



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Kanttekeningen bij Artikel 6(4) van de Habitat Richtlijn

Nollkaemper, A.

**Publication date**

1996

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Milieu & Recht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Nollkaemper, A. (1996). Kanttekeningen bij Artikel 6(4) van de Habitat Richtlijn. *Milieu & Recht*, 23(9), 156-160.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Kanttekeningen bij Artikel 6(4) van de Habitat Richtlijn

André Nollkaemper\*

## 1. Inleiding

De Habitat Richtlijn van de Europese Gemeenschap (EG)<sup>1</sup> kan een belangrijke bijdrage leveren aan de bescherming van de laatste ongestoorde Europese natuurgebieden. Veel zal echter afhangen van de toepassing van de in de Richtlijn opgenomen uitzonderingsbepalingen. Artikel 6 lid 4 van de Richtlijn staat het lid-staten toe om onder bepaalde voorwaarden, waaronder een voorafgaand advies van de Commissie van de EG, toch wegen, spoorlijnen, steden en andere projecten te bouwen die lid-staten van economisch of sociaal belang achten. Deze uitzonderingsbepaling is van bepalend belang voor de feitelijke bescherming die veel natuurgebieden zullen krijgen. Artikel 6 lid 4 is echter in dusdanig mistige taal geformuleerd dat haar reikwijdte en betekenis onzeker is.

In 1995 publiceerde de Commissie van de Europese Gemeenschap twee adviezen over de toepassing van Artikel 6 lid 4 van de Habitat Richtlijn.<sup>2</sup> De Commissie oordeelt dat 'dwingende redenen van groot openbaar belang' rechtvaardigen dat Duitsland een autosnelweg aanlegt in natuurgebied 'voor welker instandhouding de Gemeenschap een bijzondere verantwoordelijkheid draagt'. De Adviezen zijn voorbestemd tot kleine voetnoten in de geschiedenis van het EG natuurbeschermingsrecht. In 1996 verdienen ze echter een korte analyse. De Adviezen geven ons een idee van de opvattingen van de Commissie over reikwijdte en betekenis van deze bepaling. In dit artikel zal ik deze opvattingen bespreken en tevens ingaan op een aantal hiermee samenhangende aspecten van de Habitat Richtlijn en hun relatie met overige onderdelen van het Europees recht.

## 2. Achtergrond en inhoud van de Adviezen

De Adviezen betreffen twee delen van de A 20 ('Oostzeesnelweg') in Noord Duitsland. De Oostzeesnelweg is het omvangrijkste onderdeel van 17 transportprojecten die de verbinding moeten verbeteren tussen de oude en de nieuwe, voorheen Oostduitse deelstaten. De Duitse regering veronderstelt dat de snelweg de economie en werkgelegenheid in Mecklenburg-Voorpommeren zal stimuleren.<sup>3</sup>

De Oostzeesnelweg doorkruist twee natuurgebieden: het dal van de Trebel en Recknitz en het dal van de Peene. Beide gebieden zijn erkende natuurbeschermingsgebieden. Het zijn broed- en rustgebieden van zeldzame en bedreigde vogels, en zijn als zodanig door Duitsland aangewezen onder de Vogelrichtlijn.<sup>4</sup> Beide gebieden behoren ook tot het Europese ecologische netwerk van speciale beschermingszones ('Natura 2000') dat is voorzien in de Habitat Richtlijn.<sup>5</sup> Bovendien bevatten de gebieden veengronden en veengebieden die de Habitat Richtlijn kwalificeert als prioritaire typen natuurlijke habitats: natuurlijke habitats die dreigen te verdwijnen en voor de bescherming waarvan de Gemeenschap een bijzondere verantwoordelijkheid heeft.<sup>6</sup>

Aanleg van de weg door deze gebieden zou strijdig zijn met Artikel 6 leden 2 en 3 van de Habitat Richtlijn. Deze

bepalingen verplichten Duitsland ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats niet verslechtert, dat er geen versturende factoren optreden voor de vogels waarvoor het gebied was aangewezen, en dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.<sup>7</sup> Strijd met de Habitat Richtlijn kon alleen worden weggenomen indien Duitsland met succes een beroep kon doen op Artikel 6 lid 4 van de Richtlijn. Dit bepaalt:

'Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de Lid-Staat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De Lid-Staat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritaire type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.'

Nu de weg 'prioritaire typen natuurlijke habitat' zou doorkruisen, en de redenen voor haar aanleg sociaal-economisch van aard waren en derhalve alleen konden vallen onder 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang' (zoals bedoeld in de 2e alinea), vroeg Duitsland om een advies van de Commissie op grond van de tweede alinea van Artikel 6 lid 4. In een advies dat naar verluidt enig intern tumult veroorzaakte,<sup>8</sup> oordeelde de Commissie op 27 april 1995 dat de aantasting van het dal van de Trebel en Recknitz 'gerechtvaardigd' was. Aanvankelijk had de Commissie een negatief advies voorbereid over de doorkruising van het Peenedal. Teneinde complicaties te voorkomen trok Duitsland de aanvraag voor een advies in, en stelde in augustus 1995 een alternatief traject voor. Op 12 december 1995 adviseerde de Commissie positief over dit alternatief.

## 3. Interpretatie en toepassing van Artikel 6 lid 4

Het is in dit blad eerder vastgesteld dat Artikel 6 lid 4

\* Schrijver is wetenschappelijk onderzoeker bij de vakgroep Staats- en Bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Richtlijn 92/43 EEG van de Raad inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna, Pb L 206/7 (1992) (hierna: Habitat Richtlijn).

2. Advies van de Commissie van 27 april 1995 over de aanleg van de geplande autosnelweg A 20 (Bondsrepubliek Duitsland) door het dal van de Trebel en Recknitz, overeenkomstig artikel 6 lid 4 van de Habitat Richtlijn. Pb C 178/3 (1995); Advies van de Commissie van 18 december 1995 over de aanleg van de geplande autosnelweg A 20 (Bondsrepubliek Duitsland) door het Dal van de Peene, overeenkomstig artikel 6 lid 4 van de De Habitat Richtlijn.

3. Het werkloosheidspercentage in Mecklenburg-Voorpommeren bedroeg in oktober 1995 15,2%. In de oude deelstaten is dit gemiddeld 8,1%. Cijfers uit het Advies over het Peenedal, par. 1.3.

4. Deze gebieden waren aangewezen op grond van art. 4 lid 1 van Richtlijn 79/904 inzake het behoud van de vogelstand, Pb L 115/41 (1991).

5. Hierin is voorzien in art. 3 lid 1 van de Habitat Richtlijn.

6. Art. 1(d) van de Habitat Richtlijn. De betreffende type gebieden zijn genoemd in Annex I, paras. 5.3.3; 44.A1 tot 44.A4; and 44.3.

7. Art. 6 lid 2 van de Habitat Richtlijn.

8. Spat over motorway construction programme in East Germany, European Report, April 22, 1995, beschikbaar in LEXIS/Nexis, News Library.

'niet erg helder' is geredigeerd.<sup>9</sup> De Oostzeesnelweg toont de problemen omtrent de betekenis van de bepaling in hun volle omvang. Het gaat hierbij met name om de volgende vragen (1) wat is het onderwerp van de adviezen; (2) wat zijn dwingende redenen van groot maatschappelijk belang; (3) hoe toetst de Commissie of er sprake is van dergelijke dwingende redenen; (4) past zij hierbij een belangenafweging toe; en hoe diep toetst de Commissie (5) de selectie van alternatieven; (6) de toepassing van verzachtende maatregelen; en (7) compenserende maatregelen.

### 3.1. Onderwerp van de Adviezen

Een preliminaire vraag is waarover de Commissie geacht wordt advies uit te brengen. Artikel 6 lid 4 suggereert dat het advies maar op een vraag betrekking heeft: of een lidstaat 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang' mag aanvoeren om een project te rechtvaardigen dat leidt tot aantasting van een prioritair type natuurlijke habitat. De verplichting om compenserende maatregelen te nemen (genoemd in de eerste alinea) wordt strikt genomen alleen gedekt door het vereiste de Commissie 'op de hoogte' te stellen, terwijl de Commissie met het zoeken naar alternatieve oplossingen (eveneens genoemd in de eerste alinea) al helemaal geen betrokkenheid lijkt te hebben.

De Commissie vindt terecht dat deze aspecten niet los van elkaar kunnen worden gezien. De vraag of 'dwingende redenen' aantasting van een gebied rechtvaardigen komt pas aan de orde indien is vastgesteld dat er geen alternatief is dat aantasting (en daarmee toepassing van Artikel 6 lid 4) kan voorkomen. Het zou het doel van Artikel 6 lid 4 ondermijnen indien de Commissie elke alternatieven-analyse, hoe inadequaar een lidstaat die ook heeft uitgevoerd, blindelings zou overnemen, en op basis daarvan zou adviseren dat 'dwingende redenen' een project rechtvaardigen. De Commissie maakt terecht alle onderdelen van Artikel 6 lid 4, inclusief de eerste alinea, onderwerp van de Adviezen. De Commissie kijkt in haar advies inzake het Peenedal zelfs naar voorgestelde maatregelen om negatieve effecten te voorkomen ('verzachtende maatregelen') – een onderwerp dat in Artikel 6 lid 4 in het geheel niet voorkomt doch valt onder de verplichting van Artikel 6 lid 2 om 'alle passende maatregelen' te treffen om achteruitgang en verstoring van natuurlijke habitats te voorkomen. De Commissie gaat er dus van uit dat Artikel 6 lid 4 haar een brede bevoegdheid tot integrale advisering geeft. Nu het advies geen directe juridische gevolgen heeft (zie onder, par. 4) behoeft men tegen deze opvatting geen bezwaar te hebben.

Maar overigens is de afbakening van het voorwerp van het advies onbevredigend. Zo is, indien een lidstaat zich beroept op 'argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid' of 'openbare veiligheid' (Artikel 6 lid 4, tweede alinea), de adviesprocedure in het geheel niet van toepassing. In dat geval zal de Commissie dus ook niet de beschikbaarheid van alternatieven onderzoeken. Mocht de Commissie twijfelen aan de deugdelijkheid van ofwel de alternatieven-analyse, ofwel de validiteit van een beroep op 'menselijke gezondheid' of 'openbare veiligheid', dan staat haar alleen de procedure van Artikel 169 EG Verdrag ter beschikking. Daarbij stuit de Commissie wel op een praktisch probleem. Volgens Artikel 6 lid 4 dient een lidstaat de Commissie alleen te notificeren welke compenserende maatregelen genomen zijn (aarbij het woord 'genomen' bovendien doet vermoeden dat dit een *ex post* notificatie is). Er is geen garantie dat de Commissie vroegtijdig op de hoogte is van plannen om op grond van 'argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid' of 'openbare veiligheid' een weg door een prioritair natuurgebied aan te leggen. Hoewel de publieke opinie en actiegroepen meestal hun stem zullen laten horen, laat de Richtlijn de mogelijkheid open dat de Commissie pas over een dergelijk

project wordt geïnformeerd in de in art. 17 voorziene zesjaarlijkse (!) verslagen over de toepassing van de Richtlijn.

Deze onevenwichtigheden zijn wellicht te verklaren uit de onderhandelingsgeschiedenis en met name uit de aansluiting die de wetgever zocht bij de rechtspraak van het Hof.<sup>10</sup> Zij hebben echter weinig van doen met consistente en rationele wetgeving. Is een beroep op 'openbare veiligheid' niet evenzeer voor misbruik vatbaar als een beroep op 'dwingende redenen'? En waarom zou alleen in het laatste geval de alternatieven-analyse onderzocht moeten worden? Consistentie zou beter worden gediend door ofwel de gehele tweede alinea van Artikel 6 lid 4 (dus: alle gevallen van aantasting van prioritaire gebieden) onder de adviesprocedure te brengen, dan wel de adviesprocedure te schrappen en te vervangen door een adequaat notificatiesysteem dat de Commissie in staat stelt vroegtijdig in te grijpen, eventueel in de vorm van spoedprocedures op basis van art. 169.

### 3.2. Wat zijn dwingende belangen?

Het doel van de adviesprocedure is de Commissie te laten beoordelen of een lidstaat 'dwingende redenen van groot maatschappelijk belang' mag aanvoeren ter rechtvaardiging van de uitvoering van projecten in prioritaire natuurgebieden. Wat zijn 'dwingende redenen'? In dit blad is verdedigd dat de in de tweede alinea bedoelde belangen geen belangen van sociaal-economische aard kunnen zijn.<sup>11</sup> De Commissie oordeelt anders. Zij concludeert dat het belang van economische en sociale cohesie in Duitsland de aantasting van de gebieden rechtvaardigt. Deze uitleg is zowel tekstueel als wetshistorisch juist. 'Andere dwingende redenen' is een onbegrensde categorie, en het lijkt dat de Raad bewust heeft gewild een uitzonderingsgrond te creëren die door het Hof was afgesneden.<sup>12</sup> Het wat onbevredigende gevolg is wel dat het enige verschil tussen aantasting van 'gewone' gebieden (eerste alinea van Artikel 6 lid 4) en aantasting van prioritaire natuurgebieden (tweede alinea) nu is dat in het tweede geval niet juridisch bindend advies van de Commissie vereist is.

### 3.3. Toetsing van 'dwingendheid' van belangen: de doel/middel relatie

In hoeverre toetst de Commissie of de door Duitsland opgevoerde belangen inderdaad kunnen worden beschouwd als 'dwingende redenen van groot openbaar belang'? Is het denkbaar dat de Commissie (of, in voorkomende gevallen, het Hof) zou concluderen dat een weg *niet* een voor Duitsland dwingende reden van groot maatschappelijk belang dient, indien Duitsland zelf via een democratisch proces heeft vastgesteld dat *wel* een dergelijk belang in het geding is? De Adviezen suggereren dat de Commissie van oordeel is dat zij slechts marginaal kan toetsen of de aangevoerde redenen 'dwingend' zijn, en het maatschappelijk belang 'groot' is.

Hoewel dit oordeel juist lijkt, dient de toetsing niet betekenisloos te zijn. Het argument dat een snelweg nodig is ter vergroting van economische en sociale cohesie kan plausibel zijn, maar is zeker niet vanzelfsprekend. In de literatuur is het vermeende verband tussen infrastructuur en

9. Chris Backes, Implementatie van de Habitat-richtlijn in het Nederlandse (natuurbeschermings)recht, M en R nr 11 (1995), p. 216-221, op p. 217.

10. In het bijzonder met de uitspraak van het Hof in zaak C-57/89, Commissie v. Duitsland (Leybucht), Jur. 1991, I-883. Zie voor de invloed van deze uitspraak op de onderhandelingen van de Habitat Richtlijn: David Baldock, note to Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany, 4 J. Envrtl. L. 139, 144 (1992).

11. Backes, zie noot 8, p. 217.

12. Wouter P.J. Wils, The Birds Directive 15 Years Later: A Survey of the Case Law and a Comparison with the Habitats Directive, 6 J. of Envrtl. L. (1994), p. 219-242, op p. 232-233.

werkgelegenheid gerelativeerd.<sup>13</sup> De economische effecten van de Oostzeesnelweg leken ook al onzeker omdat de weg doorloopt naar Polen en Duitsland slechts kan hopen op directe positieve economische gevolgen in transitgebieden. Wat er zij van de validiteit van de conclusie van de Commissie in dit geval, het is wenselijk dat de Commissie, en in voorkomend geval het Hof, serieus kijkt naar de aangevoerde gegevens en de plausibiliteit van een verband tussen een voorgesteld project en het beoogde doel, wil zij voorkomen dat de Artikel 6 lid 4 procedure een formaliteit wordt waarbij elke nationale definitie van een dwingend belang over-eind blijft staan.

Een interessant aspect in de Oostzeesnelweg casus was dat de Commissie weinig ruimte had om te ontkennen dat er een dwingende reden in het geding was. De Gemeenschap zelf had al eerder erkend dat het project van groot belang was. Zowel in het kader van haar beleid inzake Structuurfondsen<sup>14</sup> als dat inzake trans-Europese Netwerken<sup>15</sup> had de Gemeenschap laten blijken de Oost-West verbinding van groot belang te achten. Deze vorm van zelfbinding bespreek ik nader in paragraaf 5.

### 3.4. Afweging tussen dwingende en andere belangen

De Commissie kan niet ontstaan met vast te stellen dat er een plausibel verband is tussen een voorgesteld project en een vermeend economisch voordeel, en dat derhalve het project een 'dwingend belang' dient. Zij dient zich te begeven in het mistige gebied van belangenafwegingen tussen de gewenste economische effecten en de schade voor het natuurgebied. Dit blijkt niet zozeer uit de ook op dit punt gebrekkige tekst van Artikel 6 lid 4, dat immers alleen spreekt van de vraag of een lid-staat dwingende redenen mag 'aanvoeren'. Maar dwingendheid is een relatief begrip. De Commissie kijkt in de twee Adviezen over de Oostzeesnelweg niet alleen of belangen op zichzelf dwingend zijn, maar stelt zich ook de vraag of de dwingende redenen aantasting van de natuurgebieden *rechtvaardigen*. Deze vraag kan alleen worden gezien in het licht van een belangenafweging: rechtvaardigen de veronderstelde economische baten de te verwachten ecologische kosten?

De Commissie behandelt deze materie op een impliciete en onbevredigende wijze. Zij zet de verwachte ecologische effecten en de vermeende economische en sociale opbrengsten naast elkaar en trekt met een schijnbaar automatisme de conclusie dat de opbrengsten de kosten rechtvaardigen. We hoeven het niet oneens te zijn met deze conclusie om moeite te hebben met de ondoorzichtige gedachtegang die haar moet dragen. Het verdient aanbeveling de belangen op een meer expliciete wijze af te wegen, en daartoe een conceptueel scherper perspectief te hanteren. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren via een evenredigheidstest. Deze zal op zichzelf geen antwoorden geven op de vraag hoe de ecologische gevolgen gemeten en gewogen kunnen worden (een vraag waar de Commissie al helemaal niet aan toekomt), maar zou wel de analyse in de adviezen meer structureren en dwingender dan nu het geval is tot conclusies kunnen laten leiden.

### 3.5. Alternatieven-analyse

De Commissie lijkt de analyse van alternatieven als de kern van de adviesprocedure te beschouwen. Artikel 6 lid 4 bepaalt dat alleen 'bij ontstentenis van alternatieve oplossingen' lid-staten een project mogen ondernemen dat in strijd is met Artikel 6 leden 2 en 3. Terwijl de Commissie de 'dwingendheid' van de belangen en de belangenafweging met ecologische kosten hoogst marginaal toetst, gaat ze serieus te werk in het onderzoek naar alternatieven. Illustratief is dat de Commissie het Peenedal bezocht om zich een beeld te kunnen vormen van de alternatieven.<sup>16</sup> De Commissie was aanvankelijk niet overtuigd dat er geen betere al-

ternatieven bestonden en was er aldus (mede-)verantwoordelijk voor dat Duitsland een minder belastend alternatief koos. Dit laat zien dat in ieder geval op dit punt Artikel 6 lid 4 een nuttig effect kan hebben.<sup>17</sup>

Het gewicht dat de Commissie hecht aan alternatieven-toetsing heeft een breder belang. Onderzoek van alternatieven is een essentieel onderdeel van milieu-effect rapportages.<sup>18</sup> Tot op heden heeft de Commissie zich niet begeven in een inhoudelijke toetsing van milieu-effect rapportages die vallen onder de MER-Richtlijn.<sup>19</sup> De alternatieven analyse in milieu-effect rapportages voor projecten die ook worden gedekt door Artikel 6 lid 4 van de Habitat Richtlijn worden nu toch onderzocht. Dit kan een stap zijn op weg naar meer omvattende toezicht op uitvoering van de verplichtingen van de MER-Richtlijn.

Het blijft wel de vraag hoe ver de Commissie (of, in voorkomend geval, het Hof) zich redelijkerwijs in de inhoud van de alternatieven-analyse kan en zal verdiepen. De Commissie moet zich door een uiterst technische materie worstelen om te begrijpen waarom een lid-staat het alternatief kiest dat zij kiest. Assumpties moeten worden geëxpliciteerd, methodologieën onderzocht, tegenstrijdige gegevens verworpen en conclusies worden onderbouwd op een begrijpelijke en toetsbare wijze.<sup>20</sup> Zal de Commissie zich werkelijk durven wagen aan 'second-guessing' om te zien of de analyse en afweging van alternatieven de toets der kritiek kan doorstaan? Is het denkbaar dat zij de analyse van alternatieven voor, bijvoorbeeld, de hogesnelheidslijn, nog eens overdoet? Op dit punt staat het EG recht aan het begin van een weg die vooralsnog slechts theoretisch leidt tot een intense juridische controle op alternatieven analyses zoals die zich in diverse staten heeft ontwikkeld.

### 3.6. 'Verzachtende' maatregelen

Indien op grond van Artikel 6 lid 4 dan toch een weg moet worden aangelegd door een prioritair natuurgebied is het gewenst dat de betrokken lid-staat alle mogelijke maatregelen treft om negatieve effecten te vermijden. Voorbeelden van zogeheten verzachtende maatregelen zijn het integreren van de weg in het landschap, maatregelen om overlast door lawaai en licht te verminderen, en voorzieningen om migratie van dieren mogelijk te maken.

Zijn dergelijke gewenste maatregelen ook verplicht? De Habitat Richtlijn spreekt niet uitdrukkelijk over een verplichting om verzachtende maatregelen te treffen. Het lijkt echter dat deze kunnen worden begrepen onder de ver-

13. Zie voor een discussie van deze materie, met verwijzingen: Francois Meienberg en Matthias Schickhoer, Missing Greenlinks. Examination of the Commission's Guidelines about Trans European Networks and Proposal for an Ecological Restructuring 18-21 (1995).  
14. Pb L 193 (1993).

15. Zie par. 5.

16. Hoewel het EG Verdrag hier niet uitdrukkelijk in voorziet, is er geen twiifel mogelijk dat dit een impliciete bevoegdheid van de Commissie is, zie ook Gerd Winter, Der Säbelschnäbler als Teil fürs Ganze, 1 Natur und Recht 21, 23 (1992).

17. De Commissie concludeerde dat het oorspronkelijk voorgestelde alternatief het boshooiland rechtstreeks zou hebben aangetast over een strook van 150 m breed, terwijl indirecte gevolgen (lawaai, vervuiling, lichtoverlast) in een gebied van zo'n 1000 m aan weerszijden van de autoweg zouden zijn opgetreden. In het gekozen alternatief zouden prioritaire habitats niet dichter dan 300 meter van de brug liggen en niet rechtstreeks worden aangetast. Zie Advies over het Peenedal, par. 3.1 en 3.4.

18. Art. 5 lid 1 van Richtlijn 85/337 betreffende de milieu-effect beoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, Pb L 175/40 (1985).

19. Zie voor een oudere analyse hiervan die nog steeds van toepassing lijkt: Ludwig Kramer, The Implementation of Environmental Laws by the European Economic Communities, 34 German Yearbook of International Law (1991), p. 9-53, op p. 40.

20. Zie voor een uitstekende analyse in de Amerikaanse context: William H. Rodgers, Jr., A Hardlook at Vermont Yankee: Environmental Law under Close Scrutiny, 67 Geo L. Rev. 669, 705-706 (1979).

plichting van Artikel 6 lid 2 om 'passende maatregelen' te treffen om te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats niet verslechtert en dat er geen verstorende factoren optreden voor de vogels waarvoor het gebied was aangewezen. Ook kan Artikel 6(4) extensief worden geïnterpreteerd. Een lid-staat kan infrastructuur-projecten in natuurgebieden alleen rechtvaardigen onder een aantal limitatief opgesomde voorwaarden. Overigens kunnen we een plicht tot de keuze van het 'minst-belastende alternatief' construeren.<sup>21</sup> Hoewel de Commissie terecht verzachtende maatregelen tot het voorwerp van haar Advies rekent (althans in haar Advies over het Peenedal), lijkt het er niet op dat de Commissie die maatregelen ook onderzoekt – het informele taalgebruik dat de Commissie gebruikt, maakt het enigszins onduidelijk of de Commissie hier eigenlijk wel iets toetst.<sup>22</sup>

Evenals bij alternatieven-analyse is er op het punt van verzachtende maatregelen sprake van een samenloop tussen de Habitat Richtlijn en de MER-Richtlijn. Voor projecten die vallen onder de verplichtingen onder de MER-Richtlijn, zoals de Oostzeesnelweg, moeten lid-staten zich reeds een beeld hebben gevormd van de mogelijkheden om via technische maatregelen negatieve effecten te vermijden.<sup>23</sup> De MER-Richtlijn stelt toepassing van dergelijke maatregelen echter niet verplicht – het is een strikt procedurele verplichting. De Habitat Richtlijn transformeert deze procedurele verplichting in een inhoudelijke verplichting, en maakt toepassing van verzachtende maatregelen verplicht en (althans formeel) toetsbaar.

### 3.7. Compensatie

Een laatste onderdeel van Artikel 6(4) dat kort bespreking verdient is de verplichting tot het nemen van compenserende maatregelen. Artikel 6 lid 4 staat een lid-staat alleen toe projecten te ondernemen indien ze alle compenserende maatregelen neemt om te waarborgen dat 'de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft'. De juridische betekenis en toetsbaarheid van deze eis is met onzekerheden omgeven. Het is onwaarschijnlijk dat de Commissie een idee heeft van wat het precies betekent de onderlinge samenhang van Natura 2000 te bewaren. Duidelijk is wel dat in het geval van prioritair gebieden de bewijslast dat compensatie adequaat is hoog dient te zijn. Per slot van rekening gaat het om prioritair natuurgebieden die dreigen te verdwijnen. De ecologische omstandigheden van dergelijke gebieden zullen veelal moeilijk na te bootsen zijn. Indien adequate compensatie niet mogelijk is verhindert Artikel 6 lid 4 uitvoering van het project.

Hoewel in de Oostzeesnelweg casus een dergelijke hoge bewijslast op haar plaats was, heeft de Commissie zich niet in de complexiteit van compensatie-analyse willen begeven. Duitsland stelde een aantal compenserende maatregelen voor, waaronder maatregelen 'ter bevordering van de totstandbrenging of het herstel' van zeven verschillende habitattypen in een gebied van bijna 100 ha. in het Peenedal.<sup>24</sup> De Commissie nam dat voorstel voor kennisgeving aan. Verbazend is deze wat passieve houding niet. Het analyseren van compensatie in termen van omvang en ecologische toekomstige effecten is een activiteit waar ook het nationale recht nog niet voorbij het experimentele stadium is, en lijkt de ambities van de Commissie te boven te gaan. De Commissie wenst geïnformeerd te blijven, maar de kans dat de Commissie zich ooit bezint op de kwaliteit van de compensatie in het Peenedal lijkt gering. Dit kan anders zijn indien Duitsland geheel in gebreke zou blijven aangekondigde compenserende maatregelen uit te voeren. De Commissie zal dan een zaak hebben onder art. 169 EG-Verdrag. Voor het betrokken natuurgebied zullen de juridische uitkomsten weinig bevredigend zijn: het asfalt zal gelegd zijn en de auto's reeds door de vroegere veenbossen rijden. Om meer betekenis te geven aan de eis van compensatie is het wense-

lijk dat de Commissie zich nader bezint op de modaliteiten van compensatie van onderdelen van Natura 2000, en hoe de adequaatheid van compensatie kan worden getoetst.<sup>25</sup>

### 4. Status en 'timing' van de adviezen

Adviezen op grond van Artikel 6 lid 4 zijn niet juridisch bindend. Artikel 6 lid 4 maakt formele toestemming geen voorwaarde voor de nationale goedkeuring en uitvoering van een project.<sup>26</sup> Dit betekent niet dat toepassing van Artikel 6 lid 4 een kwestie van 'zelf-interpretatie' door een lid-staat is. Indien de Commissie een negatief advies geeft en een lid-staat een project desondanks ten uitvoer brengt, is de logische volgende stap dat de Commissie de kwestie voor het Hof brengt op grond van schending van Artikel 6 leden 2, 3 en mogelijk 4. Bovendien kan een Advies ondanks het ontbreken van direct juridisch effect in Gemeenschapsrecht een effect hebben voor nationale rechters. Een negatief Advies kan een claim van benadeelde individuen/groepen op grond van Artikel 6 leden 2 en 3 (met een kansrijk beroep op directe werking) ondersteunen, evenzeer als een positief advies hun kansen kan benadelen.

Moet een lid-staat, nu het advies toch niet juridisch bindend is, wel wachten op het advies voordat zij een definitief besluit over een weg neemt? In de A 20 zaak ontstond enige controverse over deze vraag. De Duitse opvatting dat er geen plicht was te wachten op het advies<sup>27</sup> is onjuist. Artikel 6 lid 4 stelt dat dwingende redenen van groot openbaar belang alleen mogen 'worden aangevoerd' (de terminologie is onzuiver, men moet aannemen dat de wetgever bedoelde aan te geven dat dwingende redenen alleen in bepaalde omstandigheden een uitzondering kunnen rechtvaardigen) 'na advies van de Commissie' (Engels: 'further to'). Deze term laat geen ruimte voor onzekerheid: een definitief besluit kan pas worden genomen na een advies van de Commissie. Men kan dit ook beargumenteren vanuit de functie van Artikel 6 lid 4: een advies heeft geen kans enige invloed op de besluitvorming uit te oefenen, en zou van haar zin worden beroofd indien het wordt uitgebracht na de definitieve beslissing.<sup>28</sup> Het advies over de aanleg van de weg in het dal van de Peene toont aan dat een vroeg advies (in dat geval een dreigend negatief advies) een positieve invloed kan hebben op besluitvorming. Bovendien kan een vroeg advies van belang zijn voor ingezetenen die overwegen om via nationale procedures de aanleg van de weg aan te vechten.

21. In Zaak 57/89 toetste het Hof de activiteiten in het licht van het beginsel dat ze niet meer verstoring dan nodig mochten veroorzaken. Par. 27.

22. Par. 4.3 stelt dat 'beschermende maatregelen worden genomen', en spreekt later van geschikte aanvullende maatregelen die genomen 'moeten' worden. Het is niet duidelijk of dit laatste een aanvullende voorwaarde is.

23. Art. 5 lid 2 van de MER-Richtlijn.

24. Par. 4.3. Zie ook Par. 4.5 van het Advies over het dal van de Recknitz en Trebel.

25. Hierbij kan de Commissie te rade gaan bij ervaringen in nationaal recht van, onder meer, Duitsland; zie Chris Backes, *Juridische Bescherming van Ecologisch Waardevol Gebieden* 385 (1993).

26. Artikel 6 lid 4 is in gelijke bewoordingen geformuleerd als Artikel 37 van het Euratom verdrag. In zaak 187/87 concludeerde het Hof dat Adviezen op basis van Artikel 37 niet bindend zijn. Zaak 187/87, Saarland v. Minister voor Industrie [1988] ECR 5013.

27. Duitsland vroeg om een advies op 31 augustus en 8 september 1994. De Commissie verzamelde informatie tot eind december. Bij brief van 11 januari liet Duitsland de Commissie weten een besluit te nemen. Duitsland interpreteerde het uitblijven van een advies als een besluit van de Commissie dat Duitsland vrij was te doen wat zij wilde. Op 20 januari liet Duitsland weten een besluit te hebben genomen. In antwoord op een stelling van de Commissie dat Duitsland het besluit op moest schorten stelde Duitsland dat zij zich daartoe niet verplicht achtte. Zie Par. 3.2 van het Advies inzake het dal van de Recknitz en Trebel.

28. Ook op dit punt kan een analogie getrokken worden met Artikel 37 van het Euratom Verdrag. In Zaak 187/87, zie noot 26, stelde het Hof dat gezien het belang van het doel van Art. 37 de richting die een advies van de Commissie kan geven aan een besluit van een lid-staat ter kennis van de lid-staat moet zijn voordat een besluit wordt genomen.

## 5. Habitat bescherming en trans-Europese Netwerken

Een interessant en enigszins verontrustend aspect van de in dit artikel behandelde Adviezen was dat de Oostzeesnelweg deel uitmaakte van het zogeheten trans-Europese weggennet.<sup>29</sup> Dit weggennet is een deel van wat uiteindelijk een netwerk voor gecombineerd vervoer moet worden bestaande uit spoor, weg, lucht, zee en binnenwater transport.<sup>30</sup> De Commissie acht verwezenlijking van dit trans-Europese netwerk (TEN) een belangrijk onderdeel van de interne markt, dat de sociale en economische cohesie, economische groei en werkgelegenheid in de Gemeenschap zal bevorderen.<sup>31</sup> Hoewel de projecten die tot het vervoersnetwerk behoren op nationaal niveau moeten worden uitgevoerd, zal de EG er actief aan bijdragen.<sup>32</sup> Ze zal richtlijnen vaststellen voor de doelstellingen en prioriteiten van het TEN<sup>33</sup> en kan projecten van lid-staten financieren die ze van 'gemeenschappelijk belang' acht.<sup>34</sup>

De uiteindelijke vormgeving van het TEN blijft onzeker. Maar de lijst van voorlopige projecten<sup>35</sup> laat een dreigend beeld zien voor het toekomstige Europese landschap. Ook de hogesnelheidslijn en Betuwelijn maken deel uit van de TEN. Deze en verdere TEN projecten zullen onvermijdelijk leiden tot negatieve effecten in de vorm van vernietiging van biotopen en vegetatie; beperking van bewegingsvrijheid van dieren; toename van emissies door auto's; toename van geluidsoverlast en andere effecten in de directe omgeving van snel- en spoorwegen. Deze effecten kunnen snel in strijd komen met doelstellingen van het EG milieubeleid, niet alleen met doelstellingen inzake habitat bescherming, maar ook met doelstellingen inzake luchtvervuiling en klimaatbeheersing. Hier ligt, derhalve, een taak voor de implementatie van het integratiebeginsel.<sup>36</sup> De thans genomen en voorbereide besluiten inzake het TEN erkennen formeel de implicaties van het integratiebeginsel.<sup>37</sup>

De praktische toepassing hiervan zal pas in de praktijk blijken. Er kan echter geen twijfel over bestaan dat het TEN beleid in ieder geval aan twee eisen moet voldoen. Ten eerste zal de Gemeenschap zorgvuldig de gevolgen van projecten die Gemeenschapsteun krijgen dienen te analyseren.<sup>38</sup> Tot nu toe is dat niet gebeurd. De effecten van de Oostzeesnelweg werden vastgesteld in een Duitse milieu-effect rapportage. Het zou wenselijk geweest zijn als de Gemeenschap zelf deze effecten zou hebben geanalyseerd, voor de A 20 in het TEN programma op te nemen. Dan had ze zich in ieder geval de mogelijkheid gegeven zich af te vragen of het wenselijk is dat ze goedkeuring hecht aan TEN projecten die in strijd zijn met kernbepalingen van haar eigen Habitat Richtlijn. Dit is met name van belang nu een EG besluit inzake TEN een legitimatie blijkt te vormen voor projecten in lid-staten en de nationale besluitvorming beïnvloedt. In het geval van de Oostzeesnelweg gebruikte de Commissie het feit dat de weg een TEN project was als ondersteuning voor het argument dat het ging om een dwingend belang dat een uitzondering van Artikel 6 leden 2 en 3 rechtvaardigde.<sup>39</sup>

Ten tweede moeten TEN projecten voldoen aan de eisen van het bestaande EG recht, inbegrepen de Habitat Richtlijn.<sup>40</sup> Niettegenstaande het gat van Artikel 6 lid 4, zoals beschreven in par. 3, bevat de Habitat Richtlijn belangrijke belemmeringen voor een verdere asfaltering van Europa. Deze barrières kunnen hun functie echter alleen vervullen indien de EG de verenigbaarheid van TEN projecten met de Habitat Richtlijn onderzoekt voor goedkeuring van TEN projecten. De benadering in het geval van de Oostzeesnelweg – waar de Commissie eerst een TEN project goedkeurde en pas vervolgens tot verenigbaarheid met de Habitat Richtlijn concludeerde omdat de A 20 nu eenmaal een TEN project was, is het paard achter de wagen spannen.

## 6. Conclusie

De vraag wat de reikwijdte en betekenis van Artikel 6 lid 4 is zal geen academische kwestie blijven. Daarvoor is de gevoelde behoefte aan snel- en spoorwegen te groot en Europa te klein. De twee Adviezen van de Commissie over de Oostzeesnelweg zijn slechts een inleiding tot de juridische vragen die zullen rijzen in het Hof van Justitie of nationale rechters zich over Artikel 6 moeten uitspreken. Maar de Adviezen hebben ons alert gemaakt op drie punten. Ten eerste is Artikel 6 een slecht wetgevingsprodukt dat, tenzij strikt geïnterpreteerd, een grote ontsnappingsmogelijkheid bevat voor infrastructurele projecten in kwetsbare natuurgebieden. Ten tweede kan de toepassing van Artikel 6 lid 4 worden geholpen door een verdere ontwikkeling van toetsingsnormen in het Europese recht, in het bijzonder een 'rationaliteitstest' (is een voorgesteld project redelijkerwijs in staat een vermeend doel te bereiken); een proportionaliteits-test (rechtvaardigen de vermeende opbrengsten de zekere gevolgen in kwetsbare gebieden) en een minst-belastende-alternatief test. Ten derde dwingt de interactie tussen het TEN beleid en de Habitat Richtlijn de Gemeenschap zich nogmaals te bezinnen op de vraag wat zij eigenlijk bedoelde toen zij het integratiebeginsel in het EG Verdrag opnam.

29. Het trans-Europese weggennet was voorlopig vastgesteld bij Beschikking 93/629/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de totstandbrenging van een transeuropees weggennet. Deze Beschikking, nu niet meer van kracht, was aangenomen op basis van Art. 75 van het EEG Verdrag. Na inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht heeft het beleid inzake transeuropese netwerken een uitdrukkelijke basis in art. 3(n) en 129b van het EG Verdrag.

30. Zie de formulering van dit toekomstbeeld in 'De ontwikkeling van de rechtsnoeren voor het Transeuropees Vervoersnetwerk'. Mededeling van de Commissie, COM(93)701 def. van 21 december 1993.

31. Witboek over het Gemeenschappelijk Vervoersbeleid, COM(92)494.

32. Art. 129B lid 1 van het EG Verdrag.

33. Art. 129C lid 1. Een voorstel voor dergelijke richtlijnen is reeds enige tijd onderwerp van bespreking; zie bijv. Gewijzigd voorstel voor een Beschikking van het Europees Parlement en de Raad betreffende communautaire richtlijnen voor de ontwikkeling van een transeuropees vervoersnetwerk, Pb C 97/1 (1995). Het oorspronkelijke voorstel is gepubliceerd in OJ C 220 (1994).

34. Id. In 1995 nam de EG algemene richtlijnen hiervoor aan: Zie Verordening (EG) nr 2236/95 van de Raad van 18 september 1995 tot vaststelling van de algemene regels voor het verlenen van financiële bijstand van de Gemeenschap op het gebied van transeuropese netwerken.

35. Gepubliceerd in Pb C 97/1 (1995).

36. Art. 130R lid 2 van het EG Verdrag. Zie voor een analyse van de betekenis van dit beginsel M.T. Kamminga en E.R. Klatte, Twintig jaar EG Milieubeleid en het integratiebeginsel, M en R (1994), p. 2-10.

37. Art. 6 van Verordening 2236/95 (boven, noot 32) bepaalt dat bij een besluit tot verlening van steun rekening dient te worden gehouden met milieugevolgen. Art. 7 bepaalt dat gefinancierde projecten verenigbaar moeten zijn met Gemeenschapsrecht en -beleid op het gebied van milieubescherming. De integratie van milieubescherming in de voorgestelde beschikking voor richtlijnen (boven, noot 32) is onderwerp van een meningsverschil tussen de instituties en daarmee een van de vertragende factoren.

38. Velen spreken nu over zogeheten strategische milieu-effect rapportages, die zowel korte als lange termijn effecten en regionale en mondiale effecten zouden dekken. Dit concept bestaat slechts in rudimentaire vormen, en is onderwerp van studie door de Commissie. Zie Institute for European Environmental Policy, The 1996 Inter-Governmental Conference: Integrating the Environment into other EU Policies 19 (1995) (met een voorstel dat art. 129c van het EG verdrag geamendeerd moet worden om TEN afhankelijk te maken van strategische milieu-effect rapportages).

39. Advies inzake het dal van de Recknitz and Trebel, par. 4.3; Advies inzake het Peenedal, par. 4.2.

40. Zo ook art. 7 van Verordening 2236/95 (boven, noot 32).