

MEMO



AAN Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer
t.a.v. Dhr. R. Balk

VAN Prof. mr. A.A.Freriks
Mr. W.Zwier
Advocaat

DATUM 31 augustus 2011

TELEFOON +31 88 2535970

ONS KENMERK 238847.20205.afr

FAX +31 88 2535934

KOPIE AAN -

E-MAIL anfreriks@akd.nl

ONDERWERP Juridische strategie realisatie Structuurvisie Amsterdam - Almere - Markermeer

I. Inleiding

De Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer heeft AKD gevraagd te adviseren over de (nadere uitwerking van de) te hanteren juridische strategie om de beoogde ontwikkelingen rond Amsterdam - Almere - Markermeer mogelijk te maken op een wijze die recht doet aan de vereisten van de Natura 2000-status van het Markermeer & IJmeer en de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw). In dit memorandum treft u ons advies aan. Een overzicht van de documenten die ons ten behoeve van dit advies ter beschikking zijn gesteld, is opgenomen in bijlage 1. Het advies is mede op deze documenten gebaseerd.

In paragraaf II zal allereerst worden ingegaan op de vraagstelling en de aanpak van het advies. Paragraaf III bevat een overzicht van de beoogde ontwikkelingen in het kader van de Rijksbesluiten Amsterdam - Almere - Markermeer (RAAM). Het juridisch kader wordt vervolgens toegelicht in paragraaf IV. Paragraaf V gaat in op de haalbaarheidstoets. De juridische strategie komt uitgebreid aan de orde in paragraaf VI.

II. Vraagstelling en aanpak

De Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer heeft allereerst de vraag voorgelegd of de voorgestane aanpak juridisch houdbaar in het licht van de Nbw en de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen. Voorts is verzocht inzichtelijk te maken welke juridische randvoorwaarden van belang zijn bij het operationaliseren van de aanpak (fasering, het borgen van natuurinvesteringen, en hoe om te gaan met ontwikkelruimte). Ten behoeve van het advies is literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht en zijn relevante beleidsstukken bestudeerd. De aanpak en de inhoud van het advies zijn tijdens drie bijeenkomsten met de begeleidingsgroep Juridische Strategie (zie voor de samenstelling bijlage 2) besproken.

AKD is een handelsnaam van AKD Prinsen Van Wijmen N.V., statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: 67.80.01.677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD Prinsen Van Wijmen N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van toepassing die zijn gedeponneerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 44/2009 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl.

III. Beoogde ontwikkelingen

In de zogenaamde RAAM-brief (Rijksbesluiten Amsterdam – Almere – Markermeer) van 6 november 2009 heeft het kabinet samenhangende besluiten genomen over vijf projecten. De vijf projecten zijn¹:

1. een schaa sprong van Almere, met 60.000 nieuwe woningen en het streven naar 100.000 nieuwe arbeidsplaatsen in de periode tot 2030;
2. een verbetering van het openbaar vervoer tussen Schiphol, Amsterdam, Almere en Lelystad op lange termijn;
3. een verbetering van de ecologische kwaliteit van het Markermeer & IJmeer, die onderdeel vormen van het Europese ecologisch netwerk Natura 2000;
4. de ontwikkeling van de luchthaven Lelystad, in relatie tot de ontwikkeling van Schiphol;
5. de bereikbaarheid tussen Almere, 't Gooi en Utrecht, via de weg en het openbaar vervoer.

De besluiten moeten bijdragen aan het verwezenlijken van de visie op de Noordelijke Randstad, zoals beschreven in de RAAM-brief. Volgens de RAAM-brief verloopt de weg daar naartoe via een drievoudige schaa sprong in de Noordelijke Randstad: een sprong in de kwaliteit van natuur en landschap (sprong in het groen-blaue systeem), in de bereikbaarheid (sprong in het bereikbaarheidssysteem: aangeduid als grijze ontwikkeling) en in de stedelijke ontwikkeling (sprong in het stedelijke systeem: hierna aangeduid als rode ontwikkeling).² Het kabinet wil de uitgezette koers verder uitwerken en borgen met behulp van het instrument van de Structuurvisie Amsterdam - Almere – Markermeer. Na vaststelling van de structuurvisie zal nadere (uitvoerings)besluitvorming moeten plaatsvinden op grond waarvan de beoogde ontwikkelingen daadwerkelijk worden gerealiseerd. Dit memorandum heeft betrekking op de fase van voorbereiding van de structuurvisie.

Toekomst Bestendig Ecologisch Systeem

In de RAAM-brief³ wordt aangegeven dat het Markermeer & IJmeer een verslechterend ecologisch systeem is dat een lage kwaliteit en geringe biodiversiteit kent. De voorgenomen ontwikkeling van woningbouw en infrastructuur in de Noordelijke Randstad zal een extra druk leggen op het ecologisch systeem. Een kwaliteitssprong in de natuur is noodzakelijk om de autonome neergaande trend in het gebied te keren en om de eventuele extra druk van nieuwe ontwikkelingen op te vangen. Een kwaliteitssprong in het groen-blaue systeem is ook nodig voor de bewoners (recreatie / toerisme).

¹ RAAM-brief, p. 4, 16.

² RAAM-brief, p. 24.

³ RAAM-brief, p. 10, 25.

Het kabinet streeft naar het realiseren van een Toekomst Bestendig Ecologisch Systeem (TBES) voor Markermeer & IJmeer. Gekozen is voor natuurontwikkeling op systeemniveau waarbij het systeem zodanig wordt versterkt dat het veranderingen in klimaat, ruimtegebruik of anderszins kan opvangen zonder wezenlijk verlies van kwaliteit. Door middel van het realiseren van een TBES zou het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer de eventuele negatieve effecten van de schaalessprongen in de verstedelijking en bereikbaarheid van de regio moeten kunnen opvangen.⁴

Integrale gebiedsontwikkeling

Met de drievoudige schaalessprong wordt een integrale gebiedsontwikkeling beoogd. Uit het Toekomstbeeld Markermeer – IJmeer⁵ volgt dat de reden daartoe (onder meer) is gelegen in de systematiek van de Nbw. De aanpak van de Nbw : het uitsluiten van ontwikkelingen met negatieve effecten waarop slechts uitzondering kan worden gemaakt indien de ADC-toets (ontstentenis van Alternatieve oplossingen, Dwingende redenen van groot openbaar belang, Compensatie) met succes kan worden doorlopen, leent zich voor relatief kleinschalige ingrepen, maar is niet toegesneden op grote projecten waarbij veel onderling samenhangende ingrepen op stapel staan in een situatie met een grote stedelijke dynamiek. Dan kan een systeem van aantasten en compenseren gemakkelijk tot verdere versnippering en ecologische achteruitgang leiden en planologisch is het evenmin efficiënt, aangezien ieder ontwikkelingsproject wordt verzwaard met de onderzoekslast en de compensatieprojecten die de natuurwetgeving verlangt, aldus het Toekomstbeeld. De insteek is om de structuurvisie zodanig op te stellen dat het niet nodig zal zijn om in de systematiek van de Nbw de ADC-toets te doorlopen.

IV. Juridisch kader

Op grond van artikel 19d, eerste lid, Nbw is het verboden zonder vergunning projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen een verslechterend of significant verstorend effect kunnen hebben. Voor projecten die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, moet een passende beoordeling worden opgesteld (artikel 19f, eerste lid). De passende beoordeling kan onderdeel uitmaken van een voor dat project voorgeschreven milieueffectrapportage (artikel 19f, tweede lid). Vergunning kan worden verleend indien op grond van de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast (artikel 19g, eerste lid). Bij deze beoordeling kunnen mitigerende maatregelen worden meegewogen. Wordt de bedoelde zekerheid niet verkregen, dan is

⁴ RAAM-brief, p. 11.

⁵ Toekomstbeeld Markermeer – IJmeer, Natuurlijk ontwikkelen, p. 21.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 4 van 32

vergunningverlening toch (en slechts) mogelijk met toepassing van de ADC-criteria (artikel 19g, tweede lid en 19h, eerste lid).⁶

Op grond van artikel 19j, tweede lid Nbw dient een bestuursorgaan voor een plan dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor het desbetreffende gebied, een passende beoordeling op te stellen van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen. Deze passende beoordeling maakt deel uit van de ter zake van die plannen voorgeschreven milieueffectrapportage. Het plan kan slechts worden vastgesteld indien op grond van de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast, dan wel door toepassing van de ADC-criteria (artikel 19j, derde lid).

In het kader van de artikelen 19d en 19j Nbw wordt zoals gezegd getoetst aan de instandhoudingsdoelstellingen. Opgemerkt zij dat deze toets slechts ziet op de instandhoudingsdoelstellingen ingevolge de Vogel- en Habitatrichtlijn en niet op de doelstellingen bedoeld in artikel 10a, derde lid Nbw. Dat zijn de doelstellingen ten aanzien van het behoud, het herstel en de ontwikkeling van het natuurschoon of de natuurwetenschappelijke betekenis van het gebied, oftewel de doelen van beschermde natuurmonumenten. Voor de beoordeling van effecten op deze doelen in het aanwijzingsbesluit is het beschermingsregime van artikel 16 Nbw van toepassing (artikel 19ia Nbw). Dit beschermingsregime is lichter dan dat van artikel 19d en 19j Nbw en verplicht tot (slechts) een belangenafweging.

Instandhoudingsdoelstellingen Markermeer & IJmeer

Het gebied Markermeer & IJmeer is op 23 december 2009 definitief aangewezen als Natura 2000-gebied. In de uitspraak van 29 juni 2011 (201002616/1/R2) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) de beroepen tegen het aanwijzingsbesluit ongegrond verklaard. Het aanwijzingsbesluit is daarmee onherroepelijk geworden.

In [bijlage 3](#) zijn de instandhoudingsdoelstellingen opgenomen die het aanwijzingsbesluit bevat voor het gebied. De instandhoudingsdoelstellingen betreffen behouddoelstellingen en geen uitbreidingsopgaven. Desalniettemin lijkt het noodzakelijk dat in het gebied

⁶ Ter volledigheid wordt opgemerkt dat ten aanzien van Natura 2000-gebieden waar een prioritair type natuurlijke habitat of prioritaire soort voorkomt, slechts vergunning kan worden verleend op argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of voor het milieu wezenlijke gunstige effecten, of na advies van de Commissie van de Europese Gemeenschappen om andere dwingende redenen van groot openbaar belang (artikel 19g, derde lid). Aangezien in Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer geen prioritaire typen natuurlijke habitats of prioritaire soorten voorkomen is dit voor de Structuurvisie Amsterdam - Almere – Markermeer niet relevant.

Markermeer & IJmeer actief maatregelen worden genomen. De reden daartoe is dat in het gebied Markermeer & IJmeer sprake is van een neergaande ecologische trend.⁷ We begrijpen dat deze neergaande trend met name betrekking heeft op het voedselaanbod voor vogels en – daarmee – op de instandhoudingsdoelstellingen voor vogels.⁸ Aangezien de instandhoudingsdoelstellingen (op enig moment) gerealiseerd moeten worden, mogen in en rondom het gebied in ieder geval geen ontwikkelingen worden toegestaan die het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen in de weg kunnen staan.

Zoals uit jurisprudentie van de ABRvS kan worden afgeleid vormen de instandhoudingsdoelstellingen zoals deze in een (onherroepelijk) aanwijzingsbesluit zijn neergelegd, de basis voor de toetsing van concrete ontwikkelingen.

ABRvS 21 juli 2010, 200902644/1/R2 (IJburg 2):

2.3.1.2. Vast staat dat de begrenzing van het Natura 2000-gebied IJmeer is vastgelegd in de door de minister van LNV genomen aanwijzingsbesluiten van 24 maart 2000 en 27 september 2005, waartegen bezwaar en beroep open hebben gestaan. (...) Deze besluiten zijn in rechte onaantastbaar en hebben binnen de Nederlandse rechtsorde met het oog op de rechtszekerheid in beginsel als uitgangspunt te gelden.

V. Haalbaarheidstoets

Door Arcadis is een haalbaarheidstoets opgesteld, waarin de ecologische systeemkenmerken van het Markermeer & IJmeer centraal worden gesteld.⁹ In de haalbaarheidstoets wordt ingegaan op drie beoogde ontwikkelingen: natuur (TBES), stedelijke ontwikkelingen en recreatie. Voor wat betreft het TBES wordt toegelicht dat dit is opgebouwd uit drie verschillende maatregelpakketten: de slibstroom beheersen, land-water zones creëren en het versterken van ecologische relaties met de omgeving. De huidige situatie en de autonome ontwikkeling van het Markermeer & IJmeer worden in kaart gebracht. De verschillende ruimtelijke ingrepen worden vervolgens vertaald naar invloeden op maatgevende systeemkenmerken en vervolgens naar (mogelijke) effecten op toetsingscriteria.

De hoofdconclusie luidt dat realisatie van het TBES leidt tot een sterke toename van de draagkracht van het systeem, dat het zeer aannemelijk is dat het systeem in de toekomst voldoet aan de Natura 2000-opgave en de Kaderrichtlijn Water doelen, die overwegend gericht zijn op behoud van de bestaande situatie, en dat de toename van de draagkracht dusdanig groot is en het beoogde systeem zo veerkrachtig, dat toekomstige ontwikkelingen

⁷ RAAM-brief, p. 10, 25; Toekomstbeeld Markermeer – IJmeer, Natuurlijk ontwikkelen, p. 18, 56.

⁸ Toekomstbeeld Markermeer – IJmeer, Natuurlijk ontwikkelen, p. 18, 56.

⁹ Toekomst voor de natuur in Markermeer en IJmeer, 21 maart 2008.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 6 van 32

die op het systeem af komen, zowel vanuit het systeem zelf als van buiten (zoals klimaatverandering en menselijke ingrepen) door het systeem zelf opgevangen kunnen worden. Met het duurzaam op orde brengen van de ecologische kwaliteit door een compleet en veerkrachtig systeem te ontwikkelen, ontstaat er tevens ruimte voor nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen voor wonen, werken, infrastructuur en recreatie.

Specifiek ten aanzien van integrale ontwikkeling van het gebied (verstedelijkingspakketten samen met het TBES), concludeert de haalbaarheidstoets dat de negatieve effecten van verstedelijkingspakketten grotendeels wegvallen tegen de positieve effecten van het TBES. Voor veel van de toetsingscriteria is een aanmerkelijke bandbreedte in mogelijke effecten zichtbaar. Bij enkele toetsingscriteria is het op dit abstractieniveau nog onduidelijk in hoeverre de integrale ontwikkeling negatief dan wel positief uitpakt. In een aantal gevallen is er sprake van een bandbreedte van effecten, waarbinnen geringe negatieve effecten niet uitgesloten zijn. Deze mogelijke negatieve effecten bij een integrale ontwikkeling van het gebied vormen volgens de haalbaarheidstoets een belangrijke aanleiding om na te denken over verdere mitigerende maatregelen of het formuleren van ontwerpgegevens.

Geconcludeerd wordt dat in het Markermeer & IJmeer door het TBES voldoende draagkracht kan worden ontwikkeld om uitbreiding van de nu voorziene maximale ruimtelijke ontwikkelingen en intensivering van menselijk (mede)gebruik op te vangen, met behoud van natuurdoelen voor het gebied. Volgens de haalbaarheidstoets is de belangrijkste reden van de netto positieve gevolgen van integrale ontwikkeling dat de gevolgen van verstedelijking en recreatie over het algemeen een lokaal karakter hebben, terwijl de ecologische winst van het toekomstbestendig systeem op regionale schaal optreedt.

De haalbaarheidstoets is globaal van aard en is gestoeld op verschillende aannames, waaronder de aanname dat de systeemmaatregelen ook daadwerkelijk de relevante systeemp parameters beïnvloeden in de mate zoals voorzien. De trends en de maatregelen zijn onderwerp van nader onderzoek.¹⁰

Uit een actualisering van de haalbaarheidstoets uit juni 2009 blijkt dat enkele ontwikkelingen op het schaalniveau van het toekomstbeeld geen verandering teweeg zullen brengen.

¹⁰ Ten tijde van de totstandkoming van die advies werden de ANT-studie (autonome neergaande trend) en het NMIJ-onderzoek uitgevoerd. Zie over deze onderzoeken ook: Toekomstbeeld Markermeer – IJmeer, Natuurlijk ontwikkelen, hfst. 6.

VI. Juridische strategie in aanloop naar de structuurvisie

Op grond van artikel 2.3, eerste lid Wet ruimtelijke ordening, dient een structuurvisie in te gaan op de wijze waarop de minister zich voorstelt de voorgenomen ontwikkelingen te doen verwezenlijken. In dit geval zal de Nbw een belangrijk onderdeel van deze afweging vormen. De vraag die nu (dan ook) voorligt is welke juridische strategie kan worden gehanteerd om te komen tot een structuurvisie waarin de beoogde ontwikkelingen rond Amsterdam – Almere – Markermeer mogelijk worden gemaakt op een wijze die recht doet aan de Nbw. Aangezien de beoogde ontwikkelingen nog globaal van aard zijn en mogelijk nog aan verandering onderhevig, zal een toets aan de Nbw noodzakelijkerwijs eveneens enigszins abstract zijn.

In de besluitvorming over de ontwikkelingen rond Amsterdam – Almere – Markermeer is, zoals hiervoor nog eens is aangehaald, gekozen voor integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak voor wat betreft de maatregelen die in het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer worden beoogd. In verband met de voorbereiding van de structuurvisie tot eind 2012 dient een nadere operationalisering van de eerder vastgestelde juridische strategie plaats te vinden. Daarmee verband houdende vragen betreffen:

1. Is de voorgestane aanpak (integrale gebiedsontwikkeling en systeemaanpak voor wat betreft natuur) juridisch houdbaar in het licht van de Nbw en de Europese regelgeving?
2. Welke juridische randvoorwaarden zijn van belang bij het operationaliseren van de aanpak? Aan de orde komen: fasering, borgen van natuurinvesteringen, en hoe om te gaan met ontwikkelruimte.

Ad 1. Integrale gebiedsontwikkeling : Nbw en Europese richtlijnen

Bij omvangrijke projecten die verschillende ontwikkelingen omvatten en die vaak een meervoudige doelstelling hebben, blijkt het in de praktijk niet eenvoudig om te bepalen wat de effecten van de verschillende ontwikkelingen zijn op de instandhoudingsdoelstellingen en hoe de verschillende ontwikkelingen in relatie tot elkaar moeten worden beoordeeld. Dat maakt het ook lastig om te beoordelen of de ontwikkelingen, met inachtneming van te nemen (mitigerende) maatregelen, de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied zullen aantasten. Zelfs indien kan worden geconcludeerd dat de natuurlijke kenmerken vanwege de te nemen (mitigerende) maatregelen niet worden aangetast, kunnen vervolgens problemen ontstaan. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een bepaalde (rode, grijze of groene) ontwikkeling anders wordt uitgevoerd dan voorzien, wat de vraag oproept of van het nieuwe samenstel van ontwikkelingen nog steeds volgehouden kan worden dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Dit probleem speelt overigens ook indien voor een ontwikkeling toestemming is verleend met toepassing van de ADC-criteria. In dat geval is de concrete ontwikkeling eveneens afgezet tegen concrete natuurmaatregelen en is de toestemming gekoppeld aan de getroffen balans (ingreep vs. compensatie). Verstoring van die balans kan ook de toestemming doen wankelen.

In het Toekomstbeeld wordt dit probleem ten aanzien van de beoogde ontwikkelingen rond Amsterdam – Almere – Markermeer terecht gesignaleerd en wordt om die reden gekozen voor integrale gebiedsontwikkeling waarbij voor wat betreft de maatregelen ten aanzien van het Markermeer & IJmeer wordt gekozen voor een systeemaanpak. Hoewel integrale gebiedsontwikkeling in de praktijk inmiddels op grote schaal wordt toegepast, is er nog geen heldere lijn wat betreft de juridische randvoorwaarden die relevant zijn in het kader van de Vogel- en Habitatrichtlijnen en de Nbw. Kenmerk van integrale gebiedsontwikkeling is (voor zover van belang in het kader van de Nbw) dat verschillende ontwikkelingen in onderlinge samenhang op effecten worden beoordeeld. De verplichting tot bescherming van Natura 2000-gebieden kan het noodzakelijk of wenselijk maken om ook maatregelen gericht op bescherming van deze waarden onderdeel te laten uitmaken van een integrale gebiedsontwikkeling. Uit de juridische literatuur en jurisprudentie volgt dat de relatie tussen in een gebied gewenste rode of grijze ontwikkelingen en maatregelen ter bescherming van Natura 2000-waarden in een juridische context veelal op drie manieren met elkaar in verband worden gebracht, namelijk natuurinclusief ontwerp, mitigerende maatregelen, en de ADC-toets. Op de relevantie van deze varianten voor RAAM wordt verderop in dit advies nader ingegaan. Allereerst zullen de drie genoemde varianten worden besproken.

Natuurinclusief ontwerp

De juridische adviesgroep Natura 2000 ("JAN!") heeft een document opgesteld¹¹ waarin onder meer is ingegaan op het natuurinclusief ontwerp. Dit concept wordt als volgt omschreven:

Natuurinclusief ontwerp

Een natuurinclusief ontwerp is een plan of een project waarin door initiatiefnemers natuurdoelstellingen en doelstellingen op het gebied van socio-economische ontwikkeling zijn geïntegreerd. In het natuurinclusief ontwerp zijn de volgende onderdelen onlosmakelijk met elkaar verbonden:

- elementen die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van het gebied,
- maatregelen die nodig zijn om de instandhoudingsdoelstelling te bereiken voor soorten en habitats voor welke het gebied is aangewezen.

In het document wordt toegelicht dat een natuurinclusief ontwerp kan worden vergund indien er geen significante gevolgen zullen zijn.¹² Bij goedkeuring van een natuurinclusief ontwerp is een noodzakelijke voorwaarde dat alle onderdelen worden uitgevoerd als voorzien en dat, zodra dit niet langer gegarandeerd is, ieder onderdeel alsnog apart getoetst dient te worden. Daarnaast dient er door middel van toezicht gecontroleerd te worden dat alle onderdelen in de juiste volgorde worden uitgevoerd. Aan de hand van de reguliere

¹¹ Verrekenen van effecten, vastgesteld in het JAN!-overleg van 6 mei 2010, Akkoord Regiegroep 15 juni 2010.

¹² In de terminologie van de Nbw: 'als de natuurlijke kenmerken van een gebied niet worden aangetast'.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 9 van 32

monitoring in het kader van het beheerplan kan controle plaatsvinden op de effecten van het project. Na goedkeuring hoeven de onderdelen dus niet meer beoordeeld te worden in een latere fase, mits deze onderdelen voldoende in detail werden getoetst in het kader van het plan of project en ze ook daadwerkelijk en precies zoals getoetst worden gerealiseerd. Indien daarentegen binnen deze werkwijze significante gevolgen niet op voorhand kunnen worden uitgesloten is een passende beoordeling noodzakelijk waaruit de zekerheid dient te worden verkregen dat het plan geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied; dit is het geval wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn. Maatregelen ter voorkoming van significante gevolgen vallen in deze situatie onder mitigerende maatregelen.¹³

In de juridische literatuur is nog nauwelijks aandacht besteed aan de juridische randvoorwaarden die aan een natuurinclusief ontwerp worden gesteld. Zoals Woldendorp terecht opmerkt is het juridisch gezien mogelijk om de habitattoets (met name het alternatievenonderzoek, het onderzoek naar dwingende redenen van groot openbaar belang en het ontwerpen van compenserende maatregelen) te ontlopen indien natuurmaatregelen die aan het project worden toegerekend als een mitigerende maatregel of een plan/projectdoelstelling kunnen worden aangemerkt.¹⁴ Complicatie is dat de grenzen tussen project ontwerp, mitigatie en compensatie vaak flinterdun zijn. Voor zover ons bekend is de enige uitspraak over natuurinclusief ontwerp ABRvS 29 april 2009, 200800948/1 (Kustzone Polderwijk).

Deze zaak betreft het besluit van gedeputeerde staten van Flevoland tot goedkeuring van een bestemmingsplan. Dit plan voorziet in de aanleg van stranden en een eiland met de daarbij behorende recreatieve voorzieningen ten noordoosten van Zeewolde. Een gedeelte van het eiland is bedoeld voor natuurontwikkeling. Door de Vogelbeschermingswacht werd betoogd dat ten onrechte geen passende beoordeling was gemaakt, terwijl areaalverlies voor vogels zou optreden, de recreatiedruk verder zou toenemen en de gevolgen van het plan cumuleren met de gevolgen van andere plannen of projecten. De Vogelbeschermingswacht voerde verder aan dat er ten onrechte van werd uitgegaan dat in het plangebied nauwelijks beschermingswaardige natuurwaarden voorkomen en dat de leefomstandigheden voor vogels ten dele zullen verbeteren. De ABRvS overwoog dat gedeputeerde staten zich op het standpunt hadden kunnen stellen dat het plan tevens een aantal gevolgen meebrengt die niet als negatief kunnen worden aangemerkt (nieuwe windluwe zone voor vogels van circa 10 hectare, nieuwe rustplaats in het gebied tussen het eiland en de stranden,

¹³ Zie voor een vergelijkbare toelichting ook: Naslagwerk Natura 2000, Alle door de Regiegroep Natura 2000 vastgestelde stukken (2006 t/m 2010) gebundeld; aangevuld met andere relevante notities, Regiebureau/Steunpunt Natura 2000 – versie 2, april 2011.

¹⁴ H.E. Woldendorp, 'Natuurinclusief ontwerpen, saldering en habitatbanking: meer dan modeverschijnselen?', *Journal Flora en fauna* 2010, p. 206.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 10 van 32

ontstaan van ondiepe waterbodems waar onderwatervegetatie (voedselbron) zich kan ontwikkelen). Met de realisering van het plan was ook een areaalverlies voor de in de SBZ voorkomende vogels van circa 10 hectare gemoeid. Derhalve diende te worden gezien of gedeputeerde staten zich op het standpunt hadden kunnen stellen dat het areaalverlies van circa 10 hectare als zodanig geen significante gevolgen voor de SBZ kan hebben. Dienaangaande overwoog de ABRvS dat de totale oppervlakte van de SBZ circa 2.600 hectare bedraagt en dat de fysieke afname van het open water in zoverre gering moet worden geacht. Gelet hierop konden gedeputeerde staten voormeld standpunt innemen, aldus de ABRvS.

Wat betreft een natuurinclusief ontwerp is van belang dat de ABRvS is kritisch is in de toets of verschillende ontwikkelingen onderdeel vormen van één plan of project. De uitspraak van 16 december 2009 (200900916/1/R2, Bedrijventerrein De Kolk) vormt hiervan een voorbeeld:¹⁵

2.10.8. Niet in geschil is dat de realisering van de ontsluitingsweg gevolgen kan hebben voor de kwaliteit van de habitats of voor de soorten waarvoor het gebied als SBZ en als Habitatrichtlijngebied is aangewezen, zoals bedoeld in artikel 19j, eerste lid, van de Nbw 1998. Blijkens het bestreden besluit en het verhandelde ter zitting stellen het college en de raad zich op het standpunt dat nu de ontwikkeling van het plangebied voortvloeit uit een bestuurlijk akkoord tussen de gemeente Nunspeet, het ministerie van LNV en de provincie Gelderland, waarin is afgesproken dat ter compensatie van de negatieve werkgelegenheidseffecten vanwege de sluiting van de Generaal Winkelmankazerne, een bedrijventerrein kan worden gerealiseerd, het onderhavige bestemmingsplan en de herontwikkeling van het voormalige kazerneterrein onlosmakelijk met elkaar samenhangen en daarom te beschouwen zijn als een plan of project in de zin van de Nbw 1998. Voorts stellen zij zich op het standpunt dat nu dit plan/project per saldo natuurwinst oplevert, kan worden geconcludeerd dat significante gevolgen op voorhand uitgesloten zijn en een passende beoordeling niet nodig is.

Het terrein van de voormalige Generaal Winkelmankazerne ligt aan de zuidwestzijde van Nunspeet en het plangebied voor het bedrijventerrein met de ontsluitingsweg aan de oostzijde. Het feit dat er een bestuurlijk akkoord ligt waarin is afgesproken dat door de betrokken partijen zal worden meegewerkt aan de realisering van het bedrijventerrein ter compensatie van werkgelegenheid die verloren is gegaan door het sluiten van de Generaal Winkelmankazerne en dat in zoverre een zekere samenhang bestaat tussen de herontwikkeling van beide locaties, betekent naar het oordeel van de Afdeling niet dat sprake is van een plan in de zin van de Nbw 1998.

Van een onlosmakelijke samenhang in ruimtelijk opzicht tussen beide locaties, die op geruime afstand van elkaar zijn gelegen, is immers geen sprake en ook naar de aard van de voorgenomen handeling bestaat er geen onlosmakelijke samenhang tussen de realisering van het bedrijventerrein met ontsluiting en de herontwikkeling van het voormalige kazerneterrein. Dat beide locaties zijn

¹⁵ Zie voor deze discussie ook de recente uitspraak inzake de aan RWE verleende Nbw-vergunning: ABRvS 24 augustus 2011, 200900425/1/R2 en 200902744/1/R2.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 11 van 32

gesitueerd in het in procedure gebrachte Natura 2000-gebied de Veluwe, zoals ter zitting naar voren is gebracht, kan evenmin tot de conclusie leiden dat sprake is van een plan in de zin van de Nbw 1998.

Gelet hierop kan niet staande worden gehouden dat op grond van objectieve gegevens op voorhand kon worden uitgesloten dat de realisering van de ontsluitingsweg significante gevolgen heeft voor het betrokken gebied en dat geen passende beoordeling behoefde te worden gemaakt alvorens de raad tot vaststelling van het plan kon overgaan. Ook de verwachting dat de negatieve gevolgen van de aanleg van de weg kunnen worden gecompenseerd door natuurontwikkeling op het voormalige kazerneterrein, levert geen grond op voor het oordeel dat van een passende beoordeling mocht worden afgezien.

In de correspondentie met de Europese Commissie over RAAM is gerefereerd aan een 'natuurinclusief strategisch projectplan'. Het is echter de vraag of de Europese Commissie dit beschouwt als 'natuurinclusief ontwerp' zoals JAN! dit concept omschrijft. In haar brief van 8 april 2009 geeft de Europese Commissie onder meer het volgende aan:

"Het natuurinclusieve strategische projectplan voor het Markermeer en het IJmeer zoals de provincie Flevoland dit voorstelt, dient uiteraard beschouwd te worden als "plan dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied". Het moet derhalve onderworpen worden aan een "passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied"."

En verderop in de brief:

"Het plan kan inderdaad maatregelen omvatten die nodig zijn om een goede staat van instandhouding te bereiken voor de soorten en habitats voor welke het gebied is aangewezen. Het plan houdt echter ook elementen in die "niet direct verband houden met of nodig is voor het beheer van het gebied". Dientengevolge moet het plan onderworpen worden aan een passende beoordeling volgens Artikel 6(3) van de Habitatrichtlijn."

In de Nederlandse omschrijving wordt sterk de nadruk gelegd op de onlosmakelijke samenhang tussen planonderdelen en de onderlinge afhankelijkheid wat betreft de uitvoering.

Tussenconclusie

- Een 'natuurinclusief ontwerp' in de hierboven door JAN! beschreven zin is voor de nadere uitwerking van de ontwikkelingen rond Amsterdam – Almere – Markermeer niet beoogd. De correspondentie met de Europese Commissie noodzaakt ook niet tot de aanpak 'natuurinclusief ontwerp'. Naar onze mening refereert de Commissie eerder aan de gekozen overkoepelende strategie van integrale gebiedsontwikkeling dan aan de

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 12 van 32

specifieke invulling van een natuurinclusief ontwerp die wordt onderworpen aan een voortoets zoals door JAN! wordt beschreven.

Mitigatie

Hoewel er ook over andere uitwerkingen van integrale gebiedsontwikkeling (dan via een natuurinclusief ontwerp) nog maar weinig rechterlijke uitspraken voorhanden zijn, lijkt de conclusie dat integrale gebiedsontwikkeling niet op problemen behoeft te stuiten in het licht van de Nbw, gerechtvaardigd. Voorbeelden van de aanpak die als integrale gebiedsontwikkeling kunnen worden of zijn gekwalificeerd waarin de bestuursrechter een (voorlopig) oordeel heeft gegeven zijn IJburg 2, het project Integrale Inrichting Veluwe Randmeren (IIVR), en Perkpolder. In al deze procedures verwijst de ABRvS naar de 'mitigerende maatregelen' die ter voorkoming of beperking van effecten op Natura 2000-doelen worden genomen. Hieronder zijn de relevante overwegingen uit deze procedures weergegeven.

In procedure inzake **IJburg 2** overweegt de ABRvS (21 juli 2010, 200902644/1/R2):

2.5. Bij de passende beoordeling zijn volgens VBIJ ten onrechte mitigerende en compenserende maatregelen betrokken. Ter zitting heeft VBIJ toegelicht dat de aanleg van 132 ha mosselbanken volgens haar als een compenserende maatregel moet worden aangemerkt. De nieuwe mosselbanken compenseren immers het verlies van de reeds bestaande mosselbanken en natuurwaarden, aldus VBIJ. Omdat deze maatregelen niet bij de passende beoordeling mochten worden betrokken, zijn significante effecten op de soorten waarvoor het Natura 2000-gebied IJmeer is aangewezen niet uitgesloten. Gelet hierop concludeert VBIJ dat ten onrechte niet aan de zogenoemde ADC-criteria in de artikelen 19g en 19h van de Nbw 1998 is getoetst. In dit kader brengt VBIJ naar voren dat naar haar mening geen sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang, omdat onder meer vanwege de bevolkingsdaling minder behoefte bestaat aan woningen. Ook bestaan er volgens VBIJ voldoende geschikte alternatieve locaties.

2.5.1. Het college van gedeputeerde staten stelt zich op het standpunt dat uit de passende beoordeling voor IJburg II blijkt dat het project geen significante negatieve effecten heeft op de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied IJmeer. Volgens het college van gedeputeerde staten maken de voorziene natuurmaatregelen een onlosmakelijk onderdeel uit van het project, zoals ook blijkt uit de aanvraag om vergunning zoals door de gemeente ingediend. Ook indien de aanleg van de mosselbanken als mitigerende maatregel moet worden aangemerkt, dan mag deze bij de passende beoordeling worden betrokken, zo betoogt het college van gedeputeerde staten.

2.5.2. Omdat op grond van de voortoets niet kon worden uitgesloten dat IJburg II geen significante gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied IJmeer, is een passende beoordeling gemaakt voor het project. De resultaten daarvan zijn neergelegd in het rapport 'Passende beoordeling IJburg tweede fase' van 13 november 2007 van Ingenieursbureau Gemeente Amsterdam. In de passende beoordeling is onderzocht of het verlies van natuurwaarden in het projectgebied een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied IJmeer inhouden.

Om significant negatieve effecten van IJburg II op het Natura 2000-gebied IJmeer te voorkomen worden verschillende natuurmaatregelen getroffen, waaronder de realisatie van 132 hectare mosselbank binnen het projectgebied, het landmaken binnen ringdijken met retourwaterlozingen via bezinkingsvelden, het treffen van inrichtingsmaatregelen aan de oevers van de eilanden, het situeren van stranden aan de westkant van het Middeneiland en deels aan de oostkant van het Middeneiland en het Strandeiland en het instellen van vaar- en aanlegverboden rond de eilanden van IJburg II, met uitzondering van de IJburgerbaai.

2.5.3. Vast staat dat de aanleg van de woonwijk, op zichzelf beschouwd, kan leiden tot vermindering van de foerageermogelijkheden voor de kuifeend, tafeleend, brilduiker, topper en meerkoet, waarvoor het Natura 2000-gebied IJmeer is aangewezen. De aanleg van mosselbanken dient ertoe de nadelige effecten op de foerageermogelijkheden van deze vogels te ondervangen. Uit de passende beoordeling blijkt dat bij tijdige aanleg en goed functioneren van de mosselbanken die effecten naar verwachting zullen worden ondervangen. In de passende beoordeling wordt geconcludeerd dat de aanleg van IJburg II inclusief de daarin begrepen natuurvoorzieningen niet leidt tot significante effecten op het Natura 2000-gebied IJmeer en dat de aanleg van IJburg II de mogelijkheid voor het behoud van het Natura 2000-gebied (dat wil zeggen met inachtneming van de instandhoudingsdoelstellingen) niet in de weg staat. Omdat er geen sprake is van enig nadelig effect op de natuurwaarden waarvoor het gebied is aangewezen, moet de aanleg van de mosselbanken naar het oordeel van de Afdeling, anders dan VBIJ betoogt, in dit geval niet als compenserende, maar als mitigerende maatregel worden beschouwd.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 7 mei 2008 in zaak nr. 200604924/1), kunnen mitigerende maatregelen bij de passende beoordeling worden betrokken. Gelet hierop ziet de Afdeling in hetgeen VBIJ heeft aangevoerd geen aanleiding voor het oordeel dat in de passende beoordeling ten onrechte rekening is gehouden met de effecten van de aanleg van de mosselbanken.

Omdat voorts de ADC-criteria eerst aan de orde komen indien het college van gedeputeerde staten zich op grond van de passende beoordeling er niet van kon verzekeren dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zullen worden aangetast, heeft het zich terecht op het standpunt gesteld dat aan deze criteria niet getoetst hoefde te worden. Hetgeen VBIJ heeft betoogd ten aanzien van de alternatieven en de dwingende redenen van groot openbaar belang behoeft dan ook geen bespreking.

IIVR

Het IIVR-project betreft een integraal inrichtingsplan bestaande uit 36 samenhangende maatregelen met als uitgangspunt een blijvende balans tussen natuur en recreatie. Voor het totale IIVR project is op 14 december 2010 een vergunning op hoofdlijnen verleend door de provincie Flevoland. De verschillende maatregelen hebben zowel positieve als negatieve effecten op verschillende instandhoudingsdoelstellingen. In de vergunning wordt overwogen dat het in het kader van de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Nbw van belang is dat de positieve en negatieve effecten van het project met elkaar in evenwicht blijven zodat de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar komen. Om maatregelen met positieve effecten te kunnen verzekeren en projecten met negatieve effecten vergund te krijgen onder voorwaarde dat de positieve maatregelen ook daadwerkelijk zijn / worden uitgevoerd, werd voor het IIVR project een vergunning op hoofdlijnen aangevraagd. Voor de deelprojecten die nog moeten worden uitgevoerd moeten aparte Nbw

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 14 van 32

(detail)vergunningen worden aangevraagd, waarin mitigerende maatregelen concreet worden vastgelegd. De projecten dienen op grond van de vergunning op hoofdlijnen gefaseerd te worden uitgevoerd; eerst de projecten met positieve effecten, daarna projecten met negatieve effecten. In de vergunning is bepaald dat indien projecten anders worden uitgevoerd dan zoals beschreven in de passende beoordeling, opnieuw moet worden bekeken of hier extra negatieve effecten door ontstaan. Als dat het geval is valt het betreffende project niet meer onder de reikwijdte van de vergunning.

Tegen de Nbw vergunning op hoofdlijnen is beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarop nog geen uitspraak is gedaan. Wel heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op 20 mei 2011 (201101474/2/R2) het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen. De voorzitter zag in hetgeen werd aangevoerd voorshands geen aanleiding voor het oordeel dat de passende beoordeling in zoverre zodanige gebreken vertoont dat het college zijn besluit niet hierop heeft mogen baseren.

Perkpolder

Het plan Perkpolder voorziet in onder meer het realiseren van buitendijkse natuur, verleggen van primaire waterkering, aanleg jachthaven, de bouw van een hotel en restaurant en de bouw van 450 woningen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in de uitspraak van 29 juni 2011 (200905914/1/R2) de gekozen integrale aanpak in stand gelaten. Ook in deze zaak waren specifieke mitigerende maatregelen benoemd om bepaalde negatieve effecten te voorkomen of te matigen.¹⁶

Uit de genoemde uitspraken kan worden afgeleid dat de ABRvS oog heeft voor de effecten van een totaalpakket van ontwikkelingen. Ook kan uit de uitspraken worden afgeleid dat de aanvraag, de mate waarin inzicht wordt gegeven in de effecten van beoogde ontwikkelingen en het tijdspad daarvan en - daarmee - de wijze van presentatie van de verschillende onderdelen van een integrale gebiedsontwikkeling, een belangrijke rol spelen. Uit alle uitspraken volgt ook dat de ABRvS getroffen of beoogde maatregelen ten behoeve van de bescherming van Natura 2000-waarden - althans in deze uitspraken - kwalificeert als mitigerende maatregelen en daarmee een directe relatie legt tussen negatieve effecten van andere ontwikkelingen en de natuurmaatregelen. Zoals hierna nog wordt toegelicht is deze aanpak niet beoogd in RAAM.

ADC-toets

Uit de Europese richtlijnen en de Nbw volgt dat, indien na een passende beoordeling niet kan worden geconcludeerd dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet worden aangetast, alleen een vergunning mag worden verleend dan wel tot vaststelling van een plan kan worden overgegaan indien de ADC-toets met succes kan worden doorlopen. Doel van RAAM is om met het tot stand brengen van het TBES te verzekeren dat ook de rode en grijze ontwikkelingen uit RAAM doorgang kunnen vinden zonder dat deze zullen

¹⁶ Zie ook VzABRvS (8 februari 2010, 201001293/1/R2) (zanddepot Vlissingen-Oost).

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 15 van 32

leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Markermeer-IJmeer. Zoals bij de bespreking van het Toekomstbeeld eerder in dit advies reeds bleek, moet deze aanpak de ADC-toets dus overbodig maken.

Systeemaanpak RAAM

Zoals reeds opgemerkt is de aanpak die in RAAM wordt voorgestaan een andere dan die in de drie hiervoor genoemde varianten. In die varianten worden immers concrete natuurmaatregelen met positieve effecten afgezet tegen concrete ontwikkelingen met negatieve effecten en wordt vervolgens de balans opgemaakt. Bij wijziging van één van de maatregelen of andere ontwikkelingen moet opnieuw een beoordeling plaatsvinden. De lijn die RAAM voorstaat houdt in dat maatregelen worden geformuleerd voor herstel en ontwikkeling van het systeem van het Markermeer & IJmeer, waarbij het systeem zodanig wordt versterkt dat het negatieve effecten van onder meer ruimtelijke ontwikkelingen voortaan 'aankan'. De natuurmaatregelen worden in deze aanpak 'losgetrokken' van de beoogde rode en grijze ontwikkelingen en van de negatieve effecten die deze (mogelijk) veroorzaken. De natuurmaatregelen worden beschouwd als een zelfstandig onderdeel van het totale plan en niet als maatregel ten behoeve van een concreet ander planonderdeel. De combinatie van een systeemaanpak en rode en grijze ontwikkelingen in één integrale gebiedsontwikkeling is voor zover ons bekend noch in Nederland, noch bij het Hof van Justitie van de Europese Unie tot nu toe ter toetsing voorgelegd. Wel heeft de ABRvS de toepassing van de systeembenadering in ecologisch onderzoek recent geaccepteerd in de reeds eerder in dit advies aangehaalde uitspraak d.d. 24 augustus 2011 (200900425/1/R2 en 200902744/1/R2, RWE-vergunning Eemshaven). De ABRvS overweegt daarin:

2.4.10. Het betoog van Greenpeace en anderen dat niet duidelijk is op welke wijze de huidige staat van instandhouding van de habitattypen is meegewogen, faalt. Daarbij betreft de Afdeling dat in het Arcadisrapport een systeembenadering is gekozen, waarbij per habitatype gekeken is naar de factoren die van belang zijn voor het functioneren van de habitattypen, de huidige staat van instandhouding daarvan en de rol van stikstof in het systeem. Deze aspecten zijn betrokken bij de beoordeling van de gevolgen van de toename van stikstofdepositie op de habitattypen.

De bevindingen uit het ecologisch onderzoek hebben in de RWE-zaak echter geleid tot mitigerende maatregelen in de vergunning, derhalve maatregelen gekoppeld aan de concrete door RWE beoogde ontwikkeling. In RAAM is dat niet de insteek aangezien wordt uitgegaan van maatregelen ter realisering van het TBES als gevolg waarvan (zoveel mogelijk) van mitigerende maatregelen bij concrete ontwikkelingen wordt afgezien.

Standpunt Europese Commissie inzake integrale gebiedsontwikkeling

Hoewel er op dit moment nog geen duidelijk standpunt van de Europese Commissie is ten aanzien van integrale gebiedsontwikkeling in relatie tot de Vogel- en Habitatrichtlijnen, kan wel worden waargenomen dat de Europese Commissie zelf deze aanpak niet afwijst en in

specifieke situaties toejuicht/aanbeveelt. In januari 2011 is de Richtsnoer Tenuitvoerlegging van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn in estuaria en kustgebieden¹⁷ vastgesteld, waarin geïntegreerde planning als een belangrijk element in de aanpak wordt geïdentificeerd. Op p. 27 van de Richtsnoer wordt expliciet gesteld:

Ruimtelijke ordening is een integrerend proces waarin verschillende gebruiksaanspraken aan een evaluatieproces worden onderworpen. Passende beoordelingen overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn evalueren kritisch de potentiële gevolgen van een plan voor Natura 2000-gebieden en identificeren mogelijke wijzigingen in het beleid of voorstellen waardoor negatieve effecten op Natura 2000-gebieden kunnen worden voorkomen. Een van de belangrijkste voordelen van de passende beoordeling op planniveau is dat de passende beoordeling vereist dat er besluiten over de inhoud van het plan worden genomen die mogelijke significante negatieve effecten op Natura 2000-gebieden, en daarmee ook mogelijke conflicten en vertragingen op projectniveau, helpen voorkomen. In deze zin zijn de bepalingen van artikel 6 niet alleen een wettelijk voorschrift, maar ook een waardevol hulpmiddel in de strategische planning.

De Europese Commissie staat in deze Richtsnoer dus positief tegenover een integrale gebiedsaanpak via het ruimtelijk spoor. Over toepassing van de systeemaanpak in het kader van de bescherming van Natura 2000-waarden heeft de Europese Commissie zich niet uitgelaten.

Tussenconclusie

- Hoewel daarover nog geen expliciete uitspraken zijn gedaan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de Nederlandse bestuursrechter(s), is naar onze mening een aanpak van integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak voor wat betreft Natura 2000, binnen het kader van de Europese natuurbeschermingsrichtlijnen en de Nbw mogelijk, mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan (de randvoorwaarden worden in de volgende paragraaf besproken). De systeemaanpak wijkt af van natuurinclusief ontwerp, mitigatie, en ADC-toets, omdat bij deze varianten concrete ontwikkelingen met een negatief effect worden gekoppeld aan concrete maatregelen met een positief effect. Bij de systeemaanpak wordt beoogd het systeem van het Markermeer & IJmeer zodanig robuust te maken dat rode/grijze ontwikkelingen zonder aan die concrete ontwikkeling gekoppelde natuurmaatregelen, doorgang kunnen vinden. Waar bij de drie eerstgenoemde varianten juist koppeling van ontwikkelingen en natuurmaatregelen als argument wordt gebruikt om aan te tonen dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet worden aangetast, wordt deze koppeling in de systeemaanpak juist losgelaten. Ook in deze aanpak zal echter steeds moeten kunnen worden onderbouwd dat de investeringen in het systeem en de natuurmaatregelen die worden getroffen, er toe leiden dat andere (rode en grijze) ontwikkelingen de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen kunnen aantasten.

¹⁷ Zie: <http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/Estuaries-NL.pdf>.

- Hoewel het ontbreken van jurisprudentie ertoe leidt dat de risico's van de systeemaanpak niet precies kunnen worden bepaald, wijzen wij er op dat een uitwerking via natuurinclusief ontwerp, mitigatie of ADC ook, maar andere, risico's met zich brengt. Bij natuurinclusief ontwerp is van belang of de verschillende beoogde (rode, grijze en groene) ontwikkelingen wel kunnen worden aangemerkt als één samenhangend plan of project. Wat betreft mitigatie moet ervoor worden gewaakt dat maatregelen niet als verkapte compensatie worden aangemerkt en is van belang in hoeverre maatregelen daadwerkelijk als mitigerend kunnen worden beschouwd. De ADC-toets ten slotte stelt hoge eisen aan zowel alternatieven, dwingende redenen en compensatiemaatregelen. Niet alle ingrepen kunnen zonder meer met succes de ADC-toets doorlopen. Bij de drie genoemde varianten bestaat het risico dat bepaalde ontwikkelingen ontoelaatbaar worden geacht en daarmee wegvallen uit het totaalplaatje. Ook de daaraan gekoppelde natuurmaatregelen zullen dan niet – of niet zonder meer – worden uitgevoerd. Ook in ontbreekt in deze aanpak de samenhang tussen verschillende natuurmaatregelen omdat deze maatregelen aan de rode of grijze ontwikkeling zijn gekoppeld en niet (zonder meer) zien op een versterking van het gehele systeem. Er bestaat dus een risico van versnippering van natuurmaatregelen. We achten de kans dan ook groot dat de beoogde verbetering op systeemniveau uiteindelijk via de drie genoemde varianten niet (of ten minste veel moeizamer) zal worden bereikt, aangezien natuurmaatregelen die bij wijze van mitigatie of compensatie worden getroffen gericht zullen zijn op het mitigeren of compenseren van concrete individuele ingrepen en niet op het tot stand brengen van een robuust systeem. Juist in dit laatste is de meerwaarde van de systeemaanpak gelegen. Voorts maakt deze aanpak rode en grijze ontwikkelingen minder kwetsbaar doordat niet bij iedere ontwikkeling opnieuw naar adequate natuurmaatregelen behoeft te worden gezocht. De systeemaanpak is derhalve geschikter om de doelen van RAAM te realiseren dan de drie andere besproken varianten.

- De integrale aanpak op strategisch niveau laat onverlet dat op projectniveau / uitvoeringsniveau in het kader van nadere besluitvorming over de diverse ontwikkelingen concreet moet worden gezien of uitvoering op dat moment gelet op de stand van zaken ten aanzien van en de effecten van de maatregelen in het systeem van het Markermeer & IJmeer mogelijk is, met andere woorden of de beoogde en getoetste situatie ten tijde van het strategisch plan nog representatief is, cq. geformuleerde noodzakelijke maatregelen zijn getroffen en effectief zijn. Uiteraard kan op projectniveau / uitvoeringsniveau wel gebruik worden gemaakt van informatie eerdere (abstractere) toetsen voor zover die informatie nog correct / actueel is. Wij ondersteunen in dit verband het standpunt van Verschuuren¹⁸ dat het onnodig complicerend werkt om alle ontwikkelingen op uitvoeringsniveau te integreren tot één project. Dit is overigens ook geen voorwaarde voor een integrale beoordeling op het

¹⁸ Antwoordendocument, p. 1, 12.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 18 van 32

niveau van een structuurvisie. De randvoorwaarden voor de nadere uitwerking van de gekozen aanpak ten behoeve van de structuurvisie en de juridische aspecten die met de aanpak verband houden worden hierna geschetst.

Ad. 2 Juridische randvoorwaarden integrale gebiedsontwikkeling met systeemaanpak natuur

Fasering

Gelet op de slechte staat van het natuurlijk systeem en de moeilijk voorspelbare dynamiek van de ecologische processen in het Markermeer & IJmeer zal gefaseerde uitvoering van de verschillende rode, grijze en groene planonderdelen noodzakelijk zijn. Deze fasering zal ten tijde van de vaststelling van de structuurvisie inzichtelijk moeten kunnen worden gemaakt om de uitvoerbaarheid van de structuurvisie te kunnen onderbouwen.¹⁹

Voor wat betreft fasering speelt de vraag in hoeverre de resultaten van de natuurmaatregelen reeds zichtbaar moeten zijn alvorens de beoogde (rode / grijze) ontwikkelingen kunnen worden vergund en gestart. Op grond van de Europese regelgeving en de Nbw is het uitgangspunt daarbij dat de fasering en het tempo in ieder geval niet zodanig mogen worden gekozen dat als gevolg van een (rode / grijze) ontwikkeling de natuurlijke kenmerken van het gebied worden aangetast. Dit volgt uit artikel 19d jo. 19g Nbw en artikel 19j jo. 19g Nbw.

Wat betreft de volgorde van de rode / grijze ontwikkelingen in relatie tot de maatregelen ten aanzien van natuurlijk systeem van het Markermeer & IJmeer kan een verband worden gelegd met de visie van de Europese Commissie en de jurisprudentie over het moment waarop compensatie in het kader van Natura 2000 moet worden/zijn gerealiseerd om aan de verplichtingen uit hoofde van de Habitatrichtlijn (en in Nederland de Nbw) te voldoen. De Europese Commissie geeft aan dat het resultaat van die maatregelen in principe al bereikt moet zijn (d.w.z. de compensatie moet reeds een feit zijn) op het moment waarop het betrokken Natura 2000-gebied schade van het project ondervindt. Op dit uitgangspunt kan volgens de Handreiking van de Europese Commissie uit 2000 een uitzondering worden gemaakt indien kan worden aangetoond dat deze gelijktijdigheid niet noodzakelijk is om de bijdrage van het gebied aan het Natura 2000-netwerk veilig te stellen.²⁰ Uit de Richtsnoeren voor toepassing van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn uit 2007 volgt dat wanneer in bepaalde omstandigheden uitzondering moet worden gemaakt op het uitgangspunt, de intussen geleden verliezen extra moeten worden gecompenseerd.²¹

¹⁹ Zie art. 2.3, eerste lid Wro.

²⁰ Beheer van Natura 2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)

²¹ Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), januari 2007, p. 13 e.v.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 19 van 32

Artikel 19h, vierde lid, Nbw bepaalt in dit verband dat het resultaat dat met compenserende maatregelen wordt beoogd dient te zijn bereikt op het tijdstip waarop de significante gevolgen zich voordoen, tenzij kan worden aangetoond dat deze gelijktijdigheid niet noodzakelijk is om de bijdrage van het betrokken gebied aan Natura 2000 veilig te stellen. De zinsneden 'tenzij.....te verzekeren / veilig te stellen' laten ruimte om te onderbouwen dat gelijktijdige uitvoering dan wel latere uitvoering van maatregelen (fasering) toelaatbaar is zonder de Natura 2000-doelen van het betrokken in gevaar te brengen. Dat kan zelfs tot toelaatbaarheid van tijdelijke effecten leiden, mits kan worden onderbouwd dat een tijdelijke teruggang daadwerkelijk tijdelijk is, geen onomkeerbare situatie ontstaat en het realiseren van de doelen die voor het Natura 2000-gebied zijn vastgesteld niet onmogelijk wordt.

De weergegeven lijn ten aanzien van compensatie moet naar ons inzicht ook bij de fasering van de in RAAM voorgestane integrale gebiedsontwikkeling leidend zijn. Dit betekent dat, behoudens hetgeen is gesteld met betrekking tot tijdelijke effecten, pas ruimte ontstaat voor rode en grijze ontwikkelingen indien maatregelen gericht op de Natura 2000-waarden zijn genomen die het systeem voldoende robuust maken om te kunnen concluderen dat een rode of grijze ontwikkeling de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast. Uit de haalbaarheidstoets van Arcadis volgt dat het haalbaar is het natuurlijk systeem in het Natura 2000-gebied te herstellen tot een robuust systeem dat in staat is om de beoogde ontwikkelingen op te vangen. Vanuit juridisch perspectief is van belang dat de route naar dit robuuste systeem helder wordt. Voor wat betreft het Markermeer & IJmeer betekent dit dat inzichtelijk gemaakt zou moeten worden wat (vanuit ecologisch perspectief) de huidige staat van het systeem is en wat de huidige kwetsbaarheden van het systeem zijn in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen, waar het systeem naar toe moet (wat zijn de kenmerken van een robuust en veerkrachtig systeem, waar is een dergelijk systeem dan tegen bestand, wederom in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen, wat is nodig om het systeem vervolgens ook in de toekomst adequaat te laten functioneren) en welke maatregelen in welke tijdsvolgorde genomen moeten worden om dat te bereiken. De haalbaarheidstoets van Arcadis kan hiervoor handvatten bieden. De rode en grijze ontwikkelingen kunnen in dit tijdspad worden geplaatst, bijvoorbeeld door een nader geconcretiseerde als-dan-aanpak. Dit betekent dat als voldoende maatregelen ten behoeve van de Natura 2000-doelen zijn genomen en effectief zijn, een rode / grijze ontwikkeling kan worden toegestaan. In dit tijdspad moet inzichtelijk worden gemaakt welke maatregelen en ontwikkelingen in welke tijdsvolgorde worden beoogd, alsmede of op de momenten dat een rode of grijze ontwikkeling wordt voorzien mag worden verwacht dat het systeemherstel voldoende is opgetreden om andere (rode /grijze) ontwikkelingen tot uitvoering te kunnen brengen. Het is van belang te voorzien in monitoring om deze aanpak inhoudelijk te onderbouwen.²² Er dient immers voordat een besluit over een rode of grijze ontwikkeling

²² In de uitspraak **IJburg 2** gaat de ABRvS uitvoerig in de op de effectiviteit van natuurmaatregelen en de ex ante beoordeling daarvan (21 juli 2010, 200902644/1/R2)

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 20 van 32

wordt genomen te kunnen worden onderbouwd dat daarmee de natuurlijke kenmerken niet in gevaar worden gebracht. Daarvoor is informatie over de stand van zaken bij de uitvoering van de natuurmaatregelen nodig, maar ook informatie over de effectiviteit van deze maatregelen. Er kunnen zich verschillende situaties voordoen binnen een dergelijk tijdpad bij besluitvorming over rode en grijze ontwikkelingen:

1. Op het moment waarop een rode of grijze ontwikkeling wordt voorzien, kan worden aangetoond dat reeds uitgevoerde maatregelen gericht op de Natura 2000-doelen voldoende effect hebben geresulteerd om te concluderen dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Zijn er in het geheel geen negatieve effecten, dan kan tot de rode of grijze ontwikkeling worden besloten.
2. Onder omstandigheden kan het mogelijk zijn om natuurmaatregelen en rode / grijze ontwikkelingen parallel uit te voeren. Ook hier moet worden aangetoond dat deze aanpak de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten.
3. Het gestelde onder punt 2 geldt evenzeer indien natuurmaatregelen pas na de rode of grijze ontwikkeling worden uitgevoerd.
4. Zoals opgemerkt is monitoring en tussentijdse beoordeling van de effectiviteit van maatregelen in de systeemaanpak cruciaal. De uitkomsten van de monitoring geven echter niet alleen informatie over de haalbaarheid van een rode of grijze ontwikkeling in het licht van de Natura 2000-doelen, maar ook over de effectiviteit van investeringen in maatregelen ten behoeve van het Natura 2000-systeem. Daaruit kan tevens volgen of beoogde verdere investeringen nog nodig zijn gelet op de reeds bereikte resultaten ofwel een aanknopingspunt voor het eventueel tussentijds bijstellen van de maatregelen die nodig zijn om het uiteindelijke doel te halen.

Door een goede uitwerking van de fasering en de als-dan-benadering kan juridisch worden onderbouwd dat steeds sprake is van een situatie waarin geen sprake zal zijn van significant negatieve effecten. Indien deze fasering op strategisch niveau in de onderliggende onderzoeken ten behoeve van de structuurvisie wordt uitgewerkt, kan deze in beginsel ook de leidraad vormen voor de temporisering en beoordeling van de verschillende ontwikkelingen in de uitvoeringsfase. Hoewel de uitvoeringsfase geen onderdeel uitmaakt van de adviesopdracht kan daarover in algemene zin worden opgemerkt dat steeds per uitvoeringsmaatregel kan worden bezien of de beoordeling die op strategisch niveau is gemaakt nog als uitgangspunt kan worden genomen. Als de aanpak en de resultaten van de natuurmaatregelen conform plan verlopen zal er ruimte zijn voor de concrete rode of grijze uitvoeringsmaatregel. Is deze ruimte er niet, dan kan dit leiden tot vertraging, ofwel zijn extra – mitigerende of compenserende - maatregelen wellicht noodzakelijk om de betreffende maatregel op dat moment doorgang te kunnen laten vinden. Het belang van de integrale samenhang vergt in die gevallen dat wordt beschreven hoe deze bijsturing zich verhoudt tot de eerder op strategisch niveau uitgevoerde integrale beoordeling.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 21 van 32

We merken op dat voor wat betreft de aanvaardbaarheid van fasering naar ons inzicht een belangrijke rol is weggelegd voor de wijze van presentatie van de verschillende onderdelen van de integrale gebiedsontwikkeling en de mate waarin daarbij inzichtelijk kan worden gemaakt welke effecten in welke fase worden voorzien (zowel rood, grijs als groen), oftewel het inzicht in het totaalplaatje van de integrale gebiedsontwikkeling.

Borging

De vraag is allereerst in hoeverre de realisering van de natuurmaatregelen in de gekozen fasering ten tijde van het vaststellen van de structuurvisie reeds geborgd moeten zijn. Allereerst wordt opgemerkt dat de minister van Infrastructuur en Milieu ingevolge artikel 2.3, eerste lid Wro in de structuurvisie moet ingaan op de wijze waarop hij zich voorstelt de voorgenomen ontwikkeling te doen verwezenlijken. Een formele toets aan Nbw vindt pas plaats bij het nemen van de nadere (uitvoerings)besluiten, bijvoorbeeld bij vergunningverlening of bij het vaststellen van een juridisch bindend plan.²³

Over het vraagstuk van het moment van borging van natuurmaatregelen is nog maar weinig jurisprudentie verschenen. In een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (29 juni 2011, 200905914/1/R2, bestemmingsplan Perkpolder) wordt overwogen:

2.12.5. Tussen partijen is niet in geschil dat de realisatie van het plan, zonder het treffen van mitigerende maatregelen, significant versturende effecten tot gevolg kan hebben voor de gewone zeehond en bepaalde niet-broedvogels waarvoor het Natura 2000-gebied Westerschelde & Saeftinghe is aangewezen. De Afdeling stelt vast dat de in de passende beoordeling genoemde mitigerende maatregelen, te weten een toegankelijkheidsregeling en een regeling ten behoeve van de zogenoemde "vogelvriendelijke" verlichting - voor zover dit al mogelijk zou zijn - niet in het plan zijn neergelegd. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat ten tijde van de vaststelling van het plan het beheerplan voor de Deltawateren, waarin de toegankelijkheidsregeling volgens het college zal worden opgenomen, nog niet was vastgesteld en dat evenmin een toegangsbeperkingsbesluit als bedoeld in artikel 20 van de Nbw 1998 was genomen.

In tegenstelling tot hetgeen (...) en anderen betogen, is het niet in strijd met de Nbw 1998 dat de in de passende beoordeling genoemde mitigerende maatregelen ten tijde van de vaststelling van het plan nog niet waren getroffen. Alvorens met de realisatie van het project kan worden begonnen, is immers een vergunning als bedoeld in artikel 19d van de Nbw 1998 vereist. De mitigerende maatregelen die volgens de passende beoordeling noodzakelijk zijn ten einde te voorkomen dat een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied zal plaatsvinden, dienen bij de beslissing op de aanvraag om vergunning te worden betrokken. Zonder een dergelijke vergunning kan het project niet worden gerealiseerd.

²³ De structuurvisie wordt niet beschouwd als een plan in de zin van artikel 19j Nbw. Dit kan worden geconcludeerd uit jurisprudentie van de ABRvS over een regionaal structuurplan ABRvS 21 december 2007, 200701901. Zie hierover F.A.G. Groothuijse en B.A. Beijen, Recente jurisprudentiële ontwikkelingen met betrekking tot de bescherming van speciale beschermingszones, TO 2008, p. 67 e.v.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 22 van 32

Wel ziet de Afdeling zich naar aanleiding van het aangevoerde voor de vraag gesteld of ten tijde van de vaststelling van het plan voldoende vaststond dat voornoemde mitigerende maatregelen daadwerkelijk zullen worden getroffen. In dit verband wordt van belang geacht dat het plan de uitvoering van de woningbouw met de zogenoemde "vogelvriendelijke" verlichting mogelijk maakt. Voorts is ter zitting door het college medegedeeld dat de minister van EL&I voornemens is een toegangsbeperkingsbesluit te nemen. Voor zover [appellant sub 1] en anderen aanvoeren dat een toegangsbeperkingsbesluit ter bescherming van de gewone zeehond met betrekking tot bepaalde zandplaten in de praktijk niet handhaafbaar is, is de Afdeling van oordeel dat bezwaren omtrent het toegangsbeperkingsbesluit in de onderhavige procedure niet ter beoordeling staan, maar dat deze zo nodig in de procedure omtrent het desbetreffende besluit aan de orde kunnen komen. Overigens volgt uit het deskundigenbericht dat de zandplaten zichtbaar zijn vanaf de wal, zodat het mogelijk is om toezicht te houden op het eventueel betreden van zandplaten. Bovendien heeft de deskundige erop gewezen dat een betredingsregeling voor natuurgebieden niet ongebruikelijk is en in de praktijk blijkt dat dergelijke regelingen doeltreffend zijn. Gelet hierop geeft het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de in de passende beoordeling genoemde mitigerende maatregelen niet daadwerkelijk zullen worden getroffen.

Tevens kan ook hier aansluiting worden gezocht bij de visie van de Europese Commissie en jurisprudentie over compensatie. Voorbeelden van compensatiemaatregelen die in uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak aan de orde kwamen zijn bijvoorbeeld het zeereservaat ter compensatie van de Tweede Maasvlakte en de compensatie voor de WCT²⁴.

In laatstgenoemde uitspraak werd door appellanten onder andere betoogd dat de beoogde compensatie onvoldoende was verzekerd. Deze stelling zag op de keuze van gedeputeerde staten om het streekplanonderdeel waarin de compenserende maatregelen zijn omschreven geen bindende status te geven (WRO oud). De Afdeling bestuursrechtspraak deelde de opvatting van appellanten op dit punt niet. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde dat met de planologische procedure, grondverwerving en financiering de uitvoering van compensatiemaatregelen voldoende is geborgd. De Afdeling zag geen reden te twijfelen aan de inspanningsverplichting die het bevoegd gezag zichzelf had opgelegd. In uitspraak inzake de Tweede Maasvlakte oordeelde ABRvS:

De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder reeds bij het nemen van de concrete beleidsbeslissing voor het zeereservaat toepassing had moeten geven aan de Verordening. De keuze van verweerder de procedure op een later tijdstip te volgen betekent wel dat hij een voorziening moet hebben getroffen die voorkomt dat aan de landaanwinning uitvoering wordt gegeven zonder dat de uitvoering van de daarvoor vereiste compensatie in de vorm van het zeereservaat is verzekerd.

In de pkb is als een beslissing van wezenlijk belang neergelegd dat besluiten over de uitvoering van

²⁴ ABRvS 16 juli 2003, 200205582/1. Zie over het waarborgen van compensatie recenter Vz. ABRvS 24 juli 2009, 200900425/2/R2 (RWE Eemshaven).

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 23 van 32

(fasen van) de landaanwinning vergezeld dienen te gaan van een besluit over compenserende maatregelen en dat de compensatie gereed zal zijn op het moment dat de effecten optreden. Naar het oordeel van de Afdeling is met dit instrument niet voorzien in voldoende waarborgen dat de aanleg van de landaanwinning (gefaseerd) wordt afgestemd op de verwezenlijking van het zeerreservaat. Aan een beslissing van wezenlijk belang is immers niet het in de artikelen 2a en 39 van de WRO bedoelde rechtsgevolg verbonden dat deze door (lagere) overheden in acht moet worden genomen. Om dit rechtsgevolg voor deze project-pkb te bereiken had deze beslissing van wezenlijk belang in de vorm van een concrete beleidsbeslissing moeten worden gegoten.²⁵

De ABRvS lijkt in de laatstgenoemde uitspraak strenger te oordelen dan inde procedure inzake de WCT. Of dit ook zo is bedoeld kan echter worden betwijfeld. In de WCT-uitspraak zag de ABRvS immers, zoals hiervoor is opgemerkt, andere argumenten om te concluderen dat het treffen van de maatregelen wel voldoende is geborgd. Opmerking verdient dat het (uiteraard) in geen van beide uitspraken een structuurvisie betrof, maar om juridisch bindende planonderdelen. Om die reden stelde de ABRvS ook concrete(re) eisen aan de borging van natuurmaatregelen.

In de Richtsnoeren uit 2007 heeft de Europese Commissie een overzicht gegeven van verschillende mogelijkheden om (compensatie)maatregelen te borgen. De Europese Commissie wijst er op dat om de maatregelen op lange termijn te kunnen toepassen en deze toepassing te garanderen, te controleren en te handhaven, daarvoor een gezonde juridische en financiële basis dient te worden gelegd voordat habitats en/of soorten gevolgen ondervinden. Voor zover van belang voor onderhavig advies worden in de Richtsnoeren onder meer aankoop van grond of rechten en monitoringsprogramma's genoemd.²⁶

Uit het voorgaande kan ons inziens worden afgeleid dat te nemen natuurmaatregelen ten tijde van het vaststellen van de structuurvisie nog niet geborgd hoeven zijn. Daarbij kent de ABRvS betekenis toe aan het gegeven dat er voor concrete uitvoering nog een Nbw-vergunning nodig is. In dat geval kan de borging plaatsvinden door het stellen van voorschriften bij de Nbw vergunning. In de structuurvisie dient wel inzichtelijk te worden gemaakt op welke wijze borging wordt beoogd alsmede dat deze aanpak voldoende realiteitswaarde heeft cq. op medewerking van andere bevoegde overheden of particuliere organisaties kan steunen. Dit kan worden onderbouwd door bestuurlijke afspraken, grondverwerving, afspraken met terreinbeherende organisaties etc. Er dient met andere woorden een visie te worden gegeven ten aanzien van de noodzakelijke maatregelen, op welke wijze en door wie deze moeten worden genomen, op welke termijn, etc.

²⁵ ABRvS 26 januari 2005, BR 2005, p. 894 (m.nt. A.G.A. Nijmeijer en M.A.A. Soppe).

²⁶ Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), januari 2007, p.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 24 van 32

Opgemerkt zij dat de borging soms ook kan geschieden in de vorm van een bestemmingsplanregel. Uit de jurisprudentie over voorwaardelijke verplichtingen volgt dat een bestemmingsplanregel kan worden geformuleerd inhoudende dat een bepaald type gebruik slechts mogelijk is indien een bepaalde maatregel vooraf wordt uitgevoerd. Uit de jurisprudentie volgt dat indien de betreffende activiteit of maatregel noodzakelijk wordt geacht met het oog op de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan, deze zelfs in de planregels *moet* worden opgenomen. Uiteraard kan dit alleen als de voorwaardelijke verplichting ook binnen het plangebied wordt gerealiseerd.

AbRvS 29 december 2010, 201003274/1/R3, AB 2011/40, m.nt. A.G.A. Nijmeijer)

“Met het oog op de realisatie van de landschappelijke inpassing heeft de gemeente een planrealisatieovereenkomst gesloten met belanghebbende waarin, aldus de toelichting van belanghebbende ter zitting, een inspanningsverplichting is opgenomen om deze te realiseren. De aanleg van de beoogde beplantingshaag is echter niet in (de voorschriften van) het plan geregeld. Nu uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat de raad de aanleg van de beplantingshaag wel noodzakelijk acht met het oog op de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan, heeft de raad de aanleg daarvan ten onrechte niet in het plan geregeld. Niet valt in te zien dat de raad geen voorschrift in het plan heeft kunnen opnemen, inhoudende dat het gebruik van het perceel conform de bestemming alleen dan planologisch is toegestaan indien een beplantingshaag als hiervoor bedoeld wordt aangelegd en instandgehouden. Het betoog van appellant sub 1 dat de landschappelijke inpassing onvoldoende in het plan is gewaarborgd, slaagt.”

Ten slotte kan ook het beheerplan voor i.c. het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer een heel belangrijke rol vervullen bij de juridische borging van natuurmaatregelen. De ABRvS oordeelde recent dat indien beheer dat reeds is voorzien/wordt uitgevoerd (dat kan zijn op grond van een beheerplan of anderszins) een verplichting tot het treffen van deze beheermaatregelen niet meer op vergunningniveau als voorschrift hoeft te worden opgenomen.

2.3.2. Het college heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de in de passende beoordeling genoemde beheermaatregelen niet als voorschriften aan de vergunning behoeven te worden verbonden. Daarbij betreft de Afdeling dat van de zijde van het college ter zitting is gesteld dat Staatsbosbeheer het Natura 2000-gebied beheert en dat de beheermaatregelen waaronder maai- en grasbeheer reeds plaatsvinden in het kader van de instandhoudingsdoelstelling voor het gebied.²⁷

Of natuurmaatregelen/beheermaatregelen reeds elders zijn geborgd is dus in de afweging op uitvoeringsniveau van belang.

De vereiste ‘hardheid’ van natuurmaatregelen ten tijde van de verschillende besluitvormingsmomenten kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:

²⁷ ABRvS 24 augustus 2011, 201011714/1/R2 Nbw-vergunning rondweg Zutphen-Eefde.

Fase	Plan/Besluit	Vereiste mate van hardheid natuurmaatregelen
Strategisch niveau	Structuurvisie	Natuurmaatregelen hoeven nog niet geborgd. Wel inzichtelijk maken: <ul style="list-style-type: none"> - op welke wijze borging wordt beoogd - voldoende realiteitswaarde aanpak / steun van andere bevoegde overheden of particuliere organisaties (bestuurlijke afspraken, grondverwerving, afspraken met terreinbeherende organisaties etc)
Operationeel niveau	Bestemmingsplan	Natuurmaatregelen hoeven nog niet geborgd (ABRvS gaat uit van voor uitvoering benodigde Nbw-vergunning). Wel inzichtelijk maken: <ul style="list-style-type: none"> - op welke wijze borging wordt beoogd - voldoende realiteitswaarde aanpak / steun van andere bevoegde overheden of particuliere organisaties (bestuurlijke afspraken, grondverwerving, afspraken met terreinbeherende organisaties etc) Natuurmaatregelen die noodzakelijk worden geacht met het oog op de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan opnemen in planregels als voorwaardelijke verplichting voor zover nodig/mogelijk
Operationeel niveau	Nbw vergunning / omgevingsvergunning (aanhaken) / tracébesluit	Natuurmaatregelen moeten zijn geborgd (voorschriften, beheer, contractuele afspraken)
Operationeel niveau	Beheerplan	Vastlegging natuurmaatregelen

Onvoorziene ontwikkelingen

Een ander aspect van de juridische borging betreft de vraag of en, zo ja, op welke wijze kan worden omgegaan met onvoorziene toekomstige ontwikkelingen die niet zijn betrokken bij de vaststelling van de structuurvisie en evenmin zijn betrokken bij het onderzoek naar de in het kader van RAAM beoogd integrale gebiedsontwikkeling. Deze onvoorziene ontwikkelingen kunnen van invloed zijn op de Natura 2000-doelen in het gebied Markermeer

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 26 van 32

& IJmeer en ertoe leiden dat de in het kader van RAAM gerealiseerde draagkracht van het natuurlijk systeem wordt benut voor andere ontwikkelingen dan de rode en grijze RAAM-ontwikkelingen. In een systeemaanpak, waar natuurmaatregelen zijn gericht op het systeem en niet zijn gekoppeld aan concrete ingrepen, is deze situatie niet zonder meer te voorkomen. Bij een aanpak waarin specifieke natuurmaatregelen worden gekoppeld aan nader omschreven rode en grijze ontwikkelingen (natuurinclusief ontwerp, mitigatie, ADC-toets), is een dergelijke borging eenvoudiger dan bij een systeemaanpak. In de eerstgenoemde varianten bestaat immers een directe koppeling tussen de (effecten van de) natuurmaatregelen en de ingrepen. Het uitgangspunt van de systeemaanpak is echter juist dat die koppeling wordt losgelaten. Anderzijds is de reden dat het TBES wordt gerealiseerd / daarin wordt geïnvesteerd dat het systeem als zodanig veranderingen kan opvangen, waaronder in ieder geval de beoogde schaalessprongen in de verstedelijking en bereikbaarheid van de regio. Dit onderstreept het belang van het inzichtelijk maken van de concrete betekenis van een robuust TBES. Of en, zo ja, in hoeverre andere (onvoorzien) ontwikkelingen dan die worden meegenomen in de structuurvisie de uitvoering van onderdelen van RAAM kunnen beperken of belemmeren, hangt immers af van het antwoord op de vraag wat een robuust TBES aankan. Indien het systeem maar 'robuust genoeg' is, kan het TBES ertoe leiden dat ook andere ruimtelijke ontwikkelingen doorgang kunnen vinden.

Een vanuit oogpunt van RAAM optimale situatie zou ontstaan indien bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van deze onvoorzien ontwikkelingen vanuit het perspectief van de Nbw, rekening moet worden gehouden met de in het kader van RAAM beoogde ontwikkelingen. Dit zou kunnen worden gerealiseerd indien voor RAAM reeds een besluit is genomen. In dat geval kan de cumulatietoets een aanknopingspunt bieden. In de cumulatietoets dienen projecten en plannen te worden meegenomen die reeds concreet voorliggen (vergund maar nog niet uitgevoerd c.q. voltooid, concreet voorliggend in nog net niet afgeronde besluitvormingsprocedures waarbij een positief besluit wordt verwacht). Bekeken zou kunnen worden of, althans vanaf wanneer, de besluitvorming rondom de beoogde ontwikkelingen zodanig kan concreet kan worden vormgegeven, dat deze in de cumulatietoets van andere plannen of projecten reeds moet worden meegenomen. Naar onze mening is daarvan niet reeds sprake indien een structuurvisie wordt vastgesteld. Mogelijk biedt een koepelvergunning voor de rode en grijze RAAM-ontwikkelingen mogelijkheden. Voor de Integrale Inrichting Veluwe Randmeren (IIVR) is een koepelvergunning verleend die een groot deel van de beoogde ontwikkelingen rond de randmeren omvat. Op een later moment moeten voor alle ontwikkelingen binnen IIVR nog deelvergunningen worden verleend. De vraag of deze aanpak juridisch aanvaardbaar is, is momenteel onderwerp van een beroepsprocedure bij de ABRvS. Ook is nog niet duidelijk of een koepelvergunning zonder meer als voldoende concreet besluit in het kader van de cumulatietoets wordt beschouwd.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 27 van 32

Voor zover een borging van de relatie tussen RAAM en onvoorziene nieuwe ontwikkelingen inderdaad gewenst of noodzakelijk is, moet worden gezocht naar een manier waarop enerzijds recht kan worden gedaan aan het uitgangspunt van de systeemaanpak (geen koppeling), maar anderzijds de beoogde integrale gebiedsbenadering niet wordt doorkruist door andere ontwikkelingen. In het Antwoordendocument is hierop reeds uitgebreid ingegaan.²⁸ Wij onderschrijven in dit verband het standpunt dat bestuurlijke afspraken hierover noodzakelijk kunnen zijn. Daarin kan worden aangegeven welke specifieke ontwikkelingen zijn beoogd. Voor andere ontwikkelingen zal moeten worden bezien in hoeverre deze kunnen worden ingebed zonder afbreuk te doen aan de gewenste ontwikkelingen, waarbij afspraken over fasering en de volgorde waarin de verschillende ruimtelijke ontwikkelingen worden uitgevoerd van belang zullen zijn.

Actiepunten

Tot slot worden enkele actiepunten geformuleerd. De concrete toets aan de Nbw vindt, zoals hierboven reeds opgemerkt, pas plaats bij het nemen van de nadere (uitvoerings)besluiten. Op dit moment moet worden bekeken welke informatie nu reeds moet worden verkregen om een uitvoerbare structuurvisie vast te kunnen stellen. Verschillende zaken zullen daartoe in kaart moeten worden gebracht (voor zover dat niet reeds gebeurd is):

Eerste fase (onderzoek)

- Inzicht in de huidige staat van het systeem (wat zijn de huidige kwetsbaarheden van het systeem in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen)
- Inzicht in hoe een robuust en veerkrachtig systeem eruit ziet (waar moet het systeem naar toe, wat zijn de kenmerken van een robuust en veerkrachtig systeem, waar is een dergelijk systeem dan tegen bestand, op welke punten is het kwetsbaar voor klimaatverandering, een en ander in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen)
- Inzicht in en beoordeling van te nemen natuurmaatregelen en de resultaten daarvan. Hierbij kan een bandbreedtebenadering worden gehanteerd ten aanzien van de beoogde ontwikkelingen om het totaal niet te kwetsbaar te maken voor veranderingen (koppeling doel - fasering - maatregelen - resultaten - eventuele bijsturing)
- Zoveel mogelijk in kaart brengen welke instandhoudingsdoelstellingen zullen worden aangetast/geraakt door de beoogde rode en grijze ontwikkelingen. Hierbij kan een bandbreedtebenadering worden gehanteerd ten aanzien van de beoogde ontwikkelingen om het totaal niet te kwetsbaar te maken voor veranderingen
- Zoveel mogelijk in kaart brengen op welke wijze een robuust en veerkrachtig systeem eventuele rode en grijze ingrepen ten aanzien van deze instandhoudingsdoelstellingen kan opvangen
- Zoveel mogelijk inzichtelijk maken dat de aannames en verwachtingen omtrent haalbaarheid van doelen en uitvoerbaarheid en uitvoering van maatregelen reëel zijn

²⁸ Antwoordendocument, p. 18 e.v.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 28 van 32

Tweede fase (borging operationeel)

- Afspraken over borging natuurmaatregelen: beheerplan, bestuurlijke afspraken, afsluiting gebieden etc.
- In vergunningaanvragen / juridisch bindende plannen inzichtelijk maken hoe de betreffende ingreep valt binnen het totaalplaatje

Het lijkt ons zinvol dat, wanneer op strategisch niveau door de Stuurgroep RAAM overeenstemming is bereikt over de te hanteren aanpak (welke aanpak, hoe uit te voeren), contact wordt gezocht met de (diensten van de) Europese Commissie om de gekozen aanpak toe te lichten en de Europese Commissie betrokken te houden bij het vervolgtraject. Het is naar onze mening niet nodig, en ook niet raadzaam, om eerst de (uitkomst van de) lopende onderzoeken af te wachten.

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 29 van 32

Bijlage 1 – Ter beschikking gestelde documenten

Door de opdrachtgever ter beschikking gestelde documenten:

- Uitvraag advies voor concretisering juridische strategie, Integrale ontwikkeling RRAAM op basis van een surplus-strategie ("**Uitvraagdocument**")
- Antwoordendocument, 2^e Fase Juridische beleidsopties Noordvleugel-projecten in het IJmeer en Markermeer, Concept versie II, 18 maart 2008 ("**Antwoordendocument**")
- Stappenplan nieuwe juridische benadering Natura 2000 t.b.v. planvorming IJmeer/Markermeer, '*Op weg naar een vertrouwen wekkende aanpak*', Advies aan de ministeries van VenW, LNV en VROM en aan de provincies Flevoland en Noord-Holland ten behoeve van de voorbereiding van de RAAM-brief, Legista b.v., 23 april 2009 ("**Legista Stappenplan**")
- Basisrapportage RRAAM, 22 maart 2011 ("**Basisrapportage RRAAM**")
- Brief van de Europese Commissie d.d. 8 april 2011
- (Vrijwillig) advies van de Commissie m.e.r., 13 april 2011
- Concept Notitie Reikwijdte en Detailniveau ten behoeve van de planMER en de MKBA RRAAM en het beoordelingskader RRAAM, 13 april 2011 ("**NRD**")
- DVD Toekomstbeeld Markermeer-IJmeer en diverse gerelateerde publicaties

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 30 van 32

Bijlage 2 – Begeleidingsgroep Juridische Strategie

- Dhr. R. Balk, directeur Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer
- Dr. ir. A.A. van den Berg, senior beleidsmedewerker provincie Flevoland
- Dhr. ir. J. H. Maissan, beleidsmedewerker, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
- Dhr. W. de Meulemeester: plv. programmadirecteur Almere 2.0
- Mevr. drs. S.S. de Mol van Otterloo, teamlid Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer
- Dhr. drs. M. Snoek, projectleider Rijksvastgoed- en ontwikkelingsbedrijf
- Dhr. mr C.J. Vogel, senior beleidsmedewerker gebiedsgericht instrumentarium, Ministerie van Infrastructuur en Milieu
- Dhr. mr J.M.G. Weststeijn, juridisch beleidsmedewerker, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

Bijlage 3 – Instandhoudingsdoelstellingen Markermeer & IJmeer

Habitatype	Instandhoudingsdoelstelling
H3140: Kalkhoudende oligo-mesotrofe wateren met benthische <i>Chara</i> spp. vegetaties	Behoud oppervlakte en kwaliteit
Soorten	
H1163: Rivierdonderpad	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor behoud populatie
H1318: Meervleermuis	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor behoud populatie Complementair doel gedeelte van het Markermeer & IJmeer dat alleen onder de Vrl valt: Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor behoud populatie.
Vogels	
A034 Lepelaar	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 2 vogels (seizoensgemiddelde)
A045 Brandgans	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 160 vogels (seizoensgemiddelde)
A068 Nonnetje	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 80 vogels (seizoensgemiddelde)
A177 Dwergmeeuw	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied
A193 Visdief	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van ten minste 630 paren
A197 Zwarte stern	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied
A005 Fuut	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 170 vogels (seizoensgemiddelde)
A017 Aalscholver	Regionale doelstelling (IJsselmeer, Markermeer & IJmeer, Oostvaardersplassen en Lepelaarplassen): Behoud omvang en kwaliteit leefgebied als bijdrage aan de draagkracht voor de populatie van het IJsselmeergebied van ten minste 8.000 paren Markermeer & IJmeer: Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 2.600 vogels (seizoensgemiddelde)
A043 Grauwe gans	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 510 vogels (seizoensgemiddelde)
A050 Smient	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 15.600 vogels (seizoensgemiddelde)
A051 Krakeend	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 90 vogels (seizoensgemiddelde)
A056 Slobeend	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 20 vogels (seizoensgemiddelde)
A058 Krooneend	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied

DATUM 31 augustus 2011
ONS KENMERK 238847.20205.afr
PAGINA 32 van 32

A059 Tafeleend	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 3.200 vogels (seizoensgemiddelde)
A061 Kuifeend	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 18.800 vogels (seizoensgemiddelde)
A062 Topper	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 70 vogels (seizoensgemiddelde)
A067 Brilduiker	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 170 vogels (seizoensgemiddelde)
A070 Grote zaagbek	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 40 vogels (seizoensgemiddelde)
A125 Meerkoet	Behoud omvang en kwaliteit leefgebied met een draagkracht voor een populatie van gemiddeld 4.500 vogels (seizoensgemiddelde)