

Habitat banking. Wel of geen optie onder de Habitatrictlijn?

M en R 2017/88



In dit artikel gaan wij in op de vraag of door habitat banking kan worden voldaan aan de mitigatie- en compensatieverplichtingen uit artikel 6, leden 3 en 4 van de Habitatrictlijn. Habitat banking is een juridisch-economisch instrument waarbij natuurgebieden worden gecreëerd, hersteld of onderhouden die als compensatie kunnen dienen voor voorziene of niet-voorziene aantastingen van de natuur. Er zijn vele vormen van habitat banking, waaronder die waarbij 'credits' kunnen worden aangekocht bij de habitat bank ter compensatie van schade aan beschermde natuur.² Met de aankoop ervan moet het langdurig behoud en het onderhoud van het compensatiegebied worden zeker gesteld. In dit artikel zal aandacht worden besteed aan jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, waaronder de uitspraak van het Hof van 21 juli 2016 (Orleans/Vlaams Gewest). Een uitspraak waarin een nadere uitleg wordt gegeven van het begrip 'compenserende maatregelen' uit deze richtlijn. Op het eerste gezicht lijkt deze uitspraak van de Europese Hof habitat banking weinig interessant en aantrekkelijk te maken, maar – zoals zal worden betoogd – er lijkt toch nog wel ruimte te zijn voor habitat banking. Daarnaast lijkt habitat banking in elk geval bruikbaar te zijn in gevallen waarbij schade wordt veroorzaakt aan andere natuurgebieden dan Natura 2000-gebieden, zoals de natuurgebieden die voorheen deel uitmaakten van de Ecologische Hoofdstructuur (EHS), nu Natuurnetwerk Nederland.

1. Inleiding

1.1 In diverse landen is er ervaring met habitat banking. Een voorbeeld ervan is de Canadese North Fraser Harbour Habitat Bank. Doel van de bank is een nieuw moerasgebied aan te leggen, direct naast een reeds bestaand moerasgebied, waarmee toekomstige – ook nog niet-voorziene – ontwikkelingen in de North Fraser Harbour kunnen worden gecompenseerd. Het nieuwe moerasgebied is aangelegd ter plaatse van een gebied met slikken en zandbanken en vastgelegd is

dat de aanleg van het nieuwe gebied pas als succesvol wordt aangemerkt als er gedurende langere periode dezelfde vegetatie aanwezig is als die aanwezig is in het bestaande gebied. Ontwikkelaars kunnen 'credits' kopen bij de habitat bank. Uitgangspunt daarbij is dat één vierkante meter aan te tasten gebied wordt gecompenseerd met één vierkante meter nieuw moerasgebied. De waarde van de 'credits' wordt onder meer bepaald door de kosten van aanleg en ontwikkeling van het nieuwe moerasgebied en (jaarlijkse) inspectie, monitorings- en natuurmanagementkosten.³

1.2 Om te kunnen beoordelen of habitat banking een rol kan spelen bij het voldoen aan de mitigatie- en compensatieverplichtingen die uit artikel 6, leden 3 en 4 Habitatrictlijn⁴ kunnen voortvloeien, zal eerst een aantal van de habitat bankingsystemen worden besproken die in de wereld in gebruik zijn. Er blijkt al een ruime ervaring te zijn met habitat banking – ook binnen Europa – en duidelijk is dat in sommige landen al lessen zijn getrokken uit fouten die eerder met dergelijke systemen zijn gemaakt. Verder zal ook aandacht worden besteed aan de diverse onderzoeken die Europese Commissie naar habitat banking heeft laten doen, waaronder één naar de vraag of er binnen de EU wel behoefte bestaat aan habitat banking. Uit laatstbedoeld onderzoek volgt dat er alleen al voor wat betreft de schade die door projectontwikkeling of andere ontwikkelingen binnen Natura 2000-gebieden aan deze gebieden ontstaat, er binnen de Europese Unie een jaarlijkse behoefte aan habitat banking-areaal bestaat van zo'n 50.000 ha.⁵ Indien hier ook de schade bij wordt betrokken die wordt veroorzaakt door milieu-incidenten die vallen onder het bereik van de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn⁶, is de behoefte aan areaal nog groter (waarbij wel moet worden opgemerkt dat het aantal incidenten dat onder de reikwijdte van de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn valt beperkt is).⁷

2. Habitat banking

2.1 De Europese Commissie publiceerde in 2007 'richtsnoeren' voor de toepassing van artikel 6, vierde lid, van de

1 Hans Besselink en Edward Brans zijn beiden advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn in Den Haag.

2 Zie voor een nadere omschrijving van habitat banking o.a. Eftec, *The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking*, 2010, p. i.i. (https://ec.europa.eu/environment/enveco/pdf/eftec_habitat_exec_sum.pdf).

3 Zie voor nadere details: K. Hunt e.a., *Fish Habitat Banking in Canada: Opportunities and Challenges*, 2011, p. 21 (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/347440.pdf).

4 Richtlijn 92/43/EEG, *PbEU* 1992 L 206/7.

5 M. Conway et al., *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat banking scheme*, 2013, p. 45 (ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/Habitat_banking_Report.pdf).

6 Richtlijn 2004/35/EG, *PbEU* 2004 L 143/56. Op basis van deze richtlijn is een veroorzaker van milieuschade in de zin van deze richtlijn ook aansprakelijk voor het verlies aan milieukwaliteit in de periode totdat het aangetaste gebied zich volledig heeft hersteld (interim losses). Goed voorstelbaar is dat voor de compensatie van dit tussentijds verlies wordt aangeklopt bij een habitat bank en dat aldaar wordt geïnvesteerd om feitelijk deze vorm van schade te compenseren.

7 *Ibidem*.

Habitatrichtlijn.⁸ Dat is de bepaling waaruit, kort gezegd, volgt dat als om dwingende redenen van groot openbaar belang en bij gebrek aan alternatieven er toch een project of plan moet worden gerealiseerd in een Natura 2000-gebied, de lidstaat gehouden is om maatregelen te nemen om het natuurverlies te compenseren. De te nemen compenserende maatregelen moeten zodanig zijn dat, zo volgt uit de richtsnoeren, wordt gegarandeerd dat de gunstige staat van instandhouding van de natuurlijke habitattypen die door het te realiseren project of plan aangetast raken “in de biogeografische regio waartoe het behoort” gehandhaafd blijft.⁹ De richtsnoeren geven aan dat vanwege de strenge criteria waaraan compenserende maatregelen in de zin van artikel 6, vierde lid van de Habitatrichtlijn moeten voldoen, habitat banking hier slechts een zeer beperkte rol kan spelen.¹⁰ Toch laat de Europese Commissie in periode 2006-2013 ten minste vijf studies doen naar habitat banking, waarbij niet alleen wordt nagegaan wat de ervaringen zijn binnen en buiten de Unie met habitat banking, maar ook waaraan gezien de ervaringen in deze landen met habitat banking en het belang van het voorkomen van biodiversiteitsverlies¹¹, een habitat bankingsysteem ten minste zou moeten voldoen. Ook is onderzocht of er wel behoefte bestaat binnen de EU-lidstaten aan een dergelijk systeem.¹²

2.2 Voordat wordt ingegaan op de vraag waaraan een habitat bankingsysteem zou moeten voldoen, is het noodzakelijk aan te geven wat onder habitat banking wordt verstaan en wat de kenmerken ervan zijn.

2.3 Habitat banking wordt veelal gebruikt in *ex ante* situaties, oftewel in situaties waarbij het op voorhand duidelijk is dat de realisering van een plan of project schade zal veroorzaken aan beschermde habitats.¹³ Het doel van habitat banking is om voorafgaande aan de uitvoering van de schadeveroorzakende gebeurtenis, compensatie van de te veroorzaken schade zeker te stellen. Uitgangspunt daarbij is een ‘no-net-loss’, oftewel de schadeveroorzakende gebeurtenis mag uiteindelijk niet leiden tot een verlies aan habitat en aan biodiversiteit. Deze doelstelling wordt gerealiseerd “by implementing and pooling compensatory measures in advance of a development, [and by] enabling developers to purchase credits from established compensation schemes (habitat

banks) to offset their impacts”.¹⁴ Deze ‘credits’ kunnen diverse vormen hebben – afhankelijk van de wijze van inrichting van het habitat bankingsysteem, waarover hieronder meer – en zijn veelal gerelateerd aan de natuurbeschermings-, herstel- en onderhoudsmaatregelen die zijn of worden genomen met betrekking tot de natuurgebieden die onderdeel uitmaken van de habitat bank. Ook is voorstelbaar dat met de aangekochte ‘credits’ nieuwe natuur wordt gecreëerd, die dan onderdeel uitmaakt of gaat maken van de habitat bank.

2.4 Habitat banking kan niet alleen worden gebruikt in *ex ante* situaties. Ook in *ex post* situaties kan habitat banking bruikbaar zijn, bijvoorbeeld indien ten gevolge van een uitstroom van gevaarlijke stoffen er schade ontstaat aan een Natura 2000-gebied en het op basis van de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn noodzakelijk is om herstelmaatregelen te nemen. Op basis van de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, die is geïmplementeerd in Titel 17.2 Wet milieubeheer, kan het noodzakelijk zijn dat maatregelen worden genomen om een compensatie te bieden voor het verlies aan milieukwaliteit gedurende de periode van natuurlijk herstel of de periode die het duurt voordat de genomen herstelmaatregelen een volledig herstel bieden voor de milieuschade die is veroorzaakt (interim losses).¹⁵ Habitat banking zou ook in een dergelijke situatie een interessante optie kunnen zijn.¹⁶

2.5 Het belang van habitat banking in zowel *ex ante* als *ex post* situaties is met name dat de schade die is ontstaan of die wordt verwacht aan beschermde habitats en daar verblijvende diersoorten, sneller en eenvoudiger kan worden gecompenseerd dan in het geval er niet kan worden teruggevallen op een habitat bank. Er is immers al natuur beschikbaar waarmee de veroorzaakte aantasting kan worden gecompenseerd. Ook is aannemelijk dat de kosten voor de compensatie van schade aan beschermde habitats in veel gevallen lager zal zijn dan in het geval er nog geen areaal beschikbaar is waarmee de schade aan habitats kan worden gecompenseerd.

Vereisten habitat banking

2.6 In diverse landen is er ervaring opgedaan met habitat banking of mechanismen die daarop lijken. Zo kent Hessen in Duitsland een *Biotopwertpunkte*-systeem waarmee het mogelijk is de omvang van een natuurcompensatieverplichting vast te stellen.¹⁷ Het is een relatief eenvoudig systeem waarbij aan habitattypen punten zijn toegekend en in geval van een compensatieverplichting wordt op basis van dat puntensysteem een vergelijking gemaakt tussen het te

8 Europese Commissie, *Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)*, 2007. https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_nl.pdf. De Europese Commissie heeft zich ook in andere documenten uitgelaten over habitat banking. Zie o.a. *Commission staff working document accompanying the Green Paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, COM(2007) 140 final.

9 EC, *Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)*, 2007, p. 14.

10 Ibidem, p. 16.

11 Zie in deze zin actiepunt 7 van de EU 2020 Biodiversiteitsstrategie, COM(2011) 244 definitief.

12 Voor een overzicht van deze studies wordt verwezen naar: <https://ec.europa.eu/environment/enveco/biodiversity/>.

13 Zie o.a. *Commission staff working document accompanying the Green Paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, COM(2007) 140 final.

14 Zie ICF e.a., *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat banking scheme*, 2013, p. i (https://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/Habitat_banking_Report.pdf).

15 Zie hierover nader: E.H.P. Brans, *Fundamentals of Liability for Environmental Harm Under the ELD*, in L. Bergkamp, B. Goldstein, *The EU Environmental Liability Directive. A Commentary*, Oxford University Press (OUP) 2013, p. 31-51.

16 Zie in deze zin ook: *Commission staff working document accompanying the Green Paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, COM(2007) 140 final.

17 Zie <https://verwickeltes.wordpress.com/2011/01/11/biotopwertpunkte-in-hessen/>.

compenseren habitat met hetgeen aan habitat beschikbaar is, rekening houdend met de kwaliteit van de twee gebieden en de omvang van de aantasting. Andere voorbeelden zijn *Habitat Compensation* in Victoria¹⁸ en *Biobanking* in New South Wales¹⁹, beide in Australië, en *Wetland Mitigation and Conservation Banking* in de Verenigde Staten²⁰ en *Fish Habitat Banking* in Canada²¹. Ook is er in het Verenigd Koninkrijk ervaring met habitat banking.²²

De genoemde habitat bankingsystemen verschillen van elkaar. Kenmerkend voor deze systemen is echter dat het mogelijk is gemaakt natuurverlies te compenseren door het betalen van een bedrag aan een fonds, te besteden aan natuurherstel in de gebieden die onderdeel uitmaken van de habitat bank, of het aankopen door de schadeveroorzakende partij van 'credits' van de eigenaar van een gebied dat als compensatiegebied fungeert en dat als zodanig wordt onderhouden door de eigenaar van dat gebied.

2.7 Een voorbeeld van habitat banking is een project in Canada waarbij ter compensatie van verwachte aantastingen van de natuur ten gevolge van nog uit te voeren projecten van Ministerie van Transport, er een overstromingsgebied met bijbehorende habitats werd gecreëerd ter plaatse van een voormalige stortplaats. Het te creëren gebied zou als paaigebied voor diverse soorten vis moeten gaan dienen. Om dit alles mogelijk te maken is eerst een sanering van het gebied uitgevoerd, waarna er schone klei is aangebracht en er diverse (water)planten zijn geplant. In de overeenkomst die betrokken ministeries zijn aangegaan, zijn er afspraken neergelegd over de monitoring van de ecologische doelen van het project. Verder is bepaald wat de hoeveelheid 'credits' is die met de uitvoering van het project worden gerealiseerd, waarbij nog is vastgelegd dat de nadelige gevolgen van de natuur van volgende infrastructurele projecten van het ministerie, niet automatisch met de 'credits' uit dit natuurproject kunnen worden gecompenseerd. Op basis van Canadese regelgeving is het vereist eerst te trachten ter plaatse van het uit te voeren project compenserende maatregelen te nemen. Pas daarna kan worden teruggevallen op een habitat bankingproject zoals dit.²³

Noodzaak regulering

2.8 Een van de belangrijkste punten van zorg bij habitat banking is, zo blijkt uit ervaringen in de hiervoor genoemde landen en uit onderzoek naar de mogelijkheden van habitat banking²⁴, dat zonder nadere afspraken of regulering, het niet vanzelfsprekend is dat het areaal waarmee de (verwachte) aantasting van beschermd habitat wordt gecompenseerd, beschikbaar blijft voor de (verre) toekomst en wel in een zodanige kwaliteit dat het ook werkelijk een compensatie biedt voor de veroorzaakte aantasting. Er zijn voorbeelden, onder meer in de VS, waarbij gebieden die onderdeel uitmaakten van een Wetland Mitigation and Conservation Bank, na enige tijd op de markt zijn gebracht en nu in gebruik zijn als een – vermoedelijk – zeer fraaie woningbouwlocatie.

Een ander punt van zorg betreft de berekening van de omvang van de compensatieverplichting. Hoe dit vast te stellen? Iets wat zeker lastig is als er geen sprake is van een *like-for-like* compensatie – een compensatie waarbij een aangetast habitattype kan worden gecompenseerd met exact hetzelfde habitattype –, maar van een *like-for-unlike* compensatie.

Een ander punt van zorg betreft het verschil in natuurkwaliteit van het gebied waarmee wordt gecompenseerd. In veel gevallen zal het areaal dat onderdeel uitmaakt van een habitat bank een andere – vaak mindere – natuurkwaliteit hebben dan de habitat die gecompenseerd moet worden. Ook zijn er voorbeelden waarbij de gebieden die onderdeel uitmaken van een habitat bank aangetast zijn geraakt door (industriële) activiteiten waardoor de kwaliteit van het compensatiegebied afneemt.²⁵ Uiteraard moet bij de berekening van de omvang van de compensatieverplichting rekening gehouden worden met het voorgaande.

In het navolgende gaan wij eerst kort in op de bepaling van de omvang van de compensatieverplichting.²⁶

Afwegingskader bepaling omvang compensatieverplichting

Like-for-like

2.9 De meest eenvoudige vorm van natuurcompensatie is '*like-for-like*'. In een dergelijke situatie is het mogelijk

18 Zie voor nadere informatie: www.depi.vic.gov.au/environment-and-wildlife/biodiversity/melbourne-strategic-assessment/habitat-compensation.
 19 Zie voor nadere informatie: www.environment.nsw.gov.au/biobanking/ en www.environment.nsw.gov.au/resources/biobanking/biobankingoverview07528.pdf.
 20 Zie voor nadere informatie onder meer: www.wildlife.ca.gov/Conservation/Planning/Banking, www.fws.gov/endangered/esa-library/pdf/conservation_banking.pdf en www.habitatbank.com waar twee projecten uit Washington State worden beschreven, de 'Coweeman River Wetland and Conservation Bank' en de 'Keller Farm Mitigation Bank'.
 21 Zie K. Hunt, *Fish Habitat Banking in Canada: Opportunities and Challenges*, 2011, p. 6 (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/347440.pdf). Uit het rapport volgt dat er ten minste 25 habitat banks zijn in Canada.
 22 Zie www.environmentbank.com/biodiversity-accounting.php#landowners. Ook in Frankrijk is er ervaring met habitat banking. Zie R.H.W. Frins, *Mitigation, compensatie en saldering in het omgevingsrecht*, 2016, p. 409 e.v.
 23 Zie voor nadere details (en andere voorbeelden): K. Hunt e.a., *Fish Habitat Banking in Canada: Opportunities and Challenges*, 2011 p. 16 e.v. (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/347440.pdf). Uit het rapport volgt dat de kosten van het creëren en monitoren van een habitat bankingproject zo'n 4-10 maal goedkoper is dan het implementeren van kleine specifiek op het project dat de aantasting veroorzaakt gerichte compensatieprojecten.

24 In diverse landen wordt onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van habitat banking. Zie onder meer: B.D.J. Briggs e.a., *Habitat Banking – how could it work in the UK*, *Journal for Nature Conservation* 2009, p. 112 e.v.; K. Hunt e.a., *Fish Habitat Banking in Canada: opportunities and challenges*, Econ. Commer. Anal. Rep. 2011 (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/347440.pdf).
 25 Zie Fisheries and Oceans Canada, *Habitat Compensation Guide*, 2000, p. 10 (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/270280.pdf) en K. Hunt, *Fish Habitat Banking in Canada: Opportunities and Challenges*, 2011, p. 6 (www.dfo-mpo.gc.ca/Library/347440.pdf).
 26 Er is veel onderzoek gedaan naar dit onderwerp, met name door economen en ecologen. Voor nadere details wordt verwezen naar deze literatuur. Zie o.a. K.G. Loughlin, *A Review of Methods Used to Offset Residual Impacts of Development Projects on Fisheries Productivity*, 2014 (www.dfo-mpo.gc.ca/csas-sccs/Publications/ResDocs-DocRech/2013/2013_097-eng.pdf); D. Cook & N.Clay, *Marine Biodiversity Offsetting and Habitat Banking Feasibility Study*, The Crown Estate, 2013, p. 18 e.v. (www.thecrownestate.co.uk/media/5653/marine-biodiversity-offsetting-and-habitat-banking-feasibility-study.pdf). Zie ook de uitwerking van Annex 2 van Richtlijn 2004/35/EG (www.envliability.eu/publications.htm).

het habitatype dat aangetast raakt of is geraakt, te compenseren met hetzelfde habitatype, ook voor wat betreft oppervlakte en natuurkwaliteit. Dat zou aan de orde kunnen zijn bij veel voorkomende habitats, zoals estuaria of bepaalde graslanden. Overigens wordt in de literatuur wel betoogd dat in geval van *ex ante* situaties en dan specifiek waar het gaat om kwetsbare en moeilijk vervangbare habitats – er een voorkeur zou moeten bestaan voor ‘*like-for-like*’ compensaties.²⁷

Like-for-unlike. Vergelijking debits en credits

2.10 Als ‘*like-for-like*’ compensatie niet mogelijk is, moeten er meer complexe afwegingen worden gemaakt om er zeker van te zijn dat er niet toch uiteindelijk sprake is van een verlies aan milieukwaliteit. Overigens kan zich dit ook voordoen indien het wel mogelijk is te compenseren met hetzelfde habitatype, maar het natuurgebied dat onderdeel uitmaakt van de habitat bank, van een mindere natuurkwaliteit is bijvoorbeeld omdat het in het verleden door industriële activiteiten aangetast is geraakt.

Er zijn verschillende opties om de omvang van de compensatieverplichting vast te stellen, variërend van eenvoudig en abstract tot gedetailleerd, gebiedsspecifiek en complex, rekening houdend met allerlei factoren en variabelen zoals de specifieke kwaliteit van het natuurgebied of het habitatype dat gecompenseerd moet worden en de kwaliteit van de plant- en diersoorten die er te vinden zijn. Verkeren deze soorten wel of niet in een voldoende staat van instandhouding. Algemeen wordt aangenomen dat het met de niet-abstracte benadering eenvoudiger is na te gaan of met de voorgenoemde compensatie ook feitelijk geen verlies aan natuurareaal, biodiversiteit en ecosysteemfuncties ontstaat oftewel of er geen sprake is van een ‘no-nett-loss’. Nadeel van een dergelijke methode is dat deze complex is en veel inzet vereist om te ontwikkelen.

2.11 Een voorbeeld van de meer abstracte methode is de introductie – op voorhand – van een prijs in Euro’s per hectare natuurgebied of habitatype. De prijs wordt veelal aan de hand van een aantal factoren bepaald:

- de zeldzaamheid en/of uniekheid van het te compenseren habitat;
- de hoeveelheid hectares die van het te compenseren habitatype in een deel van Nederland aanwezig is;
- de locatie van het te compenseren natuurgebied of habitat. Is deze wel/of niet strategisch gelegen? Vormt het een corridor tussen natuurgebieden?
- de tijd die het kost om het compensatiegebied te laten ontwikkelen tot een gebied vergelijkbaar met het te compenseren natuurgebied of habitat;
- de kosten die gemaakt moeten worden om het compensatiegebied te laten ontwikkelen tot een gebied vergelijkbaar met het te compenseren natuurgebied of habitat, inclusief lange termijn onderhouds- en moni-

toringskosten. De hoogte van deze kosten kunnen worden bepaald aan de hand van kengetallen;

- het gebruik door het publiek van het te compenseren natuurgebied of habitat.

2.12 Er is in diverse landen ervaring met deze methode, waaronder Duitsland en Australië.²⁸ Zo kent Duitsland een systeem waarbij verschillende habitatypes in een aantal klassen worden ingedeeld en aan deze habitatypes een waarde wordt toegekend en vervolgens een correctie plaatsvindt op basis van de kwaliteit van de betreffende habitat.²⁹

2.13 Een andere abstracte methode is de introductie van een vergelijkingsstandaard. Er zijn diverse standaarden ontwikkeld, variërend van eenvoudig tot uiterst complex. In het laatste geval wordt veelal rekening gehouden met variabelen als:

- het verschil in uniekheid, zeldzaamheid, kwetsbaarheid en natuurkwaliteit tussen de het te compenseren natuurgebied en habitatype en het compensatiegebied;
- de functies die het betreffende natuurgebied of habitat heeft voor (zeldzame en/of kwetsbare) dier- en plantensoorten;
- de geografische afstand tussen het te compenseren natuurgebied en habitatype en het compensatiegebied;
- de tijd die nodig is om het compensatiegebied op ‘niveau’ te krijgen zodat het kan dienen als een compensatie voor het te compenseren gebied of habitat;
- de risico’s en onzekerheden die gemoeid zijn met de (verdere) ontwikkeling van het compensatiegebied zodat het ook werkelijk als compensatie voor het te compenseren gebied of habitat kan dienen en kan blijven dienen; en
- ingeval het compensatiegebied na verloop van tijd een betere natuurkwaliteit krijgt dan het te compenseren gebied, hoe wordt omgegaan met dit voordeel.

2.14 Een voorbeeld van een gedetailleerde en mogelijk complexe vergelijkingsstandaard is te vinden in New South Wales, Australië. Daar is een ‘Biobanking Credit Calculator’ ontwikkeld. Een computerapplicatie waarmee mede op basis van bovenstaande factoren kan worden berekend wat de omvang is van de te verwachten schade en wat aan ‘credits’ nodig is om hiervoor te compenseren.³⁰

27 Zie ICF, *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat banking scheme*, 2013. Te raadplegen via: https://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/Habitat_banking_Report.pdf.

28 Zie resp.: <https://verwickeltes.wordpress.com/2011/01/11/biotopwertpunkte-in-hessen/> en www.depi.vic.gov.au/environment-and-wildlife/biodiversity/melbourne-strategic-assessment/habitat-compensation.

29 Zie www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Strategien_Bilanzen_Gesetze/Kompensationsverordnung/entwurf_bkompV_anlage2_19-04-13_bf.pdf en www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Strategien_Bilanzen_Gesetze/Kompensationsverordnung/entwurf_bkompV_anlage1_19-04-13_bf.pdf.

30 NSW, *Credit Calculator for Major Projects and BioBanking Operational manual*, 2016, p. 5 (www.environment.nsw.gov.au/resources/biobanking/160096BBCC.pdf). Zie ook www.environment.nsw.gov.au/biobanking/calculator.htm.

Basisvoorwaarden habitat banking

2.15 Zoals opgemerkt is er al de nodige ervaring met habitat banking. Zo zijn er in Victoria, New South Wales, Canada, Washington en het Verenigd Koninkrijk al diverse projecten waarbij voorgenomen aantastingen van beschermde natuurgebieden en beschermde soorten door gebruikmaking van habitat banking zijn of worden gecompenseerd. Opvallend aan deze en andere habitat bankingsystemen (en de literatuur hierover), is dat duidelijk is dat wil habitat banking succesvol kunnen zijn in die zin dat ook werkelijk een compensatie voor de natuuraantasting wordt geboden en er dus een 'no-nett-loss' is aan beschermde habitats en biodiversiteit, er een aantal basisvoorwaarden gelden. Daarbij valt allereerst op dat er in een aantal staten wet- en regelgeving is die het gebruik van habitat banking faciliteert onder meer door aan te geven welke minimumeisen er worden gesteld aan een habitat bank en in welke gevallen er gebruik kan worden gemaakt van habitat banking.³¹ In sommige gevallen wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen een habitat bank die wordt beheerd door de overheid en die ook natuurgebieden gebruikt die in eigendom zijn bij de overheid, en de habitat bank die particulier initiatief is en waarbij de compensatie op particulier terrein plaatsvindt. In het laatste geval gelden er vaak strengere eisen.

Kort samengevat gaat het veelal om het volgende.

Registratie compensatiegebieden en eigendomsoverdracht credits

2.16 Op voorhand zal duidelijk moeten zijn welke natuurgebieden er beschikbaar zijn voor compensatie en welke aantastingen van habitattypen ermee gecompenseerd kunnen worden. Ook is het noodzakelijk dat inzicht bestaat in de kwaliteit van het compensatiegebied. Registratie van de natuurgebieden die onderdeel uitmaken van een habitat bank is dan ook noodzakelijk, waarbij ook uitgangspunt zou moeten zijn dat deze registers voor het publiek toegankelijk zijn.

Verder zal geregistreerd moeten worden welke (delen van) compensatiegebieden (nog) beschikbaar zijn voor compensatie of, indien alleen in 'credits' wordt gehandeld, hoeveel 'credits' er nog beschikbaar zijn. Immers, voorkomen moet worden dat er sprake is van een dubbele verkoop van hetgeen op basis van de habitat bank beschikbaar is.

Er zijn diverse staten met compensatieregisters. Een voorbeeld is de 'Biobanking public register', onderdeel van het Biodiversity Banking and Offsets Scheme uit New South Wales in Australië.

Helderheid afwegingskader bepaling omvang compensatieverplichting

2.17 Verder is het noodzakelijk dat op voorhand duidelijk is op welke wijze de omvang van de compensatiever-

plichting moet worden vastgesteld en hoe wordt bepaald wat een afdoende compensatie is. In dat kader zal helder moeten zijn wat de invloed is van de kwaliteit van het compensatiegebied op de omvang van de verplichting en hoe rekening wordt gehouden met de behoud- en andere kosten die de eigenaar van het gebied moet maken. Er zijn, zoals eerder opgemerkt, verschillende methoden beschikbaar om de 'debits' en de 'credits' vast te stellen, van zeer gedetailleerd tot abstract.³² Het voorgaande is met name van belang als *like-for-like* niet mogelijk is (zoals vaak het geval zal zijn).

Compensatieovereenkomst

2.18 Ook worden in veel landen overeenkomsten gesloten tussen enerzijds de natuurlijke of rechtspersoon die voornemens is een plan of project uit te voeren en anderzijds de eigenaar van het gebied dat wordt ingezet voor compensatiedoeleinden. In de overeenkomst worden veelal afspraken neergelegd over het lange termijn onderhoud en behoud van het gebied. Omdat publieke belangen aan de orde zijn komt het regelmatig voor dat ook de overheid partij wordt bij de overeenkomst of dat de inhoud van de overeenkomst moet worden goedgekeurd door de overheid.

Financiering en behoud habitat bank

2.19 Het is goed mogelijk dat de gebieden die onderdeel uitmaken van een habitat bank en die ingezet zouden moeten gaan worden voor natuurcompensatie, op het moment van het creëren van de habitat bank nog onvoldoende natuurwaarde hebben om als compensatiegebied te kunnen functioneren. Ook is het mogelijk dat gebieden die onderdeel uitmaken van een habitat bank na een aantal jaar – mogelijk mede gefinancierd door de partijen die 'credits' hebben gekocht – een zodanige natuurwaarde hebben verkregen dat de gebieden aantrekkelijk worden voor bijvoorbeeld woningbouw.

Om zeker te stellen dat deze gebieden onderdeel blijven van de habitat bank gaat de overheid in veel landen overeenkomsten aan met de eigenaars van de natuurgebieden die onderdeel uitmaken van een habitat bank. Daarin wordt dan niet alleen vastgelegd wat de financiële invloed is van het nemen van herstelmaatregelen die de grondeigenaar neemt met betrekking tot de in mindere staat verkerende natuurgebieden voor de waarde van de 'credits' die op de markt kunnen worden gebracht. Ook wordt vastgelegd dat de compensatiegebieden ook op langere termijn beschikbaar moeten blijven en dus ook werkelijk een compensatie blijven bieden voor de aantasting die heeft plaatsgevonden. Om één en ander zeker te stellen zijn veel habitat banks onderworpen aan monitorings- en rapportageverplichtingen.

Tussenconclusie

2.20 Er is in het buitenland de nodige ervaring met habitat banking. Mede op basis hiervan is een aantal basisvoorwaarden te onderscheiden waaraan een habitat bank

31 Dat is in ieder geval zo in Canada, Washington en Victoria en New South Wales. Zie resp.: Canada Fisheries Act (Paragraph 35(2)(b) of the Fisheries Act Regulations); Washington State Wetland Mitigation Bank Rule (Chapter 173-700 WAC); New South Wales Threatened Species Conservation Act en Victoria's Native Vegetation Clearing Regulations.

32 Zie over de relevantie van de helderheid van de te gebruiken methodiek: F. Quétiér & S. Lavorel, 'Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions', *Biological Conservation* 2011, vol. 144/12, p. 2991-2999.

moet voldoen. Uit de literatuur lijkt te volgen dat de meer recent tot stand gekomen habitat bankingsystemen, die de hierboven kort weergegeven vereisten in acht nemen, veelal neergelegd in wet- en regelgeving, op een succesvolle wijze een compensatie bieden voor voorgenomen aantastingen van beschermde habitats.

2.21 Bij de beantwoording van de vraag of habitat banking in Nederland een rol zou kunnen spelen bij het verlenen van toestemming voor projecten die een negatieve invloed hebben op de bestaande natuur, moet onderscheid worden gemaakt tussen Europees beschermde gebieden (Natura 2000) en overige beschermde natuur. Bij die laatste natuur kan vooral worden gedacht aan de voormalige Ecologische Hoofdstructuur, thans Natuurnetwerk Nederland, waarvoor elk van de Nederlandse provincies bij wijze van verordening een beschermingsregime in het leven heeft geroepen.

3. Natura 2000 en habitat banking

3.1 Algemeen wordt aangenomen dat habitat banking voor Natura 2000-gebieden geen praktische betekenis heeft, gezien het strakke keurslijf van artikel 6 van de Habitatrictlijn en de uitleg, die het Hof van Justitie EU daaraan geeft.

Voor Natura 2000-gebieden is in de eerste plaats artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn van belang. 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, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Vervolgens kan slechts toestemming voor een plan of project worden gegeven als de bevoegde instantie de zekerheid heeft verkregen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.

Als het plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, toch moet worden gerealiseerd, kan op grond van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn toestemming worden verleend na het doorlopen van de zogenaamde ADC-toets (alternatieven, dwingende redenen van groot openbaar belang en compensatie).

3.2 In Nederland zijn deze bepalingen geïmplementeerd in de artikelen 2.7 en 2.8 van de Wet natuurbescherming. Compensatie voor schade aan Natura 2000 is aan de orde in artikel 2.7 en 2.8 van de Wet natuurbescherming. In eerste instantie geldt – kort gezegd – dat voor een plan of project dat, afzonderlijk of in combinatie met een ander plan of project, significante negatieve effecten kan hebben voor een Natura 2000-gebied, een passende beoordeling moet worden gemaakt. Het plan of project kan alleen doorgang vinden wanneer uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet worden aangetast. Uitzondering hierop is de zogenaamde ADC-toets. Een plan of project

waarvoor uit de passende beoordeling blijkt dat aantasting van de natuurlijke kenmerken niet kan worden uitgesloten, kan doorgang vinden indien:

- er geen alternatieve oplossingen zijn;
- het plan of project nodig is om dwingende redenen van groot openbaar belang; en
- de nodige compenserende maatregelen worden getroffen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 gewaarborgd blijft.

Ten aanzien van de compenserende maatregelen is daarbij bepaald dat deze onderdeel moeten uitmaken van het plan c.q. de vergunning voor het project.

3.3 Over de aard en vorm van compensatie wordt in de Wet natuurbescherming verder niets dwingend geregeld. Aangezien de regeling in de Wet natuurbescherming een rechtstreekse implementatie is van artikel 6, leden 3 en 4, van de Habitatrictlijn, moet voor verdere kaders gekeken worden naar de uitleg van deze bepalingen. Uit de door de Europese Commissie uitgegeven richtsnoeren over de toepassing van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn kan de volgende set aan relevante randvoorwaarden voor compensatie worden gedestilleerd³³:

- Compensatie is altijd een “laatste redmiddel”. Uitgesloten moet zijn dat de ongunstige gevolgen voor Natura 2000 niet met mitigerende maatregelen voorkomen kunnen worden. Dit volgt ook uit de vereiste dat alternatieve oplossingen ontbreken.³⁴
- Compenserende maatregelen moeten verder gaan dan (aanvullend zijn op) de normale/standaardmaatregelen die vereist zijn voor de bescherming en het beheer van Natura 2000-gebieden. De uitvoering van een beheerplan of het voorstellen of aanwijzen van een nieuw gebied dat reeds op de lijst van gebieden van communautair belang was geplaatst is geen compensatie.
- Om te voldoen aan de eis dat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk gewaarborgd blijft, moeten de compenserende maatregelen:
 - a) qua omvang afgestemd zijn op de schadelijke gevolgen die de habitats en soorten ondervinden (in het Engels: “address, in comparable proportions, the habitats and species negatively affected”); en
 - b) voorzien in functies die vergelijkbaar zijn met de functies die aan de basis lagen van de oorspronkelijke selectie van het betrokken gebied, met name wat de adequate geografische spreiding betreft. Het volstaat niet dat de compenserende maatregelen betrekking hebben op dezelfde biogeografische regio in één lidstaat.

³³ M. Conway et al., *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat banking scheme*, 2013, p. 45 (ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/Habitat_banking_Report.pdf). Relevant zijn par. 1.4 en 1.5 van de Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrictlijn (Richtlijn 92/43/EEG).

³⁴ Zie ook de Conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de EG in de zaak “Castro Verde” (C-239/04), par. 35.

- Het resultaat moet in principe al bereikt zijn (d.w.z. de compensatie moet reeds een feit zijn) op het moment waarop het betrokken gebied schade van het project ondervindt. Wanneer in bepaalde omstandigheden niet aan deze voorwaarde kan worden voldaan, moeten de intussen geleden verliezen extra worden gecompenseerd.

Mogelijkheden habitat banking binnen het geldend juridisch kader

3.4 In theorie zijn er voor Natura 2000 mogelijkheden om te werken met een habitat bank waarin natuur is ondergebracht die wordt beschermd om op enig moment te dienen als compensatie. De meest voor de hand liggende optie is dat gronden worden opgenomen in een habitat bank waarop nieuwe habitattypen c.q. leefgebieden van soorten worden gecreëerd die voldoen aan de functies en instandhoudingsdoelstellingen van in de toekomst mogelijk aan te tasten Natura 2000. Een andere optie is dat een bestaand Natura 2000-gebied in een habitat bank wordt opgenomen. Hier kunnen dan maatregelen worden genomen ter verbetering van de aanwezige habitats. Op voorwaarde dat die maatregelen aanvullend zijn op de vereiste reguliere instandhoudings- en beheermaatregelen, zou de extra gecreëerde verbetering ingezet kunnen worden als compensatie.

3.5 Wat naar onze mening ook mogelijk is, is dat in een habitat bank gronden worden opgenomen die nog niet zijn aangewezen als Natura 2000, maar die al wel habitattypen of soorten herbergen op een niveau waarop het gebied als Natura 2000 zou kunnen worden aangewezen.³⁵

3.6 Voor alle denkbare opties geldt echter dat de potentie van een systeem van habitat banking, als gevolg van de hierboven geschetste strikte voorwaarden aan compensatie voor Natura 2000, gering is. In de eerste plaats zal het altijd alleen om 'like for like' moeten gaan, maar bovendien zal in de praktijk niet altijd op voorhand kunnen worden ingeschat aan welke compensatie-habitattypen in de toekomst behoefte zal zijn, én zal bij compensatie in het kader van artikel 6, vierde lid, van de Habitatrictlijn ook moeten worden voldaan aan de andere eisen van dat artikel, en dus zal er een indringend alternatievenonderzoek moeten plaatsvinden en moet er sprake zijn van dwingende redenen van groot openbaar belang. En die zullen voor particuliere projecten veelal niet kunnen worden aangetoond.³⁶ Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Europese Commissie zelf concludeert:

“Habitat-banking is nauwelijks zinvol als compenserende maatregel in het kader van artikel 6, lid 4, aangezien

compensatie ter bescherming van de samenhang van het netwerk [...] aan strenge criteria gebonden is.”³⁷

Dat is op zichzelf te betreuren aangezien een goed functionerend habitat banksysteem het niet alleen eenvoudiger zal kunnen maken om projecten te realiseren, maar ook mogelijkheden geeft om in één keer grootschalige (en daardoor vaak hoogwaardigere) compensatienatuur te creëren, in plaats van kleine en versnipperde individuele compensatieprojecten.

3.7 Om aan het beperkte potentieel van compensatie via habitat banking voor Natura 2000 iets te veranderen, zal de Habitatrictlijn – in het bijzonder artikel 6, vierde lid Habitatrictlijn – dan ook moeten worden aangepast. Op dit moment zijn daartoe echter geen concrete plannen. Integendeel, uit de in 2016 uitgevoerde ‘fitness check’ van de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn heeft de Europese Commissie de conclusie getrokken dat de richtlijnen nog steeds ‘fit for purpose’ zijn. Het in april 2017 verschenen actieplan bevat dan ook geen voornemen tot wijziging van de richtlijnen maar alleen het voornemen tot het bijwerken van richtsnoeren, het verbeteren van betrokkenheid en naleving en het doen van meer investeringen.³⁸

Habitat banking en natuurinclusief ontwerpen

3.8 Impliceert habitat banking dat per definitie de in het vierde lid van artikel 6 Habitatrictlijn bedoelde ADC-toets moet worden doorlopen, of zou habitat banking wellicht ook een rol kunnen spelen bij de op grond van het derde lid van artikel 6 Habitatrictlijn vereiste zekerheid dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet worden aangetast? Met andere woorden, gaat het bij habitat banking per definitie om *compensatie*, of zou wellicht ook nog kunnen worden gesproken van het “neutraliseren” van significante effecten door middel van een vorm van natuurinclusief ontwerpen³⁹, waarbij dan de in te zetten maatregelen uit de habitat bank kunnen worden beschouwd als mitigerende maatregelen c.q. beschermingsmaatregelen? Het arrest *Briels* van het Europese Hof lijkt daarover een duidelijk ontkennend antwoord te geven.⁴⁰ In die procedure – over het tracébesluit tot verbreding van de A2 tussen 's-Hertogenbosch en Eindhoven – nam het Hof als uitgangspunt dat het project significante negatieve gevolgen voor de habitattypen en beschermde soorten in het gebied zou hebben, met name voor het bestaande areaal en voor de kwaliteit van het habitatype blauwgraslanden, vanwege de uitdroging en de verzuring van dat habitatype door stikstofdepositie vanwege de weg. Dat in het tracébesluit

35 In de memorie van toelichting bij de Wet natuurbescherming, worden deze opties als mogelijke invullingen van compensatie genoemd – zij het niet in de vorm van een compensatiepoule. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, 3, p. 120.

36 Zie H.E. Woldendorp & H. Schoukens, 'De Habitatrictlijn als Doos van Pandora', *M en R* 2015/2.

37 Richtsnoeren, p. 16. Zie ook: H.E. Woldendorp, 'Natuurinclusief ontwerpen, saldering en habitatbanking; meer dan modeverschijnselen?', *Journal Flora en fauna*, 2010, p. 211-214 en R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht*, diss. Nijmegen, p. 412-418.

38 Mededeling van de Europese Commissie, COM(2017) 198.

39 Zie: H.E. Woldendorp, 'Natuurinclusief ontwerpen en Natura 2000', *BR* 2015/40.

40 HvJ EU 15 mei 2014, *BR* 2014/94, m.nt. H.E. Woldendorp, *AB* 2014/189, m.nt. R.H.W. Frins, *M en R* 2014/112, m.nt. M.M. Kaajan en *TBR* 2014/154, m.nt. M.A.A. Soppe en J. Gundelach.

ook maatregelen waren voorzien om elders in het Natura 2000-gebied de hydrologische situatie te verbeteren waardoor de blauwgraslanden daar konden worden uitgebreid en per saldo meer en betere blauwgraslanden konden worden gecreëerd dan in de Ausgangssituatie was volgens het Hof geen aanleiding af te doen aan de conclusie dat de natuurlijke kenmerken van het gebied werden aangetast in de zin van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn. Volgens het Hof verlangt het voorzorgsbeginsel van de bevoegde nationale instanties dat alleen beschermingsmaatregelen worden betrokken waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien te voorkomen of te verminderen, teneinde ervoor te zorgen dat het project de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet aantast. De in het tracébesluit opgenomen maatregel van het elders creëren van blauwgraslanden strekte er volgens het Hof niet toe om de significante negatieve gevolgen te voorkomen of te verminderen, maar slechts om deze gevolgen te compenseren. Omdat bovendien eventuele positieve gevolgen van het achteraf tot ontwikkeling brengen van een nieuwe habitatmaatregel onzeker zijn, kon volgens het Hof slechts toestemming worden verleend aan de hand van de ADC-toets van artikel 6, vierde lid Habitatrichtlijn.

Nationale jurisprudentie

3.9 Daarmee leek het doek gevallen te zijn voor het bij wijze van mitigatie creëren van nieuw habitat. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak na het arrest dat het verwijderen van plaggen grijze duinen ten behoeve van kustversterking, en het vervolgens overbrengen van die plaggen naar een locatie op korte afstand, direct grenzend aan de locatie van het habitatype, niet ziet op het voorkomen of het verminderen van schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, maar slechts bevordert dat dit habitatype op een andere locatie tot ontwikkeling wordt gebracht. Deze vorm van “plaggentransplantatie” kon volgens de Afdeling dan ook niet worden aangemerkt als het wegnemen van de schadelijke gevolgen van het project.⁴¹ Ook het bij wijze van maatregel beperken van stikstofdepositie op een habitatype elders in het Natura 2000-gebied kon volgens de Afdeling niet voorkomen dat er sprake was van aantasting van natuurlijke kenmerken. Positieve gevolgen van maatregelen voor een areaal van een habitatype waarvoor het project geen negatieve effecten heeft, kunnen niet worden betrokken bij de beoordeling of het project leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied. Beheermaatregelen kunnen slechts als mitigerende maatregel worden meegenomen in de passende beoordeling, als deze worden uitgevoerd ter plaatse van de arealen van een habitatype waar een toename van stikstofdepositie plaatsvindt.⁴²

Arrest Orleans

3.10 Het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Orleans* bevestigt die strenge lijn.⁴³ De situatie waarop dat arrest betrekking had, leek sterk op die van het arrest *Briels*. Daar ging het om een havenproject dat – naar het Hof als uitgangspunt nam – leidde tot verlies aan bestaand areaal van slikken en schorren. Het Vlaams gewest had in een gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan echter voorzien in het creëren van vervangend habitat en had aanvullend bepaald dat de ontwikkeling van de haven pas mogelijk werd nadat de vervangende habitats duurzaam waren ingericht. Volgens het Vlaams gewest was de aan de orde zijnde situatie dus niet vergelijkbaar met de situatie in het arrest *Briels*, aangezien in die zaak bestaande arealen van beschermd habitat al werden aangetast zonder dat vooraf een areaal van hetzelfde type was gerealiseerd.

Het Hof van Justitie zag echter geen relevant verschil, en benadrukte daarbij dat de aantasting van het betrokken Natura 2000-gebied vaststond, terwijl de uit de ontwikkeling van de vervangende natuur voortvloeiende voordelen onzeker waren, omdat die ontwikkeling nog niet was voltooid. Er was volgens het Hof, net als bij *Briels*, louter sprake van een aanname dat toekomstige voordelen de significante effecten op het gebied zullen mitigeren. Het Hof antwoordde dan ook op de prejudiciële vraag dat maatregelen die erin voorzien dat, voordat zich negatieve gevolgen voordoen voor een type natuurlijk habitat, een toekomstig areaal van dat type wordt ontwikkeld, waarvan de ontwikkeling evenwel zal worden voltooid ná de beoordeling van de significantie van de mogelijke aantasting van de natuurlijke kenmerken van dit gebied, niet in aanmerking kunnen worden genomen bij de passende beoordeling op grond van artikel 6, derde lid Habitatrichtlijn. Dat soort maatregelen kunnen in voorkomend geval slechts als compenserende maatregel in de zin van artikel 6, vierde lid Habitatrichtlijn worden aangemerkt wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden.

3.11 Hoewel in de literatuur wordt aangenomen dat het Hof daarmee de mogelijkheid voor het in aanmerking nemen van mitigerende maatregelen nóg verder heeft beperkt dan het al in het arrest *Briels* had gedaan⁴⁴, geven de overwegingen van het arrest toch ook aanleiding om een opening te zien voor het betrekken van de aanleg van vervangend habitat in een passende beoordeling.

Het Hof lijkt immers niet zozeer het beletsel te zien in het feit dat er vervangend habitat wordt aangelegd maar vooral in het feit dat er ten tijde van het opstellen van de passende beoordeling nog onzekerheid bestond over de vraag of de vervangende natuur inderdaad in volle omvang zal kunnen worden bewerkstelligd. Ook in het arrest over de kolencentrale Moorburg⁴⁵, waar het ging om de aanleg van een vervangende vistrap, legde het Hof de nadruk op het ontbreken

41 ABRvS 24 december 2014, *JM* 2015/41, m.nt. Zijlmans, *BR* 2015/23, m.nt. H.E. Woldendorp en ABRvS 24 december 2014, *JM* 2015/24, m.nt. H.E. Woldendorp, *JM* 2015/42, m.nt. Zijlmans. Zie ook M.M. Kaajan, ‘Nbw-toestemming zonder ADC-toets na het arrest *Briels*; feit of fictie?’, *Journal Flora en fauna* 2015/83.

42 ABRvS 24 december 2014, *BR* 2015/22, m.nt. H.E. Woldendorp. Zie voor een geslaagde toepassing: ABRvS 9 september 2015, *BR* 2015/103, m.nt. H.E. Woldendorp en *M en R* 2016/8, m.nt. M.M. Kaajan.

43 HvJEU 21 juli 2016, *M en R* 2016/131, m.nt. M.M. Kaajan, *Gst.* 2016/171, m.nt. S.D.P. Kole en *JM* 2016/116, m.nt. Zijlmans.

44 Zie R.H.W. Frins, ‘Het arrest *Orleans* e.a.: het PAS en natuurmaatregelen veroordeeld tot de brandstapel?’, *TBR* 2016/147 en de noot van M.M. Kaajan bij het arrest in *M en R* 2016/31.

45 HvJEU, 26 april 2017, C-142/16.

van de vereiste zekerheid dat deze beschermingsmaatregel daadwerkelijk doeltreffend zou zijn.

Dat lijkt ruimte te bieden voor een benadering waarbij al vóór het moment van het geven van toestemming voor een plan of project de vervangende natuur feitelijk is gerealiseerd. Dan kan immers in de passende beoordeling worden vastgesteld dat door het project als geheel de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast, omdat het gebied reeds daadwerkelijk is versterkt. Weliswaar zal zo'n aanpak niet voor alle habitattypen soelaas kunnen bieden (zo zal bijvoorbeeld het habitatype "oude eikenbossen" vele jaren vergen om daadwerkelijk tot ontwikkeling te komen) maar andere habitattypen – waaronder bijvoorbeeld het in het *Orleans*-arrest aan de orde zijnde habitatype "estuarium" – kunnen veel sneller – en dus ook vooraf – tot ontwikkeling worden gebracht.

In die zin geeft het arrest *Orleans* dus wellicht juist mogelijkheden voor een vorm van natuurinclusief ontwerpen. Als in een vroegtijdig stadium een inschatting wordt gemaakt van mogelijke effecten op een habitatype, kan dat habitatype op voorhand worden ontwikkeld en versterkt, zodat uiteindelijk bij het geven van toestemming voor een project of plan kan worden geconstateerd dat per saldo de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast. Dat zou dan kunnen door dat nieuwe habitat te betrekken in de passende beoordeling als 'feitelijke ontwikkeling' zoals de Afdeling bestuursrechtspraak deed in de bekritiseerde uitspraak over de kolencentrale op de Maasvlakte⁴⁶, maar zou ook kunnen door het aldus gecreëerde saldo uit de habitat bank rechtstreeks te koppelen aan de toestemming voor het project, en het in die zin aanmerken als een 'beschermingsmaatregel' waarmee daadwerkelijk wordt voorkomen dat er negatieve gevolgen optreden.

Programmatische Aanpak Stikstof

3.12 De Nederlandse Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) kan tegen deze achtergrond ook als een bijzondere vorm van habitat banking worden gezien. Weliswaar voorziet de PAS niet in het creëren van nieuw areaal habitattypen, maar een belangrijk onderdeel van de PAS zijn wel de herstelmaatregelen die in door stikstof overbelaste habitattypen worden getroffen. Die herstelmaatregelen, zoals maatregelen ten aanzien van vegetatie of maatregelen gericht op vernatting van bepaalde gebieden, kunnen negatieve gevolgen van stikstofdepositie voorkomen. Door in één programma te voorzien in enerzijds bronmaatregelen en herstelmaatregelen en anderzijds depositieruimte voor nieuwe projecten, kan per saldo worden voorkomen dat door de stikstofdepositie van die nieuwe projecten de natuurlijke kenmerken van Natura 2000 worden aangetast. In de verwijzingsuitspraak van 17 mei 2017 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak onder meer prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de verenigbaarheid van dit onderdeel van de PAS met de richtlijn: mogen herstelmaatregelen waarmee wordt voorkomen dat een bepaalde

natuurbelastende factor, zoals stikstofdepositie, schadelijke gevolgen kan hebben voor bestaande arealen van habitattypen of leefgebieden, geduid worden als beschermingsmaatregel als bedoeld in punt 28 van het arrest *Briels*?⁴⁷ Uit de overwegingen van de verwijzingsuitspraak blijkt dat de Afdeling voorsnog meent dat die vraag bevestigend zou kunnen worden beantwoord. De Afdeling acht deze maatregelen – in het licht van haar bestaande jurisprudentie – voorsnog niet te vergelijken met de maatregelen die in de arresten *Briels* en *Orleans* aan de orde waren. Er is immers geen sprake van een aantasting, die elders wordt gecompenseerd, maar door de herstelmaatregelen wordt voorkomen dat de extra depositie van de PAS-projecten een negatief effect kan hebben.

3.13 De PAS heeft alleen betrekking op stikstofdepositie. Habitat banking voor andere effecten zou wat ons betreft op een vergelijkbare manier kunnen worden vormgegeven. Voor situaties waarin effecten niet kunnen worden voorkomen door projectspecifieke beschermingsmaatregelen, zou in de Wet natuurbescherming een systeem kunnen worden opgezet voor het op voorhand creëren van vervangende habitat, dat kan worden ingezet om te bewerkstelligen dat per saldo aantasting van natuurlijke kenmerken wordt voorkomen. Of een dergelijke programmatische aanpak mogelijk is, is nog onzeker – ook daarover heeft de Afdeling bestuursrechtspraak prejudiciële vragen gesteld – maar voorsnog acht de Afdeling aannemelijk dat artikel 6 van de Habitatrictlijn zich niet verzet tegen een dergelijk programma, mits de daaraan ten grondslag gelegde gezamenlijke passende beoordeling aan de daaraan gestelde eisen voldoet.⁴⁸

Leef- en foerageergebied

3.14 Het arrest *Orleans* lijkt ook niet in de weg te staan aan een vorm van natuurinclusief ontwerpen – en daarmee dus ook habitat banking – bij mogelijke effecten op het leefgebied van beschermde soorten. Daarbij gaat het immers niet om een aantasting van een natuurlijk habitat, waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen, maar over de gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen voor bijvoorbeeld een vogelsoort, waarvoor dat gebied is aangewezen. De Afdeling heeft met name bij aantasting van foerageermogelijkheden dan ook steeds geaccepteerd dat het creëren van vervangend foerageergebied kan worden betrokken bij de conclusie dat uiteindelijk schadelijke gevolgen van een project kunnen worden voorkomen. Dat gebeurde al in de uitspraak over IJburg, waar door de aanleg van deze woonwijk buiten het Natura 2000-gebied een mosselbank zou verdwijnen die een belangrijke rol had voor het foerageren van vogels waarvoor het gebied was aangewezen. In het plan was echter voorzien dat er een vervangende mosselbank werd aangelegd, waardoor de nadelige effecten op de foerageermogelijkheden van de aangewezen watervogels konden worden ondervangen.⁴⁹ Ook na

46 ABRvS 27 januari 2016, *JM* 2016/45, m.nt. Zijlmans en *TBR* 2016/103, m.nt. R.H.W. Frins.

47 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 10.

48 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 9.

49 ABRvS 21 juli 2010, *BR* 2010/153, m.nt. H.E. Woldendorp.

het arrest *Briels* werd die lijn doorgezet. Bij de versterking van een waterkering aan de Noord-Hollandse kust, buiten Natura 2000, zou een foerageergebied verloren gaan voor een populatie scholeksters in het Natura 2000-gebied Waddenzee. De in het project opgenomen maatregelen tot het creëren van vervangende foerageermogelijkheden, konden volgens de Afdeling echter worden beschouwd als beschermingsmaatregelen in de zin van het arrest *Briels* omdat daarmee de schadelijke gevolgen voor de foerageermogelijkheden, en daarmee voor de aangewezen soorten, konden worden voorkomen.⁵⁰

Deze voorbeelden zagen wel alle op aantasting van foerageer- c.q. leefgebied buiten het voor de vogelsoort aangewezen Natura 2000-gebied, dus situaties waarin alleen indirecte effecten optraden. In een zaak waarin broed- en leefgebied binnen Natura 2000 verloren ging, werd het creëren van vervangend gebied buiten Natura 2000 niet als mitigerende maatregel aangemerkt.⁵¹ Wellicht was het oordeel van de Afdeling anders geweest als het vervangende gebied reeds operationeel was op het moment dat de passende beoordeling werd gemaakt. Dan is er – in termen van het *Orleans*-arrest – immers geen sprake meer van onzekerheid over de vraag of het vervangende gebied daadwerkelijk functioneel zal zijn. In een uitspraak van 29 maart 2017⁵² over het leefgebied van de zwarte specht op de Veluwe – ná het *Orleans*-arrest – ging de Afdeling overigens wel akkoord met het creëren van vervangend leefgebied binnen Natura 2000 als mitigatie van het door het project minder geschikt worden van bestaand leefgebied.

Hoe dan ook zijn er op dit punt dus mogelijkheden om een vorm van habitat banking – in de vorm van het tijdig creëren van extra foerageer- of leefgebied – te betrekken bij de beoordeling of de natuurlijke kenmerken van Natura 2000 worden aangetast.

4. Natuurnetwerk Nederland (voorheen EHS)

4.1 De bescherming van de voormalige Ecologische Hoofdstructuur (EHS) is tegenwoordig vrijwel volledig decentraal geregeld. De EHS wordt thans Natuurnetwerk Nederland genoemd en de daarvoor geldende provinciale (ruimtelijke) verordeningen verschillen inhoudelijk weinig van elkaar. Elk van de verordeningen bepaalt kort gezegd dat een bestemmingsplan geen andere functies dan een natuurfunctie voor de natuurnetwerkgebieden mogelijk mag maken, tenzij:

- geen reële alternatieven aanwezig zijn;
- sprake is van redenen van groot openbaar belang;
- de negatieve effecten op het gebied, de oppervlakte en de samenhang zoveel mogelijk worden beperkt; en
- de overblijvende negatieve effecten op de kernkwaliteiten van het gebied, de oppervlakte en de samenhang gelijkwaardig worden gecompenseerd.

50 ABRvS 29 oktober 2014, *TBR* 2014/206, m.nt. R.H.W. Frins, *BR* 2014/137, m.nt. H.E. Woldendorp en *JM* 2015/13, m.nt. Zijlmans. Zie voor het betrekken van vervangend leefgebied: ABRvS 1 april 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:1046*, r.o. 16.

51 ABRvS 11 februari 2015, *M en R* 2015/54, m.nt. M.M. Kaajan.

52 ABRvS 29 maart 2017, *TBR* 2017/80, m.nt. R.H.W. Frins.

4.2 Voor de compensatie worden veelal duidelijke eisen gesteld. Zo vraagt bijvoorbeeld de Gelderse Omgevingsverordening dat de compensatie:

- wordt gerealiseerd op gronden die nog geen natuurbestemming hebben en die gelegen zijn in of grenzend aan de Groene Ontwikkelingszone (GO) of grenzend aan het Gelders Natuurnetwerk (GNN) of in het zoekgebied van 7300 ha nieuwe natuur in het GNN;
- wordt, voor zover mogelijk, gerealiseerd aan of nabij het aangetaste gebied, met dien verstande dat een duurzame situatie ontstaat;
- planologisch wordt verankerd in hetzelfde dan wel in een ander gelijktijdig vast te stellen bestemmingsplan;
- in principe plaatsvindt in hetzelfde of een gelijktijdig vast te stellen bestemmingsplan, maar als dat niet mogelijk is, ook kan plaatsvinden door middel van een habitat bank (de verordening gebruikt de term 'compensatiepoule').

4.3 De compensatie moet erop gericht zijn dat de negatieve effecten op de kernkwaliteiten van het gebied, de oppervlakte en de samenhang gelijkwaardig worden gecompenseerd. Deze kernkwaliteiten zijn vastgelegd in een bijlage bij de Omgevingsverordening.

4.4 De omvang van de compensatie wordt bepaald door de omvang van het aangetaste areaal, waarbij een toeslag op de omvang van het aangetaste areaal wordt berekend, zowel in oppervlak, als in budget, te onderscheiden in de categorieën:

- natuur met een ontwikkeltijd van 5 jaar of minder: geen toeslag;
- natuur met een ontwikkeltijd tussen 5 en 25 jaar te ontwikkelen natuur: toeslag van 1/3 in oppervlak, vermeerderd met de gekapitaliseerde kosten van het ontwikkelingsbeheer;
- natuur met een ontwikkeltijd tussen 25 en 100 jaar te ontwikkelen natuur: toeslag van 2/3 in oppervlak, vermeerderd met de gekapitaliseerde kosten van het ontwikkelingsbeheer;
- bij een ontwikkelingsduur van meer dan 100 jaar: de toeslag van ten minste 2/3 in oppervlak en de gekapitaliseerde kosten van het ontwikkelingsbeheer zijn maatwerk.

4.5 In de Gelderse Omgevingsverordening is dus al duidelijk de mogelijkheid opgenomen van het werken met habitat banking voor projecten of plannen die leiden tot aantasting van GNN/GO. Op dit moment is dat systeem nog niet verder uitgewerkt en wordt er nog geen gebruik van gemaakt. Er zijn dus nog geen specifieke regels voor habitat banking, maar de verordening biedt wel aanknopingspunten om een dergelijk systeem op te zetten. Overigens valt wel op dat geen sprake is van een verplichting om exact te compenseren voor dezelfde natuurtypen of soorten waarvoor de negatieve effecten optreden. De compensatie moet (slechts) zien op dezelfde kernkwaliteiten.

4.6 Voor natuurnetwerkgronden zijn dus voldoende mogelijkheden om het systeem van habitat banking vorm te geven en in de praktijk werkbaar te maken.

4.7 De meest voor de hand liggende invulling zou zijn om gronden die nu nog niet kwalificeren als natuur, bijvoorbeeld agrarische gronden, in een habitat bank op te nemen. Op die gronden kan dan natuur worden gerealiseerd die bepaalde kernkwaliteiten heeft. Wanneer de kernkwaliteiten gerealiseerd zijn, kunnen zij als compensatie dienen voor de aantasting van gelijksoortige kernkwaliteiten in een plan of project elders. Daarbij zijn er diverse opties, variërend van het aankopen van areaal uit de habitat bank met als doel de hiermee verkregen natuur langdurig te behouden tot het aankopen van 'credits' bij de eigenaar van de habitat bank bedoeld om langdurig behoud en onderhoud van het natuur compensatiegebied te financieren. Met deze invulling wordt tegemoet gekomen aan de eis uit de Omgevingsverordening dat compensatie plaatsvindt op gronden die nog geen natuurbestemming hebben.

De hiervoor kort beschreven habitat banksystemen in andere delen van de wereld zouden inspiratie kunnen dienen om iets dergelijks verder vorm te geven.

versnipperde 'eigen' compensatieprojectjes, maar in één keer grootschalige en robuuste natuur kan worden gecreëerd.

5. Conclusie

Wereldwijd is veel ervaring opgedaan met habitat banking, als een effectieve methode om te verzekeren dat ontwikkelingen, waardoor de natuur wordt aangetast, uiteindelijk per saldo niet ten koste van die natuur gaan. Omdat het doel van een dergelijk systeem zou moeten zijn dat een schadeveroorzakende gebeurtenis niet leidt tot een verlies aan beschermde habitats en biodiversiteit, zullen er eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop een habitat bank wordt ingericht. Er zal immers zeker gesteld moeten worden dat de compensatie die door inzet van een habitat bank wordt gerealiseerd, ook op de lange termijn beschikbaar blijft en dat ook de natuurkwaliteit ervan niet achteruit gaat. Kortom, op voorhand moet zeker gesteld worden dat habitat banking leidt tot een *no-net-loss* aan beschermde habitats en biodiversiteit.

De ervaringen, die in het buitenland zijn opgedaan met habitat banking, kunnen in Nederland goede diensten bewijzen, zeker bij het Natuurnetwerk Nederland. Maar, anders dan veelal wordt verondersteld, lijken er toch ook wel mogelijkheden voor habitat banking te zijn in het kader van de Habitatrichtlijn. Ondanks het strakke keurslijf van die richtlijn en de strikte jurisprudentie van het Europese Hof, zijn er mogelijkheden om op voorhand habitat banking toe te passen, waarna – zodra deze maatregelen daadwerkelijk operationeel zijn – in een passende beoordeling kan worden geconcludeerd dat per saldo de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. Dat kan als voordeel hebben dat besluitvorming over projecten eenvoudiger wordt (de compensatie/mitigatie is dan immers al op voorhand zeker gesteld én operationeel) maar kan ook winst voor de natuur betekenen omdat dan niet meer hoeft te worden gekozen voor kleine