

De Europese m.e.r.-verplichtingen en de Omgevingswet

79



Aansluitend bij de wens van het kabinet om met de nieuwe Omgevingswet beter aan te sluiten bij de Europese wet- en regelgeving,² plaats ik in deze bijdrage, in onderdeel 1 enkele algemene opmerkingen. In onderdeel 2 ga ik kort in op enkele ideeën van het kabinet met betrekking tot milieueffectrapportage (m.e.r.), die mijns inziens juist tot een (nog) mindere aansluiting zullen leiden.

1. Algemene noties

Modernisering m.e.r. en het snellen van koppen

Eén van de uitgangspunten van de recente, ingrijpende wetwijziging 'Modernisering m.e.r.'³ was om tot zogenoemde minimumimplementatie van de beide Europese m.e.r.-richtlijnen⁴ te komen. "Nederland regelt niet meer dan waartoe de EU verplicht, tenzij er aantoonbaar redenen zijn om dat wel te doen."⁵ De inkt van modernisering m.e.r. is nog niet droog⁶ of er wordt alweer gedacht over het (op onderdelen) herzien van het 25 jaar oude, zijn waarde bewezen hebbende instrument, zonder dat er daadwerkelijk een (groot) probleem is op te lossen in de praktijk.⁷ De

nieuwe, kortere en snellere procedures van het huidige hoofdstuk 7Wm zoals die vanaf 1 juli 2010 gelden moeten nog geëvalueerd worden. Nadenken over nog een (ingrijpende) wijziging lijkt op zijn minst, voorbarig. Daarenboven bestaan andere middelen binnen het huidige recht om de doelstellingen van het kabinet te halen. Eerder al verscheen een advies van de Commissie voor de m.e.r. gericht op het, binnen het huidige wettelijke kader, komen tot een efficiëntere besluitvorming en – niet onbelangrijk – een vergroting van de kwaliteit ervan. Kortheidshalve verwijs ik hiernaar.⁸

Europese krachten op m.e.r.

Tegelijkertijd lijken de krachten vanuit Europa sterker dan ooit. Niet alleen wordt thans gewerkt aan een herziening van de M.e.r.-richtlijn – de roep vanuit andere lidstaten is juist om een sterkere inbedding van bijvoorbeeld de voorfase (scopingsfase) van m.e.r. en een meer expliciete verplichting om alternatieven te onderzoeken –, maar ook komt er steeds meer jurisprudentie van het Hof van Justitie met een duidelijke boodschap: de m.e.r. (inclusief het alternatievenonderzoek) moet breed worden toegepast.⁹ De beweging die het kabinet al heeft ingezet met bijzondere wetgeving zoals art. 1.11 Chw – die veralgemeniseerd lijkt te gaan worden met de nieuwe Omgevingswet (in ieder geval voor het zogenoemde projectbesluit) –, lijkt niet alleen met de 'moderniseringsgedachte' maar ook met Europese ontwikkelingen tegenstrijdig.

Er lijkt voorts sprake te zijn van het misverstand dat normen in Europese richtlijnen kunnen worden gehanteerd als harde, absolute minimale kaders.¹⁰ De Europese regelgeving kent zelf echter geen integrale benadering van het omgevingsrecht. Dit betekent dat zolang nog geen sprake is van een integraal Europees omgevingsrecht, niet uitsluitend kan worden uitgegaan van Europese regelgeving. De sectorale Europese richtlijnen gaan juist uit van een nationaal systeem waar deze richtlijnen in kunnen worden uitgewerkt. Nationaal omgevingsrecht blijft dus onontbeerlijk en zal altijd een vertaalslag moeten maken ('lidstaatspecifiek' maken). Bovendien opereert Nederland niet alleen binnen Europa maar ook binnen een internationale context.¹¹

1 Mr. Selma van Velsen is onder meer werkzaam als jurist van de Commissie voor de m.e.r. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel. Zij dankt haar collega Gijs Hoevenaars voor zijn bijdrage.

2 Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3, § 3.2.

3 K.D. Jesse, 'De m.e.r.-herijking: een verrijking?', TO 2008, nr. 4, p. 146-150 en S.M. van Velsen, 'De aanstaande modernisering van milieueffectrapportage', BROU 2009, nr. 3, p. 7-9.

4 Nr. 2011/92/EU (M.e.r.-richtlijn) en 2001/42/EG (Smb-richtlijn).

5 Kamerstukken II 2008/09, 31 755, nr. 3, p. 2.

6 De wetwijziging is per 1 juli 2010 in werking en de fundamentele wijziging (met name het schrappen van nationale koppen) en reparatie (naar aanleiding van het arrest van het HvJ EU 15 oktober 2009, JM 2010/23, m.nt. F.J. van Velsen) van het Besluit m.e.r. per 1 april 2011. Het staartje moet zelfs nog komen, zie Kamerstukken 33 101, nr. 1.

7 Zie ook Runhaar c.s., *Naar een toekomstbestendig m.e.r., publicatie over 25 jaar m.e.r.* 2011.

8 [Http://docs1.eia.nl/mer/p00/p0016/016-046praktijk_van_gebiedsontwikkeling.pdf](http://docs1.eia.nl/mer/p00/p0016/016-046praktijk_van_gebiedsontwikkeling.pdf).

9 Te beginnen met HvJ EG 24 oktober 1996, nr. C-72/95, AB 1997/33, m.nt. Ch. Backes en nu ook voor plan-m.e.r. met HvJ EU 22 maart 2012, nr. C-567/10. Vgl. HvJ EU 3 maart 2011, nr. C-50/09, JM 2011/59, m.nt. Hoevenaars waaruit valt af te leiden dat bijv. ook sloopwerkzaamheden onder het projectbegrip moet worden begrepen terwijl dit thans niet een 'activiteit' is in de zin van de Nederlandse wetgeving.

10 Zie ook de voorlichting van de Raad van State, p. 29 en 30.

11 Zo dient bijv. de alternatievenverplichting ook in het licht van het Verdrag van Espoo (Trb. 1991, 104) gezien te worden.

2. Aanpassingen van de m.e.r.-regelgeving

Integratie van m.e.r. in besluitvorming

Nog meer integratie van m.e.r. in besluitvorming verhoudt zich slecht met de brede doelstelling van de Europese richtlijnen.¹² M.e.r. moet er namelijk toe kunnen leiden dat een ander (of geen!) besluit wordt genomen. M.e.r. moet dus in een zo vroeg mogelijk stadium van besluitvorming plaatsvinden. Wordt bijvoorbeeld het voornemen tot een project tevens het voornemen tot het opstellen van een MER, dan zal het vaker zo zijn dat er geen zinvolle alternatieven meer te beschrijven zijn. Er zal dan weinig tot geen ruimte meer zijn om milieu-informatie (waaronder maatregelen en de effecten daarvan) op een goede wijze te laten doorwerken in het te nemen besluit. Om een bijdrage te kunnen leveren aan de algemene doelstelling van een gezond en veilig leefklimaat is dat mijns inziens wel noodzakelijk. Bovendien voorkomt een goede scoping in de voorfase dat teveel wordt onderzocht.¹³

Beperking van het alternatievenonderzoek voor besluiten (via het projectbesluit)

Er is al aardig gesleuteld aan het thans nog verplichte alternatievenonderzoek voor projecten zoals geregeld is in hoofdstuk 7 Wm. Het is immers al zo dat Bijlage II-projecten Chw en bepaalde projecten onder de Tracéwet (art. 15), in afwijking van de algemene regel, geen verplichting tot onderzoek meer kennen, terwijl dat mijns inziens de kern van m.e.r. is. Om niet in herhaling te vallen, verwijs ik naar mijn bijdrage in het kader van de totstandkoming van de Chw.¹⁴ De regeling in de huidige Wm voldoet overigens heel goed in de praktijk. Het komt erop neer dat alleen de redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven in het MER hoeven te worden beschreven en vergeleken met een voornemen. Het begrip 'redelijkerwijs' is expliciet bedoeld om het potentieel brede scala aan alternatieven in te perken.¹⁵ Het is vaste jurisprudentie dat het zo mag worden uitgelegd dat een alternatief mag afvallen uit kostenoverweging of omdat het de doelstelling van initiatiefnemer overschrijdt.¹⁶ In de laatste tien tot twintig jaar zijn hierover goed werkbare lijnen ontstaan.

Onafhankelijke kwaliteitsborging

Anders dan waarvan het kabinet lijkt uit te gaan – en waar eerder de wetgever bij 'modernisering m.e.r.' vanuit is gegaan – lijkt wél een noodzaak aanwezig om een onafhankelijke instantie aan te wijzen die over de inhoud van een

MER geraadpleegd moet worden. Het Europese Hof van Justitie heeft dat op 20 oktober 2011 in elk geval voor plan-m.e.r. uitgemaakt, maar met een analoge redenering is deze redenering ook van toepassing op project-m.e.r., zowel in de scopingfase als bij het uiteindelijke MER.¹⁷ Ik sluit graag aan bij de annotatie van Backes en Soppe bij dit arrest.

Minder stapeling van m.e.r. bij plannen

Ook het uitgangspunt van de minister dat minder stapeling van m.e.r. bij plannen moet plaatsvinden, klemmt om Europeesrechtelijke redenen. Nederland moet vanwege de Smb-richtlijn alle mogelijke kaderstellende plannen en programma's plan-m.e.r.-plichtig laten zijn. De Nederlandse wetgever heeft dit eerder bij de implementatie van de Smb-richtlijn in 2006 juist verwoord:

"Het gebruik van het begrip 'kader', mede bezien in het licht van de doelstelling van de richtlijn, leidt tot de conclusie dat het hier niet alleen gaat om een strikte, wettelijke binding. Ook, wellicht juist, plannen die niet strikt en volledig bindende uitspraken doen voor vervolgpunten, kunnen «de toon zetten» voor latere plannen of (uitvoerings)-besluiten. Het is juist die «toonsetting» in plannen, die de opstellers van de richtlijn zo belangrijk vinden en waarvan zij hebben vastgesteld dat die vooral ook moet worden voorzien van een milieubeoordeling, hetgeen nu vaak niet gebeurt in het m.e.r.-traject. Eerst dan is de richtlijn een zinvolle aanvulling op de Richtlijn m.e.r."¹⁸

Dat van kaderstelling al snel sprake is, blijkt ook uit het arrest van het Europese Hof van Justitie van 17 juni 2010.¹⁹ Dit geldt dus zeker voor de nieuwe instrumenten als omgevingsvisies en programma's. Indien plannen en visies niet verplicht hoeven worden vastgesteld (zoals een gemeentelijke omgevingsvisie), betekent dit dat deze plannen buiten de m.e.r.-verplichting vallen: ook hiermee wordt de doelmatige werking van de richtlijnen mijns inziens ondermijnd en wordt veel onderzoek naar een specifiek project (en vaak een particuliere initiatiefnemer) 'doorgeschoven'.

Een andere waarschuwing geldt overigens de wens om zo veel mogelijk in algemene regels te regelen. Ook voor dergelijke regels geldt – zeker wanneer ze gebiedsgericht en 'kaderstellend' zijn voor toekomstige vergunningen – mijns inziens een plan-m.e.r.-plicht.

3. Tot slot

Voor bepaalde (in aantal groeiende) projecten worden al uitzonderingen op de m.e.r.-regeling in hoofdstuk 7 Wm gemaakt. Zolang deze beperkt zijn tot enkele projecten die

12 Overigens is wel een verbeteringslag mogelijk als het gaat om m.e.r.-beoordeling, namelijk één soort procedure die in plaats van de twee verschillende m.e.r.-beoordelingsprocedures op grond van het huidige recht volledig onderdeel is van het te nemen besluit. Zie over m.e.r.-beoordeling verder *JM* 2011/8, p. 585-594 en *JM* 2012/1, p. 5-8.

13 Uit het jaarverslag 2011 van de Commissie m.e.r. blijkt dat het aantal – sinds modernisering m.e.r. 'vrijwillige' – adviezen in de voorfase stijgt. Er lijkt dus behoefte te zijn aan een goede scoping.

14 *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127, F.

15 Zo *Kamerstukken II* 1980/81, 16 814, nr. 3, p. 38-41.

16 Zie *ABRvS* 8 februari 2012, *JM* 2012/53, m.nt. Zijlmans en F.J. van Velsen waarin een aantal lijnen te dien aanzien terugkomen.

17 *HvJ* EU 20 oktober 2011, nr. C-474/10, *AB* 2012/1, m.nt. Ch. Backes en M.A.A. Soppe.

18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 811, nr. 3, p. 3-4. Ook p. 18 en *Stb.* 2006, 388, p. 32-33.

19 Nr. C-105/09 en C110/09.

omwille van 'crisis en herstel' moeten worden uitgevoerd, kan ik daar nog wel mee leven.²⁰ Zodra de uitzondering steeds meer de regel wordt en (in ernstigere mate) strijd ontstaat met Europese regels, heb ik daar om genoemde redenen moeite mee. Wetgever, bezint eer gij begint aan een nog moderner jasje voor de m.e.r.! Betere aansluiting op de Europese wet- en regelgeving is genuanceerder dan door het kabinet is geschetst. Op dit moment is eerder sprake van 'onder'- dan 'over'-implementatie van de Europese verplichtingen²¹ en voor zover er nog sprake is van nationale koppen is er alle reden om die te behouden anders waren deze bij de 'modernisering' in 2010 reeds gesneuveld. Bovendien kan m.e.r. juist bijdragen aan de hoofddoelstelling van het kabinetsbeleid, namelijk op duurzame en doelmatige wijze een veilige en gezonde leefomgeving voor ons allen bewerkstelligen.

20 Al is dit mijns inziens ook al in strijd met de Europese regels. Zie tevens mijn reactie namens de Commissie m.e.r. in de Tweede Kamer op het wetsvoorstel ter verlenging van de Chw (*Kamerstukken* 33 135) op www.commissiemer.nl.

21 Van belang in dit verband is ook het onderzoek van M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, met medewerking M. Bakker, *De introductie van een plan-m.e.r.-beoordeling in de Nederlandse m.e.r.-regelgeving*, ACELS 2011.