

# Inventarisatie juridisch kader Natura 2000

## *Langetermijnperspectief voor de natuur van het Schelde-estuarium*

Auteurs:

Prof. dr. Chris Backes (Universiteit Utrecht)

Mr. Joeri de Haas (Universiteit Utrecht)

Prof. dr. An Cliquet (Universiteit Gent)

Dr. Sean Parramore (Universiteit Gent)

30 april 2021



**UNIVERSITEIT  
GENT**



**Universiteit Utrecht**

## Inhoudsopgave

Afkortingen .....	6
Inleiding .....	7
<b>1 De aanwijzing van gebieden op grond van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn .....</b>	<b>11</b>
1.1 <i>Betekenis van de aanwijzingsverplichting anno 2021 – actualisering van aanwijzingen</i> .....	11
1.2 <i>De EU-rechtelijke randvoorwaarden voor de aanwijzing</i> .....	11
1.2.1 De randvoorwaarden op grond van art. 3 en art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn .....	11
1.2.2 De randvoorwaarden op grond van art. 4 Habitatrichtlijn .....	12
1.2.3 Implementatie in Nederland .....	14
1.2.4 Implementatie in Vlaanderen .....	15
1.3 <i>Samenvoegen van gebieden</i> .....	18
1.3.1 Implementatie in Nederland .....	19
1.3.2 Implementatie in Vlaanderen .....	19
1.4 <i>Instandhoudingsdoelstellingen</i> .....	20
1.4.1 EU-rechtelijke randvoorwaarden .....	20
1.4.2 Implementatie in Nederland .....	24
1.4.3 Implementatie in Vlaanderen .....	26
1.5 <i>Het wijzigen van aanwijzingen en van instandhoudingsdoelstellingen</i> .....	32
1.5.1 EU-rechtelijk kader .....	33
1.5.2 Implementatie in Nederland .....	35
1.5.3 Implementatie in Vlaanderen .....	36
<b>2. Verantwoordelijkheid van bestuursorganen voor de uitvoering van het beschermingsregime en het behalen van de instandhoudingsdoelen .....</b>	<b>40</b>
2.1 <i>Nederland</i> .....	40
2.1.1 Bevoegdheidsverdeling – vergunningverlening .....	40
2.1.2 Bevoegdheidsverdeling – zorgplicht natuurbescherming art. 1.12 Wnb .....	40
2.1.3 Bevoegdheidsverdeling – verantwoordelijkheid vaststellen beheerplan .....	41
2.2 <i>Vlaanderen</i> .....	42
2.2.1 Bevoegdheidsverdeling – definitie administratieve overheid .....	42
2.2.2 Bevoegdheidsverdeling – zorgplicht natuurbescherming & vergunningverlening .....	42
2.2.3 Bevoegdheidsverdeling – verantwoordelijkheid instandhoudingsmaatregelen & beheerplan vaststellen .....	43
<b>3. Verplichtingen met betrekking tot vogels: artikel 4 Vogelrichtlijn .....</b>	<b>44</b>
3.1 <i>Maatregelen voor het voortbestaan van (trek)vogels: artikel 4 lid 1 en lid 2</i> .....	44
3.2 <i>Artikel 4 lid 4 eerste volzin: verbod van wezenlijke vervuiling, verslechtering en verstoring</i> .....	44
<b>4. Instandhoudingsmaatregelen om bij te dragen aan een gunstige toestand van de beschermde habitats en soorten: artikel 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn .....</b>	<b>46</b>
4.1 <i>Betekenis van de verplichting om nodige instandhoudingsmaatregelen te treffen</i> .....	46
4.1.1 Toepassingsvereiste .....	46
4.1.2 Ruimtelijke werkingssfeer .....	47
4.2 <i>De criteria op grond van artikel 6 lid 1 Habitatrichtlijn</i> .....	47
4.2.1 EU-rechtelijke randvoorwaarden .....	47
4.2.1.1 Beheerplannen: instandhoudingsdoelstellingen en diens vereisten .....	47
4.2.1.2 Inhoud instandhoudingsmaatregelen .....	48

4.2.1.3	Inhoud van de noodzakelijke maatregelen of aard van de noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen .....	48
4.2.1.4	Geen beoordelingsmarge of noodzakelijke maatregelen getroffen worden .....	49
4.2.1.5	Vereiste van effectieve implementatie .....	49
4.2.2	Implementatie in Nederland .....	49
4.2.3	Implementatie in Vlaanderen .....	50
<b>5.</b>	<b>Het verbod tot verslechtering van de kwaliteit van de aangewezen Natura 2000-gebieden: artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn .....</b>	<b>56</b>
5.1	<i>Werkingsfeer en toepassingsvereiste</i> .....	56
5.1.1	Voortdurende verplichting voor (lopende) activiteiten of gebeurtenissen .....	56
5.1.2	Onbedoelde en niet-menselijke activiteiten en gebeurtenissen .....	57
5.1.3	De “ <i>passende beschermingsmaatregelen</i> ” genoemd in artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn .....	57
5.2	<i>De criteria op grond van artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn</i> .....	58
5.2.1	EU-rechtelijke randvoorwaarden .....	58
5.2.1.1	Passende maatregelen moeten concreet, coherent en volledig zijn .....	58
5.2.1.2	Beoordelingsmarge voor passende maatregelen en resultaatsverplichting .....	58
5.2.1.3	Bepaling van verstoring en verslechtering die significant is .....	59
5.2.1.4	De onderzoeksverplichting onder artikel 6 lid 2 volgt art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn .....	59
5.2.1.5	Onderscheid tussen artikel 6 lid 2-3 en hoe een schending van artikel 6 lid 3 geen schending van artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn uitsluit .....	60
5.2.2	Implementatie in Nederland .....	61
5.2.3	Implementatie in Vlaanderen .....	64
<b>6.</b>	<b>Het juridisch kader voor de toelating van toekomstige activiteiten (plannen en projecten): art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn .....</b>	<b>67</b>
6.1	<i>Inleidende opmerkingen</i> .....	67
6.2	<i>Verhouding van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn tot artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn</i> .....	67
6.3	<i>Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn</i> .....	68
6.3.1	Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: Europeesrechtelijk kader .....	68
6.3.2	Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: implementatie in Nederland .....	69
6.3.3	Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: implementatie in Vlaanderen .....	70
6.4	<i>Plan of project</i> .....	71
6.4.1	Plan .....	71
6.4.1.1	Plan: Europeesrechtelijk kader .....	71
6.4.1.2	Plan: implementatie in Nederland .....	72
6.4.1.3	Plan: implementatie in Vlaanderen .....	74
6.4.2	Project .....	75
6.4.2.1	Project: Europeesrechtelijk kader .....	75
6.4.2.2	Project: implementatie in Nederland .....	78
6.4.2.3	Project: implementatie in Vlaanderen .....	83
6.4.3	Cumulatie plannen/projecten .....	84
6.4.3.1	Cumulatie plannen/projecten: Europeesrechtelijk kader .....	84
6.4.3.2	Cumulatie plannen/projecten: implementatie in Nederland .....	85
6.4.3.3	Cumulatie plannen/projecten: implementatie in Vlaanderen .....	87
6.5	<i>Eerste fase</i> .....	88
6.5.1	De termen ‘significante gevolgen’ en ‘aantasting van natuurlijke kenmerken’ .....	88
6.5.1.1	De termen ‘significante gevolgen’ en ‘aantasting van natuurlijke kenmerken’: Europeesrechtelijk kader .....	88
6.5.1.2	Significante gevolgen: implementatie in Nederland .....	89
6.5.1.3	Significante gevolgen: implementatie in Vlaanderen .....	91
6.5.2	Inhoud passende beoordeling .....	93
6.5.2.1	Inhoud passende beoordeling: Europeesrechtelijk kader .....	93

6.5.2.2	Passende beoordeling: implementatie in Nederland .....	94
6.5.2.3	Passende beoordeling: implementatie in Vlaanderen .....	96
6.6	<i>Tweede fase: Eisen aan toestemmingverlening .....</i>	96
6.6.1	Tweede fase: Eisen aan toestemmingverlening: Europeesrechtelijk kader.....	96
6.6.3	Toestemmingverlening: implementatie in Nederland .....	97
6.6.4	Toestemmingverlening: implementatie in Vlaanderen.....	98
6.7	<i>Beschermings-/mitigerende maatregelen bij de passende beoordeling .....</i>	98
6.7.1	Beschermings-/mitigerende maatregelen .....	99
6.7.2	Beschermings-/mitigerende maatregelen: Europeesrechtelijk kader .....	99
6.7.2.1	Beschermings-/mitigerende maatregelen: implementatie in Nederland .....	101
6.7.2.2	Beschermings-/mitigerende maatregelen: implementatie in Vlaanderen.....	102
6.7.3	Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – programma.....	102
6.7.3.1	PAS: Europeesrechtelijke toelaatbaarheid programma .....	102
6.7.3.2	PAS – toelaatbaarheid programma: implementatie in Nederland.....	103
6.7.3.3	PAS – toelaatbaarheid programma: implementatie in Vlaanderen .....	104
6.7.4	Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS .....	105
6.7.4.1	Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – Europeesrechtelijke eisen .....	105
6.7.4.2	Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – implementatie in Nederland .....	105
6.7.4.3	Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – implementatie in Vlaanderen.....	108
<b>7</b>	<b>De randvoorwaarden voor het bij wijze van uitzondering kunnen toestaan van mogelijk schadelijke plannen en projecten: artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn .....</b>	<b>110</b>
7.1	<i>Algemeen.....</i>	110
7.2	<i>Geen minder schadelijke alternatieven .....</i>	110
7.2.1	Alternatieven: Europeesrechtelijk kader.....	110
7.2.2	Alternatieven: implementatie in Nederland .....	112
7.2.3	Alternatieven: implementatie in Vlaanderen.....	114
7.3	<i>Dwingende redenen van groot openbaar belang .....</i>	115
7.3.1	Dwingende redenen: Europeesrechtelijk kader .....	115
7.3.2	Dwingende redenen: implementatie in Nederland .....	116
7.3.3	Dwingende redenen: implementatie in Vlaanderen .....	118
7.4	<i>Compenserende maatregelen.....</i>	119
7.4.1	Compenserende maatregelen: Europeesrechtelijk kader.....	119
7.4.2	Compenserende maatregelen: implementatie in Nederland .....	121
7.4.3	Compenserende maatregelen: implementatie in Vlaanderen.....	123
<b>8.</b>	<b>Opvallende verschillen en aandachtspunten voor het opstellen van een langetermijnvisie.....</b>	<b>126</b>
8.1	<i>Enkele opvallende verschillen in de interpretatie en toepassing van het Europeesrechtelijk kader tussen Vlaanderen en Nederland.....</i>	126
8.2	<i>Enkele aandachtspunten voor het opstellen van een langetermijnvisie.....</i>	127



## Afkortingen

Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (NL)
Amvb	algemene maatregel van bestuur
ANB	Agentschap voor Natuur en Bos
Art.	Artikel
Bl.Vl.Reg.	Besluit Vlaamse Regering
B.S.	Belgisch Staatsblad
Cie.	Europese Commissie
Decr.Vl.R.	Decreet Vlaamse Regering
GwH	Grondwettelijk Hof (BE)
HvJ EU / HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Unie
KDW	Kritische depositiewaarde
Parl. St.	Parlementaire stukken
M.v.T.	Memoire van Toelichting
Rb.	Rechtbank (NL)
RvS	Raad van State (BE)
RvVb	Raad voor Vergunningsbetwistingen
Vl. Parl.	Vlaams Parlement
Wnb	Wet natuurbescherming (NL)

## Inleiding

De Vlaams Nederlandse Scheldecommissie (VNSC) wil een komend langetermijnperspectief voor de natuur van het Schelde-estuarium opstellen. In dit kader heeft de Schelderaad gevraagd om een inventarisatie van het juridisch en beleidsmatig kader van de Natura2000-regelgeving en een heldere schets van het tegenwoordige natuurbeschermingsrechtelijke kader voor de Schelde. Het Nederlandse ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) heeft het op zich genomen deze inventarisatie te faciliteren. Het ministerie van LNV heeft daarom aan een consortium van de Universiteit Utrecht (Centre for Oceans, Water and Sustainability Law (UCWOSL)) en de Universiteit Gent (Centrum voor Milieu- en Energierecht) opdracht gegeven om een dergelijke schets te maken. Het onderhavige rapport is geschreven om een dergelijk overzicht te verschaffen.

### **Totstandkoming**

Het onderzoek berust op de analyse van schriftelijke bronnen over het juridisch kader, zoals wetgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie, handreikingen, aanwijzingsbesluiten en beleidskader en juridische literatuur. Het was niet de opdracht, en binnen de beperkte omvang van het onderzoek ook niet mogelijk, om concrete dossiers over projecten of plannen bij het onderzoek te betrekken.

Een concept van het onderzoeksrapport is besproken in de begeleidingscommissie. Deze begeleidingscommissie bestond uit ambtelijke vertegenwoordigers uit Nederland en Vlaanderen. Voorts is het concept ook voorgelegd aan de Schelderaad en aan de Projectgroep LTP-N. De onderzoekers zijn erkentelijk voor het commentaar dat zij hebben ontvangen op de conceptversie. Dit commentaar heeft zeker bijgedragen aan de kwaliteit van het rapport. De dagelijkse begeleiding van het rapport werd verzorgd door het ministerie van LNV. De onderzoekers danken voor de goede samenwerking hierbij.

### ***Functie van het rapport en betekenis van de kaders voor de drie pijlers (natuurlijkheid, toegankelijkheid en veiligheid) van de VNSC***

Om van nut te zijn bij het vaststellen van een volgende langetermijnvisie, maar ook als informatiebron voor besluitvorming en beleidsvorming in alle drie pijlers van het werk van de VNSC dient het rapport juridisch betrouwbaar te zijn en zo volledig mogelijk de vragen te beantwoorden die over het natuurbeschermingsrecht kunnen rijzen. Daarmee gaat ook gepaard dat het rapport voor een belangrijk deel een juridisch technisch taalgebruik moet hanteren. Een vertaling van de juridische kaders naar een meer beleidsmatig of bestuurlijk niveau zou alleen op hoofdlijnen mogelijk zijn zonder dat de juridische analyse haar scherpte en precisie verliest. Daarmee zou de hoofdfunctie van het rapport in gevaar komen en het zou niet meer kunnen dienen als toolbox die gebruikt kan worden voor toekomstige besluitvorming. De hoofddoelgroep van het rapport zijn dan ook lezers die enigszins vertrouwd zijn met het juridisch kader en de juridische aspecten van beleidsinitiatieven en voorgestelde besluitvorming moeten beoordelen. Het rapport geeft niet aan in welke richting zich het langetermijnperspectief zou moeten ontwikkelen en beantwoordt niet de vraag of bepaalde ontwikkelingsrichtingen juridisch mogelijk of verstandig zijn. Dat was ook niet gevraagd. Het zou uiteraard mogelijk zijn om uitspraken te doen hoe bepaalde beoogde ontwikkelingen in de pijlers natuurlijkheid, toegankelijkheid en veiligheid zich verhouden tot het juridisch kader. Dergelijke beoogde ontwikkelingen zijn echter niet voorgelegd. Dat ligt

ook niet voor de hand gezien het stadium waarin de ontwikkeling van het langetermijnperspectief zich bevindt. Uitspraken over mogelijke richtingen, visies en keuzes van maatregelen zullen pas kunnen worden gedaan als een concreter beeld is ontwikkeld van de samenwerking in het langetermijnperspectief natuur. Het onderhavige rapport biedt materiaal en werktuigen om richtingen te bepalen en maatregelen te voorzien. In een later stadium zou dan bekeken kunnen worden hoe bepaalde voorgestelde keuzes en maatregelen zich verhouden tot het juridisch kader.

In dit rapport staan de natuurbeschermingsrechtelijke regels centraal die op het Schelde-estuarium van toepassing zijn. Daarbij gaat het om de kaders voor aanwijzing, het beheer en vergunningverlening voor mogelijk schadelijke handelingen. Deze analyse zal plaatsvinden tegen de achtergrond van de drie pijlers (natuurlijkheid, toegankelijkheid en veiligheid) die bepalend zijn voor het werk van de Vlaams Nederlandse Scheldec commissie. Voor alle drie pijlers is dit kader in beginsel hetzelfde kader. De natuurbeschermingsrechtelijke regels zijn even randvoorwaardelijk voor het beleid tot bevordering van de natuurlijkheid, de toegankelijkheid en ook de veiligheid. Wel zullen onderdelen van dat kader bij de verschillende pijlers een verschillend intensieve rol spelen. Wij lichten dat toe met enkele voorbeelden. In de pijler toegankelijkheid spelen vragen als de toegankelijkheid van de havens, waaronder Antwerpen, voor schepen. Toekomstige activiteiten die nodig zijn om de toegang tot de havens voor grote schepen te verzekeren, zoals bijvoorbeeld baggeren als onderhoudswerk of een eventuele verdere verdieping zijn in juridische zin 'projecten of plannen' die zullen moeten worden getoetst aan het kader van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn en de omzetting daarvan in Vlaamse en Nederlandse wetgeving en mogelijk ook aan art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn waarin de mogelijkheid is verwoord om een activiteit onder bepaalde omstandigheden uit te voeren ofschoon zij mogelijk negatieve effecten op de natuurwaarden van het gebied heeft. Maatregelen om de veiligheid van het gebied te waarborgen en te verhogen kunnen vaak hand in hand gaan met het bevorderen van de doelstellingen die op grond van de natuurwetgeving moeten worden nagestreefd en bereikt. Dat geldt bijvoorbeeld voor het ruimte winnen voor de afvoer bij hoge waterstanden door ontpoldering. Het is dan belangrijk om goed te kijken naar de instandhoudingsdoelstellingen van de Natura 2000-gebieden (art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn) om zoveel mogelijk te komen tot 'win-win-situaties'. Maatregelen om de veiligheid te verhogen kunnen echter ook worden gecombineerd met bevordering van het toerisme en de beleving. In zo'n situatie kan mogelijk ook worden aangelopen tegen het juridisch kader voor plannen en projecten met mogelijk significante invloed op de instandhoudingsdoelstellingen (art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn). Dat zal echter minder vaak voorkomen dan een afstemming tussen veiligheidsmaatregelen en instandhoudingsmaatregelen (art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn). Maatregelen om de natuurlijkheid te herstellen of te behouden kunnen het vaakst worden geduid als instandhoudings- en herstelmaatregelen en hebben waarschijnlijk het sterkst met art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrichtlijn te maken. Ook hier kan echter het beoordelingskader voor nieuwe activiteiten uit art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn van toepassing zijn. Omdat voor alle drie pijlers alle onderdelen van het juridisch kader een belangrijke rol kunnen spelen, wordt in dit rapport geen nader onderscheid gemaakt tussen die verschillende doeleinden van het werk van de Scheldec commissie.



## **Afbakening**

Vertrekpunt van de analyse en beschrijving is het Europese natuurbeschermingsrecht. Meer concreet zijn dat de Vogelrichtlijn (Richtlijn 2009/147/EG) en de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG). Deze richtlijnen hebben een belangrijke uitwerking en concretisering gekregen in talrijke handreikingen en manuals van de Europese Commissie, maar vooral ook in een omvangrijke en inhoudelijk verstrekkende stroom van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Daarbij gaat het uiteraard niet alleen om rechtspraak met betrekking tot het Schelde-estuarium, zoals de arresten over de uitbouw van de Antwerpse haven (C-387/15) of de (niet) aanwijzing van de Leenheerenpolder (C-281/16), maar alle rechtspraak van het HvJ EU die voor de interpretatie van de toepasselijke richtlijnbevestigingen relevant is. Deze jurisprudentie leidt tot een zekere harmonisatie in de toepassing van het EU natuurbeschermingsrecht. Die harmonisatie is echter beperkt. Het blijkt dat uitspraken van het Hof van Justitie, zeker ook op het onderhavige terrein, in verschillende landen vaak verschillend geïnterpreteerd worden. Daarom wordt in het rapport ook beschreven hoe de hier aan de orde zijnde arresten van het Hof in Vlaanderen en Nederland worden geïnterpreteerd, voor zover dat uit publicaties blijkt.

Binnen de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn zijn niet alle delen even relevant voor het werk van de Scheldec commissie. Bepalend zijn een de volgende artikelen die betrekking hebben enerzijds op de verplichting tot aanwijzing van beschermde gebieden (Natura 2000-gebieden) en anderzijds het juridisch kader vormen voor de natuurbeschermingsrechtelijke verplichtingen in en rond de aangewezen gebieden:

- a. Aanwijzing gebieden:
  - Art. 4 lid 4 Vogelrichtlijn
  - Art. 4 Habitatrichtlijn
- b. Het juridisch kader voor de aangewezen Natura 2000-gebieden:
  - Art. 4 lid 1 en lid 2 Vogelrichtlijn
  - Art. 6 Habitatrichtlijn

Deze verschillende verplichtingen hebben de structuur van het rapport bepaald.

In de praktijk, en ook voor het doel van een nieuw langetermijnperspectief, zijn de internationaal natuurbeschermingsrechtelijke kaders,<sup>1</sup> zoals het Verdrag van Bern, het Verdrag van Bonn, de Ramsar Conventie etc. van minder belang dan de Europeesrechtelijke kaders. Dat heeft ten minste twee redenen. Ten eerste zijn die internationaalrechtelijke kaders in de EU voor het belangrijkste deel geïmplementeerd via de twee genoemde richtlijnen, en wel onafhankelijk van de vraag of de EU formeel partij bij het desbetreffende verdrag is of niet. Ten tweede, mede als gevolg daarvan, is een direct beroep op deze verdragen niet mogelijk voor zover de EU partij is en zij zijn omgezet in een EU richtlijn. Het internationale natuurbeschermingsrecht komt daarom ook slechts bij hoge uitzondering expliciet aan de orde indien dat belangrijk is voor de interpretatie van het Europese (natuurbeschermings)recht. Er zal daarom geen volledig overzicht over alle uit de verdragen theoretisch, zonder rekening te houden met de EU-richtlijnen, voortvloeiende verplichtingen worden gegeven.

---

<sup>1</sup> Internationaal natuurbeschermingsrecht komt vaak in 'grotere' kaders tot stand dan het EU-recht, bijvoorbeeld in UN-verband of binnen de Raad van Europa (waartoe 47 landen behoren), maar kan ook een veel kleinere schaal hebben dan de EU. De Scheldevrdragten zelf zijn daar een goed voorbeeld voor.

De EU-rechtelijke kaders zijn op nationaal (Nederland) en gewestelijk niveau (Vlaanderen) nader ingevuld door wetgeving, beleidsdocumenten en rechtspraak. Ook daarbij blijkt deels een verschillende interpretatie van de EU wetgeving, jurisprudentie en beleidskaders. Ook deze nationale en gewestelijke invulling zal in kaart worden gebracht en vergeleken worden geanalyseerd.

Het rapport volgt, om bovengenoemde redenen, de opbouw van het Europees juridisch kader. Eerst wordt het kader voor de verplichtingen tot aanwijzing en aanmelding van Natura 2000-gebieden behandeld (deel 1). Vervolgens gaan wij in op de verantwoordelijke bestuursorganen (deel 2), de algemene beschermingsverplichtingen uit art. 4 Vogelrichtlijn (deel 3) en art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn (deel 4). In deel 5 komt het zogenoemde 'verslechteringsverbod' aan de orde (art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn). Het kader voor het vaststellen van plannen en het toelaten van projecten komt in de delen 6 (art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn), respectievelijk 7 (art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn) aan de orde. Het rapport wordt afgesloten met het memoreren van enkele opvallende verschillen in de interpretatie en toepassing van het EU-rechtelijk kader tussen Vlaanderen en Nederland en het benoemen van enkele aandachtspunten voor het opstellen van de langetermijnvisie (8).

## **1 De aanwijzing van gebieden op grond van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn**

### **1.1 Betekenis van de aanwijzingsverplichting anno 2021 – actualisering van aanwijzingen**

Aan de verplichting tot aanwijzing van beschermde zones op grond van art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn moest, in theorie, twee jaar na inwerkingtreding van de richtlijn in 1979, dus in 1981, zijn voldaan. De melding van de potentiële beschermingszones op grond van de Habitatrictlijn moest in 1995 zijn gebeurd, de daaropvolgende communautaire lijst zou in 1998 moeten zijn vastgesteld en de daarop genoemde gebieden zouden uiterlijk in 2004 moeten zijn aangewezen (zie art. 4 Habitatrictlijn). Het heeft allemaal wat langer geduurd, maar inmiddels is het aanwijzingsproces vrijwel afgesloten.

Toch blijft het juridisch kader van de aanwijzingsverplichtingen ook voor het toekomstige bestuur en beheer van de Schelderegio van belang. Ten eerste gaat het bij de aanwijzingsverplichting om een permanente en niet om een eenmalige verplichting. Nieuwe ecologische gegevens, bijvoorbeeld het zich vestigen van vogelsoorten in gebieden waar dat voorheen niet het geval was of het ontstaan van te beschermen habitats waar die voorheen niet waren, kan de verplichting tot het aanmelden of aanwijzen van nieuwe gebieden tot gevolg hebben.<sup>2</sup> Zo is de communautaire lijst van in de Atlantische regio (waaronder de Schelderegio valt) aan te wijzen gebieden sinds 2004 inmiddels ook 13 keer geactualiseerd. De laatste actualisatie stamt van 14 maart 2020.<sup>3</sup> Daarom moeten de criteria voor de aanmelding en aanwijzing toch kort besproken worden (hierna paragraaf 1.2) Daarenboven kan overwogen worden bestaande gebieden samen te voegen, al dan niet gedeeltelijk te schrappen of de instandhoudingsdoelstellingen daarvan te wijzigen of te schrappen. Ook de daarvoor geldende juridische kaders moeten besproken worden (hierna paragrafen 1.3 en 1.5).

### **1.2 De EU-rechtelijke randvoorwaarden voor de aanwijzing**

#### **1.2.1 De randvoorwaarden op grond van art. 3 en art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn**

Art. 3 Vogelrichtlijn verplicht de lidstaten om alle nodige maatregelen te nemen om voor de bedoelde soorten een voldoende gevarieerdheid van leefgebieden en een voldoende omvang daarvan te beschermen, in stand te houden of te herstellen. Dat kan door de aanwijzing van beschermde gebieden, maar ook door andere maatregelen geschieden.<sup>4</sup> Andersom kunnen de lidstaten zich aan de verplichtingen tot het aanwijzen van beschermingszones op grond van art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn echter niet onttrekken door andere speciale beschermingsmaatregelen te treffen.<sup>5</sup> Op grond van art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn moeten de lidstaten voor de leefgebieden van in bijlage 1 bij de richtlijn vermelde soorten en voor de geregeld voorkomende trekvogelsoorten (zie art. 4 lid 2) maatregelen nemen zodat ‘deze soorten daar waar zij nu voorkomen kunnen voortbestaan en zich kunnen voortplanten’. De aanwijzing van speciale vogelbeschermingszones (die vervolgens tot de Natura 2000-gebieden

<sup>2</sup> HvJ EG 23 maart 2006, C-209/04, ECLI:EU:C:2006:195 (*Cie. vs. Republiek Oostenrijk*), r.o. 42-44.

<sup>3</sup> Besluit Europese Commissie van 14 maart 2020, (EU) 2020/495.

<sup>4</sup> Zie HvJ EG 13 juni 2002, C-117/00, ECLI:EU:C:2002:366 (*Cie. vs. Ierland*).

<sup>5</sup> HvJ 2 augustus 1993, C-355/90, ECLI:EU:C:1993:331 (*Cie. vs. Spanje*) en HvJ EG 19 mei 1998, C-3/96, ECLI:EU:C:1998:238 (*Cie. vs. Nederland*).

behoren) is één van de mogelijke maatregelen die moeten worden genomen om aan deze verplichting te voldoen (zie de derde volzin van art. 4 lid 1 ‘...met name’). Maar lidstaten moeten ook andere maatregelen nemen, ook voor leefgebieden waarin de soorten voorkomen, maar die niet tot de ‘meest geschikte’ leefgebieden behoren. Deze verplichting om leefgebieden ook dan van een zekere bescherming te voorzien als daarin de soorten die in bijlage I genoemd zijn voorkomen, maar die niet tot de meest geschikte gebieden behoren die als vogelbeschermingszone moeten worden aangewezen, heeft tot nu toe in de jurisprudentie van het Hof van Justitie geen en ook bij de Europese Commissie en de lidstaten zo goed als geen aandacht en uitwerking gevonden. Wij voorzien deze verplichting daarom hier niet van een nadere bespreking.

Zodra in een lidstaat een in bijlage I vermelde soort voorkomt (en wel ‘een significant aantal individuen’<sup>6</sup>), moeten de lidstaten de daarvoor ‘meest geschikte gebieden’ aanwijzen.<sup>7</sup> De aanwijzingsplicht geldt voorts voor de geregeld voorkomende trekvogelsoorten. Bij de aanwijzing van vogelbeschermingszones mogen uitsluitend ornithologische criteria een rol spelen. Economische redenen kunnen geen uitzondering op een ornithologisch noodzakelijke aanwijzing rechtvaardigen en hebben ook geen invloed op de begrenzing van een gebied.<sup>8</sup> Wel hebben de lidstaten enige beoordelingsruimte bij de toepassing van de ornithologische criteria welke gebieden nu de meest geschikte zijn.<sup>9</sup> Daarbij komt aan de zogenaamde IBA-lijsten (IBA staat voor Important Bird Areas) een vermoeden van bewijs toe.<sup>10</sup> De Vogelrichtlijn bevat geen bepalingen over de aanwijzingsprocedure. Dat is dus aan de lidstaten overgelaten. Nationale aanwijzingsbesluiten moeten aan de Europese Commissie worden meegedeeld. Indien gebieden ten onrechte niet zijn aangewezen, geldt voor hen toch de noodzaak om op grond van art. 4 lid 4 Vogelrichtlijn beschermingsmaatregelen te nemen alsof het gebied ware aangewezen (zogenoemde feitelijke vogelbeschermingsgebieden).<sup>11</sup> Art. 7 Habitatrichtlijn heeft geen betrekking op dergelijke feitelijk aangewezen gebieden, maar slechts op de daadwerkelijk aangewezen gebieden.<sup>12</sup>

### 1.2.2 De randvoorwaarden op grond van art. 4 Habitatrichtlijn

Anders dan de Vogelrichtlijn bevat de Habitatrichtlijn wel een uitgebreide procedure ter voorbereiding van het uiteindelijke nationale aanwijzingsbesluit. Deze procedure is neergelegd in art. 4 van de richtlijn. De eerste fase van de aanwijzingsprocedure omvat de aanmelding bij de Europese Commissie van gebieden die, gezien hun gesteldheid, voor aanwijzing in aanmerking zouden kunnen komen (art. 4 lid 1 Habitatrichtlijn). Het gaat daarbij om alle gebieden waarop de typen habitats van Bijlage I bij de richtlijn en de soorten bij Bijlage II van de richtlijn in meer dan verwaarloosbare mate voorkomen. Bijlage III bij de richtlijn bevat

---

<sup>6</sup> HvJ EG 28 juni 2007, C-235/04, ECLI:EU:C:2007:386 (*Cie. vs. Spanje*).

<sup>7</sup> HvJ EG 19 mei 1998, C-3/96, ECLI:EU:C:1998:238 (*Cie. vs. Nederland*) en HvJ EG 13 december 2007, C-418/04, ECLI:EU:C:2007:780 (*Cie. vs. Ierland*).

<sup>8</sup> HvJ EG 11 juli 1996, C-44/95, ECLI:EU:C:1996:297 (*Regina vs. Secretary of State for the Environment*).

<sup>9</sup> HvJ EU 23 maart 2006, C-209/04, EU:C:2006:195 (*Cie. vs. Oostenrijk*).

<sup>10</sup> De criteria voor aanwijzing kwamen voor het eerst aan de orde in het arrest van HvJ EG 11 juli 1996, C-44/95, ECLI:EU:C:1996:297 (*Regina vs. Secretary of State for the Environment*). In een arrest HvJ EG 19 mei 1998, C-3/96, ECLI:EU:C:1998:238 (*Cie. vs. Nederland*) ging het HvJ EU expliciet in op de betekenis van de IBA-lijst. Zie ook HvJ EG 25 oktober 2007, C-334/04, ECLI:EU:C:2007:628 (*Cie. vs. Griekenland*) en HvJ EG 13 december 2007, C-418/04 (*Cie. vs. Ierland*) over de herziene lijst IBA 2000. Zie ook meer recent HvJ EU 14 januari 2016, C-141/14, ECLI:EU:C:2016:8 (*Cie. vs. Bulgarije*).

<sup>11</sup> Zie bijv. HvJ EG 2 augustus 1993, C-355/90, ECLI:EU:C:1993:331 (*Santaña*).

<sup>12</sup> HvJ EG 18 december 2007, C-186/06, ECLI:EU:C:2007:813 (*Cie. vs. Spanje*).

nadere criteria hiervoor.<sup>13</sup> Het is van belang op te merken dat het beschermingsregime van de Habitatrichtlijn is gericht op specifieke in de bijlagen aangegeven natuurlijke habitats en soorten. Bij de aanmelding mogen, evenals dat bij de aanwijzing van speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn het geval is, uitsluitend ecologische criteria een rol spelen.<sup>14</sup>

De tweede fase van de aanwijzingsprocedure betreft de vaststelling door de Commissie van een lijst met gebieden die van EU belang zijn (art. 4, tweede lid, Habitatrichtlijn). Of een gebied van Europees belang is hangt af van de bijdrage die het levert aan het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van een natuurlijke habitat en/of soort en/of de coherentie van het Europese ecologische netwerk Natura 2000. Dat netwerk bestaat uit Vogelrichtlijngebieden en Habitatrichtlijngebieden. Ook voor het vaststellen van de EU lijst bevat Bijlage III bij de richtlijn een aantal criteria. Indien de Europese Commissie van mening is dat een lidstaat heeft nagelaten een gebied aan te melden dat een prioritair habitat<sup>15</sup> bevat, kan zij een procedure overeenkomstig art. 5 Habitatrichtlijn opstarten met als doel het gebied uiteindelijk toch in de EU-lijst te kunnen opnemen. Ook voor het overige kan de Commissie in overleg treden met een lidstaat als zij van opvatting is dat onvoldoende gebieden werden gemeld. Dat gebeurde in het verleden bijvoorbeeld ook met betrekking tot (onder meer) Nederland (zie paragraaf 1.2.3.) en Vlaanderen (zie paragraaf 1.2.4.). De Europese lijst werd vastgesteld (en wordt zo nodig herzien) per zogenaamde biogeografische regio. Feitelijk wordt regelmatig een update van de lijst gepubliceerd.<sup>16</sup> In de laatste fase van de aanwijzingsprocedure dienen alle op deze EU lijst geplaatste speciale beschermingszones door de lidstaten te worden aangewezen (art. 4, vierde lid Habitatrichtlijn). Ook in deze fase mag dus geen rekening worden gehouden met andere dan ecologische aspecten.<sup>17</sup> De richtlijn schrijft niet expliciet voor om in een aanwijzingsbesluit ook de instandhoudingsdoelstellingen op te nemen en voor ieder habitatype of iedere soort waarvoor het gebied is aangewezen de instandhoudingsdoelen te specificeren.<sup>18</sup> De instandhoudingsdoelstellingen spelen echter wel een essentiële rol bij het beheer van de gebieden en ook bij de toetsing van plannen en projecten. Daarom zullen ze ergens duidelijk moeten worden vastgesteld.<sup>19</sup> Bovendien is van belang dat de gebieden volgens de opvatting van de Europese Commissie dienen te worden aangewezen ten behoeve van alle soorten en habitattypen die in de op de lijst opgenomen gebieden feitelijk in meer dan verwaarloosbare mate voorkomen en niet slechts voor soorten en habitattypen die, overeenkomstig de criteria op bijlage III, bepalend waren voor de melding van een gebied door de lidstaat en vervolgens voor de selectie door de Commissie samen met

---

<sup>13</sup> Voor de nadere invulling hiervan in Nederland zie Verbeek 2016, p. 106 en ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1239 (*Loevestein, Pompeveld & Kornsche Boezem*).

<sup>14</sup> HvJ EG 7 november 2000, C-371/98, ECLI:EU:C:2000:600 (*First Corporate Shipping*), AB 2001, 19 (m.nt. ChB), *MenR* 2001, 1.

<sup>15</sup> In de bijlagen I en II bij de Habitatrichtlijn zijn bepaalde soorten en habitattypes als 'prioritair' aangewezen. Dat heeft bepaalde rechtsplichten tot gevolg. Zo moet bijvoorbeeld de Europese Commissie om advies worden gevraagd indien een lidstaat een mogelijk significante aantasting van een habitat van een prioritaire soort of een prioritair habitatype wil toestaan.

<sup>16</sup> De meest recente update voor de Atlantische regio is te vinden in het Besluit Europese Commissie van 14 maart 2020, (EU) 2020/495.

Zie bijv. de achtste actualisatie die in januari 2015 is gepubliceerd, *PbEU* 2015 L 18/385.

<sup>17</sup> Zie bijv. ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2284 (*Ketelmeer en Vossemeer*); ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7767 Veehouderij Appeltern) en ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:321 (*Veluwe*).

<sup>18</sup> Aldus uitdrukkelijk HvJ 14 oktober 2010, C-535/07, ECLI:EU:C:2010:602 (*Cie. vs. Oostenrijk*).

<sup>19</sup> Zie uitvoerig: Europese Commissie, Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden, Brussel 2013, [https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/commission\\_note/commission\\_note2\\_NL.pdf](https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/commission_note/commission_note2_NL.pdf).

de lidstaten.<sup>20</sup> Ook in een brief van latere datum, te weten 18 november 2015<sup>21</sup> en in een guidance-document over de toepassing van art. 6 Habitatrichtlijn uit 2019<sup>22</sup> herhaalt de Commissie dit standpunt. Hierna wordt in paragraaf 1.4.1 nog nader ingegaan op deze vraag.

### 1.2.3 Implementatie in Nederland

Met de uitspraak van 19 mei 1998 heeft het HvJ EU Nederland veroordeeld omdat het toen, 17 jaar na het verstrijken van de termijn, nog steeds te weinig gebieden op grond van art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn had aangewezen.<sup>23</sup> Dat, en de dreiging met een nieuwe ingebrekestellingsprocedure heeft geleid tot het aanwijzing van een groot aantal extra gebieden. De Commissie heeft zich in 2004 akkoord verklaard met de (omvang van de) Nederlandse aanwijzingen onder de voorwaarde dat nog vier extra mariene gebieden zouden worden aangewezen.<sup>24</sup> Inmiddels is dus, ten minste wat de terrestrische gebieden betreft, in Nederland in vergaande mate voldaan aan de (primaire) aanwijzingsverplichtingen zowel uit de Vogelrichtlijn als uit de Habitatrichtlijn. Met betrekking tot de Habitatrichtlijn is dat komen vast te staan door vaststelling van de Europese lijst van aan te wijzen gebieden op 7 december 2004<sup>25</sup> en met (uiteindelijk) de aanwijzing van de op deze lijst opgenomen gebieden. Er zijn een klein aantal gebieden waarvan de aanwijzing, om verschillende redenen<sup>26</sup> nog niet is afgerond. Een daarvan grenst direct aan het stroomgebied van de Schelde, en daarmee aan het toepassingsgebied van het Scheldeverdrag: het Krammer-Volkerak.<sup>27</sup> Voor dit gebied is een ontwerp-aanwijzingsbesluit gepubliceerd. Bovendien kan, zoals hiervoor gesteld, op grond van nieuwe ecologische of andere ontwikkelingen de verplichting ontstaan om nieuwe gebieden aan te wijzen.

De details van de Nederlandse aanwijzingssystematiek zijn aan de orde gekomen en door de Afdeling bestuursrechtspraak voor goed (en in overeenstemming met het EU-recht) bevonden in een uitspraak van 19 maart 2003.<sup>28</sup> Nederland heeft voor Vogelrichtlijngebieden in het verleden een minimale omvang van een aan te wijzen gebied gehanteerd van 100 hectare.<sup>29</sup> Opmerking verdient echter dat het 100-hectarecriterium niet onder alle omstandigheden voldoende reden is om af te zien van aanwijzing als Natura 2000-gebied. Indien er voor een bepaalde soort minder dan in totaal vijf gebieden kunnen worden aangewezen en alle

---

<sup>20</sup> Dit blijkt uit een brief van de Commissie aan de Nederlandse regering van 1 april 2011. Deze brief is opgenomen als bijlage 1 is bijgevoegd bij het rapport Implementatie Natura 2000 in Nederland. Analyse naar aanleiding van het Regeerakkoord en de motie van der Staaij c.s. naar nationale koppen, rek en ruimte in de Natura 2000-implementatie, 13 september 2011.

<sup>21</sup> Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 32 670, nr. 105.

<sup>22</sup> Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden, 2019, p. 15.

<sup>23</sup> HvJ EG 19 mei 1998, C-3/96, ECLI:EU:C:1998:238 (*Cie. vs. Nederland*).

<sup>24</sup> Aldus het rapport Implementatie Natura 2000 in Nederland Analyse naar aanleiding van het Regeerakkoord en de motie van der Staaij c.s. naar nationale koppen, rek en ruimte in de Natura 2000-implementatie, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32670, 24, p. 11.

<sup>25</sup> Besluit Europese Commissie van 7 december 2004, 2004/813/EC.

<sup>26</sup> In een geval bijvoorbeeld door de wijziging van de grens met België/Wallonië.

<sup>27</sup> Ministerie van EZ, Ontwerp-aanwijzingsbesluit Krammer-Volkerak, [https://www.natura2000.nl/sites/default/files/gebieden\\_aanwijzing\\_en\\_archief/114/N2K114%20Krammer-Volkerak%20%282017%29.pdf](https://www.natura2000.nl/sites/default/files/gebieden_aanwijzing_en_archief/114/N2K114%20Krammer-Volkerak%20%282017%29.pdf).

<sup>28</sup> ABRvS 19 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6012 (Haringvliet); zie ook ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7770 (*Noordzeekustzone*).

<sup>29</sup> Oorspronkelijk is een omvang van 250 hectare gehanteerd. Op aandringen van de Europese Commissie, die, na de veroordeling van Nederland in 1998, dreigde om een dwangsom te eisen voor het niet voldoen aan deze uitspraak, is dit criterium vervangen door het criterium van 100 hectare.

gebieden noodzakelijk zijn om de soort voldoende te beschermen, wordt dit criterium niet toegepast.<sup>30</sup>

De minister heeft geen beleidsvrijheid om van aanwijzing af te zien als een gebied op grond van ecologische criteria tot de ‘meest geschikte gebieden’ behoort. Dat in andere lidstaten wellicht veel geschiktere gebieden aanwezig zijn is daarbij niet relevant.<sup>31</sup> Een beleidslinje om Vogelrichtlijngebieden en Habitatrichtlijngebieden qua begrenzing gelijk te trekken, die uitsluitend is gebaseerd op het enkele feit dat een gebied op grond van beide richtlijnen is aangewezen werd als niet verenigbaar bevonden met het uitgangspunt dat aan de begrenzing van Natura 2000-gebieden uitsluitend ornithologische en ecologische criteria ten grondslag mogen worden gelegd.<sup>32</sup> Het enkele feit dat aangrenzende of nabijgelegen gronden mogelijk zijn aan te merken als leef- en/of broedgebied voor een of meer vogelsoorten waarvoor het gebied is aangewezen, betekent niet dat die gronden ten onrechte niet zijn aangewezen.<sup>33</sup> De rechtspraak dienaangaande is echter tamelijk casuïstisch.

#### 1.2.4 Implementatie in Vlaanderen

De aanwijzing van de speciale beschermingszones onder de Vogelrichtlijn gebeurde door een Besluit van de Vlaamse regering van 17 oktober 1988.<sup>34</sup> Daarbij werden 23 gebieden aangeduid als speciale beschermingszone. Zeven gebieden werden integraal aangeduid, voor de overige gebieden bleef de aanduiding beperkt tot de habitats vermeld in het besluit en enkele gewestplanbepalingen. De aanwijzing van de niet-integraal beschermde gebieden zijn niet conform de Europese verplichtingen en vergt een aanpassing van het aanwijzingsbesluit van 1988. In 2002 werd in de wijziging van het Natuurdecreet die de omzetting regelt (zie infra) een bepaling toegevoegd in het Natuurdecreet: “Elke zone bedoeld in artikel 1, § 2, van het besluit van de Vlaamse regering van 17 oktober 1988 tot aanwijzing van speciale beschermingszones in de zin van artikel 4 van de Vogelrichtlijn en elke in artikel 1, § 3, van dat besluit bedoelde zone voor zover het de in die paragraaf vermelde bestemmingsgebieden en de voor die zone vermelde habitats betreft, worden beschouwd als definitief vastgesteld, in de zin van § 6.” (art. 36bis lid 13 Natuurdecreet). Dit bevestigt de aanwijzing van de niet-integraal beschermde Vogelrichtlijngebieden.

De aanwijzing van de Vogelrichtlijngebieden dient te gebeuren in een formele aanwijzingsbeslissing, die tegenstelbaar is aan derde partijen. De aanwijzing moet tevens gemeld worden aan de Europese Commissie. Alhoewel het besluit zelf werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad gebeurde dit niet met de kaarten van de gebieden, wat leidde tot kritiek door de Europese Commissie. Na een (door België onbeantwoorde) aanmaningsbrief uit 2000, was de Europese Commissie van oordeel dat “geen enkele” bepaling onder Vlaams recht de Vlaamse overheid dwong om de meeste geschikte speciale beschermingszones aan

<sup>30</sup> ABRvS 17 maart 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO5747 (*De Abtskolk-De Putten*), JM 2004, 59.

<sup>31</sup> ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7061 (*Waal*).

<sup>32</sup> ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7767 (*Paardenhouderij Holthees*).

<sup>33</sup> ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2712 (*Brabantse Wal*). Zie ook ABRvS 19 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6012 (*Haringvliet*), JM 2003, 70. Deze uitspraak is nog eens door de ABRvS bevestigd in de uitspraak van 20 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE8849 (*Maasvlakte/Europoortgebied*), JM 2008, 115.

<sup>34</sup> B.VI.Reg. van 17 oktober 1988 tot aanwijzing van speciale beschermingszones in de zin van art. 4 van de Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, B.S. 29 oktober 1988; gewijzigd door het B.VI.Reg. van 20 september 1996, B.S., 12 oktober 1996, het B.VI.Reg. van 23 juni 1998, B.S. 25 juli 1998, het B.VI.Reg. van 17 juli 2000, B.S. 31 augustus 2000.

te wijzen, waarmee leden 1 en 2 van art. 4 van de Vogelrichtlijn onvolledig zouden zijn omgezet.<sup>35</sup> Het HvJ EU gaf de Commissie op dit punt gelijk in *Cie. vs. België*. Ook kreeg de Commissie gelijk van het HvJ EU dat geen enkele Vlaamse bepaling het aanwijzen van een speciale beschermingszone verbond met het toepassen van het vereiste beschermingsregime, namelijk het verslechteringsverbod (onder art. 6 lid 2 – zie deel 5).<sup>36</sup> Bovendien besloot het HvJ EU dat de kaarten die speciale beschermingszones afbakenen geen “*onbetwistbare dwingende kracht*” hadden en dat de afbakening van die gebieden “*op elk moment betwist*” konden worden, waardoor de beschermingsdoelstelling van art. 4 van de Vogelrichtlijn in het gedrang zou kunnen komen.<sup>37</sup> Tot op heden zijn de kaarten van de Vogelrichtlijngebieden aangewezen bij besluit van 1988 echter nog niet gepubliceerd.

Het Besluit van 1988 werd drie maal gewijzigd (zie verder onder 1.5.3.). In 2005 werd een nieuw gebied aangewezen als speciale beschermingszone onder de Vogelrichtlijn: “Kustbroedvogels te Zeebrugge-Heist”.<sup>38</sup> Deze aanwijzing gebeurde conform de nieuwe procedure tot aanwijzing, zoals ingevoerd in het Decreet van 2002 (zie hieronder). Samen met het aanwijzingsbesluit werd ook de kaart van het gebied gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.<sup>39</sup>

De formele omzetting van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn in Vlaanderen, met inbegrip van de aanwijzingsverplichting, gebeurde door een wijziging in 2002 van het ‘Natuurdecreet’ van 21 oktober 1997.<sup>40</sup> Sinds *Cie. vs. België* kan men op basis van “*vaste rechtspraak*” aannemen dat afbakening van speciale beschermingszones “*onbetwistbare dwingende kracht*” moeten hebben.<sup>41</sup> In elk geval erkende de Vlaamse overheid “*de rechtsonzekere toestand*”, waarbij aanvankelijk het aantal voorgestelde speciale beschermingszones onder de Habitatrichtlijn noch diens afbakening formeel aangekondigd moest worden.<sup>42</sup> In 2008 hervormde men art. 36bis lid 9 van het Natuurdecreet, waardoor de Vlaamse regering verplicht werd om “*zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen de zes jaar*”, een besluit tot aanwijzing van een speciale beschermingszone aan te nemen na opname van het gebied als gebied van communautair belang.<sup>43</sup>

Voor de aanwijzing van de speciale beschermingszones onder de Habitatrichtlijn werd een eerste voorstel gedaan door een beslissing van de Vlaamse regering in 1996. Daarbij werden 40 gebieden voorgesteld met een oppervlakte van ongeveer 70.000 ha. Dit voorstel werd door

---

<sup>35</sup> HvJ EG 27 februari 2003, C-415/01, ECLI:EU:C:2003:118 (*Cie. v België*), r.o. 6-10.

<sup>36</sup> C-415/01, *Cie. v België*, r.o. 15-17

<sup>37</sup> C-415/01, *Cie. v België*, r.o. 22.

<sup>38</sup> B.VI. Reg. van 22 juli 2005 houdende de definitieve vaststelling van het gebied “Kustbroedvogels te Zeebrugge-Heist” dat in aanmerking komt als speciale beschermingszone in toepassing van de Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, *B.S.* 12 september 2005.

<sup>39</sup> *B.S.* 12 september 2005.

<sup>40</sup> Decreet 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, *B.S.* 10 januari 1998, zoals gewijzigd. (in dit rapport Natuurdecreet).

<sup>41</sup> “*Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de bepalingen van een richtlijn moeten worden uitgevoerd met een onbetwistbare dwingende kracht en met de specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid*”. HvJ EG 27 februari 2003, C-415/01, ECLI:EU:C:2003:118 (*Cie. v België*), r.o. 21.

<sup>42</sup> B.VI.Reg.24 mei 2002 tot vaststelling van de gebieden in uitvoering van art. 4, lid 1, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad an de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna aan de Europese Commissie zijn voorgesteld als speciale beschermingszones, *B.S.* 17 augustus 2002.

<sup>43</sup> Art. 55 Decreet 12 december 2008 houdende diverse bepalingen inzake energie, leefmilieu, openbare werken, landbouw en visserij. *B.S.* 4 februari 2009.



de Europese Commissie als onvoldoende beschouwd. Bij Besluit van de Vlaamse regering van 24 mei 2002 werden 38 gebieden aangeduid met een oppervlakte van ongeveer 102.000 ha. Dit besluit, met inbegrip van de kaarten werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.<sup>44</sup> Het besluit omvat per gebied een opgave van de habitats en soorten waarvoor het gebied werd vastgesteld. Volgens de procedure van het Natuurdecreet worden *na vaststelling van de gebieden*, deze aangemeld aan de Commissie. Nadat de Commissie de gebieden op de communautaire lijst plaatst, dient de Vlaamse overheid deze gebieden *aan te wijzen als speciale beschermingszone*.<sup>45</sup>

De voorlopige lijst van aan te wijzen gebieden onder de Habitatrichtlijn, waaronder het Schelde-estuarium, werd door de Europese Commissie vastgesteld op 7 december 2004.<sup>46</sup> De Europese Commissie had echter per brief van 17 december 2003 al aangegeven dat de aangemelde gebieden *“voldoende”* waren wat betreft estuaria (habitat 1130), *“mits herziening van de perimeters”*. Bij Besluiten van de Vlaamse Regering van 15 februari 2008 werden tevens de vaargeulen van het IJzer- en Schelde-estuarium *vastgesteld* als gebied dat in aanmerking komt als speciale beschermingszone. Deze besluiten, met inbegrip van de kaarten, werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.<sup>47</sup> Voor een ander gebied gebeurde een uitbreiding en vaststelling van een gebied in 2013.<sup>48</sup>

Op 23 april 2014 vond de *definitieve aanwijzing* van de speciale beschermingszones, met inbegrip van het vastleggen van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten plaats<sup>49</sup> ook voor het Scheldegebied.<sup>50</sup> Voor vier gebieden gebeurde in 2016 nog een technisch nazicht.<sup>51</sup>

Terwijl België meer mariene gebieden diende aan te wijzen, achtte de Europese Commissie eind 2016 het Belgische terrestrische Natura 2000-netwerk *“grotendeels”* voltooid.<sup>52</sup> In het

---

<sup>44</sup> B.VI.Reg. van 24 mei 2002 tot vaststelling van de gebieden die in uitvoering van artikel 4, lid 1, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde fauna en flora aan de Europese Commissie zijn voorgesteld als speciale beschermingszones, B.S. 17 augustus 2002.

<sup>45</sup> Zie art. 36bis Natuurdecreet.

<sup>46</sup> Besluit Europese Commissie van 7 december 2004, 2004/813/EC.

<sup>47</sup> B.VI.Reg.15 februari 2008 houdende de definitieve vaststelling van het gebied « Waterzone van het gebied Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent » dat in aanmerking komt als speciale beschermingszone in toepassing van de Habitatrichtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992, B.S. 31 maart 2008; B.VI.Reg. van 15 februari 2008 houdende de definitieve vaststelling van het gebied “Waterzone van het IJzerestuarium”, dat in aanmerking komt als speciale beschermingszone in toepassing van de Habitatrichtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992, B.S. 31 maart 2008.

<sup>48</sup> Besluit van de Vlaamse Regering van 18 januari 2013 houdende de definitieve vaststelling van de afbakening van het deelgebied 11 « Boterakker » van de speciale beschermingszone BE2200037 'Uiterwaarden langs de Limburgse Maas en Vijverbroek' als speciale beschermingszone in toepassing van de Habitatrichtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992, B.S. 4 februari 2013.

<sup>49</sup> B.S. 15 oktober 2014.

<sup>50</sup> B.VI.Reg.23 april 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone 'BE 2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent' en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones 'BE 2301235 Durme en Middenloop van de Schelde', 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde' en het onderdeel Blokkersdijk van de speciale beschermingszone 'BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk' van de bijhorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten van 23/04/2014, B.S. 4 oktober 2016.

<sup>51</sup> Technisch nazicht van 16 september 2016 van vier ontwerpen van besluit van de Vlaamse Regering tot aanwijzing van de speciale beschermingszones in het kader van de Habitatrichtlijn en tot vaststelling van de bijhorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten in het kader van de Vogel- en Habitatrichtlijn, VR 2016 1609 MED.0348/1. De aanwijzingsbesluiten van 23 april 2014 voor alle Vlaamse speciale beschermingszones kunnen hier worden geraadpleegd: <https://www.natura2000.vlaanderen.be/natura-2000-gebieden>.

<sup>52</sup> Werkdocument Europese Commissie van 3 december 2017, EU-evaluatie van de tenuitvoerlegging van het milieubeleid Landenrapport - België, SWD(2017)34, p. 12

Vlaamse Gewest was de aanwijzing van speciale instandhoudingszones “*uitstekend*”, aldus de Europese Commissie. Tenslotte waren *alle 38 gebieden van communautair belang er als speciale instandhoudingszones aangewezen*.<sup>53</sup> Daarmee lijkt aan er aan de primaire aanwijzingsverplichtingen voor de terrestrische Natura 2000-netwerken in Vlaanderen te zijn voldaan.

De details van de Vlaamse aanwijzingssystematiek zijn beperkt aan de orde gekomen in Vlaamse rechtspraak. Echter, op 25 januari 2016 besloot de Raad van State dat ook al is de Vlaamse overheid “*ruimschoots*” te laat bij het aanwijzen van een gebied van communautair belang als speciale beschermingszone (dus niet handelend conform art. 4 lid 4 Habitatrictlijn en art.36 lid 9 Natuurdecreet), dan moet het nog steeds de richtlijn implementeren (conform art. 23 Habitatrictlijn), en verliest het niet de bevoegdheid om het gebied aan te wijzen.<sup>54</sup>

### 1.3 **Samenvoegen van gebieden**

Het samenvoegen van verschillende Natura 2000-gebieden wordt noch in de Vogelrichtlijn, noch in de Habitatrictlijn expliciet vermeld. Ook zijn er geen handreikingen van de Europese Commissie op dit punt. Voor de rechtmatigheid van besluiten tot samenvoegen van gebieden zijn daarom de criteria bepalend die voor de aanwijzing gelden (art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn en art. 4 Habitatrictlijn) (zie hierboven). Daaruit lijkt voort te vloeien dat samenvoeging gebaseerd dient te zijn op ecologische criteria, omdat op grond van de richtlijnen alleen ecologische criteria de basis kunnen vormen voor het kunnen aanwijzen van een Natura 2000-gebied en voor het bepalen van de begrenzing van dit Natura 2000-gebied. Ook kan uit doel en de strekking van de richtlijnen worden afgeleid dat samenvoeging een ecologische meerwaarde dient te hebben ten opzichte van de oorspronkelijke, los van elkaar bestaande Natura 2000-gebieden. Er moet immers gemotiveerd worden waarom, anders dan voorheen, de eerdere begrenzing van de twee, of meerdere, Natura 2000-gebieden niet meer toereikend is om de doelstellingen na te streven of waarom het samenvoegen van gebieden ecologisch betere kansen biedt, bijvoorbeeld voor een hoger of robuuster doelbereik of omdat minder beheermaatregelen noodzakelijk zijn doordat natuurlijke processen beter benut kunnen worden.<sup>55</sup>

Voor het samenvoegen van Vogelrichtlijngebieden hoeft geen EU-rechtelijk voorgeschreven procedure te worden gevolgd. Voor het samenvoegen van Habitatrictlijngebieden is dat niet geheel duidelijk. Art. 4 lid 1 Habitatrictlijn bepaalt dat de lidstaten aanpassingen van de Europese lijst van aan te wijzen gebieden moeten voorstellen ‘in het licht van de resultaten van het in art. 11 bedoelde toezicht.’ Daarmee zijn in eerste instantie aanpassingen bedoeld als gevolg van veranderingen in de ecologische feiten in de gebieden. Of een puur administratieve samenvoeging van gebieden hier ook onder valt is (nog) niet duidelijk.<sup>56</sup> In ieder geval zullen de Standaard Gegevensformulieren van de betrokken gebieden moeten worden aangepast en aan de Commissie worden verstuurd.

---

<sup>53</sup> Werkdocument Europese Commissie van 3 december 2017, p. 12.

<sup>54</sup> RvS 25 februari 2016, nr. 233.921, *Bruls*, r.o. 21.

<sup>55</sup> Zie onder ander Bijlsma e.a., Samenvoeging Natura 2000-gebieden. Juridische, bestuurlijke en ecologische (on)mogelijkheden kansen en risico’s, WUR, Wageningen 2012, p. 27; Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 115.

<sup>56</sup> Zo ook Bijlsma e.a., Samenvoeging Natura 2000-gebieden. Juridische, bestuurlijke en ecologische (on)mogelijkheden kansen en risico’s, WUR, Wageningen 2012, p. 22; Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 115.

### 1.3.1 Implementatie in Nederland

In Nederland is herhaaldelijk gediscussieerd over de randvoorwaarden voor en het nut van samenvoeging van Natura 2000-gebieden. In 2012 is daar een rapport aan gewijd,<sup>57</sup> en ook meer recent, in 2020, is deze vraag nogmaals in een rapport behandeld.<sup>58</sup> De regering heeft de in deze rapporten uitgewerkte criteria voor samenvoeging onderschreven.<sup>59</sup> De criteria werden door de toenmalige staatssecretaris als volgt samengevat:

- De samen te voegen gebieden dienen een ecologische samenhang te hebben.<sup>60</sup>
- Waar flexibiliteit ontstaat in het ruimtelijk schuiven van natuurwaarden, mag de verspreiding van de natuurwaarde op landelijke schaal niet verminderen.
- Het samenvoegen moet een ecologische meerwaarde met zich meebrengen.<sup>61</sup>

Vervolgens zijn ook enkele gebieden samengevoegd. Een voorbeeld is het gebied “Rijntakken”. Dit betreft een samenvoeging van het toen in ontwerp aangewezen Natura 2000-gebied Gelderse Poort en de stroomafwaarts daarvan gelegen Uiterwaarden IJssel, Uiterwaarden Nederrijn en Uiterwaarden Waal. Een ander voorbeeld is het gebied Veluwerandmeren. Er werden meer gebieden voor samenvoeging voorgesteld. In een onderzoek van Bijlsma et. al. uit 2012 werd echter geconcludeerd dat samenvoegen voor andere gebieden ecologisch niet voor de hand ligt.<sup>62</sup> De toenmalige staatssecretaris heeft die conclusie onderschreven.<sup>63</sup> Ook in het recente onderzoek van Arcadis is geconcludeerd dat samenvoeging weinig ecologische voordelen biedt en de kans klein is dat samenvoeging leidt tot het oplossen van gebiedsspecifieke knelpunten.<sup>64</sup>

### 1.3.2 Implementatie in Vlaanderen

Op basis van de geactualiseerde ecologische informatie van het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB) werden met de diverse besluiten van 23 April 2014 alle gebieden die vastgesteld waren ingevolge de Habitatrichtlijn, formeel aangewezen als Natura 2000-gebieden. Voor deze gebieden, alsook voor de met deze gebieden overlappende Vogelrichtlijngebieden werden tevens in deze besluiten de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten vastgesteld. Voor het overige is het samenvoegen van Natura 2000-gebieden in Vlaanderen geen onderwerp van discussie en is daartoe in het verleden ook niet besloten of zijn besluiten daartoe in procedure gebracht.

---

<sup>57</sup> Bijlsma e.a., Samenvoeging Natura 2000-gebieden. Juridische, bestuurlijke en ecologische (on)mogelijkheden kansen en risico's, WUR, Wageningen 2012.

<sup>58</sup> Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, p. 20 e.v..

<sup>59</sup> Zie bijv. brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 15 februari 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 32670, nr. 68.

<sup>60</sup> Dit is ook bevestigd als belangrijk criterium voor de begrenzing van Natura 2000-gebieden door de rechter, zie bijv. ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3284 (Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen) en ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2375 (Achter de Voort, Agelerbroek & Voltherbroek).

<sup>61</sup> Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 15 februari 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 32670, nr. 68.

<sup>62</sup> Bijlsma e.a., Samenvoeging Natura 2000-gebieden. Juridische, bestuurlijke en ecologische (on)mogelijkheden kansen en risico's, WUR, Wageningen 2012.

<sup>63</sup> Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 15 februari 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 32670, nr. 68.

<sup>64</sup> Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, p. 20 e.v.

## 1.4 Instandhoudingsdoelstellingen

### 1.4.1 EU-rechtelijke randvoorwaarden

#### *Algemene vertrekpunten*

Het EU-recht bepaalt weinig over het vaststellen van de instandhoudingsdoelstellingen. Ingevolge art. 4 lid 4 Habitatrichtlijn stelt een lidstaat 'de prioriteiten vast gelet op het belang van de gebieden voor het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van een type natuurlijke habitat van bijlage I of van een soort van bijlage II alsmede voor de coherentie van Natura 2000 en gelet op de voor dat gebied bestaande dreiging van achteruitgang en vernietiging'. De instandhoudingsdoelstellingen moeten zo worden vastgesteld dat het gebied daarmee zijn functie vervult in het Natura 2000-netwerk teneinde de doelen van de richtlijn uit art. 2 lid 2 en de doelen van het netwerk uit art. 3 lid 1 Habitatrichtlijn te behalen. Het vaststellen van de instandhoudingsdoelstellingen hoeft niet in het aanwijzingsbesluit zelf te gebeuren. Dat zou bijvoorbeeld ook in beheerplannen kunnen geschieden.<sup>65</sup>

Een belangrijke vraag is of instandhoudingsmaatregelen een goede staat van instandhouding van habitattypen en soorten binnen een gebied moeten verzekeren of slechts moeten bijdragen aan een gunstige staat van instandhouding van de habitats en soorten in de lidstaten. De Europese Commissie is de laatstgenoemde opvatting toegedaan. Ten eerste omdat de Commissie erkent dat elk gebied dient bij te dragen aan het bereiken van een gunstige staat van instandhouding. Verder stelt de Europese Commissie op basis van art. 1 sub e en i Habitatrichtlijn, dat die staat alleen bepaald en bereikt wordt "*op het niveau van het natuurlijke verspreidingsgebied van een soort of habitatype*".<sup>66</sup> Ook meent de Europese Commissie dat een brede instandhoudingsdoelstelling gericht op een gunstige staat van instandhouding "*op een passend niveau*" moet worden beschouwd. Dat kan het landelijk niveau zijn, maar ook een biogeografisch of Europees niveau.<sup>67</sup>

Daarnaast stelt de Commissie dat de algemene doelstelling van het bereiken van een gunstige staat van instandhouding voor alle habitattypen en soorten die zijn vermeld in bijlagen I en II moet worden omgezet in instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau.<sup>68</sup> Ook wijst de Europese Commissie op "*enige flexibiliteit*" bij het bepalen van de instandhoudingsmaatregelen op gebiedsniveau.<sup>69</sup> De Commissie acht het "*aannemelijk*" dat de instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau worden vastgesteld voor een lange termijn, waarbij die doelstellingen bedreigingen zoals klimaatverandering weerspiegelen voor zover de habitattypen en soorten in het gebied aan die bedreigingen (langdurig) worden blootgesteld.<sup>70</sup> De instandhoudingsmaatregelen zijn er om die langetermijndoelstellingen te bereiken. Volgens de Commissie is het derhalve logisch dat die maatregelen aangepast

---

<sup>65</sup> Aldus bijvoorbeeld Europese Commissie, Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden, Brussel 2013, p. 8 (het stuk heeft geen paginanummers),

<sup>66</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 17.

<sup>67</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 17.

<sup>68</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 17.

<sup>69</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 18.

<sup>70</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 17.

worden als er zich veranderingen voordoen die de soorten en habitattypen in het gebied op kortere termijn bedreigen.<sup>71</sup>

Een ondergrens voor het vaststellen van de instandhoudingsverplichtingen is het verslechteringsverbod uit art. 6 lid 2 Habitatrictlijn. In alle gebieden moet minstens worden verzekerd dat de kwaliteit en de staat van instandhouding niet verslechtert. Daaruit volgt dat of behoudsdoelstellingen (geen verslechtering) of verbeterdoelstellingen dienen te worden vastgesteld. Daarnaast moet een instandhoudingsdoelstelling echter bijdragen tot het in gunstige staat van instandhouding houden of (meestal) brengen van de soorten en habitattypen van bijlagen I en II van de richtlijn die in de lidstaat voorkomen. Hoe die taak door middel van verbeterdoelstellingen over de verschillende gebieden binnen een lidstaat wordt verdeeld komt in beginsel toe aan de lidstaat, mits die verdeling ecologisch onderbouwd is. De keuzes moeten daarbij de relatieve betekenis van een gebied voor de landelijke staat van instandhouding van de desbetreffende habitattypen en soorten weerspiegelen.<sup>72</sup> Ook al is het opleggen van verbeterdoeleinden niet verplicht per gebied, dan kan het ontbreken ervan in sommige gevallen leiden tot een verdere verslechtering, wat niet toegelaten is volgens art. 6 lid 2. Als zich zo een geval voordoet, lijkt een verbeterdoelstelling te moeten worden opgenomen. Dit wordt ook bevestigd door de Advocaat-Generaal (weliswaar in de context van de vraag over een gebiedsverkleining): *“De staat van instandhouding van habitattypen en -soorten binnen bepaalde gebieden kan echter eveneens van belang zijn wanneer deze daar ongunstig is. In dit geval zou het afzien van herstelmaatregelen die de staat van instandhouding zouden kunnen verbeteren, een schending opleveren van het verslechteringsverbod van artikel 6, lid 2, van de habitatrictlijn.(20) Te vrezen valt immers, dat de toestand van de desbetreffende habitattypen of -soorten in het gebied zonder herstelmaatregelen verslechtert.”*<sup>73</sup> De definitie van een ‘gunstige staat van instandhouding’, zowel van habitats als van soorten, in art. 1 Habitatrictlijn lijkt tot gevolg te hebben dat een niet gunstige staat van instandhouding hoe dan ook op termijn leidt tot een verslechtering. Zo gezien kan beargumenteerd worden dat op termijn alle habitats en soorten in alle gebieden in een gunstige staat van instandhouding zullen moeten zijn omdat anders het gevaar van een verslechtering dreigt of deze zich voordoet.

*Instandhoudingsdoelstellingen voor alle meer dan verwaarloosbaar aanwezige soorten en habitattypen?*

Het is de vraag of de bescherming betrekking heeft op en instandhoudingsdoelstellingen moeten worden vastgesteld voor alle meer dan in verwaarloosbare mate in een gebied voorkomende soorten en habitattypen of slechts voor soorten en habitattypen die, bijlage III van de richtlijn in aanmerking nemend, aanleiding waren voor de melding en voor de selectie van het gebied op de EU-lijst met aan te wijzen gebieden. De opvatting van de Europese Commissie hierover is duidelijk. In het Standaard Gegevensformulier voor elk gebied moeten alle aanwezige soorten en habitattypen worden opgenomen en voor alle in meer dan verwaarloosbare mate aanwezige soorten en habitattypen moeten instandhoudingsdoelen

---

<sup>71</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 18.

<sup>72</sup> HvJ EU (*Cie v. Griekenland*), C-849/19, 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1047, r.o. 46.

<sup>73</sup> Conclusie A-G, zaak C-281/16, ECLI :EU :C :2017 :476, r.o. 61.

worden vastgesteld.<sup>74</sup> Het is echter niet helemaal zeker of deze opvatting juist of dwingend is. Uit het arrest *Holohan*<sup>75</sup> zou kunnen worden afgeleid dat een verschil moet worden gemaakt tussen habitattypen en soorten waarvoor het gebied is aangewezen en habitattypen en soorten die aanwezig zijn.<sup>76</sup> Het is echter niet helemaal zeker hoe dit arrest te interpreteren is.<sup>77</sup> In een recenter arrest van 17 december 2020 heeft het Hof met zoveel woorden aangegeven dat de instandhoudingsdoelstellingen moeten worden ‘vastgesteld op basis van de ecologische vereisten van elke soort en elk type habitat dat in elk van de betwiste GCB's aanwezig is.’<sup>78</sup> Dit lijkt een andere lijn te zijn dan in *Holohan*, maar ook dit niet zeker, omdat in dit meest recente arrest de vraag voor welke habitattypen en soorten instandhoudingsdoelstellingen moeten worden aangewezen niet onderwerp van discussie was. Het is dus de vraag of het Hof de aangehaalde formulering wilde gebruiken om hier inhoudelijk iets over te zeggen. Al met al geeft het EU-recht ons inziens geen duidelijk antwoord op deze vraag.

### *Instandhoudingsdoelstellingen in dynamische systemen*

Estuaria, zoals het Schelde-estuarium, zijn dynamische gebieden. De verhouding tussen verschillende onderdelen van estuaria verandert van nature, maar uiteraard ook door menselijke invloed. De vraag is dan hoeveel flexibiliteit de instandhoudingsdoelstellingen kunnen toestaan. Daarbij speelt in het bijzonder het feit dat de Habitatrichtlijn als te beschermen habitats zowel het habitatype ‘estuaria’ noemt (habitatype 1130) en habitatypes die in estuaria voorkomen zoals ‘bij eb droogvallende slikwadden en zandplaten’ (habitatype 1140). Voor het Schelde-estuarium is dan de vraag van belang of de verhoudingen tussen en locaties van verschillende habitattypen die binnen estuaria voorkomen mogen wisselen.

In de toelichting van de Europese Commissie over het formuleren van instandhoudingsdoelstellingen is hierover weinig te vinden. Deze toelichting lijkt uit te gaan uit van een vrij statische opvatting. De instandhoudingsdoelstellingen dienen, kort gezegd, ten minste dat te beschermen wat ten tijde van de aanwijzing aanwezig was:

“Instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau definiëren de beoogde toestand of stand van de soorten en typen habitats die in het gebied voorkomen. Deze doelstellingen moeten worden vastgesteld in relatie tot de mate van instandhouding van elke soort en elk type habitat die resp. dat significant aanwezig was toen het gebied werd aangemerkt als gebied van communautair belang, zoals opgenomen in het standaardgegevensformulier”.<sup>79</sup>

Dat sluit echter niet uit dat bij de vaststelling van de instandhoudingsdoelstelling voor dynamische systemen zoals estuaria rekening wordt gehouden met de natuurlijke dynamiek

---

<sup>74</sup> Europese Commissie, *Beheer van Natura 2000-gebieden*, 2019, p. 15.

<sup>75</sup> HvJ EU (*Brian Holohan e.a.*), C-461/17, 7 november 2018, Brian., ECLI:EU:C:2018:883

<sup>76</sup> Zie uitvoerig hierover met een nadere analyse van de richtlijn: Arcadis, *Doorlichting van Natura 2000*, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 99 e.v.

<sup>77</sup> Zie ook Brief van de Minister van LNV aan de Tweede Kamer van 5 februari 2021, kenmerk 2021Z00307.

<sup>78</sup> HvJ EU (*Cie v. Griekenland*), C-849/19, 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1047, r.o. 86, niet gepubliceerd, eigen vertaling uit het Frans.

<sup>79</sup> Europese Commissie, *Nota over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden*, Europese Commissie, Doc. Hab.12-04/06, november 2012, p. 3.

van deze systemen. Die natuurlijke dynamiek is immers ook een wezenlijk kenmerk van deze habitattype. Dat gebeurt vervolgens ook tot op zekere hoogte in de interpretatiegids die de Commissie in overleg met deskundigen heeft vastgesteld om de habitattypen nader te definiëren.<sup>80</sup> In deze interpretatiegids wordt een estuarium omschreven als *“een ecologische eenheid met de omringende terrestrische kusthabitattypes”*. Daarbij wordt aangegeven dat bij de selectie van locaties met de realiteit rekening gehouden moet worden dat *“in termen van natuurbehoud deze verschillende habitattypen niet van elkaar mogen worden gescheiden.”*<sup>81</sup>

#### *Aparte instandhoudingsdoelstellingen voor sub-habitattypen?*

Een volgende vraag is of instandhoudingsdoelstellingen alleen voor de desbetreffende habitattypen of ook voor sub-habitattypen moeten worden vastgesteld.<sup>82</sup> Nu de sub-habitattypen niet in de Habitatrichtlijn worden genoemd lijkt aan te nemen dat daarvoor geen aparte aanwijzingen plaats hoeven te vinden en geen aparte instandhoudingsdoelstellingen hoeven te worden geformuleerd.<sup>83</sup> Dat het onder omstandigheden ecologisch en beleidsmatig zinvol kan zijn zulks wel te doen is een heel andere vraag die hier niet ter discussie staat.

#### *Ten gunste van doelstellingen*

Soms is een verbetering van de staat van instandhouding van een bepaalde soort of habitattype in een gebied niet mogelijk zonder dat een andere soort of habitattype daar nadelen van ondervindt. Als de verbetering van een soort of habitattype in het licht van het streven naar een landelijk gunstige staat van instandhouding zeer wenselijk is, rijst dan de vraag of de lidstaten zogenoemde ‘ten gunste van-doelstellingen’ mogen vaststellen en onder welke voorwaarden dat mag gebeuren. Zowel de Europese Commissie<sup>84</sup> als het Hof van Justitie heeft aangegeven dat de lidstaten soms keuzes moeten maken bij het vaststellen van de instandhoudingsdoelstellingen. In het bijzonder moet hier worden gewezen op de conclusie van de A-G in zaak C-241/08 en de navolgende uitspraak van het Hof. Kokott stelde dat bij een dergelijk conflict het *“nodig kan zijn”* om *“aantasting”* van soorten en habitats *“op de koop toe te nemen”* in het geval dat dit *“andere ontwikkelingen mogelijk”* maakt.<sup>85</sup> Om te bepalen of dit inderdaad *“nodig”* is concludeert Kokott dat *“de relatieve betekenis van de op dat moment bestaande instandhoudings- en hersteldoeleinden voor Natura 2000”* *“beslissend”* is.<sup>86</sup> Uit haar conclusie blijkt ook dat een beslissing vergt dat de doelstellingen die met elkaar botsen worden afgewogen, en dat de prioriteiten worden gesteld.<sup>87</sup> Voorts stelde Kokott (in het licht van het verslechteringsverbod van art. 6 lid 2) dat:

---

<sup>80</sup> Cie., Interpretation Manual of European Union Habitats, EUR 28, 2013, p. 10

<sup>81</sup> Cie., Interpretation Manual of European Union Habitats, EUR 28, 2013, p. 10

<sup>82</sup> Zo kunnen bijv. binnen het habitattype grijze duinen (2130) de subtypen kalkrijk (A), kalkarm (B) en heischraal (C) worden onderscheiden.

<sup>83</sup> Zie nader ; Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 108.

<sup>84</sup> Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden, 2019, p. 18.

<sup>85</sup> Concl. A-G Kokott 25 juni 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 71.

<sup>86</sup> Concl. A-G Kokott 25 juni 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 71.

<sup>87</sup> Concl. A-G Kokott 25 juni 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 44.

*“maatregelen die passend en vereist zijn om de instandhoudingsdoelstellingen te verwezenlijken, [...]in beginsel niet [kunnen] worden geacht de kwaliteit van een gebied te verslechteren in de zin van artikel 6, lid 2, van de habitatrichtlijn”.*<sup>88</sup>

*“Het HvJ heeft reeds geoordeeld dat de instandhoudingsdoelstellingen, zoals deze blijken uit de artikelen 3 en 4, en met name uit artikel 4, lid 4, van de habitatrichtlijn, kunnen worden vastgesteld aan de hand van het belang van het gebied voor het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van een type natuurlijke habitat van bijlage I bij deze richtlijn of van een soort van bijlage II, alsmede voor de coherentie van Natura 2000 en dat daarbij moet worden gelet op de voor het gebied bestaande dreiging van achteruitgang en vernietiging. In voorkomend geval moeten deze doelstellingen tegen elkaar worden afgewogen en moeten prioriteiten worden gesteld. Volledigheidshalve moet erop worden gewezen dat deze zeer ingewikkelde beslissing uitgaat van een ruime beoordelingsmarge van de bevoegde autoriteiten, maar niet volledig aan rechterlijk toezicht is onttrokken.”*<sup>89</sup>

In het arrest in deze procedure oordeelt het Hof hierover: *“Hieruit volgt dat de vaststelling van de instandhoudings- en hersteldoelstellingen in het kader van Natura 2000, zoals de advocaat-generaal in punt 71 van haar conclusie terecht heeft opgemerkt, kan vereisen om bij conflicten tussen verschillende doeleinden een beslissing te nemen.”* Het HvJ gaat echter niet verder in op de vraag wat deze beslissing zou kunnen inhouden en welke randvoorwaarden bij het nemen van deze beslissing in acht moeten worden genomen.

Uit deze passages van de conclusie en de uitspraak in zake Commissie tegen Frankrijk, C-241/08 lijkt te kunnen worden afgeleid dat ten gunste van doelstellingen mogelijk zijn als een conflict tussen twee wenselijke instandhoudingsdoelstellingen niet anders is op te lossen. De daarmee gepaard gaande achteruitgang van een soort of habitatype is dan niet in strijd met art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn. Of deze conclusie kan worden getrokken is niet 100% zeker. Ook is niet geheel duidelijk welke randvoorwaarden daarvoor precies in acht zijn te nemen.<sup>90</sup>

#### **1.4.2 Implementatie in Nederland**

*Systematiek van het vaststellen van instandhoudingsdoelstellingen – gunstige staat van instandhouding niet voor elk gebied vereist*

In Nederland worden instandhoudingsdoelstellingen geformuleerd ‘voor zover nodig ter uitvoering’ van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Ingevolge art. 2.1 lid 4 Wnb worden deze instandhoudingsdoelstellingen opgenomen in het aanwijzingsbesluit. Doelstellingen op landelijk niveau worden daarbij als uitgangspunt genomen. De Nederlandse systematiek behelst dat een gunstige staat van instandhouding niet (voor elke habitatype of elke soort) in elk gebied hoeft te worden bereikt, maar slechts op landelijk niveau. Ieder gebied moet een bijdrage leveren daaraan. Alle gebieden samen en de natuur buiten de aangewezen gebieden

---

<sup>88</sup> Concl. A-G Kokott 25 juni 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 43. Zie ook Doorlichting Natura 2000: Onderzoek naar mogelijkheden voor aanpassing van de beschermde status van Natura 2000-gebieden [Arcadis 25.09.2020], p. 113.

<sup>89</sup> Conclusie A-G zaak C-241/08, ECLI:EU:C:2009:398.

<sup>90</sup> Zie uitvoerig: Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 112 e.v.



moeten vervolgens bewerkstelligen dat de te beschermen habitattypen en soorten uiteindelijk in een gunstige staat van instandhouding geraken. Door de rechter wordt getoetst of elk gebied daaraan een voldoende bijdrage levert. In het concrete geval moet dus worden beargumenteerd waarom, als de staat van instandhouding van een soort of habitatype ongunstig is, in een bepaald gebied, anders dan in andere gebieden, desondanks kan worden volstaan met een behoudsdoelstelling. Indien landelijk een gunstige staat van instandhouding kan worden bereikt doordat een landelijke verbeteropgave wordt gerealiseerd in een of meerdere ander(e) gebied(en), kan worden volstaan met een behoudsdoelstelling voor een specifiek Natura 2000-gebied, ook al is in dat gebied geen sprake van een gunstige staat van instandhouding.<sup>91</sup> Deze systematiek is door de Europese Commissie geaccordeerd en door de rechter bevestigd.<sup>92</sup>

### *Instandhoudingsdoelstellingen voor alle meer dan verwaarloosbaar aanwezige soorten en habitattypen?*

Indien een gebied is aangemeld voor plaatsing op de lijst van gebieden voor communautair belang en daarop is geplaatst, heeft de aanwijzing niet uitsluitend betrekking op de habitattypen en habitatsoorten waarvoor het desbetreffende gebied tot de belangrijkste gebieden behoort, maar op alle habitattypen en habitatsoorten die in het bewuste gebied voorkomen in een meer dan verwaarloosbare oppervlakte dan wel populatie. Voor al die habitattypen en habitatsoorten dienen derhalve instandhoudingsdoelstellingen te worden geformuleerd.<sup>93</sup>

### *Toelaten van dynamiek binnen estuaria*

In een uitspraak over een rijksinpassingsplan voor het gebied 'Natuurgebied het Zwin' is de verhouding van verschillende onderdelen van het habitatype estuaria aan de orde geweest. In deze procedure was de vergroting van het grensoverschrijdend natuurgebied het Zwin aan de orde door ontpoldering en het verleggen van een primaire waterkering. Daarvoor waren onder meer grootschalige afgraving van aangeslibde delen binnen het bestaande natuurgebied, het uitgraven en verbreden van de hoofdgeul en de aanleg van een nieuwe dijk nodig. Daardoor ging echter ook areaal van bepaalde habitattypes verloren. In totaal zou het project leiden tot een aanzienlijke uitbreiding van het natuurgebied en zijn kwaliteit, maar het was niet voldoende zeker dat alle aangetaste habitattypen ook weer minstens in omvang hersteld zouden worden. De Afdeling acht dit, in dit geval, niet problematisch:

“Dat niet reeds vaststaat waar en op welke termijn het areaal van de genoemde vijf habitattypen zal toenemen, zoals de stichting in navolging van de commissie voor de m.e.r. heeft aangevoerd, hebben verweerders gelet op de aard van het gebied niet van doorslaggevend gewicht hoeven achten. In het gebied vindt namelijk van nature een bepaalde fluctuatie in arealen van habitattypen plaats, in een zogenoemd 'mozaïek'.”<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7770 (*Noordzeekustzone*) en ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1628 (*Binnenveld*).

<sup>92</sup> ABRvS 16 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7770 en ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1628. Zie uitvoerig Verbeek, p. 114 e.v.

<sup>93</sup> ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3175 (*Eilandspolder*). Zie in dit verband echter ook Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, paragraaf 2.4, p. 99 e.v.

<sup>94</sup> ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3003, r.o. 13.7.

Hieruit kan met enige voorzichtigheid worden afgeleid dat de Nederlandse Raad van State kan instemmen met een zekere fluctuatie tussen habitattypes die deel uitmaken van een estuarium zolang dat maar ten goede komt aan het estuarium als dynamisch natuurgebied. Wij wijzen er echter op dat deze uitspraak de enige ons bekende uitspraak in Nederland en Vlaanderen over dit thema is en dat de context van deze passage niet uit het oog moet worden verloren. Het plan dat *in casu* beoordeeld moet worden diende immers geheel en alleen om de natuur te verbeteren en zou uiteindelijk en in som tot een aanzienlijke uitbreiding en verbetering van het natuurgebied Het Zwin leiden. De hiervoor aangehaalde passage kan ook worden gelezen in het licht van de hierna te bespreken ‘ten gunste van-doelstellingen’ omdat feitelijk areaal van bepaalde habitattypes moest worden opgeofferd om in het totaal vooruitgang te boeken voor de natuur.

In de aanwijzingsbesluiten van de verschillende gebieden in de (Nederlandse) Scheldedelta zijn aparte instandhoudingsdoelstellingen voor elk gebied opgenomen. Voor kustbroedvogels zijn echter vaak ‘regiodoelstellingen’ voor alle gebieden gezamenlijk geformuleerd. In het Beheerplan Deltawateren 2016-2022<sup>95</sup> is nader aangegeven waarom regiodoelstellingen zijn vastgesteld en hoe met dergelijke regiodoelstellingen omgegaan moet worden. De reden is, kort gezegd, de dynamiek van de natuur in het gebied. Zo kunnen vogels om verschillende redenen van jaar tot jaar ervoor kiezen om in andere gebieden te broeden. Omdat kustbroedvogels afhankelijk zijn van dynamische milieus zijn ze van nature mobiel. Ook maakt een regiodoel het makkelijker om instandhoudingsmaatregelen te treffen in die gebieden waar dat het meest effectief is. Behoudsdoelstellingen moeten echter in elk gebied apart worden behaald. Deze behoudsdoelstellingen hebben dan betrekking op een bepaald aantal hectaren geschikt habitat. Het bereiken van een uitbreidingsdoelstelling voor de regiodoelen is daarentegen niet heel strikt aan specifieke Natura 2000-gebieden gebonden. Als bestanden van broedvogels in een bepaald jaar in een bepaald gebied afnemen, hoeft dat, aldus het beheerplan, niet in strijd te zijn met een behoud- of zelfs uitbreidingsdoelstelling, zolang het aantallen hectaren geschikt habitat niet afneemt en een ander gebied op dat moment aantrekkelijker is voor de desbetreffende specifieke soort en de aantallen daar toenemen. Op deze manier lijkt rekening te kunnen worden gehouden met de dynamiek van het deltagebied zonder de voor elk gebied vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen te verwaarlozen of te negeren.<sup>96</sup>

### *Ten gunste van-doelstellingen*

Ten gunste van-doelstellingen zijn in Nederland in beperkte mate aanvaard en een enkele keer toegepast. Een voorwaarde is dan wel dat ook voor de soort of habitatype ten koste waarvan de ten gunste van-doelstelling wordt vastgesteld op landelijk niveau uiteindelijk een gunstige staat van instandhouding kan worden bereikt.<sup>97</sup>

### **1.4.3 Implementatie in Vlaanderen**

---

<sup>95</sup> Rijkswaterstaat, Natura 2000 Deltawateren, Beheerplan 2016-2022, Algemeen Deel, Den Haag 2016, p. 31 e.v..

<sup>96</sup> Zie in dit verband ook Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, p. 56 e.v.

<sup>97</sup> Zie brief van de minister van LNV aan de Tweede Kamer van 20 oktober 2020, BPZ / 20257015, p. 5. Zie voorts Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 112 e.v.

## *Systematiek van het vaststellen van instandhoudingsdoelstellingen*

Evenals in Nederland moeten de instandhoudingsdoelstellingen worden opgenomen in het aanwijzingsbesluit van een gebied.<sup>98</sup> De instandhoudingsdoelstellingen hebben een bindend statuut. Art. 11 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 3 april 2009 stelt expliciet dat deze doelen bindend zijn bij het nemen van instandhoudingsmaatregelen, beslissingen t.a.v. de toepassing van de habitattoets, en bij de toepassing van beheerplannen. Als er geen definitieve instandhoudingsdoelstellingen zijn, kan er worden terugvallen op de gegevens waarop de aanmelding van het gebied gebeurde samen *“met de voorhanden zijnde wetenschappelijke gegevens.”*<sup>99</sup>

Tegelijkertijd heeft men in Vlaanderen gekozen voor een systematiek die toestaat om instandhoudingsdoelstellingen ook op gewestelijk niveau te nemen (o.a. als gevolg van discussie over hoe groot een gegeven habitat moet zijn om het voortbestaan van een soort te garanderen).<sup>100</sup> Het Besluit van de Vlaamse Regering van 3 april 2009 omschrijft gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen als *“verbeter- of behoudsopgaven voor het behouden, herstellen of ontwikkelen van een gunstige staat van instandhouding op Vlaams niveau”* voor de *“Europees te beschermen habitats of soorten”* die in Vlaanderen voorkomen.<sup>101</sup> Die ‘opgaven’ kunnen *“de kwaliteit, de oppervlakte, populatieomvang, of de verspreiding van die soorten en habitats”* betreffen.<sup>102</sup> Dit besluit werd in 2010 geïmplementeerd met het vastleggen van instandhoudingsdoelstellingen voor de hele regio van Vlaanderen (met betrekking tot alle in Vlaanderen voorkomende soorten en habitattypen vermeld in de bijlagen van de Vogel- en Habitatrictlijn).<sup>103</sup>

### *Gewestelijke en gebiedsinstandhoudingsdoelstellingen bindend t.a.v. instandhoudingsmaatregelen?*

Het is in de rechtsliteratuur een vraag of de *gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen* bindend zijn voor het nemen van instandhoudingsmaatregelen.<sup>104</sup> In het Besluit van 3 april 2009 wordt aangegeven dat de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen bindend zijn *“bij de in artikel 8, § 1, 4° vermelde beoordeling van een concreet Europees te beschermen gebied, wat betreft het belang ervan voor de Europees te beschermen habitats of soorten waarvoor dat gebied is aangemeld of die er voorkomen.”*<sup>105</sup> Er wordt niet expliciet gesteld dat de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen bindend zijn bij bv. een passende beoordeling.

---

<sup>98</sup> Art. 10 lid 8 B.VI.Reg. 3 april 2009 betreffende de aanwijzing van speciale beschermingszones en de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen, B.S. 28 mei 2009.

<sup>99</sup> Art. 11 lid 4 B.VI.Reg. 3 april 2009. Zie ook H. Schoukens, ‘De Habitattoets Revisited In Het Licht Van De Recente Rechtspraakontwikkelingen: De Ecologische Integriteit Als Bindend Ankerpunt Bij Ruimtelijke Besluitvorming? (Deel 1)’, *TROS*, p. 32.

<sup>100</sup> Schoukens 2020, p. 31

<sup>101</sup> Art. 1, 17° B.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>102</sup> Art. 4 B.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>103</sup> B.VI.Reg. 23 juli 2010 tot vaststelling van gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats, B.S. 5 november 2010.

<sup>104</sup> Schoukens 2020, p. 32-33.

<sup>105</sup> Art. 8 lid 1 bepaalt dat instandhoudingsdoelstellingen voor een Europees te beschermen gebied worden opgemaakt op basis van een rapport. Dit rapport moet een aantal componenten omvatten, waaronder *“Een beoordeling van het belang van het Europees te beschermen gebied in kwestie voor elke relevante Europees te beschermen habitat en soort, in het licht van de op grond van artikel 6 vastgestelde gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen, en hieruit volgend een beoordeling van het belang van elke habitat en soort binnen het Europees te beschermen gebied in kwestie”* (art. 8 lid 1, 4°).

Behalve voor de relatie tot de instandhoudingsdoelstellingen voor een gebied, zijn voor de overige aspecten de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen als richtinggevend of indicatief te beschouwen.<sup>106</sup> In de praktijk worden gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen gebruikt om te rapporteren aan de Europese Commissie over de voortgang op verbeter- en behoudsopgaven op Vlaams niveau.<sup>107</sup>

De instandhoudingsdoelstellingen die vastgesteld zijn voor een gebied zijn expliciet bindend bij o.a. het nemen van instandhoudingsmaatregelen (en passende beoordelingen), aldus art. 11 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 3 april 2009.<sup>108</sup> Art. 16septies van het Natuurdecreet stelt dan ook dat de “beheerdoelstellingen en -maatregelen in een natuurbeheerplan in voorkomend geval in overeenstemming moeten zijn met de instandhoudingsdoelstellingen” van het gebied (zie 4.2.3). Volgens rechtsliteratuur zijn deze Vlaamse bepalingen feitelijk een implementatie van de Europese rechtspraak in Waddenzee, waarin werd gesteld dat de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied “met name” dienen te zijn vastgesteld “aan de hand van het belang van het gebied” voor het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van de relevante habitats en soorten.<sup>109</sup> Dat beeld blijkt ook uit recente rechtspraak van de Raad van State, waarin werd gesteld dat de passende beoordeling verplichting vereist is wanneer “de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied in gevaar” [eigen nadruk] zouden kunnen komen.<sup>110</sup> Tenslotte wordt in een recente Omzendbrief van de Vlaamse Overheid ook het belang van de instandhoudingsdoelstellingen onderstreept als het gaat over de uitvoering van een passende beoordeling.<sup>111</sup>

Mogelijk kunnen gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen een bindend effect hebben t.a.v. instandhoudingsmaatregelen samen met ander Vlaams recht. Men zou bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen gebruiken om te stellen dat de instandhoudingsdoelstellingen in het gedrang komen juist omdat gepaste instandhoudingsmaatregelen ontbreken voor één (grote) speciale beschermingszone (zoals Schelde/Durme).<sup>112</sup> Of de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen in combinatie met toepassing van bindend Vlaams recht, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, zouden kunnen worden toegepast,<sup>113</sup> moet nog worden bevestigd in Vlaamse rechtspraak.

*Instandhoudingsdoelstellingen voor alle meer dan verwaarloosbaar aanwezige soorten en habitattypen?*

---

<sup>106</sup> Mina-Raad en SALV, Advies over het ontwerp van besluit van de Vlaamse regering betreffende de vaststelling van gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats, 24 en 25 september 2009, p. 16.

<sup>107</sup> Schoukens 2020, p. 32. Zie ook A. Schneiders, K. Alaerts, H. Michels, M. Stevens, P. Van Gossum, W. Van Reeth, I. Vught, *Natuurrapport 2020: feiten en cijfers voor een nieuw biodiversiteitsbeleid*. Mededelingen van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek, 2020.

<sup>108</sup> Art. 11 B.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>109</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvissers*), r.o. 54.

<sup>110</sup> RvS 29 oktober 2019, nr. 245.957, vzw Natuurpunt Beheer, r.o. 11.

<sup>111</sup> Schoukens 2020, p. 33, Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017, ‘De toepassing van de op grond van artikel 36ter, § 3 en § 4, van het Natuurdecreet opgelegde beoordeling van vergunningsaanvragen betreffende projecten of activiteiten met mogelijk betekenisvolle effecten voor speciale beschermingszones’, B.S. 12 oktober 2017.

<sup>112</sup> Schoukens 2020, p. 32.

<sup>113</sup> Schoukens 2020, p. 32.

In Vlaanderen worden, conform art. 36ter lid 1 Natuurdecreet, instandhoudingsdoelstellingen geformuleerd met betrekking tot habitats vermeld in bijlage I van dit decreet en de soorten vermeld in de bijlagen II, III en IV van dit decreet evenals de niet in bijlage IV van dit decreet genoemde en op het grondgebied van het Vlaamse Gewest geregeld voorkomende soorten trekvogels. Het Natuurdecreet en het Besluit van 2009 inzake de aanwijzing en instandhoudingsdoelstellingen definiëren de instandhoudingsdoelstellingen voor een Europees te beschermen gebied als *“de verbeter- of behoudopgaven voor de Europees te beschermen habitats of populaties van Europees te beschermde soorten en hun leefgebieden, waarvoor het Europees te beschermen gebied is aangemeld of die in het Europees te beschermen gebied voorkomen”*.<sup>114</sup> Volgens de Vlaamse regering schept dit de verplichting om, binnen alle speciale beschermingszones, de nodige instandhoudingsmaatregelen te nemen met betrekking tot alle soorten en habitats die er voorkomen en op basis van de Vogelrichtlijn of de Habitatrichtlijn relevant bevonden worden, ongeacht of deze soorten of habitats aangemeld zijn geweest ter gelegenheid van de aanduiding van dat gebied.

Een voorbeeld is de gewone vroedmeesterpad, *Alytes obstetricans*, die *“hoofdzakelijk”* net buiten het Natura 2000-gebied genaamd Dijlevallei voorkomt.<sup>115</sup> Het besluit om de Dijlevallei aan te wijzen als Natura 2000-gebied gebeurde niet omwille van de vroedmeesterpad. Het gebied werd aangewezen om zes soorten te beschermen genoemd in bijlage II van het Natuurdecreet<sup>116</sup>, en de vroedmeesterpad is in Vlaanderen een bijlage III-soort (volgens de Habitatrichtlijn een bijlage IV soort<sup>117</sup>). Desalniettemin zijn er voor een deelgebied van de Dijlevallei instandhoudingsdoelstellingen geformuleerd voor de vroedmeesterpad.<sup>118</sup>

### *Instandhoudingsmaatregelen hoeven niet een goede staat binnen een gebied te verzekeren?*

Een belangrijke vraag is of instandhoudingsmaatregelen een goede staat van instandhouding van habitattypen en soorten binnen een gebied moeten verzekeren, of dat dit alleen op hoger (nationaal of regionaal) niveau nodig is. Uit de overwegingen van de aanwijzingsbesluiten van 23 april 2014 blijkt dat volgens de Vlaamse overheid het niet nodig is om te streven naar een lokaal goede staat van instandhouding *“voor elk Europees te beschermen habitat of soort dat voor een speciale beschermingszone is aangemeld of binnen een speciale beschermingszone voorkomt.”*<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Art. 2, 65° Natuurdecreet; Art. 1, 14° B.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>115</sup> Informatief document bij B.VI.Reg van 23 maart 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone ‘BE2400011 Valleien van de Dijle, Laan en Ijse met aangrenzende bos- en moerasgebieden’ en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone ‘BE2422315 De Dijlevallei’ van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten, p. 7 (zie ook p. 140).

<sup>116</sup> Art. 3 lid 2 B.VI.Reg van 23 maart 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone ‘BE2400011 Valleien van de Dijle, Laan en Ijse met aangrenzende bos- en moerasgebieden’ en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone ‘BE2422315 De Dijlevallei’ van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten.

<sup>117</sup> Bijlage III Natuurdecreet.

<sup>118</sup> Agentschap voor Natuur en Bos, Managementplan Natura 2000 1.0 BE2400011 - Valleien van de Dijle, Laan en Ijse met aangrenzende bos- en moerasgebieden BE2422315 - De Dijlevallei, 19 december 2014, p. 10.

<sup>119</sup> Zie b.v. Besluit van de Vlaamse Regering tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone ‘BE2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent’ en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones ‘BE2301235 Durme en Middenloop van de Schelde’, ‘BE2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde’ en het onderdeel Blokkersdijk van de speciale beschermingszone ‘BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk’ van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten, B.S. 15 oktober 2014.

Art. 2, 36° van het Natuurdecreet omschrijft wat een gunstige staat is voor soorten en habitats. Voor een habitat is dat een *“natuurlijke verspreidingsgebied”* met een oppervlakte die stabiel is of toeneemt; wiens functies in *“de afzienbare toekomst vermoedelijk zullen blijven bestaan”*; en wiens *“staat van instandhouding van de voor die habitat typische soorten gunstig is”*. Voor soorten is de staat van instandhouding *“gunstig”* wanneer *“uit populatiedynamische gegevens blijkt dat de betrokken soort nog altijd een levensvatbare component is van de habitat waarin de soort voorkomt en dat vermoedelijk op lange termijn zal blijven”*; als het natuurlijke verspreidingsgebied niet kleiner wordt *“binnen afzienbare tijd”* en als *“er een voldoende grote habitat bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van die soort op lange termijn in stand te houden”*.<sup>120</sup> Niets van het bovenstaande suggereert dat de goede staat van instandhouding van habitattypen en soorten binnen elk gebied verzekerd moet worden. Er mag echter niet uit het oog worden verloren dat elk gebied zal moeten bijdragen tot het behalen van een gunstige staat van instandhouding. Luidens de Europese Commissie moet de algemene doelstelling van een gunstige staat van instandhouding worden omgezet in instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau, *“waarin wordt bepaald wat de beoogde toestand van de soorten en typen habitats in het gebied is om de gebieden optimaal bij te laten dragen tot het realiseren van een gunstige staat van instandhouding op nationaal, biogeografisch of Europees niveau.”*<sup>121</sup> Elk gebied zal naar vermogen, dus ook, indien nodig, door middel van een verbeterdoelstelling, moet bijdragen aan het bereiken van een gunstige staat van instandhouding voor de soorten en habitattypen in Vlaanderen als geheel. Bovendien moet worden benadrukt dat ook in Vlaanderen geldt dat de staat van geen enkel habitatype en geen enkele soort in een aangewezen gebied mag verslechteren, conform het verslechteringsverbod van art. 6 lid 2 van de Habitatrictlijn en art. 36ter lid 2 van het Natuurdecreet.<sup>122</sup> Een gebrek aan behoud- of verbeterdoelen en -maatregelen in een gebied, zelfs indien er een gunstige staat van instandhouding is op nationaal niveau, verhoogt de kans op verdere degradatie en lokale extinctie, wat strijdig is met art. 6 lid 2 Habitatrictlijn.<sup>123</sup>

*Hoe gaat men in Vlaanderen om met het feit dat schorren enerzijds op zichzelf habitattypen zijn, en anderzijds onderdeel zijn van een groter ecosysteem of een ander habitatype (nr. 1130)?*

Het Besluit van 3 april 2009 stelt dat de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen o.a. definities moeten bevatten van de habitats en soorten in kwestie, inclusief omschrijvingen van diens ecologische vereisten.<sup>124</sup> Dienovereenkomstig is een estuarium in een door de Vlaamse overheid gepubliceerd rapport wetenschappelijk gedefinieerd, namelijk als *“het volledige benedenstrooms gedeelte van een rivier dat onder invloed staat van de*

---

<sup>120</sup> Zie ook Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>121</sup> Cie. Nota over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden, Europese Commissie, Doc. Hab.12-04/06, november 2012.

<sup>122</sup> Zie ook H. Schoukens, G. Van Hoorick, & A. Cliquet, “Het vernieuwde natuurdecreet: a Game Changer?,” *TOO*, 2014, p. 489.

<sup>123</sup> Zie ook A. Cliquet, K. Decler en H. Schoukens, Restoring nature in the EU: the only way is up? In C.-H. Born, A. Cliquet, H. Schoukens, D. Misonne, & G. Van Hoorick (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?* Routledge, 2015, 277.

<sup>124</sup> Art. 5 lid 1 Bl.VI.Reg. 3 april 2009.

*getijdenwerking van de zee*".<sup>125</sup> Het rapport wijkt gedeeltelijk af van de interpretatie van de Europese Commissie (2007) van estuaria. Die omvat volgens de Vlaamse benadering niet de "volledige zoetwatergetijdenzone en de brakke schorvegetaties".<sup>126</sup> Wel neemt de Vlaamse benadering expliciet de Commissie aanbeveling over dat een estuarium als een ecologische eenheid dient beschouwd te worden.<sup>127</sup> Er wordt erkend dat dit leidt tot "*gedeeltelijke overlap*" met andere habitattypes van bijlage 1 van de Habitatrichtlijn.<sup>128</sup>

Volgens art. 2 van het aanwijzingsbesluit van 23 april 2014 zijn er vier "ecotoopclusters" in de speciale beschermingszone 'BE2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent'<sup>129</sup>, waarvan estuarium er één is (een gebied van 4680ha, waarvan 3460 ha water is (vaargeul)). Art. 2 stelt verder dat het estuarium een "*dynamisch milieu met veel gradiëntsituaties (zoet-zout overgangen, slik-schor, ...)*" is, en dat daarbinnen een aantal habitattypes vallen.<sup>130</sup> Art. 3 stelt dat het gebied is aangewezen voor de habitattypes genoemd in bijlage I van het Natuurdecreet, waaronder estuaria [1130], slikken met zoutminnende planten [1310], schorren met slijkgrasvegetatie [1320] en Atlantische schorren [1330] en rivieren met slikoevers [3270].<sup>131</sup> De instandhoudingsdoelstellingen van 'BE2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent' zijn vastgesteld in bijlage 2 van het gewijzigde aanwijzingsbesluit.<sup>132</sup> Deze bijlage geeft op twee manieren duidelijkheid hoe men in dit Schelde-estuariumgebied (BE2300006) om kan gaan met deze habitattypen en het overkoepelende habitatype 1130 'estuaria'.

De instandhoudingsdoelstellingen van habitatype estuaria [1130] zijn expliciet verbonden met de instandhoudingsdoelstellingen voor specifieke schor en slik habitattypes. Voor 'estuaria' zijn die doelstellingen bepaald voor het "*systeemniveau*" en gericht op het oplossen

---

<sup>125</sup> D. Paelinckx, K. Sannen, V. Goethals, G. Louette, J. Rutten en M. Hoffmann, 'Gewestelijke doelstellingen voor de habitats en soorten van de Europese Habitat en Vogelrichtlijn voor Vlaanderen', Mededelingen van Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek, 2009, p. 101.

<sup>126</sup> Het is ruimtelijk beperkt tot het einde van de zoutinvloed en tot de lage slikken die dagelijks overstromen. Daardoor worden belangrijke habitattypen, waaronder 1310, 1320, 1330, 3270, 6430 en 91E0, wel gedekt, maar niet zeldzame typische estuariene vegetatietypen. Paelinckx e.a. 2009, p. 101.

<sup>127</sup> Paelinckx e.a. 2009, p. 101.

<sup>128</sup> Met name, slik (en zandgebieden met *Salicornia*-soorten en andere), zoutminnende planten (1310) en vegetaties van Engels slijkgras op de overgang tussen slik en schor in de zoute tot sterk brakke zone (1320). Vlaamse Natura 2000-website. <https://www.natura2000.vlaanderen.be/habitatype/estuaria-1130> (laatst gecheckt op 28 februari 2021).

<sup>129</sup> Dit aanwijzingsbesluit werd genomen op basis van art. 36ter lid 9 Natuurdecreet; B.VI.Reg van 23 april 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone 'BE 2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent' en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones 'BE 2301235 Durme en Middenloop van de Schelde', 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde' en het onderdeel Blokkersdijk van de speciale beschermingszone 'BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk' van de bijhorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten, B.S. 4 oktober 2016.

<sup>130</sup> Art. 2 B.VI.Reg van 23 april 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone 'BE 2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent' en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones 'BE 2301235 Durme en Middenloop van de Schelde', 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde' en het onderdeel Blokkersdijk van de speciale beschermingszone 'BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk' van de bijhorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten, B.S. 4 oktober 2016.

<sup>131</sup> De andere habitattypen genoemd in het gewijzigde art. 3 van het aanwijzingsbesluit zijn 2310, 2330, 3140, 3150, 6230, 6410, 6430, 6510, 7140, 9120, 9160, 91E0. Technisch nazicht VI.Reg. van 16 september 2016.

<sup>132</sup> Dit is overeenkomstig art. 9 lid 1 VI.Reg.R. 3 april 2009. Art. 4 .VI.Reg van 23 april 2014 tot aanwijzing met toepassing van de Habitatrichtlijn van de speciale beschermingszone 'BE 2300006 Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent' en tot definitieve vaststelling voor die zone en voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszones 'BE 2301235 Durme en Middenloop van de Schelde', 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde' en het onderdeel Blokkersdijk van de speciale beschermingszone 'BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk' van de bijhorende instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten, B.S. 4 oktober 2016.

van “*knelpunten*”, zoals beperkte ruimte voor slikken en schorren en de functies die zij hebben voor het ecosysteem.<sup>133</sup> Zo omvatten de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied oppervlakte-doelstellingen die worden beschouwd “*als een absoluut minimum om een robuust en duurzaam functionerend estuarium te creëren*”<sup>134</sup> – dit met het oog op het behalen van een goede staat van instandhouding “*met betrekking tot ecologisch functioneren van het gehele estuarium met inbegrip van het pelagiaal/de vaargeul*.”<sup>135</sup>

Bijlage 2 van het aanwijzingsbesluit stelt voor specifieke schor- en slikhabitattypes als doel “*uitbreiding*” en dat dergelijke uitbreiding vervat zit “*in de uitbreiding van habitatype 1130*”. Voor Atlantische Schorren [1330] is er een gekwantificeerd oppervlakte-doel opgesteld, maar dat is niet zo voor (bijvoorbeeld) slikken met zoutminnende planten [1310]. Dit omdat de oppervlakte van dit habitatype “*moeilijk te kwantificeren*” is. Enkel wordt gesteld dat “*uitbreiding*” van dit type is vervat binnen de uitbreiding van habitatype 1130.<sup>136</sup> Dit gebrek aan gekwantificeerde uitbreidingsdoelstellingen voor alle schorren en slikken in het gebied betekent niet dat het bereiken van één oppervlakte-doelstelling voor een specifiek habitatype, bijvoorbeeld Atlantische Schorren, *ten koste* mag gaan van het uitbreiden van andere slik- en schor-habitattypes waarvoor wél een algemene, maar geen gekwantificeerde uitbreidingsdoelstelling bestaat. Tenslotte zou dat ingaan tegen het verslechteringsverbod (zie deel 5).

Verder bepaalt het Instandhoudingsbesluit dat er een globaal afwegingskader wordt opgenomen in het Vlaams Natura 2000-programma en dat een managementplan dit afwegingskader in het betreffende gebied moet uitvoeren. Zoals gesteld in paragraaf 4.2.3 moet dit kader o.a. “*een onderlinge afweging van de ecologische vereisten van ... de Europees te beschermen habitattypes*” mogelijk maken.<sup>137</sup> De uitvoering van het globaal afwegingskader voor het betreffende gebied dient te worden bepaald in een Natura 2000-managementplan.<sup>138</sup> Echter, de informatie over de uitvoering van het afwegingskader is in het eerste managementplan voor het Schelde-estuarium gebied BE2300006 niet opgenomen. Die informatie zou in de volgende versie van het managementplan wél opgenomen worden.<sup>139</sup> Deze volgende versie is nog niet publiekelijk beschikbaar.

## 1.5 Het wijzigen van aanwijzingen en van instandhoudingsdoelstellingen

---

<sup>133</sup> Bijlage 2 van Technisch nazicht VI.Reg. van 16 september 2016, p. 5.

<sup>134</sup> De oppervlakte-doelstelling voor ‘estuaria’ stelt dat het natuurontwikkelingsgebied van BE2300006 met 628ha effectief moet worden uitgebreid. De toelichting bij het kwaliteitsdoel geeft aan dat er “*voldoende ruimte*” voor de natuurlijke processen van het estuarium moet zijn, “*met specifieke aandacht voor ondiep water, slik en schor*.” Bijlage 2 van Technisch nazicht VI.Reg. van 16 september 2016, p. 5.

<sup>135</sup> Bijlage 2 van Technisch nazicht VI.Reg. van 16 september 2016, p. 6

<sup>136</sup> Dit geldt ook voor rivieren met slikoevers [3270] en schorren met slijkgrasvegetatie [1320] hebben geen gekwantificeerd uitbreidingsdoel. Bijlage 2 van Technisch nazicht VI.Reg. van 16 september 2016, p. 7-8.

<sup>137</sup> Art. 3 lid 2, letter a van het B.VI.Reg. 20 juni 2014 tot regeling van het Vlaams Natura 2000-programma, de managementplannen Natura 2000, de zoekzones en de actiegebieden voor de specifieke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats (aangehaald als: het Instandhoudingsbesluit), B.S. 15 oktober 2014 (in dit rapport het Instandhoudingsbesluit).

<sup>138</sup> Art. 6 lid 6 Instandhoudingsbesluit.

<sup>139</sup> Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB, ‘BE2300006 - Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent BE2300222 - De Kuifeend en de Blokkersdijk BE2301235 - Durme en de middenloop van de Schelde BE2301336 - Schorren en polders van de Beneden-Schelde’, p. 30



Het Natura 2000-netwerk is niet in beton gegoten. Er kunnen verschillende redenen zijn waarom de begrenzing van een gebied of een instandhoudingsdoelstelling gewijzigd zou moeten worden of een dergelijke wijziging wenselijk zou zijn. Er zijn verschillende soorten wijzigingen. Te onderscheiden zijn de verkleining of het geheel schrappen van een gebied en het wijzigen of schrappen van instandhoudingsdoelstellingen.

### 1.5.1 EU-rechtelijk kader

#### *Wijziging of verkleining van eenmaal aangewezen Natura 2000-gebied*

In eerste instantie is het EU-rechtelijk kader te vinden in de hiervoor al besproken bepalingen over de verplichting tot het aanwijzen van gebieden in art. 3 en 4 Vogelrichtlijn, respectievelijk art. 3 en 4 Habitatrichtlijn, juncto bijlage III. Deze verplichtingen moeten in samenhang worden beschouwd met de monitorings- en evaluatieverplichtingen uit art. 9 Habitatrichtlijn. Uit veranderingen in ecologische omstandigheden kan de noodzaak ontstaan om veranderingen in het netwerk van aangewezen gebieden aan te brengen. Art. 9 Habitatrichtlijn voorziet zelfs expliciet in een mogelijkheid van de Europese Commissie om een speciale beschermingszone haar status te ontnemen ‘wanneer de natuurlijke ontwikkeling [...] dat rechtvaardigt’. De beide richtlijnen voorzien niet in een aparte procedure voor een wijziging van een aanmelding (Habitatrichtlijn) of aanwijzing (Vogelrichtlijn). Vertrekpunt is derhalve dat een dergelijke wijziging moet geschieden via de procedure en volgens de materiële randvoorwaarden die gelden voor de (oorspronkelijke) aanwijzing.<sup>140</sup> Daarnaast is in de praktijk door de Europese Commissie de mogelijkheid van kleine, niet essentiële wijzigingen aanvaard. De Europese Commissie heeft hiervoor een procedure vastgesteld.<sup>141</sup> De wijzigingen moeten gebeuren in overleg met de Commissie. Wijzigingsvoorstellen moeten bij de Commissie worden ingediend via het Standaard Gegevensformulier, ook wel aangeduid als Standard Data Form of SDF.<sup>142</sup> De nieuwe data die door de lidstaten worden medegedeeld kunnen betrekking hebben op nadere detaillering of correctie van onjuist gebleken eerder meegedeelde data en kunnen in het meest extreme geval zelfs leiden tot wijziging van de grenzen of vervanging van een aangewezen gebied. Na accordering door de Commissie worden de wijzigingen opgenomen in de Europese database.

De vraag is of voor meer omvangrijke wijzigingen dan de hiervoor bedoelde niet essentiële wijzigingen, ook art. 6 Habitatrichtlijn relevant is voor de hiervoor besproken wijzigingen in de keuze van aangewezen, respectievelijk aan te wijzen gebieden zoals hiervoor bedoeld. De gedachte is dan dat bijvoorbeeld het verkleinen of schrappen van een gebied in strijd kan komen met de beschermingsverplichtingen voor het gebied die uit art. 6 Habitatrichtlijn voortvloeien. Dat is zeker het geval als het verkleinen en schrappen plaatsvindt enkel en alleen omdat de kwaliteit van het gebied achteruit is gegaan of omdat een lidstaat plannen of projecten beoogt te realiseren die met de beschermde status van het gebied niet zijn te verenigen.<sup>143</sup> De vraag is echter of dit ook geldt als een lidstaat op grond van nieuwe ontwikkelingen of toegenomen inzicht zijn landelijk systeem van beschermde gebieden wil

---

<sup>140</sup> HvJ 19 oktober 2019, ECLI:EU:C:2017:774 (*Leenheerenpolder*) en HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214 (*Cascina Tre Pini*).

<sup>141</sup> Note to the Members of the Habitats Committee of 21 June 2005, Doc-Hab 05-06-02, JAC(D)2005.

<sup>142</sup> Zie uitvoeringsbesluit van 11 juli 2011, 2011/484/EU.

<sup>143</sup> Zie hierover HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214 (*Cascina Tre Pini*).

aanpassen en bijvoorbeeld een aangewezen gebied wil vervangen door een of meerdere andere, nog niet aangewezen gebieden. Er is geen duidelijk antwoord te geven of art. 6 Habitatrictlijn in een dergelijk geval als aanvullend toetsingskader moet worden gehanteerd.<sup>144</sup>

Voor zover art. 6 Habitatrictlijn als toetsingskader moet worden gehanteerd, dus in ieder geval voor het verkleinen als gevolg van een achteruitgang in kwaliteit of ten behoeve van de realisering van een plan of project, heeft het HvJ EU dit kader nader ingevuld. Een eenmaal aangewezen Natura 2000-gebied kan alleen worden verkleind indien de oorspronkelijke aanwijzing berust op een wetenschappelijke fout of op een administratieve vergissing, indien het gebied niet meer langer noodzakelijk is voor het realiseren van een gunstige staat van instandhouding van de kwalificerende habitats en soorten in het desbetreffende Natura 2000-gebied<sup>145</sup> of wanneer vast is komen te staan dat een gebied onherroepelijk ongeschikt is geworden om een bijdrage te leveren aan de doelstellingen van de Habitatrictlijn.<sup>146</sup> Deze voorwaarden worden echter niet snel vervuld. Daarvoor moet komen vast te staan dat het 'essentieel [is] dat [de in het gebied aanwezige] milieuschade het gebied onherroepelijk ongeschikt maakt ter verzekering van de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna en van de vorming van het netwerk 2000, zodat dit gebied definitief geen bijdrage meer kan leveren aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de HRL', aldus het HvJ EU. Of deze toestand had kunnen worden voorkomen indien de lidstaat zijn verplichtingen uit art. 6 lid 2 Habitatrictlijn had nagekomen en passende maatregelen had genomen tegen de achteruitgang en om de milieuschade te repareren toen dat nog kon is uiteindelijk niet relevant. Een dergelijk (niet) handelen van de lidstaat in strijd met art. 6 lid 2 sluit niet uit dat de aanwijzing toch (al dan niet gedeeltelijk) kan en zelfs moet worden ingetrokken als het gebied zijn functie definitief niet meer kan vervullen. In een dergelijk geval is een lidstaat verplicht om, voor zover het gaat om een gebied aangewezen op grond van de Habitatrictlijn, een verzoek tot aanpassing van de Europese lijst van aan te wijzen gebieden in te dienen bij de Commissie.<sup>147</sup> Het staat wel vast dat het HvJ EU daar zeer terughoudend zal tegen overstaan en lidstaten niet zal 'belonen' met het schrappen van een gebied, als gevolg van het feit dat ze hun instandhoudingsverplichtingen niet zijn nagekomen. Dit bleek ook al zo in de Cascina Tre Pini -zaak, waar een gebrek aan maatregelen het niet rechtvaardigde om het gebied te verkleinen: *"Dienaangaande moet worden beklemtoond dat artikel 6, lid 2, van richtlijn 92/43, waarnaar artikel 4, lid 5, van deze richtlijn verwijst, de lidstaten de verplichting oplegt de GCB's te beschermen door passende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de daarin voorkomende natuurlijke habitats en soorten niet verslechtert. Dat een lidstaat deze beschermingsverplichting niet is nagekomen met betrekking tot een bepaald gebied kan als zodanig geen grond zijn om dit gebied zijn beschermde status te ontnemen (zie, naar analogie, arrest Commissie/Ierland, C-418/04, EU:C:2007:780, punten 83-86). De betrokken lidstaat moet dan juist de nodige maatregelen treffen om het gebied te saneren."*<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Zie ook ; Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 87.

<sup>145</sup> HvJ EU 19 oktober 2019, ECLI:EU:C:2017:774

<sup>146</sup> HvJ EU, 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214 (Cascina Tre Pini). Zie ook C.W. Backes, Eens Natura 2000, voor altijd Natura 2000?, *Ars Aequi* 2020, p. 554, S.D.P. Kole, Over administratieve en wetenschappelijke fouten en blijvende ongeschiktheid, *NBR* 2018(3), 46 en 'Natura 2000 in Nederland', Universiteit Maastricht en Planbureau voor de Leefomgeving, 2011.

<sup>147</sup> HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214 (Cascina Tre Pini).

<sup>148</sup> HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214, r.o. 32.

### *Wijziging van de instandhoudingsdoelstellingen*

Zoals hiervoor aangegeven, dient een lidstaat ervoor zorg te dragen dat op landelijk niveau een gunstige staat van instandhouding wordt bereikt. Daaruit volgt dat de HRL ruimte biedt om voor een specifiek habitatype of specifieke soort een instandhoudingsdoelstelling te wijzigen, mits aan de hierna vermelde voorwaarden wordt voldaan.<sup>149</sup> De redenen om een instandhoudingsdoelstelling te wijzigen kunnen verschillend zijn. Zo kan blijken dat een instandhoudingsdoelstelling structureel onhaalbaar is. Ook kan een instandhoudingsdoelstelling niet meer haalbaar zijn omdat een project met significante gevolgen bij wijze van uitzondering is toegelaten met op grond van art. 6 lid 4 Habitatrictlijn (zie daarover paragraaf 7.) Maar ook andere redenen kunnen aanleiding zijn om een instandhoudingsdoelstelling te wijzigen, bijvoorbeeld dat gebleken is dat een verbeteropgave ecologisch zinvoller of makkelijker in een ander gebied kan worden verwezenlijkt. Wel moeten in alle gevallen de hierna weergegeven voorwaarden zijn vervuld.

Ten eerste zal, door een verandering van een instandhoudingsdoelstelling voor een specifiek habitatype of specifieke soort in een Natura 2000-gebied, nog steeds geborgd moeten zijn dat op landelijk niveau een gunstige staat van instandhouding kan worden bereikt. Dat betekent dat een verandering van een verbeter- of uitbreidingsdoelstelling in een behoudsdoelstelling voor een habitatype of soort in het ene Natura 2000-gebied mogelijkwijs kan leiden tot een verplichting om voor ditzelfde habitatype of soort in een ander Natura 2000-gebied een verbeter- of uitbreidingsdoelstelling op te nemen indien anders een landelijke gunstige staat van instandhouding niet kan worden bereikt.

Ten tweede zal door een wijziging van een instandhoudingsdoelstelling het verslechteringsverbod van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn niet mogen worden overtreden. Als gezegd, geldt dit verslechteringsverbod per Natura 2000-gebied. Dat betekent dat een wijziging van een instandhoudingsdoelstelling voor een specifiek habitatype of een specifieke soort in een Natura 2000-gebied niet tot gevolg kan hebben dat hierdoor feitelijk een verslechtering (of significante verstoring) optreedt voor het habitatype of de soort waarvoor de instandhoudingsdoelstelling wordt gewijzigd ten opzichte van de situatie zoals deze was op het moment dat voor het betreffende Natura 2000-gebied art. 6 lid 2 Habitatrictlijn van kracht werd.

### **1.5.2 Implementatie in Nederland**

#### *Wijziging of verkleining van eenmaal aangewezen Natura 2000-gebied*

Art. 2.1 lid 6 Wnb bepaalt dat de minister zorg draagt voor de actualisatie van de aanwijzingsbesluit. Vervolgens voorziet het zevende lid van dit artikel in de mogelijkheid om een aanwijzingsbesluit te wijzigen of geheel of gedeeltelijk in te trekken. Voorwaarden worden hiervoor niet genoemd. In overeenstemming met de Europese randvoorwaarden zoals hiervoor omschreven heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een verkleining alleen geaccepteerd als de aanwijzing op een vergissing berustte.<sup>150</sup> Meer precies eist de Afdeling bestuursrechtspraak dat er op het moment van de oorspronkelijke aanwijzing geen voldoende

---

<sup>149</sup> Zie ook Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, Bijlage, p. 112.

<sup>150</sup> Zie bijv. ABRvS 5 november 2008, ECLI:RVS:2008:BG 3416 (*Voordelta*).

ornithologische (of ecologische) basis bestond voor de aanwijzing.<sup>151</sup> Nederland heeft in 2011 aan de Commissie verzocht vijf gebieden (deels) van de Europese lijst van aan te wijzen gebieden te schrappen, omdat de soorten en habitattypen waarvoor ze zouden moeten worden aangewezen feitelijk niet in meer dan verwaarloosbare mate in de gebieden voorkomen. Dat verzoek is voor drie gebieden gehonoreerd die vervolgens van de Europese lijst met aan te wijzen gebieden zijn geschrapt.<sup>152</sup> In 2010 werd Broekvelden, Vettenbroek & Polder Stein op verzoek van Nederland van de lijst van te wijzen gebieden geschrapt. In 2012 werd vastgesteld dat dit ten onrechte was gebeurd. De Europese Commissie heeft een inbreukprocedure gestart omdat het gebied niet hernieuwd door Nederland werd aangemeld.<sup>153</sup> Deze procedure is inmiddels (voorlopig) stopgezet nadat Nederland op 21 mei 2019 opnieuw heeft aangemeld.<sup>154</sup> Sinds 21 januari 2021 staat het gebied weer op de Europese lijst.

Een ander voorbeeld van een conflictueuze wijziging van de lijst van aan te wijzen gebieden betreft het deelgebied Leenheerenpolder binnen het gebied Haringvliet. Oorspronkelijk was dit gebied aangemeld, maar Nederland verzocht in 2013 het gebied van de Europese lijst te van aan te wijzen gebieden te schrappen omdat de aanmelding op een vergissing zou hebben berust. Dat verzoek is, na enige discussie, door de Commissie aanvaard. De Afdeling bestuursrechtspraak had twijfels aan de rechtmatigheid van dit besluit van de Commissie en heeft daarom het HvJ EU om een oordeel hierover gevraagd. Het HvJ EU heeft vervolgens vastgesteld dat voor het wijzigen van de Europese lijst geen reden was en geen sprake kon zijn van een vergissing.<sup>155</sup> Er zijn in Nederland nooit gebieden geschrapt omdat het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen onmogelijk is geworden.<sup>156</sup>

### *Wijziging van de instandhoudingsdoelstellingen*

In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is het wijzigen van instandhoudingsdoelstellingen enkele keren aan de orde geweest. In het gebied Voordelta heeft de Afdeling aanvaard dat de instandhoudingsdoelstelling voor de slechtvalk werd geschrapt. Daarbij werd slechts vastgesteld dat het gebied zich ten tijde van het schrappen van de instandhoudingsdoelstelling niet voor deze soort kwalificeert.<sup>157</sup> Het wijzigen van een herstel- of uitbreidingsdoelstelling lijkt mogelijk als dit geen afbreuk doet aan het landelijk kunnen halen van een gunstige staat van instandhouding. Dat is bijvoorbeeld het geval als de feitelijke staat van instandhouding is verbeterd of de herstel- of uitbreidingsdoelstelling in een ander gebied voor de desbetreffende soort of het desbetreffende habitatype wordt verhoogd.<sup>158</sup>

### **1.5.3 Implementatie in Vlaanderen**

#### *Wijziging van aanwijzing en instandhoudingsdoelstellingen*

---

<sup>151</sup> ABRvS 23 juli 2014, ECLI:RVS:NL2014:2712 (*Brabantse Wal*).

<sup>152</sup> Zie nader Verbeek 2016, p. 123 e.v.

<sup>153</sup> Inbreukprocedure nr. 2016-4014.

<sup>154</sup> Brief van de Minister van LNV aan de Tweede Kamer van 17 juni 2020, DGNVLG-NP / 20155510, p. 2.

<sup>155</sup> HvJ EU 19 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:774.

<sup>156</sup> Zie ook Verbeek 2016, p. 125.

<sup>157</sup> ABRvS 5 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG3416 (Voordelta), r.o. 2.10.3.

<sup>158</sup> Zie Verbeek 2016, p. 126; Backes e.a. 2011, p. 39 en Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, p. 20 en Bijlage, p. 111 e.v.

Zoals aangegeven onder 1.3.2. werd het Besluit van 1988 tot aanwijzing van Vogelrichtlijngebieden drie maal gewijzigd. Een eerste maal gebeurde dit door het Besluit van 20 september 1996.<sup>159</sup> Dit wijzigingsbesluit werd genomen teneinde poldergraslanden en hun microreliëf in de Vogelrichtlijngebieden te beschermen. Een tweede wijzigingsbesluit van 23 juni 1998<sup>160</sup> wijzigde twee bestaande Vogelrichtlijngebieden: het gebied “Durme en de middenloop van de Schelde”<sup>161</sup> werd uitgebreid met het geplande gecontroleerd overstromingsgebied Kruikeke - Bazel - Rupelmonde. Door het besluit is er een inkrimping van het gebied “Schorren en polders van de Beneden-Schelde” ten voordele van de uitbouw van de containerhaven te Doel.<sup>162</sup> Een derde wijzigingsbesluit van 17 juli 2000 wijzigt de grenzen van het Vogelrichtlijngebied “Poldercomplex”<sup>163</sup>, omwille van een geplande uitbreiding van de haven van Zeebrugge. Tegen deze laatste wijziging werd door de vzw Natuurpunt een klacht ingediend bij de Europese Commissie wegens schending van art. 6 Habitatrictlijn<sup>164</sup> en dit onder meer omdat niet was voldaan aan de verplichting van ‘actieve compensatie’. Hieraan heeft de Vlaamse overheid proberen te verhelpen door een overeenkomst af te sluiten ter uitvoering van maatregelen voor de effectieve inrichting van natuurcompensatiegebieden voor de verdere uitbouw van de achterhaven van Zeebrugge.<sup>165</sup> Ter compensatie van het areaalverlies werd op het grondgebied van de gemeenten De Haan, Jabbeke en Oudenburg een gebied van 520 ha toegevoegd aan de eerder reeds vernoemde speciale vogelbeschermingszone.<sup>166</sup>

Voor de Habitatrictlijngebieden gebeurde voor enkele gebieden een uitbreiding, waaronder de vaargeul van het Schelde-estuarium (zie onder 1.3.2.).

Een wijziging van instandhoudingsdoelstellingen voor het gewest of voor een gebied gebeurt volgens dezelfde procedure als de aanvankelijke vaststelling ervan.<sup>167</sup>

Er heeft nog geen wijziging plaatsgevonden van de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen. In een advies van de Mina-raad en de Strategische Adviesraad Landbouw Visserij (SALV) van 2009 werd er gewezen op de mogelijkheid om de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen te evalueren eenmaal de instandhoudingsdoelstellingen van de onderscheiden speciale beschermingszones vastgesteld worden. Luidens het advies kunnen op dat moment de gewestelijke kwantitatieve doelen terug ter discussie gesteld worden.<sup>168</sup>

---

<sup>159</sup> B.VI.Reg. van 20 september 1996, B.S. 12 oktober 1996.

<sup>160</sup> B.VI.Reg. van 23 juni 1998, B.S. 25 juli 1998.

<sup>161</sup> Art. 1 lid 3, 3.5, B.VI.Reg. van 17 oktober 1988.

<sup>162</sup> Art. 1 lid 3, 3.6, B.VI.Reg. van 17 oktober 1988.

<sup>163</sup> B.VI.Reg. van 17 juli 2000, B.S. 31 augustus 2000.

<sup>164</sup> J.-L. Herrier, I. Killemaes & C. Deboeuf, ‘Nature Conservation versus Industrial Development at Zeebrugge Harbour’, in *EUROCOAST, Littoral 2002. The Changing Coast*. EUROCOAST / EUCC, Porto – Portugal.

<sup>165</sup> A. Cliquet, De aanwijzing en het beheer van de Natura 2000-gebieden in Vlaanderen en het Belgisch deel van de Noordzee, In: Teesing, N (ed.), *Wie beschermt het natuurbeschermingsrecht?* Vereniging voor Milieurecht, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 29-52.

<sup>166</sup> H. Schoukens, K. De Roo, K. en P. De Smedt, *Handboek Natuurbehoudsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 170.

<sup>167</sup> Art. 9 lid 2 B.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>168</sup> Mina-Raad en SALV, *Advies over het ontwerp van besluit van de Vlaamse regering betreffende de vaststelling van gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats*, 24 en 25 september 2009, p. 16.

Uit de wetenschappelijke evaluatie van de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen blijkt immers dat het ambitieniveau niet erg hoog ligt. De wetenschappelijke commissie komt tot het besluit dat er werd gekozen voor een “*eerder voorzichtig (conservatief) geformuleerde doelstellingen*”. De Commissie stelt ook vast dat de voorgestelde procedure voor het vaststellen van gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen de lat niet hoog legt met betrekking tot de geest van de richtlijnen, nl. duurzaam beheer van de biodiversiteit.<sup>169</sup> Ook in een rapport van Natuurpunt worden de doelen slechts als tussendoelen gezien en dringt een bijstelling zich op.<sup>170</sup> De noodzaak tot het verhogen van het ambitieniveau van de natuurdoelen wordt ook aangetoond door zowel de resultaten van het meest recente Vlaamse Natuurrapport<sup>171</sup> als het recente rapport van het Europese Milieuagentschap over de toestand van de natuur<sup>172</sup>, waaruit blijkt dat het merendeel van de habitats en soorten in Vlaanderen zich in een ongunstige staat van instandhouding bevinden.

Er is een noemenswaardig voorbeeld van wijzigingen van instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau in Vlaanderen. Zo concludeerde de Vlaamse regering na het HvJ EU arrest *Orléans* en diens bevestiging door de Raad van State (zie 5.7.1.2.) dat de instandhoudingsdoelstellingen moesten worden gewijzigd voor de speciale beschermingszone ‘Schorren en Polders van de Beneden-Schelde’. Met het oog op conformeren aan de genoemde rechtspraak werd een voorontwerp opgesteld die instandhoudingsdoelstellingen van het gebied opnieuw zou vaststellen.<sup>173</sup> Echter, de Vlaamse Inspectie van Financiën oordeelde ongunstig over dit voorontwerp. De Inspectie wees “*op het gebrek aan financiële transparantie inzake de uitvoering van de IHD [instandhoudingsdoelstelling], en de vaststelling dat de Vlaamse Regering met de expliciet vooropgestelde extra financiële inspanningen daarenboven zal voorbijgaan aan het begrotingsakkoord.*”<sup>174</sup> De Vlaamse overheid had in het begrotingsakkoord gesteld dat de uitvoering van de instandhoudingsdoelstelling binnen de beschikbare refertekredieten moesten worden gerealiseerd.<sup>175</sup> Uiteindelijk besloot de Vlaamse regering, “[g]elet op het akkoord van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting, gegeven op 5 april 2019” om de instandhoudingsdoelstellingen te wijzigen.<sup>176</sup> Ook nam het art. 13 lid 1 van het Natuurdecreet in ogenschouw.<sup>177</sup> Dit artikel geeft bevoegdheid aan de Vlaamse regering om “*alle nodige maatregelen...voor de instandhouding*” te nemen, inclusief maatregelen die “*binnen de perken van de begroting, een financiële regeling [kunnen] vaststellen*”.<sup>178</sup> Dat

---

<sup>169</sup> A. De Vocht, M. Hermy, N. Koedam, P. Meire, K. Verheyen en R. Verheyen (voorzitter), *Toetsingsnota van de wetenschappelijke toetsingscommissie betreffende de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen*, ANB, 2008, p. 21.

<sup>170</sup> Natuurpunt, *Handleiding Europese Natuurdoelen*, december 2017, p. 28.

<sup>171</sup> Schneiders, e.a. 2020, p. 68-78. Slechts 3 van de 44 beoordeelde habitats bevinden zich in een gunstige staat van instandhouding in Vlaanderen. Bij de soorten zijn er 18 van de 69 habitatrichtlijnsoorten die in Vlaanderen voorkomen, in een gunstige staat van instandhouding.

<sup>172</sup> EEA, *State of nature in the EU. Results from reporting under the nature directives 2013-2018*, EEA Report No 10/2020, Luxemburg, 2020. Zie in het bijzonder figuur 3.8 (p. 44) en figuur 3.13 op p. 50, waaruit blijkt dat België bijzonder slecht scoort wat staat van instandhouding van habitats en soorten betreft.

<sup>173</sup> Strategische Adviesraad Landbouw Visserij (SALV), Advies Beneden-Schelde van 16 mei 2019, p. 4.

<sup>174</sup> SALV Advies Beneden-Schelde van 16 mei 2019, p. 4.

<sup>175</sup> SALV Advies Beneden-Schelde van 16 mei 2019, p. 4.

<sup>176</sup> B.VI.Reg. van 17 mei 2019 tot wijziging van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017 houdende vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone ‘BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde’, B.S. 6 september 2019.

<sup>177</sup> B.VI.Reg. van 17 mei 2019 tot wijziging van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017 houdende vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone ‘BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde’, B.S. 6 september 2019.

<sup>178</sup> Art. 13, leden 1 en 2 Natuurdecreet.

gezegd hebbende kan men aannemen dat een (financieel) ontoereikende regeling in het Vlaams instandhoudingsbeleid (inclusief gewijzigde instandhoudingsdoelstellingen) alsnog onderworpen kan worden aan Europese inbreukprocedures en boetes, met als gevolg dat de toereikende bedragen voor instandhoudingsbeleid - en doelstellingen - alsnog beschikbaar moeten worden gesteld.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> Zie ook Schoukens e.a. 2014, p. 496.

## **2. Verantwoordelijkheid van bestuursorganen voor de uitvoering van het beschermingsregime en het behalen van de instandhoudingsdoelen**

Voordat in de komende paragrafen op de inhoud van het beschermingsregime voor Natura 2000-gebieden wordt ingegaan, wordt op deze plaats kort stilgestaan bij de bevoegdheids- en verantwoordelijkheidsverdeling voor de uitvoering van het beschermingsregime en het behalen van de instandhoudingsdoelen.

### **2.1 Nederland**

#### **2.1.1 Bevoegdheidsverdeling – vergunningverlening**

Op grond van art. 1.3 lid 1 Wnb geldt als uitgangspunt dat het verlenen van vergunningen, ontheffingen en andere beschikkingen plaatsvindt door Gedeputeerde Staten (GS) van de provincie. Uit art. 1.3 lid 2 Wnb volgt dat algemene voorschriften worden gesteld door Provinciale Staten (PS) van de provincie. De bevoegdheid is neergelegd bij de provincie waarin de activiteit plaatsvindt. In afwijking van het uitgangspunt dat GS bevoegd gezag zijn voor het verlenen van vergunningen, ontheffingen en vrijstellingen op grond van de Wnb, kunnen bij amvb categorieën van projecten en andere handelingen worden aangewezen ten aanzien waarvan besluiten worden genomen door het Rijk. Art. 1.3 lid 5 Wnb biedt hiertoe een grondslag en bepaalt dat het dient te gaan om bij amvb aangewezen categorieën van handelingen<sup>180</sup> of handelingen die plaatsvinden in of gevolgen hebben voor bij amvb aangewezen categorieën van gebieden. De aanwijzing van deze Rijksbevoegdheden heeft plaatsgevonden in art. 1.3 lid 1 Besluit natuurbescherming (Bnb). Als categorieën van handelingen en projecten zijn onder meer aangewezen de aanleg, uitbreiding, inrichting, wijziging, gebruik, beheer en onderhoud van hoofdwegen, hoofdvaarwegen en hoofdspoorwegen, bij het Rijk in beheer zijnde primaire waterkeringen, het landelijke gastransportnet en hoogspanningsverbindingen (zie art. 1.3 lid 1 sub a Bnb) en onder andere de niet-handmatige schaal- en schelpdiervisserij, met inbegrip van het invangen van schelpdierenzaad en van schelpdiercultures en het uitzetten van schelpdieren (zie art. 1.3 lid 1 sub b Bnb). Als categorieën van gebieden zijn onder meer aangewezen het betwiste gebied in de Eems-Dollard en de exclusieve economische zone van Nederland (zie art. 1.3 lid 1 sub k Bnb). Als bevoegd gezag – als bedoeld in art. 1.3 lid 5 Wnb – is in beginsel de minister van LNV aangewezen (zie art. 1.2. Bnb). Art. 1.3 lid 5 Wnb maakt het ook mogelijk om andere ministers, zoals de minister van I&W of van Defensie, aan te wijzen als bevoegd gezag, maar van deze mogelijkheid is tot op heden geen gebruik gemaakt.<sup>181</sup>

#### **2.1.2 Bevoegdheidsverdeling – zorgplicht natuurbescherming art. 1.12 Wnb**

In art. 1.12 lid 1 Wnb is de verantwoordelijkheid voor het zorgen voor actieve soortenbescherming en habitatbescherming aan de provincies toebedeeld. Sub a van lid 1 verwijst naar de verplichting om te zorgen voor maatregelen voor de bescherming, instandhouding of het herstel van biotopen en leefgebieden voor alle (in bijlage I bij de Vogelrichtlijn genoemde) vogelsoorten en de daarin niet genoemde trekvogelsoorten. Sub b

---

<sup>180</sup> Het gaat hierbij om projecten (en voorheen andere handelingen) waarbij nationale belangen in het geding zijn, zie *Kamerstukken II 2011/12, 33348, nr. 3, p. 251.*

<sup>181</sup> NvT bij Bnb, Stb. 2016, 383, p. 43.



van lid 2 verwijst naar de verplichting om te zorgen voor de gunstige staat van instandhouding van in Nederland voorkomende soorten dieren en planten, genoemd in bijlagen II, III en IV bij de Habitatrichtlijn, en van de in Nederland voorkomende typen natuurlijke habitats, genoemd in bijlage I bij de Habitatrichtlijn en habitats van soorten, genoemd in de bijlagen II, IV en V bij de Habitatrichtlijn.<sup>182</sup> Het is aan de provincie om te bezien voor welke soorten en habitats zij op haar grondgebied welke maatregelen aangewezen acht. De provincie beschikt daarvoor over wettelijke (planologische) instrumenten tot subsidieverlening, grondverwerving, overeenkomsten en maatregelen in het kader van agrarisch natuurbeheer. Ook gemeenten en waterschappen kunnen bijdragen aan actieve soortenbescherming. De provincies zullen, om de doelen te bereiken, echter wel regie moeten voeren en zo nodig provinciale kaders moeten vaststellen. De provinciale natuurvisie (art. 1.7 lid 1 Wnb) is het kader waarbinnen afwegingen ten aanzien van de in te zetten instrumenten, kaders en doelen gemaakt kunnen worden, met inbreng van andere overheden. Het is volgens de wetgever belangrijk om bij de invulling van de actieve soortenbescherming de verbinding te leggen met het gebiedenbeleid. De beheerplannen voor Natura 2000-gebieden zijn volgens de wetgever bij uitstek geschikte instrumenten om het beheer en de inrichting van die gebieden af te stemmen op de behoeften van soorten die in die gebieden voorkomen.<sup>183</sup>

Zoals in het bestuursakkoord natuur<sup>184</sup> door provincies en Rijk afgesproken, spreekt het Rijk de provincies alleen aan als zij niet hebben voldaan aan de afspraken over een gerichte inzet voor deze doelstellingen van de voor de uitvoering van het akkoord overeengekomen middelen.<sup>185</sup> Verder dient de geleverde inspanning voor het behalen van de doelstellingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn adequaat door de minister van LNV en GS gezamenlijk te worden gemonitord. Dit volgt uit art. 1.12 lid 4 Wnb.

### 2.1.3 Bevoegdheidsverdeling – verantwoordelijkheid vaststellen beheerplan

Hoewel de Habitatrichtlijn niet zonder meer verplicht tot het opstellen van beheerplannen, geldt een dergelijke verplichting wel voor elk Natura 2000-gebied in Nederland. Het beheerplan biedt de mogelijkheid om onder verantwoordelijkheid van één bevoegd gezag te komen tot een samenhangende, doelmatige en doeltreffende aanpak voor een gebied. In een beheerplan worden de instandhoudingsdoelstellingen en -maatregelen benoemd en verder geoperationaliseerd.<sup>186</sup> Verantwoordelijk voor het vaststellen van beheerplannen zijn GS van de provincie waarin een Natura 2000-gebied is gelegen (art. 2.3 lid 1 Wnb), tenzij het gaat om gebieden onder het beheer van de rijksoverheid. Voor rijkswateren betekent dit dat de minister van Infrastructuur en Waterstaat bevoegd is, zo volgt uit art. 2.10 lid 1 sub a onder 1° Wnb. De doorwerking van het beheerplan wordt versterkt door opname in art. 2.3 lid 3 Wnb van een wettelijke plicht voor bestuursorganen om de in het beheerplan opgenomen instandhoudingsmaatregelen waarvoor zij wettelijk bevoegd zijn en waarmee zij bij

---

<sup>182</sup> In de wetsgeschiedenis worden de verplichtingen uit art. 1.12 vaak betiteld als 'plicht tot actieve soortenbescherming'. Gezien art. 1.12 lid 2 sub b omvat deze plicht echter ook de verplichting om actief te zorgen voor de bescherming van bepaalde habitats.

<sup>183</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33348, nr. 5, p. 32-33.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 30825, nr. 107, 143 en 153.

<sup>185</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33348, nr. 5, p. 46.

<sup>186</sup> Backes 2017, p. 96.

totstandkoming van het beheerplan hebben ingestemd, daadwerkelijk en tijdig te treffen.<sup>187</sup> Instemming van de betrokken bestuursorganen is echter vereist. Wettelijke bevoegdheden van andere bestuursorganen mogen dus niet door het bevoegd gezag voor vaststelling van het beheerplan worden overgenomen. Stemt een ander bestuursorgaan niet in, dan zullen alternatieve maatregelen moeten worden gevonden om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren. Echter, verricht een ander bestuursorgaan voor het Natura 2000-gebied schadelijke handelingen, dan zal de provincie – en in sommige gevallen het Rijk – beperkingen of voorwaarden opleggen in het kader van de vergunningverlening of met inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid. Stelt het betrokken bestuursorgaan een schadelijk plan vast, dan kan worden ingegrepen met de instrumenten van het interbestuurlijk toezicht, zoals opgenomen in de Provinciewet en de Gemeentewet. Bij taakverwaarlozing kan indeplaatstreding door het Rijk plaatsvinden. Los hiervan voorziet de Wnb voor beheerders echter niet in een resultaatsverplichting ten aanzien van de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen. Er bestaat slechts een verantwoordelijkheid voor het treffen van adequate instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen. Deze ligt primair bij de provincie en soms bij het Rijk.<sup>188</sup>

## 2.2 Vlaanderen

### 2.2.1 Bevoegdheidsverdeling – definitie administratieve overheid

Het Natuurdecreet definieert de administratieve overheden die verantwoordelijkheid kunnen dragen bij het uitvoeren van gebiedsgericht natuurbeleid. De term “*administratieve overheid*” verwijst naar “*het Vlaamse Gewest, de openbare instellingen die ervan afhangen, de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instellingen die belast zijn met taken van openbaar nut en de andere besturen die onderworpen zijn aan het administratief toezicht van het Vlaamse Gewest.*”<sup>189</sup>

### 2.2.2 Bevoegdheidsverdeling – zorgplicht natuurbescherming & vergunningverlening

Het Maatregelenbesluit stelt dat elke administratieve overheid gehouden is de instandhouding te realiseren van habitats die aanwezig zijn “*op gronden waarover zij enig recht van beheer uitoefenen*”.<sup>190</sup> Het stelt ook dat er een zorgplicht is voor de administratieve overheid die gebiedsgericht natuurbeleid uitvoert. Een administratieve overheid moet zorgdragen dat een activiteit (“*een vergunningsplichtige activiteit*” ofwel “*een activiteit waarvoor een kennisgeving of melding aan deze overheid vereist*”) niet in strijd is met de bindende bepalingen van een goedgekeurd natuurrichtplan of een managementplan (Natura

---

<sup>187</sup> Te denken valt volgens de wetgever aan gemeenten in en rond een gebied, die door inzet van planologische instrumenten de werking van het beheerplan kunnen ondersteunen, en aan waterschappen, waarvan de maatregelen ten aanzien van waterpeil en waterkwaliteit essentieel kunnen zijn voor de realisatie van natuurdoelstellingen. Zie *Kamerstukken II 2011/12, 33348, nr. 3, p. 95.*

<sup>188</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 33348, nr. 3, p. 95-96.*

<sup>189</sup> Art. 2, 22° Natuurdecreet.

<sup>190</sup> Het gaat om habitats in van bijlage 1 van het Natuurdecreet en andere specifieke benoemde habitattypen: namelijk, de historisch permanente graslanden, vennen en heiden, moerassen en waterrijke gebieden, duinvegetaties en struwelen en kleine landschapselementen. Art. 7 B.VI.Reg. van 21 november 2003 houdende maatregelen ter uitvoering van het gebiedsgericht natuurbeleid, *B.S. 27 januari 2004, (tekstbijwerking 18 oktober 2017)* (in dit rapport Maatregelenbesluit).

2000). Dat kan die overheid doen door ofwel voorwaarden te stellen voor toelating van die activiteit , of door te weigeren de activiteit toe te laten (te vergunnen).<sup>191</sup>

### 2.2.3 Bevoegdheidsverdeling – verantwoordelijkheid instandhoudingsmaatregelen & beheerplan vaststellen

Art. 36ter lid 1 van het Natuurdecreet stelt dat een administratieve overheid verantwoordelijk is voor het nemen van instandhoudingsmaatregelen *“binnen de haar door de Vlaamse Regering opgelegde taken.”*<sup>192</sup> Wat betreft beheerplannen stelt het Instandhoudingsbesluit dat een administratieve overheid een natuurbeheerplan dient op te maken *“voor de terreinen waarop zij zakelijke rechten of persoonlijke rechten heeft, en die een bijdrage kunnen leveren aan de realisatie van het instandhoudingsbeleid”*.<sup>193</sup> Het ANB dient een natuurbeheerplan voor alle natuurdomeinen op te stellen. Als het gaat om *“een openbaar terrein ten behoeve van het natuurbehoud”* dient een beheerder dat te doen *“met het oog op de realisatie van instandhoudingsdoelstellingen.”* Daarnaast kan een natuurbeheerplan worden opgesteld door een of meerdere (private) beheerders, zolang de eigenaars daar hun instemming voor hebben gegeven<sup>194</sup> (zie verder 4.2.3).

Een beheerplan kan niet worden goedgekeurd als het strijdig is met de bindende bepalingen van een goedgekeurd natuurrichtlijnplan of managementplan (Natura 2000).<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> Art. 4 Maatregelenbesluit.

<sup>192</sup> Art. 36 lid 1 Natuurdecreet.

<sup>193</sup> Art. 11 Instandhoudingsbesluit.

<sup>194</sup> Art. 16bis lid 2 Natuurdecreet.

<sup>195</sup> Art. 3 Maatregelenbesluit.

### 3. Verplichtingen met betrekking tot vogels: artikel 4 Vogelrichtlijn

#### 3.1 Maatregelen voor het voortbestaan van (trek)vogels: artikel 4 lid 1 en lid 2

Op grond van art. 4 lid 1 Vogelrichtlijn moeten de lidstaten voor de leefgebieden van in bijlage 1 bij de richtlijn vermelde soorten en voor de geregeld voorkomende trekvogelsoorten (zie art. 4 lid 2) maatregelen nemen zodat 'deze soorten daar waar zij nu voorkomen kunnen voortbestaan en zich kunnen voortplanten'. Deze geldt voor de aangewezen beschermingszones nog steeds en is, anders dan de verplichtingen uit art. 4 lid 4 Vogelrichtlijn, niet door art. 7 Habitatrichtlijn vervangen. Inhoudelijk is het beschermingsniveau goed te vergelijken met de bescherming die op grond van art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn geldt voor de gebieden die op grond van de Habitatrichtlijn zijn aangewezen.<sup>196</sup> Beide artikelen verplichten de lidstaten niet slechts tot het weren van negatieve invloeden, maar, zo nodig, ook tot het nemen van positieve maatregelen ten behoeve van de vogelsoorten. Ook geldt, eveneens zoals bij art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn, niet slechts het gebod om achteruitgang van de gebieden te weren, maar ook de staat van instandhouding van de gebieden te verbeteren als dat nodig is.<sup>197</sup> Over de verplichtingen van art. 4, leden 1-2 stelde het Hof van Justitie in een zaak van de Commissie tegen Frankrijk inzake het Seine-estuarium (Zaak C-166/97) dat Frankrijk geen maatregelen had vastgesteld die het Vogelrichtlijngebied een toereikende juridische beschermingsstatus verlenen, gelet op art. 4, leden 1-2 van de Vogelrichtlijn. Een verdere uitwerking hebben deze bepalingen in de jurisprudentie van het HvJ EU of de beleidsstukken van de Europese Commissie niet gekregen. Wij verwijzen echter in dit verband ook naar hetgeen bij art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn zal worden besproken.

#### 3.2 Artikel 4 lid 4 eerste volzin: verbod van wezenlijke vervuiling, verslechtering en verstoring

Ingevolge art. 4 lid 4, eerste volzin dienen de lidstaten te verzekeren dat, kort gezegd, er geen wezenlijke vervuiling of verslechtering van de vogelbeschermingsgebieden plaatsvindt en de vogels daar niet wezenlijk worden verstoord. Op grond van art. 7 Habitatrichtlijn is deze bepaling voor de door de lidstaten aangewezen vogelbeschermingszones vervangen door art. 6, leden 2, 3 en 4, die dus ook op de aangewezen vogelbeschermingszones van toepassing zijn. De bepaling blijft echter betekenis houden voor gebieden die als vogelbeschermingszones hadden moeten worden aangewezen, maar dat niet zijn.<sup>198</sup> Dat geldt dus ook voor gebieden waarvan in de toekomst blijkt dat deze kwalificeren en dus vervolgens zullen moeten worden aangewezen als vogelbeschermingszone. Dat beschermingskader is buitengewoon strikt. Het komt overeen met het beschermingsniveau van art. 6 lid 2 en lid 3 Habitatrichtlijn<sup>199</sup> Er ontbreekt een mogelijkheid om voor plannen en projecten een uitzondering toe te staan om dwingende redenen van openbaar belang, met inbegrip van economische en sociale redenen zoals voorzien in art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn. De bescherming is dus in zekere zin (bijna) absoluut. Een uitzondering op het verbod van wezenlijke vervuiling, verslechtering en verstoring kan hooguit worden gemaakt voor een belang dat duidelijk van

---

<sup>196</sup> Zo expliciet ook HvJ 13 december 2007, C-418/04, ECLI:EU:CL:2007:780 (*Cie. vs. Ierland*), r.o. 163.

<sup>197</sup> HvJ 13 december 2007, C-418/04, ECLI:EU:CL:2007:780 (*Cie. vs. Ierland*), r.o. 153 e.v.

<sup>198</sup> HvJ 7 december 2000, C-374/98, ECLI:EU:CL:2000:670 (*Basses Corbieres*).

<sup>199</sup> HvJ 13 januari 2016, C-141/14, ECLI:EU:C:2016:8 (*Cie. vs. Bulgarije*).

hogere orde is, zoals het voorkomen van overstromingen en het beschermen van de kust, mits de verstoringen beperkt blijven tot het onoverkomelijke minimum.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> HvJ 28 februari 1991, C-571/89, ECLI:EU:C:1991:89 (*Leybucht*).

## 4. Instandhoudingsmaatregelen om bij te dragen aan een gunstige toestand van de beschermde habitats en soorten: artikel 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn

### 4.1 Betekenis van de verplichting om nodige instandhoudingsmaatregelen te treffen

Art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn legt een positieve verplichting op aan de lidstaten om die instandhoudingsmaatregelen te “*treffen*” die “*nodig*” zijn. Het gaat hier om de noodzaak van het nemen van feitelijke maatregelen, maar ook om beheerplannen die noodzakelijk zijn voor het behoud van alle habitats (genoemd in bijlage I van de richtlijn) en alle soorten (genoemd in bijlage II van de Habitatrichtlijn) van de speciale beschermingszone, behalve die soorten wiens aanwezigheid verwaarloosbaar is volgens het Standaard Gegevensformulier voor Natura 2000-gebieden.<sup>201</sup>

De beheerplannen genoemd in art. 6 lid 1 kunnen deel uit maken van ruimtelijke ordeningsplannen, en kunnen volgens het lid ook andere wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen betreffen. Rechtspraak bevestigt dat het voor speciale beschermingszones (volgens art. 4 leden 1 en 2 van de Vogelrichtlijn – het equivalent van art. 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn) ook vereist is om maatregelen te nemen “*die juridische beschermingsstatus verlenen*”.<sup>202</sup>

Het doel van deze maatregelen is om de habitattypen en soorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen (op een manier die rekening houdt met “*de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied*”, en “*de regionale en lokale bijzonderheden*”<sup>203</sup>). In lijn met deze doelstelling besloot het HvJ EU in *Cie. vs. Oostenrijk* dat deze maatregelen niet alleen verslechtering van de staat van het gebied dienen te voorkomen (in lijn met art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn), maar dat ook positieve maatregelen moeten worden genomen die gericht zijn op “*verbetering*” van die staat.<sup>204</sup> In lijn met deze rechtspraak stelt de Europese Commissie dan ook dat instandhoudingsmaatregelen zowel “*actief beheer*” als “*meer passieve preventieve maatregelen*” kunnen inhouden (zoals “*niet-interveniërend beheer*”). Tenslotte kunnen bestaande maatregelen volstaan als die nodig zijn voor de instandhoudingsdoelen.<sup>205</sup>

#### 4.1.1 Toepassingsvereiste

Art. 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn geldt pas als een gebied is aangewezen als speciale beschermingszone. Er is een toepassingsvereiste onder art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn als eenmaal een gebied is aangewezen als speciale beschermingszone. Uit een interpretatie van het HvJ EU van art. 1 lid 1 onder I blijkt dat speciale beschermingszones gedefinieerd worden als gebieden van communautair belang waarin de nodige instandhoudingsmaatregelen worden “*toegepast*”.<sup>206</sup> Het HvJ EU wijst er dan ook op dat de instandhoudingsdoelstellingen vereisen dat de nodige maatregelen ook worden toegepast en effectief in uitvoering worden gebracht

<sup>201</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 16.

<sup>202</sup> HvJ EU 14 oktober 2010, C-535/07, ECLI:EU:C:2010:602 (*Cie. vs. Oostenrijk*), r.o. 56.

<sup>203</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 16.

<sup>204</sup> HvJ EU 14 oktober 2010, C-535/07, ECLI:EU:C:2010:602 (*Cie. vs. Oostenrijk*), r.o. 59.

<sup>205</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 15

<sup>206</sup> HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Oerbos van Białowieża*), r.o. 214.

("mise en œuvre effective").<sup>207</sup> Als toepassing geen vereiste zou zijn, dan zou art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn haar nuttig effect verliezen.<sup>208</sup>

#### 4.1.2 Ruimtelijke werkingsfeer

De ruimtelijke werkingsfeer is de speciale beschermingszone in kwestie (d.w.z. een speciale beschermingszone zoals bedoeld in de Habitatrichtlijn, niet de Vogelrichtlijn).<sup>209</sup> Ruimtelijk gezien is de werkingsfeer dus een specifiek gebied (of specifieke gebieden) in een specifieke lidstaat.

Alhoewel art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn dus een verplichting oplegt voor een specifiek gebied in een specifieke lidstaat, heeft het HvJ EU in *Cie. vs. Griekenland* besloten dat de goedkeuring van instandhoudingsmaatregelen toch ook een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor alle lidstaten behelst. Dit omdat bedreigingen voor soorten en habitats grensoverschrijdend kunnen zijn ("*menaces de nature transfrontalière*").<sup>210</sup> Met andere woorden zijn instandhoudingsmaatregelen voor gebieden nabij de grens vereist, ook als de 'dreiging' uit een andere lidstaat komt.

#### 4.2 De criteria op grond van artikel 6 lid 1 Habitatrichtlijn

##### 4.2.1 EU-rechtelijke randvoorwaarden

###### 4.2.1.1 Beheerplannen: instandhoudingsdoelstellingen en diens vereisten

Het begrip "*instandhoudingsdoelstellingen*" is fundamenteel in de richtlijn<sup>211</sup> (zie paragraaf 1.4) en verhoudt zich ook met de verplichting van art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn om de nodige instandhoudingsmaatregelen voor speciale beschermingszones te treffen.<sup>212</sup>

Volgens een recent richtsnoerdocument van de Europese Commissie dienen bevoegde autoriteiten instandhoudingsdoelstellingen te bepalen voor elk gebied en voor alle soorten en habitattypen met een significante aanwezigheid in elk gebied. Die doelstellingen moeten worden gebaseerd op de ecologische vereisten van de soorten en habitattypen die in het gebied aanwezig zijn.<sup>213</sup>

Tevens moeten de doelstellingen met een samenhangende aanpak worden vastgesteld, aldus de Europese Commissie in een nota uit 2012. Dat kan betekenen dat die doelstellingen samenhangen met de beoordeling van elk soort en habitatype in het Natura 2000- Standaard Gegevensformulier.<sup>214</sup> Ook moeten instandhoudingsdoelstellingen zoveel als mogelijk de structuur volgen van alle andere Natura 2000-gebieden. Voor gebieden die dezelfde relevante

---

<sup>207</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie. vs. Griekenland*), r.o. 76 en daar aangehaalde rechtspraak; HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Oerbos van Białowieża*), r.o. 214.

<sup>208</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie. vs. Griekenland*), r.o. 77 en daar aangehaalde rechtspraak

<sup>209</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 15.

<sup>210</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie. vs. Griekenland*), r.o. 78.

<sup>211</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 16.

<sup>212</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 17.

<sup>213</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 18. Zie echter ook de discussie hierover hierboven in paragraaf 1.4.

<sup>214</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 18.

aspecten ondersteunen, betekent dit dat de streefdoelen en attributen van een “*gunstige staat*” op een vergelijkbare wijze worden beschreven.<sup>215</sup>

In diezelfde nota stelt de Europese Commissie dat op gebiedsniveau de instandhoudingsdoelstellingen ondubbelzinnig, duidelijk en controleerbaar moeten zijn over de verantwoordelijkheden voor het vaststellen van bijbehorende instandhoudingsmaatregelen.<sup>216</sup>

De Europese Commissie heeft enkele normen onderkend die daarbij “*relevant*” kunnen zijn. De bovengenoemde “*samenhangende aanpak*” is er één.<sup>217</sup> Verder stelt de Commissie dat instandhoudingsdoelstellingen specifiek zouden moeten zijn. Specifiek wil zeggen dat de voorwaarden die nodig zijn om aan de instandhoudingsdoelstelling te voldoen gedefinieerd zijn, en dat de instandhoudingsdoelstellingen worden verbonden aan een relevant aspect van het gebied (een habitatype of soort).<sup>218</sup> Daarnaast moeten deze doelstellingen meetbaar zijn, zodat men kan bepalen of die worden behaald. Verder moeten ze gebaseerd worden op een realistisch tijdschema en aanwending van middelen.

De Commissie wijst ook op het belang van volledigheid: “*De attributen en streefdoelen moeten betrekking hebben op alle eigenschappen van de relevante kenmerken die nodig zijn om de staat van instandhouding te kunnen aanmerken als gunstig of ongunstig.*”<sup>219</sup> Als de wetenschappelijke kennis over bepaalde soorten en habitatypes beperkt is, kan het moeilijk zijn om de instandhoudingsdoelstellingen te detailleren. De Europese Commissie stelt dat in deze gevallen het volstaat om de algemene doelstelling van een gunstige staat van instandhouding (art. 1 Habitatrichtlijn) toe te passen, tezamen met kennis over de aanwezige soorten of habitats die specifiek zijn voor dat gebied.<sup>220</sup>

#### 4.2.1.2 Inhoud instandhoudingsmaatregelen

De beheerplannen (en andere maatregelen) moeten voldoen aan de “*ecologische vereisten*” van de habitats en soorten die in het aangemerkte gebied voorkomen.<sup>221</sup>

#### 4.2.1.3 Inhoud van de noodzakelijke maatregelen of aard van de noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen

Het HvJ EU heeft in de zaak *Oerbos van Białowieża* een interpretatie gegeven van de term “*treffen*” in art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn.<sup>222</sup> Het besloot dat die term vereist dat getroffen

---

<sup>215</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 8. Zie ook Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 18.

<sup>216</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 7.

<sup>217</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 8.

<sup>218</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 7.

<sup>219</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 8.

<sup>220</sup> Nota van de Commissie over de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden (EC 23.11.2012), p. 7-8.

<sup>221</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25-26.

<sup>222</sup> HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Oerbos van Białowieża*), r.o. 195.



instandhoudingsmaatregelen daadwerkelijk kunnen worden uitgevoerd. Dat betekent dat een lidstaat geen *instandhoudingsmaatregelen voor een Natura 2000-gebied* mag opnemen die onuitvoerbaar zijn.<sup>223</sup> De context van deze zaak is dat de Poolse regering een beheerplan had voorgesteld die "*reinigingskap*" van beschermde bomen mogelijk maakte in het door de Habitatrictlijn beschermde Białowieża-oerbos. Simpelweg kan men geen (boom)soorten en habitats waarvoor een gebied is aangemerkt beschermen als autoriteiten maatregelen toestaan die ze vernietigen.<sup>224</sup>

#### 4.2.1.4 Geen beoordelingsmarge of noodzakelijke maatregelen getroffen worden

In de zaak *Cie. vs. Oostenrijk* bevestigde het HvJ EU dat art. 6 lid 1 Habitatrictlijn "*elke beoordelingsmarge voor de lidstaten uitsluit*" met betrekking tot de vraag of noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen genomen moeten en zullen worden. Nationale autoriteiten hebben slechts ruimte om bepaalde technische keuzes te maken die passen bij de nodige instandhoudingsmaatregelen. Dit volgt uit de bovengenoemde verplichting van lidstaten om de nodige instandhoudingsmaatregelen te treffen.<sup>225</sup> Deze uitspraak werd nog recentelijk bevestigd in de zaak *Cie. vs. Griekenland*.<sup>226</sup>

#### 4.2.1.5 Vereiste van effectieve implementatie

In *Cie. vs. Griekenland* bepaalde het HvJ EU ook dat de implementatie van art. 6 lid 1 Habitatrictlijn effectief moet zijn. "*Effectieve implementatie*" vindt alleen plaats wanneer de getroffen instandhoudingsmaatregelen (waaronder dus in vele gevallen beheerplannen) "*volledig, duidelijk en nauwkeurig*" zijn.<sup>227</sup>

Bij toepassing van deze jurisprudentieregel door het HvJ EU in de onderhavige zaak blijkt dat maatregelen niet volledig zijn als zij niet alle instandhoudingsmaatregelen omvatten "*die systematisch zijn vastgesteld op basis van de ecologische vereisten van elke soort en elk type habitat dat in elk gebied van communautair belang aanwezig is*".<sup>228</sup> Uit deze zaak blijkt ook dat maatregelen duidelijk zijn als het niet "*moelijk is om te bepalen welke maatregel op welk gebied betrekking heeft*".<sup>229</sup> Tenslotte blijkt uit eerdere rechtspraak dat de vereiste van duidelijkheid en nauwkeurigheid ook geldt voor toezicht en controle van de omzetting in nationale wetgeving van "*technische*" Habitatrictlijnregels.<sup>230</sup>

## 4.2.2 Implementatie in Nederland

Art. 2.2 Wnb bepaalt dat het bevoegd gezag (doorgaans gedeputeerde staten, soms, bijvoorbeeld bij Rijkswateren, de minister) de instandhoudingsmaatregelen en passende

<sup>223</sup> HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Oerbos van Białowieża*), r.o. 195.

<sup>224</sup> HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Oerbos van Białowieża*), r.o. 196.

<sup>225</sup> HvJ EG 10 mei 2007, C-508/04, ECLI:EU:C:2007:274 (*Cie. vs. Oostenrijk*), r.o. 76

<sup>226</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie vs. Griekenland*), r.o. 78.

<sup>227</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie vs. Griekenland*), r.o. 77.

<sup>228</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie vs. Griekenland*), r.o. 86.

<sup>229</sup> HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie vs. Griekenland*), r.o. 84.

<sup>230</sup> HvJ EG 20 oktober 2005, C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626 (*Cie. vs. VK*), r.o. 26 (waarnaar wordt verwezen in HvJ EG 10 mei 2007, C-508/04, ECLI:EU:C:2007:274 (*Cie. vs. Oostenrijk*), r.o. 73, waarnaar wordt verwezen in HvJ EU 17 december 2020, C-849/19, ECLI:EU:C:2020:1047 (*Cie. vs. Griekenland*), r.o. 77).

maatregelen (laten) nemen die, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, nodig zijn voor de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. Daarbij wordt expliciet verwezen naar art. 4 lid 1, eerste volzin en lid 2 Vogelrichtlijn en art. 6 lid 1 Habitatrictlijn. Deze maatregelen moeten ingevolge art. 2.3 Wnb in beheerplannen worden omschreven. Bestuursorganen die hiermee hebben ingestemd zijn verplicht de maatregelen tijdig uit te voeren.

Er is weinig jurisprudentie bekend die zich buigt over de vraag of bepaalde instandhoudingsmaatregelen noodzakelijk zijn en mogen of juist moeten worden vastgesteld. In de praktijk werd in het verleden vaak geen scherp onderscheid gemaakt tussen instandhoudingsmaatregelen (art. 6 lid 1 Habitatrictlijn, respectievelijk art. 4 lid 1 en 2 Vogelrichtlijn), passende maatregelen (art. 6 lid 2 Habitatrictlijn) en mitigerende maatregelen (ook beschermingsmaatregelen genoemd, art. 6 lid 3 Habitatrictlijn). Ook in het programma aanpak stikstof (PAS) ontbrak een dergelijk helder onderscheid. Van belang werd geacht of de som van de te nemen maatregelen verzekerde dat schade (door stikstof) werd voorkomen en dat uiteindelijk kan worden toegewerkt naar een (landelijk) gunstige staat van instandhouding. In het PAS-arrest heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat dit een misvatting is en dit onderscheid wel degelijk gemaakt moet worden.<sup>231</sup> Dat heeft, aansluitend op de einduitspraak in deze zaak door de Afdeling bestuursrechtspraak, geleid tot meer oogmerk voor dit onderscheid. Het precieze onderscheid tussen instandhoudingsmaatregelen op grond van art. 6 lid 1 en passende maatregelen op grond van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn is in de jurisprudentie van de Nederlandse rechter echter nog niet goed uitgewerkt.

#### 4.2.3 Implementatie in Vlaanderen

##### *Instandhoudingsdoelstellingen - ecologische vereisten - beoordelingsmarge*

Terwijl een definitieve interpretatie van het woord “*ecologische vereisten*” in art. 6 lid 1 Habitatrictlijn ontbreekt, geeft art. 1, 16° van het Besluit van 3 april 2009 wel een specifieke omschrijving, Ecologische vereisten zijn “*de wetenschappelijk vaststelbare, abiotische en biotische vereisten waaraan moet worden voldaan*” zodat “*de Europees te beschermen habitats [...] soorten en hun leefgebieden, kunnen worden behouden, hersteld of ontwikkeld in een gunstige staat van instandhouding.*”

De ecologische vereisten voor “*de Europees te beschermen habitats en soorten*” dienen te worden omschreven in de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen.<sup>232</sup> Dienovereenkomstig zijn deze vereisten voor de verschillende habitattypes en soorten van de Habitat- en Vogelrichtlijn in Vlaanderen in een door de Vlaamse overheid gepubliceerd rapport wetenschappelijk gedefinieerd.<sup>233</sup>

Art. 36ter lid 1 van het Natuurdecreet stelt dat conform art. 6 lid 1 Habitatrictlijn de nodige instandhoudingsmaatregelen moeten voldoen aan de ecologische vereisten die betrekking hebben op de soorten en habitats van de speciale beschermingszone. Bovendien mag de Vlaamse regering “*nadere regels*” vaststellen “*met betrekking tot de nodige instandhoudingmaatregelen en de ecologische vereisten, evenals een procedure voor*

<sup>231</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 123 e.v.

<sup>232</sup> Art. 5 lid 1 Bl.VI.Reg. 3 april 2009.

<sup>233</sup> Paelinckx e.a. 2009, p. 101.

*vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen.*” Dit is in lijn met de Europese rechtspraak die stelt dat nationale autoriteiten enkel bevoegd zijn om technische keuzes te maken die passen bij de nodige instandhoudingsdoelstellingen (zie paragraaf 4.2.1.4 van dit rapport). Dergelijke nadere regels zijn opgesteld door de Vlaamse overheid in het Instandhoudingsbesluit van 20 juni 2014.<sup>234</sup>

### *Natura 2000-programma*

Een overkoepelend instrument dat in deze wetgeving is opgenomen is het Vlaamse Natura 2000-programma (VN2000P). Het Natuurdecreet bepaalt dat een VN2000P een cyclus van zes jaar en een tijdshorizon tot 2050 heeft.<sup>235</sup> Het dient om de gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen “*gradueel*” te realiseren en om het verslechteringsverbod te handhaven.<sup>236</sup> Het VN2000P moet in ieder geval taakstellingen opnemen op gewestelijk niveau. Die taakstelling heeft een bindend gedeelte (de doelen die binnen de programmacyclus moeten worden behaald) en een richtinggevend gedeelte (streefdoelen).<sup>237</sup> Ook dienen er acties ter realisatie van die taakstelling te worden aangemerkt, en een overzicht van de actoren worden opgesteld die een bijdrage moeten leveren aan die acties. Tenslotte moet het VN2000P aangeven hoe het programma wordt gecoördineerd.<sup>238</sup> Verder kan de Vlaamse Regering ter uitvoering van het VN2000P een programmatische aanpak vaststellen om “*een of meer milieudrukken, afkomstig van in het Vlaamse Gewest aanwezige bronnen*” te verminderen<sup>239</sup> (zie paragraaf 6.7.3.3).

Tevens moest het eerste VN2000P vóór 1 januari 2019 verplicht zones buiten speciale beschermingszones aangeven waar instandhoudingsdoelstellingen en maatregelen moeten worden gerealiseerd.<sup>240</sup> Instandhoudingsdoelstellingen zijn bedoeld ten behoeve van de speciale beschermingszones. Het toewijzen van instandhoudingsdoelstellingen aan zones buiten de speciale beschermingszones zonder dat deze zones worden aangewezen als speciale beschermingszone geeft aan dat die zones ook als speciale beschermingszone zouden moeten worden aangeduid.<sup>241</sup>

Het is bovendien de vraag of er voldoende instrumentarium is om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren en maatregelen te nemen buiten de speciale beschermingszones.<sup>242</sup>

---

<sup>234</sup> B.VI.Reg. 20 juni 2014 tot regeling van het Vlaams Natura 2000-programma, de managementplannen Natura 2000, de zoekzones en de actiegebieden voor de specifieke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats. B.S. 15 oktober 2014 (in dit rapport het Instandhoudingsbesluit)

<sup>235</sup> Art. 50ter lid 1 Natuurdecreet.

<sup>236</sup> Art. 50ter lid 2 Natuurdecreet.

<sup>237</sup> Art. 50ter lid 3 Natuurdecreet.

<sup>238</sup> Art. 50ter lid 3 Natuurdecreet.

<sup>239</sup> Dit met het oog op de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen en het handhaven van het verslechteringsverbod. Art 50ter lid 4 Natuurdecreet

<sup>240</sup> Art 50ter lid 3 Natuurdecreet.

<sup>241</sup> Zie ook: Arcadis, *Wetenschappelijke Toetsingscommissie (WTC) in het kader van de S-IHD instrumenten voor de Habitat- en Vogelrichtlijn. Beoordelingsnota*, Projectnummer – 04/007040, Versie B, 25 februari 2010, p. 139-140. Dit rapport stelt dat in zoverre dat Vlaanderen aangeeft dat er instandhoudingsdoelstellingen moeten worden bepaald voor een specifieke zone die niet als speciale beschermingszone aangemerkt is, dan “geeft ze daarmee te kennen dat de tot dan vastgestelde lijst onvolledig was, en dat deze bijkomende zones ook beschouwd moeten worden als noodzakelijk voor het behoud of het herstel van de “gunstige staat van instandhouding” van de betrokken soorten of habitats, waaruit volgt dat ze ertoe verplicht is deze aan te duiden als speciale beschermingszone”.

<sup>242</sup> Zie ook Natuurpunt, *Handleiding Europese Natuurdoelen*, december 2017, p. 25: “Gezien in de G-IHD heel wat bosdoelen werden voorzien, konden die niet allemaal binnen de nauw afgebakende SBZ’s gelokaliseerd worden, en voorzag men enkel

Het Instandhoudingsbesluit bepaalt voorts dat een VN2000P een globaal afwegingskader van ecologische vereisten van de Natura 2000-soorten en habitats in Vlaanderen moeten opnemen. Dit kader moet o.a. *“een onderlinge afweging van de ecologische vereisten van zowel de Europees te beschermen habitattypes, van de Europees te beschermen soorten als van de soorten die typisch zijn voor een Europees te beschermen habitat”* mogelijk maken.<sup>243</sup> De uitvoering van het globaal afwegingskader voor het betreffende gebied dient te worden bepaald in een managementplan Natura 2000.<sup>244</sup>

### *Managementplan Natura 2000*

Voor elke speciale beschermingszone moet een managementplan worden opgemaakt.<sup>245</sup> Indien er meerdere gebieden samenvallen kan er een gezamenlijk managementplan worden opgesteld<sup>246</sup> (zoals dat ook voor de Zeeschelde is gedaan<sup>247</sup>). Ook voor de bovengenoemde zones buiten de Natura 2000-gebieden moeten managementplannen die *“voorlopig”* zijn worden opgesteld.<sup>248</sup>

Managementplannen dienen om de instandhoudingsdoelstellingen door middel van een taakstelling<sup>249</sup> voor de speciale beschermingszone of -zones in kwestie *“gradueel”* te realiseren, om art. 36ter lid 1 uit te voeren en om het verslechteringsverbod te handhaven.<sup>250</sup>

De managementplannen worden opgesteld in het kader van het VN2000P<sup>251</sup>, en hebben net als het VN2000P, een cyclus van zes jaar en een tijdshorizon tot 2050.<sup>252</sup> Het is echter niet de bedoeling dat de managementplannen vast staan: veeleer dient het als een soepel werkinstrument en aanpasbaar *“draaiboek”* van de speciale beschermingszone.<sup>253</sup>

Wél wordt er gewerkt met fases (waarvan afgeweken kan worden). In de eerste fase maakt de Vlaamse overheid Managementplan 1.0. op (in 2014<sup>254</sup>). Deze eerste versie (her)bevestigt de instandhoudingsdoelstellingen en taakstelling, de richtkaart en zoekzones (zie hieronder) en actiegebieden. In managementplan 1.1 controleert men vervolgens de stand van zaken, en

---

*voor deze habitats de mogelijkheid om die ook buiten SBZ te kunnen realiseren. Volgens Natuurpunt zijn deze bossen amper juridisch beschermd (wat dus met vergunningen?), en is het nog maar de vraag of de ruimte buiten SBZ ervoor gevonden zal worden.”*

<sup>243</sup> Art. 3 lid 2, letter a Instandhoudingsbesluit. Ook dient er een een afweging te worden gemaakt *“voor soorten van regionaal belang van de realisatie van instandhoudingsdoelstellingen voor boshabitats ten aanzien van ecologische vereisten voor vogelsoorten die karakteristiek zijn of vaak voorkomen in grotere, open en natuurkwaliteitsvolle weilandcomplexen.”* Art. 3 lid 2, letter b Instandhoudingsbesluit.

<sup>244</sup> Art. 6 lid 6 Instandhoudingsbesluit.

<sup>245</sup> Art. 50septies lid 1 Natuurdecreet.

<sup>246</sup> Art. 50septies lid 1 Natuurdecreet.

<sup>247</sup> Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB, ‘BE2300006 - Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent BE2300222 - De Kuifeend en de Blokkersdijk BE2301235 - Durme en de middenloop van de Schelde BE2301336 - Schorren en polders van de Beneden-Schelde’.

<sup>248</sup> Ar. 48 lid 1 Natuurdecreet.

<sup>249</sup> Deze behelst *“de inspanningen met betrekking tot het natuurbehoud die nodig worden geacht voor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen”*. Art. 50septies lid 3, 1°.

<sup>250</sup> Art. 50septies lid 2 Natuurdecreet.

<sup>251</sup> Art. 50ter lid 5 Natuurdecreet.

<sup>252</sup> Art. 50septies lid 1 Natuurdecreet.

<sup>253</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 497.

<sup>254</sup> Zie. b.v. Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB, ‘BE2300006 - Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent BE2300222 - De Kuifeend en de Blokkersdijk BE2301235 - Durme en de middenloop van de Schelde BE2301336 - Schorren en polders van de Beneden-Schelde’.

of de taakstelling kan worden gerealiseerd door bestaand beleid (geplande en gekende acties) of de (verplichte) opmaak van natuurbeheerplannen (zie hieronder). De volgende stap is het opstellen van managementplan 1.2. Daarin wordt weer de stand van zaken gecontroleerd, en in hoeverre de omschreven acties, en specifiek vrijwillige natuurbeheerplannen, de instandhoudingsdoelstellingen kunnen helpen realiseren. Voor zover dat niet kan, zal managementplan 1.3 verplichtende acties omschrijven.<sup>255</sup> Echter, voor een aantal gebieden, waaronder het Schelde-estuarium, is managementplan 1.0 (van 2014) klaarblijkelijk nog steeds de meest recente versie.<sup>256</sup> Gezien art. 6 lid 1 van de Habitatrictlijn géén dwingende termijn opstelt, lijkt deze soepele, gefaseerde aanpak niet in strijd met art. 6 lid 1 van de Habitatrictlijn, en, zolang er zich geen verslechtering voordoet, is het ook in lijn met het tweede lid van deze richtlijn (zie 4.1.1.).<sup>257</sup>

De managementplannen moeten naast een globaal afwegingskader van ecologische vereisten een aantal andere elementen bevatten. Die elementen zijn een taakstelling in de vorm van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten van het gebied die definitief zijn vastgesteld; een oppervlaktebalans in tabelvorm voor elk te Europees beschermen habitat en soort; een taakstelling ter realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen en de prioriteiten, die (waar mogelijk) is gekoppeld aan actiegebieden<sup>258</sup>; en een richtkaart die is gekoppeld aan een inspanningsmatrix die acties bevat ter realisatie van de taakstelling.<sup>259</sup> De richtkaart geeft de ligging aan van de te beschermen habitats, van de vegetaties relevant voor de te beschermen soorten, en van de aanwezige soorten. Ook geeft het een ruimtelijke verdeling van de instandhoudingsdoelstellingen en de prioriteiten; de te beheren oppervlaktes, actiegebieden en “zoekzones”.<sup>260</sup>

### *Zoekzones*

De zoekzones zijn in het Natuurdecreet opgenomen om ruimtelijke toewijzing<sup>261</sup> en optimale plaatsing<sup>262</sup> van de instandhoudingsdoelstellingen voor een speciale beschermingszone mogelijk te maken. Het gaat volgens een omzendbrief van de Vlaamse overheid om “*extra ruimte die gevrijwaard moet worden voor de realisatie van de gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen.*”<sup>263</sup> Dat vrijwaren gebeurt voor elk te beschermen soort en habitat in managementplan 1.0.<sup>264</sup> Volgens de omzendbrief is het de bedoeling dat de zoekzones inkrimpen naarmate meer oppervlakte onder een instandhoudingsdoelstelling valt.<sup>265</sup> Art. 9 lid 3 van het Instandhoudingsbesluit stelt dat deze zoekzones moeten worden

---

<sup>255</sup> *Parl. St.* VI. Parl. 2013-2014, 2424, nr. 1, 52, gevonden in Schoukens e.a. 2014, p. 498. Zie ook Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB ) ‘BE2400011 - Valleien van de Dijle, Laan en IJse met aangrenzende bos- en moerasgebieden’, p. 3.

<sup>256</sup> Zie b.v. Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB, ‘BE2300006 - Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent BE2300222 - De Kuifeend en de Blokkersdijk BE2301235 - Durme en de middenloop van de Schelde BE2301336 - Schorren en polders van de Beneden-Schelde’. Zie ook Managementplan Natura 2000 1.0 van 19 december 2014 van het ANB. ‘BE2400011 - Valleien van de Dijle, Laan en IJse met aangrenzende bos- en moerasgebieden’.

<sup>257</sup> De Europese Biodiversiteitstrategie stelt wel specifieke termijnen op.

<sup>258</sup> Dit zijn de gebieden aangemerkt om “*de taakstelling inzake de toestand van het natuurlijk milieu voor de speciale beschermingszone*” te realiseren. Art. 50septies lid 4 Natuurdecreet.

<sup>259</sup> Art. 6 leden 1 tot 6 Instandhoudingsbesluit.

<sup>260</sup> Art. 6 lid 5, letters a tot d Instandhoudingsbesluit.

<sup>261</sup> Art. 50septies lid 4 Natuurdecreet.

<sup>262</sup> Art. 9 lid 1 Instandhoudingsbesluit.

<sup>263</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>264</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 500.

<sup>265</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

afgebakend “op basis van actuele en potentiële natuurwaarden” die relevant zijn voor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten van een gebied.<sup>266</sup> Echter, hetzelfde artikel stelt dat afbakening van de zoekzones kan worden aangepast op basis van socio-economische belangen “binnen de delen van de zoekzone met de laagste actuele of potentiële natuurwaarden.”<sup>267</sup> Er bestaat discussie of deze laatste bepaling conform art. 6 leden 2 en 3 van de Habitatrichtlijn is.<sup>268</sup> In ieder geval heeft men in de parlementaire voorbereiding gesteld dat de socio-economische belangafweging rondom de zoekzones niet mag betekenen dat het realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen wordt uitgesteld.<sup>269</sup>

### *Natuurbeheerplannen*

Naast het managementplan kan de Vlaamse overheid een natuurbeheerplan goedkeuren.<sup>270</sup> Goedgekeurde natuurbeheerplannen worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.<sup>271</sup> Natuurbeheerplannen gelden in principe 24 jaar<sup>272</sup> en maken het mogelijk (private) natuurbeheerders aan te wijzen in Vlaanderen<sup>273</sup>, ook binnen speciale beschermingszones.<sup>274</sup> Ze bevatten beheerdoelstellingen en maatregelen, en tevens een globaal kader voor ecologische en socio-economische functies.<sup>275</sup> Beheerplannen kunnen vier soorten types van terreinen betreffen met elk een ecologische functie. Die functies zijn: aanwezige natuurkwaliteit behouden (type 1); een hogere of de hoogste natuurkwaliteit bereiken (type 2 en 3), of een natuurreservaat erkennen.<sup>276</sup> Effectief behelzen de natuurbeheerplannen een wederkerige relatie tussen de beheerder van het terrein (om daar het natuurbeheerplan uit te voeren) en een verbintenis van de Vlaamse Regering (om de beheerder te subsidiëren).<sup>277</sup> Belangrijk is dat een natuurbeheerplan in overeenstemming moet zijn met het regime van het Natuurdecreet, in het bijzonder de instandhoudingsdoelstellingen en (de bepalingen van) de managementplannen.<sup>278</sup> Binnen de zoekzones is “maximale afstemming” vereist met de bepalingen van het managementplan voor zover het gaat over natuurdomeinen, openbare terreinen, of terreinen die zijn aangekocht via de “administratieve overheid”<sup>279</sup> met financiële tussenkomst.<sup>280</sup> Ook blijft de administratieve overheid gehouden om de instandhouding te realiseren als het in een bepaalde habitat “enig recht van beheer” uitoefent.<sup>281</sup> Als een administratieve overheid zakelijke of persoonlijke rechten heeft op het terrein én dat terrein een bijdrage kan leveren aan de realisatie van het instandhoudingsbeleid moet die overheid een natuurbeheerplan opmaken dat maximaal invulling geeft aan de noden van het

---

<sup>266</sup> Art. 9 lid 3 Instandhoudingsbesluit.

<sup>267</sup> Art. 9 lid 3 Instandhoudingsbesluit.

<sup>268</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 500 en Schoukens 2020, p. 40.

<sup>269</sup> Parl.St.VI.P. 2013-2014, stuk 2424, nr. 1, p. 53. Zie ook Schoukens e.a. 2014, p. 500.

<sup>270</sup> De Vlaamse regering beslist over natuurbeheerplannen voor natuurdomeinen. Voor andere terreinen beslist het ANB. Art. 16octies lid 1 Natuurdecreet. Goedgekeurde natuurbeheerplannen worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

<sup>271</sup> Art. 16octies lid 4 Natuurdecreet.

<sup>272</sup> Tenzij anders bepaald. Art. 16octies lid 3 Natuurdecreet

<sup>273</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 479-483.

<sup>274</sup> Art. 16septies Natuurdecreet.

<sup>275</sup> Art. 16bis Natuurdecreet.

<sup>276</sup> Art. 16ter Natuurdecreet.

<sup>277</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 481-482.

<sup>278</sup> Art. 16septies Natuurdecreet.

<sup>279</sup> D.w.z. “het Vlaamse Gewest, de openbare instellingen die ervan afhangen, de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instellingen die belast zijn met taken van openbaar nut en de andere besturen die onderworpen zijn aan het administratief toezicht van het Vlaamse Gewest.” Art. 2, 22° Natuurdecreet.

<sup>280</sup> Art. 16septies Natuurdecreet.

<sup>281</sup> Art. 7 Maatregelenbesluit.

instandhoudingsbeleid (uiterlijk vier jaar na de inwerkingtreding van art. 16*bis* tot en met 16*duodecies* van Natuurdecreet).<sup>282</sup> Een beheerplan in Vlaanderen is dus gericht op specifieke terreinen of deelgebieden. Ook binnen de speciale beschermingszone ‘Schelde- en Durme estuarium van de Nederlandse grens tot Gent’ bestaan beheerplannen voor specifieke deelgebieden.<sup>283</sup> Verder kan een natuurbeheerplan ook in gaan op het realiseren van “natuurstreefbeelden van regionaal belang”.<sup>284</sup> Of het mogelijk is om een “grensoverschrijdend natuurbeheerplan” (zoals geopperd voor het verdrunken land van Saeftinghe, de Westerschelde en de Hedwigepolder)<sup>285</sup> aan te nemen is voor zover bekend juridisch niet nader bepaald. Wél heeft de Vlaamse overheid voor het Vlaamse gedeelte van het Zwin naast een beheerplan ook een “gebiedsvisie” voor het grensoverschrijdende gedeelte aangenomen.<sup>286</sup>

Voor het naleven van de taakstelling van managementplannen is er in Vlaanderen een nadruk op vrijwilligheid<sup>287</sup> en voor de privé terreinen binnen speciale beschermingszones is deze vrijwilligheid ook in de bepalingen van natuurbeheerplannen terug te zien. De eigenaars van “private terreinen” in speciale beschermingszones “waarvoor een natuurbeheerplan wordt opgemaakt” (eigen nadruk) moeten voldoen aan type 2 (hogere natuurkwaliteit bereiken).<sup>288</sup> Voor type 1 terreinen waarvoor geen natuurbeheerplan wordt opgemaakt is er geen duidelijke vereiste buiten de doelstelling van het behouden van natuurkwaliteit. Echter, elke “administratieve overheid” – waaronder beheerders die privé-eigenaar zijn van een terrein in een speciale beschermingszone – moet afdoende het verslechteringsverbod toepassen.<sup>289</sup> Tenslotte maakt art. 6 lid 2 Habitatrictlijn géén onderscheid tussen privé en openbare beheerders (zie ook 5.1.1. e.v.).

Maar voor zover bekend is er in de Vlaamse wetgeving géén (certificerings)mechanisme dat het verslechteringsverbod op privé-terreinen kan garanderen.<sup>290</sup> Dit staat dus mogelijkwijs op gespannen voet met art. 6 lid 2 van de Habitatrictlijn (zie paragraaf 5.2.3).<sup>291</sup>

---

<sup>282</sup> Art. 11 B.VI.Reg. 20 juni 2014.

<sup>283</sup> Zie. b.v. Greenspot, Natuurbeheerplan waterwingebied Berlare-Zele, 19 maart 2019.

<sup>284</sup> Art. 16*septies* Natuurdecreet.

<sup>285</sup> Rapport 41 van 14 april 2020 van het ANB, ‘Instandhoudingsdoelstellingen voor speciale beschermingszones BE2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde’, p. 100.

<sup>286</sup> E. Cosyns., C. Courtens, L. Lebbe, S. Provoost, C. Van Colen, L. Agten, M. Vincx, D. Verbelen, J. Lambrechts, en A. Zwaenepoel, Gebiedsvisie voor het grensoverschrijdende uitgebreide Zwin en beheerplan voor het uitgebreide Zwin aan Vlaamse zijde. Rapport, Wvi, Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek en Universiteit Gent i.o.v. ANB en Provinciale dienst West-Vlaanderen, 2014, p. 5.

<sup>287</sup> De taakstellingen voor de speciale beschermingszone(s) in kwestie (genoemd in het managementplan) worden “*in principe gerealiseerd... op vrijwillige basis. Pas wanneer blijkt dat dit noodzakelijk is voor het realiseren van het bindende gedeelte van de taakstelling, kan worden overgegaan tot dwingende acties.*” Art. 8 VI.Reg. 20 juni 2014 (jo. Art. 50*septies* lid 3, punt 1 Natuurdecreet). Zo kan het ANB een natuurbeheerplan opheffen als de beheerder de beheermaatregelen niet naleeft. Art. 16*decies* lid 1 Natuurdecreet.

<sup>288</sup> Art. 16*ter* lid 2 Natuurdecreet. Dezelfde bepaling stelt dat natuurdomeinen die zijn verworven om de instandhoudingsdoelstellingen te bereiken moet voldoen aan type 3 en 4.

<sup>289</sup> Zie Art. 2, 22° jo. Art. 36*ter* lid 2 Natuurdecreet.

<sup>290</sup> Schoukens e.a. 2014, p. 512, p. 498-499.

<sup>291</sup> Zie ook Schoukens e.a. 2014, p. 512.

## 5. Het verbod tot verslechtering van de kwaliteit van de aangewezen Natura 2000-gebieden: artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn

Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn creëert een positieve verplichting om de kwaliteit van de gebieden van communautair belang en speciale beschermingszones niet te laten verslechteren. Het vereist namelijk dat lidstaten met “*passende beschermingsmaatregelen*” voorkomen dat er verslechtingen van habitats in de speciale beschermingszones en verstoringen van soorten plaatsvinden die op significante wijze de doelstellingen van de Habitatrichtlijn zouden kunnen ondermijnen. Deze beschermingsverplichting is een algemene verplichting.<sup>292</sup>

### 5.1 Werkingssfeer en toepassingsvereiste

Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn geldt zodra een gebied is geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang<sup>293</sup> en geldt ook voor de zones aangewezen op grond van de Vogelrichtlijn. Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn is gebaseerd op het preventiebeginsel,<sup>294</sup> dus het artikellid is niet pas van toepassing als schade is ingetreden of onmiddellijk dreigt. De werkingssfeer van dit lid is zeer ruim, zoals op verschillende manieren kan worden aangetoond.

#### 5.1.1 Voortdurende verplichting voor (lopende) activiteiten of gebeurtenissen

Volgens de Europese Commissie kan art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn gelden voor “*activiteiten of gebeurtenissen*” uit het verleden, het heden en de toekomst, oftewel “*permanent*”.<sup>295</sup> Advocaat Generaal Kokott kwam tot een vergelijkbare conclusie in *Waddenzee*, door te stellen dat het verslechtingsverbod van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn “*voortdurend*” is.<sup>296</sup> Die bewoording werd in het *Waddenzee*-arrest van het HvJ EU niet expliciet overgenomen – alleen dat het gaat om een “*algemene beschermingsverplichting*.”<sup>297</sup> Wél besloot het HvJ EG in *Waddenzee* dat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn ook van toepassing kan zijn op een lopende activiteit die niet onder art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn valt of reeds vergund is als project (of als plan),<sup>298</sup> zoals kokkelvisserij.<sup>299</sup> Het kan mogelijk ook gelden voor andere bodemroerende activiteiten, zoals bemesting,<sup>300</sup> maar ook voor waterbeheer<sup>301</sup> en andere activiteiten in de landbouw en visserij.<sup>302</sup> In recentere Europese rechtspraak bepaalde het HvJ EU in *Grüne Liga Sachsen* dat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn van toepassing kan zijn op activiteiten die vergund zijn op basis van art. 6 lid 3 (zie paragraaf 5.2.1.5. van dit rapport).

---

<sup>292</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 37. Zie ook HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 38.

<sup>293</sup> Art. 4 lid 5 Habitatrichtlijn.

<sup>294</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25.

<sup>295</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25-26.

<sup>296</sup> Concl. A-G Kokott 29 januari 2004, C-127/02/08, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 152.

<sup>297</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 37-38. Nadien ook bevestigd in HvJ EU 4 maart 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2010:114 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 18.

<sup>298</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 37-38; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen 5 van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25. Zie ook en de uitleg aangaande het begrip “project” in paragraaf 6.4.2.

<sup>299</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 26-27 en 37-38

<sup>300</sup> Zie Concl. A-G Kokott 25 juli 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:622 (PAS), r.o. 121.

<sup>301</sup> Zie Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), 25.

<sup>302</sup> HvJ EU 4 maart 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2010:114 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 39 & 53.



### 5.1.2 Onbedoelde en niet-menselijke activiteiten en gebeurtenissen

Daarnaast kan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn niet-opzettelijke activiteiten en gebeurtenissen betreffen als die zich regelmatig voordoen.<sup>303</sup> Voor rampen die het behalen van het doel van de richtlijn kunnen bedreigen dienen “(relatieve) voorzorgsmaatregelen” genomen te worden.<sup>304</sup> Voorts heeft Europese rechtspraak bevestigd dat art. 6 lid 2 Habitatrictlijn ook voor niet-menselijke activiteiten en gebeurtenissen kan gelden. Het HvJ EU besloot in C-6/04 dat art. 6 lid 2 Habitatrictlijn vereist dat maatregelen worden genomen die “door de mens veroorzaakte aantastingen en verstoringen...vermijden” en maatregelen die “natuurlijke ontwikkelingen” afremmen indien die naar verwachting een verslechtering van soorten en habitats in het gebied teweeg zouden kunnen brengen.<sup>305</sup> Deze jurisprudentieregel is volgens de Europese Commissie mogelijk ook van toepassing op klimaatverandering, en ontwikkelingen die daarmee samenhangen zoals zeespiegelstijging, uitsterving of het verschijnen van soorten, indien die ontwikkelingen naar verwachting negatieve effecten hebben voor de beschermde soorten en habitattypen in het gebied. Of er inderdaad preventieve maatregelen op grond van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn genomen moeten worden om dergelijke (dynamische) natuurlijke ontwikkelingen af te remmen dient per geval te worden beoordeeld.<sup>306</sup>

### 5.1.3 De “passende beschermingsmaatregelen” genoemd in artikel 6 lid 2 Habitatrictlijn

De “preventieve aard” van lid 2 laat autoriteiten niet toe om te wachten totdat factoren zich voordoen die een negatief en significant “effect zouden kunnen hebben” op soorten en habitats van het gebied, aldus de Europese Commissie.<sup>307</sup> De Commissie baseert zich op een uitspraak van het HvJ EG in *Cie vs. Ierland*. Daarin oordeelde het HvJ EG dat een nationale wet die alleen “reactieve bescherming” biedt en het bovengenoemde verslechtingsverbod niet kan uitvoeren, niet in lijn is met art. 6 lid 2 Habitatrictlijn”.<sup>308</sup> In het PAS-arrest heeft het HvJ EU dit oordeel nog eens bevestigd.

Het HvJ EU stelde in dat arrest dat:

*“een nationale regeling op grond waarvan de bevoegde instanties slechts reactief kunnen optreden en niet tevens preventief, in strijd is [...] de verplichtingen ingevolge artikel 6, lid 2.”*<sup>309</sup>

Het HvJ EU gaf in het PAS-arrest ook uitleg wat dan wel een passende maatregel is die voldoet aan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn. Volgens het HvJ EU kan dat een regeling zijn (met betrekking

<sup>303</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 26.

<sup>304</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 26.

<sup>305</sup> HvJ EG 20 oktober 2005, C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626 (*Cie. vs. VK*), r.o. 34.

<sup>306</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 26. Zie ook de richtsnoeren van de Europese Commissie over de verhouding tussen klimaatverandering en Natura 2000-gebieden: Guidelines on Climate Change and Natura 2000: Dealing with the impact of climate change On the management of the Natura 2000 Network of areas of high biodiversity value [EC 2013].

<sup>307</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25.

<sup>308</sup> HvJ EG 13 december 2007, C-418/04, ECLI:EU:C:2007:780 (*Cie. vs. Ierland*), r.o. 207-208.

<sup>309</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 134.

tot stikstofdepositie) die het mogelijk maakt om “*zowel corrigerende*” maatregelen (zoals noodmaatregelen) als “*preventieve*” maatregelen (zoals dwangmaatregelen) te nemen die kunnen voorkomen dat “*bepaalde aan de betrokken activiteiten verbonden risico’s zich voordoen*”.<sup>310</sup> Dit is een passende maatregel volgens art. 6 lid 2 Habitatrictlijn, volgens het HvJ EU.

Art. 6 lid 2 Habitatrictlijn is van toepassing op de soorten en habitats die zich in de speciale beschermingszones bevinden.<sup>311</sup> Maar het is volgens de Europese Commissie mogelijk dat dit betekent dat er ook maatregelen genomen moeten worden ten aanzien van gebeurtenissen buiten het gebied. Dit in het geval dat die gebeurtenissen buiten het gebied naar verwachting negatieve gevolgen hebben voor de soorten en habitats binnen het gebied, zoals mogelijkerwijs giflozing,<sup>312</sup> of drainage van gronden buiten het gebied, (waardoor de grondwaterstand in het gebied zelf zakt).

## 5.2 De criteria op grond van artikel 6 lid 2 Habitatrictlijn

### 5.2.1 EU-rechtelijke randvoorwaarden

#### 5.2.1.1 Passende maatregelen moeten concreet, coherent en volledig zijn

Art. 6 lid 2 Habitatrictlijn vereist dat er passende maatregelen worden getroffen. Maar aan welke criteria moet het wettelijke stelsel dat die passende maatregelen mogelijk moet maken voldoen? In *C-293/07* besloot het HvJ EU dat het vereist is dat dit stelsel concreet, volledig en coherent is. Als dat niet het geval is kan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn niet doeltreffend zijn, noch verzekeren dat de aangewezen gebieden worden beschermd.<sup>313</sup> Wat betreft de volledigheid blijkt uit het arrest *Cascina Tre Pini* dat art. 6 lid 2 Habitatrictlijn vereist dat alle maatregelen die redelijkerwijs genomen kunnen worden, genomen moeten worden om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de daarin voorkomende natuurlijke habitats en soorten niet verslechtert. (standstill).<sup>314</sup>

#### 5.2.1.2 Beoordelingsmarge voor passende maatregelen en resultaatsverplichting

Art. 6 lid 2 Habitatrictlijn betreft een algemene beschermingsverplichting die habitatsverslechtering en soortenverstoring verbiedt. Het gaat dus om een resultaatsverplichting, waarbij de lidstaten moeten voldoen aan een minimum maar tegelijkertijd een zekere beoordelingsmarge genieten.<sup>315</sup> Die beoordelingsmarge blijkt volgens de Europese rechtspraak uit de term “*passende maatregelen*” in art. 6 lid 2 Habitatrictlijn.<sup>316</sup> Als het gebied eenmaal is aangewezen, mag de staat van behoud van soorten en habitats van het gebied niet slechter worden, aldus de interpretatie van de Commissie van het *Bund*

<sup>310</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 135-137.

<sup>311</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25-26

<sup>312</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25-26

<sup>313</sup> HvJ EG 11 december 2008, C-293/07, ECLI:EU:C:2008:706 (*Cie. vs. Griekenland*), r.o. 26-29.

<sup>314</sup> HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214 (*Cascina Tre Pini*), r.o. 32-.

<sup>315</sup> Zestiende jaarlijks verslag over de controle op de toepassing van het Gemeenschapsrecht [EC 9.7.1999], p. 44.

<sup>316</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 40.

*Naturschutz*-arrest.<sup>317</sup> De Europese Commissie stelt dat indien het gebied een betere staat bereikt, dan wordt vervolgens dit resultaat het nieuwe minimum waaraan zal moeten worden voldaan.<sup>318</sup> In principe blijft er een beoordelingsmarge voor bevoegde autoriteiten om passende maatregelen te nemen.<sup>319</sup> Maar zij dienen volgens de Europese Commissie zorg te dragen dat het nieuwe minimum behouden blijft, en achteruitgang naar de eerdere, slechtere staat van behoud wordt voorkomen. Is er sprake van een gunstige staat van instandhouding, dan is deze gunstige staat van instandhouding de maatstaf, aldus de Commissie.<sup>320</sup> Het gebied kan dus verslechteren zolang de gunstige staat van instandhouding maar behouden blijft. Deze interpretatie van de Europese Commissie is nog niet door het HvJ EU bevestigd.

### 5.2.1.3 Bepaling van verstoring en verslechtering die significant is

Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn bepaalt dat de verstoring moet worden voorkomen (door het treffen van passende maatregelen) als die significant kan zijn. Om te bepalen of dat zo is moet de lidstaat bepalen in het licht van doelstellingen van de richtlijn<sup>321</sup>, en vooral instandhoudingsdoelstellingen die daarmee worden nagestreefd. Deze opvatting werd in het PAS-arrest bevestigd.<sup>322</sup> Als een activiteit waarschijnlijk significante verstoringen met zich meebrengt dan kan er al sprake zijn van een schending van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn.<sup>323</sup>

Voor verslechtering van natuurlijke habitats en habitats van soorten is dat niet expliciet gesteld - alleen dat verslechtering moet worden vermeden.<sup>324</sup> Hoe kan worden beoordeeld wat een verslechtering is? Dat gebeurt aan de hand van de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied – tenslotte dienen die gebiedsdoelstellingen bij te dragen tot het behalen van de doelstellingen van de richtlijn en volgens dezelfde criteria voor de procedure van art. 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn.<sup>325</sup> Volgens de Europese rechtspraak is dit omdat beide leden van de Habitatrichtlijn moeten worden begrepen als een coherent geheel. Niet alleen vanwege de instandhoudingsdoelstellingen van de richtlijn,<sup>326</sup> maar ook met de reden dat beide leden hetzelfde beschermingsniveau trachten te garanderen.<sup>327</sup> Dat heeft ook tot gevolg dat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn niet elke verslechtering en verstoring verbiedt, maar elke verslechtering en verstoring die in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen significant is.<sup>328</sup>

### 5.2.1.4 De onderzoeksverplichting onder artikel 6 lid 2 volgt art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn

Wat bepaalt wat een significant effect op grond van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn is? Het HvJ EU gaf antwoord op deze vraag in zaak *Grüne Liga Sachsen*. Wijzend op de procedure zoals onder art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, besloot het HvJ EU dat een onderzoek is vereist op grond van art.

---

<sup>317</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25 en HvJ EG 14 september 2006, C-244/05, ECLI:EU:C:2006:579 (*Bund Naturschutz*), r.o. 45. Zie ook het arrest HvJ EG 25 november 1999, C-96/98, ECLI:EU:C:1999:580 (*Cie. vs. Frankrijk*), r.o. 35 & 57.

<sup>318</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 33.

<sup>319</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 31.

<sup>320</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 2000), p.26.

<sup>321</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 28.

<sup>322</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 85.

<sup>323</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 85.

<sup>324</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 28.

<sup>325</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 29.

<sup>326</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 54.

<sup>327</sup> HvJ EU 24 november 2011, C-404/09, ECLI:EU:C:2011:768 (*Cie. vs. Spanje*), r.o. 142.

<sup>328</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 28.

6 lid 2 Habitatrichtlijn als "de beste wetenschappelijke kennis" niet kan uitsluiten dat een bestaande activiteit significante gevolgen kan hebben voor de doelstellingen van de richtlijn doordat habitatverslechtering of verstoringen van soorten waarschijnlijk blijft.<sup>329</sup> Het HvJ EU wees daarbij ook op een eerder arrest, *Cie vs. Spanje*,<sup>330</sup> waarin het HvJ EU bepaalde dat het aantonen van een waarschijnlijkheid of risico dat een activiteit aanzienlijke verstoringen voor een soort zou veroorzaken volstaat om een inbreuk van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn te bewijzen.<sup>331</sup>

Dientengevolge is de standaard van bewijs in overeenstemming met de standaard van bewijs onder art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Als een nationale autoriteit wil aantonen dat dergelijk risico afwezig is (en daarmee conformeert aan art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn), moet die autoriteit kunnen verzekeren dat er geen significante verslechtering zal plaatsvinden.<sup>332</sup> Dat kan met onderzoek "die elke redelijke wetenschappelijke twijfel" over impact van de activiteit kan wegnemen. Dat is onderzoek zonder "leemten" die "volledige, nauwkeurige en definitieve bevindingen en conclusies" moet bevatten.<sup>333</sup>

#### 5.2.1.5 Onderscheid tussen artikel 6 lid 2-3 en hoe een schending van artikel 6 lid 3 geen schending van artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn uitsluit

Het basisonderzoek is dat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn gaat over de bestaande toestand van een gebied en diens ontwikkeling en art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn over 'nieuwe' activiteiten,<sup>334</sup> waarvoor het een onderzoeksverplichting (passende beoordeling) vereist. Echter, lid 2 kan blijven gelden voor plannen of projecten ook nadat een passende beoordeling daarvoor is verleend conform art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Dat bepaalde het HvJ EU in *Grüne Liga Sachsen*<sup>335</sup> (waarin het ging om activiteiten die, vóór opnemings van het betreffende gebied in de lijst van gebieden van communautair belang, niet conform de eisen van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn waren beoordeeld).<sup>336</sup>

*"Wanneer [...] een vergunning voor een plan of project is verleend op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 6, lid 3, van richtlijn 92/43, kan worden geconstateerd dat artikel 6, lid 2, ten aanzien van een speciale beschermingszone is geschonden indien is vastgesteld dat de kwaliteit van een habitat is verslechterd of dat storende factoren zijn opgetreden voor de soorten waarvoor het betrokken gebied is aangewezen."* (eigen nadruk)<sup>337</sup>

---

<sup>329</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 37. Zie ook HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 42-44.

<sup>330</sup> HvJ EU 24 november 2011, C-404/09, ECLI:EU:C:2011:768 (*Cie vs. Spanje*), r.o. 142.

<sup>331</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 37. Zie ook HvJ EU (*Waddenzee*), r.o. 42.

<sup>332</sup> HvJ EU 24 november 2011, C-404/09, ECLI:EU:C:2011:768 (*Cie vs. Spanje*), r.o. 142.

<sup>333</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 50 jo. 51-54.

<sup>334</sup> Het begrip 'nieuwe' activiteit wordt door het juridisch kader van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn ingekleurd. Elke activiteit die zal worden verricht of al is verricht na het van kracht worden van het juridisch regime van art. 6 Habitatrichtlijn op een bepaald gebied, dat als 'project' of 'plan' kan worden gekwalificeerd en nog niet aan de toets van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn werd onderworpen is in die zin nieuw. Daarbij kan het ook gaan om een activiteit die al vele jaren wordt verricht zonder dat een passende beoordeling (ten onrechte) niet is uitgevoerd.

<sup>335</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 42-46.

<sup>336</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 30.

<sup>337</sup> HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Cie vs. Italië*), r.o. 94.

Met andere woorden zal een nieuwe vergunde activiteit die niet conformeert aan art. 6 lid 3 Habitatrictlijn maar die wél verstoring of verslechtering voor soorten en/of habitats van een speciale beschermingszone behelst, ook onverenigbaar zijn met art. 6 lid 2 Habitatrictlijn.<sup>338</sup>

### 5.2.2 Implementatie in Nederland

Art. 6 lid 2 Habitatrictlijn is in Nederland met name omgezet in de art. 2.2 – 2.6 alsmede art. 5.4 Wet natuurbescherming. Na een kort overzicht over de inhoud van deze bepalingen volgt een inschatting van de betekenis in de praktijk, inclusief een vooruitzicht op de toekomst naar aanleiding van een recente uitspraak hierover.

#### *Referentiekader voor het verslechteringsverbod*

Het verslechteringsverbod is van toepassing vanaf het moment waarop art. 6 lid 2 Habitatrictlijn van toepassing wordt op een Natura 2000-gebied. Volgens de Nederlandse opvatting bepaalt dat moment ook het referentiekader. Als de toestand van een gebied daarna is verbeterd, scheidt niet elke verbetering weer een nieuw referentiekader. Uiteraard kunnen verbeteringen wel nodig zijn als de instandhoudingsdoelstelling een verbeterdoelstelling inhoudt. Een verslechtering is echter slechts dan in strijd met art. 6 lid 2 Habitatrictlijn als het gaat om een verslechtering ten opzichte van de referentiesituatie toen art. 6 lid 2 Habitatrictlijn voor het gebied van kracht werd. Een behoudsdoelstelling wordt immers in de aanwijzingsbesluiten vaak ook gekwantificeerd met referentie aan de staat van instandhouding ten tijde van de aanwijzing.

#### *Art. 2.2 Resultaatsverplichting voor het bevoegd gezag*

Art. 2.2 Wnb wijst het bevoegd gezag, in de regel gedeputeerde staten van de provincies, aan om ervoor zorg te dragen dat de voor het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen nodige instandhoudingsmaatregelen als bedoeld in (onder andere) art. 6 lid 1 Habitatrictlijn worden getroffen.

#### *Art. 2.3 Beheerplan*

Een belangrijk instrument om de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen verwezenlijken is het opstellen van een beheerplan. Ingevolge art. 2.3 Wnb moet voor alle Natura 2000-gebieden een beheerplan worden opgesteld en (lid 3) ‘tijdig’ worden uitgevoerd. In het beheerplan moeten de nodige instandhoudingsmaatregelen worden genoemd en ook de beoogde resultaten van de maatregelen worden aangegeven. Om aan de verantwoordelijkheid voor het bereiken van de in het aanwijzingsbesluit vastgelegde en in het beheerplan nader geconcretiseerde instandhoudingsdoelstellingen te voldoen, kunnen gedeputeerde staten, naast het reguleren van plannen en projecten via het vergunningenstelsel, ‘aan diegenen die in hun provincie handelingen verrichten’ bepaalde verplichtingen opleggen. Het kan dan gaan om bestaande en toekomstige handelingen binnen en buiten een Natura 2000-gebied waarvoor geen vergunning nodig is, bijvoorbeeld vrijgesteld bestaand gebruik (zie art. 2.9 lid 2 Wnb).

---

<sup>338</sup> HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Cie. vs. Italië*), r.o. 94-96.

#### *Art. 2.4 Aanschrijvingsbevoegdheid ten aanzien van handelingen*

Art. 2.4 lid 1 Wnb verschaft de bevoegdheid om verschillende soorten verplichtingen op te leggen aan iemand die voornemens is een schadelijke handeling te verrichten of dit al doet. Daarbij kan het gaan om informatieverschaffing (a.), het treffen van preventieve maatregelen of herstelmaatregelen (b.) en het niet (d.) of alleen op bepaalde wijze (c.) mogen uitvoeren van de handeling. De vraag is of art. 2.4 Wnb een bevoegdheid bevat burgers tot actief handelen te verplichten. Dat zou het geval kunnen zijn met betrekking tot de verplichting (genoemd onder b.) om *“de nodige preventieve of herstelmaatregelen te treffen”*. Dit vereist inderdaad actief handelen. Deze verplichting geldt ingevolge de aanhef van art. 2.4 lid 1 Wnb echter slechts voor zover iemand ‘een handeling verricht of het voornemen daartoe heeft’. Het gaat dus niet om een zelfstandige verplichting om bepaalde actieve maatregelen te nemen, maar slechts om voorwaarden die kunnen worden gesteld aan handelingen die iemand wil ondernemen en die een negatief effect hebben op de instandhoudingsdoelstellingen. Deze bevoegdheid heeft in de praktijk beperkte betekenis gekregen. In het verleden werd een vergelijkbare (maar op stikstof toegespitste) bevoegdheid in art. 19 ke Natuurbeschermingswet 1998 gebruikt als grondslag voor de stikstofverordeningen van sommige provincies.

#### *Art. 2.5 Toegangsverbod*

Art. 2.5 Wnb bevat de bevoegdheid tot het verbieden, beperken of reguleren van de toegang tot een Natura 2000-gebied voor zover dat nodig is gelet op de instandhoudingsdoelstellingen. Het verbod geldt ingevolge het tweede lid niet voor eigenaren of gebruikers van een gebied, voor zover ‘door het verbod of de beperking de toegang tot de onroerende zaak ernstig zou worden belemmerd’. Enige regulering van de toegang is dus ook ten aanzien van eigenaren en gebruikers mogelijk. Moet de toegang echter ook voor die personen sterk worden beperkt of uitgesloten om de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen bereiken, dan zal het voor de hand liggen om tot aankoop of onteigening van het betreffende gebied over te gaan. Slechts met die aanvulling in gedachten lijkt de beperking van de bevoegdheid om de toegang ook voor eigenaren en gebruikers te weigeren in overeenstemming met de richtlijn.

#### *Art. 2.6 Gedoogplicht voor feitelijke handelingen*

Art. 2.6 lid 1 Wnb bevat niet alleen een bevoegdheid, maar, met het oog op de verplichtingen uit art. 6 lid 1-2 Habitatrichtlijn, ook een opdracht aan gedeputeerde staten tot het verrichten van de noodzakelijke feitelijke handelingen. Een belangrijk deel van de Natura 2000-gebieden in de Schelderegio is gelegen in rijkswateren. Voor die delen is de minister van infrastructuur en waterstaat, meer concreet Rijkswaterstaat, de beheerder. De bevoegdheden en verplichtingen uit art. 2.6 lid 1 Wnb zijn in deze gebieden dan ook geadresseerd aan de minister van infrastructuur en waterstaat.<sup>339</sup> Dit kan bijvoorbeeld slaan op het (laten) uitvoeren van beheermaatregelen als een eigenaar verzaakt om het noodzakelijke beheer uit te voeren. Aan de bevoegdheid (en mogelijke verplichting) van GS (of de minister) om de voor de instandhoudingsdoelstellingen noodzakelijke feitelijke handelingen te verrichten, is

---

<sup>339</sup> Zie art. 2.10 lid 1 Wnb. Weliswaar spreekt de letter van dat artikel alleen maar van bevoegdheden. Omdat de beheersopdracht in dergelijke gebieden bij de minister van I en W ligt, moet het woord ‘bevoegdheden’ in art. 2.10 lid 1 worden gelezen als ‘verplichtingen en bevoegdheden’.

complementair de in art. 2.6 lid 3 Wnb opgenomen verplichting van de eigenaar en gebruiksgerechtigde om deze handelingen te gedogen. De reikwijdte van art. 2.6 Wnb is niet beperkt tot terreinen binnen het Natura 2000-gebied. Het kan gaan om handelingen in het gebied, maar ook rondom het gebied.

#### *Art. 5.4 Wijziging en intrekking van een vergunning*

Art. 5.4 Wnb bepaalt wanneer een vergunning verleend op grond van art. 2.7 Wnb kan worden gewijzigd of ingetrokken. In het kader van de implementatie van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn is daarbij de verplichte wijziging of intrekking ingevolge het tweede lid van art. 5.4 Wnb van bijzonder belang. Wijziging of intrekking zijn verplicht voorgeschreven, 'indien dat nodig is ter uitvoering van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn'.

#### *Een inschatting van de tegenwoordige en toekomstige betekenis van de voornoemde bevoegdheden in de praktijk*

Art. 6 lid 2 Habitatrictlijn heeft in de praktijk in Nederland en ook in jurisprudentie van de Nederlandse rechters lange tijd weinig aandacht gekregen. De focus was en is nog steeds vrij eenzijdig gericht op nieuwe activiteiten, dus plannen en projecten en daarmee op art. 6 lid 3 Habitatrictlijn. Recent is daar echter verandering in gekomen. In een uitspraak van 19 augustus 2019 heeft de rechtbank Oost-Brabant geoordeeld dat een verzoek tot intrekking van een bestaande vergunning voor een veehouderij in de buurt van een met stikstof overbelast Natura 2000-gebied in het daar voorliggende geval niet zomaar kon worden geweigerd. Kort samengevat oordeelde de rechtbank toen dat de afwijzing van het verzoek niet goed gemotiveerd was. In het hoger beroep heeft de Afdeling bestuursrechtspraak op 20 januari 2021 dit oordeel bevestigd.<sup>340</sup> De rechters bepaalden het volgende. Als een verslechtering of significante verstoring van natuurwaarden in een Natura 2000-gebied dreigt of zich al voordoet en de activiteit waarvoor de natuurvergunning is verleend effecten heeft op die natuurwaarden, dan staat vast dat ter uitvoering van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn, passende maatregelen getroffen moeten worden om verslechtering of significante verstoring van natuurwaarden te voorkomen. Dat betekent dat het bevoegd gezag moet beoordelen of de intrekking of wijziging van de natuurvergunning als passende maatregel wordt ingezet, dan wel dat andere passende maatregelen (zullen) worden getroffen. Als de intrekking of wijziging van de natuurvergunning de enige te treffen passende maatregel is, dan moet de vergunning worden ingetrokken of gewijzigd. Kiest het bevoegd gezag niet voor de intrekking of wijziging van de natuurvergunning, dan moet het in het besluit aangeven welke andere maatregelen zijn of zullen worden getroffen, binnen welk tijdpad de maatregelen worden uitgevoerd en wanneer verwacht wordt dat deze effectief zijn. *"Het college kan, als het niet voor de intrekking of wijziging van de natuurvergunning kiest, niet volstaan met de enkele constatering dat andere passende maatregelen kunnen, zullen of al worden getroffen. Het college dient inzichtelijk te maken met welke maatregelen uitvoering wordt of zal worden gegeven aan de noodzakelijke daling van stikstofdepositie binnen een afzienbare termijn. Als er een pakket van maatregelen of een programma in uitvoering is dat gericht is op de daling van stikstofdepositie dan kan het college daar naar verwijzen."*<sup>341</sup>. Is er geen zicht op de uitvoering van andere stikstof reducerende maatregelen binnen afzienbare termijn, dan komt de intrekking of

<sup>340</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Varkenshouderij De Logt).

<sup>341</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Varkenshouderij De Logt).

wijziging van de natuurvergunning, al dan niet in samenhang met de intrekking of wijziging van één of meer andere natuurvergunningen, nadrukkelijk in beeld, met name als die intrekking(en) of wijziging(en) wel binnen afzienbare termijn tot relevante verbetering kan of kunnen leiden.

Het belang van deze uitspraak kan zeer groot zijn, respectievelijk worden. In alle situaties waarin a. de kwaliteit van een Natura 2000-gebied door de stikstofbelasting aantoonbaar achteruitgaat of dreigt achteruit te gaan en b. een veehouderij (of welke andere emissiebron dan ook) daartoe significant bijdraagt, kan een milieugroepering verzoeken om intrekking van de rechtmatig verleende vergunning voor die activiteit. Een dergelijk verzoek kan dan niet zomaar worden afgewezen, dit zou alleen maar kunnen op grond van een plan of programma dat aangeeft hoe de achteruitgang van de kwaliteit wordt gestopt. Dat hoeft niet altijd te leiden tot het intrekken van vergunningen en niet eens tot het verminderen van de depositie, als het bevoegd gezag geloofwaardig kan aangeven dat de achteruitgang ook te stoppen is zonder verlaging van de depositie of dat de depositie voldoende kan worden verlaagd zonder intrekking van een vergunning. Vaak zal het echter een moeilijke opgave zijn dat aan te tonen. Voor gebieden met een hoge overschrijding van de KDW waarin feitelijk de kwaliteit achteruitgaat en de stikstofbelasting daar een van de oorzaken van is, zal het soms zeer moeilijk zijn om zo'n plan te maken (en dan ook uit te voeren!).

De uitspraak geeft overigens niet aan wat dient te gebeuren als de achteruitgang van de kwaliteit op afzienbare termijn niet kan worden voorkomen. Men zal in ieder geval moeten aannemen dat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn tot gevolg heeft dat die conclusie niet snel mag worden getrokken. Het is mogelijk dat in Nederland daarmee de aandacht van het stikstofprobleem een stuk verschuift weg van vergunningverlening voor nieuwe activiteiten richting vermindering van overbelasting door sanering van bestaande emissiebronnen. Dat kan aanzienlijke gevolgen hebben voor het hele stikstofbeleid. Nog onduidelijk is welke termijn de rechter een bevoegd gezag zou gunnen om een dergelijk plan te maken (hier moet worden gedacht in de orde van een enkele maanden tot een half jaar) en binnen welke termijn de achteruitgang dan moet zijn gestopt. Europeesrechtelijk moet dat zo snel mogelijk gebeuren. Dat is iets heel anders dan waarop het huidige beleid is gericht. Wat dat concreet betekent is echter nog onduidelijk.

### 5.2.3 Implementatie in Vlaanderen

Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn werd formeel geïmplementeerd in het Natuurdecreet in 2002. Conform art. 36ter lid 2 van het Natuurdecreet neemt elke administratieve overheid, binnen haar bevoegdheden en ongeacht de bestemming, *“alle nodige maatregelen om elke verslechtering van de natuurkwaliteit en het natuurlijk milieu van de habitats van Bijlage I bij het Decreet Natuurbehoud en van de habitats van de soorten vermeld in de Bijlagen II, III en IV bij het Decreet Natuurbehoud in een speciale beschermingszone te vermijden, en om elke betekenisvolle verstoring van een soort vermeld in de Bijlagen II, III of IV bij het Decreet Natuurbehoud te vermijden.”*

Wat de vraag betreft of verbeteringen van de natuur die zijn bereikt nadat art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn van kracht werd volgt de Vlaamse wetgeving de interpretatie van de Commissie: luidens art. 36ter lid 2 Natuurdecreet neemt de administratieve overheid, binnen II, III en IV van dit decreet evenals de niet in bijlage IV van dit decreet genoemde en op het



grondgebied van het Vlaamse Gewest geregeld voorkomende soorten trekvogels in een speciale beschermingszone te vermijden; b) elke betekenisvolle verstoring van een soort vermeld in de bijlagen II, III of IV van dit decreet evenals de niet in bijlage IV van dit decreet genoemde en op het grondgebied van het Vlaamse Gewest geregeld voorkomende soorten trekvogels in een speciale beschermingszone te vermijden.

Echter, de daadwerkelijke toepassing van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn was aanvankelijk beperkt in Vlaanderen. Het verslechteringsverbod werd vaak gebrekkig gehandhaafd door overheidsinstanties. Tegelijkertijd waren rechters moeilijk te overtuigen dat ook bestaande activiteiten binnen een Natura 2000-gebied aan een beoordeling onderhevig kunnen zijn.<sup>342</sup> Zo besloot het Hof van Beroep in Brussel dat het “*onwaarschijnlijk* lijkt” dat de flora en fauna die zich in een Natura 2000-gebied hadden ontwikkeld, zouden worden bedreigd door een motorcrossactiviteit die gedurende bijna een halve eeuw jaarlijks in het gebied werd gehouden.<sup>343</sup> Het Vlaamse milieuhygiëne- en milieuschaderecht verschaft wel instrumenten om een vergunning voor een bestaande activiteit te vernietigen als *gevaar* voor mens of leefmilieu dreigend of ernstig is. Echter, deze instrumenten zijn alleen van toepassing op activiteiten die vergunningsplichtig zijn. Bovendien zijn deze zelden toegepast op een verslechtering die te wijten is aan een vergunde activiteit. Deze instrumenten zijn niet voorgekomen voor Vlaamse rechtbanken, op één uitzondering na (een zaak voor de Raad van State).<sup>344</sup> Een zeker “*gedoogbeleid*” t.a.v. van bestaande activiteiten leek dus de norm.<sup>345</sup>

Sinds de wijzigingen van het Natuurdecreet op 9 mei 2014,<sup>346</sup> dat effectief een nieuwe grondslag voor het instandhoudingsbeleid creëerde, zijn de toepassingsmogelijkheden van het verslechteringsverbod klaarblijkelijk verbeterd.<sup>347</sup> Zo worden managementplannen ingezet ter preventie van verslechtering, en kunnen die plannen dwingende acties bevatten.<sup>348</sup> Autoriteiten zijn bevoegd om dwingende acties te overwegen als een (preventie)taakstelling niet vrijwillig wordt uitgevoerd. Dergelijke dwingende acties zijn echter bedoeld als uitzondering.<sup>349</sup> Art. 50octies lid 5 van het gewijzigde Natuurdecreet stelt dat tot dwingende acties wordt overgegaan als het bindend gedeelte (van het plan) volgens tussentijdse toetsing niet of vermoedelijk niet kan worden uitgevoerd tijdens de plancyclus in het onderhavige geval.<sup>350</sup> In navolging van het Nederlandse voorbeeld dient de adressant van de dwingende maatregel op de hoogte te worden gebracht “*in voorkomend geval, van de termijn waarbinnen die moet worden uitgevoerd*”.<sup>351</sup> Kortweg lijken de Vlaamse autoriteiten ook na de wijzigingen van het Natuurdecreet enige ruimte te behouden t.a.v. hun verplichting om het verslechteringsverbod uit te voeren.<sup>352</sup> Gezien de slechte en steeds verslechterende

---

<sup>342</sup> H. Schoukens, ‘Het verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn in het dispuut omtrent de Waldschlössenbrücke: één aan voldongen feiten bij blijvend natuurverlies?’ *TMR*, 2016, p. 441.

<sup>343</sup> H. Schoukens, ‘Het beschermingsregime voor Natura 2000-gebieden in Vlaanderen: theorie en praktijk’ in N. Teesing, *Wie beschermt het Natuurbeschermingsrecht?*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 77. Schoukens 2016, p. 454.

<sup>344</sup> Schoukens 2016, p. 458.

<sup>345</sup> Schoukens 2016, p. 454.

<sup>346</sup> Decreet tot wijziging van de regelgeving inzake natuur en bos, 9 mei 2014, *B.S.* 7 juli 2014, nr. 2014035694, p. 51739.

<sup>347</sup> Schoukens 2016, p. 441.

<sup>348</sup> Art. 50octies lid 1 Natuurdecreet.

<sup>349</sup> Zie *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2424/1, p. 52 en art. 8 Instandhoudingsbesluit. Zie ook Schoukens 2016, p. 441.

<sup>350</sup> Art. 50octies lid 1 Natuurdecreet.

<sup>351</sup> Art. 50octies lid 5 Natuurdecreet. Zie Schoukens 2016, p. 459.

<sup>352</sup> Schoukens 2016, p. 459.

milieutoestand in de Vlaamse Natura 2000-gebieden,<sup>353</sup> is het mogelijk een vraag of de beoordelingsmarge die dit Vlaamse kader verschaft voor passende maatregelen nog conform de resultaatverplichting van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn (paragraaf 5.2.1.2 van dit rapport) is.

Vooralsnog lijkt het *Grüne Liga Sachsen*-arrest van 14 januari 2016 het zeer moeilijk te maken voor Vlaamse autoriteiten om nog langer een zeker gedoogbeleid te hanteren, zodat bestaande activiteiten verdere verslechtering van de te beschermen soorten en habitats mogelijk maken. Zo leek kort na *Grüne Liga Sachsen* ook het Grondwettelijke Hof de benadering van het HvJ EU te volgen aangaande de verplichting om een ex post-beoordeling uit te voeren in gevallen waar een bestaande activiteit die eerder had moeten worden getoetst volgens art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, in het geheel niet passend is beoordeeld of niet volgens de Europeesrechtelijke eisen passend is beoordeeld. In diens besluit van 28 april 2016 besloot het Grondwettelijke Hof dat het rechtszekerheidsbeginsel niet wordt geschonden als een autoriteit striktere voorwaarden stelt bij hervergunning van landbouwactiviteiten nabij een speciale beschermingszone.<sup>354</sup> Tegenwoordig onderstreept de Vlaamse overheid de noodzaak van het toepassen van het verslechteringsverbod, zo ook in de overgangsfase naar een Vlaamse programmatische aanpak stikstof.<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> Schneiders, e.a. 2020.

<sup>354</sup> GwH 28 april 2016, nr. 57/2016, r.o. 18.2. Zie ook Schoukens 2016, p. 441.

<sup>355</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017. Zie ook Schoukens 2016, p. 441.

## 6. Het juridisch kader voor de toelating van toekomstige activiteiten (plannen en projecten): art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn

### 6.1 Inleidende opmerkingen

In art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn wordt een stapsgewijze procedure omschreven voor het overwegen van plannen of projecten die significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied kunnen hebben. Activiteiten die niet onder art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn vallen, moeten wel verenigbaar zijn met de bepalingen van art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn – of, in geval van Natura 2000-gebieden voor vogels, art. 3 en art. 4 lid 1-2 Vogelrichtlijn – en art. 6 lid 2 van de Habitatrichtlijn.<sup>356</sup> De belangrijkste onderdelen van de beoordelingsprocedure van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn worden in dit hoofdstuk uitgewerkt. Voordat in de paragrafen 6.3 tot en met 6.7 het Europeesrechtelijke kader en de interpretatie en toepassing daarvan in het Nederlandse en Vlaamse recht zullen worden uiteengezet, wordt in de navolgende paragraaf 6.2 eerst kort ingegaan op de relatie waarin art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn tot art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn staat.

### 6.2 Verhouding van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn tot artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn

Met de leden 2 en 3 van art. 6 Habitatrichtlijn wordt hetzelfde beschermingsniveau beoogd.<sup>357</sup> Zowel art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn als art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn beoogt daarmee, zoals de Commissie stelt, negatieve gevolgen voor een gebied te voorkomen.<sup>358</sup> Het verschil is dat de bepalingen van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn te allen tijde voor het gebied gelden, terwijl die van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn pas in beeld komen indien een plan of project wordt voorgesteld dat significante gevolgen voor het gebied kan hebben.<sup>359</sup> Art. 6 lid 2 en art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn hebben dus niet hetzelfde doel, aangezien lid 2 is gericht op het invoeren van preventieve maatregelen, terwijl lid 3 voorziet in een beoordelingsprocedure om door middel van voorafgaande controle te garanderen dat voor een plan of project dat significante gevolgen voor een gebied kan hebben, alleen toestemming wordt verleend wanneer het de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet zal aantasten.<sup>360</sup> Wordt voor een plan of project toestemming verleend volgens de procedure van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, dan hoeft de algemene beschermingsnorm van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn in beginsel niet te worden toegepast. De toestemming die krachtens art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn is verleend, veronderstelt dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet aantast, en daarmee dus ook geen ‘verslechtering of verstoring’ in de zin van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn behelst.<sup>361</sup> Echter, er kan niet worden uitgesloten dat het betreffende plan of project naderhand toch een verstoring blijkt mee te brengen – ook als dat niet te wijten is aan fouten van het bevoegd gezag. In dergelijke omstandigheden maakt art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn het mogelijk om te voldoen aan het hoofddoel van behoud en bescherming van de kwaliteit van het milieu en instandhouding van natuurlijke habitats en flora en fauna.<sup>362</sup> Ook wanneer een

---

<sup>356</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 23.

<sup>357</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 87; HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People Over Wind en Sweetman*), r.o. 24.

<sup>358</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 23.

<sup>359</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 23.

<sup>360</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 87.

<sup>361</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 35-36.

<sup>362</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 35-36.

vergunning voor een plan of project niet in overeenstemming met art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn is verleend kan sprake zijn van schending van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn wanneer sprake is van verslechtering of verstoring van habitats of soorten.<sup>363</sup>

### 6.3 Hoofdlijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn

#### 6.3.1 Hoofdlijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: Europeesrechtelijk kader

Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn bepaalt dat voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar – afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten – significante gevolgen kan hebben voor het betreffende gebied, een passende beoordeling moet worden gemaakt van de gevolgen voor het gebied. Daarbij moet rekening worden gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. De bevoegde nationale instanties kunnen slechts toestemming voor het plan of project geven nadat de zekerheid is verkregen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten. Krachtens art. 7 Habitatrichtlijn gelden voor speciale beschermingszones die zijn aangewezen op grond van de Vogelrichtlijn de bepalingen van art. 6 lid 2 t/m 4 Habitatrichtlijn.

Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn is opgedeeld in twee fasen. In de eerste fase, voorzien in de eerste volzin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, dienen de lidstaten een passende beoordeling te maken van de gevolgen van een plan of project voor een Natura 2000-gebied wanneer dit plan of project *waarschijnlijk* significante gevolgen voor dat gebied kan hebben.<sup>364</sup> Als voorwaarde voor het vereiste van het maken van een passende beoordeling geldt dus dat niet is uit te sluiten dat het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied.<sup>365</sup> Deze beoordeling wordt ‘voorbeoordeling’, ‘voortoets’ of ‘screening’ genoemd. In deze ‘voorbeoordeling’ of ‘screening’ wordt vastgesteld of het plan of project verband houdt met of noodzakelijk is voor het beheer van het gebied, en of het significante gevolgen voor het betreffende Natura 2000-gebied kan hebben.<sup>366</sup> Volgt hieruit dat significante gevolgen mogelijk zijn, dan dient een passende beoordeling te worden opgesteld. Volgt uit de voortoets dat uitgesloten kan worden dat het plan of project (afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten) significante gevolgen heeft voor een Natura 2000-gebied, dan hoeft geen passende beoordeling te worden gemaakt. Het categorisch uitzonderen van bepaalde projecten – zoals, in het geval van het PAS-arrest, het beweiden van vee en het bemesten van gronden<sup>367</sup> – van de vergunningplicht en van een passende beoordeling, is slechts mogelijk als in de voortoets, op grond van objectieve omstandigheden met zekerheid kan worden uitgesloten dat die

---

<sup>363</sup> HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532, (*Cie. vs. Italië*), r.o. 92.

<sup>364</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 119.

<sup>365</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 45. Het gaat er in de woorden van het HvJ EU om dat een passende beoordeling moet worden gemaakt wanneer de *waarschijnlijkheid* of het *risico* bestaat dat het plan of programma significante gevolgen heeft voor het gebied. Zie HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 45; HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Sweetman*), r.o. 29; HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 44; HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People Over Wind en Sweetman*), r.o. 34.

<sup>366</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 23.

<sup>367</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 120.

projecten afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kunnen hebben voor die gebieden.

In de tweede fase, voorzien in de tweede volzin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn en die volgt op de voormelde passende beoordeling, mag voor het betreffende plan of project slechts toestemming worden verleend indien het de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aantast.<sup>368</sup> De eerste fase zal nader worden uitgewerkt in paragraaf 6.5. De tweede fase zal aan bod komen in paragraaf 6.6. Eerst zal in paragraaf 6.4 het Europeesrechtelijke kader rond de begrippen 'plan' en 'project' worden uiteengezet.

### 6.3.2. Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: implementatie in Nederland

Art. 2.7 en 2.8 Wnb voorzien in de plicht tot het maken van een passende beoordeling voor alle plannen en projecten waarvan op voorhand niet (geheel) kan worden uitgesloten dat zij significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden hebben. 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, kan op grond van art. 2.7 lid 1 Wnb uitsluitend worden vastgesteld indien is voldaan aan de in art. 2.8 lid 1 Wnb opgenomen plicht om een passende beoordeling op te stellen. Het bestuursorgaan stelt het plan uitsluitend vast indien uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan de natuurlijke kenmerken van het betreffende Natura 2000-gebied niet zal aantasten, zo volgt uit art. 2.8 lid 3 Wnb. In art. 2.7 lid 2 Wnb is het verbod opgenomen om zonder vergunning van gedeputeerde staten (of in gevallen een minister verantwoordelijk is voor het beheer, deze minister (zie art. 2.10 Wnb)) een project te realiseren dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Uit art. 2.7 lid 3 Wnb volgt dat Gedeputeerde staten de vergunning uitsluitend verlenen indien is voldaan aan de in art. 2.8 lid 1 Wnb opgenomen plicht om een passende beoordeling te maken van de gevolgen van het project voor het desbetreffende Natura 2000-gebied. Het bestuursorgaan verleent de vergunning voor het project uitsluitend indien uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende Natura 2000-gebied niet zal aantasten, zo volgt uit art. 2.8 lid 3 Wnb. Tot 1 januari 2020 kende de Wnb in art. 2.7 lid 2 Wnb ook nog een vergunningplicht voor 'andere handelingen'. Deze vergunningplicht is met de Spoedwet aanpak stikstof (Stb. 2019, 517) komen te vervallen. Art. 2.7 lid 2 Wnb bevat thans slechts nog een vergunningplicht voor 'projecten' met mogelijk significante gevolgen. De tekst van art. 2.7 lid 2 Wnb sluit daarmee 1-op-1 aan bij art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn.<sup>369</sup>

Voor zowel plannen als projecten dient bij de passende beoordeling rekening te worden gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen voor het desbetreffende Natura 2000-gebied. Uit de arresten *Briels* en *Sweetman* leidt de Afdeling af dat dit inhoudt dat bepalend is of de bepalende kenmerken van het gebied die verband houden met de natuurlijke habitats

---

<sup>368</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 119.

<sup>369</sup> *Kamerstukken II 2019/20*, 35 347, nr. 3, p. 17.

waarvoor instandhoudingsdoelstellingen zijn gesteld, duurzaam behouden blijven.<sup>370</sup> Bij de toetsing aan de instandhoudingsdoelen in het kader van de vergunningverlening, wordt niet getoetst aan het landelijke doel, maar aan de gebiedsdoelen die voor het betreffende Natura 2000-gebied in het aanwijzingsbesluit zijn opgenomen.<sup>371</sup>

De beoordeling waarin wordt bepaald of de waarschijnlijkheid of het risico bestaat – dat risico of die waarschijnlijkheid bestaat wanneer bij beoordeling van een plan of project op grond van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied – dat het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied, wordt in Nederland aangeduid als de voortoets.<sup>372</sup> Deze toets is in Nederland niet bij of krachtens de Wnb geregeld. Kan op grond van in een voortoets – door de Commissie dus ‘screening’ of ‘voorbeoordeling’ genoemd – in aanmerking genomen ‘objectieve gegevens’ worden uitgesloten dat een plan of project significante gevolgen kan hebben voor een aangewezen gebied, dan kan een toestemming daarvoor zonder passende beoordeling worden verleend.<sup>373</sup> In de PAS-uitspraak, die nog uitgebreid besproken zal worden, volgt de Afdeling het PAS-arrest van het HvJ EU. Daarin bepaalde het HvJ EU dat het categorisch uitzonderen van projecten van de vergunningplicht volgens het HvJ EU slechts mogelijk is als in de voortoets met zekerheid kan worden uitgesloten dat die projecten afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden.<sup>374</sup>

### 6.3.3. Hoofdpijnen artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn: implementatie in Vlaanderen

Art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet stelt elke initiatiefnemer van een vergunningsplichtige activiteit, plan of programma verantwoordelijk om een passende beoordeling te maken. Dit geldt voor zover die activiteit (of plan of programma) geen verband houdt met het beheer van het gebied in kwestie, en voor zover die een “betekenisvolle aantasting” van de natuurlijke kenmerken van het gebied kan veroorzaken. Die betekenisvolle aantasting kan door de activiteit (of plan of programma) zelf worden veroorzaakt, of samen met bestaande of voorgestelde activiteiten, plannen of programma's. De vergunningsaanvraag, het plan of het programma mag alleen door de bevoegde autoriteit goedgekeurd worden als er geen betekenisvolle aantasting is, aldus art. 36ter lid 4 van het Natuurdecreet. Deze implementatie van de habitattoets volgt art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, behalve op een punt. De passende beoordeling voorzien in art. 36ter lid 3 en 4 van het Natuurdecreet omvat namelijk geen niet-vergunningsplichtige activiteiten, wat als problematisch wordt aanzien.<sup>375</sup>

De instandhoudingsdoelstellingen zijn ook in Vlaanderen van belang om de passende beoordeling toe te passen. In navolging van het Kokkelvisserij-arrest had de Raad van State in *Gemeente Borsbeek* het bestaan van een risico uitgaande van een bepaalde activiteit voldoende geacht om een passende beoordeling te eisen als dat risico behelst dat dit het

---

<sup>370</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*PAS, verwijzingsuitspraak*), r.o. 10.1; ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4672 (*Bedrijventerrein De Kolk Nunspeet*), r.o. 9.9.

<sup>371</sup> ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4561 (*Gasopslag Bergermeer*), r.o. 2.53.9.

<sup>372</sup> Verbeek 2016, p. 79; HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace & Sweetman*), r.o. 32; HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 119.

<sup>373</sup> Backes 2017, onder verwijzing naar HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*).

<sup>374</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 7.3.

<sup>375</sup> Schoukens 2020, p. 19.

bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen zou verhinderen.<sup>376</sup> Meer recentelijk volgde de Raad van State ook de Europese uitspraak inzake *Orléans* en bepaalde dat de toepassing van de habitatstoets (en de uitzonderingsregel daarop) noodzakelijkerwijs “in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen voor het betrokken gebied” moet plaatsvinden.<sup>377</sup>

Ook in Vlaanderen wordt het bestaan van een zogeheten voortoets (of voor-beoordeling) erkend. Daarbij wordt nagegaan of het plan of project “al dan niet rechtstreeks verband houdt met dan wel noodzakelijk is voor het beheer van het betrokken gebied en of het significante gevolgen kan hebben”.<sup>378</sup> Deze voortoets gebeurt op basis van art. 36ter § 3 van het Natuurdecreet. Dit artikel omlijnt onder welke voorwaarden een passende beoordeling vereist is.<sup>379</sup> Vlaamse rechtspraak heeft recentelijk nog bevestigd dat er een passende beoordeling moet worden opgemaakt als de voortoets een betekenisvolle aantasting niet kan uitsluiten.<sup>380</sup> Een voortoets maakt een passende beoordeling pas onnodig indien “er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het plan of project geen schadelijke gevolgen zal veroorzaken op de betrokken speciale beschermingszone(s).”<sup>381</sup> In het andere geval dient men, op grond van het voorzorgprincipe, een objectief onderzoek uit te voeren in het kader van een passende beoordeling. Dat wil zeggen een onderzoek naar “meetbare en aantoonbare gevolgen” die betekenisvolle effecten voor de soorten en habitats in kwestie kunnen aantonen (volgens art. 2, 30° Natuurdecreet). Daarbij kan er geen sprake zijn van een verschuiving van de bewijslast voor de vergunningverlenende overheid. Die blijft, volgens Vlaamse rechtspraak, verplicht om “na te gaan of er op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het project significante gevolgen heeft voor het gebied”.<sup>382</sup>

## 6.4 Plan of project

### 6.4.1 Plan

#### 6.4.1.1 Plan: Europeesrechtelijk kader

Art. 6 lid 3 Habitatrictlijn is van toepassing op plannen en projecten, maar de Habitatrictlijn bevat geen definitie van deze begrippen.<sup>383</sup> Uit het arrest *Cie. vs. VK* kan worden afgeleid dat het begrip ‘plan’ ziet op alle plannen – in ieder geval bestemmingsplannen, zoals in *Cie. vs. VK* aan de orde was - die aanzienlijke invloed kunnen hebben op de (uitvoerings)beslissingen of vergunningen ter zake, en dus ook op de betrokken Natura 2000-gebieden. Dit is het geval wanneer, zoals in het arrest *Cie. vs. VK*, aanvragen voor een bouwvergunning moeten worden onderzocht tegen de achtergrond van de relevante bestemmingsplannen.<sup>384</sup> Het gaat er dus om dat een plan een sturende en ten minste medebepalende werking heeft voor de navolgende projectbesluitvorming.

---

<sup>376</sup> RvS 21 maart 2005, nr. 142.418, *Gemeente Borsbeek*, Schoukens 2020, p. 27.

<sup>377</sup> RvS 20 december 2016, nr. 236.837, *Orléans*, r.o. 10.1.

<sup>378</sup> Schoukens 2020, p. 10

<sup>379</sup> Schoukens 2020, p. 15.

<sup>380</sup> RvVb 3 maart 2020, nr. RvVb-A-1920-0604, *Andries e.a.*, Schoukens (2020), p. 25.

<sup>381</sup> Schoukens 2020, p. 13.

<sup>382</sup> RvVb 3 maart 2020, nr. RvVb-A-1920-0604, *Andries e.a.*, Gevonden in Schoukens 2020, p. 13.

<sup>383</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 23.

<sup>384</sup> HvJ EG 20 oktober 2005, C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626 (*Cie. vs. VK*), r.o. 55.

Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn is volgens de Commissie ook van toepassing op zowel regionale of in geografisch opzicht omvangrijke gemeentelijke structuurplannen indien zij de basis vormen voor meer gedetailleerde plannen of zij als kader dienen voor vergunningen. Ook sectorplannen, zoals transportnetwerkplannen, energieplannen, afvalbeheerplannen, waterbeheerplannen en bosbeheerplannen kunnen volgens het HvJ EU onder art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn vallen, wanneer deze significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied kunnen hebben.

‘Plannen’ die slechts beleidsverklaringen bevatten, merkt de Commissie niet aan als ‘plan’ in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, tenzij een duidelijk en direct verband bestaat tussen de inhoud van een (beleids)initiatief en waarschijnlijke significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied.<sup>385</sup> In ieder geval staat vast dat noch het HvJ, noch de Commissie expliciet de eis heeft geformuleerd dat een plan voor het opstellen van toekomstig op te stellen gemeentelijke plannen of projectbesluiten ‘bindende’ (beleids)uitspraken moet bevatten.

#### 6.4.1.2 Plan: implementatie in Nederland

Art. 2.7 lid 1 Wnb bevat de implementatie van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, voor zover dat betrekking heeft op plannen. Uit art. 2.7 lid 1 Wnb volgt dat een bestuursorgaan 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 – uitsluitend vast indien hiervoor een passende beoordeling als bedoeld in art. 2.8 lid 1 Wnb wordt opgesteld. Uit art. 2.7 lid 1 Wnb volgt dat een bestuursorgaan een plan uitsluitend vaststelt indien hiervoor een passende beoordeling als bedoeld in art. 2.8 lid 1 Wnb wordt opgesteld. Het gaat uitsluitend om plannen die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied, en die afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied.

Evenmin als de Habitatrichtlijn, zoals eerder gesteld, bevat de Wnb een definitie van het begrip ‘plan’. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat een op grond van de Wro vastgesteld bestemmingsplan, uitwerkingsplan, wijzigingsplan of inpassingsplan, plannen kunnen zijn als bedoeld in art. 2.7 lid 1 Wnb.<sup>386</sup> Een conserverend plan waarin uitsluitend bestaande ontwikkelingen planologisch worden bevestigd, hoeft niet aan een passende beoordeling te worden onderworpen. Een dergelijk plan kan immers geen significante gevolgen hebben omdat het geen recht geeft tot verandering van de bestaande situatie.<sup>387</sup> Bepalend is dus dat het bestemmingsplan een ruimtelijke ontwikkeling mogelijk maakt. De ruimtelijke ontwikkelingen kunnen zowel in rechtstreekse bouw- en gebruiksmogelijkheden als in uitwerkingsplichten, wijzigingsbevoegdheden en afwijkingsmogelijkheden besloten liggen.<sup>388</sup> Een plan dat niet afwijkt van een voorheen geldend, maar nog niet volledig gerealiseerd bestemmingsplan, maakt daarentegen wel ontwikkelingen mogelijk die

<sup>385</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 25-26.

<sup>386</sup> ABRvS 22 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9496 (*Westelijk Buitengebied Putten*); ABRvS 28 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1680 (*Goorsteeg*); ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1612 (*Monster*). Het betreft jurisprudentie over de uitleg van art. 19j Nbw 1998, de voorganger van art. 2.7 lid 1 Wnb.

<sup>387</sup> ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:797 (*Buitengebied West Heerde*); ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3507 (*Buitengebied Leudal*).

<sup>388</sup> Verbeek 2016, p. 219.



eventueel mogelijk significante gevolgen kunnen hebben.<sup>389</sup> Ook een plan dat een illegaal bestaande toestand legaliseert, valt volgens de Afdeling onder art. 2.7 lid 1 Wnb.<sup>390</sup> Verder heeft de Afdeling bepaald dat het als zodanig bestemmen van een situatie die in het vorige plan onder het gebruiksovergangsrecht viel, een ruimtelijke ontwikkeling is waardoor een bestemmingsplan een plan als bedoeld in art. 2.7 lid 1 Wnb kan zijn.<sup>391</sup> De ruimtelijke ontwikkelingen die met toepassing van de flexibiliteitsbepalingen mogelijk kunnen worden gemaakt, dienen in het kader van de vaststelling van het bestemmingsplan beoordeeld te worden. Die beoordeling mag niet doorgeschoven worden naar de toepassing van de flexibiliteitsbepalingen. Dat is ook niet toegestaan wanneer aan de flexibiliteitsbepaling in de planregels de voorwaarde is gekoppeld dat de toepassing ervan geen significante gevolgen mag hebben, uit milieuoogpunt aanvaardbaar moet zijn of voor de activiteit waarin de toepassing zal voorzien een Natura 2000-vergunning is verleend.<sup>392</sup>

Een regionaal structuurplan waarin geen concrete beleidsbeslissing was opgenomen en evenmin essentiële beleidsuitspraken over gewenste ruimtelijke ontwikkelingen die voor het opstellen van gemeentelijke plannen of het nemen van projectbesluiten *bindend* zijn, was volgens de Afdeling geen plan als bedoeld in art. 19j lid 1 Natuurbeschermingswet 1998. Redengevend hiervoor was volgens de Afdeling het feit dat niet met voldoende zekerheid een duidelijk en direct verband kan worden afgeleid tussen de beschreven ruimtelijke ontwikkelingen en een mogelijke verslechtering en/of verstoring van als bedoeld in art. 19j lid 1 Natuurbeschermingswet 1998.<sup>393</sup> Deze uitleg, die inhoudt dat sprake moet zijn van juridisch bindende plan(onderdelen) om een plan als plan in de zin van de Habitatrictlijn en de Nbw 1998/Wnb aan te merken, wordt in de literatuur onjuist geacht. In de literatuur wordt aangenomen dat ook een structuurvisie<sup>394</sup> (of delen daarvan) een plan in de zin van art. 2.7 lid 1 Wnb kan zijn, en dat alle plannen die in de zin van de SMB-richtlijn resp. het Besluit m.e.r. moeten worden aangemerkt als 'kaderstellend', ook moeten worden aangemerkt als plan in de zin van art. 2.7 lid 1 Wnb. Voor al deze plannen of plandelen geldt immers dat zij een wezenlijke invloed hebben op de vervolgbesluitvorming.<sup>395</sup>

Een watergebiedsplan en een plan voor de waterbeheersing zijn besluiten die plannen kunnen zijn als bedoeld in art. 2.7 lid 1 Wnb.<sup>396</sup> Ook een peilbesluit is door de Afdeling als plan geëld.<sup>397</sup> Een omgevingsvergunning voor bouwen of een omgevingsvergunning voor gebruik

---

<sup>389</sup> ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2909 (*Kijkduin – Ockenburgh*).

<sup>390</sup> ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1284 (*Buitengebied – Sint Pietersberg, Jekerdal, Cannerberg*); ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3680 (*Park Lingezege*); ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4422 (*Buitengebied Nuth*); ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3286 (*Tuin de Lage Oorsprong*).

<sup>391</sup> ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4932 (*Buitengebied Gulpen-Wittem*).

<sup>392</sup> ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8302 (*Zeegebied Westvoorne*); ABRvS 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1709 (*Buitengebied Woensdrecht*); ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2210 (*Landbouwontwikkelingsgebied Ulicoten*); ABRvS 12 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:426 (*Buitengebied De Groene Zoom Tilburg*); ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3930 (*Buitengebied Doetinchem*).

<sup>393</sup> ABRvS 21 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC1412 (*Regionaal Structuurplan Arnhem-Nijmegen*).

<sup>394</sup> De structuurvisie is thans opgenomen in art. 2.1 e.v. van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). De structuurvisie onder de huidige Wro is vergelijkbaar met het regionaal structuurplan onder de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), zie art. 36c WRO (oud).

<sup>395</sup> Backes 2017, p. 114; Verbeek 2016, p. 216. Tijdens totstandkoming van de Wnb ging ook de Nederlandse wetgever van deze lezing uit, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, nr. 3, p. 111.

<sup>396</sup> ABRvS 29 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2468 (*Boezem Noordwest-Overijssel*); ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1218 (*Dwingelderveld*).

<sup>397</sup> ABRvS 27 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8135 (Groenendijk en Oostbroekpolder); ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7465 (*Steenbergen/Brabantse Wal*).

in afwijking van het bestemmingsplan (in de zin van art. 2.1 lid 1 onderdeel c Wabo) zijn daarentegen niet aan te merken als plannen in de zin van voornoemde bepaling.<sup>398</sup> Ook een projectplan in de zin van art. 5.4 van de Waterwet is geen plan als bedoeld in art. 2.7 van de Wnb.<sup>399</sup> Dit alles zijn projecten waarin de finale toestemming voor de uitvoering van een activiteit wordt gegeven. Verder is ook een besluit tot instemming met een winningsplan op grond van de Mijnbouwwet niet als plan in de zin van art. 2.7 lid 1 Wnb aan te merken, omdat het niet gaat om een besluit tot vaststelling van een plan door een bestuursorgaan. Het bevoegd gezag stemt slechts in met een door een private partij opgesteld plan.<sup>400</sup>

#### 6.4.1.3 Plan: implementatie in Vlaanderen

Het begrip ‘plan of programma’ wordt ruim gedefinieerd door art. 2, 40° van het Natuurdecreet. Inhoudelijk betreft het *“een document waarin beleidsvoornemens, beleidsontwikkelingen of grootschalige overheids-, particuliere of gemengde activiteiten worden aangekondigd.”* Dit kan plannen of programma’s betreffen die zijn gemaakt, vastgesteld of herzien door een reeks van lokale en bovenlokale samenwerkingsverbanden, en ook internationale samenwerkingsverbanden *“voor zover het voorgenomen plan of programma aanzienlijke milieu- of veiligheidseffecten kan hebben op het grondgebied van het Vlaamse Gewest”*.<sup>401</sup> Zoals eerder al gesteld, gaat het in beginsel om plannen die geen betrekking hebben op het beheer van het gebied en die een *“betekenisvolle aantasting”* van de natuurlijke kenmerken van het gebied kunnen veroorzaken. Volgens parlementaire voorbereidingen vallen onder het begrip plannen ruimtelijke ordeningsplannen, maar ook sectorale plannen, zoals bijvoorbeeld die voor *“vervoersnetwerken, plannen voor het beheer van afvalstoffen en plannen inzake waterbeheer”*.<sup>402</sup>

Op basis van de ruime definitie van wat plannen en programma’s kan betreffen besloot de Raad van State in *Brakel* dat zelfs een besluit waarin wordt verklaard dat een aardgasleiding zal worden aangelegd, dient te worden opgevat als plan volgens art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn.<sup>403</sup> Desondanks heeft deze ruime interpretatie wel grenzen. Uit de zaak *Apers* bleek dat er in het kader van de habitattoets geen rekening gehouden hoeft te worden met niet werkelijk voorgestelde plannen (*in casu* een aangekondigd gewestelijke ruimtelijk uitvoeringsplan voor de afbakening van een havengebied).<sup>404</sup> Met andere woorden verstaat men onder plannen niet verklaringen van beleid.

Voor een plan of programma dat valt onder de definitie van het Decreet algemene bepalingen inzake milieubeleid en dat een betekenisvolle aantasting kan hebben op een gebied, zal een plan-MER moeten opgemaakt. Binnen de plan-MER zal de passende beoordeling worden geïntegreerd.<sup>405</sup>

---

<sup>398</sup> ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3825 (*Varkensstal Tubbergen*); ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2833 (*Oostelijke Rondweg Nunspeet*).

<sup>399</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (*Markermeerdijken*), r.o. 24.

<sup>400</sup> ABRvS 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048 (*Winningsplan Loon op Zand*), r.o. 7.2.

<sup>401</sup> Art. 2, 40° Natuurdecreet.

<sup>402</sup> M.v.T., *Parl. St.* VI. Parl. 2001-02, nr. 967, 37, E. De Pue, L., Lavrysen, en P. Stryckers, Milieuzakboekje 2020, Wolters Kluwer, 2020, p. 1051.

<sup>403</sup> RvS 1 juli 2010, nr. 206.333, *Gemeente Brakel*.

<sup>404</sup> RvS 11 maart 2009, nr. 191.266, *Apers*, r.o. 4.2.2.3.

<sup>405</sup> De Pue, e.a., 2020, p. 1050.

## 6.4.2 Project

### 6.4.2.1 Project: Europeesrechtelijk kader

#### *Uitleg projectbegrip, PAS-arrest*

De Habitatrichtlijn bevat geen definitie van het begrip ‘project’. Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat het begrip ‘project’ als bedoeld in art. 1 lid 2, onder (a), van de MER-richtlijn relevant is om het projectbegrip in de Habitatrichtlijn te verduidelijken.<sup>406</sup> In art. 1 lid 2 van de MER-richtlijn is het begrip ‘project’ gedefinieerd als ofwel ‘de uitvoering van bouwwerken of de totstandbrenging van andere installaties of werken’, ofwel ‘andere ingrepen in natuurlijk milieu of landschap, inclusief de ontginning van bodemschatten’. In arresten over de MER-richtlijn heeft het HvJ voor de uitleg van het begrip ‘project’ een koppeling gelegd met een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu.<sup>407</sup> De mechanische kokkelvisserij valt volgens het HvJ EU onder de reikwijdte van dit begrip.<sup>408</sup> Ook sloop- of afbraakwerkzaamheden (van een reeds gebouwd bouwwerk) kunnen als ‘project’ in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn worden aangemerkt.<sup>409</sup>

Een activiteit die onder de werkingssfeer van de MER-richtlijn valt, valt *a fortiori* onder de Habitatrichtlijn, omdat het begrip ‘project’ in de MER-richtlijn enger is dan de invulling van dat begrip in de Habitatrichtlijn.<sup>410</sup> Een activiteit die is aan te merken als een project in de zin van de MER-richtlijn, kan daarom een project in de zin van de Habitatrichtlijn zijn.<sup>411</sup> Uit het PAS-arrest volgt echter dat ook een andere activiteit, zoals het weiden van vee en het op of in de bodem brengen van meststoffen nabij een Natura 2000-gebied, die geen project is in de zin van art. 1 lid 2, onder a, van de MER-richtlijn, een project kan zijn als bedoeld in de Habitatrichtlijn. Dit geldt evenzeer in gevallen waarin de activiteit, zoals het beweiden en bemesten, geen fysieke ingreep in het natuurlijk milieu behelst, en waarin dus geen sprake is van een project in de zin van art. 1 lid 2, onder a, van de MER-richtlijn.<sup>412</sup> Om te bepalen of het weiden van vee en het op of in de bodem brengen van meststoffen kan worden aangemerkt als project in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, moet worden nagegaan of die activiteiten significante gevolgen hebben voor een beschermd gebied, zo oordeelde het HvJ EU.<sup>413</sup>

#### *Onlosmakelijke samenhang*

---

<sup>406</sup> HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10 (*Stadt Papenburg*), r.o. 38; HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 60; HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 122; HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 28.

<sup>407</sup> Backes 2017, p. 110. Zie bijv. HvJ EU 19 april 2012, C-121/11, ECLI:EU:C:2012:225 (*Pro Baine*), r.o. 31; HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 62; HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 32, waaruit volgt dat de term ‘project’ werken of ingrepen betreft die de materiële toestand van de plaats veranderen.

<sup>408</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisserij*), r.o. 23-28.

<sup>409</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 76.

<sup>410</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 65.

<sup>411</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 66; HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 124.

<sup>412</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 73.

<sup>413</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 67 & 70.

Uit het arrest *Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* blijkt dat een combinatie van (in een memorie van toelichting bij een wet genoemde) maatregelen en daarmee onlosmakelijk verbonden moderniseringswerkzaamheden, een project in de zin van de MER-richtlijn kunnen vormen. De bedoelde maatregelen bestonden uit het heropstarten van de industriële elektriciteitsproductie en van een buiten werking gestelde kerncentrale voor een periode van bijna 10 jaar, en verlenging van de termijn van elektriciteitsproductie met 10 jaar.<sup>414</sup> De werkzaamheden, bestaande uit onder andere de modernisering van koepels van de centrales en vernieuwing van de bassins voor splijststofopslag, hingen volgens het HvJ EU nauw samen met de door de Belgische wetgever vastgestelde maatregelen. Dergelijke werkzaamheden konden naar het oordeel van het HvJ EU gevolgen hebben voor de materiële toestand van de betrokken plaatsen, waardoor de maatregelen en de onlosmakelijk daarmee verbonden moderniseringswerkzaamheden deel uitmaakten van één en hetzelfde project in de zin van art. 1 lid 2 sub a van de MER-richtlijn, waarvoor een milieueffectbeoordeling moet worden verricht. Dat voor de tenuitvoerlegging van de maatregelen voor één van de centrales een nieuwe individuele vergunning voor industriële elektriciteitsproductie moet worden afgegeven, doet daaraan volgens het HvJ EU geen afbreuk.<sup>415</sup>

#### *Een-en-hetzelfde project bij voortzetting van dat project*

Bij regelmatig terugkerende werkzaamheden of periodiek uitgevoerde projecten speelt de vraag in hoeverre sprake is van de uitvoering van één project of meerdere opeenvolgende afzonderlijke projecten. Als de werkzaamheden als één project zijn aan te merken, is eenmalige beoordeling daarvan voldoende en als voor dat project al toestemming was verleend voordat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn van toepassing werd op het Natura 2000-gebied, dan hoeft dit project, ook als de uitvoering daarvan nog voortduurt op het moment waarop art. 6 lid 3 Habitatrictlijn van toepassing wordt op het Natura 2000-gebied, niet alsnog passend te worden beoordeeld. Als de werkzaamheden zijn op te splitsen in opeenvolgende of afzonderlijke projecten, dan dienen de projecten die uitgevoerd worden nadat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn van toepassing is geworden telkens opnieuw passend beoordeeld te worden.<sup>416</sup> In het *Stadt Papenburg*-arrest speelde de vraag of baggerwerkzaamheden in de Eems waarvoor toestemming was verleend voordat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn van toepassing werd – en die, ook nadat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn van toepassing was geworden, zouden voortduren of alsnog zouden worden uitgevoerd – op dat moment alsnog passend beoordeeld zouden moeten worden. Het HvJ EU overwoog dat het feit dat voor een activiteit voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrictlijn volgens nationaal recht definitief goedkeuring is verleend, op zich niet belet dat zij bij elke ingreep in de vaargeul als afzonderlijk project in de zin van de Habitatrictlijn kan worden beschouwd.<sup>417</sup> Bepaalde activiteiten – bijvoorbeeld onderhouds- of baggerwerkzaamheden, zoals aan de orde in het *Stadt Papenburg*-arrest – kunnen echter, met name gelet op het feit dat zij telkens opnieuw moeten worden uitgevoerd, op hun aard of op de voorwaarden waaronder zij worden uitgevoerd,

---

<sup>414</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 59.

<sup>415</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 66-72 & 78-80. De maatregelen en werkzaamheden vallen volgens het HvJ EU onder punt 24 van bijlage I bij de MER-richtlijn, omdat de maatregelen en werkzaamheden risico's op milieueffecten met zich brengen die qua omvang vergelijkbaar zijn met de risico's die zich voordeden bij de oorspronkelijke ingebruikname van de centrales.

<sup>416</sup> Verbeek 2016, p. 84-85.

<sup>417</sup> HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10 (*Stadt Papenburg*), r.o. 41-42; HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 77.

worden aangemerkt als één en hetzelfde project in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn met, *in casu*, het gevolg dat geen passende beoordeling nodig zou zijn omdat het project is begonnen voordat art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn van toepassing werd.<sup>418</sup>

Is er echter, zoals het HvJ EU oordeelde in het PAS-arrest, geen sprake van een gemeenschappelijk doel, continuïteit en volledige overeenstemming wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder deze activiteit wordt uitgevoerd, dan kan deze activiteit niet worden aangemerkt als één en hetzelfde project voor de toepassing van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn.<sup>419</sup> Voor activiteiten die wel aan deze voorwaarden zouden voldoen, en die zijn goedgekeurd en periodiek werden uitgevoerd voordat art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn van toepassing werd voor het desbetreffende Natura 2000-gebied, hoeft geen nieuwe toestemmingsprocedure te worden doorlopen.<sup>420</sup> Dat de stikstofdepositie door het op of in de bodem brengen van meststoffen over het geheel niet was toegenomen na inwerkingtreding van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, was daarbij volgens het HvJ EU in het PAS-arrest niet relevant voor de vraag of voor een nieuw project een passende beoordeling moet worden verricht.<sup>421</sup>

#### *Verlenging van termijn van eerder gegeven toestemming is een nieuw Habitatrichtlijn-project*

In het arrest *Friends of the Irish Environment* ging het om een besluit tot verlenging van een termijn van 10 jaar die aanvankelijk was gesteld voor de uitvoering van een project voor de bouw van een hervergassingsterminal voor vloeibaar aardgas. Dit besluit moest volgens het HvJ EU worden beschouwd als toestemming voor een project in de zin van de MER-richtlijn (en ook in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn), wanneer de oorspronkelijke – en vervallen – vergunning voor het project geen rechtsgevolgen meer sorteert na het verstrijken van de termijn voor bouwwerkzaamheden, en deze bouwwerkzaamheden niet zijn uitgevoerd.<sup>422</sup> De in dit arrest voorliggende vergunning kan echter niet, zoals in het Stadt Papenburg-arrest, worden beschouwd als één en hetzelfde project (indien het gaat om activiteiten die als één enkele verrichting zijn te beschouwen) dat is vrijgesteld van een nieuwe passende beoordeling.<sup>423</sup> De vergunning heeft immers niet tot doel de vergunning voor een terugkerende activiteit te verlengen terwijl deze aan de gang is, maar om de uitvoering van een project mogelijk te maken waarvoor een eerste vergunning (reeds verstreken) vergunning is verleend, zonder dat een begin was gemaakt met de geplande bouwwerkzaamheden.<sup>424</sup> Bij een nieuwe passende beoordeling dient vervolgens ook rekening te worden gehouden met beoordelingen die bij de eerdere vergunning zijn uitgevoerd. Het enkel in aanmerking nemen van oude beoordelingen – op grond waarvan een nieuwe beoordeling vervolgens achterwege kan blijven – is echter enkel mogelijk wanneer deze beoordelingen volledige, precieze en

---

<sup>418</sup> HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10 (*Stadt Papenburg*), r.o. 47; HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 78; HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 35.

<sup>419</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 83.

<sup>420</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 80.

<sup>421</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 84.

<sup>422</sup> HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 48.

<sup>423</sup> Bij 'één enkele verrichting' kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de continuering van reeds aangevangen bouwwerkzaamheden, zoals annotator Kaajan stelt in *MenR 2020/105*, par. 3. Onduidelijkheid bestaat over de vraag of de situatie anders was geweest als de bouw van de hervergassingsterminal al wél was gestart, maar niet was afgerond binnen de termijn van de eerste vergunning, en dan nog meer specifiek of in dat kader nog relevant zou kunnen zijn dat die eerste toestemming verleend is op het moment dat het regime van de Habitatrichtlijn al gold (*MenR 2020/105*, par. 8).

<sup>424</sup> HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 33-39.

definitieve conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de werkzaamheden wegnemen, en mits de relevante milieu- en wetenschappelijke gegevens niet zijn veranderd, het project niet is gewijzigd en er geen andere plannen of projecten zijn waarmee rekening moet worden gehouden.<sup>425</sup>

#### 6.4.2.2 Project: implementatie in Nederland

##### *Uitleg projectbegrip, PAS-arrest*

Art. 2.7 lid 2 Wnb bevat de implementatie van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn, voor zover dat betrekking heeft op projecten. Het artikel bevat een Wnb-vergunningplicht voor projecten die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Het bevoegd gezag – in Nederland het college van Gedeputeerde Staten – verleent een vergunning voor een project uitsluitend indien uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten. Dit volgt uit art. 2.7 lid 3 Wnb jo. art. 2.8 lid 2-3 Wnb. Tot 1 januari 2020 kende de Wnb in art. 2.7 lid 2 Wnb ook nog een vergunningplicht voor ‘andere handelingen’. Deze vergunningplicht is met de Spoedwet aanpak stikstof (Stb. 2019, 517) komen te vervallen.

Voordat het PAS-arrest door het HvJ gewezen werd, zocht de Afdeling, op basis van de rechtspraak van het HvJ EU, voor de uitleg van begrip project in de Habitatrictlijn aansluiting bij de omschrijving van het begrip project in de MER-richtlijn. Dat hield in dat een activiteit volgens de Afdeling als project kon worden geduid als sprake is van een fysieke ingreep in het natuurlijk milieu.<sup>426</sup> In het PAS-arrest gaf het HvJ EU antwoord op de prejudiciële vraag van de Afdeling of activiteiten – zoals beweiden en bemesten – die geen fysieke ingreep in het natuurlijk milieu behelzen en daarmee niet vallen onder het projectbegrip als bedoeld in art. 1 lid 2 onderdeel a van de MER-richtlijn, projecten als bedoeld in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn kunnen zijn, omdat deze activiteiten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied.<sup>427</sup> De Afdeling neemt de door het HvJ gegeven interpretatie over het projectbegrip vervolgens over. De Afdeling overweegt daarom dat haar rechtspraak over de uitleg van het projectbegrip in de Nbw 1998 en de Wnb bijstelling behoeft. Volgens de Afdeling is voor de uitleg van het projectbegrip relevant of de activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.<sup>428</sup> Omdat het weiden en bemesten projecten kunnen zijn als bedoeld in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn, oordeelt de Afdeling dat het niet langer mogelijk is om het beweiden of bemesten categorisch van een passende beoordeling en de vergunningplicht op grond van de Nbw 1998 of Wnb uit te sluiten.<sup>429</sup>

Overige toepassing van de PAS-uitspraak, meer in het bijzonder toepassing van de door de Afdeling ingezette lijn over het projectbegrip wat betreft activiteiten die niet zijn aan te merken als beweiden of bemesten, is in de jurisprudentie van de Afdeling sinds 29 mei 2019

<sup>425</sup> HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 54-55.

<sup>426</sup> Zie bijv. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3380 (Helikopterlaagvlieggebieden) r.o. 3 & 3.5; Zie ook ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1260 (*PAS, verwijzingsuitspraak*), r.o. 8.11.

<sup>427</sup> HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (*PAS*), r.o. 83.

<sup>428</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 4.2.

<sup>429</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 7.3.

nog niet voorgekomen. Sinds de PAS-uitspraak zijn er dus, voor zover wij weten, in de rechtspraak van de Afdeling geen andere activiteiten als ‘project’ aangemerkt, die geen project in de zin van art. 1 lid 2 onderdeel a van de MER-richtlijn zijn. Wel overwoog de rechtbank Overijssel dat de afschot van ganzen een activiteit is waarvan significant negatieve effecten op enkele Natura 2000-gebieden niet uit te sluiten zijn. Om die reden diende de activiteit als project in de zin van art. 2.7 lid 3 sub a Wnb (thans art. 2.7 lid 3 i.c.m. art. 2.7 lid 2 Wnb) te worden aangemerkt.<sup>430</sup>

### *Onlosmakelijke samenhang*

In de rechtspraak van de Afdeling bestaan legio voorbeelden waarin sprake is van verschillende projecten, wanneer het gaat om activiteiten die niet onlosmakelijk verbonden zijn. Ook in de rechtspraak van de Afdeling vormen alleen activiteiten die onlosmakelijk met elkaar samenhangen, tezamen één project. De herontwikkeling van een voormalig radiostation (Radio Kootwijk) hangt bijvoorbeeld, wat betreft verbouwing en functiewijziging daarvan, niet onlosmakelijk samen met de realisering van woningen in het dorp Radio Kootwijk en de bouw van een dorps huis.<sup>431</sup> In de uitspraak over *Winningsplan Loon op Zand* oordeelt de Afdeling dat in die zaak geen sprake is van het ‘kunstmatig loskoppelen van werkzaamheden’, zoals aan de orde was in het arrest *Inter-Environnement Wallonie*.<sup>432</sup> Nadere toepassing van laatstgenoemd arrest is in de rechtspraak van de Afdeling nog niet voorgekomen. Wel kan bij wijze van voorbeeld worden gewezen op uitspraken over de Kolencentrale Eemshaven, waarin de Afdeling oordeelde dat de bouw en exploitatie van de kolencentrale zodanig met de uitbreiding en verdieping van de Eemshaven verbonden was, dat deze als één project voor de beoordeling van de vergunningplicht krachtens de Nbw 1998 diende te worden aangemerkt.<sup>433</sup>

In de PAS-uitspraak oordeelt de Afdeling dat het weiden van vee door een melkveehouderij onlosmakelijk samenhangt met de oprichting, uitbreiding of exploitatie van de stallen waarin het melkvee wordt gehouden. Dit betekent dat de gevolgen van het weiden van vee bij een melkveehouderij beoordeeld moeten worden in samenhang met de gevolgen van de oprichting, wijziging of exploitatie van de melkveehouderij. De oprichting, wijziging of exploitatie van de melkveehouderij en het weiden van vee is daarom één-en-hetzelfde project.<sup>434</sup> Een Nbw 1998- of Wnb-vergunningaanvraag dient daarom mede betrekking te hebben op het weiden van vee.<sup>435</sup> Dit oordeel heeft de Afdeling nadien bevestigd.<sup>436</sup> Het gegeven dat het weiden van vee onlosmakelijk samenhangt met de oprichting, exploitatie of uitbreiding van de stallen waarin het melkvee wordt gehouden, betekent bovendien dat de gevolgen van het weiden van vee bij de vaststelling van een bestemmingsplan moeten worden beoordeeld als een bestemmingsplan voorziet in de (nieuw)vestiging of uitbreiding van een

---

<sup>430</sup> Rb. Overijssel 9 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:82 (*Stichting Faunabeheereenheid Overijssel*), r.o. 9.3.

<sup>431</sup> ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4431 (*Radio Kootwijk*), r.o. 3.4.

<sup>432</sup> ABRvS 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048 (*Winningsplan Loon op Zand*), r.o. 7.1.

<sup>433</sup> ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7329 (*Kolencentrale Eemshaven II*), r.o. 1.3; ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684 (*Kolencentrale Eemshaven I*), r.o. 2.2.4.

<sup>434</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 11.4

<sup>435</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 12.

<sup>436</sup> Zie bijv. ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:212 (*Buitengebied Bergeijk*), r.o. 8.2; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1700 (*Rundveehouderij Pannerden*), r.o. 4-5.

melkveehouderij waarin het weiden van het melkvee onderdeel uitmaakt van de bedrijfsvoering.<sup>437</sup>

Het bemesten van grond hangt volgens de Afdeling echter niet onlosmakelijk samen met de exploitatie, oprichting en de uitbreiding van een agrarisch bedrijf. Het uitrijden van mest is niet noodzakelijk voor de afvoer van mest van een agrarisch bedrijf, omdat er alternatieven zijn zoals de verwerking ervan op een andere locatie dan op de gronden van het bedrijf.<sup>438</sup> Bemesten kan een activiteit zijn met mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied en is in dat geval een project als bedoeld in art. 2.8 lid 3 Wnb. De aanvraag voor een Nbw 1998- of Wnb-vergunning voor de oprichting, wijziging of exploitatie van een veehouderij hoeft daarom niet mede het uitrijden van mest te omvatten. Dit mag wel, maar voor het uitrijden van mest kan ook afzonderlijk een Nbw 1998- of Wnb-vergunning worden aangevraagd.<sup>439</sup>

#### *Een-en-hetzelfde project bij voortzetting van dat project*

Voor de interpretatie van het Stadt Papenburg-arrest is een recente uitspraak van 20 januari 2020 van belang, waarin de Afdeling oordeelt dat sinds inwerkingtreding van de Spoedwet Aanpak Stikstof – en in verband daarmee de wijziging van art. 2.7 lid 2 Wnb, waarmee de Wnb-vergunning voor andere handelingen of projecten die enige, maar geen significante gevolgen kunnen hebben (de verslechteringsvergunning) is komen te vervallen - voor intern salderen geen vergunningplicht (meer) geldt.

Als sprake is van intern salderen, dat wil zeggen een wijziging of uitbreiding van een project die niet leidt tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie, dan is volgens de rechtspraak van de Afdeling op grond van objectieve gegevens uitgesloten dat die wijziging significante gevolgen heeft. Onder het vergunningenregime tot 1 januari 2020 betekende dit dat het project wel vergunningplichtig was, maar dat de vergunning op basis van een belangenafweging kon worden verleend (de verslechteringsvergunning). Een passende beoordeling was niet nodig.<sup>440</sup> Daarvoor verwijst de Afdeling naar eerdere rechtspraak, gewezen vóór inwerkingtreding van het PAS.<sup>441</sup> Bij het bezien van die rechtspraak over intern salderen in het licht van de op 1 januari 2020 gewijzigde vergunningplicht, stelt de Afdeling vast dat projecten die met intern salderen niet tot een toename van stikstofdepositie leiden, niet langer vergunningplichtig zijn.<sup>442</sup>

In de zaak over Varkenshouderij De Logt voerden appellanten niettemin aan dat de wijziging van een bestaande activiteit, ook als die wijziging met intern salderen niet tot een toename van stikstofdepositie leidt, een project is dat significante gevolgen kan hebben en dus ook na

---

<sup>437</sup> ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2170 (*Buitengebied Rucphen*), r.o. 6.3; ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3417 (*Buitengebied Halderberge*), r.o. 17.2

<sup>438</sup> ABRvS 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 20.2. De Afdeling laat daarmee haar eerdere rechtspraak, waarin het tot diezelfde conclusie was gekomen – zie bijv. ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3243 (*Veehouderij Bakkeveense Duinen*), r.o. 3.4 – in stand.

<sup>439</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 20.2.

<sup>440</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*Varkenshouderij De Logt*), r.o. 17.2.

<sup>441</sup> Zie bijv. ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656 (*Vleesvarkensbedrijf Oost-Brabant*); ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1891 (*Pluimveehouderij Leveroy*).

<sup>442</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*Varkenshouderij De Logt*), r.o. 17.3.



1 januari 2020 vergunningplichtig is.<sup>443</sup> Al eerder had de Afdeling geoordeeld dat uit het Stadt Papenburg-arrest volgt dat een op of voor de referentiedatum vergund project niet alsnog op grond van art. 6 lid 3 en 4 Habitatrictlijn passend beoordeeld hoeft te worden, zolang dit project wordt voortgezet. Hieruit leidt de Afdeling af dat bij de aangevraagde situatie (bijvoorbeeld een vergunningaanvraag voor het wijzigen van de bedrijfsvoering van het bestaande agrarische bedrijf of het uitbreiden van de veestapel) slechts de op de referentiedatum beoordeelde stikstofdepositie kan worden betrokken voor zover het project, dat de depositie tot gevolg heeft, is voortgezet. Van voorzetting van het project is in ieder geval geen sprake indien een vergunning niet meer of niet meer geheel van kracht is.<sup>444</sup>

In de uitspraak over Varkenshouderij De Logt werkt de Afdeling haar interpretatie van het Stadt Papenburg-arrest vervolgens nader uit:

*“Het Hof zet in die arresten (Stadt Papenburg en Grüne Liga Sachsen, JdH) voorts uiteen dat het toestemmingsregime van artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn, niet van toepassing is op de voortzetting of uitvoering van een project waarvoor toestemming is verleend voordat de Habitatrictlijn van toepassing werd zolang sprake is van de voortzetting van één en hetzelfde project. De Afdeling leidt hier (...) niet uit af dat op het moment waarop geen sprake meer is van de voortzetting van één en hetzelfde project, een toestemming is vereist overeenkomstig artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn waarbij de gevolgen van de bestaande activiteit na wijziging of uitbreiding in zijn geheel passend worden beoordeeld. De Afdeling leidt uit die rechtspraak af dat op het moment waarop geen sprake meer is van de voortzetting van één en hetzelfde project beoordeeld moet worden of de wijziging van het bestaande project significante gevolgen kan hebben. De bestaande activiteit gaat door de wijziging niet onder artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn vallen. De wijziging van de bestaande activiteit is in dat geval het project als bedoeld in artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn, waarvan beoordeeld moet worden of het significante gevolgen kan hebben. De Afdeling ziet steun voor haar standpunt in punt 83 van het arrest van het Hof van 7 november 2017, PAS, ECLI:EU:C:2017:882, waarin het Hof overweegt dat op het moment dat een activiteit niet meer kan worden aangemerkt als één en hetzelfde project, “het [kan] gaan om nieuwe projecten waarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt in de zin van die bepaling, waarbij voor de beslissing of een passende beoordeling verricht moet worden steeds dient te worden gekeken naar het risico dat er significante gevolgen zijn voor het beschermde gebied doordat de activiteit dus wijzigingen heeft ondergaan”.*”

Uit deze rechtspraak volgt naar het oordeel van de Afdeling vervolgens niet dat de referentiesituatie niet betrokken mag worden bij de beoordeling of de wijziging van een bestaand project significante gevolgen heeft. Alle rechtstreekse gevolgen van het project, met uitzondering van die van mitigerende maatregelen, dienen hierbij betrokken te worden, waarbij het afzetten van positieve gevolgen (van bijvoorbeeld de sloop van een stal of het aanbrengen van emissiearme voorzieningen) afgezet mogen worden tegen de negatieve gevolgen van het (wijzigen van) het project. Intern salderen, oftewel de wijziging of uitbreiding van een bestaande activiteit die ten opzichte van de referentiesituatie niet leidt tot een toename van stikstofdepositie is daarom volgens de Afdeling vanaf 1 januari 2020 niet

---

<sup>443</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Varkenshouderij De Logt), r.o. 17.6.

<sup>444</sup> ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:901 (Paardenhouderij Neerkant), r.o. 4.1; ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3154 (Melkveehouderij Molenaarsgraaf), r.o. 5.1.

vergunningplichtig, en het Stadt Papenburg-arrest geeft volgens de Afdeling geen reden om af te wijken van haar eerdere rechtspraak van voor het PAS-arrest waaruit dit al volgde.<sup>445</sup>

In de PAS-uitspraak oordeelt de Afdeling niet alleen over de interpretatie van het projectbegrip en de toepassing daarvan op beweiden en bemesten. De Afdeling neemt ook de door het HvJ in het PAS-arrest gegeven voorwaarden over om activiteiten als één-en-hetzelfde project aan te merken, waarvoor geen nieuwe toestemmingsprocedure hoeft te worden doorlopen wanneer hiervoor naar nationaal recht goedkeuring is verleend alvorens inwerkingtreding van de Habitatrichtlijn. De Afdeling overweegt dat uit het PAS-arrest volgt dat het op of in de bodem plaatsen van meststoffen dat rechtens mocht plaatsvinden voor de relevante referentiedatum<sup>446</sup>, en thans nog periodiek plaatsvindt, onder art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn valt, mits het daarbij gaat om één enkele verrichting die zich kenmerkt door een gemeenschappelijk doel, continuïteit en volledige overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder de activiteit wordt uitgevoerd.<sup>447</sup> Volgens de Afdeling wordt voor het bemesten echter niet aan deze voorwaarden voldaan, onder andere omdat de mestregelgeving sinds het van toepassing worden van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn (15 à 25 jaar) meermaals is aangepast.<sup>448</sup> Omdat er bovendien bij verschillende agrarische bedrijven sprake was van het rouleren van landgebruik, kon volgens de Afdeling niet worden gesproken van volledige continuïteit en overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar het bemesten plaatsvond.<sup>449</sup> De activiteiten van vier agrarische bedrijven die door het bevoegd gezag van de vergunningplicht voor het bemesten waren uitgezonderd, konden daarom volgens de Afdeling niet onder art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn vallen, omdat deze niet als één-en-hetzelfde project konden worden aangemerkt.<sup>450</sup>

#### *Verlenging van termijn van eerder gegeven toestemming is een nieuw Habitatrichtlijn-project*

De Nederlandse bestuursrechter heeft tot op heden nog geen uitspraak gewezen waarin eenzelfde situatie aan de orde was als in het arrest *Friends of the Irish Environment*, waarin het HvJ EU de verlenging van een termijn van een eerder gegeven toestemming (voor de – nog niet aangevangen - bouw van een hervergassingsterminal) als project in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn aanmerkt. Wel merken we op dat de door het HvJ EU in *Friends of the Irish Environment* genoemde voorwaarden om (bij een verlengingsbesluit voor hetzelfde project) terug te vallen op de eerdere passende beoordeling, niet worden genoemd in art. 2.8 lid 2 Wnb. Op grond van dat artikel hoeft immers geen passende beoordeling te worden gemaakt, ingeval een plan of project een herhaling of voortzetting is van een ander plan of project, of deel uitmaakt van een ander plan, voor zover voor dat andere plan of project een passende beoordeling is gemaakt en een nieuwe passende beoordeling redelijkerwijs geen nieuwe gegevens en inzichten kan opleveren over de significante gevolgen van dat plan of project. Het HvJ EU vereist in dit kader dat de ‘oude’ passende beoordeling volledige, precieze en definitieve conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de werkzaamheden wegnemen, en mits de relevante milieu- en wetenschappelijke

<sup>445</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (*Varkenshouderij De Logt*), r.o. 17.9.

<sup>446</sup> Dit betreft de datum waarop art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn van toepassing werd voor Natura 2000-gebieden.

<sup>447</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 5.6.

<sup>448</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 22.5.

<sup>449</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 22.6.

<sup>450</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (*PAS*), r.o. 22.7.

gegevens niet zijn veranderd, het project niet is gewijzigd en er geen andere plannen of projecten zijn waarmee rekening moet worden gehouden.<sup>451</sup>

### 6.4.2.3 Project: implementatie in Vlaanderen

#### *Uitleg projectbegrip, PAS-arrest*

Het Natuurdecreet geeft geen vaste definitie van het begrip project in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn. Art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet, dat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn weerspiegelt, noemt niet het begrip ‘project’, maar verwijst naar een vergunningsplichtige activiteit. Art. 2, 46° van het Natuurdecreet definieert een vergunningsplichtige activiteit als een activiteit waarvoor een vergunning, toestemming of machtiging vereist is op basis van een wet, decreet of besluit. Het is al lang bepaald in Vlaamse rechtspraak dat er geen rekening gehouden hoeft te worden met een project dat is voorgesteld maar nog niet is goedgekeurd en uitgevoerd, als er al een MER-procedure voor het project loopt.<sup>452</sup> Buiten deze uitzondering gaat de Vlaamse rechtsleer ervan uit dat als er mogelijk een risico van “*betekenisvolle aantasting*” bestaat, er in dat geval een passende beoordeling moet worden opgemaakt t.a.v. een vergunningsplichtige activiteit op grond van art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet.<sup>453</sup>

Echter, boven werd aangegeven dat art. 36ter lid 3 Natuurdecreet niet verwijst naar niet-vergunningsplichtige activiteiten. Of bepaalde projecten die niet vergunningsplichtig zijn volgens art. 2, 46° van het Natuurdecreet, ook kunnen worden gezien als project in de zin art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet, moet worden bevestigd in de jurisprudentie. Dit deed de Raad voor Vergunningsbetwistingen in het recente arrest *Limburgse Milieukoepel*, dat een bepaalde stikstof uitstotende activiteit betrof. Specifiek ging het om een vergunningsaanvraag om een reeds bestaand landbouwbedrijf voor de productie van graszoden dat nabij een Natura 2000-gebied ligt, uit te breiden. De vraag was of er in de passende beoordeling rekening gehouden moest worden met het gebruik van de opgeslagen landbouwproducten in het landbouwbedrijf, vooral mest. Op basis van het PAS-arrest van het HvJ EU bepaalde de Raad dat ‘het gebruik van mest’ kon worden gezien als een project in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn, ook al noemt art. 2, 46° van het Natuurdecreet bemesting niet als vergunningplichtige activiteit.<sup>454</sup>

Niettemin blijft de Vlaamse implementatie van art. 6 lid 3 van de Habitatrictlijn in art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet onvolledig. Dit omdat de Vlaamse formulering de habitattoets alleen verbindt aan ‘vergunningsplichtige activiteiten’ en niet andere soorten activiteiten. Dat een dergelijke formulering niet in lijn is met Europees recht is reeds door het HvJ EU bevestigd in een zaak tegen het Waalse Gewest.<sup>455</sup>

#### *Onlosmakelijke samenhang*

---

<sup>451</sup> HvJ EU 9 september 2020, C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680 (*Friends of the Irish Environment*), r.o. 54-55.

<sup>452</sup> RvS 7 april 2011, nr. 212.542, *De Muynck*, r.o. 8.2.1-8.2.4.

<sup>453</sup> Schoukens 2020, p. 12

<sup>454</sup> RvVB, 26 mei 2020, nr. RvVb-A-1920-0875, *Limburgse Milieukoepel*, r.o. 4.2

<sup>455</sup> HvJ EU 26 mei 2011, C-538/09, ECLI:EU:C:2011:349 (*Cie. v. België*), r.o. 47 e.v. Zie ook Schoukens e.a. 2011, p. 194-195.

Het oordeel dat het gebruik van mest als project in de zin van het Natuurdecreet kon worden aangemerkt, werd door de Raad voor Vergunningsbetwistingen in *Limburgse Milieukoepel* als volgt beredeneerd. Ten eerste was het van oordeel dat het gebruik van de mest op landbouwgronden rondom de speciale beschermingszone in kwestie “*inherent verbonden*” was met de opslag van die mest door het landbouwbedrijf in kwestie. Ten tweede verwees de Raad voor Vergunningsbetwistingen naar de Europese rechtspraak in *Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* en stelde dat leden 3 en 4 van art. 36ter van het Natuurdecreet vereisen dat er rekening dient te worden gehouden “*met alle effecten die onlosmakelijk met het project of de activiteit verbonden zijn*”. De Raad stelde ook dat, indien dat niet het geval was, het beschermingsmechanisme in art. 36ter van het Natuurdecreet aanzienlijk minder effectief zou zijn – hetgeen de doelstellingen van het decreet zou ondermijnen.<sup>456</sup>

*Een-en-hetzelfde project bij voortzetting van dat project en verlenging van termijn van eerder gegeven toestemming is een nieuw Habitatrictlijn-project*

Art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet stelt expliciet dat het uitvoeren van een passende beoordeling ook verplicht is als een lopende vergunning van de vergunningsplichtige activiteit is verstreken en een nieuwe vergunning moet worden aangevraagd. Voor zover het dus gaat over vergunningsplichtige activiteiten, lijkt deze bepaling implementatie van de rechtspraak van het HvJ EU in *Stadt Papenburg* en *Friends of the Irish Environment* niet in de weg te staan.

De regel van het PAS-arrest dat een activiteit zonder gemeenschappelijk doel, continuïteit en volledige overeenstemming (wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder deze activiteit wordt uitgevoerd) niet kan worden aangemerkt als één en hetzelfde project voor de toepassing van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn, is nog niet toegepast in de Vlaamse rechtspraak.

### 6.4.3 Cumulatie plannen/projecten

#### 6.4.3.1 Cumulatie plannen/projecten: Europeesrechtelijk kader

Art. 6 lid 3 Habitatrictlijn bepaalt dat de gevolgen van een voorgenomen plan of project ‘in combinatie met andere plannen en projecten’ moeten worden beoordeeld. In art. 6 lid 3 Habitatrictlijn wordt echter, zoals de Commissie ook aangeeft, niet uitdrukkelijk omschreven welke andere plannen en projecten binnen de reikwijdte van de combinatiebepaling vallen. Volgens de Commissie kan worden gedacht aan plannen of projecten die afgerond zijn, die goedgekeurd maar nog niet afgerond zijn, of die voorgesteld zijn.<sup>457</sup> In het arrest *Kolencentrale Moorborg*, waarin het HvJ EU zich boog over toestemmingsverlening voor een kolencentrale en de conformiteit daarvan met art. 6 lid 3 Habitatrictlijn, oordeelde het HvJ EU dat Duitsland ten onrechte had nagelaten de cumulatieve gevolgen van de betreffende centrale én van een – uit 1958 daterende – pompcentrale passend te beoordelen.<sup>458</sup>

<sup>456</sup> RvVB, 26 mei 2020, nr. RvVb-A-1920-0875, *Limburgse Milieukoepel*, r.o. 4.2

<sup>457</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 29.

<sup>458</sup> HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 63.

Het is niet geheel duidelijk hoe dit arrest moet worden geïnterpreteerd. Enerzijds stelt de Commissie, onder verwijzing naar het aangehaalde arrest, dat het passend 'kan' zijn om de gevolgen in aanmerking te nemen van reeds afgeronde plannen en projecten, waaronder gevolgen die voorafgingen aan de datum van omzetting van de richtlijn of de datum waarop het gebied is aangewezen. Anderzijds stelt het HvJ EU dat de gevolgen van dergelijke afgeronde plannen en projecten 'gewoonlijk deel uitmaken van de uitgangssituatie van het gebied die in dit stadium in aanmerking wordt genomen'.<sup>459</sup> Dat laatste lijkt ons vooralsnog de meest juiste opvatting. De gevolgen van een nieuw project mogen niet abstract worden beoordeeld, maar tegen de achtergrond van de reeds bestaande situatie en voorbelasting. Of bijvoorbeeld de bijkomende belemmering voor het stroomopwaarts zwemmen van vissen door een nieuwe centrale significante gevolgen kan hebben voor die soorten vissen is mede afhankelijk van de vraag of in de hele loop van de rivier vanaf de zee tot de paaiplassen van de vis al een aantal belemmeringen bestaan. Wij zouden dat overigens niet cumulatie noemen, maar het beoordelen van de effecten van het nieuwe project in het licht van de bestaande situatie en de autonome ontwikkeling. Cumulatie is dan, overeenkomstig de letter van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, het gezamenlijk beoordelen van de gevolgen van alle plannen en projecten, dus van het voorgenomen en andere voorgenomen toekomstige activiteiten, en wel tegen de achtergrond van de bestaande situatie met alle aanwezige 'voorbelasting'.<sup>460</sup>

#### 6.4.3.2 Cumulatie plannen/projecten: implementatie in Nederland

De in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn neergelegde cumulatiebepaling voor plannen en projecten is geïmplementeerd in art. 2.7 lid 1-2 Habitatrichtlijn. Plannen dienen op grond van art. 2.7 lid 1 Wnb jo. art. 2.8 lid 1 Wnb passend te worden beoordeeld, wanneer deze (afzonderlijk of) in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Projecten dienen op grond van art. 2.7 lid 2-3 Wnb jo. art. 2.8 lid 1 Wnb passend te worden beoordeeld, wanneer deze (afzonderlijk of) in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied.

Vóór het arrest *Kolencentrale Moorborg* ging de Afdeling ervan uit dat de cumulatieve beoordeling zich beperkt tot projecten waarvoor weliswaar toestemming op grond van de Wnb is verkregen, maar die nog niet of slechts gedeeltelijk zijn uitgevoerd ten tijde van het nemen van het besluit.<sup>461</sup> Met 'onzekere toekomstige gebeurtenissen', zoals een project waarvoor nog geen Natura 2000-vergunning is aangevraagd of verleend of een woningbouwontwikkeling die in een structuurvisie is voorzien, hoeft volgens de Afdeling tijdens de vergunningverlening voor het betreffende project geen rekening te worden gehouden.<sup>462</sup> De gevolgen van andere projecten waarvoor een Nbw- of Wnb-vergunning is verleend ten tijde van het nemen van het bestreden besluit en die ook reeds zijn uitgevoerd, of van bestaande activiteiten waarvoor geen Nbw- of Wnb-vergunning benodigd was, hoeven volgens de Afdeling in beginsel niet meer afzonderlijk in de beoordeling van cumulatieve effecten worden betrokken, omdat deze in de meeste gevallen kunnen worden geacht in de

---

<sup>459</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 29.

<sup>460</sup> Zie ook Kaajan in haar noot onder dit arrest, M en R 2017/109, sub 10 en Frins in zijn noot onder hetzelfde arrest in TBR 2017, 148, sub 7.

<sup>461</sup> ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1312 (*Kolencentrale Eemshaven II*), r.o. 38.2; ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2848 (*Kolencentrale Eemshaven III*), r.o. 12.1.

<sup>462</sup> ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5864 (*Baggerstort Gooimeer*), r.o. 2.6.2; ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5612 (*Woningbouwproject Beinum West 1<sup>e</sup> fase*) r.o. 2.5.2.

omgeving te zijn verdisconteerd.<sup>463</sup> In een uitspraak van 21 oktober 2020 heeft de Afdeling - onder verwijzing naar de aangehaalde uitspraak van 9 september 2015 - deze lijn bevestigd, zij het dat strijdigheid van de cumulatietoets met het arrest *Kolencentrale Moorborg* door appellanten niet was aangevoerd.<sup>464</sup> In een zeer recente uitspraak van 20 januari 2021, over het tracébesluit ten behoeve van een verbinding tussen de Nederlandse rijkswegen A12 en A15, is dit nogmaals aan de orde geweest en hebben de appellanten uitvoerig betoogd dat de vaste jurisprudentie van de Afdeling over dit onderwerp achterhaald zou zijn door het Kolencentrale Moorborg-arrest.<sup>465</sup> De Afdeling wijst dit echter af en ziet 'met de minister geen redenen waarom de hiervoor beschreven werkwijze in de passende beoordeling niet in overeenstemming zou zijn met hetgeen het HvJ heeft overwogen in het arrest *Kolencentrale Moorborg*'.<sup>466</sup>

De Nederlandse rechtspraak over de cumulatietoets in de passende beoordeling voor plannen is minder duidelijk dan bij projecten. Een plan dat is vastgesteld en is uitgevoerd hoeft niet in de cumulatietoets van een voorliggend plan te worden betrokken. De gevolgen van dat plan worden geacht te zijn verdisconteerd in de omgeving.<sup>467</sup> Een (uitwerkings)plan dat in ontwerp ter inzage is gelegd, maar nog niet is vastgesteld, hoeft evenmin bij de cumulatietoets in het kader van besluitvorming over het ter toetsing voorliggende (uitwerkings)plan betrokken te worden. Ook een dergelijk plan betreft een onzekere toekomstige gebeurtenis waarmee geen rekening hoeft te worden gehouden.<sup>468</sup> Bij plannen die zijn vastgesteld en voorzien in een ruimtelijke ontwikkeling die nog niet geheel is uitgevoerd, biedt de jurisprudentie nog geen duidelijkheid of die in de cumulatieve effecten moeten worden betrokken.<sup>469</sup>

#### *Cumulatietoets met betrekking tot stikstof*

Bijzondere aandacht en bespreking verdient de Nederlandse omgang met de cumulatietoets voor zover het de stikstofdepositie van een project betreft. 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.<sup>470</sup> Integendeel, de ABRvS leek lange tijd van opvatting 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 kan hebben en waarvoor dus een passende beoordeling nodig is. Zo concludeerde de Afdeling bijvoorbeeld in de PAS-verwijzingsuitspraak in 2017:

---

<sup>463</sup> ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1312 (*Kolencentrale Eemshaven II*), r.o. 38.2; ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2848 (*Kolencentrale Eemshaven III*), r.o. 12.1.

<sup>464</sup> ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2475 (*Sibelcogroeve*), r.o. 23-23.3.

<sup>465</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105 (*Tracébesluit A15/A12*), r.o. 96.

<sup>466</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105 (*Tracébesluit A15/A12*), r.o. 96.3.

<sup>467</sup> Verbeek 2016, p. 308-309.

<sup>468</sup> ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1612 (*Uitwerkingsplan Haagweg Monster*), r.o. 18.4.1; ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1072 (*Grenscorridor N69*), r.o. 40.1-40.3.

<sup>469</sup> Verbeek 2016, p. 309.

<sup>470</sup> ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3256 (*Rundveehouderij Utrecht*). Vergelijkbaar ook ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063 (*Agrarische bedrijven Overijssel*).

*“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”.*<sup>471</sup>

Daarbij leek de Afdeling niet de effecten van de extra depositie van het voorgenomen project, in cumulatie met andere projecten en plannen, te beschouwen, maar de effecten van de depositie van de voorgenomen activiteit en van de bestaande situatie in cumulatie met elkaar. Daarmee lijkt de cumulatietoets voor stikstof af te wijken van de cumulatietoets voor andere gevolgen van een plan of project. Bekeken lijkt niet te worden het extra effect van de door het project, in cumulatie met andere projecten, extra toegevoegde depositie, maar het effect van alle bestaande depositie inclusief de extra door het project veroorzaakte depositie. Hierdoor is de beoordeling van de stikstofdepositie van plannen en projecten op reeds overbelaste gebieden in Nederland in verhouding met andere landen buitengewoon streng.<sup>472</sup>

Recent lijkt de Afdeling iets meer ruimte te bieden om bij een zeer geringe toename van de stikstofdepositie al in een voortoets te concluderen dat een plan of project geen significante gevolgen kan hebben.<sup>473</sup> Kunnen significante gevolgen op grond van de voortoets niet worden uitgesloten, dan hoeft de toename van stikstof in een overbelast Natura 2000-gebied niet aan verlening van een Wnb-vergunning voor een project in de weg te staan, als en nadat uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten. De uitspraak over het projectplan Markermeerdijken, waarin de Afdeling de betreffende passende beoordeling in stand hield, is hiervoor illustratief.<sup>474</sup> Op beide uitspraken wordt hierna nog nader ingegaan. Opgemerkt dient echter te worden dat de uitkomsten van de voortoets of de passende beoordeling niet inhoudelijk door appellanten werden bestreden.<sup>475</sup> Het is daarom nog niet geheel duidelijk hoe de rechtspraak in de toekomst op dit punt verder zal ontwikkelen en welke eisen de Afdeling aan de beoordeling van (geringe) additionele stikstofdepositie in reeds overbelaste situaties zal stellen.

#### **6.4.3.3 Cumulatie plannen/projecten: implementatie in Vlaanderen**

De cumulatiebepaling van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn is vastgelegd in art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet. Het stelt dat *“betekenisvolle aantasting”* van de natuurlijke kenmerken van het gebied door de activiteit (of het plan of programma) zelf worden veroorzaakt, of samen in combinatie met één of meerdere bestaande of voorgestelde activiteiten, plannen of programma's.

Uit een recente omzendbrief aan lokale overheden stelt de Vlaamse overheid dat bij het uitvoeren van de verplichting om een passende beoordeling uit te voeren, het vooral van belang is om inzicht te krijgen in de *“additionele verstoring”* die uit de activiteit kan volgen. Additioneel wil zeggen dat initiatiefnemers de bestaande of daadwerkelijke milieudrukken op het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied dienen te bestuderen in

<sup>471</sup> ABRVS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS, verwijzingsuitspraak), r.o. 9.6.

<sup>472</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Backes, Ch.W., Tegner Anker, H., Baaner, L., Keessen, A.M. & Möckel, S., 'Natura 2000 and the regulation of agricultural ammonia emissions', JEEPL 2019, p 340-371.

<sup>473</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110 (Callantsoog), r.o. 12.12.

<sup>474</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (Markermeerdijken), r.o. 32.4.

<sup>475</sup> Zie nader Kaajan (M en R 2020/41), p. 301; Kaajan & Onrust (BR 2020/63), p. 423.

combinatie met de geïnventariseerde en voorspelbare milieudrukken die kunnen volgen uit de nieuwe voorgestelde activiteit. Daarnaast stelt de brief dat *“alle aspecten van de voorgenomen activiteit”* geïnventariseerd dienen te worden. Kortweg moet de initiatiefnemer via de passende beoordeling informatie aanreiken, waarmee de vergunningverstrekende overheid het verband kan maken tussen de voorspelbare milieudrukken van het initiatief en de bestaande milieudrukken vanuit andere activiteiten.<sup>476</sup>

In een recent arrest maakte de Raad voor Vergunningsbetwistingen meer duidelijk op welke plannen en projecten de cumulatiebepaling ziet. De Raad volgde de interpretatie van de Europese Commissie in de zaak *Kolencentrale Moorborg* dat de cumulatiebepaling projecten en plannen betreft die afgerond zijn, goedgekeurd maar niet afgerond zijn, of daadwerkelijk voorgesteld zijn.<sup>477</sup>

In *Limburgse Milieukoepel* stelde de Raad voor Vergunningsbetwistingen verder dat de cumulerende effecten van het gebruik van landbouwproducten in ogenschouw moeten worden genomen. Tenslotte betrof het in die zaak niet enkel een opslag van landbouwproducten maar ook de exploitatie ervan. Dus niet alleen de opslag, maar ook het *“(cumulatieve) effect van het gebruik van deze producten in de reeds bestaande en vergunde landbouwactiviteit waarvan ze onderdeel zijn”* moet in rekening worden gebracht.<sup>478</sup>

## 6.5 Eerste fase

### 6.5.1 De termen ‘significante gevolgen’ en ‘aantasting van natuurlijke kenmerken’

#### 6.5.1.1 De termen ‘significante gevolgen’ en ‘aantasting van natuurlijke kenmerken’: Europeesrechtelijk kader

Zoals reeds toegelicht in paragraaf 6.3 dient in de eerste fase, voorzien in de eerste volzin van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, een passende beoordeling te worden gemaakt van de gevolgen van een plan of project voor een Natura 2000-gebied wanneer significante gevolgen voor dit plan of project niet zijn uit te sluiten.

De mogelijkheid van ‘significante gevolgen’ van plannen of projecten voor een Natura 2000-gebied kan worden beschouwd als synoniem voor het ‘aantasten van de natuurlijke kenmerken’ van een Natura 2000-gebied. Beide termen komen in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn voor. Met het hebben van ‘significante gevolgen’ van een plan of project voor een Natura 2000-gebied wordt volgens het HvJ EU gedoeld op het in gevaar brengen van de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied.<sup>479</sup> Wat ‘significant’ is, moet volgens de Commissie op een objectieve manier worden geïnterpreteerd. De significantie van de gevolgen moet worden vastgesteld met betrekking tot de specifieke kenmerken en

---

<sup>476</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017..

<sup>477</sup> RvVb 31 maart 2020 met nummer RvVb-S-1920-069, *Groen*, r.o. A1.1.

<sup>478</sup> RvVB, 26 mei 2020, nr. RvVb-A-1920-0875, *Limburgse Milieukoepel*, r.o. 4.1.

<sup>479</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:60 (*Kokkelvisser*), r.o. 48; HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Sweetman*), r.o. 30. Omgekeerd moet een plan of project dat de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied in gevaar dreigt te brengen, noodzakelijkerwijs dus worden beschouwd als plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor dat gebied. Zie Backes 2017, p. 129.



ecologische omstandigheden van het beschermde gebied dat bij het plan of project is betrokken.<sup>480</sup>

Een ingreep leidt niet tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied – een natuurlijke habitat – zolang dat gebied wordt behouden in een gunstige staat van instandhouding.<sup>481</sup> Dit komt neer op het duurzame behoud van de bepalende kenmerken van een gebied, die verband houden met de aanwezigheid van een type natuurlijke habitat, waarvan het doel van instandhouding ervan ertoe heeft geleid dat dit gebied in de lijst van gebieden van communautair belang is opgenomen.<sup>482</sup> In het arrest Sweetman leidt de aanleg van een weg tot een blijvend en onherstelbaar verlies van een deel van een prioritair type natuurlijke habitat, waarmee volgens het HvJ EU sprake is van een ingreep die de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied aantast.

### 6.5.1.2 Significante gevolgen: implementatie in Nederland

Bij het beoordelen van de significantie van de effecten wordt in de praktijk gebruikgemaakt van de notitie Leidraad Bepaling Significantie van het Steunpunt Natura 2000.<sup>483</sup> Uit de jurisprudentie van de Afdeling kunnen weinig algemene uitgangspunten worden afgeleid wanneer de conclusie gerechtvaardigd is dat op grond van de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat een plan of project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zal aantasten.<sup>484</sup> Bij wijze van voorbeeld halen wij hier enkele uitspraken aan. Zo was een uitbreiding van een jachthaven die gepaard zou gaan met een afname van 1,2 ha van een bepaald habitattype, volgens de Afdeling geen ingreep die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende Natura 2000-gebied zou aantasten, omdat de oppervlakte van het habitattype sinds de aanmelding van het gebied van 1000 hectare naar 1906 hectare was toegenomen, terwijl voor dat habitattype een behoudsdoelstelling gold.<sup>485</sup> De uitspraak over het rijksinpassingsplan voor de Hertogin Hedwigepolder betreft een voorbeeld van een watergebied waarin enige natuurlijke dynamiek aanwezig is, waardoor de oppervlakte van een habitattype kan fluctueren. Een ingreep die leidt tot een afname van de oppervlakte van een habitattype dat niet steeds in dezelfde omvang in een Natura 2000-gebied aanwezig is, maar waardoor het habitattype nog wel binnen de bandbreedte van de fluctuerende oppervlakte blijft, hoeft geen ingreep te zijn die de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied aantast. In het geval van de Hertogin Hedwigepolder fluctueerde de oppervlakte van het habitattype tussen de 2250 en 2800 hectare. De Afdeling was het met het bevoegd gezag eens dat, gelet op de fluctuatie, een afname van 26 hectare van het habitattype niet leidt tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied *Westerschelde*

---

<sup>480</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 29.

<sup>481</sup> In art. 1 sub e en sub i Habitatrichtlijn is neergelegd wanneer de staat van instandhouding van een habitattype resp. een soort als gunstig wordt beschouwd.

<sup>482</sup> HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Sweetman*), r.o. 39. Het HvJ EU betreft hierbij art. 1 sub e Habitatrichtlijn, waaruit volgt dat de staat van instandhouding van een natuurlijke habitat als gunstig wordt beschouwd wanneer het natuurlijke verspreidingsgebied van de habitat en de oppervlakte van die habitat binnen dat gebied stabiel zijn of toenemen en de voor behoud op de lange termijn noodzakelijke specifieke structuur en functies bestaan en in de afzienbare toekomst vermoedelijk blijven bestaan. Zie nader over de krachtens art. 4 Habitatrichtlijn geldende randvoorwaarden voor aanwijzing van Natura 2000-gebieden par. 1.2 van dit rapport.

<sup>483</sup> Zie bijv. ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1060 (*Kempenbaan-West*), r.o. 11.1.

<sup>484</sup> Verbeek 2016, p. 303.

<sup>485</sup> ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2598 (*Buitengebied Waterland*), r.o. 33.4.

& *Saeftinghe*.<sup>486</sup> In de instandhoudingsdoelstelling voor vogelsoorten wordt in de regel de gewenste omvang van de populatie in het gebied uitgedrukt in een streefaantal, soms in combinatie met een bandbreedte voor de populatie. Een ingreep die weliswaar leidt tot een afname van de populatie, maar waardoor de populatie niet kleiner wordt dan de genoemde omvang in de instandhoudingsdoelstelling, is geen ingreep die de natuurlijke kenmerken van het gebied aantast.<sup>487</sup> In diezelfde uitspraak heeft de Afdeling bovendien aanvaard dat een tijdelijk kwaliteitsverlies van een habitatype geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied meebrengt. Het ging om een termijn van volledig herstel van vijf jaar.<sup>488</sup>

### *'Significante gevolgen' in het kader van stikstofdeposities*

Wanneer het gaat om de beoordeling van significante gevolgen als gevolg van stikstofdeposities, komt betekenis toe aan de vraag of de Kritische Depositiewaarde (KDW) wel of niet wordt overschreden. De KDW betreft een drempelwaarde en ziet op de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van een habitat significant wordt aangetast als gevolg van atmosferische stikstofdepositie. Een habitatype of leefgebied is stikstofgevoelig, indien het een KDW heeft van minder dan 2400 mol per hectare per jaar.<sup>489</sup> De KDW geeft aan bij welke mate van stikstofdepositie wordt aangenomen dat niet langer op voorhand kan worden uitgesloten dat er een risico is dat de kwaliteit van het habitatype wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van de stikstofdepositie.<sup>490</sup>

Uit de rechtspraak van de Afdeling volgde lange tijd dat iedere toename van stikstofdepositie in een overbelaste situatie, hoe gering ook, (bijv. 0,02 mol N/ha/jaar) – automatisch - tot de conclusie leidde dat significante gevolgen niet zijn uitgesloten, zodat voor het project een passende beoordeling moet worden gemaakt.<sup>491</sup> Een overschrijding van KDW betekent niet dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt, maar uitsluitend dat de mogelijkheid van een aantasting niet zonder meer afwezig is. Het enkele feit dat de stikstofdepositie op een aantal habitatypen van een Natura 2000-gebied toeneemt, terwijl de KDW al wordt overschreden, betekent dan ook niet zonder meer dat de natuurlijke kenmerken van het betreffende gebied worden aangetast.<sup>492</sup> Onder omstandigheden is het daarmee mogelijk om te volstaan met een voortoets om een project toe te laten in een situatie waarin de KDW al wordt overschreden. Uit een voortoets kan volgen dat significante gevolgen ondanks een toename van stikstofdepositie in een overbelaste situatie kunnen worden uitgesloten. Volgens de Afdeling was een voortoets in een uitspraak over een bestemmingsplan voor de bouw van een woning in Callantsoog voldoende, waarna geen passende beoordeling meer nodig was.<sup>493</sup> Kunnen significante gevolgen op grond van de voortoets niet worden uitgesloten, dan hoeft de toename van stikstof in een overbelast Natura 2000-gebied niet aan verlening van een Wnb-vergunning voor een project in de weg te staan, als en nadat uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal

<sup>486</sup> ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4074 (*Hertogin Hedwigepolder*), r.o. 22.3.

<sup>487</sup> ABRvS 12 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3884 (*Zwakke Schakels*), r.o. 24.3.2.

<sup>488</sup> ABRvS 12 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3884 (*Zwakke Schakels*), r.o. 25.4.

<sup>489</sup> Zie bijv. *Kamerstukken II 2020/21*, 35600, nr. 3, p. 1.

<sup>490</sup> ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:741 (*Pallasreactor Petten*), r.o. 11.1; ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:940 (*Ulvenhout Hertespoo*), r.o. 6.9. Zie ook Van Dobben e.a. 2012, p. 13.) Zie ook Van Dobben e.a. 2012, p. 13.

<sup>491</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*PAS, verwijzingsuitspraak*), r.o. 9.6.

<sup>492</sup> ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:741 (*Pallasreactor Petten*), r.o. 11.1.

<sup>493</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110 (*Callantsoog*), r.o. 12.12.

aantasten. De uitspraak over het projectplan Markermeerdijken, waarin de Afdeling de betreffende passende beoordeling in stand hield, is hiervoor illustratief.<sup>494</sup> Opgemerkt dient echter te worden dat uit beide uitspraken niet volgt dat de Afdeling iedere voortoets of passende beoordeling – in overbelaste situaties – zonder meer zal accepteren, omdat in deze uitspraken de voortoets of de passende beoordeling feitelijk niet inhoudelijk door appellanten werden bestreden.<sup>495</sup> Het is derhalve thans niet goed mogelijk te voorspellen welke eisen de Afdeling zal stellen aan de ecologische beoordeling van (geringe) toenames van de stikstofdepositie door een plan of project op reeds met stikstof overbelaste gebieden.

### 6.5.1.3 Significante gevolgen: implementatie in Vlaanderen

Volgens het Natuurdecreet moet een “*betekenisvolle aantasting*” worden beoordeeld in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen die zijn vastgesteld voor de speciale beschermingszone in kwestie.<sup>496</sup> Dit is recentelijk nog herbevestigd door de Raad voor Vergunningsbetwistingen, die stelde dat de passende beoordeling “*in functie staat*” van de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied.<sup>497</sup> Dit stelde de Vlaamse Regering ook in een Omzendbrief (OMG/2017/01)<sup>498</sup> aan lokale overheden waarin het nader uitleg gaf over de bepalingen van de habitattoets.<sup>499</sup>

In navolging van het arrest van het HvJ EU in *Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* herhaalde het Grondwettelijk Hof de Europese rechtspraak in haar eindoordeel ten aanzien van de kerncentrales van Doel en Tihange, en stelde dat voor een plan of project slechts toestemming kan worden verleend als dat plan of project de natuurlijke kenmerken van het betreffende gebied niet aantast.<sup>500</sup>

#### *‘Significante gevolgen’ in het kader van stikstofdeposities*

Bij de afronding van het rapport in maart 2021 was het in Vlaanderen geldende beoordelingskader voor stikstof emitterende activiteiten in of in de buurt van (verzuringgevoelige) Natura 2000-gebieden onduidelijk. Formeel gold nog steeds het als een voorlopige overgang bedoelde kader dat is te vinden in Omzendbrief Passende Beoordeling<sup>501</sup> en de praktische wegwijzers eutrofiëring en verzuring via de lucht.<sup>502</sup> Deze handleidingen zijn aangepast naar aanleiding van de conceptnota over de Programmatische Aanpak Stikstof (VR 2016 3011 DOC.0725/1 QUINQUIES). Dit beoordelingskader moest sinds 1 juli 2017 bij vergunningsverlening worden gehanteerd. Er werd een onderscheid gemaakt in de beoordeling van NH<sub>3</sub> en daarbinnen van aanvragen van landbouwbedrijven en industrie en van NO<sub>x</sub>, en daarbinnen wederom verschillende sectoren (sectoren industrie, energie en landbouw enerzijds; transport en wegtransport, infrastructuurprojecten en verkeer

<sup>494</sup> ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125 (*Markermeerdijken*), r.o. 32.4.

<sup>495</sup> Zie nader Kaajan (M en R 2020/41), p. 301; Kaajan & Onrust (BR 2020/63), p. 423.

<sup>496</sup> Art. 36ter lid 3 Natuurdecreet.

<sup>497</sup> RvVb 31 maart 2020, nr. RvVb-S-1920-0697, *Groen*, r.o. 1.

<sup>498</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>499</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017; Schoukens 2020, p. 12.

<sup>500</sup> GwH, Arrest nr. 34/2020 van 5 maart 2020, r.o. B.24.2.

<sup>501</sup> [https://natura2000-prd-477218783059.s3-eu-west-1.amazonaws.com/omzendbrief\\_omg\\_2017\\_01.pdf](https://natura2000-prd-477218783059.s3-eu-west-1.amazonaws.com/omzendbrief_omg_2017_01.pdf).

<sup>502</sup> <https://pww.natuurenbos.be/eutrofiëring-delucht>.

genererende projecten). Voor de sectoren huishoudens, handel en diensten is geen beoordelingskader uitgewerkt.

In de door de Vlaamse Regering vastgestelde 'overgangsfase', werd vooral ingezet op het consistentier toepassen van de passende beoordeling in het kader van activiteiten (projecten) die leiden tot stikstofdepositie op kwetsbare habitats binnen speciale beschermingszones. Tegelijk diende een vergunningstop te worden vermeden. Het doel van deze overgangsfase was vooral de fase van de 'voortoets', die de passende beoordeling voorafgaat, te hanteren als een 'administratiefvriendelijk' systeem gericht op de vrijwaring van de vergunningverlening, waarbij zou worden gewaarborgd dat de milieudruk niet verder toeneemt, grote (piek)belasters niet worden bestendigd en kleinere depositiebelasters – dit zijn de bedrijven die onder een bepaalde significantiedrempel blijven – met een eenvoudige voortoets konden worden vergund. Projecten met effecten die onder een bepaalde significantiedrempel van de KDW van het gevoelige habitat binnen de relevante zone rond een project blijven, werden niet verder passend beoordeeld en konden bijgevolg zonder meer worden (her)vergund, inclusief uitbreidingen. Het gaat hier ruwweg over projecten met een depositie onder de 5%-drempel (het gros van de projecten) of projecten van wie de depositie ten opzichte van de lokale KDW zich situeert tussen 5% en 50% mits er in dat geval geen stijging is van de NH<sub>3</sub>-emissies of een substantiële daling van de NO<sub>x</sub>-emissies plaatsvindt. Van die projecten wordt geoordeeld dat hun bijdrage tot de depositie ten overstaan van de KDW van de getroffen habitats niet significant is.

Om misverstanden te voorkomen wijzen wij erop dat bij de berekening van de drempel wel de depositie van een bepaald bedrijf of andere emissiebron in zijn geheel wordt betrokken, dus ook van een al bestaande deel van een bedrijf of emissiebron. Dat is een wezenlijk verschil met de benadering bijvoorbeeld in Nederland, waar slechts de bijkomende depositie van een nieuwe activiteit wordt bepaald en beoordeeld. De drempels die in Vlaanderen werden gehanteerd zijn dan ook niet vergelijkbaar met de discussie over drempels in Nederland.

De juridische houdbaarheid van het beoordelingssysteem uit de overgangsfase stond, mede in het licht van de Europese rechtspraak die zich intussen op dit vlak had gevormd, al langer ter discussie<sup>503</sup> en leidde eind 2019 al tot een zaak voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen.<sup>504</sup> Deze zaak was aangespannen door de Nederlandse provincie Noord-Brabant tegen de Antwerpse deputatie aangaande een vergunning voor een nieuwe kippenstal. Volgens de Vlaamse depositiescan zou de extra depositie binnen de significantiedrempel blijven, maar volgens de Nederlandse systematiek zou dat leiden tot een additionele depositie op een reeds overbelast gebied, aldus de provincie Noord-Brabant. De rechtbank oordeelde dat de Antwerpse deputatie inderdaad niet handelde in lijn met art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn en dat diens besluit om de Nederlandse bezwaren opzij te zetten "onvoldoende" was gemotiveerd, en bovendien onzorgvuldig was.<sup>505</sup> De autoriteiten die gebruik maken van significantiekaders dienen in Vlaanderen dus aan te geven (bij bezwaar) in hoeverre het bewijs van de verzoekende partij (de provincie Noord-Brabant) al dan niet

---

<sup>503</sup> Zie o.a. uitgebreid hierover: H. SCHOUKENS, 'Stikstofdepositie en de EU-Habitatrichtlijn na het PAS-arrest van 7 november 2018: limieten aan de groei of een business as usual?', TMR 2019, 436-446. H. SCHOUKENS, 'George Orwells' Animal Farm en de programmatische aanpak in de Lage Landen: zijn de Vlaamse varkens beter af dan de Nederlandse?', M&R 2019, 126-141.

<sup>504</sup> RvVb 5 november 2019, nr. A/1920/0220, *Noord-Brabant*.

<sup>505</sup> RvVb 5 november 2019, nr. A/1920/0220, *Noord-Brabant*.

overeenkomt met de “*wetenschappelijke onderbouw van de nulcontourgrens zoals geïmplementeerd in de depositiescan*”.<sup>506</sup>

Finaal werd de vraag naar de juridische houdbaarheid van het gebruik van deze significantiedrempels beslecht bij arrest van 25 februari 2021 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen.<sup>507</sup> De Raad besluit, met verwijzing naar de PAS-rechtspraak van het Hof van Justitie, dat een passende beoordeling in beginsel een beoordeling *in concreto* vergt van de mogelijke betekenisvolle effecten. De verwijzing naar de abstracte significantiekaders is dit niet, aldus de Raad, en met een *soft law*-kader kan men niet ingaan tegen de wettelijke kaders. Vervolgens gaat de Raad verder in op het gebruik van de significantiedrempels. De Raad besluit op dit punt dat uit niets blijkt dat de “5%-drempel” voldoende wetenschappelijke zekerheid biedt dat projecten van wie de stikstofdepositie onder die drempel blijven, al dan niet in cumulatie met deposities van andere projecten, geen aanleiding (kunnen) geven tot betekenisvol nadelige effecten.<sup>508</sup>

Daarmee is het hier beschreven kader niet meer toepasbaar. Ten tijde van het afsluiten van dit rapport bestaat nog geen opvolger voor dit kader, ook nog geen tussentijds beoordelingskader. Helaas kan daarom in dit rapport niet worden beschreven hoe plannen en projecten die stikstofdepositie op een overbelast gebied veroorzaken in Vlaanderen worden beoordeeld.

## 6.5.2 Inhoud passende beoordeling

### 6.5.2.1 Inhoud passende beoordeling: Europeesrechtelijk kader

In de Habitatrictlijn is geen bijzondere methode voor de uitvoering van een passende beoordeling bepaald. De passende beoordeling moet niet worden verricht door de opdrachtgever, maar door het bevoegde gezag dat verantwoordelijk is om de taken uit de richtlijn uit te voeren.<sup>509</sup> Het bevoegd gezag dient zich op de beste beschikbare wetenschappelijke kennis te baseren om de zekerheid te kunnen verkrijgen dat een plan of project geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van een gebied. Een beoordeling is niet passend wanneer gegevens – bijv. met betrekking tot een vogelfauna in een SBZ – ontbreken of niet betrouwbaar en geactualiseerd zijn.<sup>510</sup> De passende beoordeling hoeft echter géén onderzoek van de alternatieven voor een plan of project te bevatten.<sup>511</sup> Een passende beoordeling mag geen leemten vertonen en moet volledige, nauwkeurige en

---

<sup>506</sup> Schoukens 2020, p. 24.

<sup>507</sup> RvVb 25 februari 2021, nr. RvVb-A-2021-0697, <https://www.dbric.be/persbericht-kortesse-vernietiging>

<sup>508</sup> De Raad stelt zich op dit punt zeer kritisch op: “*De door de verwerende partij aangeleverde gegevens, of beter gezegd het gebrek daaraan, laten de Raad ook niet toe om te oordelen over de wetenschappelijke deugdelijkheid van de onderbouwing van de 5%-drempel. Hoe die 5%-drempel tot stand is gekomen, is vooralsnog onduidelijk. Eveneens is het onduidelijk of deze gebaseerd is op de best beschikbare wetenschappelijke kennis en of deze afdoende zekerheid biedt dat de natuurlijke kenmerken van de SBZ in geen geval betekenisvol worden aangetast. De loutere verwijzing in de antwoordnota van de verwerende partij naar het feit dat de online tool (‘Impactscore NH3’) door een onderzoeksinstituut (Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek (VITO)) werd ontwikkeld (...) doe(t) geen afbreuk aan het voorgaande.*”

<sup>509</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (Brian Holohan e.a.), r.o. 44.

<sup>510</sup> HvJ EU 11 september 2012, C-43/10, ECLI:EU:C:2012:560 (Griekenland), r.o. 111-115.

<sup>511</sup> HvJ EU 4 maart 2010, C-241/08, ECLI:EU:C:2010:114 (Cie. vs. Frankrijk), r.o. 69.

definitieve constatering en conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen voor het betrokken gebied wegnemen.<sup>512</sup> Alle aspecten van een plan of project moeten dus worden geïdentificeerd.<sup>513</sup>

In de passende beoordeling moeten, ten eerste, alle habitattypen en soorten worden vastgesteld waarvoor een gebied wordt beschermd. Ten tweede moeten de gevolgen van het voorgestelde project worden geïnventariseerd en onderzocht, zowel voor de soorten in dat gebied waarvoor het niet is opgenomen als voor de habitattypen en soorten buiten dat gebied, wanneer deze soorten noodzakelijk zijn voor de instandhouding van habitats en soorten waarvoor het beschermde gebied is aangewezen.<sup>514</sup> Als in de delen van het Natura 2000-gebied waarop het project betrekking heeft slechts bepaalde habitattypen en soorten voorkomen, hoeven in de passende beoordeling bovendien alleen de mogelijke effecten op *deze* habitattypen en soorten te worden meegenomen, wanneer andere habitattypen en soorten die in het gebied beschermd worden, niet worden aangetast.<sup>515</sup>

### 6.5.2.2 Passende beoordeling: implementatie in Nederland

Ook de Wnb voorziet niet in een specifieke procedure voor het uitvoeren van de passende beoordeling. Het onderzoek ziet toe op de gevolgen van het project voor het totale bestaande areaal van een habitatype in een Natura 2000-gebied. De gevolgen dienen per habitatype, per locatie of areaal van voorkomen van het habitatype, in kaart te worden gebracht.<sup>516</sup> Een verrekening van de toe- en afnames van stikstofdeposities over de totale oppervlakte van een habitatype in een Natura 2000-gebied, geeft dus onvoldoende inzichten om een oordeel over het duurzaam behoud van dat habitatype in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen geven.<sup>517</sup>

Art. 2.8 lid 1 Wnb legt de verplichting tot het maken van een passende beoordeling op aan het bestuursorgaan dat het plan vaststelt, onderscheidenlijk de aanvrager van de vergunning, wanneer een passende beoordeling nodig is ten behoeve van een project. Het bevoegd gezag dat een plan vaststelt, is verantwoordelijk voor het (laten) uitvoeren van de passende beoordeling alvorens het plan wordt vastgesteld. Wel heeft de Afdeling bepaald dat het bevoegd gezag dat een bestemmingsplan vaststelt – in Nederland in beginsel de gemeenteraad – in bepaalde omstandigheden de onderzoeksverplichtingen, waaronder ook de passende beoordeling, kan leggen bij degene die een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling in een bestemmingsplan wil laten vastleggen.<sup>518</sup> Het besluit over een plan of een vergunning moet echter, zo bepaalt art. 2.8 lid 3 Wnb, te allen tijde worden genomen door het bevoegde bestuursorgaan. Daarmee is verzekerd dat het bestuursorgaan de uitkomsten van de passende beoordeling onderschrijft en zich eigen maakt. De passende beoordeling hoeft volgens de Afdeling niet te worden verricht of gecontroleerd door een onafhankelijke

---

<sup>512</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 50; HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People Over Wind en Sweetman*), r.o. 38; HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace & Sweetman*), r.o. 39; HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 98.

<sup>513</sup> HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Sweetman*), r.o. 40.

<sup>514</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (*Brian Holohan e.a.*), r.o. 39-40.

<sup>515</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (*Brian Holohan e.a.*), r.o. 38.

<sup>516</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS, *verwijzingsuitspraak*), r.o. 10.1.

<sup>517</sup> ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4672 (*Bedrijventerrein De Kolk Nunspeet*), r.o. 9.9.

<sup>518</sup> ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2801 (*Buitengebied Haaren*), r.o. 4.6.

instantie los van de aanvrager van de vergunning. Art. 2.8 lid 1 Wnb vereist dat niet en een dergelijk vereiste kan evenmin worden ingelezen in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn, zo overwoog de Afdeling in een uitspraak over een Nbw 1998-vergunning voor de wijziging en uitbreiding van een jachtschietcentrum in Elspeet. De Afdeling verwijst hiervoor naar het Kokkelvisserij-arrest, waaruit volgens de Afdeling weliswaar volgt dat objectieve wetenschappelijke gegevens aan een passende beoordeling ten grondslag moeten worden gelegd, maar niet dat deze passende beoordeling niet in opdracht van de vergunningaanvrager door een zelfgekozen deskundige mag worden uitgevoerd.<sup>519</sup>

De vraag kan worden gesteld of met deze jurisprudentie wordt voldaan aan de hiervoor genoemde eis van het HvJ EU, verwoord bijvoorbeeld in het *Holohan*-arrest, dat de passende beoordeling niet mag worden verricht door de indiener van de aanvraag, maar door het bevoegde gezag dat verantwoordelijk is om de taken uit de richtlijn uit te voeren.<sup>520</sup> Voor zover wij hebben kunnen zien is deze vraag na het arrest *Holohan* niet meer expliciet aan de orde geweest in procedures bij de rechter. De Nederlandse wetgeving en praktijk lijkt ten minste niet klaarblijkelijk in strijd te zijn met de eisen van de richtlijn omdat door art. 2.8 lid 3 Wnb is verzekerd dat het bevoegd gezag te allen tijde plannen die onder art. 2.8 Wnb vallen zelf moet vaststellen en besluiten zelf moet nemen. Die besluiten over plannen en projecten dienen uiteraard te zijn gebaseerd op de conclusies uit de passende beoordeling. Men zal hierbij moeten eisen dat het bevoegd gezag zich die conclusies ook expliciet eigen maakt en niet slechts daarna als een gegeven verwijst zonder zich achter het verrichte onderzoek en de daaruit getrokken conclusies te stellen.

De passende beoordeling dient specifiek te zijn toegespitst op de in de vergunningaanvraag beschreven activiteit (of op de in een plan mogelijk gemaakte ruimtelijke ontwikkeling).<sup>521</sup> Weliswaar kan gebruik worden gemaakt van onderzoeken die niet specifiek voor het plan of project zijn opgesteld of van andere passende beoordelingen voor plannen of projecten, maar dan dient nog wel individueel getoetst te worden of deze informatie ook toepasbaar is op het plan of project waarvoor een toestemmingsbesluit moet worden genomen. Aan de vergunning voor oeververbetering van de Oosterschelde kon bijvoorbeeld niet een onderzoek naar de gevolgen van de oeververbetering van de Westerschelde ten grondslag worden gelegd.<sup>522</sup>

In haar uitspraak over een reparatieplan in Bloemendaal past de Afdeling het *Holohan*-arrest toe. Hieruit volgt volgens de Afdeling dat in een passende beoordeling niet alleen de gevolgen voor habitats voor soorten waarvoor het gebied is aangewezen moeten worden geïncorporiseerd en onderzocht, maar ook de gevolgen voor zowel de soorten in dat gebied waarvoor het niet is opgenomen als voor de habitattypen en soorten buiten dat gebied, op voorwaarde dat deze effecten de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied kunnen aantasten. Dit betekent volgens de Afdeling daarom dat - ook in een voortoets - de effecten op soorten in een Natura 2000-gebied waarvoor dat gebied niet is aangewezen en de habitattypen en soorten buiten dat gebied moeten worden onderzocht, indien effecten op die soorten de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied kunnen aantasten.<sup>523</sup>

<sup>519</sup> ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1214 (*Jachtschietcentrum Elspeet*), r.o. 6.7.

<sup>520</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (*Brian Holohan e.a.*), r.o. 44.

<sup>521</sup> ABRvS 2 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6364 (*Kruisstraat Nederweert*), r.o. 2.5.3.

<sup>522</sup> ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174 (*Vooroevers Oosterschelde*), r.o. 6.3.

<sup>523</sup> ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:547 (*Bloemendaal*), r.o. 22.3.

### 6.5.2.3 Passende beoordeling: implementatie in Vlaanderen

Zoals gesteld in paragraaf 6.3.3 van dit rapport, stelt art. 36ter lid 3 Natuurdecreet dat elke initiatiefnemer van een vergunningplichtig(e) activiteit, plan of programma verantwoordelijk is om een passende beoordeling te maken. Tegelijkertijd verwijst lid 4 van hetzelfde artikel naar “de overheid [...] die moet beslissen” over de goedkeuring van een activiteit die een betekenisvolle aantasting op een gebied zou kunnen veroorzaken. De Vlaamse overheid onderstreept dat art. 36ter lid 1 van het Natuurdecreet vereist dat de vergunningverlenende instantie rekening moet houden met “het goedgekeurde milieueffectrapport, de passende beoordeling of het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud” bij diens beslissing over de voorgenomen actie en de uitwerking daarvan.<sup>524</sup> Die “administratie bevoegd voor het natuurbehoud” is in Vlaanderen het ANB.<sup>525</sup> Het ANB moet volgens art. 36ter lid 3 van het Natuurdecreet de beslissende overheid bijstaan met een advies als het een activiteit betreft die niet MER-plichtig is en die een betekenisvol effect kan hebben op het gebied. Rechtspraak heeft herhaaldelijk bepaald dat inhoudelijk de beslissende overheid verantwoordelijk blijft voor de beslissing zelf. Zo had in *Limburgse Milieukoepel* het ANB onjuist advies gegeven aan de beslissende overheid dat de mestopslag van het landbouwbedrijf in kwestie op zich geen significante negatieve effecten gaf. Het was de betreffende overheid die die onjuistheid werd aangerekend.<sup>526</sup>

In een arrest van 12 maart 2020 van de Raad van State nam de rechter het *Holohan*-arrest (alhoewel niet r.o. 38) in ogenschouw. Het betrof de vergunning van een windmolenproject in Wallonië gelegen op een plek niet ver buiten een speciale beschermingszone, het ‘Plateau van Caestert met hellingbossen en mergelgrotten’. Volgens de milieueffectenstudie was die plek als aantrekkelijk aangemerkt voor een vleermuizensoort (*Myotis* sp.) waarvoor het gebied niet was aangemerkt maar die wel is opgenomen in bijlage II en IV van de richtlijn.<sup>527</sup> Met inachtneming van *Holohan* besloot de rechter dat het Vlaams Gewest niet had aangetoond dat de omstreden activiteit de vleermuizen op significante wijze schade zou kunnen toebrengen. Desalniettemin gaf de rechtbank in diens besluit aan dat niet enkel effecten op de aangemelde habitats en soorten waarvoor het gebied aangewezen was in acht genomen konden worden.

## 6.6 Tweede fase: Eisen aan toestemmingverlening

### 6.6.1 Tweede fase: Eisen aan toestemmingverlening: Europeesrechtelijk kader

Na het uitvoeren van de passende beoordeling mag de toestemming vervolgens enkel verleend worden wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat over het feit dat schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied ontbreken.<sup>528</sup> Een definitieve afname van de omvang van een te beschermen

<sup>524</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>525</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>526</sup> RvVB, 26 mei 2020, nr. RvVb-A-1920-0875, *Limburgse Milieukoepel*, R.o. 4.1.

<sup>527</sup> RvS 12 maart 2020, 222.483, *Vlaams Gewest*, r.o. IV.1

<sup>528</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvisser*), r.o. 61; HvJ EU 11 april 2013, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220 (*Sweetman*), r.o. 40; HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 50; HvJ EU 8 november 2016, C-243/15, ECLI:EU:C:2016:838 (*Lesoochranárske zoskupenie VLK*), r.o. 42; C-461/17 (*Holohan*), r.o.



habitattype zal doorgaans significant zijn. In het hiervoor aangehaalde Sweetman-arrest diende een gedeeltelijk onherstelbare vernietiging van een (prioritair) habitat volgens het HvJ EU dan ook te worden beschouwd als significante aantasting. Dat lijkt echter anders te kunnen zijn als met zekerheid aangetoond wordt dat de omvang door autonome ontwikkelingen of beheermaatregelen toeneemt en het project ertoe leidt dat deze toename minder groot of minder snel zal zijn, indien voor dit habitattype een behoud- of uitbreidingsdoelstelling geldt die ook met inachtneming van het project niet in gevaar komt.<sup>529</sup>

Wanneer het bevoegd gezag de conclusies verwerpt van een wetenschappelijk advies (van een inspecteur), waarin wordt bepleit nadere informatie te vergaren, dan dient de passende beoordeling een uitdrukkelijke en gedetailleerde motivering te bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied kan wegnemen.<sup>530</sup> Dit volgt uit het Holohan-arrest. In het Holohan-arrest ging het eveneens om de vraag of toestemming kan worden verleend voor een plan of project waarbij bepaalde aspecten van de aanlegfase bij een later besluit kunnen worden vastgelegd, en wel in een door de opdrachtgever zelf, zonder toedoen van het bevoegd gezag, te nemen besluit. Er was een vergunning verleend voor de aanleg van een autoweg, fiets- en wandelpad in meerdere Natura 2000-gebieden. Bepaalde aspecten voor de fase van de aanleg, zoals de locatie van de bouwplaats en de aanvoerwegen, zouden bij een later besluit worden vastgesteld. Deze aspecten zouden in dat latere stadium eenzijdig worden bepaald door de opdrachtgever, die het bevoegd gezag hierover in kennis zou stellen. Het HvJ EU oordeelt dat dit mogelijk is, mits vaststaat dat bij de vergunning voldoende strikte voorwaarden worden gesteld die waarborgen dat deze aspecten de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zouden aantasten.<sup>531</sup> De passende beoordeling en het besluit van het overheidsorgaan moeten dus, zo begrijpen wij het HvJ EU, ook betrekking hebben op de gevolgen in de uitvoeringsfase. In het besluit kan de nadere keuze van details in de uitvoeringsfase alleen dan worden overgelaten aan de initiatiefnemer als, mogelijk door het stellen van voorwaarden en beperkingen, verzekerd is dat bij alle uitvoeringsvarianten die de initiatiefnemer kan kiezen geen significante gevolgen voor de aangewezen habitats en soorten kunnen optreden.

### 6.6.3 Toestemmingverlening: implementatie in Nederland

Het Holohan-arrest is, wat betreft het oordeel van het HvJ EU over de mogelijkheid om toestemming te verlenen voor een project waarvan aspecten van de aanlegfase op een later moment zullen worden vastgelegd, nog niet in de rechtspraak van de Afdeling toegepast. In bestendige jurisprudentie oordeelt de Afdeling dat in de passende beoordeling het onderzoek naar de gevolgen van een plan of project mede betrekking dient te hebben op de aanleg- en uitvoeringsfase, als in die fase negatieve gevolgen niet zijn uit te sluiten.<sup>532</sup> Dat lijkt zonder meer juist en een eis die uit de richtlijn voortvloeit. Het is niet geheel duidelijk of, maar ook niet aan te nemen dat de Afdeling daarmee geheel wil uitsluiten dat de beslissing over

---

33; HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 120.

<sup>529</sup> Backes 2017, p. 132.

<sup>530</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (*Brian Holohan e.a.*), r.o. 51-52.

<sup>531</sup> HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:883 (*Brian Holohan e.a.*), r.o. 41-47. Volgens annotator Kaajan kan ervan uit worden gegaan dat het HvJ heeft beoogd om alleen voor de fase van aanleg het mogelijk te maken dat niet alle aspecten van deze fase bij het verlenen van toestemming reeds duidelijk zijn en kunnen worden beoordeeld. Zie *MenR* 2019/39, par. 5-6.

<sup>532</sup> ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4672 (*Bedrijventerrein De Kolk Nunspeet*), r.o. 11.5.

bepaalde uitvoeringsaspecten wordt doorgeschoven naar een later stadium (en zelfs wordt overgelaten aan de initiatiefnemer) indien op grond van de passende beoordeling vast staat dat alle uitvoeringsvarianten met zekerheid geen significante effecten zullen hebben. Een dergelijke beperking zou in ieder geval niet noodzakelijk zijn op grond van Europees recht. Voor zover wij weten is deze specifieke vraag echter ook nog niet uitdrukkelijk aan de orde geweest in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.

#### 6.6.4 Toestemmingverlening: implementatie in Vlaanderen

Dat er na de passende beoordeling wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel mag bestaan om een activiteit te vergunnen, is herhaaldelijk bevestigd in de Vlaamse rechtspraak onder verwijzing naar het voorzorgsprincipe en de Europese arresten *Kokkelvisserij* en *Sweetman*.<sup>533</sup> Ook de Vlaamse overheid onderstreept deze vereiste in diens advies aan lokale overheden inzake toepassing van de passende beoordeling. Specifiek verwijst het naar de uitspraak van het HvJ EG inzake *Europese Cie. vs. Italië* over een passende beoordeling met leemten. De Vlaamse overheid herhaalt de regel uit die uitspraak dat volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van het geplande project of de geplande activiteit wegnemen, vereist zijn voor een passende beoordeling. Want zonder die constatering heeft de bevoegde overheid niet voldoende zekerheid om de vergunning te verlenen.<sup>534</sup>

Dat gezegd hebbende, heeft de Raad van State in 2010 gesteld dat de initiatiefnemer van de activiteit niet verplicht is om leemtes in de bestaande wetenschappelijke kennis zelf te dichten.<sup>535</sup> De beste wetenschappelijke kennis volstaat. Dat bevestigde de Raad van State nog recentelijk in het voornoemde arrest inzake vleermuizen. Het stelde dat de verwerende partij aan diens verplichting om een passende veroordeling uit te voeren had voldaan door voor de vergunning “*de impact van het project op de beschermde gebieden, waaronder de site die op het grondgebied van de verzoekende partij ligt [te onderzoeken] met gebruikmaking van de beste wetenschappelijke kennis teneinde de mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van dat gebied zo nauwkeurig mogelijk in kaart te brengen*”.<sup>536</sup>

Ook in Vlaanderen is een definitieve afname van de omvang van een te beschermen habitatype in de regel een betekenisvolle aantasting. In de zin van *Sweetman* (doch niet als expliciete erkenning hiervan) heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen op 2 juli 2019 geoordeeld dat in situaties waarin de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied al bedreigd worden, iedere bijkomende afname van het leefgebied van een strikt beschermde soort (in het voorgaande geval, de bruine kiekendief) in principe al een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone betekent.<sup>537</sup>

#### 6.7 Beschermings-/mitigerende maatregelen bij de passende beoordeling

---

<sup>533</sup> Zie bijvoorbeeld de beoordeling RvS, nr. 236.837 van 20 december 2016, *Orléans* r.o. 7.1.3.

<sup>534</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017.

<sup>535</sup> RvS 1 juli 2010, nr. 206.333, *Gemeente Brakel*.

<sup>536</sup> RvS 12 maart 2020, 222.483, r.o. IV.2

<sup>537</sup> RvVb 2 juli 2019, nr. RvVb-A-1819-1156, Katoen Natie. Zie ook Schoukens 2020, p. 29.

## 6.7.1 Beschermings-/mitigerende maatregelen

### 6.7.2 Beschermings-/mitigerende maatregelen: Europeesrechtelijk kader

Het bevoegd gezag dient beschermings- of mitigerende maatregelen te nemen om de mogelijke negatieve gevolgen van een activiteit zoveel mogelijk te voorkomen of te verminderen, zodat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het beschermde gebied niet aantast. Hierin kan een codificatie van het preventiebeginsel worden gelezen. Met dergelijke maatregelen mag in de passende beoordeling rekening worden gehouden.<sup>538</sup> Het HvJ EU heeft echter bepaald dat mitigerende of beschermingsmaatregelen niet al in de fase van voorevaluatie of screening – waarin wordt bepaald of in een later stadium een passende beoordeling moet worden verricht – in aanmerking mogen worden genomen.<sup>539</sup>

De Europeesrechtelijke eisen aan (het in een passende beoordeling in aanmerking nemen van) beschermings- of mitigerende maatregelen, zijn aan de orde gekomen in de arresten *Briels*, *Orléans*, *Kolencentrale Moorborg* en *Grace en Sweetman*. Deze arresten zullen hieronder eerst toegelicht worden. Het arrest van het HvJ EU over de *Programmatische Aanpak Stikstof (PAS)* bouwt vervolgens voort op deze vier arresten, en zal afzonderlijk worden uiteengezet in paragraaf 6.7.3.

De maatregelen die in een project worden opgenomen om de schadelijke gevolgen van een project voor een Natura 2000-gebied te *compenseren* – en dus niet te *voorkomen* of te *verminderen* – kunnen niet in een passende beoordeling in aanmerking worden genomen.<sup>540</sup> In het arrest *Briels* oordeelde het HvJ EU dat de aan de orde zijnde maatregelen – namelijk een nieuw areaal blauwgraslanden van dezelfde of grotere omvang in een ander deel van het betreffende Natura 2000-gebied – die in het project waren opgenomen om de schadelijke gevolgen van het project voor een Natura 2000-gebied te compenseren, niet bij de beoordeling uit hoofde van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn in aanmerking kunnen worden genomen. Deze maatregelen strekken er volgens het HvJ EU niet toe om de significante negatieve gevolgen voor het betreffende habitatype die uit het traject voortvloeiden, te voorkomen of te verminderen, maar beogen deze gevolgen (enkel) nadien te compenseren. Daar voegt het HvJ EU nog aan toe dat de eventuele positieve gevolgen van het achteraf tot ontwikkeling brengen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd – ook al zou het om een groter areaal van een hogere kwaliteit gaan – in de regel onzeker zijn, en dat deze gevolgen hoe dan ook slechts binnen enkele jaren zichtbaar zullen worden.<sup>541</sup>

Maatregelen die zijn opgenomen in een plan of project en die erin voorzien dat, voordat zich negatieve gevolgen voordoen voor een type natuurlijke habitat, er een toekomstig areaal van

---

<sup>538</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), r.o. 28; HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 54; HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 34.

<sup>539</sup> HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People Over Wind en Sweetman*), r.o. 40. Volgens Backes mag in de voortoets evenmin rekening worden gehouden met (de positieve effecten van) autonome ontwikkelingen en beheermaatregelen (zij het dat de Afdeling zich nog niet over deze vraag heeft uitgesproken). Zie Backes 2017, p. 123.

<sup>540</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), r.o. 28-29; HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 48; HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace & Sweetman*), r.o. 47; HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (*PAS*), r.o. 125.

<sup>541</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), r.o. 30-32.

dat type wordt ontwikkeld (waarvan de ontwikkeling zal worden voltooid ná een passende beoordeling van de significantie van de mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied), kunnen niet in aanmerking worden genomen bij die passende beoordeling. Ook deze kunnen slechts als compenserende maatregelen in de zin van art. 6 lid 4 Habitatrictlijn worden aangemerkt.<sup>542</sup> In het arrest *Orléans* lag een plan – een Gewestelijk Ruimtelijk Uitvoeringsplan (GRUP) – voor dat voorzag in de realisatie van een groot deel van de haven van Antwerpen op de linkeroever van de Schelde, hetgeen zou leiden tot een verlies van 20 hectare schorren en slikken in het Natura 2000-gebied ‘*Schelde- en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent*’. De uitvoering van de ontwikkelingsplannen voor het havengebied zou pas mogelijk worden na duurzame inrichting van habitats en leefgebieden van soorten in nieuw aan te leggen natuurkerngebieden, waarbij het (ecologische) effect moest blijken uit advies van het Vlaamse *Agentschap voor Natuur en Bos*.<sup>543</sup>

Het HvJ EU overweegt dat in de zaak-*Orléans*, net als in de zaak-*Briels*, bij de passende beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied wordt uitgegaan van dezelfde aanname dat toekomstige voordelen de significante effecten op dat gebied zullen mitigeren, terwijl de ontwikkelingsmaatregelen nog niet zijn voltooid.<sup>544</sup> Volgens het HvJ EU is ook in de zaak-*Orléans* het resultaat van de ontwikkeling van de natuurkerngebieden onzeker, omdat de ontwikkeling onvoltooid is, terwijl de aantastingen van het betrokken Natura 2000-gebied volgens het HvJ EU wel vaststaan.<sup>545</sup> Het verschil ten opzichte van *Briels* is dat in *Briels* de maatregelen zouden worden uitgevoerd ná het plaatsvinden van de aantastingen, terwijl in *Orléans* volgens het GRUP<sup>546</sup> de voorgenomen maatregelen moesten worden uitgevoerd voordat er aantastingen zouden plaatsvinden. Ook zou worden gecontroleerd of de maatregelen het gewenste ecologische resultaat hebben gehad voordat het project zou kunnen worden uitgevoerd.<sup>547</sup> Van mitigatie is volgens het HvJ EU dus (ook) geen sprake indien in de voorwaarden van de beslissing tot toelating van een activiteit bindend wordt bepaald dat een project met negatieve gevolgen voor een habitat alleen mag worden uitgevoerd nadat de kwaliteit van de desbetreffende habitat is verbeterd of de omvang is uitgebreid, en is komen vast te staan dat deze verbetering of uitbreiding effectief is. Ook in dergelijke gevallen is volgens het HvJ EU sprake van compenserende maatregelen.<sup>548</sup>

In het Kolencentrale Moorbург-arrest was voorafgaand aan de verlening van de bouwvergunning voor de betreffende centrale een milieueffectbeoordeling verricht. Hieruit volgde dat de vergunning verenigbaar was met de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden, gelet op een maatregel (een vistrap) om visverlies, als gevolg van onttrekking van koelwater uit de Elbe voor de centrale, te compenseren.<sup>549</sup> De exploitatie van de vistrap

---

<sup>542</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 64.

<sup>543</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 20.

<sup>544</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 56.

<sup>545</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 55.

<sup>546</sup> Het GRUP voorzag in voorschriften volgens welke de ontwikkeling van het Havengebied pas mogelijk zou zijn ná de inrichting van duurzaam leefgebied in natuurkerngebieden, en ná vaststelling door de Vlaamse administratie dat de duurzame inrichting hiervan geslaagd zou zijn. Zie HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 28.

<sup>547</sup> HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orléans*), r.o. 49. De op het moment van de passende beoordeling reeds in uitvoering zijnde maatregelen zouden, zoals gezegd, dus pas na de passende beoordeling worden voltooid.

<sup>548</sup> Backes 2017, p. 139.

<sup>549</sup> C-142/16 (*Kolencentrale Moorbург*), r.o. 7.

startte twee jaar na de vergunningverlening. Na een periode (tot 2014) van toezicht op de werking van de vistrap – waarin volgens Duitsland de doeltreffendheid ervan was gebleken – is in maart 2015 de daadwerkelijke wateronttrekking gestart.<sup>550</sup> Het Hof oordeelt echter dat de maatregel, op het moment van vergunningverlening voor de centrale, niet alle redelijke twijfel kon wegnemen dat de centrale de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten. De effectbeoordeling bevatte volgens het Hof geen definitieve bevindingen omtrent de doeltreffendheid van de vistrap, maar preciseerde enkel dat na verscheidene jaren de doeltreffendheid ervan zou worden bevestigd.<sup>551</sup> Het toezicht op de werking van de vistrap voldeed volgens het Hof niet aan art. 6 lid 3 Habitatrictlijn.<sup>552</sup> Uit het arrest volgt ons inziens enkel dat het toezicht *in concreto* niet volstond, niet dat toezicht (op de werking van een beschermingsmaatregel na uitvoer van een passende beoordeling) in het geheel niet mogelijk is om aan de eisen van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn te voldoen.<sup>553</sup> Dat het Hof het houden van toezicht als instrument om aan de verplichting van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn te voldoen, categorisch wil uitsluiten<sup>554</sup>, lezen wij dus niet expliciet in de rechtsoverwegingen van het Hof.

In het arrest *Grace en Sweetman* ging het om de bouw van een windmolenpark, waarbij mitigerende maatregelen ervoor zouden zorgen dat – na het verrichten van de passende beoordeling en tijdens het project – het gedeelte van het gebied dat daadwerkelijk als habitat zou fungeren, niet zou worden verkleind en mogelijk zou kunnen worden uitgebreid.<sup>555</sup> Ook hier ging het er dus om dat bij de passende beoordeling rekening was gehouden met toekomstige, louter potentiële voordelen, omdat deze maatregelen nog niet ten uitvoer waren gelegd. Het arrest *Grace en Sweetman* is volgens het Hof vergelijkbaar met de arresten *Briels* en *Orléans*, omdat bij de passende beoordeling wordt uitgegaan van dezelfde veronderstelling dat toekomstige voordelen de gevolgen van het windmolenpark voor dat gebied zullen wegnemen, hoewel deze voordelen ook niet zeker zijn.<sup>556</sup> Hieraan voegt het Hof toe dat de eventuele positieve gevolgen van het later ontwikkelen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied wordt gecompenseerd, in het algemeen moeilijk te voorspellen of pas later zichtbaar zijn.<sup>557</sup>

### 6.7.2.1 Beschermings-/mitigerende maatregelen: implementatie in Nederland

Ook in Nederland is vaste rechtspraak dat met mitigerende of beschermingsmaatregelen rekening mag worden gehouden in de passende beoordeling.<sup>558</sup> Daarnaast is het vaste

---

<sup>550</sup> C-142/16 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 24-28.

<sup>551</sup> C-142/16 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 37-38.

<sup>552</sup> C-142/16 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 43-44. De resultaten van de uitgevoerde meting zouden volgens het Hof 'mogelijkerwijs niet relevant zijn indien de meting plaatsvindt gedurende perioden waarin de centrale van Moorborg het continue koelmechanisme niet gebruikt'. Het Hof wijst er tevens op dat de meting enkel het aantal vissen beoogde te tellen dat erin was geslaagd via de vistrap een (op 30 km van de centrale gelegen) dam in de Elbe te passeren.

<sup>553</sup> C-142/16 (*Kolencentrale Moorborg*), r.o. 43-44. De resultaten van de uitgevoerde meting zouden volgens het Hof 'mogelijkerwijs niet relevant zijn indien de meting plaatsvindt gedurende perioden waarin de centrale van Moorborg het continue koelmechanisme niet gebruikt'. Het Hof wijst er tevens op dat de meting enkel het aantal vissen beoogde te tellen dat erin was geslaagd via de vistrap een (op 30 km van de centrale gelegen) dam in de Elbe te passeren. Het Hof spreekt in dit kader expliciet over 'dit' toezicht.

<sup>554</sup> Zie voor een andere interpretatie van deze passage Kaajan, *M en R* 2017/109, par. 5-6 en Frins, *TBR* 2017/148, par. 4-5.

<sup>555</sup> C-164/17 (*Grace & Sweetman*), r.o. 28.

<sup>556</sup> C-164/17 (*Grace & Sweetman*), r.o. 49.

<sup>557</sup> C-164/17 (*Grace & Sweetman*), r.o. 52.

<sup>558</sup> Zie bijv. ABRvS 7 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1090 (*Drimmelen*);

rechtspraak van de Afdeling dat deze maatregelen niet al in de voortoets in aanmerking mogen worden genomen.<sup>559</sup> In de uitspraak die volgde op het arrest Briels bevestigde de Afdeling nogmaals dat compenserende maatregelen niet in de passende beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen.<sup>560</sup>

### 6.7.2.2 Beschermings-/mitigerende maatregelen: implementatie in Vlaanderen

Uit de uitspraak van de Raad van State in *Orléans* (na diens prejudiciële vraag aan het HvJ EU) lijkt men geen rekening te mogen houden in de passende beoordeling met instandhoudingsmaatregelen.<sup>561</sup> De rechter ging in die zaak expliciet in op het argument van de verwerende partij, het Vlaamse Gewest, dat met instandhoudingsmaatregelen (stedenbouwkundige voorschriften) ervoor gezorgd kon worden dat er niet een betekenisvolle aantasting zou plaatsvinden (ook al zouden er 20 hectaren schorren en slikken als gevolg van de geplande Antwerpse havenuitbreiding (het Saeftingedok) verdwijnen). De Raad van State stelde dat dat niet kon - want het kon in dergelijk geval niet gaan om een instandhoudingsmaatregel (mogelijkerwijs een compenserende maatregel).<sup>562</sup>

### 6.7.3 Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – programma

#### 6.7.3.1 PAS: Europeesrechtelijke toelaatbaarheid programma

In de zaak die leidde tot het PAS-arrest van het HvJ ging het om de verlening van een vergunning aan agrarische bedrijven waarvan de stikstofdepositie in de betreffende Natura 2000-gebieden werd beoordeeld onder verwijzing naar de passende beoordeling van de gevolgen van een programma.<sup>563</sup> Overbelasting van stikstofdepositie in 118 van de 162 Nederlandse Natura 2000-gebieden – met de veehouderij als belangrijkste nationale bron van uitstoot – vormde de aanleiding voor de ontwikkeling van een Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) 2015-2021. De overbelasting en de daardoor veroorzaakte overschrijding van de kritische depositiewaarde voor aangewezen habitattypen en leefgebieden, vormde een probleem voor de realisering van de instandhoudingsdoelstellingen voor de stikstofgevoelige natuurwaarden in de Natura 2000-gebieden. Het PAS kende een dubbeldoelstelling van enerzijds behoud en herstel van in het PAS opgenomen Natura 2000-gebieden om landelijk een gunstige staat van instandhouding te bereiken, en anderzijds het faciliteren van economische ontwikkelingen die stikstofdepositie veroorzaken. Het PAS was gebaseerd op de aanname dat de stikstofdepositie zou dalen, waarbij de daling voor de helft zou worden ingezet als depositieruimte voor nieuwe economische activiteiten. Voor ieder in het PAS opgenomen Natura 2000-gebied is een afzonderlijke gebiedsanalyse gemaakt. Deze vormden samen met het algemene deel van de passende beoordeling van het PAS op gebiedsniveau de passende beoordeling in de zin van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn. Na inwerkingtreding van het

<sup>559</sup> ABRvS 14 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:832 (*Visvergunning Noordense plas*); ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3217 (*Ulvenhout, Hertespoor*).

<sup>560</sup> ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4431 (*Tracébesluit A2*) r.o. 11.6. Dat compenserende maatregelen niet in de passende beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen, viel ook al af te leiden uit ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1933 (*IJburg-II*), r.o. 2.5.3.

<sup>561</sup> RvS 20 december 2016, nr. 236.837, *Orléans*, r.o. 8.3.-8.5.

<sup>562</sup> RvS 20 december 2016, nr. 236.837, *Orléans*, r.o. 8.6. Zie ook Schoukens 2020, p. 38.

<sup>563</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 88.

PAS kon bij vergunningverlening voor stikstofdepositie-veroorzakende activiteiten gebruik worden gemaakt van de aan het PAS ten grondslag liggende passende beoordeling.<sup>564</sup>

In het PAS-arrest oordeelde het HvJ EU dat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn niet in de weg staat aan een programmatische aanpak waarmee een vergunning voor projecten kan worden verleend op basis van een passende beoordeling die in een eerder stadium is uitgevoerd en volgens welke een bepaalde totale hoeveelheid stikstofdepositie verenigbaar is met de instandhoudingsdoelstellingen.<sup>565</sup> Bovendien overweegt het HvJ EU dat, hoewel plannen en projecten volgens het HvJ EU in de regel individueel dienen te worden beoordeeld, een programmatische aanpak met een in een eerder stadium uitgevoerde integrale effectbeoordeling beter geschikt is om te kijken naar de cumulatieve gevolgen van stikstofdeposities van meerdere projecten in de betrokken gebieden.<sup>566</sup> Wel geldt (ook) bij een programmatische aanpak dat toestemmingverlening enkel mogelijk is wanneer gegarandeerd kan worden dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat geen van de plannen of projecten schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het/de betrokken gebied(en), na een grondige en volledige toetsing van de wetenschappelijke deugdelijkheid van de – aan het programma ten grondslag liggende – passende beoordeling.<sup>567</sup> Ook het hanteren van een drempel- of grenswaarde<sup>568</sup> in het kader van een programmatische aanpak is in beginsel mogelijk, waarbij ook hierbij geldt dat uit de – aan de programmatische aanpak ten grondslag liggende – passende beoordeling moet blijken dat geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat die plannen of projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden.<sup>569</sup> Voorts mag bij de op grond van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn nodige passende beoordeling van het programma geen rekening worden gehouden met de positieve of verwachte positieve gevolgen van instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen die nodig zijn om te voldoen aan de verplichtingen uit art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn.

### 6.7.3.2 PAS – toelaatbaarheid programma: implementatie in Nederland

De mogelijkheid om een programma vast te stellen is thans opgenomen in art. 13 lid 1 sub a Wnb. Art. 2.9 lid 1 Wnb stelt projecten die worden beschreven in en gerealiseerd conform een programma in de zin van art. 1.13 lid 1 Wnb, vrij van de in art. 2.7 lid 2 Wnb opgenomen vergunningplicht. In de PAS-uitspraak herhaalt de Afdeling het door het HvJ EU gegeven antwoord dat art. 6 lid 3 Habitatrictlijn niet in de weg staat van een nationale regeling op grond waarvan in het kader van een programmatische aanpak (1) de bevoegde instanties een vergunning voor projecten kunnen verlenen op basis van een passende beoordeling die in een

---

<sup>564</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 26-32.

<sup>565</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 104.

<sup>566</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 94-97.

<sup>567</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 98-101 & 104.

<sup>568</sup> In de PAS was voor bepaalde projecten die een bepaalde drempel- of grenswaarde voor stikstofdepositie niet overschreden, geen individuele toestemming vereist. Voor projecten en andere handelingen die een stikstofdepositie veroorzaakten die lager was dan 0,05 mol N/ha/jaar, was geen toestemming nodig. Projecten en andere handelingen die een stikstofdepositie veroorzaakten van minimaal 0,05 mol N/ha/jaar tot maximaal 1 mol N/ha/jaar waren eveneens zonder voorafgaande toestemming toegestaan, maar hiervoor gold wel een meldingsplicht. Projecten en andere handelingen die een stikstofdepositie veroorzaakten boven de grenswaarde 1 mol N/ha/jaar waren onverkort vergunningplichtig. Leidde het project of de andere handeling in het laatstgenoemde geval tot een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie, dan kon de vergunning worden verleend als het bevoegd gezag daarvoor ontwikkelingsruimte toedeelde. HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 34-35.

<sup>569</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 112.

eerder stadium is uitgevoerd en volgens welke een bepaalde totale hoeveelheid stikstofdepositie verenigbaar is met de instandhoudingsdoelstellingen van die regeling en (2) voor bepaalde projecten die een bepaalde drempel- of grenswaarde voor stikstofdepositie niet overschrijden geen individuele toestemming is vereist.<sup>570</sup> De Afdeling stelt vast dat uit het PAS-arrest volgt dat het HvJ EU het toestaan van activiteiten op basis van een programmatische aanpak zoals het PAS, niet principieel in strijd acht met art. 6 lid 3 Habitatrictlijn.<sup>571</sup> Het door appellanten aangevoerde betoog dat het PAS-beoordelingskader zonder meer in strijd is met art. 6 lid 3 Habitatrictlijn - omdat niet is voorzien in individuele toetsing van de activiteiten die zijn uitgezonderd van de vergunningplicht en omdat niet is voorzien in een individuele beoordeling van vergunningplichtige activiteiten, slaagt dus volgens de Afdeling ook niet.<sup>572</sup> Op zichzelf overweegt de Afdeling overigens niet uitdrukkelijk dat een programma ook 'beter geschikt' is voor de cumulatieve gevolgen van stikstofveroorzakende activiteiten, zoals het HvJ EU in zijn arrest wel deed.<sup>573</sup> De Afdeling herhaalt enkel de bewoordingen van het HvJ EU. De Afdeling overweegt daarentegen wél expliciet dat een programma 'een adequaat instrument kan zijn' voor het treffen van maatregelen voor het behoud, herstel of het voorkomen van achteruitgang van natuurwaarden, die moeten worden getroffen ter uitvoering van art. 6 lid 1 en 2 Habitatrictlijn. De Afdeling ziet voor het programma eerder een rol weggelegd bij de uitvoering van die verplichtingen.<sup>574</sup>

Wel herhaalt de Afdeling het oordeel van het HvJ EU dat de passende beoordeling van een programma, net als bij individuele plannen of projecten, aan alle eisen van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn dient te voldoen. De Afdeling oordeelt vervolgens dat de passende beoordeling die aan het PAS ten grondslag is gelegd niet voldoet aan de eisen die daarvoor volgens het HvJ EU op grond van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn gelden. In paragraaf 6.7.4, in het kader van de bespreking van de eisen aan mitigerende of beschermingsmaatregelen die in een passende beoordeling in aanmerking worden genomen, zal het oordeel van de Afdeling hieromtrent nader worden toegelicht.

### 6.7.3.3 PAS – toelaatbaarheid programma: implementatie in Vlaanderen

Volgens art. 50ter lid 4 Natuurdecreet zou de programmatische aanpak "een plan van aanpak" t.a.v. de bronnen van milieudruk en een herstelbeleid moet behelzen om verdere verslechtering te voorkomen.<sup>575</sup> Verder is lid 4 is niet specifiek (hetgeen verhindert om een programmatische aanpak, bijvoorbeeld t.a.v. stikstofuitstoot, operationeel te maken op een manier zoals dat in Nederland gebeurt is met het PAS).<sup>576</sup> Een dergelijke aanpak is daarom tot op heden niet uitgewerkt.

---

<sup>570</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, *einduitspraak*), r.o. 5.

<sup>571</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, *einduitspraak*), r.o. 1.6 & 28.

<sup>572</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, *einduitspraak*), r.o. 5.1.

<sup>573</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 94-97.

<sup>574</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, *einduitspraak*), r.o. 28.2.

<sup>575</sup> Art. 50ter lid 4, punt 1 en 2.

<sup>576</sup> H. Schoukens, Stikstofdepositie en de EU-Habitatrictlijn na het PAS-arrest van 7 november 2018: limieten aan de groei of een 'business as usual'? *TMR* (4), 2019, p. 432.



## 6.7.4 Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS

### 6.7.4.1 Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – Europeesrechtelijke eisen

Het PAS voorzag in gebiedsspecifieke herstelmaatregelen, zoals hydrologische en extra vegetatiemaatregelen, en in bronmaatregelen, zoals stalmaatregelen, maatregelen voor emissiearme bemesting en voer- en managementmaatregelen. Met deze maatregelen zou de draagkracht van de natuur verbeteren en zou er sprake zijn van een extra daling van de stikstofdepositie ten opzichte van de (reeds ingezette) daling op grond van maatregelen die buiten het PAS waren getroffen en een autonome daling zouden veroorzaken.<sup>577</sup>

In het PAS-arrest stelde de Afdeling het HvJ de vraag of en onder welke voorwaarden instandhoudingsmaatregelen in de zin van art. 6 lid 1 Habitatrictlijn, preventieve maatregelen in de zin van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn en autonome ontwikkelingen in een passende beoordeling als bedoeld in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn mochten worden betrokken.

Het HvJ EU oordeelde dat in de passende beoordeling niet kan worden verwezen naar of geen beroep kan worden gedaan op de positieve effecten van instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen om de negatieve effecten van een project te voorkomen of te verminderen.<sup>578</sup>

Daarnaast geldt volgens het HvJ EU voor álle in het PAS opgenomen maatregelen – dus zowel voor instandhoudings- en passende maatregelen als voor beschermings- of mitigerende maatregelen – dat deze niet mogen worden betrokken in een passende beoordeling als de ‘verwachte’ voordelen ervan niet vaststaan.<sup>579</sup> De verwachte voordelen van maatregelen staan niet vast, wanneer, zoals volgens het HvJ EU voor een deel van de – deels nog niet getroffen - PAS-maatregelen het geval was, nog niet was uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zouden worden gebracht, of wanneer het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakte dat zij met zekerheid in kaart zouden worden gebracht of gekwantificeerd.<sup>580</sup>

### 6.7.4.2 Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – implementatie in Nederland

Met behulp van het PAS kon depositieruimte worden uitgegeven, die zou worden verkregen uit (in het kader van het PAS) getroffen en te treffen bron- en herstelmaatregelen en uit autonome ontwikkelingen. In de PAS-uitspraak geeft de Afdeling, aan de hand van het PAS-arrest en de daaraan voorafgaande rechtspraak van het HvJ EU, een oordeel over de te stellen eisen aan (beschermings- of mitigerende) maatregelen die in een passende beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen. Uit de aan de PAS ten grondslag liggende passende beoordeling is volgens de Afdeling niet de zekerheid verkregen dat de depositie die in 2014 plaatsvond en de depositie die gedurende de PAS-periode van zes jaar kon gaan plaatsvinden, de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden niet zouden aantasten.<sup>581</sup> Kort en goed liggen hieraan volgens de Afdeling twee redenen ten grondslag.

<sup>577</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 33.

<sup>578</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 123-124.

<sup>579</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 130.

<sup>580</sup> HvJ 7 november 2018, C-293/17 en 294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (PAS), r.o. 127-128 & 130.

<sup>581</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, *einduitspraak*), r.o. 28.1.

In de eerste plaats mogen in de passende beoordeling de verwachte voordelen van instandhoudings- en passende maatregelen, oftewel maatregelen die krachtens art. 6 lid 1 en 2 Habitatrichtlijn nodig zijn voor behoud en het voorkomen van verslechtering en verstoring van habitattypen en soorten die zich niet in een gunstige staat van instandhouding bevinden, en van autonome ontwikkelingen niet worden betrokken bij de beoordeling of de negatieve gevolgen van een plan of project (en dus ook van de toedeling van depositieruimte), kunnen worden voorkomen of verminderd. Dit leidt de Afdeling af uit rechtsoverwegingen 123 en 124 van het PAS-arrest.<sup>582</sup> Instandhoudings- en passende maatregelen kunnen echter wel een andere rol in de passende beoordeling spelen. Hoewel de Afdeling vaststelt dat het HvJ EU – in r.o. 132 van het PAS-arrest – geen uitsluitel geeft over die rol, oordeelt de Afdeling dat hieruit enkel kan volgen dat instandhoudings- en passende maatregelen alleen betrokken kunnen worden bij het beoordelen van de staat van instandhouding van de natuurwaarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen.<sup>583</sup>

In de tweede plaats neemt de Afdeling het oordeel van het HvJ EU over dat de verwachte voordelen van instandhoudings-, passende en beschermingsmaatregelen en autonome ontwikkelingen alleen dan in de passende beoordeling mogen worden betrokken als deze voordelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan.<sup>584</sup> In de passende beoordeling zijn de verwachte voordelen van een aantal PAS-bronmaatregelen, PAS-herstelmaatregelen en van autonome ontwikkelingen betrokken die volgens de maatstaf van het HvJ EU niet vaststonden ten tijde van die beoordeling.

Dat betekent dat maatregelen waarvan de verwachte voordelen niet vaststaan noch konden worden betrokken bij het bepalen van de staat van instandhouding van natuurwaarden, noch bij de beoordeling van de gevolgen van de betrokken projecten voor de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden.<sup>585</sup> Ter onderbouwing van dit oordeel leidt de Afdeling uit het PAS-arrest en aan de daaraan voorafgaande rechtspraak van het HvJ EU uitgangspunten af voor de beoordeling of de verwachte voordelen van bepaalde soorten maatregelen en ontwikkelingen al dan niet kunnen worden betrokken in een passende beoordeling.<sup>586</sup>

Voor instandhoudings- en passende maatregelen geldt volgens de Afdeling dat deze dienen te zijn uitgevoerd op het moment dat de passende beoordeling wordt verricht. Zijn deze ten tijde van de passende beoordeling niet daadwerkelijk uitgevoerd, dan staan de verwachte voordelen hiervan dus niet vast. De Afdeling ontleent dit aan rechtsoverweging 123 van het PAS-arrest. De Afdeling neemt daarnaast het oordeel van het HvJ EU over dat de verwachte voordelen van instandhoudings- en passende maatregelen niet vaststaan wanneer ten tijde van de passende beoordeling nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand worden gebracht, of wanneer het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat die voordelen met zekerheid in kaart worden gebracht of gekwantificeerd.<sup>587</sup>

---

<sup>582</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 11.3.

<sup>583</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 11.4.

<sup>584</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 1.8.

<sup>585</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 27.3-27.5.

<sup>586</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 27.2.

<sup>587</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS, einduitspraak), r.o. 18, punten 5 en 6.

Ook voor beschermingsmaatregelen (evenals voor autonome ontwikkelingen) dient ten tijde van de passende beoordeling te zijn uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht, of dient het niveau van wetenschappelijke kennis het mogelijk te maken dat die voordelen met zekerheid in kaart worden gebracht of gekwantificeerd.<sup>588</sup> Voor beschermingsmaatregelen geldt volgens de Afdeling daarnaast dat de verwachte voordelen van beschermingsmaatregelen (en van autonome ontwikkelingen) in de regel niet vaststaan als deze maatregelen ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd, en de verwachte voordelen afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort, zoals de aanleg van nieuwe of verbetering van bestaande habitattypen, leefgebieden of foerageergebieden. Hiervoor verwijst de Afdeling naar de arresten *Briels*, *Orléans*, *Kolencentrale Moorborg* en *Grace en Sweetman*.<sup>589</sup> Daarbij is het volgens de Afdeling onvoldoende als in een plan of project een voorwaarde is verbonden dat de daardoor veroorzaakte aantasting van natuurwaarden pas mag plaatsvinden nadat de maatregelen zijn uitgevoerd of effect hebben gehad. Ter onderbouwing verwijst de Afdeling ook hiervoor naar het arrest *Orléans*.<sup>590</sup>

Met de genoemde overweging ('in de regel') laat de Afdeling ons inziens enige ruimte voor de vraag of beschermingsmaatregelen alleen in de passende beoordeling kunnen worden meegenomen als deze maatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd of als deze maatregelen een economische functie hebben. Dat die ruimte gering is, illustreert de uitspraak over de Wnb-vergunning voor de herontwikkeling van Radio Kootwijk op de Veluwe. De in de passende beoordeling meegenomen maatregelen, te weten het weghalen van stikstof uit de bodem door middel van pluggen en het verwijderen van invasieve soorten, waren ten tijde van de passende beoordeling nog niet uitgevoerd. De Afdeling verwijst hier onverkort naar haar PAS-uitspraak en herhaalt dat de verwachte voordelen van maatregelen waarvan de verwachte voordelen afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur of het ecologisch systeem – zoals de onderhavige – in de regel niet vaststaan wanneer deze ten tijde van de passende beoordeling niet zijn uitgevoerd.<sup>591</sup> Hetzelfde gold volgens de Afdeling voor de overige maatregelen, zoals het afsluiten van fiets- en wandelpaden en het verwijderen van gebouwen en verhardingen.<sup>592</sup> Ten aanzien van het verwijderen van gebouwen en verhardingen stelt de Afdeling bovendien vast dat deze buiten het betreffende Natura 2000-gebied lagen. De Afdeling sluit hier aan bij haar eerdere rechtspraak<sup>593</sup> dat realisatie van nieuw, vervangend leefgebied buiten het betreffende Natura 2000-gebied – in casu dus op de plaats van de te verwijderen gebouwen en verhardingen – niet als mitigerende maatregel kan worden aangemerkt.<sup>594</sup>

Bij (technische) beschermingsmaatregelen die functioneel verbonden zijn aan de uitvoering van het plan of project, zoals een stilstandvoorziening of geluidscherm, is naar het oordeel van de Afdeling niet vereist dat deze ten tijde van de passende beoordeling al volledig ten uitvoer zijn gelegd. De verwachte voordelen hiervan kunnen echter alleen in de passende

---

<sup>588</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 18, punt 9.

<sup>589</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 18, punt 7. Naar specifieke rechtsoverwegingen uit de genoemde arresten verwijst de Afdeling echter niet.

<sup>590</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 18, punt 7. Ook hier verwijst de Afdeling niet naar specifieke rechtsoverwegingen uit het arrest *Orléans*.

<sup>591</sup> ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1184 (*Radio Kootwijk*), r.o. 17.3.

<sup>592</sup> ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1184 (*Radio Kootwijk*), r.o. 17.6 & 17.10.

<sup>593</sup> ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:345 (*Reevediep, tussenuitspraak*), r.o. 32.4

<sup>594</sup> ABRvS 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1184 (*Radio Kootwijk*), r.o. 17.7.

beoordeling worden betrokken als deze vaststaan. De Afdeling komt op dit uitgangspunt op basis van een ‘redelijke uitleg en toepassing’ van de arresten *Briels, Grace en Sweetman, Kolencentrale Moorborg* en het PAS-arrest.<sup>595</sup> Specifieke rechtsoverwegingen noemt de Afdeling echter niet. De uitspraak over het projectplan Reevediep, waarin deze eis wordt toegepast, laat zien dat bepaalde beschermingsmaatregelen inderdaad, zij het onder bepaalde voorwaarden, kunnen worden meegenomen in de passende beoordeling wanneer zij op dat moment nog niet volledig uitgevoerd zijn. In deze uitspraak was sprake van een beschermingsmaatregel in de vorm van een rietkraag die de visuele verstoring van een broedgebied zou voorkomen. Pas na de uitvoering van de passende beoordeling waren de rieteilanden en -kraag gerealiseerd.<sup>596</sup> Het doel van deze maatregel voorziet daarmee dus niet in het realiseren van nieuw broed- en leefgebied voor vogelsoorten. In dergelijke gevallen zou de effectiviteit immers pas met zekerheid kunnen worden vastgesteld als de aanleg hiervan feitelijk is gerealiseerd. Voor een effectieve werking van een louter visuele barrière is slechts een barrière van voldoende hoogte en dichtheid vereist, ongeacht of dit een natuurlijke afscherming als een rietkraag of een technische, kunstmatige constructie als een scherm betreft. Mede omdat bij de nabijgelegen Veluwerandmeren, dus onder vergelijkbare ecologische omstandigheden, was gebleken dat getransplanteerd riet binnen enkele groeiseizoenen een hoogte van 2 m verkreeg, stond volgens de Afdeling het verwachte voordeel van de - tijdens de passende beoordeling nog niet gerealiseerde - beschermingsmaatregel voldoende vast ten tijde van de passende beoordeling.<sup>597</sup>

Ter afsluiting noemt de Afdeling een viertal algemene eisen die zowel voor instandhoudings- en passende maatregelen als voor beschermingsmaatregelen en autonome ontwikkelingen gelden. Ten eerste moet volgens de Afdeling ten tijde van de passende beoordeling gegarandeerd zijn dat de maatregelen en autonome ontwikkelingen resultaat hebben voordat het plan of project negatieve gevolgen zal hebben. Dat ontleent de Afdeling aan het PAS-arrest. Ten tweede kan een maatregel niet in de passende beoordeling worden betrokken als er wetenschappelijke discussie bestaat over het nut van de maatregel. Dat volgt volgens de Afdeling uit het arrest Oerbos van *Białowieża*. Ten derde betekent volgens de Afdeling het gegeven dat een passende beoordeling definitieve bevindingen moet bevatten, dat de zekerheid of bepaalde voordelen zich zullen voordoen niet afhankelijk mag zijn van monitoring. Daarvoor verwijst de Afdeling naar het arrest *Kolencentrale Moorborg*. Ten slotte moet in de passende beoordeling niet alleen worden gekeken naar de te verwachten positieve gevolgen van de maatregelen en autonome ontwikkelingen, maar ook naar vaststaande of mogelijke nadelige gevolgen van deze maatregelen. Dat volgt volgens de Afdeling uit zowel het PAS-arrest als uit het arrest *Grace en Sweetman*.<sup>598</sup>

#### 6.7.4.3 Beschermings-/mitigerende maatregelen: PAS – implementatie in Vlaanderen

Volgens art. 50ter lid 4 Natuurdecreet zou de programmatische aanpak “*een plan van aanpak*” t.a.v. de bronnen van milieudruk en een herstelbeleid moet behelzen om verdere verslechtering te voorkomen.<sup>599</sup> Verder is lid 4 niet specifiek (hetgeen verhindert om een

<sup>595</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 18, punt 8.

<sup>596</sup> ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4360 (*Reevediep*), r.o. 26.1.

<sup>597</sup> ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4360 (*Reevediep*), r.o. 26.5.

<sup>598</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS, einduitspraak*), r.o. 18, punt 10-13.

<sup>599</sup> Art. 50ter lid 4, punt 1 en 2.

programmatische aanpak, bijvoorbeeld t.a.v. stikstofuitstoot, operationeel te maken op een manier zoals dat in Nederland gebeurd is met het PAS).<sup>600</sup> Of bij de beoordeling negatieve gevolgen kunnen worden voorkomen of verminderd door de verwachte voordelen van instandhoudings- en passende maatregelen en van autonome ontwikkelingen is tot op heden niet nader vastgelegd in Vlaamse wetgeving, noch in Vlaamse rechtspraak op basis van het PAS-arrest.

---

<sup>600</sup> H. Schoukens, Stikstofdepositie en de EU-Habitatrichtlijn na het PAS-arrest van 7 november 2018: limieten aan de groei of een 'business as usual'?. *TMR* (4), 2019., p. 432.

## 7 De randvoorwaarden voor het bij wijze van uitzondering kunnen toestaan van mogelijk schadelijke plannen en projecten: artikel 6 lid 4 Habitatrichtlijn

### 7.1 Algemeen

Wanneer uit een passende beoordeling volgt dat de natuurlijke kenmerken van een SBZ wél worden aangetast, dan kan het bevoegd gezag op grond van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn geen toestemming verlenen voor het plan of project. In dat geval biedt art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn echter de mogelijkheid om het plan of project alsnog doorgang te laten vinden, mits voldaan is aan de ADC-criteria: er dienen (A) geen alternatieven te bestaan, (D) er is sprake van een dwingende reden – met inbegrip van redenen van sociale of economische aard – van groot openbaar belang, (C) waarbij er compenserende maatregelen dienen te worden getroffen om te waarborgen dat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk gewaarborgd blijft. Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, dan kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten worden aangevoerd. Andere dwingende redenen van groot openbaar belang kunnen weliswaar ook worden aangevoerd, maar enkel na advies van de Europese Commissie.

Aangezien met de ADC-toets in een uitzondering wordt voorzien in het in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn neergelegde toestemmingscriterium, dient art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn volgens het HvJ strikt te worden uitgelegd.<sup>601</sup> De ADC-criteria kunnen slechts toegepast worden nadat de gevolgen van een plan of project zijn beoordeeld overeenkomstig art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Kennis van de mate waarin die gevolgen in overeenstemming zijn met de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied, is namelijk onmisbaar voor de toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn, zo heeft het HvJ EU overwogen. De beoordeling van eventuele dwingende redenen van groot openbaar belang en van het bestaan van minder schadelijke alternatieven vereist volgens het HvJ EU immers dat deze belangen worden afgewogen tegen de aantasting van het gebied door het onderzochte plan of project.<sup>602</sup> Om de aard van eventuele compenserende maatregelen te bepalen moeten de aantastingen van dat gebied bovendien nauwkeurig worden geïdentificeerd.<sup>603</sup>

### 7.2 Geen minder schadelijke alternatieven

#### 7.2.1 Alternatieven: Europeesrechtelijk kader

Over de toepassing en interpretatie van het alternatievenonderzoek in het kader van de ADC-toets is tot op heden weinig rechtspraak van het HvJ EU verschenen. Om die reden verwijzen wij op deze plaats hoofdzakelijk naar de eisen die de Europese Commissie stelt aan de alternatieventoets zoals opgenomen in haar richtsnoeren.<sup>604</sup>

---

<sup>601</sup> Zie o.a. HvJ EU 16 juli 2020, C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580 (*WWF Onlus Italia*), r.o. 36; HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Cie. vs. Italië*), r.o. 82.

<sup>602</sup> Zie o.a. HvJ EU 16 juli 2020, C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580 (*WWF Onlus Italia*), r.o. 52; HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Cie. vs. Italië*), r.o. 83.

<sup>603</sup> Zie o.a. HvJ EU 16 juli 2020, C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580 (*WWF Onlus Italia*), r.o. 52; HvJ EG 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Cie. vs. Italië*), r.o. 83.

<sup>604</sup> 'Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats directive' 92/43/EEC'; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019).

Een lidstaat dient volgens de Commissie aan te tonen dat het voor toestemming voorgelegde alternatief het minst schadelijk is voor habitats, de soorten en de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied, en dat geen ander haalbaar alternatief voorhanden is dat geen schadelijke gevolgen zou hebben voor de natuurlijke kenmerken van het gebied. Economische overwegingen moeten daarbij buiten beschouwing worden gelaten.<sup>605</sup> Het alternatievenonderzoek dient niet enkel te zien op de vraag of het plan of project elders zou kunnen worden gerealiseerd, maar ook op de vraag of er alternatieve manieren zijn waarop eenzelfde resultaat of doelstelling kan worden bereikt. Een te beperkt alternatievenonderzoek, waardoor bij voorbaat veel alternatieven afvallen, wordt door het HvJ dan ook niet zonder meer aanvaard.<sup>606</sup> Voor zover wij kunnen nagaan is een te beperkte formulering van een doelstelling als basis voor een alternatievenonderzoek tot op heden niet aan de orde geweest in de rechtspraak van het HvJ EU in het kader van de ADC-toets.

De nuloptie dient allereerst onderzocht te worden, waarbij het bevoegd gezag de noodzaak van het plan of project moet analyseren en aantonen.<sup>607</sup> Daarbij dient te worden overwogen om een voorgesteld plan of project grondig te herzien en/of in te trekken, wanneer negatieve gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van een gebied zijn vastgesteld.<sup>608</sup> Het bevoegd gezag dient onderzoek te doen naar mogelijke alternatieven die minder vergaand ingrijpen in het Natura 2000-gebied.<sup>609</sup> Bij het vergelijken van alternatieven kunnen economische criteria niet bovengeschiedt zijn aan ecologische criteria.<sup>610</sup>

Zoals hierboven werd aangehaald, moet luidens de Commissie worden aangetoond dat het voor toestemming voorgelegde alternatief het minst schadelijk is voor habitats, soorten en natuurlijke kenmerken van een gebied, en dat geen ander haalbaar alternatief voorhanden is dat geen schadelijke gevolgen zou hebben voor de natuurlijke kenmerken.<sup>611</sup> Deze lezing van de Commissie wordt niet onderschreven door de A-G. De A-G heeft zich op het standpunt gesteld dat de keuze niet dwingend hoeft te vallen op het alternatief dat het betrokken gebied het minst aantast. Volgens de A-G moet gekozen worden voor een alternatief op basis van een afweging tussen de aantasting van het Natura 2000-gebied en de desbetreffende dwingende redenen van groot openbaar belang.<sup>612</sup> Beslissend is volgens de A-G of de dwingende reden van groot openbaar belang de realisering van juist dit alternatief vergt, dan wel of daaraan ook kan worden voldaan door een ander – de SBZ minder aantastend – alternatief.<sup>613</sup> Het HvJ heeft deze opvatting van de A-G tot op heden niet expliciet in zijn rechtspraak overgenomen, noch de lezing van de Commissie overgenomen.

---

<sup>605</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 4.

<sup>606</sup> Verbeek 2016, p. 321, onder verwijzing naar HvJ EG 26 oktober 2006, C-239/04, ECLI:EU:C:2006:665 (*Cie. vs. Portugal*). In dit arrest had Portugal volgens het HvJ ten onrechte bepaalde tracés ten westen van het betreffende Natura 2000-gebied niet als alternatieven voor het aan de orde zijnde tracé, dat door dat Natura 2000-gebied liep, aangemerkt.

<sup>607</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 6.

<sup>608</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 39.

<sup>609</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 6; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 39.

<sup>610</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 7; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 40.

<sup>611</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 39.

<sup>612</sup> Concl. A-G Kokott 27 april 2006, C-239/04, ECLI:EU:C:2006:255 (*Cie. vs. Portugal*), r.o. 40.

<sup>613</sup> Concl. A-G Kokott 27 april 2006, C-239/04, ECLI:EU:C:2006:255 (*Cie. vs. Portugal*), r.o. 46; Concl. A-G Kokott 27 oktober 2005, C-209/04, ECLI:EU:C:2005:653 (*Cie. vs. Oostenrijk*), r.o. 72.

De Commissie stelt verder dat er een analyse dient te worden verricht van alle *haalbare* alternatieven die voldoen aan de doelstellingen van het plan of project, met name hoe deze relatief presteren ten opzichte van instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, de natuurlijke kenmerken van het gebied en de bijdrage van het gebied aan de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk. Ook de evenredigheid in termen van kosten moet daarbij volgens de Commissie in aanmerking worden genomen.<sup>614</sup> De economische kosten van de maatregelen die in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van het alternatievenonderzoek, mogen echter niet als enige factor beslissend zijn voor de keuze van alternatieve oplossingen.<sup>615</sup> Dit betekent volgens de Commissie dat niet kan worden aangevoerd dat bepaalde alternatieven niet zijn onderzocht omdat deze te duur zouden zijn.<sup>616</sup> Het HvJ EU heeft in dit licht benadrukt dat de economische kosten van de maatregelen – zoals de hoge kosten voor verwijdering van een bouwwerk – die in aanmerking kunnen worden genomen bij het alternatievenonderzoek, niet even belangrijk zijn als de door de Habitatrictlijn nagestreefde doelstelling van instandhouding van natuurlijke habitats en wilde flora en fauna.<sup>617</sup> In navolging van de Commissie oordeelt dus ook het HvJ EU<sup>618</sup> dat louter de economische kosten niet beslissend kunnen zijn voor de keuze van alternatieve oplossingen.<sup>619</sup>

## 7.2.2 Alternatieven: implementatie in Nederland

Krachtens art. 2.8 lid 4 sub a Wnb dienen er geen alternatieve oplossingen te zijn voor het met gebruikmaking van de ADC-toets verlenen van toestemming voor een plan of project dat de natuurlijke kenmerken van een gebied kan aantasten. De interpretatie en toepassing van deze eis is in verschillende uitspraken van de Afdeling aan bod gekomen.

In navolging van het HvJ is ook de Afdeling van opvatting dat de ADC-toets niet kan plaatsvinden wanneer de gevolgen van een plan of project niet voldoende passend zijn beoordeeld. Zo komt de Afdeling in haar uitspraak over *Kolencentrale Eemshaven* niet toe aan beoordeling van alternatieven (noch aan dwingende redenen van groot openbaar belang), omdat de precieze omvang en aard van de effecten op de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied in de passende beoordeling niet waren vastgesteld.<sup>620</sup> Indien op grond van de passende beoordeling voldoende kennis bestaat van de gevolgen van het plan of project voor de instandhoudingsdoelstellingen, dan dient volgens de Afdeling bij het aanleggen van de ADC-toets de volgorde worden aangehouden zoals art. 6 lid 4 Habitatrictlijn deze vermeldt.<sup>621</sup> Eerst moet dus worden onderzocht of een alternatieve

---

<sup>614</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 39.

<sup>615</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 40, onder verwijzing naar HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 77.

<sup>616</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 40.

<sup>617</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 77. Het ging in deze zaak om de analoge toepassing van een alternatieventoets in het kader van art. 6 lid 2 Habitatrictlijn, voor een bouwwerk – een brug – waarvoor geen habitattoets was verricht.

<sup>618</sup> HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga Sachsen*), r.o. 77; HvJ EU 16 juli 2020, C-411/19, ECLI:EU:C:2020:580 (*WWF Onlus Italia*), r.o. 41.

<sup>619</sup> Volgens Backes c.s. mag hieruit niet de conclusie worden getrokken dat financiële belangen geheel geen rol mogen spelen bij de beoordeling van alternatieven, met dien verstande dat de marges om met economische overwegingen rekening te houden weliswaar erg klein zijn. Volgens Backes c.s. hoeven geheel niet financierbare (en dus niet *haalbare*) projecten of uitvoeringsvarianten echter niet in beschouwing te worden genomen. Zie Backes 2017, p. 149.

<sup>620</sup> ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684 (*Kolencentrale Eemshaven*).

<sup>621</sup> ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (*Westerschelde Container Terminal*).



oplossing voor het plan of project bestaat die gepaard gaat met een geringere aantasting van het Natura 2000-gebied.

Een alternatief voor een project moet geschikt zijn om de doelstellingen van het project te bereiken. Het te beperkt formuleren van een probleemdoelstelling – die wordt gehanteerd als basis voor alternatievenonderzoek – en/of het hanteren van een te beperkt uitgangspunt voor het alternatievenonderzoek, mag er echter niet toe leiden dat het aantal te onderzoeken alternatieven wordt beperkt.<sup>622</sup> In dat kader kan worden gewezen op de uitspraak over de *Westerschelde Container Terminal*, waarin de Afdeling de beperkte formulering van de probleemdoelstelling, gericht op de vraag hoe in het haven- en industriegebied Vlissingen-Oost kan worden ingespeeld op groeiend containervervoer van het project niet accepteert als uitgangspunt voor het onderzoeken van alternatieven om het *doel* (namelijk het versterken van de regionale economische structuur) van de Westerschelde Container Terminal te bereiken. In het onderzoek waren geen alternatieven buiten de Zeeuwse regio in aanmerking genomen en er was geen onderzoek gedaan naar andere activiteiten binnen de regio waarmee de werkgelegenheid kon worden bevorderd. Ook had het bevoegd gezag geen alternatieve locaties voor de vestiging van een containerterminal gezocht, of andere activiteiten waarmee de haven van Vlissingen-Oost zou kunnen uitbreiden en haar positie zou kunnen versterken.<sup>623</sup>

Vergelijkbaar is de uitspraak over *Windpark Emmapolder*, waarvoor door het bevoegd gezag geen alternatieven waren onderzocht die niet binnen 3,5 jaar gerealiseerd zouden kunnen. Deze tijdsspanne van 3,5 jaar betrof volgens de Afdeling echter een te grote beperking. Dat door het loslaten van de eis om het project binnen 3,5 jaar te realiseren de kabinetsdoelstelling om in 2011 2000 MW extra windenergie op land te realiseren, niet (geheel) kon worden gehaald, was voor de Afdeling onvoldoende om de beperking te rechtvaardigen.<sup>624</sup> Het alternatievenonderzoek voor aanleg van de Tweede Maasvlakte voldeed volgens de Afdeling wel. In het begin van de besluitvorming waren de mogelijkheden in onder andere de havenregio's Rijnmond, Amsterdam/Noordzeekanaal en Delfzijl/Eemshaven verkend en vervolgens werd ingezoomd op de regio Zuidwest Nederland (Moerdijk, Terneuzen, Vlissingen). Als alternatief werden ook de mogelijkheden tot inbreiding en intensivering van de bestaande Rotterdamse haven bekeken.<sup>625</sup>

In de uitspraak over de *Planologische Kernbeslissing Reevediep*, waarvan de projectdoelstelling verlaging van de waterstand betrof, deed zich de vraag voor of ook dijkversterking als alternatief voor de rivierverruiming door een hoogwatergeul in beschouwing had moeten worden genomen. Volgens de Afdeling was dit niet het geval, omdat rivierverruiming uit veiligheidsoverwegingen prevaleert boven dijkversterking.<sup>626</sup> Hoogwaterveiligheid – ‘openbare veiligheid’ in de zin van art. 2.8 lid 5 sub a Wnb – vormde hier overigens juist de dwingende reden van groot openbaar belang.<sup>627</sup>

---

<sup>622</sup> Backes 2017, p. 148.

<sup>623</sup> ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (*Westerschelde Container Terminal*).

<sup>624</sup> ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4011 (*Windpark Emmapolder*), r.o. 2.12.

<sup>625</sup> ABRvS 26 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS3915 (*PKB Tweede Maasvlakte*), r.o. 2.12.12-2.12.13.

<sup>626</sup> ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*), r.o. 8.3.

<sup>627</sup> ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*), r.o. 9.

In de uitspraak over de *Blankenburgverbinding* gaat de Afdeling akkoord met een toelichting op het wijzigingsbesluit, waarin is uiteengezet waarom de in het plan-MER beoordeelde alternatieven (te weten varianten van de gekozen Nieuwe Westelijke Oeververbinding en acht andere maatregelen, zoals een kilometerheffing) die wel de bereikbaarheid van het gebied zouden kunnen verbeteren, uit het oogpunt van natuurbescherming geen betere oplossingen zijn dan het gekozen tracé. Uit het plan-MER leidt de Afdeling daarnaast af dat er geen andere alternatieven voor het gekozen tracé voorhanden zijn.<sup>628</sup> In de uitspraak over *Overnachtingshaven Lobith* wordt, voor wat betreft de alternatieventoets, niet verwezen naar een MER. De Afdeling oordeelt dat in het betreffende ADC-toetsrapport voldoende onderzoek is verricht naar alternatieven, waarbij is gekeken naar de nuloptie, twee beleidsalternatieven en naar verschillende locatievarianten.<sup>629</sup>

### 7.2.3 Alternatieven: implementatie in Vlaanderen

Het Natuurdecreet stelt dat er afgeweken kan worden van de regel dat een plan of project met significante impact niet vergund kan worden als er wordt voldaan aan de ADC-voorwaarden genoemd in lid 5 van art. 36ter van het Natuurdecreet. Voorop wordt vereist dat er geen minder schadelijke alternatieve oplossingen blijken te zijn voor een activiteit die een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van gebied kan veroorzaken.<sup>630</sup> Ook moeten er dwingende redenen van groot openbaar belang blijken. Tenslotte moeten de nodige compenserende maatregelen genomen zijn. Van die compenserende maatregelen is tevens vereist dat die van dien “aard” zijn dat zij een “evenwaardige habitat” en “gelijkaardige oppervlakte” actief hebben ontwikkeld.<sup>631</sup> De Vlaamse regering mag nadere regels vaststellen voor het onderzoeken van minder schadelijke alternatieven.<sup>632</sup>

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft nog recentelijk bevestigd dat de ADC-toets moet worden toegepast in navolging van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn als de passende beoordeling in kwestie aangeeft dat significante negatieve effecten van het plan of project niet uitgesloten kunnen worden.<sup>633</sup>

De interpretatie en toepassing van de eis van alternatievenafweging in art. 36ter lid 5 Natuurdecreet is besproken in de rechtspraak die betrekking heeft op Vlaamse natuurbescherming, vooral in de rechtspraak van de Raad van State. Zo verkleinde de Raad in *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever* de omvang van een alternatievenafweging tot die alternatieven die realistisch zijn.<sup>634</sup> De logica lijkt hier dat beleidsalternatieven die weinig zijn onderbouwd de alternatievenafweging kunnen ondermijnen.<sup>635</sup> Wat al dan niet een realistisch alternatief is blijft echter een onderwerp van discussie.<sup>636</sup>

---

<sup>628</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 28.3

<sup>629</sup> ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 22.3.

<sup>630</sup> Art. 36ter lid 5 Natuurdecreet.

<sup>631</sup> Art. 36ter lid 5 1° en 2° Natuurdecreet.

<sup>632</sup> Art. 36ter lid 5 Natuurdecreet

<sup>633</sup> RvVB, 31 maart 2020 met nummer RvVb-S-1920-0697, *Groen*, r.o. 1.

<sup>634</sup> RvS 11 maart 2009, nr. 191.265, *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever*.

<sup>635</sup> Schoukens e.a. 2011, p. 222.

<sup>636</sup> Schoukens 2019, p. . 441.

Verder heeft de Raad van State in *Schramme* bepaald dat in elk geval een nulalternatief bekeken moet worden. In dat geval ging het om de bouw van een nieuwe weg nabij een zeehavengebied. Er werd voldaan aan deze eis door een omschrijving te geven van de verkeersproblematiek in en rond dat gebied.<sup>637</sup>

Voorts oordeelde de Raad dat als een alternatief wordt opgeworpen bij inspraak op het openbaar onderzoek, dat alternatief in de regel niet hoeft meegenomen te worden. Zo stelde de Raad in *Tavernier* dat dit ook niet hoeft als er via inspraak twee alternatieve locaties voorgesteld werden die vermeend minder milieudruk zouden hebben op een gebied.<sup>638</sup> Uit recente rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen blijkt dat als verzoekende partijen een alternatievenafweging in twijfel trekken, zij wel op “*duidelijke en concrete wijze*” dienen aan te geven om welke redenen en op welke wijze de bestreden beslissing in strijd is met art. 36ter lid 5 Natuurdecreet.<sup>639</sup>

## 7.3 Dwingende redenen van groot openbaar belang

### 7.3.1 Dwingende redenen: Europeesrechtelijk kader

Wanneer is aangetoond dat er geen alternatieven bestaan, dient onderzocht te worden of het plan of project nodig is om dwingende redenen van groot openbaar belang.<sup>640</sup> Dat een bepaald belang als ‘groot openbaar belang’ kan worden gekwalificeerd, is nog onvoldoende om een aantasting van een Natura 2000-gebied te rechtvaardigen. Zoals eerder vermeld<sup>641</sup> dient het bevoegd gezag een afweging te maken, waaruit moet blijken dat de dwingende reden van groot openbaar belang zwaarder weegt dan de aantasting van het betreffende Natura 2000-gebied.<sup>642</sup> De door het bevoegd gezag aan te voeren ‘dwingende reden van groot openbaar belang’ dient zowel ‘openbaar’ als ‘groot’ te zijn, en dusdanig dat deze kan worden afgewogen tegen de door de richtlijn nagestreefde doelstelling van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (en dit uiteindelijk ook overstijgt).<sup>643</sup> De Commissie neemt aan dat het openbaar belang alleen groot is als sprake is van een langetermijnbelang. Economische kortetermijnbelangen en andere belangen die alleen op korte termijn maatschappelijke voordelen opleveren, wegen volgens de Commissie niet op tegen de langdurige instandhoudingsdoelstellingen die de Habitatrichtlijn beschermt.<sup>644</sup>

In de Europese rechtspraak is tot op heden een aantal belangen als ‘dwingende reden van groot openbaar belang’ aangemerkt. Hoewel ook een particulier project – door zijn aard zelf of door de economische of sociale gevolgen ervan – onder bepaalde omstandigheden kan

---

<sup>637</sup> RvS 16 maart 2010, nr. 201.909, *Schramme*, r.o. 17.

<sup>638</sup> RvS 16 maart 2010, nr. 201.908, *Tavernier*, r.o. 17.

<sup>639</sup> RvVB, 31 maart 2020 met nummer RvVb-S-1920-0697, *Groen*, r.o. 1.

<sup>640</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 40, onder verwijzing naar C-239/04, r.o. 36-39.

<sup>641</sup> Zie par. 7.2.1 van dit rapport.

<sup>642</sup> Ook de Commissie gaat hiervan uit, zie Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC (Januari 2007), p. 8; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 41.

<sup>643</sup> HvJ EU 16 februari 2012, C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, (*Solvay*), r.o. 75; HvJ EU 11 september 2012, C-43/10, ECLI:EU:C:2012:560 (*Griekenland*), r.o. 121.

<sup>644</sup> Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC (Januari 2007), p. 8; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 41.

worden aangemerkt als van ‘groot openbaar belang’, kwalificeert de aanleg van infrastructuur ten behoeve van een administratief centrum niet als zodanig.<sup>645</sup> De irrigatie en de drinkwatervoorziening *kunnen* echter, *in casu*, wel worden gezien als ‘groot openbaar belang’ waarvoor art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn – voor een project ter omleiding van een rivier<sup>646</sup> – kan worden toegepast, evenals mijnbouwactiviteiten ten gunste van de lokale economie.<sup>647</sup> Ook de bevoorradingzekerheid van elektriciteit werd door het HvJ EU aangemerkt als dwingende reden van groot openbaar belang.<sup>648</sup>

### 7.3.2 Dwingende redenen: implementatie in Nederland

In art. 2.8 lid 4 sub b Wnb is bepaald dat een plan of project dat de natuurlijke kenmerken van een gebied kan aantasten, nodig moet zijn om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard. Gaat het om gevolgen voor een prioritair habitat of een prioritaire soort, dan bepaalt art. 2.8 lid 5 dat de dwingende reden van groot openbaar belang nodig moet zijn vanwege ofwel (sub a) de menselijke gezondheid, openbare veiligheid of voor het milieu wezenlijk gunstige effecten, ofwel (sub b) andere dwingende redenen van groot openbaar belang, na advies van de EC.

Uit de rechtspraak van de Afdeling blijkt dat eerst beoordeeld wordt of het belang dat met een plan of project gemoeid is, in zijn algemeenheid een dwingende reden van groot openbaar belang zou kunnen zijn.<sup>649</sup> De dwingende reden van groot openbaar belang zal vervolgens overtuigend moeten worden aangetoond. Is het hierboven beschreven alternatievenonderzoek – vanwege een te beperkte vraagstelling of probleemstelling als uitgangspunt voor het te verrichten alternatievenonderzoek – ontoereikend, dan kan voorkomen dat de Afdeling ook niet toekomt aan een beoordeling van de vraag of sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang.<sup>650</sup>

In de rechtspraak van de Afdeling is inmiddels een aantal belangen als ‘dwingende reden van groot openbaar belang’ aangenomen. Ook de rechtspraak over de beoordeling van ‘dwingende redenen’ (en over de uitleg van de alternatieventoets) in het soortenbeschermingsrecht is daarbij van belang voor het gebiedsbeschermingsrecht, omdat deze vereisten ook in het soortenbeschermingsrecht gelden. Gewezen kan worden op het

---

<sup>645</sup> HvJ EU 16 februari 2012, C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, (*Solvay*), r.o. 77-78.

<sup>646</sup> HvJ EU 11 september 2012, C-43/10, ECLI:EU:C:2012:560 (*Griekenland*), r.o. 122. Dit betekent dus niet dat drinkwatervoorziening en irrigatieprojecten *te allen tijde* kunnen worden aangevoerd als dwingende redenen van groot openbaar belang, zoals de Commissie benadrukt, zie Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 41.

<sup>647</sup> HvJ EU 24 november 2011, C-404/09, ECLI:EU:C:2011:768 (*Cie. vs. Spanje*), r.o. 109.

<sup>648</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622 (*Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*), r.o. 155.

<sup>649</sup> Zie bijv. ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (*Westerschelde Container Terminal*), r.o. 2.19 (*regionaal werkgelegenheidsbelang*); ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4011 (*Windpark Emmapolder*), r.o. 2.16 (*opwekken van duurzame energie*); ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (*Kempenbaan-West*) r.o. 10.2 (economische redenen, sociale/leefbaarheidsredenen, gezondheids-/verkeersveiligheidsredenen); ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 23.3 (*veiligheidsredenen scheepvaart*).

<sup>650</sup> ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (*Westerschelde Container Terminal*), r.o. 2.19; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4011 (*Windpark Emmapolder*), r.o. 2.16.

werkgelegenheidsbelang,<sup>651</sup> het volkshuisvestingsbelang,<sup>652</sup> het belang van het opwekken van duurzame energie,<sup>653</sup> de openbare veiligheid en volksgezondheid<sup>654</sup> en nationale economische belangen.<sup>655</sup> Deze belangen vormen niet zonder meer en altijd een dwingende reden van groot openbaar belang, maar kunnen dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, wel zijn.

In de uitspraak over de *Blankenburgverbinding* oordeelde de Afdeling dat het tracé als extra ontsluitingsroute nodig was in verband met argumenten – namelijk het verbeteren van de veiligheid van het *Haven Industrieel Complex* in de Rotterdamse Haven – die betrekking hebben op de menselijke gezondheid en de openbare veiligheid als bedoeld in art. 2.8 lid 5, aanhef en onder a, van de Wnb.<sup>656</sup> Een voorbeeld waarin een Nederlandse bestuursrechter een belang niet als ‘openbaar’ heeft aangemerkt, betreft een uitspraak over de bouw van een motel ter verbetering van de bedrijfseconomische situatie van een moteleigenaar. Dat betrof volgens de Rechtbank Haarlem een specifiek particulier belang.<sup>657</sup>

In de uitspraken over de *Kempenbaan-West* en de *Overnachtingshaven Lobith* toetst de Afdeling de vraag of sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang terughoudend. In de uitspraak over de *Kempenbaan-West* oordeelde de Afdeling dat het bevoegd gezag zich in redelijkheid op het standpunt mocht stellen dat nieuwe infrastructuur nodig is in het belang van de economie van de Brainportregio Eindhoven. Het enkele feit dat de Brainportregio volgens de Afdeling van betekenis is voor de nationale economie, is voor de Afdeling al voldoende om te oordelen dat het verbeteren van de bereikbaarheid van Veldhoven-Zuid en een bedrijventerrein een dwingende reden van groot openbaar belang vormt waarvoor de betreffende nieuwe infrastructuur noodzakelijk is. Vanwege het bestaan van een economische reden hoefde volgens de Afdeling niet meer beoordeeld te worden of de sociale en gezondheidsredenen – verbetering van de leefbaarheid en verkeersveiligheid – ook zelfstandig dwingende redenen van groot openbaar belang vormden.<sup>658</sup> In de uitspraak over *Overnachtingshaven Lobith* oordeelde de Afdeling dat het bevoegd gezag in redelijkheid mocht stellen dat het project het belang van de openbare veiligheid diende.<sup>659</sup> Dezelfde redenen die de doelstellingen van het project vormden – als uitgangspunten op basis waarvan het alternatievenonderzoek werd uitgevoerd – fungeerden als ‘dwingende redenen van groot openbaar belang’.<sup>660</sup>

---

<sup>651</sup> Zie bijv. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:112 (*Polderhoofdkanaal*), r.o. 5.1. Het ging hier om een soortenonthefving op basis van art. 75 lid 6 Flora- en Faunawet (thans art. 3.3 lid 4 Wnb).

<sup>652</sup> Zie bijv. ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3701 (*Park Brederode*), r.o. 2.11.3. Ook hier ging het om een soortenonthefving op basis van art. 75 lid 5 Flora- en Faunawet (thans art. 3.3 lid 4 Wnb).

<sup>653</sup> Zie bijv. ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4011 (*Windpark Emmapolder*), r.o. 2.16. Zie ook ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438 (*Windpark Sabina Henrica Polder*), r.o. 9.4. Het betrof hier een soortenonthefving op basis van art. 75 lid 5 Flora- en Faunawet (thans art. 3.3 lid 4 Wnb).

<sup>654</sup> Zie bijv. ook ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*), r.o. 9.

<sup>655</sup> Zie bijv. ABRvS 25 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS3915 (*PKB Tweede Maasvlakte*), r.o. 2.12.15.

<sup>656</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 28.3. Zie bijv. ook ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*), r.o. 9.

<sup>657</sup> Rb. Haarlem 28 november 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AN9193 (*Motel Noordwijkerhout*), r.o. 2.24.

<sup>658</sup> ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (*Kempenbaan-West*) r.o. 10.3.

<sup>659</sup> ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 23.4.

<sup>660</sup> Te weten (1) de vlotheid en veiligheid van het scheepvaartverkeer op de Boven-Rijn en de Waal, (2) het kunnen naleven van de wet- en regelgeving voor vaar- en rusttijden en (3) het bieden van veilige uitwijkmogelijkheden in geval van stremming van de vaarweg.

Na beoordeling van de aangevoerde ‘dwingende redenen’ (en van het uitgevoerde alternatievenonderzoek), toetst ook de Afdeling – in navolging van het HvJ EU en de Commissie<sup>661</sup> – in een afweging of het aangevoerde belang zwaarder weegt dan het belang van instandhouding van de waarden waarvoor het Natura 2000-gebied is aangewezen. Ook dit toetst de Afdeling terughoudend. Zo oordeelde de Afdeling in de uitspraak over de *Blankenburgverbinding* dat aan het belang van gebiedsveiligheid van het zogenaamde *Haven Industrieel Complex* in de Rotterdamse haven in redelijkheid een zwaarder gewicht mocht toekomen dan aan het belang van het voorkomen van (geringe) aantastingen – 0,2 tot 312 m<sup>2</sup> voor verschillende habitattypes – van de betrokken Natura 2000-gebieden.<sup>662</sup> Dit betrof slechts 0,017% van de aanwezige 185 ha. In de uitspraak over de *Kempenbaan-West* was de aantasting, omgerekend in areaalverlies, weliswaar absoluut gezien groter – namelijk 13 tot 787 m<sup>2</sup> per habitatype – maar in relatieve zin eveneens zeer gering, namelijk 0,002 tot 0,026% per habitatype. Ook het economische belang dat met de *Kempenbaan-West* was gediend, mocht daarom volgens de Afdeling in redelijkheid zwaarder wegen.<sup>663</sup> Ook in de uitspraak over *Overnachtingshaven Lobith* wegen de belangen van het project volgens de Afdeling zwaarder dan de aantasting van het Natura 2000-gebied. Daarbij betreft de Afdeling onder andere de omstandigheden dat de effecten op een van de aangetaste habitatype vanwege de geringe leeftijd (nog geen tien jaar oud) minder zwaar wegen en dat de huidige oppervlakte van een bepaald habitatype zeer klein is en de kwaliteit niet uitzonderlijk is, terwijl het aangetaste gebied bovendien minimaal bijdraagt aan de instandhoudingsdoelstelling van het betreffende Natura 2000-gebied, omdat er in de nabije omgeving grotere oppervlakten met een hogere kwaliteit aanwezig zijn.<sup>664</sup>

### 7.3.3 Dwingende redenen: implementatie in Vlaanderen

Het begrip ‘dwingende reden van groot openbaar belang’ wordt genoemd in art. 36ter lid 5 Natuurdecreet, maar wordt niet specifiek omschreven. Iets specifieker is de parlementaire voorbereiding. Daarin stelt de wetgever dat het gaat om onontbeerlijke plannen en projecten die gericht zijn op fundamentele beschermingswaarden (gezondheid, milieu, veiligheid etc.) en op economische of maatschappelijke activiteiten met het oog op het nakomen van specifieke openbare dienstverplichtingen.<sup>665</sup>

Art. 36ter lid 5 Natuurdecreet stelt dat als het gaat om een (deel)gebied met een prioritair habitatype of soort, dan alleen argumenten in aanmerking kunnen komen die de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijk gunstige effecten betreffen. In dergelijke gevallen kunnen, na advies van de Europese Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang ook in aanmerking worden genomen.

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat er door de rechtbank dient te worden onderzocht op basis van de aangevoerde middelen of het om een dwingende reden van groot openbaar belang gaat.<sup>666</sup> Die rechtspraak is ook gevolgd door de Raad van State. In *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever* wordt duidelijk dat in de Vlaamse rechtspraak het

<sup>661</sup> Zie par. 7.2.1 van dit rapport.

<sup>662</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 28.4.

<sup>663</sup> ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (*Kempenbaan-West*) r.o. 10.5.

<sup>664</sup> ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 23.5.

<sup>665</sup> Parl.St. VI.Parl. 2001-02, nr. 967/1, 38.

<sup>666</sup> GwH, 2 juli 2003, nr. 94/2003, r.o. B.36.1.

vermeende openbare belang in twijfel getrokken kan worden, maar dan moet de onredelijkheid van het vermeende openbare belang door de verzoekende partij worden aangetoond. In dat geval haalde men het oordeel van de Europese Commissie aan dat er geen realistische alternatieven bleken te zijn voor het project in kwestie (de aanleg van het Deurganckdok). Zodoende besloot de Raad van State het eerdere oordeel van het Grondwettelijk Hof dat het ging om een project van groot openbaar belang, te bevestigen.<sup>667</sup>

De Raad voor Vergunningsbetwistingen stelde meer recentelijk dat het bestrijden van een beslissing van groot openbaar belang op uitdrukkelijke en duidelijke wijze dient te gebeuren. Wat niet volstaat is “[h]et louter poneren” van een eigen visie: *in casu*, dat het project van groot openbaar belang onzuinig ruimte zou gebruiken en dat het tot biotoopverlies van de Dudzeelse Polder en een aantasting van de natuurwaarden zou leiden.<sup>668</sup>

## 7.4 Compenserende maatregelen

### 7.4.1 Compenserende maatregelen: Europeesrechtelijk kader

De Habitatrictlijn bevat geen definitie van het begrip ‘compenserende maatregelen’. De Commissie omschrijft compenserende maatregelen als maatregelen die bij toepassing van de ADC-criteria moeten worden getroffen, die losstaan van het betreffende project (en de eventueel daaraan verbonden beschermings- of mitigerende maatregelen). Compenserende maatregelen hebben volgens de Commissie tot doel de negatieve resteffecten van een plan of project te compenseren, zodat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk behouden blijft.<sup>669</sup> In het arrest *Briels*<sup>670</sup> oordeelt het HvJ EU dat elke maatregel die geschikt is om de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk te beschermen, als compenserende maatregel kan worden aangemerkt. Noch in het arrest *Briels*, noch in overige rechtspraak tot op heden heeft het HvJ EU echter nadere voorwaarden verbonden aan (het nemen van) compenserende maatregelen bij toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrictlijn. Om die reden verwijzen wij in deze paragraaf hoofdzakelijk naar de eisen die de Europese Commissie stelt aan te nemen compenserende maatregelen, zoals opgenomen in haar richtsnoeren.

Compenserende maatregelen kunnen volgens de Commissie enkel worden genomen naast de maatregelen die – op grond van art. 6 lid 1 en 2 Habitatrictlijn – (reeds) moeten worden genomen voor herstel of behoud van de waarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Gedacht kan worden aan het creëren van nieuwe geschikte (leef)gebieden<sup>671</sup> of aan het verbeteren van de habitats in een deel van het aangetaste gebied of in andere Natura 2000-gebieden.<sup>672</sup> De Commissie noemt als voorbeelden van compenserende maatregelen tevens onder andere de herintroductie van soorten, maatregelen voor het herstel en stimuleren van soorten, het stimuleren van bepaalde economische activiteiten die

---

<sup>667</sup> RvS 11 maart 2009, nr. 191.265, *Natuurpunt Wase Linkerscheldoever*, r.o. 2.5.2.4.3.

<sup>668</sup> RvVB, 31 maart 2020 met nummer RvVb-S-1920-0697, *Groen*, r.o. 1.

<sup>669</sup> Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC (Januari 2007), p. 10; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 42.

<sup>670</sup> Zie par 6.7.2 van dit rapport.

<sup>671</sup> Zoals de aanleg van een nieuw areaal blauwgraslanden, zie HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), besproken in par. 6.7.2 van dit rapport.

<sup>672</sup> Backes 2017, p. 154.

bevorderlijk zijn voor essentiële ecologische functies en het terugdringen van (soortspecifieke) bedreigende factoren.<sup>673</sup>

Volgens de Commissie dient de compensatie in verband te staan met de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied, en dient deze te zijn afgestemd op de negatieve effecten die de habitats en soorten ondervinden.<sup>674</sup> De criteria, zoals de mate van aanwezigheid van habitats en soorten, de locatie van het gebied in de biogeografische regio, van selectie van gebieden voor het Natura 2000-netwerk, dient het bevoegd gezag als leidraad te gebruiken bij het ontwerpen van compenserende maatregelen voor een project, zo stelt de Commissie.<sup>675</sup> Het resultaat van compenserende maatregelen moet volgens de Commissie in principe zijn bereikt op het moment waarop het betrokken gebied schade van het project ondervindt. Kan niet aan deze voorwaarde worden voldaan, dan dienen de intussen geleden verliezen extra te worden gecompenseerd.<sup>676</sup>

De reikwijdte van de compensatie staat volgens de Commissie rechtstreeks in verband met de geraamde doeltreffendheid van de maatregelen en met de kwalitatieve en kwantitatieve aspecten van de kenmerkende elementen van een gebied die schade kunnen ondervinden, zoals structuur, functie en rol van deze elementen in de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk. Volgens de Commissie wordt algemeen aangenomen dat de compensatieverhouding doorgaans aanzienlijk groter moet zijn dan 1:1. Lagere compensatieverhoudingen zijn volgens de Commissie slechts aanvaardbaar wanneer deze aantoonbaar voldoende zijn om op korte termijn een volledig succes van de maatregelen voor het herstel van structuur en functies te bereiken.<sup>677</sup>

Compenserende maatregelen kunnen in of buiten het betreffende gebied – elders in het netwerk – worden getroffen, zolang de maatregel geschikt is om de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk te beschermen.<sup>678</sup> Volgens Backes c.s. zijn compensatiemaatregelen dus ook mogelijk in andere lidstaten binnen dezelfde biogeografische regio, aangezien de ecologische functionaliteit van compensatiemaatregelen bepalend is. Daarvoor moet verzekerd zijn dat de maatregelen ook worden uitgevoerd en de samenhang van het Natura 2000-netwerk daardoor bewaard blijft.<sup>679</sup> De Commissie is daarentegen van opvatting – zonder dit nader te beargumenteren – dat compensatie altijd in de betrokken lidstaat waar de ingreep plaatsvindt en dezelfde biogeografische regio (voor in het kader van de Habitatrichtlijn aangewezen gebieden) of, voor vogelsoorten, in hetzelfde verspreidingsgebied, op dezelfde migratieroute of in hetzelfde overwinteringsgebied (voor in het kader van de Vogelrichtlijn aangewezen gebieden) moet plaatsvinden waar de ingreep

---

<sup>673</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 14; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 45.

<sup>674</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 12; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 43.

<sup>675</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 12; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 43-44.

<sup>676</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 14; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 44-45.

<sup>677</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 17-18; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 48.

<sup>678</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*), r.o. 38.

<sup>679</sup> Backes 2017, p. 154.



plaatsvindt.<sup>680</sup> Noch uit het arrest *Briels*, noch uit andere rechtspraak van het HvJ blijkt echter dat compensatie enkel kan plaatsvinden in de lidstaat waar ook de ingreep plaatsvindt. Omdat het Hof zich hierover nog niet heeft uitgesproken, blijft het uiteindelijk echter onzeker of dat mag. In de praktijk zal compensatie zo dicht mogelijk bij de ingreep echter meestal makkelijker geschikt zijn om de samenhang van het netwerk weer te herstellen, of te waarborgen.

De Commissie stelt dan ook dat compensatie bij voorkeur in of dichtbij het aangetaste Natura 2000-gebied plaats dient te vinden, omdat naar het oordeel van de Commissie algemeen wordt aangenomen dat de lokale omstandigheden die vereist zijn voor het herstel van de natuurwaarden, zo dicht mogelijk bij het door het plan of project aangetaste gebied worden aangetroffen.<sup>681</sup> Deze opvatting van de Commissie pleit er ons inziens des te meer voor dat maatregelen in, bijvoorbeeld, het Natura 2000-gebied *Westerschelde & Saeftinghe* mogelijk zouden moeten zijn ter compensatie van een aantasting van het Natura 2000-gebied *Schelde en Durme-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent*, of vice versa. De afstand tussen het oorspronkelijke gebied en het gebied waar de compenserende maatregelen worden getroffen is volgens de Commissie niettemin niet noodzakelijk een belemmering, voor zover het gebied waarin de compensaties worden getroffen de vereiste functies en biogeografische rol kan vervullen en voldoet aan de voor het oorspronkelijke gebied gehanteerde selectiecriteria.<sup>682</sup>

#### 7.4.2 Compenserende maatregelen: implementatie in Nederland

De plicht om compenserende maatregelen te treffen is opgenomen in art. 2.8 lid 4 sub c Wnb. De Wnb bevat voor het overige – behoudens de hieronder te bespreken art. 2.8 lid 7 Wnb en art. 5.22 lid 1 Bor – geen vereisten waaraan compenserende maatregelen moeten voldoen. In de uitspraak over de Blankenburgverbinding oordeelt de Afdeling dat zij in de arresten *Briels* en *Orléans* niet leest dat de gebieden die als compensatie worden aangelegd, zich (reeds) in een gunstige staat van instandhouding moeten bevinden voordat het aan de orde zijnde tracé zou worden aangelegd. De Afdeling stelt dat het HvJ EU zich in deze arresten niet heeft uitgelaten over de vraag wanneer compenserende maatregelen precies hun effect moeten sorteren.<sup>683</sup> De Afdeling heeft dit bevestigd in haar uitspraak over het bestemmingsplan *Kempenbaan-West*.<sup>684</sup> Zowel in haar uitspraak over de *Blankenburgverbinding* als in haar uitspraak over het inpassingsplan *Overnachtingshaven Lobith* verwijst de Afdeling naar de richtsnoeren van de Commissie, waaruit volgt dat niet onder alle omstandigheden vereist is dat het resultaat van voorgenomen compenserende maatregelen moet zijn bereikt, maar dat dan aanvullende maatregelen moeten worden getroffen om geleden verliezen extra te compenseren.<sup>685</sup> In de Blankenburgverbinding-uitspraak was het volgens de Afdeling voldoende dat de compensatie – in de vorm van vanaf 2018 aangelegde gebieden – in 2028 zou zijn voltooid, waar het tracé uiterlijk in 2024 in gebruik zou worden genomen. Uit de passende beoordeling volgde dat uiterlijk in 2028 de nieuwe gebieden volledig als

---

<sup>680</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 18; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 48.

<sup>681</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 18; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 48.

<sup>682</sup> Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC (Januari 2007), p. 13; Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 25.1.2019), p. 44.

<sup>683</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 30.2.

<sup>684</sup> ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (*Kempenbaan-West*), r.o. 14.1.

<sup>685</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 30.3 (*Blankenburgverbinding*); ABRvS 4 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 26.3.

habitattypen zouden kwalificeren. Omdat de afname van het habitatoppervlakte zich vanaf openstelling (in 2024) over een periode van 30 jaar zou voordoen, mocht het bevoegd gezag ervan uitgaan dat de compenserende maatregelen voldoende effect geressorteed zouden hebben voordat de significante gevolgen zouden intreden. In het aan de orde zijnde tracébesluit hoefde daarom niet te worden bepaald dat het tracé pas in gebruik mag worden genomen wanneer de ter compensatie aangelegde nieuwe gebieden zich tot habitats zouden hebben ontwikkeld.<sup>686</sup> Ook volgens de Afdeling – in navolging van de Commissie – is dus niet vereist dat het resultaat van (voorgenomen) compenserende maatregelen is bereikt voordat schade ontstaat.

In de hierboven aangehaalde rechtspraak heeft de Afdeling bovendien bepaald dat het enkele feit dat voor een Natura 2000-gebied een uitbreidings- of verbeterdoelstelling geldt, niet betekent dat binnen dat Natura 2000-gebied geen habitats kunnen worden aangelegd als compenserende maatregel.<sup>687</sup> Als voorwaarde hanteert de Afdeling dat de compenserende maatregelen (slechts) aanvullend zijn op de maatregelen en geen afbreuk doen aan de realisering van (al bestaande) uitbreidings- en verbeteringsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied.<sup>688</sup>

Bij de Afdeling zijn zowel zaken aan de orde geweest waarin de compensatiemaatregelen voorzagen in dezelfde waarden als de aangetaste, als voorbeelden waarin de compensatiemaatregelen voorzagen in het creëren van andere waarden binnen het aangetaste Natura 2000-gebied, die een bijdrage leverden aan de instandhoudingsdoelstellingen en de functie van het Natura 2000-gebied. Bij de uitspraak over de *Planologische Kernbeslissing Reevediep* bij Kampen voorzag de compensatie in een grotere oppervlakte van dezelfde natuurwaarden met dezelfde functionaliteit.<sup>689</sup> Ook in de uitspraak over het bestemmingsplan Maasvlakte 2 kon, vanwege de uitzonderlijke kwaliteit van de habitats in het betreffende Natura 2000-gebied, niet met één-op-één-compensatie worden volstaan.<sup>690</sup> Het compensatiegebied bestond uit 21 hectare grond, terwijl de compensatieopgave 4,1 hectare betrof.<sup>691</sup> In de uitspraak over de *kolencentrale Eemshaven* ging het daarentegen weliswaar eveneens om het vervangen van dezelfde natuurwaarden – broed- en foerageergebied – die verloren zouden gaan, maar ging de Afdeling ook akkoord met een compensatiegebied dat in oppervlakte kleiner was dan het gebied dat zou worden aangetast door de centrale. Verweerders hadden volgens de Afdeling deugdelijk onderbouwd dat ook aan de compensatieverplichting kon worden voldaan met een kleinere oppervlakte.<sup>692</sup>

---

<sup>686</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 30.4.

<sup>687</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*), r.o. 31.3 (*Blankenburgverbinding*); ABRvS 4 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 29.1.

<sup>688</sup> ABRvS 4 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:682 (*Overnachtingshaven Lobith*), r.o. 29.1. Aan deze voorwaarde wordt bijvoorbeeld niet voldaan wanneer te weinig geschikte locaties overblijven voor uitvoering aan uitbreidings- en verbeteringsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied.

<sup>689</sup> ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*), r.o. 10.1.

<sup>690</sup> ABRvS 4 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1251 (*Maasvlakte II*), r.o. 2.11.3.

<sup>691</sup> ABRvS 4 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1251 (*Maasvlakte II*), r.o. 2.11.5.

<sup>692</sup> ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684 (*Kolencentrale Eemshaven*), r.o. 2.21.5. Dat is opmerkelijk nu behoud van oppervlakte van een habitat (doorgaans en ook hier) een instandhoudingsdoelstelling is. Wordt alleen de kwaliteit van een gebied als habitat voor een bepaalde soort gecompenseerd, maar niet (volledig) de omvang van het aangetaste habitattype, dan blijft het netto toch bij een niet gecompenseerde aantasting van een van de instandhoudingsdoelstellingen.

In de uitspraken over de *Westerschelde Container Terminal*<sup>693</sup> en over de *Planologische Kernbeslissing Project Mainportontwikkeling*<sup>694</sup> ging de Afdeling akkoord met compenserende maatregelen die niet voorzagen in het creëren van dezelfde natuur als de verloren gegane waarden. De hier weergegeven jurisprudentie van de Afdeling over de compensatieplicht is deels opmerkelijk in het licht van de EU-rechtelijke randvoorwaarden.

Op grond van art. 2.8 lid 7 Wnb en art. 5.22 lid 1 Bor dienen compenserende maatregelen te worden opgenomen in een (bestemmings)plan of in de vergunning voor het project. In de uitspraak *Kempenbaan-West* was in de planregels een voorwaardelijke verplichting opgenomen, inhoudende een verbod tot ingebruikname en gebruik van de nieuwe infrastructuur als de compenserende maatregelen uit het compensatieplan niet volgens de daarin opgenomen planning zijn getroffen. In het compensatieplan was bepaald dat monitoring en evaluatie moet plaatsvinden, waarbij was vermeld dat de monitoring en evaluatie na ingebruikname zou moeten worden herhaald totdat de vegetaties zich zouden hebben ontwikkeld tot volwaardig habitatype. Instandhouding van de compensatiegebieden was daarmee volgens de Afdeling voldoende verzekerd.<sup>695</sup> De uitspraak<sup>696</sup> over de Natura 2000-vergunning voor een hoogwatergeul en de Reevedam bij Kampen biedt een voorbeeld van een geslaagde juridische verzekering van compenserende maatregelen in een vergunning.<sup>697</sup> Indien compensatie voorziet in de ontwikkeling, zoals in de aangehaalde Reevediep-uitspraak, of verbetering van leefgebieden voor vogels of habitats, dan draagt de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit er zorg voor dat de leefgebieden of habitats onderdeel worden van een bestaand Natura 2000-gebied of als nieuw Natura 2000-gebied worden aangewezen.<sup>698</sup>

### 7.4.3 Compenserende maatregelen: implementatie in Vlaanderen

Om het vergunningstraject succesvol te doorlopen, dient een plan of project dat voldoet aan de criteria omtrent het alternatievenonderzoek en dwingende redenen van groot openbaar belang tenslotte ook te voldoen aan het criterium van compenserende maatregelen, aldus de Vlaamse overheid in de Omzendbrief 2017/OMG/01.<sup>699</sup>

De bepalingen over compenserende maatregelen staan in art. 36ter lid 5 Natuurdecreet. Volgens punt 1 van lid 5 kan een project met mogelijke betekenisvolle aantasting worden

---

<sup>693</sup> ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (*Westerschelde Container Terminal*). In deze uitspraak werd het verdwijnen van 142 hectare buitendijks gebied, bestaande uit onder andere slikken en schorren, grotendeels gecompenseerd door nieuw binnendijks gebied, ingericht als poelgebied. Ook dit is opmerkelijk.

<sup>694</sup> ABRvS 26 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS3915 (*PKB Project Mainportontwikkeling*). In deze uitspraak werd het verloren gegane deel van de zee als gevolg van landwinning onder andere gecompenseerd door de aanleg van duinen met strand bij Delfland en een zeereep bij de Brouwersdam.

<sup>695</sup> ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2560 (*Kempenbaan-West*), r.o. 17.1.

<sup>696</sup> ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623 (*PKB Reevediep*).

<sup>697</sup> Volgens de Afdeling was tijdige uitvoering van de compenserende maatregel – het aanleggen van rietmoeras als nieuw leefgebied voor de roerdomp en de grote karekiet – voldoende verzekerd, omdat in de Natura 2000-vergunning was vastgelegd dat (a) de aantasting van het bestaande leefgebied pas mag plaatsvinden nadat het alternatieve rietmoeras functioneel is, (b) door een deskundig en onafhankelijk ecologisch adviesbureau wordt vastgelegd dat het leefgebied functioneel is, (c) de monitorgegevens binnen drie maanden nadat deze bekend zijn ter instemming aan het bevoegd gezag toegestuurd worden en (d) de doorsteek van de Drontermeerdijk pas plaatsvindt als het nieuw aan te leggen leefgebied van de roerdomp en de grote karekiet functioneel is.

<sup>698</sup> Art. 2.8 lid 8 Wnb.

<sup>699</sup> Omzendbrief/OMG/2017/01 6 september 2017. Zie ook Schoukens e.a. 2011, p. 224.

toegelaten op voorwaarde dat er compenserende maatregelen genomen zijn, én als de nodige actieve instandhoudingsmaatregelen genomen zijn (of worden). Deze maatregelen moeten kunnen waarborgen dat de “*algehele samenhang van de speciale beschermingszone en -zones bewaard blijft*”.<sup>700</sup> Compenserende en instandhoudingsmaatregelen moeten dus samen die waarborging kunnen verzekeren.<sup>701</sup>

De Vlaamse overheid verwijst in de Omzendbrief 2017/OMG/01 expliciet naar het Briels-arrest van het HvJ EU om aan te geven aan lokale overheden wat niet als een compenserende maatregel kan worden aangemerkt (maatregelen die significante effecten trachten te voorkomen of verminderen). Daarbij specificeert de Vlaamse overheid echter geen nadere voorwaarden voor het nemen van compenserende maatregelen ingevolge art. 36ter lid 5 Natuurdecreet. De Vlaamse rechtspraak lijkt deze benadering van opheldering van de Briels-regel door uitsluiting van wat geen compenserende maatregelen zijn, voort te zetten. Zo blijkt uit een zaak van 31 augustus 2015 voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen omtrent een voorziene uitvoering van landduinherstel dat de Vlaamse rechter de passende beoordeling gebruikt om na te gaan of het niet gaat om maatregelen die de instandhoudingsdoelstellingen trachten te behalen. In dat geval besloot de rechter op basis van de passende beoordeling dat het voorgenomen landduinherstel dat ontbossing zou inhouden, niet een compenserende maatregel betrof, wat de verwerende partij opwierp. Het ging om een maatregel die trachtte de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied te realiseren. Het ging dus niet om een compenserende maatregel in de zin van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn.<sup>702</sup>

Op basis van o.a. de mening van Advocaat Generaal Sharpston in de zaak *Briels* stelt een recent juridisch advies dat compenserende maatregelen en instandhoudingsmaatregelen strikt moeten worden gescheiden door de Vlaamse overheid (en de EU-lidstaten). Een instandhoudingsmaatregel die de overheid neemt om art. 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn uit te voeren kan niet tegelijkertijd fungeren als compenserende maatregel in de zin van art. 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn.<sup>703</sup> Zo moeten volgens het advies maatregelen van de ‘Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium’ die een gunstige staat van instandhouding willen realiseren in de betrokken gebieden worden beschouwd als instandhoudingsmaatregel.<sup>704</sup> Het advies stelt dat compenserende maatregelen genomen kunnen worden als er aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moeten ze duidelijk kunnen worden onderscheiden van de instandhoudingsmaatregelen (zoals die van de Ontwikkelingsschets 2010 Schelde-estuarium ter realisatie estuariene natuur). Ten tweede moeten ze de instandhoudingsmaatregel(en) niet ondermijnen.<sup>705</sup> Wat betreft de eerste voorwaarde: de Raad van State heeft reeds in 2002 bevestigd dat een instandhoudingsmaatregel inderdaad niet dienst kan doen als een compenserende maatregel.<sup>706</sup> De tweede in het advies-genoemde voorwaarde is nog niet bevestigd in de Vlaamse rechtspraak.

---

<sup>700</sup> Art. 36ter lid 5 1° Natuurdecreet.

<sup>701</sup> Schoukens e.a. 2011, p. 224.

<sup>702</sup> RvVb, nr. S/2015/0113, 31 augustus 2015, RvVb/1415/0351/SA/0446, *Bruls e.a.*, r.o. 4.2

<sup>703</sup> Concl. A-G. Sharpston 27 februari 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:113, r.o. 47-48. LDR, Advies O/Ref.: 5106/2-11148/PD voor het ANB, p. 14.

<sup>704</sup> LDR Advies van 21 januari 2019, O/Ref.: 5106/2-11148/PD i.o.v. ANB, p. 17.

<sup>705</sup> LDR Advies van 21 januari 2019, O/Ref.: 5106/2-11148/PD i.o.v. ANB, p. 17.

<sup>706</sup>

Uit de toelichting van de wetgever blijkt de eis dat compensatie al dient te hebben plaatsgevonden op het moment dat het plan of project het gebied gaat beschadigen.<sup>707</sup> Op deze gelijktijdigheidseis bestaan ten minste twee uitzonderingen. Ten eerste als gelijktijdigheid niet nodig is om te verzekeren dat het gebied bijdraagt aan het netwerk van speciale beschermingszones. Ten tweede kan er een uitzondering bestaan voor habitats die pas op een lange termijn gerealiseerd kunnen worden, mits de actieve uitvoering van de compenserende maatregel al afdoende geïnitieerd is.<sup>708</sup> Uit het arrest *Schramme* blijkt dat de Raad van State deze gelijktijdigheidstoets echter niet strikt toepast op plannen. *In casu* ging het om een gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan voor het afbakenen van de zeehaven van Zeebrugge, waarbinnen een speciale beschermingszone was opgenomen. De Raad van State bleek genoeg te nemen met de beweringen van de verwerende partij (het Vlaams Gewest) dat met het opnemen in het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan van “*compenserende...afbakeningen*” betreffende het betrokken gebied er voldaan was aan de gelijktijdigheidsvereiste.<sup>709</sup> Noemenswaardig is ook dat de Raad van State in *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever* het oordeel van de Europese Commissie aanhaalde dat de natuurcompensatiemaatregelen in het Linkerscheldeoevergebied al voldeden aan het principe van afdwingbare gelijktijdigheid – en dat daarbij de Vlaamse-Nederlandse langetermijnvisie om het Schelde-estuarium duurzaam te ontwikkelen in acht genomen diende te worden.<sup>710</sup>

Een gerelateerde vraag is of een tijdelijke compenserende maatregel toegestaan is. In het bovengenoemde arrest *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever* aangaande de aanleg van het Deurganckdok blijkt dat tijdelijke compensatiegebieden kunnen worden toegestaan. De Raad van State besloot dat dit mag als de compenserende gebieden door strikte voorschriften worden beschermd, waardoor hun voortbestaan niet zomaar kan worden opgeheven.<sup>711</sup>

Compenserende maatregelen betreffen ook herstel- en verbeteringsmaatregelen in bestaande gebieden, hetgeen uitdrukkelijk naar voren kwam in de toelichting van het parlement op het wijzigen van het Natuurdecreet.<sup>712</sup> In de recente zaak *Essers*, waar het ging om een voorgestelde ontwikkeling van een herstelgebied, verwees de Raad van State naar de uitspraak *Orléans* van het HvJ EU. De Raad oordeelde dat het inging tegen die rechtspraak om een compensatiegebied te maken en dat mee te nemen in een passende beoordeling, als de voltooiing van dat compensatiegebied plaatsvond na die passende beoordeling. Volgens de Raad werd daarmee het Orléans-arrest met de voeten getreden. De juiste gang van zaken, ingevolge dat arrest, was dat deze maatregel wel als compenserende (herstel)maatregel aangemerkt kan worden om te voldoen aan art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn.<sup>713</sup> Verder besloot de Raad van State dat er niet voorbijgegaan kan worden aan de bovengenoemde regel van *Orléans* door te stellen dat er in de passende beoordeling rekening gehouden moet worden

---

<sup>707</sup> Parl.St. VI.Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 38-39, Schoukens e.a. 2011, p. 224-225.

<sup>708</sup> Schoukens e.a. 2011, p. 225

<sup>709</sup> RvS 16 maart 2010, nr. 201.909, *Schramme*, r.o. 20.

<sup>710</sup> RvS 11 maart 2009, nr. 191.265, *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever*, R.o. 2.5.2.4.5.

<sup>711</sup> RvS 11 maart 2009, nr. 191.265, *Natuurpunt Wase Linkerscheldeoever*, r.o. 2.5.2.4.5.

<sup>712</sup> Parl.St. VI.Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 39.

<sup>713</sup> RvS 20 maart 2018, nr. 241.048, vzw *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen e.a.* [Essers], r.o. 49, 51.2.

met het verweer dat het (herstel)gebied, dat 10 hectare groot is, te klein of te ingesloten zou zijn om tot een goede staat van instandhouding te komen.<sup>714</sup>

## **8. Opvallende verschillen en aandachtspunten voor het opstellen van een langetermijnvisie**

In dit rapport ontbreekt een hoofdstuk met de titel ‘conclusies’ waarin, zoals gebruikelijk, de resultaten van het onderzoek worden samengevat en een antwoord op de onderzoeksvraag of -vragen wordt gegeven. Een dergelijk hoofdstuk is niet vergeten. Het ontbreken daarvan is een gevolg van de aard van het onderzoek. Een toolbox en een overzicht van het juridisch instrumentarium laat zich niet goed samenvatten. Er is geen onderzoeksvraag die te beantwoorden was anders dan de analyse van het juridisch kader zelf. Toch lijkt het afsluitend zinvol om aan de analyse van de natuurbeschermingsrechtelijke toolbox voor de toekomstige beleidskeuzes in het Schelde-gebied een paragraaf toe te voegen die evaluerend bekijkt wat de belangrijkste verschillen zijn tussen Vlaanderen en Nederland bij de interpretatie en toepassing van dit instrumentarium. Getracht zal worden daarbij een indicatie te geven wat deze verschillen betekenen voor het ontwikkelen van een nieuwe langetermijnvisie voor de Schelde-regio (paragraaf 8.1). Voorts zullen, in een afsluitende paragraaf (8.2) enkele meer beschouwende en evaluerende overwegingen worden toegevoegd over aandachtspunten van het geanalyseerde juridisch kader en belangrijke ontwikkelingen en trends daarin voor het opstellen van een langetermijnvisie.

### **8.1 Enkele opvallende verschillen in de interpretatie en toepassing van het Europeesrechtelijk kader tussen Vlaanderen en Nederland**

#### *Samenvoegen van verschillende gebieden*

Het samenvoegen van verschillende Natura 2000-gebieden is in Nederland herhaaldelijk bediscussieerd en zeer recent nog in een rapport onderzocht.<sup>715</sup> In Vlaanderen heeft dit vraagstuk tot nu toe geen noemenswaardige rol in de discussie gespeeld. Wij weten daarom ook niet goed of de opvattingen over de criteria voor het kunnen samenvoegen van verschillende Natura 2000-gebieden verschillen. Theoretisch zou in het Schelde-estuarium een discussie kunnen worden gevoerd over samenvoeging van de aangewezen gebieden tot één, respectievelijk twee (elk een in Nederland en Vlaanderen) gebieden. Voor zover ons bekend is deze discussie echter niet aan de orde en bestaat daar ook geen concrete aanleiding voor. Ook in het recente rapport waarin concreet naar Nederlandse gebieden is gezocht die mogelijk voor samenvoeging in aanmerking komen, viel het Schelde-estuarium in een vroeg stadium af.<sup>716</sup>

#### *Geldt het verslechteringsverbod ook voor verbeteringen die zijn bereikt na de aanwijzing?*

---

<sup>714</sup> RvS 20 maart 2018, nr. 241.048, *vzw Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen e.a.* [Essers], r.o. 51.2-52.

<sup>715</sup> Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020. Zie ook eerder Bijlsma e.a., *Samenvoeging Natura 2000-gebieden. Juridische, bestuurlijke en ecologische (on)mogelijkheden kansen en risico's*, WUR, Wageningen 2012, p. 27;

<sup>716</sup> Arcadis, Doorlichting van Natura 2000, Rotterdam 2020, p. 31 e.v.

Er is een verschil in opvatting tussen Nederland en Vlaanderen over de vraag wat het referentiepunt is voor het verslechtingsverbod uit art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn. Nederland vindt dat dit de staat van instandhouding is op het moment waarop het gebied onder het beschermingsregime viel (dus, grof gezegd, het moment van aanwijzing als Natura 2000-gebied). In de Vlaamse wetgeving is elke verslechtering verboden, dus geldt het verslechtingsverbod ook voor verbeteringen die zijn bereikt sinds het beschermingsregime van kracht werd. Ook de Europese Commissie lijkt deze interpretatie te volgen. Volgens de Europese Commissie is verslechtering wel toegestaan als een gunstige staat van instandhouding bestaat en die gunstige staat door de verslechtering niet in gevaar komt.<sup>717</sup> De praktische relevantie van dit meningsverschil lijkt ons voor het opstellen van de langetermijnvisie beperkt. Dat heeft twee redenen. De eerste reden is een feitelijke. Voor een belangrijk deel is niet geheel en in detail bekend wat exact de ecologische staat van instandhouding was voor bepaalde habitats en soorten ten tijde van de aanwijzing. Wel was doorgaans bekend of deze staat van instandhouding goed, matig of slecht was. De tweede reden is voor het opstellen van de langetermijnvisie belangrijker. Het lijkt weinig aannemelijk dat het beleid voor de pijler natuur er niet minimaal op zal worden gericht om de kwaliteit van de natuur te behouden en niet te laten verslechteren ten opzichte van de op het moment van het vaststellen van de langetermijnvisie aanwezige kwaliteit. Het feit dat vele van de habitattypen en soorten die in de gebieden in de Schelderegio zijn aangewezen landelijk in een ongunstige staat van instandhouding verkeren en de gebieden moeten bijdragen aan het op termijn bereiken van een gunstige staat van instandhouding voor deze soorten en habitattypen laat bij voorbaat weinig ruimte voor het toelaten van een achteruitgang van de kwaliteit van habitats of soorten als die thans beter is dan ten tijde van de aanwijzing, zelfs al zou men dat juridisch mogelijk achten.<sup>718</sup>

## 8.2 Enkele aandachtspunten voor het opstellen van een langetermijnvisie

### *Aanwijzing en vaststelling van instandhoudingsdoelen (hoofdstukken 1 en 4)*

Voor beide landen geldt als vertrekpunt dat alle Natura 2000-gebieden gezamenlijk, samen met de natuur buiten deze gebieden, moeten zorgen voor de realisatie van een gunstige staat van instandhouding voor de Europeesrechtelijk te beschermen habitattypen en soorten. Voor elk gebied moet worden aangegeven wat zijn aandeel daaraan is. Het Schelde-gebied is, naast het IJzer-estuarium, een van twee estuaria in Vlaanderen en, naast de Eems-Dollard, een van twee estuaria in Nederland. Er zijn dus weinig andere gebieden die, focust men vooral op het overkoepelende habitatype estuarium, zouden kunnen bijdragen tot een op landelijk niveau bereiken van een gunstige staat van instandhouding. Bij de discussie over de noodzaak voor het ontpolderen van de Leenheerenpolder heeft dit feit een belangrijke rol gespeeld. Alternatieve locaties in Nederland buiten het Schelde-estuarium die geschikt zouden zijn of geschikt zouden kunnen worden gemaakt om de aan de orde zijnde habitattypen in een betere staat van instandhouding te brengen zijn er gewoon niet.

---

<sup>717</sup> Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 Hrl (EC 2000), p.26.

<sup>718</sup> Een uitzondering kan in zoverre bestaan als in uitzonderingssituaties (zie bijv. het Zwin) sprake kan zijn van een 'ten gunste van-doelstelling'. Daarvan kan sprake zijn als het bereiken van een belangrijke verbetering voor bepaalde habitattypen niet anders kan worden bereikt dan met het gelijktijdig accepteren van enige achteruitgang van andere habitattypen en de ecologische winst in totaal duidelijk positief is.

Binnen het Schelde-estuarium zijn wel meerdere verschillende gebieden aangewezen als Natura 2000-gebieden. De uiteindelijke doelstelling is dus de habitats behorende tot estuaria in het estuarium in zijn geheel in een gunstige staat van instandhouding te brengen. Bij het opstellen van een langetermijnvisie, vooral voor de pijler natuur, zal dat het uiteindelijke doel moeten zijn. Juist vanwege de samenhang van de natuur in het hele estuarium ligt het volgens de onderzoekers voor de hand om het langetermijnperspectief te richten op het bereiken van een gunstige staat van instandhouding van alle kenmerkende en Europeesrechtelijk te beschermen habitattypen en soorten in het estuarium in zijn geheel.

Wij willen hierbij nog opmerken dat bovendien ook eensgezindheid bestaat over het gebod om ervoor te zorgen dat geen verslechtingen optreden in de aangewezen gebieden. Deze ondergrens van de bescherming moet voor elk aangewezen gebied apart worden toegepast. Het is dus niet mogelijk om een 'uitruil' te laten plaatsvinden tussen verschillende gebieden binnen het estuarium en de te beschermen habitats in het ene Natura 2000-gebied te laten verslechteren omdat dat gunstig zou zijn voor een ander Natura 2000-gebied binnen het estuarium. Deze bevinding staat ook niet op gespannen voet met de hierboven in paragraaf 1.4.2 besproken uitspraak van de Nederlandse Raad van State over het dynamisch karakter van de estuarium-natuur in het gebied 'Het Zwin' en de daar toegepaste "mozaïekbenadering".<sup>719</sup> Deze uitspraak had immers betrekking op de ontwikkeling van bepaalde habitattypen die allemaal tot de estuariene natuur behoren binnen één gebied en niet tussen verschillende gebieden.

#### *Het beoordelingskader voor plannen en projecten, art. 6 lid 3*

Afgezien van de stikstofproblematiek hebben wij weinig verschillen kunnen constateren in het juridisch kader voor de beoordeling van plannen en projecten met mogelijk negatieve gevolgen voor de aangewezen Natura 2000-gebieden. Dat wordt ons inziens voor een belangrijk deel verklaard door de grote hoeveelheid jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over deze bepaling. Die jurisprudentie heeft een sterk harmoniserende werking gehad. Deze rechtspraak heeft er echter ook wel toe geleid dat de juridische randvoorwaarden voor het beoordelen van mogelijk schadelijke activiteiten in de afgelopen twee decennia aanzienlijk strenger zijn geworden. Er bestaat dus minder een verschil tussen Vlaanderen en Nederland op dit punt, maar een verschil tussen de situatie bij de vaststelling van de vorige langetermijnvisie en bij de situatie thans. Dat zal bij het opstellen van de langetermijnvisie voor de toekomst nadrukkelijk in acht moeten worden genomen. Het kan gevolgen hebben voor alle drie pijlers, niet alleen voor de pijler natuur.

#### *Kaders voor stikstof sterk in ontwikkeling*

De juridische kaders voor de beoordeling van activiteiten die stikstofemissies tot gevolg hebben, maar ook voor het voorkomen van schade aan met stikstof overbelaste gebieden en het op gezette termijn realiseren van de instandhoudingsdoelstellingen voor stikstofgevoelige habitats zijn in beide landen sterk in beweging en ontwikkeling. Dat heeft tot gevolg dat voor Vlaanderen thans nauwelijks kan worden aangegeven hoe dit kader, zelfs op de korte termijn, eruit komt te zien. Ook voor Nederland zal het kader in de komende maanden en jaren nog

---

<sup>719</sup> ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3003, r.o. 13.7.



aanzienlijk wijzigen. Ook in de Schelde-regio zal de aanscherping van het beleid met betrekking tot stikstofemissies gevolgen hebben. Dat kan bijvoorbeeld ook de pijler toegankelijkheid betreffen voor zover het gaat om de stikstofuitstoot van schepen (walstroomaansluiting in de havens etc).

*Meer aandacht voor het juridisch kader voor de toelating van mogelijk schadelijke plannen en projecten dan voor het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen en het voorkomen van achteruitgang*

Zowel voor Vlaanderen als voor Nederland geldt dat in de juridische discussie in de afgelopen decennia eerst de aanwijzingsverplichtingen en dan het beoordelingskader voor plannen en projecten veruit de meeste aandacht hebben getrokken. De juridische en beleidsmatige uitwerking van het verslechteringsverbod (art. 6 lid 2 Habitatrictlijn) en van het traject om de gewenste staat van instandhouding te bereiken (art. 6 lid 1 Habitatrictlijn) hebben daarentegen tot voor kort een geringe rol gespeeld. In het recente verleden komt daar echter duidelijk een kentering in die in de komende jaren zeer waarschijnlijk zal doorzetten en dus belangrijk zal worden voor de opstelling van de langetermijnvisie. Mede door 'externe' omstandigheden en juridische druk, zoals de uitspraken over het PAS in Nederland en ook de recente uitspraken over het beoordelingskader voor stikstof in Vlaanderen, maar bijvoorbeeld ook door een aanscherping van het biodiversiteitsbeleid van de Europese Commissie in haar Green Deal en Biodiversiteitsstrategie 2030 staat thans veel nadrukkelijker op de agenda hoe verzekerd kan worden dat een zich eventueel voordoende achteruitgang in kwaliteit op korte termijn kan worden gestopt. Ook wordt intensiever en met een meer concrete tijdslijn nagedacht over hoe toegewerkt kan worden naar het verbeteren van de staat van instandhouding en het bereiken van een gunstige staat van instandhouding. Dat is vooral te zien met betrekking tot de overbelasting van gebieden met stikstof, maar zal vervolgens ook meer algemeen op de agenda komen. Voorbeelden die deze nieuwe beleidslijn illustreren zijn de Nederlandse Wet stikstofreductie en natuurherstel, de eerste rechterlijke uitspraak over (de Nederlandse omzetting van) art. 6 lid 2 Habitatrictlijn van de Nederlandse Raad van State<sup>720</sup> alsmede de recente adviezen over de langetermijnverkenning stikstofruimte en normeren en beprijzen van stikstof.<sup>721</sup> Het zou kunnen worden gezegd dat Nederland in deze omslag van denken en van focus iets voorloopt, maar ook in Vlaanderen werkt de regering thans nadrukkelijk aan een strategie voor het stoppen van de achteruitgang van de kwaliteit van gebieden en het concretiseren van de verbeteringsopgave.

Deze verschuiving van aandacht van de juridische, maar ook van de beleidsmatige discussie van het kader van art. 6 lid 3 en 4 Habitatrictlijn (beoordeling van mogelijk schadelijke plannen en projecten) naar het kader van art. 6 lid 1 en lid 2 Habitatrictlijn (stoppen kwaliteitsverlies en bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen) zal nadrukkelijk de aandacht moeten krijgen bij het maken van de langetermijnvisie voor de Schelde-regio. Het is niet onwaarschijnlijk dat het bereiken van de natuurdoelstellingen een belangrijker nadruk krijgt dan in de afgelopen decennia het geval was. De visie zou, voor de pijler natuur, zich moeten verhouden tot de vraag binnen welk tijdspad en hoe een gunstige staat van instandhouding van de habitats in de beschermde Natura 2000-gebieden kan worden bereikt.

---

<sup>720</sup> ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Varkenshouderij De Logt).

<sup>721</sup> Zie <https://www.algemenebestuursdienst.nl/organisatie/abdttopconsult/rapporten>

Deze vraagstelling heeft uiteraard ook implicaties voor de pijlers toegankelijkheid en veiligheid.

### *Gemeenschappelijke ontwikkelingsvisie natuur*

Ecologisch en vanuit het streven naar een efficiënte inzet van beleid en middelen ligt het voor de hand om voor de hele Schelde-regio een gemeenschappelijke visie te ontwikkelen voor natuurbehoud en ontwikkeling. De langetermijnvisie is daar bij uitstek het geschikte middel voor. Binnen de langetermijnvisie zal de gedachtevorming over de pijler natuur sterk georiënteerd moeten zijn op de juridische kaders voor de Natura 2000-gebieden in de regio die in het rapport uitvoerig zijn beschreven. De langetermijnvisie verzekert dat dit beleid voor de pijler natuur in samenhang wordt gezien en geformuleerd met het beleid voor de pijlers toegankelijkheid en veiligheid. De juridische kaders blijven daarbij uitgaan van de noodzaak dat per aangewezen gebied, en dus ook apart in Vlaanderen en Nederland instandhoudingsdoelstellingen gelden die voor elk Natura 2000-gebied sturend zijn voor concrete beslissingen over plannen en projecten, herstelstrategieën en -maatregelen etc. De vaststelling van een gezamenlijk beheerplan voor de deltawateren laat echter zien dat het mogelijk en zinvol is om met behoud van de instandhoudingsdoelstellingen per gebied het natuurbeleid voor het hele estuarium in samenhang en in een gemeenschappelijk document te formuleren. Het is van groot belang gebiedsplannen, of deze nu per Natura 2000-gebied of gezamenlijk voor meerdere gebieden worden vastgesteld, goed af te stemmen met de langetermijnvisie, in het bijzonder voor de pijler natuur, die voor de Schelde-regio ontwikkeld wordt. Deze noodzaak tot afstemming is wederzijds. De thans van kracht zijnde aanwijzingsbesluiten en beheerplannen van de Natura 2000-gebieden zullen een belangrijk vertrekpunt moeten vormen voor de op te stellen langetermijnvisie. Andersom zal de langetermijnvisie vervolgens weer zijn uitwerking moeten hebben op de volgende heroverweging van de Natura 2000-beheerplannen.