

COMPENSATIE EN MITIGATIE

In deze katern wordt allereerst ingegaan op het HvJ EU-arrest waarin duidelijkheid wordt gegeven over het onderscheid tussen compenserende en mitigerende maatregelen in de habitattoets. Vervolgens wordt aandacht geschonken aan uitspraken waarin de Afdeling oordeelt over de rechtmatigheid van bestemmingsplanregels die verwijzen naar de Natuurbeschermingswet 1998 respectievelijk waarin wordt bepaald dat de stikstofemissie niet mag toenemen. Tenslotte worden in deze katern beschouwingen gewijd aan jurisprudentie over de reikwijdte van een MER en de vraag in hoeverre het relativiteitsbeginsel zich ertegen verzet dat een beroep kan worden gedaan op een schending van de m.e.r.-regelgeving.

Onderscheid compenserende en mitigerende maatregelen

In de jurisprudentiekatern van *Toets* 2013/1 (p. 21) is ingegaan op de door de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: AbRvS of Afdeling) aan het Hof van Justitie gestelde vragen over het onderscheid tussen mitigerende en compenserende maatregelen in de habitattoets. Die vragen werden opgeworpen in de beroepsprocedure tegen het tracébesluit wegverbreding A2 's-Hertogenbosch-Eindhoven. In de daarvoor opgestelde passende beoordeling is erkend dat de stikstofdepositietoename zal leiden tot negatieve effecten op enkele bestaande arealen blauwgraslanden binnen het Natura 2000-gebied. Om die effecten weg te nemen is in de passende beoordeling uitgegaan van de aanleg van nieuw areaal blauwgraslanden elders binnen het Natura 2000-gebied. Door die aanleg zouden de effecten van de stikstofdepositietoename op de bestaande blauwgraslanden ruimschoots worden gemitigeerd en zou kunnen worden voldaan aan de voor dit habitatype geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen. Aldus zou het tracébesluit niet leiden tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied en kon de (zwarte) ADC-toets achterwege blijven (ontstentenis van Alternatieven, Dwingende redenen van groot openbaar belang en het treffen van Compenserende maatregelen). In HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, heeft het Hof de vragen van de Afdeling beantwoord. Het Hof oordeelt dat de aanleg van nieuw areaal blauwgraslanden binnen hetzelfde Natura 2000-gebied niet afdoet aan de negatieve effecten op de kwaliteit van de bestaande

arealen blauwgraslanden. De toekomstige aanleg van nieuw areaal strekt er volgens het Hof niet toe om de significant negatieve gevolgen te voorkomen of te verminderen, maar beoogt die gevolgen nadien te compenseren. Daarom kan die maatregel volgens het Hof alleen worden aangemerkt als een compenserende maatregel die niet in de passende beoordeling maar alleen in de ADC-toets kan worden ingezet. Het arrest maakt duidelijk dat het op zich niet verboden is om mitigerende maatregelen in de passende beoordeling te betrekken. Echter, de in de praktijk vaak gehanteerde ruime reikwijdte van het begrip mitigerende maatregel zal bijstelling behoeven. Niet langer kan in de passende beoordeling worden gesaldeerd tussen de negatieve effecten van een plan of project op een habitatype op locatie A en de door een maatregel te veroorzaken positieve gevolgen voor hetzelfde habitatype op locatie B binnen hetzelfde Natura 2000-gebied. Het oordeel van het Hof heeft ook gevolgen voor de in voorbereiding zijnde programmatische aanpak stikstof.

Niet verwijzen naar Natuurbeschermingswet 1998

Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling volgt dat bij het verrichten van de habitattoets (eventueel in de vorm van een passende beoordeling) voor een bestemmingsplan moet worden uitgegaan van de maximale planologische mogelijkheden. Het is niet mogelijk om het onderzoek naar de ecologische effecten van een in het bestemmingsplan opgenomen flexibiliteitsbepaling of bouwmogelijkheid door te schuiven naar een later moment. Dat is ook

niet toegestaan, wanneer aan een flexibiliteitsbepaling of aan een bouwmogelijkheid in de planregels de voorwaarde is gekoppeld volgens welke geen significante effecten op een Natura 2000-gebied mogen plaatsvinden. Zie o.a. AbRvS 26 september 2012, nr. 201108509/1/R4, r.o. 8.5 en AbRvS 31 oktober 2012, nr. 201105435/1/R3, r.o. 4.4. De Afdeling oordeelde daarin nog niet over de rechtmatigheid van een dergelijke planregel sec, dus ongeacht de vraag of het ecologische onderzoek nu wel of niet is verricht. Dat is wel gebeurd in AbRvS 6 augustus 2014, nr. 201207794/1/R4, r.o. 50.5 e.v. De Afdeling acht bestemmingsplanregels waarin het planologisch gebruik afhankelijk wordt gesteld aan het voldoen aan de Natuurbeschermingswet 1998, ten principale onrechtmatig. Kort gezegd is de Afdeling van oordeel dat zulke regels de in de Natuurbeschermingswet 1998 opgenomen bevoegdheden doorkruisen en strijdig zijn met de rechtszekerheid. Voor zover in de praktijk nog onduidelijkheid zou kunnen bestaan over de vraag of het ecologische onderzoek kan worden beperkt door in de bestemmingsplanregels direct of indirect te verwijzen naar de Natuurbeschermingswet 1998, behoort die thans tot het verleden.

Geen (significante) effecten bestemmingsplan

In de regels van het bestemmingsplan voor het buitengebied van Tynaarlo is bij recht voorzien in de uitbreiding van agrarisch veehouderijbedrijven. Daarbij is evenwel aangegeven dat die uitbreiding alleen mag plaatsvinden indien er geen sprake is van een toename van ammoniakemissie van het



betreffende bedrijf. In AbRvS 29 oktober 2014, nr. 201307656/1/R4, heeft de Afdeling geoordeeld dat door die voorwaarde de in het bestemmingsplan bij recht toegestane uitbreiding niet zal leiden tot een toename van stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden. Significante effecten kunnen daarmee derhalve worden uitgesloten. Overigens maken het bestemmingsplan, noch de uitspraak van de Afdeling, ondubbelzinnig duidelijk ten opzichte van welke referentie de ammoniakemissie niet mag toenemen. Uit AbRvS 22 oktober 2014, nr. 201306991/1/R3, wordt evenwel nog eens bevestigd dat de feitelijke situatie ten tijde van de vaststelling van het bestemming in beginsel als referentie heeft te gelden. Daarvan mag alleen worden afgeweken, zo overweegt de Afdeling, als een volledig onherroepelijk vergunde situatie (dat zal derhalve ook het Nbw-spoor impliceren) één op één haar vertaling vindt in het bestemmingsplan. In dat geval heeft die vergunde situatie als de referentie te gelden voor de vraag of de desbetreffende bestemming leidt tot een toename van ammoniakemissie (derhalve ook als die situatie afwijkt van de ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan bestaande feitelijke situatie). Vanwege de één op één-vertaling zal de conclusie dan niet anders kunnen zijn dat die bestemming dan niet leidt tot een toename van stikstofemissie. In de casus waarop laatstgenoemde uitspraak zag, was er geen sprake van het één op één bestemmen van een volledig vergunde situatie. Dit vanwege het feit dat voor enkele in het bestemmingsplan voorziene nieuwe stallen nog geen omgevingsvergunningen ter zake van de activiteit bouwen waren verleend.

Reikwijdte MER bestemmingsplan beperkt

De uitspraak van 6 augustus 2014 is behalve om de hiervoor genoemde reden ook van belang vanwege de overwegingen over de reikwijdte van een plan-MER. Voor het desbetreffende bestemmingsplan was een plan-MER gemaakt vanwege de uitbreiding van veehouderijen, de functiewijziging ten behoeve van natuur en de aanleg van kampeer- en recreatievoorzieningen. De milieugevolgen van de in het plan mogelijk gemaakte aanleg van een paardrijbak waren niet in het MER beschreven. De Afdeling acht dat niet onrechtmatig, nu de paardrijbak geen deel uitmaakt van een van de activiteiten waarvoor het MER is opgesteld. Verder merkt de Afdeling op dat niet aannemelijk is gemaakt dat de paardrijbak mogelijk significante effecten kan hebben voor een Natura 2000-gebied, zodat ook om die reden geen plan-m.e.r.-plicht voor die bak bestond. Op zich is de uitspraak niet verrassend. Al bij de totstandkoming van de plan-m.e.r.-regeling in de Wet milieubeheer is door de wetgever aangegeven dat de plan-m.e.r.-plicht uitsluitend ziet op de plan-m.e.r.-plichtige onderdelen (zie Kamerstukken II 2004/05, 29811, nr. 4, p. 2). Evenwel heeft de Afdeling in AbRvS 17 oktober 2012, nr. 201105599/1/R2 verwarring gezaaid. In die uitspraak haalt de Afdeling een streep door het plan-MER voor een glastuinbouwlocatie, omdat daarin niet ook de milieueffecten van biovergistinginstallaties waren meegenomen (zie r.o. 4.4). De Afdeling motiveert dat uitsluitend door erop te wijzen dat bij de beoordeling van de milieueffecten in een MER dient te worden uitgegaan van de

maximale planologische mogelijkheden die het plan biedt. Daarmee zou de suggestie kunnen zijn gewekt dat de plan-MER steeds betrekking moet hebben op alle onderdelen van een plan. De uitspraak van 6 augustus 2014 maakt aan die onduidelijkheid een einde.

Beroepsgronden met betrekking tot m.e.r. en relativiteit

In de uitspraak van 1 oktober 2014 (nr. 201307140/1/R1) is de Afdeling voor het eerst inhoudelijk ingegaan op de vraag in hoeverre het thans in de Algemene wet bestuursrecht verankerde relativiteitsbeginsel zich verzet tegen het vernietigen van een besluit vanwege een plan-m.e.r.-gebrek. De Afdeling oordeelt dat burgers die opkomen voor het behoud van een goed woon- en leefmilieu een beroep kunnen doen op de schending van de plan-m.e.r.-regelgeving. Het relativiteitsbeginsel maakt niet dat de bestuursrechter die beroepsgronden niet mag honoreren. Datzelfde geldt voor een stichting voor het behoud van cultuurhistorische waarden, aangezien dit een onderwerp is dat in een plan-MER aan de orde kan komen.

Deze jurisprudentiekatern wordt verzorgd door Soppe Gundelach Witbreuk advocaten (www.soppegw.nl).