

TBR 2015/37

# Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: *alea iacta est?*

– Mr. R.H.W. Frins LL.M.<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In het aprilnummer van jaargang 2014 van dit tijdschrift ben ik ingegaan op de Conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston naar aanleiding van een tweetal prejudiciële vragen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) had voorgelegd.<sup>2</sup> Deze vragen waren gerezen in het kader van het beroep tegen het tracébesluit A2 's Hertogenbosch-Eindhoven (hierna: het tracébesluit A2). Ingevolge de voor het betreffende tracébesluit opgestelde passende beoordeling, konden significante gevolgen voor het Natura 2000-gebied 'Vlijmens Ven, Moerputten & Bossche Broek', meer specifiek voor het habitattypen blauwgraslanden (H6410), niet worden uitgesloten. De Minister van Infrastructuur & Milieu (hierna: de minister) stelde zich echter op het standpunt dat deze gevolgen zouden kunnen worden gemitigeerd, doordat elders in voornoemd Natura 2000-gebied een uitbreiding van het areaal blauwgraslanden zou worden gerealiseerd. De hamvraag was dan ook of deze uitbreiding als een mitigerende maatregel kan worden aangemerkt, of dat veeleer sprake is van een compenserende maatregel.

Niet lang na het verschijnen van voornoemd Conclusie, op 15 mei 2014, wees het Hof het betreffende arrest (hierna: het *Briels*-arrest).<sup>3</sup> Sindsdien heeft de Afdeling bepaald niet stil gezeten. Zo maakte zij op 10 december 2014 de einduitspraak

met betrekking tot voornoemd beroep over het tracébesluit A2 openbaar. Deze uitspraak heeft naar alle waarschijnlijkheid bij menig projectontwikkelaar tot feeststemming geleid. Deze feeststemming zal echter van korte duur zijn geweest, aangezien de Afdeling uitgerekend op kerstavond een drietal uitspraken wees, waaruit een strikte opvatting met betrekking tot het onderscheid tussen mitigatie en compensatie blijkt. Deze uitspraken, alsmede een uitspraak van 11 februari 2015, vormen de aanleiding voor deze bijdrage. Alvorens ik deze uitspraken en de gevolgen hiervan voor mitigatie, compensatie en externe saldering bespreek (paragraaf 3), ga ik in op de kern van het *Briels*-arrest (paragraaf 2). In paragraaf 4 behandel ik de vraag of de Afdeling het juiste criterium met betrekking tot het onderscheid tussen mitigatie en compensatie hanteert. De einduitspraak over het tracébesluit A2 stel ik vervolgens in paragraaf 5 aan de orde, waarna ik in paragraaf 6 afsluit met een conclusie.

## 2. Het *Briels*-arrest

Zoals te doen gebruikelijk in het geval het Hof paal en perk stelt aan een in Nederland veelvuldig en graag toegepaste praktijk, is over het *Briels*-arrest al veel gezegd en geschreven.<sup>4</sup> Om niet te veel in herhaling te vallen, beperk ik mij tot het bespreken van de kern van het arrest. Het Hof overweegt dat in het kader van een passende beoordeling ex artikel 6, lid 3 Habitatrichtlijn rekening mag worden gehouden met de in een project opgenomen maatregelen, waarmee wordt beoogd de eventuele

<sup>1</sup> Ralph Frins bereidt, als promovendus bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen, een proefschrift voor over 'mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht'.

<sup>2</sup> R.H.W. Frins, 'Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: een strohalm? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston met betrekking tot de prejudiciële vragen van de ABRvS', *TBR* 2014/54.

<sup>3</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, *AB* 2014/189, m.nt. Frins, *BR* 2014/94, m.nt. Woldendorp, *MenR* 2014/112, m.nt. Kaajan, *TBR* 2014/154, m.nt. Soppe & Gundelach (Briels e.a. tegen minister van Infrastructuur & Milieu).

<sup>4</sup> Naast de in voetnoot 3 aangehaalde annotaties zij onder andere verwezen naar: J.M.I.J. Zijlmans & A.A. Freriks, 'Hoe verder met mitigatie en compensatie? Uitspraak Hof van Justitie C-521/12 (Briels e.a.) nader beschouwd', *TGMA* 2014/3, P. Mendelts, 'Compensatie en mitigatie rond de snelweg A2', *Jff* 2014/52, F. Fleurke, 'Het arrest Briels: begrippen mitigatie en compensatie Habitatrichtlijn nader verklaard', *NTER* 2014, p. 275-280, R. Ligtvoet, 'Mitigeren en compenseren in het milieurecht: snel weg met de snelweg?!', *AA* 2014, p. 918-926, H.J.M. van Dreumel-Wingens, 'Mitigeren en compenseren: voer voor discussie (I)', *Agrr.* 2014, p. 327-331.

schadelijke gevolgen, die rechtstreeks uit het betreffende project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen (r.o. 28). Met maatregelen die in een project worden opgenomen om de schadelijke gevolgen van het project te compenseren, mag daarentegen géén rekening worden gehouden (r.o. 29). De in het kader van het tracébesluit A2 voorziene maatregelen, die voorzien in de toekomstige ontwikkeling van een nieuw areaal van dezelfde of een grotere omvang van het habitatype blauwgraslanden in een ander deel van het Natura 2000-gebied, dat niet rechtstreeks door het project wordt aangetast, moeten volgens het Hof echter als compenserende maatregelen worden aangemerkt (r.o. 30). Deze maatregelen strekken er immers niet toe de significante gevolgen, die voor het habitatype rechtstreeks uit het tracébesluit A2 voortvloeien, te voorkomen of te verminderen, maar beogen deze gevolgen nadien te compenseren (r.o. 31).<sup>5</sup>

Naar aanleiding van bovenstaande rechtsoverwegingen rijst de vraag wat de crux is van het *Briels*-arrest. Is dat 1) in het kader van een passende beoordeling kan enkel rekening worden gehouden met de positieve gevolgen van een maatregel, indien door deze positieve gevolgen de negatieve gevolgen van het betreffende plan of project worden voorkomen op dezelfde locatie als waar deze zich voordoen, of 2) in het kader van een passende beoordeling kan rekening worden gehouden met de positieve gevolgen van een maatregel, indien door deze positieve gevolgen de negatieve gevolgen van het betreffende plan of project worden voorkomen binnen hetzelfde Natura 2000-gebied.

Met name uit de hierboven gecursiveerde passage van rechtsoverweging 30 lijkt te volgen, dat het antwoord 1) luidt. In dezelfde rechtsoverweging wordt echter eveneens gesproken over 'toekomstige ontwikkeling'. Gelet hierop lijkt niet te kunnen worden uitgesloten dat het Hof tot antwoord 2) zou zijn gekomen, indien de positieve gevolgen van de uitbreiding van het areaal blauwgrasland een feit zouden zijn geweest op het moment van besluitvorming.

### 3. De jurisprudentie van de Afdeling

Recentelijk heeft de Afdeling een viertal uitspraken gewezen, waaruit haar visie met betrekking tot bovenstaand vraagstuk volgt. Het gaat om een uitspraak over een door Gedeputeerde Staten van Gelderland verleende vergunning ex artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: 19d-vergunning/Nbw 1998) voor de aanleg en het gebruik van bedrijventerrein De Kolk en de aanleg en het gebruik van de oostelijke rondweg Nunspeet (hier-

na: bedrijventerrein De Kolk).<sup>6</sup> Een tweede uitspraak handelt over een door Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland verleende 19d-vergunning voor de herinrichting van het golfterrein van de Noordwijkse Golfclub (hierna: Noordwijkse Golfclub).<sup>7</sup> De derde relevante uitspraak heeft betrekking op een door Gedeputeerde Staten van Zeeland verleende 19d-vergunning voor het uitvoeren van een kustversterking bij het Noorderstrand te Renesse (hierna: kustversterking Renesse).<sup>8</sup> De vierde en laatste uitspraak gaat over het door de Minister van I&M vastgestelde 'Projectplan Waterwet Inrichting IJsseldelta-Zuid (Reevediep)' en een aantal hiermee verband houdende uitvoeringsbesluiten, die voorzien in de aanleg en inrichting van een hoogwatergeul - het Reevediep - ten zuiden van Kampen (hierna: Hoogwatergeul Kampen).<sup>9</sup>

#### 3.1 Bedrijventerrein De Kolk

In de uitspraak over bedrijventerrein De Kolk overweegt de Afdeling dat in het kader van een passende beoordeling enkel rekening mag worden gehouden met de in een project opgenomen maatregelen, waarmee wordt beoogd de negatieve gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien te voorkomen of te verminderen ter plaatse van de locatie van het voorkomen van het habitatype dat negatieve gevolgen van het project ondervindt. Positieve gevolgen van maatregelen voor een areaal van een habitatype waarvoor het project geen negatieve gevolgen heeft, kunnen niet worden betrokken bij de beoordeling of het project leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied, aldus de Afdeling.<sup>10</sup> Wat opvalt is dat de Afdeling zich in primo op het standpunt stelt dat de positieve gevolgen van maatregelen betrekking moeten hebben op dezelfde locatie als waar de negatieve gevolgen optreden. In de daarop volgende zin spreekt de Afdeling echter over 'areaal'. Taalkundig gezien dient 'areaal' ruimer te worden uitgelegd dan dezelfde locatie. Gelet op de eerste zin en de andere hierna te bespreken uitspraken lijkt het echter om dezelfde locatie te moeten gaan.<sup>11</sup> Kortom: de Afdeling interpreteert voornoemde rechtsoverwegingen van het *Briels*-arrest strikt (conform antwoord 1) hierboven).

<sup>6</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2 (*Bedrijventerrein De Kolk en rondweg Nunspeet*).

<sup>7</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201202327/1/R2 (*Noordwijkse Golfclub*).

<sup>8</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201300125/1/R2 (*Kustversterking Noorderstrand Renesse*).

<sup>9</sup> ABRvS 11 februari 2015, No. 201401736/1/R6, r.o. 3 (*Hoogwatergeul Kampen*).

<sup>10</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 9.11.

<sup>11</sup> Betwijfeld kan echter worden of het hierbij om de gevolgen op de vierkante millimeter nauwkeurig gaat. Voor de hand liggend is dat moet worden gekeken naar de gevolgen op het niveau van de betreffende eenheid, bijvoorbeeld de gevolgen per hectare.

<sup>5</sup> HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, r.o. 28-31.

In de uitspraak wordt verwezen naar een notitie die is overgelegd, waaruit volgt dat de aanleg en het gebruik van het bedrijventerrein alsmede de aanleg en het gebruik van de rondweg, op verschillende locaties tot een toename aan stikstofdepositie op verschillende habitattypen leidt. In de notitie wordt verder gesteld dat deze toenames ter plaatse van de locaties van de habitattypen kunnen worden weggenomen door het uitvoeren van verschalend beheer.<sup>12</sup> Volgens de Afdeling kan echter niet worden uitgesloten dat er ook sprake is van een toename aan stikstofdepositie op voor stikstofgevoelige habitattypen buiten het onderzoeksgebied van voornoemde notitie. Het onderzoeksgebied van de notitie wijkt namelijk af van het onderzoeksgebied van de passende beoordeling. Daarbij komt dat niet kan worden uitgesloten dat bij de berekening van de toename aan stikstofdepositie rekening is gehouden met de afname aan stikstofdepositie die het gevolg is van de beëindiging van een tweetal veehouderijen (Oosteinderweg 95 respectievelijk 103).<sup>13</sup> Eerder in de uitspraak heeft de Afdeling zich met betrekking tot eerst genoemde veehouderij op het standpunt gesteld dat niet is verzekerd dat de betreffende depositie *niet* is opgenomen in de 'niet geregelde depositiebank' en niet is gebruikt ten behoeve van de verlening van een 19d-vergunning voor een agrarisch bedrijf.<sup>14</sup> Met betrekking tot laatstgenoemde veehouderij overweegt de Afdeling dat van de verkeerde referentiesituatie is uitgegaan.<sup>15</sup>

Los daarvan merkt de Afdeling ten aanzien van de Veehouderij Oosteinderweg 103 nog op, dat de afname aan stikstofdepositie die het gevolg is van de beëindiging van deze veehouderij, een rechtstreeks, onlosmakelijk gevolg is van de uitvoering van het project. Deze veehouderij is namelijk gevestigd op de gronden van het toekomstige bedrijventerrein, waarvoor de in deze uitspraak aan de orde zijnde vergunning is aangevraagd. Gelet hierop is de beëindiging van deze veehouderij *niet* als een mitigerende maatregel aan te merken, aldus de Afdeling.<sup>16</sup> Dat wil overigens niet zeggen dat met deze afname geen rekening mag worden gehouden in het kader van de passende beoordeling. Deze afname kan in de passende beoordeling namelijk als 'feitelijke ontwikkeling' worden betrokken.

### 3.1.1 De gevolgen voor externe saldering

Resumerend kan uit bovenstaande uitspraak worden opgemaakt dat een toename aan stikstofdepositie op een areaal van een habitatype enkel nog kan worden gesaldeerd met een afname aan stikstofdepositie, indien deze afname op dezelfde loca-

tie betrekking heeft als de toename. Daarbij komt mijns inziens dat in een geval als aan de orde in casu, waarbij wordt beoogd de toename aan stikstofdepositie teniet te doen door het treffen van beheermaatregelen, de betreffende maatregelen moeten zijn gerealiseerd en hun effecten moeten hebben gesorteerd op het moment dat de toename aan stikstofdepositie zich voordoet. Anders is immers niet verzekerd dat significante gevolgen daadwerkelijk worden *voorkomen*.

Aannemelijk is dat voornoemde eis, dat een toename aan stikstofdepositie die het gevolg is van een plan of project op dezelfde locatie moet worden gesaldeerd, tot een beperking van de (resterende) mogelijkheden van externe saldering leidt. Een voorbeeld: veehouder X vraagt een 19d-vergunning aan voor de uitbreiding van zijn in de nabijheid van het Natura 2000-gebied 'Groote Peel' gelegen veehouderij. Veehouder Y wenst zijn 5 kilometer oostwaarts gelegen veehouderij te beëindigen. Stel dat zowel de stikstofdepositie van veehouderij X als van veehouderij Y op het habitatype 'droge Europese heide (H4030)' in voornoemd Natura 2000-gebied neerslaat. Gelet op de afstand tussen beide veehouderijen is het echter waarschijnlijk dat beide stikstofdeposities (deels) op een andere locatie neerslaan, zodat gelet op bovenstaande uitspraak beide veehouderijen niet (zo maar) met elkaar kunnen salderen.<sup>17</sup>

Aantekening verdient dat in de nabije toekomst, Azodra de Programmatische Aanpak Stikstof (hierna: de PAS) in werking is getreden, externe saldering in beginsel is verboden.<sup>18</sup> Dit volgt uit het bij de recente wijziging van de Nbw 1998 ten behoeve van de PAS ingevoerde artikel 19km, lid 3 Nbw 1998.<sup>19</sup> Aangezien de vrees bestaat dat de PAS niet de gewenste oplossing gaat bieden, zijn veehouders door verschillende partijen opgeroepen om te salderen nu het nog kan. Aannemelijk is dat in ieder geval tegen een aantal 19d-vergunningen dat met behulp van externe saldering is verleend, beroep is ingesteld bij de Afdeling, zodat op grond van bovenstaande uitspraak nog wel wat kritische jurisprudentie hierover mag worden verwacht. Veehouders die nu nog 'last minute' willen salderen, zullen in ieder geval terdege rekening moeten houden met bovenstaande uitspraak en op zoek moeten

<sup>17</sup> Vgl. de annotatie van Soppe & Gundelach bij het Briels-arrest: TBR 2014/154, punt 4.

<sup>18</sup> De PAS heeft van 10 januari tot en met 20 februari j.l. ter visie gelegen. Naar verwachting treedt deze voor de zomer in werking. Verwezen zij naar: <<http://pas.natura2000.nl>>.

<sup>19</sup> Wet van 8 oktober 2014, houdende wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof), Stb. 2014, 419. De datum van inwerkingtreding van deze wijziging is nog onbekend. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat dit verbod alleen geldt ten aanzien van de in de PAS opgenomen Natura 2000-gebieden. Echter alle 117 Natura 2000-gebieden met een 'stikstofprobleem' zijn opgenomen in de ontwerp-PAS. Zie: Ontwerp-PAS 2015-2021, p. 8.

<sup>12</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 9.5.

<sup>13</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 9.12.

<sup>14</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 7.8.2.

<sup>15</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 8.4.

<sup>16</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201309655/1/R2, r.o. 9.10.

gaan naar ammoniakrechten, die betrekking hebben op dezelfde locatie als waar de stikstofdepositie van hun uit te breiden/te wijzigen veehouderij op terecht komt.

### 3.1.2 Externe saldering onder de PAS

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat ook als de PAS in werking is getreden, externe saldering in sommige gevallen nog mogelijk is. Het bevoegd gezag met betrekking tot het nemen van een besluit als genoemd in artikel 19km, lid 1 Nbw 1998, kan namelijk het besluit nemen dat artikel 19km, lid 3 Nbw 1998 niet van toepassing is (artikel 19kr, lid 2, aanhef en onder b Nbw 1998).<sup>20</sup> Laatstgenoemd artikel is in de Nbw 1998 opgenomen naar aanleiding van een amendement. In de toelichting bij het amendement wordt gesteld dat het tweede lid van artikel 19kr duidelijk maakt dat het artikel dient als terugvaloptie voor het geval dat de PAS niet functioneert, en dat het de bedoeling is dat alleen in uiterste gevallen extern wordt gesaldeerd. De PAS moet het eerst aangewezen instrument blijven.<sup>21</sup> Uit de redactie van artikel 19kr maak ik het voorgaande echter niet op.<sup>22</sup> De enige harde eis die in artikel 19kr Nbw 1998 wordt gesteld, is dat er ontwikkelingsruimte beschikbaar blijft (artikel 19kr, lid 8 Nbw 1998).<sup>23</sup>

Aanmerkelijk is dat aan deze eis kan worden voldaan, als spoedig na inwerkingtreding van de PAS een verzoek om saldering toe te staan bij het bevoegd gezag wordt ingediend. Gelet op voornoemde gedachte achter artikel 19kr Nbw 1998, zal het bevoegd gezag een dergelijk verzoek naar alle waarschijnlijkheid weigeren. Betwijfeld kan echter worden of de Afdeling een dergelijk besluit in stand laat, indien de betreffende veehouder hier tegen beroep instelt. De redactie van artikel 19kr

**20** Dit besluit dient overigens in overeenstemming met het bevoegd gezag voor de vaststelling van een beheerplan voor het/de Natura 2000-gebied(en) waarop het project/de andere handeling stikstofdepositie veroorzaakt en de ingevolge artikel 2, vierde lid, Nbw 1998 medebetrokken bestuursorganen te worden genomen.

**21** Aanvankelijk is het amendement ingediend door het lid Dijkgraaf (*Kamerstukken II 2013/14, 33 669, 8*), later medeondertekend door de leden Ladders, Geurts en Graus (*Kamerstukken II 2013/14, 33 669, nr. 9*) en vervolgens driemaal gewijzigd (*Kamerstukken II 2013/14, 33 669, nr. 31, 39 en 71*). Zie over dit amendement ook: R.H.W. Frins, 'Reactie op 'Over bestaand gebruik in de Natuurbeschermingswet 1998. Wetgeving en jurisprudentie rond bestaand gebruik, bestaande rechten, projecten en andere handelingen', *MenR 2014/33*, i.h.b. de paragrafen 2 en 3. Voor de volledigheid zij erop gewezen dat het aan het amendement klevende gebrek waar ik in paragraaf 2 van voornoemde publicatie op inga, in de laatste versie van het amendement is hersteld (*Kamerstukken II 2013/14, 33 669, 71*).

**22** Zie ook het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State over onder andere dit amendement: Bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14, 33 669, 40*, p. 19.

**23** In het kader van de PAS worden bron- en herstelmaatregelen gerealiseerd om de stikstofdepositie terug te dringen. De ruimte die hierdoor ontstaat wordt 'ontwikkelingsruimte' genoemd. Het is de bedoeling dat deze ruimte kan worden gebruikt voor nieuwe projecten en andere handelingen met stikstofdepositie tot gevolg.

Nbw 1998 lijkt immers niet in de weg te staan aan een positief besluit op een dergelijk verzoek. Dat een veehouder een verzoek om saldering indient bij het bevoegd gezag terwijl er nog (voldoende) ontwikkelingsruimte beschikbaar is op grond van de PAS lijkt wellicht wat ver gezocht, maar kan mijns inziens zeker niet worden uitgesloten. Bij de houdbaarheid van de PAS kunnen immers vraagtekens worden geplaatst.<sup>24</sup>

### 3.2 Noordwijkse Golfclub

Tot zover wat de uitspraak met betrekking tot bedrijventerrein De Kolk betreft. In de uitspraak over de Noordwijkse golfbaan gaat het niet om de gevolgen van een toename aan stikstofdepositie, maar om het door de herinrichting van de golfbaan definitief verloren gaan van circa 1,8 hectare van het prioritair habitatype 'grijze duinen, kalkrijk (H2130A)'. Om dit verlies te ondervangen voorziet het project in uitbreiding van dit habitatype binnen het Natura 2000-gebied, onder andere door plaggentransplantatie (1,5 hectare) en het ontwikkelen van 1,07 hectare nieuw areaal door het maaien en begrazen van bestaand duingrasland. De Afdeling stelt zich op het standpunt dat geen van de voorziene maatregelen als mitigerende maatregel kan worden aangemerkt, aangezien de maatregelen niet zien op het voorkomen of verminderen van schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien. De schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied ontstaan immers door het verwijderen van circa 1,8 hectare van voornoemd prioritair habitatype, aldus de Afdeling. Dat de te transplanteren plagen worden aangebracht op plaatsen die een ecologische eenheid, dan wel een mozaïek, vormen met de plaatsen waar het verlies optreedt, doet daar volgens haar niets aan af. De plaggentransplantatie neemt voornoemde schadelijke gevolgen voor het Natura 2000-gebied immers niet weg. Hetzelfde geldt voor de nieuwe arealen van het habitatype die elders in het Natura 2000-gebied worden ontwikkeld.<sup>25</sup>

### 3.3 Kustversterking Renesse

In de uitspraak over de kustversterking bij het Noorderstrand te Renesse gaat het eveneens over plaggentransplantatie. Door de kustversterking wordt namelijk circa 300 m<sup>2</sup> van het prioritair habitatype 'grijze duinen, kalkarm (H2130B)' bedekt met zand. Om te voorkomen dat het habitatype hierdoor wordt aangetast, worden voorafgaand

**24** Ik volsta op deze plaats met te verwijzen naar de in voetnoot 2 genoemde publicatie alsmede mijn annotatie bij het *Briels*-arrest: *AB 2014/189*, i.h.b. punt 6-8. Daarnaast zij verwezen naar: H.J.M. van Dreumel-Wingens, 'Mitigeren en compenseren: voer voor discussie (II)', *Agr.r. 2014*, p. 376-384.

**25** *ABRvS 24 december 2014, No. 201202327/1/R2, r.o. 11-11.8.*

aan de werkzaamheden pluggen van 30 centimeter diep afgegraven. Deze pluggen worden vervolgens direct overgebracht naar een nieuwe locatie op korte afstand, direct grenzend aan de locatie van het habitatype. De Afdeling is, net als in de uitspraak over de Noordwijkse golfbaan, van mening dat de plaggentransplantatie *niet* ziet op het *voorkomen of verminderen* van schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien. De aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied ontstaat immers door het bedekken van circa 300 m<sup>2</sup> van voornoemd habitatype, aldus de Afdeling. Dat voor het tot ontwikkeling brengen van het habitatype op een andere locatie, grenzend aan het bestaande areaal van het habitatype, pluggen worden gebruikt van het deel van het areaal dat met zand wordt bedekt, maakt dit niet anders. Hiermee wordt volgens haar immers niet ongedaan gemaakt dat een deel van het feitelijk bestaande areaal verloren gaat. De voorziene plaggentransplantatie kwalificeert derhalve niet als een mitigerende maatregel.<sup>26</sup>

De Afdeling komt tot eenzelfde oordeel met betrekking tot de bedekking met zand van het habitatype 'duindoornstruwelen (H2160)' over een lengte van 1200 meter, die het gevolg is van de verhoging van het duin. Deze verhoging wordt gefaseerd uitgevoerd. Per traject van 300 meter wordt de humeuze toplaag met de vegetatie verwijderd. De toplaag met te behouden planten wordt in depot geplaatst. Vervolgens wordt het zand aangevuld, waarna dezelfde werkzaamheden voor het tweede traject worden verricht én de toplaag met te behouden planten op het eerste traject wordt teruggeplaatst. Eventueel wordt aanvullende vegetatie aangeplant. Zo wordt traject voor traject gewerkt. De Afdeling is echter onverbiddeijk, doordat voornoemde maatregelen *niet* zien op het *voorkomen of verminderen* van schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, maar bevorderen dat dit habitatype na ophoging van het duin met zand opnieuw tot ontwikkeling wordt gebracht, is er géén sprake van mitigatie. Dat gebruik wordt gemaakt van materiaal van binnen het areaal van dit habitatype, doet hier niet aan af. De bedekking met zand wordt hiermee immers niet ongedaan gemaakt, noch worden de gevolgen hiervan weggenomen.<sup>27</sup>

### 3.4 Hoogwatergeul Kampen

In de uitspraak over de Hoogwatergeul Kampen gaat het - anders dan in bovenstaande uitspraken - niet om de aantasting van een habitatype, maar om het permanent verlies van 4,1 hectare rietmoeras, dat dienst doet als broed- en leefgebied van de

roerdomp en de grote karekiet. Uit de passende beoordeling volgt dat het met genoemde vogelsoorten niet goed gaat, gelet op de negatieve trend en de omstandigheid dat de instandhoudingsdoelstelling niet wordt gehaald. Bij de inrichting van het projectplangebied wordt hiermee rekening gehouden, doordat wordt voorzien in een gefaseerde ontwikkeling van ruim 42 ha nieuw rietmoeras. De realisatie van de hoogwatergeul en de aanleg van de Reevedam leidt, zonder deze maatregel, tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied 'Veluwerandmeren'. De Afdeling is van oordeel dat voornoemde ontwikkeling niet gericht is op het voorkomen of verminderen van de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, reeds omdat de aantasting van het bestaande broed- en leefgebied plaatsvindt *binnen* het Natura 2000-gebied, terwijl de beoogde beschermingsmaatregel betrekking heeft op gronden *buiten* het Natura 2000-gebied. Gelet hierop kan de gefaseerde ontwikkeling van nieuw rietmoeras *niet* worden aangemerkt als een mitigerende maatregel.<sup>28</sup>

### 3.5 De gevolgen voor het onderscheid tussen mitigatie en compensatie

Bovenstaande uitspraken maken duidelijk dat de Afdeling strikt in de leer is: indien een plan of project tot een aantasting van een habitatype c.q. broed- en leefgebied *binnen* een Natura 2000-gebied leidt, en deze aantasting niet op dezelfde locatie kan worden voorkomen of verminderd door het treffen van maatregelen, kan *niet* worden uitgesloten dat het betreffende plan of project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied aantast. In dat geval moet de ADC-toets van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn/artikel 19g en 19h Nbw 1998 worden doorlopen. Dat wil zeggen dat moet worden aangetoond dat er geen reële alternatieven zijn voor het betreffende plan of project, dat met het plan of project een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid en dat voornoemde aantasting kan worden goed gemaakt door het treffen van compenserende maatregelen.

Aantekening verdient echter dat uit een uitspraak van 29 oktober 2014 kan worden afgeleid dat de Afdeling minder strikt in de leer is, indien het om de aantasting van een foerageergebied *buiten* een Natura 2000-gebied gaat.<sup>29</sup> In casu gaat het om een versterking van de Noordzeekustzone, waardoor voor een aantal vogelsoorten foerageergebied verloren gaat. Niet kan worden uitgesloten dat dit verlies tot significante gevolgen voor de soort scholekster leidt. De Afdeling benadrukt dat het in

<sup>28</sup> ABRvS 11 februari 2015, No. 201401736/1/R6, r.o. 32-32.5.

<sup>29</sup> ABRvS 29 oktober 2014, No. 201309630/1/R6, BR 2014/137, m.nt. Woldendorp, TBR 2014/206, m.nt. Frins (*Waterkering Zwakke Schakels Noord-Holland*).

<sup>26</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201300125/1/R2, r.o. 8-8.7.

<sup>27</sup> ABRvS 24 december 2014, No. 201300125/1/R2, r.o. 9-9.5.



casu, anders dan in het *Briels*-arrest, niet gaat over de aantasting van een habitatype, maar over gevolgen voor een vogelsoort. Verder heeft het project geen gevolgen voor de omvang van het leefgebied of voor de mogelijkheden van verbetering van de kwaliteit van het leefgebied in het betreffende Natura 2000-gebied. Gelet hierop komt de Afdeling tot de conclusie dat de aanleg van nieuw foerageergebied wél als mitigatie kan worden aangemerkt.<sup>30</sup>

Zoals ik in mijn annotatie bij deze uitspraak heb betoogd, vind ik bovenstaande uitspraak niet overtuigend. Feit is namelijk dat het verlies aan foerageergebied gedurende (minimaal) drie jaar tot een significante aantasting van de populatie scholleksters leidt. Een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied 'Waddenzee' wordt dan ook niet voorkomen. Dat het betreffende foerageergebied *buiten* het Natura 2000-gebied ligt en op zichzelf niet beschermd is, doet hier niets aan af.<sup>31</sup> Mijns inziens zou de strikte benadering van de Afdeling in de hiervoor besproken uitspraken dan ook in alle casus, waarin er sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied, moeten worden toegepast. Ongeacht of deze aantasting zich door omstandigheden binnen of buiten het betreffende Natura 2000-gebied voordoet.

Hoe dit ook zij, duidelijk is dat de mogelijkheden om in het kader van een passende beoordeling rekening te houden met de positieve gevolgen van bepaalde maatregelen, danig worden beperkt. In veel gevallen zal het immers onmogelijk zijn de negatieve gevolgen van een plan of project op dezelfde locatie te mitigeren. Simpelweg doordat in veel gevallen het betreffende plan of project wordt gerealiseerd op de locatie van de aantasting.

#### 4. Hét onderscheid tussen mitigatie en compensatie

Met de hiervoor besproken jurisprudentie heeft de Afdeling mijns inziens de juiste koers ingezet met betrekking tot het onderscheid tussen mitigatie en compensatie. Althans, voor zover deze koers niet alleen van toepassing is indien door een plan of project een habitatype c.q. broed- en/of leefgebied *binnen* een Natura 2000-gebied significant wordt aangetast, maar ook indien door een plan of project foerageergebied *buiten* een Natura 2000-gebied wordt aangetast.

De hiervoor besproken uitspraak van 29 oktober 2014 doet denken aan de uitspraken over *IJburg II*. In casu gingen door de aanleg van de woonwijk

*IJburg II* mosselbanken verloren. Aangezien een aantal beschermde vogelsoorten, dat in het nabijgelegen Natura 2000-gebied 'Markermeer & IJmeer' leeft, voor hun voedselvoorziening afhankelijk is van de op de mosselbanken levende driehoeksmosselen, diende dit verlies aan driehoeksmosselen te worden goed gemaakt. Hiertoe is binnen het plangebied 132 hectare aan nieuwe mosselbanken aangelegd. De Afdeling oordeelde dat, omdat er geen sprake is van enig nadelig effect op de natuurwaarden waarvoor het gebied is aangewezen, de aanleg van de mosselbanken als mitigerende maatregel moet worden beschouwd.<sup>32</sup>

In mijn annotatie bij de Voorzittersuitspraak over *IJburg II* heb ik betoogd dat onder mitigatie moet worden verstaan: het treffen van maatregelen die een reductie of het voorkomen van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied tot gevolg hebben *en welke functioneel verbonden zijn met de realisatie van een project of plan*. Bij de realisatie van 132 hectare aan mosselbanken ontbreekt deze functionele verbondenheid.<sup>33</sup> De mosselbanken functioneren immers ook los van *IJburg II*, aangezien ze de gunstige staat van instandhouding van de betreffende vogelsoorten hoe dan ook bevorderen. Anders gezegd: de mosselbanken hebben ook bestaansrecht als de aanleg van *IJburg II* geen doorgang zou vinden. Dat is anders in het geval van een aantal schoolvoorbeelden van mitigerende, functioneel met het betreffende project verbonden maatregelen als de realisatie van een geluidscherm bij de aanleg van een weg, het aanbrengen van een zeefinstallatie en een visretoursysteem bij een koelwaterinlaat voor een kolencentrale<sup>34</sup> of het bevestigen van jonen met reflecterende strips aan visserijnetten om vogels op afstand te houden, teneinde bijvangst zoveel mogelijk te voorkomen.<sup>35</sup>

Dat er discussie mogelijk is over de vraag wanneer een maatregel al dan niet functioneel verbonden is met een plan of project, blijkt onder meer uit de annotatie van Verschuuren bij de Voorzittersuitspraak over *IJburg II*. Hij reageert daarin onder andere op het voorbeeld dat ik in mijn *IJburg*-annotatie heb gebruikt ter verduidelijking van het criterium 'functioneel verbonden': de aanleg van een weg, gepaard gaande met het plaatsen van geluidschermen, het aanleggen van één of meer eoducten en de aanleg van een stuk natuur, om de dieren die door (aanleg van) de weg verjaagd worden een nieuwe verblijfplaats te bieden. De eerste twee maatregelen zijn naar mijn mening functio-

<sup>32</sup> ABRvS 21 juli 2010, No. 200902644/1/R2, r.o. 2.5.3.

<sup>33</sup> Zie: Vz. ABRvS 31 augustus 2009, No. 200902644/2/R2, TBR 2009/201, i.h.b. punt 4 (*IJburg II*).

<sup>34</sup> ABRvS 16 april 2014, No. 201304768/1/R2, r.o. 30.5 (*Kolencentrale Eemshaven*).

<sup>35</sup> ABRvS 26 mei 2010, No. 200901224/1/R2, r.o. 2.5-2.5.1 (*Visserijactiviteiten IJsselmeer*).

<sup>30</sup> ABRvS 29 oktober 2014, No. 201309630/1/R6, r.o. 24.4.3.5.

<sup>31</sup> Zie: TBR 2014/206, i.h.b. punt 5-7.

neel verbonden met de aanleg van een weg en kwalificeren zodoende als mitigerende maatregelen (er van uitgaande dat ze een aantasting *voorkomen*). De aanleg van een nieuw stuk natuur staat daarentegen functioneel gezien los van de aanleg van een weg, maar komt hier als een extra maatregel bovenop en is mijns inziens dus een compenserende maatregel. Hier denkt Verschuuren echter anders over: *'indien dat stuk bedoeld is als nieuw toevluchtsoord voor dieren die nadeel ondervinden van de aanleg van de weg, dan vind ik dat mitigatie'*.<sup>36</sup>

De vraag rijst of de hiervoor besproken jurisprudentie, waaruit volgt dat de positieve gevolgen van mitigerende maatregelen betrekking moeten hebben op dezelfde locatie als waar de negatieve gevolgen zich voordoen, de eis dat een mitigerende maatregel tevens 'functioneel verbonden' moet zijn met het betreffende plan of project, overbodig maakt. Dat zou het geval zijn, indien enkel aan voornoemde 'locatie-eis' kan worden voldaan, als de betreffende maatregel functioneel verbonden is met het betreffende plan of project.

Naar mijn gevoel zijn er echter gevallen denkbaar, waarin aan de 'locatie-eis' kan worden voldaan, zónder dat de betreffende maatregel functioneel verbonden is met het betreffende plan of project. Een voorbeeld: in de directe nabijheid van een Natura 2000-gebied wordt een snelweg gerealiseerd. Het tracé doorsnijdt het Natura 2000-gebied niet, maar de afstand van de buitenste rijbaan tot de grens van het Natura 2000-gebied bedraagt slechts 50 meter. Ondanks dat naast de weg een geluidscherm wordt geplaatst, kan niet worden uitgesloten dat door de geluidbelasting van het over de weg rijdende verkeer, het Natura 2000-gebied minder geschikt wordt als leefgebied voor een aantal vogelsoorten waarvoor het gebied is aangewezen. Om de kwaliteit van het betreffende leefgebied te verbeteren worden bosvormingsmaatregelen gerealiseerd. Als door deze maatregelen de kwaliteit van het betreffende leefgebied verbetert, wordt aan de 'locatie-eis' voldaan. De betreffende maatregelen zijn echter *niet* functioneel verbonden met het project. Het verbeterde leefgebied heeft immers ook bestaansrecht als het project niet wordt uitgevoerd. Gelet hierop is er naar mijn idee geen sprake van mitigatie.

De gedachte achter de eis dat een mitigerende maatregel functioneel verbonden moet zijn met het plan of project, is dat hiermee de vrijheid van een initiatiefnemer, om in het kader van een passende beoordeling rekening te houden met de positieve gevolgen van maatregelen, die functioneel gezien los staan van zijn plan of project, aan banden wordt gelegd. Hiermee wordt voorkomen dat met

een aantasting van bestaande natuurwaarden wordt ingestemd, omdat dergelijke natuurwaarden door middel van kunstmatige ingrepen kunnen worden gecreëerd. Dit soort ingrepen dient in een passende beoordeling buiten beschouwing te blijven, aangezien dergelijke ingrepen de aantasting van de oorspronkelijke natuurwaarden onverlet laten.

## 5. De A2-uitspraak

Tot zover wat de uitspraken van 24 december 2014 en 11 februari 2015 betreft. Het is tijd om terug te keren naar de aanleiding voor het *Briels*-arrest: het beroep met betrekking tot het tracébesluit A2. Gelet op het arrest kon de Afdeling niet anders dan oordelen, dat de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het tracébesluit *niet* tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied 'Vlijmens Ven, Moerputten & Bossche Broek' leidt.<sup>37</sup> Feit is echter dat de minister op 24 juni 2014 een wijziging van het tracébesluit heeft vastgesteld. De aanleiding hiervoor vormt een aanvullende passende beoordeling, waaruit volgt dat het tracé als zodanig *niet* leidt tot significante effecten voor het habitatype blauwgraslanden. Gelet hierop acht de minister de eerder voorziene maatregel met betrekking tot de uitbreiding van het habitatype blauwgraslanden niet meer nodig voor de uitvoering van het project. Het wijzigingsbesluit strekt er dan ook toe dat deze maatregel géén onderdeel meer uitmaakt van het project, maar los daarvan - vrijwillig - wordt uitgevoerd.<sup>38</sup>

Via de band van artikel 6:19, lid 1 Awb heeft het tegen het tracébesluit ingestelde beroep mede betrekking op het wijzigingsbesluit. De Afdeling ziet zich dan ook voor de vraag gesteld of gelet op de aanvullende passende beoordeling tot de conclusie kan worden gekomen dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied *niet* worden aangetast. Uit de uitspraak volgt, dat volgens de aanvullende passende beoordeling de stikstofdepositie op het Natura 2000-gebied structureel lager is dan eerder werd verwacht. Verder is op de langere termijn - anders dan voorheen - voor alle habitatypen sprake van een afname van de stikstofdepositie. Desondanks neemt de stikstofdepositie op het Natura 2000-gebied ten gevolge van het project toe:

<sup>37</sup> ABRvS 10 december 2014, No. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, r.o. 2.

<sup>38</sup> ABRvS 10 december 2014, No. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, r.o. 3 en 7.2.

- voor het deelgebied Moerputten met 0,2-0,6 mol N/ha/jaar in 2013 respectievelijk 0,8 mol N/ha/jaar in 2023;
- voor het deelgebied Bossche Broek met 2,1-4,7 mol N/ha/jaar in 2013 respectievelijk 3,9-8,3 mol N/ha/jaar in 2023;
- voor het deelgebied Vlijmens Ven met enkele tienden van molen.<sup>39</sup>

In de aanvullende passende beoordeling wordt er echter op gewezen dat de staat van instandhouding van de blauwgraslanden beter is dan aanvankelijk werd aangenomen. De blauwgraslanden zijn namelijk, ondanks de hoge stikstofdepositie, (groten)deels van goede kwaliteit en vertonen een stabiele trend. Er heeft zelfs uitbreiding plaatsgevonden. Daarbij komt dat Staatsbosbeheer speciaal maai-beheer toepast dat is gericht op de blauwgraslanden, waarbij jaarlijks 3500 mol N/ha/jaar wordt afgevoerd. Daarnaast wordt ook met de realisatie van het HoWaBo-project (Hoogwateraanpak 's Hertogenbosch) en de maatregelen in het kader van de realisatie EHS een impuls geleverd aan de ontwikkeling en het behoud van de blauwgraslanden. Aangezien deze maatregelen los staan van het project kwalificeren ze niet als beschermingsmaatregelen (lees: mitigerende maatregelen). De positieve gevolgen van deze maatregelen zijn volgens de Afdeling dan ook terecht als feitelijke ontwikkeling in de passende beoordeling betrokken. Gelet op dit alles komt de Afdeling tot de slotsom dat de minister zich op het standpunt heeft mogen stellen dat het gewijzigde tracébesluit *niet* tot een aantas-

ting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied leidt.<sup>40</sup> Kortom: eind goed al goed.

Het is de vraag in hoeverre bovenstaande aanpak naar andere casus kan worden getransponeerd en een 'uitweg' biedt voor de strikte benadering van de Afdeling met betrekking tot mitigatie en compensatie. Immers zal moeten kunnen worden aangetoond dat - evenals in bovenstaande casus - het betreffende habitatype en/of de betreffende soort in een gunstige staat van instandhouding verkeert. Hetgeen naar verwachting zeker niet in alle gevallen zal kunnen worden aangetoond.

## 6. Conclusie

Op 24 december 2014 heeft de Afdeling de teerling geworpen. De uitkomst is dat - indien een 'A2-benadering' geen uitkomst biedt en de conclusie onder de streep luidt dat significante gevolgen niet kunnen worden uitgesloten - enkel mag worden gemitigeerd met de positieve gevolgen van maatregelen, die betrekking hebben op dezelfde locatie als waar de negatieve gevolgen van een plan of project zich voordoen. Indien dergelijke maatregelen niet voorhanden zijn, kan niet worden uitgesloten dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied worden aangetast en zal de ADC-toets moeten worden doorlopen. Aangezien het in veel gevallen onmogelijk is de negatieve gevolgen van een plan of project te voorkomen op dezelfde locatie als waar deze zich voordoen, lijkt het 'game over' voor mitigatie en 'game on' voor compensatie. ●

<sup>39</sup> ABRvS 10 december 2014, No. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, r.o. 11.3.

<sup>40</sup> ABRvS 10 december 2014, No. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, r.o. 11.3-11.7.