

NOTITIE

VERTROUWELIJK/T.B.V. INTERN BERAAD BEVAT PERSOONLIJKE BELEIDSOPVATTINGEN

datum : Concept d.d. 20 april 2016

aan : Provincie Zuid-Holland

t.a.v. : 5.1.2.e 5.1.2.e 5.1.2.e

uw ref. : -

van : 5.1.2.e 5.1.2.e
5.1.2.e 5.1.2.e
E-mail: 5.1.2.e [@straatmankoster.nl](mailto:5.1.2.e@straatmankoster.nl)

onze ref. : 09-0226

betreft : Beoordeling stikstofgevoelige leefgebieden

1. Inleiding

- 1.1. De bescherming op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 ('Nbw 1998') – en de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn – strekt zich uit tot (1) de natuurlijke habitats ('habitattypen'), (2) de habitats van soorten ('leefgebieden') en (3) de soorten waarvoor het gebied is aangewezen ('soorten'). Leefgebieden vallen voor een deel samen met habitattypen maar er zijn ook leefgebieden waarvoor dat niet geldt. Ook leefgebieden kunnen gevoelig zijn voor stikstofdepositie.¹
- 1.2. Met ingang van 1 juli 2015 is het Programma Aanpak Stikstof 2015-2021 (PAS-programma) in werking getreden dat erop is gericht om de stikstofbelasting op Natura 2000-gebieden te verminderen. Het PAS-programma is thans – kort gezegd – alleen gedimensioneerd op stikstofgevoelige habitattypen en (nog) niet op (niet hiermee samenvallende) leefgebieden. Op dit moment vindt ecologisch onderzoek plaats om de leefgebieden in kaart te brengen. Parallel aan dit traject is de vraag opgeworpen of er (juridische en ecologische) ruimte is om voor leefgebieden een andere – meer abstracte – beoordelingssystematiek te hanteren dan de thans in het kader van het PAS-programma gehanteerde systematiek voor habitattypen. Concreet zijn de volgende vragen geformuleerd:
- Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd ruimtelijk worden begrensd en op kaart gepresenteerd of zijn daarvoor alternatieven?

¹ Er is een overzicht ontwikkeld waarin 14 voor stikstof gevoelige leefgebieden zijn onderscheiden waarbij voor deze leefgebieden ook een kritische depositiewaarde geldt en herstelstrategieën zijn ontwikkeld.

- Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd in AERIUS worden opgenomen of zijn daarvoor alternatieven?
- Moeten stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, altijd op hexagoon-niveau worden getoetst of zijn daarvoor alternatieven (bijvoorbeeld toetsing op gebiedsniveau)?
- Moeten voor stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, zo nodig herstelmaatregelen worden opgenomen in de gebiedsanalyses en geldt hiervoor hetzelfde regime als voor herstelmaatregelen voor habitattypen?

- 1.3. Onderhavige notitie strekt ertoe om dit vraagstuk vanuit juridisch perspectief te beschouwen. Hiertoe wordt in paragraaf 3 de achtergrond van dit vraagstuk beschreven. In paragraaf 4 volgt een analyse van regelgeving en jurisprudentie, in het bijzonder met betrekking tot leefgebieden. Aansluitend wordt in paragraaf 5 beschouwd hoe de jurisprudentie over leefgebieden zich verhoudt tot (de situatie die is ontstaan met de inwerkingtreding van) het PAS-programma. Daarbij worden de hiervoor gestelde vragen beantwoord.
- 1.4. Voor de leesbaarheid van deze notitie is in paragraaf 2 een managementsamenvatting opgenomen.

2. Managementsamenvatting

- 2.1. Op grond van het bepaalde in de Natuurbeschermingswet 1998 ('Nbw 1998') dient bij vergunningverlening te worden uitgesloten dat activiteiten de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden aantasten. Stikstofdepositie is daarbij een knelpunt gebleken; er zijn habitattypen en leefgebieden die gevoelig zijn voor stikstofdepositie. Wanneer stikstofdepositie toeneemt door een activiteit, dan kan een aantasting van natuurlijke kenmerken niet (eenvoudig) worden uitgesloten. Met het oog daarop is het PAS-programma opgesteld. Het PAS-programma staat via een systeem van toedeling van ontwikkelingsruimte nieuwe economische ontwikkelingen toe. Om dit mogelijk te maken worden maatregelen getroffen waaronder bronmaatregelen die – in samenhang met autonome maatregelen – een daling van stikstofdepositie (moeten) veroorzaken die groter is dan de toename die ontstaat door toe te delen ontwikkelingsruimte. Reken- en registratie-instrument AERIUS vormt hierbij het hulpmiddel.
- 2.2. Tot op heden zijn in AERIUS alleen stikstofgevoelige habitattypen opgenomen, stikstofgevoelige leefgebieden zijn nog buiten beschouwing gebleven. Deze worden thans geïnventariseerd. Daarbij is de vraag opgeworpen of er (juridische en ecologische) ruimte is om voor leefgebieden een andere – meer abstracte – beoordelingssystematiek te hanteren dan de thans in het kader van het PAS-programma gehanteerde systematiek voor habitattypen die (mede) is ingegeven door strikte toepassing van regelgeving in

jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('Afdeling') ten aanzien van habitattypen.

- 2.3. Op basis van de beschikbare jurisprudentie kan worden vastgesteld dat de Afdeling, waar het gaat om leefgebieden, een soepeler benadering hanteert dan ten aanzien van habitattypen. Wanneer in de passende beoordeling kan worden aangetoond dat:
1. instandhoudingsdoelstellingen voor de soort worden gehaald dan wel het niet behalen van de instandhoudingsdoelstellingen – gezien specifieke milieukenmerken of omstandigheden – niet wordt veroorzaakt/versterkt door het project (met andere woorden: dat een afname van leefgebied geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert); of
 2. eventuele effecten van het project die wel een aantasting (kunnen) opleveren tijdig elders binnen het Natura 2000-gebied kunnen worden ondervangen (door aanleg van nieuw leefgebied)
- dan kan daaruit worden afgeleid dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Er zijn verschillende uitspraken waarin de ecologische onderbouwingen stand hielden. Voor habitattypen is stap 1 lastig te onderbouwen en is stap 2 uitgesloten.
- 2.4. Voor leefgebieden kan – onder de oude systematiek – dus eerder worden geconcludeerd dat geen aantasting optreedt van natuurlijke kenmerken dan voor habitattypen. Een daling van stikstofdepositie is daarvoor niet (altijd) voorwaardelijk. Bovendien mag bij leefgebieden wel elders binnen het Natura 2000-gebied worden gemitigeerd dan waar effecten optreden terwijl dit bij habitattypen is uitgesloten. Daarbij geldt wel de kanttekening dat de jurisprudentie betrekking heeft op leefgebieden van vogelsoorten en voor zover kan worden nagegaan nog niet op leefgebieden van habitatsoorten. Dit laat onverlet dat kan worden betoogd dat de soepeler lijn ook hierop van toepassing is.
- 2.5. De ecologische uitgangspunten die in de soepeler benadering van de Afdeling van leefgebieden hebben geresulteerd wijzigen niet door de inwerkingtreding van het PAS-programma. Door het PAS-programma rijst echter wel de vraag of en, zo ja, hoe een toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige leefgebieden ergens (op een bepaald niveau of binnen delen van het leefgebied) zou moeten worden begrensd. Alleen als ecologisch kan worden onderbouwd dat iedere toename van stikstofdepositie, hoe groot ook, geen knelpunt oplevert dan kan het leefgebied buiten beschouwing worden gelaten. Dit ligt bij stikstofgevoelige leefgebieden echter niet voor de hand. Er zou gelet hierop en tegen de achtergrond van het voorzorgsbeginsel kortom een goede (ecologische en/of systeem-) onderbouwing moeten worden gegeven op grond waarvan risico's kunnen worden uitgesloten. Tegen deze achtergrond is de beantwoording van de vragen als volgt:
1. *Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd ruimtelijk worden begrensd en op kaart gepresenteerd of zijn daarvoor alternatieven?*

In het kader van de passende beoordeling moet inzicht bestaan over de ligging van leefgebied. Dit is nodig om effecten van een project (of programma) te kunnen beoordelen. Specifiek in het kader van het PAS-programma kan nog worden opgemerkt dat, als op basis van de meest recente wetenschappelijke inzichten moet worden aangenomen dat een leefgebied stikstofgevoelig is, er een beoordeling van stikstofeffecten op het leefgebied dient plaats te vinden. Een kaart ligt voor de hand tenzij anderszins schriftelijk duidelijk kan worden gemaakt waar een leefgebied is geprojecteerd om te bezien welke effecten optreden.

2. Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd in AERIUS worden opgenomen of zijn daarvoor alternatieven?

Opname in het reken- en registratiesysteem AERIUS borgt (voor habitattypen) een daling van stikstofdepositie. Wanneer ten aanzien van stikstofgevoelige leefgebieden op ecologische gronden kan worden onderbouwd dat een daling van stikstofdepositie niet (overall) noodzakelijk is en dat een verdere toename van stikstofdepositie ter plaatse geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert, dan is opname in AERIUS in zoverre (c.q. van die delen) niet noodzakelijk.

Voor de ecologische onderbouwing kunnen aanknopingspunten worden gevonden in de jurisprudentie (beoordeling op gebiedsniveau is mogelijk, mitigerende maatregelen zijn toegestaan).

Daarbij dient wel rekenschap te worden gegeven van de noodzaak tot borging (anderszins) van de conclusies ten aanzien van het stikstofgevoelige leefgebied. Anders gezegd: er dient te worden verzekerd dat er zonder AERIUS niet alsnog een aantasting kan optreden van de natuurlijke kenmerken door toenames van stikstofdepositie waarop je geen zicht en invloed op hebt. Mogelijk is een variant denkbaar van opname van een deel van het leefgebied in AERIUS (dat voorwaardelijk is voor de conclusie dat geen aantasting plaatsvindt van natuurlijke kenmerken) en dat overige leefgebieden daar dan (ecologisch gemotiveerd) buiten kunnen worden gelaten. Mogelijk kunnen beheerplannen hierin een (aanvullende) rol (gaan) spelen nu de instandhoudingsdoelstellingen hierin (moeten) worden uitgewerkt.

3. Moeten stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, altijd op hexagoon-niveau worden getoetst of zijn daarvoor alternatieven (bijvoorbeeld toetsing op gebiedsniveau)?

Zie hiervoor. Toetsing op gebiedsniveau is op zichzelf mogelijk maar er moet dan wel ecologisch kunnen worden onderbouwd dat een onbegrensde toename van stikstofdepositie op (delen van) het leefgebied nooit tot aantasting van natuurlijke kenmerken kan leiden dan wel, voor zover dat niet mogelijk is, dat anderszins wordt gewaarborgd dat een aantasting van natuurlijke kenmerken wordt uitgesloten.

4. *Moeten voor stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, zo nodig herstelmaatregelen worden opgenomen in de gebiedsanalyses en geldt hiervoor hetzelfde regime als voor herstelmaatregelen voor habitattypen?*

Dit hangt af van de ecologische situatie en vergt beoordeling op lokaal niveau. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat ook ten aanzien van stikstofgevoelige leefgebieden de analyse kan zijn dat instandhoudingsdoelstellingen alleen kunnen worden gehaald (c.q. aantasting van natuurlijke kenmerken alleen kan worden voorkomen) wanneer (herstel)maatregelen worden getroffen. Zoals gezegd duidt de beschikbare jurisprudentie erop dat voor leefgebieden (in ieder geval voor vogelsoorten) ook mitigerende maatregelen elders binnen het betrokken Natura 2000-gebied mogelijk zijn. Daarvoor geldt wel de voorwaarde dat deze in beginsel moet zijn gerealiseerd voordat de aantasting kan plaatsvinden.

3. Achtergrond

- 3.1. Habitattypen, Vogel- en Habitatrichtlijnsoorten en hun leefgebieden kunnen gevoelig zijn voor stikstofdepositie. In Nederland is stikstofdepositie een knelpunt gebleken voor het behalen van natuurdoelen en – om die reden – ook voor economische ontwikkelingen. Met het oog daarop is een programmatische aanpak voorbereid waarmee wordt beoogd het op termijn realiseren van natuurdoelen te laten samengaan met economische ontwikkeling. Voor economische ontwikkelingen wordt (depositie)ruimte beschikbaar gesteld die, als ontwikkelingsruimte voor segment 1 en 2, aan projecten of andere handelingen kan worden toegedeeld.² Om dit mogelijk te maken worden maatregelen getroffen; bronmaatregelen die een daling van stikstofdepositie (moeten) bewerkstelligen en herstelmaatregelen die in de Natura 2000-gebieden worden getroffen om stikstof te verwijderen en de gebieden robuust te maken. In het kader van het PAS-programma vindt verder onderzoek en monitoring plaats.
- 3.2. Het PAS-programma beoogt – op grond van artikel 19kg, tweede lid, Nbw 1998 – een ambitieuze en realistische vermindering van stikstofdepositie afkomstig van in Nederland aanwezige bronnen. Er kan in beginsel alleen depositieruimte beschikbaar worden gesteld als er binnen de PAS-programmaperiode (per saldo) een daling optreedt. Ontwikkelingsruimte is tegen die achtergrond een schaars goed.
- 3.3. Reken- en registratie-instrument AERIUS vormt het hulpmiddel bij – onder meer – de toedeling van ontwikkelingsruimte in het kader van het PAS-programma. AERIUS gebruikt kaarten waarop stikstofgevoelige habitattypen zijn ingetekend. AERIUS omvat op het niveau van hectares (in de vorm van hexagonen, hierna: ‘hexagoon-niveau’) informatie over de lokale kritische depositiewaarde (‘KDW’) en combineert deze informatie met de huidige en de toekomstige achtergronddepositiewaarden (‘ADW’) in

² Naast ontwikkelingsruimte voor segment 1 en 2 is depositieruimte beschikbaar voor autonome ontwikkelingen en voor projecten en andere handelingen met een bijdrage onder een bepaalde grenswaarde.

2020 en 2030. Met behulp van deze informatie kan worden nagegaan of er in de PAS-programmaperiode op hexagoon-niveau depositieruimte is om nieuwe ontwikkelingen toe te staan. In de gebiedsanalyses die in het kader van het PAS-programma zijn opgesteld, is behalve deze kwantitatieve kant, ook de kwalitatieve kant in beeld gebracht door een beschrijving van de huidige situatie en de herstelmaatregelen die in de gebieden zijn voorzien.

- 3.4. De kaarten die zijn gebruikt in de laatste versie van AERIUS omvatten alleen informatie over habitattypen; leefgebieden die hiermee niet samenvallen zijn (nog) niet meegenomen. Deze kaarten zijn nog niet voor alle Natura 2000-gebieden beschikbaar en worden momenteel uitgewerkt. Er zijn gebiedsanalyses waarin wel op de kwalitatieve kant van de leefgebieden is ingegaan.
- 3.5. Wanneer de leefgebieden op een zelfde wijze worden opgenomen in het PAS-programma als de habitattypen, dan zal dat leiden tot een uitbreiding van het aantal PAS-gebieden en tot een uitbreiding van het oppervlakte stikstofgevoelig gebied binnen bestaande PAS-gebieden. Daarmee kunnen (nieuwe) knelpunten ontstaan. Vraag is of, en zo ja, hoe de leefgebieden in het PAS-programma moeten worden opgenomen. Dit wordt hierna geanalyseerd vanuit juridisch perspectief.

4. Regelgeving en jurisprudentie

- 4.1. Op grond van 19d Nbw 1998 is het verboden om zonder vergunning een project of andere handeling te verrichten die, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, de kwaliteit van habitattypen of leefgebieden kunnen verslechteren of die een significant verstrend effect kunnen hebben voor soorten.
- 4.2. De instandhoudingsdoelstellingen zijn vastgelegd in de aanwijzingsbesluiten. De instandhoudingsdoelstellingen voor habitattypen zien op oppervlakte en kwaliteit. Voor Habitatrichtlijnsoorten zien de instandhoudingsdoelstellingen op de omvang en kwaliteit van het leefgebied/de biotoop voor een populatie. Voor vogelsoorten zijn de instandhoudingsdoelstellingen opgenomen voor omvang en kwaliteit van het leefgebied waarbij een draagkracht is vermeld voor een populatie van een aantal paren.
- 4.3. De vraag die voorligt in het kader van (de passende beoordeling voor) de Nbw-vergunning voor een project of andere handeling (hierna gezamenlijk: 'project') is ingevolge artikel 19g van de Nbw 1998, kort gezegd, of een aantasting van natuurlijke kenmerken kan worden uitgesloten. Hierbij dient de mate waarin aan de instandhoudingsdoelstellingen wordt voldaan in de beoordeling te worden betrokken.³ Of

³ ABRvS 4 november 2009, zaaknr. 200900671/1.

instandhoudingsmaatregelen in gevaar komen dient met name te worden beoordeeld in het licht van de lokale milieukekenmerken en omstandigheden.⁴

- 4.4. Wanneer een project een toename van stikstofdepositie veroorzaakt op een Natura 2000-gebied dat is aangewezen voor stikstofgevoelige habitats en de KDW voor deze habitats wordt overschreden, dan is de vraag, of een aantasting van natuurlijke kenmerken kan worden uitgesloten, niet eenvoudig te beantwoorden zo volgt uit de beschikbare jurisprudentie.⁵ De zekerheid bestaat pas wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn. Daarbij mogen wel mitigerende maatregelen – maatregelen die de gevolgen van een project beperken of neutraliseren – in de beoordeling worden betrokken zoals bijvoorbeeld externe saldering of lokale beheermaatregelen.⁶
- 4.5. Blijkens jurisprudentie wordt een belangrijke voorwaarde gesteld ten aanzien van mitigerende maatregelen. Er moet zijn aangetoond dat het resultaat van de mitigerende maatregelen optreedt op de plaats in het Natura 2000-gebied waar het project effecten heeft c.q. zou hebben. Hebben maatregelen resultaat op een andere plaats (ook al is dat binnen hetzelfde Natura 2000-gebied), dan kwalificeren ze als compenserende maatregelen en mogen ze niet in de passende beoordeling worden betrokken.⁷ Voor veel projecten waren geen mitigerende maatregelen voorhanden (noch andere oplossingen). Reden waarom veel economische ontwikkelingen vastliepen. Om dit vlot te trekken is gekozen voor de programmatische aanpak.
- 4.6. Met het PAS-programma (en de daaraan ten grondslag gelegde passende beoordeling) wordt – op nationaal, programmatisch niveau – onderbouwd dat de toedeling van ontwikkelingsruimte de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden niet aantast. Daarbij is, zoals in paragraaf 3 is beschreven, gekozen voor het uitgangspunt dat stikstofdepositie in de Natura 2000-gebieden waarop het programma

⁴ HvJEG 7 september 2004, zaak nr. C-127/02 (kokkelvisserij-arrest). Onderdeel van de lokale milieukekenmerken en omstandigheden kunnen – althans in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van het PAS-programma – ook autonome instandhoudingsmaatregelen zijn die tot de conclusie kunnen leiden dat geen aantasting van natuurlijke kenmerken plaatsvindt (zie ABRvS 27 januari 2016, zaaknr. 201406537/1 en 201406589/1).

⁵ ABRvS 24 oktober 2012, nr. 201107891/1/R3, r.o. 2.3.3 e.v. en de daarin aangehaalde jurisprudentie.

⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 maart 2015, zaaknr. 201207642/1 (Buitenring Parkstad Limburg).

⁷ Zie in dit verband het arrest van het Hof van Justitie EG van 15 mei 2014, in zaak nr. C-521/12 en daarop gevolgde jurisprudentie van de Afdeling (o.a. ABRvS 24 december 2014, zaaknr. 201309655/1, r.o. 9.11: “*De Afdeling leidt uit het arrest Briels voorts af dat bij de beoordeling of een project leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied, slechts die beschermingsmaatregelen mogen worden betrokken, waarmee wordt beoogd de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien te voorkomen of te verminderen ter plaatse van de locatie van het voorkomen van het habitatype dat negatieve gevolgen van het project ondervindt. Positieve gevolgen van maatregelen voor een areaal van een habitatype waarvoor het project geen negatieve effecten heeft, kunnen niet worden betrokken bij de beoordeling of het project leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied. De door de gemeente voorstelde beheermaatregelen kunnen derhalve slechts als mitigerende maatregel worden meegewogen in de passende beoordeling, indien deze worden uitgevoerd ter plaatse van de arealen van een habitatype waar een toename van stikstofdepositie plaatsvindt.*”.

betrekking heeft moet dalen. De daling wordt gerealiseerd door bronmaatregelen binnen het PAS-programma (en overigens ook door autonome maatregelen, los van het PAS-programma). Binnen de daling van de stikstofdepositie is ontwikkelingsruimte beschikbaar. Daarnaast worden herstelmaatregelen getroffen. Individuele projecten kunnen zich dus (via de toedeling van ontwikkelingsruimte die in totaliteit per saldo kleiner zal zijn dan de autonome daling) beroepen op de onderbouwing ten aanzien van de natuurlijke kenmerken die is gegeven met het PAS-programma. Hiermee zou een project niet meer hoeven vastlopen (vanwege bijvoorbeeld een gebrek aan lokale mitigerende maatregelen).

- 4.7. De hiervoor bedoelde jurisprudentie over mitigatie ziet (in ieder geval) op de beoordeling van de Afdeling op kwesties waarbij een project tot een toename van stikstofdepositie leidt op een stikstofgevoelig *habitattype* waarvan de KDW wordt overschreden. Voor onderhavige kwestie is van belang vast te stellen of de strikte benadering ook toepassing vindt (of moet vinden) ten aanzien van leefgebieden. Wanneer dat niet het geval zou zijn, dan zou er mogelijk ruimte kunnen zijn om voor leefgebieden een andere benadering te hanteren dan voor habitattypen.

Jurisprudentie leefgebieden

- 4.8. 5.1.2.e onderzoek van jurisprudentie levert voor leefgebieden (inderdaad) een genuanceerder beeld op althans, ten aanzien van vogelsoorten. Dit wordt als volgt toegelicht.
- 4.9. Er zijn twee invalshoeken waarin – ten opzichte van de habitattypen – meer ruimte lijkt te zijn voor vergunbaarheid van projecten: (1) de vraag of instandhoudingsdoelstellingen worden gehaald dan wel het niet behalen ervan – gezien specifieke milieukenmerken en omstandigheden – niet wordt veroorzaakt/versterkt door het project (met andere woorden: er dus ondanks een afname of verslechtering van leefgebied de conclusie mogelijk is dat geen aantasting van natuurlijke kenmerken plaatsvindt) en (2) de vraag of – voor zover de vorige vraag ontkennend moet worden beantwoord – er ten aanzien van leefgebieden ruimere mitigatiemogelijkheden zijn.
- 4.10. Voor wat betreft de eerste vraag – is het mogelijk te concluderen dat er ondanks een afname of verslechtering van het leefgebied geen aantasting van natuurlijke kenmerken plaatsvindt – is de uitspraak van de Afdeling van 11 februari 2015 relevant met betrekking tot het projectplan ter uitvoering van de PKB ‘Ruimte voor de Rivier’ bij het IJsselmeer.⁸ In die kwestie heeft de Afdeling positief geoordeeld voor wat betreft de stelling dat een verlies van foerageergebied met 9,3 ha (0,15%) voor een aantal vogelsoorten geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert. Uit de passende beoordeling bleek namelijk dat de omvang van de populatie de

⁸ ABRvS 11 februari 2015, zaaknr. 201401736/1.

instandhoudingsdoelstellingen (die zien op omvang en kwaliteit van het leefgebied waarbij een draagkracht is vermeld voor een populatie van een concreet aantal paren) aanmerkelijk overschrijdt. Van een soort waarvoor zulks niet het geval was (de omvang van de populatie slobeenden lag onder de instandhoudingsdoelstelling), neemt de Afdeling genoegen met de toelichting dat die situatie niet wordt veroorzaakt door een gebrek aan foerageergebied. Ten aanzien van slaapplekken die verloren gaan door het project voor een andere soort, is de onderbouwing, dat voldoende slaapplekken resteren in het gebied, toereikend geacht. Alles overziend maakt de uitspraak inzichtelijk dat met een gedegen ecologische onderbouwing (en een gebrek aan weerlegging daarvan) verlies aan leefgebied (van vogelsoorten) door een project kan worden aanvaard. Gesteld kan worden dat de mate waarin aan instandhoudingsdoelstellingen wordt voldaan daarin wordt meegewogen (instandhoudingsdoelstellingen worden behaald) en de specifieke milieukenmerken en omstandigheden (niet het foerageergebied is het knelpunt maar een andere oorzaak/er blijven voldoende slaapplekken over). Zo bezien kan het worden verenigd met de hierboven in alinea 4.3 e.v. aangehaalde jurisprudentie.

- 4.11. Een uitspraak die verder inzicht verschaft in de beoordeling ten aanzien van leefgebieden, betreft de uitspraak 11 maart 2015⁹ over onder meer het verdiepen van gebieden in het Wolderwijd en het Veluwemeer ten behoeve van het verbeteren van de vaarmogelijkheden voor de recreatievaart. Ook in die kwestie deed zich de situatie voor dat er leefgebieden van vogelsoorten in het geding zijn, die zich onder de aantallen bevinden die in de instandhoudingsdoelen voor de gebieden zijn opgenomen. De Afdeling overweegt:

“Niettemin kan het gebied voldoen aan de doelstellingen voor de draagkracht indien minder tafeleenden en brilduikers dan de aantallen die in de instandhoudingsdoelen voor beide vogelsoorten worden genoemd aanwezig zijn. De instandhoudingsdoelen bevatten immers een opdracht tot het behoud van de omvang en de kwaliteit van het leefgebied met een draagkracht voor een bepaalde populatie. Dat deze populatie op zeker moment feitelijk niet gehaald wordt, hoeft op zichzelf niet te betekenen dat de draagkracht van het gebied niet voldoende is voor die populatie.”

- 4.12. Kortom: ook als uit ecologisch onderzoek blijkt dat de populatie kleiner is dan met de instandhoudingsdoelstelling wordt beoogd, kan positief worden geoordeeld over het voldoen aan de instandhoudingsdoelstelling nu deze ziet op (omvang en kwaliteit van) het leefgebied door voldoende draagkracht. Er geldt in die situatie echter wel een verzwaarde motiveringsplicht:

“Daarbij wijst de Afdeling er echter op dat de vaststelling van de draagkracht van het gebied bij het aanwijzingsbesluit is gebaseerd op het daadwerkelijke aantal vogels dat gedurende een reeks van jaren gemiddeld aanwezig was. Derhalve ligt het op de

⁹ ABRvS 11 maart 2015, zaaknr. 201404137/1.

weg van het college om zich bij de relatief lage aantallen ervan te verzekeren dat het gebied ondanks de gevolgen van de projecten voor de omvang en kwaliteit van het leefgebied voldoende draagkracht behoudt voor de in de doelstellingen genoemde aantallen.”

- 4.13. Voor wat betreft de ruimere mitigatiemogelijkheden biedt de kwestie van de uitbreiding van het recreatiepark Beekbergen¹⁰ houvast. In deze zaak stond vast dat leefgebied van twee vogelsoorten (zwarte specht en wespendif) definitief verloren zou gaan als gevolg van de uitbreiding van het recreatiepark. In de passende beoordeling is vastgesteld dat (desondanks) geen aantasting van natuurlijke kenmerken plaatsvindt. Voor deze conclusie was maatgevend dat op een andere locatie binnen het Natura 2000-gebied nieuw leefgebied werd ontwikkeld voorafgaand aan de uitbreiding van het recreatieterrein. De Afdeling overweegt:

“De gevolgen van het project betreffen het verdwijnen van een deel van de leefgebieden (...). Dit kan leiden tot een afname van de draagkracht van het gebied voor deze soorten en daarmee tot een afname van de omvang van de populaties (...). Met de aanleg van nieuw leefgebied voorafgaand aan de uitbreiding van het recreatieterrein wordt beoogd deze afname in omvang van de populaties te voorkomen aangezien als gevolg daarvan de omvang en de draagkracht van de leefgebieden (...) door het project niet wordt verkleind. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de maatregel in dit geval als mitigerende maatregel kan worden aangemerkt.”

- 4.14. Kort en goed kan bij een leefgebied – anders dan bij een habitatype – worden geconcludeerd dat een aantasting van natuurlijke kenmerken kan worden voorkomen door op een andere locatie te voorzien in (in dit geval:) vervangend leefgebied. De Afdeling overweegt nog dat van belang is dat de locatie waar het nieuwe leefgebied wordt aangelegd binnen hetzelfde Natura 2000-gebied is gelegen.¹¹ Daardoor wordt volgens de Afdeling voorkomen dat de doelstellingen in gevaar worden gebracht. Hieruit kan worden afgeleid dat de Afdeling de instandhoudingsdoelstellingen voor leefgebieden in dit geval op gebiedsniveau opvat (het leefgebied behoeft niet per se op dezelfde locatie aanwezig te blijven, anders dan de habitatypen). Daarbij wordt aangetekend dat de Afdeling hierbij de functie van het gebied voor de soorten in ogenschouw genomen (vervangbaar foerageergebied) alsook het gegeven dat deze soorten geen vaste nestplaatsen hebben. Kort en goed volgt de Afdeling de analyse die op dit punt is gemaakt in het ecologisch onderzoek.

¹⁰ ABRvS 14 oktober 2015, zaaknr. 201406968/1.

¹¹ Uit de hierboven in alinea 4.10 genoemde uitspraak van 11 februari 2015 (zaaknr. 201401736/1) vloeit voort dat er niet buiten het Natura 2000-gebied mag worden gemitigeerd.

Beschermingsmaatregelen die buiten het Natura 2000-gebied worden getroffen kwalificeren volgens de Afdeling niet als mitigatie.

- 4.15. De besproken uitspraken duiden erop dat de Afdeling, waar het gaat om leefgebieden, eerder – dan ten aanzien van habitattypen – aanvaardt dat geen sprake is van een aantasting van natuurlijke kenmerken als gevolg van een project. Wanneer in de passende beoordeling kan worden aangetoond dat:
3. instandhoudingsdoelstellingen voor de soort worden gehaald dan wel het niet behalen van de instandhoudingsdoelstellingen – gezien specifieke milieukenmerken of omstandigheden – niet wordt veroorzaakt/versterkt door het project (met andere woorden: dat een afname van leefgebied geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert); of
 4. eventuele effecten van het project die wel een aantasting (kunnen) opleveren tijdig elders binnen het Natura 2000-gebied kunnen worden ondervangen (door aanleg van nieuw leefgebied)
- dan kan daaruit worden afgeleid dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast.¹² Voor habitattypen is stap 1 lastig te onderbouwen en is stap 2 uitgesloten. Voor leefgebieden kan – onder de oude systematiek – dus eerder worden geconcludeerd dat geen aantasting optreedt van natuurlijke kenmerken dan voor habitattypen.
- 4.16. Een nadrukkelijke kanttekening die bij het voorgaande moet worden gemaakt is dat alle uitspraken die bij de analyse in beeld zijn gekomen, betrekking hebben op leefgebieden van vogelsoorten en niet van habitatsoorten. Bij vogelsoorten geldt dat de instandhoudingsdoelstellingen zien op de omvang en kwaliteit van het leefgebied waarbij een draagkracht is vermeld voor een populatie van een (expliciet genoemd) aantal paren. Dit maakt de (passende) beoordeling objectief toetsbaar: wanneer kan worden aangetoond dat het aantal paren aanwezig is, dan wordt voldaan aan de instandhoudingsdoelstellingen. Er geldt volgens de Afdeling bijvoorbeeld geen opdracht om een bestaande populatie (voor zover omvangrijker dan waarvoor het leefgebied in het Natura 2000-gebied volgens instandhoudingsdoelstellingen draagkrachtig dient te zijn) te behouden.¹³
- 4.17. Voor habitatsoorten is het instandhoudingsdoel niet uitgedrukt in een draagkracht voor een populatie/biotoop *van een expliciet genoemd aantal [ik ken daarvan althans geen voorbeelden]*. Tegen die achtergrond zijn de instandhoudingsdoelstellingen gedimensioneerd op de situatie ten tijde van de (referentie)datum van het aanwijzingsbesluit (waarbij een en ander kan zijn uitgewerkt in een beheerplan). Dit biedt althans bij eerste beschouwing minder ruimte voor een redeneerlijn dat, ook met verlies van leefgebied/biotoop, nog altijd aan instandhoudingsdoelstellingen kan worden voldaan en geen aantasting optreedt van natuurlijke kenmerken. Daar staat tegenover dat de formulering van de instandhoudingsdoelstelling – ‘voor [behoud dan wel uitbreiding] populatie’ – wel weer meer ruimte zou moeten bieden voor mitigatie (ten opzichte van de

¹² In gelijke zin: ABRvS 10 februari 2016, zaaknr. 201504968/1 (zandwinning Rijntakken) en ABRvS 23 december 2015, zaaknr. 201409359/1 (vergunning baanvak).

¹³ ABRvS 23 december 2015, zaaknr. 201409359/1.

instandhoudingsdoelstellingen voor habitattypen). Ook ten aanzien van habitatsoorten kan immers worden betoogd dat als er binnen het Natura 2000-gebied uiteindelijk maar genoeg leefgebied/biotoop aanwezig is voor het behoud of de uitbreiding van de populatie, dat aan de instandhoudingsdoelstelling wordt voldaan. Dat duidt erop dat bij verlies van leefgebied elders binnen het Natura 2000-gebied vervangend leefgebied/biotoop een ondervanging kan vormen (uiteraard mits ecologisch gemotiveerd). Het zonder meer aannemen dat het niet mogelijk is, gaat in ieder geval te kort door de bocht en is een gemiste kans.

5. Beoordeling leefgebieden onder het PAS-programma

- 5.1. De voorgaande paragraaf vormt een analyse van de jurisprudentie uit de periode van voor de inwerkingtreding van het PAS-programma. Hierna wordt besproken of er tegen deze achtergrond (juridisch) ruimte is om voor stikstofgevoelige leefgebieden na de inwerkingtreding van het PAS-programma een andere – meer abstracte – beoordelingssystematiek te hanteren dan de thans in het kader van het PAS-programma gehanteerde systematiek voor habitattypen. Dit wordt behandeld aan de hand van de in alinea 1.2 geformuleerde vragen. Alvorens daartoe wordt overgegaan volgt eerst een algemene analyse.
- 5.2. De vraag die voorligt in (de passende beoordeling voor) een Nbw-vergunning is of een aantasting van natuurlijke kenmerken kan worden uitgesloten. De Nbw 1998 schrijft niet voor hoe deze vraag moet worden beantwoord, de jurisprudentie laat zien waar rek en ruimte zit.
- 5.3. Met het PAS-programma wordt geborgd dat geen aantasting van natuurlijke kenmerken plaatsvindt van de stikstofgevoelige habitattypen omdat de ADW per saldo daalt en tevens lokale herstelmaatregelen worden getroffen. De daling van de ADW wordt geborgd door een systeem van toedeling van ontwikkelingsruimte op hexagoon-niveau die vooraf integraal op effecten is beoordeeld. De toe te delen ontwikkelingsruimte is kleiner dan de daling van de ADW (die ontstaat door autonome maatregelen en bronmaatregelen).
- 5.4. Vast staat dat er ook leefgebieden zijn die gevoelig zijn voor stikstofdepositie. Ten aanzien van de stikstofgevoelige leefgebieden kan de ecologische analyse zijn dat een daling van stikstofdepositie niet noodzakelijk is om een aantasting van natuurlijke kenmerken uit te sluiten. De hiervoor besproken jurisprudentie laat zien dat dit voor stikstofgevoelige leefgebieden (zeker waar het leefgebieden van vogelsoorten betreft) sneller wordt aangenomen. De inwerkingtreding van het PAS-programma verandert op zichzelf niets aan deze ecologische uitgangspunten maar brengt wel de vraag met zich mee of en zo ja hoe een toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige leefgebieden ergens (op een bepaald niveau of binnen delen van het leefgebied) zou moeten worden

begrensd. Alleen als ecologisch kan worden onderbouwd dat iedere toename van stikstofdepositie, hoe groot ook, geen knelpunt oplevert dan kan het leefgebied buiten beschouwing worden gelaten. Dit ligt bij stikstofgevoelige leefgebieden echter niet voor de hand. Er zou gelet hierop en tegen de achtergrond van het voorzorgsbeginsel kortom een goede (ecologische en/of systeem-) onderbouwing moeten worden gegeven op grond waarvan risico's kunnen worden uitgesloten. Daarbij lijkt kennis van waar de leefgebieden zich bevinden overigens onontbeerlijk.

5.5. In antwoord op de specifieke vragen:

5. Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd ruimtelijk worden begrensd en op kaart gepresenteerd of zijn daarvoor alternatieven?

In het kader van de passende beoordeling moet inzicht bestaan over de ligging van leefgebied. Dit is nodig om effecten van een project (of programma) te kunnen beoordelen. Specifiek in het kader van het PAS-programma kan nog worden opgemerkt dat, als op basis van de meest recente wetenschappelijke inzichten moet worden aangenomen dat een leefgebied stikstofgevoelig is, er een beoordeling van stikstofeffecten op het leefgebied dient plaats te vinden. Een kaart ligt voor de hand tenzij anderszins schriftelijk duidelijk kan worden gemaakt waar een leefgebied is geprojecteerd om te bezien welke effecten optreden.

6. Moeten stikstofgevoelige leefgebieden altijd in AERIUS worden opgenomen of zijn daarvoor alternatieven?

Opname in het reken- en registratiesysteem AERIUS borgt (voor habitattypen) een daling van stikstofdepositie. Wanneer ten aanzien van stikstofgevoelige leefgebieden op ecologische gronden kan worden onderbouwd dat een daling van stikstofdepositie niet (overall) noodzakelijk is en dat een verdere toename van stikstofdepositie ter plaatse geen aantasting van natuurlijke kenmerken oplevert, dan is opname in AERIUS in zoverre (c.q. van die delen) niet noodzakelijk.

Voor de ecologische onderbouwing kunnen aanknopingspunten worden gevonden in de hiervoor besproken jurisprudentie (beoordeling op gebiedsniveau is mogelijk, mitigerende maatregelen zijn toegestaan).

Daarbij dient wel rekenschap te worden gegeven van de noodzaak tot borging (anderszins) van de conclusies ten aanzien van het stikstofgevoelige leefgebied. Anders gezegd: er dient te worden verzekerd dat er zonder AERIUS niet alsnog een aantasting kan optreden van de natuurlijke kenmerken door toenames van stikstofdepositie waarop je geen zicht en invloed op hebt. Mogelijk is een variant denkbaar van opname van een deel van het leefgebied in AERIUS (dat voorwaardelijk is voor de conclusie dat geen aantasting plaatsvindt van natuurlijke kenmerken) en dat overige leefgebieden daar dan (ecologisch gemotiveerd) buiten kunnen worden gelaten. Mogelijk kunnen beheerplannen

hierin een (aanvullende) rol (gaan) spelen nu de instandhoudingsdoelstellingen hierin (moeten) worden uitgewerkt.

7. Moeten stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, altijd op hexagoon-niveau worden getoetst of zijn daarvoor alternatieven (bijvoorbeeld toetsing op gebiedsniveau)?

Zie hiervoor. Toetsing op gebiedsniveau is op zichzelf mogelijk maar er moet dan wel ecologisch kunnen worden onderbouwd dat een onbegrensde toename van stikstofdepositie op (delen van) het leefgebied nooit tot aantasting van natuurlijke kenmerken kan leiden dan wel, voor zover dat niet mogelijk is, dat anderszins wordt gewaarborgd dat een aantasting van natuurlijke kenmerken wordt uitgesloten.

8. Moeten voor stikstofgevoelige leefgebieden, net als habitattypen, zo nodig herstelmaatregelen worden opgenomen in de gebiedsanalyses en geldt hiervoor hetzelfde regime als voor herstelmaatregelen voor habitattypen?

Dit hangt af van de ecologische situatie en vergt beoordeling op lokaal niveau. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat ook ten aanzien van stikstofgevoelige leefgebieden de analyse kan zijn dat instandhoudingsdoelstellingen alleen kunnen worden gehaald (c.q. aantasting van natuurlijke kenmerken alleen kan worden voorkomen) wanneer (herstel)maatregelen worden getroffen. Zoals gezegd duidt de beschikbare jurisprudentie erop dat voor leefgebieden (in ieder geval voor vogelsoorten) ook mitigerende maatregelen elders binnen het betrokken Natura 2000-gebied mogelijk zijn. Daarvoor geldt wel de voorwaarde dat deze in beginsel moet zijn gerealiseerd voordat de aantasting kan plaatsvinden.
