

Trekken aan een willekeurige draad

Het Europese Hof over de aanwijzing van de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied

BR 2018/2

1. Aanleiding voor het arrest

Opnieuw was de toepassing van de Habitatrichtlijn in Nederland aanleiding voor een arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Europese Hof).² Een natuurorganisatie had bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling bestuursrechtspraak, ook afgekort als: ABRvS) beroep ingesteld tegen het besluit tot aanwijzing van het Natura 2000-gebied Haringvliet. In een laat stadium van de aanwijzingsprocedure, na de afsluiting van het Europese voortraject, had de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (ELI) Bleeker, met instemming van de Europese Commissie, alsnog afgezien van de voorgenomen aanwijzing van een relatief klein deel van dit gebied, de 110 ha grote Leenheerenpolder. De Afdeling bestuursrechtspraak vroeg zich af onder welke omstandigheden en voorwaarden dat in een zo laat stadium van de aanwijzingsprocedure nog mogelijk was en stelde hierover prejudiciële vragen aan het Europese Hof.³

Het bijzondere van de voorgenomen aanwijzing van de Leenheerenpolder was dat dit gebied zich niet vanwege zijn actuele natuurwaarden voor de aanwijzing als Natura 2000-gebied kwalificeerde. De reden van de voorgenomen aanwijzing van het gebied was de potentie voor het ontwikkelen van natuurwaarden (potentiële natuurwaarden). Hiermee zou een bijdrage kunnen worden geleverd aan de verwezenlijking van de nationale opgave om voor bepaalde habitattypen en habitats van soorten die in Nederland in een ongunstige staat van instandhouding verkeren, de gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken. Het was de bedoeling om de Leenheerenpolder daartoe te ontpolderen (d.w.z. de polder in verbinding brengen met de rivier en onder water zetten). Later trad echter een beleidswijziging op. Deze hield in dat geen gebieden meer zouden worden aangewezen die zich niet op grond van hun actuele natuurwaarden als Natura 2000-gebied kwalificeren. Hiervoor bestonden grofweg twee redenen: 1) het 'geen nationale koppen'-beleid, d.w.z.

het beleid om geen extra ambities te hebben die verder gaan dan de minimale verplichtingen die voortvloeien uit de Europese regelgeving, en 2) de wens om geen landbouwgrond te onteigenen voor de verwezenlijking van natuurdoelstellingen, met name niet door ontpoldering.

De Afdeling bestuursrechtspraak betwijfelde of in de laatste fase van de aanwijzingsprocedure nog kon worden teruggekomen op het eerdere voornemen om de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied aan te wijzen. De reden daarvan was dat de lidstaten blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Europese Hof) verplicht zijn de gebieden die door de Europese Commissie op de lijst van gebieden van communautair belang (hierna: GCB) zijn geplaatst, in dit geval het Haringvliet inclusief de Leenheerenpolder, definitief als Natura 2000-gebied aan te wijzen. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof blijkt ook dat alleen om een zeer beperkt aantal bijzondere redenen mag worden teruggekomen op het voornemen of besluit tot aanwijzing van een Natura 2000-gebied. De Afdeling bestuursrechtspraak stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof om meer duidelijkheid te krijgen over de vraag welke redenen onder welke omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat een Natura 2000-gebied toch niet wordt aangewezen.

In deze publicatie wordt het arrest besproken, waarin het Europese Hof op de vragen antwoord geeft. Het Europese Hof geeft in het arrest te kennen dat Nederland en de Europese Commissie geen geldige redenen hebben aangevoerd om van de voorgenomen aanwijzing van de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied te kunnen afzien. In het arrest gaat het niet direct om het Nederlandse aanwijzingsbesluit, maar om het besluit van de Europese Commissie om ermee in te stemmen dat Nederland deels van de voorgenomen definitieve aanwijzing van het Natura 2000-gebied Haringvliet afziet. Door het besluit van de Europese Commissie wordt de lijst van GCB aangepast, waardoor Nederland niet langer meer verplicht zou zijn de Leenheerenpolder definitief als Natura 2000-gebied aan te wijzen. Nederland kan alleen van aanwijzing afzien als het gebied niet meer voorkomt op de lijst van GCB. Interessant is de juridische context van het arrest. Het arrest roept bij mij vooral vragen op welke verplichtingen en discretionaire bevoegdheden lidstaten hebben om de gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken van door de Habitatrichtlijn beschermde habitattypen en habitats van soorten die in een ongunstige staat van instandhouding verkeren.

2. Achtergrondschets

De toenmalige Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit was een procedure gestart voor de aanwijzing

1 Hans Erik Woldendorp is onder meer werkzaam als vrijwillig medewerker bij de Universiteit van Gent. Deze publicatie is geschreven op strikt persoonlijke titel en is niet bedoeld als de weergave van het standpunt van welke organisatie dan ook. De auteur dankt Bruno Bosnjakovic (Raad van State/ministerie van I en W) voor zijn (ook inhoudelijke) commentaar op een eerdere versie van het artikel.

2 HvJ EU 19 oktober 2017, C-281/16, ECLI:EU:C:2017:774. De A-G bracht naar conclusie op 15 juni 2017 uit. Dit arrest is niet in dit tijdschrift gepubliceerd, evenmin als de conclusie van de A-G, omdat arrest en conclusie al uitgebreid in deze publicatie worden weergegeven. Arrest en conclusie zijn te raadplegen op de site van het Europese Hof: www.curia.europa.eu.

3 ABRvS 18 mei 2016, nr. 201504578/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:1351 (gepubliceerd in BR 2016/8, met noot van de auteur).

van het Natura 2000-gebied Haringvliet. De Habitatrichtlijn bepaalt welke stappen achtereenvolgens in deze procedure moeten worden gezet. De lidstaat doet voorstellen aan de Europese Commissie voor de gebieden waarmee zij haar bijdrage levert aan het Europese Natura 2000-netwerk. De voorstellen worden met de Europese Commissie en deskundigen uit andere lidstaten in dezelfde biogeografische regio besproken. De Europese Commissie werkt, met instemming van iedere lidstaat, voor de regio een lijst van GCB uit. Tot besluit wijst de lidstaat de GCB definitief aan als speciale beschermingszone (Natura 2000-gebied). Dit is allemaal geregeld in art. 4 Habitatrichtlijn.⁴

De reden voor deze uitgebreide aanwijzingsprocedure is dat voor veel door de Habitatrichtlijn beschermde habitattypen en (habitats van) soorten nog onvoldoende bekend was over de belangrijkste gebieden waar deze habitattypen en (habitats van) soorten in de EU voorkomen. Dit is anders dan bij de vogelsoorten die door de Vogelrichtlijn worden beschermd, waarvan dit al wel bekend was en waarvoor een internationale gebiedenlijst was vastgesteld (de IBA-lijst). De procedure is bedoeld om representatieve Natura 2000-gebieden te selecteren, die zich op ecologische en wetenschappelijke gronden kwalificeren vanwege voorkomen van een habitatype of soort die belangrijk (genoeg) zijn voor de verwezenlijking van de doelstelling van de Habitatrichtlijn om het habitatype of soort in de EU in een gunstige staat van instandhouding te behouden of herstellen. Hierdoor moest ook een evenwichtige aanwijzing van Natura 2000-gebieden in alle lidstaten van de biogeografische regio worden gewaarborgd, zodat niet in de ene lidstaat veel meer gebieden zouden worden aangewezen dan in de andere, zonder dat een verschil in kwaliteit van de gebieden waar het habitatype of de soort voorkomt, dit rechtvaardigt.

Het Natura 2000-gebied Haringvliet dat door Nederland was voorgesteld besloeg ruim 11.000 ha. Reden hiervoor waren belangrijke voorkomens van 2 habitattypen (rivieren met slikoevers met bepaalde vegetaties; voedselrijke ruigten van het laagland), 2 vissoorten (elft en fint) en 1 prioritaire soort (noordse woelmuis).

Dit gebied was vooral voorgesteld vanwege de actuele natuurwaarden, maar er werd daarnaast ook nog een gebied van 110 ha, de Leenheerenpolder, voorgesteld vanwege zijn ontwikkelingspotentieel. Dit werd nodig geacht om voor de natuurwaarden in dat gebied die in een ongunstige staat van instandhouding verkeren, de gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken. In de Leenheerenpolder zouden passende natuurontwikkelingsmaatregelen worden genomen, met name de ontpoldering van de pol-

der, die nu nog uit landbouwgebied bestaat. Dit landbouwgebied zal door de ontpoldering worden ontwikkeld tot moeras habitats die karakteristiek zijn voor de regio. Door de verwezenlijking van een gebied dat onderhevig is aan getijdenwerking beoogde Nederland te voldoen aan zijn verplichting op grond van de Habitatrichtlijn om de maatregelen te nemen die nodig zijn om op nationaal niveau de gunstige staat van instandhouding van alle door de richtlijn beschermde habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken. De desbetreffende habitattypen en habitats van soorten bevinden zich landelijk gezien in een “matig ongunstige” staat van instandhouding – op een drietrapschaal: “gunstig”; “matig ongunstig” en “zeer ongunstig”. Nederland was destijds van mening dat de aanwijzing van een natuurontwikkelingsgebied, in aansluiting op het Natura 2000-gebied waar de natuurwaarden in kwestie al aanwezig waren, de beste verbeteringsmogelijkheid bood. De herstellmogelijkheden in het gebied waren gekwalificeerd als “gemakkelijk” of “mogelijk zonder buitensporige inspanningen”.

De Europese Commissie plaatste het voorgestelde gebied, inclusief de Leenheerenpolder, in 2004 op de lijst van GCB. In het laatste stadium van de definitieve aanwijzing van de GCB als Natura 2000-gebied kwam Nederland terug op zijn voornemen om ook de Leenheerenpolder aan te wijzen.

De reden daarvan was de politiek gemotiveerde beleidslijn om bij de implementatie van de Habitatrichtlijn niets meer te doen dan het minimum dat vereist is om aan de Europese verplichtingen te voldoen. De lidstaten hebben keuzevrijheid om zelf te bepalen welke maatregelen zij nemen om de gunstige staat van instandhouding van de door de Habitatrichtlijn beschermde natuurwaarden in de lidstaat (op nationaal niveau) te verwezenlijken. In de Habitatrichtlijn is namelijk, anders dan voor de beoordeling van plannen en projecten met mogelijk significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden, niet voorgeschreven welke specifieke maatregelen de lidstaten moeten nemen om de gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken en welke procedures ze daartoe moeten volgen. In dit geval was het idee om dit door natuurontwikkeling te doen in een gebied dat hiervoor gunstige perspectieven biedt. Daarom stelde Nederland aan de Europese Commissie voor om de Leenheerenpolder als GCB aan te wijzen. De Staatssecretaris van ELI redeneerde dat alsnog van gebiedsaanwijzing zou kunnen worden afgezien wanneer blijkt dat de nationale gunstige staat van instandhouding van het habitatype ook kan worden verwezenlijkt met andere maatregelen, ook al hebben die niet zozeer om ecologische maar om andere redenen de voorkeur. Art. 2, lid 3, Habitatrichtlijn schrijft voor dat de lidstaten bij het nemen van maatregelen ter verwezenlijken van de doelstellingen van de Habitatrichtlijn ook rekening moeten houden met andere betrokken belangen, waaronder economische en sociale, en met lokale en regionale bijzonderheden. Uit de jurisprudentie blijkt echter ook dat bij de aanwijzing van Natura 2000-gebieden alleen ornithologische en ecologische overwegingen een rol mogen spelen en dat art. 2, lid 3, Habitatrichtlijn daarbij buiten beschouwing moet worden

4 In de volgende publicaties wordt, onder bespreking van de jurisprudentie, uitgebreid ingegaan op de aanwijzing van Natura 2000-gebieden: H.E. Woldendorp, ‘De aanwijzing van Natura 2000-gebieden: landbouwgronden meenemen of niet?’, *M & R* 2009 (p. 209-215); H.E. Woldendorp, ‘Nieuwe jurisprudentie over de aanwijzing van Natura 2000-gebieden’, *BR* 2012/12 (p. 47-65); J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Uitgeverij Paris B.V., 2016, ISBN: 9789462511194 (hoofdstuk 3).

gelaten.⁵ De natuurontwikkelingsmaatregel heeft voor de Staatssecretaris van ELI niet meer de voorkeur, omdat dit betekent dat tot onteigening moet worden overgegaan en dat landbouwgrond moet worden ontpolderd. Onteigening voor natuurbeschermingsdoeleinden wordt onwenselijk geacht. Het is een *ultimum remedium*.⁶ Bij nader inzien is deze maatregel volgens de staatssecretaris bovendien ook niet meer nodig om het natuurontwikkelingsgebied Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied aan te wijzen om aan de internationale verplichtingen te kunnen voldoen.

In het aanwijzingsbesluit uit 2013 ontbrak dus de Leenheerenpolder. Hiermee was de natuurbeschermingsorganisatie het niet eens. Zij maakte bezwaar en stelde, na de afwijzing daarvan, beroep in bij de Afdeling bestuursrechtspraak,⁷ en had succes. De Afdeling bestuursrechtspraak constateerde onder meer dat de Europese Commissie nog geen gevolg had gegeven aan het verzoek van Nederland om de Leenheerenpolder niet meer als GCB aan te wijzen en dat zo lang een gebied nog op de lijst van GCB voorkomt de lidstaten verplicht blijven het gebied definitief als Natura 2000-gebied aan te wijzen.⁸ Het besluit tot aanwijzing van het Natura 2000-gebied Haringvliet werd nietig verklaard voor zover de Leenheerenpolder daar buiten was gelaten, terwijl dat gebied wel op de lijst van GCB was geplaatst. Art. 4, lid 4, Habitatrichtlijn verplicht de lidstaten namelijk om de GCB definitief aan te wijzen als Natura 2000-gebied, zonder daar alsnog deelgebieden buiten te laten.

Nederland stuurde vervolgens informatie aan de Europese Commissie toe om te onderbouwen waarom het gebied was verkleind, met de bedoeling dat de aanwijzing van de GCB Haringvliet zou worden aangepast. Nederland gaf daarbij aan dat de Leenheerenpolder geen natuurwaarden bevatte en dat de oorspronkelijke plannen om deze polder om te vormen waren verlaten omdat het herstel van de watergebieden van andere zones van het GCB Haringvliet afdoende was om de doelstellingen van instandhouding van dat GCB te bereiken. Daarbij gaf Nederland ook aan dat het verlaten van het ontpolderingsplan samenhang met politieke, sociale en budgettaire redenen. De Staatssecretaris van ELI stelde dat sprake was geweest van een 'wetenschappelijke fout' doordat hij ten tijde van het voorstel om het gebied Haringvliet te plaatsen op de lijst van GCB's ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat de polder niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk was voor het behalen van de doelstellingen van instandhouding van dat gebied. Het arrest is in dit opzicht overigens niet duidelijk. In overweging 23 van het arrest lijkt het er namelijk op dat de staatssecretaris zich voor de onttrekking van de Leenheerenpolder aan de aanwijzing heeft

beroepen op een wetenschappelijke fout,⁹ terwijl uit overweging 38 het tegendeel blijkt. Daarnaast heeft de staatssecretaris er op gewezen dat andere maatregelen in het gebied zijn/worden genomen, en voor een aantal andere gebieden een behoudsdoelstelling is vervangen door een verbeteringsdoelstelling. Wat er ook zij van het beroep op de wetenschappelijke fout, de beleidswijziging is duidelijk de belangrijkste reden om te besluiten de Leenheerenpolder niet aan te wijzen, zoals uit het hiernavolgende nog zal blijken.

De Europese Commissie stemde met het voorstel in en paste de aanwijzing van het GCB aan door de Leenheerenpolder daar alsnog buiten te laten. De reden daarvan was, ten eerste, de gunstige evaluatie die Nederland had gemaakt van het herstelpotentieel in andere delen van het gebied, en, ten tweede, het feit dat er enkele herstelmaatregelen werden uitgevoerd of waren gepland op andere plaatsen. De Europese Commissie merkte het aanvankelijk voorstel om de Leenheerenpolder op te nemen in het GCB Haringvliet daarom aan als een 'wetenschappelijke fout'.¹⁰ Voor de Europese Commissie was de wetenschappelijke fout van doorslaggevend belang om in te stemmen met het voorstel om de Leenheerenpolder aan de aanwijzing te onttrekken. Hierbij tekende de Europese Commissie overigens nog wel aan dat als de andere maatregelen onvoldoende blijken te zijn om de (nationale) gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken opnieuw moet worden overwogen om de Leenheerenpolder alsnog aan te wijzen en dat het met het oog daarop wenselijk is dat er geen maatregelen worden genomen die de Leenheerenpolder voor natuurontwikkeling ongeschikt zouden kunnen maken.¹¹

De staatssecretaris heeft vervolgens het verkleinde gebied definitief als Natura 2000-gebied aangewezen. Tegen dit tweede aanwijzingsbesluit stelde de natuurbeschermingsorganisatie opnieuw beroep in.

De Afdeling bestuursrechtspraak stelde in haar tussenuitspraak vast dat de gebiedsaanwijzing nu weliswaar overeenkomt met de lijst van GCB, maar betwijfelde toch of de Europese Commissie op juiste gronden was overgegaan tot verkleining van het GCB, reden om hierover aan het Europese Hof een prejudiciële vraag te stellen. Zij merkte onder meer op dat 1) een deel van de herstelmaatregelen waarop de staatssecretaris wijst, al in de eerdere voornemens was meegerekend, 2) niet is aangetoond dat zonder de maatregelen in de Leenheerenpolder de desbetreffende habitattypen

5 HvJ EG 7 november 2000, C-371/98; ECLI:EU:C:2000:600 (overwegingen 16 en 25).

6 Zie o.a. de beantwoording van vraag 6 van het lid Koppejan, 29 oktober 2010, Aanhangsel *Handelingen II* 2010/11, 1721.

7 ABRvS 1 oktober 2014, nr. 201309087/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:3543 (gepubliceerd in *BR* 2014/12, met noot van de auteur).

8 ABRvS 14 november 2012, nr. 201104871/1/A4, ECLI:NL:RVS:2012:BY3041; ABRvS 2 juli 2014, nr. 201305234/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:2375; ABRvS 1 oktober 2014, nr. 201309087/1/R2; ECLI:NL:RVS:2014:3543. De ABRvS verwijst o.a. naar: HvJ EG 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214.

9 Zie ook overweging 12.1 van ABRvS 18 mei 2016, nr. 201504578/1/R2.

10 Dat herstel van een wetenschappelijk fout mogelijk is zou blijken uit de jurisprudentie van het Europese Hof. Zie HvJ EG 25 november 1999, C-96/98, ECLI:EU:C:1999:580; Conclusie van de A-G bij het arrest HvJ EG 18 juli 2006, C-191/05; ECLI:EU:C:2006:150.

11 "It is obvious that, should it appear in the future that the conservation measures that have already been established and those that are still in the planning phase for the time being are actually insufficient to achieve the conservation objectives of the respective sites, it will become necessary to consider the establishment of additional restoration measures possibly also beyond the site borders. In the case of the Haringvliet the above mentioned restoration plans (...) would then most probably have to be reconsidered. We would therefore strongly recommend applying the precautionary principle by avoiding any decision in the short or medium term that could possibly lead to an irreversible reduction of the restoration potential of the (...) Leenheerenpolder."

en habitats van soorten nog steeds in een goede instandhouding verkeren en 3) uit rapporten blijkt dat de staat van instandhouding niet is verbeterd maar juist verslechterd. Voor alle duidelijkheid: de vraag heeft niet betrekking op het aanwijzingsbesluit van de Staatssecretaris van ELI maar op het 'uitvoeringsbesluit van de Europese Commissie tot vaststelling van een achtste bijgewerkte lijst van gebieden van communautair belang voor de Atlantische biogeografische regio', waarop het aanwijzingsbesluit is gebaseerd. De Afdeling bestuursrechtspraak verwijst naar jurisprudentie van het Europese Hof,¹² waaruit blijkt dat nationale rechters ook prejudiciële vragen kunnen stellen over besluiten van Europese instellingen:

"Het Hof heeft voorts als volgt geoordeeld (...): "De nationale rechterlijke instanties kunnen een onderzoek instellen naar de geldigheid van een gemeenschapshandeling en, indien zij menen dat de door partijen aangevoerde middelen van ongeldigheid ongegrond zijn, deze verwerpen door vast te stellen dat de handeling ten volle geldig is. (...) Zij zijn daarentegen niet bevoegd, handelingen van de Gemeenschapsinstellingen ongeldig te verklaren."

De parlementaire geschiedenis werpt meer licht op de redenen waarom de Staatssecretaris van ELI alsnog wilde afzien van de aanwijzing van de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied. De discussie die hierover in de Tweede Kamer werd gevoerd, moet worden gezien tegen de achtergrond van de discussie over de ontpoldering van de Hedwige-polder langs de Westerschelde, waarover de emoties hoog opliepen, en nog steeds hoog oplopen. Voor de tegenstanders van ontpoldering was het een principiële punt dat geen 'kostbare landbouwgrond' onder water zou worden gezet. Dit punt komt terug in de vragen die aan de Staatssecretaris van ELI over de mogelijke ontpoldering van andere gebieden werden gesteld.^{13,14} Het volgende citaat geeft de context waarin de discussie zich afspeelde goed weer:

"1 Op welke wijze geeft het kabinet uitwerking aan het regeerakkoord met als uitgangspunt «er komen geen nieuwe besluiten tot ontpoldering, bestaande plannen worden heroverwogen» en het schrappen van robuuste verbindingen? In het Regeerakkoord «Vrijheid en verantwoordelijkheid» is vastgelegd dat de Ecologische hoofdstructuur (EHS) in 2018 herijkt gerealiseerd wordt. In december heeft het rijk een inhoudelijk kader voor de herijking aan de provincies aan-

gereikt dat complementair is aan de financiële randvoorwaarden van het regeerakkoord. De uitgangspunten van het Regeerakkoord voor ontpoldering en het schrappen van robuuste verbindingen zijn onderdeel van het inhoudelijk kader. De provincies zijn nu aan zet om aan te geven hoe zij de herijkte EHS ecologisch, beheersmatig en financieel willen vormgeven. Vervolgens zal gezamenlijk worden toegewerkt naar een akkoord over de wijze waarop de herijkte EHS gerealiseerd wordt. De herijkte EHS zal zorgen voor de realisatie van internationale verplichtingen die hard en juridisch bindend zijn, met name die van de Vogel- en Habitatrichtlijnen (Natura 2000) en in samenhang met de Kaderrichtlijn Water. Daarnaast zal de herijkte EHS resulteren in een nieuwe, kleinere EHS door herbegrenzing en door aanpassing van natuurdoeltypen en beheersregimes."

Het kabinet komt uitdrukkelijk terug op de 'Deltanatuurprojecten', waaronder de voorgenomen ontpoldering van de Leenheerenpolder. Die projecten hadden de specifieke doelstelling om natte natuur te realiseren. Er wordt alleen nog een uitzondering gemaakt voor projecten die zijn gericht op vernatting of ontpoldering ten behoeve van waterveiligheid. De provincie Zuid-Holland, waar de projecten zouden worden uitgevoerd, moet de EHS in heroverweging nemen ('herijken'). Weer een citaat:

"Uitgangspunt bij de heroverweging is dat gebieden niet worden ontpolderd of vernat. Voor Natura 2000 doelen moet worden gezien of ze kunnen worden gerealiseerd zonder vernatting of ontpoldering. Als dat niet het geval is zal ik onderzoeken of er mogelijkheden zijn de Natura 2000 doelen voor het gebied te wijzigen, met inachtneming van de landelijke opgave en zo nodig in overleg met de Europese Commissie."

Uit de antwoorden blijkt ook dat het kabinet de provincie Zuid-Holland onder druk heeft gezet om niet alsnog onder provinciale vlag tot uitvoering van de voorgenomen ontpoldering over te gaan.¹⁵

15 Zie ook: Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Kamerstukken II* 2010/11, 30825, 65. In reactie op het besluit van Provinciale Staten van Zuid-Holland om de ontpoldering van de polder Zuidoord door te zetten: "Ik beschouw de besluitvorming van Provinciale Staten als een gegeven. Ik zal echter geen medewerking in financiële of andere zin verlenen aan de uitvoering ervan."; Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 16 december 2011 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Kamerstukken II* 2010/11, 30825, 149: "Ik heb met de provincie Zuid-Holland overlegd over welke Deltanatuurprojecten noodzakelijk zijn voor de internationale doelen van Natura 2000 en KRW en aansluitend of projecten die niet nodig zijn voor Natura 2000 buiten de Natura 2000 begrenzing gebracht kunnen worden. Daarbij is de zoekrichting besproken om de doelen waarvoor vernatting noodzakelijk is, in een zo klein mogelijk gebied en bij voorkeur op landbouwgrond van mindere kwaliteit te realiseren. Ik heb de provincie (...) medegedeeld dat indien de met de internationale verplichtingen samenhangende natte natuur zo sober mogelijk en geconcentreerd wordt gerealiseerd, de ontpoldering van ca. 600 hectare niet noodzakelijk is. Daarbij heb ik aangegeven dat ik bereid ben om de Deltanatuurprojecten die niet nodig zijn voor de internationale doelen, buiten de (definitieve) Natura 2000 begrenzing te brengen en die wijziging ter goedkeuring aan de EU wil voorleggen. Het is nu aan de provincie om de besluitvorming over de herijking van de EHS af te ronden."

12 HvJ EEG 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.
 13 Vragen van de leden Koppejan en Koopmans, 4 augustus 2010, Aanhangsel *Handelingen II* 2009/10, 3201, met name vraag 2: "Is het waar dat (...) sprake is van een polder onder water zetten en goede landbouwgrond opofferen voor nieuwe natuur?" Deze vraag heeft ook betrekking op de Leenheerenpolder. Vragen van het lid Koppejan, 29 oktober 2010 (Aanhangsel *Handelingen II* 2010/11, 1721). Vraag 4: "Deelt u de mening dat kostbare landbouwgrond niet omgezet moet worden in natte natuur, dat dat een ongewenste ontwikkeling zou zijn?". Zie over het onderwerp ook: Vragen van de leden Koppejan en Koopmans gestelde Kamervragen (Aanhangsel *Handelingen II* 2010/11, 1774); Kamervragen van het lid Koppejan van 2 mei jl. (Aanhangsel *Handelingen II* 2010/11, 2418).
 14 Lijst van vragen en antwoorden, vastgesteld 17 januari 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 30825, 66.

Het lijkt mij duidelijk dat voor dit gewijzigde beleid in beginsel geen enkele ecologisch gemotiveerde aanleiding bestond, al zijn er later natuurlijk wel de vereiste ecologische argumenten bij gehaald om het besluit voldoende te kunnen motiveren. In het voorstel aan de Europese Commissie om de Leenheerenpolder niet als Natura 2000-gebied aan te wijzen worden hiervoor 'politieke, sociale en budgettaire redenen' als redenen genoemd. Hiermee speelt Nederland dus open kaart. De beleidswijziging was inderdaad politiek gemotiveerd ('politieke redenen'; zie voorgaande). De voornemens om tot ontpoldering over te gaan hadden her en der in het land tot veel maatschappelijke onrust aanleiding gegeven,¹⁶ met name in Zeeland in de discussie over de ontpoldering van de Hedwigepolder ('sociale redenen').¹⁷ Tot slot was het voor de ontpoldering gereserveerde potje inmiddels niet meer beschikbaar ('budgettaire redenen').¹⁸ Financiële redenen vind ik persoonlijk in dit verband eigenlijk nooit overtuigend, omdat de kosten van welke natuurmaatregel dan ook in het niet vallen bij de aanleg van 1 km snelweg, waarvoor wel altijd geld kan worden gevonden.

Er is dus sprake van een 'ordinaire' beleidswijziging en daar is niets wetenschappelijks aan. Met het besluit om deze beleidswijziging als een wetenschappelijke fout te classificeren gaf de Europese Commissie in feite de perfecte voorzet aan de natuurbeschermingsvereniging om, na door de aanpassing van de lijst van GCB en het daarop volgende aanwijzingsbesluit eerst op achterstand te zijn gezet, vlak voor het einde van de reguliere speeltijd toch nog de gelijkmaker te kunnen inkoppen. Zoals ik in paragraaf 5 nog zal aangeven, ben ik van mening dat de Europese Commissie zich had moeten beroepen op de beleidsvrijheid van de lidstaten om, onder bepaalde voorwaarden en binnen bepaalde grenzen, zelf te bepalen welke instandhoudingsmaatregelen worden genomen. De aanwijzing van de Leenheerenpolder was mijns inziens namelijk een instandhoudingsmaatregel. Het vervolg van deze procedure zal zich in de verlenging afspeelen.

In dit verband vind ik het opmerkelijk dat de lijst van GCB veelvuldig wordt bijgewerkt, inmiddels al tienmaal. Daarbij ging het per bijwerking om verschillende gebieden. Ik heb niet onderzocht welke aanleidingen en redenen hiervoor precies werden aangevoerd. De Europese Commissie merkt in haar uitvoeringsbesluiten in algemene zin op dat de aanwezigheid en verspreiding van de typen natuurlijke habitats en habitats van soorten zich voortdurend ontwikkelt, onder invloed van de gegevens die komen uit de monitoring die volgens de Habitatrichtlijn moet plaatsvinden. Daarom is de beoordeling en selectie van de gebieden gebaseerd op de actuele beste beschikbare informatie. Of er steeds sprake is van gegronde, in de jurisprudentie erkende, redenen voor

de aanpassingen kan ik niet beoordelen, maar het lijkt me op voorhand niet waarschijnlijk dat er al die keren sprake is geweest van wetenschappelijke fouten in de aanwijzingsvoorstellen van de lidstaten.

3. De conclusie van de A-G

In haar conclusie houdt advocaat-generaal (A-G) Kokott¹⁹ een genuanceerd en wat mij betreft overtuigend betoog, reden om haar conclusie hier kort weer te geven. Hierbij laat ik zaken weg die in het voorgaande al zijn weergegeven.

De A-G vat de vraag waarom het in deze zaak gaat als volgt samen:

“Kan een lidstaat een beschermingszone overeenkomstig de Habitatrichtlijn verkleinen, wanneer hij zijn strategie voor het herstel van beschermwaardige habitattypen wijzigt en de desbetreffende zones niet meer nodig heeft?”

De A-G wijst om te beginnen op de algemene doelstelling van de Habitatrichtlijn om maatregelen te nemen om de door de richtlijn beschermde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen. Deze verplichting volgt uit art. 2, lid 2, Habitatrichtlijn. Hiertoe zijn de lidstaten op grond van art. 3, lid 2, juncto lid 1, Habitatrichtlijn onder meer verplicht om speciale beschermingszones (Natura 2000-gebieden) aan te wijzen, met als doel een coherent Europees ecologisch netwerk van dergelijke gebieden (Natura 2000) te vormen. Deze verplichting heeft betrekking op de natuurlijke habitats van bijlage I bij de richtlijn en de habitats van de soorten van bijlage II bij de richtlijn.

Verwijzend naar de jurisprudentie van het Europese Hof, wijst de A-G erop dat voor gebiedsverkleining dezelfde procedure moet worden gevolgd als voor de plaatsing van het gebied op de communautaire lijst.²⁰ De lidstaat moet een aanpassingsvoorstel doen, dat door de Europese Commissie wordt beoordeeld. De lidstaat beschikt bij het doen van een voorstel over enige beoordelingsmarge. De Europese Commissie kan alleen instemmen met een voorstel tot gebiedsverkleining als zij tot de conclusie komt dat het desbetreffende gebied niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het Natura 2000-netwerk.

In de jurisprudentie van het Europese Hof is een 'vergissing' als grond voor een gebiedsverkleining erkend.²¹ De Europese Commissie heeft op grond hiervan geconcludeerd dat gebiedsverkleining ook kan worden toegestaan indien de plaatsing van een gebied op de lijst van GCB was gebaseerd op een aanname van het voorkomen van bepaalde habitattypen of habitats van soorten die achteraf helemaal niet in

16 Zie ook: Vragen van de leden Koppejan en Koopmans, 4 augustus 2010, Aanhangsel *Handelingen II* 2009/10, 3201, met name vraag 1.

17 Zie bijv. ook het succes van het volgende boek: Chris de Stoop, Dit is mijn hof.

18 Lijst van vragen en antwoorden, vastgesteld 17 januari 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 30825, 66, met name het antwoord op vraag 2.

19 Conclusie A-G, 15 juni 2017, C-281/16; ECLI:EU:C:2017:476.

20 HvJ EU 3 april 2014, (C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214), overweging 26.

21 HvJ EG 25 november 1999, (C-96/98, ECLI:EU:C:1999:580), overweging 55.

het gebied blijken voor te komen en die zich in de tussentijd ook niet hebben ontwikkeld. Volgens de A-G ging het echter niet om een ‘wetenschappelijke fout’, maar om iets wat fout was gegaan in de communicatie tussen de lidstaat en de Europese Commissie. Toch kan de A-G wel meegaan in de opvatting van de Europese Commissie dat een gebiedsaanwijzing die op een wetenschappelijke fout is gebaseerd, kan worden teruggedraaid als de beschermde habitattypen of habitats van soorten niet in het gebied blijken voor te komen. In dat geval kan het gebied immers ook geen bijdrage leveren aan het herstel van de gunstige staat van instandhouding van het habitatype of de soort.

De Europese Commissie heeft zich op het standpunt gesteld dat de wetenschappelijke fout geen verband hield met de gronden waarop het voorstel van Nederland was gebaseerd om het gebied als GCB voor te stellen, maar dat Nederland er destijds op verkeerde gronden van was uitgegaan dat het dit gebied nodig was voor de verwezenlijking van de gunstige staat van instandhouding van bepaalde habitattypen en habitats van soorten. Dit is hetzelfde argument dat door de staatssecretaris werd aangevoerd. Daarom is het opmerkelijk en verwarrend dat in overweging 38 van het arrest wordt opgemerkt dat Nederland zich niet op een wetenschappelijke fout heeft beroepen als reden om de Leenheerenpolder niet als Natura 2000-gebied aan te wijzen.

De A-G gaat niet mee in deze redenering. De Leenheerenpolder is juist bijzonder geschikt om beschermenswaardige habitats te ontwikkelen en die mogelijkheid bestaat nog steeds. Het voorstel om de Leenheerenpolder niet meer aan te wijzen was niet gebaseerd op een foutieve aanname over het herstelpotentieel, maar op een ‘heroriëntering’. Deze werd gemotiveerd door politieke, sociale en budgettaire overwegingen en de aanname dat de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied Haringvliet elders (in het gebied) blijken te kunnen worden verwezenlijkt. De Europese Commissie heeft echter helemaal niet nagegaan in hoeverre de Leenheerenpolder inderdaad niet meer noodzakelijk was voor de verwezenlijking van de gunstige staat van instandhouding van het Natura 2000-gebied Haringvliet en het Europese Natura 2000-netwerk.

De A-G geeft de Europese Commissie nog een flinke veeg uit de pan door erop te wijzen dat de gebiedsverkleining op slinkse, onvoldoende kenbare, wijze heeft plaatsgevonden. De gebiedsverkleining kon pas bij nauwkeurige bestudering van de verschillende versies van de lijst van GCB worden ontdekt. De motivering van het uitvoeringsbesluit schiet dan ook tekort vanwege het ontbreken van bepaalde essentiële gegevens. Dat veel belanghebbenden wel op de hoogte waren van de gebiedsverkleining en de redenen daarvoor doet hieraan volgens de A-G niet af.

De A-G gaat vervolgens in op de voorwaarden voor verkleining van een GCB door aan de aanwijzing een deelgebied (‘zone’) te onttrekken. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof blijkt dit tot nu toe in slechts twee situaties mogelijk te zijn: in geval van een fout in de communicatie tussen de lidstaat en de Europese Commissie en bij onvermijdelijke

verslechtering van het gebied waardoor het zich niet meer als GCB kwalificeert. Daarnaast is er de situatie waarin sprake is van een wetenschappelijke fout, waarnaar de Europese Commissie verwijst.

In de onderhavige zaak is volgens de A-G sprake van een atypisch geval. De reden om de Leenheerenpolder voor te stellen was niet het voorkomen van beschermenswaardige habitattypen of habitats van soorten, maar het potentieel van deze zone om dergelijke habitattypen of soorten te ontwikkelen. De verplichting om zones met potentieel voor herstelmaatregelen als GCB voor te stellen kan alleen indirect worden afgeleid uit art. 4, lid 1, Habitatrichtlijn en bijlage III Habitatrichtlijn. In beginsel kan alleen het daadwerkelijk voorkomen van een habitatype of soort een reden zijn om een gebied voor te stellen. Dit volgt uit de omstandigheid dat de lidstaten de te beschermen habitattypen en habitats van soorten in een gebied moeten opgeven (dus die moeten er dan wel zijn). Bijlage III voorziet in de mogelijkheid om bij de beoordeling ook een herstel van voorkomens te betrekken. Bovendien moeten volgens art. 4, lid 4, Habitatrichtlijn bij de aanwijzing van het GCB de prioriteiten worden vastgesteld, “gelet op het belang van de gebieden voor het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van een type natuurlijke habitat van bijlage I of van een soort van bijlage II alsmede voor de coherentie van Natura 2000 en gelet op de voor dat gebied bestaande dreiging van achteruitgang en vernietiging”. Dit sluit aan bij art. 2, lid 2, en art. 3, lid 1, Habitatrichtlijn. Als het bestaande voorkomen van habitattypen of habitats van soorten niet toereikend is om een gunstige staat van instandhouding te waarborgen, moeten (andere) voorkomens worden hersteld.

Dit betekent echter niet dat alle zones met potentieel voor herstelmaatregelen als GCB moeten worden voorgesteld en aangewezen. De reden daarvoor kan vooral zijn dat de staat van instandhouding van de habitattypen of habitats van soorten ontoereikend is. Anders kan er immers ook geen verplichting tot herstel bestaan. Als het echter zo is dat verbetering van een ongunstige staat van instandhouding alleen mogelijk is door gebruik te maken van een bepaald herstelpotentieel, dan is het nauwelijks te rechtvaardigen dat wordt afgezien van die herstelmaatregelen en de aanwijzing van zones met potentieel.

De A-G merkt daarbij op dat de situatie vaak niet zo eenduidig zal zijn.

“Tussen wetenschappelijke onzekerheid over de staat van instandhouding van habitattypen of -soorten enerzijds, en over de doeltreffendheid van herstelmaatregelen anderzijds, ligt reeds veel ruimte voor moeilijke prognosebesluiten. Wanneer er meerdere mogelijkheden tot herstel van voorkomens bestaan, zal er bovendien met betrekking tot deze opties dikwijls een discretionaire keuzebevoegdheid bestaan, die in wezen toekomt aan de nationale autoriteiten. Derhalve lijkt het eerder onwaarschijnlijk dat in de praktijk *bepaalde* herstelmaatregelen geboden zijn. En het is in beginsel ook mogelijk de stra-

tegie tot herstel van habitattypen en -soorten in de loop van de tijd te wijzigen.”

Vervolgens komt de A-G te spreken over een bijzonder interessant punt, namelijk de vraag op welk niveau de gunstige staat van instandhouding verzekerd moet worden: het Natura 2000-gebied, de lidstaat of de EU.

Natura 2000 is een Europees netwerk. Daarom is de doelstelling van de richtlijn gericht op een gunstige staat van instandhouding op het niveau van de EU. De lidstaat kan de situatie op EU-niveau als geheel niet alléén beoordelen. Daarom moet de lidstaat bij zijn voorstel voor een gebiedsverkleining vooral kijken naar de situatie op nationaal niveau. Daarbij gaat het met name om de vraag of de uit te sluiten zones op nationaal niveau van aanzienlijk ecologisch belang zijn voor het doel van het behoud van natuurlijke habitats en habitats van soorten in een gunstige staat van instandhouding. Voor zover de zij daarvan op de hoogte is, kan de lidstaat daarbij tevens rekening houden met de situatie op Europees niveau.

De A-G merkt ook nog op dat bij een ongunstige staat van instandhouding van een habitatype of soort sprake kan zijn van een schending van het verslechteringsverbod ingevolge art. 6, lid 2, Habitatrichtlijn. Ook daarmee moet bij een voorstel tot gebiedsverkleining rekening worden gehouden. De lidstaten hebben echter een discretionaire bevoegdheid als het aankomt op de keuzen van de te nemen herstelmaatregelen. Juist bij grote gebieden als het Haringvliet is het mogelijk dat ook andere maatregelen kunnen worden genomen. Politieke, sociale en budgettaire redenen mogen daarbij echter geen rol spelen; die zijn alleen aan de orde bij de toepassing van art. 6, lid 4, Habitatrichtlijn in geval van concrete plannen projecten.

Hoewel de lidstaten een discretionaire bevoegdheid hebben, is deze niet onbepaald. Na plaatsing van een gebied op de lijst van GCB moet worden uitgegaan van het vermoeden dat de aanwijzing van deze zones en de beoogde herstelmaatregelen noodzakelijk zijn voor een gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende habitattypen en habitats van soorten. Aan een voorstel van de lidstaat om hierop terug te komen moet daarom de eis worden gesteld dat overtuigend is aangetoond “dat een goede staat van instandhouding ook zonder die zones en maatregelen kan worden gegarandeerd, dan wel in de toekomst kan worden bereikt”, zeker in geval van een ongunstige staat van instandhouding. De lidstaat mag er daarbij niet van uitgaan dat de zones met herstelpotentieel niet meer nodig zijn, omdat namelijk kan blijken dat andere herstelmaatregelen niet toereikend zijn.

Daarom mag de Europese Commissie alleen instemmen met het voorstel tot gebiedsverkleining “wanneer de lidstaat haar met voldoende wetenschappelijk onderbouwde kennis ervan overtuigt dat de desbetreffende zones vanuit nationaal oogpunt niet van aanzienlijk ecologisch belang zijn voor het doel van het behoud van de natuurlijke habitats en soorten, en er ook vanuit het oogpunt van de Unie als geheel

niets op tegen is om het gebied te verkleinen door deze zones daaraan te onttrekken”.

Dit leidt de A-G tot de conclusie “dat de Commissie overeenkomstig art. 4 Habitatrichtlijn op voorstel van de bevoegde lidstaat een GCB kan verkleinen, wanneer de desbetreffende zones uitsluitend met het oog op toekomstige maatregelen tot het herstel van habitattypen en/of voorkomens van soorten deel uitmaken van het GCB en de lidstaat informatie verstrekt die het voor de Commissie mogelijk maakt vast te stellen dat maatregelen met betrekking tot deze zones niet noodzakelijk zijn om een gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende habitattypen en/of soorten te garanderen”.

4. Het arrest van het Europese Hof

Het arrest wordt alleen weergegeven voor zover dit niet vervalt in een herhaling van het voorgaande.

Ook het Europese Hof herformuleert, zoals gebruikelijk, de prejudiciële vraag. Kennelijk is het erg moeilijk om een goede vraag te stellen. De vraag is nu ‘of de verkleining van de oppervlakte van het gebied Haringvliet, door de Leenheerpolder daaraan te onttrekken op grond dat de aanvankelijke opname van die polder in dat gebied voortvloeide uit een wetenschappelijke fout, geldig is’.

Een reden om een gebied haar status te ontnemen kan volgens art. 9 Habitatrichtlijn zijn dat de natuurlijke ontwikkeling, zoals uit het toezicht (monitoring) overeenkomstig art. 11 Habitatrichtlijn blijkt, dat rechtvaardigt. Dit is hier niet aan de orde en deze reden is door Nederland ook niet aangevoerd.

Voor het antwoord op de prejudiciële vraag is dus van belang te weten of de Habitatrichtlijn de Europese Commissie “de bevoegdheid geeft om, op voorstel van de betrokken lidstaat, de oppervlakte van een GCB te verkleinen in het geval waarin de aanvankelijke opname van het gebied op de lijst van GCB berustte op een wetenschappelijke fout en, in voorkomend geval, of de (...)verkleining in dit geval door een dergelijke fout kon worden gerechtvaardigd”.

Ook het Europese Hof wijst op zijn eerdere jurisprudentie waaruit is gebleken dat 1) de aanpassing van de lijst van GCB's de verkleining van de oppervlakte van een gebied kan omvatten, dat voor het besluit tot gebiedsverkleining dezelfde procedure moet worden gevolgd als voor de plaatsing van het gebied op die lijst, en 2) een vergissing in de kennisgeving aan de Europese Commissie bij de aanwijzing van een speciale beschermingszone kan leiden tot de verkleining van de oppervlakte van een dergelijk gebied op grond van de rectificatie van die vergissing (er was sprake van een administratieve fout).

Om een ontwerprijst van GCB te kunnen uitwerken die leidt tot de vorming van een coherent Europees ecologisch netwerk van speciale beschermingszones, moet de Europese Commissie beschikken over een volledige lijst van de gebieden die op nationaal niveau van relevant ecologisch belang

zijn ter verwezenlijking van de door de Habitatrichtlijn beoogde instandhouding van de natuurlijke habitats en van de wilde flora en fauna.²² Alleen op deze manier kan volgens het Europese Hof het in art. 3, lid 1, Habitatrichtlijn weergegeven doel van de richtlijn worden bereikt om een gunstige staat van instandhouding van typen natuurlijke habitats en habitats van soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied te behouden of te herstellen.

Blijkens art. 1, onder e) en i), juncto art. 2, lid 1, Habitatrichtlijn, moet bij de beoordeling van de gunstige staat van instandhouding van een natuurlijke habitat of van een soort worden uitgegaan van het hele Europese grondgebied van de lidstaten.²³

De lidstaat moet het voorstel van een gebied volgens art. 4, lid 1, Habitatrichtlijn baseren op de criteria van bijlage III Habitatrichtlijn en de relevante wetenschappelijke gegevens. Als er sprake is geweest van een fout die de relevante wetenschappelijke gegevens heeft aangetast, kan dit de verkleining van de oppervlakte van een GCB rechtvaardigen,²⁴ omdat het gebied moet bijdragen aan de instandhouding van de natuurlijke habitats en habitats van soorten.²⁵ Weliswaar hebben de lidstaten een zekere beoordelingsmarge bij het voorstellen van gebieden, maar bij een voorstel tot verkleining van een GCB is die veel beperkter omdat opname van een gebied op de lijst van GCB het vermoeden wettigt dat het in zijn geheel van belang is voor het doel van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten in de zin van de Habitatrichtlijn.²⁶ Er moet dan worden bewezen dat de desbetreffende zones op nationaal niveau niet van aanzienlijk ecologisch belang zijn. De Europese Commissie mag alleen met het voorstel instemmen wanneer ze tot de conclusie komt dat de gebieden ook vanuit het oogpunt van de Unie als geheel niet meer noodzakelijk zijn.

Het voorstel van Nederland tot verkleining van het gebied Haringvliet was niet gebaseerd op een foute inschatting (wetenschappelijke fout) van de ecologische waarde van de Leenheerenpolder en de bijdrage die dat gebied kan leveren aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de art. 2 en 3 Habitatrichtlijn (daarvan is ook verder niet gebleken), maar op een beleidswijziging (herijking van het nationale natuurbeleid) die vooral door politieke, sociale en budgettaire overwegingen is ingegeven. Daarnaast heeft Nederland gewezen op ontwikkelingen die gedeeltelijk al hadden plaatsgevonden in andere delen van het gebied Haringvliet en die afdoende zouden zijn om de doelstellingen van dat gebied te bereiken. Ook de Europese Commissie heeft een wetenschappelijke fout niet aangetoond. Het uitvoeringsbesluit tot bijwerking van de lijst van GCB is daarom ongeldig voor zover de Leenheerenpolder van het GCB Haringvliet geen deel meer uitmaakt.

22 HvJ EG 7 november 2000, (C-371/98, ECLI:EU:C:2000:600), overweging 22.

23 HvJ EG 7 november 2000, (C-371/98, ECLI:EU:C:2000:600), overweging 23.

24 HvJ EU 3 april 2014, (C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214), overweging 26.

25 HvJ EU 3 april 2014, (C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214), overweging 28.

26 HvJ EU 3 april 2014, C-301/12, ECLI:EU:C:2014:214, punt 27.

5. Mijn commentaar

5.1 Actuele natuurwaarden en potentiële natuurwaarden als reden voor aanwijzing

Uit het arrest blijkt dat het heel moeilijk is om nog terug te komen op een voorstel om een gebied als GCB en vervolgens definitief als Natura 2000-gebied aan te wijzen. Dat is in dit geval opmerkelijk, omdat het gebied waar het om gaat nog geen natuurwaarden bezit en zich dus op zichzelf niet voor aanwijzing kwalificeert.

De aanwijzing van een GCB is in beginsel namelijk gebaseerd op actuele natuurwaarden (beschermde habitattypen en habitats van soorten). Afgaande op de bewoordingen van art. 4, lid 1, Habitatrichtlijn gaat het om gebieden waarin de beschermde habitattypen en habitats van soorten 'voorkomen'. Dit begrip geeft aan dat het gaat om natuurwaarden die al in het gebied aanwezig zijn. Het gebied moet zich op grond van wetenschappelijke criteria kwalificeren als een van de belangrijkste gebieden voor de instandhouding van de daarin voorkomende beschermde habitattypen en habitats van soorten om te mógen worden aangewezen als Natura 2000-gebied. Als het Natura 2000-netwerk zou worden gevuld met gebieden van onvoldoende betekenis, zullen de doelstellingen van de richtlijn immers niet kunnen worden gerealiseerd. De begrenzing van de gebieden mag zich echter niet strikt beperken tot het gebied waar de habitattypen of habitats voorkomen, maar moet het hele ecologisch daarmee samenhangende gebied omvatten, zoals blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.²⁷ Uit de jurisprudentie van het Europese Hof blijkt dat als een gebied zich kwalificeert het ook móet worden aangewezen.

Als zelfstandig gebied zou de Leenheerenpolder vanwege het ontbreken van habitattypen en habitats van soorten die al in het gebied 'voorkomen', niet aangewezen mógen worden. Maar omdat het voornemen bestond om in het gebied in samenhang met het nabijgelegen gebied dat zich wel kwalificeert vanwege het voorkomen van actuele natuurwaarden, nieuwe natuurwaarden te ontwikkelen, is juist het omgekeerde het geval en móet het gebied volgens het Europese Hof worden aangewezen. Zoals ik in het hiernavolgende nog zal toelichten, moet de lidstaten hier meer beleidsvrijheid worden gelaten, omdat mijns inziens prevaleert dat sprake is van een instandhoudingsmaatregel.

De A-G wees er in haar conclusie in de hier besproken zaak op dat de lidstaten bij de aanwijzing volgens de criteria van bijlage III Habitatrichtlijn ook rekening moeten houden met de mate van instandhouding en, zo nodig, de mogelijkheid van herstel van een habitatype of soort die de reden voor aanwijzing is.²⁸ Als het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de lidstaten voor habitattypen en habitats van soorten die nog niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren, ook de gebieden selecteren die

27 Deze is besproken in de publicaties die worden genoemd in noot 4.

28 Overwegingen 53 en 54.

zich voor herstel en verbetering lenen, dan had hij dat naar mijn mening veel duidelijker in de richtlijn tot uitdrukking moeten brengen dan nu het geval is. Ik heb hier geen onderzoek naar gedaan, maar betwijfel voorshands of de herstel- en verbeteringsmogelijkheden bij de indiening van voorstellen voor GCB door de lidstaten, de bespreking van de voorstellen in communautair verband en de vaststelling van de lijst van GCB consequent door de Europese Commissie steeds zijn meegenomen. Dit is namelijk sterk afhankelijk van beleidsmatige afwegingen en de haalbaarheid van in aanmerking komende maatregelen. Er zijn zeer veel maatregelen denkbaar die een nuttige bijdrage zouden kunnen spelen bij het herstel of de verbetering van de staat van instandhouding van Natura 2000. De overwegingen om tot een besluit te komen of die maatregelen haalbaar en uitvoerbaar zijn, gaan mijns inziens het beoordelingskader dat op Europees niveau wordt toegepast, te buiten. Dat beoordelingskader is namelijk vooral gebaseerd op harde ecologische feiten. Deze maatregelen liggen voor mij dan ook meer in de sfeer van art. 6, lid 1, Habitatrichtlijn.

5.2 *De Nederlandse aanwijzingssystematiek*

Nederland heeft de herstel- en verbeteringsmogelijkheden van gebieden tot element van haar aanwijzingssystematiek gemaakt. Dit is in overeenstemming met de criteria voor de aanwijzing van GCB (art. 4, lid 1, Habitatrichtlijn en bijlage III Habitatrichtlijn), die aangeven dat ook rekening moet worden gehouden met de herstel mogelijkheden van de gebieden. Dit beleid lijkt mij dus geen 'nationale kop', omdat hiermee uitvoering wordt gegeven aan de aanwijzingscriteria van de Habitatrichtlijn en voorts een invulling wordt gegeven aan de verplichting van de lidstaten om de nodige instandhoudingsmaatregelen te treffen.

Kort gezegd hield de Nederlandse aanwijzingssystematiek in dat eerst de belangrijkste gebieden die zich vanwege het actuele voorkomen van habitattypen en habitats van soorten voor aanwijzing kwalificeerden, zijn geselecteerd. Voorts is vastgesteld in welke staat van instandhouding de habitattypen en habitats van soorten zich op nationaal niveau bevinden. Vervolgens zijn voor elk gebied de instandhoudingsdoelstellingen vastgesteld. Deze zijn ten minste op behoud gericht. Wanneer de staat van instandhouding van een habitattype of soort echter nog ongunstig is, zijn is voor gebieden die daarvoor het meest in aanmerking komen, een herstel- of verbeteringsinstandhoudingsdoelstelling vastgesteld in het aanwijzingsbesluit opgenomen. De bedoeling hiervan is geweest dat met het totaal aan instandhoudingsdoelstellingen op nationaal niveau een gunstige nationale staat van instandhouding zou worden verwezenlijkt (of, in het licht van het arrest en de conclusie die onderwerp van deze publicatie zijn, zorgvuldiger geformuleerd: ... Nederland zou voldoen aan haar verplichting om een toereikende bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van de staat van instandhouding van de habitattypen en habitats van soorten op het niveau van de biogeografische regio en de EU). Dit veronderstelt dat

er al is gekeken naar de maatregelen die daarvoor nodig zijn en de mogelijkheid om die te nemen. In het geval van het Haringvliet is de inschatting gemaakt dat de noodzakelijke verbetering van de nationale staat van instandhouding voor bepaalde habitattypen en habitats van soorten het beste in dit gebied kon worden gerealiseerd, omdat de nabijgelegen Leenheerenpolder zou kunnen worden ontpolderd en deze maatregel tot de gewenste verbetering zou leiden. De polder was daarom ook in de voorgestelde aanwijzing betrokken. Het is mij niet bekend hoeveel gebieden er zijn die zijn aangewezen vanwege een nog te realiseren natuurontwikkeling.

De voorgenomen ontpoldering van de Leenheerenpolder werd destijds kennelijk als een haalbaar scenario gezien. Onder invloed van de discussie over de ontpoldering van de Hedwigepolder ten behoeve van de verbetering van de staat van instandhouding van Natura 2000-gebied Schelde, is men later echter tot het inzicht gekomen dat ont-eigening en ontpoldering ten behoeve van natuurontwikkeling tot grote maatschappelijke onrust en verzet tegen de ontpoldering kan leiden en dat besef is vervolgens een factor van belang geworden bij het maken van politieke afwegingen.

5.3 *Keuzevrijheid van de lidstaten bij het nemen van instandhoudingsmaatregelen*

Nederland heeft met het voorstel tot aanwijzing van de Leenheerenpolder als GCB invulling gegeven aan zowel de aanwijzingscriteria van bijlage III Habitatrichtlijn als aan de algemene verplichting die uit de Habitatrichtlijn voortvloeit om de gunstige staat van instandhouding van de habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken. Die laatste verplichting laat de lidstaten vrij om zelf te bepalen welke maatregelen ze daartoe noodzakelijk en wenselijk achten. De Habitatrichtlijn schrijft namelijk geen specifieke maatregelen voor. Dit lijkt mij, zoals eerder al aangegeven, terecht, omdat er potentieel zeer veel instandhoudingsmaatregelen genomen kunnen worden om herstel en verbetering van de staat van instandhouding te verwezenlijken. Welke maatregelen uitvoerbaar en haalbaar zijn is afhankelijk van tal van omstandigheden en er zijn ook andere belangen in het geding. Hierdoor behoort de keuze van de instandhoudingsmaatregelen naar mijn mening tot het domein van de lidstaten. De besluitvorming over de keuze om de Hedwigepolder langs de Westerschelde te ontpolderen kan als voorbeeld dienen dat er veel meer dan alleen ecologische omstandigheden relevant zijn en dat ook op uitsluitend ecologische gronden niet op voorhand duidelijk is welke gebieden zich het meest voor het treffen van instandhoudingsmaatregelen lenen.

Nederland had het voornemen om de Leenheerenpolder te ontpolderen en er een natuurgebied van te maken. Dat was dus op zichzelf een keuze die binnen de discretionaire beoordelingsruimte van de lidstaat valt. In een dergelijk geval ligt het voor de hand om het gebied waarin de natuurontwikkeling zal plaatsvinden, de bescherming van een Natura 2000-gebied te geven, en dus als

Natura 2000-gebied aan te wijzen, omdat de duurzame instandhouding van de te verwezenlijken natuurwaarden zonder die bescherming niet kan worden gewaarborgd. De resultaten van de maatregelen mogen alleen worden meegeteld als bijdrage aan het Natura 2000-netwerk als de bescherming ervan is gewaarborgd doordat ze onder het beschermingsregime van de Habitatrictlijn vallen. Om dezelfde reden moet bij de toepassing van art. 6, lid 4, Habitatrictlijn een gebied waar compensatiemaatregelen worden genomen, worden aangewezen als Natura 2000-gebied, omdat verzekerd moet zijn dat de gerealiseerde nieuwe natuurwaarden onder hetzelfde beschermingsregime vallen als de aangetaste waarden die moeten worden gecompenseerd (art. 2.8, lid 8, Wet natuurbescherming).

Uit het voorgaande blijkt dat er sprake is van een samenspel van verplichtingen. Enerzijds is er vrijheid voor de lidstaten om te bepalen welke instandhoudingsmaatregelen worden getroffen. Anderzijds is er een verplichting voor de lidstaten om de resultaten van de maatregelen onder het beschermingsregime van de Habitatrictlijn te brengen, om de blijvende bijdrage aan het Natura 2000-netwerk te verzekeren, indien de maatregelen buiten een Natura 2000-gebied worden getroffen. Dat kan alleen door het gebied waar de nieuwe habitattypen en habitats zijn/worden verwezenlijkt als Natura 2000-gebied aan te wijzen. Dat kan vooraf, maar ik zie geen reden waarom dit niet ook achteraf na gebleken succes zou mogen. In de evenwichtsoefening waartoe het samenspel van verplichtingen leidt, zou in de fase dat de instandhoudingsmaatregelen nog niet zijn genomen of niet het beoogde resultaat hebben gehad, de vrijheid van de lidstaten mijns inziens zwaar moeten wegen (in het licht van art. 2, lid 3, Habitatrictlijn) en in de fase waarin de maatregelen tot resultaat hebben geleid de beschermingsverplichting, met inbegrip van een aanwijzingsverplichting van nog niet aangewezen gebieden waardoor deze onder het beschermingsregime van de Habitatrictlijn komen te vallen. Het opgeven van eenmaal verwezenlijkte natuurwaarden zou in een situatie waarin de gunstige staat van instandhouding nog niet is verzekerd of daarna niet meer verzekerd zou zijn, in elk geval haaks op de doelstellingen van de Habitatrictlijn staan.

Op het eerste gezicht zou ik zeggen dat het voorstel tot aanwijzing van een potentieel natuurontwikkelingsgebied als Natura 2000-gebied een maatregel is die primair valt binnen de discretionaire beoordelingsruimte van de lidstaat. Ik zie dit toch vooral als instandhoudingsmaatregel, net zoals de verplichting om een compensatiegebied als Natura 2000-gebied aan te wijzen vooral in het licht van de compensatieverplichting moet worden gezien en niet als onderdeel van de primaire aanwijzing van Natura 2000-gebieden. Dat zou dan ook moeten betekenen dat de lidstaat op zijn voornemen mag terugkomen.

Het hier besproken arrest weersprekt dit laatste echter. Volgens het Europese Hof prevaleert kennelijk het voornemen tot aanwijzing. Als de keuze voor aanwijzing eenmaal is gemaakt, gaat dit in zekere zin een eigen leven leiden,

zoals ook de beroemde tovenaarsleerling overkwam toen hij de bezem die hij met een toverspreuk aan het werk had gezet om emmers water voor hem te halen. De bezem bleef daarmee doorgaan toen er al meer dan genoeg water was gehaald, en de tovenaarsleerling kende geen spreuk om de bezem daarmee te laten stoppen.²⁹

De vraag rijst wat hier precies 'mis is gegaan' waardoor Nederland zich in deze situatie heeft gemanoeuvreed. Het komt weliswaar vaker voor dat men aan een vrijwillig uitgesproken voornemen wordt gehouden, maar de 'afstrafing' die het Europese Hof Nederland in het arrest geeft, is voor de politiek bepaald geen aanmoediging om zich vast te leggen op verbeteringsmaatregelen ter verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen. De politiek, die 'geen nationale koppen' nog steeds als haar Europees uitvoeringsbeleid hanteert, zal zich wel twee keer bedenken voordat het hier nogmaals haar vingers aan zal branden. Hier was strikt genomen geen sprake van een nationale kop, maar een keuze die is gemaakt ter uitvoering van een algemeen geformuleerde Europese verplichting die de lidstaten keuzevrijheid laat hoe zij deze verplichting wil verwezenlijken. De politiek heeft ingestemd met het voornemen om natuurontwikkeling op gang te brengen, maar blijkt nu niet de toverspreuk te kennen om de bezem tot staan te brengen. Ik denk namelijk dat er na dit arrest weinig anders op zit dan het gebied aan te wijzen, omdat het niet aannemelijk kan worden gemaakt dat het gebied niet langer geschikt is om de voorgenomen natuurontwikkeling te verwezenlijken.

Het arrest van het Europese Hof werpt wel enig licht op de vraag waarom het voornemen tot aanwijzing prevaleert boven de vrijheid om instandhoudingsmaatregelen te nemen, en daarop terug te komen. Dit volgt onder meer uit de aanwijzingscriteria in bijlage III Habitatrictlijn en uit art. 4, lid 4, Habitatrictlijn. Dat is echter een mijns inziens nogal onduidelijke bepaling. Wat wordt daarin bedoeld met 'prioriteiten stellen'? In die bepaling lees ik niet de verplichting dat de prioriteitstelling moet leiden tot instandhoudings- en zo nodig verbeteringsmaatregelen in het aangewezen Natura 2000-gebied en zelfs tot aanwijzing van zones waar deze maatregelen kunnen worden gerealiseerd. Verder geeft het Europese Hof aan dat de aanwijzingsprocedure in feite een Europese aangelegenheid is waarbij de lidstaten hand- en spandiensten verlenen. De Europese Commissie en de lidstaten in de desbetreffende biogeografische regio moeten bepalen welke gebieden moeten worden aangewezen om de gunstige staat van instandhouding van de habitattypen en habitats van soorten in de regio te verwezenlijken.

5.4 *Verplichting om de nodige instandhoudingsmaatregelen te nemen*

Ook de verplichting van de lidstaten om de gunstige staat van instandhouding van habitattypen en habitats van soor-

²⁹ Oorspronkelijk een ballade van Goethe, vooral bekend geworden in de muziekversie (Dukas) en als tekenfilm (Walt Disney).

ten te verwezenlijken of zo nodig te herstellen, is naar mijn smaak niet al te duidelijk in de tekst van de Habitatrichtlijn geformuleerd.

Weliswaar staat er in art. 2, leden 1 en 2, Habitatrichtlijn dat de richtlijn tot doel heeft om bij te dragen aan het waarborgen van de biologische diversiteit door de instandhouding van habitattypen en soorten van communautair belang en dat de maatregelen die op grond van de richtlijn worden genomen beogen die habitattypen en habitats van soorten in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen, maar hierin staat niet een uitdrukkelijke verplichting voor de lidstaten om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om zo snel als redelijkerwijs mogelijk is de gunstige staat van instandhouding te realiseren. Het feit dat een richtlijn een doel heeft betekent nog niet dat er andere verplichtingen uit de richtlijn kunnen voortvloeien dan uitdrukkelijk in de richtlijn zijn voorgeschreven, met dien verstande dat de doelstelling wel een rol kan spelen bij het inkleuren van die verplichtingen. Dat blijkt ook uit de bepaling dat de maatregelen die op grond van de richtlijn (moeten) worden genomen beogen bij te dragen aan die doelstelling. Maar welke maatregelen moeten worden genomen, moet uit andere bepalingen van de richtlijn blijken.

Voor de verplichting op grond van art. 6, lid 1, Habitatrichtlijn komt daarvoor in aanmerking. Daarin staat dat de lidstaten verplicht zijn om “voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen te treffen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de habitats van soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen”. Wat de ‘nodige’ instandhoudingsmaatregelen zijn, moet kennelijk worden afgeleid uit art. 2, lid 2, Habitatrichtlijn. Het zijn de instandhoudingsmaatregelen die nodig zijn om de gunstige staat van instandhouding van habitattypen en habitats van soorten te behouden of te herstellen. Ook Verbeek gaat hiervan uit.

“Art. 6, lid 1, verplicht de lidstaten tot het treffen van instandhoudingsmaatregelen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen voor een Habitatrichtlijn-gebied.”³⁰

Zij wijst ook op art. 4, leden 1 en 2, van de Vogelrichtlijn, wat betreft de gebieden die op grond van die richtlijn zijn aangewezen. Die bepalingen omvatten de verplichting tot het vaststellen van een toereikend juridisch beschermingsregime en tot het treffen van feitelijke maatregelen. De lidstaten zijn ook verplicht om positieve maatregelen te treffen.³¹ Dit is een resultaatsverplichting.

Als de wetgever deze interpretatie van bepalingen heeft beoogd, dan had hij dit mijns inziens duidelijker en uitdrukkelijker moeten regelen. In de wetenschappelijke literatuur wordt voor zover mij bekend algemeen aangenomen dat de lidstaten inderdaad de verplichting hebben om de gunstige staat van instandhouding van habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken. De redenering op welke grond deze verplichting berust, ontbreekt doorgaans echter. Dit wordt doorgaans als een resultaatsverplichting beschouwd. Er bestaat ook algemene overeenstemming over het ontbreken van een duidelijke termijn waarbinnen de lidstaten de uit deze verplichting voortvloeiende resultaten moeten hebben geboekt. Dat komt volgens mij omdat de daarvoor benodigde termijn voor de onderscheiden habitattypen en habitats van soorten heel verschillend kan zijn. Aangenomen mag worden dat de termijn inhoudt dat de gunstige staat van instandhouding zo snel als redelijkerwijs van de lidstaat kan worden gevergd, moet zijn bereikt. Mij is niet bekend dat de Europese Commissie inbreukprocedures tegen lidstaten is gestart, omdat een habitatype of soort op hun grondgebied nog niet in een gunstige staat van instandhouding verkeert. Wel zijn er inbreukprocedures geweest tegen lidstaten vanwege een achteruitgang van de staat van instandhouding van een habitatype of soort. Overigens merk ik op dat uit het arrest en de conclusie in de onderhavige zaak blijkt dat de gunstige staat van instandhouding op het Europese niveau moet worden verwezenlijkt omdat Natura 2000 een Europees netwerk is. Er zou dus in feite sprake zijn van een gemeenschappelijke verplichting, die, uitzonderingsgevallen dat een habitatype of soort vooral in één lidstaat voorkomt, op alle lidstaten rust en niet uitsluitend aan één lidstaat kan worden toegerekend. De Habitatrichtlijn doet mij in zoverre sterk denken aan de Kaderrichtlijn water, die weliswaar uitgaat van een internationale stroomgebiedsbenadering, maar waarin is verzuimd om in bijpassende procedures en instrumenten te voorzien om de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van de lidstaten in een internationaal stroomgebiedsdistrict te kunnen waarmaken, zoals blijkt uit het fraaie proefschrift van Van Kempen.³²

Ik vraag me, mede in het licht van dat proefschrift, af of de lidstaten zich er bij het instemmen met de Habitatrichtlijn van bewust zijn geweest dat zij de verplichting op zich hebben genomen om voor alle habitattypen en habitats van soorten een gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken. Deze verplichting is in haar algemeenheid niet zo duidelijk in de richtlijn opgeschreven, maar vloeit voort uit de systematiek en het doel van de richtlijn. De Natura 2000-gebieden vormen een netwerk. Het netwerk heeft tot doel om de gunstige staat van habitattypen en soorten te verwezenlijken. Veel habitattypen en soorten verkeren in een ongunstige staat van instandhouding. Het verzekeren van de status quo in afzonderlijke Natura

30 P. 68-69.

31 HvJ EG 13 december 2007, C-418/04, ECLI:EU:C:007:780.

32 J.J.H. van Kempen, *Europees waterbeheer: eerlijk zullen we alles delen?*, Boom Juridische uitgevers, www.bju.nl, 2012, ISBN 978-90-8974-725-9.

2000-gebieden is daarvoor niet voldoende, er zal meer moeten gebeuren. Elk Natura 2000-gebied is te klein om daarin voor habitattypen en soorten een gunstige staat van instandhouding te kunnen verwezenlijken en zo dit ecologisch gezien al zou kunnen, dan is dit een te kwetsbare situatie omdat er op één paard wordt gegokt. Daarom is Natura 2000 een netwerk en is dit een netwerk op Europese schaal dat blijkens het arrest het beoordelingsvermogen van de afzonderlijke lidstaten te boven gaat. Aan de andere kant is op Europees niveau het potentieel van natuurmaatregelen in lidstaten niet of nauwelijks realistisch vast te stellen en sterk afhankelijk van de inschatting en keuzen van de lidstaten zelf.

Er zijn nogal wat habitattypen en soorten die in zo ongunstige staat van instandhouding verkeren, waardoor een herstel in een gunstige staat van instandhouding een zeer vergaande resultaatsverplichting is, te meer omdat de resultaten van natuurherstelmaatregelen in het algemeen nogal ongewis zijn. Ik denk dat deze verplichting, indien zij al werd beoogd, enigszins 'boven de markt is blijven hangen'.

Dit soort redelijk vage verplichtingen maken de lidstaten ook huiverig voor het aangaan van ambitieuze verplichtingen, in elk geval Nederland. Dit blijkt uit het tegenstemmen tegen de Kaderrichtlijn bodem. Nederland kon moeilijk inschatten wat het zich hiermee op de hals haalde, met name een mogelijke verplichting om voor een schone bodem te zorgen. Daarom denk ik dat het verstandig is om de lidstaten de nodige vrijheid te geven bij de keuze van instandhoudingsmaatregelen, waaronder het aanwijzen van Natura 2000-gebieden waar dergelijk maatregelen worden voorgenomen, maar nog geen natuurwaarden aanwezig zijn die aanwijzing rechtvaardigen. Het hier besproken arrest van het Europese Hof is mijns inziens te rigide en schiet door.

6. Conclusie

Omdat de aanwijzing van Natura 2000-gebieden slechts één van de maatregelen is om de gunstige staat van instandhouding van habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken, was mijn aanvankelijke reactie op het arrest dat het Europese Hof aan een willekeurige draad van de kluwen van verplichtingen van de lidstaat wat gaan trekken. De gebiedsaanwijzing is namelijk de enige instandhoudingsmaatregel waarvoor een procedure is aangewezen, waarin de EU een duidelijke stem in het kapittel heeft. Over alle andere (mogelijke) instandhoudingsmaatregelen heeft de EU niets te zeggen. De aanwijzing van gebieden voor natuurontwikkeling zorgt op zichzelf nog niet voor verbetering van de staat van instandhouding, daarvoor zijn feitelijke instandhoudingsmaatregelen nodig. De gebiedsaanwijzing is slechts een ondersteunende juridische maatregel om het resultaat van de feitelijke instandhoudingsmaatregelen veilig te stellen. Het kwam op mij dan ook wat willekeurig over dat het Europese Hof zich juist over de verplichting om deze ondersteunende maatregel te nemen, zo strikt opstelt, omdat die maat-

regel als zodanig geen rendement heeft. Daarom had ik mijn artikel de titel 'trekken aan een willekeurige draad' gegeven. Naar mijn mening zou bij de aanwijzing van een natuurontwikkelingsgebied niet de aanwijzingsprocedure voor Natura 2000-gebieden moeten prevaleren, maar de toepassing van dit instrument als instandhoudingsmaatregel.

Bij nadere beschouwing ben ik echter van mening dat juist Nederland aan een willekeurige draad in het aanwijzingsbeleid is gaan trekken door om politieke redenen terug te komen op haar voornemen om een Natura 2000-gebied aan te wijzen. Aan de voorgenomen gebiedsaanwijzing ligt namelijk een doordacht aanwijzingsbeleid ten grondslag, waarvan de overwegingen die de reden waren om op de voorgenomen aanwijzing terug te komen geen deel uitmaakten. Dat besluit lijkt dus de spreekwoordelijke olifant in de porseleinkast van het aanwijzingsbeleid. Als Nederland wil terugkomen op maatregelen die het eerder nodig had geoordeeld om te voldoen aan haar instandhoudingsverplichtingen op grond van de Habitatrichtlijn, dan had een gedetailleerd overzicht moeten worden gegeven van alle maatregelen die hiervoor in de plaats komen om de gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken en had inzicht moeten worden gegeven in de tijd die hiervoor nodig is en de zekerheid die kan worden gegeven dat de nationale gunstige staat van instandhouding van het habitatype of de soort in kwestie tijdig wordt verwezenlijkt. Afgaande op de stukken en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt het er niet op dat Nederland dit heeft gedaan. Ik ben echter nog steeds wel van mening dat als kan worden aangetoond dat met andere maatregelen hetzelfde resultaat kan worden geboekt, het op zich zou moeten worden toegestaan van een eerder overwogen of voorgenomen maatregel af te zien. Deze benadering zie ik ook terug in de conclusie van de A-G, terwijl het Europese Hof een meer formele benadering hanteert die focust op de aanwijzingsprocedure in plaats van de algemene instandhoudingsverplichting.³³

Vervolgens rijst de vraag in hoeverre de lidstaten verplicht zijn om de instandhoudingsdoelstellingen van elk Natura 2000-gebied afzonderlijk en de nationale bijdrage aan het Natura 2000-netwerk van de biogeografische regio te verwezenlijken en hoeveel tijd ze daarvoor is gegund. Het is natuurlijk niet de bedoeling dat Nederland de Leenheerpolder nu weliswaar aanwijst, maar vervolgens ach-

³³ In zijn noot bij het arrest zit Backes volledig op de lijn van het Europese Hof (AB 2017/379). Hij merkt daarin onder meer op: "Men kan veel beweren, maar beleidswijzigingen op grond van weerstand in de regio en politieke kleuren van kabinetten en staatssecretarissen zijn niet hetzelfde als wetenschappelijk onjuist gebleken inschattingen."

Dat is een zeer korte weergave van de essentie van de bovenstaande uitspraak van het Hof van Justitie, waarmee de op verzoek van de Nederlandse regering doorgevoerde wijziging in de lijst van aan te wijzen Natura 2000-gebieden ongeldig wordt verklaard. Deze wijziging had tot doel de Leenheerpolder niet als beschermingszone te hoeven aanwijzen. Opmerkelijk aan deze uitspraak is niet het resultaat. Dat was mijns inziens te verwachten.

terover leunt en geen initiatief neemt om de maatregelen uit te voeren die nodig zijn om de instandhoudingsdoelstellingen te verwezenlijken, dus tot ontpoldering over te gaan. Kunnen natuurbeschermingsorganisaties aan de Habitatrichtlijn rechten ontleen om Nederland daaraan te houden? Heeft de Europese Commissie een beleid hoe zij de lidstaten aan hun verplichtingen gaat houden om de gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken? En is de juridische grondslag hiervoor toereikend, nu die verplichting in de Habitatrichtlijn niet onomwonden is geformuleerd?

De aanwijzing van de Leenheerenpolder als zodanig heeft verder weinig praktische gevolgen als Nederland hierdoor niet verplicht zou zijn de voorgenomen natuurontwikkelingsmaatregelen daadwerkelijk uit te voeren. Zo lang er geen natuurwaarden in het gebied zijn, zullen plannen en projecten in de omgeving van de gebiedsaanwijzing geen hinder kunnen ondervinden, omdat significante gevolgen niet mogelijk zijn. Het lijkt logisch dat de bescherming van de Leenheerenpolder in elk geval meebrengt dat de mogelijkheid om de instandhoudingsmaatregelen te nemen en het daarmee beoogde resultaat te verwezenlijken behouden blijft.

In de Habitatrichtlijn is in feite onvoldoende duidelijk aangegeven hoe de doelstellingen moeten worden verwezenlijkt en welke termijn daarvoor geldt. Alleen voor de beoordeling van plannen en projecten geeft de richtlijn te hanteren criteria, te nemen maatregelen en te volgende procedure aan. Voor het afdwingen van de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen lijkt de Habitatrichtlijn weinig praktische handvatten te bieden, behalve misschien in gevallen waarin een lidstaat evident te weinig doet om de gunstige staat van instandhouding van een habitatype of soort te realiseren. De Europese Commissie kan in een inbreukprocedure uitproberen hoever ze komt om een lidstaat onder druk te zetten om instandhoudingsmaatregelen te treffen.

Alleen de lidstaat kan beoordelen welke maatregelen nodig en wenselijk zijn om op nationaal niveau een gunstige staat van instandhouding te verwezenlijken. Het is mijns inziens opmerkelijk dat de A-G stelt dat hierbij geen rekening mag worden gehouden met andere betrokken belangen. Ik begrijp de Habitatrichtlijn zo dat dit juist wel de bedoeling is en dat deze niet alleen in de besluitvorming over plannen en projecten (art. 6, lid 4, Habitatrichtlijn) een rol spelen. Wel is het zo dat art. 2, lid 3, Habitatrichtlijn niet als een algemene uitzonderingsgrond mag worden gehanteerd om afwijking van de algemene beschermingsregeling van de richtlijn te rechtvaardigen.³⁴

De Habitatrichtlijn voorziet niet in instrumenten om vast te stellen of op Europees niveau een gunstige staat van instandhouding bestaat en zo niet, welke lidstaat waar welke maatregelen moet nemen om de ongunstige staat van instandhouding te verbeteren. Dat zou ook inhouden dat moet worden gedefinieerd wat feitelijk voor een habitatype of soort de

gunstige staat van instandhouding is. Daarbij zou dan ook moeten worden gekeken waar zich de beste mogelijkheden voordoen om de duurzame staat van instandhouding op langere termijn te verzekeren. Strikt genomen zou dit voor elke biogeografische regio onder Europese leiding gecoördineerd moeten worden. Dat zou betekenen dat de lidstaten samen keuzen zouden moeten maken welke maatregelen moeten worden genomen. Feitelijk is het zo niet gelopen. Het zou in de praktijk te veel gevraagd zijn om dat allemaal Europees te coördineren.

Alles overziende denk ik dat zowel het Europese Hof als de lidstaat Nederland aan een willekeurige draad zijn gaan trekken. Het Europese Hof omdat het zwaar inzet op een ondersteunende juridische maatregel, gebiedsaanwijzing, om de instandhoudingsdoelstellingen te realiseren, terwijl de veel belangrijker feitelijke instandhoudingsmaatregelen zich aan directe Europese bemoeienis onttrekken.

Tot slot rijst nog de vraag: is de Habitatrichtlijn, zeker in de interpretatie van het Europese Hof, niet wat al te inflexibel? Beleidswijzigingen moeten toch mogelijk zijn, omdat zaken en inzichten in de loop van de tijd veranderen? Ik denk niet dat dit in zijn algemeenheid het geval is. Natuurbescherming is gebaat bij consistent lange termijn beleid. De meeste natuurwaarden laten zich niet zo eenvoudig op een andere plaats, onder andere omstandigheden (en er zijn er vele die relevant zijn!), kopiëren. Bovendien gaat natuuraanleg en -herstel met grote onzekerheden gepaard of het beoogde resultaat ooit zal worden behaald. Ook kan hiermee veel tijd zijn gemoeid. Nederland heeft er jaren over gedaan om een uitgekiend aanwijzingsbeleid te ontwikkelen, dat op de beste wetenschappelijke inzichten gebaseerd is. Dit is uitgebreid doorgesproken op Europees niveau. Daarom is het niet gek, zoals ook het Europese Hof benadrukt, dat de lidstaten in beginsel (aard- en nagelvast) vastzitten aan dit beleid en de toen gemaakte keuzen. Toch denk ik, vanuit een helicopterview, dat in dit arrest de vrijheid van de lidstaten om zelf te bepalen welke instandhoudings- en verbeteringsmaatregelen worden genomen om de gunstige staat van instandhouding van bepaalde habitattypen en habitats van soorten te verwezenlijken, had moeten prevaleren boven het aanwijzingsbeleid. Waar de selectie en aanwijzing van de beste gebieden wat betreft actuele natuurwaarden een doel op zich is van de Habitatrichtlijn, is de keuze van de natuurontwikkelingsmaatregelen een middel. Er zijn in beginsel ook andere keuzen denkbaar om het doel, een gunstige staat van instandhouding, te verwezenlijken. De lidstaten moet in elk geval de mogelijkheid worden geboden om dit aan te tonen.

Is in het voorgaande dus betoogd dat in de besproken zaak zowel het Europese Hof als Nederland aan een willekeurige draad van de kluwen van instandhoudingsmaatregelen waren gaan trekken, mijn conclusie is toch dat in dit wedstrijdige touwtrekken het Europese Hof de kluwen het meest in de war heeft gebracht.

³⁴ HvJ EU 14 januari 2010, C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10.

Ondanks het arrest staat denk ik nog niet bij voorbaat vast dat de natuurbeschermingsvereniging uiteindelijk als winnaar uit de strijd zal komen. Dit betekent namelijk dat dan de weg naar ontpoldering moet worden ingeslagen, wat politiek en maatschappelijk moeilijk is te verkopen. Het is echter niet gezegd dat de Tweede Kamer hier in de nieuwe samenstelling nog steeds in meerderheid tegenstander van is. Het lijkt hoe dan ook lastig om het arrest te omzeilen, omdat er dan een nieuwe ecologische onderbouwing zal moeten komen waarom de Leenheerenpolder buiten de aanwijzing moet worden gelaten. Meer ruimte dan het aantonen van een 'wetenschappelijke fout' lijkt niet te zijn geboden. Zelfs als de Leenheerenpolder als Natura 2000-gebied zal worden aangewezen, is de strijd echter nog niet gestreden. Zonder dat de voorgenomen maatregelen daadwerkelijk worden uitgevoerd, is er uit een oogpunt van natuurbescherming niets gewonnen. Het afdwingen van ontpoldering, zo nodig langs juridische weg, zal niet eenvoudig zijn, zoals is gebleken bij de besluitvorming over de ontpoldering van de Hedwigepolder langs de Westerschelde, zeker als er niet alsnog politiek en maatschappelijk draagvlak voor ontstaat.