

VOORTOETS, CUMULATIETOETS EN PASSENDE BEOORDELING EEN WEG VOL VALKUILEN?

In Nederland wordt voortvarend gewerkt aan bescherming van het Europese Natura 2000-netwerk van natuurgebieden. Als een voornemen schadelijk kan zijn voor een Natura 2000-gebied, dient een toetsing aan de Natuurbeschermingswet 1998, hierna kortweg Nbw, plaats te vinden. Toestemming kan alleen worden verleend als de in de aanwijzing van een gebied vastgelegde instandhoudingsdoelstellingen niet worden aangetast¹.

Wim Heijligers

6

TOETS 01 14

De toetsing gebeurt in twee stappen: in eerste instantie een voortoets om vast te stellen of significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, en als dat niet het geval is, in tweede instantie een passende beoordeling. Dat klinkt eenvoudiger dan het is. Zelfs het bevoegd gezag heeft wel eens moeite met de juiste toepassing van de Nbw, onder meer bij de cumulatietoets. Eerst een korte inleiding in deze taaie materie. Daarna volgt een analyse van het proces van voortoets, verslechteringstoets en passende beoordeling, met speciale aandacht voor de cumulatietoets.

Projecten, andere handelingen en plannen

De Nbw onderscheidt projecten, andere handelingen en plannen.

- Bij projecten is sprake van een fysieke ingreep ('de schop gaat in de grond'); een project is een handeling. Voor projecten die gevolgen voor een Natura 2000-gebied kunnen hebben geldt een vergunningplicht. Voorbeelden van projecten zijn de aanleg en ingebruikname van een fabriekspand of een weg.
- Met andere handelingen² wordt in tegenstelling tot projecten bedoeld dat er geen fysieke ingreep plaatsvindt. Voorbeelden van andere handelingen zijn het houden van een excursie en het openstellen van een bestaande weg³. Ook voor andere handelingen geldt de vergunningplicht.
- Bij plannen kan worden gedacht aan een structuurvisie of een bestem-

mingsplan: er worden door het vaststellen van een plan mogelijkheden geboden, maar in het veld zie je nog niets gebeuren. Voor plannen geldt geen vergunningplicht, maar bij het vaststellen van een plan dient rekening te worden gehouden met de gevolgen van dat plan voor Natura 2000-gebieden⁴. Dit komt erop neer dat door uitvoering van het plan de instandhoudingsdoelstellingen niet worden aangetast.

In dit artikel worden project, andere handeling en plan gemakshalve aangeduid als voornemen en het te nemen besluit als toestemming.

Effecten, factoren en gevolgen

De Nbw spreekt enigszins verwarrend over zowel effecten als factoren en gevolgen. Een effect kan worden opgevat als de combinatie van factor en gevolg. Duidelijkheidshalve wordt in dit artikel met factor de aard van een effect bedoeld en met gevolg de ernst van een effect. De Nbw onderscheidt twee hoofdeffecten: het verslechteren van habitats en de verstoring van soorten.

- Verslechtering gaat over de gevolgen op groeiplaatsen (van plantengemeenschappen) of leefgebieden (van dieren en planten). Bij verslechtering zijn er drie mogelijkheden. In het geval van een significante verslechtering is een passende beoordeling nodig voordat over toestemming kan worden besloten. Bij een niet-significante verslechtering, ongeacht

Omwillen van de leesbaarheid zijn verwijzingen naar wetsartikelen, jurisprudentie en toelichtingen niet in de tekst opgenomen, maar met een voetnoot aangegeven. De lijst met voetnoten is te vinden op www.toets-online.nl.

DE AUTEUR

Wim Heijligers (0570 699 911, wim.heijligers@tauw.nl) is specialist ecologie bij Tauw.



hoe gering die is, moet een verslechteringstoets worden uitgevoerd. Als er geen verslechtering is, is er ook geen toestemming nodig.

- Verstoring gaat over de effecten op individuen (dieren of planten)⁵. Als een significante verstoring niet kan worden uitgesloten, dient het voornemen aan een passende beoordeling te worden onderworpen. In alle andere gevallen, namelijk geen of een niet-significante verstoring, is per definitie geen toestemming nodig.

Voorheen was sprake van een sprake van een verslechterings- en verstoringstoets. Ook bij een niet-significante verstoring (bij wijze van spreken een vogel die opvliegt vanwege een passerende wandelaar) diende een verstoringstoets te worden uitgevoerd. Sinds de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet van 31 maart 2010 is deze verplichting van de baan en resteert alleen de verslechteringstoets. De combinatie 'verslechterings- en verstoringstoets' is echter een hardnekkig begrip dat sindsdien nog vele malen ten onrechte is en wordt gebruikt.

Verstoring en verslechtering kunnen nauw samenhangen. Zo kan een voortdurende verstoring van individuen van een soort ertoe leiden dat het leefgebied van die soort verslechtert, maar dat is niet altijd het geval. Zo kunnen vogels die hun slaapplek hebben in een Natura 2000-gebied een daarbuiten foerageren structureel verstoring ondervinden van een windpark op hun vliegroute. Hun leefgebied binnen het Natura 2000-gebied verslechtert daarmee echter niet. De effecten van een voornemen moeten dus goed uit elkaar worden gerafeld om dergelijke relaties helder te krijgen en vast te stellen of van verstoring of van verslechtering of van beide moet worden gesproken.

Om over significantie van verstoring of verslechtering te kunnen oordelen, is inzicht nodig in de aard van de effecten. Vastgesteld dient daarom te

worden welke factoren zich als gevolg van het voornemen kunnen voordoen. Voorbeelden van factoren zijn geluidsbelasting, verlaging van de waterstand, oppervlakteverlies en sterfte van individuen. De Effectenindicator van het Ministerie van Economische Zaken⁶ is een goed uitgangspunt. Factoren kunnen elkaar versterken (dit wordt wel cumulatie van het eerste niveau genoemd⁷) en dat is geen kwestie van simpelweg gevolgen optellen. Hiervoor zijn deskundigheid en maatwerk vereist. In de praktijk komt het erop neer dat vastgesteld wordt wat de meest bepalende factor is. Andere factoren zullen veelal van ondergeschikt belang blijken.

Cumulatietoets

Om vast te stellen of significante effecten kunnen worden uitgesloten, dient een voornemen niet alleen op zichzelf te worden gezien, maar ook in samenhang met de gevolgen van andere plannen en projecten. De beoordeling van de andere plannen en projecten wordt de cumulatietoets (ook wel cumulatie van het tweede niveau⁸) genoemd. Deze geldt voor plannen en projecten, maar niet voor andere handelingen⁹.

In volgorde van tijd dienen daarom de volgende zaken te worden vastgesteld:

1. de factoren die een rol spelen als gevolg van het voornemen;
2. de gevolgen van deze factoren;
3. de cumulatie door andere plannen en projecten;
4. het wel of niet kunnen uitsluiten van significante gevolgen.

Dit traject van vier stappen wordt als voortoets aangeduid. Pas daarna volgt eventueel de passende beoordeling.

De cumulatietoets wordt vaak moeilijk bevonden en er gaat bij toetsing regelmatig wat mis. Het is een geliefd onderdeel van beroepsprocedures.



De hamvraag is steeds: welke plannen en projecten moeten worden meegenomen?

In de eerste plaats gaat het uitsluitend om plannen en projecten (en geen andere handelingen), waarvoor toestemming in het kader van de Nbw is verleend, maar die nog niet tot uitvoering zijn gebracht.

Activiteiten waarvoor geen toestemming is verleend, bijvoorbeeld bestaand gebruik, hoeven daarom niet in de cumulatietoets te worden betrokken. Zo telt een gerealiseerd project, waarvoor toestemming is verkregen, niet mee omdat de gevolgen daarvan al in de omgeving zullen zijn verdisconteerd¹⁰. Zelfs een voornemen waar een procedure om toestemming voor loopt hoeft niet te worden meegenomen. Een dergelijk voornemen kan als een onzekere toekomstige gebeurtenis worden aangemerkt, aangezien niet vaststaat of de toestemming wel verleend zal worden, en zo ja met welke voorschriften¹¹. Deze beperkingen maken dat het aantal relevante plannen en projecten meestal op de vingers van een hand te tellen is.

In de tweede plaats hoeven in beginsel alleen plannen en projecten met vergelijkbare factoren als die van het voornemen in de toetsing te worden betrokken. Zoals eerder aangegeven zal immers veelal sprake zijn van één, meest bepalende factor. Als het enige effect van een voornemen bestaat uit sterfte van dieren (bijvoorbeeld door aanvaringen van vogels met een windturbine) dan hoeven alleen andere plannen en projecten met een ver-

gelijkbare factor (sterfte van vogels) in ogenschouw te worden genomen. Het ligt voor de hand dat dit geldt voor andere plannen en projecten voor windmolenparken. Maar ook kan sterfte van vogels door verstrikking in netten bij staandwantvisserij meetellen vanwege het vergelijkbare gevolg van vogelsterfte¹². Een ander project dat uitsluitend tot een waterpeilverlaging leidt en geen rechtstreekse vogelsterfte tot gevolg heeft, doet niet mee.

In de derde plaats dienen de cumulatief te beoordelen plannen en projecten een effect te veroorzaken op dezelfde instandhoudingsdoelstelling, die door het voornemen gevolgen ondervindt. Als het voornemen in Natura 2000-gebied X met instandhoudingsdoelstellingen A en B wel gevolgen heeft voor A, maar niet op B, dan is bij een effect van een ander plan of project op B in gebied X geen sprake van cumulatie. Evenmin is sprake van cumulatie bij gevolgen van dat andere plan op A in een ander gebied.

De cumulatietoets is dus vooral een kwestie van zorgvuldig afvinken van alle mogelijke factoren en hun gevolgen, met de nadruk op zorgvuldig. De cumulatietoets dient inzicht te bieden in deze analyse¹³. Het is beter een mogelijk cumulatief gevolg van een plan of project te benoemen en op grond van de drie hierboven besproken punten te beredeneren waarom cumulatie niet aan de orde is, dan het weg te laten.

Een eenvoudig schema vat het bovenstaande samen:

		toestemming Nbw verleend?		
		nee	in procedure	ja
voornemen al uitgevoerd?	ja	niet betrekken		niet betrekken
	nee	niet betrekken	niet betrekken	betrekken in cumulatietoets

Voorlichtingsmateriaal Regiegroep Natura 2000

Een reden dat er nogal eens wat misgaat bij de cumulatietoets zou kunnen liggen in de inadequate voorlichting die vanuit het bevoegd gezag wordt gegeven. De Regiegroep Natura 2000, waarin ministerie van Economische Zaken en provincies zijn vertegenwoordigd, hanteert een bijzonder ingewikkeld Stappenplan Cumulatietoets¹⁴. Deze cumulatietoets geldt voor beheerplannen, maar iemand die wil weten hoe je bij het verkrijgen van toestemming voor een voornemen te werk moet gaan wordt hier ook naar verwezen¹⁵. De omslachtige aanpak van cumulatie bij beheerplannen is te billijken, omdat daarin alle relevante zaken en mogelijk toekomstige ontwikkelingen (ook wel cumulatie van het derde niveau genoemd¹⁶) aan bod moeten komen. Een cumulatietoets voor een vergunningprocedure of toestemming voor een plan kan zoals hiervoor besproken veel eenvoudiger blijven.

De plaats van de cumulatietoets als onderdeel van de voortoets wordt in het voorlichtingsmateriaal van de Regiegroep Natura 2000 niet overal correct aangegeven. Zo komt in de Checklist Vergunningverlening Natuurbeschermingswet 1998¹⁷ de cumulatietoets eerst bij de passende beoordeling in beeld. Wie dat beslisschema letterlijk volgt kan in de voortoets, zonder rekening te houden met cumulatie, tot de conclusie komen dat er zeker geen significante gevolgen zijn. De stap naar de passende beoordeling is dan niet meer aan de orde. Dat is in strijd met de Nbw.

Nadere bestudering van het schema van de checklist brengt meer vreemde zaken aan het licht. Taalkundig rammelt het schema op vele plaatsen. Een

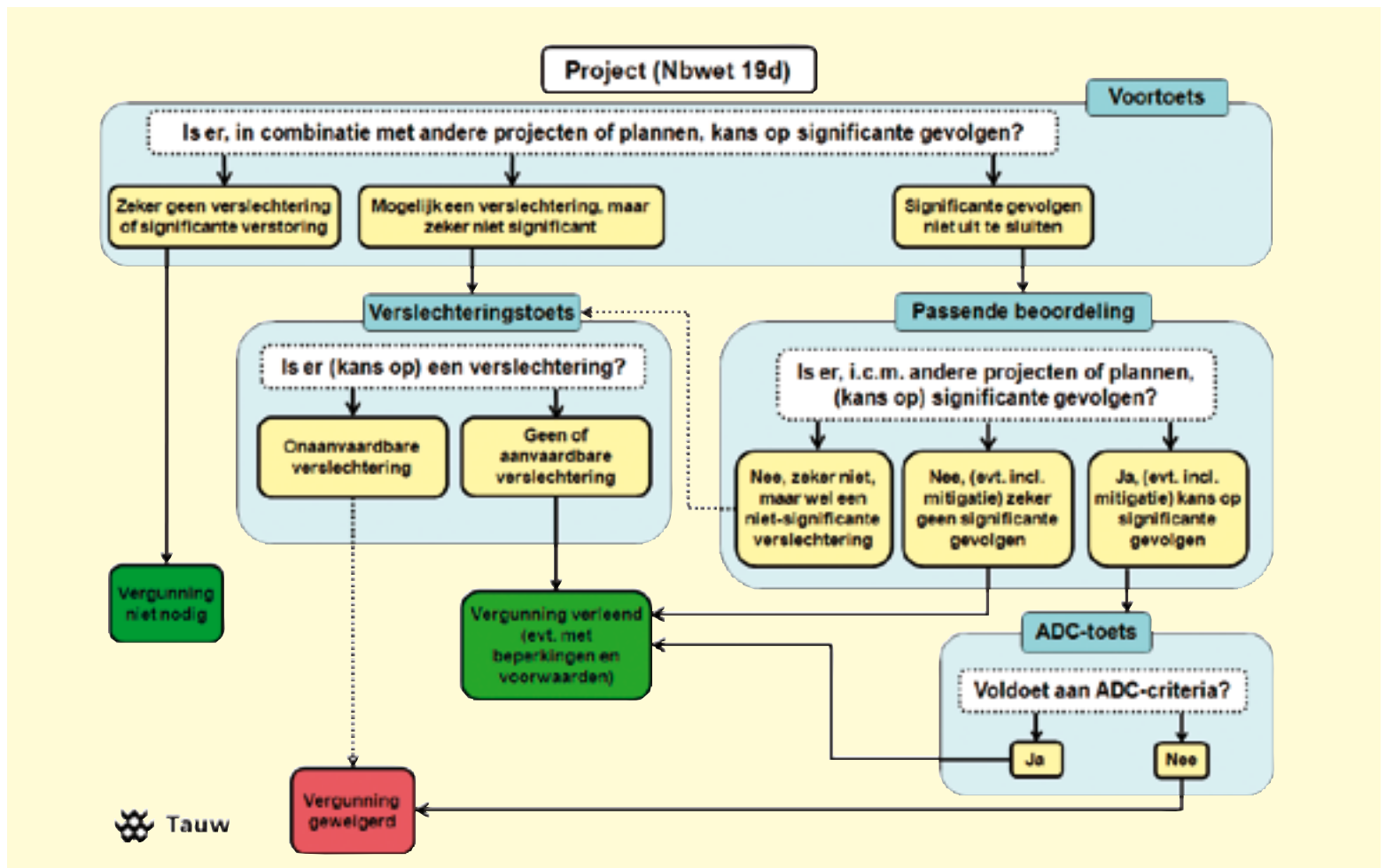
voorbeeld is de vraag: “Kans op (niet significant) negatief effect aanvaardbaar?” Dit raakt de kern van het voorzorgsbeginsel uit de Nbw en de Habitatrictlijn. Het gaat immers niet om de aanvaardbaarheid van de kans maar om de aanvaardbaarheid van de gevolgen¹⁸. Op verschillende plaatsen sluiten vraagstelling en antwoorden niet op elkaar aan. De te doorlopen stappen in het blok ‘habitattoets’ zijn omslachtig en – ernstiger – deze leiden tot onjuiste keuzen¹⁹.

Het gebruik van de term habitattoets in het beslisschema is verwarrend omdat die hier de combinatie van passende beoordeling en verslechteringstoets omvat. Over het algemeen wordt met habitattoets het geheel bedoeld van toetsing aan artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn, met andere woorden, de voortoets inclusief cumulatietoets, gevolgd door de passende beoordeling. De verslechteringstoets valt daar in de gangbare opvatting buiten. Deze vloeit voort uit de Nbw, maar zit niet in de Habitatrictlijn. Opvallend is dat de Raad van State in haar uitspraken de term habitattoets sinds 2010 niet meer gebruikt. Wellicht vanwege de verwarring die deze term veroorzaakt?

Het schema is dus nodeloos ingewikkeld en bevat zeer storende en ernstige fouten. Het Regiebureau Natura 2000 zou er goed aan doen dit schema zo snel mogelijk te vervangen door een verbeterde versie.

Verbeterd schema

Tauw presenteert hierbij een verbeterd schema. Het is geïnspireerd door het verouderde schema uit de Handreiking Natuurbeschermingswet van 2005, dat van een aantrekkelijke eenvoud was. Het verbeterde schema geldt



voor projecten. Voor andere handelingen kunnen dezelfde stappen worden doorlopen, alleen geldt daarbij het cumulatiebeding niet. Het schema werkt ook voor plannen, waarvoor het cumulatiebeding wel geldt. Een plan mondt niet uit in een vergunning, maar in vaststelling (of niet) van dat plan.

We lopen de onderdelen van dit schema even door om nuances en aandachtspunten aan te geven. Deels is dat in het voorgaande al gebeurd, maar hier vatten we het nog even samen.

Voortoets

De voortoets bestaat uit het vaststellen van alle mogelijke storende factoren die een voornemen heeft en de gevolgen daarvan. Dan wordt voor elke instandhoudingsdoelstelling nagegaan of er sprake is van cumulatie met andere plannen en projecten. De kernvraag voor elke instandhoudingsdoelstelling is: zijn er, in combinatie met andere projecten of plannen, significante gevolgen (of kan een kans daarop niet worden uitgesloten)? Dit leidt tot drie keuzemogelijkheden:

1. Er is met zekerheid geen verslechtering van habitats of significante verstoring van individuen. Een vergunning is dan niet nodig.
2. Er zijn zeker geen significante gevolgen, maar (mogelijk) wel een verslechtering. In dat geval dient een verslechteringsstoets te worden doorlopen.
3. Er zijn wel significante gevolgen, dat wil zeggen een significante verslechtering of een significante verstoring, of de kans daarop kan niet worden uitgesloten. Nu is een passende beoordeling nodig.

In de voortoets is het niet toegestaan mitigerende maatregelen in te calculeren. Dit wordt soms geprobeerd om een passende beoordeling te ontlopen. Mitigatie mag pas worden meegenomen nadat de significantievraag in de voortoets is beantwoord.

Verslechteringstoets

De verslechteringstoets dient de vraag te beantwoorden of er een verslechtering van natuurlijke habitats en de habitats van soorten kan plaatsvinden. Als er geen verslechtering is, of deze is aanvaardbaar – dat is ter beoordeling aan het bevoegd gezag – dan kan vergunning verleend worden. Bij een verslechteringstoets hoeft de cumulatietoets niet te worden overgedaan. In het geval van een onaanvaardbare verslechtering zal vergunning worden geweigerd. Dit is een nogal theoretisch spoor. Waarom zou een verslechtering onaanvaardbaar zijn, terwijl deze in ieder geval niet significant is? In de praktijk zal deze optie vrijwel nooit voorkomen. Om deze reden is het pijltje van deze optie gestippeld.

Passende beoordeling

De passende beoordeling wordt ingezet als significante gevolgen (verstoring en/of verslechtering) niet kunnen worden uitgesloten. Ten opzichte

van de voortoets is een passende beoordeling een diepgaander onderzoek. Dit kan tot een andere uitkomst omtrent significantie leiden.

Een vraag is natuurlijk of in de passende beoordeling de cumulatie met andere plannen en projecten weer moet terugkomen. Het antwoord daarop is: ja. Dit is onder meer te lezen in de toelichting van de Europese Commissie²⁰. In de praktijk hoeft de cumulatietoets uit de voortoets niet te worden overgedaan, tenzij er nieuwe ontwikkelingen zijn. Binnen een passende beoordeling is het verder toegestaan om verzachting van gevolgen door zogenaamde mitigerende maatregelen mee te wegen. Als een significant gevolg de kans op verstoring van broedvogels betreft, is een eenvoudige mitigerende maatregel om het voornemen uit te voeren buiten de broedtijd. Het is nuttig om goed inzichtelijk te maken wat gevolgen van het voornemen zelf, van de cumulatief meegenomen plannen en projecten, en van de mitigerende maatregelen zijn.

De belangrijkste vraag in de passende beoordeling is: wat zijn de gevolgen van het voornemen, met inbegrip van cumulatie door andere plannen en projecten, en eventueel rekening houdend met mitigerende maatregelen? Deze vraag heeft drie mogelijke antwoorden:

1. Er zijn zeker geen significante gevolgen, maar (mogelijk) is er wel een verslechtering. In dat geval dient een verslechteringsstoets te worden doorlopen. Dit is een nogal theoretische optie (de hele beoordeling heeft immers al plaatsgevonden; waarom zou die in een aparte toets over moeten?) zodat deze pijn gestippeld is weergegeven.
2. Er zijn zeker geen significant negatieve gevolgen. Een vergunning kan worden verleend.
3. Er zijn wel significant negatieve gevolgen of de kans daarop kan niet worden uitgesloten. In dit geval dient de ADC-toets te worden doorlopen.

ADC-toets

In de ADC-toets dient te worden nagegaan of er mogelijke alternatieven zijn om het voornemen uit te voeren (A) en of er sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang (D). Ten slotte dienen compenserende maatregelen (C) te worden getroffen om de negatieve gevolgen teniet te doen.

Tot besluit

De auteur hoopt dat dit artikel ertoe mag bijdragen dat het een aantal zaken rond de passende beoordeling verheldert en dat het bevoegd gezag zijn voorlichtingsmateriaal nog eens tegen het licht houdt en verbetert.

Een woord van dank aan mijn collega's mr. drs. Tineke Nusselder-Ipenburg en dr. Roland van der Vliet (Tauf) en aan dr.ir. Lex Runia (Antea Group) voor de waardevolle opmerkingen en aanvullingen op eerdere versies van dit artikel. ■