



HwBP
voor sterke dijken

Juridische aspecten

- voor zover relevant voor dijkverbeteringen in en nabij Natura 2000-gebieden

Inhoud:

- I. De Omgevingswet in het kort
- II. Bevindingen
- III. Toelichting bij juridisch advies bij toepassing ADC-toets
- IV. Juridisch advies bij toepassing ADC-toets

I) De omgevingswet in het kort

Omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit

Natura 2000-activiteiten zijn activiteiten die significant nadelige gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Volgens de Omgevingswet (Ow.) is een Natura 2000-activiteit een: 'Activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.'

De activiteit kan zowel binnen, als buiten een Natura 2000-gebied plaatsvinden.

Voortoets

Om te kunnen bepalen of een activiteit mogelijk significante gevolgen voor de beschermde natuurwaarden heeft, wordt in de praktijk een zogenaamde 'voortoets' uitgevoerd. In de voortoets wordt beoordeeld of de beoogde activiteit significante gevolgen kan veroorzaken voor een Natura 2000-gebied.

Een interessante uitspraak daarover is de volgende van de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze overwoog met betrekking tot de voortoets: 'Een voortoets wordt gemaakt om vast te stellen of een risico bestaat dat een plan of project significante gevolgen heeft voor een gebied (...) wanneer het de instandhoudingsdoelstellingen daarvan in gevaar dreigt te brengen. Een dergelijk risico moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukeurmerken en omstandigheden van het Natura 2000-gebied.'

Als uit de voortoets volgt dat mogelijke significante gevolgen voor instandhoudingsdoelstellingen niet kunnen worden uitgesloten, moet een zogenaamde passende beoordeling worden gemaakt. De beoordeling óf een omgevingsvergunning Natura 2000-activiteit vereist is, alsmede de passende beoordeling daarvan, moet betrekking hebben op het gehele project.

Passende beoordeling

Uit de richtsnoeren van de Europese Commissie volgt dat niet exact wordt omschreven hoe een passende beoordeling eruit moet zien: 'Wat het begrip 'passende beoordeling' in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat deze bepaling niet voorschrijft volgens welke methode de beoordeling moet worden verricht. Niettemin moet, gezien de bewoordingen van deze bepaling, een passende beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied plaatsvinden voordat toestemming wordt verleend en moet worden gelet op de cumulatieve gevolgen die kunnen optreden door de combinatie van dit plan of project met andere plannen of projecten, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied.'. 'Een dergelijke beoordeling houdt dus in dat, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd.'

Het moet dus gaan om mogelijke 'significante gevolgen'.

Wat zijn dat? Er is geen definitie van 'significant'. Verschillende factoren bepalen samen of sprake is van significant of niet.

Factoren zijn bijvoorbeeld:

- Afname van de oppervlakte van een habitat in relatie tot de zeldzaamheid van die habitat;
- Afname van een populatie in relatie tot de zeldzaamheid van planten- of diersoorten in die populatie;
- Algemene condities van het gebied voor behoud en herstel van de habitat of soorten.

Volgens de al eerder aangehaalde richtsnoeren van de Europese Commissie moet de reikwijdte van de term 'significant' op een objectieve manier worden geïnterpreteerd, maar kan die objectiviteit niet los worden gezien van de specifieke kenmerken en ecologische omstandigheden van het beschermde gebied dat bij het plan of project is betrokken. In dit opzicht kunnen de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied, evenals vooraf bestaande of fundamentele informatie dienaangaande, zeer belangrijk zijn bij het nauwkeuriger bepalen van de gevoelige punten van instandhouding.

Wat 'significant' is, moet op een objectieve manier worden geïnterpreteerd.

Vergunningverlening voor Natura 2000-activiteiten

Op grond van de beoordelingsregels uit het Besluit Kwaliteit Leefomgeving (Bkl) kan alleen vergunning worden verleend indien uit een passende beoordeling met zekerheid volgt dat de activiteit de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aantast.

Volgt deze conclusie niet uit de passende beoordeling, dan kan vergunningverlening alleen plaatsvinden als aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

- Er zijn geen reële Alternatieven voor de activiteit.
- Er is sprake van een Dwingende reden van groot openbaar belang.
- Er zal Compensatie worden uitgevoerd.

ADC-toets als wijze van vergunningverlening

Toepassing van de ADC-toets is niet vanzelfsprekend als uit een passende beoordeling volgt dat de natuurlijke kenmerken worden aangetast. Het is, volgens de Europese Commissie in haar richtsnoeren, aan de besluitvormende instanties om te besluiten of de voorwaarden voor afwijking van artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn kunnen worden toegepast.

Als daartoe wordt besloten, zal het besluit moeten voldoen aan de voorwaarden en eisen die in artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn zijn vastgelegd, doorvertaald in art. 8.74b van het Bkl. Volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie moet aan de hand van documenten worden aangetoond dat:

1. Het voor toestemming voorgelegde alternatief, economische overwegingen buiten beschouwing gelaten, het minst schadelijk is voor de habitats, de soorten en de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied en dat geen ander haalbaar alternatief voorhanden is, dat geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het gebied.
2. Er sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang, waaronder redenen 'van sociale of economische aard'.
3. Alle compenserende maatregelen die nodig zijn om de algehele samenhang van Natura 2000 te beschermen, zijn genomen.

II) Bevindingen

Vanuit het project Dijken en Natuur is het juridisch spoor uitgewerkt. Wat we daarin gezien hebben, daaruit afleiden en vervolgens als denkrichting adviseren, is hierna puntsgewijs en in het kort weergegeven. Daarnaast volgt uit de werkgroep een juridisch advies over de ADC-toets. Deze is in bijlage C en D opgenomen.

1. **Kern van vergunningverlening** voor een dijkversterking (Natura 2000-activiteit) is er in gelegen dat de doelen en beoogde resultaten van het project getoetst worden aan de Natura 2000-instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied waarop het project invloed heeft.
2. Hierbij is bepalend of de vergunningverlener uitgaat van de **doelensystematiek** of een **ecosysteembenadering**.

De doelensystematiek gaat uit van de 'letter der wet', waarbij (gechargeerd) een aantasting van 100 m² van beschermd habitat te allen tijde wordt gezien als een significant negatief effect (dus: geen vergunning).

De ecosysteembenadering gaat uit van de 'geest der wet' en ziet er op toe wat in zijn geheel met het project beoogd wordt en reflecteert dit op het betreffende ecosysteem. Hierbij kan het zijn dat een kleine 'min' op het ene habitat wegvalt tegen de grote 'plus' die op een ander, belangrijker, habitat behaald wordt. En hierbij vergunning verleend kan worden.

3. Het artikel **Natuurwinstplan** Grote Wateren 2021 is een uitgave van LIFE IP Deltanatuur, waarin onder meer het ministerie van I&W en (toentertijd) LNV deelnamen. Het geeft een gewenste richting, een denkrichting aan ten aanzien van het omgaan met natuur. Dit artikel leunt zwaar op de ecosysteembenadering en natuurwinst. Er wordt gesteld dat '... de ambitie voor een robuust ecosysteem kan namelijk ook strijdig zijn met Natura 2000-doelen...' en dat 'Nederland waar nodig met gedegen onderbouwing de discussie kan aangaan op EU-niveau.'. Merk op dit artikel een onderbouwing biedt om te stellen dat er draagvlak is (zou moeten zijn) vanuit de ministeries van I&W en LNVN (opvolger LNV) voor een aanpak met natuurwinst en ecosysteembenadering. En de veronderstelling dat deze twee kunnen botsen met de Natura 2000-wetgeving.

4. Een **(meer) concrete invulling** van de voorgaande stappen vinden we in het artikel *Werken in het Natura 2000-gebied Waddenzee – een ecologische en juridische verkenning van kansen en knelpunten bij het uitvoeren van dijkverbeteringen langs de Waddenzee* (Altenburg en Wymenga, 2019, A&W-rapport 2548).

In het rapport worden de volgende stappen geadviseerd:

1. Identificeer de (ecologische) kernprocessen van het gebied.
2. Leg daar de ambities voor het gebied (op hoofdlijn) langs.
3. Detecteer de daaruit volgende knelpunten.
4. Onderzoek welke (theoretische) oplossingsrichtingen er zijn.
5. Maak een vertaling hoe een koppeling gemaakt kan worden tussen dat wat voor de dijkversterking(en) gedaan moet worden én datgene wat onder stap 4 nodig is.

5. **Denkrichting:** op basis van 2, 3 en uitwerking onder 4 lijkt het mogelijk om tot een vergunning voor een Natura 2000-activiteit te komen wanneer uitgegaan wordt van de ecosysteembenadering met winst voor natuur, zodanig dat het geheel van het project leidt tot een belangrijke 'plus' voor de natuur.

6. **Denkrichting:** uitgaan van een ecosysteembenadering vraagt regie op het niveau van de Programmadirectie HWBP. Reden hiervoor is dat de ecosystemen waar dijkversterkingen aan raken altijd project overstijgend en vaak waterschap overstijgend zijn. Dan is het niveau van de Programmadirectie een logische landingsplaats. Het is om dezelfde reden ook logisch om meerdere projecten (langs of in een systeem) te bundelen in een programma of overkoepelend project.

7. **Denkrichting:** uitgaand van ecosysteembenadering en de aanwezigheid van meerdere projecten is het nuttig om de mogelijkheden van '**habitatbanking**' (Natuur in de Omgevingswet, Backes et al. 2024, p.152) op alliantieniveau te verkennen.

8. **Denkrichting:** uitgaand van de voorgaande stappen is het nuttig om de mogelijkheden te verkennen van een '**programma onder de omgevingswet**' (art. 11.18-20 Bal). Dit biedt handvatten voor 'habitatbanking' en om de risico's i.r.t. vergunningverlening (voor de afzonderlijke versterkingsprojecten) vooraf (deels) te regelen. Hiermee kan aan projecten meer zekerheid en comfort worden geboden.

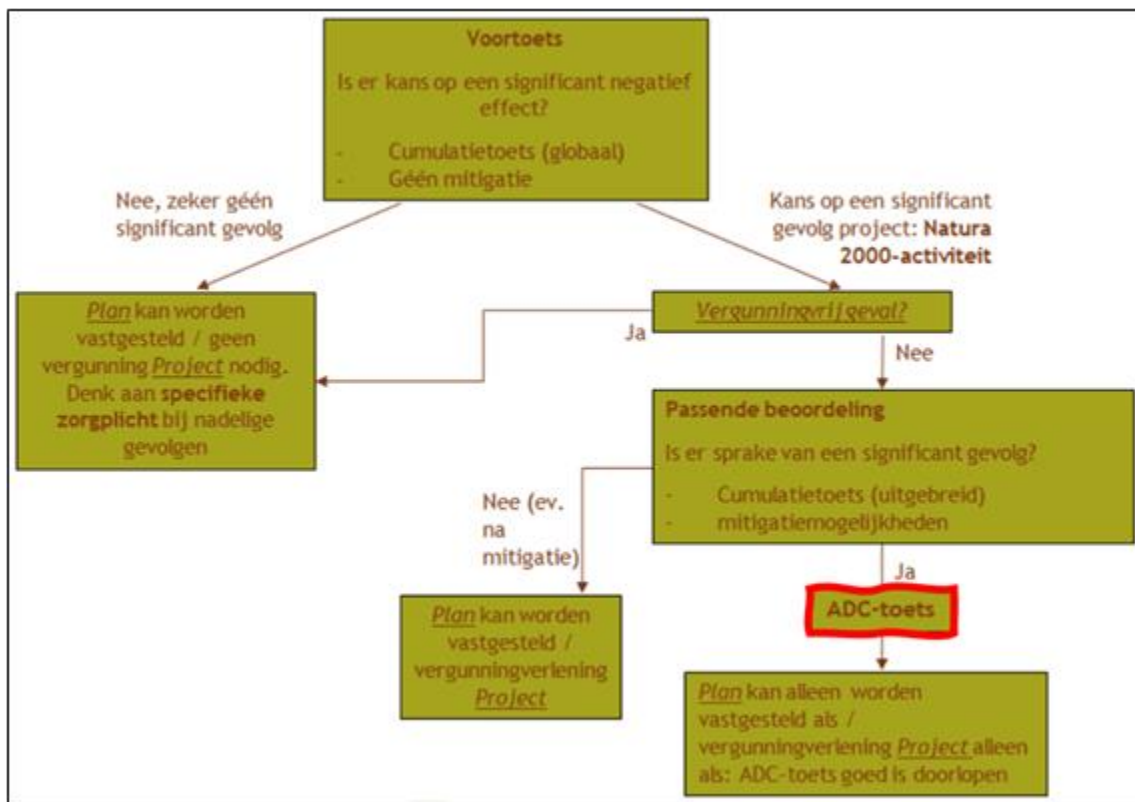
9. **Denkrichting:** de Omgevingswet lijkt, onder voorwaarden, mogelijkheden te bieden tot het meenemen van 'natuurinclusief ontwerpen' als **mitigerende maatregel** in de passende beoordeling. Hiermee lijkt het mogelijk om te ontwikkelen natuur positief mee te laten wegen in de afweging van het 'significant effect'.

Merk op: hierbij is het van belang om die natuur tijdig ontwikkeld te hebben en helder te hebben hoe dit zich verhoudt tot reeds bestaande beheerplannen. (Natuur in de Omgevingswet, Backes et al. 2024, p.151-153).

III) Toelichting bij het advies: Alternatieve toets bij ADC-beoordeling (Wie “A” zegt moet ook “D” zeggen)

Waar gaat dit over?

De ADC-toets is een instrument in de Omgevingswet in het proces van vergunningverlening voor een Natura 2000-activiteit. In onderstaande figuur is dit proces en de plaats van de ADC-toets daarin schematisch weergegeven.



Het advies gaat in op hoe:

- De doelstelling van een project zijn weerslag heeft op:
- De ‘A’ (alternatieve oplossingen) van de ADC-toets en hoe dit ook weer doorwerkt op:
- De ‘D’ (dwingende reden van groot openbaar belang).

Waarom dit advies?

In meer dan de helft van de geprogrammeerde versterkingsopgaven bestaat een raakvlak tussen de dijkversterking en een Natura 2000-gebied. In die projecten kan het nodig zijn om een *Vergunning voor een Natura 2000-activiteit* aan te vragen. Vaak wordt het als moeilijk of zelfs onmogelijk gezien om een vergunning te verkrijgen. Regelmatig wordt in dergelijke gevallen een oplossing gezocht in het aanpassen van het ontwerp, om te voorkomen dat er fysiek raakvlak is tussen de versterking en het Natura 2000-gebied. Dit leidt (meestal) tot hoge kosten voor de versterking, zonder dat de waterveiligheid toeneemt of de natuurwaarden versterkt worden. Er wordt enkel voorkomen dat de natuurwaarden aangetast wordt. Met dit advies wordt beoogd inzicht te geven in de mogelijkheden die wel bestaan om om te gaan met dit dilemma. Op een manier die zowel goed is voor de waterveiligheid, als voor natuur, als voor langjarige (maatschappelijke) kosten- en batenaftewegingen.

In het kort

Wat het advies zegt over:

- **Doelstelling**
Van belang is om de doelstelling van het project vooraf breed (maar wel zuiver) te definiëren. Dit kan liggen - naast waterveiligheid – in duurzaamheid, het zichtjaar, of anders. Let op: hier zit (mogelijk) ook raakvlak met het beleid van het waterschap.
- **Alternatieven**
Op grond van de ruime doelstelling (hiervoor genoemd) is het verdedigbaar de alternatieven breed op te zetten (i.e. breder dan enkel waterveiligheid).
- **Dwingende reden van groot openbaar belang**
Door een bredere doelstelling is het - voor zover van toepassing – mogelijk om groter maatschappelijk belang van de alternatieven op te voeren dan enkel waterveiligheid.
- **Compensatie**
Is ongewijzigd; speelt geen rol in dit betoog.
- **En dus:**
Hiermee wordt de afweging tussen maatschappelijk belang en belang van het natuurgebied ruimer en zuiverder. En: er kan onderbouwing gecreëerd worden om tot een alternatief (met raakvlak Natura 2000-gebied) te komen, dat zowel meerwaarde biedt voor waterveiligheid als voor natuur.

Om alvast mee te nemen

- De kern van het advies raakt aan de doelstelling die aan het project gekoppeld is. Meestal wordt deze doelstelling heel vroeg in het proces vastgesteld. Daarom past dit advies ook het best in het vroege stadium van het project, of zelfs daar nog voor.
- Omdat de focus ligt op de doelstelling die aan het project hangt, kan het zijn dat bestuurlijk draagvlak nodig is.
- In geval van doorlopen van de ADC-toets blijft compensatie nodig (de 'C' van de ADC-toets)
- Neem voor toelichting of ondersteuning contact op met de Programmadirectie van het HWBP. Het is ook verstandig om in een vroeg stadium afstemming te zoeken over de ruimte die vanuit de Programmadirectie gegeven wordt om – zo nodig – een afwijkende route te nemen met het project.

IV) Alternatieventoets bij ADC-beoordeling (Wie “A” zegt moet ook “D” zeggen)



Memo

Aan: Waterschap Drents Overijsselse Delta
Van: Mr. drs. L. Boerema
Datum: 5 juli 2024
Inzake: Advisering Natura2000 / Dijkverzwaringen

Betreft: Alternatieventoets bij ADC- beoordeling (Wie “A” zegt moet ook “D” zeggen)

Bestuurlijke Samenvatting

Het waterschap wil graag advies over de wijze waarop met het oog op het bereiken van een duurzaam goede waterveiligheid en een duurzaam goede kwaliteit van Natura2000 natuurwaarden een omgevingsvergunning voor Natura2000-activiteiten voor dijkversterkingen kan worden verleend, waarbij lange termijndoelstellingen (ijkpunt: jaar 2100) voor o.a. klimaatadaptatie kunnen worden bereikt.

Het is mogelijk dat voor een echt duurzame oplossing, zoals hierboven beoogd, een ingreep wordt gedaan waarbij bestaande Natura-2000 waarden significant worden geschaad. Daarvoor is vergunningverlening mogelijk, maar dan via een uitgebreide toets, de zogenaamde ADC-toets. Hierbij staat de A voor de beoordeling van het ontbreken van Alternatieve oplossingen, de D voor Dwingende reden van groot openbaar belang, die met het project moeten worden gediend en de C staat voor de uit te voeren Compensatie van natuurwaarden.

Als dit een gewenste oplossingsrichting is, dan is het van belang om de maatschappelijke doelstelling van het project vooraf breed (maar wel zuiver) te definiëren. Bijvoorbeeld omdat niet alleen waterveiligheid, maar ook omdat in het voorgestelde alternatief optimaal rekening wordt gehouden met voorspelde klimatologische veranderingen. Hier zit ook een raakvlak met het beleid van het

waterschap. Als een brede doelstelling wordt nagestreefd, valt een aantal kleinschaliger ingrepen als alternatief af.

Door een bredere maatschappelijke doelstelling te kiezen is het - voor zover van toepassing natuurlijk - mogelijk om een breder maatschappelijk belang dan enkel waterveiligheid op te voeren als onderdeel van de dwingende redenen van groot openbaar belang.

Omdat het behouden van de natuurwaarden van Natura2000 ook heeft te gelden als een groot maatschappelijk belang moet worden aangetoond dat het (al dan niet tijdelijk) opofferen van natuurwaarden een ander dwingend groot (maatschappelijk noodzakelijk) openbaar (publiek) belang dient. Hoe zwaarwegender het maatschappelijk belang hoe meer rechtvaardiging voor een aantasting van natuurwaarden. Waarbij natuurlijk wel geldt dat de natuurwaarden adequaat moeten kunnen worden gecompenseerd.

Inleiding

Het waterschap wil graag advies over de wijze waarop met het oog op het bereiken van een duurzaam goede waterveiligheid en een duurzaam goede kwaliteit van Natura2000 natuurwaarden een omgevingsvergunning voor Natura2000-activiteiten voor dijkversterkingen kan worden verleend, waarbij lange termijndoelstellingen (ijkpunt: jaar 2100) voor o.a. klimaatadaptatie kunnen worden bereikt. Lange termijndoelstellingen voor waterveiligheid en tevens lange termijndoelstellingen voor natuurkwaliteit, mede doordat bij deze insteek op basis van de huidige scenario's voor langere tijd niet meer in de natuur hoeft te worden ingegrepen voor waterveiligheidsdoelen. Vergunningverlening op traditionele wijze waarin het (tijdelijk) aantasten van natuurwaarden wordt voorkomen, bijvoorbeeld door gebruik maken van sub-optimale technieken, kan namelijk betekenen dat in de toekomst op meerdere momenten opnieuw maatregelen moeten worden getroffen voor de waterveiligheid, met alsnog mogelijk heftiger negatieve gevolgen voor de natuurwaarden.

Meer concreet willen de waterschappen in eerste instantie advies over de mogelijkheden die het toepassen van een ADC-toets zou kunnen hebben voor het juridisch vormgeven van deze lange termijn benadering. Daarbij zou in eerste instantie moeten worden onderzocht hoe moet worden omgegaan met de vraag naar passende alternatieven (de "A" van de ADC-toets).

Aanpak

Binnen deze vraag moet worden onderzocht welke eisen worden gesteld aan (de onderbouwing van) de alternatieventoets binnen de Europese en Nederlandse wetgeving en rechtspraak en op welke wijze binnen de gehele ADC-toets het bestaan van alternatieven voor een voornemen worden geïdentificeerd. Daarbij kan worden ingezoomd op dijkverzwarringsprojecten. Hierbij zal worden verkend in hoeverre binnen deze toets ruimte kan worden gevonden voor een benadering die recht doet aan het streven om zoveel mogelijk structurele oplossingen voor klimaatadaptatie vorm te geven, met de focus op de lange termijn.

Opzet memo

Er zal eerst worden ingegaan op de wijze waarop de omgevingsvergunning voor Natura2000-activiteiten is vormgegeven in het stelsel van de Omgevingswet, met speciale aandacht voor de bijzondere variant die moet worden toegepast als het aantasten van natuurlijke kenmerken door vergunningverlening voor een project niet kan worden voorkomen. In dat geval moet een zogenaamde ADC-toets worden doorlopen. De opzet van een dergelijke toetsing wordt besproken, met bijzondere aandacht voor de Alternatieventoets. De samenhang van deze alternatieventoets met de vervolgstappen (beoordeling van de dwingende reden van openbaar belang en de compensatie-eis) wordt omschreven. Vervolgens zal een mogelijke redeneerlijn worden opgezet om de ADC-toets te plaatsen binnen de opgave die voor klimaatadaptatie voorligt en de eisen die daaruit voortvloeien.

De laatste stap binnen de ADC- toets (vormgeven van compensatieopgaven) blijft in deze notitie grotendeels onbesproken.

De Omgevingvergunning voor een Natura2000-activiteit

Natura 2000-activiteiten zijn activiteiten die significant nadelige gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Volgens de Omgevingswet (Ow) is een Natura 2000-activiteit een: "Activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied." De activiteit kan zowel binnen, als buiten een Natura 2000-gebied plaatsvinden.

Voortoets

Om te kunnen bepalen of een activiteit mogelijk significante gevolgen voor de beschermde natuurwaarden zou kunnen hebben wordt in de praktijk eerst een zogenaamde 'voortoets' uitgevoerd. In de voortoets wordt beoordeeld of die activiteit significante gevolgen kan veroorzaken voor een Natura 2000-gebied. Een interessante uitspraak daarover is de volgende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze overwoog met betrekking tot de voortoets:

"Een voortoets wordt gemaakt om vast te stellen of een risico bestaat dat een plan of project significante gevolgen heeft voor een gebied. (...) Een plan of project moet worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een gebied wanneer het de instandhoudingsdoelstellingen daarvan in gevaar dreigt te brengen. Een dergelijk risico moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het Natura 2000-gebied (zie het arrest van het Hof van Justitie van de EU van 7 september 2004, C-127/02, (Kokkelvisserij), ECLI:EU:C:2004:482)."¹

Als uit de voortoets volgt dat mogelijke significante gevolgen voor instandhoudingsdoelstellingen niet kunnen worden uitgesloten, dan moet een zogenaamde passende beoordeling worden gemaakt. De beoordeling óf een omgevingsvergunning Natura 2000-activiteit vereist is alsmede de (passende) beoordeling van een omgevingsvergunning Natura 2000-activiteit moet betrekking hebben op het gehele 'project'.

Passende beoordeling

Uit de richtsnoeren van de Europese Commissie volgt dat niet exact wordt omschreven hoe een passende beoordeling eruit moet zien: „Wat het begrip „passende beoordeling” in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat deze bepaling niet voorschrijft volgens welke methode de beoordeling moet worden verricht. Niettemin moet, gezien de bewoordingen van deze bepaling, een passende beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied plaatsvinden voordat toestemming wordt verleend, en moet worden gelet op de cumulatieve gevolgen die kunnen optreden door de combinatie van dit plan of project met andere plannen of

¹ ABRvS van 16 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3129, (Porthos).

projecten, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied.” „Een dergelijke beoordeling houdt dus in dat, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd.”²

Het moet dus gaan om mogelijke 'significante gevolgen'. Wat zijn dat? Er is geen definitie van 'significant'. Verschillende factoren bepalen samen of sprake is van significant of niet.

Factoren zijn bijvoorbeeld:

- afname van de oppervlakte van een habitat in relatie tot de zeldzaamheid van die habitat;
- afname van een populatie in relatie tot de zeldzaamheid van planten- of diersoorten in die populatie;
- algemene condities van het gebied voor behoud en herstel van de habitat of soorten.³

Volgens de al eerder aangehaalde richtsnoeren van de Europese Commissie moet de reikwijdte van de term „significant” op een objectieve manier worden geïnterpreteerd, maar kan die objectiviteit niet los worden gezien van de specifieke kenmerken en ecologische omstandigheden van het beschermde gebied dat bij het plan of project is betrokken. In dit opzicht kunnen de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied evenals vooraf bestaande of fundamentele informatie dienaangaande zeer belangrijk zijn bij het nauwkeuriger bepalen van de gevoelige punten van instandhouding.⁴ Wat „significant” is, moet op een objectieve manier worden geïnterpreteerd.

Vergunningverlening voor Natura2000-activiteiten

Op grond van de beoordelingsregels uit het Besluit Kwaliteit Leefomgeving (Bkl) kan alleen vergunning worden verleend indien uit een passende beoordeling met zekerheid volgt dat de activiteit de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten.⁵

Volgt deze conclusie niet uit de passende beoordeling, dan kan vergunningverlening alleen plaatsvinden als aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

- er zijn geen reële alternatieven voor de activiteit
- er is sprake van een dwingende reden van groot openbaar belang
- er zal natuurcompensatie worden uitgevoerd.

² HvJ 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, (Kokkelvisserij Waddenzee).

³ <https://iplo.nl/regelgeving/regels-voor-activiteiten/activiteiten-natuur/natura-2000-activiteit/natura-2000-activiteit/>

⁴ HvJ 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, (Kokkelvisserij Waddenzee) zie: punten 46-48.

⁵ artikel 8.74b Bkl

ADC-toets als wijze van vergunningverlening

Toepassing van de ADC-toets is niet vanzelfsprekend als uit een passende beoordeling volgt dat de natuurlijke kenmerken worden aangetast. Het is, volgens de Europese Commissie in haar richtsnoeren, aan de besluitvormende instanties om te besluiten of de voorwaarden voor afwijking van artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn kunnen worden toegepast.

Als daartoe wordt besloten dan zal het besluit moeten voldoen aan de voorwaarden en eisen die in artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn zijn vastgelegd, en bij ons doorvertaald in art. 8.74b van het Bkl. Volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie moet aan de hand van documenten worden aangetoond dat:

1. het voor toestemming voorgelegde alternatief, economische overwegingen buiten beschouwing gelaten, het minst schadelijk is voor de habitats, de soorten en de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied en dat geen ander haalbaar alternatief voorhanden is dat geen schadelijke gevolgen zou hebben voor de natuurlijke kenmerken van het gebied;
2. er sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang, waaronder redenen „van sociale of economische aard“;
3. alle compenserende maatregelen die nodig zijn om de algehele samenhang van Natura 2000 te beschermen, zijn genomen.

De “A” nader getoetst: wanneer is er sprake van een “passend alternatief”?

Omdat het toepassen van de ADC-toets via de weg van artikel 6 lid 4 van de Hrl een afwijking inhoudt van artikel 6, lid 3, Hrl, moet de bepaling, volgens het Hof van Justitie, strikt worden geïnterpreteerd en moet de toepassing ervan worden beperkt tot omstandigheden waarin aan alle gestelde voorwaarden voor het toepassen van de uitzondering wordt voldaan.⁶ Dit houdt in dat iedereen die zich op deze uitzonderingsbepaling beroept, vooraf moet aantonen dat in elk specifiek geval inderdaad aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan. Aangezien ongewenste verstoringen van het Natura 2000-netwerk moeten worden voorkomen, dient te worden overwogen een voorgesteld plan of project grondig te herzien en/of in te trekken wanneer negatieve gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van een gebied zijn vastgesteld. Het is dan ook de taak van de bevoegde instanties de noodzaak van het plan of project te analyseren en aan te tonen, en daarbij in dit stadium ook de nuloptie te overwegen.

Vervolgens moeten de bevoegde instanties onderzoeken of gebruik kan worden gemaakt van alternatieve oplossingen die de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied beter vrijwaren. Er dient een analyse te worden verricht van alle haalbare alternatieven die voldoen aan de doelstellingen van het plan of project, met name hoe deze relatief presteren ten opzichte van instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, de natuurlijke kenmerken van het gebied en de bijdrage van het gebied aan de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk. Tevens moet hierbij de evenredigheid ervan in termen van kosten in aanmerking worden genomen. Mogelijke oplossingen zijn de keuze van alternatieve locaties of routes, de vaststelling van andere ontwikkelingsschalen of -ontwerpen en de

⁶ HvJ EU 26 oktober 2006, C-239/04, ECLI:EU:C:2006:665, (snelweg Portugal).

overstap naar alternatieve processen. De economische kosten van de maatregelen die in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van het onderzoek van alternatieven mogen niet als enige factor beslissend zijn voor de keuze van alternatieve oplossingen.⁷ Met andere woorden, iemand die een voorstel voor een project doet, kan niet aanvoeren dat alternatieven niet zijn onderzocht omdat deze te duur zouden zijn.

Scope van het project is bepalend

Welke alternatieven in aanmerking komen, hangt af van het doel en de aard van het plan of project en de wijze van uitvoering. In de richtsnoeren van de Europese Commissie wordt gewezen op alternatieve locaties of routes, de vaststelling van andere ontwikkelingsschalen of -ontwerpen en de overstap naar alternatieve processen. Waar het om gaat, is dat een analyse wordt verricht van alle haalbare alternatieven, met name hoe deze relatief presteren ten opzichte van de instandhoudingsdoelstellingen van het betreffende Natura 2000-gebied, de natuurlijke kenmerken van dat gebied en de bijdrage van het gebied aan de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk.⁸ Voorstelbaar is, dat een project dat een ruimere scope heeft, bijvoorbeeld met betrekking tot het voorkomen van overstromingsrisico's voor de komende honderd jaar een andere alternatievenbeoordeling kent dan een project waarbij de scope is om een veilige situatie voor tien jaar te creëren. Hier komt ook de samenhang met de dwingende reden van groot openbaar belang waarvoor het project moet worden gerealiseerd aan de orde: „Het in artikel 6, lid 4, van de habitatrichtlijn bedoelde belang dat de verwezenlijking van een plan of een project kan rechtvaardigen moet zowel „openbaar” als „groot” zijn, wat impliceert dat het zo groot is dat het kan worden afgewogen tegen de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.”

Het ligt voor de hand dat alternatieven voor een doelstelling geënt op langdurige waterveiligheidsrealisatie een zwaarder maatschappelijk belang vertegenwoordigt dan een tijdelijke oplossing, waarbij mede voor de hand ligt dat een mogelijke inbreuk op Natura2000 waarden, ook als die relatief zwaar zijn, in zo'n geval beter kan worden gemotiveerd.

Samenhang alternatieventoets en dwingende reden van groot openbaar belang

Er is aldus een samenhang tussen de doelstellingen van een plan of project, de vraag welke alternatieven in beschouwing moeten worden genomen en de vraag welk dwingend openbaar belang voor een plan of project pleit. Vertrekpunt is dat een alternatief voor een plan of project geschikt moet zijn om de doelstellingen van het plan of project te bereiken. Dat lijkt vanzelfsprekend.

Backes e.a. wijzen er echter op dat dit er toe kan verleiden om door middel van een zeer precieze en beperkte redactie van de beoogde plan- of projectdoelstelling het aantal alternatieven te beperken.⁹ De vraag is of het omgekeerde ook waar is: als het project

⁷ HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10, (Grüne Liga Sachsen), punt 77.

⁸ Europese Commissie 2019, p. 39.

⁹ Backes e.a., Natuur in de Omgevingswet, Uitgeverij Boom, 2024.

een zeer uitgebreide doelstelling kent, ligt het dan voor de hand dat het aantal mogelijke alternatieven voor minder ingrijpende maatregelen in Natura2000 ten onrechte wordt beperkt?

Vast staat dat ervan uit moet worden gegaan dat hoe groter de bijdrage van het betreffende plan of project aan het oplossen van een groot maatschappelijk probleem als het realiseren van waterveiligheid is, hoe eerder kan worden aangenomen dat hiermee een dwingende reden van groot openbaar belang gemoeid is. Onderzocht moet worden of de relatieve grote omvang van een project aan het realiseren van een duurzame waterveiligheid, waarbij over een langere periode ook niet meer hoeft te worden ingegrepen binnen Natura2000 voor dit doel, alternatieven voor relatief meerdere en kleinere ingrepen, die voorzienbaar vaker moeten worden gepleegd, mogen worden uitgesloten als relevante te onderzoeken alternatieven.

Het denken over natuurtoetsen in relatie tot grote maatschappelijke opgaven is ook vanuit een andere insteek in, naar het schijnt, parallelle beweging, aan het veranderen. Er wordt vanuit het Rijk een noodzaak gevoeld om de noodzakelijke opgave voor duurzame waterveiligheid in te passen in duurzaam herstel van ecosystemen. Deze wijze van denken is neergelegd in het Natuurwinstplan Grote Wateren 2021.¹⁰ In deze beleidslijn is aangegeven dat er een transitie nodig is in het denken over de natuur van de grote wateren. Deze transitie is begonnen met de Natuurambitie Grote Wateren (2014), die inzet op herstel van natuurlijke processen. Dit heeft een politiek vervolg gekregen toen de ministers van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) en Infrastructuur en Waterstaat (IenW) hun handtekeningen zetten onder het White Paper Natuurwinstplan Grote Wateren (2020). Het Natuurwinstplan Grote Wateren 2021 geeft een uitwerking aan het White paper: een nieuwe stap in de noodzakelijke transitie. Volgens het natuurwinstplan moet meer worden ingezet op herstel van ecosystemen en natuurlijke processen in de grote wateren, terwijl er een noodzaak is om grote inrichtingsmaatregelen te treffen. Volgens deze manier van denken is het van belang om de juiste ingreep ten behoeve van waterveiligheid te kiezen die kan worden gecombineerd met een zo groot mogelijk systeemherstel, waarbij veelvuldig menselijk ingrijpen zoveel mogelijk wordt voorkomen. Dit kan in voorkomende gevallen betekenen dat strijd kan optreden met de mogelijkheid van het halen van Natura 2000-doelen: sommige Natura 2000-soorten of -habitattypen passen beter in de huidige minder natuurlijke situatie dan in een robuust ecosysteem met de natuurlijke processen die karakteristiek zijn voor het betreffende gebied.¹¹ Dit kan feitelijk ook gelden als wordt gekozen voor duurzame waterveiligheidsmaatregelen, waarbij wel aan systeemherstel wordt gewerkt, maar waarbij mogelijk bepaalde Natura2000 doelen in het gedrang komen. Deze doelen zullen dan mogelijk via een ADC-toets elders moeten worden gecompenseerd.

Samenvattend

Het lijkt erop dat uit recente jurisprudentie de insteek volgt dat een plan- of projectdoelstelling niet te beperkt moet zijn, alsmede dat er een samenhang is tussen die doelstelling, de te onderzoeken alternatieven en de dwingende reden van groot

¹⁰ https://life-ip-deltanatuur.nl/file/download/06818f15-2dc2-4d45-a3e4-834db0b8cd29/natuurwinstplan_grote_wateren_2021_-web.pdf

¹¹ Natuurwinstplan Grote Wateren 2021, p. 10.

openbaar belang die met het betreffende plan of project is gemoeid. Hoe wezenlijker en groter het belang waarvoor een inbreuk op Natura2000 moet worden toegestaan, hoe ruimer ook de weging van alternatieven mag zijn. Dat lijkt te volgen uit de rechtspraak, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat wél voldoende alternatieven waren onderzocht. Zo accordeerde de Afdeling bestuursrechtspraak het in het kader van de realisatie van de hoogwatergeul Reevediep en de Reevedam verrichte alternatievenonderzoek. In het kader hiervan is onderzocht of andere maatregelen mogelijk zijn waarmee de doelstelling als vastgelegd in de PKB Ruimte voor de Rivier kan worden behaald. Gelet hierop is het alternatief 'dijkversterking' buiten beschouwing gelaten. Op dit aspect richtte zich een beroepsgrond van belanghebbenden. Deze waren het niet eens met het buiten beschouwing laten van dijkversterking en betoogden dat het alternatievenonderzoek op een oneigenlijke doelstelling berust. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde echter dat het standpunt van verweerders dat rivierverruimende maatregelen vanuit veiligheidsoverwegingen te verkiezen zijn boven dijkversterking niet onredelijk is, zodat zij zich terecht op het standpunt hebben gesteld dat dijkversterking geen reëel alternatief is.¹²

Men mag redelijkerwijs aannemen dat de „dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard” betrekking hebben op situaties waarin de voorgenomen plannen of projecten voor aanpassing aan klimaatverandering, of waterveiligheid aantoonbaar onontbeerlijk zijn. Het is aan de bevoegde instanties om de dwingende redenen van groot openbaar belang van het plan of project vervolgens af te wegen tegen de doelstelling van het in stand houden van natuurlijke habitats en wilde flora en fauna. De instanties kunnen het plan of project alleen goedkeuren indien de dwingende redenen voor het plan of project zwaarder wegen dan de gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen.

Uiteraard moet in die gevallen het ontbreken van minder ingrijpende alternatieven adequaat kunnen worden gemotiveerd.

Conclusie:

Waar het om gaat, is dat binnen een ADC-toets, een analyse wordt verricht van alle haalbare alternatieven, met name hoe deze relatief presteren ten opzichte van de instandhoudingsdoelstellingen van het betreffende Natura 2000-gebied, de natuurlijke kenmerken van dat gebied en de bijdrage van het gebied aan de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk, in het licht van de gekozen doelstelling en het maatschappelijke belang van het project.

Het op een juiste wijze vastleggen van de doelstelling van het project en het maatschappelijk belang dat het project vertegenwoordigt is van grote invloed op de aard van de alternatieven voor doelbereik die moeten worden beoordeeld binnen het kader van de ADC-toets.

¹² Zie: Backes e.a., *Natuur in de Omgevingswet*, Uitgeverij Boom 2024, en ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623.