

Vergaderjaar 2016–2017

32 670

Voortgang Natura 2000

Nr. 112

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 november 2016

De vaste commissie voor Economische Zaken verzocht mij bij brief van 13 oktober jl. om een reactie te geven op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie over uitbreiding van de Antwerpse haven (HvJ EU 21 juli 2016, gevoegde zaken C-387/15 (Orleans e.a.) en C-388/15 (Malcorps e.a.)). Deze reactie treft u onderstaand aan.

Context en strekking arrest Orleans e.a.

Het arrest van 21 juli jl. (hierna: arrest Orleans e.a.) heeft betrekking op een vergelijkbare kwestie als aan de orde was in het arrest Briels e.a. (C-521/12), dat het Hof op 15 mei 2014 heeft gewezen.¹ Het gaat in beide gevallen om een ruimtelijke ingreep waardoor – blijkens de bij de rechter voorliggende feiten – in een Natura 2000-gebied een of meer beschermde habitats worden aangetast. In beide gevallen is door het bevoegd gezag toch besloten de ingreep mogelijk te maken, onder verwijzing naar het feit dat de betrokken habitats elders opnieuw worden ontwikkeld, met ten minste dezelfde omvang en kwaliteit als op de locatie waar de aantasting plaatsvindt.

De ruimtelijke ingreep waarop het arrest Orleans e.a. betrekking heeft, betreft de uitbreiding van de Antwerpse haven op de linker Scheldeoever. Deze uitbreiding is neergelegd in het door de Vlaamse regering vastgestelde Gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan «Afbakening zeehavengebied Antwerpen, havenontwikkeling linkeroever». Realisatie van het plan leidt tot verlies van terreinen met bepaalde habitattypen in het Natura 2000-gebied «Schelde- en Durne-estuarium van de Nederlandse grens tot Gent». Met name 20 hectare aan bestaande schorren en slikken gaat verloren. Het betreft habitattypen waarvoor op grond van de Habitatrichtlijn instandhoudingsdoelstellingen gelden.

¹ Op het arrest Briels e.a. is ingegaan in Kamerstuk 33 669, C, blz. 9 en 10.

Het gaat hier – zo oordeelt het Hof – om een plan waarop de procedure en het afwegingskader van artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn van toepassing zijn.

Artikel 6, derde lid, eist dat voor plannen en projecten die significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied eerst een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied wordt gemaakt. Vervolgens moet het bevoegd gezag op basis van de passende beoordeling beslissen of voor het plan of project toestemming kan worden gegeven. Toestemming kan alleen worden gegeven, als het bevoegd gezag – gelet op de conclusies uit de passende beoordeling – zekerheid heeft verkregen dat realisatie van het plan of project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.

Is die zekerheid niet verkregen, dan kan toestemming alleen worden gegeven ingeval is voldaan aan elk van de voorwaarden van artikel 6, vierde lid: 1) er zijn geen reële alternatieven voor het plan of project, 2) er is sprake van een dwingende reden van groot openbaar belang waarom het plan of project toch moet worden gerealiseerd en 3) er worden compenserende maatregelen voor de aangetaste natuurwaarden getroffen die waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.

Het Hof herhaalt in het arrest Orleans e.a. ten aanzien van de vraag of op grond van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn een passende beoordeling is vereist zijn vaste jurisprudentie. Volgens het Hof moet in het bijzonder een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied en dat de instandhoudingsdoelen van het gebied in gevaar dreigt te brengen, worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen voor het gebied kan hebben (waarvoor dus een passende beoordeling moet worden gemaakt). Dit moet volgens het Hof met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en -omstandigheden in het gebied.

Voor het antwoord op de vraag wanneer op basis van de passende beoordeling kan worden geconcludeerd dat door het plan of project de natuurlijke kenmerken van een gebied niet worden aangetast en overeenkomstig artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn toestemming voor dat plan of project kan worden gegeven, verwijst het Hof in het arrest Orleans e.a. eveneens naar zijn eerdere jurisprudentie. Volgens deze jurisprudentie vormt een ingreep geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied, indien sprake is van een duurzaam behoud van de bepalende kenmerken van het betrokken gebied die verband houden met de aanwezigheid van een type natuurlijke habitat² waarvan het doel van instandhouding rechtvaardigde dat dit gebied in de lijst van gebieden van communautair belang in de zin van artikel 4 van de richtlijn werd opgenomen.³

Meer specifiek herhaalt het Hof wat het eerder oordeelde in het arrest Briels e.a., namelijk dat bij de beoordeling van de significantie van de mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied geen maatregelen in aanmerking kunnen worden genomen die erin voorzien dat er een areaal van een natuurlijk type habitat wordt ontwikkeld, waarvan de ontwikkeling zal worden voltooid na

² De betreffende jurisprudentie had steeds betrekking op typen natuurlijke habitats. Artikel 6 van de Habitatrichtlijn heeft echter ook betrekking op leefgebieden van soorten. Er mag van worden uitgegaan dat de door het Hof geformuleerde regel ook daarvoor geldt.

³ Zie over deze jurisprudentie in relatie tot de voor Natura 2000-gebieden in de aanwijzingsbesluiten geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen ook mijn brief aan de Tweede Kamer d.d. 18 december 2015 (Kamerstuk 32 670, nr. 105).

deze beoordeling. Dergelijke maatregelen kunnen in voorkomend geval slechts als compenserende maatregelen bij de toepassing van de uitzondering van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn worden aangemerkt, wanneer is voldaan aan elk van de in dat artikellid gestelde voorwaarden. Aan dit oordeel doet volgens het Hof niet af dat in het geval van de uitbreiding van de Antwerpse haven in het plan was opgenomen dat de betrokken beschermingsmaatregelen – de ontwikkeling van nieuw habitat – moeten zijn uitgevoerd voordat de aantasting plaatsvindt.⁴

Het Hof wijst in dit verband op zijn eerdere jurisprudentie waarin het oordeelde dat de passende beoordeling geen leemten mag vertonen en volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken gebied kunnen wegnemen. De passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project voor het betrokken gebied houdt volgens het Hof in dat, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het betrokken plan of project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd. Het Hof wijst er verder op dat de eventuele positieve gevolgen van het later ontwikkelen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van hetzelfde type habitat in het Natura 2000-gebied dient te worden gecompenseerd, in de regel onzeker zijn, en dat de gevolgen hoe dan ook slechts binnen enkele jaren zichtbaar zullen worden. Ook verwijst het Hof naar het voorzorgsbeginsel dat in artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn ligt besloten; dat beginsel vereist een streng toestemmingscriterium.

Het Hof ziet – zoals uit het voorgaande al blijkt – de maatregelen die voorzien in de ontwikkeling van nieuwe habitats elders nadrukkelijk niet als «mitigerende maatregelen», te weten direct aan het plan of project verbonden maatregelen die de negatieve effecten van het plan of project moeten voorkomen of verminderen. Het Hof herhaalt in dit verband wat het in de zaak *Briels e.a.* al aangaf, namelijk dat de nuttige werking van de in artikel 6 van de Habitatrictlijn genoemde beschermingsmaatregelen erin bestaat te voorkomen dat de bevoegde nationale instantie via zogenoemde mitigerende maatregelen, die in werkelijkheid compenserende maatregelen zijn, de in dit artikel vastgelegde specifieke procedures omzeilt en krachtens het derde lid van dat artikel projecten toestaat die de natuurlijke kenmerken aantasten.

Het Hof sluit het rekening houden met mitigerende maatregelen – anders dan de thans getroffen natuurontwikkelingsmaatregelen – overigens niet uit. Het Hof wijst erop dat artikel 6 zelf alleen spreekt over instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en compenserende maatregelen, maar geeft in punt 54 van zijn arrest aan dat bij de invulling van de passende beoordeling overeenkomstig artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn het voorzorgsbeginsel van de bevoegde nationale instantie verlangt dat zij de gevolgen van een project voor een Natura 2000-gebied beoordeelt in het perspectief van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, «rekening houdend met de in dit project vastgestelde beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit dit project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen», teneinde ervoor te zorgen dat het project de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet aantast. De beschermingsmaatregelen waarmee volgens het Hof rekening moet worden gehouden,

⁴ In het plan was zelfs voorzien in een aparte, latere toetsing aan deze voorwaarde door het bevoegd gezag.

bedoeld in de geciteerde zinsnede, zijn maatregelen die in de uitvoeringspraktijk veelal worden gevat onder het begrip «mitigerende maatregelen».

Tot slot geeft het Hof een samenvatting van zijn eerdere jurisprudentie over de strikte eisen die gelden voor de toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 6, vierde lid.

Betekenis arrest

Ten opzichte van de eerdere jurisprudentie van het Hof biedt het arrest Orleans e.a. geen wezenlijke nieuwe inzichten.

Uit het arrest blijkt – evenals uit het eerdere arrest Briels e.a. – dat bij de beoordeling door het bevoegd gezag van de gevolgen van een plan of project voor een Natura 2000-gebied in het kader van artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn uitsluitend rekening mag⁵ worden gehouden met de in een plan of project vastgestelde beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen op de locatie van de natuurlijke habitat of het leefgebied van een soort dat schadelijke gevolgen ondervindt. Zoals in het voorgaande is aangegeven, worden in de uitvoeringspraktijk dergelijke maatregelen veelal gevat onder het begrip «mitigerende maatregelen».

Als de in het plan of project vastgestelde maatregelen niet voorkomen dat op een bepaalde locatie een in het licht van de instandhoudingsdoelen relevante aantasting van een habitatype of leefgebied plaatsvindt en de maatregelen evenmin leiden tot een beperking van die aantasting, maar uitsluitend strekken tot verbetering, vergroting of ontwikkeling van dat type habitat of dat leefgebied op een andere locatie, dan kunnen deze maatregelen niet bij de beoordeling worden betrokken. Dergelijke maatregelen kunnen dus ook niet ten grondslag worden gelegd aan de conclusie dat de natuurlijke kenmerken door het plan of project met zekerheid niet worden aangetast en dat toestemming voor het plan of project kan worden gegeven. Zij kunnen hooguit een rol spelen in de specifieke procedure van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn, die toestemmingverlening toch mogelijk maakt ingeval sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang, reële alternatieven ontbreken en adequate natuurcompensatiemaatregelen worden getroffen. Het arrest lijkt overigens in ieder geval wél ruimte te laten voor een benadering waarbij reeds vóór het moment van het geven van toestemming voor een plan of project een zodanige versterking en uitbreiding van de natuur is gerealiseerd, dat de latere ingreep met zekerheid de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet in gevaar brengt.

In vergelijking met het arrest Briels e.a. biedt het arrest Orleans e.a. wel een verduidelijking, namelijk dat de in het arrest Briels e.a. geformuleerde lijn ook geldt voor een situatie waarin in een plan nadrukkelijk is bepaald dat het project pas mag worden gerealiseerd nadat de natuur ontwikkeld is en in het plan zelfs is voorzien in een aparte, latere toetsing daarop door het bevoegd gezag. Gezien de basisredenering van het Hof is dat niet onlogisch: de aantasting van de natuurlijke kenmerken – het door uitbreiding van de haven verdwijnen van een (groot) bestaand areaal van een natuurlijke habitat dat in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied van belang is – wordt immers niet voorkomen of verminderd, maar is een feit. Maatregelen kunnen dan logischerwijze

⁵ Uit de formulering van punt 28 van het arrest Briels e.a. en punt 54 van het arrest Orleans volgt dat met de positieve effecten van de betrokken mitigerende maatregelen zelfs rekening moet worden gehouden.

hooguit nog elders compensatie bieden; dat verandert niet door introductie van een extra toetsingsmoment.

De door het Hof in het arrest Briels e.a. geformuleerde lijn, welke is bevestigd en verder verduidelijkt in het arrest Orleans e.a., heeft al onmiddellijk zijn doorwerking gekregen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁶ Dat geldt voor situaties waarin een onmiddellijke fysieke aantasting van een habitatype of leefgebied op een bepaalde locatie plaatsvindt, zoals aan de orde was in voornoemde arresten. Maar dat geldt ook voor situaties waarin op gebiedsniveau een toename van stikstofdepositie op een type natuurlijke habitat op de ene locatie wordt verrekend met een vermindering van de stikstofdepositie op hetzelfde type natuurlijke habitat dat is gelegen op een andere locatie in het gebied. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak geeft een verrekening van de toe- en afnames van stikstofdeposities over de totale oppervlakte van een habitatype in het Natura 2000-gebied onvoldoende inzichten om een oordeel over het duurzaam behoud van dat habitatype in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen geven. De resultaten van een dergelijke verrekening kunnen volgens de Afdeling dan ook niet ten grondslag worden gelegd aan de beoordeling van de effecten van een project.⁷ Het spreekt voor zich dat deze jurisprudentie ook doorwerkt in de praktijk van toetsing van plannen en vergunningverlening. Tegen deze achtergrond verwacht ik dan ook niet dat het arrest Orleans e.a. in Nederland voor de rechts- en uitvoeringspraktijk wezenlijke veranderingen met zich zal brengen.

Meer specifiek ten aanzien van de programmatische aanpak stikstof beperk ik mij tot enkele algemene constatering, gelet op het feit dat enkele beroepszaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak voorliggen waarin principiële rechtsvragen door belanghebbenden met betrekking tot deze aanpak zijn opgeworpen.

Zoals mijn ambtsvoorganger aangaf in de memorie van antwoord naar aanleiding van vragen van de Eerste Kamer over het wetsvoorstel programmatische aanpak stikstof, heeft het arrest Briels e.a. geen aanleiding gegeven voor een wijziging van de systematiek en opzet van de programmatische aanpak stikstof.⁸ Ook het arrest Orleans e.a. geeft, zoals moge blijken uit het voorgaande, daartoe geen aanleiding. Het voor de periode juli 2015 – juli 2021 vastgestelde programma aanpak stikstof leidt nergens tot een situatie van een onmiddellijke fysieke aantasting van een type natuurlijke habitat, die wordt gecompenseerd door ontwikkeling van nieuwe habitats elders in het gebied. Van verrekening tussen locaties van stikstofdeposities is evenmin sprake. Het programma stelt zeker dat op geen van de onderscheiden locaties van de voor stikstof gevoelige habitats in de in dat programma opgenomen Natura 2000-gebieden een toename van de stikstofdepositie plaatsvindt, ook niet bij toedeling van de op grond van het programma beschikbare depositie- en ontwikkelingsruimte aan nieuwe projecten die stikstofdepositie veroorzaken; per saldo leiden de in het programma aanpak stikstof voorziene maatregelen voor alle gebieden en habitats tot een afname van de stikstofdepositie. Toename van stikstofdepositie wordt alleen bij uitzondering toegelaten, voor zover daarvoor met toepassing van artikel 6,

⁶ Zie o.m. de uitspraken d.d. 24 december 2014 (201202327/1/R2), 24 december 2014 (201300125/1/R2), 24 december 2014 (201309655/1/R2), 11 februari 2015 (201401736/1/R6), 11 februari 2015 (201401736/1/R6), 11 maart 2015 (201207642/1/R1), 15 juli 2015 (201407102/1/R2, 201407123/1/R2 en 201407273/1/R2), 14 oktober 2015 (201406957/1/R2) en 27 januari 2016 (201406537/1/R2 en 201406589/1/R2).

⁷ Zie bijvoorbeeld ro 9.9 van de uitspraak van 24 december 2014 (201309655/1/R2), ro 34.6 van de uitspraak van 11 maart 2015 (201207642/1/R1) en ro 7.3 van de uitspraak van 15 juli 2015 (201407102/1/R2, 201407123/1/R2 en 201407273/1/R2).

⁸ Zie voetnoot 1.

vierde lid, van de Habitatrichtlijn compensatie heeft plaatsgevonden (Maasvlakte 2).

Uit de voor de onderscheiden Natura 2000-gebieden opgestelde gebiedsanalyses, die onderdeel uitmaken van de passende beoordeling die ten grondslag ligt aan het programma aanpak stikstof, blijkt dat voor elk gebied aantasting van de natuurlijke kenmerken met zekerheid kan worden uitgesloten. In de passende beoordeling is speciaal aandacht besteed aan de mogelijkheid van een eventuele tijdelijke toename van de stikstofdepositie gedurende de eerste helft van het tijdvak van het programma, als de uitgifte van ontwikkelingsruimte en het gebruik daarvan sneller zou verlopen dan de daling van de stikstofdepositie. Daarbij is onderbouwd dat deze toename altijd tijdelijk van aard is en nog gedurende de programmaperiode op dezelfde locatie zal worden gevolgd door een afname die verzekert dat per saldo de stikstofdepositie afneemt, en dat aantasting van de natuurlijke kenmerken ook in deze situatie is uit te sluiten. Aan artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn is derhalve voldaan.⁹

De Staatssecretaris van Economische Zaken,
M.H.P. van Dam

⁹ Uit de gebiedsanalyses blijkt overigens dat het samenstel van maatregelen van het programma in elk van de betrokken Natura 2000-gebieden ook verslechtering van de kwaliteit van de habitats in de zin van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn uitsluit en bijdraagt aan de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen van de gebieden, overeenkomstig artikel 6, eerste lid, van de Habitatrichtlijn.