



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. TANCHEV
van 19 april 2018¹

Zaak C-164/17

**Edel Grace
Peter Sweetman
tegen
An Bord Pleanála**
interveniënten:
**ESB Wind Development Limited,
Coillte,
The Department of Arts, Heritage and the Gaeltacht**

[verzoek van de Supreme Court (hoogste rechterlijke instantie, Ierland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Milieu – Richtlijn 92/43/EEG – Artikel 6, lid 3 – Richtlijn 2009/147/EG – Beoordeling van de gevolgen van een windmolenproject voor een speciale beschermingszone – Blauwe kiekendief (*Circus cyaneus*) – Mitigerende maatregelen”

I. Inleiding

1. De blauwe kiekendief (*Circus cyaneus*) is een iconische vogel die bekend is, onder andere, wegens zijn baltsvlucht, het zogeheten „skydancing”, luchtacrobatiek met buitelingen, wendingen en salto's in de lucht om een wijfje aan te trekken.²
2. ESB Wind Development en Coillte wensen een windpark te bouwen bij Keeper Hill, County Tipperary, in een gebied dat speciaal is aangewezen om krachtens richtlijn 2009/147/EG (hierna: „vogelrichtlijn”)³ de blauwe kiekendief te beschermen.
3. De Ierse autoriteit An Bord Pleanála heeft hun daarvoor toestemming verleend, deels omdat zij van mening is dat de maatregelen in het door deze projectontwikkelaars voorgestelde beheersplan van soorten en habitats voldoet aan de verplichtingen van artikel 6, lid 3, van richtlijn 92/43/EEG (hierna: „habitatrichtlijn”)⁴, op grond waarvan An Bord Pleanála als de bevoegde nationale autoriteit zich ervan moet hebben verzekerd dat het windpark geen negatieve gevolgen zal hebben voor de natuurlijke kenmerken van het voor de blauwe kiekendief aangewezen gebied.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Zie bijvoorbeeld de film die is geproduceerd als onderdeel van het Skydancer Conservation Project (2011-2015) van de Royal Society for the Protection of Birds, gericht op het bevorderen van de instandhouding van blauwe kiekendieven in Engeland, beschikbaar op <https://www.rspb.org.uk/our-work/conservation/conservation-and-sustainability/safeguarding-species/skydancer>

3 Richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (gecodificeerde versie) (PB 2010, L 20, blz. 7).

4 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).

4. Edel Grace en Peter Sweetman (hierna: „verzoekers”) zijn het hier niet mee eens. Zij zijn van mening dat in alle relevante omstandigheden niet is voldaan aan de vereisten van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn. Zij hebben bij de Ierse rechterlijke instanties een procedure aanhangig gemaakt tegen de door An Bord Pleanála verleende vergunning. Dit geschil is voortgezet tot bij de Supreme Court (hoogste rechterlijke instantie, Ierland), die een verzoek om prejudiciële beslissing heeft ingediend om het geschil op te lossen.

5. Het Hof heeft reeds de gelegenheid gehad om in te gaan op de werkingssfeer van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn. De feiten in het hoofdgeding verschillen van die in eerdere uitspraken wegens de specifieke kenmerken van de habitat van de blauwe kiekendief en de wijze waarop daarvoor zorg wordt gedragen middels menselijk ingrijpen.

6. Dit is ook niet de eerste aan het Hof voorgelegde zaak over een conflict tussen de bevordering van windenergie en de bescherming van vogels. Beide vormen lovenswaardige maatregelen die bijdragen tot milieubehoud.⁵ Gezien de noodzaak om het toenemende gebruik van hernieuwbare energiebronnen, zoals windenergie, door de lidstaten en de bescherming van habitats en soorten, zoals de blauwe kiekendief, krachtens de vogel- en habitatrichtlijnen, op elkaar af te stemmen, geeft deze zaak het Hof een geschikte en waardevolle gelegenheid om zijn rechtspraak met betrekking tot artikel 6 van de habitatrichtlijn te ontwikkelen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Vogelrichtlijn

7. Artikel 4, lid 1, van de vogelrichtlijn bepaalt dat de lidstaten de meest geschikte gebieden voor de bescherming van de in bijlage I bij die richtlijn vermelde vogels aanwijzen als speciale beschermingszones (hierna: „SBZ's”) en 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.

[...]

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.”

8. Artikel 4, lid 4, eerste volzin, van de vogelrichtlijn bevat de vereisten voor de bescherming van de SBZ's:

„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.”

⁵ Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Bulgarije, C-141/14, EU:C:2015:528, punt 1. Zie bijvoorbeeld arresten van 21 juli 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini en Eolica di Altamura, C-2/10, EU:C:2011:502, en 14 januari 2016, Commissie/Bulgarije, C-141/14, EU:C:2016:8.

B. Habitatrichtlijn

9. De habitatrichtlijn voorziet in het creëren van gebieden van communautair belang (hierna: „GCB's”) die dienen ter bescherming van de instandhouding van bepaalde habitattypen en specifieke dier- en plantensoorten. GCB's krachtens de habitatrichtlijn vormen samen met de SBZ's krachtens de vogelrichtlijn het Natura 2000-netwerk.

10. In de afdeling met het opschrift „Instandhouding van natuurlijke habitats en habitats van soorten” luidt artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn als volgt:

„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.”

11. Krachtens artikel 7 van de habitatrichtlijn zijn de bovenstaande bepalingen van toepassing op de op grond van de vogelrichtlijn aangewezen SBZ's:

„De uit artikel 6, leden 2, 3 en 4, voortvloeiende verplichtingen komen in de plaats van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 4, lid 4, eerste zin, van [de vogelrichtlijn], voor wat betreft de speciale beschermingszones die overeenkomstig artikel 4, lid 1, van die richtlijn zijn aangewezen of bij analogie overeenkomstig artikel 4, lid 2, van die richtlijn zijn erkend, zulks vanaf de datum van toepassing van de onderhavige richtlijn, dan wel vanaf de datum van de aanwijzing of erkenning door een lidstaat overeenkomstig [de vogelrichtlijn], indien deze datum later valt.”

III. Feiten in het hoofdgeding en verzoek om een prejudiciële beslissing

12. De blauwe kiekendief (*Circus cyaneus*) is een middelgrote roofvogel met een uilachtige kop. Hij komt algemeen voor in grote delen van Europa en Azië.⁶ Het is een vogelsoort waarvoor internationale bezorgdheid bestaat over de instandhouding ervan⁷, en die is opgenomen in bijlage I bij de vogelrichtlijn.⁸ Krachtens artikel 4, lid 1, van de vogelrichtlijn worden voor in bijlage I bij die richtlijn opgenomen vogelsoorten speciale beschermingsmaatregelen getroffen voor hun leefgebieden, opdat deze soorten kunnen voortbestaan en zich kunnen voortplanten⁹, en zijn lidstaten verplicht om de meest geschikte gebieden als SBZ's voor de instandhouding van deze soorten aan te wijzen.

6 Zie bijvoorbeeld BirdWatchIreland: „The bird behind the headlines: getting to know the Hen Harrier”, *eWings*, nummer 64, januari 2015, beschikbaar op: <http://www.birdwatchireland.ie>.

7 De blauwe kiekendief is bijvoorbeeld opgenomen in de Rode Lijst van bedreigde soorten van de IUCN (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources) 2016, beschikbaar op <http://www.iucnredlist.org>

8 De blauwe kiekendief staat in bijlage I bij de vogelrichtlijn sinds de vaststelling van de oorspronkelijke vogelrichtlijn [richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (PB 1979, L 103, blz. 1)], en zelfs nog eerder, te beginnen met het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor de richtlijn. Zie het voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de instandhouding van de vogels, COM(76) 676 def., bijlage I.

9 Zie ook overweging 8 van de vogelrichtlijn waarin onder andere te lezen staat: „Voor bepaalde vogelsoorten dienen speciale beschermingsmaatregelen ten aanzien van het leefgebied te worden getroffen om hun voortbestaan en voortplanting in het verspreidingsgebied veilig te stellen.”

13. In 2007 heeft Ierland Slieve Felim to Silvermines Mountains aangewezen als speciale beschermingszone (hierna: „betrokken SBZ”)¹⁰, die bestaat uit een gebied van ruim 20 900 hectare in de graafschappen Tipperary en Limerick.¹¹ De instandhoudingsdoelstelling van de SBZ is om de gunstige instandhoudingstoestand voor de blauwe kiekendief te behouden of te herstellen.¹² De SBZ wordt beschouwd als „een van de bolwerken” voor de blauwe kiekendief in Ierland en behoort tot de 5 belangrijkste locaties in Ierland voor de soort.¹³ De aanwijzing door Ierland van de SBZ werd ingegeven door inbreukprocedures die door de Commissie tegen het land waren ingesteld, waarbij het Hof in zijn arrest van 13 december 2007 heeft vastgesteld dat Ierland, door, onder meer, niet voldoende SBZ's aan te wijzen voor verschillende vogelsoorten, waaronder de blauwe kiekendief, de krachtens de vogelrichtlijn op hem rustende verplichtingen niet was nagekomen.¹⁴

14. In het hoofdgeding betwisten verzoekers de bouwvergunning die door de Ierse overheidsinstantie An Bord Pleanála is verleend voor de ontwikkeling van een windpark omvattende 16 windturbines en de daarmee verband houdende infrastructuur (hierna: „windpark”), dat volledig in de SBZ ligt.¹⁵ Het windpark beslaat een gebied van 832 hectare land dat eigendom is van Coillte, een staatsbedrijf dat zich bezighoudt met commerciële bosbouw. Dit bedrijf en ESB Wind Development Limited, een staatsbedrijf in de energiesector (hierna samen: „projectontwikkelaars”) zijn de gezamenlijke projectontwikkelaars van het windpark en worden genoemd als interveniënten in het geding.

15. Het Department of Arts, Heritage and the Gaeltacht (hierna: „DAHG”) is het ministerie van de Ierse regering dat verantwoordelijk is voor de National Parks and Wildlife Service (hierna: „NPWS”), die belast is met de bescherming van habitats en bepaalde vogelsoorten, en ook interveniënt is in het hoofdgeding. Het heeft deelgenomen aan het planningsproces voor het windpark.

16. Volgens de informatie waarover het Hof beschikt, dienden de projectontwikkelaars in 2013 een aanvraag in voor de ontwikkeling van het windpark bij de North Tipperary County Council (hierna: „County Council”). De County Council weigerde een bouwvergunning omdat het windpark, dat voor de blauwe kiekendief zou resulteren in een aanzienlijk verlies van foerageerhabitat, een zeer nadelige invloed zou hebben op de instandhoudingsstatus van de SBZ.

17. De projectontwikkelaars gingen bij An Bord Pleanála in beroep tegen het besluit van de County Council. Dit werd gevolgd door verschillende uitwisselingen van standpunten tussen de projectontwikkelaars en DAHG en de publicatie van een rapport van de inspecteur van An Bord Pleanála.

10 S.I. nr. 587/2011 – European Communities [Conservation of Wild Birds (Slievefelim to Silvermines Mountains Special Protection Area 004165)], regeling 2011, bijlage 3, beschikbaar op <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2011/si/588/made/en/print>

11 De verwijzingsbeslissing wijst erop dat de SBZ een totale oppervlakte omvat van 20 935 hectare. Zie ook Natura 2000-standaardgegevensformulier voor het gebied IE0004165, Slievefelim to Silvermines Mountains SPA, beschikbaar op <https://www.npws.ie/sites/default/files/protected-sites/natura2000/NF004165.pdf> (hierna: „Natura 2000-standaardgegevensformulier”).

12 Instandhoudingsdoelstellingen voor Slievefelim to Silvermines Mountains SPA [004165] van 15 augustus 2016, beschikbaar op https://www.npws.ie/sites/default/files/protected-sites/conservation_objectives/CO004165.pdf

13 Natura 2000-standaardgegevensformulier; overzicht van het gebied Slievefelim to Silvermines Mountains SPA, beschikbaar op <https://www.npws.ie/sites/default/files/protected-sites/synopsis/SY004165.pdf>

14 Arrest van 13 december 2007, Commissie/Ierland, C-418/04, EU:C:2007:780, punt 105; zie ook *ibid.*, punten 170-175. Opgemerkt zij dat de blauwe kiekendief ook werd genoemd in de context van een eerdere inbreukprocedure tegen Ierland: zie conclusie van advocaat-generaal La Pergola in de zaak Commissie/Ierland, C-392/96, EU:C:1998:612, punt 45; en ook tegen Frankrijk: zie arrest van 7 december 2000, Commissie/Frankrijk, C-374/98, EU:C:2000:670, punt 16, en conclusie van advocaat-generaal Albert in de zaak Commissie/Frankrijk, C-374/98, EU:C:2000:86, punt 35.

15 In hun schriftelijke uiteenzettingen stellen ESB Wind Development en Coillte dat elektriciteit die door het windpark wordt opgewekt, wordt geleverd aan het nationale elektriciteitsnet en elektriciteit van fossiele brandstoffen zal vervangen als onderdeel van de inzet van de Ierse regering bij het bestrijden van klimaatverandering en verminderen van de uitstoot van broeikasgassen.

18. Op 22 juli 2014 heeft An Bord Pleanála aan de projectontwikkelaars een bouwvergunning afgegeven voor het windpark. Bij het uitvoeren van wat wordt beschouwd als een passende beoordeling in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, is An Bord Pleanála tot de conclusie gekomen dat, onder het voorbehoud van de mitigerende maatregelen die waren genoemd in het voorstel van de projectontwikkelaars, waaronder de implementatie van het Species and Habitat Management Plan (beheersplan van soorten en habitats; hierna: „SHMP”), het windpark geen negatieve gevolgen zou hebben voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ.

19. Verzoekers hebben tegen de beslissing van An Bord Pleanála hoger beroep ingesteld bij de High Court, die het beroep op een aantal gronden verwierp. Daarop hebben verzoekers toestemming gekregen om cassatieberoep in te stellen bij de Supreme Court, die besloot een vraag aan het Hof voor te leggen.

20. De verwijzende rechter meent dat het uitleggingsprobleem dat in deze zaak is gerezen, voortvloeit uit het feit dat een gedeelte van de habitat dat gunstig is voor de blauwe kiekendief en dus essentieel voor het behoud van de natuurlijke kenmerken van de SBZ, niet statisch is en na verloop van tijd verandert, waardoor de blauwe kiekendief op verschillende tijdstippen in verschillende delen van het gebied voorkomt, hetgeen er deels van afhangt hoe het gebied wordt beheerd middels menselijk ingrijpen.

21. Teneinde de context te verschaffen voor de feitelijke achtergrond van deze zaak, is bij de verwijzingsbeslissing een bijlage gevoegd met een uiteenzetting van de feiten die volgens de verwijzende rechter vaststaan (hierna: „bijlage”). De bijlage verstrekt informatie over, onder meer, de habitat van de blauwe kiekendief, de mogelijke effecten van het windpark op de blauwe kiekendief en de maatregelen in het SHMP om deze effecten aan te pakken. Aangezien deze kwesties de kern van deze zaak vormen, acht ik het nuttig om relevante informatie over deze aspecten te verstrekken.

22. Wat betreft de habitat van de blauwe kiekendief, vermeldt de bijlage dat blauwe kiekendieven primair vogels zijn die op open terrein leven en grote gebieden met geschikt land nodig hebben om te foerageren. Traditioneel werden braakliggende veen- en heidegebieden als habitat voor de blauwe kiekendief gezien, maar toen commerciële bosbouw wijdverbreid werd, werd het foerageren in jonge bosaanplantingen van groter belang. De voorkeurhabitats voor de blauwe kiekendief om te foerageren zijn heide en veen, heuvellandbouwgrond, nieuwe bosaanplantingen waar de bomen minder dan 2 m hoog zijn en latere fasen van tweedegeneratie-kreupelbos. Blauwe kiekendieven vermijden gebieden met intensieve landbouw, volgroeide bosaanplantingen en recent gekapte bosaanplantingen. Een bos dat niet is uitgedund of gekapt, maar gewoon is blijven groeien waardoor een gesloten kroonlaag¹⁶ is ontstaan, zal dus geen geschikt foerageergebied voor de blauwe kiekendief zijn.

23. Volgens de bijlage zal de populatie van de blauwe kiekendief in de SBZ in toenemende mate afhankelijk zijn van de aanwezigheid van braakliggende veen- en heidegebieden en tweedegeneratie-kreupelbos. Het lijkt erop dat het heide- en veengebied redelijk stabiel zal blijven, maar dat de grootte van het tweedegeneratie-kreupelbos zal schommelen. Dientengevolge is de fysieke voetafdruk van het foerageergebied van de blauwe kiekendief binnen de SBZ eerder dynamisch dan statisch van aard, aangezien het constant verandert door actief bosbeheer dat thans wordt uitgevoerd. Een verzuim om de bosaanplanting actief te beheren zou op zichzelf leiden tot verlies van foerageerhabitat.

¹⁶ In het algemeen is bos met een gesloten kroonlaag een bos waar de toppen van de bomen elkaar overlappen en een bijna continue laag vormen, terwijl de boomtoppen in bossen met open kroonlaag verder uit elkaar liggen en aldus door de zon verlichte plekken openlaten. Zie bijvoorbeeld Allaby, M. (red.), *A Dictionary of Plant Sciences*, 3e druk, Oxford University Press, 2012 en 2013.

24. De bijlage noemt vier mogelijke gevolgen van het windpark voor de blauwe kiekendief. In de eerste plaats zal er *permanent rechtstreeks verlies van habitat* zijn, geraamd op 9 hectare, wat overeenkomt met iets meer dan 1 % van de totale oppervlakte van het gebied. Dit verlies omvat:

- ongeveer 1 hectare afgeturfd veen en nat grasland dat momenteel geschikt foerageerhabitat is, zou verloren gaan aan 1 turbine en de bijbehorende toegangsweg;
- nog eens 2 hectare afgeturfd veen zou verloren gaan aan een gebied voor het windpark (in de vorm van een berm voor afgegraven stenen die niet geschikt zijn voor gebruik in de bouw), maar dit „zou naar verwachting enigszins herstellen op de middellange tot lange termijn”, en
- het resterende gebied van ongeveer 6 hectare van overwegend volgroeid naaldbos is op dit moment van geen waarde voor de blauwe kiekendief, maar zou dat wel worden als het opnieuw zou worden aangeplant.

25. In de tweede plaats wordt aangenomen dat het *verplaatsingseffect* van blauwe kiekendieven binnen 250 meter van windturbines zal leiden tot een verlies van 162,7 hectare foerageerhabitat gedurende de looptijd van het project.

26. In de derde plaats wordt verwacht dat de *bouwactiviteit* van het windpark het foerageren zal belemmeren.

27. In de vierde plaats is er op basis van beschikbaar onderzoek een laag *risico van botsingen* van de blauwe kiekendieven met de turbines.

28. De bijlage schetst de door het SHMP voorgestelde maatregelen om het op dit moment toegepaste beheer te wijzigen en de mogelijke effecten van het windpark op de SBZ aan te pakken.¹⁷ Ten eerste zal het SHMP drie op dit moment aangeplante gebieden vóór de bouw van het windpark herstellen tot braakliggend veen, hetgeen in totaal 41,2 hectare omvat, waarvan 14,2 hectare binnen 250 meter van een turbine ligt.

29. Ten tweede zou, gedurende de looptijd van het project, het SHMP 137,3 hectare tweedegeneratiebos onderwerpen aan „receptief” beheer. Dit „receptieve” beheer behelst het kappen en vervangen van het huidige gesloten kroonlaagbos teneinde te waarborgen dat er 137,3 hectare bos met een permanente open kroonlaag als foerageerhabitat zou zijn, met het oog op het verschaffen van de continue foerageerhabitat en een ecologische corridor tussen twee open veengebieden. Dit zou gebeuren op gefaseerde basis vanaf een jaar vóór de bouw.

30. Ten derde zouden de bouwwerkzaamheden in het algemeen worden beperkt tot perioden buiten het broedseizoen.

31. De verwijzende rechter geeft derhalve aan, zoals blijkt uit de bijlage, dat een aanzienlijk deel van de SBZ commercieel bosgebied omvat dat enkel gedurende een deel van de levenscyclus van de naaldbomen een geschikte habitat biedt voor de blauwe kiekendief. Indien er dus geen commercieel bosbouwbeheer zou zijn en alle bomen volwassen zouden worden in plaats van te worden gekapt en door nieuwe aanplantingen te worden vervangen, dan zou de habitat in de beboste delen van de SBZ

¹⁷ Volgens de bijlage heeft het SHMP drie hoofddoelstellingen: 1) het herstellen van gebieden met bedekkingsveen en vochtige heide (de natuurlijke habitats van het gebied) op twee gespecificeerde locaties in het gebied; 2) het verschaffen van gebieden met de optimale habitat voor blauwe kiekendieven, Schotse sneeuwhoenen en andere dieren in het wild tijdens de looptijd van het project, en 3) het verschaffen van een corridor tussen gebieden die een geschikte veenhabitat zijn voor de blauwe kiekendief.

niet langer geschikt zijn voor de blauwe kiekendief. Het wezenlijke doel waarvoor de SBZ was aangewezen, wordt dus gesteld te zijn vervuld doordat het bos voortdurend onderhevig is aan dynamische schommelingen als gevolg van commerciële bosbouwactiviteiten, zodat de delen van het bos die op enig moment geschikt zijn als habitat voor de blauwe kiekendief, constant veranderen.

32. De verwijzende rechter is derhalve van mening dat de habitat die verloren zal gaan ten gevolge van het windpark, niet noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van de geschikte habitat op een bepaald moment, maar slechts een deel vormt van de habitat die geschikt zou kunnen zijn, afhankelijk van het gekozen beheersmodel van commerciële bosbouw. De verwijzende rechter stelt echter dat het valt te betwisten of het permanente verlies, tijdens de duur van het project, van een belangrijk gebied van potentiële habitat betekent dat de essentiële natuurlijke kenmerken van het als een SBZ aangewezen gebied worden ondermijnd, ook al zal het algemene beheer van het gebied worden uitgevoerd op een wijze die de geschiktheid ervan als habitat voor de blauwe kiekendief moet handhaven of zelfs moet verbeteren.

33. Op deze basis zet de verwijzende rechter uiteen dat hij er in het licht van de feiten van overtuigd is dat met het SHMP de hoeveelheid beschikbare geschikte habitat op zijn minst zal worden gehandhaafd en waarschijnlijk zal worden uitgebreid. Hij is echter van mening dat het, wat de juiste uitlegging van artikel 6 van de habitatrichtlijn betreft, gelet op het dynamische karakter van het gebied, niet duidelijk is of het volgens het Unierecht geoorloofd is om het SHMP volgens de rechtspraak van het Hof als mitigerende maatregelen te kwalificeren, zoals aangevoerd door An Bord Pleanála, in plaats van als compenserende, zoals verzoekers betogen, waarbij eerstgenoemde zijn bedoeld in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn en laatstgenoemde in artikel 6, lid 4, van die richtlijn.

34. In deze omstandigheden heeft de Supreme Court het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„Mogen, in een geval waarin

- a) een beschermd gebied als wezenlijk doel heeft een habitat te bieden aan een specifieke soort,
- b) de aard van de habitat die voor deze soort geschikt is, impliceert dat het geschikte gedeelte van het gebied noodzakelijkerwijs zal wijzigen in de loop der tijd, en
- c) in het kader van een voorgesteld project een beheersplan 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 gedurende de duur van het project geen geschikte habitat zal kunnen bieden,

maatregelen als genoemd onder c) als mitigerende maatregelen worden aangemerkt?”

35. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekers, de projectontwikkelaars, An Bord Pleanála, de Nederlandse regering en de Commissie. Ze hebben allemaal deelgenomen aan de terechtzitting die op 1 februari 2018 heeft plaatsgevonden.

IV. Opmerkingen van partijen

36. Verzoekers en de Commissie betogen dat de in het SHMP voorgestelde maatregelen ontoereikend zijn om beschermende (mitigerende) maatregelen¹⁸ te kunnen vormen in de zin van de rechtspraak van het Hof waarin uitlegging is gegeven aan artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, aangezien zij de schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ die zullen voortvloeien uit het windpark, niet vermijden of verminderen. Hierbij wordt verwezen naar de arresten van het Hof, met name, Sweetman¹⁹, Briels²⁰, Orleans²¹ en Commissie/Duitsland („centrale van Moorbург”)²². Verzoekers en de Commissie benadrukken in het bijzonder dat de dynamische aard van de habitat en de manier waarop daarmee wordt omgegaan niet doorslaggevend zijn, omdat er delen van de habitat (veen- en heidegebieden) zijn, die helemaal niet dynamisch zijn, en de SBZ in zijn geheel, rekening gehouden met alle activiteiten van de blauwe kiekendief in het gehele beschermde gebied, moet worden beschouwd.

37. De vertegenwoordiger van verzoekers heeft ter terechtzitting onder andere benadrukt dat de SBZ moet worden beschouwd als alle gebieden met het potentieel om geschikte habitat te verschaffen en niet alleen als een gebied bestaande uit „individuele stukken” die de habitat van de blauwe kiekendief op enig specifiek tijdstip vormen. Het is dus niet mogelijk om de windturbines te bouwen en te exploiteren zonder het gebied dat potentieel geschikte habitat biedt voor de blauwe kiekendief, gedurende de duur van het project te verminderen en derhalve zal er een aanzienlijk verlies van geschikte habitat voor de blauwe kiekendief zijn, met een rechtstreeks nadelig effect op de natuurlijke kenmerken van de SBZ, dat niet vermeden of geminimaliseerd wordt door de in het SHMP voorgestelde maatregelen.

38. De vertegenwoordiger van de Commissie heeft ter terechtzitting voorts betoogd dat een aanpak op basis van „geen nettoverlies” van bestaande habitats, die dus geen rekening houdt met gebieden met het potentieel van een foerageerhabitat, ertoe zou leiden dat minder bescherming wordt geboden voor aangewezen soorten dan voor aangewezen habitattypen, waarvoor geen steun is te vinden in de habitatrichtlijn.

39. De Commissie betoogt bovendien dat de twee belangrijkste verplichtingen die krachtens artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, gelden voor de in het SHMP voorgestelde maatregelen, niet zijn nagekomen. In de eerste plaats is er geen maatregel in het SHMP die de negatieve gevolgen vermindert die voortvloeien uit het directe permanente verlies van 1 hectare afgeturfd veen en nat grasland en het directe tijdelijke verlies van nog eens 2 hectare afgeturfd veen; de maatregel in het SHMP om het natte bedekkingsveen en natte heidegebieden te herstellen kan dat verlies in andere delen van de SBZ compenseren, maar beperkt of voorkomt dat verlies niet. Ook met betrekking tot het directe permanente verlies van 6 hectare volgroeid bos en de niet-beschikbaarheid van een extra oppervlakte van 162,7 hectare foerageerhabitat ten gevolge van het verplaatsingseffect van de turbines, pakt de maatregel in het SHMP betreffende „receptief” beheer van andere bosgebieden dit verlies van potentieel geschikt foerageerhabitat niet aan, maar tracht eerder die gevolgen te compenseren. In de tweede plaats konden de maatregelen in het SHMP niet met de vereiste zekerheid worden voorspeld op het tijdstip waarop de autoriteiten het project in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof goedkeurden.

¹⁸ Zie de punten 56 en 57 van deze conclusie.

¹⁹ Arrest van 11 april 2013, Sweetman e.a., C-258/11, EU:C:2013:220 (hierna: „arrest Sweetman”).

²⁰ Arrest van 15 mei 2014, Briels e.a., C-521/12, EU:C:2014:330 (hierna: „arrest Briels”).

²¹ Arrest van 21 juli 2016, Orleans e.a., C-387/15 en C-388/15, EU:C:2016:583 (hierna: „arrest Orleans”).

²² Arrest van 26 april 2017, Commissie/Duitsland, C-142/16, EU:C:2017:301.

40. De Nederlandse regering, An Bord Pleanála en de projectontwikkelaars betogen dat aan artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn is voldaan. Dit is zo omdat de in het SHMP voorgestelde maatregelen toereikend zijn om beschermende (mitigerende) maatregelen te vormen die de nadelige effecten voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ voorkomen of beperken. Zij betogen dat de arresten van het Hof Sweetman, Briels, Orleans en Commissie/Duitsland („centrale van Moorborg”) verschillen van de onderhavige zaak en benadrukken dat het hoofdgeding betrekking heeft op de bescherming van een soort, niet van een type habitat, en dat derhalve de instandhoudingsdoelstellingen en bepalende kenmerken van de SBZ met betrekking tot de soort in aanmerking moeten worden genomen. Zij betwisten ook de stelling van de Commissie dat de in het SHMP voorgestelde maatregelen niet de vereiste zekerheid verschaffen toen An Bord Pleanála deze maatregelen goedkeurde.

41. In het bijzonder betoogt de Nederlandse regering dat de passende beoordeling voor aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn anders is wanneer het gaat om een leefgebied voor een (vogel)soort dan wanneer het gaat om een type natuurlijke habitat, aangezien hierbij rekening moet worden gehouden met de doelstellingen van de SBZ voor de soort. In dit verband voert zij aan dat ook onderscheid moet worden gemaakt tussen potentieel geschikt leefgebied en daadwerkelijk gebruikt leefgebied, met als gevolg dat het verlies van een deel van de habitat dat niet wordt gebruikt, in het licht van het dynamische karakter van het gebied en de mobiliteit van de blauwe kiekendief, op zich geen negatief effect vormt dat als significant kan worden aangemerkt, en dat het gebied dat daadwerkelijk door de blauwe kiekendief als habitat wordt gebruikt, niet zal worden verminderd.

42. An Bord Pleanála betoogt, onder meer, dat zij verplicht was na te gaan of de voorgestelde ontwikkeling een nadelige invloed zou hebben op het duurzame essentiële karakter van de SBZ, namelijk of deze afbreuk zou doen aan de door de SBZ geboden bescherming voor de blauwe kiekendief en met name aan de geschiktheid als foerageerhabitat. In dit verband vormt het verlies van enig ongeschikt en enig geschikt leefgebied in een deel van het gebied op zichzelf niet noodzakelijkerwijs een nadelig effect omdat de habitat altijd een dynamische ontwikkeling doormaakt. Het verlies van enig deel van de habitat in de SBZ moet dus worden beschouwd in de context van het voorgestelde project in zijn geheel, dat actief beheer omvat van de voorgestelde mitigerende habitat als deel van het SHMP.

43. Volgens An Bord Pleanála, en anders dan verzoekers hebben betoogd, compenseert dat actieve beheer nadelige effecten niet na de gebeurtenis. Actief beheer waarborgt veeleer dat middels het commerciële bosbeheer gedurende de looptijd van de vergunning, de hoeveelheid geschikte habitat voor de blauwe kiekendief behouden blijft, of zelfs wordt vergroot. Zodoende zijn de in het SHMP voorgestelde maatregelen die, zoals An Bord Pleanála onderstreept, integraal deel uitmaken van het voorgestelde project, gericht op het vermijden van eventuele nadelige effecten van het windpark voor de blauwe kiekendief door ervoor te zorgen dat er geen nettoverlies is en in feite een nettotoename wordt verschaft van de foerageerhabitat van de blauwe kiekendief. In het bijzonder heeft de vertegenwoordiger van An Bord Pleanála ter terechtzitting benadrukt dat er in dit geval geen blijvend verlies is omdat de habitats op zichzelf geen intrinsieke waarde vertegenwoordigen en het beheer van de bossen een continue habitat waarborgt, zoals ook het geval is voor het veen- en heidegebied, en dat „geen nettoverlies” slechts de feitelijke vaststelling was van An Bord Pleanála in de bijzondere omstandigheden van het geding.

44. De projectontwikkelaars betogen, onder andere, dat het verlies, als gevolg van het definitieve directe verlies van 9 hectare habitat en de niet-beschikbaarheid van 162,7 hectare foerageerhabitat als gevolg van het verplaatsingseffect, in de juiste context moet worden gezien. Dit betekent niet dat er niet elders in de SBZ geschikte gebieden voor het foerageren en nestelen door blauwe kiekendieven zijn, en de in het SHMP voorgestelde maatregelen waarborgen dat er altijd een gebied beschikbaar zal zijn voor het foerageren en nestelen door blauwe kiekendieven dat ten minste even groot is als het

gebied dat momenteel beschikbaar is. De vertegenwoordiger van de projectontwikkelaar heeft ter terechtzitting ook benadrukt dat de in het SHMP voorgestelde maatregelen „lichtjaren ver weg” van een gebrek aan zekerheid zijn, in de zin van de rechtspraak van het Hof, en dat de kwestie van onzekerheid hoe dan ook een feitelijke vraag is, die het Hof niet kan beantwoorden.

V. Analyse

45. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of in omstandigheden waarin een gebied is aangewezen voor de bescherming en het behoud van een soort, waarvan een deel in de loop van de tijd is veranderd door ingrijpen van de mens om te kunnen inspelen op de behoeften van de soort, artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een project dat, tijdens de looptijd ervan, een deel van het beschermde gebied uitsluit als geschikte habitat voor een soort waarvoor het gebied thans is aangewezen, maar dat vergezeld gaat van een plan dat is ontworpen om te waarborgen dat de totale omvang van geschikte habitat voor de soort niet wordt verminderd en zelfs kan worden vergroot, de natuurlijke kenmerken van het gebied aantast.

46. De vraag van de verwijzende rechter heeft dus in wezen betrekking op de beoordeling van de in het SHMP voorgestelde maatregelen betreffende het verlies van habitat voor de blauwe kiekendief als gevolg van het permanente directe verlies van 9 hectare habitat en de niet-beschikbaarheid van 162,7 hectare habitat als gevolg van het verplaatsingseffect van de turbines.²³

47. Ik ben van mening dat het gehele gebied dat is aangewezen als een SBZ voor een bepaalde soort in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling of een bevoegde nationale instantie heeft voldaan aan haar verplichtingen krachtens artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn. Het is niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof waarin uitlegging is gegeven aan deze bepaling, om gebieden die nog niet zijn gebruikt om habitat te verschaffen (potentiële gebieden), uit te sluiten bij de beoordeling of hetgeen wordt voorgesteld om de negatieve gevolgen van de voorgestelde ontwikkeling te mitigeren, voldoende is. Dit betekent, in de context van het hoofdgeding, dat wat in het SHMP wordt voorgesteld niet voldoet aan de eis van voldoende beschermende (mitigerende) maatregelen in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.

48. Mijn analyse is verdeeld in drie delen. In de eerste plaats zal ik een aantal inleidende opmerkingen maken over bepaalde verplichtingen die zijn opgelegd aan de bevoegde nationale instanties krachtens artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, en die relevant zijn voor deze zaak. In de tweede plaats zal ik relevante uitspraken van het Hof over de werkingssfeer van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn bespreken. In de derde plaats zal ik de toepassing ervan op de omstandigheden van dit geding beoordelen.

A. Inleidende opmerkingen

49. Wat betreft de als SBZ's aangewezen gebieden bepaalt artikel 7 van de habitatrichtlijn dat de uit de eerste volzin van artikel 4, lid 4, van de vogelrichtlijn voortvloeiende verplichtingen worden vervangen door de verplichtingen krachtens artikel 6, leden 2 tot en met 4, van de habitatrichtlijn, vanaf de datum van toepassing van de habitatrichtlijn dan wel vanaf de datum van de aanwijzing krachtens de vogelrichtlijn, indien deze datum later valt.²⁴ Dit betekent dat voor plannen of projecten die van invloed zijn op krachtens de vogelrichtlijn als SBZ's aangewezen gebieden, zoals in het geval van het windpark in dit geding, de vereisten, onder meer, van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn gelden.

²³ Ik merk op dat de prejudiciële vraag geen betrekking heeft op de in de bijlage omschreven potentiële effecten van het windpark die verband houden met de bouwactiviteit en het risico van botsingen (zie punten 26, 27 en 30 van deze conclusie). Derhalve zal ik daarop niet verder ingaan.

²⁴ Zie bijvoorbeeld arrest van 24 november 2011, Commissie/Spanje, C-404/09, EU:C:2011:768, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

50. Samengevat bepaalt artikel 6 van de habitatrichtlijn het volgende. Artikel 6, lid 1, van de habitatrichtlijn beoogt te waarborgen dat op een regelmatige basis positieve stappen worden genomen, zodat de instandhoudingsstatus van het betrokken gebied wordt behouden en/of hersteld, terwijl artikel 6, leden 2 tot en met 4, van die richtlijn een ander doel dient, namelijk om schade aan het gebied te voorkomen, of in de uitzonderlijke gevallen waar schade moet worden getolereerd, die schade tot het minimum te beperken. Artikel 6, lid 2, legt de bevoegde autoriteiten van de lidstaten een algemene verplichting op om verslechtering of verstoring te voorkomen. Artikel 6, leden 3 en 4, is van toepassing wanneer er een plan of project is dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied.²⁵

51. Het Hof heeft geoordeeld dat de bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn, gelet op de door deze richtlijn beoogde instandhoudingsdoelstellingen, als een coherent geheel moeten worden uitgelegd. De leden 2 en 3 van artikel 6 beogen namelijk natuurlijke habitats en habitats van soorten hetzelfde beschermingsniveau te garanderen, terwijl lid 4 van artikel 6 een uitzondering vormt op de tweede volzin van lid 3²⁶, zodat de bevoegde nationale autoriteit in bepaalde omstandigheden toestemming kan verlenen voor een plan of een project ondanks een negatieve beoordeling uit hoofde van artikel 6, lid 3.

52. Artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn voorziet in een door de bevoegde nationale autoriteiten uit te voeren beoordelingsprocedure, die is bedoeld om door middel van een voorafgaande controle te garanderen dat voor een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het betrokken gebied, maar dat voor dit gebied significante gevolgen kan hebben, alleen toestemming wordt verleend voor zover het de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet zal aantasten. Deze bepaling omvat dus twee fasen. In de eerste fase, die is bedoeld in de eerste volzin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, dienen de bevoegde nationale autoriteiten een passende beoordeling te verrichten van de gevolgen van een plan of project voor het beschermde gebied, wanneer het plan of project waarschijnlijk significante gevolgen voor dit gebied heeft.²⁷

53. De in artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de habitatrichtlijn bedoelde tweede fase, die in casu relevant is en die volgt op bovengenoemde passende beoordeling, zorgt ervoor dat een dergelijk plan of project door de bevoegde nationale autoriteiten slechts wordt toegestaan op voorwaarde dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet aantast, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 6, lid 4, van die richtlijn (zie de punten 57 en 58 van deze conclusie).²⁸

54. Dienovereenkomstig heeft het Hof geoordeeld dat, overeenkomstig de tweede volzin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, de bevoegde nationale autoriteiten slechts toestemming kunnen verlenen voor een plan of project wanneer zij *de zekerheid hebben verkregen* dat deze activiteit geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het beschermde gebied, wat het geval is wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat over het feit dat dergelijke gevolgen ontbreken.²⁹ Het Hof heeft bovendien verduidelijkt dat bij de verlening van toestemming voor de realisering van het project wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer mag bestaan dat er geen schadelijke gevolgen zijn voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied.³⁰

25 Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Sweetman, C-258/11, EU:C:2012:743, punten 41-45).

26 Zie bijvoorbeeld arrest Orleans, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

27 Zie bijvoorbeeld arrest Orleans, punten 43 en 44.

28 Zie bijvoorbeeld arrest Orleans, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Sweetman, punten 45-51.

29 Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Cursivering van mij. Zie ook bijvoorbeeld arrest Briels, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Commissie/Polen, C-441/17, EU:C:2018:80, punt 154.

30 Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Duitsland, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

55. Het is daarentegen vaste rechtspraak dat de bevoegde nationale autoriteiten moeten weigeren toestemming te verlenen voor het plan of project wanneer er onzekerheid bestaat of deze schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het gebied zullen uitblijven. Het Hof volgde de redenering dat in het in artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de habitatrichtlijn neergelegde toestemmingscriterium het voorzorgsbeginsel besloten ligt en dat dit het mogelijk maakt om aantasting van beschermde gebieden als gevolg van plannen of projecten, op efficiënte wijze te voorkomen. Met een minder streng toestemmingscriterium, zo heeft het Hof benadrukt, zou de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming van de gebieden, het doel van deze bepaling, niet even goed kunnen worden gegarandeerd.³¹

56. Het voorzorgsbeginsel verlangt van de bevoegde nationale autoriteiten dat zij bij de toepassing van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn de gevolgen van het project voor het betrokken gebied beoordelen in het perspectief van de *instandhoudingsdoelstellingen van dit gebied*, en bovendien „*rekening houdend met de in dit project vastgestelde beschermingsmaatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit dit project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen, teneinde ervoor te zorgen dat het betrokken project de natuurlijke kenmerken van dat gebied niet aantast*”.³² De hierboven beschreven maatregelen duiden in wezen op wat gewoonlijk mitigerende maatregelen worden genoemd, welke term wordt gebruikt door de verwijzende rechter in de verwijzingsbeschikking.³³

57. Tot dusver heeft het Hof er de voorkeur aan gegeven het begrip „mitigerende maatregelen” niet te gebruiken om de verplichtingen zoals bedoeld in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn aan te duiden omdat „in de bewoordingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn geen sprake is van enigerlei „mitigerende maatregel”.³⁴ Bovendien heeft het Hof benadrukt 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.³⁵

58. Uit de verplichtingen die aan bevoegde nationale autoriteiten worden opgelegd krachtens artikel 6 van de habitatrichtlijn, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, vloeit derhalve voort dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de beschermende maatregelen die deel uitmaken van een plan of project, en waarmee rechtstreekse nadelige effecten voor de natuurlijke kenmerken van een gebied worden vermeden of verminderd en die krachtens artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn kunnen worden toegestaan, enerzijds, en de compenserende maatregelen die de nadelige effecten van het plan of project voor de natuurlijke kenmerken van een gebied compenseren of ongedaan maken binnen een breder kader en die krachtens artikel 6, lid 4, van die richtlijn kunnen worden toegestaan, anderzijds.³⁶ Dit vormt de achtergrond voor de relevante uitspraken van het Hof over de werkingssfeer van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.

31 Zie bijvoorbeeld arrest van 7 september 2004, Waddenvereniging en Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, EU:C:2004:482 (hierna: „arrest Waddenzee”), punten 57 en 58.

32 Zie bijvoorbeeld arrest Orleans, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Cursivering van mij.

33 De terminologie „mitigerende maatregelen” wordt gebruikt in de literatuur en in teksten van de EU, met name de richtsnoeren van de Commissie met betrekking tot artikel 6 van de habitatrichtlijn, beschikbaar op http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/guidance_en.htm

34 Arrest Orleans, punt 57. Zie ook arrest van 12 april 2018, People Over Wind en Sweetman, C-323/17, EU:C:2018:244, punt 25.

35 Arrest Briels, punt 33; arrest Orleans, punt 58.

36 Zie arrest Briels, punt 29, en conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Briels e.a., C-521/12, EU:C:2014:113, punten 29-36 en 46-51. Zie ook bijvoorbeeld Richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de habitatrichtlijn (richtlijn 92/43/EEG) (2007/2012), te raadplegen via de website in voetnoot 33, punt 1.4. Artikel 6, lid 4, van de habitatrichtlijn bepaalt dat 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 toch moet worden gerealiseerd, de autoriteiten van de lidstaten alle „compenserende maatregelen” moeten nemen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft en de Commissie op de hoogte moeten stellen van de genomen compenserende maatregelen. De nationale autoriteiten kunnen een vergunning op grond van artikel 6, lid 4, slechts verlenen voor zover aan de daarin vastgestelde voorwaarden wordt voldaan. Zie bijvoorbeeld arrest Orleans, punten 60-63 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

B. Relevante arresten over artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn

59. Zoals hierboven vermeld, heeft het Hof reeds de gelegenheid gehad om in te gaan op de werkingssfeer van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn en in het bijzonder in zijn arresten Sweetman, Briels, Orleans en Commissie/Duitsland („centrale van Moorbург”). Aangezien die arresten worden genoemd in de voor het Hof aangevoerde argumenten van partijen, zal ik de redenering van het Hof wat uitvoeriger toelichten.

60. Het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Supreme Court van Ierland in de zaak Sweetman had betrekking op de beoordeling van bepaalde maatregelen die waren voorgesteld als onderdeel van een wegenbouwproject dat permanent of onherstelbaar verlies meebracht van een deel van een kalkhoudende rotsbodem van een aangewezen gebied, een prioritair type natuurlijke habitat dat specifiek wordt beschermd door de habitatrichtlijn.³⁷ In zijn arrest heeft het Hof geoordeeld dat een ingreep geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied als natuurlijke habitat, in de zin van artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de habitatrichtlijn, meebrengt, indien dat gebied wordt behouden in een gunstige staat van instandhouding, hetgeen neerkomt op „het duurzame behoud van de in deze richtlijn bedoelde *bepalende kenmerken* van het betrokken gebied die verband houden met de aanwezigheid van een type natuurlijke habitat *waarvan het doel van instandhouding ervan ertoe heeft geleid* dat dit gebied in de lijst van gebieden van communautair belang *is opgenomen*”.³⁸

61. Op die basis heeft het Hof geoordeeld dat het betrokken gebied was aangewezen als een gebied met een prioritair type habitat wegens, in het bijzonder, de aanwezigheid in dat gebied van kalkhoudende rotsbodem, een natuurlijke hulpbron die, eenmaal vernietigd, niet kan worden vervangen.³⁹ De instandhoudingsdoelstelling van het gebied houdt dus in dat de bepalende kenmerken van het gebied, namelijk de aanwezigheid van kalkhoudende rotsbodem, in een gunstige staat van instandhouding worden behouden.⁴⁰ Het Hof kwam tot de slotsom dat, indien de bevoegde nationale autoriteit na een passende beoordeling concludeert dat het plan of project zal leiden tot het blijvende of onherstelbare verlies van het – gehele of gedeeltelijke – prioritaire type natuurlijke habitat waarvan het instandhoudingsdoel tot de aanwijzing van het betrokken gebied heeft geleid, een dergelijk plan of project de natuurlijke kenmerken van dat gebied zal aantasten en geen toestemming kan worden verleend op basis van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.⁴¹

62. De zaak Briels had betrekking op de beoordeling van bepaalde maatregelen in een voorgesteld wegverbredingsproject in Nederland, dat negatieve gevolgen had voor een gebied dat was aangewezen krachtens de habitatrichtlijn ter bescherming van het natuurlijke habitatype blauwgraslanden, waarvan de instandhoudingsdoelstelling bestond uit de uitbreiding van het gebied van dat habitatype en de verbetering van de kwaliteit daarvan.⁴² De betrokken maatregelen beoogden de ontwikkeling te waarborgen van een gebied van dat type habitat van gelijke of grotere omvang elders in hetzelfde gebied teneinde de aangetaste gebieden te vervangen of te vergroten.⁴³

63. In zijn arrest heeft het Hof vastgesteld dat de voorgestelde maatregelen er niet toe strekten om de significante negatieve gevolgen voor dit habitatype te voorkomen of te verminderen, maar veeleer beoogden deze gevolgen nadien te compenseren en dus niet konden garanderen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zou aantasten.⁴⁴ Bovendien wees het Hof erop dat „de eventuele positieve gevolgen van het achteraf tot ontwikkeling brengen van een nieuwe habitat

³⁷ Arrest Sweetman, punten 11, 12 en 26.

³⁸ Arrest Sweetman, punt 39. Cursivering van mij. Zie ook bijvoorbeeld arresten Briels, punt 21, en Orleans, punt 47.

³⁹ Arrest Sweetman, punt 45.

⁴⁰ Arrest Sweetman, punt 45.

⁴¹ Arrest Sweetman, punten 46-48.

⁴² Arrest Briels, punten 9 en 10.

⁴³ Arrest Briels, punten 12, 13 en 18.

⁴⁴ Arrest Briels, punt 31.

waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd – ook al zou het om een groter areaal van een hogere kwaliteit gaan – in de regel onzeker zijn, en dat deze gevolgen hoe dan ook slechts binnen enkele jaren zichtbaar zullen worden”.⁴⁵ Dientengevolge oordeelde het Hof dat met de voorgestelde maatregelen in het kader van de bij artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn vastgestelde procedure geen rekening kan worden gehouden.⁴⁶

64. Opgemerkt zij dat advocaat-generaal Sharpston in haar conclusie in de zaak Briels het argument heeft verworpen dat was aangevoerd door de Nederlandse regering en door de regering van het Verenigd Koninkrijk, dat de natuurlijke kenmerken van het gebied moeten worden beschouwd als een geheel in de zin van „nettoverlies of nettowinst”, wat betekent dat het er niet toe doet dat een bepaalde habitat in een deel van het gebied verloren gaat, mits ten minste eenzelfde gebied van gelijke (en bij voorkeur grotere) omvang en kwaliteit elders in het gebied tot ontwikkeling wordt gebracht.⁴⁷ Terwijl de advocaat-generaal het ermee eens was dat de natuurlijke kenmerken van het gebied als een geheel moeten worden beschouwd, benadrukte zij dat overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn in alle gevallen rekening moet worden gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, en dat zelfs als er een positief netto-effect wordt voorspeld, er dan toch sprake is van een nadelig – mogelijk zelfs onherstelbaar – effect op de bestaande natuurlijke habitat en derhalve op de natuurlijke kenmerken van het gebied.⁴⁸

65. In de zaak Orleans werd het Hof geconfronteerd met de beoordeling van voorgestelde maatregelen die waren opgenomen als onderdeel van een havenontwikkelingsproject, en die voorzagen in de ontwikkeling van een gebied van natuurlijke habitat, dat zou worden ingericht voordat eventuele nadelige effecten voor het bestaande type habitat zouden optreden, maar dat zou worden voltooid na de beoordeling van de significante aard van eventuele negatieve effecten op de natuurlijke kenmerken van het gebied.⁴⁹

66. In zijn arrest heeft het Hof ten eerste vastgesteld dat de nadelige effecten op het betrokken Natura 2000-gebied vaststonden aangezien de verwijzende rechter – die had geoordeeld dat de voorgestelde maatregelen zouden leiden tot het verlies van 20 hectare schorren en slikken – de omvang ervan heeft kunnen bepalen.⁵⁰ Ten tweede heeft het Hof geoordeeld dat de uit de ontwikkeling van nieuwe habitats voortvloeiende voordelen reeds waren meegenomen in de beoordeling van de nationale instantie en bij het aantonen dat er geen betekenisvolle aantasting van dat gebied is, ook al is het resultaat van de ontwikkeling van die habitats onzeker, daar de ontwikkeling onvoltooid is.⁵¹

67. Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat de omstandigheden van deze zaak en die van de zaak Briels vergelijkbaar waren in de zin dat bij de beoordeling van de gevolgen van het plan of project voor het betrokken gebied, werd uitgegaan van dezelfde aanname dat toekomstige voordelen de significante effecten op dat gebied zullen mitigeren, ook al zijn de ontwikkelingsmaatregelen in kwestie niet voltooid.⁵² Hieruit volgde dat de negatieve gevolgen van een plan of project dat niet rechtstreeks verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied en dat de natuurlijke kenmerken daarvan aantast, niet binnen het bereik van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn vallen.⁵³

45 Arrest Briels, punt 32. Zie ook bijvoorbeeld arrest Orleans, punt 52.

46 Arrest Briels, punt 32.

47 Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Briels, punt 40.

48 Conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Briels, punten 41 en 42.

49 Arrest Orleans, punten 11-16, 20, 21 en 30.

50 Arrest Orleans, punten 37 en 55.

51 Arrest Orleans, punt 55.

52 Arrest Orleans, punt 56.

53 Arrest Orleans punt 59.

68. In de zaak Commissie/Duitsland („centrale van Moorbург”) stelde de Commissie een inbreukprocedure in tegen Duitsland onder meer omdat deze lidstaat een bepaalde maatregel ten onrechte had aangemerkt als een mitigerende maatregel in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.⁵⁴ De maatregel betrof een vistrap die was geïnstalleerd in de nabijheid van de elektriciteitsinstallatie van Moorburg en die was bedoeld om het visverlies te compenseren dat werd veroorzaakt door de werking van het koelsysteem van de centrale, dat grote hoeveelheden water aan een nabijgelegen rivier onttrok. Die rivier vormde een migratieroute voor verschillende vissoorten die behoorden tot een aantal stroomopwaarts gelegen Natura 2000-gebieden.⁵⁵

69. In zijn arrest stelde het Hof vast dat de vistrap tot een uitbreiding van de bestanden van migrerende vissen zou kunnen leiden door die soorten de mogelijkheid te bieden sneller hun voortplantingsgebieden te bereiken en aldus 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.⁵⁶ Uit de door de Duitse autoriteiten verrichte effectbeoordeling bleek echter dat deze geen definitieve bevindingen bevatte omtrent de doeltreffendheid van de vistrap, maar enkel preciseerde dat pas na verscheidene jaren van toezicht zou kunnen worden bevestigd of deze vistrap al dan niet doeltreffend is.⁵⁷ Daaruit volgde dat, hoewel deze vistrap tot doel had om rechtstreekse significante gevolgen voor de Natura 2000-gebieden te verminderen, die trap, samen met andere maatregelen die waren getroffen om de negatieve gevolgen van de onttrekking van water te verhinderen, 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.⁵⁸

70. Op deze basis merk ik op dat het Hof in geen van bovenstaande arresten heeft geoordeeld dat de maatregelen die waren voorgesteld als onderdeel van de ontwikkeling van het betrokken plan of project, voldoende waren om beschermende maatregelen te vormen die de rechtstreekse nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn hebben voorkomen of verminderd.

C. Toepassing op de omstandigheden van dit geding

71. Ik ben van mening dat, hoewel de omstandigheden in de eerdere uitspraken niet identiek zijn aan die van de onderhavige zaak, bepaalde beginselen die in die uitspraken zijn ontwikkeld, de bevinding ondersteunen dat de in het SHMP voorgestelde maatregelen niet voldoende zijn om beschermende maatregelen te vormen die de rechtstreekse nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van de betrokken SBZ voorkomen of verminderen in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, wanneer het SHMP uitsluit dat rekening wordt gehouden met potentieel geschikte habitat voor de blauwe kiekendief.

72. Ik erken dat de eerdere uitspraken betrekking hadden op de in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn vervatte verplichtingen in de context van de beoordeling van voorgestelde maatregelen als onderdeel van een plan of project dat nadelige effecten had op de natuurlijke kenmerken van een gebied dat uit hoofde van die richtlijn was aangewezen als een beschermd type habitat. Toch wijs ik erop dat het Hof in het arrest Sweetman (zie punt 60 van deze conclusie) de nadruk heeft gelegd op

⁵⁴ Arrest Commissie/Duitsland, punten 9 en 14.

⁵⁵ Arrest Commissie/Duitsland, punten 6 en 7.

⁵⁶ Arrest Commissie/Duitsland, punt 36.

⁵⁷ Arrest Commissie/Duitsland, punt 37.

⁵⁸ Arrest Commissie/Duitsland, punten 35 en 38.

de bepalende kenmerken van het gebied, die verband houden met de doelstellingen die tot de aanwijzing van dat gebied hebben geleid, in de beoordeling of de als onderdeel van een plan of project voorgestelde maatregelen kunnen worden geacht alle rechtstreekse nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van dat gebied te voorkomen of te verminderen.

73. Bovendien heeft het Hof in de arresten Briels, Orleans en Commissie/Duitsland („centrale van Moorbург”) in wezen overwogen dat maatregelen die gekwantificeerde schade elders in het gebied compenseren, niet kunnen worden aangemerkt als maatregelen die de nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van het gebied voldoende mitigeren. Verder heeft het Hof in het arrest Briels benadrukt dat voordelen die voortvloeien uit de ontwikkeling van nieuwe habitatgebieden waarmee wordt beoogd het verlies van een gebied en kwaliteit van dezelfde habitat in een beschermd gebied te compenseren, in principe heel moeilijk met enige mate van zekerheid te voorspellen zijn (zie punt 63 van deze conclusie).

74. In de onderhavige zaak merk ik op dat de instandhoudingsdoelstelling van de SBZ het behouden of herstellen van de gunstige instandhoudingstoestand van de blauwe kiekendief is (zie punt 13 van deze conclusie). Ik ben tevens van mening dat de bepalende kenmerken van de SBZ dus moeten verzekeren dat er voor de blauwe kiekendief voldoende habitat is in overeenstemming met de instandhoudingsdoelstelling van de SBZ.

75. Zoals aangegeven in de bijlage, zal het windpark leiden tot het verlies van een gebied uit de foerageerhabitat van de blauwe kiekendief binnen de SBZ. Dit is in de bijlage gekwantificeerd op 9 hectare permanent direct habitatverlies en niet-beschikbaarheid van 162,7 hectare habitat ten gevolge van het verplaatsingseffect van de turbines (zie de punten 24 en 25 van deze conclusie). Aldus zal het windpark een deel van bestaande en potentiële habitat voor de blauwe kiekendief wegnemen. Betoogd wordt dat de in het SHMP voorgestelde maatregelen over het geheel genomen dezelfde hoeveelheid habitat in de SBZ zullen behouden en zodoende de nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van de SBZ zullen vermijden.

76. Mijns inziens lijken de in het SHMP voorgestelde maatregelen op de maatregelen in de zaken Briels en Orleans omdat ze weliswaar een voldoende „bestaande” habitat voor de blauwe kiekendief kunnen waarborgen, maar het probleem niet aanpakken aan de bron, dat wil zeggen, verlies van benodigd land. In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof meen ik voorts dat, aangezien de voordelen die worden verwacht van de in het SHMP voorgestelde maatregelen, verwezenlijkt moeten worden gedurende de looptijd van het project, niet is voldaan aan de verplichting om te waarborgen dat op het tijdstip van goedkeuring door de bevoegde autoriteit buiten alle redelijke twijfel staat dat de maatregelen alle rechtstreekse nadelige effecten op de natuurlijke kenmerken van de SBZ zullen voorkomen.

77. Ik ben verder van mening dat, in de bijzondere omstandigheden van dit geding, potentiële habitat van de blauwe kiekendief deel uitmaakt van de bepalende kenmerken van de SBZ en bijdraagt tot de gunstige instandhoudingsstatus van de blauwe kiekendief. Het aanzienlijke verlies van potentiële habitat van de blauwe kiekendief moet derhalve in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de in het SHMP voorgestelde maatregelen toereikend zijn om de nadelige effecten van het windpark op de natuurlijke kenmerken van de SBZ te voorkomen of te verminderen. Potentiële gebieden binnen het door Unierecht beschermde gebied zijn niet meer dan gebieden waarin nog geen beheer heeft plaatsgevonden omdat de veranderende behoeften van de habitat van de blauwe kiekendief dit nog niet hebben vereist, of gebieden die nog niet gereed zijn om blauwe kiekendieven op te nemen.

78. De blauwe kiekendief is als vogelsoort opgenomen in bijlage I bij de vogelrichtlijn en derhalve dienen daarvoor volgens overweging 8 en artikel 4 van die richtlijn speciale beschermingsmaatregelen met betrekking tot zijn habitat te worden getroffen opdat hij daar waar hij nu voorkomt kan voortbestaan en zich kan voortplanten.⁵⁹ Zoals het Hof heeft geoordeeld, voorziet artikel 4 van de vogelrichtlijn zowel voor de in bijlage I bij de richtlijn genoemde soorten als voor de trekvogels in een specifiek op deze vogels gericht en versterkt stelsel van beschermingsmaatregelen, dat wordt gerechtvaardigd door het feit dat het hier gaat om de meest bedreigde soorten, respectievelijk soorten die een gemeenschappelijk erfgoed van de Europese Unie vormen.⁶⁰ Bovendien bestaan de aan bevoegde nationale autoriteiten opgelegde verplichtingen om zulke soorten te beschermen voordat een vermindering in het aantal vogels is vastgesteld of het gevaar van uitsterven van een beschermde soort zich heeft verwezenlijkt.⁶¹

79. De rechtspraak van het Hof benadrukt het belang van het voorzorgsbeginsel bij de beoordeling van maatregelen uit hoofde van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn (zie de punten 55 en 56 van deze conclusie). Mijns inziens geldt dit des te meer in het geval van de blauwe kiekendief die in een bijlage bij een recent richtsnoer van de Commissie is opgenomen als een vogelsoort die als bijzonder kwetsbaar voor windparken wordt beschouwd, wat ook habitatverplaatsing omvat.⁶²

80. Mijn slotsom luidt derhalve dat in de omstandigheden van het hoofdgeding, voorgestelde maatregelen in een beheersplan in het kader van een ontwikkelingsproject die bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat de omvang van het gebied, waarvan het wezenlijke doel erin bestaat habitat te verschaffen voor een beschermde soort, en dat geschikte habitat is voor die soort, op geen enkel moment wordt verminderd en zelfs kan worden vergroot, maar waarbij een deel van het gebied gedurende de levensduur van het ontwikkelingsproject geen geschikte habitat zal kunnen bieden voor die soort, niet voldoen aan het vereiste van voldoende beschermende (mitigerende) maatregelen in de zin van de rechtspraak van het Hof waarin uitlegging is gegeven aan artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn.

VI. Conclusie

81. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Supreme Court als volgt te beantwoorden:

„In een geval waarin

- a) een beschermd gebied als wezenlijk doel heeft habitat te bieden voor een specifieke soort,
- b) de aard van de habitat die voor die soort geschikt is, impliceert dat het geschikte gedeelte van het gebied noodzakelijkerwijs zal wijzigen in de loop der tijd, en

⁵⁹ Zie punt 12 van deze conclusie. Zie in dit verband ook het verslag van de door de Commissie gefinancierde casestudy's over de vergunningsprocedure krachtens artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn (juni 2013), te raadplegen via de website in voetnoot 33, Case 1: Adopting a systematic approach to the screening and AA [Appropriate Assessment] of plans and projects relating to forest activities (Ireland) [vaststelling van een systematische aanpak voor het screenen en de passende beoordeling van plannen en projecten met betrekking tot bosbouwactiviteiten (Ierland)], blz. 10 (waarin is vermeld dat de blauwe kiekendief een van de belangrijkste soorten is in gebieden waar bosbouwgerelateerde besluitvorming belangrijk is en „nog steeds ernstig in gevaar is, aangezien de blauwe kiekendief achteruitgaat in SBZ's”).

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld arrest van 14 oktober 2010, Commissie/Oostenrijk, C-535/07, EU:C:2010:602, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld arrest van 24 november 2016, Commissie/Spanje, C-461/14, EU:C:2016:895, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Commissie/Spanje, C-461/14, EU:C:2016:110, punt 72.

⁶² Richtsnoer van de Commissie, Wind energy developments and Natura 2000 (2011), te raadplegen via de website in voetnoot 33, bijlage II. Opgemerkt zij dat dit overeenstemt met het recente onderzoeksproject „Windharrier – Interactions between hen harriers and wind turbines” (2012-2014), dat betrekking heeft op specifieke problemen met blauwe kiekendieven en windenergie in Ierland, beschikbaar op <https://www.ucc.ie/en/forestecology/research/windharrier/>

- c) in het kader van een voorgesteld ontwikkelingsproject een beheersplan voor het gehele gebied moet worden opgesteld (dat ook wijzigingen omvat in het beheer van gebiedsdelen waarop het ontwikkelingsproject 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 ontwikkelingsproject geen passende habitat zal kunnen bieden,

kunnen maatregelen zoals genoemd onder c) niet worden beschouwd als beschermende maatregelen die deel uitmaken van dat plan of project en die ertoe strekken de rechtstreekse nadelige effecten voor de natuurlijke kenmerken van het gebied te voorkomen of te verminderen, teneinde te waarborgen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast in de zin van artikel 6, lid 3, 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.”