

Een drempelwaarde voor activiteiten die zeer geringe stikstofdeposities veroorzaken als deel van een oplossing van de stikstofcrisis

M en R 2021/107



1. Inleiding

Ook drie jaar na het PAS-arrest van het HvJ en meer dan ruim tweeëneenhalf jaar na de exit van het PAS op grond van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak is nog geen langetermijnoplossing voor de stikstofcrisis zichtbaar. Weliswaar zijn in de Wet stikstofreductie en natuurverbetering (hierna: Wsn) bindende doelstellingen (omgevingswaarden) vastgelegd die aangeven op hoeveel procent van de voor verzuring en vermisting gevoelige habitats in Natura 2000-gebieden op bepaalde data de kritische depositiewaarde (hierna: KDW) niet meer mag worden overschreden, maar er is geen langetermijnbeleid geformuleerd voor hoe en wanneer aan de EU-verplichtingen uit de Habitatrictlijn zal worden voldaan. De Wsn biedt dat perspectief niet.¹ Er moet, mede daarom, nog steeds voor activiteiten die slechts een minuscule stikstofdepositie op overbelaste Natura 2000-gebieden veroorzaken een passende beoordeling worden gemaakt. Dat heeft drie gevolgen: ten eerste wordt er veel tijd verspeeld om de achteruitgang van de natuurkwaliteit te stoppen en toe te werken naar een gunstige staat van instandhouding van de Nederlandse habitattypen en soorten. Dat gaat ten koste van de natuur. Ten tweede verkeren marktdeelnemers die activiteiten (willen) ondernemen met stikstofuitstoot tot gevolg, vooral de veeteelt, in langdurige onzekerheid. Ze hebben en krijgen geen duidelijkheid over de randvoorwaarden voor (agrarisch) ondernemen en kunnen niet nadenken over en werken aan hun toekomstperspectief. Dat gaat niet alleen ten koste van deze economische sector, maar ook ten koste van de psyche van de mensen die daarin werken en geïnvesteerd hebben. Ten derde hanteren wij, zo zullen wij betogen, nog steeds een inefficiënt en ineffectief juridisch stelsel, waarin met kanonnen van passende beoordelingen en vergunningprocedures op elke mug wordt geschoten, terwijl ook na 25 jaar de verplichtingen uit art. 6 lid 2 Habitatrictlijn in sommige gebieden nog steeds worden geschonden en de focus er onvoldoende op is gericht om de achteruitgang van kwaliteit van de habitats te stoppen en toe te werken naar een gunstige instandhouding van de betrokken habitattypen en

soorten. Daarmee worden ingrijpende, maar noodzakelijke oplossingen vooruitgeschoven. Terwijl de emissies van alle luchtvervuilende stoffen en ook van CO₂² in 2020 duidelijk is gedaald, is de emissie van NH₃ gestegen.³

Dit artikel doet een poging om één element van een toekomstig effectief, efficiënt en robuust stelsel voor de beoordeling van stikstofemitterende activiteiten juridisch te analyseren: een drempelwaarde voor activiteiten die zeer kleine deposities op overbelaste Natura 2000-gebieden tot gevolg hebben. Wij gaan in op verschillende mogelijkheden om een dergelijke drempel Europees- en nationaalrechtelijk vorm te geven en te onderbouwen.⁴ Dat kan echter niet goed los worden gezien van de andere elementen van een toekomstig stelsel. Daarom plaatsen wij een drempelwaarde ook in de context van enkele uitgangspunten van, of randvoorwaarden voor, het gehele toekomstige stelsel.

2. Functie van een drempelwaarde binnen een effectief, efficiënt en robuust wettelijk stelsel

2.1 Verschil tussen NO_x en NH₃

Uit de samengestelde verplichtingen uit 6 lid 1 en lid 2 van de Habitatrictlijn volgt (samengevat) dat een lidstaat ervoor moet zorgen dat Natura 2000-gebieden worden beschermd door het treffen van maatregelen waarmee wordt gegarandeerd dat de kwaliteit van de betreffende gebieden niet verslechtert. Daar waar de lidstaat beschikt over informatie dat beschermde waarden onder druk staan en vanwege overbelasting achteruitgaan, moet worden ingegrepen. Hierin schieten wij als Nederland te kort. Hoewel sinds 25 jaar de verplichting bestaat om zo'n achteruitgang te stoppen, zijn vele Natura 2000-gebieden zwaar overbelast en gaat ook de natuurkwaliteit in een deel daarvan omlaag. Wij weten echter niet eens waar die achteruitgang precies plaatsvindt en in hoeverre de overbelasting van stikstof daarvoor (mede) bepalend is. Hoe dan ook is wel duidelijk dat de depositie fors omlaag moet.⁵ Doorgaans wordt daarbij, vanwege de verschillende verspreidingspatronen een onderscheid gemaakt tussen het beleid voor NO_x en

1 Zie nader M. Vink e.a., *Naar een uitweg uit de stikstofcrisis*, PBL-rapport 4520, Den Haag 2021, p. 15 e.v.

2 RIVM, 'Nationale Broeikasgasemissies volgens IPCC', <http://www.emissieregistratie.nl/erpubliek/erpub/international/broeikasgassen.aspx>, laatst geraadpleegd 8 oktober 2021.

3 Zie bijvoorbeeld CBS, 'Emissies van luchtverontreinigende stoffen volgens NEC-richtlijnen', <https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/70947ned>, laatst geraadpleegd 8 oktober 2021.

4 Zie recent ook M.M. Kaajan, *Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden*, preadvies Vereniging voor bouwrecht 2021, paragraaf 1.3.3.

5 M. Vink e.a., *Naar een uitweg uit de stikstofcrisis*, PBL-rapport 4520, Den Haag 2021, p. 15 e.v.

het beleid voor NH₃. Zo beveelt bijvoorbeeld het Adviescollege Stikstofproblematiek voor NO_x-emissies, vanwege het grootschalige verspreidingspatroon, een generieke aanpak aan. Bijdragen van de sectoren luchtvaart, mobiliteit, industrie, energiebedrijven en de bouw dragen vooral bij aan de “stikstofdeken”. De generieke aanpak gericht op het terugdringen van de emissies van deze sectoren moet het verlagen van de deken tot gevolg hebben. Daarenboven worden enkele zogenoemde “piekbelasters” aangesproken op significante effecten dichtbij, maar niet op marginale effecten op honderden kilometers afstand, omdat dat laatste onderdeel uitmaakt van de generieke aanpak. De generieke aanpak van de NO_x-emissies behelst bijvoorbeeld een verdere aanscherping van Europese emissienormen voor nieuwe voertuigen en het geleidelijk vervangen van oudere vervuilende voertuigen door nieuwere schonere voertuigen. Voor de industrie gaat het met name om de voortzetting van de BBT-aanpak waarmee al aanzienlijke reducties zijn bereikt.⁶

Omdat bij de NH₃ emissies sprake is van een meer directe relatie tussen emissie en depositie, adviseert het Adviescollege Stikstofproblematiek om voor de veehouderij (NH₃) een selectieve, gebiedsspecifieke en ruimtelijk gedifferentieerde reductie van de ammoniakemissies te bewerkstelligen, door gerichte verwerving of sanering van agrarische bedrijven met relatief hoge emissies of verouderde stalsystemen in en nabij kwetsbare Natura 2000-gebieden. Nationale doelstellingen voor een totale reductie van emissies (bijvoorbeeld met 50%) moeten dus regionaal vertaald en gedifferentieerd worden, waarbij de ene regio veel meer en de andere regio minder dan 50% emissiereductie moet bereiken. Daarnaast adviseert het Adviescollege om op korte termijn de toepassing van emissie-reducerende technieken en praktijken in de veehouderij te versnellen door deze via experimenteerruimte vroegtijdig toe te staan.⁷

2.2 Eisen uit de Wet stikstofreductie en natuurverbetering

In de Wet stikstofreductie en natuurverbetering is dit vertaald tot dwingend te realiseren omgevingswaarden om tot 2025, 2030 en 2034 op 40%, 50% en 74% van de oppervlakte van stikstofgevoelige habitats geen hogere depositie meer te veroorzaken dan de desbetreffende KDW (art. 1.12a Wsn). Bovendien moet het Rijk een programma vaststellen dat is gericht op het bereiken van deze omgevingswaarden en op het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken habitats (art. 1.12b Wsn). De provincies moeten voor elk Natura 2000-gebied een gebiedsplan opstellen dat het programma voor het desbetreffende gebied uitwerkt. In dit gebiedsplan moet dus nader worden aangegeven hoe de instandhoudingsdoelstelling van een gebied zal worden bereikt (art. 1.12fa Wsn).

Met de ‘twee beleidspakketten voor het vervolg van de structurele aanpak stikstof’ wordt een aanzet gegeven voor een structurele aanpak van de stikstofproblematiek met de noodzakelijke en beoogde depositiedaling tot gevolg.⁸ Daarvoor wordt tot 2030 besteding van ongeveer € 30 miljard (beleidspakket A), respectievelijk € 14 miljard (beleidspakket B) nodig geacht. Daarmee moeten de omgevingswaarden uit art. 1.12a Wsn bereikt worden. Uit de quickscan van het PBL van deze beleidspakketten blijkt dat beide beleidsvarianten relevante maatregelen bevatten om een reductie van depositie te realiseren op overbelaste gebieden, waar de natuurkwaliteit nu het sterkst achteruitgaat. Het tegengaan van achteruitgang is ook volgens het Rijk van belang in het licht van de met uitvoering van het beleid beoogde vergemakkelijking van vergunningverlening. Omdat voor een deel van de gebieden na uitvoering van de maatregelenpakketten het risico op achteruitgang van natuurkwaliteit door stikstof aanwezig zal blijven, bestaat er echter een risico dat vergunningverlening op sommige locaties moeilijk blijft, aldus het PBL, dus ook na 2030.⁹ Totdat de pakketten zijn uitgevoerd en de reductie van depositie tot onder de KDW in vele gebieden is bereikt bieden de Wsn en de daarop gebaseerde maatregelenpakketten helemaal geen perspectief voor vergunningverlening. Ook niet voor plannen en projecten die (op zichzelf) slechts tot een zeer kleine depositie leiden.

Het eerst en vooral sturen op het halen van de KDW is echter een te gesimplificeerd concept dat zal leiden tot dure en niet doelmatige beslissingen. Ten eerste is het halen van de KDW niet hetzelfde als het voldoen aan de verplichtingen uit de Habitatrichtlijn. Dat geldt ‘in beide richtingen’. Het halen van de KDW is niet altijd noodzakelijk om een gunstige staat van instandhouding te bereiken. De KDW geven immers niet een grens aan waarboven schade optreedt, maar een grens waarboven het niet kan worden uitgesloten dat vanwege de stikstofbelasting schade optreedt. In een aantal gebieden wordt de KDW, deels fors, overschreden, maar nemen de beschermde natuurwaarden toe. Andersom geldt echter ook dat natuurbehoud (en waar nodig verbetering) niet verzekerd is als de KDW niet wordt overschreden. De stikstofbelasting is slechts een van de drukfactoren.¹⁰ En ten tweede staat de uitdaging van het terugdringen van de stikstofdepositie (en dus de stikstofemissie) niet op zich en is dat niet de enige taak die wij moeten oplossen. Ook door de veehouderij veroorzaakte watervervuiling, aantasting van de bodem, gevaren voor de gezondheid van dier en mens en vooral de noodzaak om de broeikasgasemissies van de landbouw terug te dringen, leiden in de komende jaren tot beslissingen met vergaande gevolgen voor de landbouw, in het bijzonder de veeteelt. Een stikstofbeleid mag niet geïsoleerd

6 Zie bijvoorbeeld Brief van de Minister van LNV van 24 april 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 35334, nr. 82, p. 7 e.v.

7 Adviescollege Stikstofproblematiek, *Niet alles kan overal*, 8 juni 2020, p. 3 e.v.

8 <https://www.aanpakstikstof.nl/actueel/nieuws/2021/09/06/scenarios-verdere-aanpak-stikstofproblematiek>.

9 Tiktak e.a., *Quickscan van twee beleidspakketten voor het vervolg van de structurele aanpak stikstof*, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2021, p. 5.

10 M. Vink e.a., *Naar een uitweg uit de stikstofcrisis*, PBL-rapport 4520, Den Haag 2021, p. 15 e.v.

van deze ontwikkelingen worden vormgegeven. Het moet ingebed worden in een integrale visie en strategie over de toekomst van de landbouw in verschillende delen van Nederland. Alleen dan kan worden voorkomen dat nu wordt aangestuurd op investeringen, die al over enkele jaren weer teruggedraaid, of ingrijpend aangepast moeten worden. Nodig zijn plannen over hoe en wanneer de achteruitgang van de beschermde waarden per gebied gestopt wordt en toegewerkt wordt naar het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen. Dat zal vaak betekenen dat de stikstofbelasting tot onder de KDW teruggedrongen moet worden. Dat is echter niet altijd het geval. Steeds moet worden bekeken welke rol het terugdringen van stikstofdepositie bij het stoppen van de achteruitgang van de natuurkwaliteit en het realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen speelt en welk deel van deze reductie door generiek beleid kan worden bereikt en welk deel door gebiedsspecifieke maatregelen. Bij het opstellen van die plannen en vooral bij het uitwerken en toepassen van maatregelen moet een integraal toekomstbeeld voor de landbouw sturend zijn. Voor sommige gebieden gaat het dan om zeer grote reducties, voor andere gebieden om beperkte reducties. Voor gebieden waarin de natuurkwaliteit actueel feitelijk achteruitgaat, is het opstellen van dergelijke plannen ook om een andere reden, op korte termijn, dwingend noodzakelijk. Als mede vanwege een duidelijk te hoge stikstofbelasting een dergelijke achteruitgang plaatsvindt en bepaalde lokale emissiebronnen, bijvoorbeeld veehouderijen, een wezenlijk aandeel in de te hoge stikstofbelasting hebben, dan vereist art. 5.4 lid 2 Wnb dat wordt onderbouwd waarom de vergunning van deze emittenten niet hoeft te worden ingetrokken.¹¹ Een beslissing om de vergunning van een lokale 'piekbelaster' in zo'n situatie niet in te trekken kan ons inziens alleen worden onderbouwd als het bevoegd gezag beschikt over een gebiedsplan waarin aangetoond wordt met welke generieke en gebiedsspecifieke maatregelen de achteruitgang van de natuurkwaliteit zo snel als redelijk mogelijk wordt gestopt.

Het volgende willen wij in dit verband nog meegeven. Een maatregel waarbij de stikstofdepositie aantoonbaar afneemt, is het intrekken van verleende vergunningen. Bekend is dat in veel van de in het verleden verleende vergunningen op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 stikstofruimte is vergund, die niet is 'benut'. Deze latente ruimte staat een gemakkelijke beweging naar een eenvoudiger stelsel met, bijvoorbeeld, een drempelwaarde in de weg, omdat de belasting van de natuur niet daadwerkelijk zal afnemen als gebruik kan worden gemaakt van deze latente vergunningruimte. Dit klemt te meer omdat uit onderzoek blijkt dat binnen verleende vergunningen nog (veel) meer stikstof zou kunnen worden uitgestoten, dan nu al het geval is.¹² Bij een besluit over het eventueel intrekken van

verleende vergunningen zal dus steeds rekening worden gehouden met hetgeen aan stikstofveroorzakende activiteiten gerealiseerd is en de binnen de vergunning aanwezige 'latente ruimte'. Bij de beslissing omtrent het al dan niet intrekken is dus niet alleen de tegenwoordige depositie van een bedrijf en de daardoor (mede) veroorzaakte schade relevant, maar ook de gevolgen van de thans nog potentiële depositie, door de nog niet gebruikte ruimte.

Zowel de Wsn als art. 5.4 lid 2 Wnb vereisen dus dat gebiedsgericht beleid wordt vastgesteld en uitgevoerd om de verdere achteruitgang van de beschermde waarden, daar waar die zich voordoet, zo snel als redelijk mogelijk, te stoppen en toe te werken naar het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen. De Wsn verheft het niet meer overschrijden van de KDW daarenboven tot een zelfstandig te bereiken doel. Dat doel vloeit niet voort uit de Habitatrichtlijn. Over de vraag of dit doel bijdraagt tot een effectief en efficiënt natuurbeleid is discussie mogelijk. Dat de stikstofdepositie aanzienlijk of zelfs radicaal omlaag moet, staat echter buiten kijf.

2.3 Een drempelwaarde in relatie tot voornoemde doelen

Een drempelwaarde is alleen mogelijk als zeker is dat het cumulatieve gebruik van de drempelwaarde op geen hexagoon van enig beschermd habitat een significant negatief effect kan hebben. Als de depositie door een krachtig algemeen en gebiedsspecifiek reductiebeleid blijft dalen, dan heeft ook de cumulatieve toepassing van een drempelwaarde als deel van een algeheel stelsel met zekerheid geen negatieve effecten op de beschermde habitats. Als het vaststellen van een krachtig algemeen en gebiedsspecifiek reductiebeleid uitblijft of als dat beleid niet wordt uitgevoerd en de deposities niet afnemen of zelfs stijgen, dan wordt de bewijslast dat de cumulatieve toepassing van een drempelwaarde geen significant aandeel heeft in het gevaar van verdere achteruitgang van de natuurkwaliteit veel hoger. Of, anders gezegd, dan kan de omvang van een drempelwaarde slechts klein zijn om te kunnen onderbouwen dat de toepassing daarvan geen significante gevolgen kan hebben. De introductie van een relevante en voor de praktijk werkbaar drempelwaarde hangt dus af van een krachtig reductiebeleid, dat ook daadwerkelijk tot een duidelijke neerwaartse lijn leidt van de depositie in overbelaste gebieden. Men kan, als men wil, deze samenhang ook juridisch vormgeven en borgen. Wij gaan daar nog op in.

3. Een natuurwetenschappelijk-ecologische onderbouwing van een drempelwaarde

3.1 Relatie tussen emissie en depositie

Er is een grens, waar beneden een relatie tussen een emissie en een depositie niet meer meetbaar en ook niet aantoonbaar en onderbouwd berekenbaar is. De relatie tussen een bepaalde emissie en een depositie in een Natura 2000-gebied is dan alleen nog te leggen op grond van een fictieve berekening op basis van theoretische verspreidingsmodellen.

11 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 en Rb. Midden Nederland, 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4524.

12 Platform voor onderzoeksjournalistiek Investico in samenwerking met EenVandaag en de Onderzoeksredactie Brabant, mede voor *De Groene Amsterdammer*, 2 juni 2021.

Het Adviescollege Meten en Berekenen Stikstof onder leiding van Leen Hordijk (verder: de commissie-Hordijk) heeft er nog een keer nadrukkelijk erop gewezen en onderbouwd dat de bij de depositieberekening gebruikte modellen grote onzekerheden kennen. Bij de toepassing van de AERIUS Calculator wordt gerekend met zeer kleine berekende waarden van depositie op Natura 2000-gebieden, op basis van emissies van ammoniak of NO_x van projecten. Dit levert schijn-nauwkeurigheid op, omdat er onvoldoende informatie is om op de door het model bepaalde grote ruimtelijke schaal de berekening met voldoende nauwkeurigheid uit te voeren. De commissie meldt in haar eindadvies dat AERIUS Calculator daarom niet geschikt is voor vergunningverlening. Omdat het model de beste beschikbare methode is, men heeft aangegeven geen hogere drempelwaarde te kunnen bepalen en er stapeling van kleine effecten mogelijk zou kunnen zijn, stelt de commissie-Hordijk echter niet voor om de AERIUS Calculator af te schaffen, maar om dit systeem te behouden en aan te passen. Wij kunnen niet aangeven tot waar het AERIUS-model natuurwetenschappelijk onderbouwd en aantoonbaar nog een verifieerbare relatie kan leggen tussen emissie en depositie en vanaf wanneer de depositiegetallen die dit model uitrekent als puur fictief moeten worden beschouwd, maar ergens is er een dergelijke grens. Het gaat er dan dus om een drempelwaarde vast te stellen gebaseerd op de onderste detectiegrens van stikstof en/of op basis van de beperkingen die het (stikstofberekings)model kent. Onder deze grens is geen causaal verband aan te tonen tussen de in het model ingevoerde emissie en de berekende depositie, dus tussen oorzaak en gevolg. Er is geen feitelijke depositie meer herleidbaar tot de bron. Dit betekent dat geen sprake kan zijn van een mogelijk significant effect dat aan het betreffende initiatief is toe te rekenen.

3.2 Relatie tussen depositie en ecologisch gevolg

Boven de drempel van een slechts theoretisch aangenomen relatie tussen emissies en deposities is de volgende vraag of een extra depositie die aan een emissie is toe te rekenen wel enig gevolg veroorzaakt. Door de redactie van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn luidt de hier te beantwoorden vraag dan: van welke (extra) deposities kan met zekerheid worden gezegd dat deze, op zichzelf beschouwd, geen negatief effect op de te beschermen habitats hebben? Er lijken door verschillende ecologen in binnen- en buitenland verschillende antwoorden op deze vraag te worden gegeven. Zo werd in het Programma Aanpak Stikstof gesteld: "Ecologisch gezien zijn er geen aantoonbare verschillen in de kwaliteit van een habitat door verschillen in depositie die kleiner zijn dan 1 kg per hectare per jaar, hetgeen ongeveer gelijk staat aan een depositie van 70 mol per hectare per jaar."¹³ De Duitse praktijk, die door bestendige jurisprudentie van de Duitse bestuursrechter gesanctioneerd is en ook nog recent werd bevestigd, stelt dat ten aanzien van bijdragen beneden de drempel van 0,3 kg stikstof per hectare per jaar en van 3% van de KDW geen causaal verband tussen de emissie en (een eventuele verslechtering van) de toestand van een habitat

in een Natura 2000-gebied kan worden aangetoond.¹⁴ De rechter steunt deze redenering voorts op onderzoek waarin empirisch werd bewezen dat een toename van depositie beneden de 3% langs snelwegen met een bestaande hoge achtergrondbelasting geen negatieve effecten heeft gehad. Wat van deze (hoge) drempels ook zij, de gedachte dat ecologisch kan worden onderbouwd dat een bepaalde hoeveelheid extra stikstofdepositie geen extra negatief gevolg heeft boven de gevolgen van de al aanwezige depositie lijkt valide. Op grond van een internationaal ecologisch discours zou een dergelijke waarde kunnen worden bepaald, met de nodige buffers, zekerheidsmarges en worst-case-aannames.

3.3 Significantie

De focus bij art.6 lid 3 Habitatrictlijn ligt bij toestemmingverlening voor projecten of plannen 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.¹⁵ Een vergunningvereiste is een zwaar bestuursrechtelijk instrument. Het vergunningplichtig maken van activiteiten 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. Niet voor niets is het significantiecriteria daarin als drempel voor de vergunningplicht opgenomen. Indien men deze drempel feitelijk buiten werking stelt door alle activiteiten die een ook nog zo kleine depositie veroorzaken vergunningplichtig te maken, dan wordt het vergunningvereiste toegepast op een manier die niet overeenkomt met het daarmee beoogde doel.¹⁶ Juist het, zoals inmiddels duidelijk is, ruim te interpreteren begrip 'project' en de strenge versie van het voorzorgbeginsel die in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn besloten ligt, vereisen dat het significantie-criterium niet volledig genegeerd wordt.

3.4 Tussenconclusie natuurwetenschappelijk-ecologische onderbouwing van een drempelwaarde

Art. 6 lid 3 Habitatrictlijn maakt bij de beoordeling van stikstofemitterende activiteiten drie op elkaar opbouwende stappen nodig. Ten eerste moet worden vastgesteld of een relatie tussen een emissie en een depositie te leggen is. Door het in art. 6 lid 3 verwoorde voorzorgsbeginsel hoeft die relatie niet voor elke emissie opnieuw aangetoond of bewezen te worden. Voldoende is dat een bepaalde stikstofemissie en de daardoor veroorzaakte depositie een risico van schade aan de voor verzuring gevoelige habitats in een Natura 2000-gebied inhouden. Er is echter een grens

14 Zie nader Balla e.a., *Untersuchung und Bewertung von straßenverkehrsbedingten Nährstoffeinträgen in empfindliche Biotopie*, 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, r.o. 92 e.v.

15 HvJ EG Vogelbescherming Nederland 7 september 2004, Kokkelvisserij-arrest, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, r.o. 44.

16 Aldus ook het Bundesverwaltungsgericht, BVerwG 15 mei 2019, BVerwG 8 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), r.o. 37.

13 Programma Aanpak Stikstof 2015-2021, p. 40.

beneden waarvan die relatie op een fictie berust. Boven deze grens is de volgende vraag of een door een activiteit veroorzaakte depositie mogelijk gevolgen voor een habitat kan hebben. Met deze stap worden emissies uitgesloten die leiden tot deposities die met zekerheid geen (bijkomende)¹⁷ schade op een (overbelast) habitat veroorzaken. Ten derde is ook nog de vraag te stellen of uitgesloten kan worden dat het om mogelijk significante schade gaat. Waar deze drempels, met inachtneming van de nodige voorzichtigheid en de door art. 6 lid 3 Habitatrictlijn vereiste voorzorg, liggen, kunnen wij niet zeggen. Het feit dat met art. 6 lid 3 Habitatrictlijn een Europese norm is neergelegd pleit er echter voor om hierover een Europees discours onder ecologen en (andere) natuurwetenschappers te voeren.

4. Beoordeling van cumulatie (en niet van achtergronddepositie)

Art. 6 lid 3 Habitatrictlijn vereist dat uitgesloten is dat een plan of project 'in samenhang met andere plannen of projecten' significante gevolgen kan hebben. Bij de gedachtegang ter onderbouwing van een drempelwaarde, zoals in de vorige paragraaf behandeld, is hier vooralsnog geen rekening mee gehouden. Dat moet echter wel. Een eerste overweging zou kunnen zijn dat cumulatie niet aan de orde is bij een activiteit die op zich geen gevolgen heeft. Een cumulatieve vereiste kan in die lezing alleen worden toegepast als er iets is waarmee gecumuleerd kan worden.¹⁸ De vraag is vervolgens of een activiteit waaraan geen effect kan worden toegerekend in het kader van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn überhaupt cumulatief beoordeeld moet worden. Dat zou nog te verdedigen zijn met betrekking tot andere geplande en beoogde activiteiten (plannen en projecten), maar een activiteit die geen toerekenbare effecten heeft, krijgt die niet opeens doordat de achtergronddepositie te hoog is en die achtergronddepositie een (significant) negatief effect heeft. Het doel van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn is niet de negatieve effecten van de heersende achtergronddepositie te bestrijden. Dat is het doel van de lid 1 en 2 van art. 6 Habitatrictlijn. Een cumulatieve beoordeling van iets dat geen toerekenbaar effect heeft, kan en dient onzes inziens eigenlijk achterwege te blijven, mits via de toepassing van aanvullend instrumentarium wordt geborgd dat een mogelijke optelsom van vele geringe emissies zonder toerekenbaar individueel effect bij elkaar genomen nimmer tot een significant effect kan leiden. De vraag is echter of een dergelijke redenering recht doet aan het voorzorgsbeginsel uit art. 6 lid 3 Habitatrictlijn en te verenigen is met de rechtspraak van het Hof. In het Moorburch-arrest lijkt het Hof het cumulatie-criterium uiterst ruim geïnterpreteerd te hebben. Het ging daarbij om een aanvraag voor een

energiecentrale langs de Elbe aan de rand van Hamburg.¹⁹ Bij de beoordeling van de gevolgen van de koeling van de centrale voor vissen was rekening gehouden met de bestaande situatie, onder andere de belasting van de Elbe door een reeds in 1958 vergunde pomp en waterkrachtcentrale, zo'n 35 kilometer stroomopwaarts gelegen (de Geesthacht-centrale). De bijkomende extra belasting was beoordeeld tegen de bestaande situatie, inclusief de belasting van de Geesthacht-centrale. Dat vond het Hof van Justitie echter niet juist. Het oordeelde:

“Artikel 6, lid 3, van de Habitatrictlijn verlangt van de nationale autoriteiten dat zij in het kader van het onderzoek van de cumulatieve gevolgen alle projecten in aanmerking nemen die samen met het project waarvoor een vergunning is aangevraagd, significante gevolgen kunnen hebben, rekening houdend met de doelstellingen van deze richtlijn, ook al dateren zij van vóór de datum waarop deze richtlijn in nationaal recht is omgezet. Projecten zoals de pompcentrale van Geesthacht, die in combinatie met het project waarvan de gevolgen worden beoordeeld, tot een verslechtering of een verstoring voor de migrerende vissen in de rivier, en dus tot een verslechtering van het betrokken gebied in het licht van de doelstellingen van de Habitatrictlijn kunnen leiden, mogen immers niet worden uitgesloten van de krachtens artikel 6, lid 3, van de Habitatrictlijn te verrichten effectbeoordeling.”²⁰

Deze overwegingen roepen vragen op. Het lijkt erop dat het Hof van Justitie meent dat het begrip 'andere plannen en projecten' niet alleen betrekking heeft op toekomstige activiteiten, maar ook op bestaande activiteiten, zelfs als die al vele jaren worden verricht en zelfs als die al behoren tot de bestaande situatie van voor het van kracht worden van de richtlijn. Taalkundig, dus vanuit een grammaticale interpretatie van het begrip 'plan of project' lijkt ons dit op de grens van het juridisch-methodologisch toelaatbare te liggen of zelfs daarover heen te gaan. Zowel 'plan' als 'project' zijn begrippen die een toekomstig voornemen bedoelen.²¹ Door te stellen dat onder de begrippen 'plan' en 'project' ook gebeurtenissen uit het verleden vallen die toen ooit toekomstig, dus plannen en projecten waren, wordt de grens van mogelijke betekenissen van deze begrippen volgens ons overschreden. Methodologisch is een dergelijke interpretatie niet toelaatbaar omdat die zich begeeft buiten de uiterste grammaticale betekenis van de begrippen project en plan. Volgt men het Hof toch (en dat moet voorlopig),

17 Op de vraag hoe bij deze beoordeling moet worden omgegaan met cumulatie met andere plannen en projecten wordt hierna in paragraaf 4 nader ingegaan.

18 Zie voor deze gedachte ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063 en andere uitspraken die door J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen 2016, p. 307 worden aangehaald.

19 Een saillant detail is dat op de dag dat ik de laatste hand aan dit artikel leg, 7 juli 2021, 'de lichten uit gaan' in de Moorburch-centrale. Al sinds december 2020 is het regulier bedrijf van deze rond € 3 miljard dure investering beëindigd en vandaag wordt de centrale helemaal gesloten. De energiecentrale werd in 2015 in bedrijf genomen.

20 HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301, r.o. 61 en 62. Zie over het arrest bijvoorbeeld 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.

21 Aldus bijvoorbeeld de volgende definities in een digitale encyclopedie (www.encyclo.nl): "plan: idee over iets dat je zult gaan doen"; "project: voorbereiding en uitvoering van een groot plan".

dan zou dat tot gevolg hebben dat men bij de beoordeling van een nieuwe activiteit moet weten wat de gevolgen zijn van alle reeds bestaande activiteiten die onder het projectbegrip vallen zoals nader afgebakend bijvoorbeeld in het PAS-arrest.²² Een dergelijke beoordeling wordt in de praktijk niet uitgevoerd, noch in Duitsland, noch in Nederland of Vlaanderen, noch, voor zover wij weten, ergens anders. Dit is ook lastig, omdat het vaak niet makkelijk of zelfs onmogelijk zal zijn om de depositie op te tellen die afkomstig is van eerder als project vergunde activiteiten en daarvan de overige diffuse achtergronddepositie te onderscheiden. Daarom zullen de overwegingen uit het Moorburch-arrest ertoe leiden dat de nieuwe depositie door een plan of project wordt opgeteld bij de gehele bestaande achtergronddepositie en vervolgens beoordeeld wordt of het geheel mogelijk significante effecten heeft. Bij zeer kleine extra depositie en aanzienlijke overschrijdingen van de KDW door de bestaande achtergronddepositie beoordeelt men dus feitelijk de achtergronddepositie en niet de gevolgen van een project. Dat is volgens ons echter in strijd met de letter van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn die niet vraagt om toetsing van de bestaande achtergronddepositie, maar om toetsing van het aangevraagde plan of project (in cumulatie met andere (toekomstige) plannen en projecten). Het is ook in strijd met de systematiek van de richtlijn waarbij art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn zich richt op de beoordeling van nieuwe projecten en art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrichtlijn zich (onder andere) richten op de omgang met de bestaande situatie en maatregelen om enerzijds verslechtering door de bestaande situatie te voorkomen en anderzijds toe te werken naar een gunstige staat van instandhouding.

Het is (ons) niet helemaal duidelijk hoe de Afdeling bestuursrechtspraak met het cumulatievereiste bij de toets van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, respectievelijk art. 2.8 Wnb, omgaat. Enerzijds lijkt het feit dat de Afdeling geen enkele drempel erkent en zelfs bij deposities van 0.005 mol nog een passende beoordeling eist erop te duiden dat zij, conform het Moorburch-arrest, de vraag centraal stelt of de nieuwe depositie, in cumulatie met de depositie van alle voorgaande plannen en projecten, wanneer die ook mogen zijn begonnen, significante gevolgen kan hebben. Gemakshalve worden daarbij ook buitenlandse plannen en projecten meegenomen en deposities die niet tot enig project of plan, ook niet een vroeger project of plan, te herleiden zijn. De Afdeling lijkt dus te kijken of de achtergronddepositie significante gevolgen kan hebben, zo gauw er ook maar iets extra's, zij het alleen theoretisch en fictief berekend, bijkomt. Mocht de Afdeling inderdaad zo redeneren, dan achten wij dat niet juist. Uiteraard moet een bijkomende depositie niet los worden gezien van de al bestaande, vaak veel te hoge, achtergronddepositie. De vraag is echter niet of de som van de achtergronddepositie + de bijkomende depositie door het plan of project dat wordt aangevraagd een mogelijk significant effect hebben, maar of de bijkomende depositie, in cumulatie met mogelijk andere bijkomende deposities van

(nieuwe) plannen en projecten, een 'extra' schade kan betekenen vergeleken met de schade die door de bestaande achtergronddepositie wordt aangericht, rekening houdend met de toestand van de natuur op grond van die achtergronddepositie.²³

Anderzijds zijn er, vooral recentelijk, enkele uitspraken door de Afdeling gedaan waaruit een gedifferentieerdere visie op deze problematiek lijkt te kunnen worden afgeleid.²⁴ Zo overwoog de Afdeling in een uitspraak van 30 september 2020 dat

“de algemene opgave om de te hoge stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden terug te brengen moet worden onderscheiden van de besluitvorming over individuele plannen en projecten die tot stikstofdepositie leiden. De algemene opgave hangt samen met de uit de Habitatrichtlijn voortvloeiende verplichting tot behoud, herstel en het voorkomen van verslechtering van de Natura 2000-gebieden (artikel 6, eerste en tweede lid).”²⁵

In een uitspraak van 21 januari 2021 over het tracébesluit ViA15, wordt de minister met het volgende verweer aangehaald dat betrekking heeft op de passende beoordeling van dit project:

“Volgens de minister volgt uit het Moorburch-arrest dat bij de beoordeling van de gevolgen van een voorgenomen project voor Natura 2000-gebieden ook alle projecten in aanmerking moeten worden genomen die samen met dat voorgenomen project significante gevolgen kunnen hebben. Dat is in dit geval ook gebeurd. [...] Projecten die reeds in het verleden zijn gerealiseerd en nog steeds uitgevoerd worden, maken deel uit van de autonome situatie en zijn dus in de beoordeling van de mogelijke gevolgen van het project betrokken. Wat appellanten voorstaan komt er volgens de minister op neer dat over de band van de passende beoordeling voor het tracé opnieuw alle door hen genoemde projecten die in het verleden zijn gerealiseerd opnieuw passend worden beoordeeld alsof voor die projecten met het tracébesluit (opnieuw) toestemming zou worden gegeven. Dat is niet wat de Habitatrichtlijn eist.”

De Afdeling overweegt hierover:

“De Afdeling begrijpt dat deze passage bij appellanten tot verwarring heeft kunnen leiden, omdat die de indruk wekt dat de stikstofdepositie vanwege het tracé in isolatie is beoordeeld. Dat is echter niet het geval. Uit het

22 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 59 e.v.

23 Zie nader hierover Ch.W. Backes, ‘Duitse grenswaarden, ‘Abschneidewerte’ en ‘Bagatellschwellen’: pakken de Duitsers het stikstof-probleem slim en effectief aan of maken zij er een potje van?’, *TOR* 2021, nog te verschijnen, paragraaf 3.

24 Zie ook M.M. Kaajan, *Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden*, preadvies Vereniging voor bouwrecht 2021, paragraaf 1.3.2.

25 ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2318 (*Logistiek Park Moerdijk*).

rapport blijkt namelijk dat de betekenis van de extra stikstofdepositie als gevolg van het tracé mede is gerelateerd aan de totale stikstofdepositie op het gebied (ofte wel de achtergronddepositie).”

Dit alles lijkt wat openingen te bieden om uit het arrest Moorborg niet af te hoeven leiden dat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn een cumulatieve beoordeling van een nieuwe activiteit samen met de achtergronddepositie (en daarmee feitelijk vaak vooral een herhaalde beoordeling van de achtergronddepositie) vereist.²⁶ Duidelijke conclusies over de opvatting van de Afdeling over deze vraag lijken echter thans nog niet mogelijk.

Wat daarvan ook zij, totdat het Hof de kans heeft gehad om zijn gedachtegang uit het Moorborg-arrest te corrigeren of duidelijk te maken dat wij dat arrest anders moeten interpreteren dan wij hier doen, is dit arrest een gegeven. Wellicht geeft de Nederlandse rechter duidelijk te kennen dat wij hier allemaal beren op de weg zien die er niet zijn en is hij, net als de Duitse rechter, van opvatting dat een cumulatieve beoordeling van de depositie van een activiteit en de achtergronddepositie niet nodig en ook niet aangewezen is. Een te introduceren drempelwaarde moet echter juridisch ook kunnen worden onderbouwd als men uit het Moorborg-arrest wel een verplichting afleidt om de door een project veroorzaakte extra depositie in cumulatie te beoordelen met de achtergronddepositie. Wij achten een dergelijke onderbouwing mogelijk, zoals uit paragraaf 5 zal blijken.

5. Juridisch koppelen van een drempelwaarde aan reeds bereikte reducties

Als moet worden geëist dat projecten en plannen in cumulatie met de bestaande achtergronddepositie niet kunnen leiden tot een (significant) effect op voor verzuring en vermeting gevoelige habitats in met stikstof overbelaste gebieden, dan moet verzekerd zijn dat die ‘cumulatieve’ toepassing, inclusief de achtergronddepositie, niet leidt tot een verhoging van de totale depositie. Als een plan of programma, in cumulatie met andere plannen en programma’s, niet leidt een verhoging van de depositie, kan het ook geen, al dan niet significante, negatieve gevolgen hebben. Verzekerd moet dus zijn dat ook de cumulatieve toepassing van de drempelwaarde, dus het toestaan van mogelijkere wijs een veelheid van activiteiten met elk een zeer geringe depositie, met zekerheid niet mag leiden tot een verhoging van de depositie op enig gebied waarin voor enig habitat de KDW wordt overschreden. Als de mogelijkheid om de drempel toe te passen afhankelijk wordt gesteld van een feitelijk

eerder bereikte neerwaartse lijn van de deposities, dan wordt aan deze voorwaarde voldaan. Zo men wil, kan men de drempelwaarde koppelen aan een programma dat leidt tot vermindering van de deposities. De koppeling moet dan echter aldus geschieden dat de drempelwaarde niet (meer) toepasbaar is zodra in de voorgaande periode (van een jaar, drie maanden of een andere tijdseenheid) geen depositiereductie meer is bereikt. Koppeling aan een programma is onzes inziens niet per sé noodzakelijk, koppeling aan een feitelijk neerwaartse depositielijn wel. Deze koppeling sluit ook aan bij de overwegingen in de meest recente uitspraak van het BVerwG van 2019 dat het (herhaaldelijk) gebruik van de drempelwaarde alleen mogelijk moet zijn zolang de depositie blijft dalen.²⁷ Alleen heeft de hoogste rechter deze gedachte niet geoperationaliseerd of anderszins afgedwongen. Een dergelijke koppeling heeft nog een belangrijk bijkomend effect. Het is een krachtige stok achter de deur om maatregelen te nemen die daadwerkelijk, en niet slechts op papier, leiden tot de noodzakelijke depositieverlaging. Op deze wijze kan een drempelwaarde niet alleen de juridische robuustheid, de efficiëntie en de effectiviteit van het juridisch regime verhogen, maar ook bijdragen aan de verlaging van de depositie. De voorwaarde dat de drempelwaarde alleen gebruikt mag worden als de deposities daadwerkelijk dalen kan een extra stimulans zijn om die dalingen ook te verwezenlijken.

Om klimatologische effecten uit te sluiten zou de daling van de depositie als voorwaarde voor het gebruik mogen maken van de drempel wellicht moeten worden berekend met behulp van een meerjarig gemiddelde, bijvoorbeeld de gemiddelde depositie van de afgelopen drie jaar. Zolang dit gemiddelde jaarlijks (of driemaandelijks) daalt kan de drempelwaarde worden gebruikt. Bewezen is dan immers dat het gebruik in het voorafgaande jaar niet heeft geleid tot (een verhoging van de depositie en dus tot) schade.

Voor alle duidelijkheid: het uitsluitend inzetten op een dalende depositielijn is naar ons oordeel juridisch onvoldoende. Een succesvolle structurele vorm van toestemmingverlening, zoals introductie van een drempelwaarde moet de zekerheid bieden dat in ieder stikstofgevoelig Natura 2000-gebied op termijn de instandhoudingsdoelstellingen worden gerealiseerd. De Habitatrictlijn noemt weliswaar geen termijn voor het bereiken van de natuurdoelen, maar de kwaliteit van de natuur is inmiddels zo slecht dat alleen een maximale inzet op herstel nog acceptabel is, met meetbare en te realiseren doelstellingen. Er moet dus aangevoerd worden dat het verlenen van toestemming voor een nieuwe stikstofuitstotende activiteit niet kan afdoen aan het realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden. Daarvoor is het volgens de Afdeling advisering van de Raad van State nodig dat de stikstof- en natuurmaatregelen voldoende ‘gelofwaardig en effectief’

²⁶ Zie ook M.M. Kaajan, *Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden*, preadvies Vereniging voor bouwrecht 2021, paragraaf 1.3.2. Zie eerder bijvoorbeeld ook al H.E. Woldendorp, ‘De PAS: geldige pasmunt om de habitattoets te passeren? De Europeesrechtelijke aspecten van de Programmatische aanpak stikstof (PAS)’, in: Vanden Broele (red.), *De Programmatische Aanpak Stikstof (PAS): Van een verstands- naar een gelukkig huwelijk tussen economie en natuur*, 2007, ISBN: 978-90-496-1511-6, p. 133-173.

²⁷ BVerwG 15 mei 2019 - BVerwG 7 C 27.17 (hoger beroep AK Trianel-Kraftwerk Lünen), r.o. 45, 48 en 51.

zijn in het realiseren van deze doelstellingen.²⁸ In tegenstelling tot de situatie zoals onder de PAS moet dus niet worden gepreludeerd op verwachte natuurwinst van mogelijk effectieve maatregelen, maar moet natuurwinst aantoonbaar worden gerealiseerd en resultaat opleveren vanaf het moment van het introduceren van de drempelwaarde.

Mocht het niet lukken om die noodzakelijke robuuste neerwaartse lijn vol te houden, dan is de drempelwaarde niet meer toepasbaar en gaat 'het gebied op slot'. En wel terecht. In een dergelijke situatie kan immers niet meer met absolute zekerheid worden aangetoond dat de som van allerlei op zichzelf gezien onbeduidende deposities niet tot negatieve effecten leidt, althans niet zonder een individuele passende beoordeling. Gaat de feitelijke (! niet een op basis van berekeningen gemodelleerde) belasting in een gebied echter aantoonbaar omlaag, dan staat vast dat de som van activiteiten met ieder voor zich onbeduidende deposities eveneens geen effect heeft gehad en zal hebben.²⁹

6. Samenvatting

Het is van groot belang dat de stikstofproblematiek tot een meer structurele oplossing wordt gebracht, waarbij het daadwerkelijke probleem wordt aangepakt. Dat probleem is de veel te hoge achtergronddepositie. Om dat doel te bereiken is het van belang dat de beleidsmatige en praktische focus niet ligt op vergunningverlening van projecten met relatief onbetekenende kleine deposities, maar op het structureel ingrijpen in de bestaande overbelaste situatie. Daarbij dienen het zo snel mogelijk stoppen van een verdere achteruitgang van de natuurkwaliteit en het toewerken naar het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen centraal te staan, niet het terugbrengen van de depositie op vele hectaren voor verzuring en vermesting gevoelig gebied onder de KDW. Voor plannen en projecten die leiden tot slechts een zeer kleine toename van de depositie zou een drempelwaarde moeten worden geïntroduceerd. Dat een dergelijke drempelwaarde juridisch mogelijk is, vloeit voort uit de drie stappen die bij een passende beoordeling van stikstofemitterende activiteiten moeten worden uitgevoerd. Ten eerste moet een relatie kunnen worden gelegd tussen de emissie van een activiteit en de depositie die neerslaat op een gebied. Er is een grens voor het kunnen leggen en aantonen van een dergelijke relatie. Ten tweede moet een depositie ook een effect kunnen hebben en ten derde moet sprake zijn van een mogelijk significant effect. In een Europees wetenschappelijk dialoog zou kunnen worden bepaald waar de drempel ligt voor het nog kunnen aannemen van deze relaties. Omdat de optelsom van (mogelijk) een veelheid van dergelijke individueel onbetekenende toenames nooit mag leiden tot mogelijk significante effecten dient de mogelijkheid om van een dergelijke drempelwaarde gebruik te kunnen maken gekoppeld te worden aan het feitelijk

realiseren van een duidelijk neerwaartse depositielijn. Dat de depositie daadwerkelijk aanzienlijk wordt verminderd moet worden bereikt met een combinatie van generiek en gebiedsgericht beleid, aangestuurd door de op grond van art. 1.12 fa Wsn op te stellen gebiedsplannen. Die gebiedsplannen moeten ook (kunnen) dienen als onderbouwing voor beslissingen of en welke vergunningen voor bestaande activiteiten op grond van art. 5.4 lid 2 Wnb (al dan niet) dienen te worden ingetrokken.

²⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35600, nr. 4.

²⁹ Zie hierover ook al *Advies startopdrachten PAS-panel*, nog niet verschenen, p. 21 e.v.