

de stofzuigers van de concurrent een onjuist beeld geeft van het werkelijke energie-verbruik omdat zij zijn voorzien van een stofzak waarvan de poriën met stof verstopt raken naarmate de stofzuiger wordt gebruikt, waardoor de motor in de praktijk een hoger vermogen moet ontwikkelen (en dus meer energie zal verbruiken). De stofzuigers van Dyson werken met een ander systeem waardoor het gebruik geen enkele invloed zou hebben (ik ga geen reclame maken (!)) op het vermogen dat de motor dient te ontwikkelen. Door op de stofzuiger geen informatie te geven over de omstandigheden waaronder de stofzuiger is getest, zou de concurrent zich schuldig maken aan oneerlijke handelsreclame, in jargon: door gebruik te maken van een “misleidende omissie”.

Een en ander lijkt op de kwesties die rezen in *dieselgate*, maar er zijn interessante verschillen.

In de eerste plaats is er geen sprake van gesjoemel: er is (of lijkt in elk geval) geen sprake te zijn van verborgen elektronica die bedoeld is om onder testomstandigheden een gunstiger verbruik te behalen. Het gaat hier echt om de test zelf. Deze geeft wel een beeld, maar kennelijk alleen van het verbruik van een stofzuiger-met-een-lege-stofzak. Het tweede belangrijke verschil is dat er hier sprake is (of althans, dat stelt Dyson) van verschillende soorten apparaten die zich in de praktijk qua energieverbruik heel anders zouden gedragen. Ook daarin verschilt de zaak van *dieselgate*, omdat daar, afgezien van de sjoemelsoftware, voor alle auto's wel duidelijk was dat het praktijkgebruik in de praktijk op min of meer dezelfde manier afweek van het gebruik onder testomstandigheden (zie de al gememoreerde, vóór *dieselgate* gewezen uitspraak van de Rechtbank Utrecht). Juist daarom was het beroep op oneerlijke handelsreclame vindingrijk en (wat mij betreft) niet op voorhand kansloos. De Belgische rechter kwam er in elk geval niet uit en stelde het Hof pre-judiciële vragen.

Het Hof maakt er werk van en komt (helaas) tot de conclusie dat van een misleidende omissie geen sprake is.

In de kern komt de argumentatie hierop neer dat voor zover Dyson betoogt dat er informatie aan het etiket zou moeten worden toegevoegd, dit afbreuk zou doen aan de beoogde eenvormigheid van het stelsel van energie-etiketten. Hier kon ik nog wel in komen.

Minder overtuigend vond ik de passage waarin het Hof probeert uit te leggen dat deze informatie ook niet op een *andere* plaats vermeld had moeten worden. Dat was mogelijk wél verplicht geweest als het zou gaan om voor de gemiddelde consument essentiële informatie, maar in twee wat mij betreft onnavolgbare overwegingen (r.o. 43 en 44) stelt het Hof dat daar geen sprake van is. Lees ik het goed dan zegt het Hof dat deze informatie niet op een andere plaats hoeft te staan omdat... het niet op het etiket hoeft te staan. Maar dit was toch juridisch gezien een andere kwestie? Bovendien, als gemiddelde consument die een zomer lang puffend en zwetend heeft moeten lijden onder de gevolgen

van klimaatverandering, zou in elk geval voor mij deze informatie behoorlijk essentieel zijn geweest!

Maar ja, misschien ben ik ook wel geen gemiddelde consument en ik ben in elk geval geen expert op dit rechtsgebied, dus het zal wel, en als gezegd, het Hof heeft er duidelijk werk van gemaakt, dus de wetgever is hiermee (net als bij *dieselgate*) aan zet.

In het tweede deel van het arrest krijgt Dyson overigens deels en in potentie nog gelijk (de Belgische rechter moet daarover nog het feitelijke/finale oordeel geven) dat het gebruik van allerlei *andere* “wilde” labels naast het officiële energie-etiket mogelijk wel zou kunnen leiden tot misleiding of verwarring bij de eindgebruikers over het energieverbruik. Maar dat zal niet het belangrijkste doel van de procedure zijn geweest...

Bart Arentz

---

## M en R 2018/105

Hof van Justitie van de Europese Unie 25 juli 2018, nr. C-164/17 (Ilešič, Rosas, Toader, Prechal, Jarašiūnas) m.nt. M.M. Kaajan

(Art. 6, lid 3 en 4 Habitatrichtlijn; art. 2.8 Wnb)

AB 2018/359  
ECLI:EU:C:2018:593  
ECLI:EU:C:2018:274

### Compensatie of mitigatie

49 *Zoals de advocaat-generaal in de punten 71 e.v. van zijn conclusie heeft opgemerkt, verschillen de omstandigheden van het hoofdgeding weliswaar van die welke hebben geleid tot de arresten van 15 mei 2014, Briels e.a. (C 521/12, EU:C:2014:330), en 21 juli 2016, Orleans e.a. (C 387/15 en C 388/15, EU:C:2016:583), maar zijn zij vergelijkbaar in die zin dat zij bij de beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied uitgaan van dezelfde veronderstelling dat de toekomstige voordelen de gevolgen van het windmolenpark voor dat gebied zullen wegnemen, hoewel deze voordelen ook niet zeker zijn. De lering uit deze arresten kan dus worden toegepast in omstandigheden als die van het hoofdgeding.*

50 *In dit verband heeft het Hof reeds verklaard dat maatregelen die in een project zijn opgenomen om de schadelijke gevolgen van dit project te compenseren, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de gevolgen van dit project als bedoeld in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn (arresten van 15 mei 2014, Briels e.a., C 521/12, EU:C:2014:330, punt 29, en 21 juli 2016, Orleans e.a., C 387/15 en C 388/15, EU:C:2016:583, punt 48).*

51 Alleen wanneer er voldoende zekerheid is dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten, kan een dergelijke maatregel bij de passende beoordeling in aanmerking worden genomen (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Commissie/Duitsland, C 142/16, EU:C:2017:301, punt 38).

52 In het algemeen zijn de eventuele positieve gevolgen van het later ontwikkelen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd, echter moeilijk te voorspellen of pas later zichtbaar (zie in die zin arrest van 21 juli 2016, Orleans e.a., C 387/15 en C 388/15, EU:C:2016:583, punten 52 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Benadrukt moet worden dat het niet het feit is dat de habitat in het hoofdgeding voortdurend wijzigt en dat dit gebied een „dynamisch” beheer vergt, dat voor onzekerheid zorgt. Deze onzekerheid vloeit daarentegen voort uit de vaststelling dat er sprake is van een vaststaande of mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied als habitat- en foerageergebied, en dus van een van de bepalende kenmerken van dit gebied, en uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met uit de vaststelling van maatregelen voortkomende toekomstige voordelen die, op het moment van de beoordeling, louter potentieel zijn aangezien deze maatregelen nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming voor het betrokken project hebben verleend.

ARREST VAN HET HOF [...]

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Supreme Court (hoogste rechter, Ierland) bij beslissing van 20 maart 2017, ingekomen bij het Hof op 3 april 2017, in de procedure Edel Grace,

Peter Sweetman

tegen

An Bord Pleanála,

[...]

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

[...]

het navolgende

### Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PB 1992, L 206, blz. 7; hierna: „habitatrichtlijn”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Edel Grace en Peter Sweetman enerzijds en An

Bord Pleanála (nationale beroepsinstantie voor ruimtelijke ordening, Ierland; hierna: „An Bord”) anderzijds over de beslissing van deze instantie om ESB Wind Developments Ltd en Coillte een vergunning te verlenen voor een project voor een windmolenpark in een speciale beschermingszone, die als zodanig is aangewezen omdat het de natuurlijke habitat van een beschermde soort omvat.

### Toepasselijke bepalingen

#### Unierecht

##### Vogelrichtlijn

3 Overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (PB 2010, L 20, blz. 7; hierna: „vogelrichtlijn”) heeft deze richtlijn betrekking op de instandhouding van alle natuurlijk in het wild levende vogelsoorten op het Europese grondgebied van de lidstaten waarop het VWEU van toepassing is. Zij betreft de bescherming, het beheer en de regulering van deze soorten en stelt regels voor de exploitatie daarvan.

4 Artikel 4 van deze richtlijn luidt als volgt:

„1. Voor de leefgebieden van de in bijlage I vermelde soorten worden speciale beschermingsmaatregelen getroffen, opdat deze soorten daar waar zij nu voorkomen, kunnen voortbestaan en zich kunnen voortplanten.

In dat verband wordt gelet op:

- a) soorten die dreigen uit te sterven;
- b) soorten die gevoelig zijn voor bepaalde wijzigingen van het leefgebied;
- c) soorten die als zeldzaam worden beschouwd omdat hun populatie zwak is of omdat zij slechts plaatselijk voorkomen;
- d) andere soorten die vanwege de specifieke kenmerken van hun leefgebied speciale aandacht verdienen.

Bij de beoordeling wordt rekening gehouden met de tendensen en de schommelingen van het populatiepeil.

De lidstaten wijzen met name de naar aantal en oppervlakte voor de instandhouding van deze soorten meest geschikte gebieden als speciale beschermingszones aan, waarbij rekening wordt gehouden met de bescherming die deze soorten in de geografische zee- en landzone waar deze richtlijn van toepassing is, behoeven.

[...]

4. De lidstaten nemen passende maatregelen om vervuiling en verslechtering van de leefgebieden in de in de leden 1 en 2 bedoelde beschermingszones te voorkomen, alsmede om te voorkomen dat de vogels aldaar worden gestoord, voor zover deze vervuiling, verslechtering en storing, gelet op de doelstellingen van dit artikel, van wezenlijke invloed zijn. Ook buiten deze beschermingszones zetten de lidstaten zich in om vervuiling en verslechtering van de leefgebieden te voorkomen.”

5 De blauwe kiekendief (*Circus cyaneus*) is een van de in bijlage I bij die richtlijn vermelde soorten.

## *Habitatrichtlijn*

6 In de tiende overweging van de habitatrichtlijn staat te lezen:

„Overwegende dat elk plan of programma dat een significant effect kan hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van een aangewezen gebied of een gebied dat in de toekomst aangewezen zal zijn, op passende wijze moet worden beoordeeld.”

7 Artikel 2 van deze richtlijn bepaalt:

1. Deze richtlijn heeft tot doel bij te dragen tot het waarborgen van de biologische diversiteit door het in stand houden van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied van de lidstaten waarop het [VWEU] van toepassing is.
2. De op grond van deze richtlijn genomen maatregelen beogen de natuurlijke habitats en de wilde dieren plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen.
3. In de op grond van deze richtlijn genomen maatregelen wordt rekening gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, en met de regionale en lokale bijzonderheden.”

8 Artikel 6 van die richtlijn luidt:

1. De lidstaten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.
2. De lidstaten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben.
3. Voor elk plan of project 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, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4,

geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.

4. Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de lidstaat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De lidstaat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.”

9 Overeenkomstig artikel 7 van de habitatrichtlijn zijn de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, leden 2 tot en met 4, van toepassing op de speciale beschermingszones (hierna: „SBZ”) in de zin van de vogelrichtlijn.

## *Hoofdgeding en prejudiciële vraag*

10 Het hoofdgeding betreft een project voor een windmolenpark in de SBZ Slieve Felim to Silvermines Mountains (respectievelijk in de graafschappen Limerick en Tipperary, Ierland) dat gezamenlijk door Coillte – een bosbouwbedrijf in overheidshanden – en ESB Wind Developments zou worden ontwikkeld en geëxploiteerd (hierna: „betrokken project”).

11 Dit gebied is aangewezen als SBZ in de zin van artikel 4, lid 1, punt 4, van de vogelrichtlijn omdat het de natuurlijke habitat omvat van een in bijlage I bij die richtlijn genoemde vogelsoort, namelijk de blauwe kiekendief. Dit gebied van 20 935 hectare bestaat onder meer uit braakliggende veengronden en heidevelden en 12 078 hectare bos. Het gehele gebied is vanwege zijn kenmerken potentieel geschikt als habitat voor deze soort.

12 Volgens de verwijzende rechter zal het betrokken project 832 hectare van de SBZ beslaan, hoofdzakelijk bedekt met aangeplante naaldbomen van de eerste en de tweede generatie, alsmede met braakliggende veen- en heidegebieden. Voor de bouw van 16 windmolens en de omliggende infrastructuur zouden de bomen op elke windmolenlocatie moeten worden geveld. Volgens een schatting gaat het om een oppervlakte van 41,7 hectare. Het project zou leiden tot de permanente vernietiging van 9 hectare habitat – hetgeen overeenkomt met de gebieden waarop de installaties zouden worden gebouwd – alsmede tot de tijdelijk vernietiging van 1,7 hectare habitat die wordt gebruikt voor de aanleg van tijdelijke bezinkingsbekkens. Er van uitgaande dat deze foeragerende vogels niet binnen een

omtrek van 250 meter rond een windmolen zullen komen, geeft de verwijzende rechter aan dat het totale verlies aan foerageergebied hierdoor 162,7 hectare zou kunnen bedragen.

13 Voor het betrokken project bestaat er een beheerplan van soorten en habitats (hierna: „beheerplan”). Dit plan, dat over een periode van vijf jaar moet worden uitgevoerd, omvat maatregelen om de potentiële effecten van het windmolenpark op het foerageergebied van de blauwe kiekendief af te zwakken. Ten eerste moeten volgens het beheerplan drie momenteel beplante zones, met een totale oppervlakte van 41,2 hectare – waarvan 14,2 hectare binnen een omtrek van 250 meter rond een windmolen – opnieuw worden omgevormd tot braakliggend veen. Ten tweede moet tijdens de ontwikkelingsfase van het betrokken project 137,3 hectare tweede-generatiebos aan „receptief” beheer worden onderworpen, waarbij het huidige bos met een gesloten kroonlaag zal worden gekapt en vervangen om te zorgen voor 137,3 hectare bos met een permanent open kroonlaag, dat een geschikt foerageergebied biedt voor de blauwe kiekendief en een ecologische corridor tussen twee open veengebieden. Deze kap moet gefaseerd plaatsvinden vanaf een jaar vóór de aanvang van de bouw. Ten derde moeten de bouwwerkzaamheden in het algemeen worden beperkt tot periodes buiten het voornaamste broedseizoen van de blauwe kiekendief.

14 Bij besluit van 22 juli 2014 heeft An Bord besloten toestemming te verlenen voor het betrokken project op grond van het feit dat het de natuurlijke kenmerken van de SBZ niet aantast.

15 Grace en Sweetman hebben tegen het besluit van An Bord beroep ingesteld bij de High Court (rechter in eerste aanleg, Ierland). Bij beslissingen van 1 oktober en 4 december 2015 heeft deze rechterlijke instantie hun beroep verworpen en het besluit van An Bord bevestigd.

16 Bij beslissing van 26 februari 2016 is aan Grace en Sweetman de toestemming verleend om tegen deze beslissing hoger beroep in te stellen bij de verwijzende rechter, de Supreme Court (hoogste rechter, Ierland). Bij arrest van 24 februari 2017 heeft deze rechter definitief uitspraak gedaan over twee van de drie ter ondersteuning van het hoger beroep aangevoerde middelen. Het eindresultaat van het hoger beroep hangt evenwel af van de uitlegging van artikel 6, leden 3 en 4, van de habitatrichtlijn.

17 Volgens Grace en Sweetman had An Bord moeten vaststellen dat het betrokken project en het bijbehorende beheerplan compenserende maatregelen behelsden, zodat de beoordeling had moeten worden verricht met inachtneming van de criteria van artikel 6, lid 4, van die richtlijn.

18 An Bord en interveniënten in het hoofdgeding betogen dat bij de beoordeling of het project de natuurlijke kenmerken van de SBZ kan aantasten in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, rekening moet worden gehouden met het feit dat geen enkel deel van het beboste gedeelte van het gebied permanent een geschikte habitat zal blijven.

19 In dit verband geeft de verwijzende rechter aan dat de blauwe kiekendief een vogel is die voornamelijk in open

landschappen leeft en die uitgestrekte gebieden nodig heeft die geschikt zijn grond om te foerageren. Broeden daarentegen is minder afhankelijk van deze factor, aangezien het in een kleiner geografisch gebied en in verscheidene habitattypes kan plaatsvinden. Bovendien is de afname van de populatie van de beschermde soort meer te wijten aan de mogelijke achteruitgang van het foerageergebied dan van het broedgebied. Deze rechterlijke instantie stelt dat, hoewel braakliggend veen en heide in het algemeen als de voornaamste habitat van de blauwe kiekendief werden beschouwd, met de toename van commerciële bosbouw is vastgesteld dat aanplantingen van jonge naaldbomen op veen de blauwe kiekendief de mogelijkheid bieden om daar te foerageren. Uit deze overwegingen volgt echter dat een bos dat niet is uitgedund of gekapt maar gewoon kan volgroeien waardoor een gesloten kroonlaag ontstaat, geen geschikt foerageergebied biedt.

20 Uit het bij het Hof overgelegde dossier blijkt dat een gemiddelde cyclus in de commerciële bosbouw 40 jaar bedraagt en twee fases omvat. De delen van het gebied waarvan de aanplantingen aan het einde van de eerste fase zijn volgroeid en die daarom een gesloten kroonlaag hebben, worden geveld. Daarna volgt een herbeplantingsfase, waarbij opnieuw een gebiedsdeel met een open kroonlaag ontstaat, hetgeen gunstig is voor het foerageren van de blauwe kiekendief. Als gevolg daarvan is het foerageergebied van deze soort in de SBZ voortdurend in beweging en afhankelijk van deze fases van het bosbeheer. Een verzuim om de bosaanplanting actief te beheren zou op zichzelf leiden tot verlies van foerageerhabitat voor de blauwe kiekendief, door de geleidelijke verdwijning van gebiedsdelen met open kroonlaag. Volgens de beschikbare studies zou de populatie van de beschermde soort inderdaad toe- of afnemen afhankelijk van de aanwezigheid van bossen met open kroonlaag. In casu zou het aandeel van bossen met een open kroonlaag geleidelijk afnemen van 14 % van het totale bosareaal in de jaren tussen 2014 en 2018 tot een niveau van 8 % in de jaren tussen 2024 en 2028.

21 Volgens de verwijzende rechter staat het aan hem om te beoordelen of An Bord ten onrechte van mening was dat het betrokken project en het beheerplan mitigerende maatregelen behelsden die An Bord in staat stelden zijn beoordeling enkel op grond van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn te verrichten.

22 In dit verband vraagt deze rechter zich af of deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat de maatregelen die in het beheerplan bij het betrokken project worden voorgesteld om ervoor te zorgen dat de totale oppervlakte geschikte habitat niet wordt verminderd en zelfs kan toenemen, in casu als mitigerende maatregelen kunnen worden aangemerkt, dan wel als compenserende maatregelen in de zin van artikel 6, lid 4, van de habitatrichtlijn moeten worden aangemerkt.

23 Gelet op bovenstaande overwegingen heeft de Supreme Court de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over volgende vraag:



## „Mogen, in een geval waarin

- a) een beschermd gebied als wezenlijk doel heeft habitat te bieden aan een specifieke soort,
- b) de aard van de habitat die voor die soort geschikt is, impliceert dat het geschikte gedeelte van het gebied noodzakelijkerwijze zal wijzigen in de loop der tijd, en
- c) in het kader van een voorgesteld project een beheerplan voor het gehele gebied moet worden opgesteld (dat ook wijzigingen omvat in het beheer van gebiedsdelen waarop het project niet rechtstreeks betrekking heeft) dat ertoe strekt te waarborgen dat de omvang van het gebied dat geschikt is om als de hierboven beschreven habitat te fungeren, op geen enkel moment wordt verminderd en zelfs kan toenemen, maar
- d) een gedeelte van het gebied tijdens de duur van het project geen geschikte habitat zal kunnen bieden, maatregelen als genoemd onder c) als mitigerende maatregelen worden aangemerkt?”

### Beantwoording van de prejudiciële vraag

24 Om te beginnen zij erop gewezen dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag weliswaar geen enkele verwijzing naar bepalingen van Unierecht bevat, maar dat deze vraag, die moet worden gelezen in het licht van de verduidelijkingen in de verwijzingsbeslissing, betrekking heeft op de uitlegging van artikel 6, leden 3 en 4, van de habitatrichtlijn.

25 Wat vervolgens de bewoordingen van de gestelde vraag betreft, moet worden opgemerkt dat in artikel 6 van die richtlijn geen sprake is van enigerlei „mitigerende maatregelen” (arresten van 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 57, en 12 april 2018, *People Over Wind en Sweetman*, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 25).

26 In dit verband heeft het Hof reeds verklaard dat de nuttige werking van de in artikel 6 van de habitatrichtlijn genoemde beschermingsmaatregelen erin bestaat te voorkomen dat de bevoegde nationale instantie via zogenoemde mitigerende maatregelen, die in werkelijkheid compenserende maatregelen zijn, de in dit artikel vastgelegde specifieke procedures omzeilt en krachtens lid 3 van dat artikel projecten toestaat die de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied aantasten (arrest van 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 Voor wat betreft de speciale beschermingszones komen, ten slotte, de uit artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn voortvloeiende verplichtingen overeenkomstig artikel 7 van deze richtlijn in de plaats van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 4, lid 4, eerste zin, van de vogelrichtlijn vanaf de datum van aanwijzing overeenkomstig de vogelrichtlijn indien deze datum na de datum van toepassing van de habitatrichtlijn valt [arrest van 17 april 2018, *Commissie/ Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

28 Bijgevolg moet worden begrepen dat de verwijzende rechter met zijn vraag in wezen wenst te vernemen

of artikel 6 van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat, wanneer een project zou moeten worden uitgevoerd in een voor de bescherming en het behoud van soorten aangewezen gebied, waarvan de omvang die geschikt is om te voldoen aan de behoeften van een beschermde soort in de loop der tijd wijzigt, en dit project tot gevolg zal hebben dat bepaalde delen van dat gebied tijdelijk of permanent niet langer als geschikte habitat voor de betrokken soort zullen kunnen fungeren, het feit dat dit project maatregelen omvat om ervoor te zorgen dat – na het verrichten van de passende milieueffectbeoordeling van het project en tijdens de duur van het project – het gedeelte van het gebied dat daadwerkelijk als geschikte habitat kan fungeren, niet wordt verkleind en mogelijk zelfs kan worden uitgebreid, in aanmerking kan worden genomen bij de krachtens lid 3 van dat artikel te verrichten beoordeling om zich ervan te vergewissen dat het betrokken project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten, dan wel of een dergelijk feit in voorkomend geval onder lid 4 van dat artikel valt.

29 Artikel 6 van de habitatrichtlijn legt de lidstaten een reeks specifieke verplichtingen en procedures op om ervoor te zorgen dat, zoals blijkt uit artikel 2, lid 2, van die richtlijn, de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van belang voor de Unie in een gunstige staat van instandhouding worden behouden of, in voorkomend geval, hersteld, met het oog op de verwezenlijking van het algemenere doel van deze richtlijn om een hoog niveau van milieubescherming te waarborgen voor de krachtens deze richtlijn beschermde gebieden [zie in die zin arresten van 8 november 2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-243/15, EU:C:2016:838, punt 43, en 17 april 2018, *Commissie/ Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 106].

30 In dit opzicht vormen de bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn een coherent geheel in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van deze richtlijn. De leden 2 en 3 van dit artikel beogen namelijk natuurlijke habitats en soorten hetzelfde beschermingsniveau te waarborgen, terwijl lid 4 van dat artikel enkel een uitzondering vormt op de tweede volzin van lid 3 (arrest van 12 april 2018, *People Over Wind en Sweetman*, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 Volgens de tiende overweging van de habitatrichtlijn moet elk plan of programma dat een significant effect kan hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van een aangewezen gebied of een gebied dat in de toekomst aangewezen zal zijn, op passende wijze worden beoordeeld. Deze overweging komt tot uitdrukking in artikel 6, lid 3, van deze richtlijn, dat onder meer bepaalt dat voor een plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor het betrokken gebied, slechts toestemming kan worden gegeven nadat een passende beoordeling is gemaakt van de gevolgen daarvan voor het gebied (arrest van 12 april 2018, *People Over Wind en Sweetman*, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 In artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn is sprake van twee fases. In de eerste fase, bedoeld in de eerste vol-

zin van die bepaling, dienen de lidstaten een passende beoordeling te maken van de gevolgen van een plan of project voor een beschermd gebied wanneer het plan of project waarschijnlijk significante gevolgen voor dit gebied heeft. Volgens de in de tweede volzin van die bepaling bedoelde tweede fase, die volgt op die passende beoordeling, mag voor een dergelijk plan of project slechts toestemming worden verleend indien het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet aantast, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 6, lid 4, van die richtlijn (arrest van 12 april 2018, *People Over Wind en Sweetman*, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 De gestelde vraag moet in het licht van de bovenstaande overwegingen worden beantwoord.

34 In de eerste plaats is het belangrijk eraan te herinneren dat een ingreep geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied in de zin van artikel 6, lid 3, tweede zin, van de habitatrichtlijn meebrengt indien dat gebied wordt bewaard in een gunstige staat van instandhouding, hetgeen neerkomt op het duurzame behoud van de bepalende kenmerken van dat gebied die verband houden met de aanwezigheid van een type natuurlijke habitat waarvan de instandhoudingsdoelstelling rechtvaardigde dat dit gebied in de lijst van gebieden van communautair belang in de zin van die richtlijn werd opgenomen [zie in die zin arresten van 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 17 april 2018, *Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 116].

35 Overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de vogelrichtlijn houdt de aanwijzing van een gebied als SBZ voor het behoud van een soort in dat de bepalende kenmerken van de habitat in dat gebied duurzaam in stand worden gehouden, waarbij het voortbestaan van de betrokken soort en de voortplanting ervan het doel vormen dat de aanwijzing van dat gebied heeft gerechtvaardigd.

36 Zoals de verwijzende rechter en ook de advocaat-generaal in de punten 13 en 74 van zijn conclusie hebben opgemerkt, staat het in het hoofdgeding vast dat de SBZ tot doel heeft gunstige instandhoudingsvoorwaarden voor de blauwe kiekendief te behouden of te herstellen. De SBZ maakt het met name mogelijk dit doel te bereiken door de beschermde soort een habitat met een foerageergebied te bieden.

37 Wat in de tweede plaats de gevolgen van het betrokken project voor de SBZ betreft, benadrukt de verwijzende rechter dat met het beheerplan wordt beoogd garanties te bieden dat, wat het foerageergebied voor de blauwe kiekendief betreft, de omvang van het gebied op geen enkel moment wordt verminderd of zelfs kan toenemen, ook al zal een gedeelte van het gebied gedurende de ontwikkeling van het betrokken project geen geschikte habitat kunnen bieden.

38 Artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn voorziet in een beoordelingsprocedure om door middel van voorafgaande controle te waarborgen dat slechts toestemming wordt verleend voor een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het betrok-

ken gebied, maar hiervoor significante gevolgen kan hebben, indien het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten [zie in die zin arrest van 17 april 2018, *Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

39 De overeenkomstig deze bepaling verrichte beoordeling mag geen leemten vertonen en moet volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied wegnemen (zie in die zin arrest van 12 april 2018, *People Over Wind en Sweetman*, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Het feit dat de passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project voor het betrokken gebied moet worden uitgevoerd overeenkomstig deze bepaling houdt in dat, rekening houdend met de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het betrokken plan of project die afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd [zie in die zin arrest van 17 april 2018, *Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

41 Bij de verlening van toestemming voor de realisering van het project mag er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaan dat er geen schadelijke gevolgen zijn voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied [zie in die zin arrest van 17 april 2018, *Commissie/Polen (Bos van Białowieża)*, C-441/17, EU:C:2018:255, punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

42 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de verwijzende rechter ten eerste een permanent en direct verlies vaststelt van 9 hectare geschikte habitat voor de blauwe kiekendief. Ten tweede komt het bosareaal dat zou worden gekapt voor de bouw van windmolens en infrastructuur neer op een verlies van 41,7 hectare van deze habitat. Ten derde kan het gedeelte van het gebied dat niet beschikbaar is tijdens de duur van het project oplopen tot 162,7 hectare. Ten vierde is tevens van belang om rekening te houden met het feit dat de oppervlakte van het bos met open kroonlaag – een van de bepalende kenmerken van het foerageergebied van de beschermde soort – tijdens de ontwikkelingsfase van het betrokken project voortdurend afneemt.

43 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied en dat de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied in gevaar dreigt te brengen, moet worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen voor dat gebied kan hebben. Dit risico moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en -omstandigheden van het gebied waarop het plan of project betrekking heeft (zie in die zin arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.*, C-521/12, EU:C:2014:330, punt 20 en aldaar aangehaalde recht-

spraak, en 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 45).

44 Wat in de derde en laatste plaats de soorten maatregelen betreft die in het kader van het beheerplan in het betrokken project zijn opgenomen om de gevolgen van het project te verhelpen, gaat het om maatregelen om bedekkingsveen en vochtige heide te herstellen op een oppervlakte van 41,2 hectare (waarvan 14,2 hectare in een omtrek van 250 meter rond een windmolen) en voorts om maatregelen om blauwe kiekendieven en andere dieren in de omgeving tijdens de duur van het project optimale habitatgebieden te bieden, met name door op een oppervlakte van 137,3 hectare het huidige gesloten kroonlaagbos te kappen en te vervangen teneinde ervoor te zorgen dat er op termijn een open kroonlaagbos zal zijn.

45 De verwijzende rechter vestigt de aandacht op een feit dat naar zijn mening beslissend kan zijn voor de beantwoording van zijn vraag, aangezien het de omstandigheden van het hoofdgeding onderscheidt van die welke aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.* (C-521/12, EU:C:2014:330), en 21 juli 2016, *Orleans e.a.* (C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583).

46 Het beheer van de SBZ met het oog op het behoud van de natuurlijke habitat van de blauwe kiekendief is „dynamisch”, in die zin dat de voor deze habitat geschikte gebieden afhankelijk van dat beheer zowel geografisch als in de tijd wijzigen.

47 Zoals de advocaat-generaal in punt 58 van zijn conclusie opmerkt, volgt uit artikel 6, leden 3 en 4, van de habitatrichtlijn en de desbetreffende rechtspraak van het Hof dat het van belang is een onderscheid te maken tussen de in het project opgenomen beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de rechtstreeks door het project veroorzaakte schadelijke gevolgen te voorkomen of te verminderen, teneinde ervoor te zorgen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast en die onder lid 3 van dat artikel vallen, en de maatregelen die in de zin van lid 4 van dat artikel beogen de schadelijke gevolgen van het project voor een beschermd gebied te compenseren en die niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de gevolgen van dat project (zie in die zin arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.*, C-521/12, EU:C:2014:330, punten 28 en 29; 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 48, en 26 april 2017, *Commissie/Duitsland*, C-142/16, EU:C:2017:301, punten 34 en 71).

48 In casu volgt uit de vaststellingen van de verwijzende rechter dat bepaalde delen van de SBZ – mocht het betrokken project worden uitgevoerd – niet langer als geschikte habitat zouden kunnen fungeren, maar dat een beheerplan ervoor zou zorgen dat het deel van de SBZ dat als geschikte habitat kan fungeren, niet wordt verkleind en mogelijk zelfs kan worden uitgebreid.

49 Zoals de advocaat-generaal in de punten 71 e.v. van zijn conclusie heeft opgemerkt, verschillen de omstandigheden van het hoofdgeding weliswaar van die welke hebben geleid tot de arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.* (C-521/12, EU:C:2014:330), en 21 juli 2016, *Orleans e.a.* (C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583), maar zijn zij vergelijkbaar in die

zin dat zij bij de beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied uitgaan van dezelfde veronderstelling dat de toekomstige voordelen de gevolgen van het windmolenpark voor dat gebied zullen wegnemen, hoewel deze voordelen ook niet zeker zijn. De lering uit deze arresten kan dus worden toegepast in omstandigheden als die van het hoofdgeding.

50 In dit verband heeft het Hof reeds verklaard dat maatregelen die in een project zijn opgenomen om de schadelijke gevolgen van dit project te compenseren, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de gevolgen van dit project als bedoeld in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn (arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.*, C-521/12, EU:C:2014:330, punt 29, en 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 48).

51 Alleen wanneer er voldoende zekerheid is dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten, kan een dergelijke maatregel bij de passende beoordeling in aanmerking worden genomen (zie in die zin arrest van 26 april 2017, *Commissie/Duitsland*, C-142/16, EU:C:2017:301, punt 38).

52 In het algemeen zijn de eventuele positieve gevolgen van het later ontwikkelen van een nieuwe habitat waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd, echter moeilijk te voorspellen of pas later zichtbaar (zie in die zin arrest van 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punten 52 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Benadrukt moet worden dat het niet het feit is dat de habitat in het hoofdgeding voortdurend wijzigt en dat dit gebied een „dynamisch” beheer vergt, dat voor onzekerheid zorgt. Deze onzekerheid vloeit daarentegen voort uit de vaststelling dat er sprake is van een vaststaande of mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied als habitat- en foerageergebied, en dus van een van de bepalende kenmerken van dit gebied, en uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met uit de vaststelling van maatregelen voortkomende toekomstige voordelen die, op het moment van de beoordeling, louter potentieel zijn aangezien deze maatregelen nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming voor het betrokken project hebben verleend.

54 Bovenstaande overwegingen worden bevestigd door het feit dat artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn het voorzorgsbeginsel bevat en het mogelijk maakt om op efficiënte wijze te voorkomen dat de natuurlijke kenmerken van beschermde gebieden worden aangetast als gevolg van de beoogde plannen of projecten (zie in die zin arresten van 15 mei 2014, *Briels e.a.*, C-521/12, EU:C:2014:330, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55 Ten slotte moet eraan worden herinnerd dat volgens artikel 6, lid 4, van de habitatrichtlijn, indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de overeenkomstig artikel 6, lid 3, eerste zin, van deze richtlijn verrichte beoordeling, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, toch moet worden gerealiseerd om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, de betrokken lidstaat alle nodige compenserende maatregelen neemt om te waarborgen dat de „algehele samenhang van Natura 2000” bewaard blijft.

56 De bevoegde nationale instanties kunnen in een dergelijk geval dus slechts toestemming krachtens artikel 6, lid 4, van die richtlijn geven wanneer is voldaan aan de in die bepaling gestelde voorwaarden (arrest van 21 juli 2016, *Orleans e.a.*, C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Bijgevolg moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 6 van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een project zou moeten worden uitgevoerd in een voor de bescherming en het behoud van soorten aangewezen gebied, waarvan de omvang die geschikt is om te voldoen aan de behoeften van een beschermde soort in de loop der tijd wijzigt, en dit project tot gevolg zal hebben dat bepaalde delen van dat gebied tijdelijk of permanent niet langer als geschikte habitat voor de betrokken soort zullen kunnen fungeren, het feit dat dit project maatregelen omvat om ervoor te zorgen dat – na het verrichten van de passende milieueffectbeoordeling van het project en tijdens de duur van het project – het gedeelte van het gebied dat daadwerkelijk als geschikte habitat kan fungeren, niet wordt verkleind en mogelijk zelfs kan worden uitgebreid, niet in aanmerking kan worden genomen bij de krachtens lid 3 van dat artikel te verrichten beoordeling om zich ervan te vergewissen dat het betrokken project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten, maar in voorkomend geval onder lid 4 van dat artikel valt.

### Kosten

[...]

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 6 van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een project zou moeten worden uitgevoerd in een voor de bescherming en het behoud van soorten aangewezen gebied, waarvan de omvang die geschikt is om te voldoen aan de behoeften van een beschermde soort in de loop der tijd wijzigt, en dit project tot gevolg zal hebben dat bepaalde delen van dat gebied tijdelijk of permanent niet langer als geschikte habitat voor de betrokken soort zullen kunnen fungeren, het feit dat dit project maatregelen omvat om ervoor te zorgen dat – na het verrichten van de passende milieueffectbeoordeling van het project en tijdens de duur van het project – het gedeelte van het gebied dat daadwerkelijk als geschikte habitat kan fungeren, niet wordt verkleind en mogelijk zelfs kan worden uitgebreid, niet in aanmerking kan worden genomen bij de krachtens lid 3 van

dat artikel te verrichten beoordeling om zich ervan te vergewissen dat het betrokken project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten, maar in voorkomend geval onder lid 4 van dat artikel valt.

### Noot

1. Met dit arrest gaat het Hof van Justitie (“HvJ”) wederom in op het verschil tussen ‘mitigerende’ maatregelen (door het HvJ ‘beschermingsmaatregelen’ genoemd) waarvan het (positieve) effect in een passende beoordeling mag worden meegenomen, en compenserende maatregelen. De laatste maatregelen zijn pas aan de orde bij een toets aan art. 6, lid 4, Habitatrichtlijn en komen daardoor pas aan bod op het moment dat vast staat dat voor het voorgenomen project of plan geen alternatieven bestaan en een dwingende reden van groot openbaar belang het project of plan rechtvaardigt. Het arrest is daarmee een vervolg op in het bijzonder de arresten *Briels* (HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330), *Orleans* (HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583) en *Kolencentrale Moorborg* (HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301). Aan het arrest ligt de Conclusie van de A-G d.d. 19 april 2018 (ECLI:EU:C:2018:274) ten grondslag. Voor de praktijk de meest wezenlijke vraag is of het arrest nieuwe inzichten biedt, of vooral voortborduurde op deze eerdere arresten. Ik meen dat met name het laatste het geval is, zoals ik in deze noot zal toelichten. Eerst geef ik een korte samenvatting van de casus en de reeds bestaande jurisprudentie van het HvJ op dit punt.

2. In het kader van de ontwikkeling van een windpark in Ierland in een Natura 2000-gebied was vastgesteld dat als gevolg van dit nieuwe windpark foerageergebied van de blauwe kiekendief – een van de soorten waarvoor dit gebied een instandhoudingsdoelstelling kent – verloren zou gaan. Dit verlies bestond uit het vellen van bos en uit de permanente en tijdelijke vernietiging van voor de kiekendief geschikt habitat. Ook was vastgesteld dat foeragerende kiekendieven niet binnen een omtrek van 250 meter rondom een windturbine zouden komen, zodat ook in zoverre het project leidde tot verlies aan geschikt foerageergebied. Het totale verlies aan geschikt foerageergebied bedroeg daarmee 162,7 hectare. Om desondanks te kunnen concluderen dat het project, gelet op de Habitatrichtlijn, niet zou leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied, was – als onderdeel van de ontwikkeling van het windpark – voorzien in een beheersplan waarmee de potentiële effecten op het foerageergebied van de blauwe kiekendief zouden worden afgezwakt. Zo zou een aanzienlijk gebied (41,2 hectare) worden omgevormd in braakliggend veen en zou verder, door het kappen en vervangen van het huidige bos met een gesloten kroonlaag, gezorgd worden voor 137,3 hectare bos met een permanent open kroonlaag dat een geschikt foerageergebied voor de blauwe kiekendief zouden bieden. Relevant in dat kader is dat een groot deel van het betrokken Natura 2000-gebied bestond uit commerciële bosbouw, waarbij de geplante bomen slechts gedurende een deel van hun levenscyclus (na-



melijk, zo leid ik uit het arrest en de conclusie van de A-G af, alleen zolang de bomen nog niet volgroeid zijn en geen gesloten kroonlaag hebben) geschikt foerageergebied voor de blauwe kiekendief zouden bieden. Het Natura 2000-gebied kenmerkte zich daardoor dus sowieso al als een (bos)gebied dat voortdurend qua geschiktheid als foerageergebied aan veranderingen onderhevig was, door de wisselende groeistadia waar de aanwezige (commercieel geplante) bomen zich bevinden. Een laatste voorziene maatregel bestond eruit dat de bouwwerkzaamheden niet tijdens het broedseizoen zouden plaatsvinden.

3. De vraag die nu bij het HvJ voorlag was of in een situatie als deze de voorgenoemde maatregelen in het zogeheten beheersplan als mitigerende maatregel in de passende beoordeling meegenomen mochten worden, juist vanwege het gegeven dat het geschikte gedeelte van het Natura 2000-gebied sowieso al in de loop der tijd wijzigt (vanwege de verschillende groeistadia van bomen), in combinatie met het feit dat de omvang van het gebied dat als geschikt habitat kan fungeren, niet zal verminderen en zelfs zal toenemen, maar waarbij wel een gedeelte van het Natura 2000-gebied gedurende de duur van het project geen geschikt habitat zal kunnen bieden. Een vraag die door de A-G ronduit ontkennend werd beoordeeld, maar door het HvJ toch wat genuanceerd wordt benaderd. Om de nuances hiertussen goed te kunnen plaatsen, vat ik hierna eerst de eerdere, onder punt 1 genoemde jurisprudentie, kort samen.

4. In de arresten *Briels* en *Orleans* leidde het voorgenoemde initiatief (de verbreding van de A2 in Nederland resp. de uitbreiding van de Antwerpse Haven) tot een aantasting van een aantal habitattypen waarvoor de betrokken Natura 2000-gebieden instandhoudingsdoelstellingen kenden. Anders gezegd: door deze initiatieven ging in het Natura 2000-gebied een deel van dit habitatype verloren – hetzij door een toename van stikstofdepositie, hetzij doordat een deel van een Natura 2000-gebied eenvoudigweg geschikt werd gemaakt voor de haven (door afgravingen e.d.). Vanwege dit verlies voorzagen de initiatieven in de ontwikkeling van hetzelfde habitatype, op een andere locatie dan waar de aantasting plaatsvond. De vraag die vervolgens bij het HvJ voorlag was of deze ontwikkeling van nieuw habitatype, op deze andere locatie, kon worden beschouwd als een beschermingsmaatregel (lees: mitigerende maatregel) die in de passende beoordeling meegenomen kon worden, of als een compenserende maatregel. Het HvJ concludeerde dat sprake was van een compenserende maatregel, omdat, samengevat, enkel al door het verlies van het habitatype vaststond dat het Natura 2000-gebied zou worden aangetast terwijl onzeker was of het toekomstige positieve effect van het nieuw te ontwikkelen habitatype zich ook daadwerkelijk zou verwezenlijken doch tegelijkertijd al wel toestemming werd verleend voor het voorgenoemde initiatief.

5. Ik heb me daarbij altijd afgevraagd of het tweede element van de conclusie van het HvJ – de onzekerheid over het positieve effect van de nieuwe maatregelen – een wezenlijk onderdeel vormde van de conclusie dat in de arresten *Briels* en *Orleans* geen sprake was van een beschermings-

mitigerende maatregel. Anders gezegd: zou de conclusie in *Briels* en *Orleans* anders zijn geweest indien er wel zekerheid bestond over de effectiviteit van de voorgenoemde (herstel)maatregelen of niet? Bij de uitbreiding van de Haven in Antwerpen was immers voorzien in een mechanisme dat deze uitbreiding – en daarmee de aantasting van het Natura 2000-gebied – pas zou kunnen plaatsvinden als vastgesteld was dat de nieuw te ontwikkelen natuur dezelfde (of betere) kwaliteit zou hebben als de aan te tasten natuur. Ook dit werd door het HvJ niet voldoende geacht, omdat ook dan nog steeds bij het verlenen van toestemming voor de voorgenoemde uitbreiding vast zou staan dat het Natura 2000-gebied zou worden aangetast en op dat moment onzeker zou zijn of de nieuwe natuur wel voldoende effectief zou zijn. Uit de arresten *Briels* en *Orleans* leidde ik daardoor met name af dat reeds het feit dat bestaand habitatype werd aangetast voor het HvJ voldoende was om te concluderen dat maatregelen die beoogden dit verlies te verminderen c.q. op te heffen (hoewel daar feitelijk geen sprake meer van kon zijn) als compenserende maatregel zouden moeten worden aangemerkt. Dat is ook de lijn die vervolgens door de ABRvS werd aangehouden, door op het moment dat sprake was van een aantasting van een habitatype, alleen maatregelen die erin voorzagen dat een negatief effect, op de locatie waar dit effect zich zou voordoen, zou worden verminderd of weggenomen, als mitigerende maatregel te kwalificeren (zie bijv. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4632). Ook de conclusie van de A-G in onderhavige procedure borduurt op deze lijn voort. De A-G acht relevant (overweging 76) dat het verlies aan benodigd land niet aan de bron wordt aangepakt. Daardoor acht de A-G dus ook niet van belang dat de eerdere arresten betrekking hebben op een effect op een habitatype en dat de onderhavige procedure betrekking heeft op een effect op een (vogel)soort waarvoor een Natura 2000-gebied een instandhoudingsdoelstelling kent, zoals nog door de Nederlandse regering was aangevoerd – in lijn met de uitspraak van de ABRvS d.d. 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3194).

6. Het arrest van 25 juli 2018 laat echter m.i. toch weer een andere lijn zijn – of beter gezegd, een (kleine) nuancering van de met de arresten *Briels* en *Orleans* ingezette lijn zien. De nuancering zit er in dit geval in dat het HvJ, anders dan bij de arresten *Briels* en *Orleans*, niet overweegt dat de aantasting van het Natura 2000-gebied reeds vaststaat doordat bestaand habitat verloren gaat. Overweging 49 van het arrest sterkt mij in die gedachte. Hier overweegt het HvJ immers dat dit arrest verschilt met de arresten *Briels* en *Orleans*, maar dat de zaken ook weer vergelijkbaar zijn in die zin dat “bij voor beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied [wordt uitgegaan] van dezelfde veronderstelling dat de toekomstige voordelen de gevolgen van het windmolenpark voor dit gebied zullen wegnemen, hoewel deze voordelen niet zeker zijn”. In zoverre volgt het HvJ de A-G dus niet expliciet. Het HvJ vervolgt door te overwegen dat alleen wanneer voldoende zekerheid bestaat dat een maatregel daadwerkelijk zal bijdragen tot het voorkomen van schade door ervoor te zorgen dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de

natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten, een dergelijke maatregel bij de passende beoordeling in aanmerking kan worden genomen. Ik lees hierin dat het HvJ de mogelijkheid openlaat dat, als deze zekerheid over de effectiviteit van de voorgenomen maatregelen in dit concrete geval wél bestaat, deze maatregelen – bij wijze van beschermingsmaatregel c.q. mitigerende maatregel – in de passende beoordeling mogen worden meegenomen, ook al worden deze maatregelen op een andere locatie uitgevoerd.

7. De vraag is verder of dan nog relevant is of de mitigerende maatregel al is uitgevoerd op het moment dat toestemming voor het voorgenomen initiatief wordt verleend – zoals het HvJ, zoals ik hiervoor al beschreef, relevant achtte in het arrest *Orleans*. Ook hier lijkt het HvJ een opening te bieden voor een iets meer praktische aanpak. In overweging 53 stelt het HvJ immers dat onzekerheid over de vraag of er geen sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied voortvloeit uit het feit dat bij de effectbeoordeling rekening is gehouden met toekomstige voordelen die, op het moment van de beoordeling, louter potentieel zijn aangezien deze maatregelen nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd. Hierin zou kunnen worden gelezen dat het HvJ, net als in het *Orleans*-arrest, stelt dat geen toestemming kan worden verleend als de beoogde mitigerende maatregelen nog niet zijn uitgevoerd. Echter, uit de daaropvolgende passage (“Bijgevolg, en onder voorbehoud van door de verwijzende rechter te verrichten controles, konden deze voordelen niet met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming voor het betrokken project hebben verleend”) kan worden afgeleid dat als zekerheid omtrent de effectiviteit van een voorgenomen maatregel bestaat, ook al toestemming kan worden verleend voor het voorgenomen plan als deze maatregel nog niet uitgevoerd is. Mits ook dan dus geconcludeerd kan worden dat er geen redelijke twijfel bestaat dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied aantast en er dus geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de gevolgen van het voorgenomen initiatief. Want dat is uiteindelijk, zoals volgt uit de arresten *Briels*, *Orleans*, en ook wederom uit dit arrest, de over all toets die moet worden verricht.

8. En daarmee past het arrest het beste in de systematiek die het HvJ neerzette met het arrest *Kolencentrale Moorburg*, waar het ging om vermindering van effecten op een bepaalde vissoort vanwege het in werking zijn van deze kolencentrale door het realiseren van een vistrap. In dit arrest overwoog het HvJ:

“Deze vistrap zou tot een uitbreiding van de bestanden van migrerende vissen kunnen leiden door die soorten de mogelijkheid te bieden sneller hun voortplantingsgebieden in de midden- en bovenloop van de Elbe te bereiken. De uitbreiding van de bestanden zou de verliezen bij de centrale van Moorburg compenseren zodat er geen significante gevolgen zouden zijn voor de instandhoudingsdoelstellingen van de stroomopwaarts van deze centrale gelegen Natura 2000-gebieden” (r.o. 36).

De effectiviteit van de vistrap kon echter op voorhand niet worden vastgesteld, maar daarvoor was monitoring noodzakelijk nadat de vistrap in werking was gesteld. Dit leidde het HvJ tot de volgende conclusie:

“Hoewel deze vistrap tot doel had om rechtstreekse significante gevolgen voor de stroomopwaarts van de centrale van Moorburg gelegen Natura 2000-gebieden te verminderen, dient dus te worden vastgesteld dat hij [...] op het ogenblik van de afgifte van de vergunning niet alle redelijke twijfel kon wegnemen dat die centrale de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.”

Ook hier is m.i. het kernargument dat geen sprake is van een mitigerende/beschermingsmaatregel gelegen in het feit dat op het moment van vergunningverlening onzekerheid bestaat over het resultaat van de voorgenomen maatregel en ook hier gaat het om een effect op een soort dat moet worden verminderd.

9. Het is daardoor verdedigbaar te achten als de ABRvS de door met de uitspraak van 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3194) ingezette lijn voortzet. De huidige jurisprudentie van het HvJ biedt hiervoor m.i. voldoende basis. Ik verwijs volledigheidshalve hier al naar de uitspraak van de ABRvS d.d. 11 juli 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2339) waarin de ABRvS zich moest uitspreken over de vraag of een natuureiland en de daarbij behorende ondiepte in het kader van windpark Fryslân als mitigerende maatregel kwalificeerde. Over deze uitspraak, die m.i. in lijn is met onderhavig arrest van het HvJ zal nog een noot verschijnen in een volgende aflevering van *M en R*. Wel is van belang te realiseren dat de jurisprudentie van het HvJ laat zien dat de lat hoog ligt om een maatregel als mitigerende maatregel mee te nemen in de passende beoordeling. Maar is dat vreemd? Nee, m.i. volgt dat al uit het feit dat pas toestemming op grond van art. 6, lid 3, Habitatrichtlijn kan worden verleend indien aan de eisen voor een passende beoordeling, die door het HvJ in diverse arresten zijn geformuleerd, wordt voldaan. Deze eisen houden ten eerste in dat de passende beoordeling geen leemten bevat en dat deze volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusie dient te bevatten te bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden wegnemen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de beste wetenschappelijke kennis ter zake en mag er, bij het verlenen van toestemming, wetenschappelijk gezien geen twijfel bestaan dat er geen schadelijke gevolgen zijn voor de natuurlijke kenmerken van het gebied (zie r.o. 39 t/m 41 van dit arrest). Dat deze toets met goed gevolg moet worden doorlopen voor de effecten vanwege een voorgenomen initiatief, maar ook voor maatregelen die de effecten van dit initiatief beogen te verminderen, is m.i. dan ook niet meer dan begrijpelijk.

Marieke Kaajan