

Article 6 Habitats Directive –  
A comparative law study on the implementation of  
art. 6 Habitats Directive in some member states

Rechtsvergelijkend onderzoek implementatie  
artikel 6 Habitatrichtlijn

Ch. W. Backes  
A.A. Freriks  
A.G.A. Nijmeijer

March 2006

**Met medewerking van/with contributions of:**

**Prof. mr. G. van Hoorick** (Centrum voor Milieurecht/Universiteit Gent)  
**Mw. J Makowiak**, Maître de conférences en droit (CRIDEAU, Centre de  
Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménage-  
ment et de l'Urbanisme/Université de Limoges)

Verzorging binnenwerk:  
Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS/M. Walraven

© 2006 Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS/Centre for Environmental Law and Policy/NILOS

ISBN-10: 90-78325-04-6  
ISBN-13: 978-90-78325-04-8

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means, without written permission from the publisher.

## Inhoudsopgave/Table of Contents

<b>Inleiding.....</b>	<b>15</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>17</b>
<b>A Vergelijking van de landenrapporten.....</b>	<b>19</b>
1. Inleiding.....	19
2. Doelstelling van het onderzoek .....	19
3. Onderzoeksvragen .....	19
4. Methoden en bronnen .....	21
5. Vragen m.b.t. de omzetting van artikel 6 Habitatrictlijn .....	24
5.1 Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van artikel 6 Habitatrictlijn omgezet in de wet- of regelgeving van de te onderzoeken landen? Doen zich (al) op basis van de wettekst opmerkelijke verschillen in de omzetting voor? .....	24
5.2 Wat voor type regelgeving betreft het? (avv, beleidsregels, circulaires?).....	31
5.3 Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving? .....	32
5.4 Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?.....	33
5.5 Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?.....	33
5.6 Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, wel?....	35
5.7 Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd? .....	37
6. Vragen m.b.t. de interpretatie van artikel 6 Habitatrictlijn door de rechter .....	39
6.1 Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van artikel 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat? .....	39
6.2 Zo ja, welke rol speelt artikel 6 Habitatrictlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten? .....	41
6.3 Zo nee, toetst de rechter direct aan artikel 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?.....	42
6.4 Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan artikel 6 lid 2 Habitatrictlijn en wat houdt deze toets dan in?.....	44

INHOUDSOPGAVE/TABLE OF CONTENTS

6.5	Hoe worden de vereisten van artikel 6 lid 3 en lid 4, respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland problemen opwerpen? .....	45
6.6	Staat artikel 6 Hrl. vaak, al dan niet tijdelijk, in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurele werken en andere projecten?.....	63
6.7	Om wat voor typen activiteiten gaat het dan?.....	64
6.8	Wat zijn, indien van toepassing, meestal de argumenten op grond waarvan een plan of project geen doorgang kan vinden?.	64
7.	Enkele concluderende opmerkingen.....	64
<b>A Comparison of the country reports .....</b>		<b>67</b>
1.	Introduction .....	67
2.	Aim of the study .....	67
3.	Research questions .....	67
4.	Methods and sources .....	69
5.	Questions concerning the transposing of Article 6 Habitats Directive....	72
5.1	How have paragraphs 2 to 4 of Article 6 Habitats Directive been transposed into the legislation or the regulations of the countries in the study? Are there already striking differences in transposition on the basis of the wording of the acts? .....	72
5.2	What kind of regulations is involved? (Generally binding provisions, policy rules and circulars?) .....	80
5.3	Do the regulations in which the Directive's obligations are transposed relate only to nature conservation or do they concern integrated environmental legislation?.....	81
5.4	Has the protection of species and of habitats been transposed in the same legislation?.....	81
5.5	Who is responsible for applying this legislation? .....	82
5.6	Is a distinction made between existing use and new activities in the applicable legislation? If so, which? .....	83
5.7	Is there a statutory basis for mitigation measures and if so has mitigation been defined?.....	85
6.	Questions concerning the interpretation of Article 6 of the Habitats Directive by the courts.....	87
6.1	Has Article 6 Hdir. been transposed correctly in the law of the member country in the opinion of judges and experts in the country in question?.....	87
6.2	If so, what role does Article 6 Hdir. still play in administrative and judicial decisions?.....	89

6.3	If not, do the courts check directly against the Article 6 Habitats Directive or against some parts of this provision?.....	90
6.4	Are future projects and plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. and what does this test mean?.....	92
6.5	How do the courts interpret the requirements of Article 6(3) and (4) Hdir. and the applicable legal norms of the member states, in particular with regard to subjects which are currently the cause of problems in the Netherlands? .....	93
6.6	Does Article 6 Hdir. obstruct, whether temporarily or not, the planning and realisation of infrastructural works and other projects?.....	111
6.7	If so, what type of activities are involved? .....	112
6.8	What are usually the major arguments, where applicable, that determine whether a plan or project can be carried out? .....	112
7.	Some concluding remarks.....	112
<b>Landesbericht Deutschland .....</b>		<b>115</b>
1.	Methode, Quellen .....	115
2.	Fragen über die gesetzlichen Grundlagen.....	118
2.1	Wie ist art. 6, Abs. 2 bis 4 Hrl. umgesetzt? Können schon aufgrund des Gesetzestextes bemerkenswerte Unterschiede zur Umsetzung in den Niederlanden festgestellt werden? .....	118
2.2	Um welche Art Regelungen geht es (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften...)?.....	122
2.3	Hat man in einem Naturschutzgesetz umgesetzt oder geht es um ein integrales Umweltgesetz, in dem auch andere Materien (Umwelt, Wasser, Raumordnung) geregelt sind? .....	122
2.4	Sind im gleichen Gesetz auch die Artenschutzbestimmungen umgesetzt? .....	123
2.5	Welche Behörde ist zuständig für die Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften?.....	123
2.6	Wird in der einschlägigen Gesetzgebung unterschieden zwischen bestehenden Nutzungen und neuen Nutzungen? Wenn ja, in welcher Weise? .....	125
2.7	Ist die Möglichkeit von mitigierenden Maßnahmen gesetzlich verankert? Wenn ja, wie ist dies definiert? .....	126
3.	Fragen hinsichtlich der Interpretation des Art. 6 Hrl. in richterlichen Entscheidungen und in der rechtswissenschaftlichen Literatur .....	127
3.1	Sind die Richter und andere Fachleute der Auffassung, dass art. 6 Hrl. in Deutschland korrekt umgesetzt wurde? .....	127

INHOUDSOPGAVE/TABLE OF CONTENTS

3.2	Falls die Antwort bei 3.1 ja lautet: welche Rolle spielt Art. 6 Hrl. dann noch in konkreten Entscheidungen der Verwaltung und in richterlichen Entscheidungen? .....	128
3.3	Falls die Antwort bei 3.2 nein lautet: wenden die Richter Art. 6 Hrl. oder bestimmte Teile davon direkt an?.....	131
3.4	Werden Pläne und Projekte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Hrl. beurteilt und wie geschieht dies? .....	132
3.5	Wie werden die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl., bzw. die entsprechenden deutschen Bestimmungen interpretiert, insbesondere hinsichtlich von Fragen, die in den Niederlanden momentan problematisch sind? .....	132
4.	Fragen über die Folgen des Art. 6 Hrl. für die Praxis.....	146
	<b>Country Report England .....</b>	<b>149</b>
1.	Methods, sources .....	149
2.	The legal basis for the protection of European sites .....	150
2.1	The Transposition of Article 6, par. 2-4 Habitats Directive into UK legislation: Differences between the UK and Dutch legal system. ....	150
2.2	Type of legislation (binding/non binding, guidance documents etc.) .....	162
2.3	Do the implementation regulations etc. solely concern nature conservation or are provisions integrated in integrated environmental or land use (planning) regulations?.....	163
2.4	Have the requirements concerning the protection of species and the protection of European sites been transposed in the same regulations?.....	164
2.5	Who are the competent authorities for implementing these regulations?.....	164
2.6	Does the applicable legislation differ between the assessment of existing situations and new developments? .....	164
2.7	Has the possibility of mitigating measures been laid down in the regulations? Is there a definition of mitigating measures?..	164
3.	Interpretation of Article 6 Habitats Directive by the Courts .....	165
3.1	Has Article 6 Habitats Directive been transposed correctly according to the (English) Courts and experts? .....	165
3.2	Does Article 6 Habitats Directive play a role in the decision making process and judicial review despite the (full) implementation?.....	165
3.3	In case of incorrect transposition, do the courts apply Article 6 of the Habitats Directive? .....	166

3.4	Is Article 6(2) of the Habitats Directive applied to future plans and projects? .....	166
3.5	Interpretation of the requirements of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive/national regulations by the Courts .....	166
4.	Article 6 Habitats Directive in practice .....	172
	<b>Landenrapport Frankrijk .....</b>	<b>173</b>
2.	Vragen m.b.t. tot de wettelijke maatregelen waarmee art. 6 Habitatrictlijn is omgezet.....	173
2.1	Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrictlijn omgezet in de wet- of regelgeving van Frankrijk?.....	173
2.2	Wat voor type regelgeving betreft het? (wet in formele zin, beleidsregels, circulaires etc.?) .....	177
2.3	Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving? .....	178
2.4	Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?.....	178
2.5	Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving? .....	178
2.6	Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?..	179
2.7	Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd? .....	180
3.	Vragen m.b.t. de interpretatie van art. 6 Habitatrictlijn door de rechter .....	180
3.1	Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat? .....	183
3.2	Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrictlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten? Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?.....	185
3.3	Zijn de nationale bepalingen waarmee art. 6 is omgezet van toepassing op gebieden die zijn opgenomen op de communautaire lijst (art. 4 II Habitatrictlijn), maar die nog niet op grond van nationaal recht zijn aangewezen? Zo niet, wordt art. 6 direct toegepast? .....	186
3.4	Over de interpretatie en toepassing van art. 6 III.....	187
3.5	Over de interpretatie en toepassing van art. 6 IV.....	191
4.	Algemene indruk van de toepassing van art. 6 III en IV Habitatrictlijn.....	195

<b>Rapport relatif à la France</b> .....	<b>197</b>
2. Questions relatives aux dispositions législatives transposant l'article 6 de la directive.....	197
2.1 Comment ont été transposés les paragraphes 2 à 4 de l'article 6 de la directive 92-43/CEE dans la législation ou réglementation française ? .....	197
2.2 Quelles sont les normes visées ? ( loi au sens formel, règlements, circulaires, etc. ?).....	201
2.3 La norme de transposition est-elle uniquement relative à la conservation de la nature ou s'inscrit-elle dans le cadre plus large d'une législation relative à l'environnement ? .....	202
2.4 La protection des espèces et celle des espaces naturels sont-elles transposées dans la même loi ? .....	202
2.5 Qui est responsable de l'application de cette législation ?.....	202
2.6 Est-il fait une distinction dans la législation applicable entre les usages existants et les nouvelles activités ? Si oui, lesquelles? .....	203
2.7 La loi prévoit-elle des possibilités d'assouplissement de la réglementation, et si oui sont-elles alors définies ? .....	204
3. Questions relatives à l'interprétation de l'article 6 de la directive 92-43/CEE par le juge.....	204
3.1 Does the legal community ( in first instance courts, secondly legal authors, the European Commission and possibly others) think that art. 6 is correctly transposed into French law ? .....	207
3.2 If so, does art. 6 still play a role in decision making? If not, is art. 6 II, III and IV Hdir. directly applied by the administration and/or the courts?.....	209
3.3 Do the national legal provisions by which art. 6 is transposed apply to areas which are on the list published by the EC (art. 4 II Hdir.), but which are not yet designated under national law? If not, is art. 6 Hdir. applied directly? .....	210
3.4 About the interpretation and application of art. 6 III : .....	211
3.5 About the interpretation and application of art. 6 IV?.....	214
4. General impression on the application of art. 6 III and IV Hdir.....	219
<b>Landenrapport Nederland</b> .....	<b>221</b>
1. Methode en bronnen .....	221
1.1 Welke wetgeving werd onderzocht? .....	221
1.2 Jurisprudentie en literatuur .....	222
2. Vragen ten aanzien van de wettelijke uitgangspunten.....	223
2.1 Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrictlijn omgezet in de wet- of regelgeving?.....	223



INHOUDSOPGAVE/TABEL OF CONTENTS

2.2	Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?.....	234
2.3	Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?.....	235
2.4	Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?.....	235
2.5	Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?..	235
2.6	Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd? .....	236
3.	Vragen m.b.t. de interpretatie van art. 6 Habitatrictlijn door de rechter .....	237
3.1	Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat? .....	237
3.2	Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrictlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten? .....	239
3.3	Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling? .....	239
3.4	Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn en wat houdt deze toets dan in?.....	239
3.5	Hoe worden de vereisten van art. 6 lid 3 en lid 4, respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland problemen opwerpen? .....	240
4.	De gevolgen van art. 6 Habitatrictlijn voor de praktijk .....	253
4.1	Staat art. 6 Habitatrictlijn vaak al dan niet tijdelijk in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurele werken en andere projecten? .....	253
	<b>Landesbericht Österreich .....</b>	<b>255</b>
1.	Methode, Quellen .....	255
2.	Fragen über die gesetzlichen Grundlagen.....	256
2.1	Wie ist art. 6, Abs. 2 bis 4 Hrl. umgesetzt? Können schon aufgrund des Gesetzestextes bemerkenswerte Unterschiede zur Umsetzung in den Niederlanden festgestellt werden? .....	256
2.2	Um welche Art Regelungen geht es (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften...)?.....	259
2.3	Hat man in einem Naturschutzgesetz umgesetzt oder geht es um ein integrales Umweltgesetz, in dem auch andere Materien (Umwelt, Wasser, Raumordnung) geregelt sind? .....	260

INHOUDSOPGAVE/TABLE OF CONTENTS

2.4	Sind im gleichen Gesetz auch die Artenschutzbestimmungen umgesetzt? .....	260
2.5	Welche Behörde ist zuständig für die Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften?.....	260
2.6	Wird in der einschlägigen Gesetzgebung unterschieden zwischen bestehenden Nutzungen und neuen Nutzungen? Wenn ja, in welcher Weise? .....	260
2.7	Ist die Möglichkeit von mitigierenden Maßnahmen gesetzlich verankert? Wenn ja, wie ist dies definiert? .....	263
3.	Fragen hinsichtlich der Interpretation des Art. 6 Hrl. in richterlichen Entscheidungen und in der rechtswissenschaftlichen Literatur .....	263
3.1	Sind die Richter und andere Fachleute der Auffassung, dass art. 6 Hrl. in Österreich korrekt umgesetzt wurde?.....	263
3.2	Falls die Antwort bei 3.1 ja lautet: welche Rolle spielt Art. 6 Hrl. dann noch in konkreten Entscheidungen der Verwaltung und in richterlichen Entscheidungen?.....	264
3.3	Falls die Antwort bei 3.2 nein lautet: wenden die Richter Art. 6 Hrl. oder bestimmte Teile davon direkt an? .....	264
3.4	Werden Pläne und Projekte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Hrl. beurteilt und wie geschieht dies? .....	267
3.5	Wie werden die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl., bzw. die entsprechenden österreichischen Bestimmungen interpretiert, insbesondere hinsichtlich von Fragen, die in den Niederlanden momentan problematisch sind? .....	268
4.	Die folgen des art. 6 hrl. für die praxis.....	276
	<b>Landenrapport Vlaanderen.....</b>	<b>279</b>
1.	Methode en bronnen .....	279
1.1	Welke wetgeving werd onderzocht?.....	279
1.2	Jurisprudentie en literatuur .....	280
1.3	Contact met Vlaamse deskundigen.....	280
2.	Vragen ten aanzien van de wettelijke uitgangspunten.....	280
2.1	Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrichtlijn omgezet in de wet- of regelgeving van de te onderzoeken landen. Doen zich (al) op basis van de wettekst opmerkelijke verschillen in de omzetting voor? .....	280
2.2	Wat voor type regelgeving betreft het? (avv, beleidsregels, circulaires?).....	287
2.3	Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?.....	288

2.4	Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?.....	288
2.5	Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving? .....	289
2.6	Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?..	291
2.7	Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?.....	292
3.	Vragen m.b.t. de interpretatie van art. 6 Habitatrictlijn door de rechter .....	292
3.1	Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat? .....	293
3.2	Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrictlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten? .....	293
3.3	Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?.....	294
3.4	Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn en wat houdt deze toets dan in?.....	295
4.	De gevolgen van art. 6 Habitatrictlijn voor de praktijk.....	302
	<b>Landenrapport Zweden .....</b>	<b>303</b>
1.	Methoden en bronnen .....	303
2.	Vragen aangaande de omzetting van art. 6 Habitatrictlijn.....	303
2.1	Omzetting in Zweeds recht .....	303
2.2	Welke wetgeving werd onderzocht? (Algemeen bindende bepalingen, beleidsregels en circulaires) .....	304
2.3	Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?.....	304
2.4	Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?.....	305
2.5	Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving? .....	305
2.6	Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?..	307
2.7	Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?.....	307
3.	Vragen aangaande de interpretatie van art. 6 Habitatrictlijn door de rechter .....	307

INHOUDSOPGAVE/TABLE OF CONTENTS

3.1	Is art. 6 Habitatrictlijn correct omgezet in het recht van de lidstaat naar de mening van rechters en experts in het desbetreffende land? .....	307
3.2	Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrictlijn in administratieve en rechterlijke beslissingen? .....	308
3.3	Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling? .....	309
3.4	Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrictlijn en wat houdt deze toets dan in?.....	309
3.5	Over de interpretatie en toepassing van art. 6 lid 3 Habitatrictlijn .....	309
3.6	Over de interpretatie en toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrictlijn .....	311
4.	Artikel 6 Habitatrictlijn in de praktijk .....	312
<b>Country Report Sweden .....</b>		<b>313</b>
1.	Methods, sources .....	313
2.	Questions concerning the transposing of Article 6 Habitats Directive..	313
2.1	Transposition into Swedish Law .....	313
2.2	What kind of regulations is involved? (Generally binding provisions, policy rules and circulars?) .....	314
2.3	Do the regulations in which the Directive's obligations are transposed relate only to nature conservation or do they concern integrated environmental legislation? .....	314
2.4	Have the rules on the protection of species and of habitats been transposed in the same legislation?.....	315
2.5	Who is responsible for applying this legislation? .....	315
2.6	Is a distinction made between existing use and new activities in the applicable legislation? If so, which? .....	316
2.7	Is there a statutory basis for mitigation measures and if so has mitigation been defined?.....	317
3.	Questions concerning the interpretation of Article 6 of the Habitats Directive by the courts.....	317
3.1	Has Article 6 Hdir. been transposed correctly in the law of the member country in the opinion of judges and experts in the country in question?.....	317
3.2	If so, what role does Article 6 Hdir. still play in administrative and judicial decisions? .....	318
3.3	If not, do the courts check directly against the Article 6 Habitats Directive or against some parts of this provision?.....	319
3.4	Are future projects and plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. and what does this test mean?.....	319

INHOUDSOPGAVE/TABEL OF CONTENTS

3.5	About the interpretation and application of art. 6 III .....	319
3.6	About interpretation and application of art. 6 IV Hdir. ....	321
4.	Article 6 Habitatsdirective in practice .....	322



## Inleiding

De toepassing van artikel 6 Habitatrichtlijn (hierna: Hrl.) in de Nederlandse bestuurspraktijk en de toetsing door de rechter van bestuurlijke besluiten waarbij de richtlijn een rol speelt, verlopen niet zonder problemen. Er zijn inmiddels talrijke rechterlijke uitspraken waarin besluiten worden vernietigd omdat deze volgens de rechter de toets aan de eisen van artikel 6 Hrl. niet kunnen doorstaan. Nadat de rechter enkele jaren (een beroep op) deze bepaling geheel had genegeerd, heeft hij sinds ongeveer 1999 met betrekking tot aangewezen Vogelrichtlijngebieden wel aan deze bepaling getoetst. In de daarop volgende jaren werden uitspraken vooral vernietigd omdat het bestuursorgaan in de besluitvorming niet expliciet op de eisen van artikel 6 Hrl. was ingegaan. Pas in de laatste jaren, mede doordat de meeste bestuursorganen zich door deze jurisprudentie van de noodzaak van een toets aan deze bepaling bewust waren geworden, kwam de rechter toe aan een meer inhoudelijke interpretatie van de eisen die uit artikel 6 Hrl. voortvloeien. Hoewel er zeker ook uitspraken zijn waarin de rechter oordeelt dat artikel 6 Hrl. correct is toegepast, wordt in een aantal uitspraken ook het tegendeel geconcludeerd. Daaronder zijn ook enkele grote projecten, zoals de beoogde aanleg van havens (WCT, Tweede Maasvlakte), grote woonwijken (IJburg II) en de toelaatbaarheid van de Kokkelvisserij in de Waddenzee. In de uitspraak over de Tweede Maasvlakte vernietigde de rechter enkele concrete beleidsbeslissingen van de desbetreffende PKB, hoewel de Europese Commissie in het kader van artikel 6 lid 4 Hrl. positief over het project had geadviseerd. Bij velen bestaat de indruk dat de Nederlandse rechter artikel 6 Hrl. nogal streng interpreteert, in het bijzonder na het verschijnen van het arrest van het Hof van Justitie EG in de Kokkelvisserij-zaak. In deze zaak had het Hof antwoord gegeven op een aantal vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak over de interpretatie van artikel 6 Hrl.

Vele economische activiteiten worden vertraagd en soms wellicht zelfs uiteindelijk niet uitgevoerd omdat de bestuurlijke besluiten over toelating van deze activiteiten de rechterlijke toets niet kunnen doorstaan. Sommige bestuursorganen twijfelen over de reikwijdte van de eisen die uit de richtlijn voortvloeien. In dit verband is op verschillende plaatsen, onder andere in de Tweede Kamer, de vraag aan de orde gesteld of Nederland verdergaande eisen stelt cq. strikter toetst aan de richtlijnverplichtingen dan andere lidstaten.

## INLEIDING

Om deze vragen te kunnen beantwoorden heeft het ministerie van LNV aan het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS van de Universiteit Utrecht opdracht verleend onderzoek te doen naar de implementatie van de Habitatrichtlijn in Duitsland, Oostenrijk, Frankrijk, Vlaanderen, Zweden en Engeland en deze te vergelijken met de Nederlandse situatie. In dit rapport wordt verslag gedaan van het vergelijkend onderzoek. Aan dit vergelijkend onderzoek liggen de rapporten ten grondslag die omtrent de implementatie van artikel 6 Hrl. in de hiervoor genoemde landen of landsdelen zijn opgesteld.

Het rapport is als volgt opgebouwd. Deel A dat zowel in het Nederlands, als vervolgens in een Engelse versie in het rapport is opgenomen, bevat de rechtsvergelijkende bevindingen. Daarna volgen de landenrapporten in alfabetische volgorde. Ze zijn over het algemeen in de landstaal vervat. Het Franse rapport is zowel in een Franse, als in een Nederlandse versie opgenomen. Het rapport over Zweden is in het Engels geschreven. Daarna worden in paragraaf 7 enkele concluderende opmerkingen geplaatst.



## Introduction

The application of Article 6 of the Habitats Directive (hereinafter: Hdir.) in Dutch administrative practice and examination of administrative decisions by the courts where the Directive plays a part have not been without their problems. There are now countless judgments by the courts in which decisions have been reversed because, in the court's estimation, these could not withstand the test of the requirements of Article 6 Hdir. After the administrative courts had completely ignored this provision or an appeal to this provision for a number of years, their reviews since 1999 have borne this provision in mind where designated bird habitats were concerned. In subsequent years, judgments were set aside predominantly because the administrative authority had not taken the requirements of Article 6 Hdir. explicitly into account in its decision-making. It is only in more recent years that the interpretation of the courts has focused more on the content of the requirements arising from Article 6 Hdir., partly because this case law has induced most administrative authorities to become aware of the necessity of a substantive check against this provision. Although there have been decisions in which the court has judged that Article 6 Hdir. has been applied correctly, a number of decisions came to the opposite conclusion. These include judgments on several major projects, such as the proposed construction of harbours (WCT, Second Maasvlakte), large housing projects (IJburg II) and the admissibility of cockle fishing in the Waddenzee. In its judgment on the Second Maasvlakte, the court reversed several concrete policy decisions of the Key Planning Decision in question, although the European Commission had given positive advice for the project within the framework of Article 6(4) Hdir. Many people have the impression that Dutch courts interpret Article 6 Hdir. rather strictly, in particular after the European Court of Justice had issued its judgment on the cockle fishing case. In this matter, the Court had given an answer to a number of questions posed by the Administrative Law Division of the Council of State as to the interpretation of Article 6 Hdir.

Many economic activities will be delayed and will probably ultimately not be carried out because the administrative decisions concerning the admissibility of these activities will not be able to withstand examination by the courts. Some administrative authorities have their doubts about the scope of the requirements arising from the Directive. In this context, the question has arisen in various places, including the Second Chamber of the Dutch Parliament, as to whether the Netherlands imposes more far-reaching requirements or is stricter in its review of the obligations under the Directive than other member states.

## INTRODUCTION

In order to answer this question, the Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality commissioned the Centre for Environmental Law and Policy/NILOS at the Utrecht University to draw up a study of the implementation of the Habitats Directive in Germany, Austria, France, Flanders and England and to compare their findings with the situation in the Netherlands. This report gives an account of the comparative study, which is based on the reports concerning the implementation of Article 6 Hdir. drawn up by the countries or regions listed above.

The report is structured as follows. Part A , of which both a Dutch and an English version in the report has been incorporated, contains the comparative findings. In part B the country reports follow on alphabetical order. Generally they have been set out in the country language. The French report is incorporated both in a French and a Dutch version. The report about Sweden is written in English. Afterwards in paragraph 7 some concluding observations are placed.

# A Vergelijking van de landenrapporten

## 1. INLEIDING

Dit rechtsvergelijkende deel van de studie is gestructureerd door de vragen die door de opdrachtgever zijn gesteld. Paragraaf 3. bevat een overzicht van deze onderzoeksvragen. Na een verantwoording van de onderzoeksmethoden worden deze vragen in de paragrafen 5 en 6 beantwoord.

## 2. DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

In de inleidende paragraaf is ingegaan op de achtergrond van de te onderzoeken problematiek. Tegen deze achtergrond kan de doelstelling van het onderzoek als volgt worden omschreven:

**Doelstelling:** Doelstelling van het onderzoek is het verkrijgen van inzicht in de toepassing en de rechterlijke interpretatie van artikel 6 van Richtlijn 92/43/EG in een aantal EG-lidstaten ten einde te kunnen beoordelen of zich dienaangaande significante verschillen met de Nederlandse situatie voordoen.

## 3. ONDERZOEKSVRAGEN

Voor een goed beeld van de wijze waarop in de onderzochte landen wordt omgegaan met artikel 6 Hrl. zijn niet alleen de toepasselijke wettelijke regelingen met elkaar vergeleken, maar is tevens onderzocht hoe deze regelingen in de jurisprudentie worden geïnterpreteerd en in de praktijk worden toegepast. Daarbij zijn de volgende onderzoeksvragen beantwoord:

### *Vragen m.b.t. de omzetting van artikel 6 Habitatrichtlijn*

- a) Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van artikel 6 Hrl. omgezet in de wet- of regelgeving van de te onderzoeken landen? Doen zich (al) op basis van de wettekst opmerkelijke verschillen in de omzetting voor?
- b) Wat voor type regelgeving betreft het? (algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, circulaire?)
- c) Heeft de regelgeving waarin de richtlijnverplichtingen zijn omgezet slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?

- d) Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wetgeving omgezet?
- e) Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?
- f) Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, op welke wijze?
- g) Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?

***Vragen m.b.t. de interpretatie van artikel 6 Habitatrichtlijn door de rechter***

- a) Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van artikel 6 Hrl. in het recht van de lidstaat?
- b) Zo ja, welke rol speelt artikel 6 Hrl. dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten
- c) Zo nee, toetst de rechter direct aan artikel 6 Hrl. of aan sommige onderdelen van deze bepaling?
- d) Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan artikel 6 lid 2 Hrl. en wat houdt deze toets dan in?
- e) Hoe worden de vereisten van artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl., respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland aanleiding geven tot problemen? Hierbij komen aan de orde:
  - o de betekenis van “plan of project”
  - o de vraag of een passende beoordeling ook bij strategische plannen van een hoger abstractieniveau (vergelijkbaar met streekplannen, pkb'en e.d.) of beleidskaders wordt uitgevoerd
  - o de vraag of een onderscheid wordt gemaakt tussen een “voortoets” (of een passende beoordeling nodig is) en de passende beoordeling zelf, en zo ja, of dit wettelijk is verankerd
  - o de vraag of en hoe daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten
  - o het criterium van mogelijk significante schade in artikel 6, lid 3 Hrl.
  - o het voorzorgbeginsel
  - o het omgaan met eventuele cumulatie
  - o de rol van beheersplannen bij de toets aan artikel 6 lid 3 Hrl. en tevens bij de toets aan artikel 6 lid 4 Hrl.

#### VERGELIJKING VAN DE LANDENRAPPORTEN

- de eisen aan de inhoud en diepgang van een passende beoordeling
- de betekenis van mitigatie bij de toetsing aan artikel 6 lid 3 Hrl.
- de mogelijkheden tot inspraak van de bevolking bij de toepassing van artikel 6 lid 3 Hrl.
- de te betrekken alternatieven
- het criterium van het dwingend vereiste van groot openbaar belang
- de andere mogelijke redenen voor een toestemming op grond van artikel 6, lid 4 (openbare veiligheid enz.)
- eisen aan compensatie
- wie is verantwoordelijk voor het kunnen uitvoeren van de toets; wie moet de noodzakelijke gegevens overleggen? Wat wordt besloten indien die gegevens niet volledig zijn?

#### *Vragen over de gevolgen van artikel 6 Habitatrichtlijn voor de praktijk*

- a) Staat artikel 6 Hrl. vaak, al dan niet tijdelijk, in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurele werken en andere projecten?
- b) Om wat voor typen activiteiten gaat het dan?
- c) Wat zijn, indien van toepassing, meestal de argumenten op grond waarvan een plan of project geen doorgang kan vinden?

#### **4. METHODEN EN BRONNEN**

Dit rechtsvergelijkend deel van het onderzoek berust op de landenrapporten van Engeland, Vlaanderen, Oostenrijk, Duitsland, Frankrijk, Zweden en Nederland. In alle landen is de relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur onderzocht, dit laatste voor zover beschikbaar voor de onderzoekers. Bovendien werden in alle landen (telefonische) gesprekken gevoerd en mails uitgewisseld met deskundigen ter plekke. Niet in alle landen konden wij uiteindelijk steunen op de medewerking van ambtenaren van de desbetreffende departementen. Waar dat niet mogelijk was is de informatie besproken met en zijn de landenrapporten geverifieerd door deskundige wetenschappers. Een uitzondering gold tot op zekere hoogte voor Zweden. Nu de onderzoekers de Zweedse taal niet machtig zijn, moest een andere aanpak van het onderzoek worden gekozen. De Zweedse wetgeving is deels in het Engels beschikbaar, namelijk de Environmental Code (Miljobalken). Voor het overige konden geen primaire Zweedse bronnen (wetgeving, jurisprudentie,

literatuur) bestudeerd worden. Het onderzoek werd daarom vooral gedaan in de vorm van interviews met een drietal ambtenaren van verschillende Zweedse instanties die ter zake bevoegd en deskundig zijn. Bovendien werd secundaire, Nederlands- en Engelstalige literatuur geraadpleegd. Op grond van deze bronnen werd een concept-landenrapport geschreven dat door de Zweedse gesprekspartners is geverifieerd.

Zeer opvallend was dat in de onderzochte landen in zeer verschillende mate rechtspraak ter beschikking staat. In Duitsland en Oostenrijk zijn relatief veel uitspraken door rechterlijke colleges zijn gedaan over artikel 6 Hrl. In deze landen, en in mindere mate in Engeland, Zweden en Frankrijk is tevens rechtspraak voorhanden waarin aan de nationale omzettingbepalingen wordt getoetst. In Vlaanderen is nauwelijks sprake van dergelijke rechterlijke beslissingen. Dat alleen al leidt tot een eerste conclusie:

**Conclusie:**

*Rechterlijke uitspraken spelen in de onderzochte landen een zeer uiteenlopende rol bij de toepassing en interpretatie van artikel 6 Hrl.*

Dit resultaat hadden wij deels al verwacht, maar het verrast uiteindelijk toch. De vraag rijst waarom dit opvallende verschil in deze mate bestaat. Hoewel dat niet de opdracht was, hebben wij getracht (bijv. door het confronteren van de deskundigen in de betrokken landen met deze bevinding) een antwoord te vinden op deze vraag.

Voorzover op basis daarvan enige verklaring kan worden gegeven,<sup>1</sup> zijn de redenen voor de afwezigheid van jurisprudentie in de verschillende landen divers.

Voor Engeland lijkt een verklaring te zijn gelegen in de bestuurscultuur. Meningsverschillen over de toepassing van wettelijke kaders worden minder snel aan de rechter voorgelegd en eerder in overleg tot een oplossing gebracht. In Vlaanderen lijkt er een andere reden te zijn. De toegang tot de rechter voor individuele betrokkenen is beperkt. Milieu- of natuurbeschermingsverenigingen worden vaak eveneens geweerd. Bovendien geloven blijkbaar noch het voor natuurbescherming verantwoordelijke bestuur, noch

<sup>1</sup> Met klem zij benadrukt dat de volgende verklaringen niet op wetenschappelijk onderbouwd onderzoek berusten, maar slechts op enkele gesprekken met enkele betrokkenen in het buitenland. Nader, wetenschappelijk onderbouwd, onderzoek naar de rol van de rechtspraak op het terrein van het omgevingsrecht zou dan ook moeten aantonen of de hier weergegeven veronderstellingen zijn te onderbouwen.

de natuurbeschermingsverenigingen bijzonder in de effectiviteit van een beroep op de rechter voor het realiseren van hun doelstellingen. Daar komt bij dat de gemiddelde duur waarbinnen bijvoorbeeld een uitspraak van de Raad van State kan worden verkregen een veelvoud is van die in Nederland. Ook in de landen waar naar verhouding veel jurisprudentie ter beschikking staat, is de toegang tot de rechter door het hanteren van een “Schutznormtheorie” overigens beperkt. Wel zij aangetekend dat in de laatste jaren zowel in Duitsland als in Oostenrijk een uitbreiding van de rechtsbeschermingsmogelijkheden heeft plaatsgevonden.

Verreweg de meeste wetenschappelijke literatuur over artikel 6 Hrl. is te vinden in Duitsland, maar ook in Oostenrijk zijn meerdere boeken over Natura 2000 geschreven. In beide landen valt op dat de aandacht voor dit thema weliswaar groot is, maar vragen vaak pas enkele jaren nadat deze in Nederland bediscussieerd zijn in de literatuur, aan de orde komen. Daar waar minder rechtspraak ter beschikking staat, lijkt ook de aandacht in de wetenschappelijke literatuur minder groot te zijn. Of hier sprake is van een oorzakelijk verband weten wij niet. Dat neemt niet weg dat ook in Engeland en Vlaanderen de gevolgen van artikel 6 Hrl. in beperkte mate wetenschappelijk zijn besproken.

In alle onderzochte landen hebben de voor de toepassing van artikel 6 Hrl. verantwoordelijke bestuursorganen in meer of mindere mate handleidingen, circulaire of andersoortige toelichtingen op de Vogel- en Habitatrichtlijn, in het bijzonder op de interpretatie en toepassing van artikel 6 Hrl., laten verschijnen. Terwijl dat in Vlaanderen slechts één document is (een ‘dienstorder’), hebben alle Duitse lidstaten tenminste één en vaak meerdere handleidingen en bestaan er ook op federaal niveau ‘Empfehlungen’. In Frankrijk bestaan meerdere “Circulaire” die de art. 6 Hrl. en de Franse omzettingbepalingen nader toelichten. De Swedish Environmental Protection Agency (SEPA) heeft een “Handboek” gepubliceerd dat voor de toepassing van de beschermingsbepalingen in de praktijk een belangrijk hulpmiddel is. In Oostenrijk zijn er wat dit betreft grote verschillen tussen de deelstaten. Engeland kent de meeste en meest uitgebreide toelichtingen met betrekking tot allerlei verschillende vragen en toepassingen. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat Engeland artikel 6 Hrl. met behulp van een ‘integraal stelsel’ heeft omgezet. Er is dus geen apart vergunningenstelsel voor natuur. De ‘habitattoets’ moet worden meegenomen bij verschillende vergunningen en toestemmingen door de daarvoor bevoegde organen. Dan is de behoefte aan toelichtingen en handleidingen wellicht bijzonder groot. In vergelijking daarmee valt op dat een omvattende handleiding van het voor de uitvoering van artikel 6 Hrl. eindverantwoordelijke bestuursorgaan in Nederland (minister van LNV)

pas verscheen op het moment dat van een feitelijk integraal stelsel (namelijk op grond van de directe werking van artikel 6 Hrl.) werd overgestapt naar een stelsel met een aparte vergunning. Pas sinds de inwerkingtreding van de herziene Natuurbeschermingswet 1998 staan immers uitgebreide handleidingen ter beschikking van het ministerie van LNV over de toepassing van de bepalingen ter omzetting van artikel 6 Hrl. Eerder waren er, naast wetenschappelijke literatuur, wel enkele andere toelichtingen op artikel 6 Hrl. beschikbaar, bijvoorbeeld van het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Dit leidt tot de tweede conclusie:

**Conclusie:**

*In de onderzochte landen hebben de voor de omzetting en toepassing van artikel 6 Hrl. verantwoordelijke organen eerder dan in Nederland handleidingen of toelichtingen over de interpretatie van artikel 6 Hrl. gepubliceerd.*

**5. VRAGEN M.B.T. DE OMZETTING VAN ARTIKEL 6 HABITATRICHTLIJN**

*5.1 Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van artikel 6 Habitatrictlijn omgezet in de wet- of regelgeving van de te onderzoeken landen? Doen zich (al) op basis van de wettekst opmerkelijke verschillen in de omzetting voor?*

Allereerst moet worden opgemerkt dat de wijze waarop omzetting van artikel 6 Hrl. gestalte heeft gekregen, samenhangt met de staatsstructuur van de onderzochte landen. In Oostenrijk, Duitsland en België is sprake van een federale structuur. Het onderzoek richt zich voor wat betreft België specifiek op het Vlaamse Gewest. Het Verenigd Koninkrijk is strikt genomen geen federale staat, maar heeft wel federale kenmerken aangezien enkele regio's (Wales, Noord-Ierland en Scotland) een eigen parlement en bestuur hebben en eigen wetgeving tot stand brengen. Voor Engeland (waar het onderzoek zich op richt) is dat niet het geval. Nederland, Zweden en Frankrijk zijn eenheidsstaten. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de inrichting van de wetgeving en de bevoegdheidsverdeling. In deze paragraaf worden deze op hoofdlijnen geschetst voor de onderzochte landen. In het vervolg van het onderzoek wordt op specifieke aspecten nader ingegaan.

*Landen met een federale staatsstructuur*

In **Oostenrijk** is natuurbescherming een bevoegdheid van de deelstaten. De implementatie van artikel 6 Hrl. heeft niet in alle deelstaten op hetzelfde moment plaatsgevonden. Het was niet mogelijk in het kader van dit onder-



zoek alle deelstaten te onderzoeken. De deelstaten hebben inmiddels implementatiewetgeving tot stand gebracht, die regelmatig wordt herzien aangezien de implementatie herhaaldelijk ontoereikend is gebleken. Van belang is dat in alle onderzochte Oostenrijkse deelstaten een nieuwe gebiedscategorie werd geïntroduceerd bij de implementatie van de richtlijnverplichtingen (Europaschutzgebiet of Natura 2000-gebied). In de twee meer specifiek onderzochte deelstaten is geen sprake van afstemming tussen de gebieden die zijn aangewezen op grond van de richtlijnen en andere beschermde natuurgebieden. De beschermingsregimes zijn, anders dan in Nederland (zie artikel 15a Natuurbeschermingswet 1998) cumulatief van toepassing. In de implementatiewetgeving van de deelstaten is nauw aansluiting gezocht bij de bewoordingen van artikel 6 Hrl. In de wetgeving van Niederösterreich valt op dat, indien de tekst van de wet wordt gevolgd, geen rechtsgevolgen intreden indien wordt vastgesteld dat na een passende beoordeling twijfel blijft bestaan over significante (erhebliche) effecten. In de wetgeving wordt bepaald dat toepassing moet worden gegeven aan het toetsingskader dat volgt uit artikel 6, lid 4 Hrl. indien significante effecten optreden. Dat dit ook geldt in geval van twijfel of deze effecten zich zullen voordoen, volgt niet uit de wettekst. De wetgeving is in dit opzicht ons inziens niet richtlijnconform, aangezien artikel 6, lid 3 Hrl. bepaalt dat alleen toestemming mag worden gegeven indien significante effecten kunnen worden uitgesloten. De bevoegde autoriteiten geven overigens een interpretatie die wel aansluit bij de richtlijntekst. Een ander vermeldenswaardig element uit de wetgeving van Niederösterreich is dat bij nog niet aangewezen vogelrichtlijngebieden of aangemelde habitatrictlijngebieden, of habitatrictlijngebieden die op de communautaire lijst voorkomen maar nog niet zijn aangewezen, het beschermingsregime moet worden toegepast indien de Umweltanwalt daarom verzoekt.

In **Duitsland** is binnen de federale structuur op andere wijze vorm gegeven aan de bevoegdheidsverdeling. Uit de Duitse grondwet vloeit voort dat de federale overheid een 'Rahmenkompetenz' heeft op het gebied van natuurbescherming. De bevoegdheid bestaat, indien raamwetgeving nodig is voor het realiseren van gelijke levensomstandigheden op het Duitse grondgebied ofwel deze wetgeving nodig is met het oog op de rechtseenheid of economische eenheid. De deelstaten moet echter ook vrijheid worden gelaten. In de Duitse wetgeving kan worden onderscheiden tussen federale wetgeving die niet direct doorwerkt in de deelstaten en die nader moeten worden geconcretiseerd, en voorschriften die wel direct werken. De wettelijke bepalingen ter implementatie van artikel 6 Hrl. behoren voor het overgrote deel tot de eerste categorie, maar deels gaat het ook om direct werkende bepalingen. Het gaat daarbij om federale besluiten zoals bijvoorbeeld tracé's voor spoorwegen en

of landelijke autosnelwegen. Deze besluiten komen echter niet vaak voor. Bij de herziening van de federale wetgeving (Bundesnaturschutzgesetz) in 2002 is beoogd de rol van de federale overheid meer als kaderstellend in te richten. De deelstaten is een termijn gesteld voor de omzetting van de federale wetgeving. Deze termijn is op 8 mei 2003 verstreken, maar slechts een klein deel van de deelstaten heeft aan deze verplichting voldaan. Wel beschikken alle lidstaten over implementatiewetgeving, maar deze voldoet niet in alle gevallen aan de federale eisen. De discussie in de Duitse literatuur spitst zich toe op de federale wetgeving. Uitspraken waarin specifieke aspecten van deelstaten een rol spelen hebben wij niet aangetroffen. Dat is verklaarbaar aangezien de wetgeving van de deelstaten nog zeer recent is. Wij hebben ons dan ook vooral gericht op de federale wetgeving, mede aangezien de wetgeving op deelstaatniveau 16 deelstaten betreft. Daar komt bij dat het stelsel in Duitsland kan worden getypeerd als integraal. De toets aan natuurbeschermingsaspecten vindt in de deelstaten veelal plaats in sectorale besluiten, als gevolg waarvan de besluitvorming op vele niveaus plaatsvindt. Voor zover noodzakelijk wordt op de wetgeving in de deelstaten ingegaan

In **België** wordt art. 6 Hrl. omgezet in de wetgeving van de gewesten. In Vlaanderen heeft de omzetting gestalte kregen in het Natuurbehoudsdecreet. Opvallend is dat het Decreet in algemene zin aangeeft dat bij de maatregelen ter uitvoering van de Vogel- en Habitatrichtlijnen rekening wordt gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied en met regionale en lokale bijzonderheden. Hoewel ook de Habitatrichtlijn deze aspecten vermeldt, is het de vraag of een dergelijke bepaling, in relatie tot de specifieke vereisten die voortvloeien art. 6 Hrl., zich verdraagt met de richtlijn. De bepalingen inzake gebiedsbescherming richten zich op het Vlaams ecologisch netwerk (VEN). Binnen het VEN is het beschermingsregime van de richtlijn van toepassing, hoewel niet alle gebieden als speciale beschermingszone op basis van een van beide richtlijnen zijn aangemerkt. Voor de uitvoering van de verplichtingen uit hoofde van artikel 6 Hrl. zijn onder andere de natuurrichtplannen van belang, waarin een gebiedsvisie voor speciale beschermingszones moet worden vastgelegd. Deze plannen beschrijven tevens de stimulerende en bindende maatregelen die nodig zijn om de gebiedsvisie te realiseren, met vermelding van de instrumenten die daarvoor kunnen worden gebruikt. Het Decreet geeft echter aan dat het plan niet per definitie bindend is voor de overheid. Welke gevolgen dat in de praktijk heeft is voornog onduidelijk, aangezien tot op heden geen natuurrichtplannen zijn opgesteld. Er zijn wel enkele plannen in voorbereiding. Het decreet bevat voorts een afdeling die specifiek betrekking heeft op speciale beschermingszones. Daarin zijn in de eerste plaats bepalingen opgenomen met betrekking

tot de aanwijzing van gebieden. Daarnaast worden de beschermingsverlichtingen geformuleerd. Het beschermingsregime kent als bijzonderheid dat sprake is van een primaat van de ruimtelijke ordening boven natuurbeschermingsbelangen. Maatregelen op grond van het Natuurbehoudsdecreet – met uitzondering van maatregelen die zijn genoemd in het natuurrichtplan – mogen geen beperkingen inhouden voor activiteiten en/of handelingen die overeenstemmen met ruimtelijke uitvoeringsplannen (vergelijkbaar met Nederlandse bestemmingsplannen). Het Decreet bevat tenslotte een vrij letterlijke vertaling van artikel 6, lid 3 en 4 Hrl.

In het **Groot Brittannië** is artikel 6 Hrl. in 1994 omgezet in nationale wetgeving (Habitats Regulations). Nadien hebben Wales, Noord-Ierland en Schotland een regionaal bestuur gekregen. In Noord-Ierland en Schotland zijn de Habitats Regulations aangepast. Dit onderzoek is toegespitst op Engeland waar geen sprake is van regionaal bestuur. Ook wat betreft Engeland zijn de Habitats Regulations inmiddels twee keer aangepast. Een derde wijziging is in voorbereiding. In de Habitats Regulations zijn zowel de aanwijzingsprocedure op grond van de Habitatrichtlijn als de vereisten uit artikel 6 Hrl. geïmplementeerd. Er is geen procedure opgenomen voor de aanwijzing van vogelrichtlijngebieden. De implementatie van artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. is zeer uitvoerig. Dit hangt samen met de keuze voor een integraal stelsel. Niet alleen zijn de algemene vereisten uit artikel 6 opgenomen, maar ook zijn voor besluiten waar de toets aan de orde kan zijn, nog specifieke bepalingen opgenomen. Het Hof van Justitie EG heeft aangegeven dat de implementatiewetgeving ten aanzien van een aantal besluiten tekort schiet. Dit betreft beslissingen inzake wateronttrekking en ruimtelijke plannen. Voor eerstgenoemde beslissingen voorzien de Habitat Regulations noch andere wetgeving in de verplichting om in voorkomende gevallen te toetsen conform de eisen van artikel 6 Hrl. Wat betreft ruimtelijke plannen is in de Habitats Regulations bepaald dat niet hoeft te worden getoetst. Het Hof achtte dit onjuist nu deze plannen het toetsingskader vormen voor uitvoeringsbesluiten. In de Habitats Regulations zijn tevens bepalingen opgenomen over beheer. Dit krijgt in beginsel gestalte via vrijwillige beheersovereenkomsten, maar de Habitat Regulations voorzien in een arsenaal dwingende maatregelen indien het onmogelijk blijkt een beheersovereenkomst af te sluiten. De Habitats Regulations strekken zich uit over aangemelde habitatrichtlijngebieden, gebieden op de communautaire lijst en aangewezen habitatrichtlijngebieden. Ook aangewezen vogelrichtlijngebieden vallen binnen de werkingssfeer. Op grond van regeringsbeleid worden Ramsargebieden en potentiële vogelrichtlijngebieden in beginsel op dezelfde wijze beoordeeld. De systematiek van de Habitats Regulations wijkt fundamenteel af van de Nederlandse wetgeving. In de eerste plaats wordt in de definitiebepalingen in

algemene zin verwezen naar de richtlijn. Voorts bevat de wetgeving een ‘General Clause’ als vangnetbepaling. Daarin wordt aangegeven dat bevoegde instanties gehouden zijn hun bevoegdheden uit te oefenen in overeenstemming met de Habitatrichtlijn. Inmiddels is uit het recente arrest van het Hof van Justitie EG gebleken dat de waarde van deze clausule beperkt is, aangezien de richtlijnbevestigingen nauwkeurig moeten worden omgezet in nationale wetgeving. Een beroep van de regering van het Verenigd Koninkrijk om lacunes in de omzetting te dichten met een beroep op de vangnetbepaling, strandde bij het Hof. Het meest opmerkelijke verschil tussen de Nederlandse en de Engelse regelgeving is gelegen in het feit dat in Engeland verleende vergunningen en andere toestemmingen in bepaalde gevallen moeten worden herbeoordeeld (zie hierna par. 5.6).

#### *Eenheidsstaten*

In **Frankrijk** zijn de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn omgezet in de Code de l’environnement (wettelijke bepalingen) en de Code rural (reglementaire bepalingen). Ook zijn er nogal wat uitvoeringsmaatregelen vervat in circulaires. Artikel 6, lid 1 en 2 Hrl. zijn in algemene bewoordingen omgezet. Daarnaast wordt meer specifiek bepaald dat de maatregelen moeten zijn toegesneden op de specifieke bedreigingen voor de betrokken natuurlijke habitats en soorten. Maatregelen kunnen worden genomen in het kader van de “Natura 2000-contracten”, dan wel in de vorm van wettelijke of reglementaire bepalingen, in het bijzonder de bepalingen inzake de nationale parken, natuurreservaten, biotopen en gerangschikte landschappen. Het kader voor het actief beheer en preventiemaatregelen wordt gevormd door een “document d’objectifs” (DOCOB) die door de prefect wordt vastgesteld, in overleg met onder meer de gemeenten, en de vertegenwoordigers van eigenaars en exploitanten. In de Code rural worden deze bepalingen verder uitgewerkt. Een Comité de pilotage Natura 2000 werkt meewerkt aan de uitwerking van het DOCOB. Voor de toepassing van het DOCOB kunnen de eigenaars en gebruiksgerechtigden contracten met het bestuur afsluiten, de Natura 2000-contracten. De Code de l’environnement bevat enkele bepalingen die wellicht geen correcte omzetting vormen. Zo wordt bepaald dat de maatregelen rekening moeten houden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel vlak, alsook de regionale en lokale bijzonderheden (zie ook bij Vlaanderen). Tevens wordt gesteld dat de maatregelen er niet mogen toe leiden menselijke activiteiten te verbieden die niet significant zijn en dat de visserij, de jacht en andere wildbeheersactiviteiten in overeenstemming met de wetgeving op de visserij en de jacht aldus worden beschouwd. Met andere woorden de visserij, de jacht en het wildbeheer worden door middel van een juridische fictie vrijgesteld van de preventiemaatregelen van lid 2 van art. 6

Hrl., wat meteen ook inhoudt dat de toepassing van de leden 3 en 4 van artikel 6 Hrl. “niet nodig is” voor de visserij, de jacht en het wildbeheer. Een dergelijke werkwijze is slechts dan niet in strijd met de Habitatrictlijn als de Jacht- en visserijwetgeving zelf bepalingen bevatten die de volledige toepassing van artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. verzekeren. Of dat zo is, hebben wij niet kunnen nagaan. De voorrangpositie voor de visserij, de jacht en het wildbeheer wordt in de juridische literatuur in ieder geval fel bekritiseerd.

De omzetting van artikel 6, lid 3 Hrl. in Frankrijk lijkt ook overigens gebreken te vertonen. Zo vallen plannen buiten de werkingssfeer van regeling, geldt de regeling, evenals in Duitsland, enkel voor handelingen die reeds onderworpen zijn aan een of andere toestemming of goedkeuring en wordt bepaald dat de werken, handelingen of inrichtingsactiviteiten voorzien in een zogenaamd Natura 2000-contract vrijgesteld zijn van beoordeling. Dit laatste zou overeenkomstig artikel 6, lid 3 Hrl. wel correcte omzetting vormen indien in de wetgeving zou zijn bepaald dat Natura 2000-contracten enkel werken, handelingen en inrichtingsactiviteiten mogen bevatten die noodzakelijk zijn voor het natuurbeheer in het gebied, maar dit is niet het geval.

De Code rural bevat nadere bepalingen over de werken, handelingen of inrichtingsactiviteiten die onderworpen zijn aan de passende beoordeling. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen handelingen binnen een speciale beschermingszone en daarbuiten. De beoordeling moet plaatsvinden bij lozingen in het oppervlaktewater e.d., activiteiten onderworpen aan een toelating in nationale parken, natuureservaten of gerangschikte landschappen, en m.e.r.-plichtige handelingen. De ingedeelde hinderlijke inrichtingen vallen daar blijkbaar niet onder. Daarnaast echter moet de prefect voor elk gebied een lijst opstellen van categorieën van niet m.e.r.-plichtige handelingen onderworpen aan een toestemming of goedkeuring, waarvoor een passende beoordeling moeten worden uitgevoerd. Met deze werkwijze lijkt niet verzekerd dat alle handelingen die mogelijk significante gevolgen voor een te beschermen gebied hebben aan een passende beoordeling worden onderworpen. Voor de activiteiten buiten een speciale beschermingszone is het toepassingsgebied nog verder beperkt. Het gaat daar enkel om lozingen in het oppervlaktewater e.d., en m.e.r.-plichtige handelingen “indien zij aanzienlijk één of meerdere speciale beschermingszones kunnen beïnvloeden, rekening houdend met de afstand, de topografie, de hydrografie, het functioneren van ecosystemen, van de natuur en het belang van het programma of project, de karakteristieken van de site of de sites en hun instandhoudingsdoelstellingen.” Een lijst als hiervoor bedoeld wordt voor activiteiten buiten de speciale beschermingszone niet opgesteld. Artikel 6, lid 4 Hrl. is letterlijk omgezet. Daarbij wordt specifiek bepaald dat de compenserende maatregelen ten laste zijn van degene aan wie de werken, beheers- of inrichtingsactiviteiten ten

goede komen. In Frankrijk wordt de toepasselijkheid van het vereiste van een passende beoordeling verder beperkt doordat overeenkomsten met grondgebruikers een grote rol lijken te spelen. Voor in dergelijke “beheers-overeenkomsten” voorziene handelingen is dan geen passende beoordeling nodig. Er bestaat een voorkeur om het bestaande en toekomstige gebruik in dergelijke overeenkomsten te regelen en niet door toepassing van art. 6 lid 3 Hrl. Wat betreft de bevoegdheidsverdeling verwijst de wet veelal naar de “*autorité administrative*”. De reglementaire bepalingen bepalen vervolgens wie dat bevoegd gezag is. Dikwijls is dit de prefect, die de vertegenwoordiger is van het centraal gezag op regionaal niveau. De centrale administratie die verantwoordelijk is voor de toepassing van deze wetgeving is de milieu-administratie, Directie Natuur en Landschappen. De milieuadministratie heeft buitendiensten op het regionaal niveau en op het niveau van het departement (*Direction Régionale/Départementale de l’Environnement*). Voor wat betreft de toepassing van andere wetgevingen die een toestemming of goedkeuring vereisen voor bepaalde programma’s of projecten, doet de regeling geen afbreuk aan de bestaande bevoegdheden. Het Frans systeem kan, evenals het Engelse en Duitse systeem, als integraal worden gekenschetst.

In **Zweden** heeft de omzetting van art. 6 Hrl. Heeft in eerste instantie plaatsgevonden in de Environmental Code (*Miljöbalken*), en wel in hoofdstuk 7. Belangrijk is echter ook aanvullende lagere regelgeving (*ordinances*). De Environmental Code is een in vergelijking met de andere onderzochte landen veel omvattende (integrale) milieuwet. Deels wordt dat toetsingskader van art. 6 Hrl. toegepast in besluiten die op grond van de Environmental Code zelf worden genomen, bijvoorbeeld vergunningen voor industriële installaties. Deels wordt echter ook in andere besluitvormingskaders naar dit kader verwezen, bijvoorbeeld in de bos-, visserij- en landbouwwetgeving, maar ook in de wetgeving over ruimtelijke ordening. De wetgeving over ruimtelijke ordening is niet opgenomen in het integrale milieuwetboek. Er is dus geen speciale natuurbeschermingsrechtelijke vergunning nodig, wel moet de regering haar toestemming geven indien op grond van een op een andere wet berustende toestemming een beschermd gebied aanzienlijk wordt aangetast.

In **Nederland**, tenslotte, is de Hrl. omgezet in de Natuurbeschermingswet 1998. De wet voorziet in een grondslag voor de aanwijzing van gebieden, alsmede in een beschermingsregime, gebaseerd op artikel 6 Hrl. Van belang is dat het beschermingsregime alleen van toepassing is indien gebieden zijn aangewezen. Nu de aanwijzing van habitatrictlijngebieden nog niet heeft plaatsgevonden, blijft de Habitatrictlijn en de rechtstreekse toepassing daarvan voorlopig nog steeds actueel. Bij de uitvoering van de Natuurbe-

schermingswet 1998 hebben de provincies een centrale rol, maar in sommige gevallen worden bevoegdheden door de minister van LNV uitgeoefend. Voor speciale beschermingszones worden beheersplannen vastgesteld. Activiteiten die in deze plannen worden beschreven zijn niet vergunningplichtig. Andere activiteiten die nadelige gevolgen kunnen hebben voor speciale beschermingszones vallen wel onder de vergunningplicht. De Natuurbeschermingswet 1998 kent een vergunningstelsel met twee verschillende beoordelingskaders. In de eerste plaats moet een zogenaamde “verslechterings- en verstoringsstoets” voor projecten en andere handelingen die met zekerheid geen significante effecten zullen hebben, maar wel mogelijk verstoring teweegbrengen of leiden tot een kwaliteitsverslechtering. Het kan daarbij gaan om bestaande of nieuwe activiteiten. Daarnaast geldt het vereiste van een passende beoordeling conform artikel 6 lid 3 Hrl. voor projecten of andere handelingen die mogelijk significante effecten sorteren op speciale beschermingszones. De noodzaak van een passende beoordeling is beperkt tot ‘nieuwe’ activiteiten. Deze beperking volgt niet uit artikel 6 Hrl. Het Hof van Justitie EG heeft in het Kokkelvisserij-arrest aangegeven dat een passende beoordeling ook aangewezen kan zijn bij activiteiten die hernieuwd moeten worden beoordeeld. In de Algemene Handreiking wordt aangegeven dat deze bepaling overeenkomstig het arrest moet worden uitgelegd. Dit lijkt echter moeilijk te rijmen met de definitiebepalingen in de Natuurbeschermingswet 1998 waarin activiteiten die, al dan niet jaarlijks, vergunning behoeven en op het moment van aanwijzing van een gebied bestonden en onafgebroken hebben plaatsgevonden, als ‘bestaand gebruik’ moeten worden gekwalificeerd.

**Conclusie:**

*Artikel 6 Hrl. is in alle onderzochte landen inmiddels omgezet. De wijze waarop dat is gebeurd verschilt per land. Dit hangt onder samen met de staatsstructuur: federaal of eenheidsstaat. In vergelijking tot Nederland wijkt de omzetting in de overige onderzochte landen substantieel af wat betreft de bevoegdhedenstructuur en de wijze waarop de verplichtingen zijn uitgewerkt. Alle onderzochte landen kennen een eigen systematiek om invulling te geven aan de richtlijnverplichtingen. In alle lidstaten is de omzetting wetgeving nog steeds niet in alle opzichten richtlijnconform.*

5.2 *Wat voor type regelgeving betreft het? (avv, beleidsregels, circulaires?)*

In alle onderzochte landen – behalve in Frankrijk waar een deel van de vereisten zijn opgenomen in reglementaire bepalingen - is artikel 6 Hrl. omgezet in formele wetgeving. Er doen zich aanzienlijke verschillen voor in type

wetgeving, en het bestuurlijk niveau waarop de wetgeving tot stand komt. Alleen in Nederland en Frankrijk gaat het om centrale wetgeving van het Rijk. In België gaat het om wetgeving van het gewest, in dit geval het gewest Vlaanderen, dus om regelgeving afkomstig van een deelstaat. Er is geen enkele wettelijke sturing vanuit centraal, federaal niveau. Hetzelfde geldt voor de negen Oostenrijkse deelstaten. In Groot Brittanië geldt de desbetreffende regulation voor Engeland en Wales. Schotland, Noord-Ierland hebben eigen wetgeving. In Duitsland zijn er 16 wetten van de deelstaten, maar is er ook een Bundesnaturschutzgesetz, die – zoals hier voor is uiteengezet – een vèrgaande sturende werking op de wetgeving van de deelstaten heeft. De verschillen zijn zoals ook in par. 5.1 werd aangegeven, te verklaren door de verschillende staatsrechtelijke structuur en cultuur van de onderzochte landen. Nederland en Frankrijk zijn de enige niet federale landen die zijn onderzocht. De wetgeving van federale landen kan in detail aanzienlijk uiteenlopen. In landen met vele lidstaten (Oostenrijk, Duitsland) is het daardoor moeilijk om een totaal overzicht over de implementatiewetgeving te krijgen. Dat geldt vooral als er geen “sturende” wetgeving op federaal niveau is, maar ook als die er wel is. Het gaat namelijk juist om de details en deels ook om de niet wettelijk geregelde details, maar de uitwerking van de wetgeving in circulaire, handleidingen etc. Het is daarom ook, bijvoorbeeld voor de Europese Commissie, moeilijker om te beoordelen of de wetgeving van deze landen en de toepassing daarvan in de praktijk voldoet aan de eisen van het Europese recht. Deels richt ook de wetenschappelijke aandacht in federale landen met veel deelstaten zich nagenoeg uitsluitend op het federale niveau en worden de verschillen op deelstaat-niveau in veelal buiten beschouwing gelaten.

**Conclusie:**

*In alle onderzochte landen, behalve in Frankrijk, is artikel 6 Hrl. volledig omgezet in wetgeving.*

5.3 *Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?*

In Oostenrijk, Duitsland, Engeland, Vlaanderen en Nederland is artikel 6 Hrl. omgezet in de natuurbeschermingswetgeving. In een enkel geval kan dit worden verklaard door de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende autoriteiten. In Oostenrijk is natuurbescherming een bevoegdheid van de deelstaten, terwijl bijv. waterbeheer en milieubeheer tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. In Duitsland is meer dan tien jaar gewerkt aan een



“integraal” Umweltgesetzbuch waarin ook de natuurbeschermingswetgeving een plaats zou krijgen. Dat project is opgegeven. Een van de voornoemde landen afwijkend situatie doet zich voor in Frankrijk en Zweden. In Frankrijk heeft de omzetting gestalte gekregen in de Code de l’environnement (wettelijke bepalingen) en de Code rural (reglementaire bepalingen). De Code de l’environnement bevat, zoals de naam al aangeeft, niet alleen het natuurbeschermingsrecht, maar ook, of zelfs in eerste instantie, (grote delen van) het milieurecht. Ook hier gaat het echter niet om volledig geïntegreerde omgevingswetgeving. Hetzelfde geldt voor Zweden. Zoals gezegd omvat de Environmental Code vele sectorale onderwerpen waarvoor dan geen eigen wetten bestaan. Dat geldt ook voor het onderwerp natuurbescherming. De ruimtelijke ordening is echter niet geïntegreerd

**Conclusie:**

*In geen van de onderzochte landen bestaat volledig geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving. In Frankrijk en Zweden zijn de bepalingen ter omzetting van art. 6 wel opgenomen in een wet dat milieu- en natuurbescherming regelt.*

5.4 *Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?*

In Duitsland (zowel federaal als op deelstaatniveau), de onderzochte deelstaten in Oostenrijk, Engeland, Vlaanderen, Frankrijk en Zweden zijn de bepalingen inzake gebiedsbescherming en soortenbescherming in dezelfde wetgeving omgezet. Nederland neemt in zoverre een uitzonderingspositie in. Er is geen ander land met een bijzondere wet voor soortenbescherming. Bij de lagere regelgeving (amvb's etc.) en toelichtingen en circulaires wordt vaak wel tussen gebieds- en soortenbescherming onderscheiden. Of het in één wet regelen van gebieds- en soortenbescherming ook de samenhang tussen beide beleidssporen binnen de natuurbescherming versterkt, stond in het onderzoek niet ter beoordeling.

**Conclusie:**

*In alle onderzochte landen behalve Nederland zijn soorten- en gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet.*

5.5 *Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?*

De verantwoordelijkheden voor de toepassing van de wetgeving ter omzetting van artikel 6 Hrl. zijn in de onderzochte landen verschillend geregeld.

Alle denkbare varianten komen voor. Een aantal factoren is daarbij van belang.

Ten eerste kan worden onderscheiden naar de plaats van het verantwoordelijk orgaan binnen de staatsstructuur. In enkele van de onderzochte landen is het centrale niveau (rijk, federale regering of regering van de deelstaat of het gewest) tenminste in sommige gevallen verantwoordelijk voor de verlening van vergunningen waarbij een toets aan artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. moet worden verricht. In Nederland wordt de toets aan de vereisten van artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. in enkele, in een amvb opgesomde gevallen door de rijksoverheid verricht. In Vlaanderen is de Vlaamse regering niet bevoegd om te beslissen over bepaalde soorten activiteiten, maar beslist wel in alle gevallen over een bepaald deel van de habitattoets, namelijk de vraag of sprake is van een dwingend vereiste van groot openbaar belang. In Zweden beslissen de County Councils, maar moeten zijn in vele gevallen de Environmental Protection Agency om advies vragen. Overigens is de federale overheid in België bevoegd als het gaat om projecten en plannen in zee. In Oostenrijk hebben wij twee deelstaten gevonden waarin de Landesregierung bevoegd is. Voor het overige zijn het doorgaans decentrale overheidsorganen die beslissingen nemen waarbij de criteria van artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. moeten worden toegepast. In sommige landen (Duitsland, Oostenrijk) verschilt het niveau van de bevoegdheid tot besluitvorming van deelstaat tot deelstaat.

Ten tweede vloeit een minstens zo belangrijk onderscheid voort uit het verschil tussen het zogenoemde integrale stelsel en het stelsel met aparte natuurbeschermingsvergunningen. Zoals gezegd hebben wij in drie landen een integraal stelsel aangetroffen waarin er geen aparte vergunningvereiste voor natuurbescherming bestaat, maar de beslissingen over de toepassing van artikel 6, lid 3 en lid 4 Hrl. worden genomen in het kader van andere, op de toelating van plannen en projecten gerichte vergunningenstelsels. In deze landen (Frankrijk, Duitsland, Engeland) hangt het van de bevoegdheidsverdeling met betrekking tot deze toelatingsstelsels af wie het bevoegd gezag is. Soms hangt dat af van het niveau (gemeente, provincie, "Regierungsbezirk", deelstaatregering) van het orgaan dat ook over de vergunning zelf beslist. Dan is dus bijvoorbeeld bij een beslissing van de verkeersminister van de deelstaat over de aanleg van een snelweg de voor natuurbescherming verantwoordelijke minister van de deelstaat het adviserende gezag, maar bij een beslissing van een gemeente over een bouwvergunning voor een hotel de afdeling natuurbescherming van de provincie. Een bijzonderheid doet zich voor in Zweden. Daar beslissen, evenals in Engeland, Duitsland of Oostenrijk, de op grond van de desbetreffende wet bevoegde organen. Indien echter een gebied door zo'n beslissing aanzienlijk zou worden aangetast, is over de

natuurbeschermingsrechtelijke vragen aanvullend een toestemming van de regering nodig. Doorgaans wordt het bevoegd gezag in deze landen, dat niet primair deskundig is op het terrein van natuurbescherming, bijgestaan door een deskundig overheidsorgaan dat advies uitbrengt (bijvoorbeeld English Nature in Engeland of de Environmental Protection Agency in Zweden). Welk overheidsorgaan dat is verschilt.

**Conclusie:**

*Wie bevoegd gezag is om de “habitattoets” uit te voeren verschilt tussen en binnen de onderzochte landen sterk. Alle niveaus van bevoegde gezagen, van gemeente tot minister, komen voor. In een aantal onderzochte landen beslist een orgaan met primaire verantwoordelijkheden voor natuurbescherming, in andere landen beslissen organen die niet specifiek deskundig zijn op het terrein van natuurbescherming. Doorgaans wordt de besluitvorming dan ondersteund door een advies van een deskundige orgaan.*

5.6 *Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?*

Een onderscheid tussen bestaande activiteiten en nieuwe activiteiten ligt al besloten in de structuur van artikel 6 Hrl. Terwijl artikel 6, lid 2 Hrl. mede betrekking heeft op bestaande activiteiten die overeenkomstig verstrekte en nog geldige toestemmingen worden verricht, gaat het in artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. om plannen en projecten, dus (in beginsel) toekomstige activiteiten. Artikel 6, lid 3 Hrl. heeft echter ook betrekking op al langer ondernomen activiteiten waarvoor periodiek toestemming moet worden verleend. In de wetgeving van alle onderzochte landen is dit onderscheid overgenomen. De vergunningstelsels voor toekomstige activiteiten gelden ook voor activiteiten die al langer worden uitgevoerd, maar waarvoor periodiek vergunning moet worden verleend. Alleen in Nederland is onduidelijk of dit ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998 ook zo is. Uit artikel 1, lid 3 sub n zou men kunnen opmaken dat in dergelijke gevallen geen toets overeenkomstig artikel 19f Natuurbeschermingswet 1998 nodig is.

In enkele onderzochte landen zijn specifieke bepalingen over bestaand gebruik opgenomen in de wetgeving. Zo dienen in Niederösterreich voor ieder gebied ‘Rechtsverordnungen’ (plaatselijke verordeningen) te worden vastgesteld waarin de begrenzing, instandhoudingsdoelstellingen, maar ook gebods- en verbodsbepalingen moeten worden opgenomen. Verbodsbepalingen moeten in dat geval activiteiten betreffen die tot verstoring of wezenlijke achteruitgang van een gebied kunnen leiden. Wat verder opvalt is dat in de Oostenrijkse literatuur op een aantal plaatsen het standpunt wordt ingenomen

dat intensivering of verandering van bestaand gebruik op grond van artikel 6, lid 3 Hrl. moet worden beoordeeld. Ook de opvatting dat artikel 6, lid 2 Hrl. voor deze situaties het beoordelingskader geeft komt in de literatuur echter terug. In Frankrijk wordt geen onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten, maar in het DOCOB moet wel een beschrijvende toestand gegeven worden van de menselijke activiteiten uitgeoefend in de speciale beschermingszone, in het bijzonder de bestaande landbouw- en bosbouwpraktijken in het gebied. Ook is er een overgangsbepaling waarin is bepaald dat de belangrijkste beschermingsverplichtingen een aantal bepalingen van de Code de l'environnement enkel gelden voor de programma's of projecten van werken, beheers- of inrichtingsactiviteiten waarvoor beslissingen in procedure worden gebracht na de publicatie van een Decreet van 20 december 2001. Tenslotte is er voor de bosbouw een specifieke regeling. De bossen in een speciale beschermingszone die worden geëxploiteerd volgens een beheersplan dat is vastgesteld bij besluit, of is goedgekeurd of erkend, en waarvoor de eigenaar een Natura 2000-contract heeft afgesloten, worden beschouwd als duurzaam beheerde bossen. Visserij, jacht en wildbeheer zijn buiten de werkingssfeer van het beschermingsregime gehouden. Dat is in strijd met artikel 6 Hrl., tenzij de jacht- en visserijwetgeving een kader bevat dat volledig aan artikel 6 Hrl. voldoet. Dat hebben wij niet na kunnen gaan. Wel was duidelijk dat het buiten de natuurbeschermingswetgeving plaatsen van de jacht en de visserij in Frankrijk zelf in de juridische vakliteratuur vel wordt bekritiseerd.

Gaat het in Frankrijk vooral om een beperking van de werkingssfeer van het beschermingsregime bij bestaande activiteiten, in Engeland geldt juist het omgekeerde. In Engeland is in de regelgeving een verplichting opgenomen om bestaande vergunningen, etc, opnieuw te beoordelen. Het gaat hier de facto nog niet om bestaand gebruik, maar om een herbeoordeling van bepaalde vergunde activiteiten, plannen etc. De verplichting tot herbeoordeling bestaat voor plannen die nog niet (volledig) zijn uitgevoerd, voor bepaalde vergunningen, etc. die nog niet in werking zijn getreden. In Engeland bestaat voor bestaande situaties ook een uitgebreid regime ten aanzien van managementovereenkomsten en dwingende maatregelen die bij gebreke van een managementovereenkomst kunnen worden opgelegd.

Soms wordt in de toelichtende handreikingen, circulaires e.d. deels een verder strekkend (materieel) onderscheid tussen bestaand gebruik en toekomstige activiteiten gemaakt. Zo wordt in de toelichtingen van de Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA) benadrukt dat bestaand gebruik "Bestandsschutz" geniet en wordt dat deels ook van toepassing verklaart op gebruik waarvoor een parapluvergunning is ver-

leend ook al moet jaarlijks binnen deze parapluvergunning nog over nadere voorwaarden worden besloten. Het is de vraag of dat laatste in overeenstemming is met de EG-rechtelijke randvoorwaarden. Opmerkelijk is dat bestaand gebruik in de literatuur en de rechtspraak in Duitsland nauwelijks aandacht krijgt.

**Conclusie:**

*In alle landen is het vergunningenstelsel waarbij een toets aan de criteria uit artikel 6, lid 3 en 4 moet worden verricht alleen van toepassing op toekomstige activiteiten (plannen en projecten). Daaronder vallen in alle landen ook bestaande activiteiten waarvoor periodiek opnieuw vergunning moet worden verleend. Inzoverre wordt in de wetgeving dus geen onderscheid gemaakt tussen bestaande en nieuwe activiteiten. Bepalend is of voor een activiteit een vergunning moet worden verleend. In Nederland is nog niet geheel duidelijk of volgens de tekst van de herziene Natuurbeschermingswet 1998 voor bestaande activiteiten waarvoor periodiek opnieuw een vergunning moet worden verleend een toetsing aan de criteria van artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. moet plaatsvinden. In een aantal landen wordt bestaand gebruik in de wetgeving uitdrukkelijk geregeld. In dat geval gaat het vaak om bescherming van bestaand gebruik. In Engeland daarentegen is een verplichting in de wet opgenomen om bepaalde beslissingen opnieuw te beoordelen. In toelichtende circulaires (in andere landen dan Engeland) wordt in een aantal gevallen van een vergaande bescherming van bestaand gebruik uitgegaan.*

5.7 *Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?*

Behoudens in Engeland is mitigatie in geen van de onderzochte landen als afzonderlijke verplichting in de wetgeving verankerd. In Vlaanderen zijn geen duidelijke aanwijzingen gevonden over de rol van mitigerende maatregelen bij de beoordeling uit hoofde van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. In Oostenrijk wordt mitigatie betrokken bij het alternatievenonderzoek. In Duitsland spelen mitigerende maatregelen een rol bij de toetsing door het Bundesverwaltungsgericht of sprake is van significante effecten. Het effect van deze mitigerende maatregelen dient dan wel met deskundigenrapporten te zijn onderbouwd. Ook de LANA wijst op de betekenis van mitigerende maatregelen. In de aanbevelingen van de LANA wordt gewezen op verschillende soorten mitigerende maatregelen die een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld bouwperiode, het vastleggen en afbakenen van gebieden die niet mogen worden betreden, beperking van de omvang van het project etc. Het gaat hier expliciet niet om compenserende maatregelen in verband met intredende effecten, maar om het voorkomen van effecten. In aanbevelingen van enkele

deelstaten is dit soms anders. Daar worden ook compenserende maatregelen betrokken in de passende beroordeling, hetgeen zich niet verdraagt met de systematiek van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. en overigens evenmin met de systematiek van de Duitse federale wetgeving (Bundesnaturschutzgesetz). De afgrenzing tussen mitigerende en compenserende maatregelen vergt aandacht. Deels bevatten enkele handleidingen van enkele Duitse deelstaten dienaangaande overwegingen die wij niet kunnen onderschrijven. De interpretatie van het Bundesverwaltungsgericht komt wel overeen met de richtlijn.

In Engeland wordt de betekenis van mitigerende maatregelen in de Habitats Regulations geregeld voorzover het de herbeoordeling van bestaande vergunningen en andere toestemmingen betreft. Daarbij geldt de verplichting te onderzoeken of door aanpassing van een beslissing negatieve effecten op de integriteit van het gebied kunnen worden voorkomen. Voor (nieuwe) plannen en projecten is dit niet expliciet geregeld, maar wordt in één van de Habitats Regulations Guidance Notes (HRGN) wel aangegeven dat deze maatregelen worden betrokken bij het bepalen van de negatieve effecten. De Natuurbeschermingswet 1998 bevat geen wettelijke verankering van een mitigatieplicht. De term komt in de wet in het geheel niet voor. In de Algemene Handreiking wordt echter uitgebreid stilgestaan bij mitigatie en wordt de betekenis van de term nader uitgelegd. Interessant is dat uit deze (buitenwettelijke) definitie blijkt dat het rijk het zoeken naar en het treffen van mitigerende maatregelen kennelijk wel degelijk als een verplichting in het kader van de habitattoets ziet. Niet duidelijk is echter bij welk deel van de besluitvorming precies de mitigatie aan de orde moet worden gesteld. Uit de Handreiking kan worden afgeleid dat een en ander in ieder geval *niet* speelt bij de beoordeling of in voldoende compenserende maatregelen is voorzien.

**Conclusie:**

*Hoewel de wetgeving in de onderzochte landen – behoudens in Engeland wat betreft de herbeoordeling van bestaande toestemmingen - niet voorziet in een verplichting tot het treffen van mitigerende maatregelen blijkt deze verplichting in de praktijk van de onderzochte landen wel een grote rol te spelen. Dat is ook niet verwonderlijk, nu de structuur van artikel 6, lid 3 en lid 4 Hrl. en de overeenkomstige bepalingen van nationaal recht noodzaakt mitigerende maatregelen in aanmerking te nemen. Hoewel dit alleen in Duitsland met zoveel woorden wordt aangegeven, mag worden aangenomen dat in alle landen wordt gevegd dat de positieve effecten van mitigerende maatregelen deugdelijk worden onderbouwd.*

## 6. VRAGEN M.B.T. DE INTERPRETATIE VAN ARTIKEL 6 HABITATRICHTLIJN DOOR DE RECHTER

6.1 *Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van artikel 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat?*

Wat de opvatting van de rechters betreft, is het niet goed mogelijk op deze vraag een antwoord met ja of nee te geven. Er is een behoorlijk aantal rechtelijke uitspraken in alle onderzochte landen waarin geoordeeld wordt of waaruit zonder twijfel kan worden afgeleid dat de rechter van oordeel was dat ten tijde van het nemen van het besluit het nationaal recht niet voldeed aan de eisen van de richtlijn. Dat zijn deels ook nog vrij recente uitspraken uit de jaren 2002 tot 2005. Vrijwel alle onderzochte landen zijn in geconfronteerd met ingebrekestellingsprocedures wegens het niet goed omzetten van de richtlijnbevestigingen in nationale wetgeving in gang gezet. Deze procedures zijn soms van wat langer geleden, maar deels ook van recente datum. Ook zijn nog procedures aanhangig. Duitsland is tweemaal veroordeeld voor onvolledige omzetting van de richtlijn (in 1997 en 2001). De eerste procedure had betrekking op de aanwijzing van gebieden, de tweede uitspraak betrof de omzetting van beschermingsmaatregelen. In een andere lopende procedure tegen Duitsland (C-98/03) heeft de AG net voor het afsluiten van dit rapport zijn conclusie uitgebracht.<sup>2</sup> De AG geeft daarin de Commissie in alle punten gelijk en stelt voor Duitsland te veroordelen omdat de Duitse wetgeving niet in overeenstemming is met (onder meer) art. 6 Hrl. Daarbij gaat het met name om de vraag op welke handelingen en activiteiten het vereiste van een passende beoordeling van toepassing is. Recent is Groot-Brittannië door het Hof van Justitie EG veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de Habitatrictlijn. In Nederland is hetzelfde enige tijd geleden gebeurd. Onlangs heeft de Advocaat Generaal zijn conclusie uitgebracht in een ingebrekestellingsprocedure tegen Oostenrijk. Daarin wordt aangegeven dat Oostenrijk heeft nagelaten haar verplichtingen ingevolge het bepaalde in artikel 4, leden 1 en 2 Vrl. na te komen door de gebieden Soren en Gleggen-Köblern niet als speciale beschermingszones aan te wijzen. Voorts zijn de verplichtingen ingevolge het bepaalde in artikel 6, lid 4, Hrl. niet nagekomen doordat de bevoegde autoriteiten wederom het project ter realisering van de snelweg S18 bij de Bodensee hebben toegestaan zonder na te gaan of er alternatieve oplossingen zijn en zonder de noodzakelijke compenserende

---

<sup>2</sup> Conclusie van 24 november 2005, C-98/03. Inmiddels is Duitsland door het Hof veroordeeld bij uitspraak van 10 januari 2006.

maatregelen ter waarborging van de coherentie van het Natura 2000-netwerk te hebben gewaarborgd. Het gaat in deze procedure derhalve om de uitvoering van de wetgeving, niet zozeer om de vraag of de wetgeving de richtlijn correct omzet. Er lopen nog twee ingebrekestellingsprocedures tegen Oostenrijk die, wat art. 6 lid 3 en 4 betreft uitsluitend betrekking hebben op één deelstaat (Kärnten), maar wat art. 6 lid 1 en lid 2 Hrl. betreft op meerdere deelstaten.

Zowel de uitspraken van het Hof als ook de uitspraken van de nationale rechter hebben veelal betrekking op het recht dat gold op een moment dat vaak al weer geruime tijd achter ons ligt. Het tijdsverschil is in Nederland het kortst (de uitspraken volgen ongeveer één jaar na het nadat het bestreden besluit werd genomen) en in Vlaanderen het langst (daar gaat het vaak om vele jaren, soms om 10 jaar). De wetgeving in de meeste onderzochte landen is aan voortdurende verandering onderhevig, die voor een belangrijk deel haar oorzaak heeft in het zich stapsgewijs, mede naar aanleiding van uitspraken van het Hof van Justitie, ontwikkelende inzicht dat de nationale wetgeving nog niet voldoet aan alle Europeesrechtelijke eisen. Vooral in landen met vele voor de wetgeving bevoegde deelstaten (vooral Duitsland) is eigenlijk constant sprake van wetwijzigingen. Het kan dus goed zijn dat de rechters thans zouden oordelen dat het recht in overeenstemming is met de eisen uit de Habitatrichtlijn.

Wat de deskundigen betreft kunnen iets gemakkelijker conclusies worden getrokken. De deskundigen in de meeste onderzochte landen waren doorgaans van mening dat de omzettingwetgeving in grote lijnen voldoet, zij het dat op detailniveau in vele landen nog enkele vragen worden gesteld. In Frankrijk wordt de nationale regelgeving in de literatuur deels vel bekritiseerd en op een hele reeks van punten in strijd met de Europese eisen geacht. Zweden is in 1999 in gebreke gesteld door de Commissie. Dat heeft geleid tot een aanpassing van de Zweedse wetgeving in 2001. Sindsdien wordt algemeen aangenomen dat de Zweedse wetgeving voldoet aan de eisen van art. 6 Hrl. Nogmaals zij herhaald dat in staten waarin de wetgevende bevoegdheden berusten bij deelstaten en sprake is van een groot aantal deelstaten (Oostenrijk, Duitsland) ook de deskundigen geen compleet overzicht over de wetgeving lijken te hebben en dus niet omvatten kunnen beoordelen of de geldende wetgeving in alle opzichten aan de eisen van de Habitatrichtlijn voldoet.



**Conclusie:**

*In alle landen, met uitzondering van Zweden, zijn, ook recentelijk, uitspraken van rechters te vinden waaruit blijkt dat deze van opvatting zijn dat artikel 6 Hrl. ten tijde van het nemen van het ter discussie staande besluit niet goed omgezet was in nationaal recht. Door het tijdsverloop tussen het nemen van een beslissing en een rechterlijke uitspraak daarover zegt dit echter niets over het tegenwoordig geldende recht. Een aantal landen (Nederland, Groot-Brittannië, Frankrijk) zijn door het Hof van Justitie EG veroordeeld wegens het niet goed omzetten van artikel 6 Hrl. Tegen andere lidstaten lopen nog ingebrekestellingsprocedures. Zweden heeft zijn wetgeving aangepast na een ingebrekestelling in 1999. De deskundigen in de meeste onderzochte landen zijn van opvatting dat inmiddels artikel 6 Hrl. in grote lijnen goed is omgezet. Dat sluit niet uit dat deels nadrukkelijke bedenkingen in detail bestaan.*

6.2 *Zo ja, welke rol speelt artikel 6 Habitatrichtlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten?*

Rechterlijke uitspraken waarin bestuurlijke beslissingen ter discussie staan die zijn totstandgekomen met toepassing van nationaal recht dat volledig voldeed aan artikel 6 Hrl. zijn wij, behalve in Zweden, Frankrijk en Engeland waar enkele uitspraken zijn geweest waarin aan nationale omzetting-bepalingen werd getoetst, nauwelijks tegengekomen. Voorzover dat wel het geval was, speelt artikel 6 Hrl. echter nog steeds een belangrijke rol als interpretatiekader voor het nationaal recht. In Zweden wordt niet (meer) verwezen naar de richtlijn, maar naar het nationale recht en de nationale handleiding over de interpretatie van art. 6 Hrl. Daarnaast moeten de gevallen worden vermeld waarin het nationaal recht, ondanks correcte omzetting, niet kan worden toegepast op gebieden die toch middels artikel 6 Hrl. beschermd moeten worden. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om vogelbeschermingszones die ten onrechte niet zijn aangewezen of habitatbeschermingsgebieden die op de communautaire lijst staan, maar nationaal nog niet aangewezen zijn. Dit komt nog veelvuldig voor (bijv. in Nederland m.b.t. alle habitatrichtlijngebieden). Met betrekking tot deze gebieden wordt artikel 6 Hrl. rechtstreeks toegepast onafhankelijk van de vraag of deze bepaling correct is omgezet in nationaal recht. In Duitsland heeft de rechter dit recent ook gedaan met klaarblijkelijk ten onrechte niet gemelde habitatbeschermingsgebieden. Het is echter aan te nemen dat het Bundesverwaltungsgerichtshof zijn rechtspraak dienaangaande naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie EG van 13 januari 2005 (Draggagi) zal wijzigen.

Ook in de flankerende beleidsinstrumenten voor op grond van nationaal recht te nemen besluiten wordt veelvuldig verwezen naar artikel 6 Hrl. en

bijvoorbeeld naar de handleiding van de Commissie omtrent artikel 6 Hrl. Dat geldt voor alle landen.

**Conclusie:**

*Ook na correcte en volledige omzetting van artikel 6 Hrl. in nationaal recht blijven deze bepaling en de toelichtingen daarop door de Commissie in alle onderzochte landen behalve Zweden een cruciale rol spelen bij de toepassing van het nationaal recht door het bestuur en bij de toetsing van de bestuurlijke besluiten door de rechter. In Zweden wordt inmiddels gerefereerd aan nationale wetgeving en toelichtingen, waarin artikel 6 Hrl. en de toelichtingen van de Europese Commissie zijn verwerkt. Artikel 6 Hrl. wordt, onafhankelijk van al dan niet correcte omzetting, in de meeste landen rechtstreeks toegepast op gebieden waarop artikel 6 Hrl. van toepassing is, maar het desbetreffende nationale recht niet (bijv. op de communautaire lijst opgenomen, maar nog niet nationaal aangewezen gebieden).*

6.3 *Zo nee, toetst de rechter direct aan artikel 6 Habitatrichtlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?*

Het antwoord op deze vraag werd deels al onder 6.2, al dan niet impliciet, gegeven. In aanvulling daarop kan het volgende worden opgemerkt. In Oostenrijk wordt in verschillende uitspraken artikel 6 Hrl. rechtstreeks toegepast, of wordt nationale wetgeving richtlijnconform geïnterpreteerd. Het gaat daarbij echter om procedures die onder de rechter waren voordat omzetting in de nationale wetgeving had plaatsgevonden. In Oostenrijk speelt in de jurisprudentie ook het moment van toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie een rol. In Duitsland wordt in verschillende uitspraken rechtstreeks getoetst aan artikel 6, lid 3 en 4 Hrl. Dit heeft ermee te maken dat de bepalingen uit het Bundesnaturschutzgesetz op federaal niveau niet direct werken in de deelstaten, en in het verleden de deelstaten nog niet over implementatiewetgeving beschikten. Inmiddels is dat wel het geval. In de Duitse rechtspraak wordt veelvuldig gewezen naar de handleiding van de Europese Commissie uit 2000.

In Frankrijk zijn in één procedure twee uitspraken geweest. In een bestuursrechtelijk kort geding in deze zaak werd niet met zoveel woorden gerefereerd aan artikel 6 Hrl., maar aangezien het een beoordeling betrof van een activiteit met nadelige effecten op een aangemeld Habitatrichtlijngebied kan er geen misverstand over bestaan dat de rechter hier toetste aan artikel 6. In de beroepsprocedure werd wel expliciet getoetst aan artikel 6 Hrl. Omdat ondertussen de beslissing van de minister tot aanmelding van de lijst aan de

Europese Commissie was vernietigd door de Franse Raad van State, oordeelde de Raad van State dat de regering geen beschermingsmaatregelen behoefde te nemen vooraleer de gebieden van de nationale lijst opnieuw zouden worden aangewezen. Bovendien voegt de Raad van State eraan toe dat, aangezien onder de de Habitatrictlijn onder bepaalde voorwaarden nog nadelige projecten kunnen toegelaten worden, het bestuur geen manifeste beoordelingsfout kan worden verweten. Lagere rechters in Frankrijk toetsen (of toetsten) met regelmaat wel aan art. 6 Hrl., de appelrechter (Raad van State) wijst dat echter af.

Een bijzondere positie neemt Engeland in. Daar hebben wij geen uitspraken aangetroffen waarin rechtstreeks wordt getoetst aan artikel 6 Hrl. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat Engeland al in 1994 de benodigde implementatiewetgeving heeft vastgesteld. Er is echter één procedure waarin wel rechtstreeks aan de richtlijn wordt getoetst. In deze procedure kwam aan de orde dat de werkingssfeer van de Engelse Habitats Regulations zich niet uitstrekte over de Exclusieve Economische Zone (EEZ). Wetgeving die in deze lacune voorziet is in voorbereiding. Ook de Nederlandse wetgeving kent deze lacune. Naar wij hebben begrepen wordt een reparatiewet thans voorbereid.

Opmerkelijk is het verschil tussen de manier waarop de Nederlandse rechter, om precies te zijn de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, vóór beantwoording van zijn vragen door het Hof van Justitie EG in september 2004 (Kokkelvisserij-arrest) toetste aan artikel 6 Hrl. en de wijze waarop de rechters in alle andere landen dat doen. De Afdeling bestuursrechtspraak toetste immers rechtstreeks aan artikel 6 lid 2 Hrl. en twijfelde over de mogelijkheid om aan artikel 6 lid 3 en 4 Hrl. te toetsen. In de Nederlandse literatuur is dat kritisch becommentarieerd. In alle andere landen is tamelijk vanzelfsprekend van mogelijke rechtstreekse werking van artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. uitgegaan, maar zijn, zoals gezegd geen uitspraken te vinden waarin aan artikel 6 lid 2 Hrl. getoetst werd.

Verschillen zijn er m.b.t. habitatrictlijngebieden nadat de gebieden aan de Commissie waren gemeld, maar voordat de communautaire lijst was vastgesteld. De Duitse rechter toetst(e) rechtstreeks aan artikel 6 lid 3 Hrl., de Nederlandse rechter toetste feitelijk indirect, via de band van art. 10 EG-Verdrag aan artikel 6 Hrl., terwijl de Franse en Oostenrijkse rechters een beroep op artikel 6 Hrl. in welke vorm dan ook afwezen.

**Conclusie:**

*Voorzover artikel 6 Hrl. nog niet correct omgezet is of was of voorzover deze bepaling wel correct omgezet is, maar het desbetreffende nationale recht niet kan worden toegepast op gebieden die wel onder de bescherming van artikel 6 Hrl. vallen, toetsen de rechters in de meeste landen onderzochte landen (behalve Engeland waar dit probleem niet aan de orde is gesteld en Frankrijk, waar een deel van de rechters wel toetst, maar anderen niet) rechtstreeks aan artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. In geen van de landen behalve Nederland is een uitspraak gevonden waarin aan artikel 6 lid 2 Hrl. is getoetst.*

*6.4 Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn en wat houdt deze toets dan in?*

In Duitsland, Vlaanderen, Oostenrijk, Zweden, Frankrijk en Engeland hebben wij geen voorbeelden gevonden van toetsing van toekomstige plannen en projecten aan artikel 6, tweede lid Hrl. In Engeland volgt dit uit systematiek van de Habitats Regulations. In Duitsland en Oostenrijk wordt de lijn gevolgd van het Hof van Justitie in het Kokkelvisserij-arrest en worden de leden 3 en 4 van artikel 6 Hrl. als *lex specialis* beschouwd ten opzichte van artikel 6, tweede lid Hrl. In Duitsland zijn enkele (juridische) auteurs kritisch over de rol die door advocaat-generaal Kokott is toegekend aan artikel 6, tweede lid Hrl. nadat voor een plan of project met toepassing van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. toestemming is verleend. De opvatting van de advocaat-generaal komt erop neer dat, nadat voor een plan of project toestemming is verleend op grond van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. en daaraan uitvoering is gegeven, op een later moment kan worden ingegrepen op grond van artikel 6, tweede lid Hrl indien blijkt dat significante verstoring of verslechtering optreedt. De bedenkingen tegen de opvatting van de advocaat-generaal worden ingegeven door de opvatting dat de AG te weinig belang zou hechten aan de rechtszekerheid.

In Nederland werd in het verleden door de bestuursrechter getoetst aan artikel 6, tweede lid Hrl. Het Kokkelvisserij-arrest heeft daar verandering in gebracht. Voorts is uiteraard van belang dat de implementatie van artikel 6, tweede lid Hrl. inmiddels heeft plaatsgevonden in de Natuurbeschermingswet 1998.

**Conclusie:**

*In geen van de onderzochte landen worden toekomstige plannen getoetst aan artikel 6 lid 2 Hrl. In Nederland was dit tot voor kort wel het geval omdat de rechter dit eiste. Artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. worden in alle onderzochte landen als *lex specialis* ten opzichte van artikel 6 lid 2 Hrl. gezien.*

6.5 *Hoe worden de vereisten van artikel 6 lid 3 en lid 4, respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland problemen opwerpen?*

*a. de betekenis van “plan of project”*

Aan de begrippen ‘plan’ en ‘project’ wordt in de onderzochte lidstaten een verschillende invulling gegeven. In de Duitse wetgeving is niet alleen een algemene definitie opgenomen van de begrippen plan en project, maar tevens worden enkele categorieën plannen onderscheiden die expliciet binnen de werkingssfeer van de begripsbepaling zijn gebracht. De LANA beveelt een ruime uitleg aan. De implementatiewetgeving geeft echter ook weer een in sommige opzichten beperkte uitleg aan beide begrippen. De reikwijdte van beide begrippen wordt beperkt tot activiteiten die vergunningplichtig dan wel meldingsplichtig zijn. Deze beperking achten wij, evenals de Europese Commissie, niet verenigbaar met de Hrl. Opmerking verdient nog dat in het Duitse Bundesimmissionsschutzgesetz een *lex specialis* is opgenomen. De passende beoordeling wordt daar beperkt tot de invloedssfeer van de inrichting.

In Oostenrijk wordt bij de uitleg van beide begrippen in de eerste plaats aangesloten bij de M.e.r.-richtlijn, maar deze uitleg wordt niet als uitputtend beschouwd. In Engeland en Nederland is niet gekozen voor een definiëring van de begrippen. Wel vloeit uit de Engelse regelgeving expliciet voort dat aansluiting dient te worden gezocht bij de uitleg van de begrippen uit de Hrl. tenzij de context van de regeling ander indiceert. In Vlaanderen is in het Natuurbehoudsdecreet geen definitie van project opgenomen, maar wordt wel omschreven welke plannen onder de werkingssfeer van de regeling vallen.

Opmerking verdient overigens dat in jurisprudentie wel een nadere concretisering plaatsvindt. Indien in de uitspraken aan artikel 6, derde en vierde lid Hrl. of de daarop gebaseerde implementatiewetgeving wordt getoetst is steeds een plan of project aan de orde. Deze benadering is uit de aard der zaak echter *ad hoc* en geeft geen helderheid over de grenzen van beide begrippen. In Nederland is een nadere toelichting gegeven in de Handreiking.

In Frankrijk is art. 6 lid 3 slechts van toepassing op plannen die een bestuurlijke goedkeuring behoeven. Een uitzondering geldt voor bestemmingsplannen, waarvoor geen passende beoordeling nodig is. Daarbij komt dat het begrip “plan” niet in de Franse wetgeving is overgenomen, die in plaats daarvan spreekt van “programma’s en projecten”. Niet alleen het begrip “plan”, maar ook het begrip project is in Frankrijk in sommige opzichten wettelijk beperkter dan de richtlijn toestaat. Zo vallen jacht en visserij hier niet onder (voorzover zij in overeenstemming zijn met de jacht- en visserijwetgeving).

**Conclusie:**

*Uit de jurisprudentie of de bestuurlijke handreikingen ter interpretatie van artikel 6 Hrl. was niet voor alle lidstaten op te maken hoe de begrippen plan en project worden toegepast. Doorgaans wordt, in navolging van de Commissie, benadrukt dat deze begrippen ruim te interpreteren zijn. Een wettelijke definitie bestaat in Duitsland en in Vlaanderen voor zover het de definitie van plannen betreft. De in Duitsland gekozen definitie is in sommige opzichten EG-rechtelijk problematisch. Dat laatste geldt zeker ook voor Frankrijk.*

*b. Wordt een passende beoordeling ook bij strategische plannen van een hoger abstractieniveau (vergelijkbaar met streekplannen, pkb'en e.d.) of beleidskaders uitgevoerd?*

De passende beoordeling wordt niet in alle lidstaten bij strategische plannen uitgevoerd. In Engeland zijn ontwikkelingsplannen uitgezonderd van toetsing, aangezien die niet worden aangemerkt als plan of programma bedoeld in de strategische m.e.r.-richtlijn. In Oostenrijk vindt een beoordeling blijkens de literatuur alleen plaats indien een strategisch plan een belangrijke invloed heeft op vergunningprocedures die na vaststelling van het plan aan de orde zijn.<sup>3</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval indien de keuzes in het strategische plan alternatievenonderzoek in een latere fase uitsluiten. In dat geval is een plan niet zuiver indicatief. In dat geval moet ook bij de latere besluitvorming nog een beoordeling van de effecten op het gebied plaatsvinden. Dit lijkt enigszins op de Nederlandse interpretatie. In dit verband is het van belang te wijzen op het recente arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak van de Commissie tegen Groot-Brittannië. Op grond van de Engelse regelgeving behoeft een ruimtelijk plannen/ontwikkelingsplan niet te worden getoetst. De Britse regering onderbouwde dit uitgangspunt door erop te wij-

<sup>3</sup> Behoudens bijvoorbeeld Raumordnungsprogramme waarvoor expliciet is bepaald dat een toetsing aan de instandhoudingsdoelstellingen moet plaatsvinden.

zen dat pas de uitvoeringsbesluiten en de praktische uitvoering daarvan tot effecten leiden. Het Hof oordeelde echter dat deze plannen een toetsingskader vormen voor vergunningen. Dat het plan zelf geen significante effecten veroorzaakt achtte het Hof niet van belang.

In Duitsland is wel voorzien in een algemene verplichting om strategische plannen aan een passende beoordeling te onderwerpen. De toetsingsplicht geldt hier niet alleen voor plannen die bindend zijn in het kader van vergunningbesluiten. Zonder knelpunten is ook de Duitse wetgeving echter niet. Hier doen zich problemen voor juist bij de niet-strategische plannen. De toetsingsverplichting geldt namelijk vervolgens weer niet voor vergunningen gebaseerd op Bauleitpläne, hetgeen in de opvatting van de Europese Commissie in strijd is met de Hrl. Datzelfde geldt voor het voorschrift dat gedurende de vaststellingsprocedure voor Bebauungspläne geen passende beoordeling behoeft te worden gemaakt voor vergunningplichtige activiteiten. De ratio is dat de onderliggende plannen reeds aan deze beoordeling moeten worden onderworpen, maar deze opvatting vindt in ieder geval in de ogen van de Europese Commissie geen genade. Dat een Bebauungsplan (hetgeen grof gezegd overeenkomt met een bestemmingsplan) aan artikel 6 Hrl. moet worden getoetst betekent immers niet dat bestaande, oudere Bebauungspläne, op grond waarvan eveneens vergunningverlening mogelijk is, ook allemaal aan artikel 6 Hrl. zijn getoetst.

Voor België hebben wij niet kunnen vaststellen of de passende beoordeling zich ook tot strategische plannen uitstrekt. In zijn algemeenheid geldt voor alle betrokken lidstaten dat zij zich rekenschap dienen te geven van de overwegingen van het Hof Van Justitie EG in de hiervoor genoemde uitspraak.

Thans is bestaat in Frankrijk (nog) geen verplichting tot een passende beoordeling van strategische plannen, bijvoorbeeld strategische ruimtelijke ordeningsplannen. Dat gaat echter veranderen na inwerkingtreding (op 21 juli 2006) van een wet ter omzetting van de verplichtingen uit Richtlijn 2001/42/EG (Richtlijn strategische milieubeoordeling).

In Zweden bestaat geen wettelijke bepaling die expliciet verzekerd dat strategische plannen aan artikel 6 Hrl. worden getoetst. In de praktijk moet echter bij de vaststelling van bijvoorbeeld regionale ruimtelijke ordeningsplannen gemotiveerd worden of aan de criteria van artikel 6 lid 3 Hrl. wordt voldaan. Een bindende bepaling die voor de rechter kan worden ingeroepen en die verzekert dat dat (goed) gebeurt, bestaat echter niet.

Uit de Nederlandse jurisprudentie volgt dat zuiver indicatieve plannen niet behoeven te worden onderworpen aan de habitattoets. De gedachte daarachter is dat dergelijke plannen op zichzelf geen significante nadelige gevolgen voor een speciale beschermingszone hebben aangezien de plannen niet op enig rechtsgevolg zijn gericht. In de Natuurbeschermingswet 1998 is een verplichting opgenomen om besluiten tot vaststelling van plannen te toetsen voor zover deze een verstorend of kwaliteitsverslechterend effect hebben. In de Algemene Handreiking wordt indicatief aangegeven om welke plannen het daarbij kan gaan.

**Conclusie:**

*Wat de plicht tot toetsing van strategische plannen aan artikel 6 Hrl. betreft verschilt het beeld in de onderzochte lidstaten. Na de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 20 oktober 2005 kan niet meer worden betwist dat ook strategische plannen die weliswaar niet volledig bindend zijn, maar toch een zekere sturende werking hebben voor de vervolgbesluitvorming (rekening houden met) aan de toets van artikel 6 lid 3 moeten worden onderworpen. De Engelse, Franse, Zweedse en Oostenrijkse wetgeving voldoen hier niet aan, de Duitse wetgeving lijkt hier wel aan te voldoen. In Duitsland doet zich echter een andere onvolkomenheid voor: (bouw)vergunningen die op grond van Bebauungspläne worden verleend hoeven niet (nog een keer) aan een habitattoets te worden onderworpen. Ook dat lijkt niet in overeenstemming met de eisen van de richtlijn te zijn. Het is aan te nemen dat rechtspraak en wetgeving in Engeland en Oostenrijk aan de bedoelde uitspraak van het Hof van Justitie zullen worden aangepast en dat de rechters in de andere landen met deze uitspraak rekening zullen houden bij de interpretatie van hun nationaal recht.*

- c. *de vraag of een onderscheid wordt gemaakt tussen een “voortoets” (of een passende beoordeling nodig is) en de passende beoordeling zelf, en zo ja, of dit wettelijk is verankerd*

In geen van de onderzochte landen is het onderscheid tussen een voortoets en de passende beoordeling wettelijk verankerd. Het onderscheid speelt in de praktijk van alle landen wel een grote rol. In Oostenrijk wordt in dit verband bijvoorbeeld gebruik gemaakt van zogenaamde ‘Weissbücher’, waarin maatregelen worden vermeld waarvan wordt aangenomen dat deze geen significante effecten op beschermde gebieden teweegbrengen. Ook in Duitsland wordt in interpretatiedocumenten met lijsten gewerkt, waarin soorten projecten (met indicatie van een bepaalde omvang) zijn opgesomd waarvan waarschijnlijk is dat ze geen significante effecten hebben. Deels wordt daarbij gedifferentieerd om soorten gebieden, respectievelijk soorten habitats. In



tegenstelling tot Oostenrijk gaat het daarbij om zowel positieve als negatieve lijsten (in de regel wel significante effecten, respectievelijk in de regel geen significante effecten). In een paar Oostenrijkse Länder zijn 'Gebietsbetreuer' aangewezen die als adviseur optreden bij beantwoording van de vraag of een passende beoordeling voor een concrete activiteit of concreet gebruik nodig is. Ook op andere wijze wordt informatie gegeven ten behoeve van de standpuntbepaling of een passende beoordeling nodig is.

In Duitsland wordt het onderscheid in de praktijk afgeleid uit de formulering van 'plan en project'. Alleen als significante effecten mogelijkkerwijs kunnen optreden is een beoordeling vereist conform artikel 6, derde lid Hrl. (zoals in Duitsland geïmplementeerd). Bij de beoordeling of sprake is van een plan en project wordt derhalve reeds impliciet een voortoets uitgevoerd.

Hoewel dit in de andere onderzochte landen niet is geëxpliciteerd, geldt daar uiteraard mutatis mutandis hetzelfde. In één van de Engelse guidances wordt in dat verband opgemerkt dat de effecten op een gebied moeten worden bepaald om ervoor te zorgen dat plannen en projecten die significante effecten kunnen sorteren aan een passende beoordeling worden onderworpen.

De Natuurbeschermingswet 1998 maakt als gezegd evenmin een onderscheid tussen een voortoets en een passende beoordeling. In de Handreiking wordt wel een onderscheid aangebracht tussen de verschillende fasen en soorten toetsen. Eerst moet in een oriënteringsfase worden bekeken of er significante effecten kunnen worden verwacht. Op basis van de oriënterende fase kan worden vastgesteld of een vergunning nodig is, en zo ja, of daarvoor een passende beoordeling nodig is. De passende beoordeling is alleen aan de orde als in de oriënteringsfase is gebleken dat er mogelijk significante nadelige effecten te verwachten zijn. Is dat niet het geval, maar wel een vergunning nodig, dan dient de verslechtings- en verstoringstoets te worden doorlopen. Voor de praktijk is uiteraard van belang te weten wanneer precies met de verslechtingsstoets kan worden volstaan en wanneer daarentegen een passende beoordeling nodig is. De Handreiking geeft daarop geen absoluut antwoord maar licht de verschillende stappen in de oriënteringsfase uitvoerig toe en noemt een aantal illustratieve casusposities. Dat komt in de buurt van de Duitse en Oostenrijkse lijsten, maar lijkt voor de praktijk wellicht iets minder houvast te bieden.

**Conclusie:**

*In geen van de onderzochte landen is het onderscheid tussen een voortoets en de passende beoordeling wettelijk verankerd. Het onderscheid speelt in de praktijk van alle landen wel een grote rol. In sommige staten (of delen daarvan) worden in het kader van de voortoets verschillende soorten indicatieve lijsten en andere administratief-ondersteunende instrumenten gebruikt waaruit is op te maken of voor een plan of project in of rond een bepaald soort gebied waarschijnlijk wel of niet een "hoofdtoets" nodig is.*

*d. onderscheid tussen bestaande en toekomstige activiteiten*

Deels is deze vraag al in 5.6 beantwoord. In aanvulling daarop merken wij het volgende op.

Zowel in Vlaanderen als in Engeland wordt in de regelgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaande en toekomstige activiteiten/situaties. Opmerkelijk is dat in Engeland een verplichting in de regelgeving is opgenomen om in bepaalde gevallen bestaande vergunningen of plannen opnieuw te beoordelen (zie hiervoor par. 5.6).

Ook in de Duitse wetgeving wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen bestaande en toekomstige activiteiten. De definitie van het begrip project sluit aan bij de uitleg van het Hof van Justitie in de Kokkelvisserijuitspraak waarin ook reeds langer uitgevoerde activiteiten die opnieuw moeten worden vergund onder de definitie vallen. In Nederland is nog steeds discussie over de vraag of het nationale recht in dit opzicht voldoet aan de eisen van de Hrl aangezien in de wet een definitie van bestaand gebruik wordt gegeven waaronder ook de herbeoordeling van reeds langer uitgevoerde activiteiten wordt begrepen. Een praktische oplossing wordt aange-reikt in de Handreiking van het ministerie van LNV.

De Oostenrijkse wetgeving kent geen onderscheid tussen bestaande en toekomstige activiteiten, maar dat volgt wel uit de structuur van de richtlijn die in de wetgeving is overgenomen. Zie daarover par. 5.6. Vermeldenswaardig is dat op grond van de jurisprudentie bij bestaande activiteiten het vertrouwensbeginsel een belangrijke rol speelt. De vraag is of dit te verenigen is met de eisen van het Europees recht. Bij de andere onderzochte landen hebben wij geen vergelijkbare overwegingen aangetroffen.

**Conclusie:**

*Naast hetgeen onder 2.6 is opgemerkt zij hier nog in het bijzonder gewezen op de jurisprudentie van de Oostenrijkse rechter waarin het vertrouwensbeginsel een zeer vergaande rol speelt.*

*e. het voorzorgbeginsel*

In de wetgeving van de onderzochte landen wordt de werking van het voorzorgbeginsel niet geconcretiseerd. In België komt dit beginsel evenmin voor in de rechtspraak. Dit is anders in Duitsland en Nederland, waar in zowel jurisprudentie als in de literatuur wordt ingegaan op de werking van het voorzorgbeginsel bij de toepassing van artikel 6, derde lid Hrl.. In de Handreiking Natuurbeschermingswet 1998 wordt expliciet op het belang van het beginsel gewezen en de werking ervan toegelicht. Ook in Zweden wordt het voorzorgbeginsel volgens onze gesprekspartners in de jurisprudentie expliciet toegepast.

In Oostenrijk lijkt de rol van het voorzorgbeginsel te verschillen al naar gelang welke deelstaat het betreft. In bijvoorbeeld Tirol en Steiermark lijkt het voorzorgbeginsel wel een rol te spelen. In de wetgeving van tenminste één deelstaat (Niederösterreich) lijkt ons (de deskundige uit Oostenrijk ziet dit anders) het voorzorgbeginsel onvoldoende verwerkt. Het voorzorgbeginsel is ook aan de orde geweest in een uitspraak inzake de Semmeringtunnel, die juist betrekking had op het recht van Niederösterreich, maar daarin concludeerde het Verwaltungsgerichtshof dat artikel 6 Hrl. niet van toepassing was. Dat is spijtig aangezien in de wetgeving ons inziens niet is voorzien in de verplichting dat zekerheid moet zijn verkregen over het uitblijven van significante effecten alvorens toestemming mag worden gegeven. Zou in deze procedure artikel 6 Hrl. wel via de nationale wetgeving van belang zijn, dan zou de uitspraak een principeel oordeel hebben kunnen bevatten over de uitleg van het voorzorgbeginsel.

In Engeland tenslotte wordt in één van de Guidance documents expliciet op de werking van het voorzorgbeginsel gewezen, zonder dat daar een nadere toelichting op wordt gegeven.

In Frankrijk speelt het voorzorgbeginsel geen expliciete rol bij de toepassing van art. 6 lid 3 Hrl. Wel kan de Staat als hij aanvragen moet beoordelen en de ecologische feiten onzeker zijn een beroep doen op een instelling (Conseil Scientifique Régional du Patrimoine Naturel) welke namen van deskundigen kan voorstellen die de onduidelijkheden zoveel mogelijk kunnen ophelderen.

**Conclusie:**

*De meeste wettelijke bepalingen zijn zo geredigeerd dat het voorzorgbeginsel daarin tot uitdrukking komt (met uitzondering van Niederösterreich). Ook in de literatuur van enkele onderzochte landen wordt de toepasselijkheid van dit beginsel onderschreven. In sommige landen zijn rechterlijke uitspraken of interpretatiedocumenten te vinden waarin het voorzorgbeginsel uitdrukkelijk aan de orde komt.*

*f. het omgaan met eventuele cumulatie*

De beoordeling van cumulatieve effecten die verplicht is op grond van artikel 6, derde lid Hrl. komt in de onderzochte landen verschillend tot uitdrukking. In Nederland en België komt dit element terug in de jurisprudentie. In Duitsland kan uit één uitspraak van het Verwaltungsgericht Oldenburg worden afgeleid dat de effecten van geplande activiteiten in samenhang met die van bestaande activiteiten moeten worden bezien.

Alleen in Oostenrijk is de reikwijdte van het onderzoek naar cumulatieve effecten in de wetgeving verankerd. Zowel uitgevoerde beoordelingen als besluiten die nog in procedure zijn dienen als cumulatief effect te worden beoordeeld. In Niederösterreich wordt ter toelichting op de beoordeling van cumulatieve effecten aangegeven dat onderzoeken die in eerdere of gelijktijdige besluitvormingsprocedures worden opgesteld in aanmerking moeten worden genomen.

In Engeland is één Guidance Document volledig gewijd aan de beoordeling van cumulatieve effecten. Daarin worden drie categorieën onderscheiden: vergunde activiteiten die nog niet volledig zijn uitgevoerd, voortdurende activiteiten die onderworpen zijn aan herhaalde beoordeling, en activiteiten waarvoor nog een besluitvormingsprocedure loopt.

**Conclusie:**

*In alle onderzochte landen wordt in de wetgeving (Zweden, Oostenrijk, Frankrijk), praktijk (toelichtingen door het bestuur) of rechtspraak in de een of andere wijze rekening gehouden met cumulatieve effecten. In Engeland is één Guidance Document volledig gewijd aan de beoordeling van cumulatieve effecten.*

*g. Betekenis beheersplannen bij toetsing*

In alle onderzochte landen – behalve in Frankrijk en Engeland waar de systematiek voorziet in vrijwillige beheersovereenkomsten en waar vangnetbepalingen gelden bij het uitblijven daarvan – zijn in de implementatiewetgeving instrumenten opgenomen die kunnen worden aangemerkt als beheersplannen. Op dit moment zijn in geen van de onderzochte landen reeds beheersplannen opgesteld. Het is daarom ook verklaarbaar dat niet is gebleken dat deze plannen op dit moment reeds een rol spelen in de besluitvorming over plannen en projecten als bedoeld in artikel 6, derde en vierde lid Hrl. dan wel bij de rechterlijke toetsing van deze plannen en projecten. In Oostenrijk blijkt uit de rechtspraak dat nog op te stellen beheersplannen een belangrijke rol zullen gaan vervullen bij toetsing. Ook in Duitsland dient met beheersplannen rekening te worden gehouden, maar opmerking verdient dat daar de beheersplannen naast vele andere documenten in de afweging dienen

te worden betrokken. Het lijkt er aldus op dat aan de beheersplannen in deze afweging niet een bijzondere betekenis toekomt. In Nederland zijn tot op heden geen beheersplannen vastgesteld. Activiteiten die in een beheersplan zijn opgenomen zijn niet vergunningplichtig. Opmerking verdient echter dat plannen en projecten die onder de werking van het vergunningregime van artikel 19f e.v. vallen niet in een beheersplan kunnen worden opgenomen. Deze systematiek volgt zowel in Nederland als in andere landen niet expliciet uit de wetgeving, maar impliciet geldt dit in alle landen. Bij toetsing op grond van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. gaat het immers per definitie om die plannen en projecten die niet als beheer kunnen worden gekwalificeerd. In Nederland moet het opstellen van beheersplannen nog van de grond komen.

In Zweden worden eerst conservation plans (beschermingsplannen) opgesteld. Een conservation plan beschrijft wat de specifieke te beschermen waarden zijn, wat onder een goede staat van instandhouding is te verstaan en welke beheersmaatregelen nodig zijn. Het is puur gericht op de noodzaak en wenselijkheid van het natuurbeschermingsbeleid. Het beschermingsplan vervult daarom ook een belangrijke functie bij de toetsing van aanvragen om vergunningen. In het kader van de opstelling van de beschermingsplannen die thans plaatsvindt vindt de nodige discussie plaats met de grondeigenaren en –gebruikers. Het beschermingsplan moet worden onderscheiden van het beheersplan, dat eveneens kan worden vastgesteld, maar waarin ook bepaalde ontwikkelingen en wensen vanuit andere beleidssectoren kunnen zijn voorzien. Een beheersplan kan pas worden geschreven nadat een beschermingsplan gereed is, nu de informatie welk beheer uit een oogpunt van natuurbescherming noodzakelijk, resp. gewenst is essentieel is om een beheersplan te kunnen opstellen.

In Frankrijk is de betekenis van vrijwillige overeenkomsten bijzonder groot. In beginsel wordt geprobeerd om het beheer van Natura 2000-sites door middel van contracten te regelen waardoor reglementaire beperkingen zoveel mogelijk worden vermeden. In de literatuur wordt echter bediscussieerd of de Franse bepaling waardoor activiteiten die voorzien zijn in een dergelijk beheersplan niet vergunningplichtig zijn niet te ruim is. De richtlijn voorziet in een uitzondering op de vergunningplicht immers slechts voor handelingen die “direct verband houden of nodig zijn” voor het beheer van het gebied.

**Conclusie:**

*Op dit moment is het nog te vroeg om conclusies te kunnen trekken over de rol die beheersplannen bij de toetsing van activiteiten gaan spelen, aangezien in de onderzochte landen nog geen ervaring is opgedaan met beheersplannen. In Frankrijk spelen contracten met eigenaren en gebruikers een bijzonder belangrijke rol. In beginsel wordt geprobeerd om het management van een site met behulp van dergelijke contracten en zonder beperkingen door wettelijk bindende verplichtingen te reguleren. Alle handelingen voorzien in een dergelijk contract hoeven niet meer te worden onderworpen aan een habitattoets. Dat wordt in de Franse literatuur deels kritisch bejegend. Interessant is de Zweedse opzet waarbij eerst plannen uitsluitend vanuit het natuurbeheer worden opgesteld en pas vervolgens management-plannen kunnen worden gemaakt waarin ook rekening kan worden gehouden met wensen vanuit andere sectoren.*

*h. Diepgang passende beoordeling*

In geen van de betrokken landen geeft de implementatiewetgeving inzicht in de vereiste diepgang van de passende beoordeling. In Vlaanderen zijn ook overigens geen verdere aanwijzingen aangetroffen over de vereiste diepgang van het onderzoek. In Oostenrijk stelt het Verwaltungsgerichtshof hoge eisen aan de zogenaamde Naturverträglichkeitsprüfung. Dit blijkt onder andere uit de uitspraken over de Semmeringtunnel en de golfbaan Wörtschach. In beide zaken oordeelde het Verwaltungsgerichtshof, ondanks het feit dat in het kader van andere besluiten honderden pagina's onderbouwing van de ecologische gevolgen waren voorgelegd, dat niet kon worden volstaan met verwijzing naar deze onderzoeken. Met name in de laatste zaak is dat opmerkelijk, aangezien ook het Hof van Justitie zich daarover heeft gebogen en in dit opzicht geen problemen had geconstateerd. Ook in Duitsland worden blijkens de jurisprudentie van het Bundesverwaltungsgericht hoge eisen gesteld aan de diepgang van de passende beoordeling. Dit wordt ondersteund door de aanbevelingen van de LANA. De vereiste diepgang blijkens de jurisprudentie hangt wel af van de concrete beschermde waarden in een gebied. Met name als het gaat om soorten die een indicatie geven van leefgebiedseisen voor andere soorten of in gevallen waarin de stand van een bepaalde vegetatie belangrijke informatie geeft over het voorkomen van soorten kan worden volstaan met het onderzoek naar deze "sleutelsoorten of -vegetaties". Men zou hier kunnen spreken van een biotoopgerichte aanpak van de onderzoeksverplichtingen. Er wordt geen onderzoek vereist waaruit geen aanvullende informatie kan worden verwacht. Het toespitsen van het onderzoek naar de effecten op soorten die een indicatie geven voor het voor-

komen van andere soorten, kennen wij in Nederland ook in het soortenbeleid.

In Engeland is de diepgang van de passende beoordeling blijkens een circulaire van het Office van de Deputy Prime Minister (ODPM) en het Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA) afhankelijk van de locatie, de omvang en de significantie van het voorgestelde plan of project. English Nature adviseert op een case-by-case-basis. De wijze waarop English Nature kijkt naar de passende beoordeling volgt uit een van de door haar opgestelde Habitats Regulations Guidance Notes (HRGN). In de bijlage bij deze HRGN wordt verwezen naar informatie over de beschermde status van het gebied, de instandhoudingsdoelstellingen, reeds beschikbare informatie, informatie over directe en indirecte effecten, tijdelijke en permanente effecten en de betekenis van deze effecten in relatie tot de aard omvang, ruimtelijke reikwijdte, locatie, duur en impact van de effecten. Tevens moet worden toegelicht op welke wijze deze effecten kunnen worden voorkomen door voorwaarden en beperkingen in bijvoorbeeld overeenkomsten.

In de Natuurbeschermingswet 1998 wordt wat betreft de passende beoordeling een verband gelegd met de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. In de Algemene Handreiking worden concrete aandachtspunten genoemd die bij de passende beoordeling moeten worden betrokken.

**Conclusie:**

*De eisen die aan de passende beoordeling worden gesteld verschillen in de onderzochte landen. Met name uit de Oostenrijkse en Duitse jurisprudentie kan worden afgeleid dat vèrgaande eisen worden gesteld. Waar een vergelijking kan worden getrokken tussen de verschillende landen betreft dit vooral het gegeven dat de concrete situatie in een gebied, de aldaar te beschermen soorten en habitats en de instandhoudingsdoelstellingen alsmede soms de ernst van de eventueel te verwachten schade van belang zijn bij het bepalen van de reikwijdte van het onderzoek.*

*i. Mitigerende maatregelen*

Zie par. 5.7

*j. Inspraak en rechtsbescherming*

In zowel Oostenrijk als Duitsland zijn de mogelijkheden van inspraak en rechtsbescherming voor burgers om een inbreuk op de uitvoering van nationale wetgeving ter implementatie van artikel 6, derde en vierde lid Hrl. aan te vechten zeer beperkt. De wetgeving bepaalt daaromtrent (behalve in één van Oostenrijkse Länder) niets specifiek, maar op grond van de algemene

bepalingen over toegang van burgers tot procedures kunnen alleen eigenaren en andere rechthebbenden beschikken over deze mogelijkheid aangezien zij in hun subjectieve rechten kunnen worden geschaad door beslissingen omtrent plannen en projecten. Het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof is van mening dat inspraak en rechtsbescherming voor burgers niet is vereist. aangezien de Europese natuurbeschermingsrichtlijnen de bescherming van een algemeen belang betreffen en niet de bescherming van belangen van individuele burgers.<sup>4</sup> Het relativiteitsbeginsel speelt bij deze beoordeling derhalve een belangrijke rol. In Duitsland is datzelfde het geval.

Het is interessant te zien dat het feit dat in acht van de negen Oostenrijkse Länder in de wetgeving in het geheel niet in een betrokkenheid van burgers voorzien, naar de mening van de Europese Commissie niet betekent dat daarmee inbreuk wordt gemaakt op het Europees recht. De betrokkenheid van burgers is in artikel 6, derde lid Hrl. is niet dwingend geformuleerd. Verplichte betrokkenheid is er wel indien tevens een m.e.r.-procedure aan de orde is, maar dit volgt uit de m.e.r.-richtlijn en niet uit de Habitatrichtlijn. Het is de vraag of het arrest van Hof van Justitie EG in de Kokkelvisserijzaak zich niet verzet tegen deze beperkte opvatting. In Duitsland zijn de mogelijkheden van inspraak en rechtsbescherming bij bepaalde typen besluiten voor natuurbeschermingsorganisaties de afgelopen jaren aanzienlijk uitgebreid in het Bundesnaturschutzgesetz. De Länder kunnen verdergaande mogelijkheden tot inspraak en rechtsbescherming bieden en hebben van deze mogelijkheid met betrekking tot natuurbeschermingsorganisaties deels ook gebruik gemaakt.

Overigens is er in de landen waarin de toegang tot de rechter tamelijk beperkt is wel veel jurisprudentie over ontvankelijkheidsvragen. Beperkingen in de toegang tot de rechter hebben dus veel discussies in de rechtsbescherming daaromtrent tot gevolg.

In Engeland wordt in ieder concreet geval bepaald of inspraakmogelijkheden worden geboden. Hoewel wij dat niet in het onderzoek hebben kunnen betrekken, is vanuit DEFRA aangegeven dat tegen sectorale besluiten veelal ook rechtsbescherming openstaat. Of deze mogelijkheid in een concreet geval is, is veelal afhankelijk van de vraag of betrokkene 'locus standi' heeft.

---

<sup>4</sup> Anders dan in Nederland is het in Oostenrijk ook niet mogelijk om voor het eerst in de beroepsfase een beroep te doen op de richtlijnverplichtingen indien dit in de bestuurlijke fase niet is gebeurd. Aangezien de betekenis van de richtlijnverplichtingen in Oostenrijk evenals in Nederland voor de praktijk pas de afgelopen jaren zichtbaar is geworden heeft deze beperking belangrijke gevolgen gehad voor de lopende rechtszaken.



Ook in Zweden is de vraag, welke vorm van het publiek inspraak heeft bij beslissingen over artikel 6 lid 3 en 4 Hrl. afhankelijk van de procedurele bepalingen van de wetgeving op grond waarvan de beslissing wordt genomen (bijv. ruimtelijke ordeningswet, wegenwetgeving of de Environmental Code zelf). Doorgaans is inspraak beperkt tot belanghebbenden (“affected public”) en tot milieuorganisaties. Bij milieuorganisaties wordt doorgaans geëist dat zij een bepaalde omvang hebben. Ook beroep is doorgaans beperkt tot belanghebbenden en tot milieuorganisaties. Daarnaast kan SEPA in beroep gaan.

In Vlaanderen hebben natuur- en milieuorganisaties toegang tot de Raad van State om besluiten aan te vechten. In de procedures rond het Deurganckdok is deze betrokkenheid opzij gezet door het Nooddecreet Deurganckdok waarin de besluitvormende bevoegdheid werd toegekend aan de Vlaamse regering met instemming van het Vlaamse parlement. Deze instemming kon uitsluitend worden aangevochten bij het Arbitragehof, dat echter uitsluitend toetst op verenigbaarheid met de Grondwet en de besluiten niet inhoudelijk toetst. De rechtsbeschermingsmogelijkheden werden daarmee voor de besluiten terzake van dit project volledig uitgehold.

In Nederland is in de Natuurbeschermingswet 1998 gekozen voor voorbereiding van vergunningen met afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht op grond waarvan belanghebbenden in de ontwerp-fase een zienswijze kunnen indienen. Dit kunnen gelet op artikel 1:3 Awb ook natuur- en milieuorganisaties zijn. Dat verschilt overigens opmerkelijk, en ons inziens niet terecht, van de keuze die is gemaakt voor de voorbereiding van vergunningen op grond van de Wet milieubeheer en vele andere milieuwetten, waar een ieder zienswijzen kan indienen. Ook toegang tot de beroepsfase staat op grond van artikel 39 Nbw 1998 open voor belanghebbenden. In Nederland kennen wij geen relativiteitstoets. Zodra een belanghebbende toegang heeft tot de procedure, kan hij of zij alle argumenten tegen een besluit aanvoeren ongeacht of hij of zij bij deze argumenten een specifiek belang heeft. In Duitsland en Oostenrijk wordt het relativiteitsvereiste wel toegepast, zij het dat in Duitsland het eigendomsrecht wordt erkend als reden om tegen alle eventuele onrechtmatigheden op te komen van besluiten die het eigendom kunnen aantasten.

**Conclusie:**

*Indien de inspraak en rechtsbeschermingsmogelijkheden in de onderzochte landen worden vergeleken met Nederland blijkt dat de mogelijkheden tot deelname aan procedures in Nederland aanmerkelijk ruimer zijn voor zowel belanghebbende burgers als natuur- en milieubeschermingsorganisaties. Het is de vraag of enkele beperkingen die in andere lidstaten gelden na het Kokkelvisserij-arrest nog geheel overeind kunnen blijven.*

*k. Alternatievenonderzoek*

Met name in Duitsland, Engeland en Nederland speelt het alternatievenonderzoek een rol van betekenis en hebben veel discussies betrekking op de vraag wat wel en wat niet een alternatief voor een project of plan is. In Oostenrijk, Frankrijk en Vlaanderen is daarover op dit moment weinig bekend. Wel moet met betrekking tot Oostenrijk worden opgemerkt dat in de rechterlijke praktijk beperkingen van de te onderzoeken alternatieven worden afgeleid uit de federale structuur. Een deelstaat-overheid (natuurbescherming) mag een besluit van de federale overheid (bijvoorbeeld verkeersministerie) niet meer ter discussie stellen. Dat staat ons inziens op gespannen voet met de Habitatrictlijn. Steun voor deze kritiek kan recent worden gevonden in de conclusie van de advocaat-generaal in de procedure tegen Oostenrijk (zie hiervoor). In Zweden is nog niet veel gediscussieerd over de vraag welke alternatieven in beschouwing moeten worden genomen, maar speelt thans in een belangrijke procedure voor de hoogste administratieve recht een belangrijke rol de vraag of een spoorweg via een andere route, met langere reistijd, een in beschouwing te nemen (en dus te verkiezen) alternatief is. In Duitsland en Nederland speelt bij het alternatievenonderzoek de doelstelling van het plan/project een belangrijke rol en lijkt veelal vrij gemakkelijk te worden meegegaan in de stelling dat geen alternatieven voorhanden zijn. Soms toetst de rechter dit echter kritisch (zoals in de WCT-zaak) hetgeen kan leiden tot het doorprikken van de geformuleerde doelstellingen en een onderzoek naar de feitelijke achterliggende doelstelling. De Algemene Handreiking gaat thans uitvoerig in op het alternatievenonderzoek. Er wordt zowel ingegaan op de aard van de alternatieven als op de aandachtspunten bij het alternatievenonderzoek. In Duitsland interpreteert het Bundesverwaltungsgericht de reikwijdte van het alternatievenonderzoek aldus dat ook alternatieven waarmee de doelstelling minder goed kan worden bereikt onder omstandigheden in de afweging moeten worden betrokken. Een voorbeeld vormt een aanpassing van een wegtracé in plaats van de aanleg van een nieuw tracé. Het Bundesverwaltungsgericht bekijkt daarbij opvallend genoeg kennelijk vooral alternatieven die alle doelstellingen van een project of plan kunnen verwezenlijken zonder daarbij aandacht te besteden aan de rechtvaardigingsgronden voor de uitvoering van het plan of project, zoals dwingende redenen van groot openbaar belang. Een alternatief mag ook dan worden uitgesloten als het niet voldoet aan een doelstelling die niet als een dwingend vereiste van groot openbaar belang zou kunnen worden gekwalificeerd. Het is de vraag of dat te verenigen is met artikel 6 lid 4 Hrl. Wij denken van niet. In de Nederlandse literatuur is er al langere tijd voor gepleit het alternatievenonderzoek te relateren aan de rechtvaardigingsgronden uit de richtlijn. In de Duitse uitwerking van het alternatievenonderzoek zijn de kosten van alternatieven

in beginsel niet relevant, tenzij deze buitenproportioneel hoger zijn. De Nederlandse literatuur gaat ook van dat uitgangspunt uit. De Duitse systematiek gaat er van uit dat bij de vraag of een alternatief door de hogere kosten of het in mindere mate kunnen realiseren van het doel van het project kan worden uitgesloten de ernst van de inbreuk op het gebied mede in aanmerking mag worden genomen.

In Engeland biedt de jurisprudentie geen aanknopingspunten voor de reikwijdte van het alternatieven onderzoek, maar een circulaire van ODPM/DEFRA geeft aan dat het daarbij zowel kan gaan om een alternatieve locatie als een alternatieve wijze van uitvoering. Ook in Nederland wordt daar in literatuur en jurisprudentie vanuit gegaan.

**Conclusie:**

*Voor enkele onderzochte landen (Vlaanderen, Frankrijk, Zweden en deels Oostenrijk) bestaat op grond van de jurisprudentie en toelichtingen op de wetgeving geen goed beeld van de inhoud en reikwijdte van het alternatievenonderzoek.*

*In Duitsland wordt het alternatievenonderzoek wel zeer serieus genomen. Net als in Nederland is ook in Duitsland het beeld echter wisselend. In meerdere landen (Duitsland, Oostenrijk) menen wij (deels ondersteund door de Advocaat Generaal van het Hof van Justitie) bepaalde beperkingen van het alternatieven onderzoek te ontdekken die op gespannen voet staan met de richtlijn.*

*l. Dwingende redenen van groot openbaar belang*

In Oostenrijk is over de invulling van het begrip dwingende redenen van groot openbaar belang in de uitvoeringspraktijk en de rechtspraak nog geen informatie beschikbaar, aangezien dit in de praktijk nog niet aan de orde is geweest. De Duitse jurisprudentie geeft enkele vermeldenswaardige inzichten. In de eerste plaats wordt bij de toetsing van ingrepen in kwalificerende niet aangewezen vogelbeschermingsgebieden verwezen naar het strenge regime van artikel 4, vierde lid Vogelrichtlijn. De uitleg van het criterium ‘dwingende redenen van groot openbaar belang’ is in Duitsland voor het overige tweemaal aan de orde geweest bij besluit over de aanleg van wegen. In het eerste geval wordt het terugbrengen van het aantal verkeersslachtoffers beschouwd als een voldoende dwingende reden. Opmerkelijker is de tweede zaak waarin wordt verwezen naar de functie van de aan te leggen weg als verbinding tussen oude en nieuwe (voormalig Oost-Duitsland) deelstaten en de betekenis voor het verwezenlijken van vergelijkbare levensomstandigheden in deze deelstaten. Aangezien het laatstgenoemde argument voor vele plannen en projecten zou kunnen worden aangevoerd, is dit in de literatuur bekritiseerd. Vooralsnog is echter niet duidelijk hoe dat in de prak-

tijk zal uitwerken. Tenslotte wordt erop gewezen dat ingeval van aanwezigheid van prioritair habitats of soorten niet alleen conform de richtlijn advies van de Commissie wordt vereist, maar door het Bundesverwaltungsgericht ook strenger wordt getoetst op de aanwezigheid van dwingende redenen van groot openbaar belang. Het algemene belang van de volksgezondheid wordt in dat geval onvoldoende dwingend beoordeeld. Aangetoond moet worden dat het plan of project verkeersdeelnemers heel specifiek voor gevaren behoedt en dat moet verder gaan dan de algemene gevaren die aan verkeersdeelnemers verbonden zijn. Op deze strenge beoordeling wordt ook in de besluiten en de aanbevelingen van de Länder gewezen. De eisen die worden gesteld aan de onderbouwing van de dwingende redenen van groot openbaar belang worden gerelateerd aan de ernst van de inbreuk op de beschermde waarden in een gebied.

In Engeland is op de website van DEFRA een uiteenzetting gegeven van dwingende redenen van groot openbaar belang die in overweging moeten worden genomen. Gewezen wordt op de noodzaak om een ernstig risico voor de volksgezondheid of de openbare veiligheid te redresseren, het belang van nationale veiligheid en verdediging, een duidelijk en aantoonbaar winst voor het milieu op nationaal of internationaal niveau, een belangrijke bijdrage aan strategische economische ontwikkeling of herstel danwel een situatie waarin het niet uitvoeren van een plan of project onaanvaardbare economische en/of sociale gevolgen teweeg zou brengen. Dit wordt aldus geconcretiseerd dat individuele plannen en projecten waarmee nationale belangen zijn gemoeid in zijn algemeenheid aan deze criteria zullen voldoen. Datzelfde geldt veelal voor belangrijke regionale projecten. Lokale projecten worden niet op voorhand uitgesloten, maar het is minder waarschijnlijk dat het belang dat met deze projecten is gemoeid van grotere betekenis zal zijn dan de belangen van bescherming van de te beschermen gebieden. In deze afweging speelt de betekenis van een gebied binnen het netwerk Natura 2000 een rol in de belangenafweging.

In Vlaanderen is het criterium slechts eenmaal aan de orde geweest in de procedure met betrekking tot het Deurganckdok. In het Nooddecreet was de uitvoering van het project bij voorbaat aangemerkt als dwingende reden van groot openbaar belang. De verenigbaarheid van dit decreet met de Hrl. onttrok zich aan (inhoudelijke) rechterlijke toetsing. Het is duidelijk dat de rechter de toepassing van het criterium inhoudelijk zou moeten kunnen toetsen, anders zou via wetgeving de correcte toepassing daarvan eenvoudig kunnen worden omzeild.

In Frankrijk wordt bekritiseerd dat de Franse wetgeving niet spreekt over een dwingend vereiste van groot openbaar belang, maar over een “major” vereiste van groot openbaar belang. Daarin wordt een degradatie van

de richtlijnbevestigingen gezien. In de praktijk lijkt het bestuur en lijken ook een deel van de rechters met het benoemen van (dwingende) vereisten van groot openbaar belang zeer makkelijk tevreden te stellen. Zo is schade aan een belangrijk wetland voor lief genomen om wijngaarden aan te leggen. Dat vond de hoogste Franse rechter goed.

In Nederland is de vraag naar de aanwezigheid van dwingende redenen van groot openbaar belang herhaaldelijk in rechterlijke procedures aan de orde geweest. Als zodanig zijn bijvoorbeeld (in de betreffende concrete situatie) aangemerkt: woningbouw, havenuitbreiding en aanleg van wegen. Terwijl in het begin (IJburg I) een dwingend vereiste van groot openbaar belang wellicht vrij makkelijk werd geaccepteerd, lijkt de rechter later strenger te worden (in het bijzonder WCT). Thans wordt daarop in de Algemene Handreiking een toelichting gegeven.

**Conclusie:**

*Voorzover nadere informatie over de toepassing van de rechtsvaardigingsredenen uit artikel 6 lid 4 Hrl. in de praktijk aanwezig is (Duitsland, Engeland, Frankrijk, Nederland) ontstaat een divers beeld. In Nederland zijn voorbeelden van minder strenge (IJburg I) en strenge (WCT) toetsing te vinden. Hetzelfde geldt voor Duitsland. In Frankrijk lijkt tenminste deels sprake te zijn van een degradatie van het begrip die niet in overeenstemming is met de richtlijn.*

*m. Compensatie*

Met betrekking tot de beoordeling van compenserende maatregelen zijn in de betrokken landen weinig rechterlijke uitspraken te vermelden. Ook de literatuur over dit onderwerp is schaars. Wel wordt in alle landen benadrukt dat compensatie functioneel moet zijn. De door de ingreep verloren gegane of aangetaste natuurlijke functies van het beschermde gebied moeten worden hersteld zodat de samenhang van Natura 2000 niet wordt aangetast. Financiële compensatie wordt in geen van de landen toereikend geacht.

Interessant te vermelden is de discussie in de Duitse literatuur over het moment waarop de compenserende maatregelen dienen te worden genomen. Tussen twee uiterste standpunten waarin strikte eisen worden gesteld (compensatie afgerond voorafgaand aan de ingreep) of juist zeer soepel met de compensatieverplichting wordt omgegaan is interessant te verwijzen naar een meer in het midden liggende opvatting die erop neerkomt dat op zichzelf niet alle compenserende maatregelen gerealiseerd en werkzaam behoeven te zijn, maar dat verzekerd moet zijn dat het natuurlijk systeem in onderlinge samenhang blijft functioneren. Dit lijkt ons een praktisch interpretatie van hetgeen de Europese wetgever heeft bedoeld. Zowel in de Nederlandse als

de Engelse rechtspraak is de discussie aan de orde geweest in hoeverre de compenserende maatregelen juridisch verzekerd moeten zijn. In de Engelse Humber-zaak waren de compenserende maatregelen neergelegd in een overeenkomst die de toets der kritiek kon doorstaan. Een bijzonderheid in die procedure was dat sprake was van een overeenkomst voordat de plicht tot compensatie was ontstaan. De rechter was van oordeel dat de uitvoering van de compensatieverplichtingen bovendien niet ongedaan werden gemaakt dan wel belemmerd. Bovendien werd overwogen dat partijen met verschillende belangen bij de overeenkomst betrokken waren (o.a. natuurbeschermingsorganisaties) en de uitvoering van die overeenkomst ook kon worden afgedwongen door degenen die het belang van de natuur behartigen, indien de belanghebbende bij het besluit de overeengekomen compensatiemaatregelen niet zou realiseren.

In Nederland kan worden verwezen naar de WCT-uitspraak waar de compenserende maatregelen waren neergelegd in het streekplan, zonder dat deze waren aangeduid als concrete beleidsbeslissing. De Afdeling bestuursrechtspraak achtte dat ook niet noodzakelijk, hoewel in bijvoorbeeld de uitspraak van de Tweede Maasvlakte planologische verankering wel van belang wordt geacht. In Vlaanderen is in de Deurganckdok-zaak vooral bevestigd dat compensatie niet mag plaatsvinden door aanwijzing van gebieden die op zichzelf al als speciale beschermingszone hadden moeten worden aangewezen. In Nederland is inmiddels in de Algemene Handreiking een aantal uitgangspunten voor het treffen van compenserende maatregelen opgenomen. De Natuurbeschermingswet 1998 bepaalt nadrukkelijk dat de initiatiefnemer voorstellen doet met betrekking tot de te nemen compenserende maatregelen.

**Conclusie:**

*Nu dit vereiste het laatste element van de op grond van artikel 6 lid 3 en lid 4 Hrl. te verrichten toets vormt, verbaasd niet dat over de toepassing daarvan in de praktijk nog niet heel veel bekend is. Overeenstemming bestaat over het feit dat financiële compensatie niet voldoende is, maar de aangetaste functies van het beschermde gebied binnen Natura 2000 ook feitelijk weer moeten worden hersteld. Overeenstemming bestaat ook daarover dat deze functionele invulling van de compensatie-eis consequenties heeft voor het tijdstip waarop de compensatie gereed moet zijn. In detail zijn er verschillende opvattingen over de vraag wat dit laatste betekent.*

*n. Wie is verantwoordelijk voor het kunnen uitvoeren van de toets? Wie moet de noodzakelijke gegevens leveren? Wat zijn de consequenties indien onvoldoende gegevens beschikbaar zijn?*

De jurisprudentie in de lidstaten is op dit punt schaars. In Oostenrijk is de meergenoemde procedure inzake de Semmeringtunnel relevant. Daaruit lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat het bevoegd gezag (Naturschutzbehörde) moet aantonen dat significante effecten optreden. In Duitsland ligt de verantwoordelijkheid voor goed gefundeerd kunnen uitvoeren van de toets bij de initiatiefnemer en het bevoegd gezag. Tegenstanders van projecten kunnen niet volstaan met de stelling dat de beoordeling ontoereikend is, maar zullen hun standpunt eveneens moeten onderbouwen met bewijsstukken. In Engeland is in één van HRGN's aangegeven dat de bevoegde autoriteit gehouden is de passende beoordeling uit te voeren. Met het oog daarop mogen van een initiatiefnemer alle benodigde gegevens worden gevraagd.

*6.6 Staat artikel 6 Hrl. vaak, al dan niet tijdelijk, in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurele werken en andere projecten?*

Het beeld in de lidstaten is wisselend. Ten aanzien van een aantal landen kan worden geconstateerd dat, evenals in Nederland, grote projecten zijn vertraagd of uiteindelijk geen doorgang hebben gevonden. Wat betreft de situatie in Oostenrijk verdient vermelding dat bij grote projecten de habitattoets plaatsvindt in het kader van de milieu-effectrapportage. Uit de Oostenrijkse rechtspraak kan worden afgeleid dat infrastructurele en andere werken regelmatig aanzienlijke vertraging oplopen. Het gaat daarbij om projecten zoals de aanleg van wegen, spoorwegen, maar ook kleinere projecten zoals de aanleg van golfbanen. Ten aanzien van de realisering van infrastructurele projecten wordt vaak door burgers gebruik gemaakt van rechtsbeschermingsmogelijkheden, maar ook bij andere projecten worden inspraak- en rechtsbeschermingsmogelijkheden uitvoerig benut. Het gaat vaak om langlopende procedures (soms meer dan tien jaar). Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het belang van natuurbeschermingsargumenten is toegenomen. Er zijn ook gevallen waarin voornemens om activiteiten te verrichten in vogel- en habitatrictlijngebieden uiteindelijk worden afgeblazen. Het lijkt er desondanks op dat door het Verwaltungsgerichtshof wordt getracht belemmeringen die uit de richtlijnverplichtingen voortvloeien te omzeilen. De rechtspraak laat zien dat beoordeelde projecten uiteindelijk veelal doorgang kunnen vinden.

Ook Duitsland zijn enkele projecten aanzienlijk vertraagd in verband met gebreken in de toetsing aan de verlichtingen die voortvloeien uit artikel 6 Hrl. Er zijn echter ook vele uitspraken waarin beroepen zijn afgewezen.

In Frankrijk zijn een aantal projecten gestopt of vertraagd wegens strijd met art. 6 Hrl., maar zijn ook vele projecten in het verleden toegestaan ondanks dat zij, althans volgens de respondent, niet voldeden aan de eisen van de richtlijn. Het te laat melden van aan te wijzen gebieden lijkt nadrukkelijk invloed hierop te hebben gehad. De Franse Raad van State was immers van opvatting dat zonder een nationale aanwijzing niet (rechtstreeks) aan art. 6 Hrl. mag worden getoetst.

6.7 *Om wat voor typen activiteiten gaat het dan?*

Zie onder 6.6

6.8 *Wat zijn, indien van toepassing, meestal de argumenten op grond waarvan een plan of project geen doorgang kan vinden?*

In de Oostenrijkse rechtspraak komen verschillende elementen van artikel 6 Hrl. aan de orde. In Duitsland valt op dat nog steeds gebieden ten onrechte niet zijn aangewezen als vogelrichtlijngebied. In die gevallen moet de strenge toets van artikel 4, lid 4 Hrl. worden toegepast en dit heeft tot gevolg gehad dat een aantal projecten geen doorgang konden vinden. Het gaat hier onder andere om de aanleg van wegen door niet aangewezen vogelrichtlijngebieden.

## 7. ENKELE CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Het is niet de bedoeling al het voorgaande nog een keer samenvattend te herhalen. Toch willen wij op enkele aspecten wijzen die ons zijn opgevallen.

Hoewel art. 6 in de meeste landen inmiddels redelijk goed is omgezet, heeft dat in bijna alle landen vrij lang geduurd en tot de nodige fricties geleid, inclusief procedures bij het Hof van Justitie. Opvallend is daarbij dat deze omissies in Nederland tot veel problemen in de praktijk hebben geleid doordat de rechtstreekse toepassing van art. 6 Hrl. door de rechter is afgedwongen. In Frankrijk daartegen lijken projecten die aan art. 6 Hrl. hadden moeten worden getoetst, lange tijd te hebben geprofiteerd van een niet tijdige omzetting doordat de hoogste rechter een toetsing aan de vereisten van de Habitatrichtlijn heeft afgewezen. In een aantal lidstaten bestaan ook thans in detail nog tekortkomingen bij de omzetting van art. 6 Hrl.



Net als bij andere dossiers (luchtkwaliteit)<sup>5</sup> is de rechter een uiterst belangrijke factor voor de vraag welke rol art. 6 Hrl. in de praktijk speelt. Er zijn binnen de EU grote verschillen in de wijze waarop de rechterlijke macht deze rol uitvult. Deels is dat een vraag van verschillen in rechtscultuur, maar deels lijkt dat ook nadrukkelijk te maken te hebben met beperkingen in de toegang tot de rechter en het op verschillende wijze functioneren van de rechtspraak. Er lijkt een relatie te zijn tussen de rol die de rechter (niet) speelt en de betekenis van art. 6 Hrl. in de praktijk. Als de rechter feitelijk, om welke redenen dan ook, geen corrigerende rol vervuld, lijkt ook de toepassing van art. 6 Hrl. in de praktijk duidelijk minder aandacht te krijgen. Daarmee kunnen zich in enkele landen regelmatig situaties voordoen waar in strijd met het Europees recht wordt gehandeld, onafhankelijk van de vraag of art. 6 Hrl. goed is omgezet in het nationale recht.

In vele landen (maar niet in alle) heeft art. 6 Hrl. tot veel ophef en hevige discussies geleid. Ook heeft art. 6 Hrl. in vele landen een aanzienlijke toename van administratieve lasten veroorzaakt. Daar staat tegenover dat de natuurbeschermingsbelangen door de (verplichte) toepassing van art. 6 Hrl. een duidelijk nadrukkelijker plaats in de besluitvorming hebben gekregen en niet zo makkelijk terzijde worden geschoven. Grote administratieve lasten lijken vooral te ontstaan als art. 6 Hrl. onjuist is omgezet of onvoldoende wordt toegepast en dat tot discussies bij de rechter leidt. Ook een correcte toepassing van de passende beoordeling veroorzaakt op zich administratieve lasten. Deze lijken echter aanzienlijk te kunnen worden beperkt worden door begeleiding die de overheid bij de toepassing van art. 6 Hrl. aanbiedt. In sommige landen probeert men de administratieve lasten veroorzaakt door de noodzaak van een passende beoordeling te beheersen door de intensiteit daarvan te relateren aan de ernst van de schade die zou kunnen ontstaan.

Van groot belang voor de vraag of art. 6 Hrl. goed wordt toegepast, dat willen zeggen in overeenstemming met het Europees recht **en** met weinig administratieve lasten voor de burger, zijn voldoende faciliterende maatregelen door de overheid. Daarbij gaat niet het alleen om toelichtingen en schriftelijke handleidingen voor de toepassing van art. 6 Hrl., maar kan het ook gaan om “services” waarbij burgers bij de vraag of een passende beoordeling nodig is en bij het maken van een dergelijke passende beoordeling worden bijgestaan. Een bijzonder grote behoefte aan “bijstand” lijkt nodig in landen

---

<sup>5</sup> Zie Ch.W. Backes, Van Nieuwerburgh, T., *Transformatie van richtlijn 1999/30/EG in het recht van enkele EG-landen en –regio’s en toepassing van de grenswaarden voor NO<sub>x</sub> en PM10 in de praktijk*, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS 2004.

#### VERGELIJKING VAN DE LANDENRAPPORTEN

waarin sprake is van een integraal stelsel. Een vakkundige centraal georganiseerde instantie die kennis omtrent de ecologische, maar ook de juridisch-beleidsmatige vragen rond art. 6 Hrl. kan opbouwen (zoals bijv. English Nature), lijkt de kwaliteit van de toepassing van art. 6 Hrl. nadrukkelijk ten goede te komen.

# A Comparison of the country reports

## 1. INTRODUCTION

This comparative part of the study has been structured by the questions which have been asked by the constituent. Paragraph 3 contains an overview of these research questions. After a justification of the research methods these questions will be answered in the paragraphs 5 and 6.

## 2. AIM OF THE STUDY

The introductory section examined the background of the problem to be studied. With this as a background, the aim of the study can be described as follows:

**Aim:** The aim of the study is to acquire insight into the application and interpretation of Article 6 of Directive 92/43/EC by the courts in a number of EC member states in order to be able to judge whether there are significant differences from the Dutch situation in this context.

## 3. RESEARCH QUESTIONS

To obtain a good picture of the way in which the countries in the study approach Article 6 Hdir. not only is there a comparison of the applicable statutory regulations, but there is also an investigation of the way in which these regulations are interpreted in case law and applied in practice. In doing so, the following questions were answered:

### *Questions concerning the transposing of Article 6 Habitats Directive*

- h) How have paragraphs 2 to 4 of Article 6 Hdir. been transposed into law or rules in the countries included in the study? Are there already striking differences in transposition on the basis of the legislative text?
- i) What kind of regulations is involved? (generally binding provisions, policy rules and official circulars?)
- j) Do the regulations into which the Directive's obligations have been transposed relate solely to nature conservation or do they concern integrated environmental legislation?

#### COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

- k) Has the protection of species and of habitats been transposed in the same legislation?
- l) Who is responsible for applying this legislation?
- m) Is a distinction made in the applicable legislation between existing use and new activities? If so, in which way?
- n) Is the possibility of mitigation embedded in law and if so is mitigation defined?

#### ***Questions concerning the interpretation of the Article 6 of the Habitats Directive by the courts***

- f) Has Article 6 Hdir. been transposed correctly in the law of the member country in the opinion of judges and experts in the country in question?
- g) If so, which role does Article 6 Hdir. still have to play in administrative and judicial decisions?
- h) If not, do the courts examine directly for compatibility with Article 6 Hdir. or with some parts of this provision?
- i) Are future projects and plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. and what does this test involve?
- j) How do the courts interpret the requirements of Article 6(3) and (4) Hdir. and the applicable legal norms of the member states, in particular with regard to subjects which are currently causing problems in the Netherlands? The following issues are addressed:
  - o the meaning of 'plan or project'
  - o the question whether a suitable assessment is also carried out for strategic plans with a higher level of abstraction (regional plans, key planning decisions etc) or policy frameworks
  - o the question whether a distinction is made between a 'preliminary test' (whether an appropriate assessment is required) and the appropriate assessment itself and if this is the case whether it is grounded in law.
  - o does the applicable legislation make a distinction between existing use and new activities?
  - o the criterion of possibly significant damage in Article 6(3) Hdir.
  - o the principle of precaution
  - o dealing with possible cumulation

#### COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

- the role of management plans in assessing compatibility with Article 6(3) Hdir. and also in assessing compatibility with Article 6(4) Hdir.
- the requirements regarding content and depth of an appropriate assessment
- the meaning of mitigation when testing against Article 6(3) Hdir.
- the possibilities of public participation in the application of Article 6(3) Hdir.
- the alternatives to be considered
- the criterion of imperative reasons of overriding public interest
- other possible reasons for permission in accordance with Article 6(4) (public safety etc.)
- requirements for compensation
- who is responsible for carrying out the assessment and who must provide the necessary data? What will be decided if this data is not complete?

#### *Questions concerning the consequences of Article 6 of the Habitats Directive in practice*

- d) Does Article 6 Hdir. stand in the way, whether temporarily or not, of the planning and realisation of infrastructural works and other projects?
- e) If so, what type of activities is involved?
- f) What are usually the prime arguments, where applicable, that determine whether a plan or project can be carried out?

#### **4. METHODS AND SOURCES**

This comparative law section of the study is based on the country reports from England, Flanders, Austria, Germany, France and the Netherlands. The relevant legislation, case law and literature were studied in all the countries concerned. In the case of the latter, as far this was available for the researchers. Moreover telephone conversations and discussions were held and emails exchanged with experts in all the countries. We were not able to rely in the end on the support of civil servants in all the countries involved. Where this was not possible, the information was discussed with specialist researchers and the country reports were verified by them. An exception applied to Sweden. As far as Sweden is concerned we had to use methods of research different from those used for the other countries. After all, we are not able to

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

read and understand first hand-sources like Swedish legislation, jurisprudence and legal literature. Swedish legislation is partly available in English, namely the Environmental Code (Miljobalken). Other than that no primary Swedish sources could be studied. For this reason the research was especially done in the form of interviews with three civil servants of several Swedish agencies which are competent and expert on this point. Moreover secondary Dutch and English literature were consulted. On the basis of these sources a concept country report was written that has been verified by the Swedish contributors.

It is particularly noticeable that the availability of case law varied widely in the countries in the study. In Germany and Austria proportionally many more judgments on Article 6 Hdir have been given by courts of law. In these countries, and to a lesser extent in England and France, case law is available, in which a review of the national stipulations for transposing has taken place. In Flanders there are very few judicial decisions of this nature. This leads to the first conclusion:

**Conclusion:**

*Judicial decisions play a very diverse role in the application and interpretation of Article 6 Hdir.*

We had already half expected this result but it was still surprising. This question rises why there is this conspicuously large difference. Although this was not part of the remit, we have tried to find an answer to this question – by confronting the experts in the countries in question with this finding, for example.

In so far this provides any kind of explanation,<sup>6</sup> the reasons for the absence of case law in the various countries are diverse.

In the case of England, the administrative culture seems to provide an explanation. There is less haste in presenting differences of opinion on the application of legal frameworks to the courts, and solutions are first sought in consultations. There seems to be a different reason in Flanders: the individuals concerned seem to have limited access to the courts. Environmental or nature conservation associations are often excluded as well. In addition, it

---

<sup>6</sup> It must be emphasised here that the following statements are not based on scientific study, but only on a few discussions with people involved outside the Netherlands. Further, scientifically based research into the role of court decisions in the field of environmental law would have to show whether there is a foundation for the assumptions reproduced here.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

seems that neither government organisations responsible for nature conservation nor the nature conservation associations set great store in the effectiveness of an appeal to the courts in realising their aims. Additionally, the average length of time before a judgment can be obtained from a court like the Council of State is much longer than in the Netherlands, for example. Moreover, in the countries where the body of available case law is relatively large, access to the courts can still be limited due to the application of the '*Schutznormtheorie*'. It should be noted, however, that in recent years the possibilities of legal protection have been extended in both Germany and in Austria.

By far the greatest body of literature on Article 6 Hdir. can be found in Germany but several books have been written on Natura 2000 in Austria, too. It is noticeable that much attention is given to this theme in both countries but any questions are only discussed several years after consideration of these has taken place in literature in the Netherlands. It seems to be the case that interest in the scientific journals is less in those countries where there is also less case law available. We are not sure whether there is a causal connection here or not. Nonetheless, this does not detract from the fact that in both England and Flanders scientific discussion of the effects of Article 6 Hdir. has been limited.

In all the countries in the study, the administrative authorities responsible for the application of Article 6 Hdir. have variously issued guides, circular letters or other kind of information on the Birds and Habitats Directive and in particular on the interpretation and application of Article 6 Hdir. Whereas in Flanders this is just the one document - 'service instructions' - all the German federal states have at least one, and often more, guides and there are 'recommendations' at central federal level. In France there are several official '*Circulaires*' which give further explanation of Article 6 Hdir. and the French provisions for transposing. The Swedish Environmental Protection Agency has published a handbook that is an important tool for the application of the protection provisions in practice. In Austria there are great differences between the federal states on this aspect. England has the greatest number and the most expensive explanatory documents concerning various kinds of questions and applications. A possible reason for this is that England has transposed Article 6 Hdir. by means of an 'integrated system'. Thus there is no separate system of permits for nature. The 'Habitats test' has to be included in various permits and permissions from the competent authorities. This is probably what makes the need for extra information and guides particularly great. In comparison with this, it is noticeable that a comprehensive guide was only issued for the administrative authority with final respon-

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

sibility for implementation of Article 6 Hdir. in the Netherlands – the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV) – at the time that a transition was made from what was actually an integrated system – i.e. based on the direct effect of Article 6 Hdir. - to a system with a separate permit. It is only since the revised Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*] came into force that the Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV) has made detailed guides available for the application of the provisions to transpose Article 6 Hdir. Before that time, several other explanatory guides to Article 6 Hdir. were available, alongside scientific literature, for example at the Ministry of Transport, Public Works and Water Management. This has led to the second conclusion:

**Conclusion:**

*In the countries studied, the authorities responsible for transposing and implementing Article 6 Hdir. published guides or explanatory memorandums on the interpretation of Article 6 Hdir. earlier than the Netherlands.*

### 5. QUESTIONS CONCERNING THE TRANSPOSING OF ARTICLE 6 HABITATS DIRECTIVE

5.1 *How have paragraphs 2 to 4 of Article 6 Habitats Directive been transposed into the legislation or the regulations of the countries in the study? Are there already striking differences in transposition on the basis of the wording of the acts?*

The first remark is that the way in which Article 6 Hdir. has been transposed is linked to the constitutional structure of the countries studied. Austria, Germany and Belgium have a federal structure. The study focused specifically on the Flemish Region where Belgium was concerned. Although Great Britain is not a federal state in the strict sense, it does have federal characteristics since several regions - Wales, Northern Ireland and Scotland) have their own parliament and administration and can pass their own legislation. This does not apply to England, which was one of the subjects of the study. The Netherlands, Sweden and France are unitary states. Naturally this has an effect on the structure of legislation and the division of competences. This is outlined in this chapter on the countries in the study. Later in the study, specific aspects are examined in more detail.



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

### *Countries with a federal constitutional structure*

In **Austria**, nature conservation falls under the authority of the individual federal states. Article 6 Hdir. was not implemented at the same time in all federal states and it was not possible to examine all federal states within the framework of this study. The federal states have passed implementation legislation, which is regularly revised, since implementation has repeatedly proved to be insufficient. It is important that all the Austrian federal states which were studied have introduced a new area category in the implementation of directive obligations - *Europaschutzgebiet* or *Natura 2000-gebiet* [European Protection Area or Natura 2000 Area]. In the two federal states which were studied in greater detail, there was no harmonisation between the areas designated in accordance with the directives and other designated nature conservation areas. Unlike the Netherlands (see Article 15a Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*]) the protection regimes are cumulative in their application. In the implementation legislation of the federal states, close alignment is sought with the wording of Article 6 Hdir. In the legislation of Niederösterreich [Lower Austria] it is noticeable that, should the wording of the act be followed, no legal consequences occur if it can be determined that there is still doubt as to significant effects after an appropriate assessment. The legislation determines that the assessment framework resulting from Article 6(4) Hdir. must be applied if significant effects occur. That this also applies if there is doubt as to whether these effects will occur does not follow from the wording of the act. In our view, this legislation is not in conformity with the Directive with regard to this aspect, since Article 6(3) Hdir. provides that permission may only be given if significant effects can be ruled out. The competent authorities do, however, provide an interpretation that is in keeping with the text of the Directive. Another remarkable element in the legislation of Niederösterreich is that in the case of not yet designated Birds Directive Areas or registered Habitats Directive Areas, or Habitats Directive Areas which are listed on the Community list but are not yet designated, the protection regime must be applied if the *Umwelt-anwalt* [Environmental attorney] so requests.

In **Germany** the division of competences is arranged differently within the federal structure. A framework competence [*Rahmenkompetenz*] in the field of nature conservation for the federal government can be derived from the German constitution. The competence exists, if framework legislation is required to bring about equal living conditions in German territories or this legislation is necessary with regard to uniformity of law or economic uniformity. The individual federal states must also be given some latitude. In German legislation, a distinction may be made between federal legislation with no immediate impact in the individual federal states and which requires

further specification, and provisions which do have an immediate impact. The statutory provisions for the implementation of Article 6 Hdir. belong largely to the first category but there are also some provisions which do have an immediate effect. The latter concern federal decisions on plans for railway lines or national motorways, for example, but such decisions occur only rarely. During the revision of federal legislation, the Federal Nature Conservation Act [*Bundesnaturschutzgesetz*] in 2002, the aim was to give the federal government a greater role as the setter of frameworks. The federal states were given a time limit for the transposing of federal legislation. This time limit expired on 8 May 2003 but only a minority of the federal states have fulfilled this obligation. As has already been said, the federal states have implementation legislation but this does not comply with the federal requirements in all cases. The discussion in German literature focuses on federal legislation. We have not encountered judgments in which specific aspects of the federal states play a role. This can be explained by the fact that the legislation in the federal states is of very recent date. We have therefore concentrated on central federal legislation, partly because the legislation at federal state level concerns sixteen federal states. In addition, the system in Germany can be characterised as an integrated one. The assessment of nature conservation aspects is formed in sectoral decisions in the federal states and, as a consequence, decision-making takes place at several levels. Where appropriate, this report will examine the legislation in the individual federal states.

In **Belgium**, Article 6 Hdir. is transposed into the legislation of the various regions. In Flanders the transposition has taken shape in the Nature Conservation Decree [*Natuurbehoudsdecreet*]. It is noticeable that the Decree states in general terms that the measures to implement the Birds and Habitats Directive must take the requirements of economic, social and cultural aspects into account and also specific local and regional characteristics. Although the Habitats Directive mentions these aspects, it is questionable whether such a provision in relation to the specific requirements arising from Article 6 Hdir. is compatible with the Directive. The provisions on area conservation focus on the Flemish Ecological Network (VEN). The nature conservation regime of the Directive applies within the VEN, although not all areas are designated as special conservation zones on the basis of one of the two directives. The nature development plans are important for the implementation of the obligations arising from Article 6 Hdir. and these must include a regional vision on special conservation zones. These plans contain a description of the stimulating and binding measures required in order to achieve a regional perspective, and state the instruments which could be used for this. The Decree does however indicate that the plan is not by defi-

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

dition binding on the government. As yet the implications of this in actual practice are unclear since, to date, no nature development plans have been drawn up, although several plans are in preparation. The Decree also contains a section with specific reference to special conservation zones: this section primarily sets out stipulations with regard to the designation of areas. In addition mitigating measures for conservation are formulated. The conservation regime is special in that priority is given to spatial planning over the interests of nature conservation. Measures taken in accordance with the Nature Conservation Decree - with the exception of measures cited in the nature development plan - may not entail restrictions on activities and/or acts which comply with spatial planning execution plans (these can be compared with zoning plans [*bestemmingsplannen*] in the Netherlands). The Decree also contains an almost literal translation of Article 6(3) and (4) Hdir.

In **Great Britain**, Article 6 Hdir. was transposed into national legislation in the Habitats Regulations in 1994. Since then, Wales, Northern Ireland and Scotland have been given their own regional governments, and the Habitats Regulations have been adapted for these countries. The present study is directed at England, which has no regional government. The Habitats Regulations have also been amended twice in England, and a third amendment is in preparation. The Habitats Regulations implement the designation procedure in accordance with the Habitats Directive as well as the requirements of Article 6 Hdir. They include no procedure for the designation of Birds Directive Areas. The implementation of Article 6 Hdir. is very comprehensive, in line with the choice for an integrated system. Not only are the general requirements of Article 6 included, but there are also specific provisions for decisions where an assessment may be required. The European Court of Justice has indicated that the implementation legislation falls short with regard to a number of decisions. These decisions concern water extraction and spatial planning. Neither the Habitats Regulations nor any other legislation impose the obligation, where necessary, to assess decisions on water extraction in accordance with the requirements of Article 6 Hdir. The Habitats Regulations state that no assessment is required in relation to spatial plans. The European Court of Justice thought this was incorrect since such plans form the assessment framework for implementing decisions. The Habitats Regulations also contain provisions for control. This takes the form of voluntary management agreements in principle, but should it prove impossible to draw up a management agreement, the Habitats Regulations provide an array of compulsory measures. The Habitats Regulations cover registered Habitats Directive areas, areas on the Community list and designated Habitats Directive areas. Its scope also covers designated Birds Directive areas. In accordance with government policy, Ramsar Areas and potential Birds

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

Directive areas are assessed in the same way. The structure of the Habitats Regulations is fundamentally different from Dutch legislation. In the first place, the definitions refer to the Directive in the general sense. The legislation also contains a General Clause as catch-all provision. This states that the competent authorities are obliged to exercise their powers in accordance with the Habitats Directive. It has since become apparent from the recent ruling by the European Court of Justice that this clause is of limited value, since there must be precise transposition of the provisions of the directive into national legislation. An appeal by the government of the United Kingdom to close the gaps in transposition by appealing to the catch-all provision foundered at the European Court of Justice. The most remarkable difference between Dutch and English regulations lies in the fact that the permits issued in England and other forms of permission have to be reassessed in certain cases (see 5.6 below).

### *Unitary states*

In **France**, the Birds Directive and the Habitats Directive have been transposed in the *Code de l'environnement* (statutory provisions) and the *Code rural* (regulatory provisions). A considerable number of implementing measures published in official circulars. Article 6(1) and (2) have been transposed in general terms. In addition there are more specific stipulations that the measures must be tailored to the specific threats to the natural habitats and species in question. Measures can be taken within the framework of Natura 2000 contracts or in the form of statutory or regulatory provisions, in particular provisions concerning the national parks, nature reserves, biotopes and classified landscapes. The framework for active management and preventive measures is created by a "*document d'objectifs*" (DOCOB) drawn up by the Prefect, in consultation with municipalities and representatives of owners and operators. These provisions are elaborated in greater detail in the *Code rural*. A piloting committee – the *Comité de pilotage Natura 2000* – participates in working out the further details of the DOCOB. For application of the DOCOB, the owners and authorised users may enter into contracts with the government - the Natura 2000 contracts. The *Code de l'environnement* contains several provisions which probably do not represent a correct transposing of the Directive. This can be seen in the stipulation that measures must take into account the requirements of economic, social and cultural aspects as well as regional and local circumstances (see also Flanders). It is also stated that measures may not lead to the prohibition of human activities which are not significant, and that fishing, hunting and other game management activities which are in line with prevailing legislation on fishing and hunting are to be regarded as not significant. In other words, this

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

legal fiction means that fishing, hunting and game management are not subject to the preventive measures of paragraph 2 of Article 6 Hdir. and this immediately implies that the application of paragraphs 3 and 4 of Article 6 Hdir. “is not necessary” for fishing, hunting and game management. This method of working is not in conflict with the Habitats Directive only if the legislation on hunting and fishing itself contains provisions which ensure full application of Article 6(3) and (4) Hdir. We have not been able to establish whether this is the case, but the position of priority allocated to fishing, hunting and game management is strongly criticised in legal literature at any rate.

The transposition of Article 6(3) Hdir. in France also seems to show other shortcomings. In this way, plans fall outside the scope of the regulation; the regulation (as in Germany) only applies for acts which already are subject to some kind of permission or approval, and it is determined that no assessment is required for works, activities or structural activities provided for under a so-called Natura 2000 contract. The latter would be a correct transposing in accordance with Article 6(3) Hdir. if the legislation determined that Natura 2000 contracts may only include works, activities or structural activities which are necessary for nature conservation in the area, but this is not the case.

The *Code rural* contains further provisions on the works, activities or structural activities which are subject to appropriate assessment with a distinction being made between acts within a special conservation zone and those outside such a zone. The assessment must take place for discharges into surface water etc, activities subject to permission in national parks, nature reserves or classified landscapes, and activities subject to an EIA. Apparently the classified structures which may lead to objections are not included in this. In addition the Prefect must compile a list for each area with categories of activities not requiring an EIA being subject to a permit or approval for which a suitable assessment must be carried out. This way of working does not seem to ensure that all activities which have possible significant consequences for an area to be protected are subject to an appropriate assessment. For activities outside a special area of conservation, the area of application is restricted even further. This solely concerns discharges in surface water and the like, and activities requiring an EIA “if they can have a considerable impact on one or more special areas of conservation, taking into account the distance, topography, hydrography, the functioning of ecosystems, of nature and the importance of the programme or project, the characteristics of the site or sites and the objectives of preserving them.” The kind of list referred to is not compiled for activities outside the special area of protection. Article 6(4) has been transposed literally. It provides specifically that the compensating measures are for the account of the party that will benefit from the works or management or structural activities. In France

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

the applicability of the requirement for an appropriate assessment is further limited by the fact that agreements with land-users seem to play a major role. For acts provided for in this kind of 'management agreement' no appropriate assessment is required. There is a preference to regulate existing and future use via such agreements and not by the application of Article 6(3) Hdir. The act often refers to the '*autorité administrative*' with regard to the division of competences. The regulatory provisions subsequently determine who the competent authority is. Usually this is the Prefect, who represents central authority at regional level. The central administration responsible for the application of this legislation is the environmental administration, the Department of Nature and Landscapes. The environmental administration has field departments at regional level and at département level (*Direction Régionale/Départementale de l'Environnement*). As far as the application of other laws requiring permission or approval for certain programmes or projects is concerned, the regulation impinges on no existing competences. The French system – like the English and German system – can be characterised as an integrated one.

In Sweden art. 6 Hdir. has been transposed by provisions of the Environmental Code (Miljöbalken), more concrete in chapter 7 of the Environmental Code. These provisions are completed and interpreted by some ordinances, which is binding law of a lower level. The Environmental Code is in comparison with the other examined countries a quite comprehensive (integral) law. The Environmental Code contains the testing criteria for activities that might have significant effects on any Natura 2000-site. An operator requires a permit for activities that may have a significant effect on a Natura 2000-site. This has to be applied when taking decisions based on the Environmental Code itself, e.g. concerning permits for industrial installations. For other parts, other laws refer to the Environmental Code and declare the decision criteria layed down in the Environmental Code applicable within the decisions based on those laws. That is true e.g. for the acts concerning forestry, fishing and agriculture and for the physical planning law. The physical planning law is not integrated into the Environmental Code.

Finally, in **the Netherlands**, the Hdir. has been transposed into the Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*]. The Act provides a foundation for designating areas, as well as a conservation regime, on the basis of Article 6 Hdir. It is important to note that the conservation regime only applies if areas have already been designated. Since the designation of habitats directive areas has not yet taken place, the Habitats Directive and its immediate application is still a topical matter for the time being. The prov-

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

inices play a central role in the implementation of the Nature Conservation Act 1998, but in some cases competences can be exercised by the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV). Management plans are drawn up for special areas of conservation; the activities described in these plans are not subject to permits. Other activities which could have a harmful effect on special areas of conservation *are* subject to an obligation to acquire a permit. The Nature Conservation Act 1998 has a system of permits with two different reference frameworks. In the first place, a so-called ‘deterioration and disturbance assessment’ has to be carried out for projects and other activities which will certainly have no significant effects but which may possibly cause a disturbance or lead to a reduction in quality. This can cover existing or new activities. In addition, a suitable assessment is required in conformity with Article 6(3) Hdir. for projects or other acts which may have significant effects on special areas of conservation. The necessity of a suitable assessment is confined to ‘new’ activities. This restriction does not follow from Article 6 Hdir. The European Court of Justice indicated in its Cockle Fishing Judgment that an appropriate assessment can also be designated for activities requiring renewed assessment. The General Guideline indicates that this provision must be interpreted in accordance with that judgment. This seems however to be inconsistent with the definitions in the Nature Conservation Act 1998 [which state that activities that require a permit – whether annually renewable or not – and that existed at the time an area was designated and have taken place uninterruptedly since, have to be qualified as ‘existing use’.

**Conclusion:**

*Article 6 Hdir. has now been transposed in all the countries studied. The way this was effected varied for each country. This is linked in part to the constitutional structure: federal or unitary state. In comparison with the Netherlands, the transposition in the other countries in the study varied substantially in relation to the structure of competences and the way in which the obligations had been elaborated. All the countries studied have their own system by which substance is given to the obligations under the directive. None of the countries studied has yet been able to make all legislation for transposition conform in full with the directive.*

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

### 5.2 *What kind of regulations is involved? (Generally binding provisions, policy rules and circulars?)*

In all the countries studied - except for France where some of the requirements have been included in regulatory provisions - Article 6 Hdir. has been transposed in formal legislation. There are considerable differences in the kind of legislation, and the administrative level at which the legislation has come into effect. France and the Netherlands are the only countries in the study where there has been legislation by the central authorities. In Belgium, the legislation has been passed at regional level - in this case the Province of Flanders - and so the regulations originate in a federal state. There have been no directions on law making from central, federal level. The same can be said of the nine Austrian federal states. In Great Britain, the regulation applies to England and Wales; Scotland and Northern Ireland have their own legislation. In Germany there are sixteen laws from the federal states but there is also a *Bundesnaturschutzgesetz* which - as has already been explained - has a far-reaching directional effect on the legislation of the individual federal states. As already indicated in section 5.1, the differences can be explained by the different constitutional structure and cultures of the countries studied. The Netherlands and France are not the only non-federal countries which were examined. The legislation in federal countries can vary widely on details, and it is therefore difficult to obtain a total overview of the implementation legislation in countries with many member states like Austria and Germany. This is particularly true when there is no "guiding" legislation at central federal level, but it applies even when there *is* such legislation. The point is in fact the details, and also to some extent the details not regulated by law, but also the way in which the legislation is worked out in greater detail in official circulars, guidances etc. It is therefore more difficult - for example for the European Commission - to determine whether the legislation and its application in these countries actually comply with the requirements of European law. To some extent scientific attention is focused almost exclusively on the federal level in federal countries with many individual federal states and often the differences at the level of individual federal states are not taken into consideration.

**Conclusion:**

*In all the countries studied, apart from France, Article 6 Hdir. has been fully transposed into formal legislation.*



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

### 5.3 *Do the regulations in which the Directive's obligations are transposed relate only to nature conservation or do they concern integrated environmental legislation?*

In Austria, Germany, England, Flanders and the Netherlands, Article 6 Hdir. has been transposed in nature conservation legislation. In one or two instances, this can be explained by the division of competences between the various authorities. In Austria, nature conservation falls within the competence of the individual federal states, whilst water management and environmental protection are the responsibility of the central federal government. Germany has been working on an “integrated” *Umweltgesetzbuch*, which would include nature conservation legislation, for more than ten years. This project has now been abandoned. The situation in France and Sweden is unlike that of the countries just referred to. In France, the transposition has taken shape in the Code de l’environnement (statutory provisions) and the Code rural (regulatory provisions). As the name suggests, the Code de l’environnement contains not only the law on nature conservation but also – or perhaps even primarily – a large part of environmental law. Here too it is not a question of fully integrated environmental legislation. The same applies for Sweden. The Environmental Code includes a lot of sectoral subjects for which no own laws exist. This also applies for the subject of nature protection. However, the spatial planning is not integrated.

#### **Conclusion:**

*In none of the countries studied is there a fully integrated environmental legislation. In France and Sweden provisions for the transposing of Article 6 have been incorporated in a law which regulates environmental protection and nature conservation.*

### 5.4 *Has the protection of species and of habitats been transposed in the same legislation?*

In Germany (both at central and federal state level), the federal states studied in Austria, and in England, Flanders, France and Sweden, the provisions on the protection of species and habitats have been transposed in the same legislation. The Netherlands occupies an exceptional position in this respect. There is no other country which has a special law for species protection. However, in lower-level regulations (orders-in-council etc), explanatory memorandums and circulars, a distinction is often made between species and habitats protection. It was not the object of this study to determine whether regulating habitats and species protection in a single act also reinforces the cohesion between the two policy strands within nature conservation.

**Conclusion:**

*In all the countries studied except for the Netherlands, species and habitats protection has been transposed in the same law.*

### 5.5 Who is responsible for applying this legislation?

The responsibilities for applying legislation for the transposing of Article 6 Hdir. varies in the countries examined. All imaginable variations can be found. A number of factors are important here.

First of all a distinction can be made according to the position of the responsible authority within the constitutional structure. In some of the countries in the study, the central level (central government, federal government or government of the federal state or the region) is, at least in some cases, responsible for the granting of permits requiring an assessment for compatibility with Article 6(3) and (4) Hdir. In the Netherlands, the check against the requirements of Article 6(3) and (4) is carried out by the central government in a number of cases, which are summed up in an order-in-council. In Flanders, the Flemish government is not competent to decide on certain kinds of activity, but it does decide in all cases concerning a certain part of the habitats assessment, that is when there is an imperative requirement of overriding public interest. In Sweden permitting is usually done by the county councils, which may, and sometimes must, ask SEPA for advice. Moreover the federal government in Belgium is competent in matters concerning projects and plans at sea. In Austria we found two federal states where the *Landesregierung* (federal authority) is competent. For the rest, it is usually decentralised government authorities that take decisions for which the criteria of Article 6(3) and (4) have to be applied. In some countries - Germany and Austria - the level of competence in decision-making varies even from federal state to federal state.

Secondly there is a further – no less important – distinction arising from the difference between the so-called integrated system and the system with separate nature conservation permits. As already stated, we encountered an integrated system in three countries where there was no separate requirement for a permit for nature conservation, but decisions on the application of Article 6(3) and (4) Hdir. were taken within the framework of other permit systems directed more at the approval of plans and projects. In these countries – France, Germany and England – the authority having competence depends on the division of competences in relation to these systems of approval. Sometimes this is determined by the level of the authority (municipality,

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

province, *Regierungsbezirk* [administrative region] or federal state government) of the authority taking the decision on the permit. Therefore, for example, in a decision of the minister of transport of the federal state on the construction of a motorway, the advisory authority would be the minister of the federal state responsible for nature conservation, but in a decision of a municipality on a planning permission for a hotel the advisory authority would be the nature conservation department of the provincial authority. Something special occurs in Sweden. The on the basis of the law competent institutions decide, just like in England, Germany or Austria. If however an area would be considerably damaged by such a decision, an additional authorisation of the government is necessary concerning the questions of nature protection.

Very often the competent authority in these countries, which is not primarily expert in the field of nature conservation, is assisted by an expert government agency which gives advice – for example, English Nature in England or the Environmental Protection Agency in Sweden. Which government agency this is varies.

### **Conclusion**

*There is a great deal of variation among the authorities as to who is competent to carry out the habitats assessments between and even within the countries in the study. All levels of competent authorities from municipality to minister were found. In a number of countries in the study, an authority with primary responsibilities for nature conservation decides; in other countries the decision is taken by authorities not specifically expert in the field of nature conservation. In that case the decision-making is often supported by advice from an expert body.*

### *5.6 Is a distinction made between existing use and new activities in the applicable legislation? If so, which?*

A distinction between existing activities and new activities is already encapsulated in the structure of Article 6 Hdir. Whilst Article 6(2) Hdir. concerns existing activities which are carried out in accordance with permissions which have been granted and which are still valid, Article 6(3) and (4) Hdir. is about plans and projects, which are in principle future activities. Article 6(3) Hdir. however concerns activities which have been taking place for a longer time and which require periodic permission. This distinction has been adopted in the legislation of the countries in the study. The systems of permits for future activities also apply for activities which are carried out for a longer period of time but for which periodic permits must be granted. But in the Netherlands it is not clear whether this is also the case under the Nature

#### COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

Conservation Act 1998. From Article 1(3)(n) it could be deduced that in such cases no assessment is necessary in accordance with Article 19f of the Nature Conservation Act 1998.

In some of the countries in the study, specific provisions on existing use have been included in legislation. For instance, in Lower Austria, *Rechtsverordnungen* (local bye-laws) need to be passed which must include the boundaries and the conservation objectives, and also the ordering and prohibitory provisions have to be included. Prohibitory provisions must in this case relate to activities which could lead to disturbance or actual deterioration of an area. Another remarkable observation is that in various places in Austrian literature the point of view is taken that intensification or change in existing use must be assessed in accordance with Article 6(3) Hdir. The view that Article 6(2) Hdir. provides an assessment framework for these situations can also be found in the literature. In France no distinction is made between existing use and new activities, but the DOCOB must include a descriptive situation of the human activities carried out in the special area of conservation, in particular the existing agricultural and forestry activities in this area. There is also a transitional provision setting out that the most important conservation obligations of a number of provisions in the *Code de l'environnement* only apply for programmes or projects of works, management or structural activities for which decision procedures commenced after publication of a Decree of 20 December 2001. There is also a specific regulation for forestry. Forests in a special area of conservation which are operated according to a management plan established by decision, or which has been approved or recognised, and for which the owner has concluded a Natura 2000 contract, are regarded as sustainably managed forests. Fishing, hunting and game management have been kept out of the scope of the conservation regime. This is contrary to Article 6 Hdir. unless the legislation on hunting and fishing contains a framework that complies fully with Article 6 Hdir. We have not been able to establish whether this is the case. But it became clear that not including hunting and fishing in the legislation on nature conservation has been strongly criticised in legal journals in France itself.

Whereas in France it is concerned mainly with a restriction on the scope of the conservation regime for existing activities, in England the reverse is true. In England the regulations include an obligation to reassess existing permits etc. It is in fact not about existing use, but it is about a reassessment of certain permitted activities, plans etc. The obligation for reassessment applies to plans which have not yet been carried out or fully carried out, for certain permits etc which have not yet been put into effect. There is also an extensive regime in England with management agreements for existing situa-

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

tions and compulsory measures which can be imposed if there is no management agreement.

Sometimes a more far-reaching (material) distinction is made between existing use and future activities in the explanatory guidelines, circulars etc. The notes on the *Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung* (LANA) emphasise that existing use has “*Bestandsschutz*” [protection of continuance] and this has also been declared partly applicable to uses for which an umbrella permit has been granted, even though there will still have to be decisions on further conditions every year within this umbrella permit. It is questionable whether the latter is in accordance with the preconditions under EC law. Notably, existing use receives very little attention in literature and case law in Germany.

### **Conclusion:**

*In all the counties in the study, the permit system entailing a test for compatibility with the criteria in Article 6(3) and (4) is only required for future activities (plans and projects). This also includes existing activities for which permits have to be renewed at periodic intervals in all the countries. To this extent no distinction is made in the legislation between existing and new activities. The determinant factor is whether a permit is required for an activity or not. In the case of the Netherlands it is not yet completely clear whether the wording of the revised Nature Conservation Act 1998 is such that an assessment must take place against the criteria of Article 6(3) and (4) Hdir. for existing activities which require a permit being granted periodically. In a number of countries existing use is provided for explicitly in the legislation. In such cases this often relates to a protection of existing use. In England, on the other hand, the law includes an obligation to subject certain decisions to a re-assessment. In explanatory official circulars – in countries other than England - a far-reaching protection of existing use is assumed in a number of cases.*

### 5.7 *Is there a statutory basis for mitigation measures and if so has mitigation been defined?*

Apart from in England, mitigation has not been incorporated in legislation as a separate requirement. No clear indications were found in Flanders as to the role of mitigating measures in assessments based on Article 6(3) and (4) Hdir. In Austria mitigation was part of the review of alternatives. In Germany mitigating measures play a role during review by the *Bundesverwaltungsgericht* [Federal administrative court] as to possible significant effects. The effect of these mitigating measures needs to be supported by expert

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

reports in these cases. LANA also refers to the importance of mitigating measures. In its recommendations, LANA points out the various kinds of mitigating measures which may play a part, such as the construction period, the defining and marking of areas which may not be entered and limiting the size of a project etc. These are most explicitly not measures to compensate for effects which are being incurred but measures to prevent adverse effects. The recommendations of different federal states can sometimes vary on this matter. Compensatory measures are included in appropriate assessment here and this is not in line with the system of Article 6(3) and (4) Hdir. and, incidentally, with the system of German federal legislation (*Bundesnaturschutzgesetz*) [Federal Nature Conservation Act]. The demarcation line between mitigating and compensatory measures should not be ignored. Several German federal states have issued guides which include considerations on this subject to which we are unable to subscribe. The *Bundesverwaltungsgericht's* interpretation [Federal administrative court] is, however, in line with the Directive.

In England, the meaning of mitigating measures is regulated in the Habitats Regulations as far as the re-assessment of existing permits and other permissions is concerned. There is also the obligation here to examine whether amending a decision can prevent negative effects on the integrity of an area. No explicit arrangements have been made for plans and projects, new and existing, but one of the Habitats Regulations Guidance Notes (HRGN) indicates that these measures are to be included when the negative effects are determined. In the Netherlands, the Nature Conservation Act 1998 contains no statutory foundation for a mitigation obligation, and the term is not to be found in the entire act. The General Guide discusses mitigation in some detail however and the meaning of the term is explained further. It is interesting that this (extralegal) definition gives rise to the impression that the government certainly views the search for and taking of mitigating measures as an obligation within the framework of the Habitats assessment. But it is not clear during which stage of decision-making mitigation should be dealt with. It can be deduced from the Guide that it is certainly *not* during the assessment as to whether sufficient compensatory measures have been taken.

**Conclusion:**

*Although the legislation in the countries in the study – apart from in England as far as the re-assessment of existing permissions is concerned – does not include an obligation to take mitigating measures, it appears that this obligation does play a substantial role in practice in the countries included in the study. This is not surprising since the structure of Article 6(3) and (4) Hdir. and the corresponding provisions in national law necessitate the consideration of mitigating measures. Although Germany is the only country that states this in so many words, it can be assumed that all countries require that proper substantiation is provided for the positive effects of mitigating measures.*

**6. QUESTIONS CONCERNING THE INTERPRETATION OF ARTICLE 6 OF THE HABITATS DIRECTIVE BY THE COURTS**

6.1 *Has Article 6 Hdir. been transposed correctly in the law of the member country in the opinion of judges and experts in the country in question?*

With regard to the opinion of the courts, it is not possible to give a positive or a negative answer. There is a considerable body of judicial decisions in all the countries in the study in which it was considered, or from which it may be deduced without doubt, that the courts did not regard that national law complied with the requirements of the Directive when the decision was taken. Some are fairly recent judgments made in the years from 2002 to 2005. Almost all the countries examined were confronted with actions for formal notice of default by the European Commission because the Directive's provisions had not been correctly transposed in national legislation. Some of these court cases took place some time ago but others are of more recent date while others are still pending. Germany has had two rulings – in 1997 and in 2001 - against it for failing to transpose the Directive completely. The first ruling related to the designation of areas, the second to the transposing of conservation measures. In other proceedings against Germany (C-98/03), the Advocate General delivered his conclusion just before this report was completed.<sup>7</sup> The AG found that the Commission was right on all points and proposed that a ruling be made against Germany because German legislation does not comply with Article 6 Hdir. The question here concerned the acts

<sup>7</sup> Conclusion of 24 November 2005, C-98/03. On the 10<sup>th</sup> of January 2006 the court took a decision against Germany again.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

and activities to which the requirement of an appropriate assessment applies. Recently, the European Court of Justice ruled against Great Britain for incomplete transposing of the Habitats Directive, and the same happened to the Netherlands some time before. Recently, the AG gave his conclusion on an action for formal notice of default against Austria. This conclusion states that Austria has failed to fulfil its obligations in accordance with the provisions of Article 4(1) and (2) of the Birds Directive by not designating the Soren and Gleggen-Köblern areas as special areas of conservation. In addition, the obligations pursuant to the provisions of Article 6(4) Hdir. were not complied with because the competent authorities again allowed the project to construct the S18 motorway near Lake Constance to go ahead without investigating whether there are alternative solutions and without securing the necessary compensatory measures to guarantee the coherence of the Natura 2000 network. These proceedings were therefore concerned with the implementation of legislation and not so much with whether the Directive has been correctly transposed in legislation. There are two formal notices of default still pending against Austria; one relates exclusively to one federal state – Kärnten – in respect of Article 6(3) and (4) and the other to several federal states in respect of Article 6(1) and (2).

The decisions of both the ECJ and the national courts refer to laws that were applicable at a time that is now long past. The time difference is shortest for the Netherlands – the decisions were given about a year after the contested decision had been taken - and longest for Flanders - often the decisions were given after many years, sometimes as long as ten years. The legislation in most of the countries studied is subject to constant change, largely as a result of the gradually developing insight, but partly as a result of decisions by the European Court of Justice, that national legislation does not as yet comply with all the requirements of European law. Particularly in countries with many federal states which are entitled to pass legislation – Germany especially – there are continuous legislative amendments. It could very well be the case that courts would now judge that the law does comply with the requirements arising from the Habitats Directive.

In the eyes of the experts, conclusions may be drawn somewhat more easily. Generally the experts in most countries examined thought that the transposing legislation was broadly sufficient, although there are still several questions at micro level in many countries which have not yet been answered. In France, some of the national regulations are still strongly criticised in the literature and thought to conflict with the European requirements on a wide range of aspects. In 1999 Sweden received a formal notice of default from



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

the European Commission. This led to a revision of the Swedish legislation in 2001. Nowadays there is no longer discussion amongst courts or legal authors in Sweden whether art. 6 Hdir. is correctly transposed into Swedish law. It is generally applied that this is the case. It is worth reiterating here that in countries where the federal states have legislative powers and they are many in number – i.e. Austria and Germany - it seems as if even the experts lack a complete overview of the legislation and therefore cannot give a comprehensive judgment as to whether the applicable legislation complies with all aspects of the requirements of the Habitats Directive.

### **Conclusion:**

*In all the countries studied, with Sweden as an exception, judgments could be found from the courts, including recent ones, which show that they were of the opinion that Article 6 Hdir. was not correctly transposed in the national legislation at the time the decision under discussion had been taken. Because of the passage of time between the decision-making and the court's decision, this says little about the law which is currently applicable. A number of countries, including the Netherlands, Great Britain, Germany and France, have been ruled against by the European Court of Justice for failure to transpose Article 6 Hdir. correctly. Other formal notices of default are still pending against other member states. Sweden has revised its legislation after a formal notice of default in 1999. Experts in most of the countries studied are of the opinion that, in general terms, Article 6 Hdir. has been transposed correctly. This does not preclude the fact that there are certainly reservations as to the details.*

### 6.2 *If so, what role does Article 6 Hdir. still play in administrative and judicial decisions?*

We have encountered very few judgments by the courts where there is discussion of administrative decisions taken by applying national law that fully complied with Article 6 Hdir. - apart from in Sweden, France and England where the review has been made against the background of the national provisions for transposition. Where this was the case, Article 6 Hdir. still played an important role as the framework of interpretation for national law. In Sweden article 6 Hdir is not applied directly. Discussions on decisions about Natura 2000-sites are related to national law and the national guidance. In addition to this, those cases should also be cited where national law, despite correct transposition, cannot be applied to areas which should certainly be regarded as conservation areas under Article 6 Hdir. Examples include areas of conservation for birds for which designation has wrongfully not yet been granted or habitats conservation areas which have been included on the

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

Community list but have not yet been designated nationally. This often happens – for example in the Netherlands in relation to all Habitats Directive areas. In relation to these areas, Article 6 Hdir. is applied directly, irrespective of whether this provision has been correctly transposed into national law. In Germany the court has acted in a similar fashion concerning habitats conservation areas for which it appears that registration had wrongfully not been effected. It can be assumed however that the *Bundesverwaltungsgerichtshof* [Federal administrative court] will adapt its case law in this respect following the ruling of the European Court of Justice dated 13 January 2005 (Draggagi).

The flanking policy instruments for decisions to be taken in accordance with national law refer repeatedly to Article 6 Hdir. and also, for example, to the Commission's guidance document to Article 6 Hdir. This is true for all countries.

### **Conclusion:**

*Even after correct and complete transposing of Article 6 Hdir. into national law, this provision and the additional information given by the Commission still play a crucial role in the application of national law by the competent authorities and in the review of administrative decisions by the courts in all the countries, except Sweden, in the study. In Sweden is referred to national legislation and explanations in which article 6 Hdir. and the explanations of the Commission have been processed. Irrespective of whether transposing has been correct or not, Article 6 Hdir. is applied directly in most countries for areas where Article 6 Hdir. is applicable, but the relevant national law is not applicable, for example, areas listed on the Community list but not yet nationally designated.*

### *6.3 If not, do the courts check directly against the Article 6 Habitats Directive or against some parts of this provision?*

This question has already been partly answered, perhaps implicitly, at 6.2 above. The following additional remarks can be made here. In Austria, there are various judgments in which Article 6 Hdir. is applied directly or national legislation is interpreted in conformity with the Directive. However, these judgments related to proceedings which were already pending in the courts before transposition into national legislation had taken place. In Austria, the moment that Austria joined the European Union has also had an influence on case law. In Germany, a number of judgments have been tested directly for compatibility with Article 6(3) and (4). This has something to do with the

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

fact that provisions in the *Bundesnaturschutzgesetz* [Federal Nature Conservation Act] have no direct effect in the individual federal states, and in the past the individual federal states had no implementation legislation available to them. This has now become the case. German case law refers frequently to the 2000 Guidance Document of the European Commission.

In France two rulings were given in a single action. In administrative interlocutory proceedings, reference was made – but not in so many words - to Article 6 Hdir., but since it concerned a judgment on an activity with harmful effects on a registered Habitats Directive Area, there can be no misunderstanding about the fact that the court was testing the facts against Article 6. During the appeals proceedings there was an explicit test against Article 6 Hdir. Since in the intervening period the French Council of State had reversed the decision of the minister to register the list with the European Commission, the Council of State ruled that the government needs not take conservation measures before the areas on the national list had again been designated. The Council of State moreover added that since the Habitats Directive allows harmful projects under certain conditions, the administration could not be reproached for manifest errors of judgment. Lower courts in France regularly test, or have tested, against Article 6 Hdir. but the court of appeal (Council of State) rejects their rulings.

England occupies a special position. We have encountered no judgments there in which a direct check against Article 6 Hdir. had been made. An explanation for this could lie in the fact that England had adopted the necessary implementation legislation as early as 1994. There is however one action in which direct testing against the Directive did take place. During these proceedings, there was discussion of the fact that the scope of the English Habitats Regulations did not extend to the Exclusive Economic Zone (EEZ). Legislation to close this gap is in preparation. Dutch legislation also has this same gap. We have been given to understand that here, too, legislation is in preparation to close the gap.

There is a marked difference between the way in which the Dutch courts - the Administrative Law Division of the Dutch Council of State to be precise - checked against Article 6 Hdir. before its questions were answered by the European Court of Justice in September 2004 (Cockle fishing ruling) and the way in which courts in all the other countries do this. The Administrative Law Division had indeed tested directly against Article 6(2) and had its doubts as to the possibility of testing against Article 6(3) and (4). There have been critical comments made on this in Dutch literature. In all the other countries, the possible direct effect of Article 6(3) and (4) Hdir. has been

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

assumed more or less as a matter of course but, as already said, no rulings can be found in which tests were made against Article 6(2) Hdir.

There have been differences concerning Habitats Directive areas after these have been notified to the Commission, but before the Community list had been drawn up. German courts test or tested directly against Article 6(3) Hdir., the Dutch courts in fact tested indirectly, through the link between Article 10 EC Treaty and Article 6 Hdir., and the French and Austrian courts rejected an appeal to Article 6 Hdir. in any form at all.

### **Conclusion:**

*Where Article 6 Hdir. is or has not yet been correctly transposed or where this provision has been correctly transposed but the relevant national law cannot be applied to areas which come under the protection of Article 6 Hdir., the courts in most countries check directly against Article 6(3) and (4) Hdir., apart from in England where this problem has not come up for discussion, and in France where some of the courts do the check and others do not. No ruling was found in any of the countries where a test was made against Article 6(2) Hdir. apart from in the Netherlands.*

### *6.4 Are future projects and plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. and what does this test mean?*

In Germany, Flanders, Austria, Sweden, France and England, we found no examples of tests for future plans and projects against Article 6(2) Hdir. In England, this is a consequence of the way in which the Habitats Regulations have been introduced into the system. In Germany and Austria, the line set out by the European Court of Justice in the Cockle fishing ruling is followed and paragraphs 3 and 4 are regarded as *lex specialis* with regard to Article 6(2) Hdir. In Germany, several (legal) authors are critical about the role assigned to Article 6(2) Hdir. by Advocate General Kokott after permission has been granted for a plan or project with the application of Article 6(3) and (4) Hdir. The tenor of the Advocate General's view is that, after permission has been granted for a plan or project in accordance with Article 6(3) and (4) Hdir. and it has been put into practice, action can be taken at a later date on the grounds of Article 6(2) Hdir., should it appear that significant disturbance or deterioration occurs. The reservations against the conception of the Advocate General are prompted by the view that the Advocate General attaches too little importance to legal certainty.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

The administrative courts in the Netherlands have checked against Article 6(2) Hdir. in the past, but the Cockle fishing ruling has changed this and it is of course important that Article 6(2) Hdir. has found implementation in the *Natuurbeschermingswet 1998* [Nature Conservation Act 1998].

**Conclusion:**

*In none of the countries in the study are future plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. Until recently, this was the case in the Netherlands because this was required by the courts. In all the countries studied, Article 6(3) and (4) Hdir. are regarded as *lex specialis* with regard to Article 6(2) Hdir.*

6.5 *How do the courts interpret the requirements of Article 6(3) and (4) Hdir. and the applicable legal norms of the member states, in particular with regard to subjects which are currently the cause of problems in the Netherlands?*

*a. the meaning of ‘plan or project’*

The concepts of ‘plan’ and ‘project’ are interpreted differently in the countries examined. German legislation not only includes a general definition of the concepts of plan and project, but a distinction is also made between a number of categories of plans which have been brought explicitly within the scope of the definition of the concept. LANA recommends a broad interpretation. However, the implementation legislation interprets some aspects of both concepts in a restricted way. The scope of both concepts is restricted to activities requiring a permit or a notification. Like the European Commission, we do not regard this restriction as compatible with the Hdir. It may also be noted that a *lex specialis* has been included in the German *Bundesimmissionschutzgesetz* [Federal Control of Pollution Act], where the appropriate assessment is confined to the sphere of influence of the establishment.

Austria primarily follows the EIA Directive in its interpretation of the two concepts but this interpretation is not regarded as exhaustive. England and the Netherlands have not opted for a definition of the concepts. It does follow explicitly from English regulations, however, that the interpretation of the concepts in the Hdir. should be followed unless the context of the regulation indicates otherwise. The *Natuurbehoudsdecreet* [Nature Conservation Decree] in Flanders contains no definition of a project but it does describe which plans are included in the scope of the regulation.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

Remarkable here is that a more specific definition is given in case law. A plan or project is always the subject of discussion if a test is made against the rulings on Article 6(3) and (4) Hdir. or the implementation legislation based on this, but this approach is by its nature ad hoc and gives no clarity as to the limits of both concepts. In the Netherlands the Guide provides additional explanatory information.

In France, Article 6(3) only applies for plans for which administrative approval is required, but zoning plans, which require no appropriate assessment, are an exception to this. In addition, the concept of 'plan' has not been adopted in French legislation but the concept 'programmes and projects' in its place. Not only the concept of 'plan' but also the concept of 'project' is in some respects more limited in law than the Directive allows. In this way hunting and fishing are not included – as far as they are in accordance with French hunting and fishing legislation.

### **Conclusion:**

*It could not be concluded from the case law or administrative guides on the interpretation of Article 6 Hdir. of all the member states how the concepts of plan and project were to be applied. Generally, following the Commission, it was stressed that these concepts are open to wide interpretation. In Germany and in Flanders, a statutory definition exists as far as the definition of plans is concerned. The definition chosen in Germany is in some respects problematic in terms of EC law, and this is certainly also true for France.*

*b. Is an appropriate assessment also carried out for strategic plans of a higher level of abstraction (regional plans, key planning decisions etc) or policy frameworks?*

Not all member countries carry out the appropriate assessment for strategic plans. In England development plans are exempt from tests since they are not designated as plan or programme as defined in the strategic EIA Directive. In Austria, according to the literature, an assessment only takes place if a strategic plan has an important influence on permit procedures which will be undertaken once the plan has been adopted.<sup>8</sup> For instance, this is the case if the options in the strategic plan exclude examination of alternatives at a later stage. The plan is then not purely indicative. In such a case an assessment of the effects on the area must still take place during later decision-making. In some respects this is similar to the Dutch interpretation. In this

---

<sup>8</sup> Apart from *Raumordnungsprogramme*, for example, for which it has been explicitly stipulated that there must be testing against conservation objectives.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

connection, it is important to point to the recent ruling by the European Court of Justice in the case of the Commission v. Great Britain. According to the English regulations, spatial plans or a development plan need not be subject to a test. The British government substantiated this starting position by pointing out that the effects only come with the implementation decisions and their practical implementation. The ECJ judged, however, that these plans form a framework for tests on permits. The fact that the plan itself had no significant effects was regarded by the Court as of no importance.

In Germany there is, however, a provision of a general obligation to subject strategic plans to appropriate assessment. The review obligation applies not only for plans which are binding within the framework of permit decisions, but the German legislation is not without sticking points. It is the non-strategic plans where the problems occur here. Then again the review obligation does not apply for permits based on *Bauleitpläne* [urban land-use planning] and this, in the view of the European Commission, is in conflict with Hdir. The same applies to the provision that no appropriate assessment needs to be made for activities requiring a permit during the determination procedure for *Bebauungspläne* [legally binding land use plans]. The reasoning behind this is that the underlying plans have already had to undergo an assessment but this view certainly finds no favour with the European Commission. That a *Bebauungsplan* [legally-binding land use plan] (which broadly speaking corresponds with a *bestemmingsplan* [local spatial plan] in the Netherlands) has to be checked against Article 6 does not necessarily mean that now all existing older *Bebauungspläne*, on the basis of which the granting of permits is equally possible, have to be checked against Article 6 Hdir.

With regard to the situation in Belgium, we have not been able to determine whether an appropriate assessment also extends to strategic plans. Broadly speaking, all the member countries involved must be aware of the considerations of the European Court of Justice in its above ruling.

At present there is no obligation, or there is no obligation as yet, in France for an appropriate assessment for strategic plans – for example, for strategic plans for spatial planning. This will change when the law to transpose the obligations of Directive 2001/42/EC (Strategic environmental assessment directive) comes into effect on 21 July 2006.

In Sweden strategic plans are not explicitly tested against art. 6 II Hdir. There are no physical plans concerning the whole Swedish territory. However, physical planning is an important instrument on regional level. The ‘habitattest’ of art. 6 III Hdir. can be relevant for plans on a regional level. If

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

such a plan may have significant effects on a Natura 2000-site, it therefore must be motivated what these effects are and if the criteria of art. 6 Hdir. are met. However, there is no explicit legal provision, which could be relayed on before court that requires a direct testing of plans against the criteria of art. 6 Hdir.

It follows from Dutch case law that purely indicative plans need not be subject to the habitats test. The underlying thought is that these kinds of plans have no significant harmful effects on a special area of conservation in themselves since the plans are not intended to have any legal effect. The *Natuurbeschermingswet 1998* [Nature Conservation Act 1998] includes an obligation to review decisions for the adoption of plans if they lead to a disturbance or reduction in quality. The General Guide outlines indicate which plans are concerned here.

### **Conclusion:**

*When it comes the obligation to review strategic plans in accordance with Article 6 Hdir., the picture varies in the countries examined. After the ruling of the European Court of Justice of 20 October 2005, it can no longer be contested that strategic plans must be subject to examination against Article 6(3), although they may not be formally binding, but still have a certain directional effect, on further decision-making. Legislation in England, France and Austria does not comply with this but the German legislation does seem to comply. In Germany there is however a different shortcoming: permits, including building permits, which are granted in accordance with *Bebauungspläne* [legally binding land-use plans], need not be subject to a habitats assessment or need not be subject again to a habitats assessment. This also seems to be out of line with the requirements of the directive. It may be assumed that case law and legislation in England and Austria will be adapted according to the ruling of the European Court of Justice referred to, and that courts in other countries will bear this ruling in mind in their interpretation of their national law.*

*c. The question whether a distinction is made between a "preliminary test" (whether an appropriate assessment is required) and the appropriate assessment itself and, if this is the case, whether it is enshrined in law.*

In none of the countries examined is the distinction between a preliminary test and an appropriate assessment enshrined in law but the distinction plays a large part in actual practice in all the countries. Austria uses *Weissbücher* [White Books], for example, where measures are recorded which are expected to have no significant effects on protected areas. In Germany, too, use



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

is made of interpretation documents with lists, which include a summary of kinds of projects (with an indication of a certain size) which are not likely to have significant effects. Distinctions are to some extent made between kinds of areas, and between kinds of habitat. Unlike Austria, there are both positive and negative lists – generally significant effects, or no significant effects. In a few Austrian *Länder*, *Gebietsbetreuer* have been appointed to act as advisers in answering the question whether an appropriate assessment is needed for a specific activity or specific use. Information is also obtained in other ways to determine whether an appropriate assessment is required.

In Germany, the distinction is derived in practice from the formulation of ‘plan and project’. It is only if significant effects could possibly occur that an assessment is required in conformity with Article 6(3) Hdir., as implemented in Germany. During the determination whether there is a plan and project, a preliminary test is in fact being implicitly carried out.

Although this has not been made explicit in the other countries in the study, the same applies there by analogy, of course. One of the English guidances contains the remark that the effects on an area must be determined to ensure that plans and projects which may have significant effects are subject to an appropriate assessment.

As has already been said, the *Natuurbeschermingswet 1998* [Nature Conservation Act 1998] makes no distinction between a preliminary test and an appropriate assessment, but the Guide has introduced a distinction between the various phases and kinds of tests. There must first be examination during an orientation phase whether significant effects are to be expected. On the basis of this orientation phase, it can be ascertained whether a permit is necessary and, if so, whether an appropriate assessment is required for this. The appropriate assessment is only required if the orientation phase shows that possibly significant harmful effects are to be expected. If this is not the case, but a permit is required, then the deterioration and disturbance review needs to be carried out. It is important for actual practice to know precisely when the deterioration test is sufficient and when, on the other hand, an appropriate assessment is necessary. The Guide gives no definitive answer but clarifies the various stages in the orientation phase extensively and mentions a number of illustrative situations as examples. This is similar in some ways to the German and Austrian lists but seems to give little concrete guidance in actual situations.

**Conclusion:**

*In none of the countries examined is the distinction between a preliminary test and the appropriate assessment firmly enshrined in law, but the distinction plays an important part in actual practice in all the countries. In some states (or parts of them,) various kinds of indicative lists and other instruments of a supportive administrative nature are used within the framework of a preliminary test and these can determine whether a “main test” is likely to be necessary for a plan or project in or near a certain kind of habitat.*

*d. distinction between existing and future activities*

This question has already been partly answered in section 5.6 above. The following additional remarks may be made here.

In both Flanders and England, the regulations differentiate between existing and future activities/situations. It is remarkable that in England an obligation has been included in the regulations so that, in certain cases, existing permits or plans have to be re-assessed (see section 5.6 on this).

German legislation also makes a clear distinction between existing and future activities. The definition of the concept of project follows closely the explanation given by the European Court of Justice to its ruling in the Cockle fishing case where activities which have been taking place for a longer period of time and for which the permits must be renewed are included in the definition. There is still discussion in the Netherlands over the question whether national legislation in this respect complies with the requirements of Hdir. since the law gives a definition of existing use which includes the re-assessment of activities which have been carried out for a longer period of time. The Guide of the Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality (LNV) provides a practical solution.

The Austrian legislation makes no distinction between existing and future activities, but differentiation follows from the structure of the Directive, which has been incorporated in legislation. (See section 5.6 on this.) It may be remarked here that, on the basis of case law for existing activities, the principle of legitimate expectations plays an important role here. It is questionable, however, whether this is compatible with the requirements of European law. In the other countries in the study, we have encountered no similar considerations.

**Conclusion:**

*Besides the remarks made at 2.6, special reference may be made to the case law of the Austrian courts in which the principle of legitimate expectations plays a very far-reaching role.*

*e. the precautionary principle*

The effect of the precautionary principle is given no further detailed specification in the legislation of the countries examined; neither is this principle known in Belgian case law. This is unlike the situation in Germany and the Netherlands where both case law and literature examine the effect of the precautionary principle in the application of Article 6(3) Hdir. In the Guide to the Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*], the importance of this principle is pointed out and its effect is explained. Also in Sweden when testing an application against art. 6 III Hdir. the precautionary principle is explicitly applied, according to our speakers.

In Austria the role of the precautionary principle seems to differ depending on which federal state is involved. It seems to play a role in Tyrol and Steiermark, for instance. In our opinion, the principle has been insufficiently incorporated in the legislation of at least one federal state (Niederösterreich), but the expert in Austria sees this differently. The precautionary principle was also subject of discussion in the ruling on the Semmering tunnel, which concerned the law in Niederösterreich in particular, but the *Verwaltungsgerichtshof* [Austrian supreme administrative court] concluded here that Article 6 Hdir. was not applicable. This is regrettable since, in our view, the legislation does not provide for the obligation that it must be certain that significant effects will not occur before permission may be given. If, in these proceedings, Article 6 Hdir. would have been applicable, then the ruling could have contained a principle judgment on the interpretation of the precautionary principle.

In England, one of the Guidance documents points explicitly to the effect of the precautionary principle, but gives no further explanation on this point.

The precautionary principle plays no explicit role in the application of Article 6(3) Hdir. in France, but if the State has to judge applications and is unsure of the ecological facts, it may call on an organisation – the *Conseil Scientifique Régional du Patrimoine Naturel* [the Regional Scientific Council for the Natural Environment] – which can provide the names of experts who can clear up as many of the uncertainties as possible.

**Conclusion:**

*The structure of most of the legislative provisions is such that the precautionary principle is expressed; the exception is Niederösterreich. The literature of some of the countries examined also subscribes to the applicability of this principle. In some countries, judgments by the courts or interpretary documents can be found in which the precautionary principle is discussed explicitly.*

*f. dealing with possible cumulation*

Assessment of the cumulative effects obligatory under Article 6(3) Hdir. is expressed in the countries studied to various degrees. In the Netherlands and Belgium, this element can be discovered in the case law. In Germany, there is a single judgment from the *Verwaltungsgericht Oldenburg* from which it may be deduced that the effects of planned activities must be viewed in combination with those of existing activities.

Only in Austria is the scope of examination of cumulative effects incorporated in the legislation. Both assessments which have been carried out and decisions still being considered must be reviewed for their cumulative effects. In Niederösterreich, in an explanation on the assessment of cumulative effects, it is stated that there must be consideration of reviews which have been set up in earlier or simultaneous decision-making procedures.

In England, there is a single Guidance Document completely devoted to the assessment of cumulative effects. Three categories are distinguished: activities which have received a permit but have not been fully completed, ongoing activities which require periodic assessment, and activities for which a decision-making procedure is still taking place.

**Conclusion:**

*In all the countries examined, the cumulative effects are taken into consideration in the legislation (Austria, France), practice (explanatory documents from the administration) or case law. In England there is a single Guidance Document completely devoted to the evaluation of cumulative effects.*

*g. The importance of management plans during reviews*

In all the countries in the study – apart from France and England which have a system that provides for voluntary management agreements and where safety-net provisions are in place if there is failure to reach voluntary agreements – the implementation legislation includes instruments which may be regarded as management plans. In none of the countries studied have management plans been drawn up so far. This is the reason that these plans appear to play no part at the moment in decision-making on plans and projects

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

as referred to in Article 6(3) and (4) Hdir. or in review of these plans and projects by the courts. In Austria judicial decisions seem to indicate that management plans will play an important role in the review once they will be drawn up. In Germany, too, management plans need to be taken into consideration but it should be noted that many other documents need to be taken into consideration there as well as the management plans. It seems therefore that the management plans are not regarded as particularly important in these considerations. No management plans have been decided on in the Netherlands so far. Activities which have been included in a management plan are not obliged to have a permit. It should be noted, however, that plans and projects that fall within the scope of the permit regime of Article 19f et seq. *Natuurbeschermingswet 1998* cannot be included in a management plan. This mechanism is not an explicit consequence of the legislation in the Netherlands and in other countries, but it is implicitly the case in all the countries. After all, examination on the basis of Article 6(3) and (4) Hdir. concerns by definition those plans and projects which cannot be classified as management.

In Sweden the tool of the conservation plan is used, which has to be drawn up for each Natura 2000-area. In such a conservation plan is described what the specific ecological requirements and the reasons for conservation of the site at stake are, what is to be understood by a favourable conservation status and what kind conservation measures are necessary. When writing the conservation plan the needs and wishes of nature protection policy prevale. The conservation plan therefore is an important tool for the decisions on permits. During the process of drafting the conservation plans, there are quite some discussions with the landowners and –users. After all, only when drafting such a plan it becomes clear what art. 6 Hdir. really means in the concrete case. The conservation plan must not be confused with the management plan. In a management plan certain developments or wishes of other policy-sector may be mentioned and described. A management plan can only be drafted after a conservation plan is available. After all, the information about the necessities of the protection and the wishes of nature protection policy must be known to discuss about a management plan. The conservation plan prevails upon the management plan.

In France voluntary agreements are particularly important. In principle, attempts are made to arrange the management of the Natura 2000 sites by means of contracts so that regulatory restrictions are avoided as much as possible. However, there are discussions in the literature whether the French provision by which activities falling under this kind of management plan do not require a permit is not too sweeping. This is because the Directive provides for an exception to the requirement for a permit only for those activi-

ties which “are directly connected or are necessary” for the management of the area.

**Conclusion:**

*It is now too early to draw conclusions on the role which management plans are going to play in the review of activities, since the countries in the study have as yet no experience with management plans. In France contracts with owners and users play a particularly important role. In principle, attempts are made to arrange the management of a site by means of such contracts and without the restrictions of statutorily binding obligations. All the activities included in such a contract are no longer required to be subject to a habitats test. This is treated with some criticism in the French literature. The Swedish approach is interesting, whereby a management plan can only be drafted after a conservation plan is available and where the wishes of other sectors can be taken into account as well.*

*h. Scope of appropriate assessment*

In none of the countries involved does the implementation legislation provide insight into the required extent of the appropriate assessment. Moreover in Flanders, no further indications have been found on the required extent of the investigation. In Austria, the *Verwaltungsgerichtshof* [Austrian supreme administrative court] sets high standards for the so-called *Naturverträglichkeitsprüfung*. This can be seen in various rulings including the Semmering tunnel and the Wörtschach golf course. In both cases, the *Verwaltungsgerichtshof* judged that reference to the studies was not enough, despite the fact that these presented hundreds of pages of arguments concerning the ecological consequences within the framework of other decisions. This is particularly remarkable in relation to the latter case, since the European Court of Justice considered this matter and found no problems in this respect. Case law of the *Bundesverwaltungsgericht* [Federal administrative court] in Germany, too, indicates that stringent requirements are made of the extent of the appropriate assessment. The recommendations of the LANA support this. According to the case law, the required extent depends on the specific protected values of an area. In particular, where species are concerned which give an indication of the habitat requirements of other species or in cases where the condition of a certain kind of vegetation provides important information on the presence of species, then it is sufficient to investigate these ‘key species or key vegetations’. It could be described as a biotope focused approach to the investigation requirements. There is no requirement for an investigation which is not expected to provide additional information. In the Netherlands, the species policy forms the framework for

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

focusing the investigation of the effects on species which indicate the presence of other species.

In England, the extent of the appropriate assessment depends on the location, the size and the significance of the proposed plan or project, according to an official circular from the Office of the Deputy Prime Minister (ODPM) and the Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA) and English Nature advises on a case-by-case basis. The way in which English Nature views the appropriate assessment results from the Habitats Regulations Guidance Notes (HRGN) which it has drawn up. The supplement to these HRGN refers to information on the protected status of the area, the conservation objectives, currently available information, information on direct and indirect effects, temporary and permanent effects and the importance of these effects in relation to the nature, scale, geographic extent, location, duration and impact of the effects. There must also be information on the way in which these effects can be prevented by conditions and restrictions in agreements, for example.

In the Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*] a link is made with the conservation objectives of the area where the appropriate assessment is concerned. In the General Guide, specific points of special attention are listed which must be considered during the appropriate assessment.

### **Conclusion:**

*The requirements made of the appropriate assessment vary in the countries in the study. It can be concluded from Austrian and German case law, in particular, that far-reaching requirements are made. Where a comparison can be made between the various countries, it mainly concerns the fact that the specific situation in an area, the species and habitats to be protected there, and the conservation objectives as well as the seriousness of damage which may possibly be expected are important in determining the scope of the investigation.*

### *i. Mitigating measures*

See section 5.7

### *j. Public participation and legal protection*

In both Austria and Germany, there are very limited possibilities for public participation and legal protection available to citizens to contest an infringement of the implementation of national legislation putting Article 6(3) and (4) Hdir. into effect. Legislation (apart from that of one of the Austrian

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

*Länder*) says nothing specific here but, on the basis of the general provisions for access to legal actions for citizens, only owners and other stakeholders are entitled to these possibilities since their subjective rights may be harmed by decisions on plans and projects. The Austrian *Verwaltungsgerichtshof* considers that public participation and legal protection of citizens are not required since the European nature conservation directives concern the protection of a general interest and not the protection of the interests of the individual citizen.<sup>9</sup> Thus, the principle of relativity plays an important part in this judgment. The case is the same in Germany.

It is interesting to see that the fact that in eight of the nine Austrian *Länder* there is no provision in legislation at all for involvement of citizens is not regarded by the European Commission as an infringement of European law. Citizen involvement is not formulated as mandatory in Article 6(3) Hdir. Public participation is mandatory if there is also an EIA procedure but this derives from the EIA Directive and not from the Habitats Directive. It is questionable whether this restricted conception is compatible with the ruling. In Germany, the possibilities for public participation and legal protection for nature conservation organisations in certain kinds of decisions have been extended considerably in recent years by the *Bundesnaturschutzgesetz* [Federal Nature Conservation Act]. The *Länder* can offer more far-reaching possibilities for public participation and legal protection and, to some extent, have availed themselves of this opportunity with regard to nature conservation organisations.

Moreover, in the countries where access to the courts is relatively restricted, there is a great deal of case law on questions of admissibility. Restrictions of access to the courts have therefore led to a great deal of discussion on legal protection in this respect.

In England, it is decided in each specific case whether opportunities for public participation will be offered. Although we have not been able to include this in this study, DEFRA has indicated that often legal protection is available against sectoral decisions. Whether this possibility is available in a specific case largely depends on the question of whether the stakeholder has a *locus standi*.

In Sweden the question in which way the general public is consulted when deciding on projects which fall under art. 6 III and IV Hdir., depends

---

<sup>9</sup> Unlike the Netherlands, it is not possible in Austria to appeal to the directive obligations for the first time in appeals proceedings if this has not taken place in the administrative phase. Since the significance of the directive obligations only became apparent in Austria in recent years, similar to the Netherlands, this restriction has had important consequences for outstanding cases.



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

on the basis of which statutes the decision about the project in question is taken (e.g. physical planning law, statues on infrastructure or the environmental code itself). Usually, public participation is limited to the ‘affected public’ and environmental NGO’s. NGO’s have to have a certain size to be allowed to participate. The right to complain before courts is usually limited to ‘the public affected’ and NGO’s too. The Swedisch Environmental Protection Agency can go to court as well.

In Flanders, nature and environment organisations have access to the Belgian Council of State to contest decisions. In the proceedings concerning the *Deurganckdok*, this participation was set aside by the *Nooddecreet Deurganckdok* [Deurganckdok emergency decree] in which decision-making authority was allocated to the Flemish government with the agreement of the Flemish parliament. This agreement could only be contested in the *Arbitragehof* [Court of arbitration], which only tests for compatibility with the Constitution and does not test on the content of the decisions. This completely undermined the possibilities for legal protection for the decisions in connection with this project.

In the Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*] in the Netherlands, the choice was for preparation for permits under Section 3.4 of the General Administrative Law Act on the basis of which stakeholders can submit their views during the development phase. This may include nature and environmental organisations in the light of Article 1:3 GALA. This differs noticeably – and in our view not justifiably – from the choice which has been made for the preparation of permits on the basis of the Environmental Management Act [*Wet milieubeheer*] and many other environmental laws, for which everyone may submit their point of view. Access to the appeals procedure is also available to interested parties on the basis of Article 39 New Civil Code 1998 [*Nieuw burgerlijk wetboek*]. In the Netherlands there is no relativity review. Once an interested party has access to the proceedings, he or she can present all arguments against a decision no matter whether he or she has a specific interest with these arguments. In Germany and Austria, the relativity requirement is applied, but in Germany the right of ownership is recognised as a reason to challenge all possible wrongful acts in connection with decisions which can infringe on ownership.

**Conclusion:**

*If the public participation and possibilities for legal protection in the countries examined are compared with those of the Netherlands, then it seems that the opportunities for participation in legal actions in the Netherlands are much wider for interested citizens as well as for nature and environmental protection organisations. It is questionable whether some of the restrictions in force in other member countries can still fully hold after the Cockle fishing ruling.*

*k. Investigation of alternatives*

In Germany, England and the Netherlands in particular, the investigation of alternatives plays an important role and many of the discussions centre on the question of what is or what is not an alternative for a project or a plan. At the moment little is known on this in Austria, France and Flanders. In relation to Austria, it should be remarked here that limitation of the alternatives to be investigated can be deduced from the federal structure in judicial practice. The administration of an individual federal state (nature conservation) may not put up a decision of the central federal authority (for example the ministry of transport) for further discussion. In our opinion this is not compatible with the Habitats Directive. Support for this criticism could be found recently in the conclusion of the Advocate General in the action against Austria (see above). In Sweden there is not much discussion which alternatives have to be taken into account on the grounds of art. 6 IV Hdir. and which are not required. This question is one of the important questions at stake in the still pending Botnia-railway-case. In that case, it is discussed, whether an alternative has to be taken into account although the train will need more time on the alternative route. In Germany and the Netherlands, the objective of the plan or project plays an important part in the investigation of alternatives, and it seems that there is often a fairly easy acceptance of the proposition that no alternatives are available. Sometimes the courts carry out a critical examination as in the WCT case, and this can lead to the shattering of the formulated objectives and an investigation of the actual underlying objective. The General Guide examines the investigation of alternatives extensively. There is examination of the nature of the alternatives as well as of the points to consider in the investigation of alternatives. In Germany, the *Bundesverwaltungsgericht* [Federal administrative court] interprets the scope of the investigation of alternatives in such a way that alternatives leading to a poorer achievement of the objective must be included in the considerations in certain circumstances. An example is the adjustment of a planned route instead of building a new route. Strangely enough, the *Bundesverwaltungs-*

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

*gericht* [Federal administrative court] seems to examine alternatives, in particular, which can bring about all the objectives of a plan or project, without paying attention to the grounds for justification of the implementation of the plan or project, such as imperative reasons of overriding public interest. An alternative may therefore be rejected if it fails to comply with an objective which cannot be qualified as an imperative requirement of overriding public interest. It is questionable whether this is compatible with Article 6(4) Hdir. We do not think so. In the Dutch literature, it has long been advocated that the investigation of alternatives should be related to the grounds for justification in the Directive. In the German interpretation of the investigation of alternatives, the costs of alternatives are not relevant in principle, unless they are disproportionately high. The Dutch literature also assumes this starting point. The German mechanism assumes that, in the question whether an alternative may be excluded because of the higher costs or because the objective of the project will not be able to be achieved to the full extent, there may also be consideration of the adverse effect on the area.

In England, the case law offers no points of departure on the extent of the investigation of alternatives, but an official circular from ODPM/DEFRA indicates that it can include both an alternative location and an alternative manner of execution. This assumption is also made in literature and case law in the Netherlands.

### **Conclusion:**

*For some of the countries studied (Flanders, France, Sweden and parts of Austria), there is no clear picture of the content and scope of the investigation of alternatives on the basis of the case law and explanatory notes on legislation,*

*In Germany the investigation of alternatives is taken very seriously indeed but, like the Netherlands, the picture also varies in Germany. In several countries (Germany, Austria) we think (partly supported by the Advocate General at the European Court of Justice) we have discovered certain restrictions on the investigation of alternatives which are not compatible with the Directive.*

### *l. Imperative reasons of overriding public interest*

In Austria, there is no information available on the interpretation of the concept of imperative reasons of overriding public interest in the practice of implementation and in court decisions, since this has not actually been a matter for discussion. German case law provides several remarkable insights. First reference is made to the stringent regime of Article 4(4) of the Birds Directive during examination of interventions in bird conservation areas which have been classified but not designated. The interpretation of the cri-

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

terion of 'imperative reasons of overriding public interest' has twice been the subject of discussion in Germany in a decision on the construction of roads. In the first case, the reduction in the number of road casualties was regarded as sufficient imperative reason. The second case is more remarkable and refers to the function of the road to be constructed as a link between old federal states in Germany and new ones (former East Germany), and its importance for achieving comparable living conditions in these federal states. In view of the fact that this latter argument could be put forward for many plans and projects, it has been criticised in the literature, but it is not yet clear what the effects of this will be in practice. Finally it is pointed out that, in the case where there are priority habitats or species, not only must the Commission be consulted in accordance with the Directive but the *Bundesverwaltungsgericht* [Federal administrative court] tests more stringently for the presence of imperative reasons of overriding public interest. The general interest of public health is not judged to be sufficiently imperative in this case. It must be shown that the plan or the project is to preserve road users most specifically from dangers and that these must be more than just the general dangers involved in taking part in traffic. The decisions and the recommendations of the *Länder* also refer to this stringent judgment. The requirements demanded of the arguments as grounds for the imperative reasons of overriding public interest are related to the seriousness of the adverse effect on the protected values of an area.

In England, the website of DEFRA gives an explanation of the imperative reasons of overriding public interest that must be taken into consideration. There is reference to the need to address a serious risk to human health and public safety, the interests of national security and defence, a clear and demonstrable direct environmental benefit on a national or international scale, a vital contribution to strategic economic development or regeneration or where failure to proceed would have unacceptable social and/or economic consequences. More specifically, individual plans and projects which involve national interests will generally comply with these criteria. This often applies for important regional projects. Local projects are not excluded in advance, but it is less likely that the interest involved in these projects is of greater significance than the interests of protection of the areas to be conserved. During these considerations, the importance of an area within the network of Natura 2000 plays a role in the balancing of interests.

In Flanders, the criterion has only been discussed once in the proceedings concerning the Deurganckdok. In the *Nooddecreet* [Emergency decree], the realisation of the project was designated in advance as one of imperative reason of overriding public interest. The compatibility of this decree with the Hdir. avoided review by the courts, including review of the substance of the

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

matter. It is clear that the courts should be able to review the application of the criterion on its substance; otherwise legislation could be easily used to circumvent correct application of the criterion.

In France, there is criticism that the French legislation does not speak of an imperative reason of overriding public interest but of a *majeur* requirement of overriding public interest. This is viewed as an impairment of the provisions of the Directive. It seems that in practice the administration and some of the courts are very easily satisfied in the stating of requirements or imperative requirements of overriding public interest. In this way damage to an important wetland was accepted in order to build vineyards, and the highest court in France gave its consent.

In the Netherlands, the question as to the presence of imperative reasons of overriding public interest has been a repeated feature of discussions in court actions. Examples are – in the appropriate specific situation - housing construction, harbour extensions and the construction of roads. Although at first (IJburg I) an imperative requirement of overriding public interest was probably accepted relatively easily, it seems that the courts later became stricter (in particular WCT). The General Guide now contains an explanatory memorandum on this.

### **Conclusion:**

*In so far further information is available on the application in practice of the reasons of justification from Article 6(4) Hdir. (Germany, England, France and the Netherlands), a diverse picture develops. Examples of stringent (WTC) and less stringent review (IJburg I) can be found in the Netherlands. The same can be said of Germany. In France it seems that there is at least partly an impairment of the concept which is not in line with the directive.*

### *m. Compensation*

Where the assessment of compensatory measures is concerned, there are few court judgments in the countries involved, and literature on this subject is also scarce. But it is stressed in all the countries that compensation must be functional. The natural functions in the protected area which have been lost or damaged by the interference need to be repaired so that the coherence with Natura 2000 is not affected. Financial compensation is not regarded as sufficient in any of the countries.

It is interesting to note here that there is discussion in German literature on the moment that compensatory measures should be effected. Between the two extreme standpoints in which stringent requirements are set (compensation finalised before the interference takes place) or in which the approach to the compensation obligation is particularly pliant, it may be interesting to

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

point to a view which lies more in the middle and which amounts to not all compensatory measures being realised and in operation, but that it must be ensured that the natural system retains its mutual integrity. This seems to be a practical interpretation of what the European legislators had in mind. In both Dutch and English case law, there have been discussions as to the extent compensatory measures must be defined by law. In the English Humber case, the compensatory measures were set out in an agreement which could stand the test of criticism. A special feature of these proceedings was that there was an agreement before the obligation for compensation developed. The court judged that the execution of the compensation obligations was not undone or hampered. Moreover, it was considered that parties with various interests were involved in the agreement, including nature conservation organisations, and that the execution of this agreement could be demanded by those who represent the interests of nature, if the stakeholder in the decision should fail to realise the compensatory measures agreed on.

In the Netherlands, reference can be made to the ruling in the WCT case in which compensatory measures were set out in the regional plan without this being referred to as a concrete policy decision. The Administrative Law Division did not therefore regard this as necessary, although the ruling in Tweede Maasvlakte had found incorporation in spatial planning to be important. In Flanders, the Deurganckdok case provided confirmation, in particular, that compensation may not take place by designating areas which should have already been designated as special area of conservation in themselves. In the Netherlands, the General Guide has since included a number of basic principles for effecting compensatory measures. The Nature Conservation Act 1998 [*Natuurbeschermingswet 1998*] specifies emphatically that the initiator must propose the compensatory measures to be taken.

### **Conclusion:**

*Since this requirement forms the last element in the test to be carried out on the basis of Article 6(3) and (4) Hdir., it is not surprising that not a great deal is known of its actual application. There is agreement that financial compensation is not sufficient, but that the affected functions of the conservation area within Natura 2000 have in fact to be restored. There is also agreement that this functional fulfilment of the compensation requirement has consequences for the time that the compensation should be in place. At the micro level, there are various ways of looking at what this latter point signifies.*

n. *Who is responsible that this test can be carried out? Who must supply the necessary data? What are the consequences if insufficient data are available?*

In the member states there is very little case law on this. In Austria, the Semmering tunnel procedure, which has already been mentioned several times, is relevant. This seems to lead to the conclusion that the competent authority (*Naturschutzbehörde*) must show that significant effects will occur. In Germany, the responsibility for being able to carry out the test on well-founded grounds lies with the initiator and the competent authority. Opponents of projects cannot confine themselves to the standpoint that the assessment is not sufficient but they must also substantiate their point of view with evidence. In England, one of the HRGNs states that the competent authority must carry out the appropriate assessment. In the light of this, an initiator may be asked to provide all the necessary data.

6.6 *Does Article 6 Hdir. obstruct, whether temporarily or not, the planning and realisation of infrastructural works and other projects?*

The picture varies in the member countries. With regard to a number of countries, it may be concluded that – just like in the Netherlands – large projects have been delayed or have eventually not gone through. In connection with the situation in Austria, it should be mentioned that the habitats test takes place within the framework of environmental impact statements for large projects. It can be inferred from judicial decisions in Austria that considerable delays in infrastructural and other works occur regularly. These are projects like the construction of roads and railways as well as smaller projects like building golf courses. Often citizens avail themselves of the possibilities of legal protection in connection with the realisation of infrastructural projects, but extensive use is also made of the possibilities for public participation and legal protection for other projects. There are frequently lengthy procedures – sometimes longer than ten years. The judicial decisions lead to the conclusion that nature conservation arguments have increased in importance. There are also instances where proposals to carry out activities in Birds and Habitats Directive areas were eventually called off. Yet it seems as though the *Verwaltungsgerichtshof* [Austrian supreme administrative court] tries to circumvent the impediments arising from the obligations in the directives; judicial decisions show that assessed projects often take place in the end.

In Germany too, several projects have been considerably delayed in connection with imperfections in the test against the obligations arising from Article 6 Hdir. but there are also many judgments in which appeals have been turned down.

## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

In France a number of projects have been halted or delayed because of conflict with Article 6 Hdir., but some projects have been allowed in the past, despite the fact that they did not comply with the requirements of the Directive – at least in the eyes of the respondent. It seems that the influence of areas which have been notified for designation too late has been most explicit here. The French Council of State was, after all, of the opinion that without national designation it was not possible to test (directly) against Article 6 Hdir.

6.7 *If so, what type of activities are involved?*

See also 6.6

6.8 *What are usually the major arguments, where applicable, that determine whether a plan or project can be carried out?*

Austrian court decisions have dealt with various elements of Article 6 Hdir. In Germany, it is noticeable that there are still areas which, wrongfully, have not been designated as Birds Directive area. In these cases, the stringent test of Article 4(4) Hdir. has had to be applied and the result of this was that a number of projects could not be carried out. These projects include the construction of roads through areas not designated under the Birds Directive.

## 7. SOME CONCLUDING REMARKS

It is not our intention to recapitulate all that has been written, and yet we would like to point out one or two aspects which have caught our attention. Although Article 6 has by now been transposed reasonably well in most countries, this has taken a considerable period of time in almost all the countries and has led to the necessary friction, including litigation in the European Court of Justice. It is noticeable that these omissions have led to many problems in practice in the Netherlands, on account of the fact that the courts have compelled direct application of Article 6 Hdir. In France, on the other hand, it seems that projects that should have been tested against Article 6 Hdir. have long profited from a tardy transposition because of the fact that the highest court rejected a test against the requirements of the Habitats Directive. In a number of member states, the shortcomings in the transposition of Article 6 Hdir. still exist at micro level.



## COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

As with other dossiers (air quality)<sup>10</sup>, the courts are an extremely important factor in the question as to the role played by Article 6 Hdir. in practice. Within the EU, there are great differences in the way the judiciary fulfils this role. This is partly a question of differences in legal cultures, and it seems to some extent to be also explicitly linked to restrictions in access to the courts and the different way justice is administered. There seems to be a relationship between the role the courts either do, or do not play, and the meaning of Article 6 Hdir. in practice. If, for whatever reason, the courts in fact fail to fulfil a correcting role, it also seems that definitely less attention is paid to the application of Article 6 Hdir. in practice. Through this, situations occur in several countries where activities take place contrary to European law, regardless of the question whether Article 6 Hdir. has been transposed correctly into national law or not.

In many – but not all – countries, Article 6 Hdir. has led to much commotion and heated discussions. Article 6 Hdir. has also led to a considerable increase in administrative problems in many countries. In contrast, however, the interests of nature conservation have been given a clearly more distinct role in decision-making and are not easy to push to one side. It seems that considerable administrative problems mostly occur when Article 6 Hdir. has not been transposed correctly or is applied unsatisfactorily and that this leads to disputes in the courts. Correct application of the appropriate assessment in itself can also cause administrative problems, but these can be considerably lessened by the support offered by the government on the application of Article 6 Hdir. In some countries, attempts are made to keep the administrative problems resulting from the necessity of an appropriate assessment under control by relating the extent of the assessment to the seriousness of possible damage.

Sufficient facilitating measures by the government are extremely relevant for the question whether Article 6 Hdir. is being applied properly, i.e. in accordance with European law *and* with little bureaucracy for the citizen. Here it is not just about information and guidances on the application of Article 6 Hdir. but also about services to help citizens with the question of whether an appropriate assessment is necessary and with making such an assessment. It seems that this need for ‘assistance’ is particularly necessary in those countries with an integrated system. It seems that an expert centrally organised

---

<sup>10</sup> See Ch.W. Backes, Van Nieuwerburgh, T., The transposition of Directive 1999/30/EC in the law of several EC countries and regions and application of the limit values for NOx en PM 10 in practice, Centre for Environmental Law and Policy/NILOS 2005.

#### COMPARISON OF THE COUNTRY REPORTS

authority which can develop expertise on legal-policy as well as ecological questions concerning Article 6 Hdir. – like English Nature, for instance – can prove particularly beneficial for the quality of the application of Article 6 Hdir.

# Landesbericht Deutschland

## 1. METHODE, QUELLEN

*Welche Gesetzgebung wurde untersucht?*

Für den Bereich des Naturschutzes besteht gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 Grundgesetz eine Rahmenkompetenz des Bundes. Das heißt, dass der Bund einen gesetzlichen Rahmen erlassen darf, soweit dies zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich ist (Art. 72 Abs. 2 Grundgesetz). Den Ländern muss jedoch noch ein wesentlicher eigener Bereich zur Gesetzgebung überlassen bleiben. Zu unterscheiden sind dabei Rahmenvorschriften, die nicht direkt anwendbar sind und noch der landesrechtlichen Konkretisierung bedürfen und direkt anzuwendende Vorschriften. Letztere sollen der Ausnahmefall sein. Die Vorschriften zur Umsetzung von Art. 6 Habitatrichtlinie (im folgenden Hrl.), die §§ 33 bis 35 Bundesnaturschutzgesetz (im folgenden BNatSchG), sind seit der Novellierung des BNatSchG im Jahre 2002 zum großen Teil solche nicht direkt anwendbaren Rahmenvorschriften. Wohl direkt anwendbar sind § 35 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2, § 36 und § 37 Abs. 1. Den Ländern wurde gemäß Art. 75 Abs. 3 Grundgesetz eine Frist zur Umsetzung der §§ 33 bis 35 BNatSchG gesetzt, die am 8. Mai 2003 verstrichen ist. Nur ein Teil der Länder hat jedoch bis heute die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften erlassen, bzw. geändert. Wohl haben alle Länder Gesetze erlassen, die die Vorgängervorschriften, die §§19a ff BNatSchG, die seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1998 für die Umsetzung der Gebietsschutzbestimmungen aus der Habitatrichtlinie sorgten, in Landesrecht umformten. Es gibt also in allen Ländern Regelungen, die Art. 6 Hrl. umsetzen. Diese sind jedoch nicht immer abgestimmt auf das neue Bundesrecht.

Die §§ 34 und 35 BNatSchG gelten wohl als direkt anwendbares Recht, soweit Bundesbehörden Entscheidungen nach Bundesrecht treffen. Dies ist z.B. der Fall bei der Trassenbestimmungen von Eisenbahnen oder Bundesautobahnen. Insgesamt sind solche Entscheidungen von Bundesbehörden nach Bundesrecht jedoch eher selten.

Neben dem Vorschriften des BNatSchG bestehen Sonderregelungen im Immissionsschutzrecht und im Wasserrecht. § 35 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) und § 6 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) enthalten im Detail andere Vorschriften zur Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 Hrl. Auch darauf wird eingegangen.

Es stellt sich die Frage, ob sich die Untersuchung neben den bundesrechtlichen Rahmenvorschriften auch, zumindest selektiv, auf das Landesrecht erstrecken müsste. Dies scheint jedoch wenig sinnvoll. Zum einen beabsichtigt der Rahmen, den die §§ 33 ff BNatSchG abstecken, eine vollständige Umsetzung der Verpflichtungen aus Art. 6 Hrl. Anders als z.B. in Österreich, sind also die bundesrechtlichen Vorgaben sehr weitgehend und umfassend. Die umfangreiche Fachliteratur hierzu (und zu den Vorgängervorschriften der ehemaligen §§ 19c BNatSchG) befasst sich dann auch ausschließlich mit dem bundesrechtlichen Rahmenrecht und nicht mit den landesrechtlichen Vorschriften. Auch im Verfahren C-98/03 beim EuGH hat die Kommission sich, ebenfalls im Unterschied zum Verfahren gegen Österreich, nur auf das Bundesrecht bezogen. Gerichtliche Urteile, aus denen landesrechtliche Besonderheiten hervorgingen, haben wir nicht gefunden. Das ist auch nicht weiter verwunderlich. Das Landesrecht zur Umsetzung der §§ 33 ff BNatSchG ist ja auch noch sehr jung und noch wenig zur Anwendung gekommen. In einem Teil der Länder sind die §§ 33 ff BNatSchG noch gar nicht umgesetzt. Eine vergleichende Untersuchung des Rechts aller 16 Bundesländer wäre zu dem weder zweckmäßig, noch im gegebenen Zeitrahmen auch nur annähernd möglich.<sup>11</sup> Vergleichende Beschreibungen oder Analysen des Landesnaturschutzrechts, auf die zurückgegriffen werden könnte, gibt es so gut wie nicht. Für einige Fragen ist eine Befassung mit dem Landesrecht jedoch notwendig (z.B. für die Frage nach der zuständigen Behörde). Soweit für diese Fragen nicht auf sehr spärlich vorhandene Informationen über alle Landesgesetze zurückgegriffen werden kann, wurde dafür beispielhaft das Landesgesetz Nordrhein-Westfalens (Landschaftsgesetz Nordrhein-Westfalen, nachfolgend LG NRW) ausgewählt. Teilweise wurden auch Vorschriften aus anderen Bundesländern untersucht.

#### *Kontakt mit deutschen Fachleuten*

Da der Autor dieses Länderberichts das deutsche Naturschutzrecht auch vor dieser Untersuchung relativ gut kannte, ist, nach ersten Kontakten mit dem zuständigen Mitarbeiter im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Herrn. Dr. Lütkes, der Landesrapport selbstständig erstellt worden. Ein Konzept des Landesgutachtens wurde Herrn Dr. Lütkes mit einigen begleitenden Fragen vorgelegt und von ihm kommentiert. Sein Kommentar wurde in die Endversion eingearbeitet.

---

<sup>11</sup> Das Landesrecht ist zu finden in: K. Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Kommentar (Losebl.), C.F. Müller Verlag, Heidelberg, Band 2 und Band 3.

*Rechtsprechung und Literatur*

In Deutschland gibt es eine ganze Reihe von höchstrichterlichen Urteilen zum Art. 6 Hrl., jedoch kaum Urteile zu den deutschen Vorschriften zur Umsetzung der Verpflichtungen aus Art. 6 Hrl. Was das deutsche Recht betrifft, geht es vor allem um die §§19 c ff des BNatSchG alte Fassung. Nur ganz vereinzelt gibt es Urteile zu einigen landesrechtlichen Vorschriften zur Umsetzung der §§ 34 ff BNatSchG (neue Fassung). Die Ursache hierfür ist, dass die §§ 34 ff BNatSchG zum einen erst im Jahre 2002 in Kraft getreten sind und zum anderen zum großen Teil kein direkt anwendbares Recht beinhalten (s. hiernach unter 2.1). Sie müssen erst in Landesrecht umgesetzt werden. Das ist teilweise vor kurzem, teilweise noch nicht geschehen.

Viele Urteile sind in den einschlägigen Fachzeitschriften veröffentlicht und in den aktuellen Auflagen der wissenschaftlichen Kommentare besprochen. Um alle wichtigen aktuellen Entscheidungen zu berücksichtigen, wurde zudem auch die Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts (im folgenden BVerwG) eingesehen. Kurz vor Abschluss des Landesberichts wurde am 24. November 2005 der Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH im Verfahren C-98/03 veröffentlicht. In diesem Vertragsverletzungsverfahren hat die Kommission auch mehrerer Rügen zu Art. 6 Hrl. angeführt.

Über die Anforderungen an das nationale Recht und die nationale Verwaltung, die sich aus der Vogelschutzrichtlinie und der Habitatrictlinie ergeben, gibt es in Deutschland seit etwas 1998 eine kaum noch zu übersehende Fülle an Literatur. Vieles davon ist für die hier vorgenommene Untersuchung nicht relevant. Dies betrifft z.B. alle Beiträge zur Ausweisung von Schutzgebieten. Auch ist die umfangreiche Literatur, die die Rechtsfolgen des Art. 6 Hrl. kommentiert, für die hier vorgenommene Untersuchung zum großen Teil nicht besonders relevant. Es geht ja darum, wie Art. 6 Hrl. im deutschen Recht umgesetzt und vor allem in der behördlichen und gerichtlichen Praxis angewandt und ausgelegt wird. Auch dazu besteht rechtswissenschaftliche Literatur, allerdings schon sehr viel weniger.

Wichtig für die Praxis, und damit auch eine wichtige Quelle für den Landesrapport, sind auch die Empfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung, zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura 2000-Gebiete und Empfehlungen, Runderlasse u.ä. der Länder.

## 2. FRAGEN ÜBER DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN

- 2.1 *Wie ist art. 6, Abs. 2 bis 4 Hrl. umgesetzt? Können schon aufgrund des Gesetzestextes bemerkenswerte Unterschiede zur Umsetzung in den Niederlanden festgestellt werden?*

### *Bundes- und Landesrecht*

Wie schon unter 1. erwähnt, besteht im Naturschutz eine Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes. Seit 1998 und bis 2002 war Art. 6 Hrl. umgesetzt in überwiegend direkt anwendbarem Bundesrecht, nämlich den §§ 19 c ff BNatSchG. Ein Ziel der Gesetzesreform im Jahre 2002 war es, dem Rahmencharakter der Bundeskompetenz für Naturschutz, demzufolge direkt geltendes Bundesrecht die Ausnahme sein soll, wieder mehr Geltung zu verschaffen. Daher sind die jetzigen §§ 34 ff BNatSchG, ebenso wie die §§ 32, 33 zur Ausweisung von Natura 2000-Gebieten, zum aller größten Teil nicht direkt anwendbares Bundesrecht, das der Umsetzung in Landesrecht bedarf. Neben den §§ 34 ff BNatSchG sind also die gesetzlichen Vorschriften der 16 Bundesländer einschlägig. Aus o.g. Gründen werden diese jedoch nicht beschrieben.

### *Die Verträglichkeitsprüfung für Projekte (§ 34 BNatSchG) und ihre Beschränkungen*

§ 34 BNatSchG enthält die Verpflichtung Projekte vor ihrer Zulassung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebietes zu überprüfen. Projekte sind gemäß § 10 Abs. 1, Nr. 11 all die “Vorhaben und Maßnahmen” innerhalb eines Natura 2000-Gebietes, Eingriffe in Natur und Landschaft (auch außerhalb eines geschützten Gebietes) und nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen und nach dem Wasserhaushaltsgesetz zu erlaubende Gewässerbenutzungen, die “geeignet sind”, ein geschütztes Gebiet “erheblich zu beeinträchtigen”. Ergibt die Überprüfung, dass das Projekt zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebietes “in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen” führen kann, ist es nur unter den Voraussetzungen der Abs. 3 und 4 zulässig. Diese enthalten die Umsetzung des Art. 6 Abs. 4 Hrl.

An § 34 i.V.m. der Definition von “Projekten” in § 10 fällt zunächst auf, dass die Verträglichkeitsprüfung beschränkt ist auf Vorhaben, die nach anderen Rechtsvorschriften genehmigungs- oder anzeigepflichtig sind. Weder das BNatSchG, noch das Landesrecht (soweit untersucht) enthalten Vorschriften über die Zuständigkeit bei Eingriffen in Natura 2000-Gebiete, die keiner

sonstigen Genehmigung oder Anzeige bedürfen. Es wird nicht für möglich erachtet, dass es Eingriffe gibt, die ein Natura 2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen können, aber keiner Genehmigungs- oder Anzeigepflicht unterworfen sind. Mit diesem Argument hat sich die Bundesrepublik auch verteidigt im Verfahren. Dies erscheint uns schwerlich richtig. Zu denken ist an bestimmte land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten, Unterhaltungsmaßnahmen an Wegen und Gewässern, nicht genehmigungs- und anzeigepflichtige Emissionsanlagen und Gewässerbenutzungen (z.B. durch den Eigentümer eines Gewässers) und nicht genehmigungs- und anzeigepflichtige Änderungen von genehmigten Projekten usw. All dies unterfällt nach § 34 BNatSchG nicht der Verträglichkeitsprüfung. Die Kommission hat dies als eine unzureichende Umsetzung der EG-rechtlichen Verpflichtungen gewertet.<sup>12</sup> Auch der Generalanwalt ist dieser Ansicht.<sup>13</sup>

Auch sehen die Kommission und ihr folgend einige Autoren in der Definition des Begriffs "Projekt" eine Beschränkung der externen Wirkung von Art. 6 Abs. 3 Hrl.<sup>14</sup> Das vermögen wir nicht nachzuvollziehen. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 11 b unterfallen auch alle Eingriffe dem Projektebegriff. Dies gilt auch für Eingriffe außerhalb des Schutzgebietes. Es ist u.E unter Berücksichtigung der Definition von "Eingriff" in § 18 BNatSchG, mit Ausnahme der nicht genehmigungs- oder anzeigepflichtigen Handlungen, nicht vorstellbar, dass ein Projekt eine erheblich Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebietes nach sich zieht, aber nicht als Eingriff zu werten ist. Der Generalanwalt sieht dies jedoch anders und schlägt vor, Deutschland auch in diesem Punkte zu verurteilen.<sup>15</sup>

Zu erwähnen ist, dass § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG bestimmt, dass sich die Maßstäbe für die Verträglichkeit in Gebieten, die als Naturschutzgebiet, Nationalpark, Landschaftsschutzgebiet usw. angewiesen sind (§ 22 BNatSchG) aus dem Schutzzweck und den für diese Gebiete jeweils erlassenen Gebietsverordnung ergibt. Ein Gebiet, das als Natura 2000-Gebiet angewiesen wurde oder wird, kann gleichzeitig ein andersartiges Schutzgebiet sein. Grundsätzlich gelten die entsprechenden Normen des BNatSchG für Natura 2000-Gebiete und andere Arten von Schutzgebieten nebeneinander und füllen einander an. § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG enthält also eine Kollisionsnorm für einen Teilaspekt. Das genügt nur dann den Anforderungen des

<sup>12</sup> M. Wallström, Unzureichende Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die 2. Novelle zum BNatSchG und das BauGB, NuR 2000, S. 625 f.; s. auch V. Wirths, Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, S. 152 f.

<sup>13</sup> Schlussantrag Rechtssache C-98/03, Erwägungen 35-38.

<sup>14</sup> S. die Nachweise in der vorigen Fußnote.

<sup>15</sup> Schlussantrag Rechtssache C-98/03, Erwägungen 35-38.

Art. 6 Abs. 3 Hrl., wenn diese Gebietsverordnungen ihrerseits auch den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 Hrl. entsprechen, z.B. nach Anpassung. Da § 34 BNatSchG einen solchen Vorbehalt nicht macht, hat die Kommission auch hierin eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 gesehen.<sup>16</sup>

Eine weitere Frage ist, ob § 34 Abs. 1 BNatSchG auch insoweit eine Beschränkung des Art. 6 Abs. 3 Hrl. bedeutet, als abgestellt wird auf eine erhebliche Beeinträchtigung eines Gebietes "in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen." Art. 6 Abs. 3 spricht hingegen schlichter von Projekten die "ein Gebiet erheblich beeinträchtigen können". In der Literatur wird hierin teilweise eine (unzulässige) Beschränkung gesehen.<sup>17</sup> Die Kommission hat dies jedoch nicht bemängelt. Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht befasst.

*Sondervorschrift für Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz*

Neben § 34 BNatSchG gibt es noch andere Vorschriften, die für bestimmte spezielle Arten von Projekten eigene Regelungen der Verträglichkeitsprüfung enthalten. So bestimmt § 36 BNatSchG, dass die Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz für eine Anlage zu versagen ist, wenn die Emissionen der Anlage, eventuell im Zusammenwirken mit anderen Anlagen, ein Natura 2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen, sofern diese Beeinträchtigungen nicht im Sinne der Eingriffsregelung (§ 19 Abs. 2 BNatSchG) ausgeglichen werden können. Eine Genehmigung kann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG erfüllt sind.

Diese Vorschrift, die als *lex specialis* die Anwendung der allgemeinen Verträglichkeitsprüfungsregelung in § 34 (Abs. 1) BNatSchG ausschließt, mag verwundern. Zum einen beschränkt sie die Verträglichkeitsprüfung auf die negativen Folgen von Emissionen "im Einwirkungsbereich dieser Anlage". Was das heißt, ist in der TA Luft (s. dort unter 2.6.2.2.2) und der Rechtsprechung zum Immissionsschutz klargestellt worden und hängt u.a. ab von der Höhe des Schornsteins einer Anlage. Die Kommission und mit ihr der

---

<sup>16</sup> M. Wallström, Unzureichende Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die 2. Novelle zum BNatSchG und das BauGB, NuR 2000, S. 626.; s. aber anderer Ansicht V. Wirths, Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, S. 153. Wir teilen jedoch die Ansicht der Kommission, nicht die von Herrn Wirths.

<sup>17</sup> S. z.B. M. Gellermann, Habitatschutz in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2005, S. 433 ff insb. S. 437 f.



Generalanwalt sind der Auffassung, dass damit nicht alle möglichen Einwirkungen erfasst werden.<sup>18</sup>

Desweiteren sieht § 34 die Möglichkeit der Kompensation schon vor der Alternativenprüfung und dem Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses vor. Dabei wird zudem auf die Ausgleichsmöglichkeiten im Sinne des § 19 BNatSchG (Eingriffsregelung) verwiesen, die großzügiger sind als die des § 34 Abs. 4 BNatSchG, bzw. des Art. 6 Abs. 4 Hrl. Auch diese beiden Punkte werden durch die Kommission, u.E. zu Recht, bemängelt.<sup>19</sup> Allerdings scheint die Kommission dieses Vorbringen im Laufe des Verfahrens fallen gelassen zu haben. Im Schlussantrag des Generalanwalts wird diese Rüge nicht erwähnt. Unsere Bedenken an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem EG-Recht werden dadurch jedoch nicht ausgeräumt.

*Ausnahme für Vorhaben die möglich sind auf Grund eines Bebauungsplanes oder während der Aufstellung eines Bebauungsplanes*

§ 37 BNatSchG bestimmt, dass keine Verträglichkeitsprüfung nach § 34 nötig ist für Vorhaben in Gebieten, in denen ein Bebauungsplan gilt. Gleiches gilt für nach dem Baugesetzbuch während der Aufstellung eines Bebauungsplanes genehmigungsfähige Vorhaben. Die Bedeutung des § 37 BNatSchG ist also erheblich. Die Ratio dieser Vorschrift ist, dass Bebauungspläne ihrerseits einer Verträglichkeitsprüfung nach den Maßstäben des Art. 6 Abs. 3 Hrl. unterliegen (dazu sogleich mehr). Auch geht der Gesetzgeber davon aus, dass die deutschen Vorschriften über die Genehmigungsmöglichkeiten während der Planaufstellung sicherstellen, dass den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. genügt wird.

Die Tatsache, dass Bauleitpläne seit in Kraft treten des § 35 BNatSchG (bzw. seines Vorgängers § 19d BNatSchG) einer Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind (s. hiernach), bedeutet jedoch nicht, dass alle bestehenden (auch die alten) Pläne einer solchen Prüfung auch unterzogen worden sind. Zudem weist die Kommission darauf hin, dass die Prüfung eines umfassenderen Bauleitplanes keinesfalls ausschließt, dass bei einer konkreten Genehmigungsentscheidung zusätzlich eine ergänzende Prüfung nötig sein kann. Schließlich bemängelt die Kommission die Möglichkeit, Projekte während der Phase der Aufstellung eines Bebauungsplanes ohne Verträglichkeitsprüfung zuzulassen.<sup>20</sup> Auch diese Rüge hat die Kommission jedoch

<sup>18</sup> Schlussantrag Rechtssache C-98/03, Erwägungen 45.

<sup>19</sup> M. Wallström, Unzureichende Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die 2. Novelle zum BNatSchG und das BauGB, NuR 2000, S. 626.

<sup>20</sup> M. Wallström, Unzureichende Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die 2. Novelle zum BNatSchG und das BauGB, NuR 2000, S. 626.

offensichtlich im Laufe des Vertragsverletzungsverfahrens fallen lassen. Sie wird im Schlussantrag des Generalanwalts nicht mehr erwähnt.

*Die Verträglichkeitsprüfung für Pläne*

Gemäß § 35 BNatSchG ist § 34 entsprechend anzuwenden bei Plänen. Der Begriff "Plan" ist in §10 Abs. 1 Nr. 12 BNatSchG näher definiert. Nach § 34 BNatSchG geht es dabei um Bauleitpläne und Satzungen nach dem Baugesetzbuch, aber auch um Linienbestimmungen von Straßen, Wasserstraßen usw. und strategischen Raumordnungsplänen. Der zweite Satz des § 35 BNatSchG, nach dem § 34 Satz 1 nicht zu gelten scheint für Bebauungspläne ist nur verständlich, wenn man § 1a Abs. 2 Nr. 4 Baugesetzbuch zusätzlich liest. Dort ist nämlich die Anwendung des § 34 BNatSchG auf Bauleitpläne angeordnet. § 35 will also lediglich eine Doppelregelung derselben Verpflichtung vermeiden.

*2.2 Um welche Art Regelungen geht es (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften...)?*

Das BNatSchG und alle dies umsetzenden Bestimmungen in den Bundesländern sind formelle Gesetze.

*2.3 Hat man in einem Naturschutzgesetz umgesetzt oder geht es um ein integrales Umweltgesetz, in dem auch andere Materien (Umwelt, Wasser, Raumordnung) geregelt sind?*

In der Vergangenheit ist in Deutschland mit viel Aufwand und Energie gearbeitet worden an einem integralen Umweltgesetzbuch, das auch das (Bundes)Naturschutzrecht umfassen sollte.<sup>21</sup> Zu einem konkreten Ergebnis in Form eines im Parlament eingebrachten Gesetzesentwurfs haben diese Bemühungen jedoch nicht geführt. Als offizieller Grund für das Scheitern dieser Bestrebungen wurde der Mangel an Gesetzgebungskompetenz des Bundes angegeben. Es sei dahingestellt und bedarf hier keiner näheren Erläuterung, ob dies auch der tatsächliche Hauptgrund gewesen ist. Das Thema eines integralen Umweltgesetzbuchs ist bis auf weiteres erst einmal vom Tisch. Die Naturschutzgesetze des Bundes und der Länder regeln daher noch immer nur den Naturschutz.

---

<sup>21</sup> S. vor allem Bundesministerium Für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Red.), Umweltgesetzbuch, (UGB-KomE), Berlin 1998.

2.4 *Sind im gleichen Gesetz auch die Artenschutzbestimmungen umgesetzt?*

Ja, sowohl das BNatSchG, wie auch die Naturschutzgesetze aller Bundesländer regeln auch den Artenschutz.

2.5 *Welche Behörde ist zuständig für die Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften?*

Gemeinsam gilt für alle Bundesländer, dass die Anwendung des Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl (Verträglichkeitsprüfung und Zulassung von Projekten und Plänen) der jeweiligen Behörde übertragen ist, die über die Genehmigung eines Projektes oder Planes entscheidet oder eine Anzeige über ein Vorhaben entgegenzunehmen hat. Dies ist nicht die Naturschutzbehörde, sondern z.B. die Bauordnungsbehörde oder die Straßenplanungsbehörde. Anders ist dies wohl in Bayern, wo die Naturschutzbehörde selbst eine Entscheidung über eine Befreiung von Gebietsschutzvorschriften treffen muss.<sup>22</sup> Die jeweils zuständige Fachbehörde hat ihre die Verträglichkeitsprüfung meist im "Benehmen" mit der jeweils zuständigen Naturschutzbehörde durchzuführen. "Im Benehmen" heißt, dass die Naturschutzbehörde eine fachliche Stellungnahme abgeben muss, die entscheidende Fachbehörde daran letztlich aber nicht gebunden ist. In manchen landesrechtlichen Regelungen ist, zumindest für manche Fälle, jedoch auch ein "Einvernehmen" vorgesehen. Das heißt, dass die Naturschutzbehörde ihr Einverständnis erteilen muss, also ein Vetorecht hat.<sup>23</sup> Die deutsche Regelung ist also vergleichbar mit der im Gesetzesentwurf der niederländischen Regierung vom Dezember 2001 vorgesehenen, aber später nicht verwirklichten sogenannten "integralen Lösung".

Welche Behörden im einzelnen für die Zulassung von bestimmten Projekten zuständig sind, ist teils im Bundesrecht, größtenteils jedoch im Landesrecht geregelt und unterscheidet sich teilweise. Landesrechtliche Unterschiede gibt es auch hinsichtlich der für die Stellungnahme zuständigen Naturschutzbehörde. In Nordrhein-Westfalen ist dies z.B. gekoppelt an die Verwaltungsebene der für die Entscheidung letztendlich zuständigen Fachbehörde. Geht es z.B. um einen Bauantrag für ein Hotel in einem Natura 2000-Gebiet, so ist die über diesen Antrag entscheidende zuständige Bauordnungsbehörde der Kreis oder die kreisfreie Stadt. Diese hat dann im Be-

<sup>22</sup> So U. Hösch, Die FFH-Verträglichkeitsprüfung im System der Planfeststellung, NuR 2004, S. 212. Die Gesetzgebung Bayerns wurde allerdings durch uns nicht untersucht.

<sup>23</sup> S. z.B. Verordnung zur vorläufigen Regelung der zuständigen Behörden für den Vollzug des Artikels 6 Abs. 3 und 4 der FFH-Richtlinie des Landes Brandenburg vom 30. Mai 2003, GVBl. Brandenburg II/03, S. 340, § 1.

nehmen mit der unteren Landschaftsbehörde zu entscheiden. Die Aufgaben der unteren Landschaftsbehörde werden ebenfalls von den Kreisen und kreisfreien Städten wahrgenommen. Ist die entscheidende Behörde jedoch die Bezirksregierung oder das Landesministerium, so wird die Naturschutzbehörde auf dieser Verwaltungsebene beteiligt. Einige Bundesländer haben eigene Rechtsvorschriften erlassen, die die Zuständigkeit für die FFH-Verträglichkeitsprüfung gesondert regeln. So gilt in Brandenburg z.B. die Verordnung zur vorläufigen Regelung der zuständigen Behörden für den Vollzug des Artikels 6 Abs. 3 und 4 der FFH-Richtlinie vom 30. Mai 2003.<sup>24</sup>

Im BNatSchG und im LG NRW fehlen Regelungen für eine Frist zur Abgabe der Stellungnahme durch die Naturschutzbehörde und eine Regelung für den Fall, dass eine solche Stellungnahme nicht (fristgerecht?) erfolgt.

Im Landesrecht anderer Länder sind solche Regelungen teilweise wohl enthalten. So bestimmt § 1 der entsprechenden brandenburgischen Verordnung, dass das Einvernehmen der Naturschutzbehörde als erteilt zu gelten hat (fiktive Zustimmung), wenn es nicht binnen zweier Monate verweigert wird. Dies scheint uns EG-rechtlich nicht zu beanstanden, da die Verträglichkeitsprüfung auch in solchen Fällen grundsätzlich von der Zulassungsbehörde und nicht von der Naturschutzbehörde durchzuführen ist. Eine fiktive Zustimmung der Naturschutzbehörde ersetzt die eigene Prüfung durch die Zulassungsbehörde also nicht. Gleichwohl ist es fraglich, ob die Zulassungsbehörden in einem solchen Fall immer in der Lage sind, eine Prüfung fachlich kompetent durchzuführen. Die Beteiligung der Naturschutzbehörde dient ja gerade dazu, deren Fachkenntnis im Verfahren zu nutzen.

Bundesrechtlich zwingend vorgegeben ist die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit in Fällen, in denen gemäß § 34 Abs. 4 BNatSchG (Art. 6 Abs. 4 Hrl.) die Kommission um eine Stellungnahme ersucht werden muss. Werden prioritäre Arten oder Biotop durch ein Projekt oder einen Plan erheblich beeinträchtigt und soll eine Genehmigung trotzdem, und zwar aus "sonstigen Gründen" erteilt werden, muss die nach Landesrecht zuständige Behörde das genannte Bundesministerium zuvor benachrichtigen. Das Bundesministerium holt dann die Stellungnahme der Kommission ein. Das Bundesministerium muss gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG auch über die Ausgleichsmaßnahmen unterrichtet werden, die im Falle einer Genehmigung trotz erheblicher Beeinträchtigungen eines Natura 2000-Gebietes durchgeführt werden. Das Bundesministerium leitet diese Informationen weiter an die Europäische Kommission.

---

<sup>24</sup> GVBl. des Landes Brandenburg II/03 S.340.

2.6 *Wird in der einschlägigen Gesetzgebung unterschieden zwischen bestehenden Nutzungen und neuen Nutzungen? Wenn ja, in welcher Weise?*

Der in der Hrl. angelegte Unterschied zwischen bestehenden Nutzungen (Art. 6 Abs. 2 Hrl.) und zukünftigen Nutzungen (Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl.) findet sich entsprechend auch im deutschen Recht. § 33 enthält die allgemeinen Anforderungen an das in Natura 2000-Gebieten geltende Schutzregime. Darunter fallen auch bestehende Nutzungen. § 34 befasst sich mit Projekten, § 35 mit Plänen. Schon dieser Überschrift nach, sicher aber unter Zuhilfenahme der Definitionen von "Projekt" und "Plan" in § 10, Abs. 1, Nr. 11 und Nr. 12 BNatSchG, ergibt sich, dass damit zukünftige Nutzungen gemeint sind ("Vorhaben"). Deutlicher als im niederländischen Recht ist schon dem Wortlaut nach, dass unter den Begriff eines "Projekts" auch schon längere Zeit ausgeübte Nutzungen fallen, die jedoch periodisch neu genehmigt werden müssen. Projekte sind nämlich "Vorhaben und Maßnahmen...sofern sie einer behördlichen Entscheidung oder einer Anzeige an eine Behörde bedürfen oder von einer Behörde durchgeführt werden" (10, Abs. 1, Nr. 11 BNatSchG). Darunter fallen dem Wortlaut nach eindeutig auch schon länger ausgeübte Nutzungen, die jedoch neu genehmigt werden müssen.

§ 33 BNatSchG bestimmt, dass Natura 2000-Gebiete zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft (dieser Begriff wird später noch erläutert werden) zu erklären sind. Für jedes Gebiet ist eine Rechtsverordnungen zu erlassen. In diesen Rechtsverordnungen müssen "Gebote und Verbote" aufgenommen werden, die sicherstellen "dass den Anforderungen des Art. 6 der Richtlinie 92/43/EG entsprochen wird." Zum gleichen Zweck müssen neben den Ge- und Verboten in den Gebietsverordnungen auch (tatsächliche) Pflege- und Entwicklungsmaßnahmen getroffen werden. § 33 BNatSchG erstreckt sich damit dem Wortlaut nach auch auf bestehende Nutzungen. In der wissenschaftlichen Literatur und Praxis scheint dies jedoch nicht unbedingt so verstanden zu werden. So weist die Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA) darauf hin, dass genehmigte Projekte sowie rechtmäßige Zulassungen und die zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßnahmen Bestandsschutz" genießen.<sup>25</sup> Es ist uns nicht ganz deutlich, ob sich dies nur auf § 34 BNatSchG bezieht, oder generell bedeutet, dass genehmigte Projekte und bestehende Nutzungen nicht beschränkt werden dürfen, um einen dem Art. 6 Hrl. hinreichenden Schutz zu gewährleis-

---

<sup>25</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (LANA-Empfehlungen), NuR 2004, S. 298.

ten. Für eine weniger weitgehende, nur auf § 34 BNatSchG, nicht aber auf § 33 BNatSchG sich beziehende Lesung spricht, dass die LANA-Empfehlungen insgesamt ausschließlich die nach § 34 BNatSchG erforderliche Verträglichkeitsprüfung betreffen. Unseren Erachtens nach lässt § 33 eine Lesung nach der aus Bestandschutzgründen bestehende Nutzungen nicht beschränkt werden können, schon deshalb nicht zu, weil § 33 BNatSchG eine dynamische Verweisung auf den gesamten Art. 6 Hrl enthält und somit alle gemäß Art. 6 Hrl. notwendigen Maßnahmen betrifft. Darunter fallen auch Beschränkungen von bestehenden Nutzungen, falls dies erforderlich ist, um den Anforderungen insbesondere des Art. 6, Abs. 2 Hrl. zu genügen. Erstaunlich ist, dass die Frage der Behandlung bestehender Nutzungen weder in der umfangreichen Literatur, noch in der Rechtsprechung substantielle Aufmerksamkeit genießt.

*2.7 Ist die Möglichkeit von mitigierenden Maßnahmen gesetzlich verankert? Wenn ja, wie ist dies definiert?*

Gesetzliche Bestimmungen, die ausdrücklich mitigierende Maßnahmen behandeln, enthalten

die untersuchten deutschen Gesetze nicht. Zu berücksichtigen ist aber, das u.E. die EG-rechtlich zwingend vorzuschreibende Alternativprüfung die Prüfung von mitigierenden Maßnahmen impliziert. In der Praxis werden die deutschen Vorschriften auch so ausgelegt und angewandt, dass mitigierende Maßnahmen bei der Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen sind. In den Empfehlungen der "Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung" wird insoweit gesprochen von "Schadensbegrenzungsmaßnahmen, insbesondere Projektmodifikationen, die zu geringeren Eingriffen führen".<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung (LANA-Empfehlungen), NuR 2004, S. 302. S. auch Froelich & Spoerbeck, Leitfaden zur Durchführung von FFH-Verträglichkeitsuntersuchungen in Nordrhein-Westfalen, Bochum 2002, S. 38 ff. S. auch Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 1. Dezember 2004, (Emssperrwerk), Begründung 4.3.3

**3. FRAGEN HINSICHTLICH DER INTERPRETATION DES ART. 6 HRL. IN RICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGEN UND IN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN LITERATUR**

*3.1 Sind die Richter und andere Fachleute der Auffassung, dass art. 6 Hrl. in Deutschland korrekt umgesetzt wurde?*

Die Bundesrepublik Deutschland wurde bisher zwei Mal durch den EuGH verurteilt wegen einer Verletzung der Verpflichtungen aus der Vogelschutzrichtlinie und der Habitatrichtlinie. Eine erste Verurteilung aus dem Jahre 1997 betraf die unzureichende Umsetzung etlicher Richtlinienbestimmungen,<sup>27</sup> eine zweite Verurteilung aus dem Jahre 2001 befasste sich mit der unzureichenden Ausweisung von zu schützenden Gebieten.<sup>28</sup> Mit Brief vom 4. April 2000 hat die Europäische Kommission ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren in Gang gesetzt, das wiederum die unzureichende Umsetzung mehrerer Bestimmungen aus der Habitatrichtlinie in deutsches Recht betrifft. Dieses Verfahren bezieht sich auf die seit 1998 geltenden §§ 19a ff BNatSchG, die noch heute als §§ 33 ff BNatSchG inhaltlich so gut wie unverändert fortgelten. In diesem Verfahren hat der Generalanwalt, wie schon erwähnt, kurz vor Abschluss dieses Landesberichts am 24. November 2005 seinen Schlussantrag gestellt. Der Schlussantrag konnte daher noch in den Landesbericht eingearbeitet werden. Die Kommission scheint nicht alle Punkte, die in ihrem Mahnschreiben angeführt waren, in der Klageschrift weiter verfolgt zu haben. In allen Punkten, die die Kommission schließlich dem Gericht vorgelegt hat, bekommt sie vom Generalanwalt Recht. Dabei geht es ausschließlich um den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. Diesbezüglich sind Kommission und Generalanwalt also der Ansicht, dass das deutsche Recht in mehrerer Hinsicht nicht den Anforderungen der Richtlinie entspricht. Da das deutsche Recht diesbezüglich nach Zusendung der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht mehr geändert wurde, gelten diese Vorwürfe in gleichem Maße für das derzeit geltende Recht.

Wie schon erwähnt gibt es kaum Urteilen, in denen das deutsche Recht zur Umsetzung des Art. 6 Hrl. zur Anwendung und damit auch zur Überprüfung kommt. In den Urteilen, in denen deutsches Recht angewandt wird, werden keine Zweifel an der Konformität des deutschen Rechts mit dem Richtlinienrecht geäußert.

<sup>27</sup> EuGH v. 11. Dezember 1997, C-83/97, NuR 1998, S. 194 ff.

<sup>28</sup> EuGH v. 11. September 2001, C-71/99, NuR 2002, S. 151 ff.

Anders ist dies in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Hier sind wiederholt erhebliche Zweifel daran geäußert worden, ob das deutsche Recht den Anforderungen der Richtlinie genügt. Dies gilt sowohl für das bis 2002 geltende Recht (die §§ 19a ff BNatSchG), als für das inhaltlich weitgehend gleiche heute geltende Recht (§§ 33 ff BNatSchG). In der Literatur wird dabei unter anderem Bezug genommen auf das noch laufende das Vertragsverletzungsverfahren wegen inhaltlich unzureichender Umsetzung u.a. von Art. 6 Hrl.<sup>29</sup> Im folgenden wird bei der Behandlung der entsprechenden Detailfragen auf in der Literatur geäußerte Zweifel an der Konformität deutschen Rechts mit EG-rechtlichen Vorgaben eingegangen.

Eine genaue Klärung der Frage, ob das deutsche Recht den Anforderungen der Richtlinie genügt, ist schwierig, da dazu neben dem Bundesrecht sich regelmäßig ändernde Gesetze aus allen 16 Bundesländern eingehend analysiert werden müssten. Eine solche Analyse ist in Deutschland, soweit uns ersichtlich, noch von niemandem vorgenommen worden. Auch die Kommission hat sich, anders als z.B. in Österreich, nicht ersichtlich mit dem Landesrecht befasst. Soweit Umsetzungsdefizite besprochen und angemahnt werden, bezieht man sich dabei auf das, als Rahmenrecht garnicht direkt anwendbare, Bundesrecht.

3.2 *Falls die Antwort bei 3.1 ja lautet: welche Rolle spielt Art. 6 Hrl. dann noch in konkreten Entscheidungen der Verwaltung und in richterlichen Entscheidungen?*

Obwohl das BVerwG bisher davon auszugehen scheint, dass die §§ 33 ff BNatSchG den Anforderungen der Richtlinie genügt, spielt Art. 6 Hrl. eine große Rolle in der Rechtsprechung. Die §§ 33 ff BNatSchG sind ja nicht direkt anwendbar. Landesrecht zur Umsetzung der §§ 33 ff BNatSchG existiert, bzw. existierte im Zeitpunkt der zur Diskussion stehenden behördlichen Entscheidungen meist noch nicht. Zudem war das deutsche Recht vielfach auch darum nicht anwendbar, weil nicht nach deutschem Recht ausgewiesene, sondern "faktische" Vogelschutzgebiete und "potentielle" Habitatgebiete zur Diskussion standen. Das BVerwG und die untergeordneten Verwaltungsgerichte wenden Art. 6, zumindest Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. daher direkt an.

Das BVerwG wendet den Art. 6 (Abs. 3 und 4) Hrl. je nach rechtlicher Qualifikation des betroffenen Gebietes unterschiedlich an. Bei der nachfol-

---

<sup>29</sup> S. z.B. V. Wirths, Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, S. 150 ff mit Hinweisen auf weitere kritische Literatur vor allem in Fußnote 10.



genden Übersicht ist stets davon ausgegangen, dass nationales Recht, bzw. Landesrecht zur Umsetzung des Art. 6 Hrl. zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung nicht bestand. Zu unterscheiden sind:<sup>30</sup>

- faktische Vogelschutzgebiete
- nach nationalem Recht ausgewiesene Vogelschutzgebiete
- Habitatgebiete nach Aufnahme in die kommunautaire Liste, aber vor Ausweisung nach nationalem Recht
- gemeldete, aber noch nicht in die kommunautaire Liste aufgenommene Habitatgebiete
- nicht gemeldete Habitatgebiete, deren Aufnahme auf die Liste sich aufdrängt
- sonstige potentielle Habitatgebiete

Faktische Vogelschutzgebiete sind nicht als Vogelschutzgebiete nach nationalem Recht ausgewiesene Gebiete, die jedoch ornithologischen Kriterien zufolge gemeldet und ausgewiesen hätten müssen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH wendet das BVerwG in solchen Gebieten Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie direkt an.<sup>31</sup> Dies gilt auch für Gebiete, die zwar nach Brüssel gemeldet, aber noch nicht ausgewiesen worden sind. Erst nach formeller Ausweisung aufgrund nationalen Rechts wendet das BVerwG Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. an. Sogar eine vorläufige Unterschutzstellung nach nationalem Recht ist nicht ausreichend um einen "Schutzgebietswechsel" zu bewirken.<sup>32</sup> Es gibt zur Zeit noch in größerem Umfang solche, noch nicht nach deutschem Recht ausgewiesene (faktische) Vogelschutzgebiete. .

Über Habitatrictliniengebiete, die zwar auf der gemeinschaftlichen Liste stehen, aber noch nicht nach nationalem Recht ausgewiesen sind, hatte das BVerwG noch nicht zu entscheiden. § 10 Abs. 6 BNatSchG bestimmt, dass die Gebiete die auf die gemeinschaftliche Liste aufgenommen wurden im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden müssen. Marzik und Wilrich zufolge hat diese Bekanntmachung unmittelbar nach Veröffentlichung der Liste zu geschehen.<sup>33</sup> § 33 Abs. 5 BNatSchG verfügt für solche bekanntge-

<sup>30</sup> S. hierzu z.B. BVerwG 15. Januar 2004, NuR 2004, S. 366 ff. In diesem Urteil kommen fast alle hier unterschiedenen Gebietskategorien zur Anwendung. S. auch A. Bönsel und D. Hönig, Konsequenzen beim Schutzregimewechsel von der Vogelschutzrichtlinie zur Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, NuR 2004, S. 710 ff. sowie U. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 348 ff.

<sup>31</sup> Z.B. BVerwG 1. April 2004, NuR 2004, S. 524 ff.

<sup>32</sup> BVerwG 1. April 2004, NuR 2004, S. 526 f.

<sup>33</sup> U. Marzik und T. Wilrich, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Nomos Baden Baden 2003, § 10, Anm. 110.

machte, aber noch nicht förmlich unter Schutz gestellte Gebiete ein vorläufiges Störungs- und Veränderungsverbot, von dem keine Ausnahmen möglich sind. Für ganz Deutschland sind mittlerweile die gemeinschaftlichen Listen publiziert. Ob in der Praxis auch gemäß § 10 Abs. 6 und § 33 Abs. 5 BNatSchG verfahren wird (bzw. worden ist), konnten wir (noch) nicht feststellen. Laut Angaben von Herrn Dr. Lütkes spielt der § 33 Abs. 5 BNatSchG in der Praxis bisher keine Rolle.

Die Fallgestaltung, bei der ein Gebiet wohl gemäß Art. 4 Abs. 1 Hrl. nach Brüssel gemeldet wurde, aber noch keine Aufnahme in die kommunautaire Liste gefunden hat, hat mittlerweile stark an Bedeutung verloren. Für diese Fälle hat das BVerwG Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. direkt angewandt.<sup>34</sup>

Gleiches gilt für, potentiell auch heute nach Erscheinen der kommunautairen Liste bedeutsame, Fallkonstellationen, bei denen ein Gebiet nicht gemeldet wurde, sich die Aufnahme in die kommunautaire Liste sich aber nach ökologischen Gesichtspunkten "aufdrängt". Ein wichtiger Indikator hierzu ist u.a., ob in einem solchen potentiellen Habitatgebiet prioritäre Arten und Habitats zu finden sind. Auch auf solche Gebiete wendet das BVerwG Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. direkt an. Die uns bekannten Urteile zu den zwei zuletzt behandelten Fallgestaltungen datieren jedoch alle von vor dem Urteil de EuGH vom 13. Januar 2005 ( C-117/03, Draggagi), in dem der EuGH ausdrücklich entschieden hat, dass Art 6 Hrl. vor Erscheinen der kummunautairen Liste noch nicht anzuwenden ist auf Gebiete, die nach Brüssel gemeldet sind. Es ist zu erwarten, dass das BVerwG seine Rechtsprechung dem Draggagi-Urteil des EuGH anpasst und in diesen Fällen Art. 6 Hrl. in der Zukunft nicht mehr direkt anwendet.<sup>35</sup>

Schließlich gibt es noch die sonstigen potentiellen Habitatgebiete. Dies sind Gebiete, die nicht so eindeutig den Kriterien des Anhangs III der Hrl. genügen, dass sich ihre Aufnahme in die gemeinschaftliche Liste offensichtlich aufdrängt, die aber doch nicht unwahrscheinlich als Habitatgebiete hätten gemeldet werden müssen. Auf solche Gebiete wendet das BVerwG, in Nachfolge und unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH zur "Vorwirkung" von Richtlinien,<sup>36</sup> Art. 10 des EG-Vertrags an und gewährt diesen Gebieten einen vorläufigen Schutz, nach dem solche Gebiete nicht verstört oder anderweitig so beeinträchtigt werden dürfen, dass eine Meldung nach Brüssel und nachfolgende Unterschutzstellung deshalb nicht mehr in Frage kommt.

<sup>34</sup> So z.B. BVerwG 5. März 2003, NuR 2004, S. 520.

<sup>35</sup> So jetzt auch M. Gellermann, Habitatschutz in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2005, S. 433 ff.

<sup>36</sup> Vor allem EuGH 18. Dezember 1997, C-129/96, Inter-Environment Wallonië.

Zu erwähnen ist hier noch, dass das BVerwG Art. 6 Hrl. auch dann direkt anwendet, wenn dies (mittelbar) Belastungen für private Parteien zur Folge hat, z.B. wenn eine Genehmigung für ein privates Vorhaben deshalb versagt werden muss.<sup>37</sup> Auch sollte erwähnt werden, dass der Verwaltungsgerichtshof München mit Beschluss vom 19. April 2005 dem EuGH eine Reihe von Fragen vorgelegt hat zu diesem Thema. Der Verwaltungsgerichtshof will vor allem wissen, welches Schutzregime das EG-Recht verlangt für noch nicht gemeldete und für gemeldete, aber noch nicht auf der kommunautairen Liste aufgenommenen Gebiete.<sup>38</sup>

3.3 *Falls die Antwort bei 3.2 nein lautet: wenden die Richter Art. 6 Hrl. oder bestimmte Teile davon direkt an?*

Ja, Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. wird ohne große Diskussion direkt angewandt, und zwar auch, wenn dies zu Lasten Dritter geht.<sup>39</sup> Gerichtsurteile, in den Art. 6 Abs. 2 angewandt wird, haben wir nicht gefunden. Das ist auch nicht sehr verwunderlich. Nach einhelliger Auffassung ist Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. als *Lex Specialis* auf alle Vorhaben und Pläne anzuwenden, und hat Art. 6 Abs. 2 Hrl. bei der Zulassung von Vorhaben und Plänen keine Bedeutung.<sup>40</sup> Gerichtliche Auseinandersetzungen hat es bisher nur zu Vorhaben und Plänen gegeben. Wohl gibt es zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen über die Ge- und Verbote, die in den Gebietsverordnungen anlässlich der Unterschutzstellung aufgenommen werden. Dabei ist Art. 6 Abs. 2 Hrl. ein wichtiger Maßstab (s. § 33 Abs. 3, Satz 2 BNatSchG). Gerichtliche Urteile, die in diesem Zusammenhang auf die Rechtsfolgen des Art. 6 Abs. 2 Hrl. eingehen, sind nicht bekannt. Theoretisch wäre es möglich, zu versuchen eine Behörde im Wege einer Verpflichtungs- oder allgemeinen Leistungsklage zu verpflichten aufgrund von Art. 6 Abs. 2 Hrl. bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, um einer Verschlechterung des Erhaltungszustands oder einer Störung von Tieren und Pflanzen in einem Schutzgebiet entgegenzuwirken. Uns sind solche Ersuchen und Klagen aber nicht bekannt.

<sup>37</sup> So zumindest U. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 350, der hierfür aber kein konkretes Beispiel aus der Rechtsprechung des BVerwG nennt.

<sup>38</sup> NuR 2005, 592 ff.

<sup>39</sup> S. hierzu z.B. U Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 350. Ein Urteil, das sich bezieht auf eine Entscheidung vor Inkrafttreten der §§ 19a ff BNatSchG, mit denen Art. 6 Hrl. zum ersten Mal in deutsches Recht umgesetzt wurde, und in der Art. 6 Hrl. direkt angewandt wurde ist BVerwG 27. Januar 2000, BverwGE 110, S. 302 ff.

<sup>40</sup> S. z.B. M Gellermann, Herzmuschelfischerei im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, NuR 2004, S. 770 mit weiteren Nachweisen.

3.4 *Werden Pläne und Projekte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Hrl. beurteilt und wie geschieht dies?*

Wie schon erwähnt, geschieht dies nicht. Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. werden einhellig als *Lex Specialis* gesehen. Daher sind Pläne und Projekte nicht auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Hrl. zu prüfen. Vor Publikation der entsprechenden Fragen des niederländischen Raad van State an den EuGH ist in Deutschland, soweit uns ersichtlich, niemand auf die Idee gekommen, dass dies zu erwägen sei. Der Tatsache, dass der Auffassung von Generalanwältin Kokott und vor allem dem Urteil des EuGH zufolge Art. 6 Abs. 2 Hrl. auch für genehmigte Vorhaben nach erfolgter Prüfung an Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. noch bedeutsam sein kann, z.B. wenn sich später heraus stellt, dass die Folgen eines Vorhabens unterschätzt oder auferlegte Ausgleichsmaßnahmen sich als nicht hinreichend wirkungsvoll erwiesen haben, wird teilweise kritisch begegnet. Manche Autoren äußern Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.<sup>41</sup> Obwohl dies hier nicht zur Debatte steht, sei erwähnt, dass wir diese Bedenken nicht gerechtfertigt erachten.

3.5 *Wie werden die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl., bzw. die entsprechenden deutschen Bestimmungen interpretiert, insbesondere hinsichtlich von Fragen, die in den Niederlanden momentan problematisch sind?*

Allgemein sei zunächst angemerkt, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auffallend oft hingewiesen wird auf "die Interpretationshilfe" der Europäischen Kommission (Natura 2000, Gebietsmanagement, Brüssel, April 2000). Die Behörden seien "gut beraten", so das BVerwG, dieses Manual heranzuziehen.<sup>42</sup> Auch sei hingewiesen auf die Empfehlung der LANA, "von einem weiten Anwendungsbereich der Vorschriften und von einer weiten Interpretation der Begriffe" auszugehen."<sup>43</sup>

*"Plan oder Projekt"*

Auf die Definition beider Begriffe in § 10 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 12 BNatSchG wurde bereits hingewiesen. Neben der allgemeinen Definition von "Plänen" wird durch den Gesetzgeber klargestellt, dass bestimmte Pläne

<sup>41</sup> S. z.B. M. Gellermann, Herzmuschelfischerei im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, NuR 2004, S. 770.

<sup>42</sup> BVerwG 5. März 2003, NuR 2004, S. 520 ff.

<sup>43</sup> Empfehlungen der LANA zu "Anforderungen an die Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura 2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG, par. 1.4.

auf jeden Fall unter den Begriff "Plan" fallen und, wenn sie ein geschütztes Gebiet erheblich beeinträchtigen können, dafür eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Gemäß § 35 BNatSchG gilt dies für Linienbestimmungen nach dem Bundesfernstraßengesetz, dem Bundeswasserstraßengesetz und dem Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz. Auch auf andere Raumordnungspläne und Bebauungspläne nach dem Baugesetzbuch ist § 34 BNatSchG entsprechend anzuwenden. Auch für diese Pläne muss also gegebenenfalls eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt werden. Die Länderarbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung (LANA) empfiehlt, eine Verträglichkeitsprüfung gemäß § 34 BNatSchG schon im frühestmöglichen Planungsstadium vorzunehmen.<sup>44</sup> Ob dieser Empfehlung in der Praxis auch entsprochen wird, konnten wir nicht feststellen.

Rechtsprechung, die sich mit der Frage befasst, ob von einem Plan oder Projekt gesprochen werden kann oder nicht, haben wir nicht finden können.

Beide Begriffe werden grundsätzlich weit ausgelegt. Dies LANA empfiehlt dies auch den Behörden.<sup>45</sup> Jedoch gelten die deutschen Vorschriften, mit denen Art. 6 Abs. 3 umgesetzt wird, wie schon oben erwähnt, nur für Pläne und Projekte, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen oder anzeigepflichtig sind. In der deutschen Literatur wird zu Recht bezweifelt, ob diese Beschränkung europarechtskonform ist.<sup>46</sup> Auch der Generalanwalt ist dieser Ansicht.<sup>47</sup> So können nicht genehmigungs- und auch nicht anzeigepflichtige land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten in bestimmten Fallkonstellationen durchaus erhebliche Beeinträchtigungen eines Schutzgebiets zur Folge haben.<sup>48</sup> Die LANA weist jedoch darauf hin, dass Vorhaben, die nicht als Pläne oder Projekte einzustufen sind, dem generellen Verschlechterungsverbot (Art. 6 Abs. 2 Hrl., bzw. § 35 Abs. 5 BNatSchG) unterliegen.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 297.

<sup>45</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 297.

<sup>46</sup> V. Wirths, Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, S. 152 f.

<sup>47</sup> Schlussantrag Rechtssache C-98/03, Erwägungen 35-38.

<sup>48</sup> Kritisch zur extensiven Interpretation des Projekt-Begriffs durch den EuGH: M. Gellermann, Herzmuschelfischerei im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, Nur 2004, S. 771.

<sup>49</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 297.

*Die Frage, ob eine Verträglichkeitsprüfung auch bei strategischen Plänen auf einem höheren Abstraktionsniveau (z.B. Raumordnungsnoten, Gebietsentwicklungspläne etc.) durchgeführt wird.*

Wie schon erwähnt bestimmt § 35 BNatSchG, insbesondere Nr. 2, dass auch für strategische Raumordnungspläne ebenfalls eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Hierunter fällt eine Vielzahl von Plänen, u.a. strategische Raumordnungspläne, Abfallwirtschaftpläne, wasserwirtschaftliche Maßnahmenprogramme und Bewirtschaftungspläne usw. Das gilt nicht nur für die nachfolgenden Zulassungsentscheidungen vollständig bindende Pläne. Zu erwähnen ist, dass diese Vorschrift des BNatSchG unmittelbar geltendes Bundesrecht ist, also keiner Umsetzung durch die Länder bedarf. Ausreichend ist, dass strategische Pläne bei nachfolgenden Entscheidungen zu berücksichtigen sind.<sup>50</sup> Dieses Kriterium scheint vollständig in Übereinstimmung mit der hierzu ergangenen Entscheidung des EuGH vom 20. Oktober 2005.<sup>51</sup> Auch ist nicht relevant, ob ein Plan Außenwirkung gegenüber Dritten, oder nur behördeninterne Wirkungen hat.<sup>52</sup>

Auch in der Rechtsprechung haben wir einzelne Fälle gefunden, bei denen die Pflicht einer Verträglichkeitsprüfung eines strategischen Planes angemahnt wird. Das war jedoch immer nur indirekt der Fall, im Rahmen einer Klage gegen einen nachfolgenden konkreten Zulassungsbescheid.<sup>53</sup> Dies liegt wohl daran, dass gegen die Feststellung solcher Pläne in der Regel kein Rechtsschutz besteht. Das BVerwG hat außerdem entschieden, wie sich eine zu Unrecht unterlassene Verträglichkeitsprüfung eines strategischen Planes auf das nachfolgende Verfahren auswirkt. Wenn im anschließenden Zulassungsverfahren wohl eine umfassende Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wird, so kann dieses Versäumnis geheilt werden.<sup>54</sup>

*Die Frage, ob unterschieden wird zwischen einer "Vorprüfung" und der eigentlichen Naturverträglichkeitsprüfung, und wenn ja, ob dies gesetzlich verankert ist.*

In der Praxis wird von den Behörden zwischen einer Vorprüfung und einer, bei entsprechendem Ergebnis der Vorprüfung, folgenden umfassenden Naturverträglichkeitsprüfung unterschieden. Auch die LANA unterscheidet zwischen "Vorprüfung" und "Kernprüfung". Die entsprechenden Passagen

<sup>50</sup> U. Marzik/T. Wilrich, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Nomos Baden Baden 2003, § 35, Anm. 1.

<sup>51</sup> EuGH 20. Oktober 2005, C-06/04, Erwägung 55.

<sup>52</sup> U. Marzik/T. Wilrich, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Nomos Baden Baden 2003, § 35, Anm. 5.

<sup>53</sup> BVerwG 27. Februar 2003, NuR 2003, S. 688.

<sup>54</sup> BVerwG 27. Februar 2003, NuR 2003, S. 688.

sind in den "LANA-Empfehlungen" als Feststellung, nicht als Empfehlung an die Behörden formuliert.<sup>55</sup>

Gesetzliche Regelungen, die dies explizit vorschreiben würden, gibt es jedoch in den untersuchten Gesetzen nicht. Die Unterteilung in Vor- und Hauptprüfung ergibt sich vielmehr aus pragmatischen Gründen bei der Anwendung des Art. 6 Abs. 3 Hrl., bzw. seiner nationalrechtlichen Entsprechungen. Man könnte argumentieren, dass durch die gesetzliche Definition der Begriffe "Projekt" und "Plan" auch gesetzgeberisch eine Vorprüfung vorgeschrieben ist. Ein Projekt ist nämlich z.B. gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 11 "ein Vorhaben oder eine Maßnahme ... soweit sie, einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen, geeignet (ist), ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung oder ein Europäisches Vogelschutzgebiet erheblich zu beeinträchtigen." Daher ist, so könnte man argumentieren, schon beim Projektbegriff eine Vorprüfung vorzunehmen, ob ein Vorhaben oder eine Maßnahmen ein "Projekt" ist. Dem folgt dann die eigentliche "Kernprüfung" nach § 34 BNatSchG.<sup>56</sup> Schlussendlich ist aber wenig relevant, ob eine solche Abstufung nur den praktischen Bedürfnissen und der Struktur des Art. 6 Abs. 3 Hrl. entspricht oder darüberhinaus auch im deutschen Recht zwingend vorgeschrieben ist.

Auch in Deutschland gibt es, neben den Empfehlungen der LANA, in den verschiedenen Bundesländern Verwaltungsvorschriften und andere, rechtlich nicht verbindliche Leitfäden zur Anwendung des Art. 6 Hrl. bzw. der nationalen Vorschriften zur Umsetzung des Art. 6 Hrl. Eine, nicht umfassende Übersicht über diese, für die Praxis äußerst wichtigen Interpretationshilfen ist zu finden bei J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, Fußnote 3 (S. 296). In diesen Leitfäden, Runderlassen und Verwaltungsvorschriften werden regelmäßig auch Projekte aufgelistet, die in der Regel wohl oder aber in der Regel nicht einer Verträglichkeitsprüfung bedürfen (Positiv- und Negativlisten). Auf den Negativlisten stehen durchweg Vorhaben kleineren Umfangs. Stets wird jedoch betont, dass solche Listen nur eine Regelvermutung beinhalten und keine bindende Entscheidung. Auch wird betont, dass im Einzelfall kumulative Wirkungen mit anderen Projekten und Plänen zur Folge haben können, dass ein auf einer Negativliste aufgenommenes Vorhaben doch einer Ver-

---

<sup>55</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 297 f.

<sup>56</sup> So auch die Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Brandenburg zur Anwendung der §§19a bis 19 FF BNatSchG, par. 2.

träglichkeitsprüfung bedarf.<sup>57</sup> Die Listen ersetzen eine Einzelfallprüfung also nicht. Dies hat der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung zum englischen Naturschutzrecht auch nochmals unterstrichen.<sup>58</sup> In der Rechtsprechung haben wir auch kein Beispiel gefunden, bei dem eine Behörde (nur) unter Bezugnahme auf eine solche Liste eine Verträglichkeitsprüfung für unnötig gehalten hat. Gleichwohl darf angenommen werden, dass die genannten Auslegungshilfen, ob nun in Form eines informativen Leitfadens oder einer behördenintern bindenden Verwaltungsverordnung, in der Praxis eine enorme Bedeutung haben. Das gilt wahrscheinlich auch für die Negativlisten. Diese Listen werden zur Folge haben, dass eine Verträglichkeitsprüfung für die gelisteten Projekte nicht durchgeführt wird, es sei denn, es drängt sich auf, dass ein individueller Fall besonder atypisch ist. Insoweit kann man solche Listen auch qualifizieren als eine generelle Vor- oder Grobprüfung nach Art. 6 Abs. 3. Wichtig ist jedoch klarzustellen, dass einer solchen generellen Vorprüfung nicht die Rechtsfolgen einer individuellen Vorprüfung zukommen. Durch eine Aufnahme in eine Negativliste ist eben gerade nicht abschließend entschieden, dass ein solches Projekt keiner Verträglichkeitsprüfung mehr bedarf.

*Die Frage, ob zwischen bestehendem Gebrauch und neuen, zukünftigen Aktivitäten unterschieden wird.*

Unter 2.6 wurde bereits ausgeführt, wie die untersuchten gesetzlichen Regelungen sich hierzu verhalten. Richterliche Urteile über bestehende Nutzungen haben wir nicht gefunden. Auch in der neueren Literatur wird auffallend wenig auf die Frage eingegangen, wie sich "Vorbelastungen" bei der Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 Hrl., bzw. § 34 BNatSchG auswirken.<sup>59</sup> In den Empfehlungen der LANA kommt jedoch genehmigten Projekten und rechtmäßigen Zulassungen von Vorhaben generell Bestandsschutz zu. Dabei soll der in der Genehmigung zugestandene Nutzungsrahmen, nicht die tatsächlich ausgeübte Nutzung ausschlaggebend sein und Unterhalts- und Instandsetzungsmaßnahmen mit umfasst werden. In der einschlägigen Verwaltungsvorschrift von Brandenburg wird dem noch hinzugefügt, dass auch für Maßnahmen, für die eine Rahmengenahmung erteilt worden ist, die

<sup>57</sup> S. z.B. die Empfehlungen der LANA, par. 2.2.3; J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 298.

<sup>58</sup> EuGH 20. Oktober 2005, C-06/04, Erwägung 47.

<sup>59</sup> So geben Marzik und Wilrich in ihrem Kommentar zum Bundesnaturschutzgesetz (Nomos Baden Baden 2003, § 34, Anm. 9) lediglich an, "Im Einzelfall können Vorbelastungen zu berücksichtigen sein."



aber noch der Einzelgenehmigung bedürfen Bestandsschutz gilt und demnach keine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.<sup>60</sup> Wir bezweifeln, dass das EG-rechtlich möglich ist. Anzumerken ist dabei, dass die zitierte Verwaltungsvorschrift datiert von vor dem Urteil des EuGH in Sachen Herzmuschelfischerei.

Demgegenüber hält auch die LANA es für möglich, dass aus Art. 6 Abs. 2 Hrl. eine Pflicht zur Beschränkung von bestehenden Nutzungen folgen kann. Solche Beschränkungen des Bestandsschutzes müssen dann aber, so die LANA, Gegenstand eines Bewirtschaftungs- und Managementsplanes sein.<sup>61</sup> Es ist uns nicht ganz deutlich, ob damit gemeint ist, dass Beschränkungen des Bestandsschutzes nur im Rahmen einer freiwilligen Vereinbarung für möglich erachtet werden. In der Praxis jedenfalls finden Überprüfungen und Beschränkungen bestehender Nutzungen nur sehr selten statt

Wohl wird häufig erwähnt, dass die Erhaltungsziele auch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes umfassen können.<sup>62</sup> In einem solchen Fall ist die Prüfung nach § 34 BNatSchG auch auf diese, nicht lediglich konservativen Erhaltungsziele mit auszurichten. Das impliziert, dass gegebenenfalls auch bestehende Nutzungen geprüft werden müssen.

*Das Kriterium von "möglicherweise" erheblichen Beeinträchtigungen und das Vorsorgeprinzip*

Sowohl in der Rechtsprechung, als in der Literatur und den behördlichen Erläuterungen zu Art. 6 Abs. 3 Hrl. herrscht Einigkeit, dass für die Erteilung einer Erlaubnis nach Art 6 Abs. 3 notwendig ist, dass erhebliche Auswirkungen auf das Schutzgebiet mit Sicherheit ausgeschlossen werden können. Sind erhebliche Auswirkungen möglich, dann kann eine Genehmigung nur nach Abs. 4 erteilt werden. Die Beweislast, dass keine erheblichen Auswirkungen ausgelöst werden, liegt beim Vorhabenträger.<sup>63</sup> Gerichtsurteile, die sich näher mit dem Vorsorgeprinzip befassen und aus denen sich entnehmen ließe, wie das Kriterium der "möglichen" Beeinträchtigung in der behördli-

<sup>60</sup> Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Brandenburg zur Anwendung der §§ 19a bis 19f BNatSchG, par. 7.

<sup>61</sup> J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 298.

<sup>62</sup> S. z.B. M. Gellermann, Herzmuschelfischerei im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, NuR 2004, S. 771 oder U. Hösch, Die FFH-Verträglichkeitsprüfung im System der Planfeststellung, NuR 2004, S. 212.

<sup>63</sup> S. z.B. die LANA-Empfehlungen: J. Burmeister, Zur Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura-2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, NuR 2004, S. 302.

chen und gerichtlichen Praxis näher eingegrenzt wird, haben wir nicht gefunden.

*Wie wird mit kumulierenden Auswirkungen umgegangen*

Dazu konnten der Rechtsprechung keine näheren Angaben entnommen werden. Marzik und Wilrich zu Folge hat das Verwaltungsgericht Oldenburg entschieden, dass für die Frage der kumulativen Wirkungen unerheblich sei, ob ein Projekt bereits Bestandsschutz genießt. Relevant sind also geplante Vorhaben ebenso wie bestehende, genehmigte "Vorbelastungen".<sup>64</sup> Hingewiesen sei nochmals auf die Definitionen der Begriffe "Projekt" und "Plan" § 10 Abs. 1 Nr. 11 und 12 BNatSchG. Darin ist ausdrücklich bestimmt, dass die Auswirkungen eines Vorhabens "im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen" zu ermitteln sind. In der Literatur wird dies nicht besonders problematisiert.

*Welche Rolle spielen Managementpläne bei der Prüfung gemäss Art. 6, Abs. 3 und 4 Hrl.?*

Da es nach den Kriterien der Hrl. aufgestellte Managementpläne noch nicht gibt, bzw. zum Zeitpunkt der uns bekannten Entscheidungen nicht gab, spiel(t)en sie auch noch keine Rolle bei der aufgrund von Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. notwendigen Prüfung.

Auffallend ist, dass den Managementplänen in den Empfehlungen der LANA kein besonderer Stellenwert zugemessen wird. Sie werden zwar sowohl in der Vorprüfung, als in der eigentlichen "Kernprüfung" als "in jedem Fall auszuwerten" aufgeführt, aber nur unter vielen anderen Dokumenten (z.B. Gebietsentwicklungspläne). Demgegenüber wird in der Kernprüfung eine erheblich größere Rolle für die Schutzgebietsausweisungen gesehen. Das ist, aus niederländischer Sicht, zu erklären mit der Tatsache, dass in Deutschland, anders als in den Niederlanden, bei jeder Ausweisung eines Schutzgebietes eine Rechtsverordnung erstellt wird, die nicht nur die Erhaltungszielen nennt, sondern auch Verbots- und teilweise Gebotslisten enthält, u.U. abgestuft nach verschiedenen Teilgebieten (Zonierung). Die Bedeutung der Verordnungen zur Schutzgebietsausweisung ist deshalb in Deutschland deutlich höher als z.B. in den Niederlanden. Sie enthalten Elemente, die man in den Niederlanden in einem Managementplan finden würde.

---

<sup>64</sup> U. Marzik u. T. Wilrich, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, Nomos Baden Baden 2003, § 10, Anm. 36, Fußnote 501. So auch Froelich & Spoerbeck, Leitfaden zur Durchführung von FFH-Verträglichkeitsuntersuchungen in Nordrhein-Westfalen, Bochum 2002, S. 42 ff.

*Die Anforderungen an Inhalt und Tiefe einer Naturverträglichkeitsprüfung*

Hösch fasst die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu diesem Punkt wie folgt zusammen:

“...Für die Beurteilung der Beeinträchtigung von FFH-Gebieten (gilt), dass diese sich auf hinreichend aussagekräftiges Datenmaterial stützen muss, also nur auf der Grundlage zuverlässiger Feststellungen über den vorhandenen Zustand von Natur und Landschaft sachgerecht zu beantworten ist. Die hierbei notwendige Untersuchungstiefe hängt maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten ab. Aus fachlicher Sicht könne sich eine bis ins letzte Detail gehende Untersuchung erübrigen, wenn bestimmte Tier- und Pflanzenarten ein Indikator für die Biotopqualität und die Lebensraumanforderungen auch andere Arten seien oder bestimmte Vegetationsstrukturen sichere Rückschlüsse auf ihre faunistische oder floristische Ausstattung zuließen. Ein Ermittlungsaufwand, der keine zusätzlichen Erkenntnisse verspreche, wird nicht verlangt. Wurde ein Ausgleichskonzept planfestgestellt, reicht es nicht aus, hiergegen lediglich verbale Angriffe zu führen und die eigenen Wertungen an die Stelle der Wertungen des Planungsträgers bzw. der Planfeststellungsbehörde zu setzen. Vielmehr sind die Kritikpunkte fachlich zu belegen.”<sup>65</sup>

Die Empfehlungen der LANA und die Verwaltungsvorschriften und Empfehlungen der einzelnen Länder geben weitere Hinweise. Die Auflistung in den LANA-Empfehlungen der verschiedenen möglichen Auswirkungen und der für die Beurteilung zu Rate zu ziehenden Dokumente legt den Schluss nahe, dass die Prüfung eine erhebliche Tiefe und Gründlichkeit haben sollte. Als Beispiel sei folgende Passage aus den LANA-Empfehlungen zitiert:

“Um die Erheblichkeit abschätzen zu können, sind i.d.R. detaillierte Informationen zu den betroffenen Populationen der Arten bzw. zur Ausprägung der Habitats erforderlich. Dies schließt Populationsanalysen der Arten des Anhangs II der FFH-Richtlinie, der Arten des Anhangs I der Vogelschutz-Richtlinie und der nicht im Anhang I der Vogelschutzrichtlinie gelisteten Zugvogelarten ein. Insbesondere bei großen Gebieten ist darüber hinaus zumindest abzuschätzen, in welchem Zusammenhang die direkt betroffenen Vorkommen/ Populati-

---

<sup>65</sup> U. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 352 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

onen zu den Gesamtvorkommen der jeweiligen Art bzw. des Habitattyps im Gebiet stehen.“<sup>66</sup>

Inwieweit in der Praxis diesen relativ hohen Anforderungen genügt wird, kann letztlich nur auf Grund einer Analyse von mehreren Verträglichkeitsprüfungen festgestellt werden.

*Den Stellenwert von mitigierenden Maßnahmen innerhalb einer Naturverträglichkeitsprüfung*

In der Rechtsprechung des BVerwG werden mitigierende Maßnahmen berücksichtigt bei der Frage, ob ein erheblicher Eingriff vorliegt.<sup>67</sup> Voraussetzung für eine Verneinung einer erheblichen Beeinträchtigung durch mitigierende Maßnahmen ist demnach jedoch, dass die Wirksamkeit solcher Maßnahmen nicht einfach behauptet, sondern durch fachliche Gutachten prognostiziert wurde. Kompensationsmaßnahmen werden dabei nicht berücksichtigt. Die Abgrenzung zwischen mitigierenden und kompensierenden Maßnahmen wird gesucht in der Frage, ob es um die Vermeidung von Beeinträchtigungen geht oder den Ausgleich eintretender Verluste.<sup>68</sup> Der Verfasser weiss aus eigener Erfahrung, dass diese Abgrenzung manchmal nicht einfach ist. Gerichtsurteile, in denen diese Grenze problematisiert worden ist, haben wir nicht gefunden.

Auch die LANA weist nachdrücklich darauf hin, dass “Schadensbegrenzungsmaßnahmen” in der Verträglichkeitsprüfung zu berücksichtigen sind. In den Empfehlungen werden verschiedene Arten von Schadensbegrenzungsmaßnahmen aufgeführt, z.B. bestimmte Bauzeiten, die Festlegung und Einzäunung von “Tabubereichen” die nicht betreten werden dürfen, Verringerung des Projektumfangs etc. Deutlich sind auch hier keine Kompensationsmaßnahmen gemeint.

Anders ist dies jedoch in den, teilweise als Verwaltungsvorschrift für die Behörden bindenden, Empfehlungen der Länder. So sollen z.B. nach der Verwaltungsvorschrift des Landes Brandenburg “Ausgleichsmaßnahmen ..., die bereits zum Zeitpunkt des Eingriffs ihre kompensatorische Wirkung entfalten, ... in der Erheblichkeitsprüfung berücksichtigt werden.”

Dies erscheint uns nicht nur unvereinbar mit Art. 6 Abs. 3 Hrl., sondern auch mit § 34 BNatSchG, der Rechtsprechung des BVerwG und im übrigen

<sup>66</sup> Empfehlungen der LANA zu Anforderungen an die Prüfung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen der Natura 2000-Gebiete gemäß § 34 BNatSchG im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, par. 2.3, zu Punkt 5.

<sup>67</sup> S. z.B. BVerwG 27. Februar 2003, NuR 2003, S. 690; BVerwG 19. Mai 19989, NuR 1998, S. 649. S. auch Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 1. Dezember 2004, (Emssperrwerk), Begründung 4.3.3

<sup>68</sup> BVerwG 27. Februar 2003, NuR 2003, S. 690.

auch mit den Empfehlungen der LANA. Ob in der Praxis auch Ausgleichsmaßnahmen schon bei der Erheblichkeitsprüfung berücksichtigt werden, konnten wir nicht feststellen.

*Die Möglichkeiten der Bevölkerung zur Stellungnahme innerhalb der Naturverträglichkeitsprüfung*

Weder das BNatSchG, noch die untersuchten Landesgesetze enthalten Vorschriften zur Beteiligung natürlichen Personen (private Dritte) im Rahmen der Naturverträglichkeitsprüfung. Es scheint so, dass auch das allgemeine Verwaltungsrecht keine solche (besondere) Pflicht kennt. Wohl aber gilt im allgemeinen Verwaltungsrecht, dass jeder der durch einen Verwaltungsakt einer Behörde in einem subjektiv-öffentlichen Recht betroffen sein kann, vor Erlass des Verwaltungsaktes angehört werden muss (§28 Verwaltungsverfahrensgesetz). Dies betrifft neben dem Antragsteller z.B. Grundstückseigentümer, jedoch nicht jedweden, der an der Entscheidung ein besonderes Interesse hat. Es muss sich um ein aus einer Rechtsnorm abgeleitetes subjektives Recht handeln. Dabei ist zu beachten, dass die Naturschutzgesetze nach deutscher Auffassung Privaten grundsätzlich keinerlei subjektiv-öffentliche Rechte vermitteln, da sie ausschließlich dem Allgemeininteresse dienen. Drittbetroffene Bürger werden daher in Verwaltungsverfahren, in denen Verträglichkeitsprüfungen im Sinne des § 34 BNatSchG vorgenommen werden nur dann beteiligt und können nur dann gegen solche Entscheidungen klagen (s. § 40 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung), wenn sie aus anderen Rechtsnormen, z.B. ihrem Grundrecht auf Eigentum, ein Recht herleiten können. Dies hat zur Folge, dass naturschutzrechtliche Rügen seltener einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können. Es ist übrigens die Frage, ob nach dem "Kokkelvisserij-Urteil" des EuGH diese Auffassung noch beibehalten werden kann. Der Verfasser meint, dass dies nicht der Fall ist.<sup>69</sup> Deutsche Gerichte haben dies, soweit uns bekannt, bisher nicht diskutiert.

In den letzten Jahren sind dagegen die Beteiligungs- und Klagerechte für anerkannte Naturschutzvereine erheblich ausgeweitet worden. Insoweit geben die §§ 58 ff BNatSchG einen Rahmen vor, den die Länder noch erweitern können. §§ 58 ff BNatSch sehen Beteiligungsrechte nur für bestimmte Entscheidungen, in denen eine Verträglichkeitsprüfung im Sinne des § 34 BNatSchG vorzunehmen ist, vor (z.B. Planfeststellungsverfahren), nicht jedoch für alle solche Entscheidungen. Gleiches gilt gemäß § 61 BNatSchG für Klagerechte solcher Vereine. Das Landesrecht geht teilweise weiter.

---

<sup>69</sup> So wohl auch M. Gellermann, Herzmuschelfischerie im Lichte des Art. 6 FFH-Richtlinie, NuR 2004, S. 773.

*Die Anforderungen an die zu erwägenden Alternativen*

Sowohl in der Rechtsprechung, als auch in der Literatur wird eindringlich darauf hingewiesen, dass die Alternativenprüfung nach Art. Abs. 4 Hrl. strenger und in ihrer Finalstruktur anders ist als das im deutschen Planungsrecht bekannte Gebot der Abwägung verschiedener Planalternativen (“Vermeidungsgebot”). Deutlich wird darauf hingewiesen, dass es sich nicht um eine Abwägung handelt, sondern um die zwingende Anordnung, eine weniger beeinträchtigende Alternative zu wählen.<sup>70</sup> Eine Folge ist, dass die auf Grund einer fachplanerischen Abwägung zu Stande gekommene Trassenwahl die Alternativen nicht unbedingt einschränkt.<sup>71</sup>

Für die Frage, welche Alternativen zu untersuchen sind, sind nach Rechtsprechung des BVerwG die Planungsziele entscheidend. Nur Alternativen, die alle Planungsziele verwirklichen, seien zu untersuchen. Wohl seien dabei “gewisse Abstriche am Grad der Zielvollkommenheit” hinzunehmen.<sup>72</sup> Das scheint zu heißen, dass die Ziele des Projekts zwar verwirklicht werden müssen, aber auch Alternativen, die dies etwas weniger gut tun, noch Alternativen sind. Als Beispiel scheint das BVerwG zu nennen eine Straßenlösung, die statt der beabsichtigten Autobahn nur den Ausbau einer vorhandenen Bundesstraße verwirklicht, wenn diese Bundesstraße die beabsichtigten Verkehrsfunktionen ebenfalls erfüllen kann.<sup>73</sup> Auffallend, und vielleicht bedenklich, ist, dass das BVerwG nur solche Alternativen vorzuschreiben scheint, die alle mit einem Projekt beabsichtigten Ziele verwirklichen können. Soweit ersichtlich, verlangt das BVerwG nicht, dass hierbei nur solche Ziele zu berücksichtigen sind, die zu den in § 34 Abs. 4 BNatSchG zu rechnenden Rechtfertigungsgründen gehören, insbesondere einen zwingenden Grund wichtiger öffentlicher Interessen darstellen. In seiner Entscheidung zur A 73 führt das BVerwG insofern ausdrücklich an, dass es “das Bündel der von der Planfeststellungsbehörde ins Feld geführten verkehrspolitischen Zielsetzungen ...vertretbar” hält.<sup>74</sup> Das mag so sein. Nur kann es auch so sein, dass einige Ziele dieses Bündels keinesfalls zu den zwingenden öffentlichen Interessen gehören, auf Grund derer ein Vorhaben nach § 34 Abs. 4 BNatSchG gerechtfertigt werden kann. Nach der Interpretation des BVerwG

<sup>70</sup> S. z.B. BVerwG 27. Januar 2000, BVerwGE 110, S. 310.

<sup>71</sup> Diese beständige Linie in der Rechtsprechung sieht U. Hösch, Vom generellen Vorrang des Straßenbaus vor dem Naturschutz in der Rechtsprechung, NuR 2004, S. 574 allerdings mit dem Urteil des BVerwG vom 15. Januar 2004 zur A 73 als durchbrochen an. Wir lesen das zitierte Urteil des BVerwG jedoch anders.

<sup>72</sup> BVerwG 17. Mai 2002, NuR 2002, S. 739.

<sup>73</sup> BVerwG 15. Januar 2004, NuR 2004, S. 370.

<sup>74</sup> BVerwG 15. Januar 2004, NuR 2004, S. 370.

scheinen aber auch Teile eines "Zielbündels", die diesen Anforderungen nicht genügen, Alternativen ausschließen zu können. Höhere Kosten schließen eine Alternative nur dann aus, wenn sie deutlich unverhältnismäßig sind. So wurde eine Tunnellösung, die ein Trockenrasengebiet geschützt hätte, aber Kosten in zweistelliger Millionenhöhe verursacht hätte, als unverhältnismäßig und daher nicht dem Vorhaben entgegenstehend gewertet.<sup>75</sup> Bei der Frage, ob ein erhöhter Aufwand oder eine schlechtere Zielkonformität einer Alternative noch verhältnismäßig sind, ist die Schwere der ansonsten auftretenden Gebietsbeeinträchtigung zu berücksichtigen.<sup>76</sup> Der Hinweis auf höhere Kosten alleine reicht als solcher aber nicht aus. Die Ungeeignetheit einer Alternative muss vom Vorhabenträger oder der Behörde eingehend belegt werden.

*Die Interpretation des Kriteriums überwiegende öffentliche Interessen und die Interpretation der anderen Ausnahmegründe aus Art. 6 Abs. 4 Hrl.*

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass das BVerwG gemäß § 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie in den immer noch vorkommenden "faktischen Vogelschutzgebieten"<sup>77</sup> nicht die Kriterien des Art. 6 Abs. 4 anwendet, sondern als Rechtfertigung nur überragende Gemeinwohlbelange wie den Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder den Schutz der öffentlichen Sicherheit akzeptiert.<sup>78</sup>

Eine erhebliche Senkung einer hohen Unfallbilanz einer Ortsdurchgangstraße durch den Bau einer Umgehungsstraße mit gleichzeitiger erheblicher Verbesserung der überörtlichen Verkehrsverhältnisse hat das BVerwG als zwingendes überwiegendes öffentliches Interesse anerkannt.<sup>79</sup> Ansonsten sind uns keine Urteile bekannt, in denen das BVerwG bestimmte Ziele eines Vorhabens als Ausnahmegründe des Art. 6 Abs. 4 Hrl. ausdrücklich akzeptiert oder verwirft.<sup>80</sup> In seinem Urteil zur A 73 hält das BVerwG es offensichtlich für ausreichend, dass "das Vorhaben auch und zuvorderst dem Zusammenwachsen der alten und neuen Bundesländer und der Herstellung gleicher Lebensverhältnisse zu dienen bestimmt ist."<sup>81</sup> Nimmt man dies

<sup>75</sup> BVerwG 27. Januar 2000, BverwGE 110, S. 311.

<sup>76</sup> So auch z.B. Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Brandenburg zur Anwendung der §§ 19a bis 19f BNatSchG, par. 4.1.

<sup>77</sup> S. hiervor. Dies sind nach fachlichen Kriterien anzuweisende, eventuell auch gemeldete, aber nicht nach deutschem Recht ausgewiesene Vogelschutzgebiete.

<sup>78</sup> BVerwG 14. Februar 2003, NuR 2003, 360.

<sup>79</sup> BVerwG 14. November 2002, NuR 2003, S. 360.

<sup>80</sup> S. auch Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 354.

<sup>81</sup> BVerwG 15. Januar 2004, NuR 2004, S. 370.

wörtlich, scheint uns das kaum mehr zu vereinbaren mit Art. 6 Abs. 4 Hrl. Die Herstellung gleicher Lebensverhältnisse rechtfertigt fast alle öffentlichen Maßnahmen jedweder Art. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist gerade in diesem Punkt in der Literatur dann auch, u.E. zu Recht, deutlich kritisiert worden, wobei Hösch spricht von einem generellen Vorrang des Straßenbaus vor dem Naturschutz in der Rechtsprechung.<sup>82</sup> Ob dies eine provokative Äußerung oder eine Tatsachenfeststellung ist, wird wahrscheinlich erst beurteilt werden können, wenn sich herausstellt, ob die Entscheidung zur A 73 einen neuen Trend in der Rechtsprechung bedeutet oder ob das BVerwG in der Zukunft seine Anforderungen differenzierter ausdrückt.

Eine Beeinträchtigung prioritärer Habitats und Arten scheint nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht nur verfahrensrechtliche Folgen (Beteiligung der Kommission) zur Folge zu haben. In einem Urteil vom 27. Januar 2000 stellt das Gericht bei Beeinträchtigung von prioritären Habitats und Arten auch erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Die Ausnahmetatbeständen seien dann besonders eng auszulegen. "Gesundheitliche Allgemeinbelange" reichten in einem solchen Falle nicht aus, so das BVerwG. Das Vorhaben müsse in einem solchen Fall Verkehrsteilnehmer gezielt vor Risiken bewahren, die über das allgemeine Maß der im Straßenverkehr immer bestehenden Gefährdung hinausgehen.<sup>83</sup> Auch in den Verwaltungsvorschriften und sonstigen Empfehlungen der Länder wird darauf hingewiesen, dass die in Art. 6 Abs. 4 genannten öffentlichen Interessen das betroffene Naturschutzinteresse überwiegen müssen. Die Anforderungen an die Schwere des öffentlichen Interesses hängen also auch ab von der Art und Schwere der Beeinträchtigung. Die vom europäischen und nationalen Gesetzgeber erfolgte hohe Gewichtung des Erhalts der Lebensraumtypen und Arten ist dabei zu berücksichtigen.<sup>84</sup>

#### *Die Anforderungen an Ausgleichsmaßnahmen*

"Das BVerwG hat sich noch nicht im Einzelnen über die Anforderungen an Sicherungsmaßnahmen äußern müssen."<sup>85</sup> Dieser Befund Höschs kommt mit den Ergebnissen unserer eigenen Untersuchung der Rechtsprechung überein.

<sup>82</sup> U. Hösch, Vom generellen Vorrang des Straßenbaus vor dem Naturschutz in der Rechtsprechung, NuR 2004, S. 572.

<sup>83</sup> BVerwG 27. Januar 2000, BverwGE 100, S. 313 ff.

<sup>84</sup> S. z.B. Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Brandenburg zur Anwendung der §§ 19a bis 19f BNatSchG, par. 4.2.

<sup>85</sup> S. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 354.



Das OVG Lüneburg hat jedoch entschieden, dass die Genehmigung für ein Projekt zu versagen, wenn adäquate Ausgleichsmaßnahmen nicht möglich sind.<sup>86</sup> Im schon mehrfach erwähnten Urteil zur A 73 befasst sich das Gericht mit den Ausgleichsmaßnahmen und hält diese für ausreichend. Nähere Einzelheiten sind der Entscheidung, jedenfalls so wie sie abgedruckt ist, jedoch nicht zu entnehmen.<sup>87</sup>

In den studierten Verwaltungsvorschriften und Empfehlungen der Bundesländer wird betont, dass die Ausgleichsmaßnahmen erreichen müssen, dass die Beeinträchtigten Funktionen des Gebietes im Natura 2000-Netzwerk wiederhergestellt werden. Die Maßnahmen müssen den denselben Schutzgütern dienen, die beeinträchtigt wurden.<sup>88</sup>

In der Literatur ist umstritten, ob die Sicherungs-, bzw. Ausgleichsmaßnahmen schon zum Zeitpunkt der Realisierung des Eingriffs wirksam sein müssen. Neben Extrempositionen wird insoweit eine mittlere Position vertreten, die annimmt, dass zwar nicht immer alle Ausgleichsmaßnahmen realisiert und wirksam sein müssen, es aber darauf ankommt, dass das Naturgefüge in seinem Gesamtzusammenhang funktionsfähig bleibt. Das kann unterschiedliche Konsequenzen für die zeitliche Abfolge von Eingriff und Ausgleichsmaßnahmen haben.

*Die Verteilung der Verantwortlichkeit, die notwendigen Tatsachen darzutun. Welche Folge hat es, wenn Sachverhaltsfragen oder ökologische Folgen unzureichend geklärt sind?*

Wie schon aus den vorhergehenden Ausführungen ersichtlich, haben Vorhabenträger und genehmigende Behörde die primäre Beweislast für die Durchführung einer ordnungsgemäßen Verträglichkeitsprüfung. Das betrifft sowohl die Ermittlung der Tatsachen, die relevant sind um zu beurteilen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt (Auswirkungen eines Vorhabens und Art und Empfindlichkeit der Schutzgüter), als auch die Darlegung der Voraussetzungen für eine Genehmigung eines wohl erheblich beeinträchtigenden Vorhabens (zwingendes öffentliches Interesse, Untersuchung von Alternativen, Möglichkeit und Wirksamkeit von Ersatzmaßnahmen). Nicht geklärte ökologische Folgen gehen damit grundsätzlich zu Lasten des Vorhabenträgers, wenn sie für die Entscheidung letztendlich relevant sind. Das BVerwG läßt ein Vorhaben jedoch nicht daran scheitern, dass ökologi-

<sup>86</sup> OVG Lüneburg, NuR 1999, S. 523 f.

<sup>87</sup> S. jedoch U. Hösch, Vom generellen Vorrang des Straßenbaus vor dem Naturschutz in der Rechtsprechung, NuR 2004, der auf S. 575 auch diesen Teil der Entscheidung kritisiert.

<sup>88</sup> Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Brandenburg zur Anwendung der §§ 19a bis 19f BNatSchG, par. 6.

sche Folgen nicht geklärt oder nicht zu klären sind, wenn ein Projekt trotz negativer Einschätzung der ökologischen Folgen genehmigungsfähig wäre. Gegner eines Projektes können fachlich unterbaute Einschätzungen des Vorhabenträgers oder der Behörde nicht mit bloßen Behauptungen oder eigenen Einschätzungen erfolgreich angreifen, sondern müssen diese Behauptungen ebenfalls fachlich untermauern.<sup>89</sup> Dazu reicht es nicht, wenn sie nur verweisen auf frühere negative Einschätzung durch die Naturschutzbehörde, wenn die entscheidende Fachbehörde bestehende Zweifel zwischenzeitlich ausgeräumt hat und offene Fragen geklärt hat.<sup>90</sup>

#### 4. FRAGEN ÜBER DIE FOLGEN DES ART. 6 HRL. FÜR DIE PRAXIS

*Werden infrastrukturelle Vorhaben und andere Projekte oft durch art. 6 Hrl. wesentlich verzögert oder unmöglich gemacht?*

Der in den Fachzeitschriften publizierte Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass zumindest einige Projekte durch Art. 6 Hrl., bzw. durch gerichtliche Verfahren, in denen diese Vorschrift oder die entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht eine entscheidende Rolle spielen, wesentlich verzögert werden. Es gibt allerdings auch zahlreiche Urteile, in denen auf Art. 6 Hrl. gestützte Klagen abgewiesen wurden. Diese Quellen vermitteln jedoch keinen Überblick über die Praxis in Deutschland in ihrer Gesamtheit.

*Falls ja, aufgrund welcher Gründe scheitern Projekte und Pläne an Art. 6 Hrl.?*

Da es noch "faktische Vogelschutzgebiete" in einigem Umfang gibt, sind die strengen Kriterien des Art. 4 Abs. 4 Vogelrichtlinie auch verantwortlich für das Scheitern einiger Projekte. So sind z.B. Straßenbauvorhaben in Vogelschutzgebieten durch das BVerwG als unzulässig zurückgewiesen worden.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> S. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 352.

<sup>90</sup> S. Hösch, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Natura 2000-Gebieten, NuR 2004, S. 352.

<sup>91</sup> S. z.B. BVerwG 1. April 2004, NuR 2004, S. 524 ff.

## LANDESBERICHT DEUTSCHLAND

Im soeben zitierten Urteil wies das BVerwG jedoch ausdrücklich darauf hin, dass nach förmlicher Ausweisung und Festlegung gebietspezifischer Erhaltungsziele das Straßenbauvorhaben eventuell genehmigungsfähig sein könnte.



# Country Report England

## 1. METHODS, SOURCES

### *Legislation*

First of all, a survey of the relevant legislation was drawn up based upon available sources on the UK-government and English Nature websites, and through direct contact with the UK Department for the Environment, Food and Rural Affairs (hereinafter referred to as: DEFRA). The study focuses on the Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994 and subsequent amendments of these regulations. For certain areas, other regulations have been made or are in development. These specific regulations, the Offshore Petroleum Activities (Conservation of Habitats) Regulations 2001 (S.I. 2001/1754) and the draft Offshore Marine Conservation (Natural Habitats, &c) Regulations 2005 will be mentioned at some point below but they have not been studied thoroughly.

### *Contacts with experts*

The draft report was sent to DEFRA for verification. Suggestions by DEFRA have been incorporated in the final report.

### *Courts decisions and legal literature*

Only a few cases have come before the British courts (see below). Recently the Court of Justice of the European Communities (hereinafter referred to as: ECJ) ruled in Case 6/04 concerning the transposition of the Habitats Directive in the UK and Ireland. Our observations are limited to the findings that concern England. Some legal documents were found on the internet.<sup>92</sup> The literature suggested by DEFRA (three sources in legal literature) was not available in the Netherlands. This had no adverse effects on the research. Given the fact that the information available on the transposition in UK law was sufficient for a proper judgement of the English situation, we limited our research to the (abundant) information on UK government websites and the relevant court cases.

---

<sup>92</sup> Jenny Fairbrass, EU and British Biodiversity Policy: Ambiguity and Errors of Judgement, CSERGE Working Paper GEC 2000-04, Leonidas C. Charalambides (counsel) Guidance Document for the 'Habitats' Directive 92/43/EC, "Favourable Conservation Status"- from legal interpretation to practical application (10 December 2004).

## 2. THE LEGAL BASIS FOR THE PROTECTION OF EUROPEAN SITES

### 2.1 *The Transposition of Article 6, par. 2-4 Habitats Directive into UK legislation: Differences between the UK and Dutch legal system.*

#### *a) Transposition into UK Law*

The requirements of the Habitats Directive have been formally transposed into UK Law through the Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994 (hereinafter referred to as: Habitats Regulations) that came into force on 30 October 1994.<sup>93</sup> As far as relevant for England these Regulations have been amended in 1997<sup>94</sup> and 2000.<sup>95</sup> Further amendments are currently being prepared: the Conservation (Natural Habitats, &c) (Amendment) (England and Wales) Regulations 2005. These proposed amendments will update the Habitats Regulations in order to bring them into line with the judgment in Case C-6/04.

The geographical scope of the Habitats Regulations, applying only up to the twelve mile limit has been challenged by Greenpeace in a case before the High Court (R. v. Secretary of State for Industry, Ex Parte Greenpeace).<sup>96</sup> The High Court ruled that the Habitats Directive also applies to the UK continental shelf and to the superjacent waters up to a limit of 200 nautical miles from the baseline from which the territorial sea is measured. Following the decision of the High Court, some new provisions were made in the Offshore Petroleum Activities (Conservation of Habitats) Regulations 2001, S.I.

---

<sup>93</sup> The Conservation (Natural Habitats, &c.) Regulations 1994, S.I. 1994/2716. The Regulations concern England, Wales and Scotland and the adjacent territorial waters. Subsequent amendments sometimes only apply to Scotland, England, or England and Wales.

<sup>94</sup> The Conservation (Natural Habitats, &c.) (Amendment) Regulations 1997, S.I. 1997/3055. Reg. 2 was amended providing for a new definition of the Habitats Directive so as to give effect to amendments made to the Directive by the Act of Accession to the European Union of Austria, Finland and Sweden and by Council Directive 97/62/EC.

<sup>95</sup> The Conservation (Natural Habitats, &c.) (Amendment) (England) Regulations 2000, S.I. 2000/192. A further category of sites was added to the meaning of "European site" in regulation 10 of the Habitats Regulations (regulation 2 of these Regulations). This further category of sites comprises those sites in England which are included in the list of sites proposed by the Secretary of State and transmitted to the Commission under regulation 7 of the Habitats Regulations (regulation 2(2) of these Regulations).

<sup>96</sup> [CMLR] 2000, p. 94.

2001/1754. The application of the Habitats Directive outside territorial waters was also one of the subjects in infringement proceedings against the UK (Case C6/04). Considering this point the ECJ ruled that the Habitats Directive was not correctly transposed into domestic (UK) law. The Offshore Petroleum Activities (Conservation of Habitats) Regulations 2001 are limited to petroleum activities. Fuller transposition of the Habitats Directive beyond 12 nautical miles will be achieved by means of the Offshore Marine Conservation (Natural Habitats, &c) Regulations 2005.

Finally, some specific provisions on the assessment of environmental permits were inserted into the Habitats Regulations by the Pollution Prevention and Control (England and Wales) Regulations 2000<sup>97</sup>

*b) Designation of Special Areas of Conservation (Habitats Directive) and Special Protection Areas (Birds Directive)*

There is no specific provision for the process of classifying of Special Protection Areas (SPAs) in England. In this respect we refer to the Bown-case in which the Court commented that there was an apparent lack of transparency in the procedures for classifying SPA's. The Court held that EC law does not appear to impose any specific requirements for the decision making process, although it requires registration once a site is classified.<sup>98</sup> SPAs are registered under the Habitats Regulations.<sup>99</sup> In this respect we note that the Dutch Nature Conservation Act holds a specific provision for the classification of both SPA.s. These classifications may be challenged in Court.

Unlike the Dutch Nature Conservation Act, the Habitats Regulations contain specific provisions for the selection of sites eligible for identification as of Community importance and for the designation of Special Areas of Conservation (SACs) once a site of Community importance has been adopted.<sup>100</sup> The Secretary of State shall compile and maintain a register of European sites in Great Britain to which the general public is to have access.<sup>101</sup> The Habitats Regulations contain an obligation for the Secretary of State to inform English Nature after including a site in the register.<sup>102</sup> It is interesting to note that English Nature is obliged to inform (a) every owner or occupier of land within the site, (b) every local planning authority in whose area the site, or any part thereof, is situated, and (c) any other person or body that the Sec-

<sup>97</sup> S.I. 2000, No. 1973. This regulation is inserted in reg. 84A.

<sup>98</sup> Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (civil division), Bown. v. Secretary of State for Transport [2003] EWCA Civ 1170.

<sup>99</sup> Reg. 10 and 11.

<sup>100</sup> Reg. 7.

<sup>101</sup> Reg. 11.

<sup>102</sup> Reg. 12.

retary of State may direct.<sup>103</sup> In the Dutch Nature Conservation Act 1998 the designation of SACs by the national authorities is based on the same provision as the classification of SPAs. The classification of SPAs and the designation of SACs can be challenged before the English Courts.

*c) Scope of the conservation requirements*

The Habitats Regulations apply to candidate Special Areas of Conservations (cSACs) and Special Areas of Conservation (SACs) designated pursuant to the Habitats Directive, and Special Protection Areas (SPAs) classified under the Birds Directive.<sup>104</sup> As a matter of policy the Government has chosen to apply a number of the procedures in the Habitats Regulations in respect of Ramsar sites and potential SPAs.<sup>105</sup> The protection of cSACs prior to their submission to the European Commission does not fall directly within the scope of the Habitats Regulations. However, it was noted by DEFRA that reg. 3 holds a general requirement for all competent authorities to exercise their functions so as to ensure compliance with the requirements of the Habitats Directive. Furthermore, planning authorities should take note of this potential designation in their consideration of any planning applications that may affect the site.<sup>106</sup> The scope of the conservation requirement was under discussion in the Humber Sea Terminals case before the High Court.<sup>107</sup> The case concerned a Harbour Revision Order, authorised by the Secretary of State for Transport, allowing works at a commercial harbour to be extended to the detriment of a site that was a potential SPA. A commercial rival claimed that the decision of the Secretary of State was inconsistent with the ECJ ruling in C-374/98 *Commission v France (Basses Corbières)*. The High Court ruled that the *Basses Corbières*-case only applies to the situation where the lack of classification of a site involves a failure to comply with the obligations under the Habitats Directive. It was not argued by the claimant that the UK was in breach of the Habitats Directive by not designating. The High Court held:

---

<sup>103</sup> Reg. 13.

<sup>104</sup> Reg. 10.

<sup>105</sup> See for example: High Court of Justice Queen's Bench Division, *ADT Auction Limited v. Secretary of State for Environment Transport and Regions and Hart District Council* [2000] EWHC Admin 305 (16th March, 2000) in which case the provisions of The Habitats Regulations were applied to a development affecting a pSPA. See also paragraph 5 of Circular 6/2005.

<sup>106</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005 Biodiversity and Geological Conservation (ODPM/DEFRA).

<sup>107</sup> *Humber Sea Terminals v Secretary for Transport* [2005] EWHC 1289.



## COUNTRY REPORT ENGLAND

*“it would be very strange if the mere fact that the Secretary of State as a matter of policy treated those sites which were under consideration for SPA classification as benefiting from the protection afforded by the Habitats Directive and the Habitats Regulation tests, stringent as they are, meant that he had to disapply the limited flexibility in the Habitats Directive in favour of the much higher tests of the Birds Directive. It would create a real and perverse incentive to cease that precautionary policy”.*

In the Dutch Nature Conservation Act 1998 the scope of the conservation requirements is limited to classified SPAs or SACs. With regard to SACs it is important to note that the Dutch Minister of LNV may formally declare that an SAC will be designated. The Minister will then decide that a classification is in preparation. In that situation the conservation requirements also apply to the site for which a classification is prepared.

### *d) Requirements under the Habitats Regulations. Differences between the UK and Dutch legal system*

#### *I. Definitions*

Unless the context which they are used in the Habitats Regulations requires otherwise, the expressions used in the Habitats Regulations and in the Habitats Directive have the same meaning as in the Habitats Directive (reg. 2(2)). The Habitats Regulations specifically refer to some expressions, that are defined in Article 1 of the Habitats Directive ("priority natural habitat types" and "priority species"; "site" and "site of Community importance"; and "special area of conservation"). The Dutch Nature Conservation Act 1998 does not link the interpretation of expressions used in the Act to the definitions in the Habitats Directive.

#### *II. General clause*

Under reg. 3 the Secretary of State, the Minister of Agriculture, Fisheries and Food and the nature conservation bodies are required to exercise their functions under the enactments relating to nature conservation in order to secure compliance with the requirements of the Habitats Directive. A similar obligation applies, in relation to marine areas, to any competent authority charged with tasks relevant to marine conservation. In addition, every competent authority, in exercising any of their powers and duties, must have regard to the requirements of the Habitats Directive in as far as they may be affected by the exercise of those powers or duties. In C-6/04 Commission v UK and Ireland, the European Commission alleged before the ECJ that cer-

tain provisions of the Habitats Directive were not fully transposed into UK law. The UK Government submitted, in respect of some of those allegations, that the general duties in regulation 3 ensures that any gaps are filled which might otherwise be left in the specific requirements in UK legislation. The ECJ did not accept this submission. The ECJ held that:

*“It follows that, in the context of the Habitats Directive, which lays down complex and technical rules in the field of environmental law, the Member States are under a particular duty to ensure that their legislation intended to transpose that directive is clear and precise, including with regard to the fundamental surveillance and monitoring obligations, such as those imposed on national authorities by Articles 11, 12(4) and 14(2) of the directive.*

*However, it is apparent on examination of the legislation relied upon by the United Kingdom that it is so general that it does not give effect to the Habitats Directive with sufficient precision and clarity to satisfy fully the demands of legal certainty (see, by analogy, Case 291/84 Commission v Netherlands [1987] ECR 3483, paragraph 15) and that it also does not establish a precise legal framework in the area concerned, such as to ensure the full and complete application of the directive and allow harmonised and effective implementation of the rules which it lays down (see, by analogy, the judgment of 10 March 2005 in Case C-531/03 Commission v Germany, not published in the ECR, paragraph 19).”*

The ECJ ruled, therefore, that the general clause in the Habitats Regulations does not meet the requirements under European community law. The Dutch Nature Conservation Act 1998 does not contain a similar provision (general clause).

### *III. Management and control*

Under reg. 16 English Nature may enter into an agreement with every owner, lessee and occupier of land forming part of a European site, or of land adjacent to such a site, for the management, conservation, restoration or protection of the site, or of any part of it (a so called "*management agreement*"). Such a management agreement may impose such restrictions as may be expedient for the purposes of the agreement on the exercise of rights over the land by the persons who can be bound by the agreement. Concerning enforcement of the agreement against persons other than the original con-

tracting party, English Nature has the like rights as if it had been the absolute owner, possessing ascertained land adjacent to the land that is subject to the agreement and capable of being benefited by the agreement, and the management agreement had been expressed to be for the benefit of that adjacent land.<sup>108</sup> English Nature may assist with the costs of carrying out conservation management through payments under voluntary management agreements, where this will secure the conservation of the site.

Under the Dutch Nature Conservation Act 1998 either the provincial authorities or the Minister of LNV are under the obligation to lay down management plans, after consulting the owners and land users within the boundaries of the European site. These are not voluntary agreements but legally binding plans, that may be challenged in Court by interested parties. English Nature is invested with a so-called *power of compulsory acquisition*.<sup>109</sup> Where English Nature is satisfied that it is unable to conclude a management agreement on conditions that appear to be reasonable in its opinion, or where it has entered into a management agreement concerning such an interest and a breach of the agreement has occurred which prevents or impairs the satisfactory management of the European site, it may acquire that interest compulsorily. The powers of compulsory acquisition conferred on English Nature are only exercisable in any particular case in which English Nature is authorised to do so by the Secretary of State.<sup>110</sup> A breach of the agreement which is capable of being remedied may lead to compulsory acquisition only after there has been default in remedying that breach within a reasonable time following notice from English Nature requiring it to be remedied. Any dispute that may occur concerning the alleged breach of a management agreement shall be determined by an arbitrator appointed by the Lord Chancellor.

English legislation contains a specific provision for the control of “*potentially damaging operations*” (PDO’s).<sup>111</sup> Under Section 28 of the Wildlife and Countryside Act 1981 notifications may be issued for “*sites of special scientific interest*” (SSSIs). Such a notification is a statement of scientific value which does carries prohibitive powers. The landholder is provided, in addition to this scientific statement, with a list of “*potentially damaging operations*” (PDOs) that are thought likely to harm the site. Any notification in force in relation to a European site under section 28 of the Wildlife and Countryside Act 1981 has effect for the purposes of the Habitats

---

<sup>108</sup> Reg. 16.

<sup>109</sup> Reg. 32.

<sup>110</sup> Reg. 98. The Acquisition of Land Act 1981 applies in relation to the acquisition under the Regulations in England.

<sup>111</sup> Reg. 18-21.

Regulations. English Nature may, for the purpose of securing compliance with the requirements of the Habitats Directive, at any time amend the notification. The owner or occupier of any land within a European site is restricted in carrying out operations specified in the notification. Operations are forbidden unless English Nature is informed in advance in writing about the proposed operations and one of a number of other conditions is satisfied. These are either that the operations are carried out with the written consent of English Nature, in accordance with the terms of a management agreement, or four months have expired after giving notice of the proposed operation. Emergency operations may be carried out without prior consent and have to be notified to English Nature. Furthermore, operations authorised by a planning permission granted on an application under Part III of the Town and Country Planning Act 1990.<sup>112</sup>

Where it appears to English Nature that an application for consent relates to an operation which is (or forms part of) a plan or project that is not directly connected with (or necessary to) the management of the site, and that is moreover likely to have a significant effect on the site (either alone or in combination with other plans or projects), an appropriate assessment of the implications for the site in view of the conservation objectives of that site must be made. In the light of the conclusions of the assessment, English Nature may give consent for the operation only after having ascertained that the plan or project will not adversely affect the integrity of the site. The provisions do not apply to potential SACs that are still under consultation. In any case where English Nature has not given written consent for an operation, but where it considers that there is a risk that the operation may nevertheless be carried out, it shall notify the Secretary of State.<sup>113</sup>

The Secretary of State may, after consultation with English Nature, make an order specifying the operations which appear to him to be likely to destroy or damage the flora, fauna, or geological or physiographical features by reason of which the land is a European site (a so called “*special nature conservation order*”).<sup>114</sup> Operations specified in the order may not be carried out, unless specific conditions have been met. Those conditions are (a) that the operation is carried out with the written consent of English Nature; (b) that the operation is carried out in accordance with the terms of a management agreement. Where it appears to English Nature that an application for consent relates to an operation which is or forms part of a plan or project which (a) is not directly connected with or necessary to the management of the site,

---

<sup>112</sup> Reg. 19.

<sup>113</sup> Reg. 20.

<sup>114</sup> Reg. 22-27.

## COUNTRY REPORT ENGLAND

and (b) is likely to have a significant effect on the site (either alone or in combination with other plans or projects), they shall make an appropriate assessment of the implications for the site in view of that site's conservation objectives. In the light of the conclusions of the assessment, they may give consent for the operation only after having ascertained that the plan or project will not adversely affect the integrity of the site. Where the appropriate nature conservation body refuse consent they shall give reasons for their decision. The owner or occupier of the land in question may- (a) within two months of receiving notice of the refusal of consent, or (b) if no notice of a decision is received by him within three months of an application for consent being made, by notice in writing to English Nature require them to refer the matter forthwith to the Secretary of State. If on the matter being referred to the Secretary of State he is satisfied that, there being no alternative solutions, the plan or project must be carried out for imperative reasons of overriding public interest, he may direct English Nature to give consent to the operation. Where the site concerned hosts a priority natural habitat type or a priority species, the reasons must be either (a) reasons relating to human health, public safety or beneficial consequences of primary importance to the environment, or (b) other reasons which in the opinion of the European Commission are imperative reasons of overriding public interest. Where the Secretary of State directs English Nature to give consent under this regulation, he shall secure that such compensatory measures are taken as are necessary to ensure that the overall coherence of Natura 2000 is protected. Where a special nature conservation order is made, English Nature shall pay compensation to any person that had at the time of the making of the order- an interest in land comprised in an agricultural unit that comprises land to which the order relates. However, this is only where that person proves that the value of his interest is less than it would have been if the order had not been made.

A breach of an order can be challenged before an administrative court, and is also a criminal offence. In addition to a fine, a court may make an order requiring a person convicted of breaching a nature conservation order to carry out, within such period as may be specified in the order, such operations as may be so specified for the purpose of restoring the land to its former condition. If the operations specified in the court order have not been carried out within the period mentioned in the court order, English Nature may enter the land and carry out those operations. English Nature is entitled to recover subsequently any expenses reasonably incurred by it in doing so from the person against whom the court order was issued.

Finally, regarding the protection of European sites, English Nature may make *byelaws* (local subordinate legislation). Reg. 28 applies the powers in section 20 of the National Parks and Access to the Countryside Act 1949

(byelaws for protection of nature reserves). Byelaws may prohibit or restrict (1) the entry into or movement within the site, (2) the killing, taking, molesting or disturbance of living creatures of any description in the site, (3) the taking, destruction or disturbance of eggs of any such creature, (4) the taking of, or interference with, vegetation of any description in the site, or (5) the doing of anything in the site which will interfere with the soil or damage any object in the site. Moreover, section 20 contains provisions prohibiting (6) the depositing of rubbish and the leaving of litter in the site and (7) the lighting of fires in the site or the doing of anything likely to cause a fire in the site. Byelaws can be made requiring the holding of a permit before entry onto a site, or an adjoining area, or before the doing of anything.<sup>115</sup> Byelaws may not interfere with specific rights set out in reg. 29. Where the exercise of any right vested in a person, whether by reason of his entitlement to any interest in land or by virtue of a licence or agreement, is prevented or hindered by the entry into force of byelaws under Section 20 of the National Parks and Access to the Countryside Act 1949 (as it applies by virtue of reg. 28), the person concerned shall be entitled to receive compensation in respect thereof from English Nature.<sup>116</sup>

Reg. 47(1)(b) requires the “*review of outstanding decisions, permissions, consents and other authorisations*”<sup>117</sup> (1) that fall within the scope of Part IV of the Habitats Regulations and which are (2) not yet completed and which would (3) moreover be likely to have a significant effect on the integrity of a European Site (either individually or in combination with other plans or projects) and which would (4) furthermore not be directly connected or necessary to the management of the site.<sup>118</sup> On the one hand, this mandatory review includes the currently outstanding decisions, permissions, consents and other authorisations (hereinafter referred to as: ‘permissions’) that are valid but that have not yet entered into force. On the other hand, it includes plans

<sup>115</sup> The power to make byelaws does not apply in relation to a European marine site. The Habitats Regulations hold specific provisions for these sites.

<sup>116</sup> Reg. 30. Under Reg. 96. disputes arising on a claim for compensation shall be determined by the Lands Tribunal.

<sup>117</sup> Reg. 55-59: planning permissions; Reg. 69: construction or improvement of highways or roads; Reg. 71: consents under Electricity Act 1989; Reg. 75: authorisations under the Pipe-lines Act; Reg. 79: orders under the Transports and Works Act 1992; Reg. 83: Authorisations under Part I of the Environmental Protection Act 1990, Licences under Part II of the Environmental Protection Act 1990; Reg. 85: discharge consents under water pollution legislation.

<sup>118</sup> Review of existing planning permissions and other consents The Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994, Habitats regulations guidance notes (HRGN 2), English Nature May 1997.

that have entered into force, but of which the execution is not yet completed.<sup>119</sup> The obligation to review existing notices and consents applies to Ramsar sites as a matter of policy but not to potential SPAs. The competent authority must review permissions etc. as soon as reasonably practicable.<sup>120</sup> English Nature may be consulted by the competent authority at any stage. The conclusion may be reached that the permission is not likely to have a significant effect on the site. Moreover, following an assessment, it may be concluded that the permission will not have an adverse effect on site integrity. In such cases the permission may be implemented as planned. If a plan or project is likely to have a significant effect, the competent authority must make an appropriate assessment. The consultation with English Nature is obligatory in this situation. Alternative approaches (i.e. agreed conditions in a management agreement or adaptation of the means of working might be adopted so that the risk of an adverse effect on site integrity is removed. An alternative to the existing permission might be agreed. The permission holder might voluntarily relinquish all or part of the consent in recognition of the value of the site for nature conservation. If there are no alternatives and if the threat to the site cannot be removed by any of the above means, the permission may still be implemented if there are imperative reasons of overriding public interest. If the competent authority has the intention to affirm the permission for imperative reasons of overriding public interest, the Secretary of State should first be notified. The competent authority may only affirm the permission if the Secretary of State agrees, or if at least 21 days have elapsed since the notification to the Secretary of State by the competent authority and the Secretary of State has not issued any direction to the competent authority under prohibiting them from agreeing to the plan or project. In that case (i.e. where a consent is affirmed despite a negative assessment) all compensatory measures that are necessary to ensure that the coherence of the Nature 2000 network is protected must be taken.<sup>121</sup> When the competent authority concludes that there are alternative solutions or that there are no imperative reasons of overriding public interest, the competent authority must take action to overcome the adverse effects. This can for example be done by a revocation or a discontinuance order. These actions may only be taken to the extent necessary to avoid adverse effects on the integrity

---

<sup>119</sup> HRGN 4, par. 2.3.

<sup>120</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005 Biodiversity and Geological Conservation (ODPM/DEFRA), p. 13.

<sup>121</sup> Reg. 53.

of the site.<sup>122</sup> In case of a discontinuance order under the Town and Country Planning Act 1990 the developer may claim compensation.<sup>123</sup>

In the aforementioned infringement proceedings before the ECJ (C-6/04) the European Commission withdrew its specific allegation concerning the transposition of Article 6(2) of the Habitats Directive in England.

The provisions for management and control in the Dutch Nature Conservation Act 1998 differ from the English system. In situations where no management plan is (yet) available a permission for activities that may deteriorate the quality of the site or that may lead to disturbance of species is obligatory.

#### *IV. Article 6 (3) and (4)*

The Habitats Regulations stem from the integrated approach (i.e. the sectoral approach). Reg. 48, 49 and 53 transpose (in general) the requirements of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive. These are applied to the consent regimes in regulations 54-85.<sup>124</sup> These regulations concern:

- Reg. 55-68: planning permissions;
- Reg. 69-70: construction or improvement of highways or roads;
- Reg. 71-74: consents under Electricity Act 1989;
- Reg. 75-78: authorisations under the Pipe-lines Act;
- Reg. 79-82: orders under the Transports and Works Act 1992;
- Reg. 83-84: Authorisations under Part I of the Environmental Protection Act 1990; Licences under Part II of the Environmental Protection Act 1990;
- Reg. 84A: Permits under the Pollution Prevention and Control(England and Wales) Regulations 2000;
- Reg. 85: discharge consents under water pollution legislation.

Supplementary provisions are made by reg. 52 (co-ordination where more than one competent authority involved) and elsewhere in Part IV of the Habitats Regulations.

Our research has been limited to the general provisions in reg. 48-51 and to the supplementary provision in reg. 53. These regulations are in close keeping with the wording of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive. There

---

<sup>122</sup> Review of existing planning permissions and other consents The Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994, Habitats regulations guidance notes (HRGN 2), English Nature May 1997.

<sup>123</sup> Reg. 59.

<sup>124</sup> Reg. 47.



## COUNTRY REPORT ENGLAND

are some noteworthy elements in the regulations comparing them with the Dutch Nature Conservation Act 1998.

A person applying for any of the aforementioned consents, permissions or other authorisations shall provide such information as the competent authority may reasonably require for the purposes of the assessment. For the purposes of the assessment the competent authority shall consult the appropriate nature conservation body (English Nature) and it shall furthermore have regard to any representations made by English Nature within such reasonable time as the authority may specify.<sup>125</sup> Furthermore, there is no general obligation to consult the public.

If they are satisfied that, there being no alternative solutions, the plan or project must be carried out for imperative reasons of overriding public interest (which may be of a social or economic nature), the competent authority may agree to the plan or project notwithstanding a negative assessment of the implications for the site. Where the site concerned hosts a priority natural habitat type or a priority species, the reasons must be either-

- (a) reasons relating to human health, public safety or beneficial consequences of primary importance to the environment, or
- (b) other reasons which in the opinion of the European Commission are imperative reasons of overriding public interest.<sup>126</sup>

Where a competent authority other than the Secretary of State desires to obtain the opinion of the European Commission as to whether the submitted reasons for carrying out a certain plan or project are to be considered as other imperative reasons of overriding public interest under (b), the competent authority shall submit a written request to the Secretary of State (a) identifying the matter on which an opinion is sought, and (b) accompanied by any documents or information which may be required. The Secretary of State may thereupon, if he thinks fit, seek the opinion of the European Commission. In case an opinion of the European Commission is requested, this opinion must be transmitted to the competent authority upon receiving it. Moreover, the Secretary of State shall secure that any necessary compensatory measures are taken to ensure that the overall coherence of Natura 2000 is protected. Where an authority other than the Secretary of State proposes to agree to a plan or project under this regulation notwithstanding a

---

<sup>125</sup> See also HRGN 1.

<sup>126</sup> Reg. 49.

## COUNTRY REPORT ENGLAND

negative assessment of the implications for a European site, the authority in question shall notify the Secretary of State. Having notified the Secretary of State, the competent authority in question shall not agree to the plan or project before the end of the period of 21 days beginning with the day that is notified to the competent authority by the Secretary of State as the day on which their notification was received by him (unless the Secretary of State notifies the competent authority that it may do so). In any case the Secretary of State may give directions to the competent authority, including a prohibition for the competent authority to agree to the plan or project (either indefinitely or during such period as may be specified in the direction). This power is without prejudice to any other power of the Secretary of State in relation to the decision in question.

According to the ECJ in C-6/04 *Commission v UK and Ireland* the provisions of Articles 6(3) and 6(4) of the Habitats Directive have not been fully transposed into UK law. In the opinion of the ECJ water abstraction plans and projects under Chapter II, Part II of the Water Resources Act 1991 need to be specifically covered. The same applies to land use plans (or development plans).

### 2.2 *Type of legislation (binding/non binding, guidance documents etc.)*

The Habitats Regulations are legally binding. Several guidance documents have been set forth by English Nature, ODPM<sup>127</sup> and DEFRA in order to facilitate proper interpretation of the requirements of these Habitats Regulations.<sup>128</sup>

#### *I. English Nature Habitats Regulations Guidance Notes*

- The Appropriate Assessment (Reg. 48), The Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994, Habitats regulations guidance notes (HRGN 1), English Nature May 1997;
- Review of existing planning permissions and other consents, The Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994, Habitats regulations guidance notes (HRGN 2), English Nature May 1997;
- The determination of Likely Significant Effects under the Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994, Habitats regulations guidance note (HRGN 3), English Nature November 1999;
- Alone or in combination, Habitats regulations guidance note (HRGN 4), English Nature May 2001;

---

<sup>127</sup> Office of the Deputy Prime Minister.

<sup>128</sup> Department for Environment, Food & Rural Affairs.

## COUNTRY REPORT ENGLAND

- The condition imposed on Permitted Development by the Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994 (Regulation 60-63), Habitats regulations guidance note (HRGN 6), English Nature November 2001.

### *II. General guidance documents (ODPM/DEFRA)*

- Code of Guidance (Sites of Special Scientific Interest: Encouraging Positive Partnerships) (DEFRA)
- EU Habitats and Birds Directive Handbook (general policy, process and technical guidance)
- Planning Policy Statement 9 (PPS 9): Biodiversity and Geological Conservation (ODPM), August 2005<sup>129</sup>
- Good Practice Guide
- Circular 6/05 - 1/05: Biodiversity and Geological Conservation (ODPM/DEFRA).

### *III. Specific guidance documents*

- HMSO European Marine Sites in England and Wales: A Guide to the Conservation (Natural Habitats &c.) Regulations 1994 and to the Preparation and Application of Management Schemes.<sup>130</sup>
- Nature Conservation Guidance on Offshore Wind farm Development, 30 March 2005 (DEFRA).

Strictly speaking, guidance documents are not legally binding. However, there may be an obligation to take them into account. A failure to do can make a decision susceptible to being quashed in judicial review proceedings.

### *2.3 Do the implementation regulations etc. solely concern nature conservation or are provisions integrated in integrated environmental or land use (planning) regulations?*

The Habitats Regulations 1994 are neither exhaustive nor exclusive in implementing the Habitats Directive. Other wildlife, countryside and conservation legislation as well as the land use planning system are relevant. The Habitats Regulations do, however, contain provisions affecting specific consent regimes.

---

<sup>129</sup> PPS 9 replace the Planning Policy Guidance 1994.

<sup>130</sup> Not available on the internet, ISBN 1 85112 087 4.

2.4 *Have the requirements concerning the protection of species and the protection of European sites been transposed in the same regulations?*

In the Habitats Regulations both the requirements on the protection of species and European sites have been transposed as far as the Habitats Directive is concerned. The Protection of species and European sites based upon the Birds Directive is transposed in the Wildlife and Countryside Act 1981.

2.5 *Who are the competent authorities for implementing these regulations?*

The requirements of the Habitats Regulations are part of sectoral decision making procedures. This results in a broad definition of ‘competent authority’ in reg. 6(1), which includes any Minister, Government Department, public or statutory undertaker, public body of any description or person holding public office.<sup>131</sup> Reg. 5 refers to the relevant authorities in relation to marine areas and European marine sites.

2.6 *Does the applicable legislation differ between the assessment of existing situations and new developments?*

The Habitats Regulations contain specific provisions for management and control on the one hand and for the assessment of plans and projects on the other. In existing situations the assessment required by Article 6(3) and (4) of the Habitats Directive (transposed in the Habitats Regulations) has to be performed in case of significant effects on the integrity of the site.

2.7 *Has the possibility of mitigating measures been laid down in the regulations? Is there a definition of mitigating measures?*

There are no explicit requirements on mitigation in the Habitats Regulations as far as (new) plans and projects are concerned. However, reg. 48(6) holds the obligation for the competent authority to have regard to (1) the manner in which a plan or project is proposed to be carried out and (2) to any conditions or restrictions subject to which they propose that the consent, permission or other authorisation should be given. HRGN 1 states that in identifying the effects the competent authority should consider all mitigating measures already taken in the proposal and the extent to which these measures are likely to avoid, reduce or ameliorate adverse effects. The residual effects

---

<sup>131</sup> Reg. 6(2), (3) and (4) further define ‘public body’, ‘public office’, ‘local authority’ and ‘joint board’.

after mitigation are to be considered in the appropriate assessment. As part of the identification of the effects on integrity of the site the competent authority must consider the way in which it is proposed to carry out the project and whether conditions or other restrictions would help in order to ensure that site integrity is not adversely affected.<sup>132</sup>

In reviewing existing consents, permissions etc. it must be assessed whether a violation adverse effects on the integrity of the site can be avoided by a variation of the consent permission, etc.

### **3. INTERPRETATION OF ARTICLE 6 HABITATS DIRECTIVE BY THE COURTS**

Although there are only a few court case that concern the interpretation of art. 6 Habitats Directive (as transposed in English law) the Court rulings give interesting information about the interpretation and the opinion of the Courts. It became clear to us that the burden of proof lies on the shoulders of the claimant. It is not sufficient to state in general terms that the requirements of the Habitats Regulations has not been met. The claimant should substantiate the claim by evidence. A clear example is the aforementioned Humber – case in which several ground were rejected for lack of evidence.

#### *3.1 Has Article 6 Habitats Directive been transposed correctly according to the (English) Courts and experts?*

See par. D. IV

#### *3.2 Does Article 6 Habitats Directive play a role in the decision making process and judicial review despite the (full) implementation?*

See par. D I. Definitions. In the Case *The Queen on the application of Friends of the Earth v the Environment Agency and ABLE UK and English Nature* the High Court ruled that the General Clause directly refers to the Habitats Directive.<sup>133</sup> Even if the meaning of the general clause was uncertain (which it is not in the opinion of the Court) it would be necessary to construe it so as to impose such an obligation upon the Environment Agency in order to give effect to the Directive.

---

<sup>132</sup> Reg. 48(6).

<sup>133</sup> [2003] EWHC 3139 (Admin).

3.3 *In case of incorrect transposition, do the courts apply Article 6 of the Habitats Directive?*

Until today there is only the Greenpeace-case in which the scope of the Habitats Directive was discussed. There are no cases in which the direct application of Article 6 plays a role. The case law concerns the interpretation and application of the Habitats Regulations. This might change in the near future as a result of the ruling of the ECJ in C-6/04 Commission v UK and Ireland.

3.4 *Is Article 6(2) of the Habitats Directive applied to future plans and projects?*

No, only the provisions of reg. 48 and 49 apply to future plans and projects. The provisions on management and control (par. D. III) apply to existing situations. These provisions are not based upon Article 6(3) and (4) of the Habitats Directive.

3.5 *Interpretation of the requirements of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive/national regulations by the Courts*

There are very few court decisions concerning the interpretation of Article 6 (3) and (4) of the Habitats Directive as transposed into the Habitats Regulations. However, some of the aforementioned guidance documents contain clear statements on the aspects set out below.

*a) The meaning of 'plan or project'*

The Habitats Regulations do not define 'plan or project'. Reg. 2(2) states in general that, unless otherwise required by the context, expressions used in the Habitats Regulations and in the Habitats Directive have the same meaning as in the Habitats Directive.

*b) Requirement of an appropriate assessment for strategic plans or policy schemes*

Development plans are not covered by the procedures under reg. 48, 49 or 53 of the Habitats Regulations 1994, because they are not considered to be plans or projects within the meaning of reg. 48. European sites will be covered by the SEA Directive 2001/42/EC, and this will require the assessment of proposals of development plans affecting those sites. In any event the planning authorities have a general duty under reg. 3(4) Habitats Regulations to take the provisions of the Habitats Directive into consideration in exercis-

ing their functions. This includes their plan making functions under the Town and Country Planning Act 1990. Local planning authorities should adopt the precautionary principle. Moreover they are required to undertake sufficient assessment of any proposal in a development plan that is likely to significantly affect a European site.

If a proposal would be likely to adversely affect the integrity of a such site, or if the effects of a proposal on a site are uncertain, planning authorities should not allocate the site for the type of development concerned, unless (1) the planning authority is satisfied that any subsequent or current planning application for that proposal would be likely to pass the test for derogations in reg. 49 and unless (2) there is a reasonable prospect that compensatory measures that may be required by reg. 53 can be secured.<sup>134</sup>

*c) Distinction between 'screening' and 'appropriate assessment'*

Under reg. 48(1)(a) a competent authority must assess whether a consent, permission or other authorisation for a plan of project is likely to have significant effect on a European site. In case significant effects do or may occur an appropriate assessment has to be carried out. In HRGN 1 it is stated that an initial determination of the effects on a European site has to be performed to ensure that all relevant plans and projects likely to have a material effect on European sites are subject to an appropriate assessment.

*d) Is there a distinction between existing situations and new activities?*

See above.

*e) Significant effects<sup>135</sup>*

The Habitats Regulations do not explicit the expression 'significant effects'. However, this expression should be interpreted in consistency with the meaning of the expressions used in the Habitats Directive. HRNG 1 refers to direct or indirect, temporary or permanent, beneficial or harmful effects, and furthermore to a combination of these. Moreover, HRGN 3 further elaborates upon the determination of likely significant effects under the Habitats Regulations. The expression 'likely significant effect' is defined (in HRGN 3) as '*any effect that might reasonably be predicted as a consequence of a plan or project that may affect the conservation objectives of the features for which the site was designated, but excluding trivial or inconsequential effects*'. Furthermore, HRGN 3 lists examples of types of effects which are

<sup>134</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005, p. 19.

<sup>135</sup> Habitats regulations guidance note (HRGN 3) 'The determination of Likely Significant Effect under the Conservation (Natural Habitats &c) Regulations 1994, English Nature November 1999.

likely to be significant. The assessment of whether a significant effect is 'likely' should be based on the best readily available information. First of all the competent authority should consider and record the features for which the site has been selected and the conservation objectives for the site. Where there is not a clear cut case for there being no likely significant effects, a risk assessment has to be carried out on e.g. the potential hazards, the probability that the hazard will affect the site's objectives and also on e.g. the magnitude, the likely duration and the (ir)reversibility of the effect.

*f) Precautionary principle*

Following reg. 48(1)(b) the competent authority has to determine whether a proposal is likely to have a significant impact. The decision on whether an appropriate assessment is necessary should be made on a precautionary basis.<sup>136</sup>

*g) Cumulative effects<sup>137</sup>*

The Habitats Regulations require competent authorities to make an appropriate assessment of plans and projects alone or in combination with other plans or projects.<sup>138</sup> In considering the combined effects with other proposals it will normally be appropriate to take account of (1) outstanding consents that are not fully implemented, (2) ongoing activities or operations that are subject to continuing regulation (such as discharge consents or abstractions licenses) and (3) other proposals that are subject to a current application for any kind of authorisation, permission, licence or other consent.<sup>139</sup>

The aforementioned Humber-case is noteworthy because of one of the statements made on behalf of the Secretary of State. In a witness statement it was suggested that the Secretary of State did not consider the full effects of the proposal because it had already been decided that an appropriate assessment was already necessary because of the significant effects which the proposal had by itself. Following this statement the available information did not prove that the outcome or provision for compensation would have been any different if more detail had been available. The response by the Secretary of State was that the purpose of the reference in reg. 48 to in-combination effects was to ensure that an appropriate assessment was carried out on those projects which could not by themselves have warranted an appropriate assessment but in combination with others would. Hence (in the

<sup>136</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005, p. 8. The circular refers to ECJ C-127/02.

<sup>137</sup> Habitats regulations guidance note (HRGN 4) 'Alone or in combination', English Nature May 2001.

<sup>138</sup> Regulations 20, 24, 48, and 60.

<sup>139</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005, p. 8.



opinion of the Secretary of State) Reg. 48 had achieved its purpose when the requirement to carry out an appropriate assessment was carried out in relation to the effects of the project on its own. There was no evidence of any in-combination effects which were not simply additive and which could not be dealt with by separate compensation measures. The Court held that if an appropriate assessment is being carried out on a site which warrants one because of its stand alone effects, it would be very curious if combination effects had to be ignored and only taken into account for those developments which did not warrant an appropriate assessment by themselves. That would be to introduce a lacuna for which there is no purpose. In the opinion of the Court, the trigger for the appropriate assessment is not confined to the content of the appropriate assessment which has to be carried out.

Furthermore it is noted that the Humber-case reflects upon the difference between additive and interactive losses. The latter involves a worsening of a loss because it is exacerbated by another effect. In this case it was concluded that it was not shown by the claimant that interactive losses would occur.

*h) Do management plans play a role in the assessment based upon Article 6(3) and 6(4) of the Habitats Directive?*

There is no express provision in UK legislation that deals with this.

*i) Requirements concerning the contents and depth of the appropriate assessment<sup>140</sup>*

Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005 states that the scope and contents of an appropriate assessment will depend on the location, size and significance of the proposed plan or project. English Nature will advice on a case-by-case basis. According to the nature conservation interest of the site English Nature will identify particular aspects that the appropriate assessment should address, (e.g. hydrology, disturbance and land-take).<sup>141</sup>

*j) Mitigating measures*

See above paragraph 2.6.

*k) Consultation of the general public*

As part of the assessment process, the competent authority may consult the general public. The competent authority decides whether publicity and consultation in addition to that (required under the planning or other regulatory procedures) should be undertaken. Moreover the competent authority could

---

<sup>140</sup> HRGN 1.

<sup>141</sup> See HRGN 1.

consider consulting any organisation that may have relevant information or expertise.<sup>142</sup> In general permissions, consents etc. can be challenged in Court by parties with *locus standi*.

*l) Alternatives*

The competent authority should consider whether there are (likely to be) either suitable and available sites (or routes in case of linear projects) or different, practicable approaches which would have lesser impact.<sup>143</sup>

*m) Imperative reasons of overriding importance*

On DEFRA's website ([www.defra.gov.uk/wildlife-countryside](http://www.defra.gov.uk/wildlife-countryside)) guiding principles are set out that will be relevant when in taking the decision on whether imperative reasons of overriding public interest are demonstrated:

- a need to address a serious risk to human health and public safety;
- the interest of national security and defence;
- the provision of a clear and demonstrable direct environmental benefit on a national or international scale;
- a vital contribution to strategic economic development or regeneration;
- where a failure to proceed would have unacceptable social and/or economic consequences.

When considering plans and projects in individual cases against the background of these guiding principles, plans and projects of national importance are, in general, most likely to be judged as giving rise to imperative reasons of overriding public interest. Important regional projects may also be so judged. Projects of local interest are not ruled out, but it is less likely that their potential benefits will be considered to override the nature conservation values of the sites. The relevant importance of the SPA or SAC within the European network will also weigh in the balance of considerations.

*n) The other reasons for authorisation under Article 6 (public safety etc.)*

See above.

*o) Compensatory measures*

The requirements that should be met when formulating compensatory measures were discussed in the Humber Sea Terminal case. The claimant submitted that the compensatory measures agreement would not achieve the object required of it, which is to ensure the continuing coherence of the Natura

---

<sup>142</sup> Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005, p. 9.

<sup>143</sup> Reg. 49(1), Circular ODPM 06/2005, DEFRA 01/2005, p 11.

2000. In the opinion of the claimant the implementation of the agreement could not be secured. Furthermore the claimant stated that it was critical that the replacement habitat be available before, or at the latest at the same time as, the destruction of the existing habitat. There was no trigger to start the compensatory works in the agreement, something usually achieved by a prohibition on development until the compensation measures were in place. All that was required by the agreement according to the claimant was that the land ownership and consents be secured. On behalf of the Secretary of State it was stated that the duty under reg. 53 (compensation) arises after the consent has been given. The agreement prevented the developer from starting work until it was in a position to implement the compensatory measures. The Court ruled that there are several parties to the agreement who have an interest opposite to that of the developer who would be in a position to enforce the agreement pursuant to its terms, leaving aside the exercise of any statutory powers which the Secretary of State would have. The Court held that compensatory measures do not need to be in place before consent is granted, even if the agreement were not enforceable (which it could be by many). That would not necessarily mean that the Secretary of State failed in his duty unless it could be said he was otherwise disabled.

*p) Responsibility for the assessment. Who has to deliver the required information? Who decides in case of insufficient information?*

If a proposed development (not directly connected with or necessary to the management of the site) is likely to significantly affect a European site, a competent authority must make an appropriate assessment of the implications for the site concerned. English Nature must be consulted during the course of this appropriate assessment. The competent authorities must have regard to any representations made by English Nature. If the competent authority departs from that advice, it will need to have good reason to do so. The competent authority may require the applicant to provide the information as may reasonably be required in order to undertake the appropriate assessment.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> See also HRGN 1.

**4. ARTICLE 6 HABITATS DIRECTIVE IN PRACTICE**

Assessment in a sectoral framework makes it difficult to establish an accurate view on the executive practice concerning the Habitats Directive. We did not succeed in getting an adequate overview of the implementation in England. We however did not obtain information that leads to the conclusion that the practical implementation leads to significant problems.

## Landenrapport Frankrijk

Het eerste deel van dit rapport (t/m 3.) is geschreven door Prof. mr. G. van Hoorick, Universiteit Gent. Het tweede deel van dit rapport (vanaf 3.1) is geschreven door mw. mr. J. Makowiak, Universiteit Limoges.

### 2. VRAGEN M.B.T. TOT DE WETTELIJKE MAATREGELEN WAARMEE ART. 6 HABITATRICHTLIJN IS OMGEZET

#### 2.1 *Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrichtlijn omgezet in de wet- of regelgeving van Frankrijk?*

De bepalingen in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn over de Natura 2000-gebieden zijn omgezet in de Code de l'environnement (wettelijke bepalingen) en de Code rural (reglementaire bepalingen). Ook zijn er nogal wat uitvoeringsmaatregelen vervat in circulaires. De leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrichtlijn zijn omgezet in art. L. 414-1 V tot 414-6 Code de l'environnement. De betrokken bepalingen zijn ingevoerd bij Ordonnantie van 11 april 2001. De meeste betrokken bepalingen in de Code rural zijn ingevoerd bij Decreet van 21 december 2001<sup>145</sup>.

Het lid 2 van art. 6 Habitatrichtlijn is terug te vinden in art. L. 414-1 V, lid 1, zin 2 Code de l'environnement. Daarin staat dat de Natura 2000-sites het voorwerp uitmaken van gepaste preventiemaatregelen om de verslechtering van de betrokken natuurlijke habitats en significante verstoringen van de betrokken soorten te vermijden. Aangezien zin 1 de omzetting vormt van het lid 1 van art. 6 Habitatrichtlijn, dat betrekking heeft op het actief beheer, heeft Frankrijk er dus blijkbaar voor geopteerd de leden 1 en 2 van art. 6 Habitatrichtlijn gegroepeerd om te zetten in één bepaling. Deze keuze kan beleidsmatig en juridisch zeker verdedigd worden.

---

<sup>145</sup> De uiteenzetting is voornamelijk gebaseerd op: J. MAKOWIAK, *Rapport national relatif à la transposition des dispositions relatives au réseau Natura 2000 en droit français*, Séminaire de Caserta / Piedimonte Matese 30-31 mai 2003 ; X, *Le dispositif juridique pour la gestion des sites Natura 2000. Document de synthèse*, Journée de formation auprès du réseau des charges de mission Natura 2000 de Bretagne – 7 mars 2002, Institut Regional du Patrimoine, Rennes.

Art. L. 414-1, V, leden 2 en 3 Code de l'environnement bevat concretiserende bepalingen die de richtlijn verder uitvoeren. Zo wordt bepaald dat de maatregelen moeten aangepast zijn aan de specifieke bedreigingen voor de betrokken natuurlijke habitats en soorten. Ook wordt gesteld dat de maatregelen kunnen worden genomen in het kader van de "Natura 2000-contracten" (zie verder), dan wel in de vorm van wettelijke of reglementaire bepalingen, in het bijzonder deze inzake de nationale parken, natuureservaten, biotopen en gerangschikte landschappen. Dit alles wordt verder in de wet verduidelijkt.

Meer bepaald wordt het kader voor het actief beheer zowel als voor de preventiemaatregelen gevormd door een "document d'objectifs" (DOCOB) dat luidens art. L. 414-2 Code de l'environnement door het bestuur wordt vastgesteld, in overleg met onder meer de gemeenten, en de vertegenwoordigers van eigenaars en exploitanten, en dat de oriëntaties voor het beheer en de instandhouding van de site vastlegt, alsook de uitvoeringsmodaliteiten en de financiële voorzieningen. In de art. R. 214-23 t/m 214-27 Code rural worden deze bepalingen verder uitgevoerd. Zo wordt onder meer bepaald dat de prefect het bevoegde bestuur is dat het DOCOB vaststelt, en dat een Comité de pilotage Natura 2000 meewerkt aan de uitwerking van het DOCOB. Ook wordt de inhoud van het DOCOB vastgelegd (met onder meer type Natura 2000-contracten).

In art. L. 414-3 Code de l'environnement wordt dan bepaald dat voor de toepassing van het DOCOB de eigenaars en gebruiksgerechtigden contracten met het bestuur kunnen afsluiten, genaamd Natura 2000-contracten. Er wordt verder in de bepaling uitgelegd wat zo'n Natura 2000-contract inhoudt. Het is best te vergelijken met een beheersovereenkomst, zij het met precieze prestaties gericht op de instandhouding en eventueel het herstel van de betrokken natuurlijke habitats en soorten. In geval van wanprestatie moet de ontvangen financiële steun worden terugbetaald. In de art. R. 214-29 t/m 214-33 Code rural worden de Natura 2000-contracten verder geregeld. In principe worden de contracten afgesloten met de prefect. Interessant is de bepaling dat als in geval van overdracht van het onroerend goed, de verwerfer het contract niet overneemt, de overdrager de ontvangen financiële steun moet terugbetalen. Maar hoe dan ook is de continuïteit van het beheer niet echt verzekerd met een dergelijk systeem van beheersovereenkomsten. Voor landbouwers kunnen de Natura 2000-contracten de vorm aannemen van territoriale exploitatiecontracten (een andere rechtsfiguur die reeds bestaat in Frankrijk); bepaling die verder wordt uitgevoerd door art. R. 214-28 Code rural.

Over de toepassing van wettelijke of reglementaire bepalingen, in het bijzonder deze inzake de nationale parken, natuurreservaten, beschermde biotopen en gerangschikte landschappen, wordt echter niet veel toegevoegd. Het lijkt er op dat volgens art. L. 414-1, V, lid 3 Code de l'environnement moet worden gekozen voor ofwel de Natura 2000-contracten, ofwel de genaamde wettelijke of reglementaire bepalingen. Dit wordt in de rechtsleer bekritiseerd: het afsluiten van Natura 2000-contracten kan immers ook in de nationale parken, natuurreservaten, biotopen en gerangschikte landschappen nuttig zijn. Overigens is de beleidslijn dat eerder voor de Natura 2000-contracten zal worden gekozen dan voor directe regulering. Deze beleidslijn is vastgelegd in een Circulaire interministeriële van 3 mei 2002. Positief is dat, in een Decreet van 3 mei 2002, aan het bevoegd bestuur gevraagd wordt niet te wachten met het afsluiten van Natura 2000-contracten totdat de Europese Commissie de lijst van de gebieden van communautair belang heeft vastgesteld. Ook wordt de toepassing van de Natura 2000-contracten in dit decreet gekaderd in de ruimere plattelandsontwikkeling. Ondanks de voorkeur voor vrijwillige maatregelen, zijn er sinds 1999 ook reeds diverse natuurreservaten opgericht waarbij in het oprichtingsdecreet expliciet wordt verwezen naar de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Art. L. 414-1, V, lid 2 Code de l'environnement bevat verder enkele bepalingen die wellicht geen correcte omzetting vormen en erop gericht lijken te zijn bepaalde andere belangen dan de natuurbeschermingsbelangen te dienen. Zo wordt bepaald dat de maatregelen rekening moeten houden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel vlak, alsook de regionale en lokale bijzonderheden. Deze bepaling vormt de omzetting van art. 2, lid 3 Habitatrichtlijn, een bepaling die ons inziens echter terugtreedt als er een *lex specialis* is, zoals art. 6, lid 2 Habitatrichtlijn. Tevens wordt gesteld dat de maatregelen er niet mogen toe leiden menselijke activiteiten te verbieden die niet significant zijn en dat de visserij, de jacht en andere wildbeheersactiviteiten in overeenstemming met de wetgeving op de visserij en de jacht aldus worden beschouwd. Met andere woorden de visserij, de jacht en het wildbeheer worden door middel van een juridische fictie vrijgesteld van de preventiemaatregelen van lid 2 van art. 6 Habitatrichtlijn, wat meteen ook inhoudt dat de toepassing van de leden 3 en 4 van art. 6 Habitatrichtlijn "niet nodig is" voor de visserij, de jacht en het wildbeheer. Deze voorrangspositie voor de visserij, de jacht en het wildbeheer wordt onder meer in de rechtsleer fel bekritiseerd.

Het lid 3 van art. 6 Habitatrichtlijn vindt men terug in art. L. 414-4 I en II. Daarin wordt bepaald dat programma's of projecten van werken, handelingen of inrichting ("projets de travaux, d'ouvrage ou d'aménagement") die

onderworpen zijn aan een regime van toestemming of administratieve goedkeuring, en waarvan de realisatie een Natura 2000-site aanmerkelijk zou kunnen beïnvloeden, het voorwerp uitmaken van een impactbeoordeling in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen. Dit verwijst naar de passende beoordeling volgens art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn. Ook wordt bepaald dat het bestuur de toestemming of goedkeuring moet weigeren indien de realisatie de staat van instandhouding van de site zou aantasten. De omzetting vertoont enkele gebreken. Zo zijn plannen (b.v. bestemmingsplannen) niet opgenomen in het toepassingsgebied van de regeling, geldt de regeling enkel voor handelingen die reeds onderworpen zijn aan een of andere toestemming of goedkeuring (b.v. ontbossing en opvulling van wetlands is in Frankrijk enkel meldingsplichtig), en wordt bepaald dat de werken, handelingen of inrichtingsactiviteiten voorzien in een Natura 2000-contract vrijgesteld zijn van de impactbeoordeling. Dit laatste zou overeenkomstig art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn wel correcte omzetting vormen indien in de wetgeving zou bepaald zijn dat Natura 2000-contracten enkel werken, handelingen en inrichtingsactiviteiten mogen bevatten die noodzakelijk zijn voor het natuurbeheer in het gebied, maar dit is niet het geval.

Over welke werken, handelingen of inrichtingsactiviteiten onderworpen zijn aan de impactbeoordeling, wordt meer verteld in de art. R. 214-34 Code rural. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen handelingen binnen een Natura 2000-site en daarbuiten.

Opvallend is dat voor de activiteiten binnen een Natura 2000-site, het toepassingsgebied wordt verengd ten opzichte van de wetsbepaling. Onder de impactbeoordeling vallen sowieso: lozingen in het oppervlaktewater e.d.; activiteiten onderworpen aan een toelating in nationale parken, natuurreservaten of gerangschikte landschappen; en MER-plichte handelingen. De ingedeelde hinderlijke inrichtingen vallen blijkbaar niet onder de impactbeoordeling. Daarnaast echter moet de prefect voor elke Natura 2000-site een lijst opstellen van categorieën van niet MER-plichtige handelingen onderworpen aan een toestemming of goedkeuring, die onder de impactbeoordeling moeten vallen.

Voor de activiteiten buiten een Natura 2000-site is het toepassingsgebied nog enger. Het gaat daar enkel om lozingen in het oppervlaktewater e.d., en MER-plichtige handelingen “indien zij aanzienlijk één of meerdere Natura 2000-sites kunnen beïnvloeden, rekening houdend met de afstand, de topografie, de hydrografie, het functioneren van ecosystemen, van de natuur en het belang van het programma of project, de karakteristieken van de site of de sites en hun instandhoudingsdoelstellingen.” De verplichting dat de



prefect een lijst moet opstellen geldt hier niet. Het is zonder meer duidelijk dat dit een slechte omzetting vormt van de richtlijn.

De inhoud van het document houdende de impactbeoordeling wordt nader geregeld in art. R. 214-36 Code rural. In voorkomend geval wordt de impactbeoordeling geïntegreerd in het MER.

Verder, in art. L. 414-5 vindt men ook nog enkele handhavingsbepalingen. Indien een werk, handeling of inrichtingsactiviteit doorgaat dat/die ten onrechte niet aan een impactbeoordeling werd onderworpen, dan moet het bestuur de handelingen stopzetten en het herstel in de vorige toestand opleggen binnen een termijn die het bepaalt. Behoudens bij hoogdringendheid, wordt de betrokkene gehoord. Indien de betrokkene de maatregelen niet uitvoert kan het bestuur dit doen op zijn kosten. Ook mag het bestuur een financiële zekerheid eisen.

Het lid 4 van art. 6 Habitatrictlijn vindt men terug in art. L. 414-4 III en IV. Deze bepalingen vormen een letterlijke omzetting van de richtlijn. Bovendien wordt toegevoegd dat de compenserende maatregelen ten laste zijn van degene aan wie de werken, beheers- of inrichtingsactiviteiten ten goede komen (“le bénéficiaire des travaux, de l’ouvrage ou de l’aménagement”).

## 2.2 *Wat voor type regelgeving betreft het? (wet in formele zin, beleidsregels, circulaires etc.?)*

Zoals reeds vermeld zijn de bepalingen in de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn over de Natura 2000-gebieden omgezet in de Code de l’environnement (wettelijke bepalingen) en de Code rural (reglementaire bepalingen). Het is eigenaardig dat de wettelijke bepalingen in een andere codificatie zitten dan de reglementaire bepalingen, doch dit zou van voorbijgaande aard zijn. De codificatie van de milieuwetgeving is in Frankrijk volop aan de gang, en in de toekomst zouden de reglementaire bepalingen ook deel uitmaken van de Code de l’environnement. Ook zijn er nogal wat uitvoeringsmaatregelen vervat in circulaires. Een L. na het woordje art. duidt op een wettelijke bepaling, een R. op een reglementaire bepaling.

De leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrictlijn zijn omgezet in art. L. 414-1 V tot 414-6 Code de l’environnement. De betrokken bepalingen zijn ingevoerd bij Ordonnantie van 11 april 2001. De meeste betrokken bepalingen in de Code rural zijn ingevoerd bij Decreet van 21 december 2001.

In Frankrijk staan bovenaan in de normenhiërarchie de wetten (“lois”: wetten in formele zin), gevolgd door ordonnances (“ordonnances”: uitvoerende

akten die evenwel een wet in materiële zin zijn, uitgevaardigd door de regering; zij staan blijkbaar zeer dicht bij een wet in formele zin want krijgen in de codes na het woordje art. de vermelding L.), decreten (“décrets”: uitvoerende akten, in de vorm van een reglement of een individueel besluit, in beginsel uitgevaardigd door de president of een minister), besluiten (“arrêtés”: uitvoerende akten uitgevaardigd door een minister, een prefect, een gemeente), en circulaires (rondzendingbrieven afkomstig van een minister of leidend ambtenaar; zij kunnen in Frankrijk een reglementair karakter hebben en dat is ook de reden waarom Frankrijk nog steeds Europese richtlijnen omzet bij wege van circulaires, ondanks dat het Hof van Justitie deze praktijk afkeurt).

2.3 *Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?*

De Code de l’environnement, waarin de kernbepalingen van art. 6 Habitatrichtlijn omgezet zijn, is een geïntegreerde milieuwetgeving, waar de natuurbehoudswetgeving een (verhoudingsgewijze belangrijk) onderdeel van vormt. Voorlopig maken de reglementaire bepalingen hiervan nog geen deel uit, maar dit zal in de toekomst veranderen.

2.4 *Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?*

In de Code de l’environnement maken de bepalingen inzake de Natura 2000-sites een onderdeel uit van boek IV Fauna en flora, titel 1 Bescherming van fauna en flora. Met andere woorden zij staan zelfs gerangschikt bij de soortenbescherming. Boek III Natuurlijke ruimten bevat titels inzake gebiedsbescherming (onder meer nationale parken, natuureservaten, gerangschikte landschappen, enz.).

2.5 *Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?*

In de wetteksten is dikwijls sprake van de “autorité administrative”. De reglementaire bepalingen bepalen vervolgens wie dat bevoegd gezag is. Dikwijls is dit de prefect, die de vertegenwoordiger is van het centraal gezag op regionaal niveau. De centrale administratie die verantwoordelijk is voor de toepassing van deze wetgeving is de milieuadministratie, Directie Natuur en Landschappen (zie Decreet van 19 mei 2000). De milieuadministratie heeft buitendiensten op het regionaal niveau en op het niveau van het departement (Direction Régionale/Départementale de l’Environnement).

Voor wat betreft de toepassing van andere wetgevingen die een toestemming of goedkeuring vereisen voor bepaalde programma's of projecten, doet de regeling geen afbreuk aan de bestaande bevoegdheden.

*2.6 Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?*

Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten, maar in het DOCOB moet wel een beschrijvende toestand gegeven worden van de menselijke activiteiten uitgeoefend in de Natura 2000-site, in het bijzonder de bestaande landbouw- en bosbouwpraktijken in het gebied. Dit geeft ergens wel aan dat men een beleidslijn gaat volgen in de zin dat de staat van instandhouding van de Natura 2000-site niet mag verslechteren ten opzichte van de referentietoestand in het DOCOB; referentietoestand die mede wordt bepaald door de bestaande landbouw- en bosbouwexploitatie.

Ook is er een overgangsbepaling. In de art. R. 214-34 t/m 214-38 Code rural wordt met name gesteld dat het regime van art. L. 414-4 I Code de l'environnement enkel geldt voor de programma's of projecten van werken, beheers- of inrichtingsactiviteiten waarvan de publicatie van het besluit dat het openbaar onderzoek opent of, in geval van afwezigheid van openbaar onderzoek, de neerlegging van de aanvraag tot toestemming of goedkeuring, dateert van na de publicatie van het Decreet van 20 december 2001. Wellicht vormt dit een niet correcte omzetting van art. 6 Habitatrichtlijn.

Tenslotte is er voor de bosbouw een specifieke regeling, vastgelegd in art. L. 8 Code forestier. De bossen in een Natura 2000-site die worden geëxploiteerd volgens een beheersplan dat is vastgesteld bij besluit, of is goedgekeurd of erkend, en waarvoor de eigenaar een Natura 2000-contract heeft afgesloten, worden beschouwd als duurzaam beheerde bossen. Dit laatste geldt eveneens indien het beheersplan zelf is opgemaakt in overeenstemming met de instandhoudingsdoelstellingen. De vraag rijst naar de precieze draagwijdte van deze bepaling, en met name is niet duidelijk of in het laatste geval (dus zonder Natura 2000-contract maar met een beheersplan dat wel voldoet aan de instandhoudingsdoelstellingen) wettelijk gezien wel een vrijstelling geldt van de passende beoordeling. Art. 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn zelf verzet er zich niet tegen als de activiteiten gedekt door het beheersplan noodzakelijk zijn voor het natuurbeheer in het gebied.

2.7 *Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?*

Net zoals in de tekst van art. 6, lid 4 Habitatrichtlijn wordt in de Franse regeling geen uitdrukkelijke melding gemaakt van mitigerende maatregelen.

**3. VRAGEN M.B.T. DE INTERPRETATIE VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN DOOR DE RECHTER**

*Algemeen*

De aanwijzing van de speciale beschermingszones verloopt in Frankrijk in grote rechtsonzekerheid. In een bepaald vonnis<sup>146</sup> oordeelde de bestuursrechter dat op het moment van de feiten de beslissing van de minister van 1999 tot het overmaken van een nieuwe nationale lijst van de aan de Europese Commissie voorgestelde gebieden van communautair belang, niet tegenwerpelijk aan de bevolking was. De beslissing van de minister van 1999 tot het overmaken van een nieuwe nationale lijst van de aan de Europese Commissie voorgestelde gebieden van communautair belang, werd vernietigd door de Raad van State<sup>147</sup> wegens strijdigheid met het decreet van 1995 dat de aanwijzingsprocedure regelde. Een circulaire van 1997 die de prefecten voorschreef (vooraf aan die beslissing) de lijsten van gebieden over te maken aan de minister, werd ook vernietigd door de Raad van State<sup>148</sup>, omwille van dezelfde reden. Het decreet van 1995 dat de aanwijzing regelde werd in 2001 dan maar vervangen door een nieuw decreet, enz. Recent moest de Raad van State<sup>149</sup> uitspraak doen over de wettigheid van het nieuw decreet van 2001. Het beroep tot vernietiging werd door de Raad van State (gelukkig) afgewezen.

Met betrekking tot de Franse rechtspraak willen wij toch enig voorbehoud maken, in die zin dat het onderzoek van de Franse rechtspraak (die deels ook niet is gepubliceerd) is gebeurd via rechtsleer, niet door bestudering van de rechterlijke uitspraken zelf. Voor zover wij via rechtsleer hebben kunnen

<sup>146</sup> Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, 7 februari 2002, FRANE et FDEN, n° 000606.

<sup>147</sup> Conseil d'État, 22 juni 2001, Association coordination nationale Natura 2000, n° 2199995.

<sup>148</sup> Conseil d'État, 27 september 1999, Association coordination nationale Natura 2000, n° 194648.

<sup>149</sup> Conseil d'État, 23 februari 2005, Association coordination Natura 2000, n° 241796.

nagaan, is er in Frankrijk nauwelijks jurisprudentie van de bestuursrechter waarin de toetsing aan art. 6 Habitatrictlijn uitdrukkelijk aan de orde komt. Het is opvallend dat de bestuursrechter eerder in algemene bewoordingen naar de Habitatrictlijn verwijst in plaats van naar art. 6 Habitatrictlijn. Dit kan misschien worden verklaard door de heersende rechtsonzekerheid in verband met die aanwijzingen en het feit dat de uitspraken betrekking hebben op gevallen die dateren van vóór dat de Commissie de lijst van de gebieden van communautair belang heeft vastgesteld, en dat volgens de Habitatrictlijn pas vanaf dat moment art. 6 Habitatrictlijn van toepassing is.

Er bestaat alleszins één uitspraak van de bestuursrechter die uitsluitend steunt op een inbreuk op de Habitatrictlijn. Het betreft een beschikking in kort geding van de Raad van State van 9 juli 2001<sup>150</sup>. Daarin heeft rechter beslist dat het een manifeste beoordelingsfout uitmaakt van het bestuur een toelating te geven voor de aanleg van wijngaarden (wat gepaard gaat met terrasbouw) in een gebied dat figureert op de nationale lijst van de aan de Europese Commissie voorgestelde gebieden van communautair belang, aangezien de werken een omomkeerbare natuurschade zouden uitmaken. Bijgevolg heeft de rechter de toelating als onwettig beschouwd en dus geschorst. Een toetsing aan art. 6 Habitatrictlijn heeft blijkbaar niet echt plaatsgevonden. Ten gronde evenwel viel de uitspraak<sup>151</sup> anders uit. Omdat ondertussen de beslissing van de minister tot overmaking aan de Europese Commissie van de nationale lijst was vernietigd door de Raad van State, oordeelde de Raad van State dat de regering geen beschermingsmaatregelen moest nemen vooraleer de gebieden van de nationale lijst opnieuw zouden worden aangewezen. Bovendien voegt de Raad van State eraan toe dat aangezien onder de de Habitatrictlijn onder bepaalde voorwaarden nog nadelige projecten kunnen toegelaten worden, het bestuur geen manifeste beoordelingsfout kan worden verweten. Hier werd door de rechter dus wel uitdrukkelijk naar art. 6 Habitatrictlijn verwezen, zij het dat de bepaling werd aangewend ten voordele van het kunnen doorgaan van het wijngaardproject. Het annulatieberoep van de natuurvereniging werd dus ten gronde verworpen.

Er bestaan verschillende uitspraken van de bestuursrechter die steunen op een inbreuk op de Vogelrichtlijn of Habitatrictlijn, samen met een inbreuk op nationale wetgeving (onder meer de Code forestier, de Loi littoral, enz.). Het betreft telkens vernietigings- of schorsingsarresten van toelatingen tot

<sup>150</sup> Conseil d'État, 9 juli 2001, Association Fédérative Régionale pour la protection de la Nature Haut-Rhin, n° 234555.

<sup>151</sup> Conseil d'État 30 december 2002, Association Fédérative Régionale pour la protection de la Nature Haut-Rhin, n° 232752.

het uitvoeren van bepaalde werken of het stellen van bepaalde handelingen die nadelig zijn voor het gebied, en waarin volgens de rechter het bestuur een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt door te weinig rekening te houden met de natuurwaarde van het gebied. Om de natuurwaarde van het gebied aan te geven verwijst de rechter niet alleen naar het feit dat het gebied op de nationale lijst was opgenomen, maar ook dikwijls dat het behoort tot de ZNIEFF (Zone Naturelle d'Intérêt Écologique Floristique et Faunistique) (een soort inventaris van de waardevolle gebieden waarin evenwel geen directe rechtsgevolgen zijn gekoppeld). Reeds in 1994 vindt men een eerste interessante uitspraak<sup>152</sup> waarin een bestemmingsplan dat een industriegebied voorzag in een moerasgebied dat onder meer deel uitmaakt van een speciale beschermingszone in uitvoering van de Vogelrichtlijn, werd vernietigd door de bestuursrechter wegens manifeste beoordelingsfout. Er volgden nog heel wat dergelijke uitspraken van de bestuursrechter, blijkbaar zonder dat art. 6 Habitatrichtlijn aan bod komt<sup>153</sup>.

Maar soms vallen de uitspraken vanuit milieurechtelijk oogpunt tegen. In een bepaald arrest<sup>154</sup> dat ging over een beroep tot vernietiging van een beslissing waarbij de aanleg van een autoweg door een vallei die deel uitmaakte van de nationale lijst van openbaar nut werd verklaard, oordeelde de Raad van State dat niets in de (Franse) wetgeving de overheid ertoe verplichtte dat in het milieueffectrapport zou moeten worden rekening gehouden met het gegeven dat de vallei deel uitmaakte van de nationale lijst. Het beroep tot

---

<sup>152</sup> Tribunal administratif Nantes, 13 juli 1994, Association Estuaire Écologie et autres, n° 94763, 94764, 94781 en 94782.

<sup>153</sup> Rechterlijke uitspraken in die zin zijn: Tribunal administratif de Lille, 5 februari 2003, Association France Nature Environnement, n° 02-1605 (*Droit de l'environnement*, n° 107, april 2003) (over een enduro-motorcross); Tribunal administratif de Lyon, 28 januari 2003, FRAPNA Ardèche, n° 0100415 (over een steengroeve); Tribunal administratif de Caen, 12 mei 1998, Association Manche Nature, n° 97-14 (over de uitbreiding van een golfterrein); Tribunal administratif de Grenoble, 8 juli 1997, FRAPNA Isère, n° 971171, 971172 (oprichting van een "nieuwe toeristische eenheid"); Tribunal administratif de Grenoble, 7 november 1996, FRAPNA Isère, n° 953656, 962540, e.v. (oprichting van een "nieuwe toeristische eenheid"); in beroep (CAA Lyon, 18 juli 2000, Commune de Mont de Lans, n° 96LY02821, 97Y00014, 97LY00090) werd de voorgaande uitspraak hervormd (omdat de inrichtingswerken slechts op 200 ha van de 3500 ha van het gebied betrekking hadden en maar weinig de betrokken kalkgraslanden zouden aantasten).

<sup>154</sup> Conseil d'État, 16 juni 2000, Association de défense du cadre de vie du Grand Angoulême, n° 194495.

vernietiging werd door de Raad dus afgewezen. In een uitspraak in beroep<sup>155</sup> werd gesteld dat een beslissing tot de aanleg van een “nieuwe toeristische eenheid” in een gebied op de nationale lijst niet behept was met een manifeste beoordelingsfout, omdat de inrichtingswerken slechts op 200 ha van de 3500 ha van het gebied betrekking hadden en maar weinig de betrokken kalkgraslanden zouden aantasten. Ook in deze uitspraken wordt blijkbaar niet echt naar art. 6 Habitatrictlijn verwezen.

3.1 *Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat?*

De vraag of de nieuwe wetgeving als een correcte omzetting moet worden gezien, is, voorzover wij hebben kunnen nagaan, tot op heden niet expliciet aan de Franse rechterlijke instanties voorgelegd of aan door deze beoordeeld. In de rechtsleer is er kritiek op bepaalde aspecten (de voorrang aan de jachtbelangen, de vrijstelling van de passende beoordeling voor de Natura 2000-contracten, enz.).

De artikelen 6-2 en 6-4 Habitatrictlijn zijn quasi letterlijk omgezet. Evenwel, wat betreft de factoren die de Natura-2000 sites zouden kunnen aantasten, voegt de nationale tekst een bepaling toe die niet overeenstemt met de Habitatrictlijn. Zo wordt in artikel L 414-1-V Code de l'environnement bepaald dat: “ de (instandhoudings)maatregelen geschikt zijn voor de specifieke dreigingen voor de natuurlijke habitats en soorten . Ze leiden niet tot het verbieden van menselijke activiteiten zolang deze geen significante effecten hebben op de (instandhoudings)doelstellingen...” . En er wordt vooral aan toegevoegd dat “de visserij, de jacht (...) die in overeenstemming met de wettelijke bepalingen zijn, geen storende activiteiten zijn (...)”. Deze bepaling, ingevoerd zodat de tekst aanvaard zou worden door o.a. de jagerslobby, wordt natuurlijk in de rechtsleer<sup>156</sup> bestreden.

De andere nationale bepaling die moeilijkheden oplevert, heeft verband met de gevolgenbeoordeling.

In artikel L 414-4 I Code de l'environnement, die artikel 6 § 3 Habitatrictlijn omzet, wordt bepaald dat “programma's of projecten van werken, handelingen of inrichtingen die onderworpen zijn aan een regime van administratieve toestemming of goedkeuring, en waarvan de realisatie een Natura

<sup>155</sup> Cour d'appel administratif Lyon, 18 juli 2000, Commune de Mont de Lans, n° 96LY02821, 97Y00014, 97LY00090.

<sup>156</sup> Naar ons weten is deze bepaling door de Europese Commissie onderzocht.

2000-site aanzienlijk zou kunnen aantasten, het voorwerp zijn van een beoordeling van hun gevolgen in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. De werken, handelingen of inrichtingen die *in* een Natura 2000-contract *zijn voorzien* zijn vrijgesteld van deze beoordelingsprocedure.”

Het tweede lid is zeer dubbelzinnig en de formulering is wellicht niet conform de Habitatrichtlijn. Er is inderdaad een duidelijk verschil tussen wat de richtlijn voorschrijft en wat de Franse tekst zegt.

De plannen en programma's die *direct verbonden zijn aan het beheer van het gebied of er noodzakelijk voor zijn*, zijn in de Habitatrichtlijn vrijgesteld van de gevolgenbeoordeling. De Franse formulering doet denken dat vanaf het moment dat het beheerplan de realisatie van zulke werken of handelingen zou hebben vastgesteld, deze, overgenomen in een Natura 2000-contract (theoretisch zijn de werken die geen direct verband hebben met het beheer van het gebied daarbij inbegrepen), vrijgesteld zijn van de gevolgenbeoordeling. Deze bepaling is nog betreuenswaardiger, aangezien het verwerken van het beheerplan (sinds de wet van 23 februari 2005) ruim ontgaat aan het toezicht van de Staat, die echter wel de enige verantwoordelijke blijft ten opzichte van de Commissie voor de resultaatsverplichting die door de Habitatrichtlijn is vastgesteld.

Opvallend is ook dat de Franse tekst op een ander punt niet de exacte terminologie van de Habitatrichtlijn overneemt. Er is er inderdaad sprake van de beoordeling van de gevolgen in het licht van de *“instandhoudingsdoelstellingen van het gebied”* terwijl de Habitatrichtlijn verwijst naar de *“staat van instandhouding van het gebied”*. Eveneens heeft de nationale wet het over de realisatie van projecten die een Natura 2000-site *“aanzienlijk”* aantasten terwijl de Habitatrichtlijn het woord *“significant”* gebruikt.

Hetzelfde kan worden geconstateerd wat betreft het toepassingsgebied van de gevolgenbeoordeling. Terwijl de Habitatrichtlijn verwijst naar *“plannen of projecten”*, heeft de Franse tekst het over *“programma's of projecten van werken, handelingen of inrichtingen”* (de Raad van State had gesuggered de term *“plan”* door die van *“programma”* te vervangen). Het Franse recht over impactbeoordelingen ( wet van 10 juli 1976) verwees al alleen naar projecten. De teksten van 2001 ter omzetting van de Habitatrichtlijn verwijzen voortaan naar *“programma's”* maar niet naar *“plannen”*. In een arrest van 6 april 2000 ( C. 256/ 98) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen toch beschouwd dat Frankrijk over een impactbeoordeling voor plannen beschikt, verwijzend naar het feit dat de *“documents d'urbanisme”* (gemeentelijke ruimtelijke ordeningsplannen) de milieuvragen in acht nemen (art. 2 wet van 1976). Deze uitspraak is verwonderlijk aange-



zien de “documents d’urbanisme” (“plannen”) juist vrijgesteld zijn van een impactbeoordeling. In dit geding was Frankrijk alleen veroordeeld wegens het vrijstellen van de gevolgenbeoordeling (o.a. volgens financiële criteria) voor sommige projecten in de Franse regelgeving. Het begrip “plan en programma”, zoals in richtlijn 2001/42/EEG 27 juni 2001 vastgesteld, is dus niet overgenomen in de Franse teksten die de Habitatrichtlijn omzetten. We moeten er echter wel op wijzen dat een recente ‘circulaire’ van 5 oktober 2004<sup>157</sup> bepaalt dat het regime van de beoordeling van de gevolgen die het Natura 2000-netwerk eigen is, het voorwerp zal moeten zijn van een coördinatie met beoordelingen van gevolgen van sommige plannen en programma’s in het kader van de omzettende teksten van de richtlijn 2001/42/EEG. Deze coördinatie is zojuist verwerkt door twee nieuwe decreten van 27 mei 2005 die sommige plannen en programma’s voorzien van een beoordeling van de gevolgen met ingang van 21 juli 2006.<sup>158</sup>

3.2 *Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrichtlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten? Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrichtlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?*

Zoals reeds vermeld (zie 2°), heeft de Franse administratie zich niet veel bekommerd (in ieder geval voorzover uit rechtsbeschermingsprocedures kan worden opgemaakt) om artikel 6 II, III en IV van de richtlijn direct toe te passen. Het administratief bevoegd gezag (‘autorité administrative’) heeft veelvuldige projecten goedgekeurd in weerwil van negatieve gevolgen voor het milieu en op gebieden die bestemd waren het Natura 2000-netwerk te integreren. Het is mogelijk dat de administratie gebruik heeft gemaakt van de achterstand die de regering heeft opgelopen met het doorgeven van de nationale lijst van de gebieden aan de Commissie om zulke projecten goed te keuren of zelfs te leiden. Aangezien de rechtsonzekerheid, die de eerste overmakingen van lijsten omringde, is verdwenen, zal de situatie zich moeten verbeteren.

Het Ministerie van Ecologie en Duurzame Ontwikkeling heeft trouwens een zeker aantal ‘circulaires’ geproduceerd ter verduidelijking van onder andere de beoordelingsprocedure van de gevolgen die wordt toegepast in de Natura 2000-sites<sup>159</sup>. Het administratief bevoegd gezag (‘autorités administratives’)

<sup>157</sup> Circulaire DNP/SDEN n°2004-1 van 5 oktober 2004 over de beoordeling van de gevolgen van programma’s en projecten van werken, handelingen of inrichting die de Natura 2000-site aanzienlijk zouden kunnen aantasten

<sup>158</sup> Decreten n° 2005-608 en 2005-613 van 27 mei 2005

<sup>159</sup> Voornoemde circulaire van 5 oktober 2004.

wordt sinds 2004 aangespoord om “zo vroeg mogelijk de volledige inachtneming van de aanwezigheid van natuurlijke habitats en soorten van communautair belang in de beoordelingsdocumenten te integreren”. Te meer om “de algemene samenhang van de publieke beleidslijn” te waarborgen, moeten deze autoriteiten de beoordeling van de gevolgen laten plaatsvinden “zonder de aanwijzing in het Frans recht van de gebieden af te wachten voor de programma’s en projecten ” waarvan de opdrachtgever de Staat is.

De rechter schijnt (sinds 2001) een directe toepassing van artikel 6 te erkennen (in zijn redenering en argumenten), maar hij verklaart ook projecten geldig op grond van dwingende redenen van groot openbaar belang ( hij “misbruikt” in een zekere zin artikel 6 §4 Habitatrichtlijn). Zijn uitspraken lijken zich naar een betere toepassing van de communautaire tekst te ontwikkelen.

*3.3 Zijn de nationale bepalingen waarmee art. 6 is omgezet van toepassing op gebieden die zijn opgenomen op de communautaire lijst (art. 4 II Habitatrichtlijn), maar die nog niet op grond van nationaal recht zijn aangewezen? Zo niet, wordt art. 6 direct toegepast?*

Als we ons aan de Franse tekst houden die artikel 6 Habitatrichtlijn omzet (artikel L.414-V Code de l’environnement), worden de instandhouding- en beheersmaatregelen toegepast in de “Natura 2000-sites”, dat wil zeggen in Frans recht, in de gebieden die zijn “aangewezen als ZSC en ZPS door een besluit van het (Franse) administratief bevoegd gezag” (artikel L.414-IV Code de l’environnement). De tekst is dus dubbelzinnig, vooral als we rekening houden met de belangrijke achterstand van Frankrijk met het overmaken van de nationale lijst van gebieden aan de Europese Commissie (de eerste overmakingen hebben pas in 1999 plaatsgevonden en zijn door de bestuursrechter vernietigd, die zodoende de eerste echte overmakingen tot 2001 heeft uitgesteld).

In de praktijk echter heeft Frankrijk al beheerplannen voor toekomstige Natura 2000-sites uitgewerkt (genaamd “documents d’objectifs”: doelstellingsdocumenten die overeenkomen met de beheersmaatregelen van artikel 6-1) evenals Natura 2000-contracten (individuele contractuele maatregelen ter uitvoering van de beheerplannen).

Tot 2005 voorzagen de Franse omzettingsteksten niet in een tijdelijk specifiek beschermings-of beheersmechanisme. Alleen een ‘Circulaire interministérielle’ van 3 mei 2002 heeft nader bepaald dat het opstellen van de doel-

stellingsdocumenten ('documents d'objectifs') op de gebieden die aan de Europese Commissie waren voorgelegd, moest doorgaan, zonder de publicatie van de gebieden door de Commissie af te wachten, en dat de contracten, die het uitvoeren van het beheer van de gebieden op de aangewezen gedeeltes mogelijk maken, zo snel mogelijk moeten worden afgesloten.

De wet van 23 februari 2005, betrekking hebbend op de ontwikkeling van de landelijke grondgebieden, heeft deze aansporingsregel geformaliseerd. Artikel L. 414-2-1 Code de l'environnement is aangevuld en geeft voortaan aan dat de " 'documents d'objectifs' kunnen worden uitgewerkt en goedgekeurd zodra de Europese Commissie op de hoogte is gesteld van het voorstel tot inschrijven van een speciale instandhoudingszone of de aanwijzing van een speciale beschermingszone". Deze wetgevende toevoeging heeft geen betrekking tot het voorlopige beheer van de Natura 2000-gebieden, maar dient tot het versnellen van het uitwerken van de beheerplannen en van de contracten, gezien de achterstand die Frankrijk heeft opgelopen met het in stand brengen van het netwerk.

Wat betreft de gevolgenbeoordeling (§ 3 en 4 van artikel 6) is het nationale recht hier ook toegepast op de sites die als ZPC of ZSC ("Natura 2000-sites") zijn aangewezen. In de praktijk komt de beslissing toe aan de rechter wanneer er geschillen rijzen door het bestaan van een project dat een gebied dat aan de Commissie was voorgelegd, zou kunnen aantasten (zie verder).

#### *3.4 Over de interpretatie en toepassing van art. 6 III*

- **Wordt art. 6 III toegepast op strategische plannen van een hoger abstractieniveau (vergelijkbaar met streekplannen, pkb'en e.d.) ?**

De omzetting van artikel 6 III is dubbelzinnig, aangezien alleen de "programma's en projecten van werken, handelingen of inrichtingen die onderworpen zijn aan een regime van administratieve toestemming of goedkeuring, en waarvan de realisatie een Natura 2000-site aanzienlijk zou kunnen aantasten" onderworpen zijn aan een gevolgenbeoordeling (artikel L.414-4-I Code de l'environnement).

Op het eerste gezicht geldt artikel 6 III dus niet voor de strategische "planningen" (hier in de zin van planningen die niet direct operationeel zijn, dat wil zeggen "programmatorisch"). Over het algemeen kunnen we zeggen dat

het Franse recht niet de gewenste integratie tussen de planning van de stedenbouw en de ruimtelijke ordening en de gevolgenbeoordeling die artikel 6 III voorschrijft tot stand heeft gebracht. De bestemmingsplannen moesten, tot het decreet van 2005, “rekening houden met milieuzorg”, wat niet op het zelfde neerkomt als een gevolgenbeoordeling. De “schémas de cohérence territoriale” (wat betreft hun inrichtingsprojecten en duurzame ontwikkelingsprojecten) konden, in het beste geval, zorgen voor integratie in het Natura 2000-netwerk, maar waren ook niet onderworpen aan een gevolgenbeoordeling.

Zoals reeds vermeld hebben twee decreten van 27 mei 2005 de eisen van de richtlijn 2001/42/EEG omgezet wat betreft sommige plannen en programma's.

Deze nieuwe bepalingen zullen pas vanaf 21 juli 2006 geldig zijn. Voortaan zullen de SCOT (schémas de cohérence territoriale) en de DTA (directives territoriales d'aménagement) een beoordeling van de gevolgen inhouden. De bestemmingsplannen zullen onderworpen zijn aan een gevolgenbeoordeling zodra ze een Natura 2000-gebied dekken (maar hier is geen sprake van strategische plannen). Andere plannen zullen ook betrokken kunnen worden, maar plannen die juridisch niet tegengeworpen kunnen worden (dus blijkbaar de strategische plannen), zijn van de tekst uitgesloten.

- **Hoe wordt met bestaand gebruik omgegaan? Wordt art. 6 III toegepast op bestaand gebruik (respectievelijk wanneer wel en wanneer niet)?**

Op dat punt zijn er geen precieze aanduidingen in de Franse teksten. De specifieke Natura-2000-beoordeling moet worden toegepast op alle “programma's en projecten van werken, handelingen of inrichting die onderworpen zijn aan een regime van administratieve toestemming of goedkeuring, en waarvan de realisatie een Natura 2000-site aanzienlijk zou kunnen aantasten”. Sinds de ‘circulaire’ van 5 oktober 2004 zijn de administratieve autoriteiten, zelfs als het gebied niet als een “Natura 2000-site” is aangewezen, uitgenodigd om zo vroeg mogelijk volledig rekening te houden met de aanwezigheid van natuurlijke habitats en soorten van communautair belang in de beoordelingsdocumenten.

Bovendien zijn de “werken, handelingen of inrichtingen die door Natura 2000-contracten zijn voorzien” van de beoordelingsprocedure vrijgesteld. Dat betekent dat de bestaande gebouwen in de Natura 2000-sites, vanaf het moment dat ze in contracten zullen staan vermeld, zich zonder gevolgenbe-

oordeling zullen kunnen voortzetten (geen correcte omzetting van artikel 6 III).

- **Hoe wordt het begrip ‘significant effect’ geïnterpreteerd? Zijn er richtlijnen betreffende dit onderwerp (bijv. een lijst met soorten activiteiten die (waarschijnlijk) (geen) significante effecten veroorzaken)?**

Artikel 6 Habitatrichtlijn verwijst naar plannen of projecten die op “significante wijze” een gebied aan zouden kunnen tasten. Het Franse recht gebruikt de uitdrukking “die een gebied aanzienlijk aan zouden kunnen tasten”...

We moeten allereerst opmerken dat projecten die in een Natura 2000-gebied (of daarbuiten) liggen en die dat aanzienlijk zouden kunnen aantasten, aan een gevolgenbeoordeling kunnen worden onderworpen.

Artikel R. 214-34 Code rural bevat de criteria om het aanzienlijk effect te schatten. Het is raadzaam rekening te houden met “de afstand, de topografie, de hydrografie, het functioneren van ecosystemen, van de natuur en het belang van het programma of project, de karakteristieken van de site of de sites en hun instandhoudingsdoelstellingen”. Voornoemde ‘circulaire’ van 2004 legt de nadruk op de waardering van deze criteria, dat in de eerste plaats van de indiener van het verzoek afhangt (degene die een administratieve toestemming aanvraagt); maar dat ook in de laatste plaats afhangt van de administratie die belast is met het geven van de toestemming. Zij moet verifiëren of de criteria die vastgesteld zijn in artikel R.214-34 correct door de verzoeker zijn ingeschat.

De reglementerende bevoegdheid heeft dus de criteria vastgesteld om de aanzienlijke of niet aanzienlijke effecten van het project op het Natura 2000-gebied te schatten, maar er bestaat geen lijst met precieze acties.

Om de gevolgenbeoordeling uit te voeren, kunnen de opdrachtgevers op verschillende methodologische gidsen die door de Ministeries zijn uitgewerkt, leunen (er bestaat een “Guide méthodologique pour l’évaluation des incidences des projets et programmes d’infrastructures et d’aménagement sur les sites Natura 2000”, “methodologische gids voor de beoordeling van de gevolgen van de projecten en programma’s van infrastructuur en inrichting op de Natura 2000-sites” door het Ministerie voor milieu, en een gids “transportinfrastructuur en Natura 2000-sites”, door het Ministerie van Bouwwerken en het Ministerie voor milieu).

- **Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel in de toepassing van art. 6 III?**

In de Franse omzettingsteksten speelt het voorzorgsprincipe op het eerste gezicht geen rol in de toepassing van artikel 6 III.

In de ‘circulaire’ van 5 oktober 2004 staat de enige toespeling naar het voorzorgsprincipe. Er wordt inderdaad aangegeven dat sommige projecten op de Natura 2000-gebieden een aanvullend onderzoek kunnen vereisen, onder andere wanneer er “wetenschappelijke onzekerheden” bestaan. In dat geval kan de vertegenwoordiger van de Staat aan de CSRPN (‘Conseil Scientifique Régional du Patrimoine Naturel’, Regionale Wetenschappelijke Raad van het Natuurlijke Erfgoed) vragen hem namen van deskundigen door te geven die hem zouden kunnen adviseren bij het nemen van zijn beslissing.

- **Hoe wordt met cumulatieve effecten omgegaan?**

Een verwijzing naar cumulatieve effecten is te vinden in artikel R. 214-36 Code rural die de inhoud van de impactbeoordelingsdossier die specifiek aan Natura-2000 is, beschrijft.

Het eerste gedeelte van de schatting, “pre-diagnose” genoemd (“pré-diagnostic”), moet onder andere “ een onderzoek van de aanzienlijke, temporele of duurzame effecten, die de werken, handelingen of inrichtingsactiviteiten kunnen hebben, zelf of in verband met andere programma’s of projecten waar de verzoeker of de opdrachtgever verantwoordelijk voor is, op de staat van instandhouding van de natuurlijke habitats en soorten die de aanwijzing van het gebied of de gebieden rechtvaardigde” beschrijven.

- **Wat kan gezegd worden over de eisen omtrent de inhoud en ernst van de impactbeoordeling?**

De eisen omtrent de inhoud en de ernst van de impactbeoordeling zijn in praktijk moeilijk te schatten. We kunnen zeggen dat hun kwaliteit veel verschillen kan, volgens de projecten.

In het Franse recht kan de impactbeoordeling in ieder geval niet op grond van gebreken voor de rechter worden aangevochten. Het is geen aanvechtbaar administratief besluit (dat aangevochten kan worden), maar een substantiele formaliteit van het toestemmings-aanvraagdossier. Dat betekent dat in geval van gebreken van de gevolgenbeoordeling, de rechter het administratieve besluit dat de toestemming voor het project daarop had gegrond, zal kunnen vernietigen.

3.5 *Over de interpretatie en toepassing van art. 6 IV*

- **Wordt het publiek (welk publiek?) geraadpleegd voordat beslist wordt over art. 6 III en IV?**

Het publiek is alleen geraadpleegd over de gevolgenbeoordeling als het project verder onderworpen is aan de procedure van publiekonderzoek (dat betreft de belangrijkste projecten en programma's, over het algemeen onderworpen aan een voorafgaande administratieve toestemming)

Het is in dat geval het hele (geografisch betrokken) publiek dat er toe gebracht kan worden zijn opmerkingen te formuleren in de tijd dat het publiekonderzoek zich afspeelt (over het algemeen gedurende een maand). Benadrukt moet worden dat in de praktijk het project al gevorderd is, aangezien de raadpleging van het publiek niet echt voorafgaand aan de beslissing plaatsvindt (het publiek spreekt zich uit voorafgaand aan de administratieve beslissing). Gedurende het publiekonderzoek kan het publiek het dossier van de gevolgenbeoordeling raadplegen. Maar haar observaties, zelfs als deze ongunstig zijn voor het project, binden de administratie niet voor de uiteindelijke beslissing.

- **Wie kan beslissingen over art. 6 III en IV bij de rechter aanvechten (respectievelijk de nationale bepalingen die art. 6 III en IV hebben omgezet)?**

Zoals reeds vermeld, kan de gevolgenbeoordeling, als zodanig, niet direct voor de bestuursrechter worden aangevochten. Alleen kan op grond van de gebreken van de gevolgenbeoordeling bijvoorbeeld, een administratief besluit dat toestemming tot een activiteit geeft, worden aangevochten. Maar op algemenere wijze kan de legaliteit van de administratieve toestemming worden bekritiseerd (voor vorm-of-proceduregebrek, machtsmisbruik of voor directe overtreding van de wet). Het is bijvoorbeeld mogelijk de afwezigheid van een gevolgenbeoordeling van een project (die aan een toestemming is onderworpen) aan te vechten.

Elke natuurlijke of rechtspersoon die een belang kan aantonen om het besluit aan te vechten (by: een buurman, een natuurbeschermingsvereniging...) kan beroep instellen. De erkende natuurbeschermingsverenigingen worden vermoed een belang te hebben. De beroepstermijn loopt twee maanden vanaf de aankondiging/publicatie van het gewraakte administratieve besluit.

- **Hoe wordt het vereiste van de afwezigheid van alternatieve oplossingen geïnterpreteerd en toegepast in de praktijk? Onder welke omstandigheden en op welke gronden worden alternatieve oplossingen afgewezen?**

Er zijn weinig aanwijzingen over de interpretatie van deze bepaling. Volgens artikel R.214-36 Code rural, als het programma of project ondanks de genomen maatregelen om de schadelijke effecten af te schaffen of te verminderen, “ aanzienlijke schadelijke effecten kan hebben op de staat van instandhouding van de natuurlijke habitats en soorten die de aanduiding van het gebied had rechtvaardigd”, moet het beoordelingsdossier “de redenen waarvoor er geen andere bevredigende oplossing bestaat en de elementen die de uitvoering van het programma of project rechtvaardigen (...)” ( dwingende redenen van openbaar belang) uiteenzetten.

Wat dit punt betreft, preciseert de ‘circulaire’ van 2004 simpelweg dat de gevolgenbeoordeling onder andere “de verschillende overwogen oplossingen en hun gevolgen op het Natura 2000-gebied” evenals de “rechtvaardiging van de keuze van de vestiging in verhouding met de andere mogelijke variaties” zal moeten analyseren.

- **Welke redenen worden geaccepteerd als zijnde dwingende redenen van openbaar belang?**

Artikel L.414-4 III Code de l’environnement zegt simpelweg dat “wanneer er geen andere oplossing bestaat dan de realisatie van een programma of project dat de staat van instandhouding van de site aan zou kunnen tasten, het bevoegd gezag zijn toestemming kan geven voor dwingende redenen van openbaar belang”. In dit geval moet het zich verzekeren dat compenserende maatregelen zijn genomen, zodat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk bewaard blijft (...)”.

In de nationale tekst is dus de kwalificatie “groot” uit de uitdrukking “dwingende redenen van groot openbaar belang” weggelaten.

Volgens de ‘circulaire’ van 2004 kunnen de dwingende redenen van sociale en economische aard zijn (in afwezigheid van prioritaire habitats en/ of een prioritaire soort) of in verband staan met, onder andere, “de menselijke gezondheid”, de “openbare veiligheid”, of het bestaan van “ wezenlijke gunstige effecten voor het milieu”.



We moeten er nog op wijzen dat de bestuursrechter deze bepaling (artikel 6 IV van de richtlijn) al heeft geïnterpreteerd, door al twee keer te hebben bepaald dat wijngaarden, naar het schijnt, behoren tot “de dwingende redenen van openbaar belang” die een aantasting van de integriteit van een toekomstige Natura 2000-site rechtvaardigen (terwijl terrasbouw tot onomkeerbare schade leidt<sup>160</sup>).

- **Hoe wordt aan het vereiste van compenserende maatregelen in de jurisprudentie invulling gegeven? Als er geen jurisprudentie is, wat is er over compenserende maatregelen opgenomen in circulaires etc.?**

Er zijn ons nog geen uitspraken bekend over de vereiste compenserende maatregelen in het geval de gevolgenbeoordeling op het Natura 2000-gebied negatief uitvalt.

Het Ministerie van Ecologie en Duurzame Ontwikkeling heeft desondanks aanwijzingen gegeven in de ‘circulaire’ van 5 oktober 2004. De tekst legt onder andere de nadruk op de specificiteit van de compenserende maatregelen in verhouding met het recht van de impactbeoordelingen, in zoverre dat ze de gehele samenhang van het Natura 2000-netwerk als doel heeft.

Zo moeten de compenserende maatregelen volgens de circulaire:

- dezelfde biogeografische regio dekken
- in vergelijkbare proporties de habitats en soorten aanwijzen die de schadelijke effecten zullen ondergaan
- vergelijkbare functies verzekeren als de functies die in de ecologische gegevens staan aangegeven (zoals beheerplannen) en die aan de selectiecriteria van het gebied voldeden.
- De beheerdoelstellingen en -vormen moeten duidelijk gedefinieerd zijn, zodat de compenserende maatregelen effectief kunnen bijdragen aan de samenhang van het Natura 2000-netwerk.

De compenserende maatregelen kunnen de volgende vormen aannemen:

- instelling/ verbetering van een habitat in het aangetaste gebied of in een ander Natura 2000-gebied in een, aan de door het programma of project

---

<sup>160</sup> Raad van State, 30 december 2002, Association fédérative régionale pour la protection de la nature Haut-Rhin, n° 232752; bevestigt wat betreft het volgende seizoen van aanleg van wijngaarden: Raad van State, 6 juni 2003, Association sauvegarde de la faune sauvage, n° 247079.

van werken, handelingen of inrichtingen veroorzaakte verliezen, vergelijkbare proportie;

- Als het geval zich voordoet, uitbreiding of voorstel van een nieuw gebied. Er wordt bepaald dat de Staat uitsluitend verantwoordelijk is voor dit soort compenserende maatregelen, zelfs als de betrokken terreinen van de verzoeker zijn.

- **Wie moet bewijzen dat aan de vereisten van art. III en IV is voldaan? Op welke wijze moet het bewijs geleverd worden?**

De vraag stelt zich misschien meer op het terrein van de verantwoordelijkheid dan die van de bewijsvoering.

Hoewel het de verzoeker toekomt de gevolgenbeoordeling te doen (of laten doen) en te verschaffen, is de Staat verantwoordelijk voor de afhandeling van het dossier (in dit geval de prefect van het departement, vertegenwoordiger van de Staat). Op hem rust de verantwoordelijkheid te onderzoeken of de gevolgenbeoordeling vereist is of niet (door na te gaan of de verzoeker de criteria van artikel R.214-34 Code de l'environnement goed heeft geïnterpreteerd), de beoordeling aan te vragen als het dossier niet compleet is, en zijn diensten op te dragen de inhoud van de beoordeling te controleren.

De Staat is ook verantwoordelijk voor het respecteren van de eisen van artikel 6 III en IV in die mate dat het toestemming geeft het project uit te voeren (de projecten die onderworpen zijn aan een gevolgenbeoordeling, zijn onderworpen aan een voorafgaande administratieve toestemming). Tenslotte moet de vertegenwoordiger van de Staat zich verzekeren van “de effectieve uitvoering en de goede realisatie van de afschaffing-, reductie- of compensatiemaatregelen” voorzien in het kader van de realisatie van het programma of het project (voornoemde circulaire van 2004), ten opzichte van de gevolgenbeoordeling en de engagementen van de verzoeker.

Het is dus moeilijk deze vraag te beantwoorden zonder eerst de verantwoordelijkheid van de Staat en de verantwoordelijkheid ten opzichte van de communautaire instanties te onderscheiden. De verzoeker moet de uitvoerbaarheid van zijn project rechtvaardigen door een beoordeling van de gevolgen te leveren die overeenkomt met artikel 6 (zoals die is omgezet). Maar ten opzichte van de communautaire instanties komt het de Staat toe er voor te zorgen dat het project de algemene eisen van artikel 6 III en IV niet aantast door de toetsing van de aanvraag en het verlenen van de toestemming.

Er zijn geen aanwijzingen over de wijze waarop de verzoeker het bewijs kan leveren dat zijn project voldoet aan de eisen van artikel 6.

In die geest staat er alleen aangegeven dat als de Staat weigert toestemming te geven, het zijn besluit moet motiveren tegenover de verzoeker of opdrachtgever (circulaire van 2004).

**4. ALGEMENE INDRUK VAN DE TOEPASSING VAN ART. 6 III EN IV HABITATRICHTLIJN**

- **Zijn er specifieke onderwerpen betreffende de interpretatie of toepassing van art. 6 Habitatrichtlijn die speciaal voor Frankrijk gelden of die in Frankrijk intensief bediscussieerd worden?**

Voor die vraag, zie 3<sup>e</sup>.

Over het algemeen kunnen we zeggen dat de hele kwestie van het Natura 2000-netwerk hevig in Frankrijk besproken wordt. Het is de toepassing van artikel 6 § I en II die op het ogenblik de kern van het debat vormt, in zoverre dat de terreinbeheerders bezig zijn de in de gebieden toe te passen beheerplannen uit te werken. Tijdens de inventarisatiefase en de selectie van de gebieden heeft het Ministerie van Environnement vrij slecht gecommuniceerd. Daardoor zijn de verontrustingen op het ogenblik gebonden aan de beheer- en instandhoudingsmaatregelen die toegepast zullen worden aan de toekomstige Natura 2000-gebieden.

- **Worden activiteiten vaak afgewezen of vertraagd door de vereisten van art. 6 Habitatrichtlijn (respectievelijk de overeenkomstige nationale regelgeving)? Zo ja, welke soort activiteiten betreft het?**

Het is moeilijk te zeggen of projecten of activiteiten zijn afgewezen of uitgesteld wegens de bepalingen die artikel 6 omzetten. De enige aanwijzingen die we hier kunnen geven, zijn deze die door het bestaan van geschillen zijn geleverd ( zie 2<sup>e</sup>).

Voorbeelden van door de rechter vernietigde activiteiten: de uitbreiding van een golfterrein, project van een steengroeve in een vochtige zone. Andersom zijn wegenprojecten, de aanleg van wijngaarden of de oprichting van een nieuwe toeristische eenheid in een bergzone goedgekeurd ondanks hun (gedeeltelijke of totale) ligging in een Natura 2000-gebied.

- **Om welke redenen worden projecten afgewezen of vertraagd?**

Nogmaals kunnen we hier alleen op de bekendgemaakte jurisprudentie leunen. De redenen die, concreet, de rechter er toe hebben kunnen brengen een activiteit te verbieden in een toekomstig Natura 2000-gebied, houden bijvoorbeeld verband met de door de soorten ondergaande trauma's in de voorgaande jaren (zie boven 2<sup>e</sup>, betreffende de verbodiging van een feestelijke muziekgroepering; Tribunal administratif van Châlons-en-Champagne, Ordonnance van 29 april 2005, 'Référé-liberté' kort geding, Conservatoire du Patrimoine Naturel, Ligue de Protection des Oiseaux, Fédération des Conservatoires d'Espaces Naturels versus Prefect van de Marne, n<sup>o</sup> 0500828, 0500829 en 0500830).

## Rapport relatif à la France

La première partie de ce rapport a été écrite par Prof. G. van Hoorick, Université de Gand. La deuxième partie de ce rapport (à partir de 3.1) a été écrite par Mme. J. Makowiak, Université de Limoges.

### 2. QUESTIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS LEGISLATIVES TRANSPOSANT L'ARTICLE 6 DE LA DIRECTIVE

#### 2.1 *Comment ont été transposés les paragraphes 2 à 4 de l'article 6 de la directive 92-43/CEE dans la législation ou réglementation française ?*

Les dispositions des directives habitats et oiseaux dans les sites Natura-2000 ont été transposées dans le Code de l'environnement (partie législative) et dans le Code rural (partie réglementaire). Un certain nombre de circulaires d'applications sont également intervenues.

Les paragraphes 2 à 4 de l'article 6 de la directive 92-43/CEE ont été transposés aux articles L 414-1 V à 414-6 du Code de l'environnement par ordonnance du 11 avril 2001. Un décret du 20 décembre 2001 a introduit les principales dispositions dans le Code rural<sup>161</sup>.

L'article 6 § 2 de la directive se retrouve à l'article L 414-1 V, alinéa 1, phrase 2 du Code de l'environnement qui énonce que les sites Natura-2000 font l'objet de mesures de prévention appropriées pour éviter la détérioration des habitats naturels visés et les perturbations de nature à affecter de façon significative les espèces concernées. La première phrase étant la transposition de l'article 6 §1 de la directive, relative à la gestion active, la France a vraisemblablement choisi de réunir les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la directive dans une seule disposition. Ce choix se défend politiquement et juridiquement.

---

<sup>161</sup> Ces développements sont principalement basés sur : J. MAKOWIAK, *Rapport national relatif à la transposition des dispositions relatives au réseau Natura 2000 en droit français*, Séminaire de Caserta/ Piedimonte Matese 30-31 mai 2003. X, *Le dispositif juridique pour la gestion des sites Natura 2000. Document de synthèse*, Journée de formation auprès du réseau des charges de mission Natura 2000 de Bretagne – 7 mars 2002, Institut Régional du Patrimoine, Rennes.

Le article L 414-1 V, du Code de l'environnement contiennent des dispositions concrètes de mise en œuvre de la directive 92- 43 /CEE. Ainsi ils prévoient que les mesures doivent être adaptées aux menaces spécifiques qui pèsent sur les habitats naturels et les espèces visées. Les mesures peuvent être prises tant dans le cadre de “ contrats Natura 2000 ” (voir infra), qu'en application des dispositions législatives ou réglementaires, notamment de celles relatives aux parcs nationaux, aux réserves naturelles, aux biotopes et sites classés . Ceci est détaillé plus précisément dans la loi.

Sont davantage réglementées la gestion active et les mesures préventives. Aux termes de l'article L 414-2 du Code de l'environnement, ces dernières font l'objet d'un “ document d'objectif ” (DOCOB) qui est établi par le Gouvernement en concertation notamment avec les Communes et les représentants des propriétaires et exploitants des terrains et qui fixe les orientations pour la gestion et la conservation du site ainsi que les modalités de leur mise en œuvre et les ressources financières. Les articles R 214-23 à R 214-27 du Code rural précisent ces dispositions. Ainsi, l'autorité compétente désignée pour établir la DOCOB est le préfet, et un Comité de pilotage Natura 2000 a été établi pour contribuer à l'exécution de la DOCOB. Le contenu de la DOCOB est également précisé (avec entre autres des Contrats type Natura 2000).

L'article L 414-3 du Code de l'environnement dispose que pour l'application de la DOCOB les propriétaires et les titulaires de droits réels et personnels sur les terrains peuvent passer des contrats avec le Gouvernement, appelés contrats Natura 2000 et détaille le contenu d'un tel contrat. Il est comparable à une convention de gestion, mais il comporte des prestations précises visant à la conservation et, le cas échéant, au rétablissement des habitats naturels et espèces concernées. En cas d'inexécution des engagements souscrits, les aides financières perçues doivent être remboursées. Les articles R 214-29 à 214-33 du Code rural réglementent plus précisément les contrats Natura 2000 qui sont conclus, en principe avec le préfet. La disposition qui prévoit qu'en cas de transmission du bien foncier, si l'acquéreur ne succède pas au cédant dans le contrat, ce dernier devra rembourser les aides financières perçues, est intéressante. En tout état de cause, la continuité de la gestion n'est pas réellement assurée avec un tel système de convention de gestion. Pour les exploitants agricoles, les contrats Natura 2000 peuvent prendre la forme de contrats territoriaux d'exploitation ( une autre forme juridique existant d'ores et déjà en droit français). Plus de précisions sont apportées à l'article R. 214-28 du Code rural.

Il y a peu d'informations complémentaires concernant l'adaptation de dispositions législatives ou réglementaires, en particulier celles relatives aux parcs nationaux, réserves naturelles, biotopes protégés et sites classés. Il semblerait que d'après l'article L 414-1 V alinéa 4 du Code de l'environnement il faille choisir entre les contrats Natura 2000, et l'application des dispositions législatives et réglementaires. Ceci est critiqué par la doctrine: en effet, des contrats Natura 2000 pourraient également être conclus utilement pour les parcs nationaux, les réserves naturelles, les biotopes et les sites classés. Par ailleurs la ligne de conduite déterminée par une circulaire du 3 mai 2002 préconise de donner la préférence à la conclusion de contrats Natura 2000 plutôt qu' à la réglementation directe. Un aspect positif est que par décret du 3 mai 2002, est demandé à l'autorité compétente de conclure les Contrats Natura 2000 sans attendre que la liste des sites d'intérêts communautaires soit arrêtée par la Commission européenne. Ce décret insère par ailleurs les Contrats Natura 2000 dans le cadre plus large du développement rural. Malgré la préférence donnée aux mesures volontaires, ont été créées depuis 1999 diverses réserves naturelles par décret dans lesquels les directives habitats et oiseaux sont explicitement visées

Certaines dispositions de l'article L. 414-1, V, alinéa 2 du Code de l'environnement ne constituent peut-être pas une transposition fidèle du droit communautaire et semblent avoir en vue des intérêts autres que la protection de l'environnement. Ainsi les mesures protectrices doivent prendre en compte des exigences d'ordre économique, social et culturel, ainsi que les particularités régionales et locales. Cette disposition est la transposition de l'article 2 alinéa 3 de la directive 92- 43/CEE , mais celle-ci doit, à notre avis, être écartée en présence d'une *lex specialis*, comme l'article 6 § 2 de la directive. En outre, il est prévu que les mesures ne peuvent pas avoir pour effet d'interdire des activités humaines qui n'ont pas d'effets significatifs et que la pisciculture, la chasse et autres activités cynégétiques sont considérées comme étant conforme à la réglementation sur la pisciculture et la chasse. En d'autres termes, les activités piscicoles, la chasse et les activités cynégétiques sont par une fiction juridique dispensées des mesures préventives de l'article 6 § 2 de la directive, ce qui a pour conséquence directe, qu'il " n'est pas nécessaire " d'appliquer les paragraphes 3 et 4 de l'article 6 aux activités piscicoles, la chasse, et les autres activités cynégétiques. La position privilégiée dont bénéficient ces activités est notamment vivement critiquée par la doctrine.

L'article 6§ 3 de la directive 92-43/CEE a été transposée à l'article L 414-I et II qui dispose que les projets de travaux, d'ouvrage ou d'aménagement qui sont soumis à un régime d'autorisation ou d'approbation administrative, et

dont la réalisation affecterait de façon notable un site Natura 2000, font l'objet d'une étude d'impact à la lumière des objectifs de conservation du site. Ceci renvoie à l'évaluation appropriée de l'article 6§3 de la directive. Est prévu en outre que le Gouvernement doit refuser de donner son autorisation ou son approbation lorsque la réalisation de ces projets affecterait l'état de conservation du site. La transposition présente quelques lacunes. Ainsi les plans (comme les plans locaux d'urbanisme) n'entrent pas dans le champ d'application de la réglementation qui est valable uniquement pour les actions qui sont déjà soumises à une autre autorisation ou approbation (par exemple le déboisement et l'assèchement des marécages sont uniquement soumis à une obligation de déclaration en France). De même est prévu que les travaux, ouvrages ou activités d'aménagements prévus dans un contrat Natura 2000 échappent à une étude d'impact. Cette dernière disposition aurait constitué une transposition conforme de l'article 6 §3 de la directive si la réglementation avait prévu que les contrats Natura 2000 ne pouvaient prévoir que la réalisation de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement nécessaires à la gestion naturelle sur le site, mais ce n'est pas le cas.

L'article R 214-34 du Code rural précise les travaux, ouvrages et aménagements qui sont soumis à l'étude d'impact en distinguant ceux effectués dans le cadre d'un site Natura 2000 et ceux qui ne le sont pas.

Il est surprenant que le champ d'application de la législation est réduit pour les activités intervenant dans un site Natura 2000. Sont en tout état de cause soumis à l'étude d'impact, les décharges en eaux de surfaces et assimilées, les activités soumises à une permission dans les parcs naturels, les réserves naturelles et sites classés, et les opérations soumises à des études d'impact environnementales. Les installations classées ne sont apparemment pas soumises à l'étude d'impact. Par contre le préfet doit pour chaque site Natura 2000 établir une liste des catégories d'opérations qui, non soumises à une étude d'impact environnementale, sont subordonnées à une autorisation ou une approbation et qui doivent entrer dans le champ de l'étude d'impact.

Pour les activités en dehors d'un site Natura 2000, le champ d'application est encore plus réduit. Sont alors uniquement concernées, les décharges dans les eaux de surface et assimilées, et les activités soumises à l'étude d'impact environnementale, " sauf si elles peuvent affecter fortement un ou plusieurs site Natura 2000 en tenant compte de la distance, de la topographie, de l'hydrographie, du fonctionnement des écosystèmes, de celui de la nature et de l'importance du programme ou projet, des caractéristiques du ou des sites et de leurs objectifs de conservation ". Dans ce cadre il n'est pas



fait obligation au préfet d'établir une liste. Il est clair qu'il s'agit ici d'une mauvaise transposition de la directive.

Le contenu du document relatif à l'étude d'impact est précisé par l'article R 214-36 du Code rural. Le cas échéant l'étude d'impact est intégrée à l'étude d'impact environnementale. D'autres mesures de préservation sont par ailleurs contenues dans l'article 414-5. Si un ouvrage ou un aménagement qui a tort n'a pas été soumis à une étude d'impact est exécuté, le Gouvernement doit arrêter l'opération et imposer la remise en l'état dans un délai qu'il fixe. Sauf en cas d'urgence, l'intéressé est entendu. Si celui-ci ne peut pas mettre en œuvre les mesures, l'Administration peut le faire d'office aux frais de l'intéressé. L'Administration peut par ailleurs ordonner à l'intéressé de consigner une certaine somme.

Le paragraphe 4 de l'article 6 de la directive, se retrouve à l'article L. 414-4 III et IV. Ces dispositions procèdent d'une transposition littérale de la directive. Par ailleurs est précisé que les mesures compensatoires sont à la charge du bénéficiaire des travaux, de l'ouvrage ou de l'aménagement.

2.2 *Quelles sont les normes visées ? ( loi au sens formel, règlements, circulaires, etc. ?)*

Comme vu précédemment, les dispositions des directives habitats et oiseaux relatives aux sites Natura 2000 ont été transposées dans le Code de l'environnement ( partie législative) et dans le Code rural (partie réglementaire). La transposition des dispositions législatives et réglementaires dans deux codes différents constitue une bizarrerie, qui devrait cependant être temporaire. La codification de la législation relative à l'environnement est en cours en France, et à l'avenir les dispositions réglementaires devraient également trouver leur place dans le Code de l'environnement. Il y a aussi de nombreuses circulaires relatives aux mesures d'exécution. Un L. après le mot art. indique une disposition législative, un R. indique une disposition réglementaire

Les paragraphes 2 à 4 de l'article 6 de la directive 92-43/ CEE ont été transposés aux articles L. 414-1 V à 414-6 du Code de l'environnement. Les dispositions concernées ont été introduites par ordonnance du 11 avril 2001. Un décret du 20 décembre 2001 a introduit les principales dispositions dans le Code rural.

En France, les lois (au sens formel) sont situées au sommet de la hiérarchie des normes, suivies des ordonnances (actes d'application émanant du gou-

vernement qui sont toutefois des lois au sens matériel. Elles sont apparemment proches des lois au sens formel, puisque ce sont des articles comportant l'indicatif L. dans les codes), des décrets (actes d'application qui prennent la forme de règlements ou décisions individuelles émanant du Président ou d'un ministre), des arrêtés (actes d'application d'origine ministérielle, préfectorale ou communale), et des circulaires (lettres diffusées par un ministre ou chef de service. Elles peuvent avoir en France un caractère réglementaire ce qui est une des raisons pour lesquelles la France continue à transposer des directives européennes par des circulaires, malgré la désapprobation de la Cour de justice de cette pratique).

2.3 *La norme de transposition est-elle uniquement relative à la conservation de la nature ou s'inscrit-elle dans le cadre plus large d'une législation relative à l'environnement ?*

Les dispositions principales de l'article 6 de la directive ont été transposées dans le Code de l'environnement, qui est une législation relative à l'environnement dont la préservation du milieu naturel constitue une partie (proportionnellement importante). Les dispositions réglementaires, ne font pour l'instant pas encore partie de ce code, mais ceci devrait changer à l'avenir.

2.4 *La protection des espèces et celle des espaces naturels sont-elles transposées dans la même loi ?*

Les dispositions relatives aux sites Natura 2000 sont insérées dans le Code de l'environnement dans le Livre IV Faune et flore, Titre 1 Protection de la faune et de la flore. En d'autres termes elles sont classées au sein de la protection des espèces. Le Livre III espaces naturels comprend des titres relatifs à la protection de ceux-ci (notamment les parcs nationaux, les réserves naturelles, les sites classés, etc.)

2.5 *Qui est responsable de l'application de cette législation ?*

Dans les textes de lois il est souvent question de l' "autorité administrative". Les dispositions réglementaires précisent par la suite qui est cette autorité compétente. C'est fréquemment le préfet qui est le représentant du pouvoir central au niveau régional. L'administration centrale qui est compétente pour l'application de cette législation est l'administration en charge de l'environnement, Direction de la nature et des paysages (cf. décret du 19 mai 2000). L'administration de l'environnement à des services extérieurs au

niveau régional et départemental ( Direction Régionale/ Départementale de l'Environnement).

L'application d'autres législations nécessitant une autorisation ou approbation pour certains programmes ou projets se fait conformément aux habilitations réglementaires existantes.

*2.6 Est-il fait une distinction dans la législation applicable entre les usages existants et les nouvelles activités ? Si oui, lesquelles ?*

Aucune distinction n'est faite entre les usages existants et les nouvelles activités, mais le DOCOB doit comporter une description des activités humaines qui sont exercées dans les sites Natura 2000, en particulier les exploitations agricoles et forestières existantes. Ceci indique quelque part qu'on va suivre une ligne de conduite selon laquelle la situation du site Natura 2000 ne doit pas se détériorer au regard de la situation de référence décrite dans le DOCOB, situation de référence qui est en partie déterminée par l'exploitation agricole et forestière existante.

Des mesures transitoires sont également prévues. Dans les articles R. 214-34 à 214-38 du Code rural est ainsi prévu que le régime de l'article L 4141-4 I du Code de l'environnement est uniquement applicable aux projets et programmes de travaux, d'ouvrage et d'aménagement dont la publicité de la décision qui ouvre l'enquête publique ou, en cas d'absence d'enquête publique la demande de permis ou d'autorisation, est postérieure à la publication du décret du 20 décembre 2001. Ceci n'est peut-être pas une transposition correcte de l'article 6 de la directive.

Finalement l'article L 8 du Code forestier met en place une réglementation spécifique pour la sylviculture. Les forêts des sites Natura 2000 qui sont exploitées selon un plan de gestion arrêté par arrêté, agréé ou approuvé, et pour lesquelles le propriétaire a conclu un contrat Natura 2000 sont considérées comme présentant des garanties de gestion durable. Ceci vaut également si le plan de gestion a été conçu conformément aux objectifs de préservation. La question se pose du domaine d'application de cette disposition ; il y a notamment des incertitudes quant à savoir si dans la dernière hypothèse (càd sans contrat Natura 2000 mais avec un plan d'exploitation conforme aux objectifs de préservation) la loi dispense d'une évaluation adaptée. L'article 6 § 3 de la directive lui-même ne s'y oppose pas si les activités couvertes par le plan de gestion sont indispensables pour la gestion de la nature du site.

2.7 *La loi prévoit-elle des possibilités d'assouplissement de la réglementation, et si oui sont-elles alors définies ?*

Tout comme dans le texte de l'article 6 § 4 de la directive, le droit français ne fait pas de référence explicite à des mesures d'assouplissement.

**3. QUESTIONS RELATIVES A L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 6 DE LA DIRECTIVE 92-43/ CEE PAR LE JUGE**

*Généralités*

Une grande incertitude juridique entoure la désignation des zones spéciales de protection en France. Dans une condamnation donnée<sup>162</sup>, un tribunal administratif a estimé qu'au moment des faits, la décision de 1999 du ministre de remettre une nouvelle liste nationale des sites d'intérêt communautaire proposés à la Commission européenne, n'est pas opposable aux individus. La décision du ministre de 1999 de remettre une nouvelle liste des sites d'importances communautaires proposés à la Commission européenne, a été annulée par le Conseil d'Etat<sup>163</sup> comme étant contraire au décret de 1995 qui réglemente la procédure de désignation des sites. Une circulaire de 1997 (antérieure à cette décision), qui prescrivait aux préfets de remettre les listes de sites au ministre, a également été annulée par le Conseil d'Etat<sup>164</sup> aux mêmes motifs. Le décret de 1995 portant sur la désignation des sites a par la suite été remplacé par un nouveau décret de 2001, etc. Le Conseil d'Etat<sup>165</sup> a eu à se prononcer récemment sur la régularité du nouveau décret de 2001. Le recours en annulation a été (heureusement) rejeté par le Conseil d'Etat.

En ce qui concerne la jurisprudence française, nous voulons tout de même émettre quelques réserves, dans le sens où l'analyse de la jurisprudence française (qui n'a en partie pas été publiée) s'est faite à partir de la doctrine, et pas par l'étude des décisions de justice elles-mêmes. Pour autant qu'on a pu le constater par le biais de la doctrine, il y a en France peu de jurisprudence du juge administratif contrôlant expressément la conformité à l'article 6 de la directive 92-43/ CEE. Il est frappant que le juge administra-

<sup>162</sup> Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, 7 février 2002, FRANE et FDEN, n° 000606.

<sup>163</sup> Conseil d'Etat, 22 juin 2001, Association coordination nationale Natura 2000, n° 2199995.

<sup>164</sup> Conseil d'Etat, 27 septembre 1999, Association coordination nationale Natura 2000, n° 194648.

<sup>165</sup> Conseil d'Etat, 23 février 2005, Association coordination Natura 2000, n° 241796.

tif fait plutôt référence à la directive dans son ensemble plutôt qu'à l'article 6 de la directive. Ceci peut peut-être s'expliquer par l'incertitude juridique ambiante qui entoure ces orientations et par le fait que ces décisions sont relatives à des faits antérieurs à la fixation de la liste des sites d'intérêt communautaire par la Commission, alors que d'après la directive l'article 6 n'est valable qu'à partir de ce moment là.

Il existe en tout et pour tout une seule décision du juge administratif s'appuyant sur la violation de la directive 92-43/CEE. Saisi en référé le Conseil d'Etat a dans une décision du 9 juillet 2001<sup>166</sup> considéré que constitue une faute manifeste d'appréciation l'autorisation donnée par le Gouvernement pour l'aménagement d'un vignoble ( qui va de paire avec un aménagement en terrasse) dans un site qui figure sur la liste nationale des sites d'intérêt communautaire proposés à la Commission, étant donné les dégâts naturels irréversibles que ces travaux entraîneraient. Par conséquent le juge administratif a déclaré l'autorisation illégale et l'a suspendue. Il n'y a apparemment pas eu une vraie confrontation à l'article 6 de la directive. Statuant au fond<sup>167</sup> le juge s'est prononcé différemment. Ayant entre temps annulé la décision du ministre de remettre la nouvelle liste nationale à la Commission européenne, le Conseil d'Etat a considéré que le Gouvernement ne devait pas prendre de mesures protectrices avant que les sites de la liste nationale ne soient à nouveau désignés. Le Conseil d'Etat ajoute par ailleurs que la directive 92-43/ CEE admettant certains projets défavorables sous certaines conditions, le Gouvernement n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Le juge administratif vise en l'espèce expressément l'article 6 de la directive 92-43/CEE, mais la disposition avait été invoquée pour soutenir l'aboutissement du projet de vignoble. Le recours en annulation de l'association Fédérative Régionale pour la protection de la Nature Haut-Rhin a donc été rejeté au fond.

Il y a plusieurs décisions du juge administratif qui s'appuient à la fois sur la violation des directives habitats et oiseaux et sur la violation de la législation nationale (notamment le Code forestier, la Loi littoral, etc.) Il s'agit toujours d'arrêts d'annulation ou de suspension de décisions autorisant certains travaux ou ouvrages nuisibles au site, et dans lesquels le juge considère que le Gouvernement a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne prenant pas assez en compte la valeur naturelle du site. Pour évaluer la valeur naturelle du site, le juge ne se fonde pas uniquement sur

<sup>166</sup> Conseil d'Etat, 9 juillet 2001, Association Fédérative Régionale pour la protection de la Nature Haut-Rhin, n° 234555.

<sup>167</sup> Conseil d'Etat, 30 décembre 2002, Association Fédérative Régionale pour la protection de la Nature Haut-Rhin, n° 232752.

l'appartenance du site à la liste nationale, mais également souvent au fait qu'il fait partie des ZNIEF ( Zone Naturelle d'Intérêt Ecologique Floristique et Faunistique) ( sorte d'inventaire de zones de grande valeur qui ne bénéficiaient pas pour autant d'une protection juridique). Dès 1994, on trouve un jugement intéressant<sup>168</sup> concernant un plan d'occupation des sols qui prévoyait la construction d'une zone industrielle dans une zone marécageuse, qui faisait notamment partie d'une zone spéciale de protection en application de la directive 79- 409/CEE, et qui a été annulé par le juge administratif pour erreur manifeste d'appréciation. D'autres jugements ont suivi, sans que l'article 6 de la directive 92-43/CEE soit apparemment visé.<sup>169</sup>

Du point de vue du droit de l'environnement les décisions sont parfois décevantes. Saisi d'un recours en annulation d'une décision déclarant la construction d'une autoroute traversant une vallée faisant partie de la liste nationale, d'utilité publique, le Conseil d'Etat<sup>170</sup> a décidé que rien dans la législation (française)n'obligeait les pouvoirs publics de tenir compte dans l'étude d'impact environnementale de l'inscription de la vallée sur la liste nationale. Le recours en annulation a donc été rejeté par le Conseil d'Etat. Dans une décision en appel<sup>171</sup> a été jugé qu'une décision instaurant une 'nouvelle unité touristique' dans un site inscrit sur la liste nationale, ne constituait pas une erreur manifeste d'appréciation, parce que les travaux d'aménagements ne

---

<sup>168</sup> Tribunal administratif de Nantes, 13 juillet 1994, Association Estuaire Ecologie et autres, n°94763, 94764, 94781 et 94782.

<sup>169</sup> Jugements en ce sens : Tribunal administratif de Lille, 5 février 2003, Association France Nature Environnement, n° 02-1605 (*Droit de l'environnement*, n° 107, avril 2003) (relatif à une course d'endurance de motocross ?) ; Tribunal administratif de Lyon, 28 janvier 2003, FRAPNA Ardèche, n°0100415 (relatif à une carrière) ; Tribunal administratif de Caen, 12 mai 1998, Association Manche Nature, n° 97-14 ( relatif à l'extension d'un terrain de golf) ; Tribunal administratif de Grenoble, 8 juillet 1997, FRAPNA Isère, n° 971171, 971172 ( relatif à l'instauration d'une nouvelle unité touristique) ; Tribunal administratif de Grenoble, 7 novembre 1996, FRAPNA Isère, n° 953656, 962540, et autres ( relatif à l'instauration d'une 'nouvelle unité touristique'), en appel ( CA Lyon, 18 juillet 2000, Commune de Mont de Lans, n° 96LY02821, 97Y00014, 97LY00090) le jugement a été cassé (parce que les travaux d'aménagement ne portaient que sur 200ha des 3500 ha du terrain concerné et ne devaient pas porter une atteinte importante aux pelouses calcaires.

<sup>170</sup> Conseil d'Etat, 16 juin 2000, Association de défense du cadre de vie du Grand Angoulême, n° 194495.

<sup>171</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 18 juillet 2000, Commune de Mont de Lans, n°96LY02821, 97Y00014, 97LY00090.

portaient que sur 200 ha des 3500ha du terrain, et qu'ils ne porteraient qu'une atteinte limitée aux pelouses calcaires .

Ces décisions ne visent apparemment pas non plus vraiment l'article 6 de la directive.

*3.1 Does the legal community ( in first instance courts, secondly legal authors, the European Commission and possibly others) think that art. 6 is correctly transposed into French law ?*

La question de savoir si la nouvelle législation peut être considérée comme une transposition correcte, n'a pas, pour autant qu'on a pu le vérifier, à l'heure actuelle été posée explicitement aux juridictions françaises et elles n'ont pas encore statué dessus. Dans la doctrine, des critiques sont formulées à l'égard de certains aspects (la primauté donnée aux intérêts de la chasse, l'exonération d'une évaluation adaptée pour les contrats Natura 2000, etc.)

Les articles 6-2 et 6-4 de la directive font l'objet d'une transposition quasi littérale. Toutefois, le texte national ajoute, s'agissant des perturbations susceptibles d'affecter les sites Natura 2000, une disposition qui n'est pas conforme au texte de la directive. En effet, l'article L. 414-1-V du code de l'environnement précise que :

« Les mesures (de conservation) sont adaptées aux menaces spécifiques qui pèsent sur les habitats naturels ou les espèces. Elles ne conduisent pas à interdire les activités humaines dès lors qu'elles n'ont pas d'effets significatifs par rapport aux objectifs (de conservation) ... ».

Surtout, il est précisé que « les activités piscicoles, la chasse (...) pratiquées dans les conditions (...) définies par les lois et règlements en vigueur, ne constituent pas des activités perturbantes (...) ». Cette disposition, introduite pour faire accepter le texte au lobby des chasseurs notamment, est évidemment contestée par la doctrine<sup>172</sup>.

L'autre disposition nationale qui pose problème est relative à l'évaluation d'incidences.

Selon l'article L. 414-4 I du Code de l'environnement, qui transpose l'article 6§3 de la directive, « les programmes ou projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement soumis à un régime d'autorisation ou d'approbation administrative, *et* dont la réalisation est de nature à affecter de façon notable un

---

<sup>172</sup> A notre connaissance, cette disposition est en examen devant la Commission européenne.

site Natura 2000, font l'objet d'une évaluation de leurs incidences au regard des objectifs de conservation du site.

Les travaux, ouvrages ou aménagements *prévus par* les contrats Natura 2000 sont dispensés de (cette) procédure d'évaluation ».

Le deuxième alinéa est très ambigu et sa formulation est sans doute non conforme à la directive. Il y a en effet un net décalage entre ce que préconise la directive et ce que dit le texte français. Aux termes de la directive, sont dispensés de l'évaluation d'incidences les plans ou projets *directement liés ou nécessaires à la gestion du site*. La rédaction française permet de penser qu'à partir du moment où le plan de gestion aura prévu la réalisation de tel aménagement ou ouvrage, repris dans un contrat Natura 2000 (y compris – théoriquement – des travaux non directement liés à la gestion du site), ceux-ci seront dispensés de l'évaluation d'incidences. Cette disposition est d'autant plus regrettable que l'élaboration du plan de gestion (depuis la loi du 23 février 2005) échappe assez largement au contrôle de l'État, qui reste pourtant seul responsable devant la Commission de l'obligation de résultat fixé par la directive.

Il faut aussi relever que le texte français ne reprend pas exactement la terminologie de la directive sur un autre point. Il y est en effet question de l'évaluation des incidences au regard des « *objectifs de conservation du site* », alors que la directive vise « *l'état de conservation du site* ». De même, la loi nationale évoque la réalisation de projets affectant de « façon notable » un site, alors que la directive emploie le terme « significatif ».

On fera le même constat s'agissant du champ d'application de l'évaluation d'incidences. Alors que la directive vise les « *plans ou projets* », le texte français évoque les « *programmes ou projets de travaux, ouvrages et aménagements* » (le Conseil d'État ayant suggéré de remplacer le terme « plan » par celui de « programme »). Le droit français de l'étude d'impact (loi du 10 juillet 1976) ne visait déjà que les projets. Les textes de 2001 pris pour l'application de la directive habitats évoquent désormais les « programmes » mais pas les « plans ». Dans un arrêt du 6 avril 2000 (C. 256/98), la Cour de Justice européenne a pourtant considéré que la France disposait d'une étude d'impact sur les plans, en se référant au fait que les « documents d'urbanisme prenaient en compte les préoccupations d'environnement » (art. 2 de la loi de 1976). Cette décision est surprenante dans la mesure où précisément, les documents d'urbanisme français (« plans ») sont dispensés d'étude d'impact. La France n'a été condamnée, dans cette affaire, que parce que le droit interne excluait certains projets de l'évaluation d'incidences (notamment en fonction de critères financiers). Le concept de « plan et pro-



gramme », tel que prévu par la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001, n'est donc pas repris par les textes français de transposition de la directive « habitats ». On signalera toutefois qu'une récente circulaire du 5 octobre 2004<sup>173</sup> prévoit que le régime d'évaluation des incidences propre au réseau Natura 2000 devra faire l'objet d'une articulation avec l'évaluation des incidences de certains plans et programmes, et ce dans le cadre de textes de transposition de la directive 2001/42/CE. Cette articulation vient d'être réalisée avec deux nouveaux décrets du 27 mai 2005 prévoyant, à compter du 21 juillet 2006, une évaluation des incidences de certains plans et programmes<sup>174</sup>.

3.2 *If so, does art. 6 still play a role in decision making? If not, is art. 6 II, III and IV Hdir. directly applied by the administration and/or the courts?*

Comme on l'a vu précédemment (cf. 2°), l'administration française ne s'est pas montrée très soucieuse (en tous cas à la lumière du contentieux), d'appliquer directement l'article 6 II, III et IV de la directive. De nombreux projets ont en effet été approuvés par l'autorité administrative, en dépit d'incidences négatives sur l'environnement et sur des sites destinés à intégrer le réseau Natura 2000. Il est possible que l'administration ait profité du retard pris par le gouvernement pour transmettre la liste nationale de sites à la Commission pour autoriser voire conduire de tels projets. Le flou juridique entourant les premières transmissions de listes étant dissipé, la situation devrait s'améliorer.

Le Ministère de l'écologie et du développement durable a d'ailleurs produit un certain nombre de circulaires clarifiant notamment la procédure d'évaluation des incidences applicable dans les sites Natura 2000<sup>175</sup>. Les autorités administratives sont invitées, depuis 2004, à « intégrer, le plus en amont possible, la pleine prise en compte de la présence des habitats naturels et des espèces d'intérêt communautaire dans les documents d'évaluation ». De plus, dans un souci de « cohérence des politiques publiques », ces autorités doivent faire réaliser l'évaluation des incidences « sans attendre la désignation des sites en droit français », pour les programmes et projets dont le maître d'ouvrage est l'État.

<sup>173</sup> Circulaire DNP/SDEN n° 2004-1 du 5 octobre 2004 sur l'évaluation des incidences des programmes et projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement susceptibles d'affecter de façon notable les sites Natura 2000.

<sup>174</sup> Décrets n° 2005-608 et 2005-613 du 27 mai 2005.

<sup>175</sup> Circulaire précitée du 5 octobre 2004.

Quant au juge, il confère a priori (depuis 2001) un effet direct à l'article 6 (dans son raisonnement et ses motifs), mais valide aussi des projets sur le fondement de raisons impératives d'intérêt public majeur (il « instrumentalise », en quelque sorte, l'article 6§4 de la directive). Sa jurisprudence semble toutefois évoluer dans le sens d'une meilleure application du texte communautaire.

*3.3 Do the national legal provisions by which art. 6 is transposed apply to areas which are on the list published by the EC (art. 4 II Hdir.), but which are not yet designated under national law? If not, is art. 6 Hdir. applied directly?*

Si l'on s'en tient à la lettre du texte français transposant l'article 6 de la directive (article L. 414-V du Code de l'environnement), les mesures de conservation et de gestion s'appliquent aux « sites Natura 2000 » ; c'est-à-dire, dans le droit français, aux sites « désignés comme ZSC et ZPS par décision de l'autorité administrative (française) » (article L. 414-IV du Code de l'environnement). Le texte est donc ambigu, surtout si l'on tient compte du retard considérable pris par la France pour transmettre la liste nationale de sites à la Commission européenne (les premières transmissions n'ont eu lieu qu'en 1999 et ont été annulées par le juge administratif français, repoussant les premières transmissions véritables à 2001).

Toutefois, en pratique, la France a déjà établi des plans de gestion pour les futurs sites Natura 2000 (appelés « documents d'objectifs » et correspondant aux mesures de gestion de l'article 6-1), ainsi que des contrats Natura 2000 (mesures contractuelles individuelles de mise en œuvre des plans de gestion)<sup>176</sup>.

Jusqu'en 2005, il n'y avait pas de mécanisme spécifique de protection ou de gestion provisoire prévu par les textes de transposition français. Seule une circulaire interministérielle du 3 mai 2002<sup>177</sup> était venue préciser que, sans

<sup>176</sup> En juillet 2005, 1226 sites avaient été transmis à la Commission au titre de la directive « habitats », et 193 ZPS au titre de la directive « oiseaux ». 854 documents d'objectifs (plans de gestion) ont été élaborés, 759 concernant la directive habitats et 95 concernant la directive oiseaux. 357 documents d'objectifs étaient alors considérés comme achevés (c'est-à-dire validés par le comité de pilotage). S'agissant des mesures contractuelles de mise en œuvre, plus de 200 contrats Natura 2000 ont été signés.

<sup>177</sup> Circulaire technique interministérielle n° 162 du Ministère de l'écologie et du développement durable et du Ministère de l'agriculture relative à la gestion contractuelle des sites Natura 2000, en application des articles R. 214-23 à R.

attendre la désignation des sites par la Commission, il convenait de poursuivre l'élaboration des documents d'objectifs sur les sites proposés à la Commission européenne, et de conclure « dès que possible » des contrats permettant de mettre en œuvre la gestion du site sur des parcelles identifiées.

La loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux<sup>178</sup> a formalisé cette règle jusque-là purement incitative. L'article L. 414-2-I du Code de l'environnement a été complété et précise désormais que « le document d'objectifs peut être élaboré et approuvé à compter de la notification à la Commission européenne de la proposition d'inscription d'une zone spéciale de conservation, ou de la désignation d'une zone de protection spéciale ». Loin de constituer un instrument de gestion provisoire des sites Natura 2000, cet ajout législatif ne sert qu'à accélérer l'élaboration des plans de gestion et des contrats compte tenu du retard accusé par la France dans la mise en place du réseau.

Concernant l'évaluation d'incidences (§ 3 et 4 de l'article 6), le droit national s'applique là encore aux sites désignés comme ZPS ou ZSC (« sites Natura 2000 »). En pratique, c'est donc au juge qu'il revient de trancher les conflits éventuels nés de l'existence d'un projet susceptible de porter atteinte à un site transmis à la Commission (voir infra).

#### 3.4 *About the interpretation and application of art. 6 III :*

- **is art. 6 III applied to strategic plans (especially strategic physical plans)?**

La transposition de l'article 6 III est ambiguë, dans la mesure où ne sont soumis à évaluation d'incidences que « les programmes ou projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement soumis à un régime d'autorisation ou d'approbation administrative, et dont la réalisation est de nature à affecter de façon notable un site Natura 2000 » (article L. 414-4-I du Code de l'environnement).

A priori l'article 6 III ne s'applique donc pas aux « planifications » de type stratégique (entendues ici au sens de planifications non directement opérationnelles, c'est-à-dire « programmatoires »). D'une manière générale, on

---

214-33 du Code rural, Bulletin Officiel du Ministère de l'Écologie et du Développement Durable (BOMEDD) n° 02/6 (2002).

<sup>178</sup> Loi n° 2005-157 relative au développement des territoires ruraux, JO n° 46 du 24 février 2005.

peut dire que le droit français ne réalisait pas l'intégration souhaitable entre les planifications de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire et l'évaluation d'incidences prévue par l'article 6 III. Les plans locaux d'urbanisme devaient, jusqu'à l'intervention d'un décret de 2005, « prendre en compte les préoccupations d'environnement », ce qui n'équivalait pas à la réalisation d'une évaluation d'incidences. Les schémas de cohérence territoriale (dans leur projet d'aménagement et de développement durable) pouvaient, au mieux, intégrer les préoccupations liées au réseau Natura 2000 mais n'étaient pas non plus soumis à évaluation d'incidences.

Comme on l'a mentionné plus haut, deux décrets du 27 mai 2005 ont transposé les exigences de la directive 2001/42/CE, s'agissant de certains plans et programmes. Ces nouvelles dispositions ne seront applicables qu'à compter du 21 juillet 2006. Désormais les SCOT (schémas de cohérence territoriale) et les DTA (Directives Territoriales d'Aménagement) devront comporter une évaluation des incidences. Les plans d'urbanisme, dès lors qu'ils couvrent une zone Natura 2000, seront soumis à évaluation d'incidences (mais ils ne s'agit pas de plans stratégiques). D'autres plans pourront également être concernés, mais sont exclus du texte ceux qui n'ont pas d'opposabilité juridique (donc a priori les plans de type stratégique)<sup>179</sup>.

- **How is existing use dealt with? Is art. 6 III applied to existing use (respectively in which cases and in which cases not)**

Il n'y a pas vraiment de précision, dans les textes français, sur ce point. Le régime d'évaluation des incidences spécifique à Natura 2000 doit s'appliquer à tous les « programmes ou projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement soumis à un régime d'autorisation ou d'approbation administrative, et dont la réalisation est de nature à affecter de façon notable un site Natura 2000 ». Depuis la circulaire du 5 octobre 2004, même si le site n'a pas été désigné « site Natura 2000 », les autorités administratives sont invitées à prendre en compte le plus en amont possible la pleine prise en compte de la présence des habitats naturels et des espèces d'intérêt communautaire dans les documents d'évaluation.

En outre, « les travaux, ouvrages ou aménagements *prévus par les contrats Natura 2000* » sont dispensés de la procédure d'évaluation. Cela signifie que les usages existants dans les sites Natura 2000, à partir du moment où ils auront été mentionnés dans les contrats, pourront continuer à s'exercer sans évaluation d'incidences (transposition non conforme à l'article 6 III).

---

<sup>179</sup> Cf. article L. 122-4 du Code de l'environnement.

- **How is "significant effect" interpreted? Are there guidances about this topic (e.g. lists of kind of actions which will, or are likely to cause (no) significant effects)?**

L'article 6 III de la directive évoque les plans ou projets susceptibles d'affecter « de manière significative » un site ; le droit français utilise l'expression « susceptibles d'affecter de façon notable » un site ...

Il faut préalablement noter que peuvent être soumis à l'évaluation d'incidences des projets situés dans un site N 2000 mais aussi à l'extérieur d'un site Natura 2000 mais susceptibles d'affecter de façon notable ce dernier.

L'article R. 214-34 du Code rural contient les critères permettant de mesurer l'effet notable d'un projet. Il convient de tenir compte de « la distance, de la topographie, de l'hydrographie, du fonctionnement des écosystèmes, de la nature et de l'importance du programme ou du projet, des caractéristiques du ou des sites et de leurs objectifs de conservation ». La circulaire précitée de 2004 insiste sur l'appréciation de ces critères, qui relève avant tout du pétitionnaire (celui qui demande une autorisation administrative) ; mais qui relève aussi, en dernier lieu, de l'administration chargée de délivrer l'autorisation. Celle-ci doit vérifier que les critères fixés dans l'article R. 214-34 ont été correctement appréciés par le pétitionnaire.

Le pouvoir réglementaire a donc fixé des critères permettant d'apprécier les effets notables ou non d'un projet sur un site Natura 2000, mais il n'existe pas de liste d'actions précises.

Les maîtres d'ouvrage peuvent s'appuyer, pour réaliser leur évaluation d'incidences, sur différents guides méthodologiques élaborés par les ministères (il existe un « Guide méthodologique pour l'évaluation des incidences des projets et programmes d'infrastructures et d'aménagement sur les sites Natura 2000 », élaboré sous la responsabilité du Ministère chargé de l'environnement ; et un guide « Infrastructures de transports et sites Natura 2000 », élaboré par le Ministère de l'Équipement et le Ministère de l'environnement).

- **What role does the precautionary principle play in the application of art. 6 III?**

Dans les textes de transposition français, le principe de précaution ne joue a priori aucun rôle dans l'application de l'article 6 III.

La seule allusion au principe de précaution figure dans la circulaire du 5 octobre 2004. Il est en effet indiqué que certains projets sur des sites Natura 2000 peuvent requérir une expertise complémentaire, notamment quand il existe des « incertitudes scientifiques ». Dans ce cas, le représentant de l'État peut demander au CSRPN (Conseil Scientifique Régional du Patrimoine Naturel), de lui proposer des noms d'experts susceptibles de l'éclairer pour prendre sa décision.

- **How are cumulative effects dealt with?**

Sur les effets cumulatifs, on trouve une référence dans l'article R. 214-36 du Code rural, qui décrit le contenu du dossier d'évaluation d'incidences spécifique à Natura 2000.

La première partie de l'évaluation, appelée « pré-diagnostic », doit notamment décrire :

« Une analyse des effets notables, temporaires ou permanents, que les travaux, ouvrages ou aménagements peuvent avoir, par eux-mêmes ou en combinaison avec d'autres programmes ou projets dont est responsable le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage, sur l'état de conservation des habitats naturels et des espèces qui ont justifié la désignation du ou des sites ».

- **What can be said about the requirements concerning the contents and depth of the appropriate assessment in practice?**

En pratique, les exigences concernant le contenu et le sérieux de l'étude d'impact sont difficiles à apprécier. On peut dire que la qualité de ces dernières peut considérablement varier d'un projet à un autre.

En droit français, l'étude d'impact ne peut pas, en tous cas, être attaquée directement devant le juge pour insuffisance. Ce n'est pas un acte administratif faisant grief (attaquable). Mais il s'agit, pour le juge, d'une formalité substantielle du dossier de demande d'autorisation. Cela signifie qu'en cas d'insuffisance ou de manque de sérieux de l'évaluation d'incidences, le juge pourra annuler l'acte administratif qui a autorisé un projet sur ce fondement.

### 3.5 *About the interpretation and application of art. 6 IV?*

- **is the "general public" (which?) consulted before deciding about art. 6 III and IV?**

Le public n'est consulté sur l'évaluation d'incidences que si le projet est soumis, par ailleurs, à la procédure de l'enquête publique (cela concerne les projets et programmes les plus importants, généralement soumis à autorisation administrative préalable).

C'est donc, dans ce cas, tout le public (géographiquement concerné) qui peut être amené à formuler ses observations lors du déroulement de l'enquête publique (généralement d'une durée de 1 mois). En pratique, il faut souligner que le projet est déjà avancé, la consultation du public n'intervenant pas vraiment en amont de la décision (le public se prononce en amont de la décision administrative d'autoriser ou non le projet). Lors de l'enquête publique, le public peut consulter le dossier d'évaluation d'incidences. Mais ses observations, même si elles sont défavorables au projet, ne lient pas l'administration sur la décision finale.

- **Who can complain before court against decisions about art. 6 III and IV (respectively about the national provisions that transposed art. 6 III and IV)?**

Comme on l'a vu, l'évaluation d'incidences ne peut pas être attaquée directement, en tant que telle, devant le juge administratif. Seul peut être attaqué l'acte administratif autorisant une activité, sur le fondement de l'insuffisance, par exemple, de l'évaluation d'incidences. Mais on peut contester, de manière plus large, la légalité de l'autorisation administrative (pour vice de forme ou de procédure, pour détournement de pouvoir ou pour violation directe de la loi...). Par exemple, il est possible de contester l'absence d'évaluation d'incidences d'un projet (soumis à autorisation) si l'on estime que l'administration a commis une erreur d'appréciation de la loi en ne l'exigeant pas.

Toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt à agir contre l'acte attaqué (ex : un voisin, une association de protection de l'environnement ...) peut former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte administratif en cause. Les associations agréées de protection de l'environnement sont présumées avoir un intérêt à agir. Le délai de recours est de 2 mois à compter de la notification/publication de l'acte administratif litigieux.

- **How is the requirement of the absence of alternative solutions interpreted and applied in practice? In which circumstances and on which grounds are alternative solutions rejected?**

Il n'y a guère d'indications sur l'interprétation de cette disposition. Aux termes de l'article R. 214-36 du Code rural, si le programme ou le projet, malgré les mesures prises pour supprimer ou réduire les effets dommageables, « peut avoir des effets notables dommageables sur l'état de conservation des habitats naturels et des espèces qui ont justifié la désignation du site », le dossier d'évaluation doit exposer « les raisons pour lesquelles il n'existe pas d'autre solution satisfaisante et les éléments qui permettent de justifier la réalisation du programme ou projet (...) » (raisons impératives d'intérêt public).

La circulaire de 2004 précise simplement, concernant ce point, que l'évaluation d'incidences devra notamment analyser « les différentes solutions envisagées et leurs incidences sur le site Natura 2000 » ainsi que « la justification du choix de l'implantation par rapport aux autres variantes possibles ».

- **What kind of reasons are accepted as being an imperative reason of overriding public interest?**

L'article L. 414-4-III du Code de l'environnement dispose simplement que « lorsqu'il n'existe pas d'autre solution que la réalisation d'un programme ou projet qui est de nature à porter atteinte à l'état de conservation du site, l'autorité compétente peut donner son accord pour des raisons impératives d'intérêt public. Dans ce cas, elle s'assure que des mesures compensatoires sont prises pour maintenir la cohérence globale du réseau Natura 2000 (...) ». L'expression « raisons impératives d'intérêt public majeur », a donc été amputée, dans le texte national, du qualificatif « majeur ».

D'après la circulaire de 2004, les raisons impératives peuvent être de nature sociale et économique (en l'absence d'habitat et/ou d'espèce prioritaire), ou liées, entre autres, à la « santé humaine », à la « sécurité publique », à l'existence de « conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement ».

Il faut rappeler que le juge administratif français a déjà interprété cette disposition (article 6 IV de la directive), en considérant à deux reprises que des plantations de vignes entraînent, semble-t-il, dans le champ des « raisons impératives d'intérêt public » justifiant que l'on porte atteinte à l'intégrité d'un



futur site Natura 2000 (troubles irréversibles pourtant induits par les travaux de terrassement)<sup>180</sup>.

- **How is the requirement of compensatory measures filled in the jurisprudence? If there's no jurisprudence, what do guidances etc. tell about compensation measures?**

Il n'y a pas encore, à notre connaissance, de jurisprudence sur les mesures compensatoires requises en cas de conclusions négatives de l'évaluation d'incidences sur un site Natura 2000.

Des indications sont toutefois données par le Ministère de l'Écologie et du développement durable, dans la circulaire du 5 octobre 2004. Le texte insiste sur la spécificité des mesures compensatoires par rapport au droit commun des études d'impact, dans la mesure où elles ont pour but de maintenir la cohérence globale du réseau Natura 2000.

Ainsi, aux termes de la circulaire, les mesures compensatoires doivent :

- couvrir la même région biogéographique
- viser, dans des proportions comparables, les habitats et espèces devant subir des effets dommageables
- assurer des fonctions comparables telles qu'elles apparaissent dans les données écologiques (ex : plans de gestion) qui ont répondu aux critères de sélection du site.
- définir clairement les objectifs et les modalités de gestion de manière à ce que les mesures compensatoires puissent contribuer effectivement à la cohérence du réseau Natura 2000.

Les mesures compensatoires peuvent prendre les formes suivantes :

- création/amélioration d'un habitat sur le site affecté ou sur un autre site Natura 2000, dans une proportion comparable aux pertes provoquées par le programme ou le projet de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements ;
- le cas échéant, extension du site ou proposition d'un nouveau site. Il est précisé que ce type de mesures compensatoires relève exclusi-

---

<sup>180</sup> Conseil d'État, 30 décembre 2002, Association fédérative régionale pour la protection de la nature Haut-Rhin, n° 232752 ; jurisprudence confirmée concernant la campagne suivante de plantation de vignes : CE, 6 juin 2003, Association sauvegarde de la faune sauvage, n° 247079.

vement de la responsabilité de l'État, même si les terrains concernés appartiennent au pétitionnaire.

- **Who has to proof that the requirements of art. 6 III and IV are fulfilled and what kind of proof is asked for?**

La question se pose peut-être plus en termes de responsabilité qu'en termes de preuve.

S'il appartient au pétitionnaire de réaliser (ou de faire réaliser) et de fournir une évaluation d'incidences, c'est l'État qui est responsable de l'instruction du dossier (en l'occurrence le préfet de département, représentant de l'État). C'est donc sur lui que repose la responsabilité de vérifier que l'évaluation d'incidences est requise ou non (en vérifiant que le pétitionnaire a correctement interprété les critères de l'article R. 214-34 du Code de l'environnement), de solliciter l'évaluation si le dossier est incomplet, et de charger ses services instructeurs de contrôler le contenu de l'évaluation.

C'est aussi l'État qui est responsable, in fine, du respect des exigences de l'article 6 III et IV, dans la mesure où il délivre l'autorisation de mener le projet (les projets soumis à évaluation d'incidences sont soumis à autorisation administrative préalable). Enfin, au vu de l'évaluation des incidences et des engagements du pétitionnaire, le représentant de l'État doit s'assurer de « la mise en œuvre effective et de la bonne réalisation des mesures de suppression, de réduction et de compensation » prévues dans le cadre de la réalisation du programme ou du projet (circulaire précitée de 2004).

Il est donc difficile de répondre à cette question sans distinguer préalablement la responsabilité engagée vis-à-vis de l'État et celle qui se joue vis-à-vis des instances communautaires. C'est au pétitionnaire de justifier la faisabilité de son projet en fournissant une évaluation des incidences conforme aux exigences de l'article 6 (tel qu'il est transposé). Mais vis-à-vis des instances communautaires, c'est à l'État de veiller, lors de l'instruction de la demande et de la délivrance de l'autorisation, à ce que le projet ne porte pas atteinte aux exigences générales de l'article 6 III et IV.

Il n'y a pas d'indications sur les modalités de preuve que le pétitionnaire devrait fournir pour montrer que son projet satisfait aux exigences de l'article 6.

Il est simplement indiqué, dans cet ordre d'idées, que si l'État refuse de délivrer une autorisation, il doit motiver sa décision auprès du pétitionnaire ou du maître d'ouvrage (circulaire de 2004).

**4. GENERAL IMPRESSION ON THE APPLICATION OF ART. 6 III AND IV HDIR.**

- **Are there any specific topics in the interpretation or application of art. 6 Hdir. which are special to France or are discussed intensively in France?**

Sur cette question, se reporter au 3°.

D'une manière générale, on peut dire que c'est toute la question du réseau Natura 2000 qui est intensément discutée en France. C'est peut-être l'application de l'article 6 § I et II qui est pour l'instant au centre des débats, dans la mesure où les acteurs de terrain sont en train d'élaborer les plans de gestion applicables aux sites. Le ministère de l'environnement ayant assez mal communiqué lors de la phase d'inventaire et de sélection des sites, les inquiétudes sont pour l'instant liées aux mesures de gestion / conservation qui vont s'appliquer sur les futures sites Natura 2000.

- **Are activities rejected or delayed often because of the requirements of art. 6 Hdir. (respectively the corresponding national law), and if so, what kind of activities are that?**

Il est difficile de savoir si des projets ou activités sont abandonnés ou retardés en raison des dispositions transposant l'article 6. Les seules indications que l'on peut donner ici sont celles fournies par l'existence des contentieux (se reporter au 2°).

Exemples d'activités annulées par le juge : extension d'un golf, projet de carrière sur une zone humide. A l'inverse, des projets routiers, des plantations de vignes ou encore la création d'une unité touristique nouvelle en zone de montagne ont été autorisés malgré leur localisation (partielle ou totale) en site Natura 2000.

- **On what reasons are projects rejected or delayed?**

Ici encore, on ne peut que s'appuyer sur la jurisprudence connue. Les raisons qui ont pu, concrètement, conduire le juge à interdire une activité sur un futur site Natura 2000 sont liées, par exemple, au traumatisme subi par les

RAPPORT RELATIF À LA FRANCE

espèces les années précédentes (cf. supra 2°, à propos de l'interdiction d'un regroupement musical festif ; tribunal administratif de Chalons-en-Champagne, Ordonnance du 29 avril 2005, Référé-liberté, Conservatoire du Patrimoine Naturel, Ligue de Protection des Oiseaux, Fédération des Conservatoires d'Espaces Naturels c/ Préfet de la Marne, n° 0500828, 0500829 et 0500830).

# Landenrapport Nederland

## 1. METHODE EN BRONNEN

### 1.1 Welke wetgeving werd onderzocht?

De Nederlandse situatie is in het kader van dit onderzoek een bijzondere. Op 1 oktober 2005 traden namelijk een groot aantal bepalingen van de reeds eerder in het Staatsblad verschenen Natuurbeschermingswet 1998, alsmede de Wet tot Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen (hierna gezamenlijk aangeduid als: Nbw 1998), in werking.<sup>181</sup> Op de valreep voor de afronding van het implementatietraject is Nederland nog veroordeeld door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, wegens de uitblijvende omzetting van de richtlijnverplichtingen.<sup>182</sup> Het arrest van het Hof is kort en bondig, aangezien de Nederlandse regering tijdens de procedure heeft erkend dat de implementatie niet tijdig was voltooid.

De thans vigerende wet geldt mede als de implementatie van de uit art. 6 Habitatrichtlijn voortvloeiende habitattoets en in dit rapport zijn met name deze bepalingen aan een analyse onderworpen. Inmiddels is door het Ministerie van LNV onder andere een Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998 gepubliceerd waarin onderdelen van de wet worden toegelicht en van een nadere praktische uitwerking worden voorzien. De voor dit onderzoek relevante onderdelen uit de Algemene Handreiking zijn bij de beschouwingen betrokken.

Zoals hiervoor is opgemerkt, is de Nbw 1998 recent in werking getreden. Dat betekent dat de in Nederland verschenen jurisprudentie over de imple-

---

<sup>181</sup> Wet van 20 januari 2005 tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen, Stb. 195, Wet van 25 mei 1998, houdende nieuwe regelen ter bescherming van natuur en landschap (Natuurbeschermingswet 1998), Stb. 403, Besluit van 21 sept. 2005, houdende het tijdstip van inwerkingtreding van enkele artikelen van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet van 20 januari 2005 tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen, Stb. 473. Opgemerkt wordt dat de artt. 1, aanhef en onderdeel a, 27 en 28 van de Natuurbeschermingswet 1998 reeds in werking zijn getreden op 21 jan. 1999 (Besluit van 28 dec. 1998 houdende gedeeltelijke inwerkingtreding van de Nbw 1998, Stb. 15). De artt. 29 en 39, eerste lid zijn in werking getreden op 7 maart 2000 (Besluit van 29 feb. 2000, houdende gedeeltelijke inwerkingtreding van de Nbw 1998, Stb. 109).

<sup>182</sup> HvJ EG 14 april 2005, C-441/03 (Commissie/Nederland).

mentatie en de toepassing van art. 6 Habitatrictlijn niet is gebaseerd op voornoemde wet. Dit laat onverlet dat deze jurisprudentie ook onder vigeur van de Nbw 1998 nog om een aantal redenen van belang zal zijn. In de eerste plaats wordt in een aantal uitspraken een uitleg gegeven aan de verplichtingen die gelden uit hoofde van artikel 6 Habitatrictlijn. Voorts is van belang dat de Nbw 1998 wat betreft de bepalingen ter implementatie van artikel 6 Habitatrictlijn alleen geldt voor aangewezen gebieden ofwel gebieden waarvan de aanwijzing in overweging is genomen. Nu voor Habitatrictlijn-gebieden een aanwijzing dan wel een overwegingsbeslissing (nog) niet aan de orde is, blijft artikel 6 van de Habitatrictlijn en de rechtstreekse toepassing daarvan voorlopig in ieder geval nog steeds actueel voor de toetsing van plannen en projecten met nadelige effecten voor deze gebieden. Tenslotte resteert nog op een enkel ander punt mogelijk discussie over de volledigheid van de implementatiewetgeving. Wij zullen daar in par. 3 nader op ingaan.<sup>183</sup>

### 1.2 *Jurisprudentie en literatuur*

Naast voornoemde wet- en regelgeving is onderzoek gedaan naar relevante jurisprudentie. Op het gebied van de implementatie en de toepassing van de richtlijnverplichtingen zijn in Nederland – in tegenstelling tot andere onderzochte landen zoals bijvoorbeeld het Vlaamse Gewest of Engeland - een flink aantal uitspraken verschenen. Niet alle uitspraken zijn geanalyseerd. Ten behoeve van het onderzoek zijn de voor de interpretatie van art. 6 Habitatrictlijn meest in het oog springende of illustratieve uitspraken geselecteerd. Het gaat dan met name om uitspraken waarin één of meer begrippen van art. 6 Habitatrictlijn aan een rechterlijk oordeel worden onderworpen. Bij het onderzoek is tevens gebruik gemaakt van recente juridisch-wetenschappelijke literatuur.

---

<sup>183</sup> Zie Chr. Backes en J.H.G. van den Broek, Gebiedsbescherming eindelijk geboden, M en R 2005, p. 474-481, i.h.b. p.480 en A.A. Freriks, Implementatie van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn in Nederland: stand van zaken, TMA 2004-6.

## 2. VRAGEN TEN AANZIEN VAN DE WETTELIJKE UITGANGSPUNTEN

### 2.1 Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrictlijn omgezet in de wet- of regelgeving?

#### *I. Situatie voor inwerkingtreding Nbw 1998*

Tot de inwerkingtreding van de Nbw 1998 was van een omzetting van art. 6 Habitatrictlijn geen sprake. De Nederlandse regering heeft tegenover de Europese Commissie lange tijd het standpunt ingenomen dat de verplichtingen uit de Vogel- en Habitatrictlijn waren omgezet door middel van de (aanwijzing van beschermde natuurmonumenten ingevolge de) Nbw enerzijds en het instrumentarium op grond van de WRO anderzijds.<sup>184</sup> In beide sporen bleek het wettelijk kader echter ontoereikend in het licht van de implementatieverplichtingen.<sup>185</sup> Uitsluitend de Nbw (oud) bood in zeer beperkte mate een aanknopingspunt.<sup>186</sup> Via richtlijnconforme interpretatie van art. 12 Nbw (oud), werkte de toets aan artikel 6, lid 2 Habitatrictlijn door in het nationale recht. Dit was het geval indien het gebied waarin de activiteit plaatsvond op grond van de Nbw (oud) was aangewezen als beschermd natuurnatuurmonument of staatsnatuurmonument. Voor alle andere gebieden die deze status niet hadden, konden de richtlijnverplichtingen derhalve niet doorwerken over de band van art. 12 Nbw (oud). Voor die gevallen gold dat aan art. 6, lid 2 Habitatrictlijn werd getoetst in het kader van de sectorale toestemming voor de desbetreffende activiteit of het besluit tot vaststelling van een plan dat naar nationaal recht vereist was.<sup>187</sup>

De toets aan art. 6, lid 3 en 4 Habitatrictlijn werd lange tijd niet, althans niet consequent uitgevoerd door de bestuursrechters. Art. 12 Nbw (oud) bood geen aanknopingspunten voor richtlijnconforme uitleg en met name de Afdeling bestuursrechtspraak stelde lange tijd vraagtekens bij de mogelijkheid van rechtstreekse werking van art. 6, lid 3 en 4 Habitatrictlijn. Aanvankelijk leek de Afdeling in een aantal uitspraken impliciet van recht-

<sup>184</sup> A.A. Freriks, *Natuurbeschermingswet 1998: implementatie van richtlijnverplichtingen voltooid?*, M en R 2001/1, p. 10/11, H.E. Woldendorp, F. Neumann, *Natuurbescherming: nieuwe taak voor gemeenten? (I)*, Gst. 7168, p. 407.

<sup>185</sup> Zie hierover ook de ingebrekestelling van de Europese Commissie SG(2000)D2000/2029, nr. 107814.

<sup>186</sup> Daarover uitgebreid H.E. Woldendorp, *Wettelijk kader voor natuurbescherming*, BR 2005, 269-281, i.h.b. p. 277.

<sup>187</sup> De lijn in de jurisprudentie is uitgezet in ABRS 31 maart 2000, BR 2000, p. 914, m.nt. Nijmeijer en Soppe, AB 2000/302, m.nt. Backes, JM 2000/138 m.nt. H.L.J.

streekse werking uit te gaan.<sup>188</sup> Soms liet de Afdeling echter ook uitdrukkelijk in het midden of sprake was van rechtstreekse werking.<sup>189</sup> De Afdeling was wel bereid te toetsen aan art. 6, derde en vierde lid, indien deze verplichtingen uitdrukkelijk door het besluitvormende bestuursorgaan als toetsingskader waren aanvaard.<sup>190</sup> De Afdeling was daarmee in haar jurisprudentie veel terughoudender dan de lagere rechters.<sup>191</sup> Uiteindelijk heeft het Hof van Justitie EG in het Kokkelvisserij-arrest (naar aanleiding van vragen van de Afdeling) duidelijkheid verschaft omtrent de toepassing en de interpretatie van art. 6, derde lid Habitatrichtlijn.<sup>192</sup> Art. 6, vierde lid stond in de procedure niet ter discussie, maar dit laat onverlet dat het arrest van het Hof ook voor de toepassing van het vierde lid van belang is. Het Hof concludeerde dat art. 6, derde lid door de nationale rechter kan worden betrokken in zijn toetsing of de nationale autoriteit die een vergunning heeft verleend voor een plan of project, is gebleven binnen de grenzen van de door deze bepaling gegeven beoordelingsmarge. Met andere woorden aan art. 6, derde lid komt rechtstreekse werking toe. Hoewel het Hof dat – als gezegd – niet met zoveel woorden overweegt, kan er – gelet op de aard van de in art. 6, vierde lid opgenomen verplichtingen – geen twijfel over bestaan dat ook aan deze bepaling rechtstreekse werking toekomt. De Nederlandse jurisprudentie die dateert van na het Kokkelvisserij-arrest geeft ook blijk van deze opvatting.<sup>193</sup> Ook de toetsing aan art. 6, lid 3 en 4 vond plaats in het kader van de beoordeling van sectorale besluiten.

De Nederlandse jurisprudentie over de periode 1999-2005 biedt vele voorbeelden van rechtstreekse toetsing aan artikel 6 Habitatrichtlijn in sectorale besluiten. Het gaat daarbij onder andere om: besluiten op grond van de Wet op de ruimtelijke ordening, vergunningen op grond van de Wet milieube-

<sup>188</sup> ABRS 11 januari 2000, AB 2000/301, m.nt. Backes, BR 2000, p. 204, Vz. ABRS 11 mei 2000, JM 2000/108, m.nt. Van der Meijden.

<sup>189</sup> ABRS 22 februari 2001, AB 2001/280, m.nt. Backes, JM 2001/71, m.nt. Van der Meijden. Overwegingen van gelijke strekking kunnen worden aangetroffen in: ABRS 5 september 2001, JM 2002/9, m.nt. Van der Meijden. ABRS 30 oktober 2002, JM 2003, nr. 36, m.nt. Van der Meijden.

<sup>190</sup> ABRS 13 juli 2003, AB 2003/326, m.nt. ChB, M en R 2003, nr. 124, m.nt. JV, BR 2004, nr. 83, m.nt. A.A. Freriks en A.A.J. de Gier.

<sup>191</sup> O.a. Rb. Leeuwarden 17 juli 1998, M en R 1998, nr. 89, m.nt. Backes en V.zr.Rb. Leeuwarden 5 juli 2002, M en R 2002, nr. 121.

<sup>192</sup> HvJ EG 7 september 2004, MR 2004, nr. 46, m.a. L. van Smorenburg-Middelkoop, AB 2004/365, m.nt. ChB.

<sup>193</sup> Zie de nadrukkelijke verwijzing naar het arrest van het Hof op dit punt in bijvoorbeeld: ABRS 9 februari 2005, AB 2005/172, m.nt. JV, ABRS 4 mei 2005, AB 2005/262 m.nt. BdeW, ABRS 24 november 2004, AB 2004, 440 m.nt. Jst (IJburg fase II).



heer, vergunningen op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, peilbesluiten op grond van de Wet op de waterhuishouding, ontheffingen op grond van de Wet verontreiniging zeewater, besluiten op grond van de Wet op de waterkering, concessies op grond van de Wet houdende bepalingen omtrent het ondernemen van droogmakerijen en indijkingen, tracébesluiten, aanwijzingsbesluiten op grond van de Luchtvaartwet en besluiten op grond van de Wet op de openluchtrecreatie.<sup>194</sup>

## *II. Aanwijzing van gebieden*

In de Nbw 1998 zoals die in 1998 in het Staatsblad werd geplaatst, was in art. 27 een bevoegdheid opgenomen tot aanwijzing van gebieden.<sup>195</sup> Een groot deel van de besluiten tot aanwijzing van speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn is op deze bepaling gebaseerd.<sup>196</sup> In de huidige Nbw 1998 is de aanwijzingsbevoegdheid geregeld in art. 10a.<sup>197</sup> De aanwijzing van Habitatrictlijngebieden zal op deze bepaling worden gebaseerd. De Nbw 1998 verklaart de verschillende rechtsgevolgen (waaronder het specifieke beschermingsregime uit de richtlijnen) van toepassing op gebieden die overeenkomstig art. 10a Nbw 1998 zijn aangewezen, ofwel waarvan de aanwijzing in overweging is genomen. Deze zogenaamde voorbereidingsbescherming is geregeld in art. 12 Nbw 1998. Op grond van deze bepaling kan de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) een gebied voorlopig aanwijzen, voordat en totdat de definitieve aanwijzingsprocedure is afgerond. Deze systematiek heeft tot gevolg dat de rechtsgevolgen thans in ieder geval gelden voor de aangewezen speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn. Deze gebieden zijn immers aangewezen zoals bedoeld in de Nbw 1998. Voor de Habitatrictlijngebieden die op de communautaire lijst zijn geplaatst, is dat echter nog niet het geval. In toelichting op art. 12 van (implementatie)wetsvoorstel is indertijd nadrukkelijk aangegeven dat een voorlopige aanwijzing zal moeten plaatsvinden om te bewerkstelligen dat de rechtsgevolgen voor deze gebieden intreden.<sup>198</sup> De

<sup>194</sup> Zie voor een overzicht: Ch.W. Backes, P.J.J. van Buuren, A.A. Freriks, hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht, Sdu Den Haag 2004, pp. 139-144 en pp. 239-247.

<sup>195</sup> Deze bepaling is in 1999 in werking getreden, zie noot 1.

<sup>196</sup> Een belangrijk deel van de speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn is aangewezen zonder wettelijke grondslag. Zie A.A. Freriks, Implementatie van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn in Nederland: stand van zaken, TMA 2004-6.

<sup>197</sup> De op artikel 27 Nbw 1998 gebaseerde aanwijzingsbesluiten gelden op grond van artikel V, eerste lid Nbw 1998 als besluiten ingevolge artikel 10a Nbw 1998.

<sup>198</sup> TK 2001-2002, 28 171, nr. 3, p. 32.

(voorlopige) aanwijzing van deze gebieden is er momenteel nog niet, zodat het in de Nbw 1998 opgenomen beschermingsregime voor deze gebieden nog niet geldt. Opmerking verdient dat de in art. 6, tweede tot en met vierde lid Habitatrichtlijn opgenomen beschermingsverplichtingen Europeesrechtelijk inmiddels wel gelden voor deze gebieden en de nationale wetgeving er in dient te voorzien dat deze bepalingen ook binnen de lidstaten kunnen werken. Tot het moment waarop voorlopige c.q. definitieve aanwijzing heeft plaatsgevonden, moet worden teruggevallen op het leerstuk van de rechtstreekse werking om de door de richtlijn vereiste bescherming in Habitatrichtlijngebieden te verzekeren.

### *III. Implementatie van artikel 6 Habitatrichtlijn*

Sinds de inwerkingtreding van de Nbw 1998 is art. 6 Habitatrichtlijn omgezet in het nationale recht. Het gaat in concreto om Hoofdstuk III, Titel 1, par. 2, getiteld Rechtsgevolgen gebieden ter uitvoering van Europeesrechtelijke verplichtingen.<sup>199</sup> In het navolgende worden de belangrijkste instrumenten kort geschetst.

#### *a) Beheersplan en gedoogplicht*

Aan de basis van het actieve instandhoudingsbeheer liggen de artt. 19a en 19b Nbw 1998. In het (implementatie)wetsvoorstel was aanvankelijk bepaald dat gedeputeerde staten voor een gebied een beheersplan zouden opstellen, in gevallen waarin dit met het oog op de instandhoudingsdoelstelling van een gebied *noodzakelijk* is.<sup>200</sup> Eigenaren en gebruikers waren in deze opzet verplicht om zorg te dragen voor uitvoering van de in een plan opgenomen beheersmaatregelen en aan gedeputeerde staten was de bevoegdheid toegekend om het uitvoeren van beheersdaden overeenkomstig het beheersplan af te dwingen door middel van aanschrijvingen gericht tot eigenaren of gebruikers. Het voorstel voorzag voor gevallen waarin de kosten en lasten die aan de uitvoering van een aanschrijving verbonden zouden zijn in redelijkheid niet ten laste van de eigenaar of de gebruiker behoorden te komen, in de mogelijkheid een schadeloosstelling toe te kennen. De in het wetsvoorstel opgenomen regeling is bij de tweede nota van wijziging drastisch veranderd.<sup>201</sup> De uitvoeringsverplichting voor eigenaren en gebruikers en de aanschrijvingsbevoegdheid van gedeputeerde staten zijn komen te vervallen. Bovendien werd het facultatieve karakter van het plan losgelaten. De aanpassing van het wetsvoorstel was het resultaat van overleg met de Europese

<sup>199</sup> De navolgende beschrijving is ontleend aan: A.A. Freriks, (Herziene) Natuurbeschermingswet 1998 in werking; implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijnen nadert voltooiing, te verschijnen in TMA 2005-6.

<sup>200</sup> TK 2001-2002, 28 171, nrs. 1-2.

<sup>201</sup> TK 2003/04, 28 171, nr. 21.

Commissie waaruit naar voren was gekomen dat de regeling in strijd zou kunnen komen met de Europese regels voor staatssteun. Staatssteun voor verplichte uitvoering van beheersmaatregelen is niet toegestaan. Ook de verplichting tot het opnemen van concrete beheersmaatregelen is bij deze wijziging vervallen. Dit heeft een vergelijkbare reden. Voor het beheer worden op grond van het Nederlandse Programma beheer subsidies verleend. Europeesrechtelijk is het uitsluitend toegestaan om maatregelen die worden uitgevoerd op basis van vrijwilligheid en die uitgaan boven de normale bedrijfsvoering, te subsidiëren.

In de Nbw 1998 is thans voorzien in een verplicht beheersplan.<sup>202</sup> Gedeputeerde staten dienen voor een gebied dat is aangewezen, of waarvan de aanwijzing in overweging is genomen, een beheersplan op te stellen waarin, met inachtneming van de instandhoudingsdoelstelling, wordt beschreven welke instandhoudingsmaatregelen getroffen dienen te worden en op welke wijze.<sup>203</sup> In gevallen waarin een gebied geheel of ten dele wordt beheerd door (of onder verantwoordelijkheid valt van) de Minister van LNV of een van de andere ministers, wordt het beheersplan vastgesteld door de Minister van LNV respectievelijk door de andere betrokken minister in overeenstemming met de Minister van LNV. Een door een minister vast te stellen beheersplan kan deel uitmaken van een ander beheersplan dat al dan niet op grond van enig andere wettelijk voorschrift is opgesteld (bijv. voor militaire terreinen of in het kader van het waterbeheer).

In het beheersplan worden de resultaten beschreven die worden beoogd in verband met het behoud of herstel van natuurlijke habitats en populaties van wilde dier- en plantensoorten in een gunstige staat van instandhouding in het aangewezen gebied, mede in samenhang met het bestaande gebruik in dat gebied. Voorts bevat het plan een overzicht op hoofdlijnen van in de door het plan bestreken periode noodzakelijke maatregelen met het oog op de te bereiken resultaten. In art. 1 van de Nbw 1998 wordt in onderdeel n. omschreven wat wordt verstaan onder 'bestaand gebruik'. Dit omvat 'een activiteit, die al dan niet jaarlijks vergunning behoeft, en op het moment van aanwijzing van een gebied (...) bestond en sedertdien onafgebroken heeft

---

<sup>202</sup> Inmiddels heeft het ministerie van LNV een uitgebreide 'Handreiking beheersplannen' opgesteld. Zie [www.minlnv.nl](http://www.minlnv.nl).

<sup>203</sup> Indien een aangewezen speciale beschermingszone dan wel een gebied waarvan aanwijzing in overweging is genomen in meerdere provincies is gelegen dient het beheersplan in overeenstemming met gedeputeerde staten van de andere betrokken provincies te worden vastgesteld (art. 2, vierde lid).

plaatsgevonden'.<sup>204</sup> Aan de Minister van LNV wordt in art. 45, eerste lid, de bevoegdheid toegekend om een aanwijzing te geven terzake van een beheersplan, indien dat in het algemeen belang geboden is.

Het beheersplan is een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat.<sup>205</sup> Dit hangt samen met het feit dat de vaststelling van het beheersplan een eenzijdige rechtshandeling betreft, waarin bovendien eigenaren en gebruikers tot beheersmaatregelen kunnen worden verplicht.

Positieve beheersmaatregelen kunnen, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, niet worden afgedwongen. Indien het beheer achterblijft moet art. 21, vierde lid Nbw 1998 soelaas bieden. Op grond van deze bepaling kunnen gedeputeerde staten maatregelen treffen indien, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in het aangewezen gebied of het gebied waarvan de aanwijzing in overweging is, verslechtert of indien er versturende factoren optreden die een significant effect hebben op de soorten waarvoor het gebied is (of zal worden) aangewezen.<sup>206</sup> In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat bij ingrepen in particuliere eigendommen de nodige terughoudendheid dient te worden betracht. Het moet gaan om betekenende inbreuken op de instandhoudingsdoelstellingen.<sup>207</sup>

Beheersplannen worden vastgesteld voor een periode van zes jaar en kunnen steeds voor zes jaar worden verlengd. Hoewel de wet er niet voorziet dat beheersplannen tussentijds worden herzien, is dit naar onze mening mogelijk indien daartoe met het oog op de instandhouding van de in een gebied te beschermen waarden aanleiding bestaat.

*b) Vergunningplicht (verstoring en verslechtering)*

Ter implementatie van (onder andere) art. 6, tweede lid Habitatrichtlijn (passieve instandhouding, conservering) bevat art. 19d Nbw 1998 een vergunningplicht voor het uitvoeren van projecten of andere handelingen die gelet

<sup>204</sup> Op de verenigbaarheid van de omschrijving van bestaand gebruik met de Habitatrichtlijn wordt later in deze kroniek nog ingegaan.

<sup>205</sup> Art. 39 Nbw opent de mogelijkheid van beroep bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State.

<sup>206</sup> Indien het gebied wordt beheerd door of onder verantwoordelijkheid van de Minister van LNV dan wel een van de andere ministers worden de maatregelen getroffen door respectievelijk de Minister van LNV dan wel de andere minister. In laatstgenoemd geval dient de betrokken minister deze maatregelen te nemen in overeenstemming met de Minister van LNV.

<sup>207</sup> TK 2001/01, 28171, nr. 3, p. 40.

op de instandhoudingsdoelstelling de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een speciale beschermingszone kunnen verslechteren of een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen.<sup>208</sup> In de oorspronkelijke opzet zou de vergunningplicht als vangnet fungeren. In het (implementatie)wetsvoorstel was namelijk gekozen voor het zogenaamde integrale stelsel waarin de ‘verslechterings- en verstorings’-toets in beginsel in sectorale besluiten zou plaatsvinden. Dit zou leiden tot een doorbreking c.q. uitbreiding van het toetsingskader van de bijzondere wetten waarop de sectorale besluiten berusten. Gedeputeerde staten<sup>209</sup> zouden via het verlenen van een verklaring van geen bezwaar toezicht houden op de wijze waarop de toets aan de natuurbelangen in de sectorale besluitvorming werd uitgevoerd. Voor gevallen waarin voorgaand aan de uitvoering van een activiteit geen sectoraal besluit zou zijn vereist, voorzag het wetsvoorstel in een vergunningplicht op grond van de Nbw 1998.

Het integrale stelsel is uiteindelijk verlaten ten gunste van het decentrale stelsel, d.w.z. dat de toets als bedoeld in art. 19d niet in sectorale besluiten plaatsvindt, maar in het kader van een vergunning(procedure) op grond van de Nbw 1998. Deze vergunning moet derhalve naast relevante sectorale vergunningen of andere toestemmingen zijn verleend voordat een activiteit mag worden uitgevoerd. In beginsel zijn gedeputeerde staten het tot vergunningverlening bevoegde gezag.<sup>210</sup> In bij amvb aan te wijzen gevallen is de bevoegdheid toegekend aan de Minister van LNV.<sup>211</sup> Van belang is dat de inhoud van beheersplannen een rol spelen bij de vergunningverlening. Niet alleen is geen vergunning vereist voor activiteiten die onder de werking van het beheersplan vallen, maar tevens moet in gevallen waar wel een vergunningplicht geldt de inhoud van het beheersplan in de afwegingen worden betrokken (art. 19 d, lid 2 en artikel 19e, sub b Nbw 1998).

Aan de Minister van LNV is in art. 45 Nbw 1998 de bevoegdheid toegekend om – indien dat in het algemeen belang geboden is – een aanwijzing te ge-

<sup>208</sup> De wet bevat een afzonderlijke regeling voor plannen art. 19j.

<sup>209</sup> of door de minister in bij amvb aangegeven gevallen.

<sup>210</sup> Op grond van art. 2, vijfde lid Nbw 1998 dienen gedeputeerde staten te beslissen op een aanvraag in overeenstemming met gedeputeerde staten van de andere provincies waarin de aangewezen speciale beschermingszone of het gebied ten aanzien waarvan een dergelijke aanwijzing in overweging is genomen mede is gelegen, voorzover de vergunning betrekking heeft op delen van het gebied gelegen in die andere provincies.

<sup>211</sup> Zie: Besluit van 16 aug. 2005 houdende bepalingen met betrekking tot de bevoegdheid Natuurbeschermingswetvergunningen te verlenen (Besluit vergunningen Natuurbeschermingswet 1998), Stb. 437.

ven terzake van het nemen van een besluit ten aanzien van een aanvraag om een vergunning of een reeds verleende vergunning als bedoeld in art. 19d Nbw 1998. Het gaat daarbij uiteraard om die gevallen waarin gedeputeerde staten het tot vergunningverlening bevoegde gezag zijn. Anders dan bij beheersplannen kan de minister ten aanzien van vergunningen niet alleen ingrijpen indien een besluit is genomen, maar ook tijdens de besluitvormingsprocedure.

Evenals tegen beheersplannen staat ook tegen vergunningen bezwaar en beroep open. Eén van de belangrijke kritiekpunten vanuit de Tweede Kamercommissies betrof het feit dat het instellen van bezwaar en beroep tegen een vergunning geen opschortende werking heeft. Op dit punt heeft geen aanpassing plaatsgevonden.<sup>212</sup> De gekozen constructie blijft naar onze mening echter onwenselijk, aangezien juist het feit dat sprake is van strikte beschermingsverplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht er voor zou pleiten om wel te kiezen voor opschortende werking.

*c) Vergunning projecten en andere handelingen met mogelijk significant effect*

De implementatie van art. 6, derde en vierde lid Habitatrichtlijn krijgt, voor zover het gaat om de beoordeling van ‘nieuwe’ projecten en andere handelingen gestalte in art. 19f e.v. jo. art. 19d, eerste lid Nbw 1998. Ook hier is het integrale stelsel tijdens de behandeling door de Tweede Kamer verlaten ten gunste van het decentrale stelsel (zie hiervoor). De vergunningplicht gaat verder dan de richtlijn vereist, aangezien deze ook geldt voor ‘andere handelingen’. In de inmiddels door het ministerie van LNV opgestelde ‘Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998’ wordt aangegeven dat het onderscheid tussen projecten en andere handelingen minder van belang is, gelet op de ruime uitleg van het begrip ‘project’.<sup>213</sup> Een vergunningplicht voor andere handelingen voegt met andere woorden niet zoveel toe.

Wat verder opvalt is dat de verplichting tot het doorlopen van de habitattoets in artikel 19f Nbw 1998 wordt beperkt tot ‘nieuwe’ projecten. Er is niet beoogd deze toets uit te voeren bij terugkerende activiteiten waar bijvoorbeeld jaarlijks een vergunning wordt verleend, zoals bij de kokkelvisserij. Deze activiteiten worden in de begripsbepalingen (artikel 2, onder n.) immers als ‘bestaand gebruik’ aangemerkt (zie hiervoor par. 3.2.2, onder a). Uit het arrest van het Hof van Justitie in de Kokkelvisserij-zaak volgt dat

---

<sup>212</sup> TK 2001/02, 28 171, nr. 5, p. 18.

<sup>213</sup> Zie p. 12 van de Handreiking. De Handreiking staat op de website van het ministerie van LNV [www.minlnv.nl](http://www.minlnv.nl).

deze beperking in strijd is met artikel 6, derde lid Habitatrichtlijn.<sup>214</sup> In de visie van het Hof omvatten de begrippen plan en project in art. 6, derde lid Habitatrichtlijn ook activiteiten die reeds vele jaren worden uitgeoefend maar waarvoor in beginsel elk jaar voor een beperkte periode een vergunning wordt verleend. Ook in een door de Raad van State tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer uitgebracht aanvullend advies is op dit knelpunt gewezen.<sup>215</sup> In de definitieve wettekst is dit conflict met de richtlijn niet opgelost. In de Algemene Handreiking wordt ingegaan op de vraag op welke wijze met de consequenties van het arrest van het Hof op dit punt moet worden omgegaan. Daar wordt gesteld: *'Sinds de uitspraak van het Hof van Justitie (...) is duidelijk dat 'nieuw' moet worden gezien in relatie tot het moment van verlening van de toestemming/vergunning: is deze activiteit in precies dezelfde vorm reeds beoordeeld in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998? Zo nee, dan is er sprake van een project of andere handeling'*. Als voorbeeld van een activiteit die als 'nieuw' moet worden gekwalificeerd, wordt (uiteraard) de kokkelvisserij genoemd. Ondanks de in Handreiking gegeven uitleg, blijft de definitie van bestaand gebruik echter een knelpunt.

De in het kader van vergunningverlening voor nieuwe projecten en andere handelingen uit te voeren habitattoets is neergelegd in de art. 19f tot en met 19i Nbw 1998. De formulering van de deze bepalingen sluit nauw aan bij de tekst van art. 6, derde en vierde lid van de Habitatrichtlijn. Het gaat om projecten en andere handelingen die niet direct verband houden of nodig zijn voor het beheer van een aangewezen gebied of een gebied waarvan de aanwijzing in overweging is genomen. Indien een project of andere handeling afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of handelingen significante gevolgen kan hebben, dient de initiatiefnemer een passende beoordeling te maken van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied.<sup>216</sup> De passende beoordeling kan onderdeel uitmaken van een milieueffectrapportage, indien deze is

---

<sup>214</sup> HvJ EG 7 sept. 2004, Zaak C-127/02. Zie hierover TMA 2004-6.

<sup>215</sup> TK 2003/04, 28 171, nr. 61.

<sup>216</sup> De verantwoordelijkheid van de initiatiefnemer voor het uitvoeren van een passende beoordeling is opgenomen bij de tweede nota van wijziging (TK 2003/04, 28 171, nr. 21). Dit onderwerp is nog aan de orde geweest in het aanvullend advies van de Raad van State (TK 2003/04, 28 171, nr. 61). De Raad laat zich hier niet expliciet over uit. Uit het nader rapport blijkt echter dat ook de minister van mening is dat de richtlijn zowel een passende beoordeling door het bevoegd gezag als door de initiatiefnemer toelaat.

voorgeschreven.<sup>217</sup> Een passende beoordeling kan achterwege blijven indien sprake is van een herhaling of voortzetting van een project of handeling ten aanzien waarvan eerder een passende beoordeling is gemaakt en een nieuwe passende beoordeling redelijkerwijs geen nieuwe gegevens of inzichten kan opleveren omtrent de significante gevolgen van het project of de handeling.

Een vergunning kan in beginsel uitsluitend worden verleend indien gedeputeerde staten (of de minister in de bij amvb aangewezen gevallen; zie de voorgaande paragraaf) uit de passende beoordeling de zekerheid hebben verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast. Is wel sprake van een aantasting dan dient te worden beoordeeld of er alternatieve oplossingen zijn en, zo deze er niet zijn, of dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale en economische aard uitvoering kunnen rechtvaardigen. Voor besluitvorming ten aanzien van gebieden waar een prioritaire habitat of habitat van een soort voorkomt, geldt een strikter toetsingskader overeenkomstig de Habitatrichtlijn. Dwingende redenen die kunnen leiden tot toestemming voor een inbreuk op een prioritaire soort zijn argumenten verband houdend met de menselijke gezondheid of openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijk gunstige effecten. Indien andere dwingende van groot openbaar belang aan de orde zijn, is een voorafgaand advies van de Europese Commissie vereist. Dat advies wordt gevraagd door de Minister van LNV.

Indien na toetsing aan de voormelde aspecten een vergunning wordt verleend voor een project of handeling waarvan niet met zekerheid vaststaat deze de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen aantasten, verbinden gedeputeerde staten aan de vergunning in ieder geval het voorschrift inhoudende de verplichting om compenserende maatregelen te treffen. De initiatiefnemer wordt tijdig van tevoren in de gelegenheid gesteld voorstellen te doen voor compenserende maatregelen waarbij ook wordt aangegeven op welke wijze en binnen welk tijdsbestek deze worden genomen. Indien en voor zover compenserende maatregelen worden voorgeschreven met het oog op de doelstellingen gericht op instandhouding van leefgebieden als bedoeld in de Vogelrichtlijn en natuurlijke habitats en populaties in de Habitatrichtlijn, dient het met deze maatregelen beoogde resultaat te zijn bereikt op het moment waarop de significante gevolgen zich voordoen tenzij kan worden aangetoond dat deze gelijktijdigheid niet noodzakelijk is om de bijdrage van het betrokken gebied aan Natura 2000 veilig te stellen. Dit uitgangspunt is in overeenstemming met de opvatting van de Europese Commissie. Gedeput-

---

<sup>217</sup> Uiteraard kan de beoordeling ook onderdeel uitmaken van een vrijwillig opgestelde MER.



teerde staten stellen de Minister van LNV van projecten en andere handelingen die aan de habitattoets zijn onderworpen, de voor nieuwe projecten en handelingen verleende vergunningen. En de compensatiemaatregelen die zijn genomen. De minister informeert de Europese Commissie over de compenserende maatregelen.

De formulering van de vergunningplicht zoals die hiervoor is uiteengezet, sluit nauw aan bij de formulering van art. 6, derde en vierde lid Habitatrichtlijn. De wetgever had daarmee kunnen volstaan, maar heeft dat niet gedaan. Voor 'nieuwe' projecten en andere handelingen is gekozen voor een uitvoeriger regime. Is sprake van mogelijk significante effecten dan geldt de hiervoor besproken vergunningplicht op grond van art. 19f e.v. Nbw 1998. Zijn er redelijkerwijs geen significante effecten te verwachten, maar treedt wel een verslechtering of verstoring op, dan geldt ook voor de 'nieuwe' projecten en andere handelingen de vergunningplicht op grond van art. 19d Nbw. In zoverre is het Nederlandse regime aldus strikter dan het regime van art. 6 Habitatrichtlijn.

In deel b) is ingegaan op de rechtsbescherming tegen vergunningbesluiten en de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van LNV. Deze opmerkingen gelden evenzeer voor de vergunning voor projecten en andere handelingen.

*d) Plannen*

Het vergunningstelsel zoals opgenomen in de art. 19f -19i Nbw 1998 ziet uitsluitend op de beoordeling van projecten en andere handelingen. Het beoordelingskader voor plannen is opgenomen in art. 19j Nbw 1998. Een besluit tot het vaststellen van een plan dat, gelet op de instandhoudingsdoelstelling voor een aangewezen gebied of een gebied waarvan de aanwijzing in overweging wordt genomen, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van de soorten in het aangewezen gebied kan verslechteren of een verstorend effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, moet hetzelfde uitvoerige besluitvormingstraject doorlopen als nieuwe projecten en andere handelingen. Opvallend is dat de habitattoets moet worden doorlopen *ongeacht* of de verslechtering of verstoring significante gevolgen kan hebben. In dit opzicht gaat de Nbw 1998 ook verder dan op grond van art. 6, derde en vierde lid Habitatrichtlijn is vereist. Voorts is van belang dat bij plannen wel is gekozen voor het integrale stelsel. Het toetsingskader van art. 19 j, jo. art. 19f-19i Nbw 1998 is van toepassing ongeacht de beperkingen in het wettelijk kader waarop het besluit tot planvaststelling berust. Voor plannen geldt dus wel het zogenaamde integrale stelsel. In de Handreiking wordt een opsomming gegeven van de plannen die het dan kan betreffen. Genoemd worden (zie Box 3): bestemmingsplannen, wa-

terhuishoudingsplannen, milieubeleidsplannen, planologische kernbeslissingen, structuurplannen, reconstructieplannen, streekplannen, omgevingsplannen, stroomgebiedsplannen en rijksprojectbesluiten.

Een plan dat is vastgesteld door bestuursorganen van de provincie heeft de goedkeuring van de Minister van LNV.<sup>218</sup> Plannen vastgesteld door bestuursorganen van gemeenten of waterschappen behoeven de goedkeuring van gedeputeerde staten. Indien een plan wordt vastgesteld door een van de andere ministers, dient dit te gebeuren in overeenstemming met de Minister van LNV.<sup>219</sup> Opmerking verdient dat de Algemene Handreiking uitdrukkelijk vermeldt dat ook documenten die niet de naam “plan” dragen wel degelijk onder het goedkeuringsvereiste van art. 19j kunnen vallen.

Evenals bij beheersplannen houdt de minister van LNV toezicht op de planvorming op grond van art. 19i Nbw 1998. Op grond van art. 45a kan de Minister van LNV, indien dat in het algemeen belang geboden is, het bevoegde bestuursorgaan een aanwijzing geven terzake van een besluit als bedoeld in art. 19j. Deze bevoegdheid geldt niet ten aanzien van bestuursorganen die behoren tot de staat. Over het voornemen tot het geven van een aanwijzing wordt vooraf overleg gepleegd met de betrokken bestuursorganen. Indien een aanwijzing wordt gegeven zijn de bestuursorganen verplicht het besluit binnen zes maanden in overeenstemming te brengen met de aanwijzing.

## 2.2 *Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?*

De Nbw 1998 ziet blijkende de considerans van de wet alleen op de bescherming van natuur en landschap. Van geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving is geen sprake. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was gekozen voor een zogeheten integraal vergunningstelsel (zie hiervoor). Een dergelijk stelsel houdt in, voorzover op deze plaats relevant, dat de habitattoets zou moeten worden uitgevoerd in het kader van de bevoegdheidsuitoefening zoals die plaatsvindt op grond van sectorale wetten.<sup>220</sup> Dit vergunningstelsel heeft de parlementaire eindstreep niet gehaald.<sup>221</sup> Vastgesteld moet daarom worden dat de bescherming van de natuur in het huidige wettelijk systeem een “sector op zichzelf” is.

<sup>218</sup> Dit geldt niet voor beheersplannen op grond van art. 19a van het wetsvoorstel.

<sup>219</sup> Voorts geldt ook hier een kennisgevingsverplichting aan de Minister van LNV.

<sup>220</sup> TK 2003-2004, 28 171, nr. 1-3, art. 19d, lid 2, onder b.

<sup>221</sup> Zie daarover o.a. J. Veltman, De Natuurbeschermingswet opnieuw op de helling, M en R 2002, p. 100 e.v. en TK 2003-2004, 28 171, nr. 39.

2.3 *Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?*

Nee, de soortenbescherming heeft zijn beslag gekregen in de Flora- en Faunawet.

2.4 *Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?*

Het zwaartepunt ten aanzien van de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de Nbwet 1998 is gelegen bij gedeputeerde staten. Het zijn in de regel gedeputeerde staten die beheersplannen als bedoeld in art. 19a vaststellen en ook wat betreft de Nbw-vergunning van art. 19d zijn gedeputeerde staten in beginsel het bevoegd gezag (zie ook par. 2.1., onder III). In bijzondere gevallen is de minister van LNV degene die beheersplannen vaststelt of vergunningen verleent.

2.5 *Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?*

In de Nbw 1998 wordt in de definitiebepalingen de betekenis van bestaand gebruik geëxpliciteerd. In art. 1, lid 3, sub n wordt bestaand gebruik omschreven als een activiteit die al dan niet jaarlijks vergunning behoeft en op het moment van aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument of Vogel- en /of Habitatrichtlijn-gebied bestond en sedertdien onafgebroken heeft plaatsgevonden. Uitgaande van de wettekst, geldt de verplichting om een passende beoordeling uit te voeren – als bedoeld in art. 19f – alleen voor “nieuwe projecten of andere handelingen”.<sup>222</sup> Dit staat naar onze mening haaks op hetgeen het Hof van Justitie EG in het Kokkelvisserij-arrest heeft overwogen. De Algemene Handreiking geeft aan op welke wijze met de bepalingen in de Nbw 1998 moet worden omgegaan, teneinde strijd met de richtlijn te voorkomen (zie ook par. 2.1 onder III. c):

“Wat houdt ‘nieuw’ in in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998? In artikel 19f staat het woord ‘nieuw’. Sinds de uitspraak van het Hof van Justitie van 7 september 2004 in zaak C-127-02 (kokkelvisserij) is duidelijk dat ‘nieuw’ moet worden gezien in relatie tot het moment van verlening van de toestemming/de vergunning: is deze activiteit in precies dezelfde vorm

<sup>222</sup> Backes en Van den Broek gaan zonder meer uit van een gebrek in de omzetting; Backes en Van den Broek 2005, p. 480.

reeds beoordeeld in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998? Zo nee, dan is er sprake van een project of andere handeling.”

De Handreiking geeft daarnaast aan op welke wijze bestaand gebruik een rol speelt bij het opstellen van beheersplannen en welke gevolgen dit heeft voor de vergunningplicht:

“Het bestaande gebruik speelt dus bij het opstellen van het beheerplan een nadrukkelijke rol. Allereerst is dat bij de bepaling van de beoogde resultaten, derhalve de manier waarop de instandhoudingsdoelstellingen worden uitgewerkt in het beheerplan. En verder bestaat de mogelijkheid dat bestaande vormen van gebruik, waarvan via de habitattoets kan worden vastgesteld dat deze de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen, in het beheerplan worden gereguleerd en daarmee buiten de vergunningplicht van artikel 19d e.v. vallen.”

*2.6 Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?*

De Nbw 1998 bevat geen wettelijke verankering van een mitigatieplicht. De term komt in de wet in het geheel niet voor. Ook in de jurisprudentie komt mitigatie niet aan de orde. In de Handreiking wordt echter wel uitgebreid stilgestaan bij mitigatie en wordt de betekenis daarvan nader toegelicht. Onder mitigatie wordt verstaan:

“Mitigatie is het treffen van maatregelen die tot gevolg hebben een reductie of het wegnemen van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied, welke maatregelen een integraal onderdeel uitmaken van het project of de andere handeling. Door dergelijke aanpassingen van de initiatiefnemer op een voorgenomen project of andere handeling in de wijze van ontwerp en uitvoering kunnen veel negatieve effecten op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied voorkomen worden. Mitigerende maatregelen dienen gedurende de gehele cyclus - van het ontwerp tot de uitvoering - van het project of andere handeling te worden gewaarborgd.”

Interessant is dat uit deze (buitenwettelijke) definitie blijkt dat het zoeken naar en het treffen van mitigerende maatregelen kennelijk wel degelijk als een verplichting in het kader van de habitattoets wordt gezien. Niet duidelijk

is echter bij welk deel van de besluitvorming precies de mitigatie aan de orde moet worden gesteld. Uit de Handreiking kan worden afgeleid dat een en ander in ieder geval *niet* speelt bij de beoordeling of in voldoende compenserende maatregelen is voorzien. Gesteld wordt namelijk:

“Hoewel met mitigatie in de oriëntatiefase rekening kan worden gehouden, gaat het bij mitigatie om een andere stap in de procedure dan compensatie: compensatie is pas aan de orde en toegestaan in de fase van vergunningverlening. Mitigeren betekent het treffen van maatregelen binnen hetzelfde Natura 2000-gebied die rechtstreeks verbonden zijn met een project/andere handeling of een plan zelf. Deze maatregelen dienen gedurende de gehele cyclus - van het ontwerp tot de uitvoering - van het project of andere handeling te worden gewaarborgd. Compensatie daarentegen behelst het treffen van maatregelen die eventueel ook elders kunnen plaatsvinden, desgewenst buiten het Natura 2000-gebied. Mitigatie is de eerste vorm van bescherming tegen schade; pas als laatste redmiddel kan compensatie voor het wegnemen van de resterende schade worden ingezet. Belangrijk aandachtspunt hierbij is dat in de fase van de oriëntatiefase mitigatie reeds kan worden meegewogen, maar compensatie pas bij beslissing op vergunningaanvragen aan de orde is.”

### **3. VRAGEN M.B.T. DE INTERPRETATIE VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN DOOR DE RECHTER**

#### *3.1 Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrictlijn in het recht van de lidstaat?*

Wat betreft de situatie vóór de inwerkingtreding van de Nbw 1998 staat vast dat geen sprake was van een deugdelijke implementatie van art. 6 Habitatrictlijn. Dat volgt niet alleen uit de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter (zie par. 2.1, onder I), maar is ook door het Hof van Justitie EG expliciet uitgesproken.<sup>223</sup>

De vraag of de Nbw 1998 als een deugdelijke implementatie moet worden gezien, is nog niet in rechte aan de orde geweest. Wel is het zo dat de Europese Commissie de implementatie in de Nbw 1998 als voldoende heeft be-

<sup>223</sup> Zie HvJEG 14 april 2005, zaak C-441/03.

oordeeld.<sup>224</sup> Daarmee is nog niet gegeven dat ook in rechte dat oordeel zal worden gevolgd. Wij hebben reeds gewezen op twee knelpunten. In de eerste plaats kwam de definitie van bestaand gebruik en consequenties voor de verplichting tot het uitvoeren van een passende beoordeling aan de orde. Daarnaast kan erop worden gewezen dat de Nbw 1998 niet van toepassing is op Habitatrichtlijngebieden die op de communautaire lijst staan, maar nog niet in Nederland zijn aangewezen. Tenslotte zij nog gewezen op het arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 2003 (waarin de implementatiewetgeving in Luxemburg ter discussie stond) dat duidelijk maakt dat het Hof vérgaande verplichtingen aanneemt waar het gaat om de implementatie van de richtlijnen.<sup>225</sup> Het Hof veroordeelt Luxemburg onder andere aangezien de begripsbepalingen uit art. 1 Habitatrichtlijn niet zijn omgezet. Een tweede kritiekpunt van het Hof betreft art. 4, vijfde lid Habitatrichtlijn. Uit deze bepaling vloeit voort dat de beschermingsverplichtingen als bedoeld in art. 6, tweede, derde en vierde lid Habitatrichtlijn van toepassing zijn zodra de Europese Commissie de communautaire lijst van op grond van de Habitatrichtlijn te beschermen gebieden heeft vastgesteld. Ook deze bepaling dient volgens het Hof in de nationale wetgeving te worden verankerd. Tenslotte bekritiseert het Hof het ontbreken van de implementatie van art. 5, vierde lid Habitatrichtlijn. In deze bepaling is een procedure opgenomen die voorziet in een overleg tussen de Commissie en een lidstaat indien een lidstaat naar mening van de Commissie een gebied met prioritaire betekenis ten onrechte niet heeft aangemeld. Art. 5, vierde lid geeft aan dat in die gevallen art. 6, tweede lid Habitatrichtlijn van toepassing is. In het implementatiewetsvoorstel dat thans aanhangig is, wordt aan geen van de verplichtingen die door het Hof in de Luxemburgse zaak worden aangenomen, voldaan. De minister van LNV heeft per brief van 3 december 2003 aan de Tweede Kamer laten weten in het arrest geen aanleiding te zien het wetsvoorstel aan te passen. De hiervoor reeds genoemde ingebrekestelling en het verzoekschrift van 15 oktober 2003 waarmee Nederland voor het Hof van Justitie is gedaagd, bevat geen van de elementen uit het arrest van het Hof waarbij Luxemburg wordt veroordeeld.<sup>226</sup> Afgewacht zal moeten worden hoe de (Europese) rechter de deugdelijkheid van de implementatie beoordeelt.<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> Aldus Backes en Van den Broek 2005, p. 475.

<sup>225</sup> HvJEG 13 februari 2003, AB 2003/335, m.nt. ChB, M en R 2003, nr. 126, m.nt. JV.

<sup>226</sup> Zie over deze discussie: Kamerstukken II, 2003–2004, 28 171, nr. 47.

<sup>227</sup> Zie over dit arrest, A.A. Freriks, Implementatie van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn in Nederland: stand van zaken, TMA 2004-6.

3.2 *Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrichtlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten?*

De rol van art. 6 Habitatrichtlijn ná de inwerkingtreding van de Nbw 1998 is sowieso nog niet uitgespeeld. In de paragrafen 1 en 2 werd al gewezen op het feit dat het rechtsregime van de Nbw 1998 ter implementatie van art. 6 Habitatrichtlijn, eerst van toepassing is nadat een speciale beschermingszone door Nederland is aangewezen. De Habitatrichtlijngebieden zijn nog niet aangewezen. Tot het moment waarop aanwijzing heeft plaatsgevonden blijft de Habitatrichtlijn rechtstreekse werking behouden.

Indien het rechtsregime van de Nbw 1998 daadwerkelijk van kracht is, komt aan de richtlijn in zoverre nog betekenis toe dat zal moeten worden gezien of de toepassing die aan de Nbw 1998 wordt gegeven in de praktijk, overeenstemt met de richtlijnverplichtingen. Het feit dat de lidstaat meent of stelt dat een richtlijn is geïmplementeerd betekent gelet op Europeesrechtelijke jurisprudentie namelijk niet dat de richtlijn niet meer door rechtzoekenden kan worden ingeroepen.<sup>228</sup> Daarnaast zijn een flink aantal van de begrippen die in art. 19d e.v. voorkomen letterlijk overgenomen uit de richtlijn. De uitleg die de Europese rechter aan de richtlijn geeft, al dan niet in rechtzaken aangaande andere lidstaten, blijft derhalve relevant voor een juiste “richtlijnconforme” interpretatie en uitvoering van de Nbw 1998.

3.3 *Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrichtlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?*

Zie voor het voortduren van de directe toetsing aan de richtlijn de vorige vraag.

3.4 *Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn en wat houdt deze toets dan in?*

In het Kokkelvisserij-arrest heeft het Hof van Justitie de onderlinge verhouding tussen art. 6, tweede lid enerzijds en art. 6, derde en vierde lid anderzijds, omlijnd. Het Hof overweegt dat art. 6, derde lid een procedure bevat waarmee wordt beoogd om door middel van voorafgaande controle te garanderen, dat voor een plan of project dat niet direct verband houdt met - of nodig is voor - het beheer van het gebied, maar dat voor het gebied significante gevolgen kan hebben, alleen toestemming wordt verleend voorzover het de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast. De toestemming

<sup>228</sup> Zie arrest HvJ EG 11 juli 2002, zaaknr. C-62/00 (Marks & Spencer).

die krachtens art. 6, derde lid is verleend, veronderstelt volgens het Hof noodzakelijkerwijs dat het wordt beschouwd als een plan of project dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet aantast, en bijgevolg ook geen verslechtering of verstoring van betekenis zal meebrengen in de zin van art. 6, tweede lid. Gelijktijdige toetsing aan het tweede lid is in de ogen van het Hof dan ook overbodig. Dit neemt niet weg dat mogelijk is dat het plan of project, ook als dat niet te wijten is aan fouten van de bevoegde nationale autoriteiten, naderhand toch een verslechtering of verstoring teweegbrengt. De toepassing van art. 6, tweede lid maakt het dan mogelijk te voldoen aan het hoofddoel van de richtlijn, namelijk, behoud en bescherming van de kwaliteit van het milieu, met inbegrip van de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna. Deze opvatting van het Hof onderstreept nog eens dat artikel 6, tweede lid een permanente verplichting voor de lidstaten bevat om kwaliteitsverslechtering van habitats en habitats van soorten en verstoring van soorten te voorkomen. Voorts is als gevolg van het arrest thans duidelijk dat art 6, derde en vierde lid en art. 6, tweede lid niet cumulatief van toepassing zijn.

In het verleden kwam een toets aan art. 6, tweede lid Habitatrictlijn bij ‘nieuwe’ plannen en projecten wel voor.<sup>229</sup> Hoewel rechtstreekse werking nog aan de orde kan zijn bij toetsing van plannen en projecten met nadelige effecten op Habitatrictlijngebieden, mag worden verwacht dat in die gevallen de lijn van het Kokkelvisserij-arrest zal worden gevolgd.

*3.5 Hoe worden de vereisten van art. 6 lid 3 en lid 4, respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland problemen opwerpen? Hierbij komen aan de orde:*

*a) de betekenis van “plan of project”*

De Nbw 1998 bevat geen definitie van de begrippen ‘plan’ en ‘project’. Van belang is echter dat het Hof van Justitie in het reeds vaker genoemde Kokkelvisserij-arrest aansluit bij het begrippenkader van de M.e.r.-richtlijn en de daaraan gegeven uitleg. Sinds het Kokkelvisserij-arrest is deze verwijzing ook terug te vinden in de uitspraken van de Nederlandse bestuursrechter.<sup>230</sup>

<sup>229</sup> Zie: Ch.W. Backes, P.J.J. van Buuren, A.A. Freriks, Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht, Sdu Den Haag 2004, pp. 113/114.

<sup>230</sup> Zie onder andere: ABRS 9 februari 2005, AB 2005/172, m.nt. JV, ABRS 4 mei 2005, AB 2005/262 m.nt. BdeW.



De Nbw 1998 maakt expliciet onderscheid tussen projecten en andere handelingen (art. 19d) en plannen (art. 19j). Daarmee lijkt in ieder geval duidelijk dat een plan iets anders is dan een project. Wat precies het onderscheid is tussen een project en een andere handeling kan ons inziens moeilijk in absolute zin worden gezegd en blijkt niet uit de parlementaire stukken noch uit de Handreiking. De lijn van de jurisprudentie inzake de M.e.r.-richtlijn zal in dat opzicht naar verwachting leidend zijn.

*b) in het bijzonder de vraag of een passende beoordeling ook bij strategische plannen van een hoger abstractieniveau (vergelijkbaar met streekplannen, pkb'en e.d.) of beleidskaders wordt uitgevoerd*

Uit de jurisprudentie blijkt dat een plan alleen aan een habitattoets moet worden onderworpen voorzover een dergelijk plan juridisch bindende onderdelen – zoals concrete beleidsbeslissingen als bedoeld in art. 1 WRO – bevat. Zuiver indicatieve plannen behoeven niet aan de habitattoets onderworpen te worden.<sup>231</sup> De gedachte daarachter is dat dergelijke plannen op zichzelf geen significante nadelige gevolgen voor een speciale beschermingszone hebben aangezien de plannen niet op enig rechtsgevolg zijn gericht. In dit verband is wel relevant te veewijzen naar het recente arrest in de zaak Commissie tegen Verenigd Koninkrijk en Ierland (C-6/04). Daarin constateerde het Hof van Justitie dat ruimtelijke plannen in Engeland niet aan een habitattoets werden onderworpen, indien naderhand nog uitvoeringsbesluiten moeten worden genomen. Het Hof oordeelde dat dit uitgangspunt ook gold voor plannen die als toetsingskader dienen voor deze uitvoeringsbesluiten. In die gevallen kan niet met een habitattoets op het niveau van uitvoeringsbesluiten worden volstaan.

*c) de vraag of een onderscheid wordt gemaakt tussen een “voortoets” (of een passende beoordeling nodig is) en de passende beoordeling zelf, en zo ja, of dit wettelijk is verankerd*

Dit onderscheid komt in de jurisprudentie niet naar voren. Ook de Nbw 1998 maakt dit onderscheid niet. Impliciet kan uit de Handreiking wel een voortoets worden afgeleid. Deze voortoets maakt onderdeel uit van de zogenaamde oriëntatiefase. Daarbij wordt bezien of de kans bestaat op een significant effect. Vervolgens kan dit resulteren in een aantal conclusies. De Handreiking stelt het aldus:

“De hoofdvraag tijdens de oriëntatiefase is of er een kans op een significant negatief effect bestaat. Dat is het geval als op grond van objectieve gegevens niet valt uit te sluiten dat het

<sup>231</sup> ABRS 16 juli 2003, AB 2003, 336 m.nt. ChB (Containerterminal Vlissingen).

project of de andere handeling significante gevolgen heeft voor het gebied. Op deze vraag zijn drie antwoorden mogelijk:

1. Er is zeker geen negatief effect. Dit betekent dat er geen vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 nodig is.
2. Er is wel een mogelijk negatief effect, maar dit is zeker geen significant negatief effect. Dit betekent dat vergunningverlening aan de orde is. Omdat het effect zeker niet significant is, volstaat daarvoor de zogenoemde verslechterings- en verstoringstoets.
3. Er is een kans op een significant negatief effect. Dit betekent dat vergunningverlening aan de orde is. Omdat er een kans op een significant negatief effect bestaat, is een passende beoordeling vereist.

In de onder 2 en 3 bedoelde gevallen volgt op de oriëntatiefase een vergunningaanvraag door de initiatiefnemer.

Wat komt aan de orde bij een verslechterings- en verstoringstoets? Bij de verslechterings- en verstoringstoets dient te worden nagegaan of een project, handeling of plan een kans met zich meebrengt op verslechtering van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten, dan wel dat deze een verstorend effect hebben op soorten. Indien deze verslechtering of verstoring niet optreedt (dan wel indien deze gelet op de instandhoudingsdoelstellingen aanvaardbaar is kan een vergunning worden verleend, zo nodig onder voorwaarden of beperkingen). Indien de verslechtering of verstoring in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen onaanvaardbaar is dient de vergunning te worden geweigerd. Bij de afweging of de verslechtering of verstoring onaanvaardbaar is, heeft het bevoegd gezag een grotere beleidsvrijheid dan wanneer de vergunningaanvraag via de passende beoordeling verloopt. Het bevoegd gezag kan rekening houden met de aanwezigheid van redenen van openbaar belang, de mogelijkheid om te compenseren en andere relevante overwegingen.”

Voor de praktijk is uiteraard van belang te weten wanneer dan precies met de verslechteringsstoets kan worden volstaan en wanneer deze moet worden gevolgd door een passende beoordeling. De Handreiking geeft daarop geen absoluut antwoord maar volstaat met het noemen van een aantal illustratieve casusposities:

“Voor het fietsen over fietspaden in een Natura 2000-gebied of het bouwen van een schuurtje buiten een Natura 2000-gebied zal meestal geen vergunning nodig zijn. Voor de meeste gebieden zal gelden dat het op grond van objectieve gegevens uitgesloten kan worden dat die activiteit negatieve gevolgen kan hebben. In een dergelijk geval zal de habitattoets al in de oriëntatiefase kunnen eindigen. Wanneer dat niet uitgesloten kan worden, zal op de oriëntatiefase een vergunningaanvraag volgen. De verslechterings- en verstoringstoets zal, meer in het algemeen gesteld, met name bij ‘lichtere activiteiten’ aan de orde zijn. Naar verwachting zou het onder meer kunnen gaan om activiteiten die onder de ‘oude’ Natuurbeschermingswet onder de ontheffingsplicht vielen. Elementen als de tijdelijkheid van karakter en het achterwege blijven van een bepaalde onttrekking van natuurwaarden aan het natuurlijk systeem spelen hierbij een rol. Zo kan bijvoorbeeld een verslechterings- en verstoringstoets in veel gevallen voldoende zijn voor een plan of project dat niet structureel kan en zal inwerken op de voor het specifieke geval relevante instandhoudingsdoelstellingen.

Ten aanzien van het houden van een recreatieve wandeltocht in een afgesloten gebied of het uitvoeren van een kortlopend vegetatie-onderzoek binnen een bepaald Vogelrichtlijngebied en Habitatrictlijngebied zal in de meeste gevallen volstaan kunnen worden met een verslechterings- en verstoringstoets. In beide gevallen betreft het immers een zeer tijdelijke aanwezigheid in het gebied waarvan de uitvoering niet structureel inwerkt op de specifieke instandhoudingsdoelstellingen.

De plaatsing van een bouwwerk (bijvoorbeeld een zendmast, een windturbines of een bepaald waterstaatkundig werk) kan daarentegen in grote potentie structureel en ‘definitief’ inwerken op de aanwezige natuurwaarden en zal een ‘passende beoordeling’ vereisen.

NB. Deze voorbeelden zijn nadrukkelijk slechts als richtinggevend voorbeeld bedoeld: in elk individueel geval zal een specifieke afweging plaatsvinden over de noodzaak tot uitvoeren van een passende beoordeling, dan wel het kunnen volstaan met een verslechterings- en verstoringstoets.”

*d) onderscheid tussen bestaande en toekomstige activiteiten*

Zie hiervoor par. 2.5 en par. 3.4.

*e) het voorzorgbeginsel*

Het voorzorgbeginsel is in meerdere uitspraken van de ABRS aan de orde geweest, onder andere ook in Europeesrechtelijk opzicht (art. 10 EG-verdrag).<sup>232</sup> Het is thans neergelegd in art. 19d en art. 19f Nbw 1998. In de Handreiking wordt expliciet op het belang van het beginsel gewezen en de werking ervan toegelicht:

“Het in de habitattoets vastgelegde voorzorgsbeginsel is heel belangrijk, omdat hiermee aantasting van beschermde gebieden op efficiënte wijze kan worden voorkomen. Dit voorzorgsbeginsel houdt in dat voordat aan een plan of project toestemming wordt verleend, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten daarvan die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van een beschermd gebied in gevaar kunnen brengen, moeten worden onderzocht. Zo kan worden vastgesteld of de kwaliteit van de natuurlijke habitats/habitats van soorten verslechtert of dat soorten worden verstoord, of dat de natuurlijke kenmerken worden aangetast.”

*f) het omgaan met eventuele cumulatie*

Het element van cumulatie van in elkaars nabijheid gelegen projecten is in de jurisprudentie wel naar voren gekomen, al dan niet in relatie met de externe werking van een SBZ.<sup>233</sup>

In de Nbw 1998 wordt in art. 19f, lid 2 bepaald dat rekening moet worden gehouden met cumulatieve effecten, voorzover het althans de passende beoordeling betreft. Het lijkt ons zo te moeten zijn dat deze verplichting ook bij de verslechtings- en verstoringstoets zou moeten gelden.

*g) Betekenis beheersplannen bij toetsing*

Hierover valt uit de rechtspraak niets concreets af te leiden. Opmerking verdient dat activiteiten die strekken ter uitvoering van een beheersplan als bedoeld in art. 19a Nbw 1998 niet vergunningplichtig zijn. Een habitattoets is voor dergelijke activiteiten derhalve niet aan de orde (art. 19d lid 2).

---

<sup>232</sup> ABRS 16 juli 2003, AB 2003, 336 m.nt. ChB (Containerterminal Vlissingen).  
ABRS 21 juli 2004, AB 2005/72, ABRS 22 februari 2001, AB 2001/280.

<sup>233</sup> ABRS 24 november 2004, AB 2004, 440 m.nt. Jst (IJburg fase II).

*h) Diepgang passende beoordeling*

Concrete aanwijzingen hieromtrent verkreeg men tot voor kort op basis van een jurisprudentieanalyse nauwelijks. In het eerdergenoemde Kokkelvisserij-arrest heeft het HvJEG echter handvatten gegeven voor wat betreft de elementen die in de passende beoordeling aan de orde moeten komen. Met name moet een relatie met de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone worden gelegd. Aldus is thans ook verwoord in art. 19f lid 1 Nbwet 1998.

Concrete aandachtspunten worden wel genoemd in de Handreiking, althans aangegeven wordt op welke vragen de passende beoordeling een antwoord moet geven:

“Bij een passende beoordeling komt in meer detail de hoofdvraag uit de oriëntatiefase terug: is er een kans op een significant negatief effect? De antwoorden zijn hierbij dezelfde; de vervolgstappen wijken echter deels af:

1. Er is zeker geen negatief effect. Dit betekent dat de vergunning op grond van de Nb-wet verleend kan worden.
2. Er is wel een mogelijk negatief effect, maar dit is zeker geen significant negatief effect. Dit betekent dat de passende beoordeling kan worden afgesloten en dat wordt ‘teruggeschakeld’ naar de verslechterings- en verstoringstoets (omdat er wel sprake kan zijn van een mogelijk negatief effect).
3. Er is een kans op een significant negatief effect, dat wil zeggen de zekerheid bestaat niet dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn.”

*i) Mitigerende maatregelen*

Zie par. 2.6

*j) Inspraak en rechtsbescherming*

Zie par. 2.1 onder III.

*k) Alternatievenonderzoek*

De beoordeling of er sprake is van alternatieven is meermalen in de jurisprudentie naar voren gekomen. Belangrijke uitspraken in dit verband zijn die

inzake het het grensoverschrijdend bedrijventerrein Heerlen-Aken<sup>234</sup>, de Westerschelde Containerterminal<sup>235</sup> en de Tweede Maasvlakte.

In de uitspraak inzake het GOB Heerlen-Aken kwam aan de orde dat met het oog op het realiseren van de werkgelegenheidsdoelstelling had moeten worden onderzocht of verspreiding van bedrijven over leegstaande panden of door vestiging van bedrijven op te revitaliseren bedrijventerreinen danwel door het creëren van werkgelegenheid in andere sectoren of een combinatie van maatregelen aan de doelstelling had kunnen worden voldaan.

Vergelijkbare overwegingen kunnen worden aangetroffen in de WCT-uitspraak. Ook daar acht de Afdeling het van belang met welk doel het plan of project is opgesteld. In de besluitvorming omtrent het WCT-project was bij het onderzoek naar alternatieven uitgegaan van de vraag op welke wijze in het haven- en industriegebied Vlissingen-Oost ingespeeld kan worden op de kansen die het groeiende containervervoer met zich kan brengen, teneinde de bedreigingen van het bestaande zeer kwetsbare concept van industriehaven om te buigen naar het voor de toekomst veel kansrijker concept van complete haven. Naast het nul-alternatief waren twee andere alternatieven in het onderzoek betrokken, nl. het voorkeursalternatief en het meest milieuvriendelijke alternatief. Deze afbakening van het onderzoek kan in de ogen van de Afdeling geen genade vinden. De Afdeling constateert dat:

- gedeputeerde staten geen alternatieven buiten de Zeeuwse regio in beschouwing hebben genomen,
- geen onderzoek hebben gedaan naar andere activiteiten binnen de regio waarmee de werkgelegenheid kan worden bevorderd,
- geen alternatieve locaties voor de vestiging van de containerterminal hebben gezocht of andere activiteiten waarmee de haven van Vlissingen-Oost zou kunnen uitbreiden en haar positie zou kunnen versterken.

De Afdeling oordeelt dat deze alternatieven in het licht van 6, vierde lid Habitatrichtlijn onderzocht hadden moeten worden. Op grond van de jurisprudentie van de Afdeling kan worden geconcludeerd dat de voor een plan of project geformuleerde doelstelling niet zonder meer leidend is. De Afdeling toetst indringend of deze doelstelling ook daadwerkelijk de basis voor het alternatievenonderzoek had mogen vormen dan wel of deze te beperkt is geformuleerd.

---

<sup>234</sup> Onder andere in de uitspraken inzake het GOB Heerlen/Aken (AbRvS 15 januari 2001, M en R 2001, nr. 29, m.nt. Verschuuren, met name r.o. 2.5.3 van die uitspraak).

<sup>235</sup> ABRS 16 juli 2003, AB 2003, 336 m.nt. ChB (Containerterminal Vlissingen).

In andere gevallen zoals bij de Tweede Maasvlakte lijkt de ABRS soms vrij snel aan te nemen dat er voor een bepaald project geen vergelijkbaar alternatief voor handen is. De doelstelling die aan een bepaalde activiteit ten grondslag wordt gelegd lijkt mede bepalend te zijn voor de mogelijke alternatieven. Concreet, hoe unieker die doelstelling is of hoe meer toegespitst op een bepaalde locatie, des te kleiner wordt het arsenaal alternatieven.

Over het alternatievenonderzoek is de Handreiking tamelijk uitvoerig:

“Door goed mogelijke alternatieven te onderzoeken kan men op een efficiënte wijze schade voorkomen aan een Natura 2000-gebied. Het is in de eerste plaats de initiatiefnemer die moet onderzoeken of er een alternatieve oplossing bestaat die minder nadelige gevolgen heeft voor het betrokken gebied. Bij het onderzoek naar alternatieven valt niet in zijn algemeenheid te zeggen welke in beschouwing moeten worden genomen. Dit zal per geval moeten worden onderzocht. De start kan zijn (meerdere opties soms mogelijk):

- Andere locaties;
- Aanpassing van de doelstelling van het project (bijv. 100 arbeidsplaatsen in plaats van 200 of toelaten van 20 vakantiehuizen in plaats van 80);
- Andere oplossingen, waarbij op een geheel andere wijze het doel van de voorgenomen activiteit wordt bereikt (bijv. een brug in plaats van een tunnel);
- De nul-optie: beschrijving van de situatie wanneer de voorgenomen activiteit niet wordt uitgevoerd.

Geadviseerd wordt de expliciete afweging van alternatieven (locaties én manieren van realisatie) vast te leggen in een schriftelijke rapportage en het alternatievenonderzoek onderdeel te laten zijn van de passende beoordeling. Immers, bij de beschrijving van de effecten van de alternatieven wordt gebruik gemaakt van dezelfde informatiebronnen als in het kader van de passende beoordeling van het primair voorgestelde project of andere handeling. Wanneer het alternatievenonderzoek geen onderdeel uitmaakte van de oorspronkelijke passende beoordeling, kan het bevoegd gezag de initiatiefnemer vragen deze alsnog uit te voeren wanneer uit de passende beoordeling niet blijkt dat er geen schadelijke gevolgen zijn. Het bevoegd gezag beoordeelt of de juiste alternatieven onderzocht zijn en of aan de juiste criteria getoetst is.

Wat zijn aandachtspunten bij het alternatievenonderzoek?

- Bij de inventarisatie van alternatieven is het criterium van de ‘redelijkheid van een alternatief’ aan de orde. Hiermee wordt bedoeld dat aan alternatieven de eis mag worden gesteld dat zij de initiatiefnemer op een redelijke wijze in staat stellen zijn doel te verwezenlijken. Daarnaast is de doelstelling van de voorgenomen activiteit sterk bepalend voor de keuze voor alternatieven. Is bijvoorbeeld het doel van een project het creëren van een bedrijventerrein, dan zullen er waarschijnlijk verscheidene alternatieve locaties bestaan. Daarentegen zou bijvoorbeeld het ontsluiten van enkele steden - wat alleen mogelijk is op een specifieke locatie - het aantal alternatieven sterk verminderen.
- Bij de beoordeling van alternatieven dient de bescherming van het Natura-2000 gebied voorop te staan. Benadrukt moet worden dat de maatstaven die hierbij gehanteerd worden, betrekking moeten hebben op de instandhouding van het gebied en de handhaving van de natuurlijke kenmerken en ecologische functies daarvan. Hierbij mogen (bijvoorbeeld) economische criteria geen voorrang hebben op ecologische criteria. Als er een alternatief bestaat, kan in principe de beoogde activiteit niet doorgaan. Een alternatief kan ook zijn dat de activiteit niet in de voorgestelde vorm kan doorgaan, maar wel in een andere.”

Interessant is de uitdrukkelijke opmerking dat bij het alternatievenonderzoek economische criteria geen voorrang mogen hebben.

*l) Dwingende redenen van groot openbaar belang, de andere mogelijke redenen voor een toestemming op grond van lid 4 (openbare veiligheid enz.)*

Het criterium is thans neergelegd in art. 19g lid 2 Nbwet 1998. De toets aan het criterium van de dwingende eisen is in de jurisprudentie van de ABRS enkele keren uitdrukkelijk aan de orde geweest. Onder andere kan worden genoemd de hiervoor aangehaalde WCT-uitspraak. De Afdeling gaat tevens in op de vraag of het belang bij de aanleg van de WCT kan worden gekwalificeerd als een dwingende reden van groot openbaar belang. Dit criterium is in eerdere jurisprudentie ook reeds aan de orde gekomen. De aanwezigheid van een dwingende reden van groot openbaar belang is naar de mening van de Afdeling door gedeputeerde staten onvoldoende onderbouwd. Uit de eveneens reeds besproken uitspraak inzake het GOB Heerlen/Aken kan worden afgeleid dat regionale werkgelegenheid onder omstandigheden als dwin-



gende reden van groot openbaar belang kan worden gekwalificeerd, doch het besluit dient een deugdelijke motivering te bevatten dat aan het criterium is voldaan. De Afdeling overweegt in de WCT-uitspraak dat de aanwezigheid van een dwingende reden van groot openbaar belang overtuigend dient te worden aangetoond. Daarbij dient ondubbelzinnig vast te staan dat het belang van de realisering van het plan of project op de lange termijn zwaarder moet wegen dan het behoud van de speciale beschermingszone. In de praktijk blijkt dit geen eenvoudige opgave. Hoe moet immers de afweging tussen natuurbeschermingsbelangen enerzijds en economische belangen anderzijds worden gemaakt? En onder welke omstandigheden is het economische belang groot genoeg om een inbreuk op natuurwaarden binnen de speciale beschermingszone te kunnen rechtvaardigen? Ook de Afdeling heeft kennelijk moeite met deze beoordeling. Het is dan ook niet vreemd dat de beoordeling van dit onderdeel van de habitattoets wordt gekoppeld aan het uitgevoerde alternatievenonderzoek. De Afdeling overweegt dat de beperkte vraagstelling en het als gevolg daarvan beperkte alternatievenonderzoek er tevens toe leidt dat het onderzoek naar de aanwezigheid van een dwingende reden van groot openbaar belang tekort schiet. Wellicht had het alternatievenonderzoek enig zicht kunnen geven op het belang dat is gemoeid met de uitvoering van het project op de beoogde locatie. Toch past het door de Afdeling verband niet in de systematiek van art. 6, vierde lid Habitatrictlijn. Het gegeven dat er geen alternatieven zijn voor het plan of project zegt immers op zichzelf nog niet alles over het gewicht dat moet worden toegekend aan de uitvoering van een plan of project.

Ook op dit punt weer een toelichting in de Handreiking:

“Dwingende redenen van groot openbaar belang dient men goed te motiveren. Indien nodig dient daarvoor onderzoek te worden verricht (tenzij hierover voldoende informatie bestaat). Als uitgangspunt kan aangehouden worden dat alleen op lange termijn persistente openbare belangen dwingend kunnen zijn, waarbij niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat een regionaal belang nooit een dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn. Economische belangen op korte termijn en andere belangen die voor de samenleving alleen voordelen op korte termijn opleveren, lijken prima facie niet te kunnen opwegen tegen het behoud op lange termijn van de natuurwaarden die worden beschermd. Activiteiten die uitsluitend de belangen van afzonderlijke bedrijven of individuen dienen, vallen er niet onder. Maar bedrijven en individuen kunnen zich wel weer beroepen op een dwingende reden van groot openbaar belang als ze dit behartigen. Een belangrijke categorie van dwingende rede-

nen van groot openbaar belang betreft de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid en voor het milieu wezenlijke gunstige effecten. Andere dwingende redenen van groot openbaar belang zijn: legitieme doelstellingen van openbare instanties op het vlak van sociaal en economisch beleid. Dit zijn onder andere activiteiten die aantoonbaar onontbeerlijk zijn in het kader van de uitvoering van economische of maatschappelijke activiteiten waaronder specifieke openbare dienstverplichtingen (met name diensten in het kader van verkeers-, energie- en communicatienetten).”

*m) Compensatie*

Ook de compensatie-eis is door de ABRS in haar rechtspraak aan de orde gesteld. Een aantal uitspraken valt daarbij op. In de eerste plaats de WCT-uitspraak. Appellanten hadden in de eerste plaats gesteld dat de voorgestelde compensatie naar haar aard ontoereikend is, aangezien deze compensatie deels binnendijks en deels buitendijks plaatsvindt. Naar de mening van appellanten zou compensatie volledig buitendijks moeten plaatsvinden. De Afdeling overweegt dat is gebleken dat de voorgestelde wijze van compensatie een bijdrage levert aan de instandhoudingsdoelstellingen en verdere ontwikkeling van Natura 2000. Deze constatering is niet onbelangrijk, maar wel ontoereikend. De Europese Commissie stelt specifiekere eisen aan compensatiemaatregelen. Zo moeten de maatregelen de soorten en habitats betreffen die negatief worden geraakt door een plan of project. Verder dienen de maatregelen te voorzien in functies waarop de selectiecriteria van de oorspronkelijke locatie. Door appellanten werd tevens betoogd dat de beoogde compensatie onvoldoende is verzekerd. Deze stelling hangt samen met de keuze van gedeputeerde staten om het streekplanonderdeel waarin de compenserende maatregelen zijn omschreven geen bindende status te geven. De Afdeling deelt de opvatting van appellanten op dit punt niet. Ook indien wel een de compenserende maatregelen wel in een concrete beleidsbeslissing zouden zijn opgenomen, garandeert dat volgens de Afdeling immers nog niet dat de daarin opgenomen maatregelen ook daadwerkelijk zullen worden uitgevoerd.

Recentelijk heeft de Afdeling in de eerder aangehaalde uitspraak inzake Project Mainport Rotterdam (2<sup>e</sup> Maasvlakte) geoordeeld:

“2.12.19.5. (...) In de pkb is als een beslissing van wezenlijk belang neergelegd dat besluiten over de uitvoering van (fasen van) de landaanwinning vergezeld dienen te gaan van een besluit over compenserende maatregelen en dat de compensatie

gereed zal zijn op het moment dat de effecten optreden. Naar het oordeel van de Afdeling is met dit instrument niet voorzien in voldoende waarborgen dat de aanleg van de landaanwinning (gefaseerd) wordt afgestemd op de verwezenlijking van het zeereservaat. Aan een beslissing van wezenlijk belang is immers niet het in de artt. 2a en 39 van de WRO bedoelde rechtsgevolg verbonden dat deze door (lagere) overheden in acht moet worden genomen. Om dit rechtsgevolg voor deze project-pkb te bereiken had deze beslissing van wezenlijk belang in de vorm van een concrete beleidsbeslissing moeten worden gegoten.

Verweerder heeft door dat niet te doen niet verzekerd dat voldoende compensatie voor de gevolgen van de landaanwinning voor de algehele samenhang van Natura 2000 op de lange termijn wordt geboden. Aldus heeft hij gehandeld in strijd met art. 6, vierde lid, van de Habitatrichtlijn, en art. 10 van het EG-Verdrag, gelezen in samenhang met art. 249 van dit verdrag, door de concrete beleidsbeslissing inzake de landaanwinning en, gelet op de samenhang daarmee, de concrete beleidsbeslissing inzake het zeereservaat te nemen. (...)”

Interessant is dat de Afdeling stelt dat de compensatiemaatregelen moeten zijn neergelegd in een concrete beleidsbeslissing (art. 1 WRO). Aldus is echter niet verzekerd dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in de aanleg van het havengebied, de compensatiemaatregelen daadwerkelijk zijn gerealiseerd alvorens de speciale beschermingszone wordt aangetast.

De plicht tot compensatie is in de Nbw 1998 neergelegd in art. 19h lid 1. De Handreiking gaat uitvoerig in op doelstelling en uitvoering van compensatie:

“Financiële compensatie is in beginsel niet toegestaan. Compenserende maatregelen moeten waarborgen dat de samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. Dit brengt mee dat de maatregelen:

- a) betrekking hebben op de natuurwaarden die de schadelijke gevolgen ondervinden, en in een mate die op de omvang van die schadelijke gevolgen is afgestemd;
- b) zoveel mogelijk plaatsvinden in de directe nabijheid van het aangetaste Natura 2000-gebied, en in ieder geval betrekking hebben op dezelfde biogeografische regio, en

c) voorzien in functies die vergelijkbaar zijn met die van het oorspronkelijke gebied.

Bovendien moet het resultaat van de compensatie bereikt zijn op het tijdstip waarop significante gevolgen zich voordoen, tenzij kan worden aangetoond dat dit niet noodzakelijk is om de bijdrage van het betrokken gebied aan Natura 2000 veilig te stellen (artikel 19h, lid 4).

N.B. Momenteel heeft de Europese Commissie een Handreiking specifiek voor compensatie en mitigatie in voorbereiding. De verwachting is dat deze begin 2006 zal worden gepubliceerd.

Wat zijn aandachtspunten bij compensatie?

- De omvang van het te compenseren areaal wordt bepaald door het areaal waar kwaliteitsverlies optreedt;
- De initiatiefnemer is er verantwoordelijk voor om op een geschikte locatie in de directe omgeving van het aangetaste Natura 2000-gebied te compenseren. Wanneer dit redelijkerwijs niet of onvoldoende mogelijk blijkt, kan compensatie elders mogelijk aanvaardbaar zijn.
- Bij de realisering van een vervangend areaal wordt uitgegaan van een basisinrichting van vooral abiotische omstandigheden, waarbij de verloren gegane kwaliteiten weer kunnen worden ontwikkeld c.q. zich kunnen ontwikkelen;
- Er moet een waarborg zijn dat het vervangend areaal blijvend de functie van het aangetaste Natura 2000-gebied kan overnemen en dat niet door bijvoorbeeld een wisseling van eigenaar of beheerder de inrichting weer wordt gewijzigd, waardoor de natuurwaarden zich daar niet langer kunnen ontwikkelen of weer verloren gaan;
- De compensatie van het kwaliteitsverlies houdt er rekening mee dat er een periode moet worden overbrugd waarin de waarden van het 'maagdelijk' ingerichte vervangende gebied zich kunnen ontwikkelen tot het kwaliteitsniveau dat verloren is gegaan.
- In voorkomende gevallen zullen specifieke beheer- en beschermingsmaatregelen noodzakelijk zijn voor het ontwikkelen van dat kwaliteitsniveau. Van geval tot geval zal moeten worden bezien hoe de zeldzame kwaliteit weer kan worden gegenereerd.
- Oppervlakte- en kwaliteitsverlies van een deel van een Natura 2000-gebied kan ook worden gecompenseerd door de kwaliteit van een ander deel van dat gebied of van een ander

Natura 2000-gebied zodanig te verbeteren dat de aangetaste natuurwaarden zich daar in grotere mate dan voorheen kunnen ontwikkelen;

- Ook vanuit ander instrumentarium kan een compensatieplicht bestaan. Denk hierbij aan streekplan, omgevingsplan, de Ecologische Hoofdstructuur of de Boswet.”

Omtrent de compensatieplicht kan nog worden opgemerkt dat de verantwoordelijkheid voor het doen van voorstellen tot compensatie op grond van art. 19h leden 2 en 3 bij de initiatiefnemer van een activiteit, project of plan is gelegd.

*n) Wie is verantwoordelijk voor het kunnen uitvoeren van de toets? Wie moet de noodzakelijke gegevens leveren? Wat zijn de consequenties indien onvoldoende gegevens beschikbaar zijn?*

In de rechtspraak wordt hier geen expliciet antwoord op gegeven. Uit art. 19f, lid 1 Nbw 1998 volgt echter dat de initiatiefnemer de verantwoordelijkheid draagt voor de (deugdelijke) uitvoering van de toets.

#### **4. DE GEVOLGEN VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN VOOR DE PRAKTIJK**

*4.1 Staat art. 6 Habitatrictlijn vaak al dan niet tijdelijk in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurale werken en andere projecten?*

In Nederland zijn meerdere uitspraken te vinden waarin toetsing aan de richtlijnverplichtingen tot op zijn minst een vertraging in de besluitvorming of de uitvoering van een project hebben geleid. Vertraging is er immers in alle gevallen waarin een voor de realisatie van een activiteit of project benodigde publiekrechtelijke toestemming wordt vernietigd wegens strijd met art. 6 Habitatrictlijn. Bij wijze van aansprekende voorbeelden zij gewezen op IJburg 2<sup>e</sup> fase, aanleg industrieterrein Heerlen-Aken,<sup>236</sup> en meest recent de Tweede Maasvlakte.

---

<sup>236</sup> ABRS 27 april 2000, BR 2000, p. 1051 m.nt. M.A.A. Soppe en J.R.C. Tieman.



# Landesbericht Österreich

## 1. METHODE, QUELLEN

### *Welche Gesetzgebung wurde untersucht?*

Es ist nicht möglich, die Naturschutzgesetze aller österreichischen Länder im Detail zu untersuchen. Auf Anraten der Kontaktpersonen ist deshalb in erster Linie das Landesrecht von Niederösterreich exemplarisch ausgewählt (Niederösterreichisches Naturschutzgesetz, NÖ NSchG). Der Grund hierfür ist vor allem, dass Niederösterreich die größten VH-Richtliniengebiete hat und zudem sich dort einige sehr kontroverse Fälle und Diskussionen ergeben haben. Ein möglicher Nachteil ist vielleicht, dass die Umsetzung des Art. 6 Habitatrichtlinie (im folgenden Hrl.) schon im Jahr 2000 erfolgte. Vielleicht ergeben jüngere Naturschutzgesetze anderer Länder ein anderes Bild. Unter anderem aus diesem Grunde haben wir zur Kontrolle auch die Gesetzgebung Tirols studiert. Das Tiroler Naturschutzgesetz (T NSchG), in dem Art. 6 Hrl. umgesetzt wurde, stammt von 2005. Hier und da wird zudem auf die Gesetze anderer Bundesländer eingegangen, insbesondere dort, wo die Rechtsprechung oder Literatur dies nahelegte.

### *Kontakt mit österreichischen Fachleuten*

Zunächst haben wir versucht, über die Botschaft in Budapest Kontakt zu österreichischen Fachleuten aufzunehmen. Da die zuständigen Personen mehrere Wochen abwesend waren, haben wir jedoch lieber direkt Kontakt mit dem "Lebensministerium" in Wien aufgenommen, das auf Bundesebene für die Umsetzung der VH-Richtlinien zuständig ist. Dort wurde unser Ersuchen auch an den entsprechenden Fachmann weitergeleitet. Parallel hierzu haben wir versucht über universitäre Kontakte Informationen zu bekommen. Von Herrn Dr. Ennöckl vom Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Raschauer) haben wir dankenswerterweise in mehreren Telefonaten und Mails wertvolle Hinweise bekommen.

### *Rechtsprechung und Literatur*

Auffällig ist, dass es in Österreich relativ zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu art. 6 Hrl. gibt. Alleine vom Verwaltungsgerichtshof, die höchste Berufungsinstanz in Verwaltungsgerichtssachen, sind uns 15 Urteile bekannt, die wir alle analysiert haben. Ein Teil der Urteile ergab wertvolle Aufschlüsse. Außerdem gibt es ein Urteil des europäischen Gerichtshofs, das sich mit den Folgen der Erweiterung einer Golfanlage in einem Vogelschutzgebiet für die dort ansässige Wachtelkönigpopulation befasst. Eines der Urteile des Verwaltungsgerichtshofs betrifft übrigens das Verwaltungs-

verfahren, das der Verurteilung Österreichs durch den europäischen Gerichtshof folgte. Dabei kam der Verwaltungsgerichtshof zu einem äußerst bemerkenswerten Ergebnis. Kurz vor Abschluss des Projekts publizierte der EuGH außerdem noch den Schlussantrag der Generalanwältin Kokott im Verfahren 209/04 gegen Österreich. Dieses Verfahren betrifft die geplante Bodenseeschnellstraße S 18. Zur Zeit läuft auch noch ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich wegen unzureichender Umsetzung der Vogel- und der Habitatrichtlinie. Laut Auskunft der Kommission bezieht sich dieses Verfahren jedoch nur noch für ein Bundesland (Kärnten) auf Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4. Die Kommission hat ihre Bedenken zum Recht anderer Bundesländer zur Umsetzung des Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. mittlerweile fallengelassen. Wohl ist hegt die Kommission noch Bedenken hinsichtlich der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Hrl. in einigen anderen Ländern. Somit ist davon auszugehen, dass die Kommission das Recht der anderen Länder zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 Hrl. als korrekt bewertet. Es ist uns nicht bekannt, worauf die Beschwerden über das Recht Kärntens sich im Detail beziehen. Die Kommission erteilt hierzu keine Auskünfte. Es ist Sache der Mitgliedsstaaten, ob sie Einzelheiten aus laufenden Vertragsverletzungsverfahren veröffentlichen wollen.

Schließlich wurden einige Fragen österreichischer Mitglieder des europäischen Parlaments und die entsprechenden Antworten der Kommission, sowie die jüngere rechtswissenschaftliche Literatur studiert. Im Jahre 2004 sind zwei Bücher zum Thema Natura 2000 in Österreich erschienen.<sup>237</sup>

## 2. FRAGEN ÜBER DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN

### 2.1 *Wie ist art. 6, Abs. 2 bis 4 Hrl. umgesetzt? Können schon aufgrund des Gesetzestextes bemerkenswerte Unterschiede zur Umsetzung in den Niederlanden festgestellt werden?*

Naturschutz ist in Österreich Ländersache. Alle neun Bundesländer haben art. 6 Hrl. mittlerweile in ihre Gesetzgebung umgesetzt. allerdings im Detail alle auf etwas andere Art und Weise. Die Landesgesetze werden laufend noveliert, da sich die Umsetzung vielfach als nicht ausreichend erwies. Bis jetzt war dies der Fall bei zwei Landesgesetzen. Auffallend ist, dass es hierzu, anders als z.B. in Deutschland, keinen bundesstaatlichen Rahmen oder andere Vorgaben gibt. Wohl würde der Bundesgesetzgeber befugt, sobald

<sup>237</sup> B. Rajal en A. Tschugguel, Natura 2000, Manz Wien 2004 en E. Zanini en B. Reithmayer, Natura 2000 in Österreich, NW-Verlag Wien/Graz 2004.



der europäische Gerichtshof geurteilt hätte, dass die Bestimmungen eines oder mehrerer Länder nicht den Vorgaben der Richtlinie entsprechen und demzufolge Österreich verurteilt worden wäre. Das ist jedoch bisher nicht der Fall und auch nicht abzusehen. Das genannte Urteil des EuGH betrifft die Anwendung des österreichischen Rechts in einem konkreten Fall, nicht Mängel bei der Umsetzung der Richtlinie in österreichisches Recht.<sup>238</sup>

In allen untersuchten Ländern wurde eine neue eigene Gebietskategorie eingeführt. Dafür werden in den einzelnen Bundesländern verschiedene Bezeichnungen gewählt. Die häufigste ist "Europaschutzgebiet". Daneben kommt aber z.B. auch vor "Natura 2000-Gebiete".

Auffallend ist, dass es in den zwei näher studierten Landesgesetzen keine Abstimmung zwischen dieser europäischen und den zahlreichen anderen, schon länger existierenden Schutzgebietskategorien gibt. In Niederösterreich geht es dabei z.B. um Landschaftsschutzgebiete, Naturschutzgebiete, Nationalparks, Naturparks und Naturdenkmale. Ein Gebiet kann daher sowohl als Europaschutzgebiet, als auch als ein anderes Schutzgebiet, z.B. Naturschutzgebiet oder Nationalpark, ausgewiesen werden (s. z.B. § 9 Abs. 3 NÖ NSchG, wo dies ausdrücklich bestimmt ist). Die Rechtsfolgen der entsprechenden Schutzregime gelten dann kumulativ. Neben den besonderen Schutzgebietsbestimmungen gelten übrigens auch noch allgemeine

Schutzbestimmungen, die nicht an besondere Gebietsausweisungen gebunden sind. Darunter fällt in allen untersuchten Ländern eine Bewilligungspflicht für bestimmte Eingriffe (Eingriffsregelung). Eine Abstimmungsregelung zwischen Europa- und anderen Schutzgebieten scheint wohl vorhanden zu sein im Naturschutzgesetz von Oberösterreich. Dort ist, so Ennöckl, bestimmt, dass die strengeren Vorschriften für Nationalparke denen für Europaschutzgebiete vorgehen.<sup>239</sup>

Der Wortlaut der untersuchten Regelungen, mit denen Art. 6 Hrl. umgesetzt wurde, ist im allgemeinen ziemlich streng am Wortlaut der europarechtlichen Vorgaben orientiert. Einige Besonderheiten der zwei untersuchten Landesgesetze seien hier genannt:

- In § 10 Abs. 2 NÖ NSchG wird die Berücksichtigung von kumulativen Folgen ("einzeln oder im Zusammenhang mit anderen Plänen und Projekten") wie folgt näher erläutert: "Dabei sind bereits erfolgte Prüfungen in vorausgegangenen oder gleichzeitig durchzuführenden Verfahren zu berücksichtigen"

<sup>238</sup> EuGH 29 Januar 2004, C-209/02.

<sup>239</sup> D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 115.

- Über den Wortlaut des Art. 6, Abs. 3 Hrl. hinaus wird das Ziel der
- “Naturverträglichkeitsprüfung” in Übereinstimmung mit den Erläuterungen der Kommission und dem Urteil des EuGH vom 7. September 2004 (C 107/02, Kokkelvisserij) in § 10 Abs. 3 NÖ NSchG näher erläutert: “...hat die Behörde eine Prüfung des Projektes auf Verträglichkeit mit den für das betroffene Europaschutzgebiet festgelegten Erhaltungszielen, insbesondere die Bewahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der natürlichen Lebensräume und wildlebenden Tier- und Pflanzenarten durchzuführen.”
- Wie die deutsche Sprachfassung der Richtlinie und alle uns bekannten deutschsprachigen Umsetzungsgesetze geht es bei der Prüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 Hrl. um den Nachweis, dass sich keine “erheblichen” Auswirkungen auf das Schutzgut ergeben. Das Wort “erheblich” scheint uns an sich etwas deutlicher und zu weniger Diskussion Anlass zu geben, als das niederländische und englische Äquivalent (“significant”). Erheblich würde man in erster Linie übersetzen mit “wezenlijk” oder “aanzienlijk”. Auch “erheblich” ist jedoch interpretationsbedürftig. Der Gebrauch des Wortes “erheblich” alleine bietet für die Praxis noch (zu) wenig Deutlichkeit.
- Sehr bemerkenswert ist, dass das NÖ NSchG dem Wortlaut nach keine Rechtsfolge vorsieht für den Fall, dass nach einer erfolgten Naturverträglichkeitsprüfung Zweifel bestehen, ob ein Plan oder Projekt erhebliche Beeinträchtigungen eines Gebietes zur Folge hat. Gemäß § 10, Abs. 4 muss eine Bewilligung erteilt werden, wenn die Prüfung ergeben hat, dass das Gebiet nicht erheblich beeinträchtigt wird. Gemäß § 10 Abs. 5 kann eine Genehmigung nur unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 Hrl. erteilt werden, wenn die Verträglichkeitsprüfung ergeben hat, dass das Gebiet erheblich beeinträchtigt wird. Es wird also nicht deutlich, wie bei nach Prüfung verbleibenden Zweifeln zu verfahren ist. Dies ist u.A. nach einer unzureichenden Umsetzung. Art. 6 Abs. 3, der bestimmt, dass eine Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn erhebliche Folgen für das geschützte Gebiet ausgeschlossen werden können. Bestehen Zweifel, so ist eine Genehmigung nur unter den Voraussetzungen des Abs. 4 möglich. Das NÖ NSchG ist in diesem Punkt unserer Ansicht nach nicht europarechtskonform. Diese Ansicht wurde von unserem österreichischen Korrespondenten nicht geteilt. Auch die europäische Kommission sind derzeit keine Verletzung mehr von Art. 6

Abs. 3 Hrl. durch Niederösterreich. Die Behörde hat festzustellen, so unser Gesprächspartner, ob Beeinträchtigungen zu erwarten sind oder nicht. Kann sie das nicht ausschließen, darf keine Genehmigung erteilt werden. Das ist zweifellos richtig. Wir meinen jedoch, dass genau dies ausdrücklich im Gesetz bestimmt sein muss. Dass dies so ist, können wir aber nicht erkennen. Die Gesetzgebungslücke ist im Sinne der EG-rechtlichen Vorgaben zu schließen. Ob es dazu einer direkten Anwendung der Richtlinie bedarf oder eine richtlinienkonforme Interpretation des NÖ NSchG ausreicht, sei dahingestellt.

- Der Verwaltungsgerichtshof hat offensichtlich keine Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 10 Abs. 4 und 5 NÖ NSchG mit den europarechtlichen Vorgaben. Im Gegenteil, er stellt ausdrücklich fest, dass diesen Bestimmungen kein Vorsorgeprinzip zu entnehmen sei, und dass auch das in Art. 174 EG-Vertrag enthaltene Vorsorgeprinzip in casu nicht anwendbar sei. Ob nicht Art. 6 Abs. 3 Hrl. das Vorsorgeprinzip vorschreibt und § 10 NÖ NSchG damit konfliktiert, hatte der Verwaltungsgerichtshof allerdings auch nicht zu entscheiden, da seiner Auffassung nach im vorliegenden Falle Art. 6 Hrl. (noch) nicht anzuwenden war.<sup>240</sup>
- § 38 Abs. 6 NÖ NSchG enthält eine interessante Bestimmung für den Zeitraum, in dem ein unter Art. 4 Hrl. oder Art. 4 Vogelrichtlinie fallendes Gebiet geschützt werden muss, aber noch nicht aufgrund nationales Rechts angewiesen wurde. Dabei kann es sich um Gebiete handeln, die auf der Gemeinschaftsliste vorkommen (Art. 4 Abs. 3 Hrl.), aber auch um national gemeldete Gebiete vor Aufnahme in die Gemeinschaftsliste. § 38 Abs. 6 NÖ NSchG bestimmt nun, dass auch in solchen Gebieten eine Naturverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, wenn der niederösterreichische Umweltanwalt darum ersucht. Dies war etwa im politisch umstrittenen Verfahren zur Untertagedeponie für gefährliche Abfälle Wolfsthal/Berg der Fall. Auf diese Bestimmung wird später noch einzugehen sein.

## 2.2 *Um welche Art Regelungen geht es (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften...)?*

In allen Bundesländern, auch in den nicht näher untersuchten, sind die Bestimmungen des Art. 6 Hrl. in formelle Gesetze umgesetzt.

---

<sup>240</sup> VerwGH 16. April 2004, 2001/10/0156, Semmering-Hochleistungsbahnstrecke, S. 77 ff.

2.3 *Hat man in einem Naturschutzgesetz umgesetzt oder geht es um ein integrales Umweltgesetz, in dem auch andere Materien (Umwelt, Wasser, Raumordnung) geregelt sind?*

In allen Bundesländern hat man die Bestimmungen des Art. 6 Hrl im Naturschutzgesetz umgesetzt. In keinem der Länder gibt es ein Gesetz, das integral Naturschutz, Umweltschutz, Wasserrecht und Raumordnung regeln würde. Das liegt alleine aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht nahe. Naturschutz ist ausschließliche Landessache, Wasserrecht und UVP hingegen Bundessache. Daher wäre eine Integration in ein Gesetz nicht möglich.

2.4 *Sind im gleichen Gesetz auch die Artenschutzbestimmungen umgesetzt?*

In allen näher untersuchten Ländergesetzen sind in den Naturschutzgesetzen sowohl der Gebietsschutz, als auch der Artenschutz geregelt. Ein eigenes Artenschutzgesetz gibt es in keinem Bundesland, auch nicht in denen die nicht näher untersucht wurden. Zu beachten sind aber auch die Jagd- und Fischereigesetze. Auch sie beinhalten artenschutzrechtliche Bestimmungen, die die Hrl. umsetzen.

2.5 *Welche Behörde ist zuständig für die Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften?*

In den meisten untersuchten Ländern ist grundsätzlich die Bezirksverwaltungsbehörde die zuständige Behörde (s. z.B. § 24 NÖ NSchG). Jedes Bundesland ist aufgeteilt in mehrere Regierungsbezirke, die am ehesten mit den niederländischen Provinzen vergleichbar sind. Die Dokumentations- und Berichtspflichten obliegen jedoch der Landesregierung. In Salzburg und im Burgenland ist für die Anwendung der Verbots- und Genehmigungsbestimmungen in allen Europaschutzgebieten die Landesregierung zuständig. Die Bezirksregierung ist dort nur noch zuständig für andere geschützte Gebiete (Naturschutzgebiete etc.), soweit sie nicht gleichzeitig als Vogel- oder Habitatschutzgebiet angewiesen sind.

2.6 *Wird in der einschlägigen Gesetzgebung unterschieden zwischen bestehenden Nutzungen und neuen Nutzungen? Wenn ja, in welcher Weise?*

In dieser Hinsicht sind die Landesgesetze deutlich unterschiedlich.

Das NÖ NSchG macht grundsätzlich keinen expliziten Unterschied zwischen bestehenden und neuen Nutzungen. Ein solcher Unterschied ist jedoch schon in der Struktur der Richtlinie begründet und als solches auch in das NÖ NSchG übernommen. Obwohl der Begriff "Pläne und Programme" im NÖ NSchG nicht definiert ist, darf man davon ausgehen, dass damit, in Übereinstimmung mit den EG-rechtlichen Vorgaben, nur zukünftige Vorhaben gemeint sind.

Bestehende, nicht wiederkehrend zu genehmigende Nutzungen fallen unter den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 Hrl. Diese Bestimmung ist in § 9 Abs. 5 NÖ NSchG umgesetzt. Neue Vorhaben fallen unter art. 6 Abs. 3 Hrl. Diese Bestimmung ist durch § 10 NÖ NSchG umgesetzt. Insofern findet sich diese europarechtliche Unterscheidung auch im österreichischen Recht wieder. Darüber hinaus wird jedoch kein Unterschied gemacht.

Wichtig ist, dass die für jedes geschützte Gebiet eine Rechtsverordnung (plaatselijke verordening) zu erlassen ist, aus der die Begrenzung, die Schutzziele, aber auch die notwendigen Gebote und Verbote hervorgehen müssen.<sup>241</sup> "Zu verbieten sind insbesondere Maßnahmen, die zu einer Zerstörung oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile führen können" (§ 9 Abs. 4 NÖ NSchG). Zumindest dem Wortlaut nach unterscheidet diese, an Art. 6 Abs. 2 Hrl. angelehnte Vorschrift nicht zwischen neuen und bestehenden Nutzungen. Übrigens sei angemerkt, dass der Wortlaut des § 9 NÖ NSchG nicht ganz den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 Hrl. zu entsprechen scheint. Gemäß dieser EG-rechtlichen Vorgaben müssen allen notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, um "die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten... zu vermeiden." In § 9 Abs. 4 NÖ NSchG wird hingegen auf eine "Zerstörung oder wesentliche Beeinträchtigung" abgestellt.

In der Literatur wird häufig die Ansicht vertreten, dass bei der Anwendung des Art. 6, Abs. 2 und 3 Hrl. zum Zeitpunkt der Gebietsanweisung bestehende Nutzungen gänzlich nicht zu berücksichtigen sind. Das gelte nicht nur für die Auswirkungen, die eine Nutzung zum Zeitpunkt der Anweisung hatte, sondern auch für zukünftige, nach Gebietsausweisung erstmals auftretende negative Auswirkungen, soweit sie auf eine zum Zeitpunkt der Anweisung bestehende Nutzung zurückzuführen seien.<sup>242</sup> Änderungen oder Intensivie-

<sup>241</sup> Eine Musterverordnung (nach dem Recht Steiermarks) ist zu finden in E. Zani-  
ni, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S.  
148 ff.

<sup>242</sup> B. Rajal, A. Tschugguel, *Natura 2000*, Manz Wien 2004, S. 52. S. auch E.  
Loos, *Spezielle Fragen bei der Umsetzung der EU-Richtlinien in nationales*

zung einer bestehende Nutzung fallen jedoch auch nach dieser Meinung unter Art. 6 Abs. 3 Hrl. In der Literatur ist aber auch die gegenteilige Auffassung zu vertreten und wird zudem darauf hingewiesen, dass auch im Zeitpunkt der Anweisung bestehende Nutzungen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 Hrl. unter Umständen beschränkt oder verboten werden müssen.<sup>243</sup>

Auffallend ist, dass in unterschiedlichem Maße bestimmte Nutzungen vom Anwendungsbereich der hier einschlägigen Vorschriften ausgenommen werden. So bestimmt unter anderem § 4 Abs. 2, Nr. 5 NÖ NSchG, dass die Ausübung der Jagd nach dem NÖ Jagdgesetz, sowie der Fischerei nach dem NÖ Fischereigesetz nicht der Anwendung des Gesetzes unterliegen. Wenig erklärlich ist, dass hiervon wiederum eine Ausnahme gemacht wird für bestimmte Regelungen, u.a. die für Naturschutzgebiete und Naturdenkmale, nicht aber für die Regelungen der Europaschutzgebiete. Auf diese Weise könnten bestimmte bestehende, aber auch zukünftige Nutzungen dem Anwendungsbereich des Naturschutzrechts entzogen. Es dürften wenig Zweifel bestehen, dass das nicht mit der Hrl. vereinbar wäre. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann erst nach Studium der Jagd- und Fischereigesetze beurteilt werden. Diese Gesetze konnten aber nicht in untersucht werden. In anderen Landesgesetzen ist dies übrigens anders. So werden Jagd und Fischerei im Tiroler Naturschutzgesetz (TNSchG) nicht besonders behandelt. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass § 2 Abs. 2 TNSchG bestimmt, dass "Maßnahmen der üblichen land- und forstwirtschaftlichen Nutzung keiner Bewilligung .....bedürfen." In Natura 2000-Gebieten gilt diese Bestimmung jedoch nicht. Dort gelten land- und forstwirtschaftliche Nutzung gemäß § 14 Abs. 3 "insoweit nicht als Beeinträchtigung des günstigen Erhaltungszustandes als in Bewirtschaftungsplänen nichts anderes bestimmt ist." Ob diese Bestimmung EG-rechtskonform ist, sei hier dahingestellt. Das wird vor allem auch davon abhängen, wie sie in der Praxis angewandt wird und ob in allen Bewirtschaftungsplänen geprüft wird, inwieweit land- und forstwirtschaftliche Nutzung eine erhebliche Beeinträchtigung mit sich bringen können.

---

Recht, in: E. Zanini, B. Reithmayer, Natura 2000 in Österreich, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 96 ff., sowie D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 72.

<sup>243</sup> E. Zanini, Erläuterung des Projektes Natura 2000, in: E. Zanini, B. Reithmayer, Natura 2000 in Österreich, NW-Verlag, Wien/Graz 2004, S. 28.

2.7 *Ist die Möglichkeit von mitigierenden Maßnahmen gesetzlich verankert? Wenn ja, wie ist dies definiert?*

Gesetzliche Bestimmungen, die ausdrücklich mitigierende Maßnahmen behandeln, enthalten die untersuchten Gesetze nicht. Zu berücksichtigen ist wohl, das u.E. die EG-rechtlich zwingend vorzuschreibende Alternativprüfung die Prüfung von mitigierenden Maßnahmen impliziert.

**3. FRAGEN HINSICHTLICH DER INTERPRETATION DES ART. 6 HRL. IN RICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGEN UND IN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN LITERATUR**

3.1 *Sind die Richter und andere Fachleute der Auffassung, dass art. 6 Hrl. in Österreich korrekt umgesetzt wurde?*

Weder in den untersuchten Gerichtsurteilen, noch in der juristischen Literatur bestehen zur Zeit, soweit ersichtlich, Zweifel an der korrekten Umsetzung des Art. 6 Hrl.<sup>244</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine umfassende Beurteilung der Umsetzung eine Analyse des Rechts aller neun Bundesländer erforderlich machen würde. Die Kommission hat im Jahre 1999 ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und Mängel in allen Bundesländern beanstandet. Diese sind jedoch nach Ansicht der Kommission mittlerweile (November 2005) fast alle behoben. Es bleiben nach Ansicht der Kommission Mängel bei der Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. in Kärnten, sowie Mängel der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 in einigen anderen Ländern.

Zu bemerken ist wohl, dass die Landesgesetze zur Umsetzung des Art. 6 Hrl. zum großen Teil erst ab 2000 in Kraft getreten sind, teilweise erst im Jahre 2005 (z.B. die Novelle des Tiroler Naturschutzgesetzes). Die Bestimmungen der Habitatrichtlinie mussten am 5 Juni 1994 umgesetzt sein. Zu der Zeit war Österreich noch kein Mitgliedsland. Der Beitritt erfolgte am 1. Januar 1995. Da der Beitrittsvertrag insoweit keinerlei Übergangsfristen kennt, hätte die Richtlinie am 1. Januar 1995 umgesetzt sein müssen. Das ist folglich erst mit Verspätung, teilweise ähnlich erheblicher Verspätung wie in den Niederlanden (gut 10 Jahre) geschehen.

Im Rahmen dieser Untersuchung sind dem Verfasser in einigen Details Zweifel an einer korrekten Umsetzung gekommen (s.o.) Diese Punkte sind

---

<sup>244</sup> S. z.B. B. Rajal, A. Tschugguel, *Natura* 2000, Manz Wien 2004, S. 67 ff.

den fachkundigen Kontaktpersonen vorgelegt worden... Aus der Antwort der Kommission auf eine Anfrage der Abgeordneten Raschhofer ergibt sich, dass die Kommission "eine mangelnde Übereinstimmung (des österreichischen Rechts mit der Habitatrichtlinie, Ch.B.) in mehreren Punkten, auch im Bezug auf Artikel 6" festgestellt hat. Wie schon erwähnt, bestehen die Bedenken der Kommission derzeit (November 2005) nur noch hinsichtlich einiger Bundesländer und Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 und hinsichtlich Kärntens auch bezüglich von Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl.

*3.2 Falls die Antwort bei 3.1 ja lautet: welche Rolle spielt Art. 6 Hrl. dann noch in konkreten Entscheidungen der Verwaltung und in richterlichen Entscheidungen?*

In einigen Entscheidungen wird Art. 6 Hrl. direkt angewandt oder wird eine richtlinienkonforme Interpretation nationalen Rechts vorgenommen oder diskutiert. Diese Urteile beziehen sich jedoch auf Sachverhalte, die durch die Behörden zu beurteilen waren vor Umsetzung des Art. 6 Hrl. in österreichisches Recht. Aufgrund der o.g. teilweise sehr erheblichen Verspätung der Umsetzung sind Gerichtsurteile die behördliche Entscheidungen beurteilen, welche ihrerseits beruhen auf nationalem Recht, das Art. 6 Hrl. umgesetzt hat, noch nicht bekannt. Im Verfahren Untertagedeponie Wolfsthal/Berg wurde eine erstinstanzliche Bewilligung im Natura 2000-Gebiet erteilt, der Antrag aber später im Zuge des Berufungsverfahrens zurückgezogen.

*3.3 Falls die Antwort bei 3.2 nein lautet: wenden die Richter Art. 6 Hrl. oder bestimmte Teile davon direkt an?*

Es gibt mehrere Gerichtsurteile zu behördlichen Entscheidungen, die auf Landesgesetzen beruhen, die Art. 6 Hrl. noch nicht implementiert hatten. Daraus ergibt sich, dass sich die Behörden teilweise schon sehr früh, im Falle der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über den Ausbau der Ennstalstraße schon am 5 Mai 1995, art. 6 Hrl. bei ihren Entscheidungen ausdrücklich berücksichtigten, sei es nun im Wege der richtlinienkonformen Anwendung nationalen Rechts oder im Wege der direkten Anwendung.

Aus mehreren Gerichtsurteilen des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass dieser in bestimmten Fällen primär eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts und, wenn dies nicht möglich ist, eine direkte Anwendung des Art. 6 Hrl. für möglich und notwendig erachtet. Dabei wird relativ ausführlich auf die allgemeine Rechtsprechung des EuGH zur Anwendbarkeit von Richtlinienrecht und auch auf die Rechtsprechung zur Vogelrichtlinie



und zur Habitatrichtlinie eingegangen. Auch die umfangreiche deutsche Literatur hierzu wird in den Gerichtsurteilen vielfach zitiert. Das Ergebnis all dieser Ausführungen ist unterschiedlich und abhängig vom Zeitpunkt der Entscheidung. Im Jahre 1995 war in Österreich noch kein Gebiet als Vogelrichtliniengebiet angewiesen und waren auch keine Gebiete gemäß Art. 4 Abs. 1 Hrl. gemeldet. Der Verwaltungsgerichtshof verneint deshalb eine direkte Wirkung des Art. 6 Hrl.<sup>245</sup> Eine direkte Wirkung des Art. 4 Vogelrichtlinie für potentielle Vogelrichtliniengebiete wird in der eben erwähnten Entscheidung nicht diskutiert, da die Behörde eine direkte Anwendbarkeit des Art. 6 Hrl. angenommen hatte und die Entscheidung wegen dieser Fehleinschätzung (unzureichende Begründung) aufgehoben wurde.

In späteren Entscheidungen, z.B. in der 1. Entscheidung zum Golfplatz Wörschach von Juni 2002,<sup>246</sup> wird die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie für zu Unrecht nicht angemeldete Vogelschutzgebiete angenommen. Auch nimmt der Gerichtshof, im in diesem Fall u.E. zulässigen Umkehrschluss, eine Pflicht zur direkten Anwendung des Art. 6 Hrl nach Aufnahme eines Gebietes in die kommunautaire Liste (Art. 4 Abs. 2 Hrl.) an. Auch kann aus dem Urteil abgeleitet werden, dass der Verwaltungsgerichtshof davon ausgeht, dass Art. 6 Hrl. (gemäß Art. 7 Hrl.) anzuwenden ist auf ordnungsgemäß angemeldete Vogelschutzzonen. Ausdrücklich offen lässt der Gerichtshof die Frage, ob auch vor der Erstellung der genannten Liste eine volle oder teilweise Anwendung des Art. 6 Hrl. in Betracht kommt. Dies bezeichnet der Gerichtshof als eine Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die durch die Rechtsprechung des EuGH nicht in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise geklärt sein dürfte.“ Auf den Schutz, den die Europäische Kommission in einem solchen Fall in ihrer Erläuterung zu Art. 6 Hrl. notwendig erachtet und der aus Art. 10 EG-Vertrag und der Rechtsprechung dazu abgeleitet wird, geht der Gerichtshof nicht substantiell ein. Im Ergebnis wird die erteilte Bewilligung für die Erweiterung der Golfbahn aufgehoben, weil die Behörden die Anwendbarkeit und die Rechtsfolgen des Art. 4 Abs. 4 und eventuell Art. 6 Hrl. nicht hinreichend erläutert haben. In anderen Urteilen wird eine “Vorwirkung” des Art. 6 Hrl. für gemeldete Habitatgebiete vor ihrer Aufnahme auf die gemeinschaftliche Liste (Art. 4 Abs. 2 Hrl.) vom Gerichtshof diskutiert, im Ergebnis aber offen gelassen. Der Gerichtshof scheint noch immer der Ansicht, dass diese Frage durch den EuGH noch nicht hinreichend geklärt ist.<sup>247</sup> In der

---

<sup>245</sup> VwGH Erkenntnis 95/10/0108 vom 23. Oktober 1995 (B 146, Ennstalstraße).

<sup>246</sup> VwGH Erkenntnis 99/10/0159 vom 27. Juni 2002 (Golfplatz Wörschach I)

<sup>247</sup> S. z.B. VwGH Erkenntnis v. 19. November 2003, 2000/04/0175 (Sondermülldeponie) und VwGH Erkenntnis 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel).

Literatur wird, in Nachfolge der deutschen Literatur, eine "Vorwirkung" des Schutzes der Habitatrichtlinie aufgrund von Art. 10 EG-Vertrag bejaht.<sup>248</sup> Interessant ist, dass einige Landesgesetzgeber dies berücksichtigen und hierzu ausdrückliche gesetzliche Regelungen erstellt haben. So bestimmt § 81 Abs. 16 des Naturschutzgesetzes von Burgenland, dass die Schutzvorschriften für Europaschutzgebiete auch schon gelten nach Meldung eines Gebietes gemäß Art. 4 Abs. 1 Hrl. Eine andere Variante enthält das Naturschutzgesetz von Kärnten. Dort ist eine Art. "schlanker" Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. eingeführt worden für den Zeitraum vor Veröffentlichung des Kommissionsliste.<sup>249</sup> Auf die Vorschrift des § 38 Abs. 6 NÖ NSchG wurde bereits hiervoor eingegangen.

Bemerkenswert ist übrigens, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem ersten Urteil zum Wörschacher Golfplatz festgestellt hat, dass das betroffene Gebiet als Vogelschutzzone ausgewiesen war. Der EuGH, der zwei Jahre später über diesen Fall entschied<sup>250</sup>, hatte aufgrund der gleichen Tatbestandslage und trotz des gleichen zeitlichen Bezugspunkts der Entscheidung keinerlei Schwierigkeiten zweifelsfrei festzustellen, dass das in Rede stehende Gebiet als Vogelsschutzzone angewiesen worden war.

Sehr bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ist die zweite Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in dieser Sache<sup>251</sup>. Grundlage dieses Rechtsstreits war die, aufgrund des EuGH-Urteils ergangene, behördliche Verfügung, dass der Spielbetrieb auf den mittlerweile realisierten Golfbahnen eingestellt und die Golfbahnen zurückgebaut werden müssen. Der Verwaltungsgerichtshof hob diese Entscheidung auf. Die Entscheidungsgründe sind nicht leicht nachzuvollziehen, beruhen aber, stark verkürzt, auf dem Gedanken, dass das ursprüngliche Gutachten, nach welchem die Golfbahnen erhebliche negative Auswirkungen auf die Brut- und Lebensstätten des Wachtelkönigs haben würden, nicht aufgrund von art. 6 Abs. 3 Hrl. erstattet worden sei und das die Behörde, da mittlerweile zweifelsfrei eine Prüfung nach Art. 6 Abs. 3 Hrl. stattfinden müsse, sich nicht mehr auf dieses Gutachten stützen könne. Die Verurteilung durch den europäischen Gerichtshof, der sich ebenfalls auf diese Gutachten gestützt hatte, mache dies nicht anders. Neue Gutachten hatten Zweifel am Umfang der schädlichen Wirkung der Golfbahnen geäußert. Zur Zeit findet der Spielbetrieb deshalb weiter statt.

---

<sup>248</sup> S. z.B. D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, p. 63.

<sup>249</sup> S. näher D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, p. 106.

<sup>250</sup> EuGH 29 Januar 2004, C-209/02.

<sup>251</sup> VwGH Erkenntnis 2005/10/0019 vom 2. Mai 2005, 2005/10/0019 (Golfplatz Wörschach II).

Was immer man von diesem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs denken mag: man darf gespannt sein auf den weiteren Verlauf dieses Dossiers. Die Kommission hat bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet wegen Nichtbefolgen der Entscheidung des EuGH.

Auch im Falle der Semmering-Hochleistungsbahnstrecke lässt der Gerichtshof es ausdrücklich offen, ob Art. 6 Hrl. eine wie auch immer geartete Vorwirkung zukommt vor Ausfertigung der kommunautären Liste gemäß Art. 6 Abs. 2 Hrl. Einer Auseinandersetzung mit der Ansicht der Kommission, dass eine solche "Vorwirkung" aus art. 10 EG-Vertrag abzuleiten ist und mit den Urteilen des europäischen Gerichtshofs hierzu will der Verwaltungsgerichtshof offensichtlich vermeiden.<sup>252</sup>

#### 3.4 *Werden Pläne und Projekte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 Hrl. beurteilt und wie geschieht dies?*

In der untersuchten Rechtsprechung konnte keine Prüfung nach Art. 6 Abs. 2 Hrl. oder entsprechenden nationalrechtlichen Vorschriften festgestellt werden. Es ging sämtlich um neue Projekte und Eingriffe, bei denen von allen Verfahrensbeteiligten offensichtlich Art. 6 Abs. 3 und 4 als *lex specialis* gegenüber Abs. 2 angesehen wurde. Auch in der Literatur wird ohne weitere Diskussion selbstverständlich davon ausgegangen, dass Art. 6 Abs. 3 *lex specialis* gegenüber Abs. 2 ist und Abs. 2 deshalb bei der Entscheidung über künftige Pläne und Projekte keine Anwendung findet.<sup>253</sup> Diese Auffassung entspricht dem Urteil des EuGH vom 7. September 2004,<sup>254</sup> unserer schon früher vertretenen Auffassung<sup>255</sup> und mittlerweile auch der Auffassung der niederländischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Erhaltungspflicht des Art. 6 Abs. 2 Hrl. auch gilt, soweit ein Gebiet durch zufällige, nicht beabsichtigte Entwicklungen negativ verändert wird.<sup>256</sup> Ob Art. 6 Abs.2 und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften in der Praxis auch tatsächlich so angewandt werden, ließ sich aus dem vorhandenen Material nicht feststellen. Nach Auskunft unseres Respondenten gibt es dazu noch keine Erfahrung und Verwaltungspraxis.

<sup>252</sup> VwGH 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel).

<sup>253</sup> S. z.B. D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 73.

<sup>254</sup> EuGH 7. September 2004 (C-127/02), *Kokkelvisserij*.

<sup>255</sup> S. Ch.W. Backes, *Veel habitat, weinig richtlijnen?*, in: Ch. Backes, J.A.W.M. Ponten en F. Neumann, *Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn*, VMR 2000-4, Den Haag 2000, p. 39 f.

<sup>256</sup> B. Rajal, A. Tschugguel, *Natura 2000*, Manz Wien 2004, S. 51.

- 3.5 *Wie werden die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl., bzw. die entsprechenden österreichischen Bestimmungen interpretiert, insbesondere hinsichtlich von Fragen, die in den Niederlanden momentan problematisch sind?*

*“Plan oder Projekt”*

Zu diesen Begriffen haben wir in der untersuchten Rechtsprechung keine näheren Hinweise gefunden. In der Literatur wird vertreten, dass dabei die Richtlinie(n) zur Umweltverträglichkeitsprüfung (vor allem Richtlinie 85/337/EG) wertvolle Hinweise geben können, jedoch nicht abschließend seien. Jedenfalls fielen alle in den Anhängen zu dieser Richtlinie genannten Projekte auch unter Art. 6 Abs. 3 Hrl.<sup>257</sup> Auch land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten können unter den Projektbegriff fallen.<sup>258</sup>

*Die Frage, ob eine Naturverträglichkeitsprüfung auch bei strategischen Plänen auf einem höheren Abstraktionsniveau (z.B. Raumordnungsnoten, Gebietsentwicklungspläne etc.) durchgeführt wird.*

Diesbezüglich haben wir keine Hinweise aus der gerichtlichen Praxis gefunden. Teilweise ist eine Prüfungspflicht jedoch (außerhalb der Naturschutzgesetze) gesetzlich geregelt. So bestimmt § 2a des Niederösterreichischen Raumordnungsgesetzes: “Örtliche und überörtliche Raumordnungsprogramme sind vor ihrer Erlassung oder Abänderung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Europaschutzgebietes zu prüfen.” Auch in der Literatur wird diese Frage behandelt. Strategische Raumordnungspläne haben nach Auffassung von Rajal und Tschugguel im allgemeinen keine erheblichen Auswirkungen im Sinne des Art. 6 Abs. 3 Hrl. Dies sei jedoch anders, wenn in solche strategischen Pläne maßgeblichen Einfluß auf nachgeordnete Genehmigungsverfahren hätten, z.B. da mögliche Alternativen für ein Projekt aus raumordnungsrechtlichen Gründen durch Festlegungen in einem strategischen Raumordnungsplan ausgeschlossen würden. In einem solchen Falle sei eine mehrstufige, fasierte Naturverträglichkeitsprüfung (“Doppelprüfung”) durchzuführen. Wann genau ein Raumordnungsplan eine solche Bindungswirkung hat, ist nicht ersichtlich. Nach anderer Ansicht ist eine Prüfungspflicht von Raumordnungsprogrammen unwahrscheinlich, da das Raumordnungsprogramm keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Es muss immer noch ein anschließendes Genehmigungsverfahren folgen. Auch Ennöckl ist der Ansicht, dass das Gemeinschaftsrecht nicht zu Doppelprüfun-

<sup>257</sup> B. Rajal, A. Tschugguel, *Natura 2000*, Manz Wien 2004, S. 52. S. auch D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 76.

<sup>258</sup> E. Zanini, *Das Naturverträglichkeits-Bewilligungsverfahren*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 122.

gen verpflichtete. Darum würden Raumordnungspläne in aller Regel nicht dem Art. 6 Abs. 3 Hrl. unterfallen, sondern nur, wenn darin definitiv über die Zulässigkeit eines Vorhabens entschieden würde. Dies ist z.B. bei Trassenfeststellungsplänen der Fall.<sup>259</sup>

*Die Frage, ob unterschieden wird zwischen einer "Vorprüfung" und der eigentlichen Naturverträglichkeitsprüfung, und wenn ja, ob dies gesetzlich verankert ist.*

In der Praxis wird von den Behörden zumindest teilweise zwischen einer Vorprüfung und einer, bei entsprechendem Ergebnis der Vorprüfung, folgenden umfassenden Naturverträglichkeitsprüfung unterschieden. Das lässt sich aus mehreren behördlichen Bescheiden und Stellungnahmen, die in verschiedenen Gerichtsentscheiden zitiert werden, ableiten. Auch in der Literatur wird eine solche stufenweise Prüfung für notwendig erachtet.<sup>260</sup>

Regelungen, die dies explizit vorschreiben würden, gibt es jedoch in den untersuchten Gesetzen nicht. Die Unterteilung in Vor- und Hauptprüfung ergibt sich vielmehr aus pragmatischen Gründen bei der Anwendung des Art. 6 Abs. 3 Hrl., bzw. seiner nationalrechtlichen Entsprechungen.

Sehr interessant ist die Tatsache, dass in einigen Bundesländern, nach einer Art Vorprüfung, sogenannte "Weißbücher" erstellt werden, in denen Maßnahmen aufgeführt sind, von denen angenommen wird, dass sie keine erheblichen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand und die Schutzziele eines Europaschutzgebietes haben können. Dies hilft den betroffenen Grundeigentümern und Nutzern in der Praxis erheblich. Außerdem werden in einigen Ländern Gebietsbetreuer angewiesen, die kundige Ansprechpartner sind für die Erstellung von Managementplänen, aber vor allem auch für die Frage, ob eine bestimmte Nutzung oder sonstige Aktivität genehmigungspflichtig ist und einer Naturverträglichkeitsprüfung unterzogen werden muss.<sup>261</sup> Auch dies trägt dazu bei, dass Grundeigentümern und Nutzern schnell Deutlichkeit und Rechtssicherheit geboten wird und lange Genehmigungs- und Rechtsstreitigkeiten vermieden werden. Die Verwaltung in Niederösterreich hat einen eigenen, umfangreichen "Natura 2000-Service" eingerichtet. Die durch diese Behörde durchgeführten Maßnahmen reichen von Plakaten und Infor-

<sup>259</sup> D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 77 f.

<sup>260</sup> B. Rajal, A. Tschugguel, *Natura 2000*, Manz Wien 2004, S. 56 ff. und E. Zanini, Erläuterung des Projektes *Natura 2000*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag, Wien/Graz 2004, S. 28.

<sup>261</sup> E. Zanini, Erläuterung des Projektes *Natura 2000*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag, Wien/Graz 2004, S. 28 und 31. Zu den Weißbüchern s. auch G. Schindlbauer, *Weißbuch*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 223 ff.

mationsveranstaltungen über Infomappen und die schon erwähnten “Weißbücher” bis zum “Projektberatungsservice”.<sup>262</sup> Die Akzeptanz der Ausweisung und des Schutzes von Europaschutzgebieten kann auf diese Weise in der Praxis erheblich erhöht werden.

Bedenken bestehen in der österreichischen Literatur (u.E. zu Recht) gegen die Weißbücher dann, wenn sie, wie dies § 24 Abs. 3, S. 2 des oberösterreichischen Naturschutzgesetzes bestimmt, zur Folge haben, dass alle darin aufgeführten Maßnahmen von vornherein genehmigungsfrei sind. Ennöckl weist darauf hin, dass eine solche gesetzliche Koppelung die Möglichkeit einer individuellen Prüfung, z.B. aufgrund von kumulativer Auswirkungen mit anderen Vorhaben, ausschließt. Dies sei eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 Hrl.<sup>263</sup> Dieser Meinung können wir uns anschließen.

*Die Frage, ob zwischen bestehendem Gebrauch und neuen, zukünftigen Aktivitäten unterschieden wird.*

Unter 2.6 wurde bereits ausgeführt, wie die untersuchten gesetzlichen Regelungen sich hierzu verhalten. Ergänzend sei über die richterliche Praxis noch folgendes erwähnt. Der Verwaltungsgerichtshof räumt bestehenden Aktivitäten und bestehenden Genehmigungen für zukünftige Aktivitäten einen hohen Vertrauensschutz ein. So wurde im Semmering-Urteil entschieden, dass eine nach Erlass der ursprünglichen Bescheide aus dem Jahr 1994 (!) erfolgte Rechtsänderung im Hinblick auf die im Vertrauen auf das damalige Recht gemachten Investitionen nicht zur Folge haben können, dass ein ursprünglich vorgesehenes Vorhaben (hier Bau einer Eisenbahnschnellstrecke) unmöglich gemacht oder wesentlich behindert würde. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot stehe EG-Recht nicht entgegen. Die Anwendbarkeit neuen nationalen Rechts, welches der Umsetzung des Art. 6 Hrl. dient, auf schon vor Erlass dieses neuen Rechts erstmalig genehmigte Vorhaben, sei nur dann verfassungskonform, wenn der Vertrauensschutz hinreichend, in soeben angedeuteter Weise, berücksichtigt werde. Bei den Folgerungen aus dieser Entscheidung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsgerichtshof nicht davon überzeugt war, dass das in Rede stehende Gebiet als faktisches Vogelschutzgebiet oder Habitatschutzgebiet anzusehen sei.<sup>264</sup> Übrigens ist das

<sup>262</sup> S. ausführlich zu diesem interessanten und vielversprechenden Ansatz: W. Suske, Natura 2000 Service in Niederösterreich, in: E. Zanini, B. Reithmayer, Natura 2000 in Österreich, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 179 ff. Zur Öffentlichkeitsarbeit allgemein s. auch G. Schindlbauer, Öffentlichkeitsarbeit, in: E. Zanini, B. Reithmayer, Natura 2000 in Österreich, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 217 ff.

<sup>263</sup> D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 113.

<sup>264</sup> VwGH Erkenntnis v. 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel).

Gebiet mittlerweile wohl als Vogelsschutzgebiet und Habitatschutzgebiet ausgewiesen.

*Das Kriterium von "möglicherweise" erheblichen Beeinträchtigungen und das Vorsorgeprinzip*

Wie schon hiervor erwähnt, könnte die Entscheidung zum Semmering-Tunnel darauf hindeuten, dass der Gerichtshof den Naturschutzbehörden die Beweislast auflagt, dass erhebliche Beeinträchtigungen nachgewiesen werden. Im Semmering-Fall war das NÖ NSchG einschlägig, das, wie oben erwähnt, keine Rechtsfolge enthält für den Fall, dass auch nach erfolgter Naturschutzprüfung unsicher bleibt, ob erhebliche Beeinträchtigungen zu erwarten sind. Hiervor wurde darauf hingewiesen, dass u.E. der § 10 NÖ NSchG diesbezüglich EG-rechtlich zumindest fragwürdig, wenn nicht EG-rechtswidrig ist. Der Gerichtshof wendet diese Bestimmung jedoch ohne weiteres an und stellt ausdrücklich fest, dass das Vorsorgeprinzip diesen Vorschriften nicht zu entnehmen sei.<sup>265</sup> Welche Aussagekraft dieses Urteil hinsichtlich des Art. 6 Hrl. hat, ist jedoch unklar. Wie erwähnt war der Gerichtshof im vorliegenden Fall der Auffassung, dass Art. 6 Hrl. noch nicht anzuwenden sei.

In anderen Bundesländern sind die Bestimmungen wohl so formuliert, dass dem Vorsorgeprinzip Rechnung getragen wird (u.a. Tirol und Steiermark). Auch in der Literatur wird nicht in Zweifel gezogen, dass Art. 6 Abs. 3 Hrl. schon bei möglichen Beeinträchtigungen greift.<sup>266</sup>

*Wie wird mit kumulierenden Auswirkungen umgegangen*

Dazu konnten der Rechtsprechung keine näheren Angaben entnommen werden. Hingewiesen sei nochmals auf die Vorschrift des § 10 Abs. 2 NÖ NSchG, die schon unter 2.1 behandelt wurde. In der Literatur wird vertreten, dass, abweichend von der Auffassung der europäischen Kommission, nur solche Maßnahmen kumulativ zu berücksichtigen seien, die bereits genehmigt sind. Vorhaben, deren Genehmigungen lediglich beantragt sind, seien nicht zu berücksichtigen, da deren Auswirkungen nicht genug konkret abschätzbar seien.<sup>267</sup>

*Welche Rolle spielen Managementpläne bei der Prüfung gemäss Art. 6, Abs. 3 und 4 Hrl.?*

Da es nach den Kriterien der Hrl. aufgestellte Managementpläne noch nicht gibt, bzw. zum Zeitpunkt der uns bekannten Entscheidungen nicht gab,

<sup>265</sup> VwGH Erkenntnis v. 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel).

<sup>266</sup> D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 81.

<sup>267</sup> D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 80.

spiel(t)en sie auch noch keine Rolle bei der aufgrund von Art. 6 Abs. 3 und 4 Hrl. notwendigen Prüfung. Sowohl im Schrifttum, als in behördlichen Entscheidungen (soweit dies aus der Rechtsprechung ersichtlich ist) wird jedoch wiederholt darauf hingewiesen, dass den noch zu erstellenden Managementplänen eine herausragende Bedeutung bei der Zulässigkeitsprüfung von Vorhaben zukommen wird. So erwähnt z.B. die Naturschutzbehörde im Falle des Semmering-Tunnels, dass sie eine Prüfung an Hand eines Managementplanes nicht hat durchführen können, da dieser noch nicht bestehe. Daher müsse vorlieb genommen werden mit einer Prüfung an Hand der Erhaltungsziele, die im Meldeformular genannt worden seien.

*Die Anforderungen an Inhalt und Tiefe einer Naturverträglichkeitsprüfung*

Der Verwaltungsgerichtshof stellt sehr hohe Ansprüche an die Naturverträglichkeitsprüfung. Illustrativ sei hingewiesen auf den Fall des Semmering-Tunnels. Hier waren im Verwaltungsverfahren eine Vielzahl von hydrogeologischen Gutachten, Gegengutachten und Obergutachten erstellt worden. Die Behörde kam in einem über 400 Seiten starken Bescheid zum Ergebnis, dass in der Kernfrage bzgl. der drainierenden Wirkung des Tunnels auf einige ökologisch äußerst wichtige Quellen, alle Gutachter einig seien. Auch im mehr als 100 Seiten (nach dem Layout des Raad van State wohl eher 200 Seiten) starken Gerichtsurteil nimmt die Wiedergabe der Gutachten viele Seiten ein. Der Gerichtshof befand jedoch, dass diese Schlussfolgerung nicht hinreichend unterbaut sei. Es reiche nicht aus, in der behördlichen Entscheidung aus Gutachten zu zitieren.<sup>268</sup> Auch im (zweiten) Entscheid über den Golfplatz Wörschach war der Verwaltungsgerichtshof nicht davon überzeugt, dass hinreichend belegt wäre, dass die Erweiterung der Anlage erhebliche Auswirkungen auf die örtliche Wachtelkönigpopulation habe. Dies verwundert nicht nur wegen der zahlreichen erstellten Gutachten, sondern vor allem auch, weil der EuGH zuvor in dieser Sache keinerlei Zweifel an den negativen Folgen der Golfplatzerweiterung gehabt hatte. Die hohen Ansprüche, die der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Naturverträglichkeitsprüfung stellt, wirken sich nicht immer zu Lasten der Naturschutzbelange aus. So hob der Verwaltungsgerichtshof in seiner ersten Entscheidung zum Golfplatz Wörschach den Zustimmungsbescheid zur Erweiterung auf, da die Behörde nicht hinreichend belegt habe, dass die angeordneten mitigierenden Maßnahmen und Ausgleichsmaßnahmen nachteilige Folgen für die Wachtelkönigpopulation verhindere. Auch in anderen Urteilen werden behördliche Bescheide, mit denen Aktivitäten in Europaschutzgebieten zugelassen werden, aufgehoben, da die Behörde nicht hinreichend genau unter-

---

<sup>268</sup> VwGH Erkenntnis v. 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel).



sucht und begründet hat, dass das in Rede stehende Gebiet nicht erheblich beeinträchtigt wird.<sup>269</sup>

*Den Stellenwert von mitigierenden Massnahmen innerhalb einer Naturverträglichkeitsprüfung*

Dazu konnten dem untersuchten Material keine brauchbaren Erkenntnisse entnommen werden.

*Die Möglichkeiten der Bevölkerung zur Stellungnahme innerhalb der Naturverträglichkeitsprüfung*

Nach Angaben der schriftlichen Anfrage der Abgeordneten Raschhofer vom 12. März 2003<sup>270</sup> enthalten 8 der neun Ländergesetze keine Vorschriften zur Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen der Naturverträglichkeitsprüfung.<sup>271</sup> Es scheint so, dass auch das allgemeine Verwaltungsrecht keine solche Pflicht kennt. Die Kommission kann darin übrigens keine Verletzung von EG-Recht erkennen.<sup>272</sup> Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist in Art. 6 Abs. 3 Hrl. ja nicht als zwingende Pflicht vorgesehen (“gegebenenfalls”). Anders wird die Sachlage, wenn gleichzeitig EG-rechtlich eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung besteht.

Bemerkenswert, und sicherlich für die Bedeutung des Art. 6 Hrl. in der Praxis von wesentlichem Einfluss, ist auch die Tatsache, dass drittbetroffene Bürger gerichtlich eine Verletzung von Naturschutzvorschriften nicht rügen können. Da die Regelungen des europäischen Naturschutzrechts dem Schutz der Allgemeinheit dienen und nicht dem Schutz individueller Bürger, können daraus keine subjektiv öffentlichen Rechte abgeleitet werden, so der Verwaltungsgerichtshof.<sup>273</sup> Insoweit ähnelt die österreichische Verwaltungsprozeßlehre stark der deutschen. Dies hat zur Folge, dass naturschutzrechtliche Rügen sehr viel seltener einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können. Es ist übrigens die Frage, ob nach dem “Kokkelvisserij-

<sup>269</sup> S. z.B. VwGH Erkenntnis v. 14. September 2004, 2001/10/0057 (Forstweg Wallersee).

<sup>270</sup> Amtsblatt 2004 C 11<sup>E</sup> v. 15. Januar 2004, S. 113,

<sup>271</sup> Nach D. Ennöckl, *Natura 2000*, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 105 gilt dies allerdings nicht für Kärnten.

<sup>272</sup> Antwort der Kommission vom 15. Mai 2003, Amtsblatt 2004 C 11<sup>E</sup> v. 15. Januar 2004, S. 114.

<sup>273</sup> S. z.B. VwGH Erkenntnis vom 14. Oktober 2003, 2001/05/1171 und VwGH Erkenntnis v. 19. November 2003, 2000/04/0175 (Sondermülldeponie). S. zu diesem Thema Ch.W. Backes, *Veel habitat, weinig richtlijnen?*, in: Ch. Backes, J.A.W.M. Ponten en F. Neumann, *Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn*, VMR 2000-4, Den Haag 2000, p. 31 ff.

Urteil” des EuGH diese Auffassung noch beibehalten werden kann. Der Verfasser meint, dass dies nicht der Fall ist, der Verwaltungsgerichtshof hat dies, soweit uns bekannt, bisher nicht diskutiert.

Schließlich sei hier auch noch darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof, anders als z.B. der niederländische Raad van State, Präklusionsvorschriften auch in Bezug auf eine Berufung auf direkt anwendbares EG-Recht für rechtmäßig hält. Dies hat der Gerichtshof in Bezug auf die Habitatrichtlinie ausdrücklich festgestellt.<sup>274</sup> Ein zu spätes Rügen einer Verletzung direkt anwendbaren Richtlinienrechts, hier des Art. 6 Hrl., ist also nicht deshalb unschädlich, weil es sich um EG-Recht handelt. Solche Rügen müssen schon im Widerspruchsverfahren vorgebracht werden. Da es auch in Österreich eine geraume Zeit gedauert zu haben scheint, bis sich die Kenntnis vom Bestehen und der rechtlichen Bedeutung der Habitatrichtlinie verbreitet hat, ist dies gerade in den vergangenen Jahren ein wesentliches Hindernis gewesen, um zu einer gerichtlichen Beurteilung der Rechtsfolgen des Art. 6 Hrl. zu gelangen.

#### *Die Anforderungen an die zu erwägenden Alternativen*

Weder in den Gerichtsurteilen, noch in der Literatur sind detailliertere Ausführungen zu den abzuwägenden Alternativen gefunden worden, allerdings mit einer bemerkenswerten Ausnahme. Im Entscheid über den Semmering-Tunnel (Hochgeschwindigkeits-Bahnstrecke) hatte die Naturschutzbehörde selbst Alternativen für die geplante Strecke angeführt und kam unter anderem aus diesem Grunde zum Ergebnis, dass die Plangenehmigung für den Semmering-Tunnel zu versagen sei. Der Verwaltungsgerichtshof hält dies für verfassungswidrig. Die Naturschutzbehörde ist eine Landesbehörde. Für die Planung und Verwirklichung von Eisenbahnneubaustrecken ist jedoch die Eisenbahnbehörde, eine Bundesbehörde zuständig. Einer Landesbehörde ist es dann kompetenzrechtlich versagt, das Ergebnis der Entscheidung und Abwägung der Bundesbehörde wesentlich zu beeinflussen oder gar die Verwirklichung dieses Ergebnisses zu verhindern. Die von der Naturschutzbehörde durchgeführte Alternativenprüfung könne also in keinem Falle dazu führen, dass der Streckenneubau an der geplanten Ort und Stelle verhindert würde. Auch dürfe die Naturschutzbehörde nicht das Vorliegen eines zwingenden öffentlichen Interesses prüfen. Die Eisenbahnbehörde habe bei ihrer Entscheidung ihrerseits Rücksicht zu nehmen auf die Naturschutzbehörde und deren Belange “zu berücksichtigen”. EG-rechtliche Bedenken gegen

---

<sup>274</sup> VwGH Erkenntnis v. 25. Mai 2000, 99/07/0072.

diese Konsequenzen verfassungsrechtlicher Kompetenzzuweisungen hatte der Verwaltungsgerichtshof nicht.<sup>275</sup>

Man darf die Frage stellen, ob ein "berücksichtigen" EG-rechtlich ausreicht. Die Naturschutzgesetze der Länder weisen auch in Fällen, in denen Bundesbehörden als erste für ein Projekt zuständig sind, die Prüfung aufgrund von Art. 6 Hrl. Den Landesnaturschutzbehörden zu. Die Bundesbehörden sind nicht verpflichtet, eine solche Prüfung in vollem Umfang durchzuführen. Zumindest lässt sich das nicht aus den Gesetzen ableiten. Da die Landesnaturschutzbehörden aber aus kompetenzrechtlichen Gründen die Prüfung nicht durchführen können, ist in solchen Fällen die Anwendung des Art.6 Hrl. nicht sichergestellt. Das scheint mir EG-rechtlich nicht zulässig. Es gäbe zwei Auswege aus diesem Dilemma. Entweder muss die Bundesbehörde Art. 6 Hrl. in einem solchen Fall direkt anwenden, oder die verfassungs- und kompetenzrechtlichen Regeln werden durch zwingendes und direkt anwendbares EG-Recht überwunden. Im einem Fall wie dem des Semmering-Tunnels hätte dies m.E. nach zur Konsequenz haben müssen, dass der Entscheid der Eisenbahnbehörde alleine schon deshalb rechtswidrig war und aufgehoben hätte werden müssen. Zu bedenken ist jedoch, dass im konkreten Fall, der der Semmering-Entscheidung zu Grunde lag, der Beschluss der Eisenbahnbehörde schon aus dem Jahre 1994 stammt. Es ist fraglich, ob zu jener Zeit schon eine Anwendung des Art. 6 Hrl. oder Art. 4 Abs. 4 Vogelrichtlinie angezeigt war. Der Verwaltungsgerichtshof scheint jedoch zu keiner dieser Lösungen bereit, ja scheint sie nicht einmal zu erwägen.

Die Frage der Alternativenprüfung ist eines der wichtigsten Themen in dem noch laufenden Vertragsverletzungsverfahren hinsichtlich der Bodenseeschnellstrasse S 18. Auch dort war die Trasse der Schnellstrasse im Fachplanungsverfahren verbindlich festgelegt, bevor im Rahmen der naturschutzrechtlichen Beurteilung eine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde. Die Generalanwältin sieht hierin einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 Hrl. Es müssen, so die Generalanwältin, alle Alternativen geprüft werden, "die nicht offensichtlich – ohne vernünftigen Zweifel – fern liegen." Gibt es Alternativen, die die geschützten Gebiete nicht oder weniger beeinträchtigen, hat die Behörde kein Auswahlmessen, sondern muss diese Alternativen wählen. Genau wie wir hiervor kritisiert die Generalanwältin, dass der Verwaltungsgerichtshof die federale Struktur Österreichs als Begründung heranzieht,

---

<sup>275</sup> VwGH Erkenntnis v. 16. April 2004, 2001/10/0156 (Semmering-Tunnel); s. hierzu auch P. Bußjäger, Naturschutz, Gemeinschaftsrecht und Landesverteidigung, NuR 2004, S. 141 ff. Dieser Beitrag scheint mir nach der Semmering-Tunnel-Entscheidung des VwGH teilweise überholt.

dass Alternativen, die zu einer Änderung einer durch eine Bundesbehörde festgelegten Trasse führen würden, nicht zumutbar seien.<sup>276</sup>

*Die Interpretation des Kriteriums überwiegende öffentliche Interessen und die Interpretation der anderen Ausnahmegründe aus Art. 6 Abs. 4 Hrl.*

Hierzu haben wir in den uns bekannten Gerichtsurteilen keine Hinweise finden können. Nach Angabe unseres Informanten gibt es zu Art 6 Abs 4 noch keine behördliche Entscheidung und erst recht keine gerichtlichen Ausführungen.<sup>277</sup>

*Die Anforderungen an Ausgleichsmassnahmen*

Auch hierzu haben sich die Gerichte noch nicht im Detail ausgesprochen. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Unmöglichkeit hinreichend qualifizierter Ausgleichsmassnahmen ein zwingender Grund ist, die Genehmigung zu versagen.<sup>278</sup> Die Generalanwältin weist im Verfahren C-209/04<sup>279</sup> (Bodenseeschnellstrasse) darauf hin, dass die Realisierung von Ausgleichsmassnahmen sicher sein muss. Dieser Voraussetzung war im dort behandelten Fall nicht Genüge getan.

*Die Verteilung der Verantwortlichkeit, die notwendigen Tatsachen darzutun. Welche Folge hat es, wenn Sachverhaltsfragen oder ökologische Folgen unzureichend geklärt sind?*

Dieser Punkt wurde bereits bei den Erläuterungen zum Vorsorgeprinzip behandelt.

Insbesondere sei nochmals verwiesen auf die u.E. mit dem EG-Recht streitige Fassung des § 10 Abs. 4 und 5 NÖ NSchG.

#### **4. DIE FOLGEN DES ART. 6 HRL. FÜR DIE PRAXIS**

*Werden infrastrukturelle Vorhaben und andere Projekte oft durch art. 6 Hrl. wesentlich verzögert oder unmöglich gemacht?*

Hier ist zu beachten, dass bei Großprojekten das Umweltverträglichkeitsgesetz (UVP-G) zur Anwendung kommt und dann das naturschutzrechtliche

---

<sup>276</sup> Schlussantrag in Rechtsache C-209/04 vom 27. Oktober 2005, Erwägungen 72 und 76.

<sup>277</sup> Siehe zur Interessenabwägung in der Literatur: D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 86 ff.

<sup>278</sup> D. Ennöckl, Natura 2000, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 88.

<sup>279</sup> S. Erwägung 90.

Verfahren im Zuge der UVP miterledigt wird. In diesem Rahmen ist eine umfangreiche Beürgerbeteiligung (vgl die ÖffentlichkeitsbeteiligungsRL) durchzuführen.

Soweit dies aus den untersuchten Gerichtsurteilen ersichtlich ist, werden infrastrukturelle Vorhaben und andere Projekte in nicht wenigen Fällen durch naturschutzrechtliche Auseinandersetzungen wesentlich verzögert. Dies betrifft große infrastrukturelle Maßnahmen (Autobahnen und Umgehungsstraßen, Hochgeschwindigkeits-Zugstrecken), aber auch kleinere Projekte (spezifische Teile von Flurbereinigungsplänen, Erweiterung von Golfplätzen, Befestigung eines Forstweges etc.). Gegen umstrittene Infrastrukturprojekte wird anscheinend von vielen Bürgern gerichtlich vorgegangen. So klagten im Falle einer Sondermülldeponie über 1000 Personen.<sup>280</sup> Auch ansonsten ist die Anwendung der Habitatrichtlinie in den letzten Jahren mit "großen öffentlichen Auseinandersetzungen" verbunden gewesen und ist dies wohl noch.<sup>281</sup> Dabei fällt auf, dass sich Genehmigungsverfahren und Rechtsstreite teilweise sehr lange, manchmal mehr als 10 Jahre, hinziehen. Auch kann den Urteilen entnommen werden, dass der Stellenwert der naturschutzrechtlichen Belange in der Abwägung seit der Anwendbarkeit des Art. 6 Hrl. deutlich gestiegen ist. Es sind aus der Rechtsprechung auch Fälle ersichtlich, in denen Vorhaben von vornherein unterlassen bzw. zurückgezogen wurden, nachdem deutlich wurde, dass sie in Vogel- oder Habitatrichtlinien-Gebiete fallen.<sup>282</sup> Der Verfasser kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Verwaltungsgerichtshof mit großem argumentativem Aufwand sehr bemüht ist, eine Anwendung des Art. 6 Hrl. zu vermeiden, um eine nachdrückliche "Behinderung" von Projekten durch Naturschutzbelange verhindern. Hingewiesen sei beispielhaft auf die Entscheidung zum Semmering-Tunnel und das zweite Urteil zur Erweiterung des Golfplatzes Wörschach. Keines der untersuchten Gerichtsurteile hatte zur Folge, dass ein Projekt schlußendlich nicht verwirklicht werden konnte.

In der Praxis hat Art. 6 Hrl. zu einer wesentlich intensiveren behördlichen Beschäftigung mit Naturschutzfragen geführt. Zanini spricht in diesem Zusammenhang von einem mit der Vollziehung der Richtlinien "exorbitant gestiegenem Arbeitsaufwand für die Behörde."<sup>283</sup>

<sup>280</sup> S. VwGH Erkenntnis v. 19. November 2003, 2000/04/0175.

<sup>281</sup> W. Suske, *Natura 2000 Service in Niederösterreich*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S. 179.

<sup>282</sup> S. z.B. die Herausnahme bestimmter Flächen aus einem landwirtschaftlichen Umlegungsverfahren (Flurbereinigung) VwGH 11. September 2003, 2003/07/0092.

<sup>283</sup> E. Zanini, *Das Naturverträglichkeits-Bewilligungsverfahren*, in: E. Zanini, B. Reithmayer, *Natura 2000 in Österreich*, NW-Verlag Wien/Graz 2004, S.

*Falls ja, aufgrund welcher Gründe scheitern Projekte und Pläne an Art. 6 Hrl.?*

Wie schon erwähnt sind uns keine Gerichtsurteile bekannt, die letztendlich zur Folge hatten, dass Projekte oder Pläne an Art. 6 Hrl. gescheitert wären. Das Projekt Wolfsthal/Berg wurde vom Betreiber im Berufungsverfahren wegen politischem Widerstand zurückgezogen. Derzeit ist das Projekt der Lobauautobahn in Wien heftig umstritten. Dazu läuft aber noch kein Verfahren. Vor dem EuGH läuft noch ein Verfahren zur Bodenseeschnellstrasse S 18. Die Generalanwältin hält die festgestellten Pläne für rechtswidrig. Auch der Verwaltungsgerichtshof wird in der Zukunft gezwungen sein, in vielen Fällen Art. 6 Hrl. anzuwenden.

Sofern aus den Gerichtsurteilen behördliche Praxis ersichtlich ist, werden dort Projekte aus unterschiedlichen, auf Art. 6 Hrl. basierenden Gründen versagt. Oft sind Alternativen vorhanden, manchmal überwiegt der Naturschutzbelang in der Abwägung.

# Landenrapport Vlaanderen

## 1. METHODE EN BRONNEN

### 1.1 Welke wetgeving werd onderzocht?

De implementatie van de richtlijnverplichtingen is in België een aangelegenheid van de gewesten.<sup>284</sup> Federale wet-en regelgeving kon in dit onderzoek daarom buiten beschouwing blijven.

In het Vlaamse Gewest zijn de verplichtingen van artikel 6 Habitatrichtlijn omgezet door middel van een wijziging van het Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (verder: Natuurbehoudsdecreet).<sup>285</sup> Ten behoeve van het onderhavige onderzoek is in de eerste plaats dit decreet geanalyseerd. Daarnaast zijn enkele uitvoeringsbesluiten en richtlijnen welke gelden ter nadere invulling van bepaalde onderdelen van het decreet, onderzocht. Daarbij is vooral gekeken of, en zo ja op welke wijze, voor de implementatie en uitvoering van de richtlijnverplichtingen cruciale begrippen uit artikel 6 Habitatrichtlijn nader zijn uitgewerkt en geconcretiseerd ten behoeve van de uitvoeringspraktijk. Met name de zogeheten dienstorder van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Departement Leefmilieu en Infrastructuur, waarin onder meer inhoudelijke en procedurele handvatten worden geformuleerd voor het uitvoeren van de passende beoordeling als bedoeld in artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn, heeft in dat kader centraal gestaan.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Een zogenaamde “gewestaangelegenheid” dus; zie art. 1 van het Decreet houdende wijziging van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, van het bosdecreet van 13 juni 1990, van het decreet van 16 april 1996 betreffende de landschapszorg, van het decreet van 21 december 1988 houdende oprichting van de Vlaamse Landmaatschappij, van de wet van 22 juli 1970 op de ruilverkaveling van landeigendommen uit kracht van wet zoals aangevuld door de wet van 11 augustus 1978 houdende bijzondere bepalingen eigen aan het Vlaamse Gewest, van het decreet van 23 januari 1991 inzake de bescherming van het leefmilieu tegen verontreiniging door meststoffen en van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1968.

Dit decreet wordt ook wel aangeduid als het Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu. Ook treft men in de literatuur de nog kortere benaming Wijzigingsdecreet of Natuurbehoudsdecreet aan (Van Hoorick 2004, p. 222). In dit landenrapport zal verder de term Natuurbehoudsdecreet worden gehanteerd.

<sup>285</sup> Zie voorgaande voetnoot.

<sup>286</sup> Deze als beleidsregel te kwalificeren nota dateert van 30 juni 2004 en heeft als kenmerk LJV 2004/11.

### 1.2 *Jurisprudentie en literatuur*

Naast voornoemde wet- en regelgeving is onderzoek gedaan naar relevante Vlaamse jurisprudentie. De hoeveelheid beschikbare uitspraken bleek echter (zeer) beperkt. Wel beschouwd is er tot op heden slechts één uitspraak (inzake het Deurgankdok) waarin de omzetting en toepassing van artikel 6 Habitatrichtlijn aan de orde komt. De voor dit landenrapport geraadpleegde referenten hebben desgevraagd niet meer bruikbare jurisprudentie kunnen aanleveren.

Tevens is bij het onderzoek gebruik gemaakt van literatuur van gezaghebbende Vlaamse auteurs. Het betrof becommentariërende Vlaamse publicaties met betrekking tot het Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, wetenschappelijke publicaties dienaangaande alsook een zeer recente empirische Vlaamse studie naar de implementatie van artikel 6 Habitatrichtlijn en vooral ook de uitvoering die daaraan in de bestuurspraktijk wordt gegeven.

### 1.3 *Contact met Vlaamse deskundigen*

Bij het vervaardigen van dit landenrapport is dankbaar gebruik gemaakt van de waardevolle input van de heren G. Van Hoorick en L. De Ridder. De heer Van Hoorick is als wetenschapper verbonden aan het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit te Gent. De heer De Ridder is werkzaam bij de Afdeling juridische dienstverlening van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. Aan hen is een eerdere versie van het landenrapport voorgelegd. Hun commentaar is in de onderhavige versie van het rapport verwerkt.

## 2. VRAGEN TEN AANZIEN VAN DE WETTELIJKE UITGANGSPUNTEN

### 2.1 *Hoe zijn de leden 2 t/m 4 van art. 6 Habitatrichtlijn omgezet in de wet- of regelgeving van de te onderzoeken landen. Doen zich (al) op basis van de wettekst opmerkelijke verschillen in de omzetting voor?*

In het Vlaamse Gewest is art. 6 Habitatrichtlijn als gezegd omgezet door middel van een wijziging van het Natuurbehoudsdecreet. Bij dit decreet zijn tevens een aantal andere sectorale decreten die in meer of mindere mate betrekking hebben op de bescherming van de natuur, samengevoegd.<sup>287</sup> De

<sup>287</sup> Een opsomming is gegeven in voetnoot 1, daarnaar zij verwezen. Dat de implementatie van de richtlijnverplichtingen in Vlaanderen moeizaam is verlopen, wordt onder meer besproken in G. Van Hoorick, *De implementatie van*



reikwijdte van het Natuurbehoudsdecreet betreft een ruimere dan alleen de implementatie van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn: het betreft het natuurbehoud en het natuurlijk milieu binnen Vlaanderen in zijn algemeenheid.

Die ruimere reikwijdte komt tot uitdrukking in de opbouw van het Natuurbehoudsdecreet. In de eerste plaats kent het decreet een groot aantal definities waarin begrippen als natuur, ecosysteem, organismen en soortenbehoud worden omschreven. Deze begrippen zijn niet specifiek voor de implementatie van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn (maar hebben in dat kader wel betekenis). Daarnaast zijn definities aan te treffen die wel typisch zijn voor de (uitvoering van) de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Voorbeelden zijn habitat (art. 2, 5<sup>e</sup>), instandhouding en gunstige staat van instandhouding (art. 2, 36<sup>e</sup>), natuurlijke kenmerken (art. 2, 38<sup>e</sup>) en betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ (art. 2, 30<sup>e</sup>).<sup>288</sup>

Betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ is gedefinieerd als “een aantasting die meetbare en aantoonbare gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone, in de mate er meetbare en aantoonbare gevolgen zijn voor de staat van instandhouding van de soort(en) of de habit(s) waarvoor de speciale beschermingszone is aangewezen of voor de staat van instandhouding van de soort(en) vermeld in bijlage III van dit decreet voorzover voorkomend in de betreffende speciale beschermingszone”.

Onder natuurlijke kenmerken moet dan volgens de definitie in het Natuurbehoudsdecreet worden verstaan

“Het geheel van biotische en abiotische elementen samen met hun ruimtelijke en ecologische kenmerken en processen die nodig zijn voor de instandhouding van

---

*Natura 2000 in het Vlaamse Gewest, in: Milieurecht in de lage landen, Rechtsvergelijkende studies over de milieuvergunning, emissiehandel, de watertoets, natuurbescherming en bestuurlijke handhaving in Vlaanderen en Nederland, Den Haag 2004, p. 215-230 en van dezelfde auteur Recente ontwikkelingen in het Vlaams natuurbehoudsrecht, M en R 1998, pp. 42-46.*

<sup>288</sup> Waar in het navolgende enkel een artikelnummer wordt genoemd, wordt bedoeld op bepalingen van het Natuurbehoudsdecreet.

- a) de natuurlijke habitats en de habitats van soorten waarvoor de betreffende speciale beschermingszone is aangewezen en
- b) de soorten vermeld in bijlage III”

In de tweede plaats zijn de organieke bepalingen van het decreet van toepassing op alle vromen van natuurbehoud, en dus niet alleen in Vogelrichtlijn- en Habitatrichtlijngebieden. Het decreet kent in hoofdstuk II een aantal “officiële structuren inzake natuurbeleid”. Onderscheiden worden de Vlaamse Hoge Raad voor natuurbehoud. Dit betreft een adviesorgaan dat gevraagd en ongevraagd advies uitbrengt aan de Vlaamse regering inzake alle aangelegenheden van natuurbehoud. Daarnaast is er het Instituut voor Natuurbehoud. Dit is een soort van wetenschappelijk bureau dat eveneens ten dienste staat van de Vlaamse regering. Het Instituut is onder meer verantwoordelijk voor het opstellen van zogenaamde natuurrapporten (art. 10 ) en heeft een ondersteunende taak bij het opstellen van het natuurbeleidsplan door de Vlaamse regering. Tevens ondersteunt het Instituut de hiervoor genoemde Hoge Raad (art. 5).

In de derde plaats zijn in het decreet ( hoofdstuk III) in algemene zin de doelstellingen van het natuurbeleid verwoord. Ook hier gaat het derhalve niet enkel om de doelstellingen van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. De genoemde maatregelen – of beter gezegd het instrumentarium – gelden derhalve ook buiten SBZ, zij het dat op verschillende plaatsen de maatregelen ter uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn expliciet worden benoemd. Veelal omdat aan die maatregelen verdergaande rechtsgevolgen worden verbonden.

Opvallend is in dit verband dat het decreet stelt dat de maatregelen ter uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn rekening houden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied en met regionale en lokale bijzonderheden (art. 7). Daarbij verdient opmerking dat artikel 7 ziet op de de positieve instandhoudingsmaatregelen als bedoeld in artikel 6 lid 1 Habitatrichtlijn (omgezet in art. 36ter, § 1, van het decreet), de preventieve maatregelen van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn (omgezet in art. 36ter, § 2) en de compenserende maatregelen van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn(omgezet in art. 36ter, § 5). Artikel 7 van het Natuurbehoudsdecreet ziet niet op de uitvoering van een passende beoordeling van plannen en projecten en het verbod om, tenzij de voorwaarden voor afwijking vervuld zijn, deze goed te keuren indien ze tot een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ zouden kunnen leiden (omgezet in art. 36ter, §§ 3 en 4 van het decreet). Ook het aanwijzen van speciale beschermingszones in uitvoering van

de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn (zie art. 36bis) is geen maatregel als bedoeld in art. 7 Natuurbehoudsdecreet.<sup>289</sup>

Maar ook als het “slechts” gaat om de maatregelen als bedoeld in art. 6 leden 1 en 2 Habitatrictlijn, rijst ons inziens de vraag in hoeverre het bepaalde in artikel 7 van het Natuurbehoudsdecreet zich verhoudt met het bepaalde in art. 6 Habitatrictlijn. In het bijzonder kan worden afgevraagd of art. 6 Habitatrictlijn de ruimte biedt om buiten de in dat artikel zelf liggende beleidsruimte, criteria te hanteren op grond waarvan de bij de uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn te nemen maatregelen worden beoordeeld. Veeleer lijkt art. 6 Habitatrictlijn te eisen dat die maatregelen moeten worden genomen die gelet op de doelstelling van (art. 6) de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn nodig zijn. Met deze noodzakelijkheidvraag lijkt een nadere belangenafweging als in artikel 7 van het decreet aangeduid, niet direct verenigbaar.

Een opsomming van de te nemen maatregelen treft men ook aan in hoofdstuk IV. Ook hier gaat het om maatregelen die in het algemeen ter bevordering van het natuurbehoud kunnen (let op: dit is dus een bevoegdheid en geen verplichting!) worden genomen door de Vlaamse regering. Ook de in het decreet onderscheiden planvormen – het natuurrapport, het natuurbeleidsplan en de natuurrichtplannen – gelden in het algemeen voor het natuurbehoud in het Vlaamse Gewest en dus niet specifiek voor Vogelrichtlijn - en de Habitatrictlijngebieden. Het natuurrichtplan heeft echter ten aanzien van SBZ in potentie enkele bijzondere rechtsgevolgen. Daarover hierna meer.

Wat betreft het gebiedsgerichte natuurbeleid onderscheidt het Natuurbehoudsdecreet enkele typisch Vlaamse begrippen zoals het Vlaams ecologisch netwerk (VEN, art. 17 e.v.), dat bestaat uit Grote Eenheden Natuur (GEN) en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling (GENO), maar ook de begrippen natuurreservaat en speciale beschermingszone worden genoemd. Wat opvalt is dat het decreet waar het de bescherming van VEN betreft, qua toetsings-systematiek aansluit bij art. 6 Habitatrictlijn. In het bijzonder art. 26bis jo 26bis, par 3 leggen die relatie bloot (geen onherstelbare schade, afwezigheid van alternatieven, dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en onder omstandigheden de verplichting tot het nemen van compenserende maatregelen). De gebieden

---

<sup>289</sup> Aldus referent De Ridder in zijn referentie van 20 oktober 2005. Volgens referent Van Hoorick is de kritische opmerking van de onderzoekers niet terecht, aangezien volgens hem art. 7 van het decreet slechts de omzetting van art. 2 Vogelrichtlijn inhoudt. Die stelling blijkt ons inziens echter niet uit de tekst van art. 7 van het decreet, nu daarin expliciet wordt gesproken over de “uitvoering van de Habitat- en Vogelrichtlijn”.

die binnen VEN vallen zijn echter niet per definitie tegelijkertijd SBZ als bedoeld in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Voor het onderhavige onderzoek in het bijzonder van belang is afdeling 3bis van het Natuurbehoudsdecreet die handelt over de speciale beschermingszones. In deze afdeling is de aanwijzing van SBZ geregeld, zowel waar het SBZ-V als SBZ-H betreft.

Het decreet bevat in art. 36bis een flinke hoeveelheid procedurele bepalingen met betrekking tot de aanwijzing.<sup>290</sup> De definitieve aanwijzing van SBZ geschiedt door de Vlaamse regering, waarbij het definitieve aanwijzingsbesluit steeds vooraf wordt gegaan door een voorlopig aanwijzingsbesluit (eveneens vastgesteld door de Vlaamse regering). Het voorlopige vaststellingsbesluit is onderworpen aan een vorm van inspraak (openbaar onderzoek), waarbij “adviezen en opmerkingen” door een ieder kunnen worden ingediend (art. 36bis, par. 2) bij het bestuursorgaan (de administratie) dat bevoegd is tot het natuurbehoud. Opvallend is dat expliciet aan de bevoegde organen op het gebied van de ruimtelijke ordening de mogelijkheid wordt geboden om hun adviezen met betrekking tot het voorlopige vaststellingsbesluit naar voren te brengen (art. 36bis, par. 4). Hieruit kan worden afgeleid, dat het spoor van de gebiedsbescherming in het kader van de implementatie van de Vogelrichtlijn in Vlaanderen gescheiden is van het spoor van de ruimtelijke ordening. Ook op basis van andere bepalingen van het decreet kan steun worden gevonden voor de stelling dat het ruimtelijke spoor duidelijk los wordt gezien van de implementatie van de Vogelrichtlijn. Het ruimtelijke spoor lijkt zelfs de voorrang te genieten boven het natuurbehoud, aangezien in art. 9 expliciet wordt gesteld dat de maatregelen die op grond van het Natuurbehoudsdecreet worden genomen – met uitzondering van de maatregelen die zijn genoemd in een goedgekeurd natuurrichtplan – geen beperking mogen inhouden voor activiteiten of handelingen die overeenstemmen met ruimtelijke uitvoeringsplannen. In art. 9 par. 2 is echter bepaald dat de maatregelen ter uitvoering van de Vogelrichtlijn onder meer het uitvoeren van een activiteit kunnen verbieden. Voor activiteiten die strekken ter uitvoering van gewestplannen en ruimtelijke uitvoeringsplannen (vergelijkbaar met het Nederlandse bestemmingsplan) wordt dan geen uitzondering gemaakt.

Over art. 9 van het decreet merkt referent De Ridder meer in detail op dat allerhande individuele of reglementaire beslui-

---

<sup>290</sup> Dat heeft wellicht te maken met het feit dat Vlaanderen in het verleden in gebreke is gesteld vanwege onder meer een in procedureel opzicht gebrekkige omzetting van de VR; zie HvJ 27 februari 2003, nr. C-415/01.

ten die genomen kunnen worden in uitvoering van het Natuurbehoudsdecreet en die bijvoorbeeld ter bescherming van de natuur vergunningsplichten of verboden invoeren, bepaalde activiteiten aan voorwaarden onderwerpen of die toelaten om bepaalde maatregelen van natuurontwikkeling te nemen, ingevolge art. 9, § 1, niet zover mogen gaan dat het hierdoor onmogelijk wordt om werken uit te voeren die overeenstemmen met de ruimtelijke bestemming vastgelegd in ruimtelijke ordeningsplannen. Zo zal het verbieden van bepaalde landbouwactiviteiten in voor de natuur belangrijke gebieden als gevolg van art. 9, § 1, indien die gebieden liggen in een zone die door een ruimtelijk ordeningsplan is bestemd voor agrarische activiteiten. Evenzo is het niet mogelijk dat om natuurbehoudsredenen industriële activiteiten onmogelijk worden gemaakt indien die plaats vinden in een zone die via een ruimtelijk ordeningsplan is bestemd voor industrie. Wat wel kan is het opleggen van allerhande randvoorwaarden aan bijvoorbeeld agrarische of industriële activiteiten zolang deze hierdoor, als ze plaats zouden vinden in een zone bestemd voor respectievelijk landbouw en industrie, maar niet onmogelijk worden. In bepaalde gevallen echter kunnen aan landbouw of industrie toch zeer ernstige beperkingen worden opgelegd, zelfs in de voor die activiteiten bestemde zones, namelijk wanneer deze beperkingen voortvloeien uit maatregelen bedoeld in art. 36ter, §§ 1 en 2, dit zijn de positieve instandhoudingsmaatregelen en de preventieve maatregelen van art. 6, leden 1 en 2 Habitatrichtlijn. Voorwaarde daarvoor is wel, zo stelt art. 9, § 1, eerste lid, dat die maatregelen opgenomen zijn in een natuurrichtplan dat slechts via een bijzonder omslachtige procedure en na uitgebreide inspraak van de grondeigenaars en –gebruikers kan tot stand komen. De passende beoordeling van plannen en projecten wordt echter niet als ‘maatregel’ beschouwd en valt dus niet onder de beperkende toepassing van art. 9, § 1. De passende beoordeling kan dus wel leiden tot de weigering een vergunning te verlenen voor bijvoorbeeld een industriële activiteit (zelfs in een zone die door een ruimtelijk ordeningsbesluit is bestemd voor industrie) en dit louter op basis van de conclusie uit de passende beoordeling dat de activiteit tot een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ kan leiden.

Naast een algeheel verbod bestaat ook de mogelijkheid tot het afhankelijk stellen van een activiteit van een voorafgaande vergunning of machtiging dan wel de verplichting om het bevoegd gezag van de uitvoering van de activiteit vooraf schriftelijk in kennis te stellen. In het decreet zijn geen overgangsrechtelijke bepalingen opgenomen, zodat een verbod terstond gevolgen heeft voor de feitelijke situatie. Wel voorziet het decreet in eventueel aan particulieren aan te bieden schadevergoeding. Omtrent dergelijke vergoedingen kunnen door de Vlaamse regering nadere regels worden vastgesteld (art. 9 par. 2).

Wat betreft de gebiedsbescherming zij nog gewezen op een tweetal elementen. In de eerste plaats het hiervoor reeds genoemde natuurrichtplan. In een dergelijk plan moet ingevolge art. 48 de gebiedsvisie voor een SBZ worden vastgelegd. Bovendien moet in het plan zijn aangegeven welke stimulerende en bindende maatregelen nodig zijn om de gebiedsvisie te realiseren, met vermelding van de specifieke instrumenten die daarvoor kunnen worden gebruikt binnen het desbetreffende gebied. Bezien vanuit de gebiedsbescherming – in het bijzonder de instandhouding van SBZ – lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het natuurrichtplan een belangrijke figuur is. Vanuit dat licht bezien is het opvallend om te moeten constateren dat het natuurrichtplan niet per definitie bindend is voor de overheid (art. 48, par. 4). Nog meer in het oog springend is dat uit praktijkonderzoek is gebleken dat in Vlaanderen tot op heden geen enkel natuurrichtplan is vastgesteld! Wel zijn een aantal plannen in procedure.<sup>291</sup>

Verder verdient vermelding dat de “habitattoets” zoals die in het decreet in art. 36ter, §§ 3 tot 6, is opgenomen, voor het grootste deel een min of meer letterlijke kopie vormt van de bepalingen van art. 6 Habitatrichtlijn. Enkele richtlijnbegrippen zijn echter door de Vlaamse wetgever “vertaald”. Significante nadelige effecten wordt in het decreet bijvoorbeeld betekenisvolle verstoring of betekenisvolle aantasting genoemd. Een echte inhoudelijke invulling van het richtlijnbegrip wordt aldus in onze optiek echter niet bereikt, aangezien criteria ontbreken om vast te stellen wanneer dan precies sprake is van een betekenisvolle verstoring of aantasting. Het begrip gunstige staat van instandhouding is in de definitiebepalingen van het decreet wel nader omschreven, waarbij een onderscheid is aangebracht tussen de gebieds- en soortenbescherming.<sup>292</sup> Nadere bestudering van de definitie ten aanzien van de gebiedsbescherming leert echter dat deze inhoudelijk voor de

<sup>291</sup> Referentie L. De Ridder, bij e-mail d.d. 30 juni 2005.

<sup>292</sup> Art. 2, 36<sup>e</sup>.

praktijk naar onze inschatting niet veel concreets toevoegt.<sup>293</sup> In de definitie wordt namelijk gesteld dat een gunstige staat van instandhouding is de staat van instandhouding die voor de voor de habitat gunstige typische soorten gunstig is. Wel worden er in art. 2, 36<sup>e</sup>, nog twee andere elementen opgesomd die vereist zijn opdat de staat van instandhouding van een habitat als gunstig kan worden beschouwd:

- 1) het natuurlijk verspreidingsgebied van de habitat en de oppervlakte van die habitat binnen dat gebied moeten stabiel zijn of toenemen, en
- 2) de nodige specifieke structuur en functies voor behoud (van de habitat) op lange termijn bestaan en zullen ook in de toekomst vermoedelijk blijven bestaan.

De elementen ten aanzien van de oppervlakte lijken ons voor de praktijk werkbaar, want objectief waarneembaar. Wat echter precies onder de “nodige specifieke structuur en functies” moet worden verstaan blijft op grond van deze definitie betrekkelijk vaag.

## 2.2 *Wat voor type regelgeving betreft het? (avv, beleidsregels, circulaires?)*

Het Natuurbehoudsdecreet kan in de terminologie van het Nederlandse recht worden gekwalificeerd als een wet in formele zin. België is immers een federale staat en een decreet is een wetgevende akte van de gewesten of gemeenschappen, in casu het Vlaamse Gewest. Het is vastgesteld door het Vlaams Parlement. Op verschillende plaatsen bevat het decreet de bevoegdheid voor de Vlaamse regering tot het vaststellen van nadere regels (dit zijn in de Nederlandse terminologie algemeen verbindende voorschriften). Het kan dan gaan om procedurele voorschriften (bijv. art. 26bis, par 1: regels omtrent de wijze waarop onvermijdbare en onherstelbare schade moet worden aangetoond) alsook om inhoudelijke voorschriften waarmee het decreet nader invulling wordt gegeven (bijv. art. 36bis, par. 1: nadere regels omtrent inhoud en vorm van het SBZ-aanwijzingsbesluit).

Naast algemeen verbindende voorschriften bevat het decreet organieke voorschriften omtrent de instituties die binnen het Vlaamse natuurbeschermings-

---

<sup>293</sup> Referent Van Hoorick meent overigens dat van een nadere praktische invulling wel degelijk sprake is, aangezien de staat van instandhouding in art. 2, 44<sup>e</sup> en 45<sup>e</sup> ook zijn gedefinieerd. Die definitie luidt wat betreft de habitat: de som van de invloeden die op de betrokken habitat en daar voorkomende typische soorten inwerken en op de lange termijn een verandering van kunnen bewerkstelligen in de natuurlijke verspreiding, de structuur en de functies van die habitat of die van invloed kunnen zijn op het voortbestaan op lange termijn van de betrokken typische soorten in het Vlaamse Gewest.

recht een rol spelen. Tevens zijn als gezegd regels opgenomen inzake de uitvoering van het toezicht evenals een opsomming van de instanties die tot de uitvoering van het toezicht op het decreet bevoegd zijn (hoofdstuk IX)).

2.3 *Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?*

Het decreet heeft zoals hiervoor al is gebleken betrekking op het natuurbehoud in Vlaanderen in de ruime zin van het woord. Het gaat dus niet alleen om een implementatie van de Vogelrichtlijn maar de reikwijdte van het decreet is ruimer. Bovendien ziet het gebiedgerichte instrumentarium ook op natuurontwikkeling (art. 6) en niet alleen op natuurbehoud en ook de waterhuishoudkundige belangen hebben in het decreet een plaats gekregen in het kader van het beheer van de VEN (bijv. art. 18 en art. 28).

Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat het decreet geen geïntegreerde milieu- of omgevingswet is. Hiervoor is al aangegeven dat op verschillende plaatsen in het decreet blijkt dat het ruimtelijke ordeningsspoor in Vlaanderen los staat van het natuurbehoud. En ook het milieubeleid wordt als sector van het natuurbehoud onderscheiden, hetgeen duidelijk blijkt uit het feit dat er ten aanzien van het milieubeleid een afzonderlijk decreet bestaat.<sup>294</sup> Wel wordt in het Natuurbehoudsdecreet een juridische koppeling gelegd met andere sectoren. Voor de sector milieu komt dit onder meer tot uitdrukking in het feit dat het natuurbeleidsplan juridisch gezien onderdeel uitmaakt en vastgesteld moet worden binnen het kader dat het milieudecreet daarvoor stelt (art. 11).

Geconcludeerd kan worden dat de reikwijdte van het decreet verder strekt dan enkel natuurbehoud, maar dat van een integrale milieu- of omgevingswet duidelijk geen sprake is.<sup>295</sup>

2.4 *Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?*

De soortenbescherming van planten en dieren heeft in het Natuurbehoudsdecreet een afzonderlijke plaats gekregen in hoofdstuk VI. De planten- en soortenbescherming maakt aldus integraal onderdeel uit van het Vlaamse na-

<sup>294</sup> Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid.

<sup>295</sup> Uit de literatuur kan overigens worden opgemaakt dat van een dergelijke integrale wetgeving voornamelijk in geen enkele lidstaat sprake is. Zie o.a. F.H. Kistenkas, *Implementing european nature conservation law. The integration en interpretation problems of the Habitats and Birds directives*, p. 2.



tuurbeleid. In hoofdstuk VI wordt een aantal specifieke voor de soortenbescherming te benutten maatregelen genoemd. Verbodsbepalingen en vergunningstelsels worden hier genoemd, maar deze vergen allemaal uitvoeringsbesluiten te nemen door de Vlaamse regering. Opvallend is dat de bepalingen over planten- en soortenbescherming relatief gezien een ondergeschikte plaats innemen binnen het decreet.

Tot slot bevat het decreet strafbepalingen en bepalingen omtrent de uitvoering van het toezicht. Van belang is ook te wijzen op de bij het besluit behorende bijlagen, waarop staat aangegeven welke habitats en welke te beschermen soorten als bedoeld in de Vogelrichtlijn binnen Vlaanderen voorkomen. Vermelding verdient tevens bijlage V, waarop de inhoudelijke criteria staan aangegeven op grond waarvan de gebieden moeten worden geselecteerd die als SBZ in het kader van de HR worden aangewezen

Het decreet bevat bepalingen omtrent gebiedsbescherming alsook bepalingen omtrent (planten-) en soortenbescherming. De soortenbescherming is geconcentreerd in hoofdstuk VI. In verhouding nemen de soortenbeschermingsbepalingen een ondergeschikte plaats in binnen het decreet, zij het dat wel in herinnering moet worden geroepen dat een groot deel van het instrumentarium van het decreet geldt voor het natuurbehoud in het algemeen, waarvan de soortenbescherming onderdeel uitmaakt. Verspreid over het decreet kunnen dus instrumenten en planvormen worden aangetroffen waarbij ook de soortenbescherming object van regeling vormt.

Bij de bescherming van de soorten gaat het primair om de soorten aangeduid op bijlage III en IV van het decreet. In deze bijlagen staat aangegeven welke door de Vogelrichtlijn genoemde soorten in Vlaanderen voorkomen. Maar ook ter bescherming van “overige” soorten kunnen door de Vlaamse regering maatregelen worden getroffen op grond van het decreet. De reikwijdte van de soortenbescherming is derhalve ruimer dan strikt noodzakelijk voor de Vogelrichtlijn implementatie (is in Nederlandse Ffw evenzeer het geval).

De maatregelen die specifiek ter bescherming van soorten kunnen worden genomen worden opgesomd in art. 51. Het betreft onder meer het instellen van verboden op het opzettelijk verstoren van soorten en het instellen van vergunningstelsels.

### *2.5 Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?*

Voor de toepassing van het Natuurbehoudsdecreet is primair de Vlaamse regering verantwoordelijk. De maatregelen die ter bevordering van het natuurbehoud nodig zijn worden in alle gevallen door de Vlaamse regering genomen. Zij stelt de voor de implementatie van de Vogelrichtlijn belangrij-

ke SBZ-aanwijzingsbesluiten vast en ook het natuurbeleidsplan. De regering wordt echter ondersteunt door de Vlaamse Hoge Raad voor Natuurbehoud en het Instituut voor Natuurbehoud.

Op het vlak van de uitvoering en de toepassing van de habitattoets, ligt het zwaartepunt bij de decentrale overheden. De passende beoordeling wordt uitgevoerd op initiatief van diegene die een vergunningsplichtige activiteit wil uitvoeren of een plan wil vaststellen dat mogelijk significante effecten heeft op een SBZ. De passende beoordeling wordt dan samen met de vergunningsaanvraag voorgelegd aan de overheid die bevoegd is om over de vergunningsaanvraag een beslissing (weigeren of verlenen van de vergunning) te treffen, na advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud. Idem voor ontwerpen van plannen: deze worden samen met de passende beoordeling voorgelegd aan de overheidsinstantie die bevoegd is het plan al dan niet goed te keuren, na advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud. De overheidsinstanties die beslissen over een vergunningsaanvraag of een ontwerpplan, zijn diegene die aangeduid zijn in de betreffende sectorale wetgeving. In vele gevallen gaat het om het college van burgemeester en schepenen (gemeentebestuur) of de bestendige deputatie (provinciebestuur). Voor plannen is het in sommige gevallen het gemeentebestuur, maar in vele gevallen het provinciebestuur of, wellicht nog meer, de Vlaamse regering. Het zijn dus de vergunningverlenende overheden en de overheden die over de plannen beslissen die erop moeten toezien dat geen vergunningen verleend of plannen goedgekeurd worden die significante negatieve effecten kunnen veroorzaken in een SBZ. In de afwijkingsprocedure, in geval van dwingende redenen van groot openbaar belang en bij afwezigheid van voor de SBZ minder schadelijke alternatieven, is er een tussenkomst voorzien van de Vlaamse regering. Het is namelijk steeds de Vlaamse regering die moet beslissen of er sprake is van dwingende redenen van groot algemeen belang. Het decreet voorziet niet in een adviestertermijn. Wel is het zo dat zolang er geen beslissing is over de aanwezigheid van dwingende redenen, de vergunning niet zal kunnen worden verleend of het plan niet kunnen worden goedgekeurd.

Decentrale overheden hebben voort de belangrijke taak tot het vaststellen van natuurrichtplannen (art. 48). Van die vaststelling blijkt in de praktijk echter nog weinig terecht te komen vanwege de uitgebreide procedure die aan de vaststelling van dergelijke plannen vooraf dient te gaan en ook vanwege het feit dat men met de grondgebruikers en eigenaren steeds tot con-

sensus wenst te komen alvorens het natuurrichtplan in procedure wordt gebracht.<sup>296</sup>

Naast overheden hebben in het decreet ook particuliere partijen een plaats gekregen. Deze spelen met name een rol bij het gebiedsgerichte natuurbehoud. Genoemd kunnen worden de “erkende beheerscommissie” (art. 2, 16<sup>e</sup>) en de “erkende terreinbeherende natuurvereniging” (art. 2, 18<sup>e</sup>). Ook in de zogenaamde MINA-raad (art. 10) hebben particuliere instanties zitting (bijv. vertegenwoordigers van natuur- en milieuverenigingen en vertegenwoordigers van organisaties die zitting hebben in de Sociaal Economische Raad van Vlaanderen).<sup>297</sup>

*2.6 Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?*

Een onderscheid tussen nieuwe projecten en bestaand gebruik wordt als zodanig niet gemaakt. Gesteld wordt in algemene zin dat de administratieve overheid in de SBZ, ongeacht de bestemming van het betrokken gebied, de nodige instandhoudingsmaatregelen treft. De te nemen maatregelen worden voor de SBZ in hoofdstuk 5, afd. 3bis echter niet specifiek opgesomd, daarvoor moet worden teruggegrepen op de maatregelen die in hoofdstuk III in zijn algemeenheid als instrumentarium van natuurbehoud zijn aangeduid. Op verschillende plaatsen binnen dat hoofdstuk is een verwijzing naar art. 36ter (SBZ) opgenomen (bijv. art. 9, par. 1). Deze maatregelen lijken ook bestaand gebruik te betreffen; het decreet verplicht tot het nemen van de benodigde maatregelen teneinde de doelstelling van de SBZ te waarborgen.

Wat betreft de uit te voeren “habitattoets” kan uit art. 36ter, par. 3 worden afgeleid dat deze alleen aan de orde is indien het een vergunningplichtige activiteit betreft. Het gaat dan zowel om nieuwe projecten als om bestaande vergunningplichtige activiteiten waarvoor een nieuwe vergunning moet worden verleend.

Interessant is dat het decreet expliciet bepaalt dat de initiatiefnemer van een project verantwoordelijk is voor het opstellen van de passende beoordeling (als bedoeld in art. 6 lid 3 Habitatrictlijn).

---

<sup>296</sup> A. Cliquet e.a., Gebiedsgericht natuurbeleid: operationalisering en uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn, Gent (nog te verschijnen), par. 4.8.

<sup>297</sup> Referentie L. De Ridder bij e-mail d.d. 30 juni 2005.

2.7 *Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?*

De mogelijkheid van mitigatie is niet vervat in art. 36ter van het decreet. Wel geven beide referenten aan dat naar hun mening in art. 16 van het decreet een wettelijke grondslag voor mitigatie kan worden gevonden. Het gaat hier om maatregelen die niet specifiek zijn voor SBZ, maar in zijn algemeenheid ten behoeve van het natuurbehoud kunnen worden getroffen. Meer precies verplicht art. 16 lid 1 de vergunningverlenende overheid te voorkomen dat het verlenen van de vergunning leidt tot “vermijdbare schade” aan de natuur. Dergelijke schade moet worden voorkomen door het verbinden van voorwaarden aan de vergunning en, als dat niet voldoende is, moet de vergunning worden geweigerd.

Een definitie van het begrip mitigatie treft men in het decreet noch in uitvoeringsregelingen aan.

**3. VRAGEN M.B.T. DE INTERPRETATIE VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN DOOR DE RECHTER**

*Vooraf*

Wat opvalt is dat in Vlaanderen tot op heden nauwelijks jurisprudentie van de bestuursrechter is verschenen waarin de toetsing aan artikel 6 Habitatrictlijn aan de orde komt. Ook na herhaalde raadpleging van de referenten in Vlaanderen, zijn er slechts één klein aantal uitspraken voor het voetlicht gekomen. Daarbij gaat het bovendien voor een deel om uitspraken waarin de aanwijzing van een SBZ (als bedoeld in de Vogelrichtlijn) aan de orde is of de verbindendheid van het Natuurbehouddecreet en dus niet de toepassing van artikel 6 Habitatrictlijn.<sup>298</sup>

De toepassing van artikel 6 Habitatrictlijn voor de vraag of een bepaald project doorgang kan vinden is eigenlijk tot op heden alleen aan de orde geweest in de zaak over de uitbreiding van de containerhaven te Doel, beter bekend als het Deuganckdok.<sup>299</sup> Over deze zaak heeft ook het Arbitragehof enkele uitspraken gedaan, dit naar aanleiding van het zogeheten Nooddecreet dat de Vlaamse regering had vastgesteld vanwege de uitspraak

<sup>298</sup> Arrest d.d. 28 juni 2001, nr. 97.221 inzake J. ACKE e.a. (Raad van State) resp. arrest d.d. 3 maart 2004, nr. 31/2004 (Arbitragehof).

<sup>299</sup> Arrest van de Raad van State d.d. 30 juli 2002, nr. 109.563. Het besluit waartegen het beroep zich richtte betrof kort gezegd het besluit d.d. 8 september 2000 inzake de wijziging van het gewestplan Sint- Sint-Niklaas-Lokeren ten behoeve van de aanleg van onder meer een containerterminal.

van de Raad van State in Deurganckdok.<sup>300</sup> Het Nooddecreet had tot doel om de aanleg van de zeehaven toch mogelijk te maken, onder meer omdat in het decreet was bepaald dat de Vlaamse regering de benodigde (stedenbouwkundige) vergunningen in strijd met het Gewestplan kon verlenen. OP die manier werd de uitspraak van de Raad van State de facto juridisch omzeild. Terecht is deze gang van zaken – zeker gelet op de doelstellingen van art. 6 Hrl. - zeer kritisch onthaald.

*3.1 Is, volgens de rechter en de deskundigen in het desbetreffende land, sprake van een correcte omzetting van art. 6 Habitatrichtlijn in het recht van de lidstaat?*

De uitspraak in zake het Deurganckdok dateert van vóór de inwerkingtreding van de wijziging van het Natuurbehoudsdecreet in 2002. Of er op het moment van de besluitvorming door het Vlaamse gewest sprake was van een correcte implementatie van de richtlijnverplichtingen, staat niet ter discussie: van een deugdelijke implementatie was geen sprake.<sup>301</sup>

De vraag of het Natuurbehoudsdecreet als een deugdelijke implementatie moet worden gezien, is, voorzover wij hebben kunnen nagaan, tot op heden niet expliciet aan de Vlaamse rechterlijke instanties voorgelegd of aan door deze beoordeeld.

*3.2 Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrichtlijn dan nog bij bestuurlijke en rechterlijke besluiten?*

De rol van artikel 6 Habitatrichtlijn ná de inwerkingtreding van het Natuurbehoudsdecreet is in de zin van een rechtstreekse werking (zie het gestelde bij de volgende onderzoeksvraag) uitgespeeld. Dat wil echter niet zeggen dat inhoudelijke zin artikel 6 Habitatrichtlijn niet meer relevant is. Immers, zoals we in het eerste deel van dit rapport hebben uiteengezet, is ter implementatie van de richtlijnverplichtingen het bepaalde in artikel 6 Habitatrichtlijn onverkort overgenomen in het Natuurbehoudsdecreet. Dat betekent dat bij de toepassing van dit decreet, in het bijzonder artikel 36 e.v., inhoudelijk dezelfde toetsing moet worden uitgevoerd als bij een rechtstreekse toepassing van artikel 6 Habitatrichtlijn het geval geweest zou zijn. Formeel-juridisch gezien is de rol van artikel 6 dus uitgespeeld, de facto geenszins.

<sup>300</sup> Arrest Arbitragehof 2 juli 2003, 94/2003. Zie daarover ook A.A. Freriks, Gebiedsbescherming op grond van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn: implementatie in Nederland, in: Milieurecht in de lage landen, Den Haag 2004, pp. 252-253.

<sup>301</sup> Zie o.a. Van Hoorick 2004, p. 217-218.

### 3.3 *Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrictlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?*

Hoewel als gezegd het Natuurbehoudsdecreet inmiddels heeft te gelden als implementatie van (onder meer) artikel 6 Habitatrictlijn en derhalve vooralsnog moet worden aangenomen dat de rechter geen reden meer ziet om direct aan de richtlijnbevestigingen te toetsen, is het gelet op de doelstelling van dit onderzoek toch wel interessant om deze vraag ook te bezien aan de hand van het arrest inzake het Deurganckdok. Herhaald zij dat dit arrest is geweest vóórdat het Natuurbehoudsdecreet in werking was getreden. Niettemin is wel van belang om vast te stellen dat ook de Vlaamse Raad van State een rechtstreekse werking aannam ten aanzien van het bepaalde in artikel 4 leden 1, 2 en 4 van de Vogelrichtlijn en artikel 6 leden 2 tot en met 4 van de Habitatrictlijn. Aan die bepalingen werd door de rechter direct getoetst (en gelet op de activiteiten die men voornemens was te verrichten, het project werd in strijd met artikel 6 Habitatrictlijn geacht).

Opmerking verdient dat in de zaak van Deurganckdok de rechter toetst aan artikel 6 Habitatrictlijn terwijl het ging om een aangemelde SBZ-V die deels nog niet door de Vlaamse regering was aangewezen.<sup>302</sup> Het Deurganckdok-arrest dateert echter van ná het bekende arrest van het HvJEG inzake Basses Corbières te Frankrijk<sup>303</sup>, waarin kort gezegd door het Hof is uitgemakt dat de schakelbepaling van artikel 7 Habitatrictlijn – en dus het bepaalde in artikel 6 Habitatrictlijn – op een SBZ-V alleen van toepassing is indien die SBZ daadwerkelijk is aangewezen. Aldus kan worden geconcludeerd dat de toepassing van artikel 6 Habitatrictlijn in de Deurganckdokzaak niet in overeenstemming is geweest met de jurisprudentie van het HvJEG. Getoetst had moeten worden aan artikel 4 Vogelrichtlijn, hetgeen zonder meer tot de conclusie had moeten leiden dat de geplande activiteiten wegens significante nadelige effecten op de SBZ-V geen doorgang konden vinden.<sup>304</sup>

Over het feit dat een deel van de SBZ-V niet was aangewezen valt trouwens nog wel iets meer te zeggen. Aanvankelijk was het aangewezen gebied namelijk groter, maar 10 jaar na de aanwijzing is het gebied bij een

<sup>302</sup> Van Hoorick 2004, p. 220. Zie p. 18 en 29 van het arrest. Het betreft in het bijzonder de Linkerscheldeoever.

<sup>303</sup> HvJEG 7 december 2000, AB 2001, 24 m.nt ChB.

<sup>304</sup> Aan overwegingen omtrent compenserende maatregelen als bedoeld in art. 6 lid 4 Habitatrictlijn komt men dan niet toe. Het was met name het gebrek aan (voldoende) compenserende maatregelen dat de Raad van State in het Deurganckdok-arrest tot een schorsing van het besluit leidde.

tweede besluit van de Vlaamse regering “ingekrompen”.<sup>305</sup> Deze inperking was ingegeven door landbouw- en bedrijfseconomische redenen. Er zij op gewezen dat bij de aanwijzing – en dus ook een eventuele wijziging van de oorspronkelijke aanwijzing – louter ornithologische criteria een rol mogen spelen. Een (gewijzigd) aanwijzingsbesluit dat (mede) is gebaseerd op andere dan ornithologische argumenten moet in strijd met de Vogelrichtlijn worden geacht.

Verder valt te constateren dat de RvSt net als zijn Nederlandse tegenhanger uitgaat van externe werking van een SBZ.<sup>306</sup>

3.4 *Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn en wat houdt deze toets dan in?*

Dit blijkt niet uit de bestudeerde jurisprudentie.

3.5 *Hoe worden de vereisten van art. 6 lid 3 en lid 4, respectievelijk de toepasselijke wettelijke normen van de lidstaat door de rechter geïnterpreteerd, met name ten aanzien van onderwerpen die thans in Nederland problemen opwerpen? Hierbij komen aan de orde:*

- de betekenis van “plan of project”

Dit criterium wordt in de beschikbare jurisprudentie niet expliciet behandeld. Uit het feit dat aan artikel 6 Habitatrichtlijn wordt getoetst kan echter worden afgeleid dat de aanleg van een havenwerk tot een plan of project wordt gerekend. Bovendien gaat het om een procedure omtrent de vaststelling/wijziging van een “gewestplan”. Een dergelijk plan is in grove lijnen vergelijkbaar met het Nederlandse bestemmingsplan. Ook de Vlaamse rechter past derhalve de richtlijnbevestigingen toe in een planologische procedure.

In het decreet wordt overigens niet gesproken over plannen en projecten maar over plannen en programma’s. Daaronder moet volgens de definitie in het decreet worden verstaan:

Een document waarin beleidsvoornemens, beleidsontwikkelingen of grootschalige overheids-, particuliere-, of gemengde activiteiten worden aangekondigd en dat wordt opge-

<sup>305</sup> Besluit van 23 juni 1998.

<sup>306</sup> Van een aantal appellanten liggen de gronden blijkens het arrest buiten de SBZ. Appellanten beroepen zich echter op de “bufferwerking” die de SBZ zou moeten hebben, hetgeen klaarblijkelijk door de RvSt wordt overgenomen.

maakt en vastgesteld, gewijzigd of herzien op initiatief of onder toezicht van het Vlaamse Gewest, de provincies, de intercommunales, de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en/of gemeenten, en/of van de federale overheid of waarvoor medefinanciering voorzien is door de Europese Gemeenschap of door het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap in het kader van de internationale samenwerking, voor zover voorgenomen plan of programma aanzienlijke milieu- of veiligheidseffecten kan hebben op het grondgebied van het Vlaamse Gewest.

Deze omschrijving is in de literatuur bekritiseerd, omdat aldus niet alle schadelijke activiteiten of plannen of projecten aan de habitattoets worden onderworpen. Het decreet mist een soort van “vangnetbepaling” waardoor wordt gewaarborgd dat alle activiteiten, plannen of projecten die mogelijk significant negatieve effecten voor een SBZ hebben aan de habitattoets worden onderworpen.<sup>307</sup>

- de vraag of een passende beoordeling ook bij strategische plannen van een hoger abstractieniveau (vergelijkbaar met streekplannen, pkb'en e.d.) of beleidskaders wordt uitgevoerd

De toepassing van het aspect van de passende beoordeling komt in de onderzochte rechtspraak niet expliciet naar voren. Wel blijkt uit het feit dat compenserende maatregelen hadden moeten worden getroffen in de zin van artikel 6 lid 4 Habitatrictlijn, gevoeglijk dat de Raad van State van oordeel was dat de voorgenomen activiteiten significant nadelige effecten op de SBZ-V zouden hebben. Impliciet had op dit punt kennelijk een beoordeling plaatsgevonden.

Uit de onder het vorige punt weergegeven definitie van “plan of programma” kan wel worden afgeleid dat ook beleidsvoornemens als zodanig onder de definitie vallen.

- de vraag of een onderscheid wordt gemaakt tussen een “voor-toets” (of een passende beoordeling nodig is) en de passende beoordeling zelf, en zo ja, of dit wettelijk is verankerd

---

<sup>307</sup> A. Cliquet e.a., *Gebiedsgericht natuurbeleid: operationalisering en uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn*, Gent (nog te verschijnen), p. 106.



Het vereiste van een passende beoordeling is naar huidig Vlaams recht wél in de wet verankerd (artikel 36 e.v. Natuurbehoudsdecreet, zie daarvoor deel I van dit rapport).

- de vraag of en hoe daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten

Er wordt in het Natuurbehoudsdecreet onderscheid gemaakt tussen bestaande en nieuwe projecten. Zie hiervoor deel I.

- het criterium van mogelijk significante schade in lid 3

Dit punt komt niet helder in de rechtspraak naar voren. Uit Deurganckdok blijkt alleen impliciet, zoals zojuist aangegeven, dat de Raad van State van mening was dat er significant schadelijke effecten zouden optreden.

In het Natuurbehoudsdecreet is dit punt wel nader uitgewerkt, met name door middel van de definitie “betekenisvolle aantasting van natuurlijke kenmerken”. Zie daarvoor vraag 2.1.

- het voorzorgbeginsel

Dit element komt in de beschikbare rechtspraak niet naar voren.

Wel is het beginsel neergelegd in het Natuurbehoudsdecreet, te weten in art. 36 ter, lid 2.

- het omgaan met eventuele cumulatie

Omtrent de kwestie van cumulatie is in de rechtspraak in zoverre iets terug te vinden, dat verschillende projecten tezamen worden bekeken op eventuele schadelijke effecten voor de SBZ. Wanneer bepaalde projecten voor de habitattoets nu tezamen dan wel op zichzelf moeten worden gezien, valt uit de rechtspraak noch uit het Natuurbehoudsdecreet in absolute termen af te leiden.

- de rol van beheersplannen bij de toets aan art. 6 lid 3 en tevens bij de toets aan art. 6 lid 4 Habitatrictlijn

Hierover valt uit de rechtspraak niets concreets af te leiden.

- de eisen aan de inhoud en diepgang van een passende beoordeling

Dit element komt in de jurisprudentie niet naar voren. Interessanter is echter om vast te stellen dat de dienstorder van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap weliswaar stelt dat er in het kader van de habitattoets een passende beoordeling moet worden gemaakt (door de initiatiefnemer van de activiteit of een plan of programma), maar dat geen inzicht wordt gegeven in de eisen die aan de inhoud of de diepgang van een passende beoordeling moeten worden gesteld. Volstaan wordt met op te merken dat een passende beoordeling moet worden gemaakt wat betreft de “betekenisvolle effecten” voor het betrokken gebied.<sup>308</sup>

- de betekenis van mitigatie bij de toetsing aan art. 6 lid 3

Het element van de mitigatie komt in de rechtspraak niet duidelijk naar voren. Wel zij op deze plaats herhaalt dat in art. 16 van het Natuurbehoudsdecreet de vergunningverlenende overheid wordt verplicht om vermijdbare schade aan de natuur te voorkomen. De referenten zien daarin een grondslag voor mitigatie.

- de mogelijkheden tot inspraak van de bevolking bij de toepassing van art. 6 lid 3

Deze punten zijn in de rechtspraak niet aangetroffen, wel voorziet het Natuurbehoudsdecreet in nadere bepalingen hieromtrent. Zie deel I van het rapport.

- de te betrekken alternatieven

In het Deurganckdok-arrest lijkt de Raad van State de gekozen locatie voor de activiteiten min of meer als vaststaand gegeven te aanvaarden. Hoewel van een alternatievenonderzoek uit het arrest niets blijkt, wijdt de Raad van

---

<sup>308</sup> Dienstorder, p. 12. Deze dienstorder bevat naast een “beschrijvend” deel ook een flink aantal stroomschema’s waarin de verschillende procedurele stappen zijn weergegeven die moeten worden gezet om de habitattoets bij de verschillende sectorale besluitvormingsprocedures te doorlopen. Daarnaast bevat het document standaardformulier – het zogeheten “art6Formulier” - dat door bevoegd gezag en/of initiatiefnemer kan worden gebruikt ten behoeve van de habitattoets over het voorgenomen plan of project. Ook bevat de dienstorder een standaardformulier dat door de ambtenaren van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap moet worden gebruikt voor de informatie-uitwisseling namens de lidstaat België aan de Europese Commissie over een voorgenomen plan of project waarop de habitattoets van toepassing is.

State, hoewel hij expliciet aan het bepaalde in artikel 6 lid 3 Habitatrictlijn toetst, geen woord aan het ontbreken van een dergelijk onderzoek. Aan de andere kant blijkt uit het feit dat het niet voldoet aan de compensatie-eis uiteindelijk tot een schorsing van het besluit leidt, dat de Raad blijkbaar van mening is dat er geen alternatieve locaties voor handen waren (ware dit wel het geval, dan zou men immers niet aan de compensatie-eis zijn toegekomen).

De dienstorder van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap geeft wat betreft het alternatievenonderzoek aan dat dit geschiedt door het bevoegde gezag. Voorts wordt aangegeven dat de maatstaven die bij de vergelijking van alternatieve oplossingen worden gehanteerd, betrekking moeten hebben op de handhaving van de natuurlijke kenmerken van het gebied. Uitdrukkelijk wordt gesteld dat andere, bijvoorbeeld economische aspecten, geen voorrang mogen hebben op de ecologische criteria.<sup>309</sup>

- het criterium van de dwingende redenen van groot openbaar belang

In het Deurganckdok-arrest zelf wordt dit criterium niet nader belicht. Maar het gestelde onder het vorige punt kan ook hier opgeld doen in die zin dat de RvSt kennelijk de mening was toegedaan dat met het project dwingende redenen van groot openbaar belang waren gemoeid. Interessant is overigens dat de Vlaamse regering de voor hem negatieve uitkomst van het Deurganckdok-arrest heeft gerepareerd door het vaststellen van een zogenaamd Nooddecreet.<sup>310</sup> Strekking van dit decreet was dat de bouw van het Deurganckdok doorgang kon vinden. Daartoe was het project bij genoemd decreet “bij voorbaat” gekwalificeerd als een project waarvoor dringende redenen van groot algemeen belang golden. Het behoeft ons inziens geen verdere toelichting dat de vraag of sprake is van dwingende redenen als bedoeld in artikel 6 Habitatrictlijn uiteindelijk door de (nationale) rechter zal moeten beantwoord en dat daarbij de kwalificatie die de nationale wetgever aan een project heeft gegeven niet doorslaggevend is. Ware dit anders, dan zou de doelstelling van de richtlijnen door het vaststellen van nationale wetgeving eenvoudig kunnen worden doorkruist.

Op deze plaats zij herhaald dat het Natuurbehoudsdecreet voorschrijft dat het altijd de Vlaamse regering is die oordeelt of er dwingende redenen aanwezig zijn. De dienstorder van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap geeft,

<sup>309</sup> Dienstorder, p. 13.

<sup>310</sup> Decreet van 20 december 2001. Zie daarover Van Hoorick 2004, p. 220.

nadat wordt gesteld dat het altijd de initiatiefnemer van een activiteit of een plan of project is die het bewijs voor de dwingende redenen moet leveren, een aantal aandachtspunten voor de bepaling of van dwingende redenen sprake is. Volgens de dienstorder moet het gaan om situaties waarin de voorgenomen activiteiten “aantoonbaar onontbeerlijk zijn” in het kader van:

- maatregelen of beleidsopties die gericht zijn op de bescherming van, voor het leven van de burger, fundamentele waarden (gezondheid, veiligheid, milieu);
  - of fundamentele beleidsmaatregelen voor de staat en de samenleving;
  - of de uitvoering van economische of maatschappelijke activiteiten waardoor specifieke openbare diensverplichtingen worden nagekomen. Hiertoe behoren met name diensten in het kader van verkeers-, energie- en communicatienetwerken.
- eisen aan compensatie

Als eerder opgemerkt is met name het compensatievereiste – beter gezegd het niet in acht nemen daarvan – reden voor de Raad van State geweest om het besluit van de Vlaamse regering waarmee de aanleg van het Deurganckdok mogelijk zou worden gemaakt, te vernietigen. In het bijzonder wordt overwogen dat de compensatie niet mag worden gezocht in gebieden die op zichzelf al als SBZ (hadden) moeten worden aangewezen.

Voorts verdient opmerking hetgeen in de dienstorder over de compenserende maatregelen wordt gezegd. In het bijzonder ten aanzien van het moment waarop de maatregelen gerealiseerd moeten zijn. Daarover wordt gesteld dat het resultaat van de compenserende maatregelen “in principe” als een feit moet zijn op het moment waarop de betrokken SBZ schade ondervindt van de ontplooiende activiteit. De woorden “in principe” treft men ook aan in art. 36bis, lid 5 van het decreet. Volgens de dienstorder – waarbij men verwijst naar de toelichting van het decreet – betekenen die woorden dat er uitzonderingen zijn toegestaan op het uitgangspunt dat feitelijk gecompenseerd moet zijn op het moment dat de schadelijke activiteit wordt uitgevoerd. De eerste uitzondering zou zijn als de compensatie niet noodzakelijk zou zijn om de bijdrage van de SBZ aan het natura-2000 netwerk veilig te stellen.<sup>311</sup> Onduidelijk blijft wanneer dan precies kan worden gezegd dat die noodzaak ontbreekt. Maar wat daarvan ook zij, art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn lijkt ons voor deze uitzondering geen ruimte te bieden. De tweede uitzondering die de dienstorder bespreekt betreft de situatie dat de nieuwe (compensatie)habitat

---

<sup>311</sup> Dienstorder, p. 15.

niet op korte termijn gerealiseerd kan worden. Vereist is dan wel dat “reeds op afdoende wijze [is] gestart met de actieve uitvoering van de compenserende maatregelen”. De maatregelen voor natuurontwikkeling moeten afdoende gevorderd zijn, aldus de dienstorder.<sup>312</sup> Ook hier rijst de vraag wanneer daarvan dan sprake is en, niet onbelangrijk, hoe en door wie zulks moet worden bepaald. En ook deze uitzondering lijkt art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn niet toe te laten. Dat laatste lijken de opstellers van de dienstorder ook te onderkennen aangezien zij stellen dat met de tweede uitzondering “voorzichtig omgesprongen” dient te worden. Opvallend is dat zij daarvoor verwijzen naar het standpunt van de Europese Commissie inhoudende dat een bestaande habitat niet mag worden aangetast alvorens een andere habitat met gelijkwaardige biologische kenmerken voor Natura 2000 beschikbaar is. Dit standpunt lijkt ons zonder meer ook aan de eerste zojuist besproken uitzondering in de weg te staan.

- wie is verantwoordelijk voor het kunnen uitvoeren van de toets; wie moet de noodzakelijke gegevens overleggen? Wat wordt besloten indien die gegevens niet volledig zijn?

In de rechtspraak niet aan de orde. Wordt wel in voorzien in het Natuurbehoudsdecreet en de dienstorder. Kort en goed kan worden gezegd dat de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de habitattoets ligt bij het bevoegd gezag, zij het dat de beoordeling of sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang te allen tijde geschiedt door de Vlaamse regering waarbij de initiatiefnemer zorg moet dragen voor het aanleveren van de daarvoor benodigde gegevens en bescheiden. De passende beoordeling geschiedt echter door de initiatiefnemer zelf. Het decreet noch de dienstorder voorzien in een regeling met betrekking tot onvolledigheid van de gegevens. Echter, indien de passende beoordeling niet deugdelijk heeft plaatsgevonden of de beoordeling van de dwingende redenen niet deugdelijk heeft kunnen plaatsvinden, mag worden aangenomen dat de toestemming voor de activiteit niet kan worden verleend.

---

<sup>312</sup> Dienstorder, p. 15.

**4. DE GEVOLGEN VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN VOOR DE PRAKTIJK**

*Staat art. 6 Habitatrichtlijn vaak al dan niet tijdelijk in de weg aan de planning en realisatie van infrastructurele werken en andere projecten?*

Doordat een representatieve hoeveelheid jurisprudentie tot op heden ontbreekt, kan deze vraag voor Vlaanderen op basis van de onderzoeksgegevens niet verantwoord worden beantwoord. Tegelijkertijd zou men uit het ontbreken van een veelheid aan uitspraken wellicht de conclusie mogen trekken dat toepassing van de habitattoets – al dan niet ter uitvoering van het Natuurbehoudsdecreet – blijkbaar in Vlaanderen nauwelijks tot juridische discussies en/of problemen aanleiding geeft. Een verklaring zou ook kunnen zijn dat in Vlaanderen niet of nauwelijks activiteiten worden ondernomen die in of nabij een SBZ plaatsvinden zodat toepassing van de habitattoets om die reden niet aan de orde is. Laatstgenoemde verklaring lijkt ons echter niet waarschijnlijk te zijn.

# Landenrapport Zweden

## 1. METHODEN EN BRONNEN

Met betrekking tot Zweden moest gebruik worden gemaakt van andere onderzoeksmethoden dan voor de andere landen. Anders dan m.b.t. de andere landen zijn de onderzoekers niet in staat primaire Zweedse bronnen (wetgeving, rechtspraak, literatuur) te bestuderen. Daarom werd gebruik gemaakt van secundaire, Engels- en Nederlandstalige literatuur en interviews. De interviews van een drietal medewerkers van enerzijds het bevoegde ministerie (Sustainable Ministry) en anderzijds SEPA (Swedish Environmental Protection Agency) werden op 19 januari in Stockholm afgenomen.<sup>313</sup> De SEPA is belast met de uitvoering van het beleid m.b.t. Natura 2000 en vervult een zeer belangrijke functie bij de vormgeving en aansturing van het beleid.

## 2. VRAGEN AANGAANDE DE OMZETTING VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN

### 2.1 *Omzetting in Zweeds recht*

De omzetting van art. 6 Hdir. Heeft in eerste instantie plaatsgevonden in de Environmental Code (Miljöbalken), en wel in chapter 7. Omzetting heeft plaatsgevonden in drie stappen. Na toetreding van Zweden in de EG zijn de bepalingen van de Habitatrichtlijn in eerste instantie omgezet in de Natuurbeschermingswet (1995). Met komst van de integrale Environmental Code zijn de relevante bepalingen (in gewijzigde vorm) daarin opgenomen. Deze bepalingen voldeden niet in alle opzichten aan de Europese eisen. Daarom zijn zij, na een aanmaningsbrief door de Commissie, in 2001 nogmaals gewijzigd. De Environmental Code bevat het toetsingskader voor beslissingen die mogelijk significante effecten op Natura 2000-sites kunnen hebben.

---

<sup>313</sup> Geïnterviewd werden: Helene Lindahl, SEPA, Jan Terstad, Sustainable Ministry en Helen Wester, Sustainable Ministry. Helene Lindahl is landelijke coördinator van het Natura 2000-netwerk; Jan Terstad is op het ministerie verantwoordelijk voor natuurbescherming en Helen Wester is de o.a. met het natuurbeschermingsrecht belaste juriste van het ministerie.

2.2 *Welke wetgeving werd onderzocht? (Algemeen bindende bepalingen, beleidsregels en circulaires)*

Deels wordt dat toetsingskader toegepast in besluiten die op grond van de Environmental Code zelf worden genomen, bijvoorbeeld vergunningen voor industriële installaties. Deels wordt echter ook in andere besluitvormingskaders naar dit kader verwezen, bijvoorbeeld in de bos-, visserij- en landbouw-wetgeving, maar ook in de wetgeving over ruimtelijke ordening. De wetgeving over ruimtelijke ordening is niet opgenomen in het integrale milieuwetboek. Er is geen speciale natuurbeschermingsrechtelijke vergunning nodig, maar bij de verlening van vergunningen of anderszins bij toestemmingen door de overheid die een ingrijpende aantasting van een gebied tot gevolg kunnen hebben, dient toestemming van de regering te worden verkregen. De bepaling waarin dat is geregeld, artikel 29 van hoofdstuk 7 Environmental Code, luidt als volgt:

“A decision to withdraw, wholly or in part, protection from an area designated a special protection area or a special area of conservation, to grant an exemption from safeguard measures or to grant a permit under such measures must not be taken without permission from the Government. This shall not apply to decisions granting an exemption or a permit where it is clear that the activity will not cause more than minor damage to the area’s natural assets.”

De bepalingen die art. 6 Hdir. omzetten zijn deels opgenomen in formele wetgeving (“kapitel” 7 Environmental Code). Deze bepalingen worden aangevuld en nader geconcretiseerd door lagere wetgeving (ordenances, te vergelijken met amvb’s).

2.3 *Heeft de regelgeving waarin omzetting is geschied slechts betrekking op natuurbehoud of gaat het om geïntegreerde milieu- of omgevingswetgeving?*

De habitattoets is geregeld in het “integrale” milieuwetboek en van toepassing op beslissingen die op grond van dit wetboek genomen worden. Door verwijzing is de toets ook van toepassing op andere besluitvormingskaders. Voor activiteiten waarvoor geen vergunning nodig is, bijvoorbeeld voor het uitdunnen van bossen in het kader van het regulier beheer, is theoretisch en



strikt juridisch niet verzekerd dat voor deze activiteiten een habitattoets uitgevoerd wordt. Op diegene die een dergelijke, niet vergunningplichtige activiteit uitvoert, rust ingevolge art. 19 of the ordinance on site protection de wettelijke verplichting niet in strijd te handelen met art. 6 Hdir. Doordat een verplichting bestaat om voor elk gebied en beschermingsplan op te stellen en het reguliere beheer daarin wordt behandeld, kunnen zich wat dat betreft in de praktijk volgens inschatting van de geïnterviewden geen problemen voordoen en doen deze problemen zich ook niet voor. EG-rechtelijk kan men hierbij, zo men wil, een vraagteken plaatsen.<sup>314</sup>

Deze bepalingen die art. 6 omzetten gelden onafhankelijk van andere beschermingsregimes. Het grootste aantal habitatbeschermingsgebieden is aangewezen als natuurbeschermingsgebied of nationaal park. Voor een aantal gebieden geldt dit echter niet en zal dit ook niet gelden. In agrarisch extensief benutte gebieden bijvoorbeeld, bestaat een voorrang om door middel van contracten met de agriër ervoor te zorgen dat deze terreinen op de juiste wijze worden beheerd. Alleen als dit niet functioneert en de agrariër bijvoorbeeld dergelijke contracten opzegt of niet langer wil sluiten, wordt het gebied aangewezen als natuurreserveaat. Ook in deze niet onder een nationale beschermingscategorie vallende gebieden geldt echter het kader van art. 6 Hdir. In de wel onder nationale beschermingsbepalingen vallende gebieden gelden de bepalingen waarmee art. 6 Hdir. is omgezet aanvullend en cumulatief naast de bepalingen als gevolg van de nationale gebiedsaanwijzing.

*2.4 Zijn de soortenbescherming en de gebiedsbescherming in dezelfde wet omgezet?*

De Environmental Code is een (tamelijk) integrale milieuwet en bevat onder andere ook de soortenbeschermingswetgeving.

*2.5 Wie is verantwoordelijk voor de toepassing van deze wetgeving?*

De verantwoordelijkheden voor de toepassing van art. 6 Hdir. zijn verdeeld over een aantal instanties. Het betrokken ministerie (Sustainable Ministry) wijst formeel de gebieden aan en onderhoud, tenminste formeel, de contac-

---

<sup>314</sup> Zie HvJ 10 januari 2006, C-98/03, waarin Duitsland werd veroordeeld omdat de habitattoets uitsluitend geldt voor op grond van andere wetgeving vergunningplichtige activiteiten. Opgemerkt zij dat niet geheel kan worden beoordeeld of de situatie in Duitsland in zoverre helemaal te vergelijken is met die in Zweden, nu in Duitsland een ver strekkende uitzondering van elke vergunningplicht geldt voor landbouw, bosbouw en visserij, hetgeen niet het geval lijkt te zijn in Zweden.

ten over het Natura 2000-netwerk met Brussel. Het ministerie is echter, om historische redenen, nogal klein. Er werken zo'n 150 ambtenaren. Een zeer belangrijke rol bij de vormgeving van het Natura 2000-beleid is dan ook weggelegd voor SEPA, de Swedisch Environmental Protection Agency. SEPA bereid het beleid voor en stuurt het aan. SEPA zelf neemt geen besluiten, maar moet wel in vele besluitvormingsprocedures geraadpleegd worden. SEPA heeft niet alleen het inhoudelijke werk gedaan ter voorbereiding van de aanwijzing van de gebieden, maar ook guidances opgesteld over de bescherming van Natura 2000-gebieden. Een belangrijke guidance is "Natura 2000 in Sweden"<sup>315</sup>, waarin in de hoofdstukken 3 en 4 ook uitgebreid op de interpretatie van de regels wordt ingegaan die op Natura 2000-gebieden van toepassing zijn. Deze guidance is een belangrijk hulpmiddel voor de praktijk en wordt op dit moment herzien. Het ministerie houdt zich doorgaans niet met de details van de interpretatie en toepassing van de desbetreffende wetbepalingen bezig en heeft dus ook geen rol van betekenis gespeeld bij het opstellen van de guidance.

Vergunningverlening is doorgaans taak van de regionale overheidsorganen (county councils), die SEPA om advies kunnen en soms moeten vragen. SEPA kan ook in beroep gaan bij de rechter tegen door regionale overheden verleende vergunningen. De beslissing over belangrijke infrastructuur (bijv. snelwegen of landelijke spoorwegen) of enkele andere projecten van landsbelang wordt door de regering genomen. De regering treedt daarbij als geheel op, de bevoegdheid ligt niet bij slechts één ministerie. Vaak gaat het dan om go/no-go-beslissingen. De nadere uitwerking, het bepalen van de exakte voorwaarden is vervolgens taak van de milieurechtbanken (environmental courts). Interessant is daarbij dat de milieurechtbank niet gerechtigd is een project dat waarover de regering positief heeft beslist geheel te verwerpen. De vraag is of bij deze verdeling van de besluitvorming over twee organen de toetsing aan art. 6 III en IV nog volledig kan worden gewaarborgd. Deze vraag is aan de orde in de rechterlijke procedure over het nieuwe spoor te Botnia. Deze milieurechtbanken hebben dus niet (alleen) een rechtsprekende functie in klassieke zin. Tegen beslissingen van de milieurechtbanken is in beginsel hoger beroep bij de hoogste bestuursrechter (supreme court) mogelijk, maar dit gerecht bepaalt zelf of het een zaak juridisch interessant en belangrijk genoeg vindt om zich daarover te buigen.

---

<sup>315</sup> Naturvardsverket, Natura 2000 i Sverige – Handbok med allmänna råd, Stockholm december 2003.

2.6 *Wordt in de toepasselijke wetgeving een onderscheid gemaakt tussen bestaand gebruik en nieuwe activiteiten? Zo ja, welk?*

Bestaand gebruik wordt, mits het ongewijzigd plaatsvindt, doorgaans niet aan art. 6 lid 2 getoetst. Gebruik dat plaatsvond voordat een gebied werd aangewezen wordt in beginsel beschermd. Deze bescherming is echter niet onbeperkt. De bevoegde organen moeten monitoren of de goede staat van instandhouding in de aangewezen gebieden bewaard blijft en de kwaliteit niet achteruit gaat. Wordt daarbij geconstateerd dat bestaand en vergund gebruik aanleiding is voor een dergelijke achteruitgang, dan kunnen en moeten vergunningen worden aangepast of ingetrokken. In de praktijk gebeurt dit echter tot nu toe nauwelijks. Of aanpassing of intrekking van vergunningen mogelijk is zonder financiële compensatie, is afhankelijk van welk speciaal wettelijk kader van toepassing is. Thans vormt deze vraag vooral een veel bediscussieerd probleem met betrekking tot oude vergunning in het kader van het waterbeheer.

2.7 *Is de mogelijkheid van mitigatie wettelijk verankerd en zo ja, is mitigatie gedefinieerd?*

De Environmental Code bevat een algemene bepaling die diegene die een activiteit onderneemt verplicht bij zijn handelen het milieu zoveel mogelijk te sparen. Deze bepaling verplicht ook tot het nemen, respectievelijk voorschrijven van mitigerende maatregelen om dit doel te bereiken. De bepalingen ter omzetting van art. 6 Hdir. bevatten geen bijzondere mitigatieverplichting. In de praktijk wordt, net als in Nederland, door diegenen die activiteiten willen ondernemen soms geprobeerd om compensatiemaatregelen als mitigatie aan te merken en op deze wijze het toetsingskader van art. 6 lid 3 en 4 te omzeilen. De door SEPA opgestelde guidance is wat dat betreft echter duidelijk.

**3. VRAGEN AANGAANDE DE INTERPRETATIE VAN ART. 6 HABITATRICHTLIJN DOOR DE RECHTER**

3.1 *Is art. 6 Habitatrictlijn correct omgezet in het recht van de lidstaat naar de mening van rechters en experts in het desbetreffende land?*

De bepalingen waarmee art. 6 Habitatrictlijn is omgezet in Zweeds recht hebben niet alleen betrekking op gebieden die op grond van het nationaal recht aangemeld zijn, maar ook op gebieden die op de communautaire lijst zijn opgenomen, maar nog niet aangewezen, alsmede tevens op gebieden die

zijn gemeld, voordat de communautaire lijst is verschenen. Het Zweedse recht beschermt dus de toekomstige Habitatrichtlijngebieden op dezelfde wijze als al op grond van nationaal recht aangewezen gebieden. SEPA had de county councils aangewezen om tot augustus 2005 voor alle gebieden die naar Brussel waren gemeld beschermingsplannen op te stellen. Dat is niet gelukt. In augustus 2005 waren voor ongeveer 40% van deze gebieden dergelijke plannen gemaakt, thans zijn dat circa 70%. Verwacht wordt dat tot eind 2006 voor alle gebieden beschermingsplannen zijn opgesteld.

Er wordt thans, na aanpassing van de Environmental Code naar aanleiding van de aanmaningsbrief door de Commissie, niet (meer) getwijfeld aan de correcte omzetting van art. 6 Hdir. naar het Zweedse recht. Het Zweedse recht gaat op een aantal punten uit boven de Europese vereisten.

### *3.2 Zo ja, welke rol speelt art. 6 Habitatrichtlijn in administratieve en rechterlijke beslissingen?*

Art. 6 Hdir. wordt daarom ook niet rechtstreeks toegepast. Dat is ook nooit gebeurd. De discussie omtrent beslissingen over Natura 2000-gebieden heeft betrekking op het Zweedse recht. De Habitatrichtlijn speelt ook indirect slechts een geringe rol. Wel worden de guidances die door de Commissie zijn uitgebracht, veelvuldig gebruikt en bij de besluitvorming betrokken. In eerste instantie zijn echter ook wat betreft de nationale kaders, wil zeggen de nationale guidance, meer bepalend. Door SEPA wordt aangegeven dat men zeer geïnteresseerd is in de interpretatie en rechtspraak uit andere lidstaten, maar deze, door het ontbreken van een geschikt forum en medium, niet regelmatig kan raadplegen.

Er zijn een reeks van rechterlijke besluiten over art. 6 Hdir. betreffende uiteenlopende zaken. De hoogste bestuursrechter heeft zich vijf of zes keer uitgesproken over art. 6 Hdir.. Thans is een belangrijke procedure voor de hoogste bestuursrechter inzake de aanleg van een nieuwe spoorweg door een dal dat is aangewezen als habitatbeschermingsgebied (Botnia raliway-case). De uitspraak in deze zaak wordt binnenkort verwacht. Men hoopt dat de rechter in deze zaak duidelijkheid zal bieden over enkele belangrijke interpretatievragen, waaronder de vraag wanneer sprake is van significante effecten, welke alternatieven in beschouwing genomen moeten worden en wat als een dwingend vereiste van groot openbaar belang kan worden gezien. Concreet is met betrekking tot dit laatste de vraag aan de orde of een bepaalde tijdsbesparing door de nieuwe spoorweglijn de aantasting van een Europees beschermd gebied rechtvaardigd. Hoewel er dus zeker de nodige discussie

omtrent de toepassing en interpretatie van het Natura 2000-recht is, is het aantal rechtszaken duidelijk kleiner dan in Nederland. Ook het belang van de discussie omtrent de gevolgen van art. 6 Habitatrichtlijn is geringer dan in Nederland. Dat lijkt er vooral mee te maken te hebben dat Zweden een veel groter land met een geringere bevolking is. Op een oppervlakte die zes keer zo groot is als Nederland wonen ongeveer 9 miljoen mensen. Dat komt neer op een met een faktor 10 kleinere bevolkingsdichtheid. De Natura 2000-gebieden zijn vaak “echte” natuurgebieden, die onder geringe druk door andere functies staan. Dat geldt, zoals de discussies voor de rechter bewijzen, echter niet altijd.

*3.3 Zo nee, toetst de rechter direct aan art. 6 Habitatrichtlijn of aan sommige onderdelen van deze bepaling?*

Deze vraag is niet relevant in Zweden (zie 3.1).

*3.4 Worden toekomstige projecten en plannen getoetst aan art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn en wat houdt deze toets dan in?*

Strategische plannen worden niet expliciet aan art. 6 lid 2 getoetst. Er zijn geen nationale (ruimtelijke) plannen die heel Zweden bestrijken. Ruimtelijke planning is wel een belangrijk instrument op regionaal niveau. Op plannen kan wel de “habitattoets” op grond van art. 6 lid 3 van toepassing zijn. Bij de vaststelling van plannen die mogelijk significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden mogelijk maken moet in de motivering worden ingegaan op deze gevolgen. Indien bij de vaststelling van een plan immers geen rekening wordt gehouden met de gevolgen voor Natura 2000-gebieden, is het plan later niet te verwezenlijken en kunnen geen vergunningen worden verkregen die nodig zijn om het plan te realiseren. Een juridisch, desnoods door beroep op de rechter afdwingbare verplichting die een directe toets van het plan aan art. 6 voorschrijft, bestaat echter niet.

Men kan zich afvragen of dat, strikt genomen, in overeenstemming is met de eisen uit art. 6 Hdir. Feitelijk voorkomt vooral de verplichting en praktijk van het opstellen van beschermingsplannen dat zich problemen zouden kunnen voordoen door het vaststellen van plannen die niet expliciet aan art. 6 Hdir. zijn getoetst.

*3.5 Over de interpretatie en toepassing van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn*

*Significante effecten*

De hiervoor al genoemde guidance probeert enkele nadere concretisering te geven van het criterium “significante effecten” boven op de door de Com-

missie gegeven uitleg. Bekeken worden de functies van het hele gebied. Als de ingreep geen gevolgen kan hebben voor de ecologische functies en de integriteit van het gebied als geheel en tevens geen de soorten waarvoor het gebied is aangewezen niet verstoord is geen sprake van een significante ingreep. Het werken met vaste percentages (bijvoorbeeld geen significantie indien minder dan 5% van een bepaalde soort verloren gaat of minder dan een x% van de oppervlakte) wordt niet mogelijk geacht. Er zijn geen lijsten met activiteiten die regelmatig wel of niet significante schade toebrengen.

*Spelen management plannen een rol in de toets gebaseerd op artikel 6 lid 3 en lid 4 van de Habitatrichtlijn?*

De nader concretisering van de significantiedrempel gebeurt niet met behulp van dergelijke lijsten, maar veeleer met behulp van het beschermingsplan dat voor elk gebied moet worden opgesteld. Dit beschermingsplan beschrijft wat de specifieke te beschermen waarden zijn, wat onder een goede staat van instandhouding is te verstaan en welke beheersmaatregelen nodig zijn. Het is puur gericht op de noodzaak en wenselijkheid van het natuurbeschermingsbeleid. Het beschermingsplan vervult daarom ook een belangrijke functie bij de toetsing van aanvragen om vergunningen. In het kader van de opstelling van de beschermingsplannen die thans plaatsvindt vindt de nodige discussie plaats met de grondeigenaren en –gebruikers. Pas in de beschermingsplannen wordt immers duidelijk wat het kader van art. 6 in het concrete geval nu werkelijk betekent.

Het beschermingsplan moet worden onderscheiden van het beheersplan, dat eveneens kan worden vastgesteld, maar waarin ook bepaalde ontwikkelingen en wensen vanuit andere beleidssectoren kunnen zijn voorzien. Een beheersplan kan pas worden geschreven nadat een beschermingsplan gereed is, nu de informatie welk beheer uit een oogpunt van natuurbescherming noodzakelijk, resp. gewenst is essentieel is om een beheersplan te kunnen opstellen. Het conservatieplan prevaleert boven het beheersplan. Thans is een dergelijk beschermingsplan gereed voor ongeveer de helft van de aangewezen gebieden. Het is de bedoeling de resterende plannen in 2006 te schrijven.

*Voorzorgsbeginsel*

Bij de toets in het kader van art. 6 lid 3 wordt het voorzorgsbeginsel nadrukkelijk toegepast. Alleen indien zeker is dat geen significante effecten kunnen optreden, kan een vergunning worden verleend zonder het hele kader van art. 6 lid 3 en lid 4 te doorlopen.

*Cumulatieve effecten*

De Environmental Code schrijft voor dat rekening moet worden gehouden met cumulatieve effecten. Er zijn voorbeelden in de guidance met welke soort activiteiten rekening moet worden gehouden. Tegelijkertijd moet nog de nodige ervaring worden opgedaan met het rekening houden met cumulatieve effecten. Indien een EIA voor een project is begonnen, dan moeten de te verwachten effecten van dat project worden meegenomen. Dat is dus iets ruimer dan in Nederland waar de rechter heeft bepaald dat een project waarvoor een startnotitie MER is uitgebracht nog te ongewis is en daarmee bij de toepassing van art. 6 lid 3 geen rekening hoeft te worden gehouden. Ook met projecten die slechts zijn aangevraagd, maar waarover nog niet is beslist, moet rekening worden gehouden.

*3.6 Over de interpretatie en toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn*

*Inspraak van het publiek*

In welke vorm van het publiek inspraak heeft bij beslissingen over art. 6 III en IV is afhankelijk van de procedurele bepalingen van de wetgeving op grond waarvan de beslissing wordt genomen (bijv. ruimtelijke ordeningswet, wegenwetgeving of de Environmental Code zelf). Doorgaans is inspraak beperkt tot belanghebbenden (“affected public”) en tot milieuorganisaties. Bij milieuorganisaties wordt doorgaans geëist dat zij een bepaalde omvang hebben.

Ook beroep is doorgaans beperkt tot belanghebbenden en tot milieuorganisaties. Ook SEPA kan in beroep gaan.

*Vereisten aangaande de inhoud en diepte van de aangewezen toets.*

Voor veel activiteiten die een gebied zouden kunnen aantasten moet een MER worden opgesteld. Ook voor minder omvangrijke en ingrijpende activiteiten, zoals bijvoorbeeld het uitdunnen van een bos, moet een MER worden opgesteld. De eisen aan diepgang en omvang van het MER zijn wel verschillend, al naar gelang de omvang en impact van de activiteit. Bij minder ingrijpende activiteiten kan een MER uit enkele pagina’s bestaan, terwijl bij grote projecten dikke rapporten nodig zijn.

Diegene die een activiteit onderneemt moet aantonen dat aan de vereisten van art. 6 lid 3 en 4 is voldaan. Aan SEPA komt een belangrijke toezichthoudende functie dienaangaande toe.

*Alternatieven*

Het is ingevolge de Zweedse wetgeving vereist om in een MER altijd het nul-alternatief te beschrijven. Dat is echter uiteraard geen alternatief dat aan

vergunningverlening in de weg staat. Er is nog weinig gediscussieerd over welke alternatieven nu wel en welke alternatieven niet in aanmerking komen. Deze vraag is een van de belangrijke vragen waarin men van de uitspraak over de Botnia-spoorweg belangrijke inzichten verwacht. Daar is de vraag aan de orde of een alternatief tracé moet worden gekozen, hoewel de trein daar langer over doet. Ook dienaangaande is de Botnia-spoorweg-zaak belangrijk omdat de tijdsbesparing de belangrijkste reden voor de aanleg van dit nieuwe spoor is.

#### *Compensatie*

Er is nog geen jurisprudentie over de eisen aan compensatie. Gediscussieerd wordt thans vooral of de compensatie gereed moet zijn als de ingreep wordt uitgevoerd. In de guidance wordt dienaangaande bepaald dat dit in de regel het geval moet zijn en dat, indien dat onmogelijk is (bijvoorbeeld bij de kap van bos), men zoveel mogelijk na dit doel moet streven.

#### **4. ARTIKEL 6 HABITATRICHTLIJN IN DE PRAKTIJK**

Er zijn regelmatig gevallen waarin vertraging van projecten ontstaat door de eisen uit art. 6 Hdir. Dat zijn echter doorgaans gevallen waarin niet de eisen uit de Hdir., of beter gezegd uit de desbetreffende bepalingen van de Environmental Code, zelf vertragend werken, maar het niet of niet goed toepassen van deze eisen. Regelmatig voldoen MER's waarin de effecten op beschermde gebieden moeten worden beschreven niet aan de eisen die het bestuursorgaan (county council of de environmental court) daaraan stelt en moet een dergelijk MER worden overgedaan. Vaak blijkt ook door het opstellen van een MER pas dat een activiteiten mogelijk een significant effect op het beschermde gebied kan hebben. Dan moet de noodzakelijke detailinformatie omtrent deze mogelijke effecten nog verzameld worden. De duur van de m.e.r.-procedure wordt dus verlengd. Er zijn weinig projecten bekend waarin art. 6 heeft geleid tot het uiteindelijk niet doorgaan van beoogde ontwikkelingen.



# Country Report Sweden

## 1. METHODS, SOURCES

As far as Sweden is concerned we had to use methods of research different from those used for the other countries. After all, we are not able to read and understand first hand-sources like Swedish legislation, jurisprudence and legal literature. That is why we made use of secondary literature about Swedish law, written in English and Dutch, as far as that was available and interviews. The interviews with three members of the Swedish Ministry of Sustainable Development and the Swedish Environmental Protection Agency (SEPA) were held on 19<sup>th</sup> of January 2006 in Stockholm<sup>316</sup>. SEPA is the countrywide coordinator of the Natura 2000-policy and plays a very important role in formulating the policy and guiding the practice of Natura 2000.

## 2. QUESTIONS CONCERNING THE TRANSPOSING OF ARTICLE 6 HABITATS DIRECTIVE

### 2.1 *Transposition into Swedish Law*

In first instance, art. 6 Hdir. has been transposed by provisions of the Environmental Code (Miljöbalken), more concrete in chapter 7 of the Environmental Code. The transposition took place in three steps. After Sweden became a member of the EU in 1995, the Birds- and Habitatsdirective have in – 1995 been transposed into the Nature Protection Act. When the integral Environmental Code was shaped, the relevant provisions were modified and layed down in that act. That happened in 1999. These provisions did not fulfill all European requirements. Therefore, after the European Commission started an infringement procedure against Sweden, the act was once again modified in 2001.

---

<sup>316</sup> Interviews held with: Helene Lindahl, SEPA, Jan Terstad, Sustainable Ministry and Helen Wester, Sustainable Ministry. Helene Lindahl is a coördinator for the Natura 2000-network; Jan Terstad is responsible for nature conservation at the Ministry and Helen Wester works at the Ministry and is primarily responsible for the law concerning the protection of nature.

2.2 *What kind of regulations is involved? (Generally binding provisions, policy rules and circulars?)*

Most provisions transposing art. 6 Hdir. can be found in the Environmental Code, especially chapter 7, which is a formal statute. These provisions are completed and interpreted by some ordinances, which is binding law of a lower level.

The Environmental Code contains the testing criteria for activities that might have significant effects on any Natura 2000-site. An operator requires a permit for activities that may have a significant effect on a Natura 2000-site. This has to be applied when taking decisions based on the Environmental Code itself, e.g. concerning permits for industrial installations. For other parts, other laws refer to the Environmental Code and declare the decision criteria laid down in the Environmental Code applicable within the decisions based on those laws. That is true e.g. for the acts concerning forestry, fishing and agriculture and for the physical planning law. The physical planning law is not integrated into the Environmental Code.

2.3 *Do the regulations in which the Directive's obligations are transposed relate only to nature conservation or do they concern integrated environmental legislation?*

The decisions about the nature protection aspects are integrated in other decisions, either on the base of the Environmental Code or on the base of other laws, which then refer to the decision-criteria of the Environmental Code. When a decision on the basis of any regulation by any administrative body is taken that may bring more than "minor damage" to a Natura 2000-site, a permission of the government, focused on the issue of nature protection, is needed. This requirement is laid down in section 29 of chapter 7 of the Environmental Code, which reads as follows:

"A decision to withdraw, wholly or in part, protection from an area designated a special protection area or a special area of conservation, to grant an exemption from safeguard measures or to grant a permit under such measures must not be taken without permission from the Government. This shall not apply to decisions granting an exemption or a permit where it is clear that the activity will not cause more than minor damage to the area's natural assets."

For activities that need not any permit, e.g. normal thinning of a forest, strictly speaking it is not ensured that art. 6 Hdir. is applied. However, anyone who undertakes such an activity needing no permit, is obliged by paragraph 19 of the ordinance on site protection to act in accordance with art. 6 Hdir. Moreover, for all Natura 2000-sites a conservation plan that describes the normal use of the site has to be concluded. That is why, according to the Swedish partners of the discussion, in practice no problems can arise with activities that need no permit. From an EC-law standpoint, one may, if he or she wants to, hesitate, whether this meets all formal requirements of the directive.<sup>317</sup>

2.4 *Have the rules on the protection of species and of habitats been transposed in the same legislation?*

The Environmental Code is a quite integral law which amongst others contains the legislation on species protection, too.

2.5 *Who is responsible for applying this legislation?*

Several administrative bodies are responsible for applying the Swedish legislation transposing art. 6 Hdir. The appropriate ministry, the Ministry of Sustainable Development, formally designates the Natura 2000-sites and is, at least formally, the responsible body for the implementation of the Habitatsdirective in Sweden in Brussels. However, the ministry is, for historical reasons, with 150 civil servants of a rather small size. A very important role in policy-making concerning Natura 2000 rests on the Swedish Environmental Protection Agency, SEPA. SEPA prepares the policy and guides its application. SEPA itself doesn't take any decisions, but has to be consulted in the procedures concerning most decisions. SEPA has not only prepared the designation of the sites, but has conducted guidances on how the sites should be protected, too. A very important guidance is "Natura 2000 in Sweden"<sup>318</sup>, where in chapters 3 and 4 a detailed interpretation of the legal rules applicable on Natura 2000-sites can be found. This guidance, which is revised at the moment, is an important aid in practice. The ministry itself

---

<sup>317</sup> See further ECJ 10 January 2006, C-98/03, where Germany was condemned because in Germany an art. 6 Hdir-test only is applying for activities that need a permit. It should be noticed that the situation in Germany may be somewhat different from that in Sweden, because there is a far reaching extinction-clause for any permit-requirements for agricultural use, forestry and fishery, which seems not to be the case in Sweden.

<sup>318</sup> Naturvardsverket, Natura 2000 i Sverige – Handbok med allmänna råd, Stockholm december 2003.

normally is not engaged in the details of the interpretation of the legal provisions which transpose art. 6 Hdir. and thus has not played any important role in conducting the guidance, which SEPA has published.

Permitting is usually done by the county councils, which may, and sometimes must, ask SEPA for advice. SEPA can complain before the court against the decisions of the county councils. The decisions on major infrastructure projects (e.g. nationwide motorways or railways) and some other projects of national interest are taken by the government itself. In those cases, the government decides as a whole, it's not a single ministry (of Sustainable Development or a different one) which is responsible. Very often in those cases the government takes a go/no go-decision, which then is worked out in detail by the environmental courts. An interesting aspect is that the environmental courts in those cases are not allowed to disagree fundamentally with the government about his decision. The governmental decision can not be overruled by the environmental courts, but is only supplemented by the detailed conditions of the permit. The environmental courts therefore do not only or totally function as a judge in the most classical sense. In principal it is possible to lodge an appeal against a decision of the Environmental Court at the Supreme Court. However, the Supreme Court itself decides whether the case is important or interesting enough to take any notice of. The question is, whether with such a compartmentation of the decision making proces in two administrative bodies a full application of art. 6 III and IV Hdir. can be ensured. This question is discussed at the moment before the Supreme Court in the judicial review of the decision about a new railway in the Botnia valley.

*2.6 Is a distinction made between existing use and new activities in the applicable legislation? If so, which?*

Use that already exists usually is not tested against the criteria of art. 6 Hdir., if it is not intensified or changed. Use that already took place before an area was designated normally is safeguarded. However, this protection is not absolute. The competent administrative bodies are obliged to monitor that the areas maintain in a good conservation status and the quality of the areas doesn't deteriorate. If one notices that existing use causes deterioration (actually or at the long run), the permits for the existing use can be and have to be revised or in extreme cases even have to be withdrawn. However, in practice this happens very seldom. The question, whether revision or withdrawal of permits is possible without any financial compensation, depends on the

regulation on which the permit is based. Actually, this question is intensively discussed as far as old permits for the extraction of water are concerned.

*2.7 Is there a statutory basis for mitigation measures and if so has mitigation been defined?*

There is a provision within the environmental Code which obliges anyone who undertakes an activity to spare the environment as far as possible. This provision asks to take, respectively prescript mitigation-measures if that is a way to spare the environment in the concrete case. The provision which transpose art. 6 Hdir. however do not contain special explicit obligations to take mitigation-measures. In practice, like in many other countries and like in the Netherlands, too, people who want to undertake an activity sometimes try to qualify compensation measure as mitigation measures in order to sidestep the criteria of art. 6 IV Hdir. SEPA's guidance however is clear about what mitigation and compensation mean.

**3. QUESTIONS CONCERNING THE INTERPRETATION OF ARTICLE 6 OF THE HABITATS DIRECTIVE BY THE COURTS**

*3.1 Has Article 6 Hdir. been transposed correctly in the law of the member country in the opinion of judges and experts in the country in question?*

The provisions that transpose art. 6 Hdir. not only apply to the areas which are designated on the ground of national law, but even to the areas that are not yet designated under national law, but mentioned on the list, drawn up by the European Commission (art. 4 II Hdir.). Even more so the provisions apply to areas that are announced to the Commission, but not yet included on the list. Therefore, the Swedish law protects areas that, on the ground of European law, will have to be protected in future in the same way as areas that have been designated under national law.

SEPA had instructed the county councils to make conservation plans for all areas included on the list of the EC until August 2005 at the utmost. That did not happen in all cases. In August 2005 there were conservation plans for about 40% of these areas. At the moment (January 2006) the number has risen up to 70%. It is expected that all areas will be designated until the end of 2006.

Nowadays, after the Environmental Code was revised because of the critical comments done by the European Commission, there is no longer discussion amongst courts or legal authors in Sweden whether art. 6 Hdir. is correctly transposed into Swedish law. Swedish law is in some respect more far reaching than the European law requires.

*3.2 If so, what role does Article 6 Hdir. still play in administrative and judicial decisions?*

Because of the foregoing, art. 6 Hdir. is not applied directly. Neither did that happen before. Discussions on decisions about Natura 2000-sites are related to Swedish law. Even indirectly, the Habitatsdirective does not play a major role. However, the guidances published by the European Commission, do play an important role and are often used when taking concrete decisions. Even in those cases, national documents, especially the national guidance, which are based on the EC-guidances, prevail. SEPA recommends that it is very interested in the interpretation of art. 6 Hdir. by other memberstates and the jurisprudence thereon, but that it is difficult to consult this information, because there is no suitable forum and medium to do so regularly.

There are several judgements by courts on art. 6 Hdir., concerning different aspects. The Supreme Court has done five or six rulings on art. 6 Hdir. At the moment, the most important case pending is the one about a new railway through a valley that has been designated as Natura 2000-area (Botnia-railway-case). The ruling in this case is expected in short time. One hopes, that the judge will make clear some important questions of the interpretation of art. 6 Hdir., amongst which the question when there are is a significant effect, which alternatives have to be taken into account and what may be qualified as an imperative reason of overriding public interest. The actual question in that respect is, whether a certain safety of traveltime can justify the deterioration of a Natura 2000-site.

Whilst there truly is discussion about the application and interpretation of the law concerning Natura 2000, the number of judicial cases is limited, and is much smaller than in the Netherlands. The relative importance of the discussion on art. 6 Hdir. is less than it is in the Netherlands, too. The main reason for that seems to be the fact that Sweden is a much larger country with a much smaller population. 9 million people live in an area which is six times larger than the Netherlands. That boils down to a population density which is approximately 10 times lower than that in the Netherlands. The Natura 2000-sites often are "real" nature sites that are not or almost not oc-

cupied by other functions. However, that does not count for all sites and in all circumstances, as the discussions at court show.

3.3 *If not, do the courts check directly against the Article 6 Habitats Directive or against some parts of this provision?*

This question is not relevant for Sweden.

3.4 *Are future projects and plans tested for compatibility with Article 6(2) Hdir. and what does this test mean?*

Strategic plans are not explicitly tested against art. 6 II Hdir. There are no physical plans concerning the whole Swedish territory. However, physical planning is an important instrument on regional level. The “habitat test” of art. 6 III Dir. can be relevant for plans on regional level. If such a plan may have significant effects on a Natura 2000-site, it therefore must be motivated what these effects are and if the criteria of art. 6 Hdir. are met. If art. 6 Hdir. is not taken into account when deciding about these plans, later on there may not be any chance to get permits for the activities, made possible by the plan and to realize the said plan. However, there is no explicit legal provision, which could be relayed on before court, that requires a direct testing of plans against the criteria of art. 6 Hdir. One can raise the question, whether this, strictly speaking, is in accordance with the requirements of art. 6 Hdir. Actually, the requirements to draw up conservation plans and the practice to do so prevent that plans are not tested against art. 6 Hdir. and that there are problems with plans that were not tested.

3.5 *About the interpretation and application of art. 6 III*

*Significant effects*

In the guidance Natura 2000 in Sweden, SEPA tries to develop some concrete criteria for the meaning of “significant effect”, above those provided in the guidance of the European Commission. One has to look on the ecological functioning of the whole area. If a proposed activity cannot have any influence on the ecological functioning of the whole area and on the integrity of the site as a whole and if the species for the purpose of which the area is designated will not be disturbed, there is no significant effect on the site. It seems not to be possible or sensefull to use certain percentages, e.g. a loss of less than 5% of a species or deterioration of less than x % of the total area. There are no lists of activities that (usually) do need an appropriate assessment or usually do not need such an assessment.

*Do management plans play a role in the assessment based upon Article 6(3) and 6(4) of the Habitats Directive?*

No such lists are used for the application of the criterium of significant effect, but this is done by using the tool of the conservation plan, which has to be drawn up for each Natura 2000-area. In such a conservation plan it is described what the specific ecological requirements and the reasons for conservation of the site at stake are, what is to be understood by a favourable conservation status and what kind of conservation measure are necessary. When writing the conservation plan the needs and wishes of nature protection policy prevail. The conservation plan therefore is an important tool for the decisions on permits. During the process of drafting the conservation plans, which is going on right now, there are quite some discussions with the landowners and – users. After all, only when drafting such a plan it becomes clear what art. 6 Hdir. really means in the concrete case.

The conservation plan must not be confused with the management plan. In a management plan certain developments or wishes of other policy-sectors may be mentioned and described. A management plan can only be drafted after a conservation plan is available. After all, the information about the necessities of the protection and the wishes of nature protection policy must be known to discuss about a management plan. The conservation plan prevails upon the management plan. At the moment (January 2006) conservation plans for about half of the areas are available. The intention is to have the other plans drafted until the end of 2006.

*Precautionary principle*

When testing an application against art. 6 III Hdir., the precautionary principle expressly is applied. Only if it is sure that no significant effects on the site concerned will occur, a permit may be granted without using the exemption-criteria of art. 6 IV Hdir.

*Cumulative effects*

The Environmental Code requires to take cumulative effects into account. The guidance mentions some examples of kinds of activities or plans to which that concerns. However it is true that still there is not much experience with the necessity to take cumulative effects into account. If an EIA-procedure has been started, the expected effects of that project have to be considered. Therefore, this stretches a bit further than in the Netherlands, where the judge has decided that a project is not certain enough to be taken into account, when not more than the start-document of an EIA was published yet.



In Sweden projects that were applicated, but not yet decided upon, have to be considered.

### *3.6 About interpretation and application of art. 6 IV Hdir.*

#### *Consultation of the general public*

The question in which way the general public is consulted when deciding on projects which fall under art. 6 III and IV Hdir., depends on the basis of which statutes the decision about the project in question is taken (e.g. physical planning law, statutes on infrastructure or the environmental code itself). Usually, public participation is limited to the “affected public” and environmental NGO’s. NGO’s have to have a certain size to be allowed to participate.

The Right to complain before courts is usually limited to “the public affected” and NGO’s, too.

#### *Requirements concerning the contents and depth of the appropriate assessment*

In many cases of activities with possible significant effects an EIA has to be made. Even for activities on a smaller scale or with less impact, like thinning of a woodland, an EIA may be required. However, the depth and volume of such an EIA differs in practice and is related tot the possible scale of the impacts of an activity. If an activity with less impact is at stake, an EIA sometimes may be limited to a few pages, whilst major projects may make thick reports necessary.

Initiators who want to undertake an activity have the burden of proof that the project can be allowed according to the criteria of art. 6 III and IV Hdir. SEPA has the possibility to appeal cases where these requirements are not met.

#### *Alternatives*

Swedish law requires always to describe the nul-alternative when drafting an EIA. The nul-alternative however cannot be seen as an alternative required on the basis of art. 6 IV Hdir. and which could be a reason for refusing a permit. Until now there is not much discussion which alternatives have to be taken into account on the grounds of art. 6 IV Hdir. and which are not required. This question is one of the important questions at stake in the still pending Botnia-railway-case. In that case, it is discussed whether an alternative has to be taken into account although the train will need more time on the alternative route. The discussion in the Botnia-railway-case is important,

too, because of the connected question, whether time-sparing and which scale of time-sparing can be qualified as an “imperative reason of overriding public interest”. After all, to spare traveltime is the most important reason for building the Botnia-railway.

#### *Compensation*

Until now, there is no jurisprudence about this topic. Actual discussions about compensation mainly concern the question whether the compensation should be realized before the proposed activity is realized. The guidance says that this normally should be the case, but that, if this is impossible (e.g. when a woodland is clearcutted), one has to strive after this requirement as far as possible.

#### **4. ARTICLE 6 HABITATSDIRECTIVE IN PRACTICE**

Quite frequently projects are delayed to some extent because of the requirements of art. 6 Hdir. However, in most cases not the requirements of art. 6 Hdir. itself, respectively the requirements of the Environmental Code, cause the delay, but the fact that these requirements are not very well applied does so. Regularly EIA's that have to analyse the possible effects of a project on a protected site do not meet the demands of the authorities concerned (county councils or environmental court). In that cases the EIA has to be revised, which costs time and money. Often, only after the EIA is done, it becomes clear that an activity may have significant effects on a Natura 2000-site. Then the necessary detailed information about such a possible significant effect still has to be collected. The duration of the EIA-process therefore is enlarged. On the opposite, there are only very few examples where on the grounds of art. 6 Hdir. a proposed activity definitely had to be cancelled.