

Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht

VMR-Verdiepingsbijeenkomst 23 mei 2013

Ralph Frins

Plan van behandeling

- 1) Onderzoeksopzet
 - 2) Wat wordt verstaan onder mitigatie, compensatie en saldering?
 - 3) Uitvoering in de praktijk
 - 4) Verdieping
- PAUZE -----
- 5) Discussie

Onderzoeksopzet

I) Theoretisch kader

- > Mitigatie, compensatie en salderingsplichten m.b.t. drie aspecten:
- Natuur (Natura 2000 en EHS)
 - Ammoniak (Met name de depositie van ammoniak op natuurgebieden)
 - Lucht (Titel 5.2 Wet milieubeheer)

II) Praktijkonderzoek

- > Hoe worden compensatieverplichtingen in de praktijk nageleefd?

III) Rechtsvergelijking met Frankrijk

IV) Conclusies & aanbevelingen

Mitigatie vs. compensatie

- Mitigatie mag in het kader van passende beoordeling (art. 19f Nbw 1998)
 - Compensatie niet, is nl. ultimum remedium
 - Compensatie alleen als:
 - * mitigatie geen oplossing is
 - * er geen reële alternatieven zijn
 - * er sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang
- > dan pas compenseren! (‘ADC-toets’ ex artt. 19g-h Nbw 1998)

Onderscheid mitigatie/compensatie

- Mitigatie = het voorkomen/beperken van de gevolgen van een plan of project
- Compensatie = het wegnemen/goed maken van de gevolgen van een plan of project die niet kunnen worden voorkomen/beperkt
- Mitigerende maatregelen maken onderdeel uit van het plan of project
- Compenserende maatregelen maken **GEEN** onderdeel uit van het plan of project

Zie: Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, Habitatrichtlijn van de Europese Commissie

Functioneel verbonden

- Hamvraag:
Wanneer maakt maatregel onderdeel uit van plan of project?
- Antwoord:
Als maatregel functioneel verbonden is met het betreffende plan of project
- Voorbeeld:
ABRvS 8 februari 2012 (nr. 201100875/1/R2)
Rijksinpassingsplan Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder

Usp. A2 Den Bosch – Eindhoven

(nr. 201110075/1/R4 en 201201853/1/R4)

- Prejudiciële vragen:

1) Dient de zinsnede “de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten” in artikel 6, derde lid, Hrl zodanig te worden uitgelegd dat van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied geen sprake is in het geval het project gevolgen heeft voor een beschermd habitatype in het betrokken gebied, indien in het kader van het project in het betrokken gebied een areaal van gelijke of grotere omvang van dat habitatype tot ontwikkeling wordt gebracht?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag luidt dat van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied sprake is, moet het ontwikkelen van een nieuw areaal van een habitatype in dat geval worden aangemerkt als een compenserende maatregel als bedoeld in artikel 6, vierde lid, Hrl?

Natuurinclusief ontwerpen

- Betekent usp. A2 het einde voor natuurinclusief ontwerpen?
- Onlosmakelijke combinatie van ruimtelijk- en natuurproject
- Voorbeeld: ABRvS 21 juli 2010, IJburg II, (nr. 200902644/1/R2)
- Wetsvoorstel Wet natuurbescherming

Compensatie

- Komt nauwelijks voor in de praktijk
- Voorbeeld: duincompensatie t.b.v. aanleg Tweede Maasvlakte
- Compensatiegebied moet status N2000-gebied krijgen
- Drie mogelijkheden:
 - Compensatie binnen een N2000-gebied
 - Compensatie buiten een bestaand N2000-gebied -> oprekken begrenzing
 - Compensatie in een nieuw N2000-gebied
- Belangrijk: compensatie moet in beginsel zijn gerealiseerd voordat effecten intreden (art. 19h, lid 4, Nbw 1998)

EHS-compensatie

- Is wel gemeengoed
- Verklaring: redenen van groot openbaar belang i.p.v. dwingende redenen van groot openbaar belang?
- Compensatie dient in beginsel buiten de EHS plaats te vinden (strenger dan N2000!)
- Overall echter minder star:
 - geen externe werking
 - financiële compensatie mogelijk
 - compensatie hoeft niet per se anterieur plaats te vinden

Saldering

- Het tegen elkaar wegstrepen van positieve en negatieve effecten
- Begin millenium populair m.b.t. luchtkwaliteit (voorbeeld aanleg rondweg)
- Jurisprudentie Afdeling m.b.t. saldering ammoniakdepositie o.a. ABRvS 16 maart 2011 (nr. 200909282/1/R2)
- Voorwaarden:
 - directe samenhang
 - zelfde N2000-gebied
 - nergens een toename
- Verder: art. 19kd Nbw 1998

Saldobenadering EHS

- Projecten worden in combinatie met elkaar beoordeeld i.p.v. afzonderlijk
- Verbetering van kwaliteit en/of kwantiteit EHS
- Kwaliteit en kwantiteit zijn niet onderling te salderen
- Voordeel: geen onderzoek naar alternatieven en redenen van groot openbaar belang

Besluit algemene regels ruimtelijke ordening (Barro)

- Eerst was saldobenadering de uitzondering, nu de regel
- Artikel 2.10.4, eerste lid, Barro:
 - > per saldo geen significante aantasting: bestemmingsplan of omgevingsvergunning om van bp. af te wijken = OK
 - > per saldo significante aantasting: bestemmingsplan/omgev.v. = enkel OK, als:
 - * er sprake is van een groot openbaar belang;
 - * er geen reële alternatieven zijn;
 - * de effecten worden gemitigeerd en/of gecompenseerd

Tussenconclusie

- Onderscheid mitigatie/compensatie is met name van belang in het kader van N2000
- Los van etiket gaat het in de kern om de vraag of er sprake is van mitigatie of compensatie
- Afgewacht moet worden of het Hof van Justitie concrete handvatten zal bieden

Praktijk

- Natuurcompensatie. Hoe werkt het in de praktijk? (Alterra 2003)
- De uitvoering van het compensatiebeginsel (VROM-Inspectie 2006)
- Bescherming van natuurgebieden (Alg. Rekenkamer 2007)
- Kwaliteit van natuurcompensatie provincie Limburg/Brabant (Zuidelijke Rekenkamer 2009)

Bevindingen onderzoeken

- Compensatie wordt dikwijls niet, niet tijdig of niet volledig uitgevoerd
- De resultaten van compensatie worden slechts zelden gemonitord/geëvalueerd
- Compensatie wordt vaak niet planologisch verankerd
- Evenals de uitvoering en het beheer

Verklaringen onderzoeken

- Het vinden van compensatielocaties is een complex proces (grond is schaars, concurrentie met andere functies)
- Het beleid met betrekking tot compensatie is ingewikkeld en star
- Het bevoegd gezag houdt onvoldoende toezicht op de uitvoering

Voorlopige conclusies

- De uitvoering van compensatie laat nog steeds te wensen over
- Evenals monitoring en evaluatie door het bevoegd gezag
- Er lijkt meer aandacht te zijn voor waborging uitvoering en beheer
- Natuurinclusief ontwerpen is HOT

Verdieping: legaliteit

- Van Ommeren: eenzijdig opgelegde verplichtingen dienen op een wettelijke grondslag te berusten
- Geldt niet voor het verbinden van voorschriften aan een besluit (verplichtende voorwaarden) gelet op aanvaarding
- Heeft vergunninghouder echter wel de keus?
- Neen, daarom geldt het legaliteitsbeginsel m.i. ook voor het aan een vergunning verbinden van voorwaarden

Verdieping: legaliteit 2

- Wettelijke grondslag hoeft niet volledig in wet in formele zin te worden uitgewerkt
- Wettelijke grondslag bij voorkeur zo concreet mogelijk
- Van Ommeren: grondslag moet aangeven wat het doel is en wat de grenzen zijn van bestuursbevoegdheid
- Commissie Wetgevingsvraagstukken: w.i.f.z. moet ten minste de reikwijdte, structurele elementen en de voornaamste duurzame normen bevatten

Legaliteit en 19f Nbw 1998

- Verplichting tot passende beoordeling berust op wett. grondslag
-> art. 19f Nbw 1998
- Over mitigatie wordt echter met geen woord gerept
- M.i. onjuist, aangezien initiatiefnemer tot mitigatie wordt verplicht
- Voorstel: veranker in art. 19f de plicht om mitigerende maatregelen te onderzoeken alsmede de plicht voor het best. org. om deze te verbinden aan vergunning

Legaliteit en 19h Nbw 1998

- ADC toets en compensatie wel verankerd in Nbw 1998 (artt. 19g en 19h)
- Kwaliteit wettelijke grondslag echter niet opperbest
- Zo volgt uit artikel 19h, eerste lid, niet wat het doel is van compensatie (volgt wel uit art. 6, lid 4, Hrl -> waarborgen samenhang N2000)
- Gebrek wordt enigszins geheeld door art. 19h, lid 4
- Gemis: geen evaluatie-/monitoringsregeling

Legaliteit en 19kd Nbw 1998

- Art. 19kd Nbw 1998 = gewijzigd n.a.v. ABRvS 7 september 2011 (nr. 201003301/1/R2)
- Heeft 19kd (nieuw) echter wel tot gevolg dat geen vergunning is vereist als saldobenadering kan worden toegepast?
- M.i. niet: “onder significante gevolgen als bedoeld in art. 19d wordt niet verstaan (...)”
- Art. 19d bevat echter niet alleen vergunningplicht voor significante aantasting kwaliteit habitats, maar ook voor niet-significante verslechtering

Legaliteit en Barro

- Art. 4.3 Wro -> Titel 2.10 Barro
- Onvoldoende concreet m.n. wat betreft saldobenadering
- Noch uit tekst noch uit NvT volgt nl. welke voorwaarden in acht moeten worden genomen
- Mogelijkheid van financiële compensatie volgt niet expliciet uit tekst
- Geen bepaling m.b.t. uitvoering mitigatie/compensatie vgl. art. 3.12, lid 5, ontwerp-Barro ('AMvB Ruimte')

Borging mitigatie/compensatie

- Voorwaarde bij vergunning ex art. 19d Nbw 1998
- Bij compensatie verplicht: art. 19h, eerste lid, Nbw 1998
- Ook plannen moeten passend worden beoordeeld -> art. 19j Nbw 1998
- Jurisprudentie: is na planvaststelling nog een verg. ex 19d vereist?
- Dan hoeft mitigatie/compensatie niet in plan te worden verankerd
- ABRvS 29 juni 2011 (nr. 200905914/1/R2) en ABRvS 2 mei 2012 (nr. 201106397/1/R1) – Anders: 13 juli 2011 (201008514/1/M3)

Privaatrechtelijk of publiekrechtelijk?

- Privaatrechtelijke overeenkomst vs. voorwaardelijke verplichting
- ABRvS 22 maart 2006 (nr. 200502510/1) Bedrijvenpark Linderveld
- Voorbeeld:
De gronden met de bestemming ‘Verkeer’ bedoeld voor de rijstroken voor de autoweg, mogen na aanleg van de autoweg en reconstructie niet eerder voor doorgaand gemotoriseerd verkeer in gebruik worden genomen, dan nadat een compensatiegebied met een totale grootte van minimaal 20 ha is ingericht, welk gebied zal worden gevonden binnen de compensatiezoekgebieden zoals aangegeven in bijlage I.

Doorkruising?

- Doorkruist compensatieovereenkomst de publiekrechtelijke weg?
- Windmill-arrest:
 - 1) Verbiedt de publiekrechtelijke regeling gebruik van het privaatrecht?
 - 2) Doorkruist de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke?
 - A) Inhoud en strekking publiekrechtelijke regeling
 - B) Bescherming belangen burgers
 - C) Vergelijkbaar resultaat

Voorbeelden van voorwaardelijke verplichting

- ABRvS 9 november 2011 (nr. 201009220/1/R4) Centrale As
- ABRvS 11 januari 2012 (nr. 201000661/1/R3) Bedrijvenpark A1
- ABRvS 4 november 2009 (nr. 200900671/1/R1) Bp. Tweede Maasvlakte

Doorkruising

- Gelet op vergelijkbaar resultaat en i.h.b. bescherming belangen burgers doorkruist privaatrechtelijke weg m.i. publiekrechtelijke
- Zie ook: Van Buuren & Nijmeijer (Koeman-bundel)
- Afdeling gaat vooralsnog niet mee: ABRvS 2 mei 2012 (201105967/1/R1) Gasopslag Bergermeer
- §5.9 MvT ontwerp-Omgevingswet

Stelling I

- Stelling I: Als het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen van de Afdeling tot gevolg heeft dat ‘natuurinclusief ontwerpen’ niet langer mogelijk is, dan gaat Nederland op slot.

Stelling II

- Teneinde de naleving en uitvoering van mitigatie, compensatie en saldering te verbeteren moet in de Nbw 1998/Wet natuurbescherming een monitorings- en evaluatieregeling worden opgenomen.

Stelling III

- De Afdeling moet paal en perk stellen aan het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten om de uitvoering van mitigatie, compensatie en saldering te verzekeren in die gevallen dat met een voorwaardelijke verplichting hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

- Hartelijk dank voor uw aandacht!

mr. R.H.W. Frins LL.M
e-mail: r.frins@jur.ru.nl
tel: 024 – 361 1623