

AB 2014/38: Ontheffing Ffw; bijlage IV soort, dwingende reden van groot openbaar belang

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	Datum:	4 december 2013
Magistraten:	Mrs. D.A.C. Slump, A. Hammerstein, C.M. Wissels	Zaaknr:	201211251/1/A3
Conclusie:	-		
Noot:	W.R. van der Velde ^[*]	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RVS:2013:2231, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 04-12-2013		

Wetgeving: Art. 75 Flora- en faunawet

Brondocument: ABRvS, 04-12-2013, nr 201211251/1/A3

Essentie

Ffw-ontheffing voor verstoren Groene Glazenmaker en werkgelegenheid als dwingende reden van groot openbaar belang. Actueel onderzoek. Gunstige staat van instandhouding mits compensatie-gebied voldoende geschikt is.

Samenvatting

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 15 januari 2001 in zaak nr. 200004163/1; ECLI:NL:RVS:2001:AA9523), kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd dat een regionaal werkgelegenheidsbelang geen dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn. Wel zal dat werkgelegenheidsbelang, mede gelet op de restrictieve uitleg van artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit, overtuigend moeten worden aangetoond. Verder dient dat belang te worden afgewogen tegen het belang van het behoud van het leefgebied van de groene glazenmaker.

Berend Botje heeft in een reactie op dat rapport de juistheid van deze schatting gemotiveerd bestreden. Volgens haar waren de onderzoeksgegevens ten tijde van de ontheffingaanvraag reeds achterhaald. De staatssecretaris is in het besluit van 10 maart 2011 ten onrechte niet ingegaan op deze bezwaren van Berend Botje. In het bijzonder is niet gebleken dat hij actuele gegevens heeft betrokken bij de beantwoording van de vraag of het gestelde werkgelegenheidsbelang kan worden aangemerkt als dringende reden van groot openbaar belang. Nu de staatssecretaris dat besluit diende te nemen met inachtneming van de feiten en de omstandigheden ten tijde van het nemen van het besluit, bestond daartoe wel aanleiding. Evenmin heeft de staatssecretaris bij het besluit van 10 maart 2011 het werkgelegenheidsbelang kenbaar afgewogen tegen het belang van het behoud van het leefgebied van de groene glazenmaker.

Partij(en)

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 8:51d Awb op het hoger beroep van de stichting Stichting Platform Berend Botje, te Kiel-Windeweer, gemeente Hoogezand-Sappemeer, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Groningen van 24 oktober 2012 in zaak nr. 11/348 in het geding tussen:

Berend Botje

en

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 27 juni 2008 heeft de minister aan de provincie Groningen ontheffing verleend van het bepaalde in de artikelen 9, 11 en 13, eerste lid, van de Flora- en faunawet (hierna: de Ffw) voor het vangen, bemachtigen of met het oog daarop opsporen van de libellensoort groene glazenmaker (*Aeshna viridis*), het beschadigen, vernielen, wegnemen of verstoren van voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van de groene glazenmaker, en het vervoeren en onder zich hebben van de groene glazenmaker (hierna: de ontheffing).

Bij besluit van 4 juli 2008 heeft de minister een verzoek van Berend Botje om de ontheffing onmiddellijk dat wel op de kortst mogelijke termijn in te trekken en handhavend op te treden, afgewezen.

Bij besluit van 10 maart 2011 heeft de staatssecretaris de door Berend Botje tegen de besluiten van 27 juni 2008 en 4 juli 2008 gemaakte bezwaren wederom ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 24 oktober 2012 heeft de rechtbank het door Berend Botje daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en bepaald dat de staatssecretaris met inachtneming van deze uitspraak opnieuw dient te beslissen op de bezwaren van Berend Botje. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft Berend Botje hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft de provincie een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Bij besluit van 7 februari 2013 heeft de staatssecretaris, gevolg gevend aan de aangevallen uitspraak, opnieuw op de bezwaren van Berend Botje beslist en die bezwaren wederom ongegrond verklaard.

Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft Berend Botje een reactie op dat besluit gegeven.

Berend Botje, de staatssecretaris en de provincie hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 november 2013, waar Berend Botje, vertegenwoordigd door haar voorzitter, bijgestaan door mr. M.T. Hoen, advocaat te Gorredijk, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.E.W. Tieleman, werkzaam bij het Ministerie van Economische Zaken, zijn verschenen.

Voorts is ter zitting de provincie, vertegenwoordigd door mr. P. van der Burgh en J.B. Koster, beiden werkzaam bij de provincie, als belanghebbende gehoord.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 8:51d van de Awb kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

Ingevolge artikel 12, eerste lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PB 1992 L 206; hierna: de Habitatrichtlijn) treffen de lidstaten de nodige maatregelen voor de instelling van een systeem van strikte bescherming van de in bijlage IV, onder a, vermelde diersoorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied, waarbij een verbod wordt ingesteld op:

- a) het opzettelijk vangen of doden van in het wild levende specimens van die soorten;
- b) het opzettelijk verstoren van die soorten, vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijkheid van de jongen, overwintering en trek;
- c) het opzettelijk vernielen of rapen van eieren in de natuur;
- d) de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, aanhef en onder c, mogen de lidstaten, wanneer er geen andere bevredigende

oplossing bestaat en op voorwaarde dat de afwijking geen afbreuk doet aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan, afwijken van het bepaalde in artikel 12 in het belang van de volksgezondheid en de openbare veiligheid of om andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard.

Ingevolge artikel 9 van de Ffw is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

Ingevolge artikel 11 is het verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.

Ingevolge artikel 13, eerste lid, is het onder meer verboden dieren dan wel eieren, nesten of producten van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te vervoeren of onder zich te hebben.

Ingevolge artikel 75, derde lid, kan de minister ontheffing verlenen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 8 tot en met 15.

Ingevolge het vijfde lid worden ontheffingen slechts verleend indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort.

Ingevolge het zesde lid wordt, onverminderd het vijfde lid, voor soorten genoemd in bijlage IV van de Habitatrictlijn ontheffing slechts verleend wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat:

(...);

c. met het oog op andere, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, belangen.

Ingevolge artikel 2, derde lid, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (hierna: het Vrijstellingsbesluit) zijn als andere belangen als bedoeld in artikel 75, vijfde (lees: zesde) lid, onder c, van de Ffw aangewezen:

(...);

e. dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten;

(...).

2. De groene glazenmaker is vermeld in bijlage IV, onder a, van de Habitatrictlijn en is tevens door de minister aangewezen als beschermde inheemse diersoort die in zijn voortbestaan wordt bedreigd of het gevaar loopt in zijn voortbestaan te worden bedreigd.
3. De ontheffingaanvraag is gedaan in verband met de uitvoering van het deelproject "Aanleg Westerdiepsterdalkanaal" in de gemeente Hoogezand-Sappemeer. Dit deelproject is een onderdeel van het project "Van Turfvaart naar Toervaart" dat ziet op het realiseren van een vaarverbinding van het Zuidlaardermeer met Oost-Groningen voor de pleziervaart. Het Westerdiepsterdalkanaal zal worden aangelegd als vaarverbinding tussen Kieldiep en het zeilmeer Langebosch te Veendam en geschikt gemaakt voor gebruik door de pleziervaart. De werkzaamheden die het deelproject meebrengt en de scheepvaart die nadien zal plaatsvinden, hebben tot gevolg dat het leefgebied van de groene glazenmaker, te weten krabbenscheer, ter plaatse verdwijnt. De provincie heeft in haar aanvraag voorgesteld de aanwezige vegetatie krabbenscheer in het plangebied met eventuele eieren of larven van de groene glazenmaker uit het plangebied te verplaatsen naar een nieuw in te richten compensatiegebied.
De staatssecretaris heeft de ontheffing verleend wegens dwingende redenen van groot openbaar belang als bedoeld in artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit. In de ontheffing is het compensatievoorstel van de provincie geaccepteerd, onder de voorwaarden dat de verplaatsing van de krabbenscheer vóór aanvang van de werkzaamheden geschiedt, de krabbenscheerplanten voorzichtig uit het water worden gelicht en het compensatiegebied wordt afgesloten voor de scheepvaart. Voorts dient het beheer van het compensatiegebied gericht te zijn op de instandhouding van de krabbenscheer en de groene glazenmaker, aldus de ontheffing.
4. Het besluit van 10 maart 2011 betreft een tweede besluit op de bezwaren van Berend Botje, nadat het eerste besluit op die bezwaren van 10 augustus 2009 door de rechtbank bij uitspraak van 2 juni 2010 in zaak nr. 09/929 is vernietigd. Volgens die uitspraak had de minister niet de nodige kennis vergaard over de vraag of door de ontheffingverlening al dan niet afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker.

Bij het besluit van 10 maart 2011 heeft de staatssecretaris rekening gehouden met de omstandigheden dat het

deelproject "Aanleg Westerdiepsterdalkanaal" intussen is afgerond, de vaarroute een feit is geworden en de destijds aanwezige krabbenscheervegetatie is overgebracht naar het compensatiegebied. Volgens de staatssecretaris ontbreekt vooralsnog in het compensatiegebied geschikt leefgebied voor de groene glazenmaker door het rigoureuze schonen van het water, waardoor de krabbenscheer niet goed gedijt. Hij heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat de voorwaarden die in de ontheffing zijn neergelegd voor het verplaatsen en in stand houden van de aanwezige vegetatie krabbenscheer zodanig zijn dat, indien deze in acht worden genomen, geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker. Daarbij heeft hij mede in aanmerking genomen dat het deelproject alleen gevolgen heeft voor de deelpopulatie groene glazenmakers in het plangebied en niet voor de kernpopulatie in de Wildervankse Dallen.

5. De rechtbank heeft het besluit van 10 maart 2011 vernietigd, omdat de verleende ontheffing nog steeds niet is voorzien van een motivering van de geschiktheid van het gekozen compensatiegebied. Dit brengt volgens de rechtbank mee dat ook het besluit met betrekking tot het verzoek van Berend Botje om de ontheffing onmiddellijk dan wel op de kortst mogelijke termijn in te trekken en handhavend op te treden, van een onvoldoende motivering is voorzien.
6. Berend Botje betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris zich op het standpunt mocht stellen dat met het Westerdiepsterdalkanaal een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid, als bedoeld in artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit.
- 6.1. Artikel 75, vijfde en zesde lid, van de Ffw vormt met artikel 2, derde lid, aanhef en onder e, van het Vrijstellingsbesluit de implementatie van artikel 16, eerste lid, aanhef en onder c, van de Habitatrichtlijn. Gelet hierop, en nu de groene glazenmaker op bijlage IV van de Habitatrichtlijn is vermeld, dienen deze bepalingen in het licht van die richtlijn te worden uitgelegd. Het Hof van Justitie heeft overwogen dat artikel 16 van de Habitatrichtlijn, dat nauwkeurig de criteria definieert op basis waarvan de lidstaten mogen afwijken van de in de artikelen 12 tot en met 15 gestelde verboden, een uitzonderingsbepaling is in het door de richtlijn opgezette beschermingsstelsel voor de betrokken dier- en plantensoorten. Bijgevolg moet dit artikel restrictief worden uitgelegd (arrest van 10 mei 2007, C 508/04, *Commissie tegen Oostenrijk*, punten 109 en 110; www.curia.europa.eu).
- 6.2. De provincie heeft als dwingende reden van groot openbaar belang de werkgelegenheid en de leefbaarheid in de Veenkoloniën genoemd. De provincie heeft zich in de door de rechtbank vermelde brief van 20 juni 2008 op het standpunt gesteld dat de Veenkoloniën volgens een in opdracht van de regering uitgevoerd onderzoek te eenzijdig in werkgelegenheid zijn en kampen met een negatief imago. De werkloosheid is er hoger en de inkomens zijn er lager dan elders in het noorden van Nederland. Naar aanleiding van dat onderzoek is de "Agenda voor de Veenkoloniën" opgesteld, waarin tien projecten zijn vermeld die een bijdrage kunnen leveren aan zowel de werkgelegenheid als het versterken van het woonklimaat en imago van de Veenkoloniën. Het project "Van Turfvaart naar Toervaart" is het eerste project waaraan in dat kader uitvoering is gegeven. Berekeningen op basis van onderzoeksgegevens wijzen uit dat door dit project de structurele werkgelegenheid toeneemt met 84 mensjaren en de tijdelijke, projectgebonden, werkgelegenheid met 245 mensjaren. Daarnaast zal de economie worden gestimuleerd door onder meer een toename van consumptieve bestedingen door extra vaarrecreanten, aldus de provincie.
- 6.3. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 15 januari 2001 in zaak nr. 200004163/1; ECLI:NL:RVS:2001:AA9523), kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd dat een regionaal werkgelegenheidsbelang geen dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn. Wel zal dat werkgelegenheidsbelang, mede gelet op de restrictieve uitleg van artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit, overtuigend moeten worden aangetoond. Verder dient dat belang te worden afgewogen tegen het belang van het behoud van het leefgebied van de groene glazenmaker. De provincie heeft ter staving van haar stelling dat het project "Van Turfvaart naar Toervaart" in het belang is van de werkgelegenheid het rapport "Agenda voor de Veenkoloniën. Van Turfvaart naar Toervaart. Ontwikkeling vaarverbindingen Zuidlaardermeer naar Oost-Groningen" van bureau Grontmij Advies & Techniek van 5 december 2002 overgelegd. In paragraaf 4.2 van dat rapport is een inschatting gemaakt van de sociaaleconomische effecten van het project. Volgens die paragraaf zijn daarvoor onderzoeksgegevens gebruikt uit 1994, 1999 en 2002. Op basis van die onderzoeksgegevens is geschat dat de structurele werkgelegenheid

toeneemt met 84 mensjaren en de tijdelijke, projectgebonden, werkgelegenheid met 245 mensjaren. Berend Botje heeft in een reactie op dat rapport de juistheid van deze schatting gemotiveerd bestreden. Volgens haar waren de onderzoeksgegevens ten tijde van de ontheffingaanvraag reeds achterhaald.

De staatssecretaris is in het besluit van 10 maart 2011 ten onrechte niet ingegaan op deze bezwaren van Berend Botje. In het bijzonder is niet gebleken dat hij actuele gegevens heeft betrokken bij de beantwoording van de vraag of het gestelde werkgelegenheidsbelang kan worden aangemerkt als dwingende reden van groot openbaar belang. Nu de staatssecretaris dat besluit diende te nemen met inachtneming van de feiten en omstandigheden ten tijde van het nemen van dat besluit, bestond daartoe wel aanleiding. Evenmin heeft de staatssecretaris bij het besluit van 10 maart 2011 het werkgelegenheidsbelang kenbaar afgewogen tegen het belang van het behoud van het leefgebied van de groene glazenmaker.

De staatssecretaris heeft derhalve bij het besluit van 10 maart 2011 niet deugdelijk gemotiveerd dat overtuigend is aangetoond dat met het Westerdiepsterdalkanaal een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid, als bedoeld in artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit. De rechtbank heeft dat ten onrechte niet onderkend.

Het betoog slaagt.

7. Het betoog van Berend Botje dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat dan ontheffing verlenen voor de gekozen vaarroute, slaagt evenzeer. Gezien de bewoordingen van artikel 75, zesde lid, van de Ffw is die conclusie immers onlosmakelijk verbonden met het antwoord op de vraag of zich een dwingende reden van groot openbaar belang voordoet. Gelet op hetgeen hierover onder 6.3 is overwogen, heeft de staatssecretaris die vraag niet deugdelijk gemotiveerd beantwoord.
8. Berend Botje betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte niet zelf in de zaak heeft voorzien door de ontheffing van 27 juni 2008 te herroepen, terwijl zij heeft overwogen dat het gekozen compensatiegebied niet geschikt is voor krabbenscheer en de groene glazenmaker. Volgens Berend Botje kan dit gebrek niet in een nieuw besluit op bezwaar worden hersteld, aangezien het compensatiegebied reeds vóór de werkzaamheden in 2008 geschikt diende te zijn, inmiddels is gebleken dat het gekozen compensatiegebied nimmer geschikt zal kunnen worden gemaakt en er geen ander, wel geschikt, compensatiegebied is.
- 8.1. De rechtbank heeft overwogen dat de ontheffing alleen dan kan worden gehandhaafd als een compensatiegebied is aangewezen, aangezien een compensatiegebied is vereist om geen afbreuk te doen aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker. De rechtbank heeft verder overwogen dat de ontheffing, ruim vier jaar na de verlening daarvan, niet is voorzien van een deugdelijke motivering ten aanzien van de geschiktheid van het gekozen compensatiegebied. Herroeping van de ontheffing strekt volgens de rechtbank evenwel te ver, nu de staatssecretaris het gebrek in de ontheffing kan herstellen door het gekozen compensatiegebied alsnog geschikt te maken voor krabbenscheer en de groene glazenmaker, dan wel door met de hulp van een ter zake kundige een alternatief gebied aan te wijzen dat bijdraagt aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker.
- 8.2. In de ontheffing zijn onder meer de volgende voorwaarden opgenomen:
 - “(7) De compenserende en mitigerende maatregelen dienen te worden uitgevoerd zoals omschreven in de bij de aanvraag gevoegde projectomschrijving, aangevuld met de volgende maatregelen.
 - (8) Bij de planning van de werkzaamheden dient rekening gehouden te worden met de seizoensactiviteiten van de soort waarvoor ontheffing wordt verleend
 - (9) Het vangen en overzetten van de libellenlarven dient te geschieden door de krabbenscheerplanten voorzichtig uit het water te lichten.
 - (10) Voordat de werkzaamheden zullen plaatsvinden, dient alle krabbenscheer verplaatst te zijn naar de geschikte locatie.
 - (11) Het nieuw in te richten gebied dient te worden afgesloten voor (plezier)vaart
 - (12) Het beheer van het deel van het kanaal waarin krabbenscheer is overgezet, dient gericht te zijn op de instandhouding van de krabbenscheer en de groene glazenmaker.
 - (13) Bij alle bovenstaande maatregelen dient een ter zake kundige betrokken te worden.”

- 8.3. Berend Botje voert terecht aan dat, gelet op voorwaarde 10, het compensatiegebied volgens de ontheffing

reeds geschikt diende te zijn voor krabbenscheer en de groene glazenmaker, voordat met de werkzaamheden werd begonnen. In haar uitspraak van 2 juni 2010 in zaak nr. 09/929 heeft de rechtbank overwogen dat de minister niet in staat is gebleken een stuk over te leggen waaruit blijkt dat het door de provincie voorgestelde compensatiegebied van tevoren op geschiktheid is beoordeeld door Buro Bakker, zijnde het ecologisch adviesbureau dat in opdracht van de provincie de aanwezigheid van beschermde flora en fauna rondom de nieuwe vaarverbinding heeft onderzocht, of een andere deskundige. In de thans aangevallen uitspraak heeft de rechtbank overwogen dat ook uit de na de uitspraak van 2 juni 2010 overgelegde rapporten niet naar voren komt dat het gekozen compensatiegebied geschikt is voor krabbenscheer en de groene glazenmaker.

Anders dan Berend Botje stelt, betekent dit echter niet dat bij een nieuw te nemen besluit op bezwaar de ontheffing reeds om die reden niet kan worden gehandhaafd. Op grond van artikel 7:11, eerste lid, van de Awb dient in de bezwaarprocedure een volledige heroverweging van het primaire besluit plaats te vinden op basis van de feiten en omstandigheden zoals die zijn op het tijdstip waarop het besluit op bezwaar wordt genomen. Die heroverweging is niet gebonden aan argumenten of omstandigheden die in het bezwaarschrift aan de orde zijn gesteld en staat evenmin in de weg aan handhaving van het primaire besluit op een andere grond dan die waarop dat besluit steunt. Vaststaat dat er in dit geval een geschikt compensatiegebied moet zijn om geen afbreuk te doen aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker. Indien dat compensatiegebied er op het moment van het nemen van het besluit op bezwaar is, en hiermee alsnog de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker is gewaarborgd, kan — indien eveneens is voldaan aan 75, zesde lid, van de Ffw, gelezen in verbinding met artikel 2, derde lid, onder e, van het Vrijstellingsbesluit — de ontheffing worden gehandhaafd, ook al is niet voldaan aan voorwaarde 10 van de ontheffing. Berend Botje heeft niet aannemelijk gemaakt dat het in het geheel niet mogelijk is een geschikt compensatiegebied te vinden of aan te leggen voor krabbenscheer en de groene glazenmaker. Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geen aanleiding gezien om zelfvoorzienend de ontheffing te herroepen. Het betoog faalt.

9. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak zal in de einduitspraak worden bevestigd met verbetering van de gronden waarop deze rust.
10. Bij besluit van 7 februari 2013 heeft de staatssecretaris, gevolg gevend aan de aangevallen uitspraak, opnieuw beslist op de door Berend Botje gemaakte bezwaren voor zover deze zien op het compensatiegebied. Dit besluit wordt, gelet op artikel 6:24 van de Awb, gelezen in samenhang met artikel 6:19, eerste lid, van die wet, van rechtswege geacht onderwerp te zijn van dit geding.
11. Bij dit besluit heeft de staatssecretaris de bezwaren van Berend Botje wederom ongegrond verklaard, omdat de provincie heeft gekozen voor het geschikt maken van het bestaande compensatiegebied voor krabbenscheer en de groene glazenmaker. Hiertoe heeft de provincie afspraken gemaakt met het waterschap Hunze en Aa's wat betreft het waterbeheer. Daarnaast is de provincie doende een plan van aanpak op te stellen voor de ontwikkeling van de krabbenscheervegetatie in het huidige compensatiegebied, welk plan zal worden besproken met ecologisch adviesbureau Altenburg & Wymenga.
Om tegemoet te komen aan de uitspraak van de rechtbank, heeft de staatssecretaris de provincie opgedragen uiterlijk 15 maart 2013 een plan van aanpak over te leggen voor het huidige compensatiegebied. Mocht blijken dat dit niet geschikt kan worden gemaakt, dan dient de provincie uiterlijk 1 mei 2013 een geschikt alternatief gebied aan te wijzen en uiterlijk 15 mei 2013 kenbaar te maken hoe zij dat gebied gaat beheren, aldus het besluit van 7 februari 2013.
12. Berend Botje betoogt dat het besluit van 7 februari 2013 ondeugdelijk is gemotiveerd, nu het bestaande compensatiegebied nimmer geschikt zal kunnen worden gemaakt en er geen ander, wel geschikt, compensatiegebied is. Volgens haar is er geen voorbeeld bekend van een zoetwaterleefgemeenschap die van nature niet geschikt is voor krabbenscheer en de groene glazenmaker, welke succesvol geschikt is gemaakt en blijvend geschikt is gehouden voor deze soorten. Dat geldt ook voor het succesvol verplaatsen van larven van de groene glazenmaker, aldus Berend Botje.
- 12.1. Uit het besluit van 7 februari 2013 blijkt dat ten tijde van het nemen van dat besluit nog niet bekend was of het bestaande compensatiegebied geschikt kon worden gemaakt. Tevens was op dat moment nog geen geschikt alternatief compensatiegebied aangewezen. De staatssecretaris was daarom niet in staat te beoordelen of de ontheffing in stand kon blijven. Reeds daarom slaagt het betoog van Berend Botje dat het besluit van 7 februari 2013 een deugdelijke motivering ontbeert.

13. De Afdeling ziet in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding de staatssecretaris op de voet van artikel 8:51d van de Awb op te dragen het gebrek in het besluit van 7 februari 2013 binnen twaalf weken na verzending van deze tussenuitspraak te herstellen door dat besluit alsnog toereikend te motiveren en zo nodig te wijzigen.

Indien de staatssecretaris zich op het standpunt blijft stellen dat de ontheffing kan worden gehandhaafd, dient hij deugdelijk te motiveren dat met het project "Van Turfvaart naar Toervaart", en in het bijzonder met het deelproject "Aanleg Westerdiepsterdalkanaal", een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid en met het oog daarop geen andere bevredigende oplossing bestaat dan het verlenen van de ontheffing. De staatssecretaris dient dat belang af te wegen tegen het belang van het behoud van het leefgebied van de groene glazenmaker.

De staatssecretaris dient, ingeval hij de ontheffing wil handhaven, voorts deugdelijk te motiveren dat het bestaande compensatiegebied geschikt is voor krabbenscheer en de groene glazenmaker, dan wel een alternatief geschikt compensatiegebied aanwezig is. Hij dient daarbij ook feiten en omstandigheden te betrekken die zich na het besluit van 7 februari 2013 hebben voorgedaan. In ieder geval dient de staatssecretaris daarbij het rapport "Optimalisatie Groene glazenmakercompensatie bij het Kieldiep" van ecologisch onderzoeksbureau Altenburg & Wymenga van 27 maart 2013 te betrekken alsmede de bij de brief van Berend Botje van 23 oktober 2013 gevoegde reactie daarop.

14. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en het griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:

draagt de Staatssecretaris van Economische Zaken op om binnen twaalf weken na de verzending van deze tussenuitspraak:

1. met inachtneming van de overwegingen 6.3, 7, 12.1 en 13 het gebrek in het besluit van 7 februari 2013, kenmerk 483-6563, te herstellen, en
2. de Afdeling de uitkomst mede te delen en een eventueel gewijzigd besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken.

Noot

Auteur: W.R. van der Velde^[*]

1. Anders dan in het bekende liedje wilde Berend Botje — de appellante — in deze zaak juist niet uit varen met zijn scheepje naar Zuidlaren. Dat zou namelijk leiden tot verstoring van het leefgebied van de (libellesoort) groene glazenmaker. Uit deze slepende zaak blijkt dat bedreigde diersoorten ook bedreigende diersoorten kunnen zijn. Het primaire besluit is van 27 juni 2008 en betreft een Ffw-ontheffing voor — kort gezegd — het verstoren van de groene glazenmaker en zijn vaste voortplantings-, rust- of verblijfplaatsen. Die ontheffing is verleend aan de Provincie Groningen voor de aanleg van het Westerdiepsterdalkanaal in de gemeente Hoogezand-Sappemeer. Het Westerdiepsterdalkanaal maakt onderdeel uit van het project 'Van Turfvaart naar Toervaart' dat ziet op een vaarverbinding van het Zuidlaardermeer met Oost-Groningen (de Veenkoloniën) voor de pleziervaart. De aanleg van het Westerdiepsterdalkanaal brengt met zich dat het leefgebied van de groene glazenmaker, te weten (de waterplant) krabbenscheer ter plaatse verdwijnt. Daarom heeft de Provincie voorgesteld de aanwezige vegetatie krabbenscheer met eventuele eieren of larven van de groene glazenmaker te verplaatsen naar

een nieuw in te richten compensatiegebied. Die compensatieverplichting is vervolgens opgenomen als voorwaarde bij de ffw-ontheffing. Voorts geldt als voorwaarde dat de verplaatsing van de krabbenscheer vóór aanvang van de werkzaamheden geschiedt. Dat gebeurde op 30 juni 2008 (www.platformberendbotje.nl) Het Westerdiepsterdalkanaal is aangelegd en in mei 2009 in gebruik genomen.

Bijna vijf jaren, drie beslissingen op bezwaar, twee rechtbankuitspraken (2 juni 2010 en 24 oktober 2012 (ECLI:NL:RBGRO:2012:8777, *JM* 2013/55, m.nt. Boerema) en één (de onderhavige) tussenuitspraak van de Afdeling verder, is de Ffw-ontheffing van 27 juni 2008 nog steeds niet onherroepelijk. Hoe is het mogelijk dat een libelle minister en provincie zoveel hoofdbreken bezorgt?

2. Allereerst moet worden bedacht dat de groene glazenmaker voorkomt op bijlage IV bij de Europese Habitatrichtlijn, en daarom streng beschermd is. Vrijwel iedere verstoring van het dier zelf, maar ook van voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen is verboden (in de artikelen 9 en 11 Ffw). Het verlenen van ontheffing is mogelijk, mits voldaan is aan de volgende cumulatieve voorwaarden:
 - er wordt geen afbreuk gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort (art. 75 lid 5 Ffw)
 - er bestaat geen andere bevredigende oplossing (art. 75 lid 6 Ffw)
 - alléén met het oog op een bij AMvB aangewezen belang (art. 75 lid 6 Ffw juncto art. 2 lid 3 Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten); in dit geval ging het volgens de minister om het 'ontheffingsbelang': dringende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten.
3. Deze hindernissen voor het verlenen van ontheffing zijn niet eenvoudig te nemen, temeer omdat volgens vaste (Europese) jurisprudentie deze criteria restrictief moeten worden uitgelegd (HvJ EU 10 mei 2007, C-508/04, *Jur.* 2007, p. I-03787, *Commissie tegen Oostenrijk*, punten 109 en 110). Zie ook ABRvS 21 maart 2012, *JM* 2012/68, m.nt. Boerema): artikel 75 Ffw bindt de beoordeling van de vraag of een ontheffing kan worden verleend, aan een dwingend en beperkt toetsingskader.
4. Pogingen om dit soms knellende toetsingskader in de praktijk enigszins te verruimen — of te omzeilen — zijn niet helemaal geslaagd. In 2005 werd bijvoorbeeld het Besluit vrijstelling verruimd teneinde meer mogelijkheden te scheppen voor het verlenen van ontheffing of vrijstelling van de verbodsbepalingen van de artikelen 8 tot en met 12 Ffw. Onder meer werd als ontheffingsgrond opgenomen 'ruimtelijke ontwikkeling en inrichting'. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde echter — niet geheel onverwacht — dat die uitzonderingsgrond niet voorkomt in het Europese recht (de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn) en daarom — kort gezegd — niet kan worden toegepast als het gaat om krachtens die richtlijnen beschermde soorten (ABRvS 21 januari 2009, *BR* 2009/48, m.nt. Woldendorp en ABRvS 13 mei 2009, *BR* 2009/139, m.nt. Reede).
5. Daarna volgde een nieuwe poging om aan het strenge ontheffingenregime te ontsnappen, namelijk de beleidslijn 'Aangepaste Beoordeling'. Die ministeriële beleidslijn komt erop neer dat geen artikel 75 Ffw-ontheffing nodig is wanneer door het treffen van maatregelen de functionaliteit van voortplantings- en/of vaste rust- en verblijfsplaatsen gewaarborgd is. Indien de schadelijke gevolgen van een activiteit genoegzaam zouden worden gemitigeerd of gecompenseerd, is er geen overtreding van de verbodsbepalingen van artikel 8 tot en met 12 Ffw en dus ook geen ontheffing nodig. In de praktijk werd voor de zekerheid zo'n ontheffing wel aangevraagd. Daarop reageerde de minister dan met een zogeheten 'positieve aanwijzing', een besluit, houdende de mededeling dat geen Ffw-ontheffing vereist is. De nieuwe beleidslijn bleek ook geen onverdeelde succes. In een serie uitspraken over dit onderwerp oordeelde de Afdeling dat slechts die maatregelen die zien op het *voorkomen* van de in de Ffw opgenomen verboden worden overtreden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of één van de in vorengenoemde artikelen opgenomen verboden wordt overtreden (zie onder meer ABRvS 15 februari 2012, *AB* 2012/80, m.nt. L.J.A. Damen onder *AB* 2012/81, *JB* 2012, 82 en ABRvS 21 maart 2012, *JM* 2012/68, m.nt. Boerema en ABRvS 3 oktober 2012, *JM* 2012/146, m.nt. Boerema. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze jurisprudentie: Zijlmans, voorkomen is beter dan mitigeren, *JM* 2012/905). Heel in het kort: mitigerende maatregelen, die nauw verband houden met de uitvoering van het project kunnen in beginsel wél leiden tot het niet overtreden van de verbodsbepalingen van de artikelen 8 tot en met 12 Ffw, maar compenserende maatregelen niet.
6. Voor de praktijk betekent dit dat weer vaker ontheffing moet worden gevraagd, zodat groene glazenmakerachtige discussies als de onderhavige zich vaker zullen voordoen. Dat zal ook het geval blijven na inwerkingtreding van het in augustus 2012 ingediende (Kamerstukken II 2011 /12, 33 348)

wetsvoorstel voor de Wet natuurbescherming, althans voor zover het gaat om soorten die krachtens de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn beschermd zijn. Voor de habitatrichtlijn gaat het dan met name om de soorten die voorkomen op bijlage IV, waaronder de glazenmaker (zie over de hoofdlijnen van het wetsvoorstel L. Boerema, A.A. Freriks & W. Lambooi, 'Soortenbescherming en de agrarische sector' (preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht), *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2013, nr. 3, p. 94 t/m 98 en over het gebiedsbeschermingsdeel van dat voorstel F.H. Damen, 'De Natuurbeschermingswet in een nieuw jasje', *Gst.* 2013/75). De behandeling van het wetsvoorstel heeft enige vertraging opgelopen. Bij brief van 21 december 2012 heeft de Minister van EZ de Tweede Kamer laten weten dat — mede naar aanleiding van het regeerakkoord "Bruggen Slaan" — het wetsvoorstel zou worden aangepast en dat een daartoe strekkende Nota van Wijziging naar de Tweede Kamer zou worden gestuurd. Dat is tot op heden (8 januari 2014) nog niet gebeurd. De aanpassingen zouden onder meer zien op het harmoniseren van de beschermingsregimes voor enerzijds vogels en anderzijds andere beschermde dier- en plantensoorten.

7. Terug naar de uitspraak. De ABRvS behandelt als eerste de beroepsgrond die inhoudt dat met het Westerdiepsterdalkanaal geen dwingende reden van groot openbaar belang is gemoed. Volgens de minister en de provincie waren de werkgelegenheid en de leefbaarheid in de Veenkoloniën dergelijke belangen. Dat vond ook de Rechtbank Groningen, maar de Afdeling denkt daar anders over. Regionale werkgelegenheidsbelangen kunnen dwingende redenen van groot openbaar belang zijn (aldus overwoog de ABRvS ook al in haar uitspraak van 15 januari 2001, *JB* 2001/68, m.nt. Peeters), maar — gelet op de restrictieve uitleg van de ontheffingscriteria — zal zo'n belang overtuigend moeten worden aangetoond. En dat was volgens de Afdeling niet het geval, met name niet omdat de minister (en de provincie) zich baseerden op een verouderd rapport (uit 2002, met daarin onderzoeksgegevens uit 1994, 1999 en 2002). In een soortgelijke Friese kwestie (óók over een kanaal ten behoeve van de recreatievaart (het Polderhoofd kanaal) en óók over de groene glazenmaker) had de Rechtbank Leeuwarden zich ook al zeer kritisch getoond over regionale werkgelegenheid als dwingende reden van openbaar belang (Rechtbank Leeuwarden 17 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY6864, *JM* 2013/28, m.nt. Boerema). De Rechtbank Leeuwarden achtte het verwachte aantal extra arbeidsplaatsen niet voldoende aangetoond. Tegen de uitspraak van de rechtbank is hoger beroep ingesteld, waarop recent is beslist (ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:112). De Afdeling deelt het oordeel van de rechtbank dat het werkgelegenheidsbelang niet voldoende overtuigend was aangetoond. Maar de rechtbank ging volgens de Afdeling te ver door daaraan zélf de eindconclusie te verbinden dat een dwingende reden van groot openbaar belang ontbreekt. De rechtbank had daarom niet — zelf voorzienend — het primaire besluit mogen herroepen. Omdat echter vervolgens met nieuwe onderzoeken het werkgelegenheidsbelang wel is aangetoond, laat de Afdeling het naar aanleiding van de rechtbankuitspraak nieuw genomen besluit in stand en kan het dossier Polderhoofd kanaal eindelijk dicht (en het kanaal zelf open).
8. Over het volgende criterium "geen andere bevredigende oplossing" is de ABRvS kort. Het antwoord op die vraag is onlosmakelijk verbonden met het antwoord op de vraag of zich een dwingende reden van groot openbaar belang voordoet. Omdat die laatste vraag niet deugdelijk gemotiveerd is beantwoord, slaagt ook de beroepsgrond dat de minister in redelijkheid heeft kunnen vaststellen dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat.
9. Deze overwegingen roepen de vraag op hoe breed het alternatievenonderzoek (naar mogelijke andere bevredigende oplossingen) moet zijn. Dat is blijkens de uitspraak afhankelijk van de formulering van de dwingende reden van groot openbaar belang die wordt aangevoerd. Dat betekent dat bij een ruim omschreven belang als 'werkgelegenheid en leefbaarheid in de Veenkoloniën' niet alleen gekeken moet worden naar alternatieve vaarverbindingen, maar ook naar alternatieve recreatieve ontwikkelingen en mogelijk zelfs naar andere mogelijke plannen en projecten ten behoeve van werkgelegenheid en leefbaarheid. Die benadering koos ook de Rechtbank Leeuwarden in de uitspraak van 17 december 2012 over het Polderhoofd kanaal. Doelstelling van het project in die zaak — het bevaarbaar maken van het Polderhoofd kanaal — was het bevorderen van economische groei en werkgelegenheid. Uitgaande van die doelstelling was een onderzoek naar twee alternatieve vaarverbindingen te beperkt. De rechtbank achtte onaannemelijk dat watertoerisme de enige sector is waarin economische groei en werkgelegenheid gecreëerd kan worden. Dat is overigens niet nieuw. Al in de aangehaalde Afdelingsuitspraak van 15 januari 2001 over een grensoverschrijdend bedrijvenpark in Heerlen oordeelde de Afdeling dat, uitgaande van de doelstelling 'uitbreiding van de werkgelegenheid in de regio

Heerlen/Aken', het alternatievenonderzoek niet beperkt kan blijven tot een locatiekeuzeonderzoek; een andere bevredigende oplossing zou immers ook zijn het revitaliseren van bestaande bedrijventerreinen of het creëren van banen in de zorgsector of het onderwijs (zie in gelijke zin, maar dan over de gebiedsbeschermingsbepalingen van de Habitatrictlijn, de Afdelingsuitspraak over de Westerschelde containerterminal: ABRvS 16 juli 2003, AB 2003/336, m.nt. Backes). Er is dus een correlatie tussen de criteria dwingende redenen van groot openbaar belang enerzijds en de vraag of er andere bevredigende oplossingen zijn anderzijds. Het lijkt daarom van belang het openbare belang niet onnodig groot of ruim te formuleren. Dat leidt immers tot een zeer breed alternatievenonderzoek in het kader van het criterium andere bevredigende oplossing.

10. Indien eenmaal is vastgesteld en zorgvuldig is onderbouwd dát sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang, is men er overigens nog niet. Uit de uitspraak blijkt dat dat belang *kenbaar* moet worden afgewogen tegen het belang van het behoud van (het leefgebied van) de beschermde soort. Gezien artikel 3:4 Awb is dat natuurlijk niet zo verrassend. Maar in al het geweld over de vraag wat nu exact een dringende reden van groot openbaar belang is en hoe dat moet worden aangetoond, ziet men die uiteindelijke belangenafweging nog wel eens over het hoofd.
11. Tot slot het criterium 'gunstige staat van instandhouding' van de groene glazenmaker. De uitspraak laat zien dat compensatiegebieden daarbij een belangrijke rol kunnen spelen, zij het dat de geschiktheid van zo'n compensatiegebied wel moet worden aangetoond. Ook daarover bestond in deze zaak twijfel bij de ABRvS. Praktijk en jurisprudentie laten zien dat met adequate compensatiemaatregelen het criterium 'gunstige staat van instandhouding' niet al te veel problemen behoeft op te leveren. Wel moet — indien betwist — afdoende worden aangetoond dat de compenserende maatregelen voldoende effectief zijn om bijvoorbeeld te kunnen voorzien in een nieuw leef- of voortplantingsgebied. Daar schort het nogal eens aan, zo blijkt uit de onderhavige uitspraak, die wat dat betreft niet op zichzelf staat. Zie bijvoorbeeld de gastcolumn van R. Frins, 'Ruimtelijke ontwikkelingen en ecologie. Koek en ei?', *TBR* 2012/62. Daarin zet de auteur gedocumenteerd uiteen dat in de praktijk maar een zeer beperkt aantal van voorgestelde en voorgeschreven compensatiemaatregelen daadwerkelijk wordt uitgevoerd. Of een compensatiegebied geschikt is en of dat ook daadwerkelijk zal worden ingericht, laat zich uiteraard niet of moeilijk vooraf toetsen door de bestuursrechter. Veelal zal dat aankomen op handhaving achteraf, indien blijkt dat compensatiemaatregelen niet zijn uitgevoerd of niet effectief zijn. Door de lange duur van de procedure, het feit dat de provincie al in 2008 met de werkzaamheden én de compensatie was begonnen en het ex nunc karakter van de tussenuitspraak, kon de Afdeling zich in deze zaak wel een oordeel vormen over de geschiktheid van het compensatiegebied. Ook dat oordeel is niet positief voor de minister.
12. Al met al moet de minister op alle drie ontheffingscriteria zijn huiswerk overdoen en — als hij het besluit wil handhaven — beter motiveren dat sprake is van een dwingende reden van groot openbaar belang, dat geen andere bevredigende oplossing bestaat én dat effectieve compensatie mogelijk is, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de groene glazenmaker. Dat alles binnen 12 weken.

Voetnoten

Voetnoten

- [*] Advocaat bestuursrecht bij PlasBossinade Advocaten en Notarissen te Groningen en docent bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.