PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
en Ministerie van Landbouw, Natuur en
Voedselkwaliteit
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Afdeling Natuur en Stikstof
[redacted]

onze ref. RR/RR/11020410
uw ref. ordernummer 10218886
inzake Juridische aspecten gebruik modellen bij bepaling stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden

[redacted]
advocaat · partner
[redacted]
[redacted]

12 december 2023

Geachte heer [redacted]

U heeft mij op 22 oktober jl. gevraagd om een beknopt advies op te stellen over de geldende juridische kaders en jurisprudentie voor het gebruik van modellen bij de bepaling van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden in het kader van toestemmingverlening voor projecten overeenkomstig artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn en de toepassing van artikel 5.4, lid 2, van de Wet natuurbescherming, en om in dat advies in te gaan op de vraag of AERIUS daarvoor geschikt is.

Ik voldoe graag aan uw verzoek.

1 *Juridisch kader Habitatrichtlijn en Wet natuurbescherming*

De Europese Habitatrichtlijn[1] schrijft de bescherming voor van het Europese ecologische netwerk Natura 2000. Dat is het netwerk van "speciale beschermingszones" (oftewel: "Natura 2000-gebieden") die zijn aangewezen op grond

[1] Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

van de Habitatrichtlijn en/of de Vogelrichtlijn[2]. Voor elk Natura 2000-gebied zijn er habitattypen, habitats van soorten en/of leefgebieden van vogelsoorten die aangewezen, waarop de bescherming specifiek betrekking heeft. Daarvoor zijn "instandhoudingsdoelstellingen" geformuleerd, die zien op behoud of verbetering van oppervlakte en/of kwaliteit van de aangewezen habitattypen en leefgebieden.

Relevant in het kader van uw vraag is artikel 6 van de Habitatrichtlijn. Dat bestaat in feite uit drie onderdelen:

- Lid 1 schrijft voor dat de lidstaten "instandhoudingsmaatregelen" treffen om ervoor te zorgen dat de instandhoudingsdoelstellingen voor de aangewezen habitattypen en soorten van de Natura 2000-gebieden worden gehaald.[3]
- Lid 2 schrijft voor dat de lidstaten "passende maatregelen" nemen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de aangewezen habtitattypen en habitats van soorten niet verslechtert en er geen significante verstoring optreedt voor aangewezen soorten.
- Lid 3 en 4 zien op de situatie waarin een specifiek plan of project aan de orde is (waar lid 1 en 2 zien op een doorlopende verplichtingen voor de lidstaten). Lid 3 bepaalt dat voor elk plan of project dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten "significante gevolgen" kan hebben voor een Natura 2000-gebied, een "passende beoordeling" wordt gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. De lidstaat mag dan alleen toestemming verlenen voor het plan of project als daaruit blijkt dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.[4,5]
  Lid 4 geeft een uitzondering voor plannen of projecten die nodig zijn om dwingende redenen van groot openbaar belang en waarvoor geen alternatieven zijn; die kunnen vergund worden als er wel sprake is van significante gevolgen, mits de aantasting wordt gecompenseerd. Dit is de zogenaamde "ADC-toets".

In het nationale recht zijn artikel 6, lid 3 en 4, van de Habitatrichtlijn omgezet in artikel 2.7 en 2.8 van de Wet natuurbescherming (hierna: de Wnb).[6] Het bevoegd gezag voor de natuurvergunning is daarin neergelegd bij Gedeputeerde Staten van de provincie.[7]

---

2 Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake de instandhouding van wilde vogels.
3 Voor Vogelrichtlijngebieden volgt de verplichting om instandhoudingsmaatregelen te nemen uit artikel 3, lid 1 en lid 2, onder b, c en d, en 4, eerste lid, eerste volzin, en tweede lid van de Vogelrichtlijn. Voor artikel 6, lid 2 t/m 4 is in artikel 7 van de Habitatrichtlijn bepaald dat deze ook direct van toepassing zijn op Vogelrichtlijngebieden.
4 De verplichting om een passende beoordeling te maken en alleen te vergunning wanneer er geen significante gevolgen zijn, geldt niet voor een plan of project dat "direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied". Dat laatste moet dan gerelateerd worden aan de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied.
5 De toets of de natuurlijke kenmerken van een gebied worden aangetast, is in de praktijk dezelfde toets als die op significante gevolgen in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen.
6 Per 1 januari 2024 is projecttoets geregeld in artikel 5.1, lid 1, onder e en 16.53c van de Omgevingswet en artikel 8.74b van het Besluit Kwaliteit leefomgeving. De plantoets staat in artikel 16.53c van de Omgevingswet en artikel 10.24 van het Besluit kwaliteit leefomgeving.
7 In het Besluit natuurbescherming zijn specifieke categorieën aangewezen waarin de minister voor NenS het bevoegd gezag is, bijvoorbeeld als het gaat om primaire waterkeringen, militaire terreinen, oefengebieden of luchthavens en de luchthaven Schiphol en overige luchthavens van nationale betekenis.

Artikel 6, lid 1 en 2, van de Habitatrichtlijn zijn primair in artikel 2.2 Wnb geïmplementeerd (verplichting Gedeputeerde Staten om instandhoudings- en passende maatregelen te nemen). Relevant zijn echter ook artikel 2.4 en (het in uw vraag genoemde) artikel 5.4 Wnb.
Artikel 2.4 Wnb bevat de "aanschrijvingsbevoegdheid" voor Gedeputeerde Staten; wanneer dat nodig is voor een Natura 2000-gebied leggen zij degene die in hun provincie een handeling verricht verplichtingen op om (i) informatie te verstrekken, (ii) preventieve of herstelmaatregelen te treffen, (iii) de handeling overeenkomstig te geven voorschriften uit te voeren, of (iv) de handeling niet uit te voeren of te staken.[8] Artikel 5.4 is in feite de pendant van artikel 2.4, maar voor activiteiten die op grond van een natuurvergunning worden uitgevoerd. Artikel 5.4, lid 2, Wnb verplicht Gedeputeerde Staten om een natuurvergunning in te trekken of te wijzigen als dat nodig is als "passende maatregel" (dus om verslechtering te voorkomen). Artikel 5.4 Wet natuurbescherming is de grondslag voor een groot aantal "intrekkingsverzoeken" dat op dit moment door belangengroepen wordt gedaan.[9]

2 *Stikstofdepositie in het juridisch kader*

Uit het juridisch kader volgt dus dat voor een plan of project moet worden getoetst of het significante gevolgen kan hebben voor de aangewezen habitattypen of habitats van soorten/leefgebieden van aangewezen vogelsoorten van een Natura 2000-gebied. Wanneer sprake is van een plan of project waarbij stikstofverbindingen vrijkomen (in de praktijk stikstofoxiden ("NO_x") en ammoniak ("NH_3")), kunnen die emissies leiden tot deposities van stikstof in Natura 2000-gebieden. Wanneer reeds overbelaste stikstofgevoelige habtitattypen of habitats/leefgebieden te maken krijgen met zo'n toename van stikstofdepositie kan dat significante gevolgen hebben. Of dat zo is, is een ecologische vraag.

> Het is dus niet zo dat elke toename van stikstofdepositie op een overbelast habitattype of habitat/leefgebied, per definitie tot significante gevolgen leidt. Uit de rechtspraak volgt dat dit moet worden vastgesteld in ecologisch onderzoek dat op het plan/project, de specifieke beschermde natuurwaarden en de zich daar voordoende situatie is toegesneden. Soms zijn significante gevolgen al op voorhand uit te sluiten, in een zogenaamde voortoets.[10] En soms blijkt uit een passende beoordeling dat ondanks een toename in stikstofdepositie in het specifieke geval significante gevolgen kunnen worden uitgesloten.[11] Daarbij is wel van belang dat aan artikel 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn een strikt voorzorgsbeginsel ten grondslag ligt. Dat betekent

---

8 Per 1 januari 2024 volgt de (individuele) aanschrijvingsbevoegdheid uit artikel 11.9 in combinatie met artikel 11.6 van het Besluit activiteiten leefomgeving.
9 Per 1 januari 2024 intrekkingsverplichting uit artikel 8.103 van het Besluit kwaliteit leefomgeving.
10 Zie bijvoorbeeld AbRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129 (*Porthos II*), o. 15.11.
11 Zie bijvoorbeeld AbRvS 21 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2752 (*Maritieme Servicehaven Noordelijk Flevoland*) o. 16.3 en 16.4.

> dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel mag bestaan dat significante gevolgen uitblijven.[12]

Om een ecologische beoordeling uit te kunnen voeren, moet eerst in kaart zijn gebracht of een plan of project leidt tot een toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitattypen of habitats/leefgebieden en zo ja, in welke mate. Als het om stikstofdepositie gaat van een afzonderlijk plan of project, moet daarvoor een berekening worden uitgevoerd. Het gaat bij toestemmingverlening normaal gesproken om toekomstige activiteiten. Er kan dus nog geen stikstofdepositie vanwege het plan of project worden gemeten. Bovendien is het meten van de toename van stikstofdepositie van een afzonderlijk plan of project in de praktijk geen optie. Het voorzorgsbeginsel vereist dat voor ieder stukje stikstofgevoelige Natura 2000 in beeld is wat het effect op de stikstofdepositie is. Er zouden dan dus overal meetpunten moeten worden geplaatst. En zelfs dan kan daar alleen een totaal aan depositie worden gemeten, en kan niet worden herleid welk deel daarvan van welk specifiek plan of project komt.[13]

Dat laatste geldt ook in het geval dat (een verzoek tot) intrekking van een natuurvergunning aan de orde is met als doel om de overbelasting door stikstof van Natura 2000 af te laten nemen. Er moet dan inzichtelijk zijn welke bijdrage de betreffende activiteit aan de totale belasting levert. Dat zal moeten worden berekend.

3 *AERIUS Calculator*

AERIUS is een publiek toegankelijk ICT-instrument dat sinds 2015 wordt gebruikt ter ondersteuning van toestemmingverlening in het kader van aanvankelijk de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw) en nu de Wnb. Het RIVM beheert het programma in opdracht van het ministerie van LNV. Het instrument bestaat uit verschillende modules. AERIUS Calculator is de 'rekenmachine' waarmee de depositiebijdrage van een plan of project inzichtelijk kan worden gemaakt, AERIUS Monitor biedt informatie over de totale stikstofbelasting op de beschermde natuurgebieden en de herkomst van deze depositie en AERIUS Register geeft bevoegde gezagen de mogelijkheid om vrijgemaakte depositieruimte toe te delen aan nieuwe vergunningen.

Stikstofberekeningen voor een plan of project worden gemaakt met AERIUS Calculator. Dat is voorgeschreven in artikel 2.1, lid 1, van de Regeling natuurbescherming.[14] Op basis van deze bepaling wordt AERIUS Calculator ook gebruikt voor stikstofberekeningen in het geval dat een verzoek om intrekking van een natuurvergunning moet worden beoordeeld en dus in beeld moet worden gebracht voor hoeveel depositie het betreffende project zorgt.

---

[12] AbRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:3159 (*Porthos I*), o. 31.5.
[13] Het RIVM meet en monitort de totale stikstofdepositie van stikstof met ruim 300 meetpunten in Natura 2000-gebieden. Deze metingen worden gebruikt om de berekeningen te controleren en te verbeteren.
[14] Per 1 januari 2024 schrijft de Omgevingsregeling het gebruik van AERIUS Calculator voor.

In AERIUS Calculator wordt de voor de berekening benodigde informatie over het plan of project ingevoerd. Het is vanzelfsprekend van belang dat dit zorgvuldig en correct gebeurt. Ook moet inzichtelijk zijn wat de gebruikte gegevens en aannames zijn en welke keuzes daarin gemaakt zijn. Dat is van belang voor de rechtsbescherming van derden en de eventuele toets door de rechter.

Op grond van de ingevoerde informatie over het plan of project berekent AERIUS Calculator of het plan of project leidt tot stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitattypen of habitats/leefgebieden. AERIUS Calculator roept hiervoor onderliggende rekenmodellen aan. Deze modellen zijn Standaard Rekenmethode 2 (SRM-2) voor wegverkeer op korte afstand en het Operationele Prioritaire Stoffen model (OPS) voor alle andere emissiebronnen. Deze wetenschappelijke modellen worden beheerd en continu door het RIVM doorontwikkeld voor onder andere het gebruik in AERIUS.

AERIUS Calculator toont de resultaten van een berekening standaard op alle beschermde natuur waar de achtergronddepositie de kritische depositiewaarde nadert (tot 70 mol onder die waarde) of overschrijdt, voor zover de resultaten binnen het toepassingsbereik van de modellen vallen. AERIUS Calculator toont alleen een depositie voor zover de bijdrage minimaal 0,01 mol N/ha/jaar[15] is en de locatie binnen 25 kilometer van de emissiebron ligt. AERIUS Calculator berekent de depositie op vaste rekenpunten, waarbij het rekenresultaat wordt toegeschreven aan een oppervlakte van één hectare rondom dat rekenpunt (een zogenoemde "hexagoon"). De gebruiker kan ervoor kiezen om de berekening op andere locaties uit te voeren, bijvoorbeeld op alle beschermde (stikstofgevoelige) natuur in Nederland. Het toepassingsbereik blijft hierbij ongewijzigd en het detailniveau van de berekening is altijd 1 hectare.

> Op dit punt is het goed te benadrukken dat AERIUS Calculator een hulpmiddel is bij de besluitvorming op een aanvraag om een natuurvergunning. Het enkele feit dat een toename van stikstofdepositie op een overbelast habitattype of habitat/leefgebied van een soort wordt berekend, betekent als gezegd niet dat een project per definitie significante gevolgen kan hebben. Dat moet in een ecologische beoordeling worden beoordeeld.[16]

---

15 Stikstofdepositie wordt uitgedrukt in "mol" (meervoud: molen), de eenheid voor chemische hoeveelheid.

16 Ook bij een toename van stikstofdepositie kan uit een voortoets blijken dat significante gevolgen op voorhand uit te sluiten zijn, zie AbRvS 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129 (*Porthos II*). Als dat niet kan, is het ook mogelijk dat uit een passende beoordeling alsnog blijkt dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, zie bijv. AbRvS 21 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2752 (*Maritieme Service Haven*), o. 16.4.

4 *De juridische toets van het gebruik van modellen in besluitvorming*

In besluitvorming in het omgevingsrecht, waar het gaat om het toestaan van plannen of projecten, wordt gebruikgemaakt van berekeningen met modellen. Denk aan berekeningen van toekomstige verkeerseffecten met verkeersmodellen en effecten op afzonderlijke milieuaspecten zoals geluidberekeningen, luchtkwaliteitsberekeningen. Het is daarbij vaste rechtspraak dat modellen naar hun aard niet meer dan een benadering van de redelijkerwijs te verwachten werkelijkheid kunnen weergeven.[17] De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) overweegt tegenwoordig standaard als volgt:[18]

> "De Afdeling overweegt dat modellen noodzakelijkerwijs een abstractie van de te verwachten werkelijkheid weergeven. De validiteit van een model wordt pas aangetast wanneer de uitkomsten te zeer afwijken van de redelijkerwijs te verwachten werkelijkheid."

Voor AERIUS Calculator legt de Afdeling geen andere toets aan.[19]

De concrete toets die de bestuursrechter uitvoert naar de validiteit van een model, geschiedt aan de hand van de beroepsgronden. Er is dus ook geen uitspraak voor handen waarin de Afdeling AERIUS Calculator in algemene zin "goedkeurt". Daarbij komt bovendien dat AERIUS Calculator, als gezegd, constant door ontwikkelt en daarbij aandachtspunten kunnen worden geadresseerd.

De toets door de Afdeling sluit aan bij de eisen die het Hof van Justitie stelt aan een passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project, namelijk dat de alle aspecten van het betrokken plan of project die de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kunnen brengen worden geïnventariseerd "rekening houdende met de beste wetenschappelijke kennis ter zake".[20]

De meest diepgaande toets van AERIUS Calculator heeft de Afdeling gedaan in de beroepsprocedure over het tracébesluit ViA15. In eerste instantie ging het er daarbij om dat AERIUS Calculator destijds voor wegverkeer een afkap legde bij 5 kilometer afstand van de weg. De Afdeling oordeelde destijds aan de hand van de beroepsgronden op dit punt dat die afkap onvoldoende gemotiveerd was.[21] Hierop is in opdracht van het ministerie van LNV door onder meer RIVM en TNO onderzoek verricht naar de maximale rekenafstand van voor depositieberekeningen met AERIUS Calculator. Op basis van het uitgevoerde onderzoek is de conclusie dat de maximale

---

17 Zie bijvoorbeeld AbRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4081 (*Tracébesluit Westrandweg*), o. 2.12.7.
18 Zie AbRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3720 (*bp. Vlaardingen*), o. 5.2. Zie recent bijvoorbeeld AbRvS 11 oktober 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3766 (*bp. Enschede*), o. 9.2.
19 AbRvS 10 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1829 (*bp. Warmtetransportleiding Vlaardingen-Den Haag*), o. 31.5 en AbRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299 (*tracébesluit ViA15 II*), o. 25.1.
20 Zie HvJ EU 21 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans*), punt 51 en HvJ EU 25 juli 2018, ECLI:EU:2018:593 (*Grace & Sweetman*), punt 40
21 Zie AbRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105 (*tracébesluit ViA15 I*), o. 69.4.

rekenafstand voor AERIUS Calculator 25 kilometer is. De maximale rekenafstand is vervolgens gehanteerd in berekeningen voor het wijzigings-tracébesluit ViA15 van 2019. Naar aanleiding van de beroepen daartegen heeft de Afdeling een indringende toets gedaan – mede op basis van een verslag van haar vaste deskundige STAB (Stichting Advisering Bestuursrechtspraak) – waarin een groot aantal bezwaren tegen AERIUS Calculator is behandeld. Het ging dan om de maximale rekenafstand van 25 kilometer, maar ook om het verwijt dat het SRM2-model niet geschikt zou zijn omdat een dubbele depletiecorrectie zou worden toegepast, geen rekening wordt gehouden met natte depositie en niet op een juiste wijze rekening zou worden gehouden met de depositiesnelheid. Het debat over deze onderwerpen is gezien de technische aard ervan logischerwijs gevoerd op basis van de inbreng van een groot aantal inhoudelijk deskundigen. De Afdeling heeft deze bezwaren verworpen en het tracébesluit ViA15 dat gebaseerd was op berekeningen met AERIUS Calculator (versie 2021) in stand gelaten. Al hetgeen is aangevoerd leidt de Afdeling niet tot de conclusie dat AERIUS Calculator niet gebaseerd is op de beste wetenschappelijke kennis ter zake.[22]

Op dit moment is de juridische stand van zaken dus dat AERIUS Calculator geschikt is voor depositieberekeningen in het kader van toestemmingverlening individuele plannen en projecten. Daarbij geldt de opmerking dat tegen elk besluit opnieuw rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, en dus ook opnieuw onderbouwde bezwaren tegen de toepassing van AERIUS Calculator naar voren kunnen worden gebracht. Ik wijs bijvoorbeeld op de discussie over een hogere rekenkundige ondergrens dan 0,01 mol N/ha/jaar. De Minister voor Natuur en Stikstof heeft eerder naar aanleiding van het onderzoek "Afbakening in de modellering van depositiebijdragen van individuele projectbijdragen (Fase 2)" van TNO van april 2022 – dat in opdracht van het ministerie was uitgevoerd – aan de Tweede Kamer bericht dat er op korte termijn geen ruimte lijkt voor een hogere rekenkundige ondergrens.[23] In oktober jl. heeft De Nieuwe Denktank een rapport opgeleverd waarin wordt betoogd dat AERIUS Calculator een rekenkundige ondergrens heeft van minimaal 1 mol N/ha/jaar.[24] De onderbouwing daarvan is een technisch-modelmatige. Of dat betoog gevolgd kan worden, is een vraag die ik als jurist niet kan beantwoorden.

Dat brengt mij bij de algemene beschouwing dat uw vraag of AERIUS Calculator geschikt is voor depositieberekeningen in het kader van toestemmingverlening voor projecten of voor besluitvorming over intrekking van individuele natuurvergunningen, uiteindelijk een vraag is die door inhoudelijk deskundigen moet worden beantwoord. De Minister voor Natuur en Stikstof heeft aan de Tweede Kamer bericht dat zij een technische analyse heeft gevraagd aan RIVM.[25] Die analyse kan vervolgens weer een

---

22 AbRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1299 (*tracébesluit ViA15 II*).
23 Kamerbrief van 26 juli 2022 (Kamerstukken II, 2021-2022, 35 334, nr. 192.
24 Uit de stikstofcrisis, Verantwoord omgaan met onzekerheden, *De Nieuwe Denktank*, oktober 2023.
25 Kamerbrief van 6 april 2023, Kamerstukken II, 2022-2023, 34 682, nr. 158 en Kamerbrief van 30 juni 2023, Kamerstukken II, 2022-2023, 30 525, nr. 126.

rol spelen in een juridisch debat, maar het primaat waar het gaat om de geschiktheid van AERIUS Calculator ligt in de technisch-modelmatige onderbouwing.

Tot zover mijn advies.

Hoogachtend,
de landsadvocaat,
voor deze,

[redacted]