

Review expertoordeel van Prof. dr. Arthur Petersen over een ondergrens van 1 mol/hectare/jaar bij modelberekeningen voor stikstofdepositie van een individuele bron in het kader van toestemmingverlening

Prof. Dr. Ch.W. Backes

U hebt mij gevraagd om aan de hand van een aantal vragen een review te verrichten van het expertoordeel van Prof. dr. Arthur Petersen over een ondergrens van 1 mol/hectare/jaar bij modelberekeningen voor stikstofdepositie van een individuele bron in het kader van toestemmingverlening. Hieronder volg ik de voorgelegde vragen. De laatste vraag 7 is een open vraag die ruimte laat voor enkele algemene, afsluitende opmerkingen. Ik heb alle aan mij voorgelegde stukken bij deze review betrokken.

1. Wat vindt u van de wijze waarop Petersen gebruikmaakt van de onderliggende referenties?

a) Worden de referenties juist of onjuist gebruikt en waarom?

Voor zover ik de referenties ken en kan beoordelen worden de bronnen voor het belangrijkste deel juist aangehaald. In beginsel juist, maar onvolledig is de beschrijving van de Duitse praktijk van het gebruik van drempelwaarden en de motivering die daarbij wordt gegeven. De Duitse praktijk kent 3 opeenvolgende drempelwaarden, waarbij de door de auteur beschreven drempelwaarde van 0.3 kg/N/ha/haar slechts de eerste stap is (de 'Abschneidewert'). Daarna worden nog 2 andere drempels ('Bagatellschwellen') toegepast, waarvan de tweede 3% van de kdw van het desbetreffende gebied is.¹ Ieder van die drempels heeft een eigen functie en motivering. De onvolledigheid op dit punt is op de gedachtegang en conclusies echter niet van invloed.

Dat geldt echter niet zonder meer voor een aantal andere juridische bronnen. Die worden soms onvolledig aangehaald en, meer belangrijk, soms wel, maar soms ook niet in het juiste juridische verband geplaatst. Het plaatsen van juridische bronnen, met name van jurisprudentie, in het juiste juridische verband is voor niet juristen moeilijk. Dat kan eigenlijk alleen maar zorgvuldig gebeuren in een interdisciplinaire setting door een interdisciplinair team. Dat is hier niet gebeurd. Juridische expertise is, voor zover bekend, niet ingeroepen, bijvoorbeeld in het kader van een interdisciplinaire toets of validatie of discussie. Ook zijn vele relevante juridische bronnen niet geconsulteerd of is daar ten minste geen blijk van gegeven. Dat is jammer.

b) Zijn er studies die volgens u ontbreken?

Opvallend is dat de auteur weliswaar enkele juridische bronnen gebruikt (zoals enkele uitspraken van de Nederlandse en Duitse rechter), maar dat het gebruik van deze bronnen onvolledig is en dat geheel geen gebruik wordt gemaakt van juridische wetenschappelijke bronnen waarin de jurisprudentie (van het HvJ EU, de Nederlandse en de Duitse rechter) in verband tot elkaar en tot de wetgeving worden geplaatst. Dat leidt deels tot misverstanden (en dus fouten) met betrekking tot de inhoud en betekenis van de wel gebruikte bronnen en tot het over het hoofd zien van enkele juridische kaders en randvoorwaarden die voor de (juridische) aanvaardbaarheid van een

¹ Zie illustratief BVerwG 21 Januar 2021, ECLI:DE:BVerwG:2021:210121U7C9.19.0 en bijv. 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?, Tijdschrift voor Omgevingsrecht en Omgevingsbeleid, 2021(2), 165-174.

ondergrens mede bepalend zijn (zie nader bijvoorbeeld onder 2. en tevens ook onder 3.) Dergelijke juridische literatuur is er wel, ook in het Engels en in het Nederlands.

Op bepaalde details lijken ook referenties en actuele kennis te ontbreken. Zo wordt bijvoorbeeld gesteld dat in Vlaanderen wordt uitgegaan van een 21 mol/ha/ja en in Denemarken een drempel van 35/mol/ha/jaar (expert oordeel, p. 9). Voor beide stellingen wordt geen bron aangegeven zodat ik de juistheid daarvan ook niet kan beoordelen. Volgens de mij beschikbare informatie zijn de drempels in beide landen echter anders.

In Denemarken hangt de drempel voor de beoordeling van veehouderijen er vanaf hoeveel veehouderijen in de buurt zijn. De drempel loopt dan op (of af) van 0,7 naar 0,2 kg/ha/jaar.² Als ik juist ben geïnformeerd komt 1 mol N overeen met 14 gram. De drempel 200 gram komt dus overeen met ruim 14 mol, de drempel van 0.7 kg met 50 mol. Dat zijn dus andere getallen dan de auteur (zonder bron) noemt. Ze zijn wel in dezelfde orde van grootte zodat het verschil op zich niet van betekenis is. Van betekenis is echter wel dat de Deense drempelwaarden op iets anders betrekking hebben. De Denen beoordelen niet een eventuele uitbreiding van een veehouderij op zich, maar steeds de gehele veehouderij/bron, dus ook de depositie door de bestaande, reeds vergunde emissie. Dat maakt dat de Deense drempels niet (zonder meer) met de Nederlandse vergeleken kunnen worden. Ik noem dit voorbeeld omdat het aantoont dat bij het gebruik van dergelijke juridische bronnen cruciaal is dat deze zorgvuldig in hun verband worden geplaatst. Dat gebeurt herhaaldelijk niet.

Ook de drempel in Vlaanderen is niet (meer) actueel. Er bestaat thans (en dat was ook ten tijde van het schrijven van het expertoordeel zo) geheel geen algemene drempel meer. De drempel is ingevolge art. 36 Vlaams 'Decreet over de programmatische aanpak'³ 0.025% van de 'impactscore'. De impactscore is een met een tool berekende verhouding tussen de depositie van het project en de kdw van het gebied waarop de depositie neerslaat en ten opzichte waarvan de effecten worden voorspeld (zie art. 3 PAS decreet). De drempelwaarde is dus afhankelijk van de plaatselijke situatie. Een algemene drempelwaarde van 35 mol/ha/jaar bestaat (al langere tijd) niet meer. Overigens wordt ook in Vlaanderen, net als in Denemarken, maar anders dan in Nederland, bij het bepalen van de drempelwaarde de hele veehouderij, dus ook de bestaande en vergunde delen, in ogenschouw genomen. Dat maakt dat de Vlaamse drempelwaarden niet (zonder meer) met een in Nederland gehanteerde drempelwaarde vergelijkbaar zijn omdat het om een andere vraag gaat waarbij de drempelwaarde wordt toegepast.

Die voorbeelden zijn niet uitputtend, maar mogen voldoende zijn om te illustreren dat de auteur weliswaar juridische bronnen gebruikt, maar de juridische bronnen onvolledig zijn, deels verouderd en vooral soms niet in het juiste juridische verband worden geplaatst en gebruikt.

2. Wat vindt u van de aangehaalde jurisprudentie van zowel de Nederlandse Raad van State

(ECLI:NL:RVS:2023:1299)¹ als de hoogste bestuursrechter in Duitsland

(ECLI:DE:BVerwG:2019:150519U7C27.17.0)?

a) Wordt de jurisprudentie juist of onjuist geïnterpreteerd en waarom?

² Zie H.T. Anker e.a., *Natura 2000 and the Regulation of Agricultural Ammonia Emissions*, JEEPL 2019, p. 359. Deze informatie is van 2019. Ik ben niet nagegaan of dit nog actueel is, maar kan dit desgewenst doen.

³ Zie [Vlaamse Codex > Zoeken > Document](#), hierna PAS decreet.

aa) De aangehaalde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) van 5 april 2023 (Tracébesluit A12/A15, ECLI:NL:RVS:2023:1299) is relevant en is een belangrijk element bij de discussie over de mogelijkheden van de rekenkundige ondergrens die hier aan de orde is. In de uitspraak aanvaardt de ABRvS dat er vanaf een bepaalde afstand van de bron de onzekerheid van de modelmatige berekeningen van de relatie tussen een emissie en de daardoor veroorzaakte depositie te groot worden om het model nog te gebruiken bij de vraag of een emissiebron mogelijk een significant effect kan hebben op een Natura 2000 gebied. Expliciet geeft de ABRvS daarbij aan dat mogelijke deposities die buiten de rekenkundige ondergrens (van 25 km) vallen ook in een cumulatietoets geen rol mogen spelen (zie o.a. overweging 1.3 en 1.4 tot net boven het door de auteur aangehaalde deel). De uitspraak onderbouwt dus de visie van de auteur. Het is jammer, maar geen ramp, dat de auteur slechts het laatste deel van rechtsoverweging 1.4 (door de auteur 1.5 genoemd) aanhaalt, terwijl de kern van de redenering van de ABRvS naar mijn opvatting vooral in rechtsoverweging 1.3 en het aan het citaat van de auteur voorafgaande deel van rechtsoverweging 1.4 zit. Uiteindelijk doet dat echter geen afbreuk aan de, tamelijk cruciale, betekenis van deze uitspraak en de juiste conclusies die de auteur hieruit trekt.

ab) De door de auteur aangehaalde uitspraak van het BVerwG is niet de laatste in een reeks uitspraken van de hoogste Duitse rechter over dit thema. Een recentere uitspraak uit 2021⁴ is zeer illustratief voor de verhouding tussen de verschillende drempelwaarden die in Duitsland gebruikt worden (zie vraag 1 a). De door de auteur uit de uitspraak van 2019 aangehaalde passages zijn voor het hier besproken onderwerp cruciaal. Ze zijn ook niet onjuist geïnterpreteerd. Het was wel goed geweest om aan te geven dat deze uitspraken niet onomstreden zijn, noch in Duitsland, noch elders. Wat de Duitse discussie betreft had kunnen worden gewezen op de in deze zaak voorafgaande uitspraak van het Oberverwaltungsgericht Münster waarin deze rechter op grond van een grondige natuurwetenschappelijke en juridische argumentatie tot andere conclusies komt en de vaste lijn van jurisprudentie van het BVerwG bekritiseert. Ook in de juridische literatuur is gesubstantieerde kritiek geuit op de redeneringen van het BVerwG. Dat alles doet er niet aan af dat de kern van de redenering van de Duitse rechter correct weergegeven wordt.

b) Is er jurisprudentie die volgens u ontbreekt?

Het zou wenselijk zijn geweest als de auteur een visie had gegeven hoe de voorgestelde rekengrens zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU (hierna HvJEU), in het bijzonder het HvJEU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (Moorburg), maar ook tot HvJEU 7 november 2018 - C-293/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest) en de conclusie van de AG in deze zaak. Ook de jurisprudentie van de ABRvS waarin deze beklemt toont dat bij de beoordeling van het (cumulatief) effect van kleine deposities geen ondergrens van de door een bepaald project veroorzaakte depositie, anders dan de rekengrens van 0.005 mol, kan worden aanvaardt (zie bijv. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063, en een hele reeks van vergelijkbare uitspraken) had mijns inziens mede in beschouwing moeten worden genomen. In deze uitspraken wijst de afdeling de redenering af dat de rekenmodellen bij berekende deposities van kleiner dan 0.051 mol onvoldoende betrouwbaar zijn om van een causale relatie tussen een bron en een depositie uit te gaan. Exact deze vraag is in het expertoordeel aan de orde. Een expliciete uiteenzetting met deze vaste lijn in de jurisprudentie was mijns inziens nodig geweest. Ik ben overigens niet van opvatting dat deze jurisprudentie uiteindelijk zonder meer in de weg staat aan een rekenkundige ondergrens (zie onder

⁴ BVerwG 21 Januar 2021, BVerwG 7C 9.19, ECLI:DE:BVerwG:2021:210121U7C9.19.0.

7.). De relatie tussen bijvoorbeeld de A15 uitspraak (ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299) en de jurisprudentielijn over een rekenkundige ondergrens had m.i. echter wel moeten worden belicht.

3. Wat vindt u van de redenering dat er sprake zou moeten zijn van een rekenkundige ondergrens?

a) Op welke punten bent u het eens of oneens met de redenering en waarom?

Ik kan niet oordelen over de natuurwetenschappelijke onderbouwing van de hoogte van een rekenkundige ondergrens, respectievelijk de grenzen van de bruikbaarheid van het rekenmodel. Dat valt buiten mijn expertise.

De redenering dat het gebruik van Aerius en de daaraan ten grondslag liggende rekenmodellen tot aan de 'rekeninggrens' van 0.005 mol/ha/jaar niet geschikt is om te dienen als grondslag voor de beoordeling of een bepaalde emissie een mogelijk significant effect heeft op een Natura 2000-gebied lijkt mij plausibel en juist. Deze redenering is niet nieuw.⁵ Ook in de juridische literatuur is deze gedachte al jaren bepleit en is erom gevraagd een betrouwbare ondergrens te bepalen en te onderbouwen.⁶

b) Zijn de aangehaalde argumenten in de redenering inhoudelijk juist?

Ja, over het algemeen genomen lijkt mij de redeneerlijn op zich juist.⁷ Een gemis is wel dat onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen de 'natuurwetenschappelijke' (juiste) redeneerlijn dat elk model slechts binnen een bepaald toepassingsbereik mag worden toegepast en daarbuiten niet mag worden gebruikt omdat de onzekerheden van de toepassing te groot worden, en de juridische vraag die aan de orde is, namelijk hoe moet worden omgegaan met (cumulatieve) deposities van bronnen die door de beperkte betrouwbaarheid en reikwijdte van het rekenmodel niet direct kwantitatief aan een bron kunnen worden toegerekend. Wat de betrouwbaarheid van een model is is geen juridische vraag. Wat moet gebeuren met activiteiten wiens depositie met het model niet meer betrouwbaar kan worden toegerekend, is echter wel een juridische vraag. Algemene wetenschapstheoretische en wetenschapsfilosofische argumenten en redeneringen zijn hier minder relevant.

c) Zijn er argumenten die volgens u ontbreken?

Wat ontbreekt is een toets (en antwoord op) de vraag hoe volgens de eisen van het Europese recht, zoals die in de jurisprudentie van het HvJ EU tot uitdrukking komen, moet worden omgegaan met (cumulatieve) deposities van bronnen die door de beperkte betrouwbaarheid en reikwijdte van het rekenmodel niet direct kwantitatief aan een bron kunnen worden toegerekend. Dat een rekenmodel een bepaald toepassingsbereik heeft en daarbuiten niet mag worden gehanteerd is juist, maar zegt nog niets over de vraag hoe met emissies moet worden omgegaan waarvan (de hoogte van) het

⁵ Zie . Hordijk, J.W. Erisman, H. Eskes, J.C. Hanekamp, M.C. Krol, P.F. Levelt, M. Schaap en W. de Vries]. Den Haag: Adviescollege Meten en Berekenen Stikstof. 15 juni 2020.

⁶ Zie bijv. M.M. Kaajan, Bouwstenen voor gebiedsontwikkeling in het licht van de bescherming van Natura 2000-gebieden, preadvies Vereniging voor bouwrecht 2021 en Ch.W. Backes/L. Boerema, Een drempelwaarde voor activiteiten die zeer geringe stikstofdeposities veroorzaken als deel van een oplossing van de stikstofcrisis, M en R 2021, 107.

⁷ Zie ook al bijvoorbeeld Ch.W. Backes/L. Boerema, Een drempelwaarde voor activiteiten die zeer geringe stikstofdeposities veroorzaken als deel van een oplossing van de stikstofcrisis, M en R 2021, 107, waarin in essentie een vergelijkbare redeneerlijn is te vinden.

effect niet verantwoord kan worden berekend. Volgens de auteur spelen die emissies geen rol bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de daaraan ten grondslag liggende activiteit. De rekengrens bepaalt immers of in het kader van een voortoets of een passende beoordeling rekening wordt gehouden met de stikstofdepositie van een activiteit. Deze vertaling van de natuurwetenschappelijke en methodologische grens van het rekenmodel in een juridische consequentie is echter niet vanzelfsprekend. De ABRvS heeft tot nu toe in vaste jurisprudentie het, uitdrukkelijk en onderbouwd naar voren gebrachte argument dat het rekenmodel beneden een bepaalde waarde (of drempel) niet betrouwbaar is en niet mag worden gebruikt expliciet van de hand gewezen.⁸ Alleen al nationaalrechtelijk is het vertrekpunt dus anders dan bij de rekenafstand die in de praktijk altijd al (op verschillende wijze) is gehanteerd, hoewel de inhoudelijke vraag weliswaar niet gelijk, maar toch sterk vergelijkbaar is.⁹ Dat de Duitse rechter dit anders ziet is bekend bij de ABRvS, maar heeft niet geleid tot een wijziging van de opvatting. Het hier besproken expertoordeel vat de kritiek aan het toepassingsbereik van Aeries nogmaals samen en bouwt deze uit, maar voegt niet zeer wezenlijke nieuwe argumenten toe. En toch zou de ABRvS zijn vaste jurisprudentie moeten wijzigen. Dat kan natuurlijk als doordringt dat de argumenten voor een andere opvatting toch juist zijn. Maar gemakkelijk is het niet.

Het HvJ EU heeft in het PAS-arrest de eis gesteld dat het gebruik van een drempelwaarde alleen mogelijk is als 'op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat plannen of projecten waarvoor dat toestemmingsregime geldt, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen hebben voor een Natura 2000-gebied'. Er moet dus met zekerheid worden vastgesteld dat het cumulatief gebruik van deze drempelwaarde in geen enkel geval bijdraagt aan het gevaar van een (significante) aantasting van de instandhoudingsdoelen van een Natura 2000-gebied. Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn hanteert hier een maatstaf die afwijkt van andere kaders, ook van de doorgaans gebruikelijke invulling van het voorzorgsbeginsel. Het feit dat modellen geen betrouwbare relatie tussen emissie en depositie kunnen leggen en die vooral niet betrouwbaar kunnen zegt nog niets over de vraag of die depositie, in cumulatie met andere deposities, inclusieve de bestaande 'achtergronddepositie' mogelijk significante effecten kan hebben. Deze, beslissende, vraag is in eerste instantie juridisch van aard en wordt door de natuurwetenschappelijke rekengrenzen van een model niet beantwoord. Mogelijk zal de ABRvS de vraag stellen of er inzicht bestaat hoe de cumulatieve toepassing van een 1 mol drempel in een 'realistisch worst case scenario' zou uitwerken. Mogelijk zal de ABRvS dus willen weten hoeveel extra depositie maximaal (bij een realistisch scenario) bij een cumulatieve toepassing van deze drempel op een overbelast hexagoon terecht kan komen en of dit mogelijkerwijs, samen met de bestaande overschrijding, schadelijk kan zijn. Dat is immers volgens het HvJ EU de vraag die de nationale rechter moet beantwoorden. Mogelijk hangt van een overtuigend antwoord op deze vraag af of de nationale rechter een dergelijke drempel zou aanvaarden.

Er zijn in de literatuur overigens voorstellen gedaan hoe deze onzekerheid kan worden weggenomen, namelijk door het koppelen van het gebruik mogen maken van de drempel (die dan mogelijkerwijs ook iets hoger kan liggen) aan een blijvende, gemeten, reductie van de achtergrondbelasting (die toch al moet worden bereikt).¹⁰ Ook deze hele discussie laat de auteur buiten beschouwing. Een buiten beschouwing laten van het juridische discours over deze vraag is op

⁸ Zie bijv. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063 en talrijke andere uitspraken.

⁹ HvJEU 7 november 2018 - C-293/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS-arrest), in het bijzonder rechtsoverweging 109 e.v.

¹⁰ Zie o.a. Ch.W. Backes, Uitweg uit de stikstofcrisis? Enkele gedachten over lange-termijn-visies en korte-termijn-blokkades, TvAR 2023, p. 16 e.v., ihb. Para. 7.

zich denkbaar. Maar dan geeft het expertoordeel geen inzicht in en antwoord op de vraag of de voorgestelde drempel zou kunnen worden geïntroduceerd en geen inschatting in de risico's van een dergelijke introductie. De aanname dat het inkaderen van het toepassingsbereik van een model natuurwetenschappelijk dwingend is geboden en dat de grens voor het verantwoord mogen hanteren van het model ten minste bij 1 mol ligt moge op zich juist zijn. Maar dat bepaalt niet het antwoord op de vraag of de deposities beneden 1 mol bij de vergunningverlening geheel buiten beschouwing moeten of mogen worden gelaten. Het antwoord op deze vraag volgt juridische maatstaven. Deze juridische maatstaven moeten uiteraard rekening houden met natuurwetenschappelijke feiten, maar moeten vervolgens op basis van deze feiten juridische consequenties formuleren. Dat is iets anders.

5. Wat vindt u de redenering dat significante gevolgen als verwaarloosbaar kunnen worden beschouwd vanuit het principe 'kleine kans x klein effect = verwaarloosbaar risico'?

a) Op welke punten bent u het eens of oneens met de redenering en waarom?

De formule 'kans van een effect x hoogte/intensiteit van het effect wordt doorgaans (terecht en correct) gebruikt bij de operationalisering van het voorzorgbeginsel. Het resultaat van deze 'rekening' geeft een indicatie over de 'schadepotentialiteit' van de afweging die bij het toepassing van het voorzorgbeginsel nodig is. Of deze formule in de natuurwetenschappen ook nog een breder toepassingsbereik heeft kan ik niet beoordelen.

b) Zijn de aangehaalde argumenten in de redenering inhoudelijk juist?

Ook in het hier aan de orde staande verband kan deze formule ertoe bijdragen om de potentiële hoogte van mogelijke schade beter in te schatten. Het is echter geen beslisregel en in zoverre niet bepalend. De formule is in casu niet maatgevend voor de toepassing van het hier relevante juridische kader. Zoals gezegd vereist art. 6 lid 3 dat zeker moet zijn dat 'elk' risico op significant nadelige effecten op de instandhoudingsdoelstellingen is uitgesloten. Dat is niet 'het' voorzorgbeginsel.¹¹ Het voorzorgbeginsel heeft in verschillende context een duidelijk verschillende inhoud en betekenis. Men kan in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn ook een bepaalde codificatie van de gedachte van het voorzorgbeginsel lezen. Dat is dan echter een specifieke, zeer strenge, versie van dit beginsel. Het helpt niet verder om algemene noties over de betekenis van het voorzorgbeginsel te gebruiken bij de toepassing van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Bepalend zijn de tekst van de bepaling en de jurisprudentie van het HvJ EU hierover.

c) Zijn er argumenten die volgens u ontbreken?

Zie onder b.

7. Heeft u verder nog opmerkingen bij de documenten

Natuurwetenschappelijk lijkt mij de opvatting over de 'niet doelgeschiktheid' van het gebruik van de tegenwoordige rekenmethoden in het kader van vergunningverlening juist. De consequentie die hieruit wordt getrokken dat deposities onder 1 mol bij de vergunningverlening daarom buiten

¹¹ Het voorzorgbeginsel is erkend in vele internationale (milieurechtelijke) verdragen en bijvoorbeeld ook in art. 191 Verdrag voor de werking van de Europese Unie (VWEU).

beschouwing mogen en moeten worden gelaten is echter niet juist en ook niet onderbouwd. Daartoe ontbreekt een reflectie op het juridisch kader (zoals dat door het HvJ EU en de Nederlandse rechter thans wordt geïnterpreteerd). 'Cherry picking' door uitsluitend één uitspraak van het BVerwG en de jurisprudentie van de ABRvS over de rekengrens te citeren omdat deze uitspraken de voorgestelde redeneerlijn ondersteunen is methodologisch niet verantwoord en leidt tot onjuiste inschattingen.

Een vraag is of het niet in de beoordeling van een concreet project betrekken van deposities kleiner dan 1 mol beleidsmatig zinvol zou zijn. Daar is zeker discussie over mogelijk. Hoewel dat hier niet ter zake doet ben ik persoonlijk een voorstander van een beoordelingsgrens van minstens 1 mol. Een tweede vraag is echter of het buiten beschouwing laten van potentiële deposities beneden een rekengrens van bijvoorbeeld 1 mol de toets van de rechter zou doorstaan. Dat is ongewis. Hiervoor zou het noodzakelijk zijn dat de ABRvS haar opvatting wijzigt en de argumenten die in het expert oordeel zijn aangedragen nu wel volgt hoewel deze rechter deze argumenten tot nu toe heeft afgewezen. Dat acht ik niet uitgesloten, maar ook niet zonder meer waarschijnlijk. De kansen op het aanvaarden van een dergelijke drempel door de rechter nemen toe naarmate

- a. De feitelijke deposities over een langere periode aantoonbaar afnemen, respectievelijk zijn afgenomen op het moment dat de drempel ter toetsing voorligt bij de rechter;
- b. Deze afname duidelijk groter is dan de potentiële som van een cumulatieve toepassing van de drempelwaarde in een 'realistische worst case' op een willekeurig N 2000-gebied.

Mogelijk zal in de discussie ook nog een rol spelen de door de Commissie Hordijk aangedragen mogelijkheid om de onzekerheid van de depositieberekeningen te verminderen door de depositie niet op elk hexagoon, maar op een cluster van hexagonen te berekenen. Een andere mogelijkheid zou nog kunnen zijn dat de ABRvS, mede vanwege de afwijkende jurisprudentie van de hoogste Duitse bestuursrechter, prejudiciële vragen gaat stellen over dit onderwerp. De kans dat dat gebeurt acht ik echter vrij klein. Het HvJ EU heeft zich over deze vraag immers al uitgesproken en een Europeesrechtelijk duidelijke maatstaf aangereikt. Het Hof heeft daarbij expliciet aangegeven dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of de hantering van een drempelwaarde de zekerheid kan geven dat ook een cumulatieve toepassing van de drempelwaarde geen schadelijk effect op enig Natura 2000 gebied kan hebben. In Europeesrechtelijke termen is dus sprake van een *acte éclairé*. Ook het BVerwG heeft overigens, na onder verwijzing naar de Nederlandse uitleg uitdrukkelijk daartoe verzocht te zijn, expliciet geweigerd om prejudiciële vragen stellen.

De risico's van een hernieuwde verwerping van een drempelwaarde kunnen mijns inziens aanzienlijk worden beperkt of zelfs geheel vermeden als de toepassing van de drempelwaarde wordt gekoppeld aan het feitelijk en meetbaar aantonen van een reductie van de achtergronddepositie in een voorafgaande periode (van bijvoorbeeld een driejaarlijks gemiddelde).¹²

Berlijn/Utrecht, 19 november 2024

¹² Zie nader bijv. Ch.W. Backes, *Uitweg uit de stikstofcrisis? Enkele gedachten over lange-termijn-visies en korte-termijn-blokkades*, TvAR 2023, p. 16 e.v., ihb. Para. 7.