



Balans ecologie en economie in het natuurbeschermingsrecht

Nederland ook soepeler dan andere lidstaten?

mr. dr. F.H. Kistenkas

Senior docent leerstoelgroep Bos- en Natuurbeleid en senior onderzoeker Alterra, Wageningen Universiteit

Juli 2008

Kennisvraag:

In het kader van het *Programma Natura 2000* van LNV werd door Ir. S.W. van 't Erve de volgende kennisvraag inzake de ruimte voor de balans tussen ecologie en economie ingediend (HDV 08-43).

Er wordt vaak geroepen dat Nederland bij de implementatie van Natura 2000 strenger zou zijn dan het ons omringende buitenland. Voortbouwend op eerder onderzoek is het belangrijk om in beeld te brengen waar Nederland ten opzichte van de ons omringende landen 'rek en ruimte' heeft gemaakt, gevonden en benut om de juiste balans tussen ecologie en economie te kunnen bewaren. Op welke manieren kunnen lidstaten, binnen de marges van de richtlijnen toch faciliterend bezig zijn om die balans te bewaren? Kunnen kritische implementatie-aspecten geïdentificeerd worden die voorkomen dat activiteiten onnodig worden beperkt of vertraagd? Actualiteiten als mosselzaadvissersrij, ammoniak en maasvlakte maken deel uit van het onderzoek waarbij ook RvS-jurisprudentie wordt betrokken.

1 Algemeen

Iedere Europese richtlijn geeft enige beleidsruimte aan een lidstaat. Dat is inherent aan het hybride rechtskarakter van een EU-richtlijn: het behelst zowel Brusselse hiërarchie als lidstatelijke autonomie (Kistenkas, 2008). Er is binnen de normatieve hiërarchie toch ook weer enige beleidsruimte. Dit geldt dus ook voor de Habitat- en Vogelrichtlijn (HVR) en het Natura 2000-beschermingsregime. Vaak wordt geroepen dat Nederland strenger zou zijn dan andere ons omringende lidstaten. Eerder rechtsvergelijkend onderzoek van de Universiteit Utrecht (Backes et al., 2005) en Alterra (Neven en Kistenkas, 2005 en 2007) toonde evenwel reeds aan dat Nederland niet echt uit de pas liep.

Naar aanleiding van recente jurisprudentie en regelgeving kan intussen zelfs verdedigd worden dat Nederland zich *de iure* in positieve zin onderscheidt ten opzichte van andere ons omringende landen als het gaat om faciliterende en toch nog richtlijnconforme benaderingen van het rechtsregime van de HVR.

2 Verlenen Nbw-vergunning ook als er nog een resterende onzekerheid is

In de Nederlandse jurisprudentie is recentelijk de mogelijkheid geaccepteerd om als bevoegd gezag toch een (tijdelijke) Nbw-vergunning te verlenen ook al is er nog geen zekerheid met betrekking tot de effecten op de natuurwaarden. In de jurisprudentie van andere lidstaten is deze faciliterende mogelijkheid vooralsnog niet aangetroffen. Daar wordt nog steeds vastgehouden aan de oude lijn van het Hof van Justitie (HvJ) als uiteengezet in het Kokkelvissers-arrest. In het voetspoor van deze basisuitspraak van het Europese hof (HvJ EG 7 september 2004, C-127/02) wordt telkens absolute zekerheid geëist bij de vraag uit de habitattoets of er zich wel of niet significante gevolgen konden voordoen op een Natura 2000-gebied.

Gaswinning en mosselvisserij

In zijn uitspraak ABRS 29 augustus 2007 (200606028/1) houdt de Nederlandse Raad van State evenwel een besluit voor gaswinning onder de Waddenzee overeind. Weliswaar was er geen volledige zekerheid over de effecten van bodemdaling op de natuurwaarden van het Europees beschermde Wad, maar nu de overheid 'hand aan de kraan' houdt, zou er i.c. toch 'borging van de vereiste zekerheid' zijn (rov. 2.17.4). Dat *hand aan de kraan*-principe houdt dan in dat de gevolgen van gaswinning voortdurend gemonitord worden en het boren naar gas door de minister eventueel kan worden bijgesteld of worden gestopt. De onzekerheid wordt dus als het ware weggemonitord, maar de vergunning kan intussen wel worden verleend en aan het project kan begonnen worden. Dat is faciliterend naar de initiatiefnemer toe. Zo opent deze vernieuwende rechtspraak m.i. ook mogelijkheden voor bijvoorbeeld beperkte en tijdelijke mosselvisserij in de Waddenzee of alvast beginnen met zandwinning nabij de Maasvlakte. Niet alles hoeft immers op voorhand duidelijk en zeker te zijn, als er maar een ecologisch verantwoord monitoringsprogramma is met een tijdige voet op de rem: hand-aan-de-kraan, of in geval van de mosselzaadvisserij: hand-aan-de-korf.

Blijkens rechtsoverweging 2.13 in een volgende zaak (ABRS 27 februari 2008 (200607555/1) inzake de mosselvisserij op de Waddenzee) was dat monitoringsprogramma kennelijk (nog) niet ecologisch verantwoord genoeg nu "de vergunningsvoorwaarden de aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied tijdens de onderzoeksperiode niet uitsluiten". Er was dus m.a.w. nog onvoldoende hand aan de korf. Aldus beschouwd is deze uitspraak niet in tegenspraak met doch zelfs een bevestiging van de eerdere gaswinningszaak.

De gaswinningszaak kan m.i. zeer wel gezien worden als een doorbraakarrest en een *leading case* op het gebied van het natuurbeschermingsrecht.

In de rechtsliteratuur en in mijn leerboek *Recht voor de groene ruimte* (2008) heb ik er reeds op gewezen dat de doorbraak die Raad van State geeft zowel juridisch als ecologisch in beginsel juist is en dat de huidige HvJ-lijn van absolute zekerheid op den duur volledig zal vastlopen. Bij de habitattoets zullen we uiteindelijk toch met stochastiek en onzekerheid moeten leren omgaan en ecologisch verantwoorde monitoring kan daarbij een uitweg zijn (Broekmeyer *et al.*, 2008). Dat geldt ook voor het HvJEG met zijn huidige nog veel te rigide benadering (Kistenkas en Broekmeyer, 2007; Kistenkas, 2008). Nederland kent als enige lidstaat die rigiditeit niet en blijft hiermee desondanks toch nog binnen het voorzorgsbeginsel en de letter van de richtlijn.

Onzekerheid, vertraging bij economische activiteiten en een vergunningweigering kunnen aldus a.h.w. via monitoring en een tijdige voet op de rem opgelost worden. Economie en ecologie kunnen zo in balans gebracht worden. De vergunning wordt alvast tijdelijk maar

onder strenge (monitorings)voorwaarden verleend. Dit wegmonitoren van onzekerheid moet overigens niet verward worden met het wegmitigeren van significantie zoals bijvoorbeeld d.m.v. een extra vogelrustgebied middels een aan te leggen strekdam. Deze laatste mogelijkheid bestond bij de habitattoets altijd al en wordt ook door andere lidstaten toegepast (Backes et al., 2007).

Door deze gaswinningsuitspraak zullen nu dus in Nederland ook (voorwaardelijke) toestemmingen kunnen worden gegeven als een effectenrapportage (nog) geen zekerheid kan verschaffen. Wel is dan een ecologisch verantwoord monitoringsprotocol als vergunningsvoorwaarde verplicht.

Men kan in de toekomst dus een toename van dergelijke voorwaardelijke en tijdelijke Nbw-vergunningen verwachten. Het is m.i. een nieuw en vooralsnog uitsluitend Nederlands voorbeeld van richtlijnconforme *balancing* tussen economie en ecologie.

3 Beheersplannen geven vrijstelling

Een tweede faciliterende omstandigheid in Nederland is dat beheersplannen ex art. 19d lid 2 Natuurbeschermingswet (Nbw) een vrijstelling van de vergunningplicht geven. Het verbod en de vergunningplicht van art. 19d lid 1 e.v. Nbw is immers niet van toepassing als projecten worden gerealiseerd of handelingen worden verricht overeenkomstig het beheersplan voor het desbetreffende Natura 2000-gebied (exoneratieve werking beheersplan).

Beheersplannen zijn weliswaar naar Europees recht niet verplicht en inderdaad alleen door de Nederlandse (en Zweedse) wetgever verplicht gesteld, maar ze leveren dus wel een generieke vrijstellingsmogelijkheid op. Riettelers in de Wieden en Weerribben bijvoorbeeld kunnen aldus wellicht gewoon doorgaan, zonder telkens een Nbw-vergunning te hoeven aanvragen.

Ammoniak

Ook uit het advies en de uitspraak van de Raad van State inzake het *tijdelijke toetsingskader ammoniak* (ABRS 26 maart 2008, 200800289) en de ontwerp-AMvB ammoniak (tijdelijk in de zin van: tot het moment er voor elk Natura 2000-gebied een beheersplan is vastgesteld), blijkt dat zo'n generieke opheffing van de vergunningplicht (i.c. voor de vestiging of uitbreiding van veehouderijen) juridisch denkbaar is. Wel moet dan op voorhand door voorwaarden en beperkingen ten aanzien van elk individueel plan of project in relatie tot elk *individueel* Natura 2000-gebied zeker zijn gesteld dat zich geen significante gevolgen voordoen.¹

Het beheersplan zal eventueel zelf wel onderworpen kunnen worden aan de habitattoets, maar individuele initiatiefnemers kunnen vervolgens er wel weer hun voordeel meedoen dat zij niet meer elk afzonderlijk de (mogelijk kostbare en tijdrovende) habitattoets hoeven te doorlopen.

4 Gedragcodes geven vrijstelling

¹ Zoals terecht ook opgemerkt in de brief van de minister van LNV aan TK van 22 april 2008 (08-LNV-B-39; TRCJZ/2008/1127). Aan dat laatste was i.c. in zowel het tijdelijke toetsingskader als in de concept-AMvB nog niet voldaan. Het rapport van de taskforce toetsingskader ammoniak bevestigt dit en stelt voor (totdat de beheersplannen zijn gemaakt) een handreiking voor individuele toetsing te maken. Cf. Stikstof/ammoniak in relatie tot Natura 2000, een verkenning van oplossingsrichtingen, 30 juni 2008. Eerdere handreikingen bleken inderdaad van kennelijk nut te zijn: zie onder punt 5.

Ook bij de soortenbescherming van de Flora- en faunawet (Ffw) kennen we in Nederland inmiddels zo'n exoneratieve werking. In 2005 trad het *Besluit van 10 september 2004 houdende wijziging van een aantal algemene maatregelen van bestuur in verband met wijziging van artikel 75 van de Flora- en faunawet en enkele andere wijzigingen* (Staatsblad 2004, 501) in werking; in de wandeling meestal de *AMvB art. 75* of ook wel het *Vrijstellingsbesluit* genoemd. Met dit besluit werd beoogd te regelen dat niet onnodig meer ontheffing ex art. 75 Ffw hoeft te worden aangevraagd. Ook werd de gedragscode als nieuw instrument voor soortenbescherming geïntroduceerd. Een gedragscode wordt door de sector, organisatie en/of bedrijfsschap zelf opgesteld en ter goedkeuring voorgelegd aan de minister van LNV. Er gelden geen vormvereisten voor zo'n code. Na goedkeuring wordt een gedragscode op www.minlnv.nl gepubliceerd. Het handelen volgens zo'n gedragscode kan onder bepaalde omstandigheden een vrijstelling opleveren.

De voorwaarden waaronder dit mogelijk is, hangt af van de mate van bescherming van de soort. Hiertoe maakt het besluit een onderverdeling in drie typen beschermde soorten, namelijk:

1. Soorten van de 1^{ste} tabel.
2. Soorten van de 2^{de} tabel.
3. Soorten van de 3^{de} tabel.

Soorten van de 1^e tabel - Algemene soorten: algemene vrijstelling of ontheffing na lichte toets

Het betreft hier de algemene soorten. Voor deze soorten geldt de zwakste vorm van bescherming. Bij bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik of ruimtelijke ontwikkeling en inrichting geldt een vrijstelling van de verbodsbepalingen van de Ffw. Als geen sprake is van *bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik of ruimtelijke inrichting of ontwikkeling* zal er toch weer ontheffing aangevraagd moeten worden, maar de aanvraag wordt dan slechts onderworpen aan de zgn. lichte toets. Dat is een enkelvoudige toetsing aan slechts één criterium: de werkzaamheden mogen het voortbestaan van de soort niet in gevaar brengen.

Soorten van de 2^e tabel – Overige soorten: vrijstelling met gedragscode of ontheffing na lichte toets

Voor deze soorten geldt een zwaardere bescherming: er geldt alleen vrijstelling als sprake is van bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik of ruimtelijke ontwikkeling en inrichting als er gehandeld gaat worden volgens een door LNV goedgekeurde gedragscode. Is geen sprake van bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik of ruimtelijke ontwikkeling en inrichting, dan moet toch weer een ontheffing worden aangevraagd die dan weer beoordeeld wordt op het enkelvoudige criterium van het niet in gevaar mogen brengen van het voortbestaan van de soort (zgn. lichte toets).

Soorten van de 3^e tabel – Annex IV-soorten en AMvB-bijlage 1-soorten: vrijstelling met gedragscode of ontheffing na uitgebreide toets

Voor deze soorten van Annex IV uit de Habitatrichtlijn en de daarmee nationaalrechtelijk middels een AMvB gelijkgestelde soorten (bijlage 1 van het Vrijstellingsbesluit: AMvB Stb. 501) geldt de zwaarste bescherming. Voor ruimtelijke ontwikkeling en inrichting zal ontheffing aangevraagd moeten worden en geldt de uitgebreide, drievoudige toets van gevaar voor voortbestaan van de soort (communautaire regelgeving spreekt in dit verband over gunstige staat van instandhouding: het zgn. gsi-criterium), alternatieventoets en limitatieve doelcriteria. Voor bestendig beheer en onderhoud of bestendig gebruik kan somtijds een vrijstelling met gedragscode gelden of is ontheffing met uitgebreide toets nodig.

Voor *vogels* geldt met betrekking tot bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik of ruimtelijke ontwikkeling en inrichting een vrijstelling als gehandeld wordt volgens een goedgekeurde gedragscode. Voor andersoortige activiteiten en/of als er geen gedragscode is, is een ontheffing nodig en geldt de uitgebreide (dus drievoudige en richtlijnconforme) toets.

Dit stelsel oogt wellicht op het eerste gezicht gecompliceerd, maar nu er naast vele andere gedragscodes ook al een *Gedragscode Bouw- en ontwikkelingssector* van Bouwend Nederland en de NEPROM op tafel ligt, zal dat in de praktijk een hoop papierwerk schelen. Ook dit werkt faciliterend naar de economie zonder dat het de ecologie geweld hoeft aan te doen en geeft wederom aan dat binnen het natuurbeschermingsrecht een *cutting edge balancing* van economie en ecologie mogelijk is.

5 Nederlandse HVR-jurisprudentie: steeds minder projecten worden door de Raad van State (RvS) tegengehouden

Van de over de jaren 2005 tot en met 2007 bestudeerde RvS-uitspraken bleken uiteindelijk de meeste projecten van de RvS groen licht te krijgen (Kistenkas en Kuindersma, 2008). Dat aantal steeg ook ieder jaar. Een goede verklaring hiervoor is nog niet met zekerheid te geven. Gezien het feit dat de toetsing door de rechter niet sterk is gewijzigd, kunnen we vermoeden dat opdrachtgevers en vergunningverleners meer gewend zijn geraakt aan de wettelijke eisen van de habitat- en soortentoets (bv onderzoekspllicht).

Toetsing zoals die van de habitattoets langs de vaste vijf stappen (significantie, passende beoordeling, alternatievenonderzoek, dwingende redenen-onderzoek en compensatie-onderzoek) geeft uiteindelijk duidelijkheid voor een ieder. Bevoegd gezag, initiatiefnemer/projectontwikkelaar en andere betrokkenen weten kennelijk in toenemende mate wat er van hen in het natuurbeschermingsrecht verwacht wordt. De heldere *Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998* die het ministerie van LNV in september 2005 publiceerde zal bij dit proces van inslijten ongetwijfeld een positieve rol hebben gespeeld. Het percentage van projecten in of nabij Natura 2000-gebieden dat van de RvS groen licht kreeg, steeg van 50% in 2005 naar 73% in 2007. Bij de soortenjurisprudentie (Ffw-ontheffingen ex art. 75 Ffw) zagen we zelfs een stijging van 50% in 2005 naar maar liefst 86% in 2007.

De hardnekkige en veelvuldig geventileerde opvatting dat Nederland door de natuurwetgeving steeds meer 'op slot' zou gaan (Van der Wal en Van Schaik 2007), wordt ook met deze jurisprudentieanalyse wederom niet bevestigd.²

6 Conclusie

Zowel jurisprudentie (Nbw-vergunning kan ook worden verleend bij restonzekerheid en steeds minder projecten worden door de RvS tegengehouden) alsook regelgeving (beheersplannen en gedragscodes verlenen vrijstelling van Nbw-vergunningplicht respectievelijk Ffw-ontheffingsplicht, zgn. exoneratieve werking) geven juist steun aan de

² De visie van Van der Wal en Van Schaik werd in de rechtsliteratuur overigens ook al bestreden door H.E. Woldendorp, *De toepassing van de Europese natuurbeschermingswetgeving: Nederland het braafste jongetje van de klas?*, *Bouwrecht* 2008-1, p. 8-15.

stelling dat Nederland binnen het stelsel van de richtlijnen ook soepeler is dan andere ons omringende lidstaten.

Vooral de nieuwe jurisprudentiële lijn van *hand-aan-de-kraan* (gaswinningszaak), waarbij ook bij resterende onzekerheid geen vertraging of weigering van vergunning behoeft te volgen, geeft een goede mogelijkheid om de balans tussen ecologie en economie te bewaren. Hier heeft de lidstaat Nederland richtlijnconform beleidsruimte benut en worden economische activiteiten niet onnodig beperkt of vertraagd.

In *Vakblad Natuur Bos Landschap* verschijnt in jrg. 5 (2008) nr. 5 een verkorte en gepopulariseerde uitwerking van dit onderzoek onder de titel *Nederland op slot?* (p. 30)

Literatuur

- Backes, Ch.W., A.A. Freriks, A.G.A. Nijmeijer, Rechtsvergelijkend onderzoek implementatie artikel 6 Habitatrictlijn, NILOS/Universiteit Utrecht 2005
- Backes, Ch.W., M.J. Bogaardt, T. Nijmeijer, J. Vader, De habitattoets getoetst, LEI Den Haag 2007
- Broekmeyer, M.E.A., F.H. Kistenkas, Bouwen en natuur; Europese natuurwaarden op het ruimtelijk ordeningsspoor, WOt werkdocument 44, Wageningen 2006
- Broekmeyer, M.E.A., P.F.M. Opdam, F.H. Kistenkas, Het bepalen van significante effecten: omgaan met onzekerheden, Alterra-rapport 1664, Wageningen 2008
- Kistenkas, F.H., Recht voor de groene ruimte (juridisch leerboek), Wageningen 2008
- Kistenkas, F.H., W. Kuindersma, Jurisprudentie monitor natuur 2005-2007. Rechtsontwikkelingen Natura 2000 en Ecologische Hoofdstructuur, Wageningen 2008
- Kistenkas, F.H., M.G.G. Neven, Natura 2000 in het buitenland: feiten en fabels, Vakblad Natuur Bos landschap 2007, nr. 5 jrg. 4, p. 10/1
- Kistenkas, F.H., M.E.A. Broekmeyer, Gaswinning Waddenzee. Hand aan de kraan of voet op de rem?, Nederlands Juristenblad (NJB) 2007, p. 2376
- Neven, M.G.G., F.H. Kistenkas, Streken vergeleken. Hoofdlijnen imago, implementatie, interpretatie en integratie Natura 2000 in Europees perspectief, Alterra-rapport 1222.2, Wageningen 2005
- Wal, G. van der, F.Y. van Schaik, De Nederlandse toepassing van de Habitatrictlijn: een te grote rem op bedrijvigheid?, Bouwrecht 2007 44-8, p. 652-663
- Woldendorp H.E., De toepassing van de Europese natuurbeschermingswetgeving: Nederland het braafste jongetje van de klas?, Bouwrecht 2008 45-1, p. 8-15