

Een ruimere jas binnen N2000

de mogelijkheden voor een ecosysteembenadering voor de
vergunningverlening onder de Nb-wet

onderzoek in opdracht van het programma *Naar een rijke
Waddenzee*, onderdeel van het Ministerie van EL&I

Definitief

Opdrachtgever:

Programma naar een Rijke
Waddenzee
De heer drs. K. van Es
Postbus 30032
9700 RM Groningen
T 050-7508331
F 050-7508399
E keesvanes@rijkwaddenzee.nl
I www9.minlnv.nl

Opdrachtnemer:

Eelerwoude
Brink 4a
7981 BZ Diever
T (0521) 32 44 00
F (0521) 32 44 01
E oord@eelerwoude.nl
I www.eelerwoude.nl

Project nr. 5129

Opgesteld door	Audit	Datum
Peter Mendelts Luuk Boerema	Jan Veltman, advocaat te Amersfoort	25-11-2011



INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING	2
1.1 Vogelrichtlijn	2
1.2 Habitatrichtlijn	2
1.3 De ecosysteembenadering	3
1.4 Het totstandkomingsproces	4
2. EEN MEER ECOSYSTEEMGERICHTE BENADERING.....	6
2.1 Het Trilaterale streven naar een ecosysteembenadering	6
2.2 Europese Commissie: ecosysteem en biodiversiteit.....	6
2.3 Europese Commissie: fragmentatie tegengaan.....	7
2.4 Leeswijzer.....	8
3. GEBIEDSAANWIJZING	10
3.1 Europese verplichtingen	10
3.2 Regime Vogelrichtlijn.....	10
3.3 Regime Habitatrichtlijn	10
3.4 Nederlandse systematiek	10
4. INSTANDHOUDINGSDOELSTELLINGEN	14
4.1 Europese verplichtingen	14
4.2 Nederlandse systematiek	14
4.3 Flexibiliteit.....	16
4.4 Doelen bij het aanwijzingsbesluit Waddenzee	17
5. NB-WET VERGUNNING.....	20
5.1 Inleiding	20
5.2 Passende beoordeling van projecten.....	20
6. BEHEER.....	26
6.1 Europese verplichtingen	26
6.2 Lessen uit het Europese soortenbeschermingsrecht.....	27
6.3 Vertaald naar de gebiedsbescherming	28
7. MITIGATIE EN COMPENSATIE	30
7.1 Inleiding	30
7.2 Mitigatie	31
7.3 Compensatie.....	31
8. COMPENSATIE: VERGELIJKING MET DUITSLAND	36
9. FEITELIJKE AANPAK.....	38
9.1 Ecologische benaderingswijze.....	38
9.2 Adaptief beheer.....	39
9.3 Vergunningverlening	39
9.4 Indicatorsoorten	40
9.5 Onderbouwing van de vergunning	40
9.6 Monitoring en hand aan de kraan-principe.....	40

10. CASE I: DE PRINS HENDRIKDIJK OP TEXEL	42
10.1 Schets casus.....	42
10.2 Aanpak	46
10.3 Alternatievenonderzoek.....	47
10.4 Invulling compensatieverplichting	50
10.5 Conclusie casus I	51
11. CASE II: DE STRYPERKWELDER BIJ TERSCHELLING	54
11.1 Inleiding	54
11.2 Het voornemen.....	54
11.3 De beoordeling.....	55
11.4 Conclusie casus II	56
12. CASE III: DE JACHTHAVEN VAN SCHIERMONNIKOOG	58
12.1 Het voornemen.....	58
12.2 Beoordeling van de ingreep.....	58
13. CONCLUSIES	62

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

LITERATUURLIJST

BIJLAGEN

- Bijlage 1: Samenstelling begeleidingsgroep
 Bijlage 2: Audit Mr. Jan Veltman

1. INLEIDING

De Europese Vogelrichtlijn (1979)¹ en Habitatrichtlijn (1992)² zijn van grote betekenis voor de natuurbescherming in Nederland en de andere Europese landen. Er mag wel worden gesteld dat de Europese natuurbescherming zonder deze richtlijnen niet op hetzelfde niveau zou liggen als waar het nu ligt. Bovendien zijn de verschillende wijzen waarop de Europese landen hun natuur beschermen onmiskenbaar dichterbij elkaar gekomen, hetgeen ook met deze richtlijnen was beoogd.

1.1 Vogelrichtlijn

In 1979 is de Vogelrichtlijn vastgesteld, die van toepassing is op alle natuurlijk in het wild levende vogels op het Europese grondgebied van de Europese Unie, alsmede hun eieren, hun nesten en hun leefgebieden (art. 1 Vogelrichtlijn). De richtlijn richt zich zowel op bescherming van (individuen van) soorten als biotoopbescherming.

De Vogelrichtlijn kent de verplichting om kwalificerende gebieden aan te wijzen. Gebieden kwalificeren op basis van objectieve ornithologische criteria waarbij de lidstaten weinig beleidsvrijheid kennen. De verplichtingen uit de richtlijn zijn (anders dan bij de Habitatrichtlijn) ook van toepassing op gebieden die ten onrechte niet zijn aangewezen, maar Nederland lijkt alle kwalificerende gebieden inmiddels te hebben aangewezen.

Sinds de inwerkingtreding van de Habitatrichtlijn op 10 juni 1994, is op grond van art. 7 van de Habitatrichtlijn de Habitattoets van art. 6 leden 2 t/m 4 voor de Vogelrichtlijngebieden in de plaats gekomen van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 4, lid 4, eerste zin, van de Vogelrichtlijn, de (over het algemeen strengere) toets uit de Vogelrichtlijn. In het arrest *Basses Corbières*³ heeft het Hof van Justitie echter uitgemaakt dat de Vogelrichtlijntoets van toepassing is en blijft op zich kwalificerende maar ten onrechte niet aangewezen Vogelrichtlijngebieden.

1.2 Habitatrichtlijn

Het doel van de Habitatrichtlijn is het bijdragen tot het waarborgen van de biologische diversiteit door het instandhouden van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied. De habitats en de dieren-/plantensoorten moeten een gunstige staat van instandhouding hebben of bereiken. Daartoe wordt een ecologisch netwerk van zogenaamde speciale beschermingszones in het leven geroepen met als naam Natura 2000 (art. 3). Op basis van de criteria van bijlage III bij de richtlijn hebben de Lidstaten gebieden gezocht en aangemeld onder vermelding van de aldaar voorkomende soorten en habitats. De Commissie heeft de aanmeldingen beoordeeld en samengevoegd tot een Europese lijst van gebieden die samen het Natura 2000-netwerk vormen, dat sinds 7 december 2004 de bescherming van artikel 6 habitatrichtlijn geniet. Deze Europese lijst staat in beginsel vast en het is nu aan de lidstaten om deze gebieden definitief aan te wijzen, een proces dat in Nederland nog niet helemaal voltooid is.

¹ Richtlijn nr. 79/409/EEG van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand.

² Richtlijn nr. 92/43/EEG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

³ HvJEG 7 december 2000, C-374/98, Commissie tegen Frankrijk (*Basses Corbières*), r.o. 47.

Vervolgens is de lidstaat gehouden om voor de aangewezen gebieden instandhoudingsmaatregelen te treffen, zo nodig in de vorm van beheerplannen (art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn). Bij verslechtering van de habitats of verstoring van de soorten moeten de lidstaten actief optreden (lid 2). Plannen en projecten anders dan voor natuurbeheer met mogelijk significante effecten moeten een passende beoordeling ondergaan (lid 3), en in uitzonderingsgevallen kan om dwingende redenen van groot openbaar belang en onder voorwaarden een plan of project strijdig met lid 3, toch doorgang vinden.

In de praktijk is de toetsing van plannen en projecten (en de andere handelingen) - waarvoor een vergunning als bedoeld in de Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet) is vereist - vooral gericht op de negatieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen per soort en per habitatype,⁴ terwijl de positieve effecten niet of nauwelijks worden meegewogen.⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat bij een project steeds de habitatypes of soorten die erop achteruit gaan centraal staan, met de vraag hoe ten aanzien van dit habitatype of van deze soort kan worden gemitigeerd of gecompenseerd. Daarbij blijven de eventuele positieve natuureffecten op de andere instandhoudingsdoelstellingen buiten beschouwing. Zo komt het voor dat projecten die per saldo (over het geheel van doelstellingen) positief zouden uitpakken voor de natuur, toch geen toestemming krijgen. In de hierna te behandelen cases zien we daar voorbeelden van. Dit komt voor een belangrijk deel door de keuzes die de communautaire wetgever heeft gemaakt door te werken met soorten en habitatypes en deze te willen beschermen.

1.3 De ecosysteembenadering

Er bestaat een breed gedragen wens om een ruimere benadering te kiezen. Indien we daadwerkelijk de natuur willen beschermen, dan moeten we naar ecosystemen in hun geheel kunnen kijken. Plannen en projecten worden dan beschouwd op hun totale (positieve en negatieve) effecten op het ecosysteem en niet alleen op hun negatieve effecten op een individuele soort of een individueel habitatype. Dit betekent niet alleen dat er naast het inventariseren van de negatieve effecten ook gekeken wordt naar de positieve effecten en dat een beoordeling van het totaal aan effecten kan plaatsvinden gericht op datgene wat echt belangrijk is. In deze studie beperken we dit tot de positieve en negatieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen en blijven andere natuurwaarden verder buiten beschouwing, omdat het meenemen en meewegen daarvan nog een stap verder is. Toepassing van de ecosysteembenadering betekent dat door het bevoegd gezag beter uit valt te leggen waarom een plan of project wel of niet doorgang kan vinden. In dat geval wordt namelijk niet beargumenteerd dat een bouwplan niet kan doorgaan vanwege mogelijke negatieve effecten op bijvoorbeeld de noordse woelmuis, maar wordt een eventuele weigering uitgelegd met een verwijzing naar de 'overall' negatieve impact op het betrokken ecosysteem. De beslissing is daarmee ecologisch gezien beter uit te leggen en kan wellicht op meer draagvlak rekenen.

De benadering die wij hier ontwikkelen heeft vooral meerwaarde voor projecten die zijn gericht op natuurherstel of voor projecten waar gekozen gaat worden voor een variant die ecologisch meer resultaten biedt dan andere varianten. De cases die in de hoofdstukken 10 t/m 12 aan bod komen zijn zo gekozen dat ze een natuurmaatregel betreffen (case II), een veiligheidsmaatregel waarvoor de keuze tussen enkele meer of minder natuurvriendelijke varianten moet worden gemaakt, en een economische maatregel die mogelijk één op één aan een natuurmaatregel kan worden gekoppeld. De cases betreffen dan ook projecten met een groen karakter.

De ecosysteembenadering is dan ook vooral toe te passen op min of meer groene projecten en niet primair voor louter economisch geïnspireerde projecten zoals bijvoorbeeld de bouw van energiecentrales. Dergelijke projecten blijven in deze studie buiten beschouwing.

⁴ De implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijnen heeft wat de soortenbescherming betreft deels ook in de Flora- en faunawet plaatsgevonden. Dat blijft hier verder buiten beschouwing.

⁵ Dit gebeurt vrijwel alleen als er kan worden gesaldeerd, zoals bij stikstof op basis van art. 19kd Nb-wet.

Binnen de ecosysteembenadering worden (significant) negatieve effecten geaccepteerd indien en voor zover daar vanuit ecologisch gezichtspunt zwaarder wegende positieve effecten tegenover staan. Het gaat daarbij primair om het tegen elkaar afwegen van positieve en negatieve effecten op de geformuleerde instandhoudingsdoelen.⁶

Binnen het Programma Naar een Rijke Waddenzee en het Deltaprogramma Waddenzee bestaat de vraag of en in hoeverre de Europese richtlijnen ruimte laten voor een dergelijke benadering. Wenselijk zou zijn dat de tekst van de richtlijnen en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie meer ruimte zouden laten voor een ecosysteem benadering dan soms wordt aangenomen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

In geval een plan of project negatieve natuureffecten heeft die niet zijn te voorkomen, dan moeten deze effecten worden gecompenseerd. In Nederland wordt in de praktijk vaak aangenomen dat compensatie moet plaatsvinden middels hetzelfde habitatype of dezelfde soort als waarop deze negatieve effecten plaatsvinden. In andere landen, zoals Duitsland, wordt compensatie in andere (lieft aanpaalende) habitattypen vaker toegepast dan bij ons. De Habitatrichtlijn laat ruimte voor een dergelijke benadering, waar art. 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn compensatie eist 'om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft'. Deze referentie aan het netwerk kan zelfs gezien worden als een expliciete verwijzing naar een netwerk-benadering waarin meer naar het Natura 2000-netwerk als geheel wordt gekeken en de functie van het betreffende gebied binnen dat netwerk. Ook onze eigen Nb-wet schrijft niet zonder meer voor dat compensatie precies hetzelfde natuurdoel hoeft te betreffen. Dus waarom niet een compenserende maatregel daarbuiten die een versterking van het ecosysteem betreft?

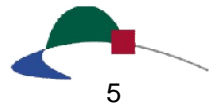
Voor dit onderzoek geldt dat de tekst van de Vogel- en Habitatrichtlijnen en de Europese lijst met Natura 2000-gebieden, alsmede de soorten en habitattypen waarvoor ze moeten worden aangewez-zen, als een gegeven worden beschouwd.

1.4 Het totstandkomingsproces

Deze studie is tussen mei en november 2011 uitgevoerd door mr.dr. Peter Mendelts en mr.drs. Luuk Boerema. Opdrachtgever was het Programma Naar een Rijke Waddenzee. De studie is begeleid door een ambtelijke begeleidingsgroep. De samenstelling van de begeleidingsgroep is opgenomen in bijlage 1.

Mr. Jan Veltman heeft deze studie ge-audit. Mr. Veltman is advocaat te Amersfoort en heeft een uitgebreide ervaring met juridische procedures op basis van de Nb-wet. De audit ondersteunt (de uitkomsten van) deze studie op hoofdlijnen en is bij dit rapport opgenomen als bijlage 2.

⁶ Mogelijk zouden ook andere ecologische waarden, die niet in instandhoudingsdoelstellingen zijn vertaald, kunnen meewegen, maar dat ligt moeilijker en blijft in deze studie verder buiten beschouwing.



2. EEN MEER ECOSYSTEEMGERICHTE BENADERING

2.1 Het Trilaterale streven naar een ecosysteembenadering

De gedachte dat bij de uitvoering van de Vogel- en Habitatrichtlijnen het ecosysteem meer centraal zou moeten staan, is niet nieuw. Voor de Waddenzee is dat herbevestigd op de Trilaterale Regeringsconferentie op het Duitse eiland Sylt op 18 maart 2010. In het daar vastgestelde Wadden Sea Plan 2010 is vastgesteld dat de drie Waddenzee-landen Nederland, Duitsland en Denemarken “will continue to manage the Wadden Sea as a single ecological entity for its natural, landscape and cultural heritage values, for the benefit of present and future generations”.⁷

In het Wadden Sea Plan wordt als kritiekpunt op de Habitatrichtlijn aangegeven dat het “focuses on the protection of individual habitats and not on ecosystems as a whole with their different interacting habitats and species”.⁸

De drie landen menen kennelijk dat het niet zozeer aan de nationale implementaties ligt, maar aan de Habitatrichtlijn zelf. De landen willen de Waddenzee graag als één ecosysteem beheren, maar zijn kennelijk van mening dat de Habitatrichtlijn daaraan eerder in weg staat dan er een bijdrage aan levert. Indien het dankzij dit onderzoek zou lukken om een meer ecosysteemgerichte benadering van de Nb-wetvergunningverlening van de grond te krijgen, kan dat de eerste stap zijn naar een meer gezamenlijke aanpak van het beheer van de Waddenzee en van een meer afgestemde beoordeling van activiteiten van de Waddenzee waarbij de draagkracht en de veerkracht van het systeem het referentiekader zijn.

2.2 Europese Commissie: ecosysteem en biodiversiteit

De Europese Commissie ziet de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen als middel om via een op soorten en habitattypen gerichte benadering de biodiversiteit te bewaren en ecosystemen in stand te laten en te versterken. Art. 6 Habitatrichtlijn - de centrale bepaling in de richtlijn - eist dat de lidstaten de Natura 2000-gebieden goed beheren, dat ze verslechtering en verstoring tegengaan en dat plannen en projecten met mogelijk significante effecten op de gebieden passend worden beoordeeld voordat ze worden toegestaan. Uiteindelijk is het aan het Hof van Justitie om een bindende uitleg van deze bepaling te geven.

De Commissie plaatst het artikel in deze context, waarbij aangetekend zij dat dit een juridisch niet-bindende uitspraak is:

“In het algemeen vormen de bepalingen van artikel 6 een afspiegeling van de algemene beleidslijnen die in de overwegingen van de richtlijn zijn neergelegd. Het betreft de noodzaak van de bevordering van de biologische diversiteit door de handhaving of het herstel van bepaalde habitats en soorten in een “gunstige staat van instandhouding” in de Natura 2000-gebieden, met inachtneming van de vereisten op economisch, sociaal, cultureel en regionaal gebied, en zulks met het oog op de totstandbrenging van duurzame ontwikkeling.”⁹

⁷ Common Wadden Sea Secretariat, Wadden Sea Plan 2010. Eleventh Trilateral Governmental Conference on the Protection of the Wadden Sea, p. 13.

⁸ Wadden Sea Plan 2010, p. 15.

⁹ Europese Commissie, Beheer van “Natura 2000”-gebieden, De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), p. 8.

Blijkens de preambule beoogt de Habitatrichtlijn onder meer “het bevorderen van de biologische diversiteit” (de derde overweging) en “de instandhouding van bedreigde soorten en habitats” (vierde overweging) door “een coherent ecologisch netwerk tot stand te brengen”. Het ligt daarom volgens ons in de rede de richtlijnen zo te lezen dat het leidt tot het doel om goed functionerende ecosystemen te behouden en zo nodig tot stand te brengen waarbinnen soorten, bedreigd of niet, alle een plaats hebben. Vanuit de richtlijnen zou een ecosysteemgerichte benadering daarom vanzelfsprekend moeten zijn, waarbij als vanzelfsprekend de soorten en habitattypen ‘meeliften’. Het zou te betreuren zijn indien de in de richtlijn verwerkte benadering waarin wordt gewerkt met habitattypen en te beschermen soorten inderdaad de ecosysteembenadering in de weg zou staan.

De Europese Unie heeft zich tot doel gesteld om het verlies aan biodiversiteit in 2020 tot staan te hebben gebracht. Om dit doel te behalen is nodig: “the full implementation of existing EU environment legislation, as well as action at national, regional and local level.”¹⁰ Ook hiermee zij aangegeven dat de Vogel- en Habitatrichtlijnen als een instrument tot behoud van biodiversiteit en van ecosystemen wordt gezien.

2.3 Europese Commissie: fragmentatie tegengaan

Ook uit een andere denkwijze van de Commissie blijkt dat zij belang hecht aan het beschermen van ecosystemen, en niet slechts gericht is op de bescherming van enkele soorten en habitats. De Commissie wil namelijk de fragmentatie van ecologische netwerken tegengaan en verbindingen laten leggen. Art. 10 Habitatrichtlijn, dat regelt dat de lidstaten een adequaat beheer van landschapselementen kunnen bevorderen vooral om Natura 2000 meer ecologisch coherent te maken, biedt daarvoor de basis. Onder de auspiciën van de Europese Commissie is in 2007 een richtsnoer uitgebracht voor de implementatie van art. 10 Habitatrichtlijn en art. 3 van de Vogelrichtlijn. Uit deze richtsnoer blijkt duidelijk het belang van ecologische coherentie van het Natura 2000-netwerk:

“It is clear from the texts of the Habitats directive that the interpretation of ‘coherence’ is a key issue affecting the implementation of directives. When considering the ecological coherence of Natura 2000, it is important to note that the completed Natura 2000 network, defined by the Habitats directive as the sum of all areas designated for conservation under the Birds and Habitats directives (Article 3.1 of the Habitats directive), is a collection of individual protected sites (COM 2005)10. In order for these protected sites to actually form an ecologically coherent network then necessary functional connections amongst the sites and their surroundings must be maintained. Therefore management measures may need to go beyond the designated sites’ boundaries and apply to the wider environment.”¹¹

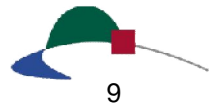
De soorten- en habitattypengerichte benadering die ook wel terug te vinden is in de Vogel- en Habitatrichtlijnen zou daarom volgens ons niet in de weg hoeven te staan aan initiatieven die bijdragen aan de algemene doelstelling van bescherming van het ecosysteem en bevordering van de biodiversiteit, maar die niet precies passen binnen de instrumentatie van de richtlijn doordat bijvoorbeeld een enkele individuele soort negatief wordt beïnvloed. Hieruit spreekt niet dat de Commissie van mening zou zijn dat het doel van de Vogel- en Habitatrichtlijnen zou zijn om individuele soorten en habitattypen te beschermen. Nee, eerder zit de kracht van Natura 2000 in de coherentie en in de verbindingen. Waarmee wij niet gezegd willen hebben dat de Commissie zonder meer achter de door ons voorgestane ecosysteembenadering zou zijn, maar alleen dat het niet uitgesloten is dat de Commissie wel gesteund zal zijn voor deze benadering. Dit doet de vraag rijzen of de Lidstaten niet een te strikte benadering van de richtlijnen hanteren, strikter dan vanuit Brussel gezien nodig zou zijn?

¹⁰ Europese Commissie, Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020, COM(2011) 244 final, Brussel 3 mei 2011, p. 7.

¹¹ M. Kettunen e.a., Guidance on the maintenance of landscape features of major importance for wild flora and fauna – Guidance on the implementation of Article 3 of the Birds Directive (79/409/EEC) and Article 10 of the Habitats Directive (92/43/EEC), Brussel 2007, p. 5-6.

2.4 Leeswijzer

In deze rapportage onderzoeken wij of op de verschillende punten waarop Nederland de richtlijnen moet uitvoeren niet meer ruimte bestaat. Het gaat dan om de gebiedsaanwijzingen (hoofdstuk 3), het formuleren van de instandhoudingsdoelstellingen (hoofdstuk 4) en de wijze waarop de toetsing van projecten in het kader van een Nb-wet vergunning wordt uitgevoerd (hoofdstuk 5) en het beheer (hoofdstuk 6). In hoofdstuk 7 worden de concepten mitigatie en compensatie verder uitgediept, waarna in hoofdstuk 8 wordt gekeken naar de Duitse aanpak. In hoofdstuk 9 wordt een voorzet gegeven op welke wijze de ecosysteembenadering bij de vergunningverlening in Nederland zou kunnen worden uitgewerkt. In de hoofdstukken 10 t/m 12 worden drie cases uitgewerkt.



3. GEBIEDSAANWIJZING

3.1 Europese verplichtingen

Zowel de Vogelrichtlijn als de Habitatrichtlijn verplichten tot het aanwijzen van gebieden. Ingevolge art. 3 lid 1 Habitatrichtlijn vormt het geheel van Vogel- en Habitatrichtlijngebieden ('speciale beschermingszones') een coherent ecologisch netwerk met als naam Natura 2000. Het gaat uiteindelijk gaat om een Europees netwerk van Vogelrichtlijn- en Habitatrichtlijngebieden, maar elke Europese Lidstaat moet de gebieden op zijn grondgebied aanwijzen en beschermingsmaatregelen treffen. Wat betreft de selectie van gebieden die een Lidstaat moet aanwijzen, verschillen de beide richtlijnen onderling.

3.2 Regime Vogelrichtlijn

Voor Vogelrichtlijngebieden geldt dat alle gebieden aangewezen moeten worden die zich kwalificeren. Hier geldt een materieel criterium, waarbij achteraf kan blijken dat bepaalde gebieden ten onrechte niet zijn aangewezen (gebieden die ofwel over het hoofd zijn gezien ofwel anders zijn ingeschat). Indien een gebied zich kwalificeert, maar ten onrechte niet is aangewezen, dan geldt dit gebied op grond van de rechtstreekse werking van de Vogelrichtlijn tóch als een Vogelrichtlijngebied. Het beschermingsregime van de Vogelrichtlijn is dan wel van toepassing.

Op grond van art. 3 lid 2 aanhef en onder a van de Vogelrichtlijn is de Lidstaat verplicht beschermingszones voor vogels aan te wijzen. Op grond van art. 4 lid 1 moet de Lidstaat speciale beschermingsmaatregelen voor leefgebieden van vogelsoorten treffen. Dit betekent dat Vogelrichtlijngebieden moeten worden ingesteld met een speciaal beschermingsregime.

3.3 Regime Habitatrichtlijn

De systematiek bij de aanwijzing van Habitatrichtlijngebieden is anders. Op basis van bepaalde criteria dragen de lidstaten gebieden voor en stelt de Commissie op basis van deze aanmeldingen een communautaire lijst met gebieden vast. De lidstaten zijn verplicht de gebieden op deze communautaire lijst die op hun grondgebied liggen aan te wijzen en te beschermen. Indien een lidstaat deze gebieden aanwijst, kan er geen sprake zijn van ten onrechte niet aangewezen gebieden. Simpelweg omdat de Lidstaat alleen verplicht is Habitatrichtlijngebieden aan te wijzen die door de Commissie op de lijst van gebieden van communautair belang zijn geplaatst (art. 4 leden 2 en 4 Habitatrichtlijn).

3.4 Nederlandse systematiek

De gebiedsbescherming van de Vogel- en Habitatrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd middels de Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet), die grotendeels op 1 oktober 2005 in werking is getreden. In de systematiek van de Nb-wet wordt geen onderscheid gemaakt tussen Vogelrichtlijngebieden en Habitatrichtlijngebieden. Art. 10a lid 1 Nb-wet zegt dat de Minister gebieden aanwijst ter uitvoering van beide richtlijnen. Deze gebieden worden in het spraakgebruik aangeduid als Natura 2000-gebieden. De gebiedsaanwijzing Waddenzee kent één gebiedsbegrenzing en kent doelen zowel uit de Vogelrichtlijn (doelen voor vogels) als uit de Habitatrichtlijn (doelen voor habitats en planten- en dierensoorten met uitzondering van vogels).

De aanwijzingsbesluiten begrenzen de Natura 2000-gebieden en bakenen daarmee de reikwijdte van de bescherming af. Alleen de effecten op de aangewezen gebieden zijn relevant, en ecologisch waardevolle stukken erbuiten ontberen de bescherming van het netwerk. Maar ook buiten de Natura 2000-gebieden moet rekening worden gehouden met Natura 2000. De bescherming van deze gebieden houdt in dat activiteiten met significant negatieve effecten op het gebied in beginsel geen doorgang kunnen vinden. Dit wordt de externe werking genoemd.

Ter voorbereiding van de aanwijzingsbesluiten heeft de Minister van LNV een Doelendocument¹² opgesteld. Dit Doelendocument heeft de status van een beleidsnotitie en is richtinggevend (geweest) bij het opstellen van de aanwijzingsbesluiten. Het aardige van de benadering van het Doelendocument is dat het uitgaat van de vraag naar de bijdrage die Nederland specifiek kan leveren binnen het Europese netwerk door te focussen op de landschapstypen.

Het document onderscheidt een achttal landschapstypen:

1. Noordzee, Waddenzee en Delta
2. Duinen
3. Rivierengebied
4. Meren en Moerassen
5. Beekdalen
6. Hogere zandgronden
7. Hoogvenen
8. Heuvelland

De natte landschapstypes zijn in dit lijstje prominent aanwezig, waarbij bedacht moet worden dat - in hectares uitgedrukt - de natte landschapstypes dominant zijn over de droge. Nederland als Deltaland komt duidelijk in het Doelendocument tot uitdrukking en de natte natuur vormt dan ook wel de belangrijkste bijdrage van Nederland aan het Europese Natura 2000-netwerk.

Het Doelendocument geeft inzicht in de wijze waarop de instandhoudingsdoelstellingen per gebied zijn afgeleid van de geformuleerde landelijke instandhoudingsdoelstellingen. Allereerst zijn alle gebieden ingedeeld bij één van de acht landschapstypen en zijn per landschapstype kernopgaven geformuleerd, die vervolgens weer aan de Natura 2000-gebieden zijn toebedeeld. Op deze wijze zijn de instandhoudingsdoelstellingen per gebied gerelateerd aan de landelijke doelen. Daarbij is gekeken in welke gebied het meest efficiënt de doelstelling gehaald kan worden.¹³

Deze benadering is op zichzelf gezien ingestoken vanuit de functie die het Nederlandse deel heeft binnen het Europese Natura 2000-netwerk, waarbij duidelijk blijkt dat Nederland als Deltaland vooral de verantwoordelijkheid heeft voor de natte natuur. Op dit abstracte niveau is duidelijk vanuit het ecosysteem gedacht.

De landelijke instandhoudingsdoelstellingen die vanuit deze ecosysteembenadering zijn geformuleerd, zijn vervolgens verdeeld over de Natura 2000-gebieden. Daarbij zijn de instandhoudingsdoelen van de gebieden relatief statische elementen geworden, die bij de vergunningverlening als doel op zich worden gezien waaraan de maatregel immers moet worden getoetst, en niet als onderdeel van een grotere ecosysteembenadering die blijkens het doelendocument wel achter de Nederlandse implementatie zelf zit. Met andere woorden, de beleidsmatige ecosysteembenadering wordt via de instandhoudingsdoelstellingen operationeel en hanteerbaar en toetsbaar gemaakt. Dit geeft voordelen van zekerheid en duidelijkheid (doordat duidelijk wordt waarmee je rekening mee moet houden en waarmee niet), maar kan in sommige gevallen leiden tot een té beperkte blik.

¹² Minister van LNV, Doelendocument, Duidelijkheid bieden, richting geven en ruimte laten, Den Haag 2006.

¹³ Doelendocument, p. 28.

Op 5 november 2008 oordeelde de Afdeling dat bij de keuze en de begrenzing van de aan te wijzen gebieden alleen overwegingen van ecologische of ornithologische aard een rol mogen spelen.¹⁴ De Afdeling oordeelde in haar uitspraak van 16 maart 2011 (Aanwijzingsbesluit Noordzeekustzone¹⁵) dat de door Nederland gehanteerde systematiek van gebiedsaanwijzingen niet in strijd is met de Vogel- en Habitatrichtlijnen, ook al zouden andere keuzes kunnen worden gemaakt voor wat betreft de manier waarop de instandhoudingsdoelstellingen per gebied tot stand zijn gekomen.

De Nederlandse keuze is blijkens het profielendocument ingegeven door de wens enerzijds om de bescherming te beperken tot alleen de soorten en habitattypen waarvoor dat strikt genomen vereist is en de beste kansen in gebieden te benutten, anderzijds de behoefte om ruimte te houden voor gebiedsgericht maatwerk (principes van 'richting geven en ruimte laten' en 'strategisch lokaliseren'). De richtlijnen laten op dit punt beleidsruimte aan de lidstaten waarbij de keuze die in Nederland is gemaakt één van de mogelijke keuzes is.

Op zichzelf is het mogelijk dat Nederland de instandhoudingsdoelstellingen aanpast om ze meer ecosysteemgericht te maken. Dit is echter wel een omslachtige operatie voor de gebieden waar de aanwijzingsbesluiten reeds zijn vastgesteld, zoals voor de Waddenzee. Bovendien vereist de richtlijn dat dergelijke doelen nog steeds de betreffende soorten en habitattypen doeltreffend beschermen. Daarmee zou de bescherming mogelijk niet beperkter worden, maar eerder meeromvattend en integraler. Voor de duidelijkheid: het is dus niet mogelijk om ervoor te kiezen om bepaalde habitats en soorten onbeschermd te laten.

In deze studie kiezen we er daarom voor om te inventariseren wat de mogelijkheden van een ecosysteembenadering zijn binnen de huidige aanwijzingsbesluiten. Daarnaast zullen we proberen aan te geven wat de mogelijkheden zijn indien de aanwijzingsbesluiten inclusief de daarin geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen wel ter discussie kunnen worden gesteld.

Geconcludeerd kan worden dat bij de wijze van selecteren van gebieden - waarbij landschapstypen zijn gedefinieerd - een ecosysteemgerichte benadering is gehanteerd, waarbij vanzelfsprekend is gekeken naar de aanwezigheid van soorten en habitats in die ecosystemen. Bij het zoeken en aanwijzen van de gebieden is gedacht aan de plaats en de rol van de Nederlandse gebieden in het Europese netwerk. Bij de vervolgstap zijn aan de gebieden individuele doelen per soort en per habitatype toebedeeld en voor wie de aanwijzingsbesluiten leest¹⁶ lijkt het vooral daarom te gaan dat er gebieden zijn aangewezen ter bescherming van individuele soorten en habitattypen en springt de ecosysteembenadering er niet uit. Wel staan in de toelichting bij het aanwijzingsbesluit de algemene doelen te lezen, naast de doelen per soort en per habitatype. Hier gaat het volgende hoofdstuk op in.

¹⁴ ABRvS 5 november 2008 (aanwijzingsbesluit Voordelta), nr. 200802545/1.

¹⁵ nr. 200902380/1.

¹⁶ De definitieve dan wel concept aanwijzingsbesluiten zijn te vinden op de site <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?subj=n2k>



4. INSTANDHOUDINGSDOELSTELLINGEN

4.1 Europese verplichtingen

Op grond van de Habitatrichtlijn is Nederland verplicht om instandhoudingsdoelstellingen voor zijn Natura 2000-gebieden te formuleren. Deze verplichting staat niet als zodanig in de richtlijn verwoord, maar volgt impliciet uit de preambule en uit de verwijzing naar deze doelstellingen in art. 6 lid 3 van de richtlijn. Dit artikel schrijft immers voor dat in een passende beoordeling rekening moet worden gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen. Wat een dergelijke instandhoudingsdoelstelling moet inhouden, is niet gedefinieerd. Voor de hand ligt dat de soorten en habitats waarvoor het betreffende gebied wordt aangewezen daarbij op zijn minst een rol spelen, evenals de functie die het betreffende gebied heeft binnen het netwerk.

De Habitatrichtlijn kent een andere systematiek dan de Vogelrichtlijn. Anders dan de Vogelrichtlijn komt in de Habitatrichtlijn wel de term “instandhoudingsdoelstellingen” voor. Deze term staat twee keer in de preambule en één keer in de tekst van de richtlijn zelf, namelijk in art. 6 lid 3 van de richtlijn dat voorschrijft dat een passende beoordeling van plannen en projecten plaatsvindt “rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen”. Impliciet is daarmee gegeven dat er instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden moeten worden geformuleerd.

Anderzijds ligt in de Habitatrichtlijn juist nog meer dan in de Vogelrichtlijn de nadruk op de samenhang tussen soorten en habitats, op de ecologische samenhang van het Natura 2000-netwerk in zijn geheel. Zo bezien lijken ons grovere, meer robuuste doelstellingen die de kwaliteiten van het gebied bewaren, of doelstellingen die waarborgen geven voor ecologische functies, de voorkeur te verdienen boven een gedetailleerde bouwsteenbescherming.

De Europese Commissie geeft aan dat instandhoudingsdoelstellingen per soort en per habitatype moeten worden geformuleerd:

“This means that, when designating a site as a SAC the Member State must establish (conservation) *priorities* (or objectives) for *all* annex I habitats and annex II species present on the site, as indicated in the SDF, notably in the light of the importance of the site for the maintenance or restoration, at a favorable conservation status of these habitats and species.”¹⁷

4.2 Nederlandse systematiek

De Habitatrichtlijn eist dat de betrokken soorten en habitats in een gunstige staat van instandhouding worden gebracht, zonder dat daarvoor een tijdschema geldt. Nederland heeft ervoor gekozen om deze opdracht te concretiseren door voor de soorten en habitats van de bijlagen I en II die in Nederland voorkomen, landelijke doelen te formuleren. Deze landelijke doelen zijn vertaald in gebiedsdoelen. De gebiedsdoelen zijn nodig om de landelijke doelen en daarmee de landelijke gunstige staat van instandhouding te bereiken.

¹⁷ Brief van 1 april 2011, ENV.A.I/MV/mm/ARES (2011), p. 3, opgenomen in bijlage I van Ministerie van EL&I, Implementatie Natura 2000 in Nederland. SAC staat voor Special Area of Conservation en SDF voor Standard Data Form.

In het doelendocument is op dit punt aangegeven (p. 57):

“De gebiedsdoelen bij elkaar ‘opgeteld’, eventueel tezamen met een opgave buiten het Natura 2000 netwerk, hebben als som het landelijke doel.”

Deze relatie tussen de landelijke doelen en de gebiedsdoelen, maakt enerzijds het uitwisselen tussen de instandhoudingsdoelstellingen binnen een Natura 2000-gebied soms lastiger, omdat voorkomen zal moeten worden dat het gebiedsdoel dat “de klappen krijgt” vervolgens het behalen van de landelijke doelstelling onmogelijk maakt. Anderzijds biedt het de mogelijkheid om doelen die gehaald kunnen worden in andere gebieden minder zwaar te laten wegen dan andere doelen in daarmee een zekere prioritering in de gebiedsdoelen aan te brengen.¹⁸

Nederland heeft ervoor gekozen om - voor zover ons bekend - in de toelichtingen bij alle aanwijzingsbesluiten naast enkele algemene doelen instandhoudingsdoelstellingen per habitatype en per soort op te nemen.¹⁹ De basis hiervoor ligt in art. 10a lid 2 Nb-wet, dat eist dat het aanwijzingsbesluit de instandhoudingsdoelstelling bevat, waartoe in ieder geval behoort:

- a. de doelstellingen ten aanzien van de instandhouding van de leefgebieden, voor zover vereist ingevolge richtlijn 79/409/EEG of;
- b. de doelstellingen ten aanzien van de instandhouding van de natuurlijke habitats of populaties in het wild levende dier- en plantensoorten voor zover vereist ingevolge richtlijn 92/43/EG.

Hoe de doelen ook worden geformuleerd, bedacht moet worden dat afdoende de gunstige staat van instandhouding van soorten en habitats moet worden gegarandeerd. Daarom is het zeker niet ondenkbaar dat eventuele abstractere doelen een grotere reikwijdte zouden moeten hebben om dit zeker te stellen²⁰ en dat concretere doelen per soort en per habitatype om die reden te prefereren zijn.

Een mogelijke optie is gezien het arrest van het Europees Hof van Justitie tussen de Commissie en Frankrijk: “op meer of mindere gedetailleerde wijze activiteiten verbieden die de natuurlijke kenmerken van het biotoop kunnen aantasten en ten goede komen aan de gehele fauna van de gebieden waarvoor de regeling geldt.”²¹ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State erkent dat andere keuzes mogelijk zijn.²² Nederland zal wel aannemelijk moeten maken dat voor alle in Nederland aanwezige soorten van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn de goede staat van instandhouding zal worden bereikt. Deze goede staat van instandhouding hoeft niet per se per gebied bereikt te worden, maar op landelijk niveau.²³

¹⁸ Zie ook A.A. Freriks, *Gunstige staat van instandhouding: netwerk, lidstaat of Natura 2000-gebied*.

¹⁹ Terzijde zij opgemerkt dat het geen probleem is dat de instandhoudingsdoelstellingen in Nederland niet in het aanwijzingsbesluit zelf zijn opgenomen maar in de toelichting, zie ABRvS 16 maart 2011 (Aanwijzingsbesluit Waddenzee), nr. 200902378/1/R2, r.o. 2.1.1.

²⁰ Deze conclusie wordt ook getrokken in door Ministerie van EL&I, *Implementatie Natura 2000 in Nederland*, p. 20.

²¹ HvJEG 7 december 2000, C-374/98, *Commissie tegen Frankrijk (Basses Corbières)*, r.o. 19.

²² ABRvS 15 juni 2011 (Aanwijzingsbesluit Oostvaardersplassen), r.o. 2.14.2: “Dat wellicht met een andere systematiek eveneens voldaan kan worden aan de verplichtingen ingevolge de Vogel- en Habitatrichtlijn maakt dit niet anders, nu deze beide richtlijnen noch de Nbw 1998 hiertoe nopen.”

²³ ABRvS 16 maart 2011 (Aanwijzingsbesluit Noordzeekustzone).

4.3 Flexibiliteit

In de jurisprudentie is het al eens voorgekomen dat de aanwijzing van een gebied afweek van de aanmelding in Brussel. De Afdeling bestuursrechtspraak acht dat acceptabel daar waar feitelijk verschuivingen in ecologische waarden hadden plaatsgevonden:

“Verder acht de Afdeling van belang dat de natuur voortdurend aan verandering onderhevig is en dat de gegevens per gebied volgens de Nota van Antwoord doorlopend worden geactualiseerd waardoor nieuwe gegevens beschikbaar komen die kunnen afwijken van de eerdere bij de aanmelding gehanteerde gegevens.

Daarbij komt dat, zoals in overweging 2.7.4 is verwoord, de minister heeft gesteld dat sprake is van verschuivingen tussen ecologisch verwante habitattypen als gevolg van verbeterde landelijke definiëring. LTO heeft dit niet bestreden. Gelet op het voorgaande is de minister bij het nemen van het bestreden besluit terecht uitgegaan van de meest actuele gegevens omtrent de kwalificerende habitattypen in Witterveld.”²⁴

Indien de instandhoudingsdoelstellingen bij het aanwijzingsbesluit worden aangevochten omdat realisatie ervan niet reëel zou zijn, is de Afdeling bestuursrechtspraak niet snel geneigd dit aan te nemen. Zo vochten de colleges van B&W van Almere en Lelystad het aanwijzingsbesluit Oostvaardersplassen aan, omdat zij meenden dat de doelen voor de blauwe en bruine kiekendieven niet haalbaar zouden zijn omdat het daarvoor vereiste peilbeheer niet zal plaatsvinden. De Afdeling overweegt dat:

“Naar het oordeel van de Afdeling blijkt uit beide rapporten dat mogelijkheden bestaan om maatregelen te treffen, bijvoorbeeld in het kader van het beheerplan die de draagkracht van de Oostvaardersplassen voor de bruine en de blauwe kiekendief verbeteren.

Het college van Almere en het college van Lelystad hebben met de overgelegde rapporten niet aannemelijk gemaakt dat behoud van de huidige populatie bruine kiekendieven en herstel van de populatie blauwe kiekendieven, zoals geformuleerd in de instandhoudingsdoelstellingen van het aanwijzingsbesluit, onmogelijk is.”²⁵

²⁴ ABRvS 20 oktober 2010 (Aanwijzingsbesluit Witterveld), nr. 20090858/1/R2, r.o. 2.9.3..

²⁵ ABRvS 15 juni 2011 (Aanwijzingsbesluit Oostvaardersplassen), nr. 201003128/1/R2, r.o. 2.13.4.

4.4 Doelen bij het aanwijzingsbesluit Waddenzee²⁶

In de toelichting bij het aanwijzingsbesluit Waddenzee zijn in de eerste plaats enkele algemene doelen geformuleerd:

Behoud en indien van toepassing herstel van:

1. de bijdrage van het Natura 2000-gebied aan de ecologische samenhang van Natura 2000 zowel binnen Nederland als binnen de Europese Unie;
2. de bijdrage van het Natura 2000-gebied aan de biologische diversiteit en aan de gunstige staat van instandhouding van natuurlijke habitats en soorten binnen de Europese Unie, die zijn opgenomen in bijlage I of bijlage II van de Habitatrictlijn. Dit behelst de benodigde bijdrage van het gebied aan het streven naar een op landelijke niveau gunstige staat van instandhouding voor de habitattypen en de soorten waarvoor het gebied is aangewezen;
3. de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied, inclusief de samenhang van de structuur en functies van de habitattypen en van de soorten waarvoor het gebied is aangewezen;
4. de op het gebied van toepassing zijnde ecologische vereisten van de habitattypen en soorten waarvoor het gebied is aangewezen.

De Waddenzee is (voor de Habitatrictlijn) aangewezen voor tien habitattypen (zeg maar zandplaten, schorren en duintypen) en zes diersoorten: de nauwe korfslak, drie vissoorten (zeeprik, rivierprik en fint) en de beide zeehondensoorten (gewone en grijze zeehond). Daarnaast is het voor de Vogelrichtlijn aangewezen voor zestien broedvogels en voor 32 trekvogelsoorten. In (de toelichting bij) het aanwijzingsbesluit Waddenzee staan de doelen per soort en per habitatype opgesomd, waarbij illustratief enkele voorbeelden worden genoemd:

De wijze van formuleren van het doel bij de habitattypen:

Behoud oppervlakte en behoud/verbetering kwaliteit habitatype.

Voorbeeld:

H1110 Permanent overstroomde zandbanken

Doel: Behoud oppervlakte en verbetering kwaliteit permanent overstroomde zandbanken, *getijdengebied* (subtype A).

De wijze van formuleren van het doel bij de diersoorten van de Habitatrictlijn:

Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor behoud/verbetering populatie.

Voorbeeld:

H1103 Fint

Doel: Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor uitbreiding populatie.

De wijze van formuleren van het doel bij de broedvogels:

Behoud/uitbreiding omvang en behoud/verbetering kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van ten minste x paren.

Voorbeeld:

A194 Noordse stern

Doel: Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van ten minste 1.500 paren.

²⁶ Aanwijzingsbesluit Natura 2000-gebied Waddenzee van de minister van LNV van 26 februari 2009, kenmerk DRZO 2008-001. Het besluit is terug te vinden op: <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?subj=n2k&groep=1&id=n2k1&topic=documenten>

De wijze van formuleren van het doel bij de niet-broedvogels:

Behoud omvang en behoud/verbetering kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van x vogels (seizoensgemiddelde).

Voorbeeld:

A143 Kanoet

Doel: Behoud omvang en verbetering kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van 44.400 vogels (seizoensgemiddelde).

Bij ieder doel staat tevens een toelichting opgenomen, waaruit blijkt dat de doelen niet op zichzelf staan, maar meer in de context van het ecosysteem van de Waddenzee moeten worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij de doelstelling voor habitattype H1110 Permanent overstromde zandbanken:

Het habitattype permanent overstromde zandbanken, *getijdengebied* (subtype A), dat momenteel landelijk een matig ongunstige staat van instandhouding kent, is nagenoeg beperkt tot de Waddenzee. Het habitattype betreft hier de ondiepe delen tussen platen (waarvan de platen zelf onderdeel uitmaken van habitattype H1140 slik en zandplaten) en diepe geulen met hoge stroomsnelheden. Kwaliteitsverbetering is vooral mogelijk door een deel van de mosselbanken betere ontwikkelingskansen te bieden (diverse stadia van ontwikkeling aanwezig) en door het herstel van de omvang en samenstelling van de visstand. Kenmerkend voor het systeem is de functionele samenhang van verschillende deelsystemen zoals eb en vloedgeulen en droogvallende platen (H1140). Herstel van zoet zout gradiënten is tevens van belang voor verbetering van de kwaliteit van dit habitattype.

In dit voorbeeld blijkt dat in de toelichting bij de verschillende doelen - met name bij de doelen voor de habitattypen - wel degelijk oog is voor de samenhang tussen de verschillende habitattypen en aanwezige soorten. Daar waar toetsingen door ecologisch onderzoekers in de praktijk vaak zijn geënt op de doelen per habitattype en soorten zelf, blijkt uit deze toelichtingen dat een dergelijke enge benadering niet is beoogd door de Minister van LNV.

Overigens zijn er (concept-) aanwijzingsbesluiten van andere Natura 2000-gebieden dan de Waddenzee waarin instandhoudingsdoelstellingen zijn opgenomen die een afname toestaan.²⁷ Er bestaan dus niet louter behoud- of hersteldoelen. Dit is alleen mogelijk als de staat van instandhouding landelijk goed is, en de toegelaten afname daaraan geen afbreuk doet. Een voorbeeld vormt het gebied Gelderse Poort, waar in de concept-instandhoudingsdoelstellingen is opgenomen dat het foerageergebied van onder meer de kolgans met maximaal 14% in omvang mag afnemen. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak mag in een dergelijk geval bij een afname aan foerageergebied van 6 ha - minder dan 14% - geoordeeld worden dat significante effecten van het project in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen uitgesloten mogen worden geacht.²⁸

De instandhoudingsdoelstellingen in het aanwijzingsbesluit Waddenzee lijken relatief star geformuleerd, o.a. doordat voor alle habitattypen behouddoelstellingen zijn geformuleerd waardoor niet in areaaluitwisseling tussen habitattypen is voorzien terwijl in een hoogdynamisch gebied deze uitwisseling al op natuurlijke wijze plaatsvindt.²⁹ Zoals verderop zal blijken zijn er desondanks mogelijkheden om een dergelijke uitwisseling mogelijk te achten, ook in de vergunningverlenende sfeer.

²⁷ Vanzelfsprekend mag dit alleen indien de landelijke staat van instandhouding van de betreffende soort of het betreffende habitattype gunstig is en het behoud daarvan elders al voldoende verzekerd wordt.

²⁸ ABRvS 1 september 2010 (Gelderse Poort), nr. 200909157/1/R2.

²⁹ Gezien het Doelendocument is dit niet zo star bedoeld. Op p. 10 Doelendocument staan acht hoofdlijnen geformuleerd, waarvan de zesde luidt: "Doelstellingen dienen in de tijd robuust geformuleerd te zijn om te kunnen anticiperen op bijvoorbeeld natuurlijke dynamiek en klimaatverandering."



5. NB-WET VERGUNNING

5.1 Inleiding

De Habitatrictlijn schrijft voor dat plannen en projecten (anders dan in het kader van natuurbeheer) met mogelijk significante (negatieve) effecten voor het gebied “passend beoordeeld” moeten worden.

De plantoets heeft enkele bijzondere karakteristieken ten opzichte van de projecttoets. Bij de plantoets gaat het om plannen van de overheid. Art. 19j Nb-wet regelt dat de plantoets moet worden uitgevoerd door het bestuursorgaan dat het plan vaststelt. Deze toets vindt niet plaats in het kader van een Nb-wet vergunning en valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

5.2 Passende beoordeling van projecten

In de praktijk wordt de passende beoordeling - en hetzelfde geldt voor de Nb-wet voortoets die wordt uitgevoerd om te bepalen of een vergunning is vereist of niet - getoetst op de effecten van de activiteit op deze doelen. Dit wordt per soort en per habitatype gedaan. Met behulp van de effectenindicator van het ministerie van EL&I³⁰ kan voor bepaalde activiteiten per gebied worden bepaald op welke soorten die activiteit welke effecten heeft. Indien men bijvoorbeeld een weg zou willen aanleggen door het Lauwersmeer, kan direct worden gezien welke effecten verwacht kunnen worden op de 46 vogelsoorten waar het gebied is aangewezen. Nader onderzoek kan dan aangeven of deze effecten op de betreffende locatie gezien de precieze aard en omvang van het project ook verwacht worden, waarbij in de passende beoordeling de mogelijkheid deze effecten door het treffen van maatregelen te mitigeren (verzachten) kan worden meegenomen.

De instandhoudingsdoelstellingen hebben een doorwerking in de projecttoets doordat art. 19d Nb-wet voorschrijft dat bij de beoordeling of en in hoeverre sprake is van verslechtering van habitats of een significante verstoring van soorten waarvoor het gebied is aangewezen, moet worden “gelet op de instandhoudingsdoelstelling”. In de praktijk blijkt dit een volle toetsing aan elke instandhoudingsdoelstelling in te houden.

Bij de toetsing zoals deze tot op heden wordt uitgevoerd, wordt in kaart gebracht of en in hoeverre het betreffende project een negatieve bijdrage levert aan één van de doelstellingen. Hierbij worden effecten geplust en gemind, en alleen de negatieve effecten worden er vervolgens uitgelicht om iets aan te doen. De positieve effecten van een project (die er zeker in geval van natuurprojecten zijn!) blijven op deze wijze in de afweging vrijwel buiten beschouwing. Het project wordt ‘afgerekend’ op de negatieve kant. Wat wel mogelijk is, is dat binnen een en hetzelfde doel de positieve en negatieve effecten worden gemitigeerd of gesaldeerd, maar positieve effecten op andere doelen blijven buiten beeld.

De vraag of het project met het oog op het ecosysteem als geheel wel of niet doorgang zou moeten vinden, is daarmee niet doorslaggevend voor de vergunningverlening. Vanuit de Vogel- en Habitatrictlijnen bezien is dat volgens ons niet nodig. Artikel 6 lid 2 van de Habitatrictlijn schrijft een beoordeling van de verslechtering van een gebied slechts voor lettend op “de doelstellingen van de richtlijn” en dus zonder te toetsen aan de op nationaal niveau voor het betreffende gebied geformuleerde doelstellingen. Artikel 6 lid 3 eist naar de letterlijke tekst niet een strikte toetsing aan die gebiedsinstandhoudingsdoelstellingen, maar slechts een toetsing die rekening houdt met de gebiedsinstandhoudingsdoelstellingen.

³⁰ <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/effectenindicatorappl.aspx?subj=effectenmatrix&tab=1>

Er vindt in de praktijk door deze strikte aanpak ten onrechte een zeer beperkte afweging plaats tussen alle ecologische voor- en nadelen van het betreffende project. Dit is jammer, omdat bijvoorbeeld de positieve effecten op een soort of habitatype met een slechte staat van instandhouding op deze wijze geen reden kunnen vormen voor vergunningverlening indien er daarnaast negatieve effecten zijn op een soort of habitatype met een betere staat van instandhouding.

Het zou vanuit het ecosysteem gezien goed zijn als een uitwisseling tussen instandhoudingsdoelstellingen plaats zou kunnen hebben. Dit zou betekenen dat soms een significant negatief effect op een instandhoudingsdoelstelling wordt geaccepteerd indien daar voldoende positieve effecten op andere instandhoudingsdoelstellingen tegenover staan en het geheel derhalve ecologisch positief gewaardeerd kan worden. Bij de vergunningverlening zouden dan keuzes kunnen worden gemaakt als het bevorderen van het ene instandhoudingsdoelstelling ten koste van het andere, waarbij de vraag kan worden gesteld welke natuurwaarden voor dit ecosysteem belangrijker zijn. Op deze wijze kunnen die keuzes worden gemaakt die voor het ecosysteem het beste zijn, en lopen niet varianten stuk op het feit dat één van de doelen zich er niet mee verdraagt. Zoals gezegd is er volgens ons ruimte voor een dergelijke benadering. De praktijk zit ook op een dergelijke benadering te wachten, zeker voor natuurprojecten die ook soms stranden op één of enkele instandhoudingsdoelstellingen. Bij afwezigheid van jurisprudentie van het Hof van Justitie over het uitwisselen tussen de door de lidstaten geformuleerde doelen, moet worden gezegd dat er weliswaar onzekerheid is over de juridische toelaatbaarheid hiervan, maar gezien de formulering van artikel 6 Habitatrictlijn dan met name zinsnede *rekening houden met* is ons inziens aannemelijk dat deze ruimte bestaat. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt de door ons voorgestelde lijn niet te volgen, al aanvaardt zij inmiddels dat zeer kleine negatieve effecten op een instandhoudingsdoelstelling toelaatbaar zijn.³¹

Niet iedereen ziet deze ruimte. Zo zegt de Adviesgroep Huys op p. 5 van haar rapport:

“Ook mogen geen ontwikkelingen met elkaar verrekend worden die gevolgen hebben voor verschillende instandhoudingsdoelstellingen. Dat heeft tot gevolg dat de in een [door de Adviesgroep voorgesteld ontwikkelingsplan] opgenomen maatregelen een innerlijke functionele samenhang moeten hebben. Door deze, uit art. 6 Habitatrictlijn voortvloeiende eis wordt een programmatische aanpak echter niet onmogelijk gemaakt. Ons inziens is bijvoorbeeld sprake van een dergelijke programmatische aanpak indien in een plan enerzijds is voorzien dat bij een aantal bestaande bedrijven maatregelen zullen worden genomen om de ammoniakemissies te reduceren (bijv. het installeren van filters of het sluiten van emissierijke stallen) en anderzijds de uitbreiding van stallen of andere ontwikkelingen zijn voorzien die een plaatselijke toename van de ammoniakemissie veroorzaken.”

Met andere woorden, de Adviesgroep ziet kennelijk wel ruimte voor de verrekening van effecten van verschillende activiteiten op één en dezelfde instandhoudingsdoelstelling, maar niet voor de verrekening van de effecten van één activiteit op verschillende instandhoudingsdoelstellingen. De vraag is waar dit oordeel dat niet tussen instandhoudingsdoelstellingen zou mogen worden verrekend op gebaseerd is. De Adviesgroep geeft zelf hiervoor geen bron, behalve de verwijzing naar “de tekst van art. 6 Habitatrictlijn”.

Kijken we echter naar art. 6 Habitatrictlijn, dan zien we dat daar op dit punt niet veel is geregeld. Weliswaar wordt in het tweede lid bepaald dat maatregelen moeten worden getroffen ter voorkoming van verslechtering van de habitats en ter voorkoming van verstoring van soorten (dus inderdaad per soort en habitat). Maar ingevolge lid 3 (dat de passende beoordeling van plannen en projecten met

³¹ In ABRvS 19 januari 2011 (Rondweg N348) aanvaardt de Afdeling in een bestemmingsplan-zaak een niet-significant negatief effect door stikstofdepositie kleiner dan 0,5 % van de kritische depositiewaarde. In VzABRvS 1 september 2011 (Boerderijverplaatsing Wapse) oordeelt de voorzitter van de Afdeling dat een zeer geringe stijging van de stikstofdepositie op habitatype H9190 aanvaardbaar is.

mogelijk significante gevolgen voorschrijft) moeten de gevolgen voor *het gebied* in kaart worden gebracht en passend beoordeeld. De passende beoordeling dient derhalve op gebiedsniveau plaats te vinden en niet zozeer op het niveau van de individuele instandhoudingsdoelstellingen, waarbij deze doelen in de beoordeling zelf wel een rol spelen zodat de effecten op deze doelen wel geïnventariseerd zullen moeten worden (omdat met deze doelen rekening moet worden gehouden). Hieruit volgt echter geenszins dat een uitwisseling tussen de instandhoudingsdoelstellingen niet zal kunnen plaatshebben.

Weliswaar is het zo dat artikel 4 het proces van gebiedsselectie door de Lidstaten regelt, waarin de Lidstaten aan de Europese Commissie moeten aangeven welke natuurwaarden in welk gebied liggen. Maar in de toetsing van plannen en projecten aan Natura 2000 zoals dat in artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn is geregeld, vindt geen koppeling plaats met deze aangeduide natuurwaarden. In artikel 6 lid 3 wordt immers voorgeschreven dat bij de effectinventarisatie bij plannen en projecten naar de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen moet worden gekeken. Dit zijn de voor het gebied geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen, zoals ze door de eigen nationale overheid zijn vastgesteld. Maar bij de passende beoordeling is het beoordelingskader of en in hoeverre de natuurlijke kenmerken van het gebied worden aangetast. Er worden door de richtlijngever niet voor niets verschillende termen gebruikt. Tussen de natuurlijke kenmerken van het gebied enerzijds en de geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen zal als het goed is wel een verband bestaan, maar beide begrippen zijn niet hetzelfde. Daarom laat de terminologie dat bij een passende beoordeling in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen moet worden getoetst op aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied, enige ruimte voor een meer ecosysteemgerichte benadering.

De Nederlandse terminologie van “een passende beoordeling” en “rekening houden met” is in overeenstemming met de belangrijkste andere taalversies, waarbij Europees gezien de Franstalige en de Engelstalige versies van richtlijnen veelal als het meest zwaarwegend worden gezien.

De Franse tekst van de richtlijn spreekt over: “*une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site*”. In het Engels staat er: “*appropriate assessment of its implications for the site in view of the site's conservation objectives*” (curs. PM/LB). De term “passende beoordeling” is een correcte vertaling van de Franse en Engelse terminologie. De Nederlandse term “rekening houden met” kan wellicht beter gelezen worden als “in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen” of “met het oog op de instandhoudingsdoelstellingen”. Inhoudelijk - qua reikwijdte van de toetsing - komt de Nederlandse tekst op dit punt echter wel goed in de buurt van de Frans- en Engelstalige varianten.³²

In ieder geval lijkt het op basis van de tekst van artikel 6 van de Habitatrichtlijn - die de toetsing regelt - geenszins onmogelijk dat een uitwisseling tussen de instandhoudingsdoelstellingen zal kunnen plaatsvinden. Deze stelling nemen wij derhalve in op basis van een taalkundige uitleg van de term “rekening houden met” in artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Voor zover ons bekend heeft het Hof van Justitie over deze term nog geen uitleg gegeven. De Europese Commissie zegt hierover in haar richtlijn voor passende beoordelingen:

“Once the effects of the project or plan have been identified and predicted, it will be necessary to assess whether there will be adverse effects on the integrity of the site as defined by the conservation objectives and status of the site.”³³

³² Eerlijkheidshalve dient gezegd dat de Duitse tekst “*eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen*” (curs. PM/LB) beduidend strenger lijkt dan de andere taalversies, hoewel ook het woord “*Prüfung*” wat ruimte laat. De Spaanse, Italiaanse en Deense versies zijn op dit punt sterk vergelijkbaar met de genoemde Nederlandse, Franse en Engelse versies. Dit geldt ook voor de Zweedse en Portugese versies, die echter eisen dat passend wordt beoordeeld *ten opzichte van* de instandhoudingsdoelstellingen respectievelijk *in relatie tot* de instandhoudingsdoelstellingen. De Griekse versie kunnen wij niet beoordelen. Alles duidt er op dat de Duitse vertaling onnodig streng is.

³³ Europese Commissie, Assessment of plans and projects significantly affecting affecting Natura 2000 sites, p. 28.

Hoewel de Commissie duidelijk een relatie legt met de instandhoudingsdoelstellingen, zegt ook zij hier niet dat alle instandhoudingsdoelstellingen zonder meer gerespecteerd moeten worden. Dit laatste zegt de Commissie echter wel in een recente brief aan Nederland.³⁴ Daarbij zij aangetekend dat deze brief een gezaghebbende opvatting betreft maar niet juridisch bindend is en dat het Hof van Justitie op dit punt nog geen jurisprudentie heeft ontwikkeld. Er bestaat alleen de overweging in het kokkelvisserij-arrest dat in de passende beoordeling “alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd”³⁵, waarmee nog niets is gezegd over de waardering van deze aspecten.

De Adviesgroep Huys ziet (p. 9) wel ruimte om bij het formuleren van de instandhoudingsdoelstellingen rekening te houden met de dynamiek van de natuur en met klimaatverandering. Echter, zij signaleert ook statische elementen zoals de aanwijzingscriteria voor gebieden in combinatie met de verplichting om gebieden in stand te houden ten behoeve van bepaalde soorten en habitats, alsmede de definitie van “gunstige staat van instandhouding”.

Het is de vraag of en in hoeverre dit in de concrete toetsing van plannen en projecten een rol speelt, of dat de achterliggende landelijke doelen meer flexibiliteit in de weg staan. Gezien het feit dat de landelijke doelen alleen als beleidsmatige onderbouwing van de gebiedsdoelen moeten worden gezien, zijn ze op zichzelf niet relevant voor de toetsing. Echter, daar waar de landelijke doelen gericht zijn op het (minimum) gunstige staat van instandhouding en het niet halen van het doel in één gebied tevens betekent dat het landelijke doel niet wordt gehaald, zal de Lidstaat Nederland hiervoor mogelijk aangesproken kunnen worden door de Europese Commissie. Het bereiken van de gunstige staat van instandhouding van de soorten en habitattypen is immers verplicht onder de Vogel- en Habitatrichtlijnen.

Dit neemt niet weg dat er ruimte is voor een ecosysteembenadering, zeker in gebieden met een hoge natuurlijke dynamiek zoals de Waddenzee waarbij habitattypen niet op vaste plekken liggen maar zich bewegen door het Natura 2000-gebied. Bovendien is zoals gezegd in de jurisprudentie geaccepteerd dat in de nationale aanwijzing instandhoudingsdoelstellingen worden vastgesteld die afwijken van de aanmelding in Brussel, daar waar in de tussentijd verschuivingen in de feitelijke ecologische situatie hebben plaatsgevonden,³⁶ in ieder geval voor zover deze het gevolg zijn door natuurlijke oorzaken. Waarmee slechts aangegeven zij dat niet te rigide met de instandhoudingsdoelstellingen omgegaan moet worden.

Samenvattend kan gesteld worden dat er onder art. 6 lid 3 Habitatrictlijn en art. 19d Nb-wet drie stappen dienen te worden gezet.

Beoordelingsstappen	Wat toets je?	Hoe toets je?	Opmerking
Stap 1	Zijn er significante effecten?	Per instandhoudingsdoelstelling	
Stap 2	Passende beoordeling	Kijken naar het geheel aan effecten, maar wel rekening houdend met de doelen	Een vrijere beoordeling dan tot nu toe gebruikelijk
Stap 3	ADC-toets	Alternatieventoets, Dwingende reden + compensatie	

³⁴ Brief van 1 april 2011, ENV.A./MV/mm/ARES (2011), p. 3, opgenomen in bijlage I van Ministerie van EL&I, Implementatie Natura 2000 in Nederland.

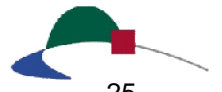
³⁵ HvJEG 7 september 2004, C-127/02 (kokkelvisserij), r.o. 54 en 61.

³⁶ ABRvS 20 oktober 2010 (Aanwijzingsbesluit Witterveld), nr. 200908058/1/R2.

Het belangrijkste element dat hier anders is dan gebruikelijk, is dat de passende beoordeling als een beleidsvrije bevoegdheid wordt neergezet, zoals deze volgens ons ook is bedoeld. Dit betekent dat - anders dan veelal wordt gedacht - het niet zo is dat je al in het ADC-traject terecht hoeft te komen zodra je significante effecten niet kunt uitsluiten, ook niet na mitigatie. Deze tweestap maakt dat in de praktijk geforceerd wordt gezocht naar manieren om maar de conclusie te kunnen onderbouwen dat er geen significante effecten zijn. In ons voorstel zijn er daarentegen drie mogelijkheden:

- a. Er zijn geen significante negatieve effecten (eventueel na mitigatie);
- b. Er zijn significant negatieve effecten maar de passende beoordeling valt toch positief uit vanwege de te verwachten positieve effecten die zwaarder wegen;
- c. De passende beoordeling valt negatief uit, zodat alleen middels het ADC-traject vergund kan worden.

Als gezegd, deze benadering is een noviteit, maar op grond van de tekst van de Habitatrichtlijn achten wij deze benadering mogelijk, en ook het doel van de richtlijn (teleologische interpretatie) wijst volgens ons in de richting van dat een benadering waarin het ecosysteem als geheel wordt beschouwd aanvaardbaar is. Gezien de afwezigheid van jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie op dit punt, lijkt het ons goed deze interpretatie middels een op deze wijze verleende vergunning aan de rechter voor te laten leggen.



6. BEHEER

6.1 Europese verplichtingen

Europeesrechtelijk gezien is het niet verplicht om met beheerplannen voor Natura 2000-gebieden te werken. Artikel 6 lid 1 van de Habitatrichtlijn verplicht tot het nemen van de nodige instandhoudingsmaatregelen, “deze behelzen zo nodig specifieke of van ruimtelijke-orderingsplannen deel uitmakende beheersplannen”. Maar ook bijvoorbeeld wettelijke maatregelen of het sluiten van (beheer)overeenkomsten zijn toegestaan. Gezien vanuit de richtlijn is vooral belangrijk dát instandhoudingsmaatregelen worden getroffen, benadrukt ook de Europese Commissie:

“Er bestaat geen rangorde tussen deze drie categorieën beheersmaatregelen. Het staat de lidstaten dus vrij, met betrekking tot een „Natura 2000”-gebied slechts één soort maatregelen (bv. uitsluitend overeenkomsten) of een combinatie van maatregelen (bv. een combinatie van wettelijke en op overeenkomsten gebaseerde maatregelen, afhankelijk van de nagestreefde instandhoudingsdoelstellingen met betrekking tot de in het gebied aangetroffen natuurlijke typen van habitats van bijlage I en soorten van bijlage II) te gebruiken. Voorts kunnen de lidstaten, naast de gekozen verplichte maatregelen, desgewenst beheersplannen vaststellen en ten uitvoer leggen.

Van de drie categorieën maatregelen wordt gezegd dat zij „passend” dienen te zijn. Deze kwalificering wordt in de richtlijn niet nader omschreven. In het geval van artikel 6, lid 1, vallen zowel de wettelijke als de bestuursrechtelijke als de op een overeenkomst berustende maatregelen onder het begrip „instandhoudingsmaatregelen”. De toevoeging van het woord „passend” heeft geen andere bedoeling dan de lidstaten te herinneren aan de verplichting door gekozen maatregelen, ongeacht hun aard, de algemene doelstellingen van de richtlijn in acht te nemen.”³⁷

Nederland heeft ervoor gekozen om beheerplannen voor Natura 2000-gebied verplicht voor te schrijven. Door politieke keuzes hebben de Nederlandse beheerplannen deels een ander doel gekregen dan het natuurbeheer, namelijk als instrument om duidelijk te maken welke activiteiten zonder Nb-wet vergunning doorgang kunnen hebben (art. 19a lid 1, tweede volzin, Nb-wet).

Het beheerplan is hét instrument om de keuzes in te maken. De bij het aanwijzingsbesluit geformuleerde doelen zijn leidend, maar in het beheerplan kunnen keuzes over prioritering en fasering worden gemaakt. Uiteraard zal het beheerplan zich moeten richten op een goede staat van instandhouding van de habitats en de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Ook zal de prioritering die het aanwijzingsbesluit aangeeft (zoals de ene soort een verbeterdoelstelling en de andere een behoudsdoelstelling) leidend zijn. Maar natuurgebieden zijn niet statisch (bij de Waddenzee is dat erg duidelijk) en natuurlijke dynamiek kan toegelaten worden. Het beheerplan is een goed instrument om nadere invulling te geven aan de wijze van omgaan met deze dynamiek.

³⁷ Europese Commissie, Beheer van “Natura 2000”-gebieden, De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), p. 21.

Ook op andere manieren kunnen beschermingsmaatregelen worden vormgegeven. Zo kan het soms nodig zijn (delen van een gebied) te sluiten (op grond van art. 20 Nb-wet). Een voorbeeld daarvan is te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak³⁸ waarin delen van de Voordelta voor een bepaald deel van het jaar werden gesloten ten gunste van de zwarte zee-eend. Dit was in dat geval nodig als compensatiemaatregel voor de aanleg van de Tweede Maasvlakte.

Omdat art. 20 Nb-wet de bevoegdheid geeft om de toegang te beperken, kan voor maatwerk worden gekozen. Zo zou ervoor gekozen kunnen worden om bijvoorbeeld alleen wind- en/of kitesurfers te weren, of bijvoorbeeld bodemberoering³⁹ waar dat nodig is ter bescherming van bepaalde soorten. Op deze wijze kunnen de effecten van het sluiten van gebieden voor bepaalde soorten worden bereikt. In de beleidscyclus moet vervolgens de balans worden opgemaakt door het monitoren van de effecten.

Voor het beheer van Vogelrichtlijngebieden maakt het uit of en in hoeverre het betreffende gebied is aangewezen voor trekvogels dan wel voor broedvogels. Bij aanwijzing voor broedvogels zal zeker gesteld moeten worden dat broedplaatsen beschermd en afgeschermd worden. Bij aanwijzing voor trekvogels zullen ook het instandlaten van de verbindingen met andere gebieden een rol spelen bij het beheer, waarbij de gehele trekroute (ook de delen die buiten de EU liggen) onderdeel van de overweging zal moeten zijn.

6.2 Lessen uit het Europese soortenbeschermingsrecht

Het is zinvol om hier een uitstapje te maken naar het soortenbeschermingsbeleid dat ook is gebaseerd op de Vogel- en Habitatrichtlijnen. Binnen het soortenbeschermingsbeleid is door het Hof van Justitie namelijk nadrukkelijk een verband gelegd tussen verschillende elementen van het soortenbeleid.

Uit het arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2002, blijkt dat de lidstaten m.b.t. de strikte bescherming van soorten niet alleen verplicht zijn tot het vaststellen van een volledig rechtskader, maar ook tot het ten uitvoer leggen van concrete en specifieke beschermingsmaatregelen. Tevens vooronderstelt het systeem van strikte bescherming van kwetsbare gebieden het vaststellen van coherente en gecoördineerde *preventieve* maatregelen.⁴⁰ Deze visie werd door het Hof in 2007 bevestigd.⁴¹ Het niet treffen van dergelijke maatregelen wordt door het Hof van Justitie beschouwd als een onvoldoende omzetting van de verplichtingen van artikel 12 van de Habitatrichtlijn.

Eenzijds stelt het Hof dat lidstaten verplicht zijn tot het opnemen van wettelijke verboden in hun wetgeving. Het toestemming verlenen voor inbreuken (zoals het doden) van strikt beschermde soorten (hetgeen alleen mag op grond van in de richtlijnen genoemde gronden) is echter tevens door het Hof gekoppeld aan het daadwerkelijk treffen van actieve instandhoudingsmaatregelen voor kwetsbare soorten. Daarbij speelt de 'gunstige staat van instandhouding' een bepalende rol.

³⁸ ABRvS 21 juli 2010 (toegangsbeperkingsbesluit delen Voordelta), nr. 200808045/1/R2.

³⁹ Zoals bijvoorbeeld is gebeurd in het besluit van de Minister van LNV van 30 september 2010, DRZN/2010-3379 tot instelling van een beperking in toegankelijkheid voor bodemberoerende activiteiten van een gebied ex artikel 20 Natuurbeschermingswet 1998, gelegen binnen het Natura 2000-gebied 'Waddenzee'.

⁴⁰ HvJEG 30 januari 2002, C-103/00, Commissie tegen Griekenland, Jurispr. blz. I-1147, punten 34-39.

⁴¹ HvJEG 11 januari 2007, C-183/05, Commissie tegen Ierland, r.o. 29-31; HvJEU 9 juni 2011, C-383/09, Commissie tegen Frankrijk.

De verplichting om actief aan soortenbescherming te doen telt namelijk des te zwaarder, indien een afwijking van een verbod ten aanzien van een strikt beschermde diersoort (bijvoorbeeld het doden van dieren) wordt toegestaan, die niet in een gunstige staat van instandhouding verkeert. In een arrest dat betrekking had op de jacht op wolven werd door het Hof op deze situatie ingegaan.⁴² Uit het arrest blijkt dat inbreuken op de strikte bescherming van dieren toelaatbaar kunnen zijn wanneer duidelijk is dat zij de staat van instandhouding van betreffende populaties 'niet kunnen verslechteren of niet kunnen verhinderen dat deze in een gunstige staat van instandhouding worden hersteld.' Het juiste gebruik van preventieve maatregelen, zoals het uitvoeren van soortbeschermingsplannen, kunnen een belangrijke indicatie vormen dat voor de betreffende soorten toch een inbreuk op de strikte bescherming kan worden toegestaan.⁴³

6.3 Vertaald naar de gebiedsbescherming

Gezien deze opstelling van het Europees Hof van Justitie, dat welwillender kijkt naar beperkte inbreuken als een lidstaat aantoont middels een actief beheerbeleid de doelstellingen van de richtlijn na te streven, is het verstandig om ook bij de gebiedsbescherming deze koppeling te leggen. Ook hier is aannemelijk dat het Hof eerder beperkte inbreuken toestaat als de lidstaat laat zien dat dit in te passen is in of op te vangen door actief beheer.⁴⁴ Vertaald naar de Nederlandse gebiedsbeschermingscontext betekent dit dat actief beheerbeleid moet worden gekoppeld aan passief beleid (een stelsel van algemene regels⁴⁵ waaronder waar nodig verboden) en het toestaan van inbreuken daarop (middels vergunningen).

Nederland beschikt al over de instrumenten voor een actief beheer, in de vorm van beheerplannen en een vergunningenpraktijk. Voor gebiedsbescherming betekent dat de beheerplannen feitelijk de herstelmaatregelen c.q. beheermaatregelen moeten bevatten. Het treffen van positieve beheermaatregelen doet dan ruimte ontstaan om op beperkte schaal inbreuken op instandhoudingsdoelen toe te staan, mits deze, in de woorden van het Hof, de staat van instandhouding van soorten en habitats "*niet kunnen verslechteren of niet kunnen verhinderen dat deze in een gunstige staat van instandhouding worden hersteld*". Dit vereist echter wel dat Nederland investeert in natuur en zich niet beperkt tot het minimale niveau van bescherming.

Om deze redenen is het verstandig om een koppeling te maken tussen het beheerplan en de vergunningverlening, waarbij in het beheerplan duidelijk wordt gemaakt op welke wijze van de vergunningverlenende bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. Met andere woorden, in het beheerplan kunnen beleidsregels als bedoeld in art. 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden geformuleerd. Weliswaar kunnen deze beleidsregels ook worden opgenomen in een afzonderlijk document, maar opname in het beheerplan heeft de meerwaarde dat een koppeling tussen het natuurbeheer van het gebied en de vergunningverlening voor potentieel schadelijke activiteiten wordt gelegd.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in een uitspraak over een Nb-wet vergunning voor de kokkelvisserij in de Voordelta, het beheerplan Voordelta als een beleidsregel aangemerkt voor zover het beheerplan kokkelvisserij op de Hinderplaat uitsloot.⁴⁶ Omdat in het beheerplan goed kan worden ingespeeld op de wijze waarop met het gebied wordt omgegaan, waarbij wat het beheerplan Waddenzee betreft als vanzelfsprekend zal worden ingespeeld op de dynamiek en de robuustheid van het gebied

⁴² HvJEG 14 juni 2007, zaak C-342/05, Wolvenjacht Finland.

⁴³ A. Trouwborst en C.J. Bastmeijer, Lynxen en wolven: Het natuurbeschermingsrecht en de terugkeer van grote roofdieren naar Nederland, in: Milieu & Recht 2010, p. 272-283.

⁴⁴ Dit volgt niet direct uit art. 6 Habitatrichtlijn, maar datzelfde geldt voor de soortbeschermingsbepalingen van de Habitatrichtlijn die door het Hof wel op deze wijze worden uitgelegd.

⁴⁵ Zo geeft art. 19da, leden 1 en 2, Nb-wet de mogelijkheid om bij amvb bepaalde categorieën projecten of andere handelingen van de vergunningplicht uit te sluiten en de Minister bevoegd te maken om daarvoor beperkingen of verplichtingen op te leggen.

⁴⁶ ABRvS 21 april 2010 (kokkelvisserij Voordelta), nr. 200807970/1/R2, r.o. 2.6.

en de wijze waarop daarmee wordt omgegaan. Als gevolg van de werking van eb en vloed en de schaal van het gebied verplaatsen geulen en zandbanken (habitattypen 1110 en 1140) zich binnen het gebied en bevinden zich dus niet altijd op dezelfde locaties. Ook verschuivingen in areaaloppervlakte van de habitattypen vinden plaats. Juist vanwege deze hoge dynamiek zijn kleinschalige beheermaatregelen niet aan de orde, en is het verdedigbaar dat de aandacht meer komt te liggen op de instandhouding van het ecosysteem zelf en minder op het exact realiseren van de individuele instandhoudingsdoelstellingen per soort en per habitatype. Men kan immers wel aantallen dieren en areaal aan oppervlakte definiëren, maar als daarin door de jaren heen (grote of kleinere) fluctuaties plaatsvinden, lijkt het beter om aan te sluiten bij de natuurlijke dynamiek en de fluctuaties van aantallen dieren en van oppervlakte areaal per habitatype gewoon te accepteren.

7. MITIGATIE EN COMPENSATIE

7.1 Inleiding

Art. 19g lid 1 (j^o art. 19d lid 1) Nb-wet regelt dat een Nb-wet vergunning in beginsel alleen wordt verleend indien de vergunningverlener (GS of de staatssecretaris van EL&I) zich ervan heeft vergewist dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast. Hierop zijn uitzonderingen mogelijk. Op grond van art. 19g leden 2 t/m 4 Nb-wet kan soms toch een vergunning worden verleend voor projecten en andere handelingen, mits aan een aantal criteria is voldaan. Deze criteria staan bekend als de ADC-criteria, en houden in dat er moet zijn gezocht naar **A**lternatieven, dat het project doorgang moet vinden wegens **D**wingende redenen van groot openbaar belang, en dat de negatieve effecten moeten worden ge**C**ompenseerd. In de praktijk wordt deze ADC-toets als een zware toets ervaren, waarop veel projecten sneuvelen. Daarom, en om aan zware onderzoeksverplichtingen te ontkomen, worden maatregelen binnen het project genomen die de effecten van het project of de andere handeling moeten verzachten of zelfs weggenomen, zodat de conclusie kan worden getrokken dat het project of handeling geen significant negatieve effecten heeft. Deze maatregelen worden mitigerende maatregelen genoemd.

De significantie van effecten is altijd lastig vast te stellen. Van belang is vooral een goede motivering. Het enkel hanteren van percentages als ondergrens van significantie kan in de ogen van de Afdeling bestuursrechtspraak in ieder geval niet door de beugel, er moet tevens een kwalitatieve beoordeling plaatsvinden.⁴⁷ Bij de beoordeling van de significantie moeten de voor het gebied geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen worden betrokken.⁴⁸ Overigens mogen mitigerende maatregelen nog niet in de zogenaamde Nb-wet voortoets worden meegenomen. Dit mag pas in de passende beoordeling.⁴⁹

De Europese Commissie maakt het volgende onderscheid tussen mitigatie en compensatie:

- mitigation measures in the broader sense, are those measures which aim to minimise, or even cancel, the negative impacts on a site that are likely to arise as a result of the implementation of a plan or project. These measures are an integral part of the specifications of a plan or project (see section 4.5 of the leaflet "Managing Natura 2000 sites. The provisions of Article 6 of the Habitats Directive"), and
- compensatory measures *sensu stricto*: are independent of the project (including any associated mitigation measures). They are intended to offset the negative effects of the plan or project so that the overall ecological coherence of the Natura 2000 Network is maintained.⁵⁰

⁴⁷ ABRvS 4 mei 2011 (electriciteitscentrale Maasvlakte), nrs. 200901310/1/R2 en 200901311/1/R2, r.o. 2.7.6.

⁴⁸ ABRvS 4 november 2009 (bestemmingsplan Maasvlakte 2), nr. 200900671/1R1, r.o. 2.11.5, waarin de Afdeling overweegt "dat de instandhoudingsdoelstellingen dienen te worden betrokken bij de vraag of er significante effecten kunnen zijn en dat de significantie van de effecten afhankelijk is van de mate waarin aan de instandhoudingsdoelstellingen wordt voldaan."

⁴⁹ ABRvS 7 mei 2008 (bestemmingsplan De Zuiderklip), nr. 200604924/1, r.o. 2.10.8. Dit is in overeenstemming met de opvatting van de Europese Commissie, Assessment of plans and projects significantly affecting affecting Natura 2000 sites, p. 9.

⁵⁰ Europese Commissie, Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC, p. 10.

In de praktijk blijkt, wat de inhoud van de te nemen maatregel betreft, het onderscheid tussen beide begrippen vloeiend te zijn. Of iets kan worden gezien als compensatie of als mitigatie hangt ervan af of de maatregel kan worden gezien als binnen of als buiten het project gelegen. Compensatie is immers “independent of the project”, zoals de Commissie het stelt. Het projectbegrip is echter ook niet sterk afgebakend, ondanks twee uitspraken van het Hof van Justitie hierover.⁵¹ Procedureel hebben de begrippen echter een duidelijk andere betekenis, omdat mitigatie plaatsvindt in het kader van de beoordeling van de significantie van de effecten en compensatie alleen als een project ondanks die effecten toch doorgang moet vinden op zwaarwegende gronden en na een onderzoek naar alternatieven.

7.2 Mitigatie

Omdat mitigatie is gericht op het verzachten van de effecten van een ingreep, spreekt het haast vanzelf dat mitigatie gericht moet zijn op dezelfde soort of hetzelfde habitatype dat wordt beïnvloed. In de IJburg-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt zij dat het aanleggen van mosselbanken ter compensatie van dezelfde soort mosselbanken (die dienen als foerageergebied voor bepaalde vogels) een mitigerende maatregel is waarbij doorslaggevend lijkt dat het dezelfde natuurwaarde betreft waardoor per saldo geen significant negatief effect bestaat.⁵² Ook natuurinclusief ontwerpen kan als een mitigerende maatregel worden gezien.

De Afdeling lijkt daarmee - althans voorlopig en met een slag om de arm onzerzijds - van oordeel dat mitigatie alleen binnen één instandhoudingsdoel en binnen één Natura 2000-gebied kan plaatsvinden. Dit staat een ecosysteembenadering bij het vinden en nemen van mitigerende maatregelen in de weg.

7.3 Compensatie

Van compensatie is in ieder geval zeker dat zij ook in een ander Natura 2000-gebied kan plaatsvinden dan waar de ingreep plaatsheeft, zoals blijkt uit de goedkeuring die de Afdeling bestuursrechtspraak hecht aan het instellen van een zeereservaat in de Haringvlietmond ter compensatie van de aanleg van de Tweede Maasvlakte.⁵³

De vraag is of compensatie ook kan plaatsvinden buiten de betreffende instandhoudingsdoelstelling om? Gedacht zou kunnen worden aan het verder brengen van de ene instandhoudingsdoelstelling ten koste van de andere (“een kwestie van keuzes maken”) bijvoorbeeld door het creëren van duinen (waarvoor wat de Waddenzee betreft voor habitattypen H2110, H2120, H2130, H2160, H2190 instandhoudingsdoelstellingen gelden) ten koste van Wadplaten/zandbanken (habitattypen H1110 en H1140). En wellicht zelfs ten gunste van een natuurwaarde waarvoor geen instandhoudingsdoelstelling is geformuleerd, te denken valt dan bijvoorbeeld aan het bevorderen van kwelderherstel (kwelders vallen deels onder H1310, H 1320 en H1330, voor de kwelders met andere vegetatie dan pionierbegroeiing, gras of slijkgras geldt geen instandhoudingsdoelstelling) die ten koste kan gaan van Wadplaten/zandbanken (H1110 en H1140).

Kijkend naar de tekst van art. 6 lid 4 van de Habitatrictlijn, dan zien we dat de lidstaat “alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft” moet nemen. Opvallend is dat compensatie daarmee niet gericht hoeft te zijn op het

⁵¹ HvJEG 7 september 2004, C-127/02 (kokkelvisserij), en HvJEU 14 januari 2010, C-226/08 (Stadt Papenburg tegen Duitsland).

⁵² ABRvS 21 juli 2010 (IJburg), nr. 200902644/1/R2, r.o. 2.5.3: “Omdat er geen sprake is van enig nadelig effect op de natuurwaarden waarvoor het gebied is aangewezen, moet de aanleg van de mosselbanken naar het oordeel van de Afdeling, anders dan VBIJ betoogt, in dit geval niet als compenserende, maar als mitigerende maatregel worden beschouwd.”

⁵³ ABRvS 26 januari 2005 (pkb-Project Mainportontwikkeling Rotterdam), nr. 200307350/1.

goedmaken van de inbreuk op de betreffende individuele instandhoudingsdoelstelling, maar op het waarborgen van de samenhang van het netwerk. Deze formulering stelt het ecosysteem centraal en lijkt daarmee compensatie op andere instandhoudingsdoelstellingen en wellicht zelfs op niet-benoemde ecologische functies (denk aan de kwelders) mogelijk te maken. Wel zal, indien een soort of habitatype met een slechte staat van instandhouding wordt geraakt, het herstel daarvan voorop moeten staan.

In de eerste plaats zij opgemerkt dat de Europese Commissie in haar handleiding over de uitleg van artikel 6 Habitatrichtlijn strenger lijkt dan wij hier zijn:

“Wil de algehele samenhang van Natura 2000 worden gewaarborgd, dan moeten de compenserende maatregelen die in samenhang met een project worden voorgesteld:

- a) betrekking hebben op de habitats en soorten die de schadelijke gevolgen ondervinden, en zulks in een mate die op de opvang van die schadelijke gevolgen is afgestemd;
- b) betrekking hebben op dezelfde bio-geografische regio in dezelfde lidstaat; en
- c) voorzien in functies die vergelijkbaar zijn met die welke de rechtvaardiging vormen voor de selectiecriteria van het oorspronkelijke gebied.”⁵⁴

Hierbij moeten twee zaken worden opgemerkt. In de eerste plaats ligt het genuanceerd. Bij a) lijkt dat er op dat per habitatype of soort moet worden gemitigeerd, bij c) wordt op de functies gefocust. De termen ‘betrekking hebben op soorten en habitats die de schadelijke gevolgen ondervinden’ (onderdeel a) doen nog steeds veel denken aan systeemdenken. Daar waar wordt gekeken naar functies, zoals bij c), zou één op één compensatie ook in andere, aanpalende types kunnen plaatsvinden mits de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk bewaard blijft. In de tweede plaats zij opgemerkt dat de handleiding van de Commissie richtinggevend bedoeld is, maar niet juridisch bindend is. Dat neemt niet weg dat wij signaleren dat de uitleg van de Commissie strenger is dan de onze, maar het is de vraag of en in hoeverre deze uitleg door het Hof van Justitie zal worden gesanctioneerd.

De Commissie lijkt in haar richtsnoer voor de toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn strenger, waar zij zegt dat compenserende maatregelen “zijn bedoeld om de negatieve gevolgen van een project te neutraliseren en een exacte compensatie te bieden voor de negatieve effecten op de betrokken habitats of soorten.”⁵⁵ Echter, *bedoeld zijn om* betekent nog niet dat andere vormen van compensatie zijn uitgesloten. Helaas ontbreekt het ook op dit punt aan jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Onze eigen Nb-wet spreekt over “compenserende maatregelen” zonder dat daarbij voorgeschreven is dat dit per habitatype of per soort dient te gebeuren. Gezien de zinsnede “Voor zover compenserende maatregelen worden voorgeschreven met het oog op de doelstellingen, bedoeld in artikel 10a, tweede lid, onderdeel a of onderdeel b” in art. 19h lid 4 van de Nb-wet, is daarbij niet alleen gedacht aan compenserende maatregelen per habitatype of per doelsoort. De Nederlandse wettekst biedt daarmee op zichzelf aanknopingspunten om ook compensatie over habitatypen en soortgrenzen heen te compenseren. Ook uit de memorie van toelichting blijkt dat een dergelijke restrictieve uitleg van de term ‘compenserende maatregelen’ niet is bedoeld.

⁵⁴ Europese Commissie, Beheer van “Natura 2000”-gebieden, De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), p. 46. Het handboek is te vinden op: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/guidance_en.htm

⁵⁵ Europese Commissie, Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC, p. 12 (Nederlandse versie) of p. 11 (Engelse versie).

Gezien deze memorie van toelichting bij de Nb-wet heeft de wetgever met de compensatieregeling in de Nb-wet namelijk niet beoogd een regeling te maken die verplicht tot 1-op-1 compensatie per instandhoudingsdoelstelling. De wetgever had een open regeling op het oog, die in de praktijk nog zou moeten worden ingevuld en zich uitkristalliseren. De relevante tekst is in het kader opgenomen.

“Met betrekking tot deze compensatie wordt in het onderhavige voorstel niet meer bepaald dan dat bij besluitvorming over die plannen, projecten of handelingen tevens beslist dient te zijn over de compensatie. Deze summiere benadering wordt voorgesteld omdat de uitwerking van het compensatiebeginsel nog volop in ontwikkeling is. In dit licht is het niet wenselijk op voorhand al te veel te sturen met formeel wettelijke bepalingen. Wel is het van belang geoordeeld een mogelijkheid te hebben voor zodanige sturing indien mocht blijken dat hieraan in de praktijk behoefte bestaat. Het voorgestelde artikel 19h bevat hiertoe de voorziening dat bij ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld.

In de praktijk zijn voor de besluitvorming over compensatie de volgende beleidsuitgangspunten geformuleerd, welke zijn verwoord in het Structuurschema Groene Ruimte en de Nota natuur voor mensen, mensen voor natuur. Er mag geen nettoverlies van natuurwaarden optreden. De compensatie dient in beginsel in de directe nabijheid van het gebied plaats te vinden. Indien fysieke compensatie onmogelijk is, dan dient compensatie met gelijkwaardige waarden te worden nagestreefd. Indien ook dit onmogelijk is, dan zal financiële compensatie ten goede komend aan natuur, zijn toegestaan. Bij de besluitvorming zal ingevolge het voorgestelde artikel 19h, eerste lid, helderheid gegeven dienen te worden over de compenserende maatregelen. Ingevolge artikel 19h, vierde lid, zal het tijdstip van de daadwerkelijke compensatie gerelateerd dienen te zijn aan het tijdstip van de ingreep. Deze beleidsuitgangspunten zijn een verwoording van het vigerend nationaal rijksbeleid.

Voor de toepassing van het compensatiebeginsel in de vogel- en habitatrichtlijn geldt daarnaast dat uitgangspunt van de habitatrichtlijn is dat voor deze gebieden, deel uitmakend van het Europees stelsel van natuurgebieden Natura 2000, compensatie een laatste redmiddel is. Indien gelijkwaardige compensatie niet mogelijk is, zal daarom bij de besluitvorming belangrijk punt van overweging behoren te zijn of de plannen, projecten of handelingen dan wel doorgang zouden moeten vinden. Anders dan in het Structuurschema Groene Ruimte geformuleerd voor de kerngebieden in de Ecologische Hoofdstructuur mag verwacht worden dat voor de habitat- en vogelrichtlijngebieden de Europese Commissie geen genoegen zal nemen met louter financiële compensatie. De compensatie voor het verlies aan natuurwaarden zal dienen te bestaan uit gelijkwaardige natuurwaarden elders en dan liefst in de nabijheid van de plaatsen waar die eerdere natuurwaarden verloren zijn gegaan. Het is dan ook belangrijk dat compenserende maatregelen worden getroffen voordat de effecten van de plannen, projecten of handelingen zich in het betreffende vogel- of habitatrichtlijngebied voordoen. Dit is als uitgangspunt van beleid bepaald in het voorgestelde artikel 19h, vierde lid. Als dit immers anders zou zijn, dan bestaat een risico dat er een feitelijk, wellicht tijdelijk, verlies aan waarden optreedt. Als het daarbij bijvoorbeeld zou gaan om aantasting van fourageergebieden van vogels, zou dit ernstige effecten op de stand van vogelsoorten kunnen hebben.”⁵⁶

⁵⁶ Uit de memorie van toelichting van de wet ter wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen, TK 28171, 2001-02, nr. 3, p. 23-24:

Vooraf de uitspraak van de wetgever dat “de compensatie voor het verlies aan natuurwaarden zal dienen te bestaan uit gelijkwaardige natuurwaarden elders en dan liefst in de nabijheid van de plaatsen waar die eerdere natuurwaarden verloren zijn gegaan”, biedt aanknopingspunten voor een meer ecosysteemgerichte benadering. Ook de Nb-wetgever heeft kennelijk niet beoogd dat exact hetzelfde habitatype wordt gecompenseerd dat nadelig wordt beïnvloed, maar de open formulering is gekozen om ruimte te bieden voor nieuwe inzichten. Ons inziens biedt dit op zichzelf ruimte voor een benadering waarin de systeemfuncties van dat habitatype worden overgenomen door compensatie middels een ander type dat die functies ook kan vervullen.

Wij hebben geen jurisprudentie kunnen vinden waarin compensatie buiten de betreffende instandhoudingsdoelstelling om plaatsvond en werd geaccordeerd. Uiteindelijk is de interpretatie door het Hof van Justitie en de Raad van State natuurlijk doorslaggevend, maar daarover kunnen we - voor zover ons bekend - op dit punt niet beschikken. Dit komt ook doordat compensatie in strikte zin in de praktijk niet vaak voorkomt en er niet veel rechtspraak over is.

Compensatie gericht op herstel of versterking van het Natura 2000-netwerk, buiten de betreffende soort en habitatype om, lijkt ook in de Nederlandse situatie mogelijk. Het betreft voor zover wij weten wel een noviteit, die nog getoetst zal moeten worden op de houdbaarheid bij de Raad van State.

Aardig zou zijn een vergunningverlener (GS, de staatssecretaris van Natuur) van de mogelijkheid van compensatie buiten het strikte habitatype te overtuigen en te bezien of dit standhoudt bij de Raad van State. Daarbij moet wel bedacht worden dat de risico's van vernietiging en dus vertraging van het project bij deze strategie aanzienlijk kunnen zijn, omdat een noviteit voor Nederland wordt geïntroduceerd.

In hoofdstuk 8 wordt bekeken hoe in Duitsland met compensatie wordt omgegaan. In hoofdstuk 9 wordt vervolgens een praktische benadering uitgewerkt waarin een ecosysteembenadering binnen het huidige Nb-wet vergunningenbeleid zou kunnen worden toegepast, waarbij als slag om de arm moet worden gehouden voor wat betreft de rechterlijke accordering ervan, juist omdat het een noviteit betreft.



8. COMPENSATIE: VERGELIJKING MET DUITSLAND

Een blik over de grens kan verhelderend werken. Wat betreft het in kaart brengen van de effecten van een activiteit mag in Duitsland in beginsel getoetst worden door het in kaart brengen van de effecten op het gebied en niet voor alle soorten. Dit, tenzij er aanleiding is te denken dat sommige soorten hiermee onvoldoende beoordeeld zouden worden.⁵⁷

Ook voor compensatie lijkt in Duitsland een minder strikte benadering gevolgd dan in Nederland.⁵⁸ De Duitse wetgever heeft - anders dan de Nederlandse wetgever - uitdrukkelijk bepaald dat compensatie onder de ADC-regeling gebeurt door het nemen van noodzakelijke maatregelen teneinde de samenhang van het Natura 2000-netwerk zeker te stellen (§ 34 Abs. 5 Bundesnaturschutzgesetz). De Duitse wetgever heeft deze zinsnede letterlijk uit de Habitatrichtlijn overgenomen, waar de Nederlandse wetgever hem heeft weggelaten. De term die in Duitsland voor deze vorm van compensatie wordt gebruikt - 'Kohärenzausgleich' - is veelzeggend.⁵⁹

§ 34 Bundesnaturschutzgesetz:

(..)

(3) Abweichend von Absatz 2 darf ein Projekt nur zugelassen oder durchgeführt werden, soweit es

1. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und
2. zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.

(4) Können von dem Projekt im Gebiet vorkommende prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden, können als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden. Sonstige Gründe im Sinne des Absatzes 3 Nummer 1 können nur berücksichtigt werden, wenn die zuständige Behörde zuvor über das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit eine Stellungnahme der Kommission eingeholt hat.

(5) Soll ein Projekt nach Absatz 3, auch in Verbindung mit Absatz 4, zugelassen oder durchgeführt werden, sind die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes „Natura 2000“ notwendigen Maßnahmen vorzusehen. Die zuständige Behörde unterrichtet die Kommission über das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit über die getroffenen Maßnahmen.

(..)

⁵⁷ Bundesverwaltungsgericht 14 april 2010 (A 44), nr. 9 A 5.08, r.o. 55. Zie hierover W. Frenz, Die FFH-Verträglichkeitsprüfung nach der A-44-Entscheidung des BVerwG, in: Umwelt- und Planungsrecht 2011, p. 173.

⁵⁸ Raad voor de Wadden, Gelijk speelveld voor ondernemers, Leeuwarden 2010, p. 13.

⁵⁹ W. Köck, Der Kohärenzausgleich für Eingriffe in FFH-Gebiete, in: Zeitschrift für Umweltrecht 2005, p. 466-470.

Daarbij is het vanzelfsprekend niet zo dat de instandhoudingsdoelen geen rol zouden spelen, want deze doelen behoren gerelateerd te zijn aan de rol en functie van het gebied binnen het gehele netwerk. Frenz zegt het zo (onder het kopje Maßgeblichkeit der globalen Kohärenz):

“§ 34 Abs. 5 S. 1 BNatSchG sieht die Maßnahmen vor, die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendig sind. Die Bedeutung eines Gebietes für die Kohärenz des Netzes ist dabei von den Erhaltungszielen des Gebietes abhängig, aber auch von der Anzahl und dem Zustand der in diesem Gebiet vorkommenden Lebensräume und Arten. Ebenso zählt die Rolle, die diesem Gebiet bei der Gewährleistung einer dem Verbreitungsgebiet angemessenen geographischen Verteilung in der Frage stehenden Arten und Habitats zukommt. Diese Charakteristika, die beeinträchtigt werden, sollen ausgeglichen werden. Daher sollten bei der Erarbeitung der Ausgleichsmaßnahmen entsprechende Kriterien wie bei der Auswahl des Gebiets gewählt werden.“⁶⁰

Dit betekent dus dat bij compensatiemaatregelen in Duitsland de instandhoudingsdoelstellingen wel een rol spelen, maar eerder als aanwijzing voor de plaats en positie van het betreffende gebied binnen het Natura 2000-netwerk, zodat maatregelen gezocht en getroffen kunnen worden die de samenhang van het netwerk herstellen. De doelen zijn daarmee indicaties voor de functionaliteit van het gebied binnen het netwerk, maar compensatie van de doelen *als zodanig* behoeft niet het oogmerk te zijn. Dit wordt zo uitgelegd dat in Duitsland compensatie tussen (bij voorkeur aanpalende) habitattypes mogelijk is omdat wordt gedacht vanuit de functionaliteit van het Natura 2000-netwerk.

Zoals ook in het vorige hoofdstuk is gesteld, is een strikte benadering waarbij per se per instandhoudingsdoelstelling naar compensatie zou moeten worden gezocht, gezien de wettekst van de Nb-wet en de bijbehorende memorie van toelichting niet nodig. De ruimere benadering die ook in Duitsland wordt gehanteerd is ook in Nederland mogelijk. De conclusie is daarom dat de compensatieverplichting uit art. 19h Nb-wet niet onnodig streng behoeft te worden uitgelegd. Noch uit de wettekst noch uit de wetsgeschiedenis noch uit de Habitatrichtlijn volgt dat per habitatype één-op-één moet worden gecompenseerd. Compensatie tussen habitattypes - zoals ook in Duitsland wel praktijk is - moet volgens ons dus mogelijk zijn. Compensatie moet immers vooral gericht zijn op herstel en liefst verbetering van de samenhang van het Natura 2000-netwerk. Daarmee zijn ook herstelmaatregelen mogelijk die niet precies de aangetaste natuurwaarden herstellen, maar die op andere wijze het netwerk versterken. Om een voorbeeld te noemen, gedacht kan worden aan maatregelen om betere ecologische overgangen tussen gebieden te maken, zodat geïsoleerde populaties elkaar weer kunnen bereiken. Deze conclusie wordt nog versterkt door de gedachte dat het niet nodig is om zelfs per soort en per habitatype instandhoudingsdoelstellingen te formuleren.⁶¹

⁶⁰ W. Frenz, FFH-Abweichungsentscheidungen, in: Umwelt- und Planungsrecht 2011, p. 104.

⁶¹ Zie HvJEU 14 oktober 2010, Commissie tegen Oostenrijk, C-535/07, r.o. 65

9. FEITELIJKE AANPAK

De vervolgvraag is uiteraard hoe een en ander feitelijk aangepakt moet worden, indien op basis van deze ecosysteem benadering een vergunning verleend wordt. In het verloop van het onderzoek zal dit geïllustreerd worden met een drietal cases, maar hier worden enkele randvoorwaardelijke eisen geschetst.

9.1 Ecologische benaderingswijze

In de eerste plaats zal in de ecosysteem benadering daadwerkelijk vanuit het ecosysteem moeten worden gedacht, en niet primair vanuit het uit te voeren (economische of veiligheids)project. Dit houdt in dat niet te zeer het doorgang laten vinden van een project voorop zal moeten staan en daarbij dan een ecosysteem redenering zoeken, maar dat eerst bedacht moet worden hoe met het ecosysteem wordt omgegaan om van daaruit te bezien welke activiteiten wel en welke niet (en in welke omvang, onder welke randvoorwaarden, e.d.) kunnen plaatshebben. Dit betekent natuurlijk ook dat niet alle projecten doorgang kunnen vinden.

Zo zou bijvoorbeeld het voedselreserveringsbeleid voor vogels anders ingericht moeten worden. Beleidsmatig moet de voorwaarden worden geschapen voor een goede en gezonde vogelstand. Daarbij moet niet blind gestaard worden op voedselreservering, maar moet meer naar het systeem als geheel gekeken worden, waarbij zaken als rust, ruimte, broedgelegenheid en eten als vanzelfsprekend een rol spelen.

Van belang is daarom dat er een visie is op de ecologie van het gebied, hoe er wordt omgegaan met dynamiek, etc. Daarnaast zullen toch ook de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen in kaart moeten worden gebracht, omdat de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen in de eerste plaats relevant zijn voor het oordeel over de significantie van effecten⁶² en daarmee de vraag óf op grond van art. 19d Nb-wet een Nb-wet vergunning is vereist. Maar tevens is in art. 19f Nb-wet (en in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn) simpelweg voorgeschreven dat in de passende beoordeling rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen. Deze zullen dus geïnventariseerd moeten worden.

In de ideale situatie zijn de aanwijzingsbesluiten, de beheerplannen en de feitelijke vergunningverlening in dit opzicht in lijn met elkaar. Indien de ecosysteem-benadering al duidelijk geïncorporeerd zou zijn in de aanwijzingsbesluiten, en dit goed doorwerkt in het beheerplan en de vergunningverlening, dan maakt dat de motivering van de besluiten waarmee de vergunningen worden verleend eenvoudiger.

Geconstateerd moet echter worden dat de instandhoudingsdoelstellingen - in ieder geval die bij het aanwijzingsbesluit Waddenzee - over het algemeen betrekkelijk star zijn geformuleerd dan wel betrekkelijk star worden toegepast. In de formulering van de doelen is alleen terug te vinden of een kwantitatief en/of kwalitatief behouds- of verbeterdoel geldt, en niet of, en in hoeverre, een uitwisseling tussen deze doelen kan plaatshebben en ook geen prioritering van natuurwaarden. Daarmee zijn deze doelen niet zo geformuleerd dat ze zijn toegespitst op een ecosysteembenadering, hoewel ze deze ook weer niet uitsluiten. In de toelichtingen bij de doelen zijn weer wat meer aanknopingspunten voor een ecosysteembenadering te vinden, zoals bijvoorbeeld in de toelichting bij het doel voor habitattypen H1140A.

⁶² Zie ABRvS 4 november 2009 (bestemmingsplan Maasvlakte 2), nr. 200900671/1R1, r.o. 2.11.5.

Omdat de toetsing in het kader van de vergunningverlening *rekening moet houden met* die doelen, en niet allemaal afzonderlijk behoeft te respecteren, is er wel ruimte voor een ecosysteemgerichte benadering van de vergunningverlening. De term geeft ook beoordelingsruimte aan de vergunningverlener, omdat *rekening houden met* impliceert dat een afweging moet worden gemaakt. Uiteraard betekent dit niet dat alles maar kan; de beoordeling moet 'passend' zijn en dat betekent dat de ecologische onderbouwing van de toelaatbaarheid van het project deugdelijk is. In abstracto zijn echter moeilijk vooraf grenzen aan te geven. Daarom zou het op zijn minst verstandig zijn beleid te formuleren op welke wijze deze ecosysteembenadering binnen de vergunningverlening zal worden uitgevoerd.

Aan te raden is de ecosysteembenadering in het beheerplan op te nemen, omdat het beheerplan immers hét instrument is om aan te geven op welke wijze met het betreffende Natura 2000-gebied zal worden omgegaan. Het beheerplan is daarom dan ook de aangewezen plek voor de beleidsregels voor de vergunningverlening, hoewel opname in een separaat document op zichzelf mogelijk is.

9.2 Adaptief beheer

Een ecosysteemgerichte benadering impliceert dat er ruimte moet zijn voor adaptief beheer. Ingevolge art. 6 lid 1 Habitatrichtlijn moeten instandhoudingsmaatregelen worden getroffen, mogelijkwerwijs middels een beheerplan. Adaptief beheer is het eenvoudigst in het systeem in te passen als de instandhoudingsdoelstellingen ecosysteemgericht zouden zijn geformuleerd, omdat beheermaatregelen dan afhankelijk worden gesteld van de ontwikkeling van het ecosysteem. Nu dit in Nederland gezien de genomen aanwijzingsbesluiten in mindere mate het geval is, komt de vraag of en in hoeverre het toch mogelijk is om adaptief beheer middels een beheerplan of anderszins te regelen. Daar art. 6 lid 1 instandhoudingsmaatregelen en zo nodig beheerplannen voor de speciale beschermingszones vereist, moet geoordeeld worden dat dit per gebied is. Daarbij moeten ingevolge art. 6 lid 1 de maatregelen aan de ecologische vereisten van de soorten en habitats beantwoorden, maar deze formulering laat voldoende ruimte voor adaptief beheer.

Nu art. 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn plannen gericht op natuurbeheer uitsluit van de toetsing (passende beoordeling) komt ook via deze band niet de toetsing aan de doelen per soort of habitattypen aan de orde. Dit betekent niet dat de geformuleerde doelen betekenisloos zouden zijn. Integendeel. Ze zijn richtinggevend voor het beheer, omdat door het bereiken van de instandhoudingsdoelen de functie van het gebied binnen het Natura 2000-netwerk wordt verzekerd.

Er moet bij het beheer onderscheid worden gemaakt tussen gebieden met hoge en gebieden met een lage dynamiek. De beheermaatregelen moeten immers gezien art. 19a lid 3 Nb-wet de te behalen resultaten beschrijven alsmede de daartoe te nemen maatregelen. Het beheer van laagdynamische gebieden vindt op andere wijze plaats dan van hoogdynamische gebieden als de Waddenzee, hetgeen logischerwijze in het beheerplan zal worden weerspiegeld. Het karakter van het gebied is daarmee meebepalend voor wat er aan maatregelen wordt genomen.

9.3 Vergunningverlening

De vervolgvraag is of, en in hoeverre, voor de vergunningverlening hetzelfde geldt. Indien de instandhoudingsdoelen van hoogdynamische gebieden op een andere wijze zouden zijn geformuleerd als die van laagdynamische gebieden, dan zou het antwoord vanzelfsprekend positief zijn. Echter, het blijkt dat ook voor hoogdynamische gebieden als de Waddenzee doelstellingen als behoud oppervlakte habitattypen en behoud of verbetering van de kwaliteit zijn geformuleerd.

Voor de soorten geldt iets soortgelijks, hoewel er ruimte is doordat niet exacte vereiste aantallen dieren of bijvoorbeeld broedparen zijn gedefinieerd. De instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau zijn echter sturend voor de passende beoordelingen - gezien de woorden '*rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen*' (curs. PM/LB) in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Het stelsel heeft daarmee een zekere rigiditeit waarbij weinig rekening is gehouden met verschillen in dynamiek tussen de ver-

schillende gebieden. Dit komt vooral ook omdat de toetsing plaats dient te vinden aan de gebiedsdoelstellingen, die weliswaar zijn afgeleid van de landelijke doelstellingen, maar waarbij de landelijke gunstige staat van instandhouding (die elders al kan zijn bereikt) niet direct iets afdoet aan het gebiedsdoel. Bij de feitelijke toetsing in een passende beoordeling komt die dynamiek uiteraard weer om de hoek kijken, in die zin dat deze dynamiek mee van invloed zal zijn als de impact van effecten en de significantie van effecten moet worden beoordeeld.

9.4 Indicatorsoorten

Een andere vraag is of en in hoeverre met indicatorsoorten kan worden gewerkt. In zekere zin kan worden staande gehouden dat de Habitatrichtlijn middels bijlage II al werkt met indicatorsoorten. Dit zijn de soorten waarvoor de gebieden worden aangewezen. In het geval van de Waddenzee zijn dat zes soorten, zie art. 1 lid 3 Aanwijzingsbesluit Natura 2000-gebied Waddenzee. Dit betreft de nauwe korfslak, de zeeprik, de rivierprik, de fint, de grijze zeehond en de gewone zeehond. De lijst is wellicht alleen voor de zoogdieren redelijk volledig (hoewel ook de bruinvis incidenteel in de Waddenzee verkeert), maar de drie vissoorten dekken bij lange na niet alle vissen die in de Waddenzee voorkomen. Ook dieren als krabben, schelpdieren, wadpieren, etc. ontbreken volledig, over de lagere organismen maar te zwijgen.

9.5 Onderbouwing van de vergunning

Wat zeker serieus ter hand zal moeten worden genomen, is een goede en uitgebreide onderbouwing van de keuzes. Dit ligt in het verlengde van 9.1, namelijk dat op basis van een goed op het ecosysteem gebaseerd verhaal dat duidelijk maakt welke keuzes worden gemaakt, liefst met een basis in het beheerplan. In de passende beoordeling die ter onderbouwing van de vergunningaanvraag wordt ingediend zal in ieder geval ook melding moeten worden gemaakt van de effecten op de geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen, daar kan ook in een ecosysteembenadering niet aan worden ontkomen omdat dit eenvoudigweg is voorgeschreven in 19f lid 1 Nb-wet. Maar de onderbouwing mag breder zijn dan alleen een toetsing aan de instandhoudingsdoelstellingen.

9.6 Monitoring en hand aan de kraan-principe

Voor in de tijd doorlopende projecten is het van belang dat de effecten van de activiteit in de tijd door monitoring in de gaten worden gehouden, en dat zo nodig tijdens het proces kan worden ingegrepen (het hand-aan-de-kraan-principe).⁶³ Ook de hoogste Duitse bestuursrechter heeft al eens uitgemaakt dat monitoring een verplicht onderdeel van een project kan zijn, dat nodig is om het bereiken van de gunstige staat van instandhouding te garanderen.⁶⁴ Vooral daar waar wordt erkend dat het ecosysteem dynamisch is, zodat ook de reactie van het systeem op het project onzeker is, kan een systeem van monitoring gecombineerd met de mogelijkheid van tijdig ingrijpen middels een hand aan de kraan, een goede maatregel zijn.

Binnen de kaders van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen en van de Nederlandse Nb-wet is volgens ons een meer ecosysteem georiënteerde benadering mogelijk, mits binnen de bovengenoemde kaders. Om zeker te stellen dat de vergunningverleners ook de vergunningaanvragen op deze wijze beoordelen - wellicht naast de mogelijkheid om vergunningaanvragen ook op de oude wijze te beoordelen waar deze zijn ingericht op de traditionele manier - is het aangewezen daartoe beleidsregels (in de zin van art. 4:84 Awb) op te stellen. Daartoe zou gekozen kunnen worden

⁶³ Zie bijvoorbeeld de aan de NAM verleende Vergunning voor gaswinning Noordzeekustzone en Waddenzee van 28 oktober 2010, DRZN/2010-3561, nr. 25 onder voorschriften en beperkingen. De vergunning is te vinden in de Nb-wet vergunningendatabase van het Ministerie van EL&I:
http://www.hetInVloket.nl/portal/page?_pageid=122.4223799&_dad=portal

⁶⁴ Bundesverwaltungsgericht 17 januari 2007 (Westumfahrung Halle) nr. 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1.

voor een separaat document, maar opname in het beheerplan heeft de voorkeur (zoals in hoofdstuk 6 is aangegeven). Dit vanwege de koppeling die op deze manier wordt gelegd tussen de vergunningverlening en actief beheer. Belangrijk is dat duidelijk wordt gemaakt dat het gaat om beleidsregels in het kader van de Nb-wet vergunningverlening. Het voordeel van opname van deze beleidsregels in het beheerplan is, dat dan in één document het (adaptief) beheer alsmede de manier waarop de vergunningverlening wordt uitgevoerd - namelijk in het kader van de ecosysteem benadering en dus gerelateerd aan het adaptief beheer - wordt vormgegeven.

10. CASE I: DE PRINS HENDRIKDIIK OP TEXEL

10.1 Schets casus

De Waddenzee is aangewezen als Natura 2000-gebied. De Waddenzee is een binnenzee die in directe verbinding staat met de Noordzee en kent eb en vloed. Door de vrije werking van de elementen is het noodzakelijk het land door kustverdedigingsmaatregelen te beschermen tegen de zee. Dit geldt vanzelfsprekend niet alleen voor het vaste land maar ook voor de Waddeneilanden zoals Texel. Aan de Noordzeekust van Texel wordt het eiland beschermd door duinen. Aan de Wadkant zijn dijken aangelegd daarachter liggen polders.

De Prins Hendrikdijk op Texel ligt aan de Zuidoostkant van het eiland. De dijk loop van de NIOZ-haven (nabij 't Horntje en de veerhaven) tot aan Ceres. Ten zuidwesten van de NIOZ-haven ligt nog duin, zodat de Prins Hendrikdijk feitelijk het eerste stuk dijk in de zuidoosthoek van het eiland is. Tussen de dijk en de getijdegeul (de Texelstroom) ligt een ondiep en relatief stromingsluw gebied, dat ongeveer 200ha beslaat. De dijk is momenteel te laag en moet weer op hoogte worden gebracht. Hiervoor is in het geval van een reguliere verhoging ruimte binnendijs nodig. Het is in ieder geval zeker dat er iets gedaan moet worden.

Als alternatief voor deze binnendijkse versterking van de harde dijk, is een buitendijkse zandige variant bedacht. Deze houdt in dat er zand wordt opgebracht voor de dijk, waardoor ter plaatse duinen worden gevormd. Van deze inrichtingsvariant is een verkenning van de haalbaarheid gemaakt omdat waarschijnlijk lijkt dat deze variant significante effecten heeft. Hetgeen betekent dat - behalve indien gemitigeerd zal kunnen worden - getoetst zal moeten worden aan de ADC-criteria, zodat (vanwege de aanwezigheid van een binnendijks alternatief) gevreesd moet worden dat de buitendijkse zandige variant niet haalbaar zal zijn.

De keuze voor deze variant - in plaats van verhoging van de harde dijk - is primair ingegeven door ecologische gronden. Feitelijk is het de keuze tussen een variant met een harde dijk met weliswaar vermoedelijk weinig effecten op de geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen maar die de harde scheiding tussen land en zee in stand houdt en zelfs vergroot, en anderzijds een variant die deze grens verzacht door een meer vloeiende duinovergang tussen eiland en Waddenzee en door het creëren van een zoet-zout overgang.

De planologische kernbeslissing Derde Nota Waddenzee (pkb-Waddenzee) van januari 2007 geeft het Rijksbeleid voor de Waddenzee weer.⁶⁵ Hoewel de pkb-Waddenzee als zodanig niets regelt met betrekking tot het beheer van de zeeweringen, kan wel gesignaleerd worden dat de pkb een zo natuurlijk mogelijke ontwikkeling van het ecosysteem van de Waddenzee voorop stelt:

Als natuurlijke processen de kenmerkende biodiversiteit niet kunnen herstellen op middellange termijn, is selectief ingrijpen mogelijk. De ingreep is dan gericht op het creëren van de juiste voorwaarden om de natuurlijke processen in gang te zetten die leiden tot de kenmerkende biodiversiteit. Dit geldt bijvoorbeeld voor het herstel van zoet-zoutgradiënten, voor ingrijpen ten behoeve van behoud en ontwikkeling van het kwelderareaal door het stimuleren van kweldervorming en door het uitpolderen van zomerpolders.⁶⁶

⁶⁵ De pkb-Waddenzee is onder vigeur van de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening tot stand gekomen en vastgesteld, maar heeft krachtens het overgangsrecht naar de nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening nog steeds gelding.

⁶⁶ Ontwikkeling van de Wadden voor natuur en mens, deel 4 van de planologische kernbeslissing Derde Nota Waddenzee, tekst na parlementaire instemming, Den Haag 2007, p. 11.

Volgens de pkb-Waddenzee streeft het kabinet naar het herstel van zoet-zout overgangen en heeft dit streven de status van een beslissing van wezenlijk belang.⁶⁷ Een en ander betekent dat de pkb-Waddenzee niet verplicht tot de buitendijkse zandige variant, maar wel dat met name door het creëren van een zoet-zout overgang deze variant te prefereren is boven de variant met de harde dijk. De keuze voor de buitendijkse zandige variant is daarmee - vanuit de pkb-Waddenzee bezien - goed verdedigbaar.

Daarnaast heeft de toenmalige minister van LNV in 2009 het meerjarige programma "Naar Rijke Waddenzee" gestart, dat beoogt het natuurherstel in de Waddenzee programmatisch in te zetten met "de ambitie om de Waddenzee als natuurgebied weer sterker en veerkrachtiger te maken."⁶⁸ In dit programma worden de bedijkingen genoemd als één van de oorzaken van het onder druk staan van het Waddenecosysteem. Als één van de vijf te bereiken ecologische piketpaaltjes noemt het programma "De Waddenzee als veilige plek":

"Het nemen van veiligheidsmaatregelen houdt gelijke tred met de natuurlijke ontwikkeling van het gebied. Onder het motto 'het één doen, maar het andere niet laten' gaan het behoud van de veiligheid en het vergroten van natuurwaarden hand in hand. Bijvoorbeeld door brede stranden, dynamisch kustbeheer in de duingebieden, brede en natuurvriendelijke waterverdedigingszones rond de zeedijken en herstel van natuurlijke zoet-zout overgangen."⁶⁹

Het plan om de Prins Hendrikdijk te versterken middels de buitendijkse zandige variant past erg goed binnen het kabinetsbeleid zoals dat blijkt uit het programma 'Naar een Rijke Waddenzee' en ook uit de pkb-Waddenzee. In feite gaat het om een natuurproject op basis van kustveiligheidseisen waaraan niet te ontkomen valt. Om deze eisen te bereiken is deze variant ontworpen om een zo positief mogelijk ecologische plus te bereiken.

In een workshop met ambtenaren van de betrokken overheden, gehouden op 17 januari 2011, is deze variant besproken. Gebleken is dat de ecologische meerwaarde van deze variant als voldoende werd ingeschat om hem nader uit te werken, maar dat de haalbaarheid onder de Nb-wet toch als onzeker werd ingeschat.

Deze casus wordt in dit onderzoek behandeld om een inschatting van de juridische haalbaarheid van deze buitendijkse zandige variant te kunnen maken. Daarnaast worden ook de technische haalbaarheid (waarbij het veiligheidsaspect zwaar telt) en de financiële haalbaarheid nog nader onderzocht.

Van belang is een onderscheid te maken tussen twee zaken, namelijk:

1. het maken van een ecologische afweging tussen de voor- en nadelen van de beide varianten (waarbij niet alleen de instandhoudingsdoelstellingen meespelen);
2. het maken van een inventarisatie en een afweging op basis van de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied.

⁶⁷ Ontwikkeling van de Wadden voor natuur en mens, deel 4 van de planologische kernbeslissing Derde Nota Waddenzee, tekst na parlementaire instemming, Den Haag 2007, p. 11.

⁶⁸ Programma 'Naar een Rijke Waddenzee', Programmaplan voor natuurherstel in de Waddenzee, 2 februari 2010, bijlage bij TK 2009-10, 29675, nr. 92, p. 1.

⁶⁹ Idem, p. 19.

Ad 1. De ecologische afweging

Tijdens de bijeenkomst van 17 januari jl. zijn ruwweg de ecologische merites van de buitendijkse zandige variant op een rij gezet. Het nadeel van de variant is vooral dat areaal aan habitattypen H1110A (permanent overstromde zandbanken) en H1140A (droogvallende slik- en zandplaten) verloren gaat.

De voordelen van het project zijn als volgt in het verslag opgenomen (zie kader):

Voordelen beschreven ontwikkeling

Tegenover de 'aantasting' van het huidige Natura2000 gebied Waddenzee door de beschreven ontwikkeling, staat een groot aantal voordelen. Deze zijn te verdelen in categorieën:

Natura 2000:

- Er wordt een nieuw areaal grijze duinen aangelegd.
- Er wordt een hoogwatervluchtplaats gemaakt (in een gebied waar er geen is).
- Er wordt een nieuw broedgebied (voor bijvoorbeeld Grote Sterns) aangelegd.
- Het huidige foerageergebied wordt sterk verbeterd, bruikbaar.
- Er ontstaat een rustplaats voor zeehonden.
- Er wordt getest of herstel/ontstaan van oesterbaken bevorderd kan worden.

Zandige waterkering:

- Er ontstaat een zachte, zandige overgang van het eiland naar de Waddenzee.
- Het is een begin van de 'ontstening' van de Waddenkust.
- Een dergelijke kust kan zand leveren.
- Een eventueel noodzakelijke verhoging van de waterkering in de toekomst is relatief eenvoudig te realiseren.

Proeftuin:

- De locatie lijkt ideaal voor een proeftuin. De ontwikkeling van natuurwaarden (zie boven), in combinatie met het creëren van zachte overgangen tussen land en zee en zoet-zout milieu en uitvoering van het Hoogwaterbeschermingsprogramma biedt unieke mogelijkheden. Zowel fysiek als financieel.
- Met het oog op ideeën en plannen over de Afsluitdijk, lijkt de PH-dijk een mooie, overzichtelijke en kansrijke testfunctie te kunnen vervullen.
- De mogelijkheden als boven beschreven lijken precies te passen in de doelstellingen van het Programma naar een Rijke Waddenzee en het Deltaprogramma Waddenzee: met behulp van Natuurbouw realiseren van een robuuste, duurzame bescherming tegen hoogwater.

Landschap:

- Het aanzicht van Texel wordt over circa 3,5 kilometer aanzienlijk verfraaid.
- Het voorkomt aantasting van het binnendijkse gebied. Zowel het landbouwgebied, de bewoning als het natuurgebiedje Ceres blijven in tact.
- Het beschreven ontwerp is eigenlijk heel Texels: vergelijk ook de Slufter en de Schorren, elders op het eiland.

(vervolg)

Recreatie:

- Het fietspad langs de PH-dijk wordt veel aantrekkelijker, aangelegd door de duinenrij.
- Het gehele gebied wordt aantrekkelijker om te zien, er zullen meer natuurwaarden te ontdekken zijn.
- Vanaf het water wordt dit deel van Texel veel mooier.
- Via het strandje en de uitkijkposten is het gebied goed te beleven.

Landbouw:

- De landbouw wordt door deze versterking van de waterkering ontzien, er gaat geen landbouwgrond verloren.
- De aanleg van de duinenrij zal de kwel naar de polder waarschijnlijk veel minder zout maken. Er ontstaat een zoetwaterbel in de duinenrij.

Bewoning:

De Texelaars die nu vlak achter de dijk wonen en wellicht hun bedrijf uitoefenen, kunnen dat blijven doen. Bovendien krijgen zij een prachtige 'voortuin'.

Conclusie

Er is breed gedragen enthousiasme voor de beschreven mogelijkheid om een buitendijkse, zandige variant te realiseren. Uiteraard is het dan wel noodzakelijk dat het juridisch mogelijk is (voldoende compensatie voor verlies waarden Natura 2000-gebied?) en ook financieel haalbaar. Dat een dergelijke variant de veiligheid tegen overstroming voldoende kan waarborgen, lijkt technisch mogelijk.

Deze opsomming is uiteraard indicatief, en is op zichzelf niet een ecologisch voldoende onderbouwde inschatting van de precieze voor- en nadelen van deze variant. Wel kan deze opsomming gezien worden als een beginpunt van een ecologische onderbouwing.

Ad 2. De inventarisatie op basis van de instandhoudingsdoelstellingen

Om de vergunbaarheid van deze variant onder Nb-wet te kunnen inschatten, is een verkennende notitie opgesteld, waarin de effecten op de habitattypen en de soorten waarvoor Natura 2000-gebied Waddenzee is aangewezen. In deze notitie zijn de effecten samengevat in tabelvorm als volgt weergegeven:⁷⁰

Veranderingen in oppervlakken van habitattypen met een instandhoudingsdoelstelling in N2000-gebied Waddenzee			
Habitatype	huidig	gepland	netto +/-
Diverse duinhabitatypen (H2120, H2130A, H2130B, H2160)	0 ha	50-65 ha	+ 50-65 ha
(Schelprijk) strand (geen habitatype)	0,2 ha	20 ha	+ 20 ha
Kwelderhabitats (eerst H1310, later overwegend H1330A)	1 ha	21 ha	+ 20 ha
H1110 Permanent overstroomde zandbanken <i>getijdengebied</i>	20-30 ha	0 ha	- 20-30 ha
H1140A Slik- en zandplaten <i>getijdengebied</i>	170-180 ha	90-110 ha	- 70-80 ha

⁷⁰ C.T.M. Vertegaal, notitie verkenning haalbaarheid zandige variant versterking Prins Hendrikpolder i.r.t. Natuurbeschermingswet/Natura 2000, p. 5 en 6.

Tabel soorten			
Soortgroep		Verandering t.o.v. huidige situatie	
		Opp. leefgebied	Kwal. leefgebied
Habitatsoorten	Zeeprik, Rivierprik en Fint	=	=
	Grijze zeehond en Gewone zeehond	=	+
Broedvogels	Strandplevier en Dwergstern	+	=
	Eidereend, Kluut, Bontbekplevier en andere sterns	+	=
Niet-broedvogels	Planteneters/herbivore watervogels	=/-	+
	Schelpdiereters/steltlopers	=/-	+
	Schelpdiereters/steenloper	-/=?	+
	Schelpdiereters/eenden	=/-	+
	Overige bodemfauna-eters	=/-	+
	Viseters	=	=
	Idem/lepelaar	+	=

10.2 Aanpak

Op basis van bovenstaande gegevens is het waarschijnlijk dat de effecten als significant moeten worden beschouwd. Op basis van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak moet de significantie immers worden bepaald op basis van de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen⁷¹ waarbij niet alleen een n%-significantiegrens mag worden gehanteerd, maar waar tevens een inhoudelijke onderbouwing van het significantieoordeel moet plaatsvinden.⁷² Wellicht dat het verdwijnen van 20 à 30ha H1110 en 70 à 80ha H1140A nog binnen een percentuele significantiegrens valt te brengen (minder dan 1% van het totale areaal van dit habitattypen in de Waddenzee), maar een inhoudelijke beoordeling zal vermoedelijk tot het oordeel moeten leiden dat de ingreep inderdaad significant is.⁷³ De vraag of het mogelijk is om door middel van mitigerende maatregelen de effecten van het project zodanig te reduceren dat de deze niet-significant kunnen worden geoordeeld, valt buiten het kader van deze studie.

Uitgaande van de significantie van de ingreep, zal een Nb-wet vergunning noodzakelijk zijn (art. 19d Nb-wet) en dient de aanvraag vergezeld te gaan van een passende beoordeling van het project (art. 19f Nb-wet). In deze passende beoordeling moet rekening worden gehouden met de voor het gebied geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen. Dit betekent in ieder geval dat een inventarisatie van de effecten van het project op de instandhoudingsdoelstellingen, waartoe een aanzet is gegeven in de verkenning van Vertegaal, niet mag ontbreken. Het blijft dus nodig deze effecten in kaart te brengen, ook onder de ecosysteem-benadering.

De passende beoordeling hoeft zich echter niet te beperken tot een inventarisatie van de effecten op de doelen. In de passende beoordeling kan ook prima meegenomen worden hoe het project zich verhoudt tot de manier waarop de overheid het gebied wil beheren, zoals dat blijkt uit het Natura 2000-beheerplan. Indien in het beheerplan bijvoorbeeld actieve maatregelen als deze vanwege de grote dynamiek van het gebied toelaatbaar acht, is dat een argument ten gunste van dit project.

⁷¹ ABRvS 4 november 2009 (bestemmingsplan Maasvlakte 2), nr. 200900671/1R1 r.o. 2.11.5.

⁷² ABRvS 4 mei 2011 (electriciteitscentrale Maasvlakte), nrs. 200901310/1/R2 en 200901311/1/R2, r.o. 2.7.6.

⁷³ Tot deze conclusie komt ook onderzoeker Vertegaal op basis van de aanvullende leidraad beoordeling significantie van effecten in getijdewateren van het Steunpunt Natura 2000, dat een ondergrens van 10 ha hanteert. Zie C.T.M. Vertegaal, notitie verkenning haalbaarheid zandige variant versterking Prins Hendrikpolder i.r.t. Natuurbeschermingswet/Natura 2000, p. 6.

Alles staat of valt uiteindelijk met de motivering van het besluit. Daarom zal het erop neerkomen of uit de passende beoordeling zal blijken of, en zo ja hoe, de effecten van het project in zijn geheel worden gewaardeerd. Dit betekent dat uiteindelijk ook gemotiveerd kan worden dat een bepaald areaalverlies aan H1110 en H1140A acceptabel is ondanks een behoudsdoelstelling voor beide typen. Relevant is daarbij ook dat in de toelichting bij de doelen duidelijk een meer ecosysteem-gerichte benadering valt te lezen. Ook relevant is dat voor het oppervlakte van zowel H1110 en H1140A een behoudsdoelstelling, maar voor de kwaliteit een verbeterdoelstelling is geformuleerd waarbij een geleidelijke zoet-zoutovergang als een kwaliteitsverbetering wordt gezien. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij het doel voor H1140A - dat het grootste areaalverlies kent:

Kansen voor verbetering van de kwaliteit liggen met name bij herstel van droogvallende mosselbanken (en de daarbij behorende levensgemeenschappen) en bodemfauna en bij uitbreiding van zeegras- en ruppia-velden. Onder meer herstel van geleidelijke zoet-zout overgangen is hiervoor van belang. Voor de mosselbanken op de droogvallende platen wordt gestreefd naar een toename van de oppervlakte. Het betreft een zeer dynamisch habitatype waarvan de exacte locatie en de oppervlakte jaarlijks sterk kunnen wisselen ten gevolge van erosie- en sedimentatieprocessen.

Uiteindelijk zal de motivering er inhoudelijk-ecologisch op neer moeten komen dat een integrale afweging van de ecologische voor- en nadelen plaatsvindt, met een speciaal oog voor de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen (incl. de toelichtingen daarop) en met een gemotiveerde conclusie in het licht van wat blijkt het beheerplan met het gebied wordt beoogd. Dit gaat derhalve verder dan het 'plussen en minnen' van de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen zoals veelal gedaan pleegt te worden.

Om tot een vergunbare casus te komen zal in de eerste plaats een duidelijke schets moeten worden gemaakt van de ecologische wenselijkheid van het scenario. Dit betekent dat de huidige ecologische situatie goed in kaart moet zijn gebracht en dat ook een goede inschatting van de toekomstige situatie moet worden gemaakt. Daarbij moeten ook de kwalitatieve aspecten in kaart worden gebracht. Zoals de kwaliteit van de ter plaatse aanwezige habitattypen H1110 en H1140A - die naar verluidt niet zo groot is, maar dat moet degelijk onderzocht en onderbouwd - maar ook de kwaliteit van de nieuw te vormen duinen. Duidelijk zal moeten worden gemaakt waar vanuit ecologisch perspectief de meerwaarde van het project zit. Het gaat erom aan te tonen dat het plan als geheel een plus vormt. Ook een eventuele toename van de recreatieve druk moet worden meegenomen.

10.3 Alternatievenonderzoek

Een kernpunt in deze casus vormt het alternatievenonderzoek. Dit vanwege het bestaan van een binnendijks alternatief dat niet de negatieve effecten op habitattypen H1110 en H1140A heeft maar ook niet de positieve effecten van de buitendijkse zandige variant. De vraag is hoe hiermee moet worden omgegaan. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in 2003 een streekplanherziening ten gunste van de Westerschelde Container Terminal vernietigd, onder meer omdat er onvoldoende onderzoek naar mogelijke alternatieven was verricht. De Afdeling formuleert daarbij als criterium voor het alternatievenonderzoek:

Gelet op de tekst van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn dient in een geval als het onderhavige allereerst te worden onderzocht of een alternatieve oplossing voor het plan of project bestaat die geen of een geringere aantasting van de SBZ betekent. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan alternatieve plaatsen voor het project of aan alternatieve manieren waarop een zelfde resultaat kan worden bereikt. Bij de beoordeling van de alternatieven dient de bescherming van de SBZ voorop te staan.⁷⁴

⁷⁴ ABRvS 16 juli 2003 (Westerschelde Container Terminal), nr. 200205582/1, r.o. 2.16.

De streekplanherziening werd in dat geval vernietigd omdat het alternatievenonderzoek zich ten onrechte beperkt had tot de Zeeuwse regio en dat ten onrechte niet was bekeken of de werkgelegenheid in de regio (één van de doelstellingen van het project) met andere activiteiten zou kunnen worden bevorderd. Ook zijn 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.

Toegepast op de voorliggende casus betekent dit het volgende. Het doel van de buitendijkse zandige oplossing is kustverdediging, hetgeen op zichzelf een dwingende reden van groot openbaar belang is. Voor deze buitendijkse oplossing bestaat een binnendijks alternatief. Bij de beoordeling van beide alternatieven - die vanuit de kustverdediging gezien gelijkwaardige alternatieven zijn - moet de bescherming van de natuurwaarden voorop staan.

Op basis van de ecosysteembenadering moeten daarbij de ecologische merites van de beide varianten tegenover elkaar gezet worden. Dit betekent dat álle ecologische gevolgen meegewogen worden, zowel de positieve als de negatieve, waarbij de geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen wel bijzondere aandacht verdienen tegenover andere natuurwaarden. De alternatieven dienen dan in hun geheel tegenover elkaar gezet worden. Het gaat er dus niet om alleen de negatieve effecten van de beide alternatieven tegenover elkaar te zetten, omdat een dergelijke deelvergelijking tot een ecologisch gezien suboptimaal resultaat leidt ten gunste van de minst ingrijpende variant (die derhalve ook weinig ecologische plusjes laat zien). Gezien de tekst van art. 19g lid 3 Nb-wet en de tekst van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn ("bij ontstentenis van alternatieve oplossingen") kan dan volgens ons zo worden gelezen dat er geen betere alternatieve oplossingen zijn.

Ook in het geval van het windmolenpark in de Emmapolder bij de Eemshaven vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak de verleende vergunning wegens een onvoldoende alternatievenonderzoek. In dat geval was het alternatievenonderzoek beperkt tot de locaties die binnen 3,5 jaar gerealiseerd konden worden met het oog op de kabinetsdoelstelling dat het aandeel van windenergie in de energievoorziening in de lopende kabinetsperiode gerealiseerd diende te worden. Deze beperking vond de Afdeling te ver gaan, omdat het binnen ene periode van 3,5 jaar vrijwel niet mogelijk is om nieuwe locaties te ontwikkelen.⁷⁵ Bij twee uitspraken over energiecentrales in de Eemshaven oordeelde de Afdeling het alternatievenonderzoek als voldoende, omdat gebleken is dat de centrales een zeehaven eisen met voldoende diepgang, maar tevens dat locaties voor CO₂-opslag in de nabijheid zijn, waardoor slechts één locatie in Nederland voor de centrales in aanmerking kwam.⁷⁶

De conclusie kan zijn, dat er de nodige jurisprudentie is over de reikwijdte van het alternatievenonderzoek, dus de vraag welke alternatieven moeten worden meegenomen. De richtsnoer is daarbij primair of het alternatief vanuit de ecologie gezien reëel is, hoewel ook mee mag wegen of een alternatief ook economisch of technisch gezien realistisch is. Omdat bij dijkversterking alternatieve locaties niet mogelijk zijn, zit de variatie vooral in de manieren waarop de waterkering kan worden versterkt. Niet geheel uitgesloten is dat er naast de binnendijkse variant en de buitendijkse zandige variant nog meer reële alternatieven bestaan. Dit vergt een technische en financiële haalbaarheidsanalyse.

⁷⁵ ABRvS 25 februari 2009 (windmolenpark Eemshaven), nr. 200709030/1, r.o. 2.12.

⁷⁶ Vz ABRvS 24 juli 2009 (RWE-kolencentrale Eemshaven I), nr. 200900425/2/R2, r.o. 2.7.2, en Vz ABRvS 24 juli 2009 (RWE-kolencentrale Eemshaven II), nr. 200902744/2/R2, r.o. 2.7.2.

De Europese Commissie geeft wel een richtsnoer voor het alternatievenonderzoek:

“Vervolgens moeten de bevoegde instanties onderzoeken of gebruik kan worden gemaakt van alternatieve oplossingen die de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied beter vrijwaren. Er dient een analyse te worden verricht van alle haalbare alternatieven - met name hoe deze relatief presteren ten opzichte van de instandhoudingsdoelstellingen voor het "Natura 2000"-gebied, de natuurlijke kenmerken van het gebied en de bijdrage van dat gebied tot de algehele samenhang van het "Natura 2000"-netwerk.”⁷⁷

Andermaal blijkt dat niet alleen de nationaal geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen relevant zijn voor de beoordeling van de alternatieven, maar dat er meer is. Ook meer algemeen de natuurlijke kenmerken van het gebied en de bijdrage van het gebied aan de samenhang van het netwerk mogen in de beoordeling meespelen. Dit levert mogelijkheden om in de weging van de alternatieven verder te gaan dan een inventarisatie van de effecten op de geformuleerde doelstellingen (die dus ook moet plaatshebben!), maar dat een beoordeling vanuit het ecosysteem tot de mogelijkheden behoort.

De vervolgvraag is hoe dit alternatievenonderzoek praktisch gezien aan te pakken, zodat een goede alternatievenvergelijking tot stand komt die tevens tot een vergunbare situatie zal leiden. In de eerste plaats moeten de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen in kaart worden gebracht. Dit voor beide varianten, en eventuele andere varianten. De verkennende notitie van Vertegaal geeft daarvoor een eerste aanzet, die mogelijk kan worden uitgewerkt tot een passende beoordeling. Vervolgens moeten alle natuureffecten van het project, zowel positief als negatief, in kaart worden gebracht, ook weer voor beide varianten en eventuele andere varianten. Deze totaalplaatsjes aan natuureffecten dienen te worden beoordeeld op hun merites. Welke variant is vanuit ecologisch oogpunt en vanuit het oogpunt van het gewenste beheer van het gebied te prefereren? Ook dit onderdeel kan worden opgenomen in de passende beoordeling.

Voor de motivering is het van belang een goede koppeling te leggen met het Rijksbeleid (waarbij deze variant met name gezien het Programma ‘Naar een Rijke Waddenzee’ maar ook onder de pkb-Waddenzee) de betere is ten opzichte van de binnendijkse variant. Daarnaast is een koppeling met het beheerplan Waddenzee wenselijk, daar zo tot uitdrukking wordt gebracht dat dit project in overeenstemming is met het ecologische beheer van de Waddenzee dat het Rijk voorstaat.

Indien zowel de inventarisatie van de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen als de ecosysteem-totaalplaatjes een voorkeur voor hetzelfde project laten zien, is de keuze natuurlijk duidelijk. Wijzen beide onderdelen echter in een andere richting, dan is het een ander verhaal. In dat geval is een uitgebreide motivering van de te maken keuze op zijn plaats, zeker als de variant die op basis van de ecosysteem-benadering prevaleert wordt gekozen. Omdat de passende beoordeling *rekening moet houden met* de instandhoudingsdoelstellingen, zal immers goed en overtuigend gemotiveerd moeten worden waarom bepaalde inbreuken op deze doelen in dit geval acceptabel zijn.

Let op: De beoordeling zal gaan op basis van de ecologische merites van beide varianten. De Europese Commissie lijkt van mening dat een zekere weging tussen de betreffende dwingende reden van groot openbaar belang (de veiligheid) en de natuurwaarden mag plaatsvinden,⁷⁸ maar daarvan is hier geen sprake, ervan uitgaande dat beide variant een zelfde mate van veiligheid zullen bieden. Positieve economische effecten, zoals het beter faciliteren van toeristen door uitbreiding van duinareaal, mogen niet meewegen. De negatieve effecten van de aanzuigende werking op toeristen moet echter wel worden verdisconteerd.

⁷⁷ Europese Commissie, Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC, p. 7.

⁷⁸ De Commissie verwijst in haar guidance document op p. 7 naar een conclusie van de A-G in de zaak C-239/04, punt 44: “Wat de aldus geselecteerde alternatieve oplossingen betreft, hoeft de keuze niet dwingend te vallen op het alternatief dat het betrokken gebied het minst aantast. De keuze dient veeleer te geschieden op basis van een afweging tussen de aantasting van de SBZ en de desbetreffende dwingende redenen van groot openbaar belang”.

10.4 Invulling compensatieverplichting

Naast het alternatievenonderzoek bestaat tevens de verplichting om compenserende maatregelen te treffen. Als de keuze voor de buitendijkse zandige variant is gemotiveerd, zal tevens naar compenserende maatregelen moeten worden gekeken.

Indien de strenge opvatting van de Europese Commissie wordt gevolgd, dan moet compensatie primair plaatsvinden voor dezelfde soort en hetzelfde habitatype dat wordt aangetast. De opvatting van de Commissie laat wel enige ruimte voor compensatie in aanpalende habitatypes, omdat de functie die het habitatype vervult door andere habitatypes kan worden opgevangen.

Op basis van de tekst van de Nb-wet en de Habitatrictlijn, en ook bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij de Nb-wet, zien wij - zoals in hoofdstuk 7 aangegeven - ruimte om ruimer over de grenzen van de habitatypes heen te compenseren. Gezien het feit dat deze benadering in de jurisprudentie tot nu toe nog niet is toegepast, en het feit dat de Europese Commissie een strengere lijn voorstaat, moet nogmaals worden benadrukt dat niet kan worden gegarandeerd dat deze lijn stand zal houden bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarom zal hieronder een ruimere en een engere variant worden uitgewerkt.

De eerste vraag is wat er moet worden gecompenseerd. De tekst van art. 19h lid 1 Nb-wet geeft weinig houvast, deze geeft slechts aan dat compenserende maatregelen moeten worden voorgeschreven. Art. 6 lid 4 Habitatrictlijn geeft iets meer richting, daar wordt voorgeschreven dat de lidstaat alle nodige compenserende maatregelen neemt om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.

In de ruimere benadering zou wellicht - afhankelijk van de precieze ecologische inschatting en onderbouwing - beargumenteerd kunnen worden dat de aanleg van de duinen, het maken van een zoet-zout gradiënt, het creëren van extra foerageergelegenheid en feitelijk het geheel aan maatregelen dat wordt getroffen, de plaats van de Waddenzee binnen het gehele Natura 2000-netwerk versterkt. In dat geval is de compensatie dus gelegen in het project als zodanig. Het project kustverdediging is dan zo opgezet dat het zijn eigen compensatie omvat, doordat het eindplaatje ecologisch gezien beter en mooier zal zijn dan de huidige situatie. Een goede argumentatie waarom dit het geval is, is in ieder geval onontbeerlijk.

Ideaal zou zijn indien het project, of in ieder geval de beoordelingswijze van het project, al in het beheerplan zou zijn geregeld. Dat maakt de motivering van de vergunningverlening in ieder geval eenvoudiger. Het creëren van een uit ecologisch gezichtspunt aantrekkelijke zoet-zout gradiënt sluit in ieder geval goed aan bij de doelen voor 1110 en 1140, zoals die uit de toelichtingen bij de doelen blijken. In die toelichting staat namelijk aangegeven dat herstel van (geleidelijke) zoet-zout gradiënten de kwaliteit van de habitats kan verbeteren, hetgeen conform de doelstelling "verbetering kwaliteit" van de beide typen is.

Een engere en veiligere benadering is om ondanks het positieve ecologische oordeel over het project, toch compensatiemaatregelen te zoeken. Daarmee wordt de ecosysteembenadering verlaten en wordt weer teruggegrepen op de compensatie per habitatype, en eventueel in aanpalende types waar compensatie is gericht op de functies die het habitatype heeft (zoals bijvoorbeeld als foerageergebied). Het creëren van nieuw areaal aan wadplaten is gezien de geofysische situatie van de Waddenzee eigenlijk onmogelijk. Ook het vinden van areaal aan wadplaat dat nog niet onder Natura 2000 valt, is schier onmogelijk. Daarom lijkt de enige mogelijkheid om het verlies aan oppervlakte te compenseren middels een kwaliteitsverbetering elders. Omdat de beide habitatypes H1110 en 1140A een verbeterdoelstelling voor de kwaliteit hebben (en een behouddoelstelling wat betreft de oppervlakte) kan dit ook worden gezien als een uitwisseling die binnen een instandhoudingsdoelstelling plaatsvindt, waarbij gemotiveerd zal worden waarom de keuze is gemaakt voor een kwaliteitsverbetering (waarbij gezien ook de toelichting bij het doel meeweegt dat er voor de kwaliteit een ambitieuzere doelstelling

geldt als voor de oppervlakte). Deze benadering, waarin kwaliteitsverbetering als compensatie geldt voor oppervlakteverlies is bijvoorbeeld geaccepteerd bij de Nb-wet vergunningen voor de kolencentrale van RWE in de Eemshaven, waarbij kwaliteitsverbetering van wadplaat elders in het Natura 2000-gebied Waddenzee door de uitkoop van garnalenvissers is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geaccepteerd, eerst al in de voorlopige voorzieningenprocedure⁷⁹ en onlangs bevestigd in de bodemprocedure:

“De Afdeling stelt vast dat ten gevolge van de aanleg van de centrale 3,1 hectare, en tezamen met de Nuon-centrale 4,7 hectare, van habitattype H1110A verloren gaat. Dit is door verweerders niet als significant effect voor dit habitattype beoordeeld, maar zij achten het aangewezen de aanwezige niet-significante effecten te compenseren. Uit voornoemde rapporten, met name het "Maatregelen- en faseeringsplan mariene natuurcompensatie Eemshaven", blijkt dat het verlies aan oppervlak van dit habitattype volledig moet worden gecompenseerd en dat dit kan gebeuren door een kwaliteitsverbetering in de Dollard door de aankoop van kwelders, beheer daarvan en het beëindigen van de garnalenvisserij in de Kerkeriet. Dit is door verweerders in de vergunningen gewaarborgd. Gelet hierop ziet de Afdeling in hetgeen Greenpeace en anderen hebben aangevoerd geen aanleiding voor het oordeel dat niet is voorzien in compensatie voor dit habitattype, noch dat onduidelijk is op welke manier gecompenseerd dient te worden. Evenmin bestaat aanleiding voor het oordeel dat verweerders zich niet op het standpunt hebben kunnen stellen dat volledige compensatie in dit geval haalbaar is, nu verweerders doorslaggevend gewicht aan voornoemde rapporten hebben toegekend. Dit betoog van Greenpeace en anderen faalt.”⁸⁰

Aangenomen moet dus worden dat compensatie van areaalverlies door kwaliteitsverbetering elders in het Natura 2000-gebied mogelijk is, mits de compensatie voldoende omvangrijk is. Gezien de aard van het project, dat immers gericht is op natuurontwikkeling in combinatie met kustverdediging, kan de omvang van de daarnaast nog benodigde compensatie wellicht worden beperkt.

10.5 Conclusie casus I

In de eerste plaats zij opgemerkt dat, tenzij er belangrijke mitigerende maatregelen kunnen worden getroffen voor de negatieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen, waardoor vooral het verlies aan areaaloppervlakte zandbanken wordt goedgemaakt, vergunningverlening alleen via de zogenaamde ADC-criteria mogelijk lijkt. Deze weg is echter niet onmogelijk.

De vergunbaarheid van de buitendijkse zandige variant van de Prins Hendrikdijk kan helaas niet worden gegarandeerd, vooral omdat het een noviteit in de jurisprudentie zou betreffen. Wel denken wij dat er goede argumenten zijn om de door ons voorgestelde benadering bij de Nb-wet vergunningverlening te accepteren.

De grootste onzekerheid is gelegen in de vraag of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de ecosysteembenadering accepteert, en daarmee onze stelling dat *rekening houden met de instandhoudingsdoelstellingen* niet betekent dat ze volledig in acht moeten worden genomen, maar dat een meer dynamische benadering mag worden gevolgd die een uitwisseling tussen de instandhoudingsdoelstellingen (waarbij ook kwaliteitsverbetering van H1110 en 1140A - NB een verbeterdoelstelling - ten koste van areaal meeweegt).

⁷⁹ Vz ABRvS 24 juli 2009 (RWE-kolencentrale Eemshaven I), nr. 200900425/2/R2.

⁸⁰ ABRvS 24 augustus 2011 (RWE-kolencentrale Eemshaven III), nrs. 200900425/1/R2 en 200902744/1/R2, r.o. 2.21.9.

Wat gedaan kan worden om de Afdeling bestuursrechtspraak te overtuigen, is in de eerste plaats een zo volledig mogelijke passende beoordeling te maken. Daarbij moet niet vergeten worden om de effecten van het project op de bij het aanwijzingsbesluit geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen te inventariseren omdat dat nu eenmaal wettelijk is voorgeschreven, maar daarnaast ook een omvattend ecologisch oordeel te geven over het project als geheel in vergelijking met het alternatief van de binnendijkse variant en mogelijke andere varianten. Als daarbij aangetoond kan worden dat het verlenen van de vergunning voor de buitendijkse zandige variant goed past in datgene wat de overheid wat de ecologie betreft (robuust ecosysteem, instandhouding dynamiek, zoet-zout overgangen ter kwaliteitsverbetering van de wadplaten, de gunstige effecten van het project op de aangewezen en andere soorten, e.d.) wil bereiken met het Natura 2000-gebied Waddenzee.

Het liefst blijkt dit beeld uit het (concept) Natura 2000-beheerplan, maar kan eventueel ook op andere documenten worden gebaseerd, zoals het Programma Rijke Waddenzee, de pkb-Waddenzee, enz. Zo kan een goed gemotiveerde keuze voor deze variant worden neergelegd waarbij gemotiveerd wordt dat de in het plan voorziene compensatie gericht is op het functionele herstel of de functionele verbetering van het Natura 2000-netwerk, zoals bedoeld in art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn. Het is dan aan de Afdeling bestuursrechtspraak om te beslissen of zij onze interpretatie van de term *rekening houden met* en onze ruimere opvatting over compensatie (namelijk niet per se per instandhoudingsdoelstelling) accepteert of dat zij vasthoudt aan de rigide benadering om de effecten per instandhoudingsdoelstelling gemitigeerd te willen zien.

Wat de alternatieventoetsing betreft het volgende: Indien de ecosysteembenadering wordt geaccepteerd, zal ook worden geaccepteerd dat de beide varianten en eventuele andere varianten op hun volle ecologische merites worden beoordeeld. De acceptatie van deze wijze van beoordeling van de alternatieven lift derhalve mee op de acceptatie van onze ruimere ecosysteembenadering.



11. CASE II: DE STRYPERKWELDER BIJ TERSCHELLING

11.1 Inleiding

Aan de Wadkant van het eiland Terschelling liggen kwelderrestanten, die in het verleden zijn gebruikt voor beweiding. Op deze kwelders - in Holland en Zeeland veelal aangeduid als schorren - groeit natuurlijke vegetatie en de verschillende ontwikkelingsstadia van de kwelders vormen beschermde habitattypen (H1310 en H1330, en de Waddenzee is ook aangewezen voor slijkgrasvelden H1320 die daar echter niet of nauwelijks voorkomt) waarvoor de Waddenzee is aangewezen en waarvoor instandhoudingsdoelstellingen gelden. Daarnaast hebben kwelders een belangrijke functie als foeraergebied en als hoogwatervluchtplaats voor bepaalde soorten vogels.

Kwelders ontstaan van nature door sedimentatie op zandplaten van voldoende hoogte die enigszins beschut liggen qua golven en stroming. De zuidkant van Terschelling en van de andere Friese Waddeneilanden zijn daarvoor erg geschikt, evenals de noordkust van de provincies Friesland en Groningen waar grote kwelders liggen. Kweldervorming begint door de vestiging van pioniervegetatie op een opslibbende zandbank. De belangrijkste pioniersplant is zeekraal, een eenjarige plant. Door verdere opslibbing kan de kwelder zich verder ontwikkelen en vestigt zich andere vegetatie. Op deze wijze ondergaat een kwelder enkele successiestadia.

In het verleden waren de kwelders vooral in agrarisch gebruik, als gezegd met name voor beweiding. Op sommige kwelders, bijvoorbeeld langs de Groninger kust, is dit nog steeds het geval. Ook werd in het verleden kwelderareaal wel ingepolderd om er boerenland van te maken. Deze Terschellinger kwelders zijn echter nooit ingepolderd en dreigen nu door erosie te verdwijnen. Op een aantal plaatsen langs het Wad wordt bekeken of het mogelijk is deze kwelders weer te herstellen. Met dit kwelderherstel wordt een aantal zaken beoogd. In de eerste plaats is dat natuurherstel, in de tweede plaats kunnen de herstelde kwelders weer als beweidingsgrond gaan fungeren, en in de derde plaats spelen kwelders voor de Waddendijk een rol bij de kustverdediging. Daarnaast worden op deze wijze waardevolle landschappelijke en cultuurhistorische waarden in ere hersteld.

De Stryperkwelder is een van de buitendijkse kwelders aan de zuidkant van het eiland Terschelling. De ligt buitendijks in het Natura 2000-gebied Waddenzee, ter hoogte van het dorp Seeryp (Striep). Het is daarmee een van de meer westelijk gelegen kwelders van het eiland. Meer naar het oosten liggen (van west naar oost): 't Seheal, de Kaeg, de Âns, de Oeltsjes en de kwelder bij de Grië.⁸¹

11.2 Het voornemen

Voor de Stryperkwelder bestaat het voornemen om de kweldervorming verder te stimuleren door de aanleg van rijshouten dammetjes die het slib verder moeten vasthouden. De precieze aard en omvang van de maatregel is nog niet bekend, maar verondersteld kan worden dat het gaat om het plaatsen van rijshouten dammetjes op de wijze zoals gebruikelijk voor de stimulering van kweldervorming.

⁸¹ Deze informatie is met name ontleend aan J.M. van Loon-Steensma, Kweldervorming langs de Terschellinger Waddendijk en J.A.M. Janssen en J.H.J. Schaminee, Europese Natuur in Nederland, Natura 2000-gebieden van Zee en kust.

11.3 De beoordeling

Doordat de opslibbing in het gebied wordt gestimuleerd wordt areaal aan vermoedelijk H1310 en H1330 gevormd ten koste van areaal aan zandplaat. Aangenomen mag worden dat het gaat om droogvallende slik- en zandplaten, dus H1140. Ook zal de maatregel vermoedelijk effecten hebben op enkele van de vogelsoorten waarvoor de Waddenzee is aangewezen. Het zal gaan om positieve en negatieve effecten. Bij afwezigheid van materiaal op dit punt, kunnen wij hier niet veel over zeggen. Wij gaan hieronder daarom vooral in op de omvorming van H1140 in H1310 en H1330.

Het eerste dat gezegd moet worden over deze maatregel is dat deze in hoofdzaak een natuurmaatregel is, hoewel versterking van de zeewering van de Waddendijk als een bijkomende doelstelling kan worden gezien. Voor de hand zou dan ook liggen om in de eerste plaats te streven naar opname van de maatregel als instandhoudingsmaatregel in het beheerplan. Omdat het beheerplan de plaats is waar keuzes als deze kunnen en mogen worden gemaakt, ligt het voor de hand om de maatregel - indien men tenminste van mening is dat de ecologische voordelen zwaarder wegen dan de ecologische nadelen - in het beheerplan te regelen en zodoende op grond van art. 19d lid 2 Nb-wet uit te zonderen van de vergunningplicht.

De vraag in deze studie is of het tevens mogelijk zou zijn deze maatregel te vergunnen als project of andere handeling als bedoeld in art. 19d lid 1 Nb-wet? Ervan uitgaande dat de activiteit dus niet middels het beheerplan is geregeld. In de ecologische beoordeling (de voortoets of eventueel de passende beoordeling) zal allereerst moeten blijken of en in hoeverre er effecten op de soorten en habitattypen zijn waarvoor de Waddenzee is aangewezen. Voor de habitattypen zal het gaan om het verdwijnen van areaal aan slik- en zandplaten (H1140) ten gunste van kwelderareaal (H1310 en H1330). Voor de soorten zal het vermoedelijk gaan om eventuele negatieve effecten van soorten die op de zandplaten fourageren, en positieve effecten op soorten die op de kwelder zitten. Bij afwezigheid van ecologisch onderzoek ter plaatse zijn hier slechts indicatieve uitspraken over te doen.

In de eerste plaats zal de significantie van de effecten moeten worden bepaald. De negatieve effecten op vogels ten gevolge van het verdwijnen van areaal aan slik- en zandplaten zouden wel eens erg beperkt kunnen zijn (maar dat zal blijken) dus in de eerste plaats kan in de voortoets worden bekeken of er überhaupt wel significante effecten zijn. Indien effecten afwezig worden geoordeeld, is geen vergunning vereist. Deze conclusie zou dan met het bevoegd gezag moeten worden gedeeld om zeker te zijn.

Indien significante effecten niet op voorhand kunnen worden uitgesloten, dan kan in de passende beoordeling worden bekeken of en in hoeverre de mogelijke effecten kunnen worden gemitigeerd. Is dat het geval dan wordt geoordeeld de vergunning worden verleend (of afgewezen met de mededeling dat geen vergunning is vereist, de zogenaamde 'positieve afwijzing').

Wat betreft de uitwisseling tussen de doelen voor habitattypen H1140 versus H1310 en H1330, kan erop worden gewezen dat voor H1140 een verbeterdoelstelling geldt voor de kwaliteit, zodat eventueel significant areaalverlies verdedigbaar zou kunnen worden geacht met een verwijzing naar kwaliteitsverbetering. Gezien de toelichting bij het doel vormen de overgangen tussen H1140 in pionierbegroeiingen (H1310) een kwaliteitsaspect van H1140. Het creëren van een goede overgang tussen beide habitattypen is daarbij van belang.

Gezien de toelichting bij het doel van H1310 zal het vooral voordelig zijn om in te zetten op pionierbegroeiingen met zeekraal (subtype A) en minder op zeevetmuur (subtype B) die al in een gunstige staat van instandhouding verkeert. Dit geldt natuurlijk alleen voor zover het mogelijk is om op dit punt (bij) te sturen, dus door maatregelen te ontwerpen die zeekraal zouden bevorderen boven zeevetmuur. Maar strikt noodzakelijk hoeft zo'n maatregel niet te zijn omdat ook H1310A met zeekraal een beschermd habitatype is.

H1310 Zilte pionierbegroeiingen

Doel Behoud oppervlakte en kwaliteit.

Toelichting Zilte pionierbegroeiingen, zeekraal (subtype A) zijn als matig ongunstig beoordeeld. Dit komt met name door de achteruitgang van het habitatype in het Deltagebied. Aan de vastelandskust is de oppervlakte van zilte pionierbegroeiingen, zeekraal (subtype A) momenteel hoog als gevolg van de kwelderwerken. Zilte pionierbegroeiingen, zeevetmuur (subtype B), verkeren in een gunstige staat van instandhouding.

H1320 Slijkgrasvelden

Doel Behoud oppervlakte en kwaliteit.

Toelichting De goed ontwikkelde vorm van het habitatype slijkgrasvelden komt van oorsprong niet in het Waddengebied voor. Het wordt niet mogelijk geacht de hier aanwezige matig ontwikkelde vormen van het habitatype met de exoot engels slijkgras in goede kwaliteit te herstellen.

H1330 Schorren en zilte graslanden

Doel Behoud oppervlakte en verbetering kwaliteit schorren en zilte graslanden, buitendijks (subtype A). Behoud oppervlakte en kwaliteit schorren en zilte graslanden, binnendijks (subtype B).

Toelichting Het habitatype schorren en zilte graslanden verkeert in een matig ongunstige staat van instandhouding. De Waddenzee is één van de belangrijkste gebieden in ons land voor schorren en zilte graslanden, buitendijks (subtype A). Voor de kwaliteit is het van belang de aanwezige variatie aan verschillende hoogtezones (inclusief pionierkwelders van zilte pionierbegroeiingen, H1310), geomorfologische vormen (groene stranden, sluffers, zandige kwelders, kleiige kwelders) en beheersvormen (beweide en onbeweide kwelders) te behouden of te herstellen.

Mocht onverhoopt toch blijken dat toestemming alleen zou kunnen worden verleend door toepassing van de zogenaamde ADC-criteria, dan zou het probleem ontstaan dat voor het project een dwingende reden van groot openbaar belang zal moeten zijn. Die reden zal voor deze casus bijzonder lastig te vinden zijn.

11.4 Conclusie casus II

Bij de Stryperkwelder is het vooral aangewezen om te zien of en in hoeverre de verkweldering als instandhoudingsmaatregel in het beheerplan kan worden opgenomen. Het betreft immers primair een maatregel ter bescherming en ter uitbreiding van beschermde habitattypen. Van de drie casussen die in deze studie worden besproken, komt deze het meest daarvoor in aanmerking.

Indien het toch buiten het beheerplan om zou worden geregeld, dan is het denkbaar dat het als project of andere handeling toch doorgang kan vinden. In de eerste plaats zal bekeken moeten worden of de effecten significant zijn. Voor de vogels beschikken we voor deze casus niet over gegevens, maar positieve en negatieve effecten op de vogelsoorten zijn denkbaar al is het onzeker of en in hoeverre daar significante effecten tussen zitten. Dit kan in eerste instantie in een voortoets worden bepaald, en zo nodig kan in een passende beoordeling worden meegenomen of bepaalde negatieve effecten kunnen worden gemitigeerd of niet.

Verder zit in de instandhoudingsdoelstelling voor habitatype H1140 dat in areaal af zal nemen, ruimte om daarin mee te wegen dat er mogelijk een kwaliteitsverbetering tot stand wordt gebracht dankzij een betere aansluiting op habitatype H1310 (kwelder met pioniervegetatie). Omdat de kwaliteitsdoelstelling een verbeterdoelstelling is, en areaal een behoudsdoelstelling kent, is het verdedigbaar dat meer op kwaliteitsverbetering wordt ingezet dan op areaalbehoud. Die uitwisselbaarheid is goed verdedigbaar omdat beide onderdeel zijn van één en dezelfde instandhoudingsdoelstelling van één habitatype, namelijk H1140.



12. CASE III: DE JACHTHAVEN VAN SCHIERMONNIKOOG

12.1 Het voornemen

Sinds 1970 heeft Schiermonnikoog een jachthaven. Deze jachthaven is gelegen aan de oude veerdam ten zuiden van het dorp. De jachthaven is open van begin mei tot eind oktober en biedt een ligplaats aan circa 160 schepen. De jachthaven moet ieder jaar worden gebaggerd om deze bereikbaar te houden voor de vaarrecreatie. Het gaat om circa 10.000 m³ per jaar, dat al jarenlang aan de noordkant van de jachthaven tegen de dijk wordt gestort. Deze stortlocatie raakt vol, zodat steeds meer in oostelijke richting gestort moet worden. Het gecontroleerd afvoeren van slib naar een verder gelegen stortlocatie is duur en zou zwaar drukken op de exploitatie van de haven. Er is dringend behoefte aan een structurele oplossing om het opslibben van de haven te voorkomen.

Aan de andere kant bestaat de behoefte om de kweldervorming aan de Wadkant van het eiland te stimuleren. Het gaat dan om de habitattypen H1310, H1320 en H1330. Bij voorkeur zou hiervoor gebiedseigen slib moeten worden gebruikt. Voor H1330 (schorren en zilte graslanden) bestaat een verbeterdoelstelling voor de kwaliteit. Indien een goede kwaliteit H1330 tot stand kan worden gebracht, is de stimulering van de kweldervorming prima als instandhoudingsmaatregel worden opgevoerd. Gezien de toelichting bij het doel zou het mooiste zijn indien dit zou kunnen leiden tot hoogteverschillen en een veelvoud aan geomorfologische vormen met bijvoorbeeld een groen strand en/of bijvoorbeeld kleiige kwelder.

Centraal in het project is dat de beide activiteiten kwelderherstel en het baggeren van de jachthaven aan elkaar worden gekoppeld. Om de kweldervorming te stimuleren kan gebiedseigen zand en slib worden gebruikt dat voorradig is in de jachthaven. Het kritieke punt zou daarbij de kwaliteit van het zand en de slib. Weliswaar betreft het een jachthaven en geen industriehaven, maar enige verontreiniging is altijd denkbaar. Het is dan ook nodig dat dit aspect wordt geïnventariseerd en beoordeeld voordat toestemming kan worden verleend.

12.2 Beoordeling van de ingreep

Voor habitatype H1140 geldt dat er areaal zal verdwijnen. In het kader van het beheerplan kunnen dit soort keuzes ten gunste van areaal van het ene habitatype maar ten koste van areaal van het andere gemaakt worden, te meer omdat binnen de instandhoudingsdoelstelling voor dit habitatype een verbeterdoel geldt voor de kwaliteit, waarbij gezien de toelichting vooral aan een goede overgang naar het laagst op de kwelder liggende habitatype 'zilte pionierbegroeiingen' als onderdeel van de kwaliteit wordt gezien. Indien aangetoond kan worden dat het verkwelderingsproject hieraan een bijdrage levert, dan is dat een extra argument vóór deze maatregel.

Ons inziens zijn er ook voor dit verkwelderingsproject kansen om als instandhoudingsmaatregel in het beheerplan opgenomen te worden, waarbij het gunstig zou zijn indien in het beheerplan wordt opgenomen dat verkweldering bij voorkeur met gebiedseigen zand en slib gebeurt. Indien dan aangetoond kan worden dat de kwaliteit van het zand en slib uit de haven van een dermate kwaliteit is dat daarvan een goede kwaliteit kwelder kan worden gevormd, dan is het aanvaardbaar dit overtollige zand en slib te gebruiken voor kweldervorming. In dit verhaal is de kwaliteit van het materiaal cruciaal.

In plaats van of vooruitlopend op de opname in het beheerplan, kan bekeken worden of deze ingreep vergund kan worden onder de Nb-wet. Deze ingreep is vermoedelijk vergunningplichtig onder de Nb-wet, tenzij significante effecten kunnen worden uitgesloten. Omdat voor deze activiteit al eens eerder een vergunning is aangevraagd en afgewezen, lijkt het op voorhand niet aannemelijk dat tot niet-significantie zal worden geoordeeld.

De gebruikelijke gang van zaken bij een passende beoordeling is, dat in de eerste plaats wordt gekeken of mogelijke significante effecten kunnen worden gemitigeerd, zodat alsnog vergund kan worden. Het is verstandig dat ook hier te proberen. De mitigatie zou erin kunnen zijn gelegen dat voor het habitattype H1140 dat negatief wordt beïnvloed door de verkweldering, een kwaliteitsverbetering wordt gezocht. Zoals gezegd biedt de toelichting op de instandhoudingsdoelstelling voor H1140 daarvoor aanknopingspunten. Deze kwaliteitsverbetering zal wel in de passende beoordeling moeten worden aangetoond, en op zijn minst aannemelijk gemaakt.

Mocht het niet lukken om tot niet-significantie te oordelen, dan zou kunnen worden bekeken of het binnen de passende beoordeling mogelijk is om tussen de instandhoudingsdoelstellingen uit te wisselen en daarmee te accepteren dat een instandhoudingsdoelstelling negatief wordt beïnvloed (de eco-systeembenadering). Deze stap behoeft uiteraard niet te worden genomen indien alle negatieve effecten tot onder het significantieniveau kan worden gemitigeerd, hetgeen de voorkeur zou hebben omdat dat conform de geldende jurisprudentielijnen is.

Het gebruik van het zand en slib uit de haven voor de verkweldering van het gebied tussen de jachthaven en de veerdam heeft daarnaast drie voordelen. In de eerste plaats maakt dat het gebied aantrekkelijker voor recreanten. Daarnaast stijgt de zeespiegel en kan de kwelder fungeren als klimaatbuffer voor tegen hoog water. In de derde plaats kan door kweldervorming en de ontwikkeling van zeegrasvelden de biodiversiteit en de dynamiek in de Waddenzee worden verbeterd.⁸²

Voor deze activiteit is op 20 augustus 2009 een Nb-wet vergunning aangevraagd. De Minister van LNV heeft deze aanvraag op 13 april 2010 afgewezen. De redenen daarvoor waren enkele gebreken in de bijgeleverde passende beoordeling, zoals onduidelijkheid over de tijdsduur van de ingreep of ingrepen en het gebrekkig onderzoek naar alternatieven. Daarnaast vond de Minister de aanneme dat door opslibbing kwelder (H1330) dan wel zilte pionierbegroeiingen (H1310) zou ontstaan onvoldoende onderbouwd, zodat de activiteit is beoordeeld als louter een aantasting van de bestaande habitattype 'droogvallende slik- en zandplaten' (H1140). Omdat aldus alleen de negatieve effecten in beeld komen, heeft dit logischerwijze geleid tot het afwijzen van de aanvraag.

De vraag is of en hoe de situatie wel vergunbaar zou kunnen zijn of worden. In de eerste plaats moet worden erkend dat de ingreep leidt tot verdwijning van areaal aan droogvallende slik- en zandplaten (H1140). Daar staat tegenover dat mogelijk een omvorming naar H1330 of H1310 aan de orde is. Dit zal in de eerste plaats voldoende ecologisch onderbouwd en aannemelijk moeten worden gemaakt, waarbij ook de kwaliteit van het te storten slib en zand (met aandacht voor de mate van verontreiniging) meegewogen zal moeten worden. In de afwijzing van de vergunningaanvraag wordt echter nog een eis gesteld:

“Echter ook indien u zou aantonen dat natuurlijke kwelderontwikkeling te verwachten is als gevolg van het storten van bagger, dan nog biedt het instandhoudingsdoel voor H1140 in het Aanwijzingsbesluit Waddenzee waarschijnlijk geen ruimte om het habitat H1140 om te vormen ten gunste van H1330 of H1310, gezien de behoudsdoelstelling voor oppervlakte ervan.”⁸³

Kennelijk wordt hier al uitgegaan van de significantie van de ingreep, maar waarschijnlijk zijn er mogelijkheden om te mitigeren o.a. door aan kwaliteitsverbetering te doen, waarvoor voor habitattype H1140 een verbeterdoelstelling geldt die ook gelegen kan zijn in het verbeteren van de aansluiting van het habitattype op de kwelders. De uitdaging voor de jachthaven is verder - indien deze argumentatie toch ontoereikend zou zijn - om de argumentatie te leveren op grond waarvan de ecologische merites van de ingreep worden aangetoond, en bovendien het inleveren van areaal aan H1140 ten gunste van andere natuurdoelen kan worden verdedigd.

⁸² Vereniging Natuurmonumenten, Duurzame ontwikkeling Schiermonnikoog, p. 4.

⁸³ Minister van LNV, Weigering Nb-wet vergunning baggeren jachthaven Schiermonnikoog van 13 april 2010, DRZN/2010-1881, p. 3.

De te verwachten ecologische kwaliteit van het te creëren areaal aan H1330 en H1310 moet door een ecooloog worden aangetoond en onderbouwd. Indien de uitkomst zou zijn dat de ecologische meerwaarde hiervan kleiner is dan van het verdwijnen van H1140. In dat geval is inderdaad sprake van een ecologische achteruitgang en lijkt de ingreep niet vergunbaar. Belangrijk is daarbij de kwaliteit van het te gebruiken zand en slib, waarbij gekeken moet worden naar verontreiniging maar ook anderszins naar de mogelijkheden juist dit materiaal te gebruiken voor kweldervorming (te denken valt bijvoorbeeld aan de verhouding zand-slib, de korrelgrootte, e.d.).

Gezien ons onderzoek is het mogelijk zijn om een zekere uitwisseling tussen en binnen de instandhoudingsdoelstellingen te laten plaatsvinden, zodat het op zijn minst in theorie mogelijk is om de meerwaarde van deze uitwisseling te beargumenteren, mits de ecologische voordelen ook daadwerkelijk bestaan. Aanknopingspunten kunnen daarin gelegen zijn dat habitatype H1140 ruimer vertegenwoordigd is in de Waddenzee en in Nederland dan de meer kwelderachtige habitattypen. Maar ook binnen H1140 ligt ruimte, daar hiervoor voor de Waddenzee voor wat betreft het areaal een behoudsdoelstelling geldt, maar een verbeterdoelstelling voor de kwaliteit. Dit betekent dat inzetten op kwaliteitsverbetering van dit habitatype (liefst in de directe omgeving van de jachthaven), mogelijkheden biedt, zeker daar waar goede overgangen tussen slik- en zandplaten naar zilte pionierbegroeiingen maar ook herstel van geleidelijke zoet-zoutovergangen als kwaliteitselementen bij het doel van dit habitatype wordt genoemd. Inzetten hierop zorgt ervoor dat de toetsing aan het doel H1140 een gunstigere uitkomst heeft. Anders dan de negatieve conclusie van de vorig jaar geweigerde vergunningsaanvraag, die alleen verdwijnen van areaal betekende en dus negatief uitviel.

H1140 Slik- en zandplaten

Doel

Behoud oppervlakte en verbetering kwaliteit slik- en zandplaten, *getijdengebied* (subtype A).

Toelichting

De Waddenzee is het belangrijkste gebied voor het habitatype slik- en zandplaten, *getijdengebied* (subtype A). De oppervlakte van de platen is hier nagenoeg natuurlijk. Wat de kwaliteit betreft is enerzijds behoud van de morfologische variatie van belang: de afwisseling tussen platen met een verschillende hoogteligging, mate van dynamiek en sedimentsamenstelling, anderzijds de overgangen daartussen en de overgangen naar diepere geulen en naar habitattypen permanent overstromde zandbanken (H1110) en zilte pionierbegroeiingen (H1310). Kansen voor verbetering van de kwaliteit liggen met name bij herstel van droogvallende mosselbanken (en de daarbij behorende levensgemeenschappen) en bodemfauna en bij uitbreiding van zeegras- en ruppia-velden. Onder meer herstel van geleidelijke zoet-zout overgangen is hiervoor van belang. Voor de mosselbanken op de droogvallende platen wordt gestreefd naar een toename van de oppervlakte. Het betreft een zeer dynamisch habitatype waarvan de exacte locatie en de oppervlakte jaarlijks sterk kunnen wisselen ten gevolge van erosie- en sedimentatieprocessen.

Daarnaast zijn er mogelijkheden om de ecologische merites tussen de verschillende doelen af te wegen, waarbij de voordelen voor de kwelderachtige habitattypen kunnen worden afgewogen tegen de nadelen voor H1140, en waarbij ook de effecten op de andere soorten (vooral die waarvoor de Waddenzee is aangewezen) moeten worden meegenomen.

Hierbij zijn ook de doelen voor H1310 en H1330 van belang, waarbij geldt dat zeker indien het mogelijk is om de vereiste kwaliteitsverbetering van kwelders (H1330) te realiseren, dit een belangrijk argument ten gunste van de maatregel kan zijn. Gezien de toelichting op dit doel, kan dit door bijvoorbeeld verschillen in hoogte, en geomorfologie en in beweiding aan te brengen en toe te passen.

H1310 Zilte pionierbegroeiingen

Doel

Behoud oppervlakte en kwaliteit.

Toelichting

Zilte pionierbegroeiingen, *zeekraal* (subtype A) zijn als matig ongunstig beoordeeld. Dit komt met name door de achteruitgang van het habitatype in het Deltagebied. Aan de vastelandskust is de oppervlakte van zilte pionierbegroeiingen, *zeekraal* (subtype A) momenteel hoog als gevolg van de kwelderwerken. Zilte pionierbegroeiingen, *zeevetmuur* (subtype B), verkeren in een gunstige staat van instandhouding.

H1330 Schorren en zilte graslanden

Doel

Behoud oppervlakte en verbetering kwaliteit schorren en zilte graslanden, *buitendijks* (subtype A). Behoud oppervlakte en kwaliteit schorren en zilte graslanden, *binnendijks* (subtype B).

Toelichting

Het habitatype schorren en zilte graslanden verkeert in een matig ongunstige staat van instandhouding. De Waddenzee is één van de belangrijkste gebieden in ons land voor schorren en zilte graslanden, *buitendijks* (subtype A). Voor de kwaliteit is het van belang de aanwezige variatie aan verschillende hoogtezones (inclusief pionierkwelders van zilte pionierbegroeiingen, H1310), geomorfologische vormen (groene stranden, sluffers, zandige kwelders, kleiige kwelders) en beheersvormen (beweide en onbeweide kwelders) te behouden of te herstellen.

13. CONCLUSIES

Uit ons onderzoek blijkt dat een meer ecosysteemgerichte benadering bij de vergunningverlening op grond van art. 19d Nb-wet mogelijk lijkt. Volgens ons lijkt art. 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn het mogelijk te maken dat een passende beoordeling een positieve uitkomst heeft ondanks dat er nog significant negatieve effecten over blijven. Dit op basis van de tekst van deze bepaling, die een passende beoordeling voorschrijft *rekening houdend met* de geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen. Ook het doel van deze bepaling, het beschermen van habitattypen en soorten met het oog op de bescherming van het Natura 2000-netwerk en van de biodiversiteit in Europa, pleiten ervoor dat een meer ecosysteemgerichte benadering mogelijk is. Dit betekent dat niet alle instandhoudingsdoelstellingen zonder meer in acht moeten worden genomen, maar dat een zekere uitwisseling tussen de instandhoudingsdoelstellingen mogelijk is. Het vereiste om een passende beoordeling uit te voeren rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen laat qua formulering immers ruimte voor beleidsvrijheid.

In het onderstaande schema staan de drie stappen opgenomen:

Beoordelingsstappen	Wat toets je?	Hoe toets je?	Opmerking
Stap 1	Zijn er significante effecten?	Per instandhoudingsdoelstelling	
Stap 2	Passende beoordeling	Kijken naar het geheel aan effecten, maar wel rekening houdend met de doelen	Een vrijere beoordeling dan tot nu toe gebruikelijk
Stap 3	ADC-toets	Alternatietoets, Dwingende reden + compensatie	

Deze redenering, die als gezegd ondersteuning vindt in de tekst van de richtlijn en het doel ervan (de bescherming van het ecologisch netwerk en van de biodiversiteit), heeft tot gevolg dat soms een vergunning kan worden verleend terwijl er toch significant negatieve effecten overblijven na mitigatie, zonder dat de ADC-toets behoeft te worden gevolgd. Dit kan echter alleen indien in de passende beoordeling onderbouwd wordt aangetoond dat de positieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen ecologisch gezien zwaarder wegen dan de negatieve effecten op één of meerdere andere instandhoudingsdoelstellingen. Deze redenering is een noviteit die nog aan de rechter voorgelegd moet worden.

Ook voor het begrip compensatie menen wij dat hiervoor over de grens van de betreffende geschonden instandhoudingsdoelstelling heen gekeken kan worden, vooral omdat de Habitatrichtlijn compensatie voorschrijft met het oog op het herstel van het Natura 2000-netwerk.

Wat betreft de onderzochte cases geldt, dat vooral de verkweldering bij de Stryperkwelder volgens ons primair een natuurherstelmaatregel is die middels het beheerplan geregeld kan worden. Ook de verkweldering bij Schiermonnikoog met gebruikmaking van zand en slib uit de jachthaven zou zo geregeld kunnen worden, al is een voorafgaand onderzoek naar de kwaliteit van dit materiaal wel aangewezen (verontreiniging, maar ook of dit goede grondstof voor kwelders is). Beide activiteiten maken volgens ons ook kans om als project vergund te worden. De Prins Hendrikdijk op Texel zou volgens ons - indien de passende beoordeling zou opleveren dat er significant negatieve effecten overblijven - kans maken om via de door ons ontwikkelde ecosysteem benadering vergund te worden. Daarbij zou dan wel aangetoond moeten worden dat de positieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen van de Waddenzee zwaarder wegen dan de resterende negatieve effecten op andere instandhoudingsdoelstellingen.



AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Europees Hof van Justitie

(curia.europa.eu)

HvJEG 7 december 2000, C-374/98, Commissie tegen Frankrijk (Basses Corbières)
HvJEG van 30 januari 2002, C-103/00, Commissie tegen Griekenland, Jurispr. blz. I-1147
HvJEG 7 september 2004, C-127/02 (kokkelvisserij)
HvJEG 23 maart 2006, C-209/04, Commissie tegen Oostenrijk (Lauteracher Ried)
HvJEG 11 januari 2007, C-183/05, Commissie tegen Ierland
HvJEG 14 juni 2007, C-342/05, Commissie tegen Finland (wolvenjacht)
HvJEU 14 januari 2010, C-226/08 (Stadt Papenburg tegen Duitsland)
HvJEU 14 oktober 2010, C-535/07, Commissie tegen Oostenrijk (Hanság en Nedere Tauern)
HvJEU 9 juni 2011, C-383/09, Commissie tegen Frankrijk

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

(www.raadvanstate.nl)

ABRvS 16 juli 2003 (Westerschelde Container Terminal), nr. 200205582/1
ABRvS 26 januari 2005 (pkb-Project Mainportontwikkeling Rotterdam), nr. 200307350/1
ABRvS 7 mei 2008 (bestemmingsplan De Zuiderklip), nr. 200604924/1
ABRvS 5 november 2008 (Aanwijzingsbesluit Voordelta), nr. 200802545/1
ABRvS 25 februari 2009 (windmolenpark Eemshaven), nr. 200709030/1
Vz ABRvS 24 juli 2009 (RWE-kolencentrale Eemshaven I), nr. 200900425/2/R2
Vz ABRvS 24 juli 2009 (RWE-kolencentrale Eemshaven II), nr. 200902744/2/R2
ABRvS 21 april 2010 (kokkelvisserij Voordelta), nr. 200807970/1/R2
ABRvS 21 juli 2010 (toegangbeperkingsbesluit delen Voordelta), nr. 200808045/1/R2
ABRvS 21 juli 2010 (IJburg), nr. 200902644/1/R2
ABRvS 1 september 2010 (Gelderse Poort), nr. 200909157/1/R2
ABRvS 20 oktober 2010 (Aanwijzingsbesluit Witterveld), nr. 200908058/1/R2
ABRvS 19 januari 2011 (Rondweg N348), nr. 201006773/1/R2
ABRvS 16 maart 2011 (Aanwijzingsbesluit Noordzeekustzone), nr. 200902380/1/R2
ABRvS 16 maart 2011 (Aanwijzingsbesluit Waddenzee), nr. 200902378/1/R2
ABRvS 4 mei 2011 (electriciteitscentrale Maasvlakte), nrs. 200901310/1/R2 en 200901311/1/R2
ABRvS 15 juni 2011 (Aanwijzingsbesluit Oostvaardersplassen), nr. 201003128/1/R2
ABRvS 24 augustus 2011 (RWE-kolencentrale Eemshaven III), nrs. 200900425/1/R2 en 200902744/1/R2
VzABRvS 1 september 2011 (Boerderijverplaatsing Wapse), nr. 201107992/2/R2

Bundesverwaltungsgericht

(www.bundesverwaltungsgericht.de)

Bundesverwaltungsgericht 17 januari 2007 (Westumfahrung Halle) nr. 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1.
Bundesverwaltungsgericht 14 april 2010 (A 44), nr. 9 A 5.08.



LITERATUURLIJST

Adviesgroep Huys, Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving, Perspectief van een programmatische aanpak, 19 juni 2009, bijlage bij TK 2010-11, 32 670, nr 2.

Ch.W. Backes, A.A. Freriks en J. Robbe, Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht, Den Haag 2009.

C.W. Backes e.a., Natura 2000 in Nederland, Juridische ruimte, natuurdoelen en beheerplanprocessen, Den Haag 2011.

Common Wadden Sea Secretariat, Wadden Sea Plan 2010. Eleventh Trilateral Governmental Conference on the Protection of the Wadden Sea, Wilhelmshaven 2010.

Europese Commissie, Assessment of plans and projects significantly affecting affecting Natura 2000 sites, Methodological guidance on the provisions of Article 6(3) and (4) of the Habitats Directive 92/43/EEC, Luxemburg 2002.

Europese Commissie, Beheer van "Natura 2000"-gebieden, De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), Luxemburg 2000.

Europese Commissie, Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC, Clarification of the Concepts of: Alternative solutions, Imperative Reasons of overriding public interest, Compensatory measures, Overall Coherence, Opinion of the Commission, Brussel 2007.

Europese Commissie, Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020, COM(2011) 244 final, Brussel 3 mei 2011.

Europese Commissie, The implementation of the Birds and Habitats Directives in estuaries and coastal zones with particular attention to port development and dredging (guidance document), Brussel 2011.

W. Frenz, Die FFH-Verträglichkeitsprüfung nach der A-44-Entscheidung des BVerwG, in: Umwelt- und Planungsrecht 2011, p.170-174.

W. Frenz, FFH-Abweichungsentscheidungen, in: Umwelt und Planungsrecht 2011, p. 100-106.

A.A. Freriks, Gunstige staat van instandhouding: netwerk, lidstaat of Natura 2000-gebied, in: Journaal Flora en fauna 2011, p. 207-211.

G.M.A. van der Heijden, De kracht van ecosysteemfuncties en het falen van het recht, in: Tijdschrift voor Omgevingsrecht 2010, p. 145-148.

J.H. Jans en H.H.B. Vedder, European Environmental Law, 3rd ed., Groningen 2008.

J.A.M. Janssen en J.H.J. Schaminee, Europese Natuur in Nederland, Natura 2000-gebieden van Zee en kust, Zeist 2009.

H.M. Jongsma en P. Mendelts, Passende beoordelingen in de drie Waddenzeelanden, in: Milieu en Recht 2010, p. 617-624.

M. Kettunen e.a., Guidance on the maintenance of landscape features of major importance for wild flora and fauna – Guidance on the implementation of Article 3 of the Birds Directive (79/409/EEC) and Article 10 of the Habitats Directive (92/43/EEC), Brussel 2007.

W. Köck, Der Kohärenzausgleich für Eingriffe in FFH-Gebiete, Rechtliche Anforderungen und konzeptionelle Überlegungen, in: Zeitschrift für Umweltrecht 2005, p. 466-470.

J. Lawton, Making space for nature, in: Environmental Law Review 2011, p. 1-8.

P. Marty et J. Lepart, Le réseau Natura 2000. Vers une gestion intégrative de l'espace rural européen, in: Géocarrefour 2009, p, 173-180.

J. Milian, Le projet Natura 2000 et la protection du patrimoine naturel, L'exemple des sites expérimentaux pyrénéens, in: Études rurales 2001, p. 173-194.

Minister van LNV, Doelendocument, Duidelijkheid bieden, richting geven en ruimte laten, Den Haag 2006.

Ministerie van EL&I, 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 TK 2010-11, 32 670, nr. 24.

Ontwikkeling van de Wadden voor natuur en mens, deel 4 van de planologische kernbeslissing Derde Nota Waddenzee, tekst na parlementaire instemming, Den Haag 2007.

Programma 'Naar een Rijke Waddenzee', Programmaplan voor natuurherstel in de Waddenzee, 2 februari 2010, bijlage bij TK 2009-10, 29675, nr. 92.

Raad voor de Wadden, Gelijk speelveld voor ondernemers: feit of fictie? Een verkenning van de uitwerking van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn in het Trilaterale Waddengebied, adviesnr. 2010/1, Leeuwarden 2010.

B. Stüer, Europäischer Gebietsschutz, in: Natur und Recht 2010, p. 677-685.

A. Trouwborst en C.J. Bastmeijer, Lynxen en wolven: Het natuurbeschermingsrecht en de terugkeer van grote roofdieren naar Nederland, in: Milieu & Recht 2010, p. 272-283.

G. Winter, Alternativenprüfung und Natura 2000, Das Beispiel Elbvertiefung, in: Natur und Recht 2010, p. 601-606.

Materiaal casus I

Gemeente Texel, Besprekingsverslag Workshop ecologische meerwaarde zandige variant versterking Prins Hendrikdijk d.d. 17 januari 2011

C.T.M. Vertegaal, notitie verkenning haalbaarheid zandige variant versterking Prins Hendrikpolder i.r.t. Natuurbeschermingswet/Natura 2000, concept 01 d.d. 3 februari 2011 (Witteveen+Bos: EDM70-1/holj2/072).

Witteveen+Bos, Dijkversterking Waddenzeedijk Texel, startnotitie m.e.r. (nr. 09.15831), eindversie 3 juni 2009.

Materiaal casus II

J.M. van Loon-Steensma, Kweldervorming langs de Terschellinger Waddendijk, Een verkenning naar kansen, beperkingen en vragen rond kweldervorming langs de Waddendijk e.o. van Terschelling, alterra-rapport 2172, Wageningen 2011.

Materiaal casus III

Arcadis, Passende beoordeling jachthaven Schiermonnikoog, nr. 074908476:0.1, 8 juli 2010.

Minister van LNV, Weigering Nb-wet vergunning baggeren jachthaven Schiermonnikoog van 13 april 2010, DRZN/2010-1881.

Vereniging Natuurmonumenten, Duurzame ontwikkeling Schiermonnikoog, Jachthaven en klimaatbuffer (Subsidieaanvraag Waddenfonds), 10 oktober 2008.



BIJLAGEN

Bijlage 1: Samenstelling begeleidingsgroep

Bijlage 2: Audit Mr. Jan Veltman

Bijlage 1 Samenstelling begeleidingsgroep

Deze studie is begeleid door een begeleidingsgroep. Deze begeleidingsgroep was als volgt samengesteld:

W. Schoorlemmer, Programma Naar een Rijke Waddenzee

J. Brommet, Rijkswaterstaat Corporate Dienst

P. Dijkstra, Programma Naar een Rijke Waddenzee

W. van Vliet, Ministerie van EL&I

J.M.G. Weststeijn, Ministerie van EL&I

Bijlage 2 Audit Mr. Jan Veltman



Programma naar een Rijke Waddenzee
T.a.v. de heer drs. K. van Es
Postbus 30032
9700 RM GRONINGEN

Datum : 23 november 2011
Onze ref : V-15981
Uw ref :
Onderwerp: Audit 'Een ruimere jas binnen Natura 2000'

Advocaat: **mr. J. Veltman**

Geachte heer Van Es,

Op verzoek van de heer Mendelts van Eelerwoude zend ik u hierbij mijn commentaar op het in het kader van het programma Naar een rijke Waddenzee opgestelde rapport 'Een ruimere jas binnen Natura 2000'.

Tot het geven van een toelichting ben ik vanzelfsprekend graag bereid.

Hoogachtend,

J. Veltman





COMMENTAAR BIJ 'EEN RUIMERE JAS BINNEN NATURA 2000'

Jan Veltman, advocaat te Amersfoort¹

1. Inleiding

Het rapport 'Een ruimere jas binnen N2000' behandelt het probleem dat de regels in de huidige natuurbeschermingswetgeving die gelden voor de toelaatbaarheid van menselijke ingrepen, soms ook in de weg staan aan het uitvoeren van projecten waarmee (ook) het natuurbelang is gediend. Dit komt doordat in deze wetgeving de effecten op de afzonderlijke habitattypes en soorten centraal (lijken te) staan. Zijn die effecten (mogelijk) significant negatief – of, in de terminologie van art. 19g, lid 1, tasten die de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied aan – dan kan daarvoor geen toestemming worden verleend. De omstandigheid dat de ingreep naast deze negatieve effecten ook positieve effecten heeft op andere onderdelen van het betrokken ecosysteem, en dat per saldo misschien wel sprake is van een verbetering, maakt dit niet anders.

In het rapport 'Een ruimere jas binnen Natura 2000' pleiten de onderzoekers voor een benadering, waarin de effecten van een project op het ecosysteem meer voorop worden gesteld, waardoor er meer mogelijkheden ontstaan om effecten op de verschillende habitattypen en soorten die van dat ecosysteem deel uitmaken, met elkaar te verrekenen, welke benadering zij aan de hand van drie cases nader illustreren.

In het onderstaande lever ik commentaar op deze ecosysteembenadering. Daarbij bespreek ik eerst het gesignaleerde probleem dat aanleiding is geweest voor het onderzoek (paragraaf 2). Vervolgens ga ik in op de door de onderzoekers bepleite oplossing: de ecosysteembenadering (paragraaf 3) en de daarvoor aangevoerde juridische argumenten (paragraaf 4). Omdat de vergunbaarheid van een project ook afhangt van de mogelijkheid om instandhoudingsdoelen meer en minder flexibel toe te passen, ga ik in paragraaf 5 in op het door de onderzoekers gesignaleerde probleem dat de statische doelstellingen die in de aanwijzingsbesluiten zijn opgenomen, zich soms maar moeizaam verhouden tot het dynamische ecosysteem dat het waddengebied nu eenmaal is. Ten slotte maak ik in paragraaf 6 nog enkele opmerkingen over de drie in het rapport beschreven cases.

2. De ontbrekende mogelijkheid van verrekening van effecten

Het probleem dat de onderzoekers constateren, is kort gezegd dat vergunningverlening voor een project niet mogelijk is, als het project een mogelijk significant effect heeft op een van de habitattypes of soorten in een Natura 2000-gebied. Dat het project ook, en misschien wel veel belangrijkere positieve gevolgen heeft, mag in de beslissing geen rol spelen. Dit probleem

¹ Veltman Advocatenkantoor voor bestuursrecht, ruimtelijke ordening en milieu, email: info@veltmanadvocatenkantoor.nl



kan zich zowel voordoen bij projecten die zich richten op verbetering van de natuur als bij projecten die niet in de eerste plaats het natuurbelang dienen, maar die in een bepaalde uitvoeringsvariant in sommige opzichten ook bijdragen aan natuurverbetering.

De drie gevallen die de onderzoekers bespreken laten dit ook zien. Het voorgenomen herstel van de Stryperkwelder is eerst en vooral een project in het kader van het natuurherstel (hoewel hiermee o.a. ook het belang van kustverdediging meespeelt), maar gaat wel ten koste van het beschermde areaal van droogvallende zand- en slikplaten. De beide andere projecten, te weten buitendijkse kustversterking ter hoogte van de Prins Hendrikdijk op Texel en het toegankelijk houden van de jachthaven op Schiermonnikoog, dienen primair het belang van de kustverdediging respectievelijk dat van de recreatie. Ook deze projecten hebben echter tot gevolg dat waar zij afbreuk doen aan het ene beschermde habitattypen en de daarvan afhankelijke soorten, zij tegelijk bijdragen aan de omvang en kwaliteit van andere beschermde habitattypen en daarvan afhankelijke soorten. In de kern draait het dus telkens om de vraag in hoeverre binnen een Natura 2000-gebied beschermde soorten en habitattypen onderling uitgewisseld mogen worden.

Terecht signaleren de onderzoekers dat die mogelijkheid tot uitwisseling niet problematisch is, zolang de negatieve effecten van het project op bepaalde soorten of habitattypen niet significant zijn. In een dergelijke situatie kan het project zonder meer vergund worden. De positieve effecten op bepaalde soorten of habitattypen gaan dan immers niet ten koste van een significante achteruitgang van andere soorten of habitattypen. Hoewel deze constatering wel vanzelf spreekt, is zij niet zonder betekenis. Naarmate effecten minder snel als significant worden aangemerkt, zal het probleem van de vergunbaarheid van dergelijke projecten zich ook minder vaak voordoen. In dit verband is het van belang op te merken dat een standpunt dat de negatieve effecten in de drie beschreven gevallen niet significant zijn, zeker wel bepleitbaar is. Niettemin valt op goede, en misschien wel betere gronden aan te nemen dat significante effecten niet in alle gevallen uitgesloten zijn, dit mede in aanmerking genomen de in het rapport genoemde rechtspraak en de door het Steunpunt Natura 2000 uitgegeven 'Aanvulling leidraad significantie: doelformulering getijdenwateren'. Op dat moment, als dus inderdaad sprake is van mogelijk significant negatieve effecten, vormt de beschermende wetgeving of althans de uitleg die daaraan wordt gegeven, een obstakel voor de uitvoering van projecten die per saldo de natuur verbeteren.

3. De voorgestelde ecosysteembenadering: een noviteit in het licht van de gangbare uitleg van art. 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn

De oplossing van dit probleem zou gelegen kunnen zijn in wat de opstellers van het rapport noemen een ecosysteembenadering, dat wil zeggen een benadering waarbij in de passende beoordeling van een project niet alleen de negatieve, maar ook de positieve effecten worden beschreven. Een weging van deze effecten op basis van het voor het betrokken Natura 2000 gebied vastgestelde natuurbeleid (waarin ook een rangorde in de te beschermen natuurwaarden kan zijn neergelegd), kan er dan toe leiden dat voor het project toestemming wordt verleend, omdat het project per saldo het ecosysteem verbetert. De vaststelling in de



passende beoordeling dat het project een (mogelijk) significant negatief effect heeft op sommige soorten of habitattypes zou in deze benadering niet in de weg staan aan de vereiste toestemming, omdat andere soorten en habitattypes juist profiteren en dit laatste zwaarder moet wegen.

In dit verband gaan de onderzoekers ervan uit dat de passende beoordeling 'een beleidsvrije bevoegdheid' behelst. De opsteller van de passende beoordeling dient immers ingevolge art. 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn en art. 19f 'rekening te houden' met de instandhoudingsdoelstellingen. Deze woordkeuze impliceert dat de effectbeoordeling de ruimte biedt om de positieve en negatieve effecten van een project tegen elkaar af te wegen met als leidraad niet alleen de verschillende instandhoudingsdoelstellingen zelf, maar ook het – wat ik dan maar noem – algemene belang van het ecosysteem waarvan de verschillende te beschermen habitattypes en soorten deel uitmaken. Deze afweging zou bij voorkeur gestructureerd moeten worden in de vorm van beleidsregels. Over de precieze inhoud daarvan laten de onderzoekers zich verder niet uit. Duidelijk is dat deze regels de doelen op het niveau van het ecosysteem moeten formuleren in het licht waarvan de afweging moet gebeuren. In dat kader kan ook een rangorde worden aangebracht tussen de verschillende voor het gebied geldende instandhoudingsdoelstellingen. Toepassing van deze regels kan er dan toe leiden dat voor een project dat het algemeen belang van het ecosysteem dient, toestemming wordt gegeven ook al gaat dit ten koste van – en misschien zelfs significant nadelig is voor – een of meer habitattypes of soorten die van datzelfde ecosysteem deel uitmaken.

Het is duidelijk dat deze ecosysteembenadering in strijd is met de gangbare uitleg van art. 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn en de daarmee overeenstemmende bepalingen in de Natuurbeschermingswet 1998. Art. 10a van deze wet verplicht tot het formuleren van instandhoudingsdoelstellingen per soort en per habitatype en art. 19d bepaalt in vervolg hierop dat projecten die 'gelet op de instandhoudingsdoelstellingen de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen' een vergunning behoeven. Deze vergunning moet ingevolge art. 19g worden geweigerd (tenzij de ADC-toets aan de orde is) als uit de passende beoordeling blijkt dat niet valt uit te sluiten dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied zal aantasten.

Indien men ervan uitgaat dat de 'de natuurlijke kenmerken' waar art. 6, lid 3, en art. 19g over spreken, volledig samenvallen met de instandhoudingsdoelstellingen, lijkt er weinig ruimte voor zo'n ecosysteembenadering. Gaat men ervan uit dat het gebruik van de zinsnede 'aantasting van natuurlijke kenmerken' een bewuste keuze is geweest van richtlijnwetgever, en dat deze daarmee heeft willen aangeven dat bij de beslissing om al dan niet toestemming te verlenen, een ruimere afweging mogelijk is – en de toestemming dus niet alleen maar afhankelijk is gesteld van het ontbreken van significant negatieve effecten op instandhoudingsdoelen – dan is er tenminste enige ruimte voor een ecosysteembenadering.



Daarbij zij wel aangetekend dat natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelen op zijn minst een grote mate van overlap vertonen.

In de rechtspraak zijn vooralsnog geen uitspraken te vinden die de ecosysteembenadering ondersteunen. De literatuur biedt al evenmin steun voor de door de onderzoekers bepleite ecosysteembenadering. Zo schrijven Backes e.a. bijvoorbeeld:

“In de significantiebeoordeling gaat het om de totale effecten op de kwalificerende soorten. Door positieve ingrepen kan de significantie eventueel uitblijven. Hierbij kunnen negatieve effecten alleen weggestreep worden tegen positieve ingrepen op dezelfde kwalificerende soorten.”²

En even verderop schrijven zij:

“Het verrekenen van effecten op verschillende habitats of soorten is eveneens uitgesloten.”³

De onderzoekers erkennen dit en betitelen hun benadering daarom als een ‘noviteit’. Op welke peilers nu schragen zij hun nieuwe benadering?

4. Argumenten voor de ecosysteembenadering

4.1 Een teleologische uitleg van de Habitatrichtlijn

Allereerst wijzen de onderzoekers op de mogelijkheid om de relevante bepalingen uit de richtlijn teleologisch, dat wil zeggen in het licht van het doel dat met de richtlijnen is beoogd, uit te leggen. Uit de considerans van de Habitatrichtlijn leiden zij af dat deze richtlijn tot doel heeft het behouden en waar nodig verwezenlijken van goed functionerende ecosystemen. Zij leiden dit met name af uit de overwegingen 3 en 4, waarin het behoud van de biodiversiteit en de instandhouding van bedreigde habitats en soorten als doelen van de richtlijn worden genoemd.

Misschien nog wel meer dan in deze beide overwegingen valt voor een ecosysteembenadering steun te vinden in de beide eerste overwegingen van de considerans, waarin de richtlijnen wordt geplaatst in de context van de door de Europese Unie nagestreefde bescherming van het milieu, waaronder natuurbehoud en bescherming van de natuurlijke rijkdommen.

Niettemin, het valt niet te loochenen dat de doelen van de Habitatrichtlijn ook zijn geformuleerd op het niveau van de afzonderlijke soorten en habitats. Zo noemt de zesde overweging in de considerans als doel van het Natura 2000 netwerk ‘het herstel of de handhaving van de natuurlijke habitats en soorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding’. De artikelen 3 en 4 geven hieraan gestalte door te bepalen dat speciale beschermingszones moeten worden aangewezen voor de in bijlage 1 en 2 genoemde habitattypen en soorten, welke zones tezamen een netwerk moeten vormen dat tot doel heeft

² Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht, Den Haag 2009, blz. 110.

³ Ibidem, blz. 112.



de betrokken typen natuurlijke habitats en habitats van soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te behouden en waar nodig te herstellen. Van expliciete doelstellingen op ecosysteemniveau (waarbij ik dit begrip versta als het geheel van planten- en dierengemeenschappen in een gebied, hun onderlinge wisselwerking en hun leefomgeving) is geen sprake. Zo bezien ligt de bescherming van het ecosysteem als het ware mee op de bescherming van de afzonderlijke habitattypen en soorten die daarvan deel uitmaken.

Als we uitsluitend afgaan op de teksten van de Habitatrichtlijn kan de ecosysteembenadering dus maar in beperkte mate op een teleologische uitleg van de Habitatrichtlijn worden gebaseerd. Dit laat onverlet dat het geen twijfel kan lijden dat het bij de Habitatrichtlijn uiteindelijk te doen is om de bescherming van ecosystemen als zodanig. Daarbij past het om projecten toe te staan, die tot resultaat hebben dat een ecosysteem in zijn geheel robuuster en veerkrachtiger wordt. De habitattypen en soorten die van dit systeem deel uitmaken zullen daarvan door de bank genomen immers profiteren. Voor zover deze habitattypen en soorten bescherming genieten ingevolge de richtlijnen, is hiermee ook het richtlijndoel van een gunstige staat van instandhouding van de betrokken habitattypen en soorten gebaat. Dat een of enkele eveneens ingevolge de richtlijnen beschermde habitattypen en soorten daarvoor moeten 'inleveren', kan dan, mits deugdelijk gemotiveerd, een gerechtvaardigde keuze zijn.

4.2 De passende beoordeling als beleidsvrije bevoegdheid

Een tweede peiler voor de ecosysteembenadering zien de onderzoekers in art. 6, lid 1, eerste volzin. Doordat deze volzin alleen verplicht om bij het opstellen van de passende beoordeling 'rekening te houden' met de instandhoudingsdoelstellingen, zou er voldoende ruimte zijn om de positieve en negatieve effecten van een project tegen elkaar af te wegen, bezien vanuit het algemene belang van het ecosysteem. Of die ruimte zo groot is als de onderzoekers suggereren, valt nog te bezien, maar dat er op dit punt wel enige ruimte bestaat, valt af te leiden uit het de eisen die het Hof blijktens het kokkelvisserijarrest stelt aan de passende beoordeling:

“Een dergelijke beoordeling houdt dus in dat, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd. Zoals uit de artikelen 3 en 4, en met name uit artikel 4, lid 4, van de habitatrichtlijn blijkt, kunnen deze doelstellingen met name 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 gelet op de voor het gebied bestaande dreiging van achteruitgang en vernietiging.”

Naar mijn mening klinkt aan het slot van deze overweging iets van de ecosysteembenadering door. Uit de overweging kan men afleiden dat als een project positief uitpakt voor een gebied, bijvoorbeeld doordat het project de betekenis van het betrokken



gebied voor het Natura 2000 netwerk versterkt of de bestaande dreiging van achteruitgang keert, het geoorloofd kan zijn om in de passende beoordeling de negatieve effecten op bepaalde natuurwaarden te relativeren.

Of die relativering zo ver mag gaan dat significant negatieve effecten om die reden aanvaardbaar zijn, hangt af van de uitleg die men geeft aan art. 6, lid 3, tweede volzin. Daarin is zoals hiervoor ook al aan de orde kwam (blz. 3), bepaald dat de Lidstaten geen toestemming mogen geven voor projecten die de natuurlijke kenmerken aantasten. Indien we ervan uitgaan dat het begrip 'natuurlijke kenmerken' meer omvat dan alleen maar een opsomming van de voor de afzonderlijke habitattypen en soorten geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen, dan biedt dat (enige) ruimte voor een benadering waarin men, gedacht vanuit meer algemene kenmerken van het ecosysteem – zoals bijvoorbeeld het kenmerk 'natuurlijke dynamiek' – een nadere afweging kan maken. Gaat men er daarentegen vanuit dat natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelstellingen volledig samenvallen, dan is die ruimte er niet.

4.3 De brede benadering van compensatie

Aanknopingspunten voor het toestaan van de ecosystemebenadering zien de onderzoekers ook in de wijze waarop compensatie is geregeld. Zij wijzen er daarbij op dat art. 6, lid 4, van de Habitatrictlijn ertoe verplicht om, als een significant schadelijk project toegestaan moet worden, 'alle nodige compenserende maatregelen (te nemen) om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft'. In deze passage staat het ecosysteem, althans de functie van het gebied binnen het netwerk, voorop en moet compensatie daarop gericht zijn. Het is dan niet steeds nodig om de compensatie te richten op het habitatype dat of de soort die het negatieve effect ondervindt.

Dit is een interessant punt, omdat als dit juist is, en dus compensatie van schade aan een bepaald habitatype onder omstandigheden mag worden gecompenseerd door een ander habitatype uit te breiden of te verbeteren, niet goed valt in te zien waarom dit ook niet zou mogen in het kader van de daaraan voorafgaande effectbeoordeling. Of men nu bij de effectbeoordeling een positief effect op het ene habitatype verrekent met een negatief effect op een ander habitatype, of pas bij de compensatie, is lood om oud ijzer.

Of bij het treffen van compenserende maatregelen een dergelijke verrekening mag, en zo ja, waar dan de grenzen liggen, is niet duidelijk. Aan de wetsgeschiedenis van de Natuurbeschermingswet 1998 vallen wel argumenten te ontleen (de onderzoekers noemen die ook) die daarvoor pleiten, maar de betekenis van deze wetsgeschiedenis verdient wel enige relativering. Het desbetreffende artikel dateert uit een periode dat er nog slechts ervaring was opgedaan met compensatie in het kader van de EHS en er mogelijk wat gemakkelijker werd gedacht over de betekenis van de richtlijnen. Het kokkelvisserij-arrest verscheen pas enkele jaren later. Bovendien is een dergelijke 'brede' benadering van compensatie zoals de onderzoekers ook opmerken, in strijd met de overigens wel heel precieze benadering van de Europese Commissie, een benadering waarvan men zich kan



afvragen of die niet meer leest in art. 6, lid 4, dan er staat. Voor een wat bredere benadering lijkt bovendien wel enige steun te vinden in de jammer genoeg nog altijd zeerschaarse rechtspraak over dit onderwerp.⁴

Interessant is in dit verband ook de beschrijving door de onderzoekers van de Duitse benadering van compensatie, waarin een uitruil van habitattypes mogelijk is en in de praktijk voorkomt. Dit maakt nieuwsgierig naar voorbeelden hiervan.

4.4 Het soortenbeschermingsrecht

De onderzoekers wijzen ook op het arrest van het Hof van 14 juni 2007 inzake de Finse wolvenjacht. Het Hof heeft in dit arrest uitgemaakt dat die jacht toelaatbaar kan zijn, ook als de betrokken soort in een ongunstige staat van instandhouding verkeert. Voorwaarde is dan wel dat duidelijk moet zijn dat de jacht niet leidt tot een verslechtering van de staat van instandhouding dan wel niet kan voorkomen dat de betrokken soort in een gunstige staat van instandhouding kan worden hersteld. De aanwezigheid van bijvoorbeeld een soortenbeschermingsplan kan aannemelijk maken dat aan deze voorwaarde is voldaan.

Deze benadering van het Hof lijkt inderdaad de mogelijkheid te openen om ook projecten toe te staan die op sommige habitattypen of soorten weliswaar een negatief effect hebben, maar per saldo toch goed uitpakken voor het betrokken gebied. Duidelijk moet dan wel zijn dat de geschade habitattypen en soorten desalniettemin (uiteindelijk) in een gunstige staat van instandhouding zullen worden hersteld. Of het in een dergelijke situatie denkbaar is om in afwijking van de gangbare uitleg van art. 6, lid 3, toestemming te geven voor een significant negatief effect, lijkt zeker niet uitgesloten. Duidelijk is echter wel dat er dan overtuigende waarborgen moeten zijn dat de vereiste gunstige staat van instandhouding op termijn wel bereikt wordt. Juist dan zou wel eens van belang kunnen zijn dat het toestemmingsvereiste in art. 6, lid 3, niet met zoveel woorden is gekoppeld aan de aantasting van instandhoudingsdoelen, maar aan de aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied. Dat biedt de mogelijkheid om bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van aantasting van de natuurlijke kenmerken, niet alleen de respectievelijke instandhoudingsdoelen na te lopen, maar ook de vraag centraal te stellen of het ecosysteem als zodanig per saldo gediend is met het project.

5. Statische doelen in een dynamisch ecosysteem

Hoe wenselijk de ecosysteembenadering ook mag zijn, duidelijk is – en de onderzoekers verhalen dat ook niet – dat nog maar moet worden afgewacht of de rechter bereid zal zijn de op zichzelf genomen zeer valide juridische argumenten voor deze benadering te honoreren.

⁴ Afdeling Bestuursrechtspraak 16 juli 2003, AB 2003, nr. 336 m.nt. Backes, r.o. 2.21 e.v., waarin de Afdeling haar goedkeuring hechtte aan compensatie van verloren gegaan buitendijkse natuur door middel van o.a. de aanleg van binnendijkse natuur.



Toch lijkt het mogelijk om binnen de huidige context meer ruimte te creëren voor een benadering waarin het ecosysteem meer voorop kan worden gesteld bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van projecten. Het probleem schuilt namelijk niet zozeer in het uiteenrafelen van een ecosysteem in habitattypes en soorten zoals dat in de aanwijzingsbesluiten gebeurt, maar eerder in het statische karakter van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen. Waar behoud in de huidige omvang als doel wordt geformuleerd, zal men een afname in oppervlakte of populatieomvang immers al snel als significant aanmerken. Dat dit een reëel probleem is, juist in een ecosysteem als het waddengebied dat zich kenmerkt door een grote mate van natuurlijke dynamiek, laten de onderzoekers ook goed zien in het rapport.

Een mogelijke oplossing voor dit probleem is om aan de vastgestelde doelstellingen een uitleg te geven die past bij het dynamische ecosysteem waarin deze doelstellingen worden nagestreefd. Daarbij geldt dat naarmate de natuurlijke dynamiek in een ecosysteem groter is, de doelstellingen ook meer flexibiliteit moeten vertonen. Zou dit anders zijn dan zou een lidstaat bijvoorbeeld al relatief snel beheermaatregelen moeten inzetten om te voorkomen dat een habitatype door natuurlijke ontwikkelingen (verder) afneemt ten gunste van een ander habitatype. Dat zou ongelukkig zijn en zelfs averechts kunnen uitpakken in gebieden die zich, zoals het waddengebied, kenmerken door een grote mate van natuurlijke dynamiek.

De instandhoudingsdoelstellingen moeten voor die natuurlijke dynamiek de ruimte bieden. Waar het uiteindelijk om gaat is dat gewaarborgd is dat de habitattypen en soorten waarvoor het gebied is aangewezen, in een gunstige staat van instandhouding verkeren (als regel op gebiedsniveau, maar in elk geval op landelijk niveau). Zolang aan die eis wordt voldaan, is er geen reden om al te snel te oordelen dat een uitruil tussen habitattypes en daarvan afhankelijke soorten niet toelaatbaar is. Zo beschouwd gaat het bij een behoudsdoelstelling niet om behoud in een bepaalde gefixeerde omvang, maar om behoud in een omvang zoals die past binnen het van nature dynamische ecosysteem. Fluctuaties zijn dan mogelijk zolang het betrokken habitatype of de soort (uiteindelijk) maar in een gunstige staat van instandhouding verkeert of weer komt te verkeren. Het zal duidelijk zijn dat bij een dergelijke meer flexibele toepassing van de doelen er ook minder snel reden is om aan te nemen dat sprake is van een significant effect.

Uiteraard vergt deze benadering een goede onderbouwing, gebaseerd op kennis van het ecosysteem en de plaats van de verschillende habitattypes en soorten daarin. Op basis daarvan kan men dan de mate van flexibiliteit vaststellen die gelet op de eigen dynamiek van het ecosysteem past bij de verschillende instandhoudingsdoelen en mogelijk ook een rangorde aanbrengen die de leidraad vormt als men tussen doelstellingen keuzes moet maken. Een en ander kan dan uitmonden in de beleidsregels waarmee de onderzoekers de ecosysteembenadering willen structureren.



6. De drie cases

Bezien we nu in het licht van het voorgaande de drie beschreven cases, dan valt daarover nog het volgende te zeggen.

De Prins Hendrikdijk op Texel

Het kustverdedigingsproject op Texel past heel goed in het natuurbeleid zoals dat is vastgelegd in de PKB Waddenzee en het programma 'Naar een rijke Waddenzee'. Indien voor dit project geen vergunning zou kunnen worden verleend, omdat er een significant negatief effect is op habitatype H1140A en de ADC-toets uitwijst dat er een geschikt alternatief is (namelijk dijkverzwaring), dan zou de ecosysteembenadering hier soelaas kunnen bieden. De vergunning zou dan kunnen worden verleend, omdat per saldo het project goed uitpakt op het ecosysteem. Het bevoegd gezag zal dan wel moeten motiveren waarom alles afwegende geen sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken. Die benodigde motivering is feitelijk al voorhanden in de vorm van de PKB Waddenzee en het programma 'Naar een rijke Waddenzee'. In feite kunnen deze beide stukken worden gezien als de beleidsregels die de ecosysteembenadering en de in dat kader te maken afweging voor de vergunningverlening structureren.

Hierbij past de kanttekening dat op dit moment een directe koppeling ontbreekt tussen deze beleidsstukken en de vergunningverlening. Onder de oude Natuurbeschermingswet had de PKB Waddenzee uitdrukkelijk als functie om de (toen nog vrije) belangenafweging in het kader van de vergunningverlening te structureren. Die koppeling is onder de nieuwe wet losgelaten. Ook de aanwijzingsbesluiten voor het waddengebied zijn niet of nauwelijks afgestemd op het natuurbeleid ten aanzien van het waddengebied. Dat is jammer, omdat de besluitvorming over projecten nu alleen wordt bepaald door de criteria van de Natuurbeschermingswet, de (toelichting op de) instandhoudingsdoelen en (te zijner tijd) het beheerplan. Voor een goede doorwerking van het natuurbeleid hierin, verdient het aanbeveling om alsnog te voorzien in een dergelijke afstemming.

Een andere opmerking betreft de definitie van het project als een kustverdedigingsproject. Op goede gronden kan men de stelling verdedigen dat het hier gaat om een natuurproject in die zin dat – zonder dat dit afbreuk doet aan het fundamentele belang van kustverdediging – een dijk wordt omgevormd tot een natuurlijke zoet-zout overgang. Een dergelijke overgang vormt een kwaliteitsverbetering van de habitatypes H110 en H1140A. In dat geval gaat het dus om een project dat direct verband houdt met het beheer van het gebied en is de habitattoets op grond van art. 6, lid 3, eerste volzin, niet aan de orde.

Verder merk ik op dat gereede twijfel mogelijk is over de significantie van de effecten. Men zou kunnen beredeneren dat het verlies aan oppervlakte van habitatype H1140A mag worden gesaldeerd met de verbetering die de geleidelijke zoet-zout overgang betekent voor de kwaliteit van ditzelfde habitatype. Verrekening van positieve en negatieve effecten op één en hetzelfde habitatype is immers toelaatbaar.



In een ecosysteembenadering waarin de ruimte voor een afweging van positieve en negatieve effecten wordt gezocht in een flexibeler uitleg van de behoudsdoelstellingen (een uitleg waarin zoals hiervoor onder 4 beschreven de dynamiek van het ecosysteem een plaats krijgt) lijkt het zeker mogelijk om te concluderen dat de effecten van de ingreep niet significant zijn.

De Stryperkwelder bij Terschelling

In de beschouwing van de onderzoekers over de vergunbaarheid van het kwelderherstelproject bij Terschelling kan ik me vinden. Dit project kan inderdaad ook worden gepresenteerd als een herstelmaatregel dan wel als een natuurproject waarvoor de habitattoets niet hoeft te worden doorlopen. Zou het toch nodig zijn om voor dit project een vergunning aan te vragen, dan zou men kunnen bepleiten dat sprake is van kwaliteitsverbetering, waartegen de significant negatieve effecten op de oppervlakte mogen worden weggestreept. Het is dan ook de vraag of de ecosysteembenadering hier toepassing moet vinden. Ook binnen de huidige praktijk van de vergunningverlening lijkt dit project wel vergund te kunnen worden. Zou dit toch niet zo zijn, bijvoorbeeld omdat het negatieve effect op H1140 niet verrekend mag worden met het positieve effect in de zin van kwaliteitsverbetering, dan zou vergunningverlening met behulp van de ecosysteembenadering mogelijk zijn, mits deugdelijk valt te motiveren dat de verbeteringen in het ecosysteem dermate belangrijk zijn dat in vergelijking daarmee het significant negatieve effect op H1140 onvoldoende gewicht in de schaal legt.

De jachthaven van Schiermonnikoog

Voor dit project is eerder al een vergunning aangevraagd en afgewezen. Het bevoegd gezag heeft deze aanvraag afgewezen, omdat het betwijfelde of het beoogde kwelderherstel (waarvoor het havenslib zou worden gebruikt) daadwerkelijk zou optreden. Bovendien veronderstelde het bevoegd gezag dat de afname van de oppervlakte van het habitatype H1140 (ten gunste van de kwelderontwikkeling) een significant effect zou zijn wegens de voor dit habitatype geldende behoudsdoelstelling. Hoewel het mij niet bekend is met hoeveel hectare dit habitatype zou afnemen, lijkt deze afwijzingsgrond een illustratie van het in het rapport gesignaleerde probleem dat statische doelen zich maar moeilijk verdragen met een dynamisch ecosysteem. Mogelijk zou een dergelijke afwijzingsgrond hier niet aan de orde zijn, als de behoudsdoelstellingen met een flexibiliteit zouden worden uitgelegd die past bij de dynamiek van het waddengebied.

Net als bij het Texelse kustverdedigingsproject rijst ook hier de vraag naar de projectdefinitie. Men zou er voor kunnen kiezen om dit project als een natuurproject te presenteren, waarbij het gegeven dat het te gebruiken slib uit de jachthaven afkomstig is, niet meer is dan een plezierige bijkomstigheid is. Plezierig in die zin dat de vervoerskosten daardoor beperkt blijven gelet op de korte afstand tot het projectgebied en bovendien (naar ik aanneem) deels worden gedragen door de havenexploitant. Mogelijk is voor het project dan geen vergunning nodig.



Is toch een vergunning vereist, en vallen significante effecten inderdaad niet uit te sluiten (zoals het bevoegd gezag eerder al veronderstelde), dan kan ook hier de ecosysteembenadering op de hierboven beschreven wijze uitkomst bieden.
