

Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie anno 2018

– Mr. dr. R.H.W. Frins¹

1. Inleiding

In 2015 schreef ik voor dit tijdschrift een artikel met de titel ‘Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: *alea iacta est?*’.² De aanleiding voor dat artikel was een drietal uitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) deed op 24 december 2014, alsmede een uitspraak van 11 februari 2015. Achteraf gezien heb ik terecht een vraagteken geplaatst aan het einde van de titel. Sindsdien is de jurisprudentie met betrekking tot mitigatie en compensatie namelijk nog verder uitgekristalliseerd. Deze zomer is in drie weken tijd een drietal interessante uitspraken aan de bestaande jurisprudentie toegevoegd. Ik doel op de uitspraken van de Afdeling met betrekking tot Windpark Fryslân respectievelijk de Blankenburgverbinding, alsmede op het arrest *Grace en Sweetman* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof).³ In deze bijdrage bespreek en analyseer ik deze uitspraken (paragrafen 2 tot en met 4). Hierbij gaat het primair om de vraag of de uitspraken van de Afdeling in lijn zijn met de jurisprudentie van het Hof. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

2. Windpark Fryslân

In haar uitspraak van 11 juli 2018 heeft de Afdeling het (gewijzigde) Rijksinpassingsplan ‘Windpark Fryslân’ (hierna: het RIP) en de daarbij behorende uitvoeringsbesluiten (waaronder een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998) beoordeeld.⁴ Kort en goed gaat het om de realisatie

en exploitatie van een windpark met een cluster van 89 windturbines in het Natura 2000-gebied ‘Ijsselmeer’.⁵ Het RIP bestaat uit drie delen: 1) het windpark zelf, 2) het kabeltracé tussen het windpark en de aansluiting op het hoogspanningsnet in Oudehaske, en 3) het werk- en natuureiland van 2 hectare met een luwe zone als vooroever van 25 hectare (hierna: het eiland).⁶

Hierna zal het vooral over voornoemd eiland gaan. De reden dat dit eiland wordt aangelegd, is dat in de bouwfase meer ruimte is vereist dan beschikbaar is in de havens rond het Ijsselmeer. Vandaar dat het eiland in de aanlegfase van het windpark zal worden gebruikt voor de op- en overslag van onderdelen, het aanleggen van pontons en schepen met lading (zoals duwbakken met grote turbineonderdelen), de assemblage van onderdelen van de turbines en voor een mobiele betoncentrale. Na het aanbrengen van de eerste rotor gaat het eiland als natuureiland, meer specifiek als mitigerende maatregel, functioneren. Het RIP bevat dan ook een voorwaardelijke verplichting, inhoudende dat het windpark enkel in gebruik mag worden genomen en gehouden indien het eiland is gerealiseerd en in stand gehouden conform het als Bijlage 2 bij het RIP opgenomen mitigatieplan (artikel 6.1.3, onder b RIP).⁷

De appellanten Ijsselmeervereniging en andere zijn echter van mening dat het eiland ten onrechte als mitigerende maatregel wordt aangemerkt. In dit verband is het van belang om op te merken dat uit de uitspraak volgt dat de exploitatie van het windpark mogelijk tot significant negatieve effecten leidt voor de vogelsoorten fuut en zwarte stern.⁸ Dit vanwege een additionele sterfte van 5-10 exemplaren per jaar (zwarte stern) respectievelijk 10-20

¹ Ralph Frins is research fellow bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit in Nijmegen.

² R.H.W. Frins, ‘Het onderscheid tussen mitigatie en compensatie: *alea iacta est?*’, *TBR* 2015/37, p. 198-205.

³ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339 (Windpark Fryslân), ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding) en HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace en Sweetman*).

⁴ Het primaire RIP dateert van 18 september 2016. Dit RIP is herzien en op 8 augustus 2017 opnieuw vastgesteld om het in overeenstemming te brengen met het op 20 april 2016 vastgestelde provinciale inpassingsplan ‘Vismigratierivier’. Zie: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 9.

⁵ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 2 en 20.

⁶ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 7.

⁷ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 14-14.5.

⁸ Volledigheidshalve zij erop gewezen dat de exploitatie van het windpark ook tot mogelijk significante effecten voor de vogelsoorten grote zaagbek en dwergmeeuw leidt (zie r.o. 30). Hier gaat de Afdeling echter niet op in, omdat Ijsselmeervereniging en andere die soorten niet expliciet hebben genoemd.

exemplaren per jaar (fuut). Die mogelijk significante effecten kunnen echter worden uitgesloten, indien rekening wordt gehouden met de positieve effecten van het eiland. Concreet gaat het dan om een verbetering van de kwaliteit van het foerageergebied van de fuut, alsmede om een extra rustplaats voor de zwarte stern (hierdoor is deze in staat in een groter gebied te foerageren). IJsselmeervereniging en andere zijn evenwel van mening dat onvoldoende zekerheid bestaat over de positieve effecten van de aanleg van het eiland. Hierbij wijzen zij erop dat onzeker is welke natuurwaarden zich op het eiland zullen ontwikkelen en dat het niet zeker is dat het eiland functioneel zal zijn op het moment dat het windpark in gebruik wordt genomen. Volgens hen is dit in strijd met de jurisprudentie van het Hof, te weten met de arresten *Briels e.a.* (hierna: *Briels*), *Orleans e.a.* (hierna: *Orleans*) en *Kolencentrale Moorborg*.⁹

De Afdeling buigt zich ten eerste over de vraag of de conclusies die in de passende beoordeling worden getrokken met betrekking tot de negatieve effecten van de aanleg en exploitatie van het windpark juist zijn. Die vraag beantwoordt de Afdeling bevestigend.¹⁰ Vervolgens buigt zij zich over de vraag of in het kader van de passende beoordeling terecht rekening is gehouden met de positieve effecten van het eiland. Wat volgt is een kernachtige bespreking van voornoemde arresten van het Hof. Daarna merkt de Afdeling vijfentwintig op dat het in onderhavige casus gaat om habitats van soorten (lees: leefgebied).¹¹ In de arresten *Briels* en *Orleans* gaat het daarentegen om natuurlijke habitats (lees: habitattypen). Uit die arresten volgt dat het verlies van een habitatype per definitie als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied moet worden aangemerkt.¹² Dit geldt ook als is voorzien in de realisatie van dat habitatype op een andere locatie in het desbetreffende Natura 2000-gebied. De realisatie van dat habitatype moet dan als een compenserende in plaats van als een mitigerende maatregel worden aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat met de positieve effecten van

die maatregel géén rekening mag worden gehouden in het kader van een passende beoordeling.¹³

Uit onderhavige uitspraak volgt dat het verlies van leefgebied (in casu rust- en foerageergebied) daarentegen niet per definitie als een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied moet worden aangemerkt. Zodoende kan de Afdeling de realisatie van het eiland als een mitigerende maatregel aanmerken, zodat de positieve effecten van het eiland betrokken kunnen worden in het kader van de passende beoordeling. De Afdeling is van mening dat de negatieve gevolgen van de realisatie en exploitatie van het windpark voor het Natura 2000-gebied worden voorkomen of verminderd door het eiland. Zij wijst er in dit verband op dat van belang is dat wordt verzekerd dat het Natura 2000-gebied, ondanks de gevolgen van het project voor de omvang en kwaliteit, voldoende draagkracht behoudt voor het in instandhoudingsdoelstelling genoemde aantal vogels.¹⁴ Dat de Afdeling tot dit oordeel komt verbaast op zich niet. Zij heeft reeds eerder op deze wijze geoordeeld.¹⁵ Het doet echter de wenkbrouwen fronsen dat dit standpunt in onderhavige uitspraak nogmaals wordt herhaald. Ik kom daar hierna op terug.

Aantekening verdient evenwel dat met de positieve effecten van een mitigerende maatregel in het kader van een passende beoordeling enkel rekening mag worden gehouden, als die positieve effecten wetenschappelijk zeker zijn. Of in de terminologie van het arrest *Kolencentrale Moorborg*: de passende beoordeling moet definitieve bevindingen bevatten over de doeltreffendheid van de maatregel in kwestie. IJsselmeervereniging en andere hebben de effectiviteit van de maatregel zelf niet betwist. Zij hebben louter twijfels over de functionaliteit ervan vóór de exploitatiefase geuit. De Afdeling wijst in dit verband op de artikelen 7.2 en 7.3.1 van de planregels en het bij de planregels behorende Mitigatieplan. Hieruit volgt enerzijds dat het eiland vóórdat het windpark in exploitatie wordt genomen wordt ingericht als natuureiland, anderzijds dat de luwe zone als vooroever wordt gerealiseerd bij de aanleg van het windpark. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de functionaliteit van het eiland vóór de exploitatiefase van het windpark is geborgd. Zij komt dan ook tot de conclusie dat de passende beoordeling definitieve bevindingen bevat over de doeltreffendheid van de maatregel én dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken

⁹ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30-30.6. HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels e.a.*), AB 2014/189, m.nt. Frins; HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en 388/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans e.a.*); HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301 (*Kolencentrale Moorborg*), TBR 2017/148, m.nt. Frins.

¹⁰ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.2-30.3.

¹¹ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.5.

¹² Dat is slechts anders in het uitzonderlijke geval dat de desbetreffende instandhoudingsdoelstelling reeds is behaald én het project in kwestie niet tot onderschrijding van die doelstelling leidt. In dat geval leidt het verlies van een habitatype niet per definitie tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 22-29.

¹³ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 52-72 en R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', TBR 2016/147.

¹⁴ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.5.

¹⁵ Zie o.a.: ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3192 (Realisatie leefgebied Veluwe), TBR 2015/193, m.nt. Frins en ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:847 (Mitigatie camping Ermelo), TBR 2017/80, m.nt. Frins.

van het Natura 2000-gebied 'Ijsselmeer' kan worden uitgesloten.¹⁶

Zoals hierboven opgemerkt doet het de wenkbrauwen fronsen dat de Afdeling anno 2018 accordeert dat met de positieve effecten van het eiland rekening is gehouden in het kader van de passende beoordeling. Buiten kijf staat immers dat de positieve effecten van het eiland nog geen feit waren op het moment waarop het RIP werd vastgesteld. Sterker nog: het natuureiland moet nog worden gerealiseerd. In dit verband valt het op dat Ijsselmeervereniging en andere zich onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof op het standpunt hebben gesteld dat voornoemde positieve effecten er zouden moeten zijn bij de start van de exploitatie van het windpark. Een dergelijke benadering klinkt op zich logisch en zou voor de praktijk goed werkbaar moeten kunnen zijn, maar voldoet mijns inziens niet aan de eisen die uit de jurisprudentie van het Hof kunnen worden gedistilleerd. Daaruit lijkt namelijk te volgen dat de positieve effecten van een mitigerende maatregel reeds een feit moeten zijn op het moment waarop toestemming wordt verleend voor een project respectievelijk een plan wordt vastgesteld. Als gezegd wordt daar in casu niet aan voldaan.

Verder bevreemdt het dat de Afdeling zich nogmaals op het standpunt stelt dat het verlies van een habitatype anders moet worden gewaardeerd dan het verlies van leefgebied. Toegegeven: er is geen jurisprudentie van het Hof waaruit expliciet volgt dat voornoemde jurisprudentie met betrekking tot het verzekerd zijn van de positieve effecten van een mitigerende maatregel één op één van toepassing is in het geval van het verlies van leefgebied. Feit is echter dat reeds op 19 april 2018 de Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev in het kader van de hierna te bespreken zaak *Grace en Sweetman* verscheen.¹⁷ Uit die Conclusie volgt mijns inziens klip en klaar dat de 'positieve effecten jurisprudentie' ook geldt in het geval van het verlies van leefgebied. Uiteraard was op het moment waarop de Afdeling onderhavige uitspraak deed nog onzeker of het Hof deze Conclusie al dan niet zou overnemen, maar op dat moment was al wel bekend dat het arrest in die zaak op 25 juli zou worden gewezen. Ik vind het dan ook opmerkelijk dat de Afdeling met het doen van deze uitspraak niet heeft gewacht tot na het verschijnen van voornoemd arrest. Onderhavige uitspraak staat hier namelijk haaks op (zie hierna).¹⁸

3. Grace en Sweetman

In het arrest *Grace en Sweetman* gaat het eveneens om de realisatie en exploitatie van een windmolenpark in een Natura 2000-gebied, te weten in het Ierse gebied '*Slieve Felin to Silvermines Mountains*'. Hoewel in casu 'slechts' 16 windturbines worden gerealiseerd, zijn de gevolgen hiervan aanzienlijk. Zo leidt het project tot de permanente vernietiging van 9 hectare habitat (hetgeen overeenkomt met de gebieden waarop de installaties worden gebouwd), alsmede tot de tijdelijke vernietiging van 1,7 hectare habitat die wordt gebruikt voor de aanleg van tijdelijke bezinkingsbekkens. Dat is echter nog niet alles: volgens de verwijzende rechter (het Ierse *Supreme Court*) zou het project kunnen leiden tot een verlies van maar liefst 162,7 hectare aan foerageergebied van de blauwe kiekendief.¹⁹

Desalniettemin heeft An Bord Pleanála (de Ierse beroepsinstantie voor ruimtelijke ordening; hierna: An Bord) gemeend dat voor het project toestemming kan worden verleend. Dit omdat voor het betrokken project een beheerplan is opgesteld. Dit beheerplan heeft een looptijd van vijf jaar en omvat maatregelen om de potentiële effecten van het windmolenpark op het foerageergebied van de blauwe kiekendief af te zwakken (lees: te mitigeren). Concreet gaat het om drie verschillende maatregelen: 1) het omvormen van drie momenteel beplante zones - met een totale oppervlakte van 41,2 hectare - naar braakliggend veen; 2) het gefaseerd kappen van 137,3 hectare bos met een gesloten kroonlaag en het opnieuw aanplanten van bomen, zodat 137,3 hectare bos met een permanent open kroonlaag ontstaat (hetgeen gunstig is voor het foerageren van de blauwe kiekendief); 3) het in algemene zin uitvoeren van de bouwwerkzaamheden buiten het voornaamste broedseizoen van de blauwe kiekendief. Volgens An Bord verzekert het beheerplan dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied *niet* worden aangetast.²⁰

Edel Grace en Peter Sweetman zijn het hier echter niet mee eens en zijn een procedure gestart. Volgens hen had An Bord moeten vaststellen dat het project en het bijbehorende beheerplan compenserende in plaats van mitigerende maatregelen bevat, zodat de beoordeling had moeten worden verricht met inachtneming van de criteria van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn (hierna: Hrl). An Bord en anderen wijzen er evenwel op dat het beheer van het gebied noodzakelijk is. Een verzuim om de bosaanplanting actief te beheren zou namelijk op zichzelf leiden tot verlies van foerageerhabitat van de blauwe kiekendief, door de geleidelijke verdwijning van gebiedsdelen met een open kroonlaag. Om het geschil te kunnen beslechten zag de *Supreme Court*

¹⁶ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2339, r.o. 30.6.

¹⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev van 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:274.

¹⁸ Zie in dit verband ook: J.M.I.J. Zijlmans, "Mitigerende" maatregelen: Grace en Sweetman met een doorkijk naar Windmolenpark Fryslân, *JM* 2018/968.

¹⁹ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 10 en 12.

²⁰ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 13-14.

zich genoodzaakt aan het Hof de prejudiciële vraag te stellen of de in het beheerplan voorziene maatregelen, die ertoe strekken te waarborgen dat de omvang van het Natura 2000-gebied dat geschikt is als foerageergebied op geen enkel moment wordt verminderd en zelfs kan toenemen, als mitigerende dan wel als compenserende maatregelen moeten worden aangemerkt.²¹

Het Hof vat om te beginnen de belangrijkste arresten van de afgelopen jaren met betrekking tot artikel 6 Hrl en het onderscheid tussen mitigatie en compensatie samen, te weten: *Briels, Orleans, Kolencentrale Moorborg, People Over Wind en Sweetman en Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*.²² Gelet op de beperkte ruimte volsta ik op deze plek met te verwijzen naar de betreffende rechtsoverwegingen.²³ Vervolgens rijst de vraag of er een relevant verschil is tussen onderhavige casus en de casus die in de arresten *Briels* en *Orleans* ter beoordeling stonden. Dat verschil zou hem dan moeten zitten in het feit dat het beheer van het leefgebied van de blauwe kiekendief 'dynamisch' is, in die zin dat de voor deze soort geschikte gebieden afhankelijk van dat beheer zowel geografisch als in de tijd wijzigen. Het Hof wijst er echter - in navolging van Advocaat-Generaal Tănchev - op dat ook in onderhavige casus rekening wordt gehouden met toekomstige voordelen, die nog niet zeker zijn. De lering uit de arresten *Briels* en *Orleans* kan dus worden toegepast in omstandigheden als die van het hoofdgeding, aldus het Hof.²⁴

Het oordeel van het Hof is dan ook een bevestiging van voornoemde arresten. Zo herhaalt het Hof dat de positieve effecten van een maatregel enkel in het kader van een passende beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen, indien er voldoende zekerheid is dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het betreffende Natura 2000-gebied niet zal aantasten.²⁵ Dit is in lijn met het arrest *Kolencentrale Moorborg*. De Afdeling, Zijlmans en Kaajan hebben uit voornoemd arrest opgemaakt dat het Hof de teugels ietwat heeft laten vieren ten opzichte van het arrest *Orleans*. Zij zijn namelijk van mening dat, anders dan uit *Orleans* lijkt te volgen, een maatregel niet per se gerealiseerd hoeft te zijn om met de positieve effecten van die maatregel rekening te kunnen houden in het kader van een passende

beoordeling. Voldoende zou zijn dat sprake is van definitieve bevindingen.²⁶

Ik snap goed dat de Afdeling, Zijlmans en Kaajan uit het arrest *Kolencentrale Moorborg* opmaken dat de positieve effecten van een maatregel niet per se een feit hoeven zijn op het moment van besluitvorming. Zoals ik echter vaker heb betoogd, ben ik van mening dat het Hof de lat dusdanig hoog legt, dat een maatregel in principe wel gerealiseerd moet zijn, wil met de positieve effecten hiervan rekening kunnen worden gehouden in het kader van een passende beoordeling.²⁷ Ik zie het arrest *Grace en Sweetman* als een bevestiging van deze opvatting. Zo benadrukt het Hof dat het specifieke element van onderhavige casus, te weten het feit dat het leefgebied van de blauwe kiekendief voortdurend wijzigt en 'dynamisch' beheer vergt, niet zorgt voor onzekerheid met betrekking tot de verwachte positieve effecten. Die onzekerheid vloeit volgens het Hof voort uit de vaststelling dat er sprake is van een vaststaande of mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied in kwestie, en uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met toekomstige voordelen die - op het moment van de beoordeling - louter potentieel zijn, aangezien de maatregelen in kwestie nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming hebben verleend voor het betrokken project, aldus het Hof.²⁸

Ik kan hier niets anders van maken dan dat de positieve effecten van een maatregel in principe een feit moeten zijn op het moment dat voor een project toestemming wordt verleend respectievelijk een plan wordt vastgesteld (zie ook paragraaf 2). Advocaat-Generaal Kokott ziet het mijns inziens net zo, als ik haar Conclusie met betrekking tot het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS) goed interpreteer.²⁹ Zoals ik eerder heb opgemerkt is het echter de vraag of de soep in alle gevallen zo heet moet worden gegeten als dat zij door het Hof wordt opgediend. In sommige gevallen is het namelijk onmogelijk om mitigerende maatregelen voorafgaand aan het moment van toestemmingverlening/

²⁶ Zie: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.37; J.M.I.J. Zijlmans, 'Hoe verder met mitigatie en cumulatie?', *NBR* 2017/4; en de noot van Kaajan bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: *MenR* 2017/109.

²⁷ Zie onder meer mijn noot bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: *TBR* 2017/148.

²⁸ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 53.

²⁹ Zie: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 809-810. Een aantal lezers heeft mij gevraagd waarom ik in voornoemd artikel in de mannelijke vorm verwijs naar Kokott, ofschoon zij een dame is. Dat is omdat advocaat-generaal een mannelijk woord is. Omdat dit blijkaar verwarrend is heb ik besloten over te stappen op de vrouwelijke vorm.

²¹ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 17-23.

²² HvJ EU 12 april 2018, C-323/17, ECLI:EU:C:2018:244 (*People over Wind en Sweetman*), *TBR* 2018/78, m.nt. Frins en HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255 (*Bos van Białowieża*).

²³ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 25-44.

²⁴ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 45-49.

²⁵ HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, r.o. 51.

vaststelling te realiseren. Denk bijvoorbeeld aan het plaatsen van een geluidscherm naast een nieuwe snelweg om te voorkomen dat de in de nabijheid van de snelweg levende dieren worden verstoord door het geluid dat door het verkeer zal worden veroorzaakt, of aan het plaatsen van een zeefinstallatie en een visretoursysteem bij de bouw van een nieuwe kolencentrale om te voorkomen dat vissterfte optreedt door de voor de centrale benodigde koelwaterinlaat. De realisatie van dergelijke maatregelen hangt feitelijk samen met de realisatie van het betreffende plan of project en loopt hiermee gelijk op. Als men de jurisprudentie van het Hof strikt interpreteert zouden ook de positieve effecten van dit soort maatregelen in het kader van een passende beoordeling buiten beschouwing moeten blijven. Dat voert mijns inziens echter te ver. De positieve effecten van dergelijke maatregelen lijken namelijk beter te kunnen worden bepaald, dan de positieve effecten van het creëren van natuurwaarden.³⁰ Vandaar dat ik mij op het standpunt heb gesteld en nog steeds stel dat in het kader van een passende beoordeling wél rekening moet kunnen worden gehouden met de toekomstige positieve effecten van maatregelen die 'technisch bewezen' zijn, maar *niet* met de toekomstige positieve effecten van maatregelen die afhankelijk zijn van de 'reactie' van een diersoort en/of het natuurlijk systeem.³¹ Gelet op dit alles onderschrijf ik wél het oordeel van het Hof in onderhavige zaak, maar *niet* het oordeel van de Afdeling in de zaak Windpark Fryslân.

Aantekening verdient nog dat Advocaat-Generaal Tanchev er in zijn Conclusie niet alleen op wijst dat de positieve effecten van de voorziene beheermaatregelen onzeker zijn, maar ook dat deze maatregelen het probleem niet aanpakken aan de bron.³² Hieruit lijkt te volgen dat enkel bronmaatregelen als mitigerende maatregel kunnen worden aangemerkt. Dit sluit aan bij een criterium waar ik in mijn proefschrift de nadruk op heb gelegd, te weten dat een maatregel functioneel verbonden moet zijn met een plan of project om als mitigerende maatregel te kunnen worden aangemerkt.³³ Het Hof gaat in zijn arrest echter niet in op de vraag of sprake moet zijn van een bronmaatregel, maar benadrukt enkel dat de positieve effecten onzeker zijn. Maar wellicht dat het Hof hier in zijn arrest met betrekking tot het PAS - dat op 7 november 2018 verschijnt - wél expliciet op ingaat. In haar Conclusie met betrek-

king tot het PAS heeft Advocaat-Generaal Kokott namelijk benadrukt dat het in beginsel noodzakelijk is dat een mitigerende maatregel de bron van de aantasting aanpakt. Met een maatregel die niet de bron van de aantasting aanpakt kan in het kader van een passende beoordeling enkel rekening worden gehouden, wanneer deze de totale belasting van het Natura 2000-gebied dan wel de gevoeligheid van het gebied dusdanig vermindert, dat de gevolgen van het plan of project in kwestie de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende Natura 2000-gebied niet aantasten, aldus Kokott.³⁴

4. Blankenburgverbinding

De derde en laatste uitspraak die bespreking verdient, is de uitspraak met betrekking tot het tracébesluit 'Blankenburgverbinding'. De Blankenburgverbinding (hierna: BBV) betreft een nieuwe autosnelweg (A24) van circa 3,4 kilometer lang ten westen van Rotterdam die de A15 verbindt met de A20. Een deel van het tracé wordt als tunnel uitgevoerd. Het doel van de BBV is het oplossen van een capaciteitsprobleem op de zogenoemde Beneluxcorridor en het verbeteren van de ontsluiting van het Haven Industrieel Complex (hierna: het HIC) en de Greenport Westland. Hierdoor wordt het hoofdwegenet robuuster en minder kwetsbaar en blijft de Rotterdamse haven ook bij calamiteiten goed bereikbaar.³⁵

De BBV-uitspraak is om twee redenen interessant. Ten eerste omdat deze over de ADC-toets gaat. Daar zijn nog niet zo veel uitspraken over, zodat alleen al om die reden deze uitspraak het bespreken waard is. Wat de uitspraak verder interessant maakt, is dat hieruit volgt dat een initiatiefnemer ervoor kan kiezen om géén gebruik te maken van het PAS. Aanvankelijk was het tracébesluit 'Blankenburgverbinding' uitsluitend op het PAS gestoeld. Tegen dit besluit is beroep ingesteld bij de Afdeling. Zoals bekend heeft de Afdeling op 17 mei 2017 verschillende prejudiciële vragen gesteld over het PAS en de Hrl.³⁶ Sindsdien houdt zij in beginsel alle zaken die betrekking hebben op het PAS aan. Zo ook de zaak over de BBV. Omdat de toenmalige minister van Infrastructuur & Milieu (hierna: de minister) er grote waarde aan hechtte dat de BBV zo snel mogelijk wordt gerealiseerd, heeft hij ervoor gekozen het tracébesluit te wijzigen. Dat wil zeggen dat voor de BBV een nieuwe passende beoordeling is opgesteld, waarin het PAS op geen enkele manier is betrokken. Zodoende kon de Afdeling de zaak toch

³⁰ Deze passage is ontleend aan: R.H.W. Frins, 'Het arrest Orleans e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?', *TBR* 2016/147, p. 931-932.

³¹ Zie ook mijn noot bij het arrest *Kolencentrale Moorborg*: *TBR* 2017/148 en R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 809.

³² Conclusie van Advocaat-Generaal Tanchev van 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:274, punt 76.

³³ Zie hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, i.h.b. p. 52-72.

³⁴ Zie: R.H.W. Frins, 'De ADC-toets als reddingsvest voor het PAS? Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott', *TBR* 2018/119, p. 808.

³⁵ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 1 en 9.1.

³⁶ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel I)', *TBR* 2017/93 en R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu? (Deel II)', *TBR* 2017/112.

behandelen, ofschoon het PAS-arrest er op dat moment nog niet was.³⁷

4.1 Significante effecten

Avorens ik inga op de vraag of de Afdeling terecht tot het oordeel komt dat aan de ADC-criteria wordt voldaan, sta ik eerst stil bij de natuurschade die het project tot gevolg heeft. De Afdeling verwijst naar de passende beoordeling die ten behoeve van het wijzigingsbesluit is opgesteld, de ‘Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding’ (hierna: de passende beoordeling).³⁸ Zoals de Afdeling opmerkt is de conclusie van dit rapport dat significant negatieve gevolgen op enkele habitats niet kunnen worden uitgesloten.³⁹ Concreet gaat het om vijf habitattypen verspreid over drie Natura 2000-gebieden.⁴⁰ Op deze habitattypen wordt als gevolg van de BBV extra stikstof gedeponeerd. Deze extra stikstofdepositie is het gevolg van zogenoemde netwerkeffecten, dat wil zeggen dat deze depositie wordt veroorzaakt door een toename van verkeersintensiteiten op wegen nabij stikstofgevoelige habitats in Natura 2000-gebieden.⁴¹

Uit de uitspraak van de Afdeling lijkt te volgen dat alleen de kritische depositiewaarden van die vijf habitattypen worden overschreden. Anders gezegd, dat andere habitattypen waarop de BBV stikstofdepositie veroorzaakt *niet* overbelast zijn. De Afdeling overweegt immers expliciet dat de minister terecht stelt, dat de passende beoordeling ervan uitgaat dat op locaties waar de kritische depositiewaarde wordt overschreden elke toename van de stikstofdepositie als gevolg van het tracé een significant effect heeft.⁴² Bij nadere bestudering van de passende beoordeling blijkt echter ook op andere overbelaste habitattypen stikstofdepositie te worden veroorzaakt. Een voorbeeld is het habitatype H2190B Vochtige duinen, kalkrijk in het Natura 2000-gebied ‘Duinen Goeree & Kwade Hoek’. Uit de passende beoordeling

volgt dat in het deelgebied Middel- en Oostduinen sprake is van een overschrijding van de kritische depositiewaarde. Volgens de passende beoordeling vormt stikstofdepositie echter geen knelpunt voor het halen van de instandhoudingsdoelstelling. De kwaliteit van het habitatype in voornoemd deelgebied is goed. Gesteld wordt dat het huidige beheer van maaien en afvoeren voldoende is om de doelen te halen. Gelet op dit alles wordt geconcludeerd dat het projecteffect van maximaal 0,09 mol stikstofdepositie per hectare per jaar in 2023 en 0,10 mol stikstofdepositie per hectare per jaar in 2030 dermate gering is, dat dit zeker geen stikstofprobleem zal veroorzaken. Significante gevolgen van de BBV voor het habitatype H2190B zijn daarom uitgesloten, aldus de passende beoordeling.⁴³

De reden dat ik hier bij stil sta, is dat ik uit het bovenstaande opmaak dat bij het beoordelen van de mogelijke gevolgen van de BBV rekening is gehouden met de toekomstige positieve effecten van beheermaatregelen. Feit is echter dat een van de prejudiciële vragen die de Afdeling aan het Hof heeft gesteld, is of in het kader van een passende beoordeling wel met toekomstige positieve effecten rekening mag worden gehouden. Zie ook hetgeen ik hierover in de paragrafen 2 en 3 heb opgemerkt. Hoewel geen van de beroepsgronden hierop betrekking heeft, is het toch wel opmerkelijk dat de Afdeling hier geen aandacht aan besteedt. Met name omdat zij zich in een andere uitspraak van dezelfde datum op het standpunt heeft gesteld dat het antwoord van het Hof, op de vraag over de rol die beheermaatregelen kunnen spelen in een passende beoordeling, moet worden afgewacht.⁴⁴ Dit doet de vraag rijzen of de significante gevolgen die de BBV tot gevolg heeft wel *worst-case* zijn bepaald. Hoe dan ook moet worden geconstateerd dat de hierboven geciteerde overweging, dat elke toename van de stikstofdepositie op overbelaste habitattypen in de passende beoordeling als een significant effect wordt aangemerkt, te stellig is.

Wat hiervan ook zij, buiten kijf staat dat niet kan worden uitgesloten dat de BBV voor vijf habitattypen significante gevolgen heeft. Gelet hierop kan het gewijzigde Tracébesluit (hierna: het wijzigingsbesluit) enkel de toets der kritiek doorstaan, als aan de ADC-criteria wordt voldaan. Zoals bekend betekent dit dat moet worden aangetoond dat er geen reële alternatieven zijn voor de BBV (het A-criterium). Dat wil zeggen dat moet worden aangetoond dat er geen alternatieven zijn die tot minder of helemaal geen significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden leiden. Verder moet worden aangetoond dat met de BBV een dwingende reden

³⁷ Zie de Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 6-7. Raadpleegbaar via: [https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Trac%C3%A9besluit%20Blankenburgverbinding%20\(2017\)%20v3_tcm117-339601.pdf](https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Trac%C3%A9besluit%20Blankenburgverbinding%20(2017)%20v3_tcm117-339601.pdf).

³⁸ D. Tuitert e.a., *Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding*, De Bilt: Sweco 2017; raadpleegbaar via: <https://www.platformparticipatie.nl/binaries/Passende%20beoordeling%20stikstofdepositie%20Blankenburgverbinding_tcm117-339603.pdf>.

³⁹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 20.

⁴⁰ Te weten: de prioritaire habitattypen H2130A Grijze duinen (kalkrijk), H2130B Grijze duinen (kalkarm), H2130C Grijze duinen (heischraal) en H2150 Duinheide met struikheide en het niet-prioritaire habitatype H2190C Vochtige duinvalleien (ontkalkt). De betreffende Natura 2000-gebieden zijn: ‘Solleveld & Kapittelduinen’, ‘Voornes Duin’ en ‘Duinen Goeree & Kwade Hoek’.

⁴¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 26.1.

⁴² ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 25.2 en 28.4. De kritische depositiewaarde is de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitat significant wordt aangetast als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van atmosferische stikstofdepositie. Zie: H.F. van Dobben e.a., *Overzicht van kritische depositiewaarden voor stikstof, toegepast op habitattypen en leefgebieden van Natura 2000*, Wageningen: Alterra Wageningen UR 2012, p. 13.

⁴³ D. Tuitert e.a., *Passende beoordeling stikstofdepositie Blankenburgverbinding*, De Bilt: Sweco 2017, p. 44-45.

⁴⁴ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2449 (Vliegbasis Woensdrecht), r.o. 13.2.

van groot openbaar belang is gemoeid (het D-criterium). Als aan deze twee eisen wordt voldaan moet vervolgens worden bepaald tot hoeveel natuurschade de BBV leidt en hoe deze schade kan worden gecompenseerd (het C-criterium).⁴⁵

4.2 Alternatieve oplossingen

Te beginnen met het A-criterium. In de Toelichting bij het wijzigingsbesluit wordt in dit verband verwezen naar het plan-milieueffectrapport (hierna: plan-MER) dat is opgesteld ten behoeve van de Rijksstructuurvisie 'Bereikbaarheid Regio Rotterdam en Nieuwe Westelijke Oeververbinding'.⁴⁶ Deel 2 van deze structuurvisie gaat over de Nieuwe Westelijke Oeververbinding (hierna: NWO) en bevat de onderbouwing voor de keuze voor de BBV. Toegelicht wordt dat de capaciteitsproblemen op de Beneluxcorridor met de 'nuloptie' - het achterwege laten van een NWO - niet kunnen worden opgelost en dat evenmin een verbetering van de ontsluiting van het HIC en de Greenport Westland kan worden bereikt. Verder leidt het alternatief voor de BBV - de Oranjeverbinding - eveneens tot extra stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden. Bovendien leidt dat alternatief tot verstoring door geluid. Daarbij komt dat de Oranjeverbinding een minder groot probleemoplossend vermogen heeft dan de BBV, maar wel aanzienlijk meer kost.⁴⁷

Appellanten Natuurmonumenten en anderen zijn van mening dat de algemene afwegingen van het plan-MER niet voldoen aan de eisen die aan een alternatieventoets in het kader van Natura 2000 worden gesteld. Volgens hen is de 'nuloptie' een reële bevredigende oplossing.⁴⁸ De Afdeling gaat hier echter niet in mee, maar volgt de minister en onderschrijft de hierboven uiteengezette redenering uit de Toelichting bij het wijzigingsbesluit. Verder acht zij het niet aannemelijk dat andere relevante alternatieven voor het tracé dan een NWO voorhanden zijn. Volgens de Afdeling heeft de minister zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat er geen alternatieve oplossingen zijn.⁴⁹

4.3 Dwingende redenen van groot openbaar belang

Met betrekking tot het D-criterium wordt in de Toelichting bij het wijzigingsbesluit opgemerkt dat de BBV nodig is vanuit een oogpunt van menselijke gezondheid en openbare veiligheid. De hoofddoelstelling van de BBV is namelijk het verbeteren van de gebiedsveiligheid van het HIC. Het HIC heeft een uitzonderlijk hoge concentratie

industriële inrichtingen. In een groot aantal daarvan worden gevaarlijke stoffen opgeslagen, bewerkt of vervoerd. Gelet hierop kunnen calamiteiten niet worden uitgesloten. Doordat het weggennet rond Rotterdam structurele capaciteitsproblemen heeft, die in de toekomst alleen maar groter worden, kan een goede evacuatie en hulpverlening/rampenbestrijding zonder de BBV niet worden gegarandeerd.⁵⁰ Verder heeft de minister aangevoerd dat blijkens de jurisprudentie van de Afdeling en het Hof de dwingende redenen van groot openbaar belang moeten worden afgewogen tegen de aantasting die in het specifieke geval optreedt. Hierbij wijst hij erop dat slechts sprake is van een indirecte aantasting met een beperkte omvang.⁵¹

Natuurmonumenten en anderen zijn van mening dat onvoldoende is gemotiveerd dat de BBV moet worden gerealiseerd vanwege dwingende redenen van groot openbaar belang. Als het HIC niet aan de veiligheidseisen voldoet, dan moet de overheid daar wat aan doen in plaats van een nieuwe weg als vluchtroute aanleggen, aldus Natuurmonumenten en anderen. Ook op dit punt volgt de Afdeling Natuurmonumenten en anderen niet. Volgens de Afdeling is de BBV nodig om de gebiedsveiligheid van het HIC-gebied te verbeteren en heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat met de BBV dwingende redenen van groot openbaar belang zijn gemoeid. Verder wijst de Afdeling er - in navolging van de minister - op dat de negatieve effecten van de BBV zeer beperkt zijn. Zij komt dan ook tot de conclusie dat de minister in redelijkheid een zwaarder gewicht heeft kunnen toekennen aan de gebiedsveiligheid van het HIC, dan aan het belang van het voorkomen van voornoemde beperkte aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden.⁵²

4.4 Compensatie

Natuurmonumenten en anderen kunnen zich evenmin verenigen met de wijze waarop de compensatieopgave is bepaald en wordt uitgevoerd. Zij betogen in dit verband onder meer dat: 1) ten onrechte gebruik is gemaakt van de dosis-effect-relaties die in het kader van de Tweede Maasvlakte zijn gehanteerd; 2) gelet op de arresten *Briels* en *Orleans* en de Richtsnoeren van de Europese Commissie (hierna: de Richtsnoeren) de compensatiegebieden zich in een gunstige staat van instandhouding zouden moeten bevinden op het moment waarop de BBV in gebruik wordt genomen (concreet in 2024); 3) voor de compensatie ten onrechte alleen is gekeken naar locaties binnen de aangewezen Natura 2000-gebieden; en 4) in strijd met de Wet na-

⁴⁵ Zie nader hierover: R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2016, p. 35-52.

⁴⁶ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 32 598, 20.

⁴⁷ Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 11-13.

⁴⁸ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.

⁴⁹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.3.

⁵⁰ Toelichting bij het Tracébesluit Blankenburgverbinding (2017), p. 13-14.

⁵¹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28.1.

⁵² ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 28-28.4.

tuurbescherming (hierna: Wnb) geen compensatie per gebied is toegepast maar per habitattypen.

Ok nu weer slagen de betogen van Natuurmonumenten en anderen niet. Zo verwijt de Afdeling hen dat zij niet hebben geconcretiseerd waarom geen gebruik (meer) zou kunnen worden gemaakt van de dosis-effect-relaties van de Tweede Maasvlakte. De Afdeling is er - mede vanwege een aantal door de minister gehanteerde zekerheidsmarges - niet van overtuigd dat de compensatieopgave onjuist is bepaald.⁵³

Ok het standpunt met betrekking tot de vermeende strijd met de arresten *Briels* en *Orleans* en de Richtsnoeren volgt de Afdeling *niet*. Zoals de Afdeling terecht opmerkt volgt uit deze arresten gezinszins dat compensatiegebieden zich in een gunstige staat van instandhouding moeten bevinden op het moment dat voor een project toestemming wordt verleend/een plan wordt vastgesteld respectievelijk de significante gevolgen van het betreffende plan of project intreden. Datzelfde geldt voor de Richtsnoeren. Hierin wordt weliswaar opgemerkt dat het resultaat van compensatie in principe moet zijn bereikt op het moment dat de significante gevolgen van een plan of project intreden, maar wordt tegelijkertijd opgemerkt dat daar onder omstandigheden van kan worden afgeweken. Voorwaarde is dan wel dat er extra wordt gecompenseerd. Daar wordt in casu ruimschoots aan voldaan. Zo is de op basis van de dosis-effect-relaties berekende compensatieopgave verdubbeld en is in drie gevallen een kleinere opgave dan 100 m² (bijvoorbeeld 2 m² H2150 Duinen met struikheide) op 100 m² gesteld. Daarbij komt dat de berekende compensatieopgave betrekking heeft op een afname van het oppervlak van de desbetreffende habitattypen in een periode van dertig jaar. De compensatiegebieden zouden echter al in 2028 volledig als habitattypen moeten kwalificeren. Volgens de Afdeling heeft de minister zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat is gewaarborgd dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.⁵⁴

Ok de laatste 'compensatiebeschielingen' van Natuurmonumenten en anderen treffen geen doel. Zo wijst de Afdeling er - terecht - op dat uit de jurisprudentie van het Hof *niet* volgt dat compensatie niet binnen een Natura 2000-gebied mag plaatsvinden. Van belang is dat de realisatie van de compensatieopgave verder gaat dan de uitvoering van reeds uit de instandhoudingsdoelstellingen voortvloeiende verplichtingen. Daar wordt in casu aan voldaan. Verder ben ik het met de Afdeling eens dat niet valt in te zien waarom de wijze waarop de compensatieopgave is bepaald - te weten per habitattypen in plaats van per Natura 2000-gebied - in

strijd zou zijn met de Wnb. Uit de Toelichting bij het wijzigingsbesluit volgt dat ervoor is gekozen om de compensatieopgave te clusteren, omdat dit tot een betere natuurkwaliteit leidt. Dat klinkt logisch.⁵⁵

4.5 Analyse

Op het oordeel van de Afdeling met betrekking tot de compensatieopgave valt mijns inziens niets af te dingen. De overwegingen met betrekking tot het A- en D-criterium vind ik echter op het randje. In de eerste plaats omdat in de Toelichting bij het wijzigingsbesluit wordt volstaan met te verwijzen naar de alternatieven die in het kader van het plan-MER zijn onderzocht. Uit een Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott uit 2005 volgt echter dat in het kader van een alternatievenonderzoek ten behoeve van een ADC-toets niet zonder meer kan worden verwezen naar een eerder opgesteld MER. Dit omdat het Natura 2000-toetsingskader een andere insteek heeft dan het MER-toetsingskader.⁵⁶ Nu is het wel zo dat in het kader van het plan-MER rekening is gehouden met de gevolgen van de BBV en het alternatief Oranjeverbinding voor Natura 2000. Uit het plan-MER en de uitspraak volgt dat de BBV wat dat betreft beter scoort dan de Oranjeverbinding. Mij is evenwel onduidelijk of er inderdaad maar één reëel alternatief is. Hoewel ik besef dat er door het verstedelijkte karakter van de omgeving in kwestie niet legio alternatieven zullen zijn, acht ik het niet bij voorbaat uitgesloten dat andere alternatieven dan die in het kader van het plan-MER zijn onderzocht denkbaar zijn. Ik vraag me dan ook af of de Afdeling niet te makkelijk tot het oordeel komt dat aannemelijk is dat er geen alternatief is voor de NWO. Aan de andere kant is het waarschijnlijk echter weinig realistisch om te denken dat een alternatief kan worden gevonden dat tot veel minder (nog minder) stikstofdepositie leidt.

Ok de overwegingen met betrekking tot het D-criterium vind ik niet 100% overtuigend. Althans, voor het betoog van Natuurmonumenten en anderen valt ook wel wat te zeggen. De huidige, 'onveilige', situatie heeft men immers willens en wetens laten ontstaan. De risicovolle inrichtingen hadden zeer waarschijnlijk ook over een groter gebied kunnen worden verspreid in plaats van zo dicht op elkaar (lees: op andere locaties kunnen worden gevestigd). Een logisch gevolg daarvan zou zijn dat de veiligheid van het HIC-gebied dan minder onder druk zou staan en de noodzaak voor een extra evacuatieleroute ook minder groot zou zijn. Aan de andere kant kan niet worden ontkend dat - zoals de Afdeling opmerkt - de significante gevolgen van de BBV beperkt zijn. Gelet op al het voorgaande vind ik het al met al begrijpelijk dat de

53 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 29-29.2.

54 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 30-30.4.

55 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 31-31.3.

56 Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 27 oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:653, punten 68-77.

Afdeling in dit geval de balans heeft laten doorslaan in het voordeel van de BBV.

Ik hoop evenwel dat deze uitspraak niet de sluis openzet, in die zin dat te pas en te onpas een beroep op de ADC-toets wordt gedaan. Laat ik het zo zeggen: als dat gebeurt, de signalen uit de praktijk wijzen daar inmiddels op, dan hoop ik dat de Afdeling in die zaken kritischer dan in onderhavige uitspraak beziet of aan de ADC-criteria wordt voldaan. Als gezegd, dat de Afdeling in casu met een zekere terughoudendheid toetst kan ik gelet op het karakter van de omgeving nog wel begrijpen. Bovendien gaat het in dit geval niet om de realisatie van een compleet nieuwe ontwikkeling, maar om het verbeteren van een bestaande, onveilige situatie. Het is mijns inziens echter niet de bedoeling dat bij volledig nieuwe ontwikkelingen, zoals de realisatie van een grootschalig bedrijventerrein of een overnachtingshaven, net zo gemakkelijk over de A- en de D-horde wordt heengestapt. Zeker in het geval van het eerste voorbeeld kan het bijna niet anders dan dat er verschillende reële alternatieven zijn, die minder schade voor Natura 2000-gebieden tot gevolg hebben. Ik roep in dit verband nog maar even de 'beruchte' uitspraak met betrekking tot de Westerschelde Container Terminal in herinnering.⁵⁷

Zoals ik hierboven aanstipte wijzen de signalen uit de praktijk erop dat op dit moment verschillende ADC-toetsen worden voorbereid. Vanzelfsprekend gaat het hierbij om projecten die leiden tot een toename aan stikstofdepositie. Hoewel zou kunnen worden betoogd dat het PAS een exclusief kader is,⁵⁸ heeft de Afdeling met onderhavige uitspraak duidelijk gemaakt dat dit niet het geval is. Overigens zonder ook maar een letter te wijden aan de relatie met het PAS! Een initiatiefnemer heeft dan ook de keus. Of hij/zij doet een beroep op het PAS of hij/zij omzeilt het PAS via een ADC-toets. Dat de praktijk op dit moment graag kiest voor een ADC-toets is op zich begrijpelijk. De kans dat het PAS niet ongeschonden de eindstreep haalt is immers levensgroot. Daarbij komt dat het waarschijnlijk nog wel een poos duurt voordat de kogel wat dat betreft door de kerk is. Maar het is de vraag of het wenselijk is dat een initiatiefnemer de vrije keus heeft. Met het PAS werd nu juist een planmatige aanpak beoogd met betrekking tot de stikstofeffecten van vele verschillende projecten. Het gevaar bestaat dat er een ware lappendeken gaat ontstaan van verschillende manieren om de stikstofdepositie die door verscheidene projecten wordt veroorzaakt

te ondervangen. De kans is dan ook aanwezig dat je als initiatiefnemer van een plan of project met stikstofdepositie tot gevolg zowel rekening zult moeten houden met maatregelen die op grond van het PAS worden getroffen, als met maatregelen die uit een of meerdere ADC-toetsen voortvloeien. Voor een initiatiefnemer wordt het er waarschijnlijk dan ook niet overzichtelijker op.

Wat hiervan ook zij, zoals hiervoor opgemerkt vestig ik mijn hoop op de Afdeling. Als zij de ADC-toetsen die aan haar worden voorgelegd kritisch bejegt, zoals mijns inziens ook zou moeten gelet op de jurisprudentie van het Hof en de Richtsnoeren, is er geen man over boord. Artikel 6, lid 4 Hrl biedt immers niet voor niets de mogelijkheid om via een ADC-toets af te wijken van het keurslijf van artikel 6, lid 3 Hrl. De uitzonderingsmogelijkheid van artikel 6, lid 4 Hrl is echter een *ultimum remedium*. Daar moet dus niet te lichtvaardig toe worden besloten!

5. Conclusie

Hoewel de hierboven besproken uitspraken van afgelopen zomer interessant zijn en ook relevant zijn voor de praktijk, bieden zij weinig nieuws onder de zon. Althans, voor wat het onderscheid tussen mitigatie en compensatie betreft. Zo heeft de Afdeling in de uitspraak met betrekking tot Windpark Fryslân haar eerdere standpunt, dat de realisatie van een leefgebied als mitigatie kan worden aangemerkt, bevestigd. Zoals hierboven opgemerkt doet zowel de inhoud als de timing van deze uitspraak de wenkbrouwen fronsen. Deze uitspraak staat namelijk haaks op het arrest in de zaak *Grace en Sweetman*, dat exact twee weken later werd gewezen. In dit arrest herhaalt het Hof zijn eerdere jurisprudentie over het in het kader van een passende beoordeling betrekken van toekomstige positieve effecten. Uit dit arrest volgt klip en klaar dat er in dit verband geen onderscheid is tussen de bescherming van habitattypen en de bescherming van leefgebieden. De BBV-uitspraak bevat daarentegen wél een novum. Uit deze uitspraak volgt namelijk dat het PAS geen exclusief kader is en dat het een initiatiefnemer dus vrij staat om te kiezen voor een route buiten het PAS om. De signalen uit de praktijk wijzen erop dat dit nieuwtje inmiddels wijd en zijd bekend is. Gelet hierop zou het zo maar kunnen dat de jurisprudentie over de ADC-toets een hoge vlucht gaat nemen. ●

⁵⁷ ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 (Westerschelde Container Terminal).

⁵⁸ Zie in dit verband: R.H.W. Frins, 'PAS op de plaats...en nu?' (Deel II); TBR 2017/112, p. 737-738.