

Nader advies juridische strategie RRAAM

I. Inleiding

De Werkmaatschappij Markermeer-IJmeer (WMIJ) heeft ondergetekende verzocht te adviseren over de doorwerking van de juridische strategie (integrale gebiedsontwikkeling met systeemaanpak natuur) in het eindconcept werkdocument Passende Beoordeling (hierna: werkdocument PB) en het plan-MER die ten behoeve van RRAAM zijn opgesteld. De opdracht volgt op een eerder uitgebracht advies over de juridische strategie om de 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 de ten behoeve van dat advies uitgebrachte offerte d.d. 16 mei 2011 is aangegeven dat de gekozen juridische strategie relevant is voor de opzet van de passende beoordeling en het plan-MER, maar ook dat deze beide onderzoeks-trajecten van invloed kunnen zijn op de juridische strategie. Het is daarom van belang om in het proces van totstandkoming van het plan-MER en de passende beoordeling, mede gelet op de wisselwerking met andere ontwikkelingen en onderzoeken, de consequenties van de gekozen aanpak en veranderingen/ontwikkelingen juridisch te toetsen.

Verder zijn er sinds het eerder uitgebrachte advies ontwikkelingen in de jurisprudentie te signaleren, en zijn adviezen en onderzoeksrapporten verschenen die van invloed kunnen zijn op de gekozen juridische strategie, dan wel op de verdere uitwerking en operationalisering daarvan. Deze ontwikkelingen worden in onderhavig advies betrokken. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de betekenis van de Voorlichting van de (Afdeling advisering van de) Raad van State over de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) voor de in het kader van RRAAM gekozen juridische strategie.

II. Aanpak

Door de opdrachtgever zijn twee clusters vragen voorgelegd. Het eerste cluster heeft betrekking op de doorwerking van de juridische strategie in het werkdocument PB en het plan-MER (onderdeel A: review). In de paragrafen IV en V wordt een oordeel gegeven over respectievelijk het werkdocument PB en het plan-MER. Paragraaf VI gaat in op de faseringsnotitie. Het tweede cluster (onderdeel B: vervolgt traject fasering en uitvoeringsstrategie) heeft betrekking op de betekenis van de Voorlichting van de (Afdeling advisering van de) Raad van State voor de uitwerking van de fasering en de uitvoeringsstrategie. In paragraaf VII wordt ingegaan op de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State en komen tevens enkele andere relevante ontwikkelingen in onder andere de jurisprudentie aan de orde, die voor (de verdere operationalisering van) RRAAM van belang zijn. De voorgelegde adviesvragen zijn bij de betreffende onderdelen integraal opgenomen. Ten slotte wordt in paragraaf VIII een aantal aandachtspunten geformuleerd voor verdere besluitvorming en onderzoek.

Voorafgaand aan de beantwoording van de adviesvragen zal in paragraaf III een korte samenvatting worden gegeven van de juridische strategie en de daaruit voortvloeiende randvoorwaarden voor de passende beoordeling en het plan-MER.

Ten behoeve van onderdeel A zijn het werkdocument PB (eindconcept juni 2012), het plan-MER (eindconcept juni 2012) en de faseringsnotitie (versie 1.4, 6 juli 2012) bestudeerd en waar nodig onderliggende rapporten en adviezen.

Voor onderdeel B is de Voorlichting bestudeerd en is literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht. Tevens zijn in het advies de notities 'Een interpretatie van de Voorlichting van de Raad van State over de PAS met betrekking tot het TBES' en 'TBES en PAS' betrokken. De aanpak en de inhoud van het advies zijn tijdens twee bijeenkomsten (op 2 augustus 2012 en op 22 augustus 2012) met de opdrachtgever besproken.

III. Korte weergave juridische strategie

In de RAAM-brief van 6 november 2009 heeft het toenmalige kabinet samenhangende besluiten genomen over de realisering van vijf projecten in de Noordelijke Randstad. Volgens de RAAM-brief verloopt de weg daar naartoe via een drievoudige schaalsprong: een sprong in de kwaliteit van natuur en landschap (sprong in het groen-blauwe systeem), in de bereikbaarheid (sprong in het bereikbaarheidssysteem: aangeduid als grijze ontwikkelingen) en in de stedelijke ontwikkeling (sprong in het stedelijke systeem: aangeduid als rode ontwikkelingen). De verdere uitwerking zal plaatsvinden in een structuurvisie die eind 2012 moet worden vastgesteld. In het Toekomstbeeld Markermeer-IJmeer is aangegeven welke aanpak bij het realiseren van deze ontwikkelingen wordt voorgestaan. Het Toekomstbeeld verwijst naar een integrale gebiedsontwikkeling, waarbij voor wat betreft de maatregelen in het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer wordt gekozen voor de systeemaanpak. Het streven is er op gericht een Toekomst Bestendig Ecologisch Systeem (TBES) te realiseren, hetgeen inhoudt dat het systeem van het Markermeer & IJmeer zodanig wordt versterkt dat het veranderingen in klimaat, ruimtegebruik of anderszins kan opvangen zonder wezenlijk verlies aan kwaliteit. De natuurmaatregelen worden daarbij niet één-op-één gekoppeld aan individuele ruimtelijke ingrepen. Doel is om door middel van het realiseren van een TBES het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer zodanig robuust te maken dat de eventuele negatieve effecten van de schaalsprongen in de verstedelijking en bereikbaarheid van de regio kunnen worden opgevangen.

In het advies over de juridische strategie d.d. 31 augustus 2011 is aangegeven dat de hiervoor geschetste aanpak op strategisch (plan)niveau mogelijk is, mits aan de volgende randvoorwaarden wordt voldaan:

- 1)** Gelet op de slechte staat van het natuurlijk systeem en de moeilijk voorspelbare dynamiek van de ecologische processen zal gefaseerde uitvoering van de rode, grijze en groene programma-onderdelen noodzakelijk zijn.
- 2)** De fasering en het tempo van de drievoudige schaalsprong mogen in ieder geval niet zodanig worden gekozen dat onomkeerbare negatieve effecten op het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer kunnen optreden, dat wil zeggen dat de instandhoudingsdoelstellingen niet meer kunnen worden gehaald c.q. de natuurlijke kenmerken van het gebied worden aangetast.
- 3)** De gefaseerde aanpak moet samengaan met een monitoringsprogramma, zodat inzicht kan worden verschaft in de voortgang bij het realiseren van het beoogde veerkrachtige en robuuste systeem en de positieve gevolgen daarvan voor de instandhoudingsdoelstellingen. Op deze wijze kan worden vastgesteld of rode/grijze ontwikkelingen kunnen worden toegestaan alsmede of natuurmaatregelen eventueel tussentijds moeten worden bijgesteld om uiteindelijk de instandhoudingsdoelen te kunnen behalen.
- 4)** De groene, rode en grijze ontwikkelingen kunnen in een tijdpad worden geplaatst, bijvoorbeeld door een 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 het systeemherstel voldoende zal zijn opgetreden om andere (rode /grijze) ontwikkelingen tot uitvoering te kunnen brengen. De effectiviteit van de maatregelen wordt met de verkregen monitoringsgegevens onderbouwd.

5) Door een goede uitwerking van fasering, monitoring en als-dan-benadering kan, voordat een besluit over een rode of grijze ontwikkeling wordt genomen, juridisch worden onderbouwd dat sprake is van een situatie waarin significant negatieve effecten kunnen worden uitgesloten c.q. van een situatie waarin de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.

6) De fasering zal ten tijde van de vaststelling van de structuurvisie inzichtelijk moeten worden gemaakt om de uitvoerbaarheid van de structuurvisie aannemelijk te kunnen maken. De te nemen natuurmaatregelen behoeven ten tijde van het vaststellen van de structuurvisie nog niet geborgd te zijn. Wel moet kunnen worden onderbouwd op welke wijze borging wordt beoogd, alsmede dat deze aanpak voldoende realiteitswaarde heeft en op medewerking van andere bevoegde overheden of particuliere organisaties kan steunen.

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. Steeds moet kunnen worden onderbouwd dat de investeringen in het systeem er voldoende toe hebben geleid of toe zullen leiden dat rode of grijze ontwikkelingen de natuurlijke kenmerken niet zullen aantasten.

In het onderzoek ten behoeve van de vaststelling van de structuurvisie moet inzichtelijk worden gemaakt wat de huidige staat is van het systeem, hoe een veerkrachtig en robuust systeem er uit ziet, welke natuurmaatregelen worden getroffen en welke resultaten daarvan mogen worden verwacht. Verder moet zoveel mogelijk in kaart worden gebracht welke instandhoudingsdoelstellingen zullen worden aangetast/geraakt door de beoogde rode en grijze ontwikkelingen en op welke wijze het systeem eventuele rode en grijze ingrepen ten aanzien van deze instandhoudingsdoelstellingen kan opvangen. Indien de noodzakelijke natuurmaatregelen zijn geformuleerd kan in de vervolgfase de mogelijkheid van juridisch borgen en bestuurlijke afspraken worden onderzocht.

Onderdeel A. Review werkdocument Passende beoordeling en plan-MER

Samenvatting

In de review van het werkdocument PB en het plan-MER is allereerst onderzocht of de wijze waarop de natuurmaatregelen (om te komen tot een TBES) zijn meegenomen in beide onderzoeksrapporten aansluit bij de eisen die daaraan moeten worden gesteld vanuit de gekozen juridische strategie (integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak).

Het werkdocument PB sluit op hoofdlijnen goed aan bij deze strategie. De rode, grijze en groene (TBES) maatregelen zijn goed beschreven. De rode/grijze maatregelen en de TBES-maatregelen worden zelfstandig op effecten getoetst voordat wordt onderzocht of fasering nodig is, en, zo ja, welke groene maatregelen noodzakelijk zijn om rode/grijze ontwikkelingen mogelijk te maken. De belangrijkste inhoudelijke aandachtspunten voor afronding van het onderzoek zijn de beschrijving van monitoring en cumulatie en de consistentie in de beoordeling van de systeemaanpak in het rapport. Het document is (na de voorgestelde aanpassingen) bruikbaar als aanzet voor verdere besluitvorming over de fasering. Hoewel de fasering in het werkdocument PB nog grofmazig wordt beschreven, hetgeen begrijpelijk is gelet op de fase waarin het onderzoek zich bevindt (beoordeling en vergelijking van pakketten rode/grijze en groene maatregelen), is voldoende informatie voorhanden voor verdere detaillering in de volgende fase van het onderzoek. Na verdere detaillering kan uitwerking van de fasering plaatsvinden en kan de uitvoeringsstrategie nader worden geformuleerd. De faseringsnotitie is een geschikt instrument om de mogelijkheden van fasering nader uit te werken.

Het plan-MER is - evenals het werkdocument PB - duidelijk gestructureerd en de onderdelen van het RRAAM-programma worden daarin duidelijk beschreven. In het plan-MER ontbreekt op dit moment een beoordeling van de alternatieven voor de situatie waarin de tweede fase respectievelijk de eindfase van TBES worden gerealiseerd. Anders dan in het werkdocument PB is één van de drie pijlers van het RRAAM-programma – TBES – nog onvolledig in het plan-MER verwerkt. De fasen van TBES, de samenhang tussen rode, grijze en groene ontwikkelingen en de fasering worden in het plan-MER niet geadresseerd. Ook de aansluiting tussen plan-MER en het werkdocument PB is nog een aandachtspunt. Na uitwerking op de genoemde onderdelen biedt het plan-MER een goede basis voor besluitvorming over de rijksstructuurvisie.

Adviesvragen

Sluit de wijze waarop de natuurmaatregelen om te komen tot een TBES op dit moment zijn meegenomen in het werkdocument Passende Beoordeling en het plan-MER, aan bij de vereisten die aan deze documenten vanuit de juridische strategie van een integrale gebiedsontwikkeling met systeemaanpak moeten worden gesteld? Deelvragen die daarbij aan de orde komen, zijn:

- Bieden de beschrijving en de beoordeling van de effecten van ingrepen en de natuurmaatregelen in de passende beoordeling voldoende basis voor besluitvorming over de effecten op de Natura 2000-gebieden bij de uitwerking van de fasering en de uitvoeringsstrategie in de Rijksstructuurvisie RRAAM?
- Leveren de aanpak en uitwerking van het plan-MER voldoende basis voor besluitvorming over de effecten op de Natura 2000-gebieden bij de uitwerking van de fasering en de uitvoeringsstrategie in de Rijksstructuurvisie RRAAM?

Komen de systeemaanpak en de daarmee samenhangende aanpak van de ontwikkelingen voldoende tot uitdrukking in het plan-MER c.q. de passende beoordeling?

IV. Werkdocument Passende Beoordeling (eindconcept juni 2012)

IV.1 Beantwoording onderzoeksvragen passende beoordeling

De kernvraag is of de wijze waarop de natuurmaatregelen (om te komen tot een TBES) zijn meegenomen in het werkdocument PB aansluit bij de vereisten die daaraan moeten worden gesteld vanuit de gekozen juridische strategie (integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak).¹ Meer specifiek is tegen de achtergrond van deze kernvraag onderzocht of de beschrijving en de beoordeling van de effecten van de rode en grijze ingrepen en de natuurmaatregelen in het werkdocument PB voldoende basis bieden voor besluitvorming over de fasering en de uitvoeringsstrategie in de rijksstructuurvisie. In samenhang daarmee is beoordeeld of de systeemaanpak en de daarmee samenhangende aanpak van de ontwikkelingen voldoende tot uitdrukking komen in het werkdocument PB.

In de eerste plaats wordt opgemerkt dat het werkdocument PB goed leesbaar is, in grote lijnen helder is gestructureerd en voorts is voorzien van een duidelijke samenvatting met overzichtelijke tabellen.² De juridische strategie is door de opstellers van het werkdocument PB goed begrepen, maar er zijn enkele aandachtspunten voor verdere uitwerking (zie hierna onder a tot en met d). In de aanpak zijn effecten van groene maatregelen op de systeemkenmerken en op (groepen) instandhoudingsdoelen³ beschreven en beoordeeld. De effecten van rode en grijze maatregelen zijn getoetst aan de instandhoudingsdoelstellingen. Waar nodig en/of aan te bevelen zijn mitigerende maatregelen geformuleerd. Het gaat daarbij niet alleen om mitigerende maatregelen voor rode en grijze ontwikkelingen, maar ook om maatregelen die het rendement van de TBES-maatregelen kunnen vergroten. Vervolgens zijn in het werkdocument PB combinaties van rode/grijze en groene maatregelen beoordeeld, en is bezien welke fasen van TBES moeten worden gerealiseerd om de beoogde rode en grijze ontwikkelingen mogelijk te maken. TBES is in deze aanpak niet als mitigerende maatregel in het onderzoek naar effecten van rode/grijze maatregelen betrokken, maar terecht als zelfstandig onderdeel van RRAAM gepositioneerd. Dit neemt uiteraard niet weg dat ook de TBES-maatregelen een mitigerend effect hebben en de uitvoering daarvan in meer of mindere mate een randvoorwaarde is om de rode en grijze ontwikkelingen te kunnen realiseren. De tabellen op p. 11 e.v. van het werkdocument PB geven daarvan een goed beeld. Het document is bruikbaar als aanzet voor verdere fasering, hoewel de fasering in het werkdocument PB nog grofmazig wordt beschreven.

Er zijn wat betreft de uitwerking en de bruikbaarheid van het werkdocument PB voor verdere besluitvorming nog enkele belangrijke aandachtspunten:

a) De plannen en projecten die mogelijk relevant zijn voor cumulatie zijn in paragraaf 13.2 op hoofdlijnen beschreven. De lijn in het hoofdstuk is echter niet geheel helder. In paragraaf 13.1

¹ Gelet op de verstrekte opdracht is niet specifiek gekeken naar de problematiek rond de Oostvaardersplassen (en andere Natura 2000-gebieden). Dit is echter in het werkdocument PB en het plan-MER (zie p. 14) wel een belangrijk aandachtspunt. Zie ook het voorlopig advies van de Commissie m.e.r. op p. 5/6.

² Voor de beantwoording van de adviesvragen zijn met name de hoofdstukken 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 en 14 van belang. Deze hoofdstukken zijn (uitsluitend) beoordeeld met het oog op beantwoording van de onderzoeksvragen.

³ Dit is een aandachtspunt voor de beoordeling van het VKA. Zoals in de passende beoordeling wordt aangegeven moeten in die fase de effecten op de afzonderlijke instandhoudingsdoelen worden beschreven. Zie p. 224.

worden relevante resteffecten beschreven. Daarin wordt een tweedeling gemaakt tussen de maatregelen waarvan de effectiviteit via monitoring wordt getoetst (in de tekst staat ten onrechte dat via monitoring wordt geborgd) en andere maatregelen waarvan de effecten niet vaststaan. Het is niet duidelijk om welke reden deze verschillend worden benaderd. Geven de resultaten van de monitoring over de effectiviteit van deze maatregelen geen informatie? Voorts zou de beschrijving van de voor cumulatie relevante plannen en projecten meer en beter kunnen worden toegespitst op de vraag welke gevolgen eventuele cumulatie voor RRAAM heeft. Daarmee kan de aansluiting op de conclusies in paragraaf 13.3 worden verbeterd.

Tenslotte wordt opgemerkt dat de conclusie in paragraaf 13.3 een dubbele boodschap heeft. Allereerst wordt zonder verdere kanttekeningen geconcludeerd dat cumulatief de conclusies met betrekking tot RRAAM ongewijzigd blijven. De daarop volgende alinea formuleert cumulatie echter nadrukkelijk als aandachtspunt, waarbij onduidelijk blijft waarop dit standpunt is gebaseerd. De formulering van deze alinea lijkt meer het karakter te hebben van een algemene disclaimer. Zoals ook hierna onder b) ten aanzien van monitoring nog zal worden opgemerkt, doet een dergelijke algemene formulering afbreuk aan de daaraan voorafgaande beschouwingen.

Opmerking: in de hoofdstukken 9 tot en met 12 wordt steeds aan het begin van het hoofdstuk aangegeven dat ook cumulatie wordt beoordeeld. Dit onderwerp komt echter pas in hoofdstuk 13 aan de orde. Cumulatie wordt in dit hoofdstuk ook niet aan de verschillende alternatieven/varianten gerelateerd.

b) Een belangrijk aandachtspunt is voorts de wijze waarop in het werkdocument PB (en andere documenten) wordt omgegaan met monitoring in relatie tot de gefaseerde uitvoering van RRAAM (zie paragraaf 8.10 van het werkdocument PB). Op p. 125 van het werkdocument PB wordt gesteld: *“(...) Bovenstaande voorspellingen⁴ zijn gebaseerd op huidige beschikbare kennis van de ecologie van soorten en de ecologie van het (relatief jonge en instabiele) systeem Markermeer. Deze kennis is niet volledig, er zijn op verschillende punten onzekerheden die tot leemtes in kennis leiden”*. Vervolgens wordt in deze paragraaf een aantal onzekere factoren genoemd. De wijze waarop deze zijn gepresenteerd is naar mijn mening juridisch risicovol, omdat deze presentatie de suggestie zou kunnen wekken dat gaandeweg nog moet worden gezien of er een risico dreigt op aantasting van de natuurlijke kenmerken en daarover nu geen uitspraak kan worden gedaan. Naar mijn mening heeft paragraaf 8.10 teveel het karakter van een disclaimer na de verder goed onderbouwde uiteenzetting in de paragrafen 8.1 tot en met 8.9. De formulering van paragraaf 8.10 doet daarmee ook afbreuk aan de voorgaande paragrafen. Naar ik meen kan op basis van de uiteenzetting in die paragrafen allereerst worden aangegeven dat op basis van ervaring en expert judgement een goed onderbouwd standpunt kan worden ingenomen over de haalbaarheid en te verwachten effectiviteit van de TBES-maatregelen, onder andere op basis van de onderliggende rapporten van Arcadis. Dat laat onverlet dat de effectiviteit niet op voorhand vaststaat en monitoring nodig is om de effectiviteit te toetsen. Ik zou dit echter niet op deze wijze als leemte in kennis willen aanduiden.⁵ Het gaat er om dat de verwachte/ ingeschatte effectiviteit van maatregelen ook feitelijk moet worden vastgesteld omdat moet worden afgewacht of het systeem/soorten daadwerkelijk reageren zoals ingeschat.⁶ Een effectiviteitsbeoordeling is echter niet hetzelfde als een leemte in kennis. Belangrijk is ook om uiteen te zetten of, en zo ja welke, aanvullende maatregelen mogelijk zijn indien de effectiviteit tegenvalt,

⁴ Het betreft de voorspelde effecten van de TBES-maatregelen die eerder in hoofdstuk 8 zijn beschreven.

⁵ Overigens worden deze in het plan-MER ook (terecht) niet als kennisleemte benoemd.

⁶ In de hoofdstukken 9 tot en met 12 is dit bij de beoordeling van de alternatieven inclusief TBES-fases, beter en duidelijker geformuleerd.

zodat wordt voorkomen dat gaandeweg het onomkeerbare gevolgen voor het systeem ontstaan of het behalen van de instandhoudingsdoelen onmogelijk wordt. Paragraaf 8.10 moet naar mijn mening dan ook worden bijgesteld. Dit betreft grotendeels niet zozeer de inhoud van de boodschap, maar met name de formulering daarvan. Inhoudelijke aanvulling is met name wenselijk wat betreft de uiteenzetting of gaandeweg het traject steeds tijdig maatregelen kunnen worden genomen om aantasting van de natuurlijke kenmerken te voorkomen, alsmede dat een situatie waarin het behalen van instandhoudingsdoelen wordt gefrustreerd, kan worden voorkomen. Met andere woorden: wat zijn eventuele bijsturingmechanismen en waartoe kan inzet daarvan leiden? Dat is uiteindelijk de kernvraag bij het omgaan met onzekerheden.

c) In het werkdocument PB wordt in hoofdstuk 1 de functie van de passende beoordeling beschreven. In het perspectief van de natuurbeschermingswet- en regelgeving komt het er samengevat op neer dat de passende beoordeling de effecten van voorgenomen ingrepen op Natura 2000-gebieden beschrijft en beoordeelt. Het werkdocument PB omvat echter meer dan uitsluitend een passende beoordeling in de betekenis van art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn en art. 19f, lid 1 Nbw. Het werkdocument bestaat uit een aantal onderdelen:

1. een beschrijving en beoordeling van de effecten van rode, grijze en groene maatregelen op de instandhoudingsdoelen van de verschillende Natura 2000-gebieden en een beschrijving van mitigerende maatregelen om negatieve effecten te verzachten/beperken c.q. het rendement van TBES-maatregelen te vergroten (dit is de passende beoordeling in de wettelijke context)
2. een beoordeling of/in hoeverre TBES-maatregelen bijdragen aan systeemherstel
3. een beoordeling of/in hoeverre TBES-maatregelen leiden tot/bijdragen aan het behalen van de instandhoudingsdoelen

Opmerking: bij dit punt wordt opgemerkt dat in noot 9 op p. 115 wordt gesteld dat een 0-score in doelrealisatie en een +score bij effect ten opzichte van de huidige situatie betekent dat een verbetering van de ecologische situatie optreedt, maar de instandhoudingsdoelstelling niet is gerealiseerd. Dit impliceert dat een positieve score bij doelbereik betekent dat de instandhoudingsdoelstelling wel wordt gehaald. In de toelichting bij de tabellen wordt zelfs gerefereerd aan overwaarde. Uit de verdere formulering in hoofdstuk 8 kan echter evenzeer worden geconcludeerd dat een positieve score bij doelbereik weliswaar een positieve bijdrage aan doelrealisatie inhoudt, maar nog niet het behalen van het instandhoudingsdoel betekent. Dit is een belangrijk verschil en hoofdstuk 8 zou op dit punt opgehelderd moeten worden. Mede in het licht van de hierna te bespreken Voorlichting van de Raad van State is het van belang inzicht te verschaffen in de haalbaarheid van de instandhoudingsdoelen.

4. een beoordeling welke mitigerende en TBES-maatregelen nodig zijn om de rood/grijze alternatieven/varianten te kunnen realiseren zonder dat de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden in gevaar komen.

De onderdelen 1 en 4 worden nader uitgewerkt in de hoofdstukken 9 tot en met 12. Hierin wordt dus beoordeeld welke effecten de rode/grijze alternatieven/varianten sorteren op de instandhoudingsdoelen en welke mitigerende en TBES-maatregelen nodig zijn om aantasting van de natuurlijke kenmerken te voorkomen. De onderdelen 1, 2 en 3 worden uitgewerkt in hoofdstuk 8.⁷ Dit hoofdstuk gaat dus veel verder dan een passende beoordeling in strikte zin van de TBES-maatregelen. Er wordt

⁷ De titel van dit hoofdstuk 'Effecten van natuurmaatregelen op instandhoudingsdoelstellingen' dekt de lading dan ook niet.

tevens beschreven en beoordeeld welke betekenis de maatregelen hebben voor systeemherstel en het realiseren van de instandhoudingsdoelen. Deze voormelde (meerledige) aanpak zou in paragraaf 1.1 en paragraaf 4.1 duidelijker kunnen worden beschreven.⁸ Met name het onderdeel 'Randvoorwaarden voor juridische houdbaarheid' in paragraaf 4.1 behoeft verduidelijking. De alinea "*Inzichtelijk is gemaakt (...) deze ontwikkelingen te kunnen accommoderen*" heeft deels betrekking op het werkdocument PB, maar daarnaast ook op onderwerpen die de rijksstructuurvisie betreffen namelijk de borging van mitigerende en TBES-maatregelen.

d) Onduidelijk is waarom de beoordeling van de rode en grijze ontwikkelingen alleen wordt gerelateerd aan de instandhoudingsdoelen en niet (behoudens mitigerende maatregelen) mede aan de systeemkenmerken. De met RRAAM beoogde systeemaanpak gaat immers verder dan alleen de vraag naar effecten op Natura 2000-instandhoudingsdoelen. Voor de systeemaanpak is evenzeer relevant welke gevolgen rode/grijze ontwikkelingen kunnen hebben voor de robuustheid van het systeem. Dit is temeer van belang nu uit het werkdocument PB ook volgt dat TBES-maatregelen een belangrijke extra waarborg bieden voor een solide natuurlijk systeem en daarmee ook het realiseren van de instandhoudingsdoelen beter kan worden verzekerd.

IV.2 Overige opmerkingen

In aanvulling op de beantwoording van de adviesvragen zijn onderstaand enkele punten benoemd die aandacht behoeven omdat deze juridische risico's met zich kunnen brengen, dan wel anderszins vragen oproepen.

a) Uit p. 112 van het werkdocument PB volgt dat de effecten van een TBES-maatregelenpakket per fase cumulatief worden beschouwd. Datzelfde geldt voor de rode en grijze ontwikkelingen. In de fasering wordt kort samengevat gekeken welke fase van TBES gerealiseerd moet zijn om een totaal pakket rode/grijze maatregelen (totaal alternatief) te kunnen realiseren. Met andere woorden, binnen de afzonderlijke TBES-fasen en binnen een alternatief/variant wordt nog niet verder gefaseerd. Daardoor is de beoordeling van de fasering erg grofmazig. Dat is gegeven het abstractieniveau van het werkdocument PB en het plan-MER in deze fase begrijpelijk. In de faseringsnotitie worden de rode en grijze maatregelen wel nader gefaseerd. Het is nog niet duidelijk welke gevolgen dit heeft voor het tijdpad voor de realisering van TBES.

b) In het werkdocument PB wordt niet duidelijk hoe zwaar de negatieve effecten van TBES wegen. Ze worden beschreven op p. 121/122 van het werkdocument PB, maar er wordt geen duidelijke conclusie geformuleerd. Mag worden aangenomen dat de mitigerende maatregelen voldoende zijn en dat TBES volledig als positief effect kan worden meegenomen in het licht van de systeemaanpak en de effecten op de instandhoudingsdoelen?

c) Tevens wordt aangegeven dat het nulalternatief dat in het plan-MER wordt beschreven niet wordt gezien als realistisch alternatief en om die reden niet is beschreven. Deze keuze maakt het lastig om het werkdocument PB naast het plan-MER te lezen c.q. de doorvertaling van passende beoordeling in het plan-MER goed te duiden.

d) Een opmerking van minder belang is dat ik in de opbouw van het werkdocument PB de beschrijving van de huidige situatie (hoofdstuk 7) verwacht vóór hoofdstuk 6 (voortoets).

⁸ Ook de samenvatting zou hier op moeten worden aangepast.

V. Plan-MER (eindconcept juni 2012)

V.1 Opmerking vooraf

Het plan-MER is ten behoeve van onderhavig advies niet integraal beoordeeld. Onderzocht is in hoeverre de wijze waarop de TBES-maatregelen zijn meegenomen in het onderzoek aansluit bij de juridische strategie en in het verlengde daarvan in hoeverre de uitwerking voldoende basis biedt voor besluitvorming omtrent de structuurvisie.

V.2 Beantwoording onderzoeksvragen plan-MER

Kernvraag is of de wijze waarop de natuurmaatregelen (om te komen tot een TBES) zijn meegenomen in het plan-MER aansluit bij de vereisten die daaraan moeten worden gesteld vanuit de juridische strategie van een integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak. Meer specifiek is tegen de achtergrond van deze kernvraag beoordeeld of systeemaanpak en de daarmee samenhangende aanpak van de ontwikkelingen voldoende tot uitdrukking komen in het plan-MER. Verder is bezien of de aanpak en uitwerking van het plan-MER voldoende basis bieden voor besluitvorming over de effecten op Natura 2000-gebieden bij de uitwerking van de fasering en de uitvoeringsstrategie in de rijksstructuurvisie.

Het plan-MER heeft een duidelijke structuur en is een goed leesbaar document. De beschrijving van het programma RRAAM en de alternatieven/varianten in het plan-MER geeft een goed beeld van de beoogde rode en grijze ontwikkelingen en de mogelijke alternatieven en varianten. De ontwikkeling van TBES en de daarin te onderscheiden fasen worden in hoofdstuk 4 (paragraaf 4.1) uitvoerig beschreven als één van de drie kernambities van RRAAM. Ook wordt daarin verwezen naar de beoordeling in het werkdocument PB van alternatieven/varianten van de rode en grijze ontwikkelingen in relatie tot de fasen van TBES. Anders dan in het werkdocument PB ontbreekt echter in het plan-MER een volledige beoordeling van het RRAAM-programma. De fasen van TBES, de samenhang tussen rode, grijze en groene ontwikkelingen en de fasering worden in het plan-MER verder niet geadresseerd. Ook een aantal andere punten, zoals de aansluiting tussen plan-MER en het werkdocument PB, behoeven nadere uitwerking. Na aanpassing op voormelde punten biedt het plan-MER een goede basis voor besluitvorming over de rijksstructuurvisie. Belangrijke aandachtspunten voor de uitwerking en de bruikbaarheid van het plan-MER voor verdere besluitvorming zijn:

a) De uitwerking van de fasen van TBES in het plan-MER ontbreekt. Op p. 8 (samenvatting) van het plan-MER wordt gesteld: *“In de effectbeoordeling van alle alternatieven is in eerste instantie uitgegaan van het niet meenemen van additionele maatregelen om te komen tot een toekomstbestendig Ecologisch Systeem (TBES); wel is fase 1 van het TBES waarvoor reeds uitvoering en financiering geregeld zijn, onderdeel van alle alternatieven. Vervolgens zijn deze projectalternatieven gecombineerd met drie situaties, die in de Passende Beoordeling worden uitgewerkt, te weten:*

Wettelijk noodzakelijke mitigerende maatregelen;

Tweede fase TBES;

Eindbeeld TBES.”⁹

Op p. 34 in het hoofdrapport is een passage van gelijke strekking opgenomen. Ik mis echter de uitwerking van deze drie situaties in het plan-MER. Hoewel TBES en de systeemaanpak integraal

⁹ Plan-MER, p. 8

onderdeel uitmaken van het in het plan-MER te beoordelen RRAAM-programma, komen de TBES-maatregelen en de daarvan te verwachten effecten in de verdere beoordeling en weging van alternatieven en varianten niet meer aan de orde. Zo komt TBES niet aan de orde in het onderdeel 'natuurwaarden' in paragraaf 6.2 (p. 72) van het plan-MER. Aangezien fase 1 van TBES in het nulalternatief is opgenomen ligt het voor de hand dat deze maatregelen niet meer worden getoetst. Voor fase 2 en het eindbeeld ligt dit anders. Deze mogen als onderdeel van TBES in de beoordeling niet ontbreken. Doordat TBES in de effectbeoordeling ontbreekt is de effectbeschrijving en –beoordeling in het plan-MER onvolledig. De effectscores op p. 130 (paragraaf 8.2) geven een onvolledig beeld doordat fase 2 en het eindbeeld van TBES daarin ontbreken. Daarmee ontbreekt een van de pijlers van RRAAM in dit rapport en blijft onduidelijk hoe de onderzoekers dit onderdeel en het totaalprogramma beoordelen en waarderen.

b) Voorts is onduidelijk hoe de resultaten van het onderzoek naar de effecten op groepen instandhoudingsdoelen en Natura 2000-gebieden vanuit het werkdocument PB naar het plan-MER zijn geconverteerd in de tabel in paragraaf 8.2 voor de onderdelen 'Natuurlijke kenmerken ecologisch systeem' en 'Natura 2000'. Allereerst wordt in dit verband opgemerkt dat in het werkdocument PB niet wordt onderzocht welke effecten rode en grijze ontwikkelingen teweeg brengen op de systeemkenmerken. Alleen de effecten op Natura 2000-instandhoudingsdoelen worden immers beschreven in de hoofdstukken 9 tot en met 12 van het werkdocument PB. In het plan-MER wordt wel een oordeel gegeven over effecten op systeemkenmerken (zie par 6.2). Is dit gebaseerd op afzonderlijk ecologisch onderzoek? Wat betreft het onderdeel 'Natura 2000' vormt de score in het plan-MER een optelsom van alle instandhoudingsdoelen en alle Natura 2000-gebieden. Onduidelijk is hoe de vertaling van de effectbeoordeling uit het werkdocument PB naar dit onderdeel van het plan-MER heeft plaatsgevonden. De effecten per Natura 2000-gebied en per groep instandhoudingsdoelen is immers dusdanig verschillend dat deze moeilijk onder te brengen zijn onder een gezamenlijke noemer 'Natura 2000'. Bovendien rijst de vraag hoe deze verschillen zijn gekwalificeerd in een negatieve of een positieve score in het plan-MER. De beschrijving van de beoordelingsmethodiek in paragraaf 6.2 geeft hierover geen uitsluitsel.¹⁰ Een toelichting op deze punten is nodig om de wijze van beoordeling navolgbaar te maken.

c) Zoals hiervoor in paragraaf IV van dit advies kort is gesignaleerd, verschillen het werkdocument PB en het plan-MER wat betreft de referentiesituatie. Op p. 72 van het plan-MER wordt hierover opgemerkt: *“Nota bene: anders dan in de passende beoordeling zijn de gevolgen van RRAAM voor de instandhoudingsdoelstellingen – zoals bij alle m.e.r.-criteria - afgezet tegen het nulalternatief. Daarnaast zal onder dit criterium per alternatief een samenvatting worden gegeven van de uitkomsten van de passende beoordeling. In die samenvatting worden de gevolgen voor in standhoudingsdoelstellingen weergegeven voor de Natura 2000-gebieden waarop significante effecten niet op voorhand zijn uit te sluiten, ten opzichte van de huidige situatie.”* Wat betreft de referentiesituatie verschilt het werkdocument PB op twee belangrijke punten van het plan-MER: in het werkdocument PB zijn de 60.000 woningen en de 1^e fase van TBES niet in de referentie meegenomen. In het plan-MER is dat wel het geval. In het plan-MER moet worden toegelicht op welke wijze de gegevens uit het werkdocument PB zijn meegenomen en welke gevolgen de afwijkende referentiesituatie heeft voor de beoordeling van alternatieven/varianten.

d) Wat verder opvalt is dat de cumulatieparagraaf uit het werkdocument PB niet strookt met die uit de plan-MER. Niet alleen wijkt de opsomming van relevante cumulatieve ontwikkelingen af, maar ook de diepgang van en conclusies over de cumulatieve ontwikkelingen lopen niet parallel.

¹⁰ Hoofdstuk 6 beschrijft overigens feitelijk met name beoordelingscriteria, geen methodiek.

V.3 Overige opmerkingen

a) De weergave van het werkdocument PB in het plan-MER is niet op alle punten correct. In de samenvatting op p. 14 wordt opgemerkt : *“Bij de alternatieven Hollandse brug en IJmeerverbinding tunnel zal bij uitvoering van fase 1 TBES en de minimaal benodigde mitigerende maatregelen al zoveel ‘natuurruimte’ zijn gecreëerd, dat er geen significante effecten meer overblijven op het Markermeer & IJmeer, mits uit de monitoring is gebleken dat de effectiviteit van de mitigerende maatregelen voldoende is. Het project is daardoor in principe vergunbaar indien fase 1 TBES is uitgevoerd en effectief gebleken voordat de verslechtering vanuit de rode ontwikkelingen de instandhoudingsdoelen in gevaar brengen. Bij de alternatieven IJmeerverbinding brug en Zuidelijk Tracé zal pas bij uitvoering van Fase 2 TBES voldoende ‘natuurruimte’ zijn gecreëerd, dat er geen significante effecten meer overblijven op het Markermeer & IJmeer, mits uit de monitoring is gebleken dat de effectiviteit van de mitigerende maatregelen voldoende is. Fase 1 TBES dient vooraf te worden gerealiseerd (én uit monitoring moet blijken dat de maatregelen de benodigde effecten sorteren), **maar Fase 2 kan gelijktijdig of na de woningen en de infrastructuur gerealiseerd worden.** Hieraan is ook de vergunbaarheid van het plan gekoppeld. Ook hier geldt een aantal belangrijke randvoorwaarden. Daarbij is van belang dat de natuurmaatregelen zijn uitgevoerd en effectief gebleken voordat de verslechtering door de bouw van nieuwe infra en grootschalige uitbreiding van woningen de instandhoudingsdoelen in gevaar brengt.”*

Het vetgedrukte en onderstreepte gedeelte strookt niet met het werkdocument PB. Verwezen wordt naar p. 9 van het werkdocument PB waaruit volgt dat fase 2 voorafgaand aan of gelijktijdig met woningen en infrastructuur dient te worden gerealiseerd bij de IJmeerverbinding (brug). Bij het Zuidelijk Tracé kan fase 2 gelijktijdig of na de woningen of infrastructuur worden gerealiseerd.

b) Op p. 33 van het plan-MER wordt verwezen naar de fasen van TBES. Bij fase één worden luwtmaatregelen in Hoornse Hop en vispassages als maatregelen genoemd. Op p. 37 wordt vervolgens vermeld dat de maatregelen uit de 1e fase van het TBES alleen de luwtmaatregelen in de Hoornsche Hop omvatten. Beide omschrijvingen wijken af van het werkdocument PB. Op p. 112 van het werkdocument PB wordt verwezen naar de aanleg van een pilot-oermoeras, luwtmaatregelen en het verbeteren van vismigratie.

c) Hoofdstuk 9 heeft als titel “mitigerende en compenserende maatregelen”. Welke compenserende maatregelen worden getroffen? In het hoofdstuk zelf worden alleen mitigerende maatregelen benoemd.

VI. Faseringsnotitie (versie 1.4, 6 juli 2012)

De faseringsnotitie is een waardevol document en een goede aanpak om te komen tot een uitwerking van maatregelen in tijd en volgorde. Hoewel de adviesvragen niet specifiek zien op de faseringsnotitie wordt hierna volledigheidshalve gewezen op een aantal zaken die opvallen in deze notitie.

a) Op p. 14 van de Faseringsnotitie wordt naar mijn mening de goede omschrijving gegeven van de functie van het monitoringsprogramma. Deze omschrijving is te verkiezen boven de hiervoor besproken formuleringen in het werkdocument PB en het plan-MER. In de Faseringsnotitie wordt gesteld: *“Vervolgens worden maatregelen genomen die gericht zijn op het verbeteren van het gehele systeem: de zogenaamde systeemaanpak. Door middel van het monitoringsprogramma wordt*

bijgehouden wat de effecten van deze maatregelen zijn op het systeem en de instandhoudingsdoelstellingen.”

b) Evenals in het plan-MER wordt ook in de Faseringsnotitie alleen aan de Hoornsche Hop gerefereerd waar het gaat om de 1^e fase van de TBES-maatregelen. De samenvatting van het werkdocument PB op deze pagina is overigens onjuist. Zoals bij de reactie op de plan-MER al is aangegeven wordt in het werkdocument PB niet voor alle alternatieven geconcludeerd dat fase 2 van TBES gelijktijdig of na woningbouw en infrastructuur kan worden gerealiseerd.

c) Op p. 9 tot en met 13 van de Faseringsnotitie worden de rode en grijze ontwikkelingen opgeknipt in onderdelen en gefaseerd. Het werkdocument PB kent deze mate van detaillering niet. Daar wordt in de fasering het totaalpakket van een alternatief gerelateerd aan een fase van TBES. Het is niet duidelijk of het opknippen nog ecologische consequenties kan hebben. Ook is onduidelijk of het faseren in deelontwikkelingen bij de rode en grijze maatregelen ook tot het uitsplitsen van TBES in meerdere fases kan leiden.

d) In het werkdocument PB en het plan-MER worden drie fasen van TBES omschreven. De Faseringsnotitie (p. 28) laat in het midden welke maatregelen in de derde (en volgende ?) fase van TBES worden genomen. Is dit een recente ontwikkeling die nog niet in het werkdocument PB en het plan-MER kon worden verwerkt?

e) De uiteenrafeling van TBES op p. 29 van de Faseringsnotitie sluit niet aan bij het werkdocument PB.

Onderdeel B. Vervoltraject fasering en uitvoeringsstrategie

Samenvatting

Op 31 augustus 2011 is een juridisch advies uitgebracht over de in het kader van RRAAM gekozen juridische strategie. Uit het advies volgt dat de aanpak van het RRAAM-programma (integrale gebiedsontwikkeling met een systeemaanpak wat betreft de natuurmaatregelen) juridisch haalbaar is, mits bij de verdere uitwerking van en besluitvorming over de rode, grijze en groene (TBES) maatregelen in iedere fase zeker kan worden gesteld dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer niet worden aangetast. De Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State met betrekking tot de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS), alsmede een aantal recente adviezen en onderzoeksrapporten verschaffen nieuwe informatie die voor de beoordeling en de uitwerking van de juridische randvoorwaarden relevant is. Deze recente inzichten leiden er niet toe dat de juridische strategie of de systeemaanpak ten principale moeten worden bijgesteld. Wel zijn er belangrijke aandachtspunten geformuleerd voor de uitwerking van de fasering, de borging van natuurmaatregelen, en de monitoring.

1) Een belangrijk aandachtspunt is de fasering van rode, grijze en groene maatregelen. Het gefaseerd tot uitvoering brengen van natuurmaatregelen dient tevens tot gefaseerde uitgifte van ontwikkelruimte te leiden. Hoewel de natuurmaatregelen geen één-op-één relatie hebben met concrete economische ontwikkelingen dient er een duidelijke relatie aanwezig te zijn tussen de maatregelen en de ontwikkelruimte. De Raad van State duidt deze maatregelen vanwege deze samenhang als mitigatie. Dezelfde redeneerlijn kan worden gevolgd voor de TBES-maatregelen.

2) In de Voorlichting over de PAS acht de Raad van State het van belang dat de natuurmaatregelen worden getroffen en effectief zijn voordat negatieve effecten van economische ontwikkelingen waarvoor de maatregelen worden getroffen, mogen optreden. Het staat niet vast of eenzelfde eis zou moeten worden gesteld aan de uitvoering van de natuurmaatregelen in het kader van RRAAM, omdat er geen eensluidend juridisch standpunt is over de vraag of een situatie waarin sprake is van een achteruitgang van soorten onder alle omstandigheden op gespannen voet staat met de Habitatrichtlijn. Echter, gelet op de slechte staat van instandhouding van het Markermeer & IJmeer en het feit dat voor enkele soorten sprake is van een autonome neerwaartse trend (ANT) moet worden aangenomen dat een fasering die leidt tot verdere achteruitgang in strijd komt met art. 6 Habitatrichtlijn.

3) Ook indien de natuurmaatregelen zijn gericht op het voorkomen van achteruitgang en het verbeteren van het systeem op termijn, is van belang dat de fasering en het daarbij beoogde tijdpad moeten worden voorzien van een goede ecologische onderbouwing. Het is derhalve niet voldoende om uitsluitend de volgorde van de maatregelen ecologisch te onderbouwen. Ook het tijdpad dat bij de uitvoering van maatregelen wordt gekozen moet van een ecologische onderbouwing worden voorzien. Daaruit moet blijken wat de gesteldheid van de betrokken soorten en habitats is en welke consequenties vertraging in het realiseren van instandhoudingsdoelen als gevolg van de uitgifte van ontwikkelingsruimte heeft voor het (kunnen) behalen van deze doelen.

4) Van belang is verder dat kan worden aangetoond dat het gebruiken van ontwikkelruimte voor economische ontwikkelingen in geval van een ongunstige staat van instandhouding het op redelijke termijn behalen van de instandhoudingsdoelen niet onmogelijk maakt, onnodig frustrereert of vertraagt.

5) Voor een goede onderbouwing van de fasering en het tijdpad is nodig dat duidelijk wordt wat een gunstige staat van instandhouding inhoudt.

6) De effectiviteit van de natuurmaatregelen moet worden gemonitord om aan te tonen dat voldoende investeringen worden gedaan om de instandhoudingsdoelen te behalen, maar ook om gedurende de looptijd van het monitoringsprogramma te kunnen vaststellen of het systeem van het

Markermeer & IJmeer voldoende is hersteld om de effecten van voorgenomen rode of grijze ontwikkelingen op te vangen. Daarbij is van belang het monitoringsprogramma aldus op te zetten dat een goede referentie aanwezig is ten opzichte waarvan ontwikkelingen kunnen worden beoordeeld. 7) Voor de borging bevat de Voorlichting geen nieuwe gezichtspunten. Zoals in het advies van 31 augustus 2011 al is aangegeven geldt dat in de vervolgfases moet worden geborgd dat natuurmaatregelen uitgevoerd en bekostigd worden en wie daarvoor verantwoordelijk is. Voorts wordt verwezen naar de eisen die ten tijde van de vaststelling van de rijksstructuurvisie aan de borging worden gesteld. Deze zijn in het advies uit 2011 eveneens uitvoerig beschreven.

Adviesvragen Voorlichting Afdeling advisering Raad van State

Wat betekent de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State voor de uitwerking van de fasering en de uitvoeringsstrategie in de Rijksstructuurvisie RRAAM? Deelvragen die daarbij aan de orde komen, zijn:

- Is de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State relevant voor/van invloed op de gekozen juridische strategie? Zo ja, op welke wijze en wat zijn de gevolgen voor de systeemaanpak?
- Kan de ontwikkeling van TBES gelijk op gaan met ingrepen in het Markermeer-IJmeer zolang per saldo verdere achteruitgang vermeden wordt, moet eerst een daadwerkelijke verbetering in natuurwaarden tot stand zijn gebracht dan wel moet perspectief op verbetering worden aannemelijk worden gemaakt cq verzekerd?
- Is de Voorlichting van invloed op de wijze waarop RRAAM de randvoorwaarden voor TBES moet uitwerken/borgen? Zo ja, op welke wijze?

VII. Voorlichting Afdeling advisering Raad van State

VII.1 Opmerking vooraf

In deze paragraaf worden de adviesvragen beantwoord die betrekking hebben op de betekenis van de Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State voor de juridische strategie, de systeemaanpak, de uitwerking van de fasering, en de uitvoeringsstrategie in de rijksstructuurvisie RRAAM. Alvorens in te gaan op de specifieke adviesvragen merk ik op dat de Voorlichting betrekking heeft op het instrument PAS. Dit instrument heeft een wettelijke basis in de Nbw. De Voorlichting heeft deels betrekking op specifieke aspecten uit het wettelijk kader en is op een aantal punten dan ook uitsluitend voor de PAS relevant. Dit betreft met name de beschouwingen van de Raad van State over de verenigbaarheid van de PAS met de Nbw, en een aantal vragen over de concrete uitwerking van aan de PAS gerelateerde onderwerpen. Deze beschouwingen/onderwerpen worden hier niet nader besproken.

In de volgende paragrafen komt de Voorlichting van de Raad van State aan de orde voor zover daarin een visie wordt gegeven op onderwerpen die relevant zijn voor RRAAM. Bij de beantwoording van de adviesvragen in de paragrafen VII.3 tot en VII.5 worden belangrijke overwegingen van de Raad van State - die relevant zijn voor RRAAM - samengevat in kaders.

VII.2 Positionering TBES in het juridisch kader

Het realiseren van een TBES voor het Markermeer & IJmeer houdt in dat het systeem zodanig wordt versterkt dat het veranderingen in klimaat, ruimtegebruik of anderszins kan opvangen zonder wezenlijk verlies van kwaliteit. De bij RRAAM voorgestane aanpak kent een aantal parallellen met de

PAS. Niet alleen is zowel bij RRAAM als bij de PAS sprake van een programmatische aanpak, maar ook wordt in beide programma's gekozen voor het loskoppelen van natuurmaatregelen van concrete rode en grijze ontwikkelingen. Hoewel een systeemaanpak – zoals beoogd met TBES – niet expliciet aan de orde komt in de Voorlichting, zijn er parallellen tussen de aanpak bij de PAS en de systeemaanpak bij RRAAM doordat de natuurmaatregelen in beide programma's niet één-op-één zijn gerelateerd aan economische ontwikkelingen. In de bij uitvoering van de Nbw gebruikelijke varianten worden concrete maatregelen met positieve effecten wel afgezet tegen concrete maatregelen met negatieve effecten (natuurinclusief ontwerp, mitigatie, ADC-toets¹¹) en wordt vervolgens de balans opgemaakt. Zowel in de PAS als in het TBES wordt het directe verband tussen de te treffen maatregelen en de rode of grijze ontwikkeling waarvoor ontwikkelingsruimte nodig is verbroken. Dit neemt niet weg dat de uitvoering van natuurmaatregelen in beide programma's wel een noodzakelijke randvoorwaarde is om andere ontwikkelingen mogelijk te maken.

In het licht van het juridisch kader is voorts van belang om in het oog te houden dat het TBES een zelfstandig onderdeel vormt van het RRAAM-programma. TBES is gericht op het robuuster maken van het systeem van het Markermeer & IJmeer. Dit is een andere invalshoek dan uitsluitend de vraag of met de uitvoering van het volledige RRAAM-programma aan de Natura 2000-instandhoudingsdoelen (en daarmee aan de eisen van de Habitatrichtlijn) kan worden voldaan. Zoals uit het werkdocument PB ook naar voren komt, leiden sommige maatregelen wel tot verbetering van het systeem, maar is daarmee nog niet per definitie sprake van een bijdrage aan het behalen van Natura 2000-instandhoudingsdoelen. Wel wordt de systeemaanpak beschouwd als een belangrijke factor en waarborg om de Natura 2000-doelstellingen te behalen en de voor de doelstellingen benodigde kwaliteit op de langere termijn ook te bestendigen.

De Voorlichting van de Raad van State gaat specifiek over de juridische houdbaarheid van de PAS in het licht van art. 6, leden 1, 2 en 3 Habitatrichtlijn. Dit houdt verband met de verschillende functies die de PAS, gezien vanuit de juridische context, heeft. Datzelfde geldt ook voor de TBES-maatregelen in het RRAAM-programma. Onderstaand wordt het juridisch kader kort aangehaald. Verderop in het advies wordt daar nader op ingegaan.

Art. 6, leden 1 en 2 Habitatrichtlijn: verplichtingen van de EU-lidstaten

Art. 6, lid 1 Habitatrichtlijn bevat de verplichting voor de lidstaten om instandhoudingsmaatregelen te treffen voor de Natura 2000-gebieden. Doel van de maatregelen is het realiseren of behouden van een gunstige staat van instandhouding van habitats en soorten in de Natura 2000-gebieden. Uit art. 6, lid 2 Habitatrichtlijn vloeit voort dat maatregelen moeten worden getroffen om kwaliteitsverslechtering en significante verstoring te voorkomen. Art. 6, leden 1 en 2 Habitatrichtlijn hebben dus betrekking op een aantal verplichtingen van lidstaten om maatregelen te treffen om de instandhoudingsdoelen te halen c.q. te voorkomen dat achteruitgang deze in gevaar brengt. Zowel het TBES als de PAS kunnen als maatregelen in de context van deze leden van art. 6 Habitatrichtlijn worden beschouwd.

Art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn: beoordeling plannen en projecten

Omdat de natuurmaatregelen zowel in PAS als TBES tevens worden genomen met als doel om ruimte te creëren voor nieuwe economische ontwikkelingen, is ook art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn van belang. Art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn heeft betrekking op de beoordeling van plannen of projecten. In het kader van RRAAM is relevant of de TBES-maatregelen leiden tot een zodanige kwaliteit van het

¹¹ Alternatieven, dwingende redenen van groot openbaar belang, compensatie.

Markermeer & IJmeer dat een positief besluit kan worden genomen over concrete rode en grijze ontwikkelingen die in het programma zijn opgenomen.

Het oordeel van de Raad van State over de PAS is dus tweeledig. Enerzijds wordt gezien of Nederland met de beoogde maatregelen en de uitwerking daarvan in de PAS kan voldoen aan de verplichting om Natura 2000-doelen te realiseren of behouden. Anderzijds wordt beoordeeld of met de in de PAS geformuleerde natuurmaatregelen, de fasering van natuurmaatregelen en economische ontwikkelingen en de monitoring en borging van natuurmaatregelen, voldoende kan worden onderbouwd dat in het licht van de uit de Habitatrictlijn voortvloeiende verplichtingen ruimte bestaat om economische ontwikkelingen toe te laten. Deze vragen liggen ook ten grondslag aan de juridische strategie voor RRAAM. Om die reden is van belang te bezien of de Voorlichting van de Raad van State gevolgen heeft voor de geformuleerde juridische strategie of de uitwerking daarvan.

VII.3 Betekenis Voorlichting voor de gekozen juridische strategie en eventuele gevolgen voor de systeemaanpak.

De Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State is van betekenis voor de in het kader van RRAAM gekozen juridische strategie. In de Voorlichting wordt een juridisch onderbouwd oordeel gegeven over een programmatische aanpak waarbij een combinatie van economische ontwikkelingen en natuurmaatregelen wordt voorzien. Een aantal ook voor RRAAM relevante onderwerpen komt daarbij aan bod:

- 1) In de eerste plaats geeft de Raad van State een oordeel over het vrijgeven van ontwikkelruimte in een situatie waarin de instandhoudingsdoelen nog niet zijn bereikt en sprake is van een ongunstige staat van instandhouding.
- 2) Daarnaast geeft de Raad van State een oordeel over het feit dat de natuurmaatregelen niet één-op-één zijn gekoppeld aan bepaalde economische ontwikkelingen.
- 3) Ten slotte gaat de Raad van State – voor zover in het kader van onderhavig advies van belang - in op de fasering, borging en monitoring van maatregelen.

Evenals bij de uitvoering van de PAS is de uitwerking van deze onderwerpen ook in de juridische strategie voor RRAAM een kernpunt. In deze paragraaf komt meer in zijn algemeenheid de betekenis van de Voorlichting voor de juridische strategie en de systeemaanpak aan de orde. Op het moment waarop natuurmaatregelen moeten zijn genomen, en de fasering, borging en monitoring van maatregelen wordt in de volgende paragrafen ingegaan.

a) Algemeen oordeel ter beschikking stellen ontwikkelruimte

Samenvatting Voorlichting Raad van State

In zijn Voorlichting geeft de Raad van State aan dat de Habitatrictlijn zich ten principale niet lijkt te verzetten tegen een benadering waarin een deel van de haalbare verbetering aan economische ontwikkelingen ten goede komt. Enige vertraging in het behalen van de instandhoudingsdoelen is volgens de Raad van State aanvaardbaar, mits een goede ecologische onderbouwing wordt gegeven van het tijdpad.¹²

Voor RRAAM is van belang dat de Raad van State mogelijkheden ziet om de als gevolg van natuurmaatregelen ontstane ontwikkelruimte deels aan te wenden voor economische ontwikkelingen. Dat daarmee vertraging optreedt in het behalen van de instandhoudingsdoelen is aanvaardbaar, mits ecologisch wordt onderbouwd op welke termijn het behalen van de

¹² Voorlichting, p. 6.

instandhoudingsdoelen wel zal plaatsvinden en wat de betekenis is van vertraging voor de mogelijkheid om uiteindelijk de doelen te kunnen realiseren. Het is derhalve niet voldoende om uitsluitend de volgorde van maatregelen ecologisch te onderbouwen. Ook het tijdpad dat bij de uitvoering van maatregelen wordt gekozen moet van een ecologische onderbouwing worden voorzien. Dit standpunt kan worden onderschreven. Evenals in de juridische strategie voor RRAAM is uiteengezet, stelt ook de Raad van State een aantal belangrijke randvoorwaarden aan de fasering en uitwerking. Deze komen in paragraaf VII.5 aan de orde.

b) Programmatische aanpak en status natuurmaatregelen

Samenvatting Voorlichting Raad van State

De kern van een programmatische aanpak is dat door uitvoering van de in de PAS opgenomen maatregelen ruimte wordt gecreëerd voor nieuwe ontwikkelingen en dat de uitvoering van de PAS *als geheel* leidt tot een bepaald resultaat. Er is beoordeeld of de maatregelen een zodanig effect hebben dat, indien de ontwikkelingsruimte wordt benut, na afloop van de PAS-periode de natuurkwaliteit is behouden en herstel daarvan plaatsvindt dan wel niet onmogelijk is.¹³

Anders dan in de gevallen die in de jurisprudentie van de ABRvS aan de orde zijn geweest, worden in de PAS als passende beoordeling in het kader van een toestemmingverlening, de negatieve effecten van een toename van stikstofdepositie door een project gezien in samenhang met de positieve effecten van brongerichte en gebiedsgerichte maatregelen die niet direct samenhangen met de uitvoering van het project waarvoor toestemming wordt gevraagd.¹⁴

De Raad van State heeft zich in het licht van de systematiek van art. 6 Habitatrichtlijn de vraag gesteld of deze 'verrekening' van effecten het karakter heeft van mitigatie (het voorkomen van schade) dan wel van compensatie (het te niet doen van veroorzaakte schade). Alleen de effecten van mitigatie mogen betrokken worden in de passende beoordeling. Compensatie speelt in de systematiek van art. 6 Habitatrichtlijn pas een rol in het toetsingskader van het vierde lid.¹⁵

De te treffen maatregelen op grond waarvan ontwikkelingsruimte aan nieuwe projecten kan worden toegedeeld, zijn in de PAS in de meeste gevallen geen maatregelen die één op één, zoals in het kader van de huidige vergunningverlening zonder de PAS, gekoppeld of te koppelen zijn aan een specifiek project of plan. Uit de PAS volgt echter dat er wel een nadrukkelijke en directe koppeling bestaat tussen het pakket aan maatregelen en de ontwikkelingsruimte die op basis daarvan op project- of planniveau wordt gebruikt: zonder dat pakket geen ontwikkelingsruimte en zonder die ontwikkelingsruimte geen vergunningverlening/besluitvorming op grond van de PAS.

Het standpunt dat de te treffen maatregelen ervoor zorgen dat voorkomen wordt dat projecten die op grond van de ontwikkelingsruimte kunnen worden toegestaan, schadelijke gevolgen hebben voor de stikstofgevoelige habitats en leefgebieden en dus in het kader van de passende beoordeling mogen worden meegenomen, acht de Raad van State verdedigbaar. Er bestaat volgens de Raad van State in de PAS een duidelijk verband tussen de ontwikkelingsruimte in een Natura 2000-gebied en de te treffen maatregelen die nodig zijn om de ontwikkelingsruimte te creëren.¹⁶

¹³ Voorlichting, p. 26.

¹⁴ Voorlichting, p. 25.

¹⁵ Voorlichting, p. 25.

¹⁶ Voorlichting, p. 25/26.

De Raad van State onderzoekt in de Voorlichting nadrukkelijk of de maatregelen die worden getroffen om ontwikkelingsruimte te creëren, moeten worden aangemerkt als mitigatie dan wel als compensatie. Dit sluit aan bij de handreikingen van de Europese Commissie over de systematiek van de Habitatrichtlijn, waarin mitigatie en compensatie worden onderscheiden. De Voorlichting sluit aan bij ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin mitigatie ruim wordt opgevat. Belangrijk voor RRAAM is echter vooral dat de Raad van State in de Voorlichting aanvaardbaar acht dat natuurmaatregelen niet één-op-één zijn gekoppeld aan specifieke economische ontwikkelingen. Er dient echter wel een verband te bestaan tussen de natuurmaatregelen en de ontwikkelingsruimte. Zowel bij de PAS als bij RRAAM is er een relatie tussen de natuurmaatregelen en de ontwikkelingsruimte die op basis daarvan op project- of planniveau wordt gebruikt. De ontwikkelingsruimte die in RRAAM ontstaat door uitvoering van (een gedeelte van) de TBES-maatregelen is immers een randvoorwaarde om realisering van een aantal rode/grijze ontwikkelingen mogelijk te maken. De Raad van State beschouwt dit als een mitigerend effect.

Uit de Voorlichting volgen geen aanwijzingen dat de juridische strategie of de systeemaanpak ten principale zouden moeten worden bijgesteld. Wel dient zoals opgemerkt aan een aantal randvoorwaarden te zijn voldaan. Zie de volgende paragrafen.

VII.4 Fasering maatregelen: tijdelijke verslechtering, saldering of eerst (een perspectief op) verbetering natuur?

Een voor de nadere uitwerking en fasering van RRAAM belangrijke vraag is in hoeverre natuurmaatregelen al uitgevoerd en effectief moeten zijn (d.w.z. een daadwerkelijke verbetering is gerealiseerd) voordat rode/grijze ontwikkelingen worden uitgevoerd. Kan de ontwikkeling van TBES eventueel ook gelijk opgaan met ingrepen in het Markermeer-IJmeer zolang per saldo verdere achteruitgang vermeden wordt en kunnen natuurmaatregelen eventueel ook na rode/grijze ingrepen worden uitgevoerd, ook als dit een tijdelijke achteruitgang zou betekenen? Voordat wordt ingegaan op de relevante juridische aspecten, wordt opgemerkt dat beantwoording van de vraag of een plan/project aanvaardbaar is en op welk moment (eventueel) natuurmaatregelen moeten worden of zijn uitgevoerd, in belangrijke mate afhankelijk is van de staat van instandhouding (SVI) van een soort of habitat. Onderstaand zijn de relevante situaties weergegeven.

	SVI ongunstig <i>negatieve trend</i>	SVI ongunstig <i>stabiel</i>	SVI ongunstig <i>positieve trend</i>	SVI gunstig <i>negatieve trend</i>	SVI gunstig <i>stabiel</i>	SVI gunstig <i>positieve trend</i>
Plan/project heeft geen effect op instandhoudingsdoel						
Plan/project heeft negatief effect op instandhoudingsdoel						

De Voorlichting van de Raad van State gaat niet in zijn algemeenheid in op het moment waarop natuurmaatregelen moeten zijn getroffen. De opvatting van de Raad van State heeft specifiek betrekking op de stikstofproblematiek en de daaromtrent in de PAS geformuleerde voorstellen. De Raad van State geeft in de Voorlichting aan dat de in het kader van de PAS geformuleerde mitigerende maatregelen moeten zijn uitgevoerd en effectief dienen te zijn voordat ontwikkelingen mogelijk kunnen worden gemaakt.

Samenvatting Voorlichting Raad van State

Mitigerende maatregelen dienen naar het oordeel van de Raad van State te zijn uitgevoerd en effect te hebben voordat de negatieve gevolgen van een project waarvoor deze worden getroffen zich voordoen.¹⁷

De Commissie m.e.r. gaat in zijn advies over de PAS minder ver en wijst er op dat idealiter ontwikkelingsruimte niet eerder dient te worden uitgegeven dan nadat natuurherstel feitelijk is opgetreden. De Commissie wijst er echter op dat vanwege de weerbarstigheid van de materie ook een andere aanpak kan worden gekozen. Denkbaar is om tenminste de juiste randvoorwaarden te creëren waardoor het behalen van de instandhoudingsdoelen op termijn niet onmogelijk wordt, met daaraan gekoppeld frequente monitoring met borging van terugkoppelingsmechanismen en maatregelen achter de hand.¹⁸ Als aan die voorwaarden is voldaan acht de Commissie m.e.r. aanvaardbaar dat reeds eerder ontwikkelruimte wordt uitgegeven. Dit lijkt overigens ook meer in lijn met de jurisprudentie die ook de Raad van State aanhaalt in de Voorlichting.

Samenvatting Voorlichting Raad van State

“In de jurisprudentie lijkt niet te worden uitgesloten dat een project dat leidt tot een toename van stikstofdepositie op grond van een passende beoordeling kan worden vergund, als de toename van de depositie kleiner is dan de langjarige afname van stikstofdepositie in dat gebied die het gevolg is van reeds getroffen generieke (brongerichte) maatregelen (bijvoorbeeld schoner worden van auto's). Die afname dient verzekerd te zijn en de passende beoordeling zal inzicht dienen te bieden in het antwoord op de vraag in hoeverre het behalen van de instandhoudingsdoelen wordt vertraagd en of de toename van stikstofdepositie niet in de weg zal staan aan het behalen van de instandhoudingsdoelen, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS 7 december 2011, 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1). De Raad van State plaatst in de Voorlichting als kanttekening dat, aangezien de aanvrager van de toestemming in de regel niet degene is die verantwoordelijk is voor de generiek te treffen maatregelen die de afname van stikstofdepositie in een gebied bepalen, het moeilijk, zo niet onmogelijk is, om de vereiste zekerheid en de bedoelde beoordeling in het kader van een individueel project te geven.¹⁹

Hoewel op basis van de Voorlichting geen algemene uitspraak kan worden gedaan over de volgorde waarin rode-grijze-groene maatregelen in het kader van RRAAM moeten/kunnen worden genomen, kan tegen de achtergrond van de Habitatrictlijn en de Nbw en onder verwijzing naar enkele nog recente onderzoeksrapporten het volgende worden opgemerkt.

Landelijke gunstige staat van instandhouding

Zoals eerder in dit advies al werd aangegeven moeten de natuurmaatregelen in het kader van RRAAM in de eerste plaats worden beschouwd als maatregelen om het systeem van het Markermeer & IJmeer te herstellen en daarmee ook bij te dragen aan het realiseren van de instandhoudingsdoelen en het bereiken van een gunstige staat voor de op grond van de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn te beschermen soorten en habitats. Daarmee wordt uitvoering gegeven aan art. 6, lid 1 Habitatrictlijn. Het realiseren van een gunstige staat van instandhouding moet worden beschouwd als een landelijke opgave en dus behoeft niet ieder Natura 2000-gebied in een gunstige

¹⁷ Voorlichting, p. 26.

¹⁸ Programmatische aanpak stikstof (PAS), Advies van de Commissie m.e.r. 12 juli 2012 (rapportnummer 2540-168, p. 3.

¹⁹ Voorlichting, p. 24.

staat van instandhouding te worden gebracht, mits de landelijke gunstige staat wordt gerealiseerd.²⁰ Wel dient duidelijk te zijn welke bijdrage (de situatie in) een Natura 2000-gebied levert aan de landelijke staat van instandhouding.

Voorkomen of aanpakken verdere achteruitgang in ieder Natura 2000-gebied

Dat niet ieder Natura 2000-gebied in een gunstige staat behoeft te worden gebracht neemt niet weg dat uit art. 6, lid 2 Habitatrictlijn voortvloeit dat verdere achteruitgang in ieder Natura 2000-gebied moet worden voorkomen of aangepakt. In het gebied Markermeer & IJmeer doet zich de betekenis van art. 6, lid 2 Habitatrictlijn vooral gevoelen bij de zogenaamde ANT-soorten.²¹ Art. 6, lid 2 Habitatrictlijn verplicht ertoe de negatieve trend tenminste tot staan te brengen. Hoever de verplichtingen uit hoofde van art. 6, lid 2 Habitatrictlijn strekken, staat vooralsnog niet vast. De jurisprudentie van het Hof van Justitie EU geeft op deze vraag nog geen volledig antwoord. De Voorlichting gaat op deze vraag niet expliciet in. In de literatuur bestaat over de uitleg van art. 6, lid 2 Habitatrictlijn geen eensluidend oordeel. In discussie is of art. 6, lid 2 Habitatrictlijn iedere achteruitgang verbiedt, dan wel onder omstandigheden tijdelijke achteruitgang mogelijk is indien het behalen van de instandhoudingsdoelen uiteindelijk niet wordt gefrustreerd of onnodig wordt belemmerd. In het rapport 'Natura 2000 in Nederland' wordt ervan uitgegaan dat art. 6, lid 2 Habitatrictlijn geen absoluut verbod op achteruitgang behelst.²² Verwezen wordt naar de uiteenzetting in dat rapport. Hier wordt kort ingegaan op de situatie waarin sprake is van een ongunstige staat van instandhouding. Ingeval de staat van instandhouding reeds ongunstig is, zal een verslechtering slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden geaccepteerd. In het rapport wordt daarover opgemerkt dat indien de staat van instandhouding niet gunstig is, maar door de verslechtering ook niet minder gunstig wordt en de kansen op herstel tot een gunstige staat van instandhouding door de verslechtering niet minder worden, achteruitgang wellicht wel kan worden geaccepteerd. Het rapport voegt daar echter aan toe: "Dat zal zich echter niet vaak voordoen, omdat bij een al ongunstige staat van instandhouding bij een verslechtering al gauw sprake zal zijn van een verdere achteruitgang van de staat van instandhouding".²³

Beoordeling concrete ontwikkelingen

Hoewel art. 6, lid 2 Habitatrictlijn niet ziet op de beoordeling van concrete ontwikkelingen, is de ruimte die op grond van deze bepaling aanwezig is voor acceptatie van een verslechtering wel relevant voor de beoordeling van concrete ontwikkelingen. Ter toelichting daarop wordt het volgende opgemerkt. Voor zover het RRAAM betreft zal, zodra een besluit wordt genomen over een rode of grijze ontwikkeling, moeten worden beoordeeld of deze ontwikkeling leidt tot mogelijk significante gevolgen voor het Natura 2000-gebied Markermeer & IJmeer (en andere Natura 2000-gebieden) waarbij rekening dient te worden gehouden met de voor het gebied geformuleerde instandhoudingsdoelen (zie art. 19f, lid 1 Nbw). Een vergunning kan pas worden verleend indien het bevoegd gezag zich op grond van de passende beoordeling ervan heeft verzekerd dat de natuurlijke

²⁰ Zie hierover: C.W. Backes, M.P. van Veen, B.A. Beijen, A.A. Freriks, D.C.J. van der Hoek, A.L. Gerritsen, *Natura 2000 in Nederland, Juridische ruimte, natuurdoelen, en beheerplanprocessen*, PBL 2011, p. 28.

²¹ ANT staat voor autonome neerwaartse trend.

²² C.W. Backes, M.P. van Veen, B.A. Beijen, A.A. Freriks, D.C.J. van der Hoek, A.L. Gerritsen, *Natura 2000 in Nederland, Juridische ruimte, natuurdoelen, en beheerplanprocessen*, PBL 2011, p. 29-33. Zie ook: C.W. Backes, H.F. van Dobben, M.A. Poortinga, m.m.v. M. Eliantonio, M.G.W.M. Peeters, *Stikstofdepositie en Natura 2000. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Universiteit Maastricht/Alterra, 6 mei 2011, p. 28 e.v.

²³ Zie hierover: C.W. Backes, M.P. van Veen, B.A. Beijen, A.A. Freriks, D.C.J. van der Hoek, A.L. Gerritsen, *Natura 2000 in Nederland, Juridische ruimte, natuurdoelen, en beheerplanprocessen*, PBL 2011, p. 32.

kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast (art. 19g, lid 1 Nbw). Kan deze zekerheid niet worden verkregen, dan dient de ADC-toets te worden doorlopen. Vergelijkbare verplichtingen gelden ingevolge art. 19j Nbw in het kader van de voorbereiding van een besluit tot vaststelling van een plan. Bij beoordeling van de mogelijkheid om een vergunning te verlenen of een plan vast te stellen zal dus moeten worden bezien of de ontwikkeling die in de vergunning of het plan is voorzien negatieve effecten heeft op de instandhoudingsdoelen.

Heeft de rode of grijze ontwikkeling geen invloed op een instandhoudingsdoel, dan is er geen belemmering de vergunning te verlenen of het plan vast te stellen. Is wel sprake van een negatieve invloed, dan zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een (mogelijk) significant effect. Als sprake is van een ongunstige staat van instandhouding, dan zal een nieuw negatief effect op een instandhoudingsdoel eerder tot de conclusie leiden dat sprake is van een (mogelijk) significant effect, dan in een situatie waarin de staat van instandhouding gunstig is. Bij een ongunstige staat van instandhouding in combinatie met een voortdurende neerwaartse trend zal de conclusie dat sprake is van een (mogelijk) significant effect nog eerder aan de orde zijn. Tenslotte zal nog kritischer naar een ontwikkeling worden gekeken indien sprake is van een ongunstige staat van instandhouding en een neerwaartse trend, indien geen duidelijkheid bestaat over het uiteindelijk kunnen behalen van instandhoudingsdoelen en het realiseren van een gunstige staat van instandhouding.

Gelet op het voorgaande is het tenminste voor wat betreft de ANT-soorten zeer de vraag of in het licht van de Habitatrictlijn en de Nbw aanvaardbaar is dat een natuurmaatregel pas na een rode/grijze ontwikkeling wordt genomen indien dit leidt tot een achteruitgang voor deze soorten. De reden is dan daarin gelegen dat in die situatie naar alle waarschijnlijkheid niet kan worden onderbouwd dat de natuurlijke kenmerken bij verdere achteruitgang niet (verder) worden aangetast. Deze discussie speelt uiteraard niet indien kan worden aangetoond dat als gevolg van gelijktijdig of eerder getroffen natuurmaatregelen geen achteruitgang optreedt. Dit veronderstelt echter dat natuurmaatregelen reeds een aantoonbaar effect hebben.²⁴ Omdat in die situatie natuurmaatregelen nodig zijn om de rode of grijze ontwikkeling mogelijk te maken, is mede van belang dat kan worden onderbouwd dat met het benutten van de ontstane ontwikkelingsruimte toch het behalen van de instandhoudingsdoelen op een redelijke termijn binnen bereik ligt en de vertraging in het realiseren van deze doelen niet tot een situatie leidt dat het realiseren van deze doelen niet meer haalbaar is.²⁵

VII.5 Betekenis Voorlichting voor de uitwerking en borging van het TBES

De Voorlichting van de Raad van State bevat een aantal aandachtspunten die voor de wijze waarop de randvoorwaarden voor het TBES in het kader van RRAAM worden uitgewerkt en geborgd, van belang zijn. Ook het advies van de Commissie m.e.r. over de PAS biedt relevante aanknopingspunten voor de verdere uitwerking van RRAAM.²⁶ Onderstaand zijn enkele door de Raad van State geformuleerde aandachtspunten met betrekking tot fasering – borging – en monitoring samengevat. Deze sluiten op hoofdlijnen aan bij de juridische strategie. Op een enkel punt is de specifieke context van de PAS afwijkend van de fase waarin RRAAM verkeert en is de opvatting van de Raad van State om die reden niet één-op-één te vertalen naar RRAAM.

²⁴ Zie echter de alternatieve aanpak in het advies van de Commissie m.e.r. die eerder in deze paragraaf is besproken.

²⁵ ABRvS 7 december 2011, 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1

²⁶ Programmatische aanpak stikstof (PAS), Advies van de Commissie m.e.r., 12 juli 2012 (rapportnummer 2540-168).

a) *Tijdpad en onderbouwing realiseren 'gunstige staat'*

Samenvatting Voorlichting Raad van State

De Habitatrichtlijn bevat geen termijn waarbinnen een gunstige staat van instandhouding moet zijn verwezenlijkt. Het beginsel van loyale samenwerking (art. 4, derde lid, Verdrag van de Europese Unie) brengt echter met zich dat de lidstaten ernaar moeten streven om dit resultaat zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk te bereiken.²⁷

Enige vertraging bij het behalen van de instandhoudingsdoelen (als gevolg van het inzetten van 'ontwikkelruimte' voor economische ontwikkelingen, lijkt volgens de Raad van State niet in strijd met de Habitatrichtlijn.²⁸ Echter, de programmatische aanpak mag niet leiden tot een zodanige vertraging in de uitvoering van de passende en noodzakelijke maatregelen, dat het binnen afzienbare termijn behalen van de instandhoudingsdoelen illusoir wordt.²⁹

Het feit dat een deel van de effecten van de te treffen maatregelen niet beschikbaar komt voor herstel van de natuurlijke kwaliteit maar voor de verwezenlijking van nieuwe ontwikkelingen, noodzaakt tot een goede ecologische onderbouwing van het tijdpad waarbinnen de instandhoudingsdoelen worden bereikt³⁰, waarbij hoge wetenschappelijke kwaliteitseisen gelden voor de [opm. AF: in het kader van de PAS] gebiedsanalyses en de herstelstrategieën. Daaruit moet blijken hoe de gesteldheid van de habitats is en welke mate van vertraging in de uitvoering van behoud- of herstelmaatregelen zij kunnen verdragen. Voorts moet worden gemotiveerd dat de termijn waarop wordt ingezet om de instandhoudingsdoelen te halen een redelijke is, mede gelet op art. 2, derde lid, Habitatrichtlijn, en dat de PAS niet leidt tot een onevenredige vertraging of frustratie van het halen van de instandhoudingsdoelen.³¹

Uit de Voorlichting van de Raad van State vloeit voort dat niet alleen de fasering, maar ook het tijdpad dat bij deze fasering behoort, ecologische dient te worden onderbouwd. In vervolgonderzoek in het kader van RRAAM dient dit aspect te worden meegenomen.

b) *Operationaliseren 'gunstige staat'*

Samenvatting Voorlichting Raad van State

De Raad van State wijst er in de Voorlichting op dat alleen als duidelijk is wat een gunstige staat van instandhouding van een habitatype of een soort op landelijk niveau concreet inhoudt, een redelijke inschatting kan worden gemaakt van de termijn die nodig is om de instandhoudingsdoelen te bereiken.³²

²⁷ Voorlichting, p. 18.

²⁸ Dit wordt beoordeeld in het licht van art. 6, eerste lid, Habitatrichtlijn in samenhang met art. 2, derde lid Habitatrichtlijn.

²⁹ Voorlichting, p. 19.

³⁰ Zie daarover ook: Programmatische aanpak stikstof (PAS), Advies van de Commissie m.e.r., 12 juli 2012 (rapportnummer 2540-168).

³¹ Voorlichting, p. 19. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de Raad van State nog aangeeft dat een ecologische onderbouwing nog meer klemmt ingeval van verbeterdoelen of prioritaire soorten (p. 19/20). Daarvan is in het gebied Markermeer & IJmeer geen sprake.

³² Voorlichting, p. 20.

c) Fasering

Samenvatting Voorlichting Raad van State

De Raad van State acht van belang dat bij een gefaseerde uitvoering van de maatregelen ook een gefaseerde uitgifte van de ontwikkelingsruimte plaatsvindt. Beleidsregels over de toedeling van de ontwikkelingsruimte kunnen daarbij een hulpmiddel zijn.³³

De Raad van State merkt verder op dat een geleidelijke toedeling van de ontwikkelingsruimte van belang is om de te treffen maatregelen, die in de loop van de PAS-periode effect krijgen, als mitigerende maatregelen te kunnen duiden. Een geleidelijke uitgifte van ontwikkelingsruimte biedt tevens ruimte voor tijdige en effectieve bijsturing waardoor het bereiken van de resultaten met de PAS voldoende verzekerd is, ook als bepaalde positieve effecten uitblijven.³⁴

Gefaseerde uitgifte van ontwikkelruimte vormt een onderdeel van de als-dan-benadering in de juridische strategie voor RRAAM. Voor de verdere uitwerking van RRAAM is van belang op welke wijze ontwikkelingsruimte zal worden toebedeeld³⁵. Anders dan bij de PAS is er uit hoofde van de Nbw geen regie op de verdeling van ontwikkelingsruimte. Op dit onderwerp wordt nader ingegaan in paragraaf VIII.

d) Borging

Samenvatting Voorlichting Raad van State

De Raad van State acht van belang dat de geleidelijke uitgifte van ontwikkelingsruimte wordt gewaarborgd.³⁶

De uitvoering van mitigerende maatregelen wordt in de huidige vergunningverlening verzekerd door de uitvoering daarvan als voorwaarde aan het toestemmingsbesluit te verbinden. Dat zal niet mogelijk zijn bij projecten die met een beroep op de ontwikkelingsruimte uit de PAS worden toegestaan. Gelet op het vereiste dat uit de passende beoordeling de zekerheid moet zijn verkregen dat een project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zal aantasten, zal de uitvoering van de in de PAS opgenomen maatregelen moeten zijn verzekerd voordat de PAS in werking treedt en ontwikkelingsruimte kan worden toegedeeld.³⁷

Het moment en de mate van borging waar de Raad van State naar verwijst houdt verband met de status van de PAS. De PAS heeft de status van een passende beoordeling, en is tevens een instrument waarmee ontwikkelruimte wordt bepaald.³⁸ Dat is niet het geval bij TBES en RRAAM. De rijksstructuurvisie voor RRAAM vormt een eerste stap in de keten van besluiten. Zoals in de juridische

³³ Voorlichting, p. 7.

³⁴ Voorlichting, p. 27.

³⁵ In de notitie 'Een interpretatie van de voorlichting van de Raad van State over de PAS met betrekking tot het TBES' wordt ingegaan op de verdeling van ontwikkelruimte. Opmerking verdient dat de bevindingen van de Raad van State specifiek betrekking hebben op het wettelijk kader van de PAS, waarin de verdeling van ontwikkelruimte is geregeld. De opmerkingen over de bevoegdheid tot verdeling van ontwikkelruimte zien dan ook alleen op de wettelijke regeling van de PAS in de Nbw. Aan de opmerkingen van de Raad van State kunnen dan ook, voor de verdeling van ontwikkelruimte buiten het kader van de Nbw, geen conclusies worden verbonden.

³⁶ Voorlichting, p. 27.

³⁷ Voorlichting, p. 27.

³⁸ Zie de overwegingen van de Raad van State op p. 6 en p. 16 van de Voorlichting.

strategie is aangegeven is borging van maatregelen op het moment van vaststelling van de rijksstructuurvisie nog niet vereist maar is dit wel een belangrijke voorwaarde bij verdere besluitvorming. Ten tijde van de vaststelling van de structuurvisie dient inzichtelijk te worden gemaakt op welke wijze borging wordt beoogd alsmede dat deze aanpak voldoende realiteitswaarde heeft c.q. op medewerking van andere bevoegde overheden of particuliere organisaties kan steunen. In de vervolgbesluitvorming moet wel worden geborgd dat de natuurmaatregelen (tijdig) worden uitgevoerd.

Op grond van de Nbw zijn betrokken overheden verplicht om uitvoering te geven aan de PAS. Bij de borging van TBES zal gebruik moeten worden gemaakt van andere instrumenten, zoals bestuurlijke afspraken, convenanten, vergunningvoorwaarden, voorwaardelijke verplichtingen in bestemmingsplannen, etc. Verwezen wordt naar het advies over de juridische strategie d.d. 31 augustus 2011.

e) Monitoring

Samenvatting Voorlichting Raad van State

Monitoring van de relevante ontwikkelingen is onontbeerlijk om te kunnen beoordelen of de beoogde doelen van de programmatische aanpak in de praktijk worden behaald en de randvoorwaarden van art. 6 Habitatrictlijn in acht worden genomen.³⁹

In aanvulling op de Voorlichting van de Raad van State is het van belang te wijzen op het advies van de Commissie m.e.r. over de PAS. De Commissie m.e.r. merkt op dat inzichtelijk moet worden gemaakt wat de consequenties van monitoringsresultaten zijn en welke maatregelen er achter de hand zijn als mocht blijken dat de verwachte effectiviteit van maatregelen achterblijft bij de verwachtingen of welke consequenties dit heeft voor beoogde economische ontwikkelingen.⁴⁰

De voormelde aandachtspunten leiden niet tot nieuwe of andere aandachtspunten voor de fasering en borging van de maatregelen in het kader van RRAAM. De Raad van State preciseert wel op een aantal punten aan welke eisen de nadere uitwerking van fasering – borging – monitoring moet voldoen. In de samenvatting bij dit onderdeel zijn deze eisen nog eens opgesomd. Verder is in het kader van de richtlijnverplichtingen en de Nbw van belang dat de nadere uitwerking (fasering, volgorde van maatregelen, borging, monitoringsonderzoeken, het omgaan met monitoringsresultaten) steeds in de context van de instandhoudingsdoelen en het realiseren van een gunstige staat van instandhouding worden geplaatst. In het PAS-traject spitst de kritiek van de Raad van State zich toe op het ontbreken van deze informatie. Dit aandachtspunt kan worden meegenomen bij de verdere uitwerking van RRAAM.

VIII Vervolgtraject

Uit de in de paragrafen VII.3 tot en met VII.5 besproken Voorlichting, jurisprudentie en adviezen en onderzoeksrapporten komen belangrijke aandachtspunten naar voren die in de volgende fase(n) van RRAAM van belang zijn. In de samenvatting bij onderdeel B zijn deze aandachtspunten weergegeven. Voor een belangrijk deel sluiten deze punten reeds aan bij de juridische strategie. Een aantal conclusies van de Raad van State verdient echter in aanvulling op de juridische strategie vermelding omdat deze in het vervolgtraject van RRAAM een rol gaan spelen.

³⁹ Voorlichting, p. 7.

⁴⁰ Programmatische aanpak stikstof (PAS), Advies van de Commissie m.e.r. 12 juli 2012 (rapportnummer 2540-168, p. 16.

Voor de uitvoerbaarheidstoets ten behoeve van de rijksstructuurvisie moeten, mede op basis van de effectbeoordeling en de aanzet tot fasering uit het werkdocument PB, een aantal aspecten nader worden uitgewerkt. Allereerst dient te worden vastgesteld of de te realiseren instandhoudingsdoelen thans reeds voldoende operationeel zijn om in het licht daarvan de fasering nader uit te werken. Waar nodig dient verdere operationalisering plaats te vinden om vervolgens de fasering, de mogelijkheid van uitgifte van ontwikkelruimte en de haalbaarheid van instandhoudingsdoelen nader te kunnen onderbouwen.

Een andere door de Raad van State in de Voorlichting over de PAS geformuleerde randvoorwaarde voor nadere uitwerking betreft de noodzaak om ook het beoogde tijdpad van een ecologische onderbouwing te voorzien. Deze onderbouwing is nodig om inzicht te krijgen in de consequenties van vertraging in het realiseren van de instandhoudingsdoelen, als gevolg van het uitgeven van ontwikkelruimte. Beoordeeld moet worden of en in hoeverre de vertraging ertoe kan leiden dat het realiseren van de instandhoudingsdoelen in gevaar kan komen, onmogelijk wordt of niet meer binnen een redelijke termijn kan plaatsvinden. In de rijksstructuurvisie zal dit tijdpad echter nog slechts op hoofdlijnen of wellicht slechts op onderdelen bekend zijn. Dat betekent dat nadere uitwerking op dit punt nog niet (of tenminste niet volledig) in deze fase kan plaatsvinden. Er dient echter wel op hoofdlijnen inzicht te worden verschaft in de gevolgen voor het systeem van het Markermeer & IJmeer. Bij de verdere uitwerking van het werkdocument PB is dit een punt van aandacht.

Van doorslaggevend belang voor het slagen van het RRAAM-programma is een goede regie op de (tijdige) uitvoering van TBES-maatregelen, de uitgifte van ontwikkelruimte, het monitoren van effecten van natuurmaatregelen en het eventueel bijsturen van de fasering of de maatregelen indien de staat van het Markermeer & IJmeer dat noodzakelijk maakt. Anders dan bij de PAS bestaat voor programma's als RRAAM geen wettelijk kader waaruit volgt op welke wijze en door welk orgaan ontwikkelruimte wordt uitgegeven. Voor de rode, grijze en groene (TBES) ontwikkelingen zijn er verschillende bevoegde bestuursorganen. Een goede coördinatie en heldere bestuurlijke afspraken over de hiervoor genoemde aspecten zijn cruciaal voor de uitvoering van het RRAAM-programma. Op voorhand lijkt daarbij binnen de kaders van bestuurlijke samenwerking een regierol voor de rijksoverheid als eindverantwoordelijke voor de uitvoering van Natura 2000-maatregelen en als beheerder van het Markermeer & IJmeer in de rede te liggen.

Eindhoven, 27 augustus 2012
Prof. mr. A.A. Freriks