drempelwaarde kan worden vastgesteld en voor welke variant van een drempelwaarde kan worden gekozen is echter vervolgens afhankelijk van ecologische onderbouwingen binnen de hier geschetste randvoorwaarden. Een uitsluitend door juristen verrat advies kan dus niet eindigen met een aanbeveling of en welke drempelwaarde zou moeten worden geïntroduceerd. Daarvoor is de combinatie van juridische en ecologische kennis noodzakelijk.

Opgemerkt zij dat ook elders over de juridische mogelijkheden voor de introductie van een drempelwaarde wordt nagedacht. In het bijzonder heeft de minister van landbouw, natuur en voedselkwaliteit de Afdeling advisering van de Raad van State om voorlichting over dit thema gevraagd.

*“Deze voorlichting ziet op de voorwaarden waaronder in de Nederlandse context een drempelwaarde kan worden gehanteerd, zowel voor de kortere als de langere termijn. Tegelijk wordt tezamen met de bestuurlijke partners gewerkt aan een pakket van maatregelen waarmee een grenswaarde zou kunnen worden onderbouwd. Hierbij wordt ook gezien of ruimere grenswaarden, zoals deze in Duitsland gelden, in de Nederlandse context toegepast kunnen worden. Voor het einde van dit jaar wil het kabinet hier meer duidelijkheid over verschaffen.”<sup>2</sup>*

Dit advies is als volgt opgebouwd: In paragraaf 2 worden eerst de verschillende juridische aanknopingspunten voor de vier te onderscheiden mogelijkheden tot het vaststellen van een drempel

---

<sup>1</sup> Zie bijv. Ch.W. Backes, De kater na de PAS-uitspraken, NJB 2019, p. 1926 e.v.

<sup>2</sup> Brief van 15 oktober 2019, kenmerk BPZ / 19244215.

geschetst. Daarbij wordt uitgegaan van de thans bestaande Nederlandse (en Europese) wetgeving. Waar aangewezen wordt opgemerkt hoe deze mogelijkheden zouden kunnen worden veranderd indien de Wnb, binnen de Europese kaders, zou worden aangepast. In de paragrafen 2.1 tot 2.4 worden vervolgens de juridische randvoorwaarden voor de vier verschillende mogelijkheden tot vaststelling van een drempel nader beschouwd. Bij de bespreking van de drempel die aanknoopt aan het criterium 'significante schade' (paragraaf 2.2) wordt ook ingegaan op de in de buurlanden (Duitsland, Denemarken, Vlaanderen) gehanteerde drempels omdat deze drempels alleen op dit criterium gebaseerd zijn. Het advies wordt, in paragraaf 3, afgesloten met een samenvatting en conclusie.

## 2. Drempelwaarden in het systeem van de Wnb

Voor een goed begrip van de mogelijkheden die de Wet natuurbescherming ("Wnb") zou kunnen bieden om een drempelwaarde te hanteren aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of bepaalde plannen of activiteiten toegestaan kunnen worden, zijn de volgende aandachtspunten van belang:

- Er is een verschil in de wijze waarop enerzijds voor plannen en anderzijds voor projecten en andere handelingen moet worden nagegaan welke effecten op Natura 2000-gebieden kunnen optreden;
- Voor plannen geldt (art. 2.7, lid 1, Wnb) dat alleen in geval van een plan, dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, en dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, een passende beoordeling moet worden verricht. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit het gelijklopende art. 6, lid 3, Habitatrichtlijn. Het plan kan dan alleen worden vastgesteld indien op basis van de passende beoordeling verzekerd is dat het plan niet leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied, of op basis van een ADC-toets.
- Voor projecten en andere handeling voorzien art. 2.7, lid 2, Wnb e.v. enerzijds in een implementatie van de uit art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn opgenomen verplichting om zogeheten 'passende maatregelen' te treffen en anderzijds in een implementatie van art. 6, lid 3, Habitatrichtlijn. Dit leidt tot de volgende systematiek:
  - Er ontstaat een vergunningplicht voor projecten en andere handelingen die, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen (art. 2.7, lid 2, Wnb).
  - Indien vervolgens sprake is van een project dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, is een passende beoordeling verplicht (art. 2.7, lid 3, sub a, Wnb). Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit het gelijklopende art. 6, lid 3, Habitatrichtlijn. Vergunningverlening is alleen mogelijk indien op basis van de passende beoordeling verzekerd is dat het project niet leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied, of op basis van een ADC-toets.
  - Indien sprake is van een andere handeling dan een project met mogelijk significant negatieve gevolgen, dan vindt vergunningverlening plaats op basis van een belangenafweging (art. 2.7, lid 3, sub b, Wnb in combinatie met art. 2.8, lid 9, Wnb). Op basis van deze bepaling is dus ook een project dat kan leiden tot een verslechtering of significante verstoring maar geen significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied vergunningplichtig. Deze vergunningplicht is gebaseerd op art. 6,

lid 2, Habitatrichtlijn, maar gaat feitelijk verder doordat art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn alleen ingrijpen verlangt ingeval van een verslechtering en/of significante verstoring met significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied.

Dit betekent dat een drempelwaarde, uitgaande van het wettelijk kader dat de Wnb thans biedt,<sup>3</sup> gericht zou kunnen zijn op de volgende situaties:

- 1) Met de drempelwaarde is verzekerd dat de som van alle projecten of andere handelingen die onder de drempelwaarde vallen niet kunnen leiden tot een verslechtering of een significante verstoring. Indien een dergelijke drempelwaarde mogelijk is, komt hierdoor iedere vergunningplicht voor projecten of andere handelingen te vervallen. Logischerwijs geldt dan ook voor plannen die ontwikkelingen mogelijk maken die gezamenlijk niet leiden tot een stikstofdepositie die hoger is dan een drempelwaarde op grond waarvan significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, geen passende beoordeling hoeft te worden gemaakt;
- 2) Een tweede variant is een drempelwaarde waarmee een verslechtering of significante verstoring niet kan worden uitgesloten, maar waarbij significante gevolgen van de som van alle projecten of andere handelingen die onder de drempelwaarde vallen wel kunnen worden uitgesloten. Indien een dergelijke drempelwaarde mogelijk is, komt hierdoor op zichzelf de vergunningplicht voor projecten en andere handelingen niet te vervallen. Deze vergunningplicht ontstaat op grond van het thans geldende recht immers zodra sprake is van verslechtering en/of significante verstoring. Maar deze drempelwaarde verzekert dan wel dat de vergunning in dat geval via de lichtere toets, op basis van de belangenafweging van art. 2.8, lid 9, Wnb, kan worden verleend. Die afweging kan ook in provinciale verordeningen generiek worden gemaakt op basis van art. 2.9, lid 3 en lid 4, sub b Wnb. Combineert men een, op grond van art. 2.9, lid 3 Wnb eveneens in een provinciale verordening op te nemen drempel die gericht is op het uitsluiten van significante gevolgen met het opheffen van de vergunningplicht op grond van een generieke afweging zoals bedoeld in art. 2.9, lid 4, sub b Wnb, dan heeft dat tot resultaat dat alle activiteiten die onder de drempelwaarde blijven vergunningvrij worden.
- 3) Ten derde zou een drempel kunnen worden vastgesteld die afhankelijk is van het bereiken of bereikt hebben van een vermindering van de depositie op het desbetreffende gebied.
- 4) Ten slotte zou een drempelwaarde, al dan niet tijdelijk en vooruitlopend op de zojuist genoemde mogelijkheden, kunnen worden toegestaan met een beroep op art. 2.8 lid 4 Wnb (ADC-toets, art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn). Daarvoor zou echter een wetwijziging nodig zijn.

In het volgende wordt besproken hoe deze verschillende juridische wegen tot vaststelling van een drempelwaarde eruit zien en welke juridische argumenten daarvoor pleiten, maar ook welke tegenwerpingen in dat kader naar voren zouden kunnen worden gebracht.

#### 2.1. Een drempelwaarde ter voorkoming van verslechtering en/of significante verstoring

De vergunningplicht voor projecten en andere handelingen die kunnen leiden tot verslechtering en/of significante verstoring betreft een implementatie van art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn. Vastgesteld moet echter worden dat er een essentieel verschil is tussen art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn en art. 2.7, lid 2, Wnb. Art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn bevat een verplichting om maatregelen te treffen om verslechtering en/of significante verstoring te voorkomen voor zover een verslechtering of significante verstoring

---

<sup>3</sup> Indien dit wettelijk kader binnen de randvoorwaarden van het Europees recht gewijzigd zou worden, zouden dus nog andere mogelijkheden bestaan. In het bijzonder zou dan de in deze notitie als tweede variant geschetste mogelijkheid (een drempelwaarde waarmee significante effecten worden voorkomen) tot gevolg kunnen hebben dat voor projecten die onder de drempelwaarde blijven geen vergunningplicht bestaat.

significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Art. 2.7, lid 1, Wnb omvat echter een vergunningplicht voor activiteiten die kunnen leiden tot een verslechtering en/of significante verstoring, maar koppelt deze verslechtering of verstoring niet aan een kans op significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden. Deze vergunningplicht gaat daarmee dus verder dan waartoe art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn verplicht. Dit blijkt ook expliciet uit de wetsgeschiedenis<sup>4</sup> en uit jurisprudentie van de ABRVS.<sup>5</sup>

Om te bezien of een drempelwaarde in dit verband praktische waarde kan hebben, is van belang na te gaan wanneer sprake is van ‘verslechtering’ en/of ‘significante verstoring’. Uit de wetsgeschiedenis bij art. 2.7, lid 2, Wnb kan het volgende worden afgeleid:<sup>6</sup>

- Onder “verslechtering” wordt verstaan een fysieke aantasting van een habitat. Daarbij moet worden gedacht aan alle invloeden op het milieu in de desbetreffende habitats, zoals de beschikbare ruimte, water, lucht en bodem. Alles wat afbreuk doet aan de gunstige staat van instandhouding van een habitat of de mogelijkheid om die te bereiken geldt als een verslechtering. Met name gaat het dan om een vermindering van de oppervlakte van de habitat, een verzwakking van de voor het behoud nodige specifieke structuur en functies, of van de staat van instandhouding van de met de habitat geassocieerde typische soorten. Niet elke achteruitgang van de kwaliteit van een gebied is verboden; de achteruitgang moet worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen van de Habitatrichtlijn; het gaat om “een verslechtering die een gevaar van een aantasting van de staat van instandhouding van een gebied met zich brengt of tot gevolg heeft dat de kansen tot herstel in een gunstige staat van instandhouding kunnen dalen”;
- “Significante verstoring” is wat anders dan gewoon verstoring. Een zekere mate van verstoring wordt dus geacht. Een gebeurtenis die bijdraagt aan de afname op lange termijn van de populatieomvang, van het verspreidingsgebied van de betrokken soort of van de omvang van de habitat van de soort is echter significant. Significante verstoring in relatie tot stikstofdepositie kan zich hierdoor ons inziens voordoen indien door een toename van stikstofdepositie een leefgebied van een soort op lange termijn bijdraagt aan de afname van de populatieomvang.

Mogelijkerwijs kan, op basis van deze criteria, een ecologisch onderbouwde drempelwaarde worden vastgesteld. Dat kan als kan worden geconcludeerd dat een stikstofdepositie onder de drempelwaarde een verslechtering en/of significante verstoring van het desbetreffende Natura 2000-gebied voorkomt. Als een landelijk en algemeen geldende drempelwaarde wordt nagestreefd moet derhalve voor alle Natura 2000-gebieden uitgesloten worden dat door de extra deposities van onder de drempelwaarde blijvende activiteiten een verslechtering of significante verstoring plaatsvindt. Ook zal dan aandacht moeten bestaan voor een systematiek waarmee verzekerd is dat inzicht bestaat in de hoeveelheid activiteiten die een beroep doen op een drempelwaarde, zodat verzekerd is dat ook de optelsom van meerdere activiteiten gezamenlijk niet kan leiden tot een verslechtering en/of significante verstoring. Mogelijkerwijs kan dit ook worden ondervangen door een goed werkend monitoringssysteem, al dan niet in combinatie met een drempelwaarde die slechts tijdelijk geldt. Ook kan worden onderzocht of het ecologisch bezien voor de hand ligt om een onderscheid te maken

---

<sup>4</sup> Regels ter bescherming van de natuur (Wet natuurbescherming), Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 101.

<sup>5</sup> ABRVS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 5.5.

<sup>6</sup> Regels ter bescherming van de natuur (Wet natuurbescherming) Kamerstukken II, 2011/12, 33 348, nr. 3, p.100-101.

tussen een drempelwaarde voor NOx en een afzonderlijke drempelwaarde voor NH3 of om regionale verschillen in drempelwaarden te hanteren.

## 2.2 Een drempelwaarde op basis van het significantie-criterium

Ingevolge art. 2.7 lid 1 en lid 2 jo. lid 3, sub a, Wnb is een passende beoordeling nodig voor elk plan of project dat “afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied”. Deze bepaling komt letterlijk overeen met art. 6 lid 3 Habitatrictlijn. De tamelijk simpele vraag is dan of beargumenteerd kan worden dat plannen en projecten die tot een zeer geringe toename van de depositie op een al overbelast gebied leiden met zekerheid geen significante gevolgen in de zin van art. 2.7 lid 1 Wnb (plannen) of art. 2.7, lid 3, sub a Wnb (projecten) hebben. Ter beantwoording van deze vraag wordt hierna eerst ingegaan op de wijze waarop art. 6, lid 3, Habitatrictlijn kan worden geïnterpreteerd. Daarna bespreken we enige relevante jurisprudentie van het HvJ respectievelijk de ABRVS.

### 2.2.1. *Grammaticale interpretatie*

De letter van de Europese en Nederlandse wet lijkt erop te duiden dat de wetgever niet iedere activiteit met een, mogelijk, zeer gering gevolg voor een Natura 2000-gebied aan een passende beoordeling wilde onderwerpen. Art. 2.7 lid 1 / 2.7, lid 3, sub a, Wnb en het equivalent in de Habitatrictlijn spreken immers van plannen en projecten die mogelijk ‘significante’ gevolgen kunnen hebben. Door alle plannen en projecten die rekenkundig tot een, zij het nog zo geringe, toename van de depositie bijdragen aan een passende beoordeling te onderwerpen zou het woord ‘significante’ zijn betekenis verliezen. Volgens de letter van de wet wilde de wetgever nu juist niet alle projecten met mogelijke gevolgen, maar slechts projecten met mogelijk significante gevolgen aan een passende beoordeling onderwerpen.

Daar zou tegen kunnen worden ingebracht dat het ter discussie staande plan of project nooit op zich zou moeten worden gezien, maar in combinatie met de al bestaande te hoge depositie. In gevallen waarin, vanwege een aanzienlijke overschrijding van de kritische depositiewaarden (KDW), het waarschijnlijk of wellicht zelfs zeker is dat er, zonder het ter discussie staande plan of project, al significante negatieve gevolgen optreden voor het ter discussie staande Natura 2000-gebied, zou kunnen worden beargumenteerd, dat elk project dat, zij het zeer gering, aan deze (mogelijk) significante gevolgen bijdraagt aan een passende beoordeling moet worden onderworpen. In de literatuur wordt in dat verband wel gewezen op het arrest van het HvJ inzake de Kolencentrale Moorborg.<sup>7</sup> Uit dit arrest wordt door sommigen afgeleid dat bij de cumulatieve beoordeling ook reeds bestaande projecten zouden moeten worden betrokken.<sup>8</sup> Een dergelijke interpretatie van het cumulatiecriterium – en dus ook van het arrest Kolencentrale Moorborg – staat echter op gespannen voet met de tekst van de wet. De bepaling formuleert het cumulatiecriterium expliciet anders. Bij de vraag of een project aan een passende beoordeling moet worden onderworpen moet rekening worden gehouden met de cumulatieve effecten van “andere plannen of projecten”, niet met de cumulatieve effecten van de bestaande situatie of, ingeval van de gevolgen van stikstofdepositie, met de achtergronddepositie. Een interpretatie van art. 2.7 lid 1 en lid 3, sub a, Wnb waarbij voor elk plan of project de significantiedrempel van de hele depositie moet worden vastgesteld, dus de bestaande depositie in combinatie met het ter discussie staande plan of project, vindt ons inziens geen steun in

---

<sup>7</sup> HvJ EU 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:301.

<sup>8</sup> Zie in het bijzonder de noot van R.H.W. Frins onder het arrest in TBR 2017/148 en J. Zijlmans, Hoe verder met Mitigatie en cumulatie, Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht 2017/99.

de tekst van de wet.<sup>9</sup> Daar komt bij dat in het arrest Kolencentrale Moorborg de situatie aan de orde was dat de effecten van deze centrale enkel op zelf waren bepaald, zonder rekening te houden met de huidige feitelijke situatie, als onderdeel van de autonome situatie ten opzichte waarvan het effecten van de Kolencentrale zou behoren te worden bepaald. Een dergelijke wijze van beoordeling is niet juist, zoals het HvJ benadrukt. De effecten van de nieuwe activiteiten moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de reeds bestaande situatie. Dat is echter wezenlijk iets anders dan een beoordeling van de (cumulatieve) som van de bestaande situatie, bijvoorbeeld de achtergronddepositie, plus de nieuwe belasting. Het verschil kan worden verduidelijkt aan de hand van de hier ter beoordeling staande depositie van stikstof. Beoordeeld moet worden of, rekening houdend met de bestaande belasting van X, de toevoeging van depositie Y nog een extra effect heeft boven de effecten van de reeds bestaande belasting als gevolg van X. Niet moet worden beoordeeld of de som van X en Y een significant effect heeft, maar of het effect van Y significant is ten opzichte van het bestaande effect van X. In het Moorborg-arrest benadrukt het HvJ dat het, om de effecten van een nieuw te realiseren project goed te beoordelen, ook de bestaande toestand in een Natura 2000-gebied moet worden betrokken. Bestaande projecten maken deel uit van de bestaande toestand van een Natura 2000-gebied. Dat is echter iets anders dan een beoordeling van de som van effecten van de bestaande situatie plus de effecten van het beoogde project. De hier beargumenteerde interpretatie van het Moorborg-arrest komt ook overeen met de, hierna onder 2.2.2 te behandelen, relatie tussen het tweede en derde lid van art. 6 Habitatrictlijn.

### *2.2.2. Wetssystematische interpretatie*

Voor een wetssystematische interpretatie is het volgende van belang. Het begrip 'significante gevolgen' moet ten eerste worden gerelateerd aan het begrip 'project'. In het PAS-arrest heeft het HvJ duidelijk gemaakt dat het project-begrip in de Habitatrictlijn ruim geïnterpreteerd moet worden en ook handelingen omvat die niet met een fysieke ingreep gepaard gaan. Het begrip is dus ook ruimer dan het project-begrip in de m.e.r.-richtlijn. Tot het PAS-arrest gingen het HvJ, de Nederlandse rechter<sup>10</sup> en ook het grootste deel van de doctrine<sup>11</sup> uit van een beperkter project-begrip dat aansloot bij de m.e.r.-richtlijn. Thans is dus duidelijk dat iedere handeling die significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied aan een passende beoordeling en daarmee in beginsel ook aan een vergunningvereiste moet worden onderworpen. Het project-begrip zelf begrenst de toepassing van dit instrument, dat gepaard gaat met een aanzienlijke administratieve last, dus in geen enkele mate. Daarmee komt de nadruk nog zwaarder te liggen op het criterium van (de mogelijkheid van) een 'significant gevolg'. Een interpretatie van dit criterium die tot gevolg zou hebben dat ook dit criterium zich 'in het niets oplost' en geen enkele beperking meer inhoudt van de toepasbaarheid van het vereiste van een vergunning en een passende beoordeling lijkt daarom vanwege de samenhang met het ruime te interpreteren begrip 'project' niet voor de hand te liggen. Dit zou er immers toe leiden dat voor iedere activiteit met enig, ook nog zo gering effect op een Natura 2000-gebied, een vergunningplicht en de verplichting van een passende beoordeling zou ontstaan.

Het derde lid van art. 6 Habitatrictlijn, respectievelijk art. 2.7 lid 1 t/m lid 3 Wnb moet(en) ook gerelateerd worden aan art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn, respectievelijk de verschillende bepalingen uit de Wnb die deze verplichtingen in nationaal recht omzetten. Zowel art. 6 lid 3 als ook art. 6 lid 1 en 2 Habitatrictlijn streven hetzelfde doel na, dat in art. 3 lid 1 Habitatrictlijn wordt benoemd: het niet verslechteren en uiteindelijk in een gunstige staat van instandhouding brengen van de te

---

<sup>9</sup> Zo ook de annotatie van M.M. Kaajan bij het arrest in MenR 2017/109 en H.E. Woldendorp, Het Europese Hof als de reïncarnatie van de ongelovige Thomas, BR 2017/69.

<sup>11</sup> Anders echter al eerder Backes e.a. Natuurbeschermingsrecht, Sdu, Den Haag 2017, p. 110 e.v.



beschermen habitats.<sup>12</sup> De meer algemene en meer omvattende bepalingen zijn art. 6 lid 1 en 2 Habitatrictlijn. Daarin wordt heel in het algemeen en omvattend de verplichting opgelegd om ‘de passende maatregelen’ te nemen om een verslechtering van de kwaliteit van de habitats te voorkomen (lid 2) en daarbovenuit om de kwaliteit te verbeteren daar waar dat nodig is (lid 1). De noodzaak van een individuele passende beoordeling en vergunningverlening (lid 3) is een *lex specialis* ten opzichte van deze veel bredere, algemene verplichtingen en betreft alleen nieuwe, toekomstige activiteiten indien die activiteit mogelijk significante gevolgen heeft.<sup>13</sup> Als voor een handeling geen passende beoordeling nodig is, bijvoorbeeld omdat de handeling wel enige, maar geen significante gevolgen heeft, betekent niet dat de Natura 2000-gebieden in zoverre ‘onbeschermd’ zijn. Er geldt dan immers nog steeds de algemene verplichting om achteruitgang van de kwaliteit te voorkomen en, zo nodig, verbetering te bewerkstelligen. Er is dus tot op zekere hoogte een juridisch vangnet voor handelingen waarvoor geen passende beoordeling wordt verricht omdat het uitgesloten kan worden geacht dat zij significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied hebben.<sup>14</sup> Deze relatie tussen de verschillende onderdelen van art. 6 Habitatrictlijn kan van belang zijn voor de interpretatie van de reikwijdte van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn. Het is niet zo dat deze bepaling zo ruim mogelijk geïnterpreteerd moet worden omdat anders Natura 2000-gebieden geen bescherming zouden krijgen ten opzichte van handelingen die niet onder de reikwijdte van art. 6 lid 3 vallen. Het feit dat tot nu toe in de Nederlandse praktijk bij het voorkomen van een achteruitgang van de kwaliteit van de te beschermen habitats en het streven om deze in een gunstige staat van instandhouding te brengen de vergunningplicht op grond van art. 6 lid 3 de meeste nadruk lijkt te hebben gekregen en de verplichtingen uit art. 6 lid 1 en lid 2 relatief weinig geconcretiseerd zijn en toegepast worden neemt dit niet weg.

### *2.2.3. Teleologische interpretatie*

In het kader van de teleologische interpretatie wordt nagegaan welk doel, voor zover dat is te achterhalen, met een bepaalde voorschrift wordt nagestreefd en welke consequenties dit voor de interpretatie van deze bepaling heeft. Door het introduceren van een vergunningvereiste voor toekomstige plannen en projecten met mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied heeft de wetgever willen verzekeren dat toekomstige handelingen worden toegelaten die een wezenlijke (significante) bedreiging kunnen vormen voor de habitats in de aangewezen gebieden zonder dat de potentiële gevolgen goed in kaart zijn gebracht en, voor zover significante gevolgen niet uit te sluiten zijn, slechts in uitzonderingsgevallen en onder strikte voorwaarden (art. 6 lid 4, ADC-toets) een project of plan wordt toegelaten. Daarbij moet het geheel functioneren van en de samenhang binnen het Natura 2000-netwerk te allen tijde geborgd blijven. Bij de toepassing van deze bepaling geldt een strenge versie van het voorzorgbeginsel. Alleen als ‘zekerheid is verkregen’ dat geen significante aantasting plaatsvindt kan project of plan na een passende beoordeling (zonder beroep op de uitzonderingsgronden van lid 4) worden toegelaten. Een vergunningvereiste is een verhoudingsgewijs zwaar bestuursrechtelijk instrument. De inzet van dit instrument is alleen dan effectief als de toepassing feitelijk ook bijdraagt tot het te bereiken doel. Anders gezegd, het

---

<sup>12</sup> Zie Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden - De bepalingen van artikel 6 van de Habitatrictlijn (92/43/EEG), Brussel 2019, p. 7.

<sup>13</sup> Zie Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden - De bepalingen van artikel 6 van de Habitatrictlijn (92/43/EEG), Brussel 2019, p. 8, 33 en 34.

<sup>14</sup> Aldus ook Zie Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden - De bepalingen van artikel 6 van de Habitatrictlijn (92/43/EEG), Brussel 2019, p. 33 e.v.

vergunningplichtig maken van handelingen die zo goed als geen gevolg hebben voor de te beschermen habitats zou niet in overeenstemming zijn met het na te streven doel van dit instrument.

Dat komt ook in de tekst van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn duidelijk tot uitdrukking. Niet voor niets is het significantiecriterium daarin als drempel voor de vergunningplicht op genomen. Indien men deze drempel feitelijk buiten werking stelt door alle activiteiten die een ook nog zo kleine depositie veroorzaken vergunningplichtig te maken omdat de al bestaande depositie mogelijk of zelfs zeker tot een significant gevolg heeft voor de na te streven instandhoudingsdoelstellingen, dan wordt het vergunningvereiste toegepast op een manier die niet overeenkomt met het daarmee beoogde doel. Juist het, zoals inmiddels duidelijk is, ruim te interpreteren begrip 'project' en de strenge versie van het voorzorgbeginsel die art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn besloten ligt, vereisen dat het significantiecriterium serieus wordt genomen. Als dat niet gebeurt wordt bijna iedere activiteit die enige vorm van stikstofuitstoot veroorzaakt in bijna heel Nederland vergunningplichtig, zoals het uitlaten van een hond in een Natura 2000-gebied, het stoken van een houtkachel in huis dat in een Natura 2000-gebied is gelegen of het rijden met een auto in de buurt van een Natura 2000-gebied, maar ook bijna onbeperkt vele activiteiten die op grote(re) afstand van Natura 2000-gebieden worden verricht. Dat lijkt niet in overeenstemming met de doelstelling van een vergunningvereiste. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de Europese wetgever een dergelijk ruim vergunningvereiste heeft beoogd.

#### *2.2.4. De rechtspraak van het Hof van Justitie (m.b.t. drempelwaarden)*

Jurisprudentie van het HvJ laat zien dat onder de volgende voorwaarden een drempelwaarde – op basis waarvan een nadere passende beoordeling achterwege kan blijven – mogelijk is:

- Er kan worden afgezien van een (passende) beoordeling wanneer “op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat dit plan of project afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen heeft voor” het Natura 2000-gebied;<sup>15</sup>
- Of er een risico bestaat op significante gevolgen moet met name worden beoordeeld in het licht van de kenmerken en de specifieke milieuomstandigheden van het gebied waarop een plan of project betrekking heeft. Bij twijfel over het ontbreken van significante gevolgen moet een passende beoordeling plaatsvinden”;<sup>16</sup>

Relevant hier is ook de Conclusie van A-G Kokott in de procedure over de prejudiciële vragen inzake het PAS<sup>17</sup>, waar, samengevat, het volgende wordt gesteld:

- Het achterwege laten van een vergunningprocedure is alleen verenigbaar met artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn, wanneer vaststaat dat voor de betrokken activiteiten geen beoordeling nodig is. Dat is wanneer op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat stikstofdeposities onder bepaalde drempel- of grenswaarden afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden;
- De A-G merkt daarbij op dat het “denkbaar” is dat drempelwaarde van 0,05 mol N/ha/jr of de grenswaarde van 0,05 mol tot 1,00 N/ha/jaar “voldoende wetenschappelijk zijn gefundeerd om elke wetenschappelijke twijfel weg te nemen dat extra stikstofdepositie in deze omvang geen significante gevolgen kan hebben voor beschermingszones”. Daarvoor “pleit op het eerste gezicht dat deze waarden slechts een fractie zijn van de “critical loads” van habitattypen die bijzonder gevoelig zijn voor stikstof”. Verder acht de A-G daarbij relevant dat

<sup>15</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 109.

<sup>16</sup> HvJ EU 2 mei 2011, zaak C-538/09 (Commissie/België, r.o. 40 e.v.

<sup>17</sup> Conclusie A-G Kokott d.d. 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:622, par. 102-108.

in de onder het PAS geldende regelgeving was voorzien in een automatische verlaging van de grenswaarde van 1,0 mol N/ha/jr naar 0,05 mol N/ha/jr wanneer nog slechts 5% depositieruimte beschikbaar was voor een specifiek Natura 2000-gebied. “Deze regeling voorkomt het risico van cumulatie van stikstofdepositie uit een groot aantal op zichzelf gezien onbeduidende bronnen”, aldus de A-G. Ook het gegeven dat in Duitsland uitgegaan wordt van een minder strenge drempelwaarde dan een waarde van 0,05 mol N/ha/jr vormt een “aanwijzing dat in elk geval de duidelijk lagere Nederlandse drempel- en grenswaarde wetenschappelijk gefundeerd kunnen zijn.”

Wij wijzen verder op de Conclusie van de A-G d.d. 22 november 2012<sup>18</sup> waarin de A-G het volgende overweegt:

- “Het vereiste dat de bedoelde gevolgen “significant” zijn, beoogt een minimumdrempel te bepalen. Plannen of projecten die geen merkbare gevolgen voor het gebied hebben vallen erbuiten. Indien alle plannen of projecten die enig gevolg voor het gebied kunnen hebben, onder artikel 6, lid 3, zouden vallen, bestond het gevaar dat alle activiteiten op of nabij het gebied wegens overdreven wetgevingsijver onmogelijk werden.”

Precies dat gevaar lijkt zich thans in Nederland te verwezenlijken.

#### 2.2.5. De rechtspraak van de ABRVS

Uit jurisprudentie van de ABRVS kan worden afgeleid dat de conclusie dat een passende beoordeling niet nodig is omdat een bepaald plan of project tot een minimale toename van stikstofdepositie leidt, niet kan worden gebaseerd op de (enkele) stelling dat sprake is van een ‘verwaarloosbare bijdrage’ van stikstofdepositie. Deze conclusie kan alleen worden gebaseerd op “objectieve verifieerbare gegevens” verkregen uit (nader) onderzoek. Daarbij moet een relatie worden gelegd tussen “de geringe toename van de stikstofdepositie enerzijds en de kritische depositiewaarde, de staat van instandhouding en de instandhoudingsdoelstelling van de voor stikstofgevoelige habitattypen in de betreffende Natura 2000-gebieden anderzijds”.<sup>19</sup>

De vraag is vervolgens of de ABRVS in het verleden van opvatting was dat de omstandigheid dat de kritische depositiewaarde van voor stikstof gevoelige habitats in een specifiek Natura 2000-gebied al wordt overschreden, automatisch tot gevolg heeft dat een project dat leidt tot een toename van stikstofdepositie op dit betreffende Natura 2000-gebied bij voorbaat moet worden gekwalificeerd als project dat negatieve of zelfs significante gevolgen heeft. De jurisprudentie is op dat punt niet geheel eenduidig.

De uitspraak van 8 april 2015<sup>20</sup> is in lijn met de jurisprudentie van het HvJ. Hierin stelt de ABRVS het volgende:

“De Afdeling overweegt voorts dat het college uit de stelling dat een berekende bijdrage van maximaal 0,05 mol N/ha/jr slechts een verwaarloosbare bijdrage betreft, zonder een nadere beoordeling of die bijdrage een toename, afname of gelijkblijvende depositie is ten opzichte van de referentiesituatie, ten onrechte heeft geconcludeerd dat op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat de aangevraagde projecten en andere handelingen een verslechterend effect kunnen hebben op de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied. Naar het

<sup>18</sup> Conclusie A-G Sharpston d.d. 22 november 2012, zaak C-258/11.

<sup>19</sup> ABRVS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3256. Vergelijkbaar ook ABRVS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063.

<sup>20</sup> ECLI:NL:RVS:2015:1063, r.o 10.5.

oordeel van de Afdeling kan het college niet in dit standpunt worden gevolgd zonder nader onderzoek waaruit objectieve gegevens blijken die deze conclusie staven.” (onderstreping toegevoegd)

Vergelijkbaar is de uitspraak van 16 april 2014<sup>21</sup> waarin de ABRVS het volgende overweegt:

“de raad heeft uit de stelling dat de berekende toenames van stikstofdepositie slechts een verwaarloosbaar kleine toename laten zien en de constatering dat als gevolg van de in gang zijnde ontwikkeling van veevoeders die de uitstoot van stikstof verminderen ten onrechte geconcludeerd dat op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het plan op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten significante effecten op het Natura 2000-gebied heeft. Naar het oordeel van de Afdeling kan de raad niet in dit standpunt worden gevolgd zonder nader onderzoek waaruit objectieve gegevens blijken die deze conclusie staven. Daarbij neemt de Afdeling voorts de overschrijding van de kritische depositiewaarden in aanmerking, alsmede de omstandigheid dat niet is gebleken of, en zo ja, op welke wijze de staat van instandhouding van de betrokken habitattypen is betrokken in het ecologisch onderzoek.”

Dat nader onderzoek kan bijdragen aan de conclusie dat op grond van objectieve gegevens significante gevolgen kunnen worden uitgesloten blijkt ook uit ABRVS 22 juli 2015<sup>22</sup>: “in een overbelaste situatie met betrekking tot stikstofdepositie [kan] zonder nader onderzoek ook bij een dergelijke geringe toename [i.c. 1 mol N/ha/jr] van stikstofdepositie niet worden geconcludeerd dat op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat de desbetreffende ontwikkeling de kwaliteit van de natuurlijke habitats in een Natura 2000-gebied kan verslechteren”.

Daar staat tegenover dat er ook jurisprudentie is waarin de ABRVS zonder duidelijke toelichting lijkt te stellen dat iedere toename van stikstofdepositie in een overbelaste situatie leidt tot de conclusie dat een project significante gevolgen kan hebben zodat een passende beoordeling moet worden gemaakt. Zie in dat kader ABRVS 17 mei 2017<sup>23</sup>: waarin de ABRVS overweegt:

“Stikstofdepositie kan verslechterende gevolgen hebben voor stikstofgevoelige habitattypen of leefgebieden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Deze gevolgen kunnen significant zijn wanneer een project of andere handeling leidt tot een toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitattypen of leefgebieden die overbelast zijn. De stikstofgevoelige habitattypen en leefgebieden die in de Natura 2000-gebieden voorkomen die in het PAS zijn opgenomen zijn overbelast. Uit de rechtspraak van de Afdeling volgt dat iedere toename, hoe gering ook (bijv. 0,02 mol N/ha/jr), leidt tot de conclusie dat een project significante gevolgen kan hebben, zodat daarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt” (r.o. 9.6) (onderstreping toegevoegd).

Zo ook ABRVS 14 augustus 2019<sup>24</sup>: “Een bestemmingsplan dat voorziet in een ruimtelijke ontwikkeling die ten opzichte van de feitelijk aanwezige, planologisch legale situatie ten tijde van de vaststelling van het plan leidt tot een toename van stikstofdepositie op overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden, is een plan dat significante gevolgen kan hebben en dat passend beoordeeld moet worden”.

Laatstgenoemde uitspraken van de ABRVS kunnen op een manier worden gelezen die tot gevolg heeft dat deze niet goed te verenigen zijn met de, hiervoor geschetste, eerder lijn van dezelfde Nederlandse rechter en ook, belangrijker nog, niet, met de jurisprudentie van het HvJ op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat het hanteren van een drempelwaarde op basis waarvan significante

<sup>21</sup> ECLI:NL:RVS:2014:1308, r.o. 5.5.

<sup>22</sup> ECLI:NL:RVS:2015:2318.

<sup>23</sup> ECLI:NL:RVS:2017:1259, PAS-verwijzingsuitspraak.

<sup>24</sup> ECLI:NL:RVS:2019:2756.

gevolgen worden uitgesloten mogelijk is indien deze drempelwaarde is gebaseerd op objectieve gegevens en met het hanteren van deze drempelwaarde het risico op significante gevolgen kan worden uitgesloten. Er is echter ook een andere lezing mogelijk. De ABRVS stelt immers niet dat iedere extra depositie boven op een reeds bestaande overbelaste situatie een significant gevolg met zich brengt, maar dat ook een geringe toevoeging in een reeds overbelaste situatie significante gevolgen **kan** hebben. Dat laat nog steeds ruimte om op basis van “objectieve gegevens uit te sluiten dat de aangevraagde projecten en andere handelingen een verslechterend effect kunnen hebben”. Bij een dergelijke lezing zouden de hiervoor aangehaalde twee uitspraken beter in overeenstemming kunnen worden gebracht met de overige jurisprudentie van de ABRVS en ook, nog belangrijker, met de rechtspraak van het HvJ. Uiteindelijk is de jurisprudentie van het HvJ hier leidend.

## *2.2.6. De toepassingspraktijk en, voor zover bekend, rechtspraak in enkele andere EU-landen, in het bijzonder Duitsland*

### a. Inleiding

Er is in het verleden, deels recent, vergelijkend onderzoek gedaan naar de omgang met stikstofemissies en –deposities op Natura 2000-gebieden bij de vergunningverlening.<sup>25</sup> Duidelijk is dat landen (of regio’s) als Vlaanderen, Duitsland en Denemarken drempelwaarden hanteren bij de vraag of een project een vergunning nodig heeft en aan een passende beoordeling moet worden onderworpen of bij de vraag of een dergelijke vergunning kan worden verleend. De verschillende juridische kaders van de Belgische gewesten zijn in 2014 onderzocht. Met betrekking tot België kon in de korte ter beschikking staande tijd geen actualisatie van dit onderzoek plaatsvinden. Omdat de auteurs weten dat de juridische kaders in zowel Vlaanderen als Wallonië in de recente jaren aanzienlijk zijn gewijzigd wordt van een verdere beschrijving hier afgezien. Het Vlaamse recht is actueel beschreven door Schoukens.<sup>26</sup> Daarnaast zij verwezen. Uit die beschrijving blijkt dat in Vlaanderen een drempelwaarde werd of wordt gehanteerd van 5% van de KDW. Bij een KDW van 400 Mol ligt de drempelwaarde dan bij 20 mol, bij een KDW van 1600 mol bij 80 mol. In het vervolg wordt om bovengenoemde reden niet verder op de Vlaamse situatie ingegaan en beperken wij ons tot een bespreking van de Deense en de Duitse juridische kaders en praktijk.

In Duitsland werd het juridisch kader met name ontwikkeld voor besluiten over de toelating van nieuwe of uitbreiding van bestaande wegen. Indien een project een depositie tot gevolg heeft op een Natura 2000-gebied waarin de KDW wordt overschreden, worden drie verschillende, achtereenvolgens te toetsen grens- of drempelwaarden gehanteerd.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld Zie bijvoorbeeld Backes, Ch.W., Dobben, H.F., Poortinga, M.A., Stikstofdepositie en Natura 2000 - Een rechtsvergelijkend onderzoek, Maastricht 2011, 84 pp + bijlagen <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/09/13/stikstofdepositie-en-natura-2000.html>, ook verschenen als bijlage Kamerstukken II 2011-2012, 30654, Nr. 97 alsmede een onderzoek verricht in opdracht van de Provincie Limburg uit 2015. Dat onderzoek is niet gepubliceerd. Indien gewenst kan de Provincie Limburg worden gevraagd of de uitkomsten van het onderzoek ter beschikking kunnen worden gesteld. Zie hierover ook Ch.W. Backes, Ondertussen bij de Oosterburen: géén nood aan een PAS?, in: Schoukens H., Larmuseau I. (Eds.), De Programmatie Aanpak Stikstof (PAS) Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur?, Van den Broele 2017. Recent is rechtsvergelijkend verschenen H.T. Anker, C.W. Backes e.a., Natura 2000 and the Regulation of Agricultural Ammonia Emissions, JEEPL 2019, 361-392.

<sup>26</sup> H. Schoukens, George Orwells Animal Farm en de programmatie aanpak stikstof in de Lage Landen: zijn de Vlaamse varkens beter af dan Nederlandse? M en R 2019/21.

<sup>27</sup> Zie met name BVerwG 23 april 2014, BVerwGA25.12.

Als eerste stap wordt bekeken of de depositie die een activiteit op alle in de omgeving daarvan gelegen Natura 2000-gebieden heeft beneden 0,3 kg/N/ha/jaar blijft. Omdat 1 mol N ongeveer 14 gram is, komt dit neer op een drempel van iets meer dan 21 mol. Deze waarde geldt dus onafhankelijk van het soort habitat en onafhankelijk van de daarvoor geldende KDW en ook onafhankelijk van de staat van instandhouding. Deze eerste drempel bepaalt de onderzoeksruimte. Blijft de depositie onder deze drempel, dan worden de effecten niet verder bekeken. Blijft een activiteit hieronder, dan is zij, wat de stikstofdepositie betreft, dus toegelaten, onafhankelijk van de staat van instandhouding van de desbetreffende habitat en onafhankelijk van de vraag of ter plaatse de KDW worden overschreden en in welke mate. Er worden twee redenen ter rechtvaardiging van de drempels genoemd. Met name wordt gesteld dat vooral de eerste drempel recht doet aan onzekerheidsmarges bij de meting en calculatie van emissies en deposities. “De irrelevantie-drempel voor stikstof-deposities is gebaseerd op de onnauwkeurigheid van metingen. De drempel van 0,3 kg N/ha\*a geeft een minimale grens aan voor de toerekening van een bepaalde depositie aan een bepaalde emittent.”<sup>28</sup> De idee achter deze eerste drempel is dus dat deposities lager dan 0,3 kg/N/ha/jaar wetenschappelijk gewoon niet relevant en betekenisvol zijn omdat geen toerekeningsrelatie mogelijk is tussen dergelijke kleine deposities en een mogelijk schadelijk gevolg. Het is een allereerste de minimis-regel. Ecologen geven aan dat concrete effecten van dergelijke kleine extra deposities niet aantoonbaar, meetbaar en bewijsbaar zijn. Dergelijke kleine belastingen zijn wellicht modelmatig te berekenen, maar deze modelmatige berekeningen zijn in de praktijk niet te verifiëren door metingen. Gevolgen van dergelijke kleine bijdragen zijn niet aantoonbaar, aldus het Bundesverwaltungsgericht.<sup>29</sup> Dergelijke belastingen zijn, aldus het BVerwG nog zeer recentelijk in mei 2019, dus na het PAS-arrest, “uitsluitend van theoretische aard”.<sup>30</sup> Uitdrukkelijk gaat de Duitse rechter daarbij in op het voorzorgbeginsel. Dat beginsel eist niet om bij de passende beoordeling te streven naar een “nul-risico”, alleen al omdat een nul-risico wetenschappelijk nooit aantoonbaar is.<sup>31</sup> Een risico alleen op grond van rekenmodellen bepaalbare, empirisch echter niet valideerbare en toerekenbare depositie is een puur theoretische bedreiging, aldus de Duitse rechter.<sup>32</sup>

Dergelijke kleine extra deposities kunnen ook niet relevant zijn of worden doordat ze in cumulatie met andere deposities optreden of cumuleren met een reeds te hoge achtergronddepositie. Anders dan het OVG Münster had aangenomen, kunnen slechts theoretische en modelmatig uitgerekende belastingen niet worden opgeteld, aldus het BVerwG, omdat het optellen niets zou veranderen aan het slechts theoretische en niet toetsbare karakter van dergelijke belastingen.<sup>33</sup> Wat (op zichzelf bezien) zo gering is dat het geen wetenschappelijk aantoonbare effecten heeft wordt dat ook niet op grond van cumulatie. “Het is niet de taak van de passende beoordeling om maatregelen ter

---

<sup>28</sup> Redeker/Sellner/Dahs, Rechtsfragen bei der Entwicklung eines Konzepts zur Bewertung von Stickstoffeinträgen nach dem Maßstab sog. Critical Loads im Rahmen von FFH-Verträglichkeitsprüfungen, Berlin 2014, p. 35. Vertaald uit het Duits door de auteurs. De originele Duitse tekst luidt als volgt: „Die Irrelevanzschwelle für Stickstoffeinträge von 0,3 kg N/ha\*a leitet sich aus der Messungenauigkeit ab. Sie bezeichnet die äußerste Grenze der möglichen Zuordnung eines bestimmten Eintrags auf einen bestimmten Emittenten.“ Zie recent ook BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) r.o. 35

<sup>29</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) r.o. 35

<sup>30</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 33: “lediglich theoretischer Natur”.

<sup>31</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 36.

<sup>32</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 37.

<sup>33</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 37.

verbetering van de bestaande achtergrondbelasting door stikstof te beoordelen en vast te stellen. Dat is de taak van het gebiedsmanagement.<sup>34</sup>

Daarnaast wordt als reden voor de drempels ook het unierechtelijke proportionaliteitsbeginsel aangevoerd.<sup>35</sup>

Het in Nordrhein-Westfalen op het niveau van de deelstaat op het terrein van natuurbescherming bevoegd gezag, het Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV), heeft overigens aanbevolen om slechts een waarde van 0,1 kg/N/ha/jaar te hanteren.<sup>36</sup> Het ministerie van Schleswig Holstein vindt zelfs dat een drempel van 0,1 kg/N/ha/jaar nog te hoog is.<sup>37</sup> Het OVG Münster had de drempel te hoog bevonden en een aanzienlijk lagere drempel van 0,05 kg/N/ha/jaar toegepast.<sup>38</sup> Het BVerwG heeft deze lage drempel echter als in strijd met federaal recht ("bundesrechtswidrig") verworpen en heeft bepaald dat een onderste grens van 0,3 kg/N/ha/jaar moet worden gehanteerd<sup>39</sup>

Vervolgens wordt, voor activiteiten die meer dan 0,3 kg/N/ha/jaar veroorzaken, bekeken of de activiteit een depositie veroorzaakt van niet meer dan 3% van de desbetreffende KDW.<sup>40</sup> Activiteiten die minder dan 3% van de desbetreffende KDW aan extra depositie veroorzaken zijn toelaatbaar. Dat geldt onafhankelijk van de staat van instandhouding van de desbetreffende habitat(s). Nu de 3% norm is gerelateerd aan de KDW verschilt deze per habitat. Bij habitats met een kleine KDW, bijvoorbeeld 400 mol, is deze drempelwaarde niet relevant omdat die kleiner is (12 mol) dan de eerste drempelwaarde van ca. 21 mol. Bij habitats met een hogere KDW, is de tweede drempel wel relevant. Bij een KDW van 1200 komt dit bijvoorbeeld neer op 36 mol. De idee achter het hanteren van een dergelijke drempelwaarde is dat volgens de wetenschappers ten aanzien van bijdragen die beneden de drempel van 3% van de KDW liggen ten eerste geen causaal verband tussen een bepaalde emissiebron en de depositie in een gebied aantoonbaar is en er ten tweede ook geen causaal verband tussen de emissie en (een eventuele verslechtering van) de toestand van een habitat in een Natura 2000-gebied kan worden aangetoond.<sup>41</sup> De rechter steunt deze redenering voorts op empirisch onderzoek waarin, aldus de rechter, werd bewezen dat een toename van depositie beneden de 3% langs snelwegen met een bestaande hoge achtergrondbelasting geen negatieve effecten heeft gehad. Er vindt geen toets plaats van de optelsom van de bestaande (achtergrond)depositie plus de depositie als gevolg van de nieuwe activiteit. "Belastingen die reeds actueel bestaan zijn als

---

<sup>34</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 37, in het Duits: Es ist aber nicht Gegenstand der Verträglichkeitsprüfung, vorhabenbezogen Maßnahmen zur Verbesserung der Hintergrundbelastung durch Stickstoff zu prüfen und festzusetzen. Dies ist vielmehr Aufgabe des Gebietsmanagements

<sup>35</sup> Zie BVerwG 10 November 2009, 9 B 28.09, DVBl 2010, p. 176 e.v., Rn 8, zie ook Balla et al., Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope, Bericht zum FE-Vorhaben 84.0102/2009 der Bundesanstalt für Straßenwesen. Band 1099, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, November 2013, p. 41.

<sup>36</sup> Aldus Kohls/Mierwald/Zirwick, ZUR 2014, p. 157/158 die geen verwijzing naar een publicatie van het LANUV aangeven. De desbetreffende voetnoot is leeg.

<sup>37</sup> Erlass vom 21.11.2011 "V531=5210.406"; zie Kohls/Mierwald/Zirwick, ZUR 2014, p. 158.

<sup>38</sup> OVG Münster - 16.06.2016 - AZ: OVG 8 D 99/13.AK

<sup>39</sup> BVerwG 15 Mai 2019, BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen) ro 32 e.v.

<sup>40</sup> In Duitsland wordt overigens gerefereerd aan het internationaal gebruikelijke begrip critical loads (CL)

<sup>41</sup> Zie nader Balla et al., Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope, Bericht zum FE-Vorhaben 84.0102/2009 der Bundesanstalt für Straßenwesen. Band 1099, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, November 2013, p.42 onder verwijzing naar BVerwG 14 April 2010, 9 A 5.08 NuR 2010, 558, Ro. 92 e.v.

achtergronddepositie te kwalificeren en komen niet ten laste van het beoogde project”<sup>42</sup> “Gevolgen van reeds voltrokken projecten en van bestaand gebruik die deel uitmaken van de bestaande situatie mogen niet in de cumulatietoets worden meegenomen, maar behoren tot de autonome situatie”, aldus de rechter.<sup>43</sup> Overigens werden eerder in Duitsland hogere drempels gediscussieerd van 5% en 10%.<sup>44</sup>

Nadat de 3% drempel is toegepast, wordt aanvullend, en ten minste in theorie,<sup>45</sup> nog een derde drempel gehanteerd waarbij wordt gekeken of slechts een geringe oppervlakte van het te beschermen habitat met een depositie van meer dan 3% van KDW wordt belast. Deze ‘oppervlakedrempel (‘flächenmäßige Bagatellschwelle’ )<sup>46</sup> wordt echter bij kwalitatief bijzondere habitats niet toegepast.<sup>47</sup> Het OVG Münster was van opvatting dat ook deze drempel te hoog zou zijn en dat een veel lagere drempel van 0,05 kg/N/ha/jaar moest worden gehanteerd. Ook dat heeft het BVerwG verworpen.<sup>48</sup>

Worden de drempel van 0,3 kg/N/ha/jaar, vervolgens de 3%-drempel en dan ook nog de ‘flächenmäßige Bagatellschwelle’ overschreden en komt de depositie inclusief het nieuwe project boven de KDW uit, dan betekent dat nog steeds niet dat het project niet toegelaten kan worden. Het betekent ook niet dat vast staat dat zich significante gevolgen zullen voordoen (en dus artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn moet worden toegepast). De drempels hebben uitsluitend tot gevolg dat ten aanzien van projecten die onder de drempels blijven, geen nadere analyse van de effecten op het gebied (wat stikstof betreft) hoeft plaats te vinden. Als alle drempels worden overschreden, dan moet wel een individuele toets worden verricht en moet, wil men de activiteit zonder toepassing van artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn kunnen vergunnen, worden aangetoond dat deze activiteit desondanks geen significant negatieve gevolgen op het gebied heeft.

Een cumulatietoets met bestaande activiteiten en belastingen vindt dus, als de drempels niet worden overschreden, niet plaats. Ook dat had het OVG Münster overigens bekritiseerd. Onder verwijzing na het ook door AG Sharpston benoemde fenomeen van “a death by a thousand cuts” was het OVG van opvatting dat, ter voorkoming van significante gevolgen door cumulatie van onder de drempelwaarde vallende activiteiten, de drempelwaarde slechts 1 keer mocht worden toegepast en de gevolgen van alle projecten en plannen sinds aanwijzing van het gebied moesten worden opgeteld. Ook dat heeft het BVerwG afgewezen. Een dergelijke benadering zou, aldus de rechters, leiden tot een niet proportionele belemmering voor plannen en projecten. Nogmaals wijst de hoogste Duitse

---

<sup>42</sup> Uit het Duits vertaald door de auteurs. De originele Duitse tekst luidt: Beeinträchtigungen, die bereits in der aktuellen Ist-Situation vorliegen, sind als Vorbelastung zu werten und nicht dem geplanten Vorhaben anzulasten.“

<sup>43</sup> BVerwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro 44.

<sup>44</sup> Zie hierover bijvoorbeeld BVerwG 14 april 2010, BVerwG 9 A 5.08, ro 91 e.v. waarin toepassing van een 10% drempel, die in sommige landen in beleidsregels werd gehanteerd, uitdrukkelijk werd verworpen, althans in situaties waarin de KDW al worden overschreden.

<sup>45</sup> Dat zal in de regel niet nodig zijn. Jurisprudentie hierover hebben wij niet kunnen vinden.

<sup>46</sup> In het Duits: ‘flächenmäßige Bagatellschwelle’

<sup>47</sup> Zie nader Balla et al., Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotope, Bericht zum FE-Vorhaben 84.0102/2009 der Bundesanstalt für Straßenwesen. Band 1099, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, November 2013, p. 214 e.v. Voor zover de auteurs hebben kunnen nagaan is de ‘flächenmäßige Bagatellschwelle’ nog niet expliciet door de rechter getoetst. „kwalitatief bijzondere habitats“ zijn niet hetzelfde als prioritaire habitats. Balla c.s. omschrijven dit als “Eine qualitativ-funktionale Besonderheit liegt vor, wenn eine bestimmte Lebensraumfläche im FFH-Gebiet eine gegenüber den anderen Lebensraumflächen gleichen Typs besondere Ausprägung besitzt, d.h. z.B. strukturell oder hinsichtlich Artenausstattung besonders hochwertig ist, eine hohe Diversität oder besondere Lebensraumfunktionen für charakteristische Arten aufweist.“

<sup>48</sup> BVerwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro 42.



bestuursrechter daarbij op het feit dat een sanering van veel te hoge depositieniveaus geen taak van art. 6 ,lid 3 Habitatrictlijn is, maar moet worden bewerkstelligd door maatregelenprogramma's.<sup>49</sup> De rechters maken hier echter wel een voorbehoud. De toepassing van de drempels kunnen een sluipende verslechtering niet uitsluiten. Zijn aanwijzingen hiervoor, dan kunnen de drempels wellicht niet worden toegepast en zijn aanvullende ecologische beoordelingen nodig of een project mogelijk een significant effect heeft. Andersom is een meermalige toepassing van de drempels in ieder geval dan toegestaan als de depositie in totaal aantoonbaar afneemt.<sup>50</sup> Even later is het BverwG nog duidelijker en stelliger en betoogt dat een herhaaldelijke toepassing van de 3% drempel "alleen dan mogelijk is" als uit meetgegevens een neerwaartse ontwikkeling van de depositie af te leiden is.<sup>51</sup>

Daarenboven moet, indien de KDW reeds worden overschreden, worden nagegaan of er nog andere, voldoende concrete ("bereits hinreichend verfestigte") nieuwe voornemens zijn die tot een cumulatie van nieuwe belastingen zouden kunnen leiden waardoor de 3% drempel zou kunnen worden overschreden.<sup>52</sup> Dat is pas dan het geval als een voor een project een vergunning is afgegeven (maar het project nog niet is verwezenlijkt).<sup>53</sup> Er vindt dus wel een cumulatietoets plaats, maar die heeft alleen betrekking op andere nieuwe activiteiten, niet op de bestaande situatie en alleen als die activiteiten al vergund zijn.

Een belangrijk aandachtspunt is dat de rechtspraak van het BVerwG over de toepassing van de KDW tot nu toe uitsluitend betrekking heeft op de planning en aanleg van wegen en industrie-installaties. Het concept van de KDW en de literatuur die het BVerwG in dit verband aanhaalt zijn echter niet begrensd tot deposities als gevolg van wegen en industrie-installaties. In de praktijk worden de drempelwaarden, ten minste deels, ook toegepast op andere emissiebronnen, waaronder industrie en landbouw. Daarom is het niet onwaarschijnlijk dat het BVerwG ook bij andere vergunningplichtige activiteiten, zoals de toelating van veehouderijen, op dezelfde wijze zou omgegaan met stikstofdeposities. In uitspraken van het VG München en het OVG Greifswald (beiden ver buiten NRW) wordt de 3%-drempel op pluimveehouderijen toegepast.<sup>54</sup> De toepassing op veehouderijen is echter omstreden nu het bij veehouderijen niet om NO<sub>x</sub>-emissies, maar voor een belangrijk deel om NH<sub>3</sub>-emissies (ammoniak) gaat, welke emissies veel makkelijker in water oplossen. Daarom heeft het OVG Münster het afgewezen de drempel van 0,3 kg/N/ha/jaar op emissies uit veehouderijen toe te passen.<sup>55</sup> Nu het BVerwG tot op heden nog geen vergunningen van veehouderijen heeft hoeven te beoordelen, is het niet geheel duidelijk wat hier de maatstaven zijn. Naast enkele kritische stemmen in de rechtspraak zijn ook in de literatuur door sommigen kanttekeningen en vraagtekens geplaatst bij de (toelaatbaarheid van de) Duitse drempelwaarden.<sup>56</sup>

Het BVerwG heeft overigens, herhaaldelijk, overwogen dat de Nederlandse praktijk en ook het PAS-arrest niet afdoen aan de toelaatbaarheid van de Duitse drempelwaarden. In haar recente uitspraak

---

<sup>49</sup> BverwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro 48.

<sup>50</sup> BverwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro 45 en 48.

<sup>51</sup> BverwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro 51. "Wie dargelegt, kommt eine wiederholte Anwendung des 3 % - Wertes nur dann in Betracht, wenn sich - beispielsweise aus den UBA-Datensätzen - eine (eindeutige) positive Entwicklung der Vorbelastung ableiten lässt."

<sup>52</sup> BVerwG 5. September 2012, 7 B 24.12, NuR 2012, p. 784 Ro. 12; OVG Münster 1 december 2011, 8 D 58/08.AK Trianel-Kraftwerk Lünen.

<sup>53</sup> Aldus recent nogmaals BverwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen).

<sup>54</sup> VG München 27 maart 2012 · Az. M 1 K 11.5898; OVG Greifswald 5 November 2012, 3 M 143/12.

<sup>55</sup> OVG Münster Beschluss vom 10. Juli 2013, 3 M 111/13, RO 25 ff.

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld al B. Stüer, DVBl 2010, 178 e.v. en meer recent S. Möckel, The assessment of significant effects on the integrity of 'Natura 2000' sites under Articles 6(2) and 6(3) of the Habitats Directive, Nature Conservation 2017, p. 57–86.

van 15 mei 2019 beargumenteert de Duitse rechter dat vooral door te stellen dat de Nederlandse drempelwaarden in de PAS betrekking hebben op een heel ander systeem. Het feit dat in Nederland met rekenkundige en slechts modelmatig bepaalde deposities wordt gerekend, aldus het BVerwG, ligt besloten in de structuur van het PAS als rekenkundig model. De Nederlandse grenswaarden zijn daarom niet te vergelijken met de Duitse die op hun beurt bepalen wanneer een risico van significante gevolgen in ieder geval niet bestaat, aldus de rechter.<sup>57</sup>

c. Denemarken

In Denemarken worden drempelwaarden alleen gebruikt met betrekking tot veehouderijen. Wordt in de nabijheid van een stikstofgevoelig Natura 2000-gebied<sup>58</sup> een vergunning voor een (uitbreiding van een) veehouderij aangevraagd, dan wordt de belasting van de totale installatie, dus niet alleen van de uitbreiding berekend. Een vergunning wordt verleend als de belasting niet groter is dan 0,7 kg/N/ha/jaar. Dat is dus ongeveer 50 mol. Als in de nadere omgeving nog een veehouderij bestaat, dan zakt deze waarde naar 0,4 kg, dus ongeveer 29 mol. Zijn er meer dan één veehouderij(en) in de buurt, dan wordt de grenswaarde 0,2 kg, dus ongeveer 14 mol. In de regel wordt volstaan met het toepassen van deze drempelwaarden. Ingevolge Executive Order 1595/2018 moet in sommige gevallen echter een individuele beoordeling van de mogelijke gevolgen van een nieuw te bouwen of uit te breiden veehouderij plaatsvinden.<sup>59</sup> De Deense drempelwaarden houden dus rekening met cumulatie, maar dat is beperkt tot cumulatie met andere veehouderijen. Mogelijke cumulatieve effecten worden op een gestandaardiseerde manier in beschouwing genomen.

d. Tussenconclusie drempelwaarden in ons omringende landen

In Vlaanderen, Duitsland en Denemarken worden drempelwaarden op verschillende manieren gebruikt. De Deense drempelwaarden hebben alleen betrekking op veehouderijen, terwijl de Duitse drempelwaarden voor alle stikstofdepositie veroorzakende activiteiten gelden. Bij de toepassing van de Duitse grenswaarden wordt slechts in zeer beperkte mate rekening gehouden met cumulatie, bij de Deense waarden gebeurt dat op een gestandaardiseerde manier en alleen met betrekking tot andere veehouderijen. De Duitse rechter heeft echter recentelijk aangegeven dat de drempels alleen dan (en zolang) herhaaldelijk mogen worden gebruikt als de totale depositie op overbelaste gebieden aantoonbaar afneemt. De hoogte van de drempelwaarden verschilt, maar zelfs de kleinste gehanteerde waarden (14 mol bij meerdere veehouderijen in de omgeving) zijn een veelvoud groter dan de in Nederland uit het PAS bekende drempelwaarden. De ecologische onderbouwing komt vooral erop neer dat ecologen aangeven dat het aandeel van emissiebronnen die een zeer kleine depositie op een gebied tot gevolg hebben aan het totaal van de depositie niet kan worden bepaald en dat dergelijke kleine deposities ook geen schadelijk effect hebben en niet causaal zijn voor een mogelijke verslechtering. Met andere woorden: of en in welke mate een verslechtering optreedt wordt niet beïnvloed door dergelijke kleine extra deposities. De (hoogte van de) Duitse drempelwaarde is niet onomstreden. Naast (enkele!) kritische stemmen in de literatuur zijn er ook in de rechtspraak van sommige bestuursrechters kritische kanttekeningen geplaatst. Dat heeft echter niet geleid tot een aanpassing van de drempelwaarden. Integendeel, het BVerwG heeft pogingen van het OVG Münster tot een aanzienlijke aanscherping van de Duitse drempelwaarden als in strijd met

---

<sup>57</sup> BVerwG 15.05.2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), ro. 41.

<sup>58</sup> 34 van de 49 Deense Natura 2000-gebieden bestaan ten minste gedeeltelijk uit voor verzuring gevoelige, zo genoemde 'categorie I-habitats'.

<sup>59</sup> Zie nader H. T. Anker & L. Baaner, National report on the legal framework for ammonia regulation of livestock installations with a particular regard to Natura 2000 sites: Denmark, 2018, Department of Food and Resource Economics, University of Copenhagen. ifro Report No. 275, p. 14.

federaal recht afgewezen.<sup>60</sup> Thans loopt een door het Umweltbundesamt geëntameerd interdisciplinair onderzoeksproject naar stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Daarbij wordt ook de toelaatbaarheid van de tegenwoordige drempelwaarden onderzocht. De resultaten van dit project zullen echter niet voor zomer volgend 2020 beschikbaar zijn.

### *2.2.7. Conclusie m.b.t. een drempelwaarde als concretisering van het significantie-criterium*

Uit het voorgaande leiden wij af dat een drempelwaarde aan de hand waarvan kan worden geconcludeerd dat er geen significante gevolgen kunnen optreden – waardoor de vergunningplicht voor projecten (art. 2.7, lid 2 jo. art. 2.7, lid 3, onder a, Wnb) niet geldt – ook door het HvJ als principe wordt geaccepteerd. Of een dergelijke drempelwaarde ook in de praktijk zal kunnen worden vastgesteld, vergt een nadere ecologische onderbouwing.

Leidend daarbij moet zijn van welke drempel met zekerheid kan worden gezegd dat daardoor geen extra significante effecten op de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden zullen optreden. Daarbij is van belang te realiseren dat het daarbij niet de vraag is, zoals die tot nu toe lijkt te zijn begrepen, of een extra depositie samen met de achtergronddepositie (en met alle andere plannen en projecten) tot schade leidt, maar of additionele schade is uit te sluiten door de cumulatieve gevolgen van projecten die onder de drempel blijven ten opzichte van de mogelijke schade die reeds wordt veroorzaakt door overschrijding van de KDW. De kernvraag wordt daarmee: is er een waarde te noemen waarbij de effecten van een extra overschrijding niet significant kan zijn. Dat kan een waarde zijn waarbij, voor de stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden, geconcludeerd kan worden dat de effecten van extra overschrijding in het niet vallen en niet meetbaar, waarneembaar en aantoonbaar zijn. Maar het kan – gelet op het significantie-criterium – ook een waarde zijn waarbij weliswaar enige effecten op Natura 2000-gebieden zouden kunnen optreden, maar waarbij vastgesteld kan worden dat deze effecten niet significant zijn. Van significante effecten is immers pas sprake bij activiteiten die gevolgen hebben voor de staat van instandhouding van de soort of habitat en de instandhoudingdoelstellingen raken.

Een in dit kader relevante vraag is in hoeverre de hoogte van de drempelwaarde afhankelijk is van (i) het soort instandhoudingsdoelstelling voor een stikstofgevoelig habitatype (uitbreiding/verbetering vs. behoud); (ii) de mate van overschrijding van de kritische depositiewaarde in een Natura 2000-gebied en/of (iii) de hoogte van de kritische depositiewaarde voor een specifiek Natura 2000-gebied. Dit zijn aspecten die in het kader van de ecologische beoordeling van een drempelwaarde aan de orde zullen moeten komen. Daarbij achten wij het evenwel voorstelbaar dat het voor de vraag of met een bepaalde drempelwaarde significante gevolgen op voorhand zijn uitgesloten, niet doorslaggevend is welke doelstelling voor een specifiek Natura 2000-gebied geldt. Wel zou de aanwezigheid van een uitbreidings-/verbeterdoelstelling een nadere onderbouwing op dit punt vergen, aangezien de drempelwaarde dan ook zou moeten verzekeren dat activiteiten onder de drempelwaarde het behalen van deze uitbreidings-/verbeterdoelstelling niet aantoonbaar vertraagd dan wel onmogelijk maakt. Hetzelfde geldt voor de stikstofgevoeligheid van een Natura 2000-gebied en de mate waarin de kritische depositiewaarde voor dit gebied al wordt overschreden. Alhoewel voorstelbaar is dat in een erg overbelaste situatie een toename van stikstofdepositie wellicht minder snel een aantoonbaar effect zal hebben dan in een minder overbelaste situatie, gaat het ook hier om een vaststelling die ecologisch onderbouwd zal moeten worden.

---

<sup>60</sup> Het is de auteurs overigens bekend dat die pogingen nadrukkelijk ook geïnspireerd waren door de veel strengere Nederlandse praktijk en rechtspraak.

Bij deze ecologische onderbouwing zal de discussie in de Duitse ecologische literatuur en in de rechtspraak een rol kunnen of mogelijk zelfs moeten spelen. Hoewel over de ecologische en juridische rechtvaardiging van de Duitse praktijk verschillend kan worden gedacht, zoals ook de discussies in Duitsland aantonen, kan aan deze benadering en de daar naar voren gebrachte argumenten niet zomaar voorbij worden gegaan.

Een belangrijke vraag bij deze beoordeling is of een veelvuldig toe te passen drempel mogelijk alleen dan toelaatbaar is als de achtergronddepositie aantoonbaar daalt. Dat is sinds kort, anders dan voorheen, de opvatting van de hoogste Duitse bestuursrechter. Daarbij moet wel worden bedacht dat de Duitse drempelwaarden een veelvoud hoger zijn dan de in Nederland tot nu toe bediscussieerde of de binnen het PAS toegepaste drempels. Bij dermate hoge drempels speelt het gevaar van een 'death by thousand cuts' natuurlijk nog veel nadrukkelijker dan bij lagere drempels. Bovendien zal niet alleen de ecologische en Europeesrechtelijke, maar ook de maatschappelijke en bestuurlijke acceptatie van een drempelwaarde groter zijn indien tegelijkertijd, ter uitvoering van art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn, steviger dan voorheen wordt ingezet op een daling van stikstofdepositie én op verbetering van de kwaliteit van Natura 2000-gebieden en een dergelijke daling van de stikstofdepositie ook daadwerkelijk en aanhoudend wordt bereikt.

Verder achten wij het voorstelbaar dat de duur van de periode dat een drempelwaarde geldt ook mede bepalend kan zijn voor de vraag of met de drempelwaarde significante gevolgen op voorhand kunnen worden uitgesloten, al dan niet gecombineerd met de voorwaarde dat de depositie in de tussentijd daalt. Ook kan worden onderzocht of het ecologisch bezien voor de hand ligt om een onderscheid te maken tussen een drempelwaarde voor NOx en een afzonderlijke drempelwaarde voor NH3, of kunnen regionale drempelwaarden worden overwogen.

### 2.3 Een drempel die wordt gerelateerd aan met zekerheid te bereiken of bereikte reducties van de depositie

Een derde variant van een drempelwaarde zou kunnen bestaan uit een drempel die gekoppeld wordt aan een gelijke – of grotere – reductie van stikstofdepositie. Een dergelijk model sluit aan bij de voorwaarden die de Duitse rechter voor het herhaaldelijk gebruik maken van een drempelwaarde sinds kort hanteert. Onder deze variant vallen twee scenario's die al dan niet gecombineerd zouden kunnen worden.

Ten eerste zou de drempelwaarde kunnen worden gekoppeld aan instandhoudings- en passende maatregelen (dus: maatregelen die op grond van art. 6, lid 1 resp. lid 2, Habitatrichtlijn worden getroffen) en/of een autonome daling van de stikstofdepositie. Ten tweede, of in combinatie met het eerste scenario, zou de drempelwaarde gebaseerd kunnen op beschermingsmaatregelen (ook wel mitigerende maatregelen genoemd). Beide scenario's zaten besloten in het PAS en uit de PAS-uitspraken van de ABRVS volgt duidelijk dat bij beide scenario's belangrijke aandachtspunten gelden, waardoor de haalbaarheid van een drempel in deze variant aanzienlijk zou kunnen worden beperkt.

Het verschil tussen beide scenario's zou kunnen zijn dat een drempelwaarde die gekoppeld wordt aan instandhoudings- en passende maatregelen en/of een autonome verlaging van stikstofdepositie, ertoe zou kunnen leiden dat daarmee alsnog geen vergunningplicht ontstaat. Dat zou het geval zijn indien op deze wijze alsnog gemotiveerd zou kunnen worden dat, als gevolgen van deze maatregelen en/of een autonome verlaging van stikstofdepositie, ontwikkelingen onder een bepaalde drempelwaarde niet significant kunnen zijn (of mogelijk zelfs zelf niet kunnen leiden tot verslechtering en/of significante verstoring). Een drempelwaarde die (mede) gebaseerd is op beschermingsmaatregelen leidt tot een situatie waarin erkend wordt dat er een vergunningplicht

bestaat voor activiteiten tot de drempelwaarde. Dat betekent dat een drempelwaarde die (mede) gebaseerd is op beschermingsmaatregelen een vergunningplicht niet voorkomt, tenzij – net als onder het PAS – bij wet zou worden voorzien in een uitzondering op deze vergunningplicht.

### *2.3.1. Drempelwaarde gebaseerd op instandhoudings- en passende maatregelen en/of autonome verlaging*

Een drempelwaarde gebaseerd op deze maatregelen en/of een autonome verlaging van stikstofdepositie is alleen haalbaar indien is voldaan aan de volgende, cumulatief geldende, randvoorwaarden:

- De maatregelen dienen te zijn uitgevoerd zodra activiteiten een beroep kunnen doen op de drempelwaarde;
- Daarnaast dient het (beoogde) effect van de maatregelen duidelijk te zijn zodra activiteiten een beroep kunnen doen op de drempelwaarde. Dat is het geval indien op dat moment is uitgewerkt ‘hoe de voordelen van deze maatregelen tot stand zullen worden gebracht’ of indien het ‘niveau van wetenschappelijke kennis’ het mogelijk maakt dat die voordelen met zekerheid in kaart kunnen worden gebracht of gekwantificeerd;
- Gegarandeerd dient te zijn dat de maatregelen en de autonome ontwikkelingen resultaat hebben gehad voordat de activiteiten onder de drempelwaarde worden gerealiseerd. Deze zekerheid kan niet worden gebaseerd op een systeem van monitoring;
- De positieve gevolgen van deze maatregelen mogen niet worden ingezet als ‘wisselgeld’ voor een bepaalde drempelwaarde in de zin dat een afname van stikstofdepositie vanwege deze maatregelen als het ware wordt gesaldeerd met een toename van stikstofdepositie vanwege activiteiten onder de drempelwaarde; deze maatregelen hebben slechts een effect op de huidige staat van instandhouding. Hetzelfde geldt voor autonome ontwikkelingen die zouden kunnen leiden tot een zekere daling van stikstofdepositie;
- Als er wetenschappelijke discussie bestaat over het nut van een maatregel, kan deze maatregel niet aan een drempelwaarde ten grondslag worden gelegd;
- Voor zover een maatregel naast positieve gevolgen ook negatieve gevolgen heeft, moeten ook deze negatieve gevolgen bij de formulering van een drempelwaarde meegenomen worden.

Deze eisen laten, kort samengevat, zien dat een drempelwaarde die gebaseerd wordt op instandhoudings- en/of passende maatregelen alleen praktisch haalbaar is indien deze maatregelen al zijn uitgevoerd én zekerheid bestaat over het beoogde positieve effect van deze maatregelen. In dat geval zou mogelijk, onder verwijzing naar reeds uitgevoerde maatregelen, kunnen worden geconcludeerd dat in het licht daarvan een drempelwaarde significante gevolgen op voorhand voorkomt. Echter, omdat de drempelwaarde alleen kan worden gebaseerd op maatregelen die al zijn uitgevoerd, is het de vraag in hoeverre een dergelijke drempelwaarde op korte termijn toegevoegde waarde kan hebben. Verder zal bij het formuleren van een drempelwaarde per Natura 2000-gebied moeten worden nagegaan welke maatregelen getroffen zijn en wat het wetenschappelijk bewezen effect van deze maatregelen is. Voor zover de drempelwaarde mede gebaseerd wordt op een autonome verlaging van stikstofdepositie zal ook wetenschappelijke zekerheid moeten bestaan op deze verlaging en zal gegarandeerd moeten zijn dat deze verlaging ook zal zijn ingetreden zodra activiteiten onder de drempelwaarde worden toegestaan. Ook dat kan in de praktijk een belangrijke beperking zijn voor een werkbare drempelwaarde op korte termijn. Het koppelen van een drempelwaarde aan instandhoudings- en passende maatregelen en/of autonome verlaging lijkt ons daarom ook praktisch op dit moment een nauwelijks haalbare weg.

### 2.3.2 Drempelwaarde (mede) gebaseerd op beschermingsmaatregelen

Het positieve gevolg van beschermingsmaatregelen kan worden ingezet ter mitigatie van negatieve gevolgen van activiteiten onder de drempelwaarde. Als gezegd geldt er dan wel een vergunningplicht (tenzij er een wettelijke uitzondering op de vergunningplicht wordt gecreëerd waaraan een toereikende passende beoordeling ten grondslag ligt). Beschermingsmaatregelen kunnen ter onderbouwing van een drempelwaarde worden ingezet indien is voldaan aan de volgende, cumulatief geldende, randvoorwaarden:

- Er dient voldoende zekerheid te zijn dat de maatregel daadwerkelijk bijdraagt aan het voorkomen van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Hierover mag geen redelijke twijfel bestaan;
- Wetenschappelijke zekerheid over het beoogde effect van een beschermingsmaatregel bestaat in de regel niet bij maatregelen die nog moeten worden uitgevoerd ten tijde van het verrichten van de passende beoordeling, zeker indien de verwachte positieve effecten afhankelijk zijn van een ontwikkeling of een reactie in de natuur;
- Daarnaast dient het (beoogde) effect van de maatregelen duidelijk te zijn zodra activiteiten een beroep kunnen doen op de drempelwaarde. Dat is het geval indien op dat moment is uitgewerkt 'hoe de voordelen van deze maatregelen tot stand zullen worden gebracht' of indien het 'niveau van wetenschappelijke kennis' het mogelijk maakt dat die voordelen met zekerheid in kaart kunnen worden gebracht of gekwantificeerd;
- Gegarandeerd dient te zijn dat de maatregelen resultaat hebben gehad voordat de activiteiten onder de drempelwaarde worden gerealiseerd. Deze zekerheid kan niet worden gebaseerd op een systeem van monitoring;
- Anders dan bij instandhoudings- en passende maatregelen resp. autonome ontwikkelingen mag het positieve effect van beschermingsmaatregelen wel worden 'ingezet' als wisselgeld voor activiteiten met stikstofdepositie tot een bepaalde drempelwaarde;
- Maatregelen die in essentie moeten worden aangemerkt als een instandhoudings- of passende maatregelen zouden kunnen worden ingezet als een beschermingsmaatregel, maar alleen als behoud van een Natura 2000-gebied op andere wijze is geborgd of, wanneer sprake is van een herstel- of verbeterdoelstelling, verzekerd is dat herstel of verbetering nog steeds mogelijk is. Anders gezegd: in de laatste situatie kan een maatregel niet als beschermingsmaatregel worden aangemerkt als er geen andere maatregelen beschikbaar zijn waarmee een herstel- of verbeterdoelstelling kan worden nagestreefd.

Deze eisen laten, kort samengevat, zien dat een drempelwaarde die gebaseerd wordt op beschermingsmaatregelen alleen praktisch haalbaar is indien deze maatregelen al zijn uitgevoerd of ten minste wetenschappelijke zekerheid bestaat over het beoogde positieve effect van deze maatregelen. In dat geval zou mogelijk, onder verwijzing naar reeds uitgevoerde maatregelen, kunnen worden geconcludeerd dat in het licht daarvan een drempelwaarde significante gevolgen op voorhand voorkomt. Daarbij zal bij het formuleren van een drempelwaarde per Natura 2000-gebied moeten worden nagegaan welke maatregelen getroffen zijn en wat het wetenschappelijk bewezen effect van deze maatregelen is. Van belang is verder dat met deze drempelwaarde een vergunningplicht niet wordt voorkomen, tenzij een wettelijke uitzondering op de vergunningplicht wordt geïntroduceerd.

### 2.4 Een drempelwaarde die wordt vastgesteld met beroep op de ADC-criteria

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om een drempelwaarde vast te stellen met toepassing van de ADC-toets. Daarvoor biedt de wet thans geen grondslag. Art. 1.13 Wnb kan niet worden gebruikt omdat aan de voorwaarden van dit artikel niet zou worden voldaan. Ook anderszins biedt de wet ons

inziens thans geen mogelijkheden om een algemene vergunning voor een onbepaald aantal nog onbekende activiteiten met behulp van de ADC-toets te verlenen. Wil men dit mogelijk maken, moet de wet dus gewijzigd worden. Verder dient bedacht te worden dat advies van de Europese Commissie benodigd is indien prioritaire habitats worden aangetast en de dwingende redenen niet kunnen worden gevonden in de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met het voor het milieu wezenlijk gunstige effecten. Dit belemmert een snelle toepassing van de ADC-toets.

Omdat dit op de langere termijn natuurlijk wel kan, bespreken wij deze variant hier ook. In een dergelijke variant wordt dan voor lief genomen dat enig significant effect, vanwege de onbekende hoeveelheid van kleine projecten, niet geheel zeker kan worden uitgesloten. Ecologisch zal dan een worst case scenario moeten worden onderzocht en zal bij benadering moeten worden ingeschat wat de maximale cumulatieve schade van onder de drempel blijvende projecten vergeleken met de thans bestaande situatie (en de daarbij al mogelijk optredende schade) kan zijn. De dwingende reden van groot openbaar belang om de activiteiten door middel van een algemene regeling toe te laten die elk onder de drempel blijven ligt dan in de som van de economische en sociale voordelen van die activiteiten en, vooral ook, in het voorkomen van inefficiënte en ineffectieve hoge administratieve lasten. Een belangrijk argument daarbij is dat de cumulatieve schade van al deze projecten, zo zich al enige significante schade zou voordoen, uiterst gering zal zijn, vergeleken met de schade die al optreedt door de te hoge depositie. Hoewel ons daarvoor geen expliciet voorbeeld uit de jurisprudentie van het HvJ bekend is, lijkt het ten minste goed te beargumenteren dat er een wisselwerking bestaat tussen de omvang van de (niet met zekerheid uit te sluiten) schade en de eisen die aan het openbaar belang moeten worden gesteld dat de mogelijk zich voordoende schade kan rechtvaardigen.<sup>61</sup>

Discussie kan ontstaan over de alternatieventoets. Een alternatief waarin, zoals op het ogenblik, alle activiteiten met nog zo kleine extra deposities aan een passende beoordeling en een vergunningvereiste moeten worden onderworpen hoeft niet te worden besproken. Dit is immers geen alternatief omdat het doel van de toestemming, het vermijden van hoge en zeer inefficiënte administratieve lasten en waarschijnlijk ook grote economische schade, daarmee niet wordt bereikt. Anders gezegd: de drempel wordt nu juist vastgesteld om de negatieve gevolgen van een situatie zonder drempel te vermijden. Een situatie zonder drempel is dan geen alternatief. Ook de andere in dit advies besproken mogelijkheden om ineffectieve en inefficiënte administratieve lasten te voorkomen kunnen als alternatief worden gezien. Dat betekent dat een generieke regeling die, na wetswijziging, gebruik maakt van de ADC-toets alleen in beeld komt als de andere in dit advies voorgedragen oplossingen niet mogelijk blijken te zijn, bijvoorbeeld omdat een ecologische onderbouwing van een significantie-drempel niet zou lukken.

Ten slotte verdient aandacht hoe compensatie van de, niet uit te sluiten, schade kan plaatsvinden die op grond van een dergelijke drempelwaarde zou kunnen worden veroorzaakt. Uit de Richtsnoeren van de Europese Commissie<sup>62</sup> volgt dat compenserende maatregelen worden getroffen naast de normale uitvoeringsmaatregelen die de lidstaat al moet nemen op grond van de Habitatrichtlijn. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat compenserende maatregelen verder gaan dan instandhoudings- en passende maatregelen. Dit wordt ook bevestigd door de uitspraak van de ABRVS inzake de

---

<sup>61</sup> Zo ook Boerema, noot onder ABRvS 18 februari 2015, JM 2015/56 (de uitspraak had betrekking op soortenbescherming, maar dezelfde redenering geldt ook ten aanzien van gebiedsbescherming) en Verbeek, Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming, Paris 2016, p. 331 alsmede Backes e.a. Natuurbeschermingsrecht, Sdu 2017, p. 152.

<sup>62</sup> Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, Habitatrichtlijn, Advies van de Commissie, 2007.

Blankenburgverbinding.<sup>63</sup> Verder is van belang dat het resultaat van compenserende maatregelen in principe moet zijn bereikt op het moment waarop een Natura 2000-gebied schade van activiteiten onder de drempelwaarde ondervindt. Compensatie hoeft overigens niet in hetzelfde Natura 2000-gebied plaats te vinden als waar de aantasting plaatsvindt. Dat biedt dus de mogelijkheid om compensatie voor activiteiten onder de drempelwaarde te realiseren op een beperkt aantal locaties..

### 3. Samenvatting en conclusie

In de voorgaande paragrafen zijn de juridische aanknopingspunten voor een drempelwaarde in de bestaande Nederlandse wetgeving geschetst. Daarbij is gebleken dat de verschillende constructies waarmee een drempelwaarde juridisch in beginsel vorm kan worden gegeven allen specifieke voorwaarden kennen. In zijn algemeenheid vergt de ontwikkeling van de drempelwaarde de afweging tussen (i) een tijdelijke of permanente waarde; (ii) een drempelwaarde voor NOx en/of NH<sub>3</sub>; (iii) een regionale waarde, al dan niet per Natura 2000-gebied geformuleerd, of een landelijke waarde en/of (iv) de introductie van een drempelwaarde voor bepaalde sectoren of juist voor alle nieuw te realiseren activiteiten. Op basis van art. 2.9, lid 8, Wnb zou een drempelwaarde desgewenst kunnen worden gecombineerd met een meldingsplicht.

Een drempel die aansluit bij de vraag of activiteiten gevolgen hebben als bedoeld in art. 2.7, lid 1 of lid 2 Wnb (zie paragraaf 2.1 van dit advies), zou kunnen worden vastgelegd in een ministeriële regeling (art. 2.9, lid 7 Wnb) of in provinciale verordeningen op grond van art. 2.9, lid 3 Wnb. Nu in deze provinciale verordening ook ‘categorieën van projecten’ kunnen worden aangewezen, achten wij het verdedigbaar dat hieronder ook vallen projecten die een bepaalde drempelwaarde niet worden overschreden zonder dat de concrete projecten als zodanig worden benoemd.

Een drempel die aansluit bij de vraag of plannen en projecten significante gevolgen kunnen hebben (art. 2.7, lid 3 Wnb, zie paragraaf 2.2 van dit advies) zou uitsluitend kunnen worden vastgesteld in provinciale verordeningen op grond van art. 2.9 lid 3 Wnb. Daarbij zou de drempel voor projecten en plannen (art. 2.9, lid 4, sub a Wnb) moeten worden gecombineerd met een generieke afweging van de gevolgen voor andere handelingen als bedoeld in art. 2.9, lid 4, sub b Wnb. Een dergelijke regeling heeft als consequentie dat de vergunningplicht vervalt voor alle handelingen die onder de drempel blijven. De ecologische onderbouwing van deze oplossing is eenvoudiger dan de ecologische onderbouwing van een drempel die aansluit bij de vraag of activiteiten een ‘significant gevolg’ hebben.

Bij de ecologische onderbouwing van een van deze varianten zou een reflectie moeten plaatsvinden op de Duitse ecologische en juridische discussies over dergelijke drempels. Daarbij zal de recent door de hoogste Duitse bestuursrechter geformuleerde, en plausibele reden een rol moeten spelen dat de herhaaldelijke of voortdurende toepassing van dergelijke drempels alleen dan aan de eisen van de Habitatrichtlijn lijkt te voldoen als de depositie op de Natura 2000-gebieden in totaal blijft afnemen.

De voorwaarden voor een drempel die gekoppeld is aan instandhoudings- en passende maatregelen en/of een autonome verlaging (zonder dat de drempel wordt begrepen als een invulling van het criterium van verslechtering of significante verslechtering, zie paragraaf 2.3.1 van dit advies) zijn dusdanig hoog en complex dat een dergelijke drempel op dit moment nauwelijks realistisch lijkt en risicovol is. Bovendien zou van de drempel pas gebruik kunnen worden gemaakt als de positieve gevolgen van dergelijke maatregelen reeds zijn gerealiseerd. Een drempel die gekoppeld is aan beschermingsmaatregelen (mitigerende maatregelen, zie paragraaf 2.3.2. van dit advies) is iets makkelijker realiseerbaar, zij het dat ook hier aanzienlijke voorwaarden te vervullen zijn. In het bijzonder kan een dergelijke drempel de toets aan het nationale en Europese recht slechts dan

---

<sup>63</sup> ABRVS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 31.3.



doorstaan als door een programma van maatregelen is aangetoond dat verdere verslechtering van de habitats in de aangewezen gebieden wordt voorkomen, de instandhoudingsdoelstellingen door die maatregelen op termijn zullen worden gehaald en daarom de mitigerende (beschermings)maatregelen niet nodig zijn om te voldoen aan de verplichtingen uit art. 6, lid 1 en lid 2 Habitatrichtlijn.

Ten slotte is, na wetswijziging, een drempel denkbaar die wordt vastgesteld met een beroep op de ADC-criteria (art. 6, lid 4, Habitatrichtlijn).

Een drempelwaarde gebaseerd op instandhoudings-, beheer- en/of beschermingsmaatregelen dan wel op een ADC-toets vervangt de vergunningplicht alleen indien en voor zover in de Wnb nog wordt voorzien in een wettelijke basis. Uitgaande van de behoefte van een de vergunningplicht opheffende drempelwaarde op korte termijn lijken deze mogelijkheden daarom, op korte termijn, niet voor de hand te liggen. Daarom zou het streven erop gericht moeten zijn na te gaan of een ecologische onderbouwing mogelijk is van een drempel die aansluit bij het criterium 'gevolgen' (paragraaf 2.1 van dit advies) of een drempel die aansluit bij het criterium 'significante gevolgen?' (paragraaf 2.2 van dit advies).

Ch.W. Backes  
M.M. Kaajan

3 november 2019