

Juridisering van besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen



Prof. mr. J.M. Verschuuren
Prof. mr. P.C.E. van Wijmen

Juridisering van besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen

Prof. mr. J.M. Verschuuren

Prof. mr. P.C.E. van Wijmen

Planbureaustudies nr. 5, november 2002

Natuurplanbureau – vestiging Wageningen

De reeks 'Planbureaustudies' bevat onderzoeksresultaten die als bouwstenen dienen voor een van de planbureau-producten. Het gaat om onderzoek van alle uitvoerende partnerinstellingen en van andere organisaties die voor het Natuurplanbureau opdrachten hebben uitgevoerd.

Uitvoerende instellingen: Rijksinstituut voor Kust en Zee (RIKZ), Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), Rijksinstituut voor integraal Zoetwaterbeheer en Afvalwaterbehandeling (RIZA) en Wageningen Universiteit en Researchcentrum (WUR)

ISBN 90-807205-2-6
ISSN 1570-7245

Planbureaustudies is een uitgave van het Natuurplanbureau, vestiging Wageningen onderdeel van Stichting DLO
Postbus 47
6700 AA Wageningen
t 0317 47 78 45
f 0317 42 49 88
info@npb-wageningen.nl
www.natuurplanbureau.nl

Redactie
Geert van Duinhoven
Vormgeving
Grafisch Atelier Wageningen
Druk
Drukkerij Modern Bennekom

De inhoudelijke kwaliteit van deze studie is beoordeeld door Leon Braat, Milieu- en Natuurplanbureau, Bilthoven, Saskia Ligthart, Natuurplanbureau, vestiging Wageningen en Wiebren Kuindersma, Alterra, Wageningen.

© 2002
Centrum voor Wetgevingsvraagstukken
Universiteit van Tilburg
Postbus 90153
5000 LE Tilburg
Tel: 013 466 91 11
Fax: 013 466 30 19
E-mail: J.M.Verschuuren@uvt.nl;
P.C.E.vanWijmen@uvt.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoudsopgave

Woord vooraf	3
Samenvatting	5
1 Inleiding	9
2 Wat is juridisering?	11
3 Functie van rechtsbescherming in het bestuursrecht	17
4 Juridisering in besluitvorming over natuur en landschap	19
4.1 Voorbeeld van juridisering bij de soortenbescherming: de hamster	21
4.2 Voorbeeld van juridisering bij de gebiedsbescherming: de A73	25
4.3 A-typische zaken	29
5 Oorzaken van juridisering in besluitvorming over natuur en landschap	31
5.1 Oorzaken van juridisering in de wetgeving	31
5.2 Oorzaken van juridisering bij het openbaar bestuur	38
5.3 Oorzaken van juridisering in de rechtspraak	40
6 Conclusie: hoe nu verder?	43
7 Aanbevelingen aan het Milieu- en Natuurplanbureau	45

De laatste jaren is er veel maatschappelijke commotie rondom de bescherming van dier (-en planten)soorten in Nederland. Kleine beestjes als veldhamsters, knoflookpadden en het zeggekorfslakje, zouden grote infrastructurele projecten tegenhouden. In sommige media wordt de suggestie gewekt dat 'Nederland op slot' gaat. Veel van de soorten waar het om gaat zijn juridisch beschermd vanuit de EU-Habitatrichtlijn en Vogelrichtlijn. In bestuurlijke kringen vraagt men zich af of onder invloed van deze richtlijnen steeds vaker juridische procedures de besluitvorming rond infrastructuur en de uitvoering van infrastructurele projecten frustreren. Dit wordt wel aangeduid als een juridisering van de besluitvorming.

Tegen deze achtergrond achtte het Milieu- en Natuurplanbureau het nuttig om vanuit een rechtswetenschappelijke invalshoek te verkennen wat er werkelijk aan de hand is. Naar welke verschijnselen verwijst het begrip juridisering precies? Is er inderdaad sprake van een juridisering van de besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen? Wat zijn hiervan dan de achterliggende oorzaken en wat zijn de gevolgen voor de wijze waarop natuur meeweegt in de besluitvorming over infrastructurele werken? Aangezien de Europees rechterlijke bescherming van planten en dieren eerder in opdracht van het planbureau vanuit beleidswetenschappelijke en ecologische invalshoek is bestudeerd, vormt deze studie een passende aanvulling.

Prof. mr. J.M. Verschuuren, hoogleraar Europees en internationaal milieurecht en prof. mr. P.C.E.

van Wijmen, hoogleraar natuurbeschermingsrecht, beiden verbonden aan het Centrum voor wetgevingsvraagstukken van de Universiteit van Tilburg, zijn bereid gevonden om deze onderzoeksovername voor het Milieu- en Natuurplanbureau uit te voeren. Dit Centrum legt zich toe op een multidisciplinaire bestudering van wetgevingsvraagstukken. De waarde en betekenis van wetgeving en de verschillende opvattingen hierover zijn een belangrijk onderwerp van studie. Het debat over juridisering van de besluitvorming dat in feite handelt over de mate waarin je interacties tussen burgers onderling, maar ook tussen burgers en overheden door het recht (=wetgeving) wil laten bepalen, sluit nauw aan bij dit onderwerp. Daarmee wordt ook meteen duidelijk dat de discussie over juridisering niet alleen speelt op het gebied van het natuurbeleid, maar ook binnen andere domeinen van overheidshandelen.

Niet alleen de voorliggende rapportage maar ook de interessante discussies in de begeleidingscommissie hebben het inzicht over natuurbescherming weer verder vergroot. Zeker gezien de actualiteit van dit thema willen we deze inzichten ook een breder publiek niet onthouden. Vandaar deze publicatie in de reeks Planbureau-studies.

Leon Braat

Milieu- en Natuurplanbureau

Hoofd Team Natuur, Landschap en Biodiversiteit

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw wordt een nieuwe trend in de samenleving gesignaleerd: 'juridisering'. Vooral vanuit het openbaar bestuur wordt deze trend als een negatieve trend gezien: zij zou een slagvaardig bestuur ondermijnen. Met een toenemend aantal, vaak geruchtmakende, juridische procedures vanaf ongeveer eind jaren negentig waarbij de natuurbeschermingswetgeving, en dan met name de Vogel- en Habitatrichtlijn, een belangrijke rol spelen, valt de term 'juridisering' ook in discussies over het natuurbeleid. In dit essay hebben wij op verzoek van het Milieu- en Natuurplanbureau, deze trend van juridisering aan een eerste verkenning onderworpen waarbij we met name zijn ingegaan op vier vragen:

1. *Wat is juridisering?*
2. *Is hiervan sprake in besluitvormingsprocedures over natuur en landschap, en zo ja, waaruit blijkt dat?*
3. *Wat zijn de oorzaken van (vermeende) juridisering, voor zover die zijn terug te voeren op de regelgeving, het openbaar bestuur en de rechtspraak?*
4. *Wat zijn de gevolgen van de (vermeende) juridisering voor besluitvormingstrajecten binnen het natuurbeleid, en op welke wijze kan (ongewenste) juridisering worden teruggedrongen?*

Doorgaans wordt juridisering gekenmerkt als een vorm van lastenverzwaring voor het openbaar bestuur, waardoor het bestuur wordt gehinderd in zijn bestuurlijke werkzaamheden. Soms zou

dat komen door te veel, nauwelijks uitvoerbare regels. Maar meestal wordt de oorzaak gezocht in de rechtsbescherming: stapeling van bezwaren en beroepsmogelijkheden tegen talloze vergunningen, vrijstellingen, ontheffing en dergelijke. In dit essay verstaan wij onder juridisering:

De vermeende verzwaring van de bestuurslast als gevolg van procedures bij de rechter.

Wij gebruiken in deze definitie het woord 'vermeend' om weer te geven dat in het openbaar bestuur juist de rechtsbescherming als oorzaak van de lastenverzwaring wordt gezien. Uit een analyse van wetgeving en jurisprudentie blijkt, dat het om diverse redenen mogelijk is om zand in de besluitvormingsmachine te strooien door bezwaar en beroep aan te tekenen tegen allerlei besluiten die moeten worden genomen alvorens een bepaald project doorgang kan vinden. Daarmee is naar onze mening ook aangetoond, dat het openbaar bestuur voor een deel terecht klaagt over juridisering. Tegelijkertijd zijn de redenen waarom het mogelijk is om zand in de machine te strooien terug te voeren op de regelgeving, maar ook op tekortschietende bestuursorganen zelf, en op de rechter.

De natuurbeschermingswetgeving is om drie redenen gebrekkig. Ten eerste zitten we al sinds de jaren tachtig in een overgangsfase van oude naar nieuwe wetgeving. Ten tweede blinkt de nieuwe regelgeving niet uit in helderheid. Ten derde loopt dwars door het proces van vernieuwing van de natuurbeschermingsregelgeving de

Het is van groot belang dat de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid neemt en invulling geeft aan de vage begrippen uit de Habitatrichtlijn

problematiek van de Vogel- en Habitatrichtlijn. De wetgever heeft nagelaten deze richtlijnen tijdig en op heldere wijze om te zetten in Nederlandse regelgeving. Deze gebreken worden verergerd, doordat het bij het openbaar bestuur schort aan kennis en expertise, zowel wat betreft juridische kennis (m.b.t. het Europees recht in het algemeen en het natuurbeschermingsrecht in het bijzonder) als feitelijke kennis over de aanwezige natuurwaarden. Ook de rechter heeft bijgedragen aan jurisdisering: hij is namelijk veel te laat en aanvankelijk op gebrekkige wijze gaan toetsen aan het Europese recht.

De aangetoonde jurisdisering op het gebied van natuurbeheer heeft zelf echter ook weer gevolgen. Wij zien zowel negatieve als positieve gevolgen. Negatieve gevolgen zijn er vooral door de ridiculisering van het natuurbeleid. Dat daarbij steeds de term Habitatrichtlijn valt, zorgt voor weerstand tegen het Europees recht in bredere zin. Omdat dit sentiment de acceptatie van het natuurbeleid in brede zin aantast, is het van essentieel belang om enerzijds de jurisdisering te verminderen en anderzijds meer aandacht te besteden aan natuureducatie.

Er zijn ook positieve gevolgen van jurisdisering. Om te beginnen hebben decentrale overheden en de rechter veel meer aandacht gekregen voor Europese en nationale natuurbeschermingsregelgeving. De geconstateerde problemen zijn daarmee voor een groot deel al weggenomen: bestuursorganen besteden zorgvuldig aandacht aan de geldende regels op het gebied van natuurbescherming, waardoor er minder problemen zijn bij de toetsing door de rechter.

Positief is ook dat de wetgever zelf zoekt naar mogelijkheden om besluitvormingsmomenten te integreren en beroepsprocedures te concentreren.

Zo'n integrale benadering wordt in feite ook door de Habitatrichtlijn bevorderd.

Het ligt voor de hand om te zoeken naar verdere verbetering van de natuurbeschermingswetgeving. Het zou goed zijn om de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet kritisch tegen het licht te houden, waarbij bijvoorbeeld zelfs integratie van beide wetten aan de orde zou kunnen komen. Maar het is ook denkbaar om eerst alleen het soortenbeschermingsrecht onder de loep te nemen, omdat hier in de praktijk de grootste problemen worden gevoeld. Het gaat dan om het opzetten van een wettelijke regeling die voldoende bescherming biedt aan bedreigde soorten en die in overeenstemming is met de Vogel- en Habitatrichtlijn, maar die niet zo generiek is, dat voor elke mol die wordt verstoord een ontheffing moet worden aangevraagd. De wetgever is op dit moment overigens bezig met het correct implementeren van de Vogel- en Habitatrichtlijn. Aanvankelijk lag er een gecompileerd wetsvoorstel, dat echter momenteel wordt herzien. Het is van groot belang dat de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid neemt en invulling geeft aan de vage begrippen uit de Habitatrichtlijn. Het neerleggen van moeilijke vraagstukken bij decentrale overheden leidt tot jurisdisering. Door heldere wetgeving, eventueel vergezeld van verdere operationalisering in een circulaire of handleiding, kunnen de wetgever en het ministerie van LNV bijdragen aan vermindering van jurisdisering.

Naast verbetering van wetgeving is het goed dat betrokken partijen toenadering zoeken en trachten te komen tot het maken van afspraken over de wijze waarop moet worden omgegaan met de geldende regelgeving. De diverse voorbeelden van toenadering tussen het bedrijfsleven, de overheid

en de milieubeweging die we nu zien, zijn dan ook toe te juichen in het licht van vermindering van de juridisering.

De kern van de problematiek ligt in een tekortschietende wetgeving. Daarnaast heeft het openbaar bestuur een te beperkte kennis van en belangstelling voor diezelfde wetgeving en voor de aanwezige natuurwaarden. Ook de rechter gaat zeker niet vrijuit. Daarom bevelen wij het Milieu- en Natuurplanbureau aan om twee vervolgonderzoeken te starten. Ten eerste zou empirisch onderzoek gedaan moeten worden, om uit te wijzen hoe nadelig de gevolgen van de natuurbeschermingswetgeving voor de uitvoering van projecten daadwerkelijk zijn. Pas als dat bekend is kan een afweging worden gemaakt tussen deze negatieve gevolgen en de positieve gevolgen van de wetgeving in de zin van bescherming van de natuur. Uiteindelijk moet in de wetgeving een balans worden gevonden tussen het beschermen van de natuur en het bieden van rechtsbescherming aan burgers enerzijds, en de met projecten nagestreefde belangen anderzijds. Ten tweede zou onderzoek kunnen worden verricht naar de oorzaken voor beperkte kennis van c.q. aandacht voor natuurbeschermingswetgeving door overheden. Dit onderzoek richt zich dus niet op de wetgeving, maar op de uitvoeringspraktijk: is deze voldoende toegerust om de wetgeving goed uit te voeren, zodat (verdere) juridisering in het uitvoeringstraject wordt voorkomen, en zo nee, hoe kan dit verbeterd worden?

1 Inleiding

Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw wordt een nieuwe trend in de samenleving gesignaleerd: 'juridisering'. Vooral vanuit het openbaar bestuur wordt deze trend als een negatieve trend gezien: zij zou een slagvaardig bestuur ondermijnen. Met een toenemend aantal, vaak geruchtmakende, juridische procedures vanaf ongeveer eind jaren negentig waarbij de natuurbeschermingswetgeving, en dan met name de Vogel- en Habitatrichtlijn, een belangrijke rol speelt, valt de term 'juridisering' ook in discussies over het natuurbeleid.

Als er één zaak is die de hypothese onderbouwt, dat de besluitvorming over natuur en landschap in Nederland juridiseert, dan is het wel de zaak rond de aanleg van het grensoverschrijdend bedrijventerrein Heerlen-Aken. Het terrein is het leefgebied van een van de laatste Nederlandse populaties van de hamster. Tussen 1998 en 2002 heeft de rechter naar schatting 15 keer uitspraak gedaan in geschillen tussen milieuorganisaties en de provincie Limburg, tussen milieuorganisaties en de staatssecretaris van LNV en in geschillen tussen milieuorganisaties onderling.

Opvallend aan deze zaken is dat de milieuorganisaties, met name de Vereniging Das & Boom en de Stichting Hamsterwerkgroep Limburg keer op keer als overwinnaar uit de juridische strijd te voorschijn kwamen. Keer op keer vernietigt de rechter besluiten van de overheid, meestal wegens strijd met de Natuurbeschermingswet of met de in deze wet geïmplementeerde Habitatrichtlijn.¹ Steeds werd het bevoegde bestuursorgaan teruggestuurd met de opdracht een nieuw besluit te nemen. Dit heeft andere organisaties,

maar ook veel individuele burgers of bewonersgroepen ertoe gebracht om veelvuldig een beroep te doen op natuurbeschermingswetgeving, en dan met name op de Europese Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn.

Het aantal juridische procedures waarin beide richtlijnen figureren is inmiddels bijna niet meer te tellen. Vooral de (vermeende) aanwezigheid van beschermde soorten leidt tot veel procedures, maar ook besluiten die nadelige gevolgen kunnen hebben voor beschermde gebieden worden in toenemende mate door de rechter getoetst aan de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

In dit essay wordt, op verzoek van het Natuurplanbureau, deze vermeende trend van juridisering aan een eerste verkenning onderworpen. We doen dat in vier stappen, aan de hand van vier vragen:

1. *Wat is juridisering?*(paragraaf 2 en 3)
2. *Is hiervan sprake in besluitvormingsprocedures over natuur en landschap, en zo ja, waaruit blijkt dat?* (paragraaf 4)
3. *Wat zijn de oorzaken van (vermeende) juridisering, voor zover die zijn terug te voeren op de regelgeving, het openbaar bestuur en de rechtspraak?* (paragraaf 5)
4. *Wat zijn de gevolgen van de (vermeende) juridisering voor besluitvormingstrajecten binnen het natuurbeleid, en op welke wijze kan (ongewenste) juridisering worden teruggedrongen?* (paragraaf 6)

We eindigen in paragraaf 7 met de formulering van een aantal aanbevelingen aan het Milieu- en Natuurplanbureau, gericht op eventueel uit te zetten vervolgonderzoek.²

¹ Inmiddels is deze wet voor wat betreft de soortenbeschermingsbepalingen vervangen door de Flora- en faunawet. Ten tijde van de geschillen rond de hamster gold nog de Natuurbeschermingswet.

² De tekst van dit rapport is afgesloten op 1 januari 2003.



2 Wat is juridisering?

Het Nederlands equivalent van het woord 'juridisering' komt nog het dichtst bij het (lelijke) woord 'verrechtelijking'. Verrechtelijking brengt ons, hoe dan ook, verder bij een poging om het begrip juridisering te omschrijven. Een situatie of een relatie tussen personen laat zich beschrijven via allerlei kaders: het sociale, het economische, het ecologische (de opsomming is geenszins uitputtend) en ook het juridische. Men kan een situatie – bijvoorbeeld die intredend als gevolg van een verkeersongeval – of een relatie – bijvoorbeeld die tussen contracterende partijen of tussen burger en overheid bij een vergunning-aanvraag – uitdrukken in termen van het recht. Dat kan zowel descriptief (beschrijvend), als prescriptief (normerend) gedaan worden. In het eerste geval plaatst men de feiten in een door het recht gegeven kader. In het tweede geval toetst men dit gejuridiseerde (want door het recht bestreken) feitenkader aan een normstelling, aan een regel van behoren. Deze regel vloeit doorgaans voort uit geschreven recht (de wet in materiële zin), maar kan ook berusten op (ongeschreven) rechtsbeginselen.

Op deze manier is verrechtelijking van met name de talloze relaties tussen burgers onderling (personen- en familierechtelijke, goederen- of verbintenisrechtelijke, erfrechtelijke) of met betrekking tot groepen of verzamelingen van burgers (rechtspersonenrechtelijke) geen probleem. Integendeel, door dergelijke relaties in rechterlijke kaders te vatten, doorgaans via wetgeving, krijgen deze de meest geijkte rechtsvorm, terwijl ook het bestaan van de relatie, inclusief ordelijke beëindiging daarvan, door de wet worden ge-

regeld. Aldus vervult het recht naast een constituerende ook een conflictvoorkomende rol, terwijl voorts conflictregulering van belang is. De beëindiging van een relatie kan allerlei vormen hebben: van echt- en boedelscheiding tot faillissement of ontbinding van een rechtspersoon.

Naast de vele rechtsrelaties van allerlei aard tussen (groepen van) burgers onderling, zijn er die tussen burger en overheid. Behalve het straf- en belastingrecht, terreinen die hier buiten beschouwing blijven, komen ook andere, bestuursrechtelijke relaties tussen burgers en overheid voor. Deze zijn talrijker en gevarieerder dan die van strafrechtelijke en belastingrechtelijke aard. Met het eerstgenoemde komt (gelukkig) lang niet elke burger in aanraking, met het bestuursrecht wordt hij vroeg of laat geconfronteerd. Het belastingrecht raakt velen, doch 'slechts' in een facet van hun leven, terwijl het bestuursrecht op nagenoeg elk terrein een vaak essentiële rol speelt: op de gebieden van wonen, werken, recreatie en vrije tijdsbesteding en op al de daarvoor noodzakelijke verbindingen via transporten van personen, goederen, energie en informatie zijn voorschriften en regels van bestuursrechtelijke aard van toepassing.

We kunnen het ook anders benaderen: bijna elke van de veertien 'wetsfamilies'³ heeft bestuursrechtelijke wetgeving. Ze reguleren immers de verhouding tussen overheid en burger. Dit hele complex kunnen we 'juridisering' noemen. Juridisering van de samenleving, verrechtelijking van het maatschappelijk verkeer, zo men wil. Zo beschouwd is er met het verschijnsel juridisering voorshands niets mis. Voorshands, want het

³ De uitdrukking 'Wetsfamilies' werd gebruikt om aan te geven dat elk ministerie zijn eigen, onderling samenhangende, groep wetten heeft. Inmiddels is de term wat in onbruik geraakt omdat harmonisatie en integratie van wetgeving heeft plaatsgevonden, en onder regie van het ministerie van justitie gezamenlijk gewerkt is aan verbetering van de wetgevingskwaliteit.

Een gevolg daarvan is dat de rechter vaker ten tonele moet komen om geschillen, ontstaan door de bestuurlijke keuzes te beslechten

systeem van regels kan uitgroeien tot een dusdanige hoeveelheid en ontaarden in een zodanige complexiteit dat het onhanteerbaar wordt. Deze vorm van juridisering is ten dele een gevolg van een steeds ingewikkelder en veelzijdiger wordend maatschappelijk relatiepatroon. Maar ook door de wetgeving zelf is de complexiteit van het systeem vergroot. Soms is dat nodeloos, maar soms ook wordt die complexiteit veroorzaakt door vage normstelling, te sterke delegatie of politieke compromissen. De 'terugtrek van de wetgever' die zich zo manifesteert, betekent een potentiële onbalans voor de andere twee (of drie als men de ambtelijke macht meetelt) staatsmachten. Het bestuur moet dan de kastanjes uit het vuur halen, hetzij medenormerend (bijvoorbeeld via vergunningvoorschriften), hetzij als gedelegeerd medewetgever (bijvoorbeeld in een verordening), hetzij met grote beleidsvrijheid bij de toepassing van de wet zelf, omdat het compromis geen duidelijke wetsinhoud toeliet. Een gevolg daarvan is dat de rechter vaker ten tonele moet komen om geschillen, ontstaan door de bestuurlijke keuzes (of het achterwege blijven daarvan) te beslechten. In dit licht moet de discussie van de laatste vijf a tien jaar over juridisering worden beoordeeld.

Op 4 mei 1996 gaven drie Commissarissen van de Koningin (CdK), Lammers, Terlouw en Vonhoff een afscheidsinterview in het NRC Handelsblad. Lammers zegt daar: 'Wat mij zorgen baart, is de toenemende juridisering van het hele bestuur. Alles wordt appellerbaar en rechters deinzen nergens voor terug. Langzaam maar zeker zie je de rechterlijke macht terechtkomen op de stoelen van de bestuurders. Dat leidt tot verstarring en marginalisering van het beleid. Het zorgt bij het bestuur voor grote terughoudend-

heid in het doen van dingen die eigenlijk hadden moeten gebeuren.'

De toenmalige minister van Justitie was volgens de Staatscourant van 5 juni 1996 geneigd de CdK's 'niet onvoorwaardelijk te volgen'. In haar toespraak bij de eerste bouwhandeling voor het nieuwe gerechtsgebouw in Utrecht zegt zij het als volgt: 'Als ik denk aan juridisering, dan denk ik aan een toename van het aantal wetten en regels en aan uitbreiding van het aantal maatschappelijk terreinen dat wordt bestreken door gemeenschappelijke regelgeving.' Ook wijst de minister op een groeiende neiging bij 'burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en politieke bestuurders om naar de rechter te stappen.' In haar ook verder belangwekkende toespraak wijst de minister op het historisch aspect - Plato klaagde immers al over juridisering - maar evengoed op de behoefte aan rechtszekerheid. Zij wijst ook op de soms onnodige reductie van sociale problemen tot juridische.

Wij voegen aan bovenstaande observaties nog een principiële punt toe. In Nederland bestond in vergelijking met bijvoorbeeld Frankrijk lang een grote achterstand op het gebied van (codificatie van) het bestuursrecht. Het bestuur had inderdaad grote angst voor een rechter die op de stoel van dat bestuur zou (willen) gaan zitten. Pas in de codificatie van het bestuurs(proces)recht via de wetten BAB (Beroep Administratieve Beschikkingen), Arob (Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen) en laatstelijk de Algemene wet bestuursrecht kreeg een eeuw (bestuurs) rechtelijke rechtsvorming haar beslag, niet in de laatste plaats aangezet door de burgerlijke rechter.⁴ Een parallelle en wellicht nog belangrijkere ontwikkeling was die van de ontwikkeling in de

⁴ *Bijv. in de bekende arresten Zandvoortse, respectievelijk Doetinchemse woonruimte en Groninger kweldergronden uit 1949, resp. 14 januari 1949, 25 februari 1949, 24 juni 1949, NJ 1949 nrs. 557, 558 en 559.*

jurisprudentie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een derde juridiserende invloed is de hand over hand toenemende regels van internationaal verdragsrecht en supranationale (Europese) richtlijnen en verordeningen. Er bestaat in ons land weliswaar een verbod op rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet, maar dat geldt niet voor toetsing aan verdragen en Europese richtlijnen. Bovendien hebben deze laatste in bepaalde omstandigheden, waar het burgers betreft, directe werking. Al met al genoeg materiaal voor een verdergaande juridisering van het maatschappelijk verkeer. De onvrede daarover bij met name het bestuur (en inmiddels hier en daar ook bij 'de politiek', vooral als deze weigert zich onder het primaat van het recht te stellen), bleek al uit de uitlatingen van CdK Lammers in 1996. Deze onvrede culmineerde in 1997 in een rapport 'Bestuur in geding' (uitgegeven door de provincie Noord-Holland) van de door de leden zelf uitgeroepen werkgroep Van Kemenade. 'Er is een teveel aan vaak gedetailleerde regels die het bestuur beheersen', zo luidt een eerste constatering. Verder vindt de werkgroep dat er 'een overdaad is aan beroepsmogelijkheden bij de rechter'. Deze eerste twee constatering bevatten wellicht een kern van waarheid maar de derde constatering roept toch sterke twijfels op: 'Er is een te grote zeggenschap bij de rechter, die zijn taak vaak op een voor het bestuur nadelige wijze uitoefent'. Het voert in het kader van deze rapportage te ver om diep in te gaan op het rapport 'Bestuur in geding'. Een aantal goede wetstechnische suggesties voor verheldering en verbetering van vooral regels van procedurele aard is of wordt momenteel (met name in de Algemene wet bestuursrecht) verwerkt. Maar daar schuilt ook niet het

probleem. Het probleem ligt vooral in de welhaast absolute afwijzing door Van Kemenade c.s. van de redelijkheidstoetsing door de bestuursrechter. Terwijl die toetsing nu juist de grootste winst is van de bovengenoemde codificatie. Wie zich nader wil oriënteren verwijzen wij naar het themanummer van het Nederlands Juristenblad in 1997 (21-1997), dat nog voor het rapport Van Kemenade verscheen. Met name de voor het bestuursrecht relevante beschouwing daarin van J.E.M. Polak verdient de aandacht. Hij vertolkt de overtuiging van veruit de meeste bestuursrechtelijke georiënteerde juristen in een viertal stellingen die hieronder worden weergegeven.

- a. Voor zover de juridisering een gevolg is van de met name sinds 1976 sterk gegroeide mogelijkheid om bij de bestuursrechter tegen overheidsbeslissingen in beroep te gaan, moet zij als positief worden gewaardeerd. Die mogelijkheid komt immers tegemoet aan een zeer wezenlijke behoefte aan rechtsbescherming tegen de besluitvorming van de overheid.
- b. Aan de kritiek vanuit het openbaar bestuur dat de bestuursrechtspraak de uitvoering van overheidsbesluiten te zeer vertraagt en dat er binnen het systeem van rechtsbescherming te vaak overlappingsen zijn, dient serieuze aandacht te worden besteed. Oplossingen waardoor procedures worden gestroomlijnd en versneld en waarbij overlappingsen worden teruggedrongen, moeten worden nagestreefd zonder dat het uitgangspunt van een goede rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten bij de bestuursrechter tegen niet al te hoge kosten, geweld wordt aangedaan.
- c. De bestuursrechtspraak heeft in de afgelopen 20 jaar in belangrijke mate bijgedragen aan de

Verder vindt de werkgroep dat er een overdaad is aan beroepsmogelijkheden bij de rechter

kwaliteit van de besluitvorming van het openbaar bestuur, met name waar het betreft aspecten als een zorgvuldige voorbereiding en motivering.

d. Het gebeurt zelden dat de bestuursrechter in hoogste instantie een binnen de wet passende beleidskeuze van het bestuur op inhoudelijke gronden niet respecteert.

Een van de oorzaken, zo niet de hoofdoorzaak van juridisering in haar van bestuurszijde zo gelaakte vorm, ligt in de kwaliteit van de wetgeving. In 1997 wees de scheidende vice-president van de Raad van State er bij de presentatie van het jaarverslag van de Raad van State op, dat 'overhaasting en onzorgvuldigheid in de voorbereiding van wetgeving funest zijn voor het gezag van de wet'. In 2000 schreef minister Kort-hals van Justitie in het Nederlandse juristenblad (4-2000, pag. 209), dat juridisering voor een deel het opheffen van een juridisch tekort is. En al vindt hij de klachten van bestuurders over toenemende juridisering van het openbaar bestuur niet ongegrond, toch vindt hij dat juridisering 'meer een probleem van wetgeving dan van rechtspraak' is. 'Juridisering moet dan ook vooral worden bestreden met wetgevingskwaliteitsbeleid'. Het openbaar bestuur behoort volgens de minister 'in een rechtsstaat aan regels gebonden (...) te zijn'. En, voor het onderhavig onderzoek van belang, 'een effectief dejuridiseringsbeleid vergt ook een Europese aanpak'. Vooral het tegelijk werken van twee rechtsstelsels – het Europese en het Nederlandse – 'kan leiden tot het verschijnsel van "wringend recht"', zo merkt de minister nog op onder verwijzing naar het VAR-preadvies van E. Steyger uit 1996.

Tijdens een studiemiddag van de Vereniging voor administratief recht (VAR) in 1998 was H.J.E. Bruins Slot nog veel duidelijker over de oorzaak van juridisering: deze is volgens Bruins Slot 'niet de schuld van wetgevers en rechters, maar is vooral veroorzaakt door het arrogante idee van de maakbaarheid van de samenleving'.⁵ Aldus legt Bruins Slot de schuld in hoofdzaak bij de politiek, die op de steeds groter wordende complexiteit van de samenleving reageert met wetgeving van helaas niet altijd de beste kwaliteit. Aan de andere kant was er onder de Paarse kabinetten sprake van de MDW-operatie: Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. Deze operatie met allerlei vormen van privatisering en op afstand zetten van verzelfstandigde bestuurslichamen, maakte de situatie ook niet altijd doorzichtiger. Van der Vlies wees er in het Nederlands Juristenblad (1-2002, pag. 5) op, dat bijvoorbeeld het nieuwe Bouwbesluit deregulering beoogt, maar 'ongunstige neveneffecten' heeft. Zij wijst ook op wetgevingsvoorstellen die juist verdere juridisering in het leven roepen. Het nieuwe en intussen al weer gevallen kabinet deed ook al een duit in het zakje. In het regeerakkoord van het kabinet CDA/VVD/LPF uit 2002 wordt opnieuw het voornemen uitgesproken de juridisering van het openbaar bestuur aan te pakken. Letterlijk stelt het 'Strategisch akkoord': 'het bestuur [is] "dichter" bij de burger gebracht door middel van inspraak, rechtsbescherming, coördinatie, referenda. Paradoxaal genoeg is het blokkeren van besluiten daardoor vaak eenvoudiger geworden dan het nemen van een besluit; het oplossend vermogen van de overheid neemt daardoor af en de onvrede bij de burgers toe. Het kabinet onderzoekt op korte termijn voorstellen van de mogelijkheden tot

⁵ J.S. Clarisse, *Juridisering in het openbaar bestuur, verslag van een VAR-studiemiddag, NTB 1998/6, p. 165.*

verdergaande beperking van het aantal beslissingen per project, de stroomlijning van procedures en het afschaffen van de zogenoemde actio popularis, om aldus de daadkracht en besluitvaardigheid van de overheid te vergroten'.⁶

Conclusie

Dit alles overziend heeft juridisering positieve en negatieve kanten. Juridisering in positieve zin is het verschijnsel dat het recht zich geleidelijk is gaan uitstrekken over allerlei maatschappelijke realiteiten, zowel in de verhouding tussen burgers onderling als in die tussen burger en overheid. Zowel de wetgever (regelgeving, normstelling), het uitvoerend bestuur (toepassing van de regels in de vorm van uitoefening van door de wetgever toegekende bevoegdheden via belangenafweging en besluiten) als de rechter (uitleg/duiding van rechtsfiguren en -relaties tussen burgers, onderling, geschillenbeslechting, toetsing van overheidsoptreden) hebben aan deze vorm van juridisering bijgedragen. Ze kent een sterk rechtsbeschermingsaspect, ook uit hoofde van internationaal en supranationaal recht. Zo vereisen bijvoorbeeld het recht op onafhankelijke rechtsbescherming en het eigendomsrecht dat een burger zich in bepaalde situaties tot de rechter moet kunnen wenden. (resp. artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en artikel 1, Eerste Protocol bij dat verdrag).

Doorgaans betekent juridisering echter een lastenverzwaring voor het openbaar bestuur, waardoor het bestuur wordt gehinderd in zijn bestuurlijke werkzaamheden. Soms wordt als reden voor de juridisering het teveel aan niet of moeilijk uitvoerbare regels aangevoerd. Maar meestal wordt de oorzaak gezocht in de rechtsbescherming: stapeling van bezwaar- en beroeps-

mogelijkheden tegen talloze vergunningen, vrijstellingen, ontheffingen en dergelijke. In het vervolg van dit essay zullen wij dan ook onder juridisering verstaan:

de vermeende verzwaring van de bestuurslast als gevolg van procedures bij de rechter

Wij gebruiken in deze definitie het woord 'vermeend' om weer te geven dat binnen het openbaar bestuur zelf de rechtsbescherming als oorzaak wordt gezien van de lastenverzwaring. Wij willen hierna onderzoeken of er behalve rechtsbescherming, ook andere oorzaken zijn voor de door het bestuur ervaren lastenverzwaring, oorzaken gelegen in de wetgeving of bij het openbaar bestuur zelf. Eerst moet echter nog even worden stilgestaan bij de rol van rechtsbescherming in het bestuursrecht.

⁶ *Strategisch akkoord 'Werken aan vertrouwen - een kwestie van aanpakken', hoofdstuk binnenlands bestuur, te raadplegen op <http://www.regering.nl>*

3 Functie van rechtsbescherming in het bestuursrecht

Gedurende het vierde kwart van de vorige eeuw is het bestuursrecht sterk in betekenis toegenomen. De enorm verbrokkelde wetgeving voor de rechtsbescherming is aangepakt, vooral via de Algemene wet bestuursrecht. Daarin staan begrippen als 'besluit' en 'belanghebbende' centraal en dat heeft eerder dejuridiserend, dan juridiserend uitgekapt. Hier is namelijk een woud aan jurisprudentie gecodificeerd in een aantal relatief eenvoudige, algemene, wettelijke regels. Ook de uniformering van de bezwaar- en beroepsprocedures en het terugbrengen van het aantal rechterlijke instanties bracht een sterke vereenvoudiging. Veel kritiek krijgt de *actio popularis*. De *actio popularis* houdt in dat iedereen een besluit ter toetsing kan voorleggen aan de rechter, zonder eerst te hoeven aantonen dat hij of zij speciaal in zijn of haar eigen belang wordt getroffen. De kritiek hierop is, dat zo'n ruimhartige ingangseis voor beroep op de rechter leidt tot een toename van het aantal procedures en dus tot juridisering. Echter, onderzoek wees uit dat de *actio popularis* geen oorzaak is van langlopende procedures en vertraging in de besluitvorming.⁷ Eerder is het tegendeel het geval. Van misbruik door querulanten is niet gebleken, de kwaliteit van het optreden via "ideële" belangenbehartigers is doorgaans hoog en hun "successcore" ook. Op zich is dat al veelzeggend. Als de kwaliteit van de onderliggende besluiten (in de daaraan voorafgaande belangenafwegingmomenten en -processen: artikel 3:2 AWB!) hoger zou zijn geweest, dan zou de overheid de beroepsprocedures vaker winnen. Wij denken dat hier dan ook de eigenlijke oorzaak van de kritiek van Van Kemenade c.s. moet

worden gezocht en dus niet in een teveel aan rechtsbescherming of toetsingsgronden. Als de bestuursrechter bijvoorbeeld overheidsoptreden niet meer zou mogen toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zou de waarborg die van het beroep op deze rechter uitgaat niet meer aanwezig zijn en haalde men door de achterdeur de gewone (civiele) rechter weer binnen, met alle bezwaren van dien: langere procedures in doorgaans drie instanties tegen veel hogere kosten. Vergeet niet dat het deze rechter was, die bij aanvankelijk ontbreken van adequate, algemene, aanvullende bestuursrechtelijke rechtsbescherming, de overheid de voet *in iudicis* hoe langer hoe meer dwars zette. Daar zijn tal van voorbeelden van, te rekenen vanaf de in noot 6 genoemde arresten van de Hoge Raad tot recente uitspraken van dit college toe. Het voornemen om de *actio popularis* (die overigens beperkt is tot de Wet milieubeheer, en zich bijvoorbeeld niet uitstrekt tot besluiten op grond van de (oude en nieuwe) Natuurbeschermingswet of de Flora- en faunawet), af te schaffen ter bestrijding van de juridisering, is dus niet zinvol. De kans is zelfs reëel dat het debat wordt verlegd naar de vraag of men als rechtstreeks en persoonlijk belanghebbende wel of niet ontvankelijk is. Zou het dus de bestuurslast ogenschijnlijk verlichten, de last bij de rechter zou evenredig of meer toenemen. Bovendien is zoals reeds opgemerkt, nooit vastgesteld, dat de *actio popularis* vertragend werkt of voet geeft aan querulantisme. Het optreden van bonafide rechtspersonen met ideële statutaire doelbelangen werkt eerder "onvredekanalise-

⁷ Zie bijv. J.M. Verschuuren, *De openbare voorbereidingsprocedure Awb en de actio popularis in het milieurecht*, *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2000/6, p. 178-183.

rend” en als zeef voor nodeloze, want a priori ongegronde beroepsprocedures. Wel is misbruik van (proces)recht sterk laakbaar, maar dat is een algemeen vraagstuk dat niet als argument voor ‘dejuridisering’ kan worden aangevoerd: daarmee zouden immers ‘de goeden’ te lijden hebben onder ‘de kwaden’.

4 Juridisering in besluitvorming over natuur en landschap

Het juridiseringdebat van de jaren negentig had nauwelijks betrekking op besluitvorming in het kader van de natuurbeschermingswetgeving. Het ging vooral om besluitvorming in het kader van de Wet op de ruimtelijke ordening en de Wet milieubeheer. Waarschijnlijk heeft dit te maken met een geringe belangstelling bij vooral decentrale overheden voor het natuurbeschermingsrecht in het algemeen en het Europese natuurbeschermingsrecht in het bijzonder.

Onlangs is een onderzoek naar de uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn uitgevoerd ten behoeve van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM). Daaruit blijkt dat er ten eerste een tekort is aan kennis over de geldende regelgeving. Ten tweede is er een tekort aan kennis over de aanwezigheid van beschermde soorten of beschermde habitats in het gebied waarover een besluit wordt genomen en over de (ecologische) eisen die aan het betreffende gebied moeten worden gesteld voor de hier voorkomende soorten. Soms is deze kennis overigens ook simpelweg niet voorhanden of bestaat er wetenschappelijke onzekerheid over.

De twee 'kennistekorten' kunnen elkaar beïnvloeden. Zo staat in het onderzoeksrapport te lezen: 'het moet niet worden uitgesloten dat ontbrekende kennis over de potentiële juridische gevolgen van de toepasselijkheid van deze richtlijnen en/of de soortenbeschermingsbepalingen uit de nationale wetgeving een zekere laconieke houding ten aanzien van het bijhouden van de in het gebied aanwezige soorten versterkt.'⁸

In het onderzoek naar de implementatie van het Europees natuurbeleid in Nederland, uitgevoerd

ten behoeve van het Natuurplanbureau, staat dat de laconieke houding van decentrale overheden voor een belangrijk deel te wijten is aan een centralistische benadering bij het ministerie van LNV. De decentrale overheden hadden daardoor lange tijd het idee dat uitvoering van de Europese richtlijnen het ministerie aanging, en niet henzelf.⁹ Waarschijnlijk bestond deze houding al langer, omdat de uitvoering van de (oude) Natuurbeschermingswet in handen was van het ministerie,¹⁰ al was de uitvoering voor een deel wel al ondergebracht bij de provincie, maar via een mandaat van de regiodirecteuren van LNV. In elk geval blijkt uit beide aangehaalde onderzoeken heel duidelijk, dat pas na de uitgebreide media-aandacht voor de Vogel- en Habitatrichtlijn vanaf eind 1999 uitvoering van deze richtlijnen hoog op de politieke en ambtelijke agenda is komen te staan. Een cynicus zou zelfs kunnen zeggen dat dus eigenlijk de media-aandacht voor juridisering heeft gezorgd; wet- en regelgeving is immers pas echt goed toegepast na de ophef in de media over de Europese richtlijnen.

De media-aandacht voor beide richtlijnen werd vooral gegenereerd rond juridische procedures, die de aanleg van een grensoverschrijdend bedrijventerrein tussen Heerlen en Aken mogelijk maakten. Het is het leefgebied van één van de laatste populaties van de wilde hamster. Vanaf die tijd kwamen echter veel meer discussies in het teken van de richtlijnen te staan. Overigens liepen de meeste van deze discussies al geruime tijd en was het voor ingewijden al langer duidelijk dat de Vogel- en Habitatrichtlijn een belangrijke

8 C.J. Bastmeijer e.a., *De onbekende groene kant van de Wet milieubeheer, onderzoeksrapport uitgebracht in de reeks van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer: Natuurbescherming en de Wet milieubeheer, ECWM 2002/8, Den Haag, april 2002, p. 127. Zie www.ecwm.nl.*

9 M. van der Zouwen, J.P.M. van Tatenhove, *Implementatie van Europees natuurbeleid in Nederland, Planbureaustudie 2002, nr. 1, Wageningen, juni 2002, p. 65. In dezelfde zin C.J. Bastmeijer e.a., ECWM 2002/8, p. 107.*

10 Uit de in het onderzoek t.b.v. de ECWM onderzochte casus 'De Grootte Peel' (nationaal park, beschermd natuurmonument, vogelrichtlijngebied én beschermd 'wetland'), blijkt dat van de toepassing van de natuurbeschermingswetgeving 'weinig tot niets' terecht kwam. A.w., p. 127.



De hamster, of korenwolf, is jarenlang het onderwerp geweest van een juridische strijd met als inzet een bedrijventerrein in Heerlen. Foto: KINA / Dick Klees

rol speelden. Te denken valt aan discussies rond proefboringen naar aardgas in de Waddenzee en De Biesbosch, de kokkelvisserij in de Waddenzee, de aanleg van windmolenparken op diverse locaties in of bij het IJsselmeer, de aanleg van de A73 in Limburg, de reactivering van de spoorweg 'IJzeren Rijn', de aanleg van de Tweede Maasvlakte, de bouw van de Westerschelde Container Terminal en de verdieping van de Westerschelde. Maar het ging ook om allerlei kleinere bouwprojecten verspreid over het hele land die werden getroffen door de aanwezigheid van de kamsalamander, de geelbuikvuurpad en andere bedreigde diersoorten. We bespreken nu twee van deze voorbeelden wat uitvoeriger, een met nadruk op het soortenbeschermingsrecht, de ander met de nadruk op het gebiedsbeschermingsrecht.

4.1 Voorbeeld van juridisering bij de soortenbescherming: de hamster

Laten we de juridische gang van zaken rond de hamster eens nader bekijken als voorbeeld van juridisering in het soortenbeschermingsrecht. We richten ons hier enkel op de juridische procedures. Voor een bredere beschrijving van de casus, zie de Planbureaustudie 1 van M. van der Zouwen, J.P.M. van Tatenhove. De vele procedures bij de rechter zijn in vijf groepen in te delen, namelijk procedures die betrekking hebben op: 1. het bestemmingsplan, 2. de ontheffing op grond van de Natuurbeschermingswet voor het vernielen van hamsterburchten op het terrein, 3. de weigering handhavend op te treden tegen aanlegwerkzaamheden op het terrein, 4. het fokprogramma. Als vijfde groep bespreken we internationale procedures.

Het bestemmingsplan

Om te beginnen is er een aantal procedures geweest rond de goedkeuring van het bestemmingsplan van de gemeente Heerlen door gedeputeerde staten van de provincie Limburg.¹¹ GS verleende goedkeuring aan dit plan in maart 1997. Dit plan maakte aanleg van het bedrijventerrein in planologische zin mogelijk. Een aantal milieuorganisaties uit Nederland en Duitsland, waarvan vooral de Vereniging Das & Boom de aandacht trok, ging tegen het goedkeuringsbesluit in beroep omdat gemeente noch provincie in deze procedure aandacht had besteed aan de hamster. Hierbij baseerden zij zich onder andere op de Habitatrichtlijn, omdat de hamster op grond van deze richtlijn moet worden beschermd. Om te voorkomen dat in afwachting van de behandeling van de zaak reeds werd begonnen met de aanleg, werd eerst schorsing van het besluit gevraagd en in mei 1998 door de rechter verleend.¹²

In mei 1999 werd een verzoek van de projectontwikkelaar om de schorsing op te heffen afgevoerd,¹³ en in oktober 1999 deed de rechter uitspraak in de hoofdzaak waarbij het goedkeuringsbesluit inderdaad wordt vernietigd.¹⁴ Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is het in dit geval zo onzeker dat de voor de aanleg eveneens vereiste ontheffing op grond van de Natuurbeschermingswet kan worden verkregen, dat hierop niet kan worden voortgelopen door goedkeuring van dit bestemmingsplan. Toen echter de staatssecretaris van LNV korte tijd later toch een ontheffing afgaf, werd het bestemmingsplan opnieuw goedgekeurd, en wederom aan de rechter voorgelegd. Dit keer liet deze echter het goedkeuringsbesluit in stand, omdat immers inmiddels een ontheffing

¹¹ In dit korte overzicht gaan we alleen in op het bestemmingsplan GOB (grensoverschrijdend bedrijventerrein). Feitelijk stond ook het bestemmingsplan Beitel-Zuid ter discussie, vanwege de aanwezigheid van hamsters, maar ook van dassen. Ook dit plan voorziet in de aanleg van een bedrijventerrein, grenzend aan GOB, doch gescheiden door een provinciale weg. De goedkeuring van dit bestemmingsplan is aanvankelijk twee keer vernietigd (ABRvS 19 maart 1998, E01.96.0471, en ABRvS 16 september 1999, E01.98.0350), maar blijft de derde keer in stand.

¹² VzABRvS 27 mei 1998, F01.98.0003, AB 1999, 358.

¹³ VzABRvS 11 mei 1999, F01.99.0083.

¹⁴ ABRvS 26 oktober 1999, E01.97.0672, M en R 2000/7-8, nr. 73.

is verleend, ook al was al snel duidelijk dat deze ontheffing de toets van de kritiek niet zou doorstaan.¹⁵

De ontheffing voor het vernielen van hamsterburchten

De tweede groep procedures richt zich op de verlening in augustus 1998 door de staatssecretaris van LNV van de inmiddels eveneens aangevraagde ontheffing c.q. vergunning op grond van de dan nog geldende Natuurbeschermingswet en de Vogelwet. Door de ontheffing is het toegestaan om een aantal beschermde soorten (niet alleen hamsters, maar ook enkele vogelsoorten) in het plangebied te vangen, te verstoren en/of nestplaatsen te vernielen. Eerst kunnen milieu-organisaties een bezwaarschrift indienen bij de staatssecretaris van LNV. Dat betekent dat men een verzoek tot heroverweging van het besluit indiende. Dit is een verplichte voorprocedure alvorens beroep op de rechter kan worden ingesteld.

Tegelijkertijd werd een schorsingsverzoek ingediend bij de Afdeling bestuursrechtspraak, ook weer om te voorkomen dat men lopende de bezwaar- en beroepsprocedure alvast in het terrein aan de gang ging. Ook nu werd weer het schorsingsverzoek toegewezen,¹⁶ en twee verzoeken tot opheffing van de schorsing door de projectontwikkelaar afgewezen.¹⁷

Op 1 mei 1999 wijst de staatssecretaris de bezwaren af en tekenen milieuorganisaties beroep aan bij de rechter. Deze doet in april 2000 uitspraak: de staatssecretaris had moeten aantonen dat er geen andere bevredigende oplossing is voor de uitbreiding van de werkgelegenheid in de regio Heerlen-Aken. De staatssecretaris had niet slechts mogen afgaan op een onderzoek naar

andere mogelijke locaties voor een grensoverschrijdend bedrijventerrein in deze regio. De rechter hanteerde hier de wettelijke formulering zoals neergelegd in een algemene maatregel van bestuur op grond van de Natuurbeschermingswet, welke formulering letterlijk overeenstemt met de tekst van de Habitatrichtlijn.¹⁸

Als gevolg van deze uitspraak moet de staatssecretaris opnieuw beslissen op het bezwaarschrift van de milieuorganisaties. Dat gebeurt in juli 2000, en opnieuw worden de bezwaren ongegrond verklaard. De zaak komt weer bij de rechter en deze doet op 15 januari 2001 uitspraak. Deze uitspraak valt op door zijn uitvoerige motivering. De Afdeling bestuursrechtspraak legt een aantal begrippen uit de Nederlandse natuurbeschermingswetgeving - overgenomen uit de Habitatrichtlijn - uit aan de hand van de bepalingen in de Habitatrichtlijn en laat zien dat de staatssecretaris weer tekort is geschoten in het aantonen van het gebrek aan alternatieve oplossingen.

Bovendien, en dat is een toevoeging aan de uitspraak van april 2000, stelt de Afdeling vast, dat de Habitatrichtlijn vereist dat het leefgebied van de hamster niet kleiner mag worden door de aanleg van het bedrijventerrein en dat dus voldoende compensatiegebied moet worden ingericht. Omdat ook dat onvoldoende is gebeurd, wordt het besluit opnieuw vernietigd. Echter, tegelijkertijd constateert de rechter dat in een deel van het plangebied al meer dan drie jaar geen hamsters meer zijn waargenomen. Voor dit deel van het plangebied acht de rechter dan ook een ontheffing niet langer noodzakelijk. Vier weken later, op 14 februari 2001, verklaart de minister de bezwaren van de milieuorganisaties alsnog gegrond en weigert ze de ontheffing te verlenen

15 Volgens de Afdeling hoefde de provincie geen rekening te houden met het feit dat verleende ontheffing vernietigd zou kunnen worden, ABRvS 1 augustus 2001, 200000789/01.

16 VzABRvS 19 januari 1999, F02.98.0018, AB 1999, 357.

17 VzABRvS 11 mei 1999, F01.99.0097 en VzABRvS 27 april 2000, 200000838/1.

18 ABRvS 27 april 2000, 199901039/1, M en R 2000/7-8, nr. 74.

voor die delen van het plangebied waar in 1998 nog hamsters zijn gezien. Een van de organisaties, de Hamsterwerkgroep, blijft van mening dat ook in het niet-ontheffingplichtige deel van het plangebied na 1998 nog hamsters zijn gezien en vraagt opnieuw om stillegging van de werkzaamheden en om het alsnog afwijzen van de ontheffingsaanvraag, maar beide verzoeken worden afgewezen bij gebrek aan bewijs.¹⁹

Handhavingsbesluit

Ondanks het feit dat gedurende deze procedures de besluiten zijn geschorst, zijn toch al grondwerkzaamheden verricht voor de aanleg van het bedrijventerrein. Om deze werkzaamheden stil te laten leggen, is in augustus 1998 een verzoek tot handhaving (uitoefenen bestuursdwang) ingediend bij het ministerie van LNV. Dit verzoek is afgewezen, waarna ook tegen deze afwijzing bezwaar is aangetekend. Uiteindelijk schorste de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op 1 juli 2000 het besluit tot weigering te handhaven en droeg hij de staatssecretaris op er voor te zorgen dat er geen werkzaamheden plaatsvinden.²⁰ Deze beslissing wordt op 20 februari 2001 bekrachtigd omdat, in strijd met de uitgesproken schorsingen, de aanlegwerkzaamheden gewoon doorgaan.²¹

Het fokprogramma

Op 19 mei en 15 september 1999 verleende de staatssecretaris van LNV ontheffingen aan Das & Boom om hamsters te vangen en samen met de Diergaarde Blijdorp hiermee een fokprogramma op te zetten. Tegen deze ontheffingen tekende een andere milieuorganisatie, de Hamsterwerkgroep, beroep aan, omdat zij van mening is dat er nog voldoende hamsters zijn. Liever wil de

Hamsterwerkgroep het leefgebied goed beschermen, zodat langs natuurlijke weg de hamsterpopulaties weer op peil komen. Dit beroep wordt in april 2001 afgewezen.²²

In datzelfde jaar waren er voldoende hamsters geboren om weer te kunnen uitzetten. Het ministerie bleek echter onvoldoende geschikt leefgebied te hebben aangekocht of via beheersovereenkomsten met landbouwers gereed te hebben gemaakt. Op dat moment startte Das & Boom een (civiele) kort gedingprocedure om te voorkomen dat hetzelfde probleem zich in het voorjaar 2002 opnieuw zou voordoen. Op die manier wilde Das & Boom de staatssecretaris houden aan haar beleid, zoals neergelegd in het Beschermingsplan Hamster 2000-2004.

Op 21 januari 2002 wijst de Rechtbank een tussenvonnis, waarin zij de staatssecretaris bewijsopdrachten verstrekt betreffende het medio april 2002 te verwachten beschikbare hamsterleefgebied.²³ Dat is het moment dat beide partijen weer om tafel gaan zitten. In mei 2002 begint vervolgens de geleidelijke uitzetting van de eerste hamsters. Omdat Das & Boom echter van mening is dat de staatssecretaris nog steeds te weinig inspanningen pleegt om uitvoering te geven aan het hamsterbeleid, wordt de civiele procedure tegen de Staat doorgezet. Deze zaak loopt nog.²⁴

Internationale procedures

De Europese Commissie grijpt op twee manieren in de besluitvorming rond het bedrijventerrein. Al in april 1997 vraagt de Commissie de Nederlandse regering om informatie betreffende de bescherming van de hamster in Nederland. Na een verzoek om aanvullende informatie in 1998, stelt de Commissie Nederland op 30 april 1999

19 VzABRvS 14 mei 2001, 200100858/1, en ABRvS 30 januari 2002, 200100858/2.

20 VzABRvS 11 juli 2000, 200003066/1.

21 VzABRvS 20 februari 2001, 200100342/1 en 200100232/2.

22 ABRvS 5 april 2001, 200001497/1 en 20001765/1, M en R 2002/1, nr. 4.

23 Rb Den Haag 21 januari 2002, KG 01/1478.

24 Rb Den Haag, rolnr 2002/2070.



De keuze om de A 73 op de oostoever te bouwen, betekent volgens natuur- en milieuorganisaties een ernstige aanslag op het Swalmdal. Foto: Hans Dijkstra

officieel in gebreke vanwege de bescherming van de hamster in het algemeen en het beoogde bedrijventerrein bij Heerlen in het bijzonder.

Nederland reageert hierop met het overleggen van het in september 1999 vastgestelde Hamsterbeschermingsplan 2000-2004, maar de Commissie stelt op 30 april 2001 vast, dat Nederland in gebreke is gebleven. De Commissie kan nu besluiten om de zaak voor te leggen aan het Hof van Justitie van de EG omdat Nederland het EG-verdrag heeft geschonden. Naast dit zware geschut van de verdragsschendingsprocedure had de Commissie al in juli 1999 besloten om de Europese subsidie voor de aanleg van het terrein stil te leggen vanwege vermeende schending van de Habitatrichtlijn.

Behalve de Europese Commissie is ook de Raad van Europa bij de zaak betrokken. Het Permanent Comité van de Raad van Europa voor het Verdrag van Bern neemt op 3 december 1999 een aanbeveling aan, waarin Nederland wordt opgedragen voldoende leefgebied voor de hamster te verzekeren in het gehele voormalige verspreidingsgebied van de hamster in Nederland. De Raad van Europa is bij deze zaak betrokken, omdat de hamster ook onder de bescherming van het door Nederland ondertekende en geratificeerde Verdrag van Bern valt (het Verdrag inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk leefmilieu in Europa, 1979).

4.2 Voorbeeld van juridisering bij de gebiedsbescherming: de A73

Een andere zaak die veel stof deed opwaaien betreft de besluitvorming rond de aanleg van de A73-zuid. Deze zaak heeft tot dusver nog niet geleid tot een groot aantal rechterlijke uitspraken, maar dat kan nog komen. De besluitvorming is

namelijk nog niet afgerond. We bespreken deze zaak als voorbeeld van juridisering in het gebiedsbeschermingsrecht. Ook hier zijn weer verschillende besluitvormingsmomenten die de rechtsbeschermingmogelijkheden bepalen: 1. de tracékeuze, 2. de aanpassing van diverse bestemmingsplannen, 3. de verlening van diverse ontheffingen.

De tracékeuze

Ten behoeve van het vaststellen van het tracé op basis van de Tracéwet, werd in 1993 een milieueffectrapportage (m.e.r.) uitgevoerd. Dit onderzoek wees uit, dat twee alternatieven op de westoever van de Maas, het zogenaamde 'D2 Lateraaltracé' en het 'D3 Napoleonstracé' beter scoorden op de thema's bodem, water, lucht, geluid, flora, fauna, ecosysteem, landschap, geomorfologie, cultuurhistorie en archeologie, dan het 'Oostoevertracé'. Het Oostoevertracé scoorde alleen beter op economie, ruimtelijke ordening en verkeer en vervoer.

Het Oostoevertracé loopt door het Swalmdal en het Roerdal. Dit zijn twee gebieden met de status 'speciale beschermingszone' (SBZ) ingevolge de Habitatrichtlijn. In de omgeving liggen bovendien de Meinweg en Schalm-Nette, beide aangegeven Vogelrichtlijngebieden. Tenslotte is het Elmptewald, dat op 1300 meter van het tracé ligt, aangemeld als Habitatrichtlijngebied. Ook doorkruist de weg de ecologische hoofdstructuur en het, in het SGR aangeduid, 'waardevol cultuurlandschap en gebied met behoud en herstel van landschapskwaliteit' Het is daarmee een van de elf als zodanig aangemerkte waardevolle cultuurlandschappen. Op het tracé zijn verder zesentwintig soorten van bijlage II of IV Habitatrichtlijn aangetroffen en tien vogelsoorten van bijlage I Vogelrichtlijn.

*Een waardevol
cultuurlandschap
met 26 soorten van
de Habitatrichtlijn
en 10 vogelsoorten
van de Vogelrichtlijn*

De milieuorganisaties moesten nog tot 2002 wachten alvorens zij de tracékeuze aan de rechter konden voorleggen

Als gevolg van dit milieueffectrapport stelde de minister van V&W in 1995 het tracébesluit vast: op de westoever, zulks tegen de zin van de provincie Limburg. Vervolgens laaide in de Tweede Kamer een debat op over de vraag of niet gewoon de wens van Limburg moest worden gevolgd (Bolkestein sprak van 'Haagse arrogantie'), maar een kamermeerderheid leek de minister te steunen. Toen het echter op een stemming aankwam bleek één lid van de PvdA afwezig te zijn, waardoor de stemverhouding 71-70 was en de motie was aangenomen. De minister schakelde vervolgens over op het Oostoevertracé.

Omdat duidelijk was dat dit tracé een stuk moeilijker lag dan de beide andere, zijn na 1995 allerlei aanvullende onderzoeken uitgevoerd. Die brachten aan het licht, dat ook op de westoever een groot aantal beschermde dier- en plantensoorten voorkomt. Bovendien ligt daar het Leudal. Het tracé doorsnijdt dit dal weliswaar niet, maar het gebied is wel een aangemelde SBZ ingevolge de Habitatrictlijn. Na een actualisatie van natuurgegevens en toetsing aan nieuwe wetgeving en beleid in 2000 bleef men echter, ook met deze nieuwe inzichten, bij de conclusie dat de grootste effecten zich zouden voordoen op de oostoever. Rapporten over de verkeersveiligheid en de verkeersontwikkeling, alsmede de Beleidslijn Ruimte voor de Rivier, gaven echter de doorslag. Met name de Beleidslijn Ruimte voor de Rivier was bepalend. Door begin 2002 bovendien een deel van het gebied van het westoevertracé ook nog aan te wijzen als retentiegebied voor overtollig Maaswater, maakte de provincie de weg terug naar de westoever zo goed als onmogelijk.

Omdat de destijds nog geldende Tracéwet niet voorzag in een rechtstreekse doorwerking van

het tracébesluit in de diverse bestemmingsplannen, moesten vervolgens alle bestemmingsplannen op het gekozen tracé worden aangepast. De rechtsbescherming tegen het besluit en tegen de m.e.r. was gekoppeld aan de goedkeuringsbesluiten van de bestemmingsplannen door de provincie. Vandaar dat de milieuorganisaties nog tot 2002 moesten wachten alvorens zij de tracékeuze aan de rechter konden voorleggen. Inmiddels is dit overigens (in 2000) veranderd: indien bestaande bestemmingsplannen realisering van het tracébesluit in de weg staan, wordt bij wet automatisch vrijstelling verleend van deze bestemmingsplannen. Op de besluitvorming rond de A73 was deze nieuwe wet echter nog niet van toepassing. Verder is de rechtsbescherming gebundeld bij het tracébesluit zelf. Op deze wijze is de besluitvorming dus aanmerkelijk vereenvoudigd.²⁵

Diverse bestemmingsplannen

Het eerste bestemmingsplan dat is aangepast ten behoeve van de aanleg van de A73-zuid op de oostoever van de Maas, is van Swalmen. Acht milieuorganisaties voeren in beroep tegen het goedkeuringsbesluit van dit bestemmingsplan argumenten aan die voornamelijk betrekking hebben op de gebiedsbescherming voor de oostoever, zoals die dus onder andere voortvloeit uit de Habitatrictlijn. Wat de Habitatrictlijn betreft volgt uit artikel 6 lid 3, dat alleen indien er geen alternatieve oplossingen zijn, een inbreuk op een SBZ mag worden toegestaan. Nu uit het MER blijkt dat er twee alternatieven zijn, moet één van deze alternatieven gekozen worden, aldus appellanten.

In november 2002 werden echter alle argumenten van de milieuorganisaties door de rechter

²⁵ Wijziging van de Tracéwet, Stb. 2000, 396.

verworpen.²⁶ Kort gezegd vindt de Afdeling bestuursrechtspraak dat ook op de westoever belangrijke natuurwaarden voorkomen, zodat het aan het bestuur is om een afweging te maken. Bovendien stelt de Afdeling vast, dat het Swalmdal en het Roerdal nog niet zijn aangemeld als SBZ bij de Europese Commissie. Dat deze gebieden zich overduidelijk kwalificeren, en inmiddels ook door het ministerie van LNV zijn geselecteerd voor aanmelding, doet hieraan niet af. Het Swalmdal is een van twee gebieden in Nederland waarde de zeggekorfslak voorkomt en het Roerdal is de enige plaats waar de gaffelibel nog leeft. Volgens de rechter wordt het plan zodanig uitgevoerd, dat schade aan het leefgebied van de zeggekorfslak zal worden voorkomen. Verder verwacht de Afdeling geen problemen rond de verlening van ontheffingen op grond van de Natuurbeschermingswet (thans: de Flora- en faunawet), zodat er geen beletselen zijn om het bestemmingsplan goed te keuren. Zoals gezegd moeten nog meer bestemmingsplannen worden aangepast, maar de algemene bewoordingen waarmee de argumenten van de organisaties terzijde zijn geschoven, doen vermoeden dat ook die bestemmingsplanwijzigingen de toets der kritiek zullen doorstaan. Eén van de appellanten, Das & Boom, heeft dan ook aangekondigd de juridische strijd tegen de aanleg van de A73 te staken.

Diverse ontheffingen

Verspreid over het hele Oostoevertacé komt een zeer groot aantal beschermde dier- en plantensoorten voor. Ook het soortenbeschermingsrecht speelt hier dus een rol. In november 2001, een dag na de goedkeuring van het bestemmingsplan door de provincie, heeft de staatssecretaris van

LNV een ontheffing verleend voor het op het tracédeel Swalmen voorkomende grasklokje, het rapunzelklokje, de gewone vogelmelk, de das, de eekhoorn, egel, otter en bever, negen vleermuissoorten (waaronder de in ons land zeer zeldzame grijze grootoorvleermuis), de hazelworm, groene kikker, bruine kikker, gewone pad, kleine watersalamander, kamsalamander en levendbarende hagedis. Tegen deze ontheffing heeft een aantal milieuorganisaties een bezwaarschrift ingediend bij de staatssecretaris, maar daarop was in december 2002 nog niet beslist. Tegen de beslissing op bezwaar staat eveneens beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Doordat echter de Afdeling in haar uitspraak over het bestemmingsplan al vrij uitvoerig ingaat op de ontheffing en stelt dat deze waarschijnlijk wel door de beugel kan, is het zeer de vraag of deze ontheffing wordt vernietigd.

Belangrijke reden voor deze redenering is het feit dat is voorzien in enorme mitigerende en compenserende maatregelen. Zo zijn er bijvoorbeeld zeventien kleinwildtunnels en twee grote faunapassages gepland, alleen al bij het tracédeel Swalmen. Het Roerdal zal zelfs worden ondertunneld. Ook hier geldt, dat voor de andere tracédelen afzonderlijke ontheffingen moeten worden verleend, zodat mogelijk nog een aantal procedures bij de rechter zal worden gevoerd. Voor nieuwe tracébesluiten is ook dit inmiddels aangepast door een wetwijziging. De Flora- en faunawet bepaalt nu, dat over de benodigde ontheffingen in één keer wordt beslist. Dat gebeurt dan tegelijk met de vaststelling van het tracébesluit.²⁷ En ook hier vindt bundeling van beroepsprocedures plaats: er is voortaan nog maar één beroepsprocedure tegen zowel de vaststelling van het tracébesluit, inclusief de eventuele vrijstelling-

Das & Boom, heeft dan ook aangekondigd de juridische strijd tegen de aanleg van de A73 te staken

26 ABRvS 13 november 2002, no. 200200050/1, M en R 2003/2, nr 16.

27 Het nieuwe art. 75a, kort na de inwerkingtreding van de wet ingevoegd, Stb. 2002, 236.



De argumenten van de natuurorganisaties zijn terzijdegeschoven en Das & Boom heeft de juridische strijd tegen een A 73 op de oostoever gestaakt. Foto: Hans Dijkstra.

verlening van bestemmingsplannen, als de verlening van de ontheffing.

4.3 A-typische zaken

Uit deze korte schets van de juridische procedures bij verschillende rechterlijke instanties wordt duidelijk dat in beide zaken de verschillende betrokken milieuorganisaties alle juridische middelen hebben aangegrepen om zich te verzetten tegen de aanleg van het bedrijventerrein en de A73. Daarmee zijn beide zaken enerzijds goede voorbeelden van juridisering. Anderzijds zijn ze niet representatief voor besluitvormingsprocedures rond projecten met nadelige gevolgen voor de natuur. Meestal spitst een geschil zich toe op één besluit en worden, in het kader van dat besluit, bezwaren van milieuorganisaties of anderen meegenomen.

Beide zaken hebben echter door de grote media-aandacht, wel in belangrijke mate de beeldvorming bepaald. In de media is vaak het beeld geschetst dat milieuorganisaties zoals Das & Boom, steeds alles doen om een project tegen te houden of te vertragen door een constante stroom van procedures aan te spannen. Dat beeld is naar onze mening echter onjuist. De meeste organisaties zijn juist langdurig in overleg met bevoegde instanties om gezamenlijk te komen tot een verantwoorde aanpak van een project binnen de wettelijke kaders van het natuurbeschermingsrecht. Zij gebruiken de juridische (rechtsbescherming) mogelijkheden vooral als ultimum remedium. In paragraaf 6 komen we hierop terug.

Overigens gebruiken niet alle organisaties juridische (rechtsbeschermings-) mogelijkheden louter als ultimum remedium. Van de Vereniging Milieu-Offensief in Wageningen is bekend, dat deze organisatie voornamelijk gebruik maakt van

juridische procedures bij de rechter om de overheid te dwingen tot het naleven van milieu- en dierenwelzijnregelgeving voor veehouderijen. Overigens wint deze organisatie, blijkens het jaarverslag, van de honderdtweëntwintig tussen augustus 1999 en juli 2000 aangespannen zaken er 96, ofte wel 65 procent. Dit geeft aan dat veel besluiten van de overheid juridische gebreken vertonen.²⁸

De vasthoudendheid van de milieuorganisaties in deze zaken lijkt voor een belangrijk deel verklaarbaar. In de hamsterzaak ging het immers om nagenoeg de laatste populatie van een juridisch goed beschermde diersoort, die desondanks op uitsterven stond. In de A73-zaak ging het om een gebied dat juridisch goed is beschermd, maar waar niettemin een weg door wordt aangelegd, terwijl er alternatieve trajecten voor handen waren.

Overigens wordt in beide zaken ook een beroep gedaan op het Verdrag van Bern uit 1979 inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk leefmilieu in Europa. De rechter gaat hier echter nauwelijks op in. De rechter stelt dat dit verdrag is uitgewerkt door de Habitatrichtlijn, zodat aan het verdrag zelf niet meer (zelfstandig) hoeft te worden getoetst. Hoewel hierop nog wel wat valt af te dingen, gaan wij in dit essay niet verder op het Verdrag van Bern in. Het bovenstaande neemt niet weg, dat beide zaken alle oorzaken van juridisering op indringende wijze blootleggen.

De A 73 en het bedrijventerrein hebben in belangrijke mate de beeldvorming bepaald

28 Zie hierover ook M.P. Jongma en F.C.M.A. Michiels, Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!, Nederlands Juristenblad, december 2002, nr. 45/46, p. 2238



De afdeling bestuursrechtspraak deed in feite het werk van de gemeente over door de richtlijnen toe te passen terwijl de gemeente dit had moeten doen (Pagina 40). Foto: KINA / Jan vd Geld

5 Oorzaken van juridisering in besluitvorming over natuur en landschap

Uit de geschetste casus is een groot aantal oorzaken van juridisering af te leiden. We lopen deze oorzaken, die overigens met elkaar samenhangen en elkaar onderling versterken, in dit hoofdstuk langs. We zullen verdere voorbeelden uit andere zaken aanvoeren, waarbij we een onderscheid maken in oorzaken die gelegen zijn in de wetgeving, bij het openbaar bestuur en bij de rechtspraak.

5.1 Oorzaken van juridisering in de wetgeving

Veel van de problemen rond juridisering in de natuurbescherming zijn het gevolg van gebrekkige regelgeving. De natuurbeschermingswetgeving is om drie redenen gebrekkig:

- I. Overgangsfase oude - nieuwe regelgeving;
- II. Gecompliceerdheid nieuwe regelgeving;
- III. Invloed Vogel- en Habitatrichtlijn.

Overgangsfase

Sinds de jaren tachtig zitten we in een overgangsfase van oude naar nieuwe wetgeving. Reeds in 1987 werd het voorontwerp voor de Flora- en faunawet gepresenteerd waarin alle soortenbeschermings- en jachtwetgeving werd gebundeld (Vogelwet, Jachtwet, onderdelen uit de Natuurbeschermingswet). Ook de Natuurbeschermingswet was, mede als gevolg van deze operatie, aan vervanging toe. Hoewel beide nieuwe wetten zo'n tien jaar later, in 1998, eindelijk in het Staatsblad zijn gepubliceerd, treedt de Flora- en faunawet pas in 2002 daadwerkelijk in werking. Van de nieuwe Natuurbeschermingswet 1998

zijn nog slechts enkele bepalingen in werking getreden. Voor het overgrote deel geldt dus nog de oude Natuurbeschermingswet uit 1967. Deze overgangsfase, waarin vaak ingewikkeld overgangsrecht geldt, is altijd lastig voor de praktijk. Het is vooral niet altijd even duidelijk welke regelgeving op een bepaald geval van toepassing is. Het gaat daarbij uiteraard niet alleen om de wet zelf, maar ook om vele uitvoeringsregels, zoals amvb's en ministeriële regelingen, die ook allemaal zijn vernieuwd.

Gecompliceerdheid nieuwe regelgeving

De nieuwe wetgeving blinkt niet uit in helderheid. Om te beginnen heeft de wetgever, ondanks de vele pleidooien²⁹ om de Flora- en faunawet en de nieuwe Natuurbeschermingswet te integreren, vastgehouden aan het onderscheid tussen soortenbescherming en gebiedsbescherming. En dat terwijl in de jaren negentig dit onderscheid op internationaal (Biodiversiteitsverdrag) en Europees niveau (Habitatrichtlijn) juist is gerespecteerd. Bovendien bevatten beide wetten zeer veel mogelijkheden om met nadere regelgeving te komen in amvb's en ministeriële regelingen, zodat steeds een combinatie van met elkaar samenhangende wettelijke regelingen van toepassing is. Zo kan het gebeuren dat cruciale bepalingen, bijvoorbeeld bepalingen die een implementatie vormen van kernartikelen uit de Vogel- of Habitatrichtlijn, zijn terechtgekomen in een amvb, en niet in de wet zelf. Vooral in de Flora- en faunawet doet dit euvel zich gevoelen. De gebruiker van de wet moet steeds heen en weer bladeren in de verschillende bepalingen in

²⁹ Niet alleen diverse wetenschappers pleitten hiervoor (zie bijv. P.C.E. van Wijmen, *Natuurbescherming: Natuur-recht in een natuurlijk milieu*, in: Bakker/Van Wijmen, *Natuurbeschermingswet, VMR 1988-4*, Zwolle 1989, p. 215-216, Ch. Backes, *Het wetsvoorstel voor een Flora- en faunawet: integratie of opeenhoping van regelgeving?* In: Backes/Cnoop Koopmans, *Flora- en faunawet, VMR 1993-3*, Zwolle 1993, p. 5, W. Brussaard, *De nieuwe Natuurbeschermingswet als instrument*, in: Brussaard/Jans, *Naar een nieuwe Natuurbeschermingswet, VMR 1994-2*, Zwolle 1994, p. 22), ook de Raad van State (*Kamerstukken II, 1993-1994, 23 580, A*).

de wet zelf en in de diverse bepalingen in de verschillende amvb's.

Een belangrijk probleem rond de Flora- en faunawet is verder dat alle van nature in het wild voorkomende diersoorten worden beschermd. Voor wat betreft de vogels is dat een consequentie van de Vogelrichtlijn (zie hierna), maar voor wat betreft zoogdieren, amfibieën, reptielen en vissen, is dat een keuze geweest van de Nederlandse wetgever. Weliswaar zijn in art. 4 van de wet een paar dieren uitgezonderd van het begrip 'beschermde inheemse diersoort' (zwarte rat, bruine rat, huismuis). Ook is in een AMvB (het Besluit beheer en schadebestrijding dieren) een aantal andere schadelijke soorten aangewezen, waarvoor de verboden niet gelden voor zover het gaat om schadebestrijding (o.a. mol, konijn, houtduif). Dat neemt allemaal niet weg dat, indien ook een algemeen voorkomende soort wordt verstoord, bijvoorbeeld bij de aanleg van een weg of een bedrijventerrein, er een ontheffing moet worden aangevraagd. Daar komt nog bij dat enkele bepalingen een

zeer ruime werking lijken te hebben.³⁰ Zo verbiedt art. 10 Flora- en faunawet het 'opzettelijk verontrusten' van beschermde diersoorten. Soms is dit een terecht verbod, bijvoorbeeld als een dier aan het broeden is, tijdens de trek of wanneer het om jonge dieren gaat. Maar de algemeenheid van de bepaling zorgt ervoor dat ook het opzettelijk weggagen van een koolmees of konijn verboden is en dat daarvoor een ontheffing nodig is. Dankzij een snelle wijziging van de Flora- en faunawet, kort na het inwerking treden ervan, gelden voor de verlening van deze ontheffing weliswaar geen strenge eisen meer, indien het een soort betreft die niet onder de werking van bijlage IV Habitatrichtlijn valt. Er moet echter nog wel steeds een ontheffing worden aangevraagd en verleend. Bovendien geldt voor het wezenlijk verstoren van vogels dat hier geen beroep mag worden gedaan op economische of sociale belangen, zodat verlening van een ontheffing voor het verstoren van een broedende koolmees vanwege economische belangen, zoals de aanleg van een bedrijventerrein of een weg, niet mogelijk is.³¹

30 Zie voor meer voorbeelden Ch.W. Backes, M. Rotmeijer, Soortenbescherming in Nederland 2, onderzoek voor VNO-NCW, Utrecht, maart 2002.

31 Dit is een uitvloeisel van de Vogelrichtlijn (zie hierna). E.e.a. is geregeld in art. 2 lid 2 sub e van het Besluit vrijstelling beschermde diersoorten, in samenhang met art. 75 lid 5 sub c Flora- en faunawet.

Een voorbeeld uit de praktijk om bovenstaande problemen te illustreren. Wat geldt er voor noodzakelijke werkzaamheden aan waterwegen, zoals het maaien van oevers of het schoonmaken van vaarwegen door het waterschap, bijvoorbeeld in het kader van de waterberging of het bevaarbaar houden van waterwegen? Stel dat bij werkzaamheden een broedende Kievit wordt verstoord en de eieren vernield. Bovendien wordt er per ongeluk ook nog eens een kamsalamander gedood. Art. 9 bepaalt dat het verboden is om beschermde inheemse diersoorten te doden of te vangen, art. 10 verbiedt het opzettelijk verontrusten, art. 11 verbiedt het beschadigen, vernielen, uithalen, wegnemen of verstoren van nesten, hopen of andere voortplantings- of vaste rust- en verblijfplaatsen van beschermde inheemse diersoorten, en art. 12 verbiedt het rapen, beschadigen vernielen of uit het nest nemen van eieren van beschermde inheemse diersoorten. Op grond van art. 4 zijn alle van nature in Europa in het wild voorkomende vogels beschermd, en tevens zijn alle van nature in Nederland voorkomende soorten amfibieën beschermd. Dat is dus vooralsnog simpel: geen gedoe met lijsten met wel en niet beschermd.



Alleen het maaien van een slootkant al kan tientallen procedures, ontheffingen en bezwaarschriften opleveren. Foto: KINA / Natuurmonumenten

de soorten. Duidelijk is in elk geval dat het niet is toegestaan de broedende kievit te verstoren en de kamsalamander te doden. Om toch de noodzakelijke werkzaamheden te kunnen verrichten moet in het voorbeeld het waterschap een ontheffing aanvragen.

Dan is er een aantal mogelijkheden:

- bij ministeriële regeling kan de grondgebruiker worden toegestaan om handelingen te verrichten ter voorkoming van 'belangrijke schade aan (...) wateren, mits het gaat om bij AMvB aangewezen diersoorten, die niet in hun voortbestaan worden bedreigd of dat gevaar lopen' (art. 65).
 - GS kunnen de stand van de bij ministeriële regeling in het kader van art. 65 aangewezen diersoorten laten beperken, onder andere ter voorkoming van belangrijke schade aan (...) wateren (art. 67).
 - GS kunnen ontheffing verlenen, o.a. ter voorkoming van belangrijke schade aan (...) wateren, wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort (art. 68).
 - bij AMvB kan vrijstelling worden verleend van de verboden van art. 9 en art. 10 (art. 75 lid 1);
 - bij ministeriële regeling kan vrijstelling worden verleend van de verboden van art. 9 en art. 10, namelijk indien zulks nodig is ter uitvoering van internationale of EG-regelgeving (art. 75 lid 2);
- de minister van LNV kan een ontheffing verlenen voor zover niet door GS ontheffing is verleend (art. 75 lid 3).

De drie eerste mogelijkheden hebben betrekking op schadebestrijding waarvan hier niet echt sprake is (hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan schade veroorzaakt door muskusratten). De drie laatstgenoemde mogelijkheden zijn algemene vrijstellingsmogelijkheden. Hierbij geldt dat als het gaat om soorten die onder de Vogel- en Habitatrichtlijn vallen, deze vrijstelling c.q. ontheffing slechts kan worden verleend 'indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort' (art. 75 lid 4). Bovendien kan voor soorten die vallen onder bijlage IV van de Habitatrichtlijn, vrijstelling of ontheffing slechts worden verleend indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat en met het oog op bepaalde bij AMvB aan te wijzen belangen (art. 75 lid 5).³²

De wet biedt dus zes mogelijkheden die van toepassing zouden kunnen zijn op deze casus. In dit geval geldt dat onderhoud aan waterwegen via een vrijstelling op basis van art. 75 lid 1 is geregeld. Om te beginnen is daartoe in het *Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten* bepaald dat onder de belangen bedoeld in art. 75 lid 4 van de wet het belang van 'onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden' hoort (art. 2 van het Besluit). Vervolgens is in art. 15 van hetzelfde besluit de eigenlijke vrijstelling geregeld:

1. Van de verboden op het afsnijden, beschadigen en ontwortelen, bedoeld in artikel 8 van de wet, onderscheidenlijk de verboden op het beschadigen of verstoren, bedoeld in artikel 11 van de wet, wordt vrijstelling verleend voor planten of dieren behorende tot een beschermde inheemse plantensoort of een beschermde inheemse diersoort, voorzover de betrokken handelingen worden

32 Deze laatste voorwaarde is pas na het inwerking-treden van de Flora- en faunawet middels wetswijziging toegevoegd (Stb. 2002, 236). Aanvankelijk gold de beperking om vrijstelling alleen bij bepaalde belangen te verlenen voor alle soorten, nu dus enkel nog voor soorten genoemd in bijlage IV van de Habitatrichtlijn.

verricht ten behoeve van het onderhoud van wateren, waterkanten, oevers of graslanden, die niet worden gebruikt in het kader van normale agrarische bedrijfsvoering.

2. De in het eerste lid bedoelde vrijstelling geldt slechts voor zover de groeiplaats van de betrokken planten of het leefgebied van de betrokken dieren behouden blijft.

Na deze zoektocht door wet en lagere regelgeving lijkt dus de conclusie te zijn, dat onderhoud aan waterwegen, waarbij nesten van de kievit worden verstoord en enkele kamsalamanders worden gedood, mogelijk is. Bij nadere beschouwing zijn er echter wel wat problemen:

- de vrijstelling heeft alleen betrekking op het verbod van art. 11 Flora- en faunawet (art. 8 gaat over planten en is dus niet van toepassing op onze casus), dus niet op het verbod om kamsalamanders te doden (art. 9), en evenmin op het verbod om eieren te vernielen (art. 12). Volgens het systeem van de wet moet daarvoor dus alsnog een ontheffing worden verkregen, bijv. op basis van art. 75 lid 1 Flora- en faunawet.
- de wet zelf bepaalt (in art. 75 lid 4) dat geen afbreuk mag worden gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort. Hoe wordt deze toets uitgevoerd nu bij AMvB een generieke vrijstelling is verleend voor al het onderhoudswerk aan alle wateren?
- de wet bepaalt voor soorten van bijlage IV Habitatrichtlijn, zoals voor de kamsalamander, dat er alleen een vrijstelling mag worden verleend indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat (art. 75 lid 5). Opnieuw komt de vraag op hoe deze toets wordt uitgevoerd nu bij AMvB een generieke vrijstelling is verleend voor al het onderhoudswerk aan alle wateren?
- verdraagt deze regeling zich eigenlijk wel met de Vogelrichtlijn, die slechts vrijstelling toestaat indien dat noodzakelijk is: 'in het belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid, de veiligheid van het luchtverkeer, ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren, ter bescherming van flora en fauna' (art. 9 Vogelrichtlijn)?³³ Het is zeer de vraag of reguliere onderhoudswerkzaamheden kunnen worden ondergebracht onder één van deze gronden.

Kortom, zelfs deze relatief eenvoudige casus, die zich in de praktijk op talloze plekken in ons land regelmatig voordoet, is niet een-twee-drie op te lossen met het bestaande wettelijke kader.

Inmiddels is in 2002, nog voor het in werking treden van de Natuurbeschermingswet 1998, opnieuw een zeer gecompliceerd wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gestuurd. Met dit voorstel gaat de nieuwe Natuurbeschermingswet 1998 alweer danig op de schop. Het wetsvoorstel is een uitvloeisel van de ingebrekestelling die Nederland in oktober 2000 ontving van de

Europese Commissie vanwege het onjuist implementeren van de Vogel- en Habitatrichtlijn. Het wetsvoorstel compliceert de bestaande situatie aanzienlijk, doordat een nieuw beschermingsregime wordt geïntroduceerd voor speciale beschermingszones (SBZ) ingevolge de Vogelrichtlijn of Habitatrichtlijn. Dit nieuwe regime wijkt af van het regime voor (nationale) natuur-

33 De Habitatrichtlijn is wat dit betreft ruimer en staat het verlenen van vrijstelling toe 'ter voorkoming van ernstige schade aan met name gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom, en in het belang van de volksgezondheid en de openbare veiligheid of om andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en voor het milieu wezenlijke gunstige effecten.' (art. 16 Habitatrichtlijn).

Vaak zullen meerdere besluiten nodig zijn voordat een activiteit van start kan gaan, maar bij welk besluit wordt de toets uitgevoerd?

monumenten. Bovendien is er geen verplichting om een NB-wetvergunning aan te vragen voor activiteiten met mogelijk nadelige gevolgen voor een SBZ.

Wel is de zogenaamde “habitattoets” geïntegreerd in het besluit waarmee de betreffende activiteit wordt toegestaan, zonder dat wordt aangegeven om welk besluit het dan precies gaat. Dat betekent dat elk besluit (bouwvergunning, milieuvergunning, bestemmingsplangoedkeuring, tracébesluit, exploratievergunning, ontgrondingenvergunning, lozingenvergunning, etc.), genomen door elk bevoegd bestuursorgaan (B&W van gemeente X, GS van provincie Y, de minister van V&W, etc.), op basis van elke mogelijke wet (Woningwet, Wet milieubeheer, Wet op de Ruimtelijke Ordening, Tracéwet, Wet opsporing delfstoffen, Ontgrondingenwet, Wet verontreiniging oppervlaktewateren, etc.) een besluit kan zijn, dat onderworpen is aan het regime van de Natuurbeschermingswet. Bovendien is steeds ook nog een ‘verklaring van geen bezwaar’ nodig van de provincie, en heeft de minister van LNV allerlei bevoegdheden om in te grijpen, zodat er een hele reeks van besluitvormingsmomenten is.

Dit systeem gaat waarschijnlijk voor veel problemen zorgen. Vaak zullen meerdere besluiten nodig zijn voordat een activiteit van start kan gaan, maar bij welk besluit wordt de toets uitgevoerd? En zijn er meerdere bevoegde instanties, wie voert dan de toets uit? En wat te doen als de activiteit gevolgen heeft voor een SBZ dat zich uitstrekt over meer dan één gemeente? Kan gemeente X dan in het kader van de toets een verplichting, bijvoorbeeld een compensatieplicht, opleggen aan gemeente Y? En maakt de wet waarop het betreffende besluit berust het moge-

lijk om natuurbeschermingseisen aan het besluit te verbinden? Kan bijvoorbeeld aan een bouwvergunning het voorschrift worden verbonden om op een andere plek dan waar het bouwwerk komt compensatie uit te voeren?

Vanwege deze te verwachten problemen, en vanwege de vrees dat geen enkel bestuursorgaan zich verantwoordelijk zal voelen voor een deugdelijke uitvoering van de Natuurbeschermingswet,³⁴ is na overleg tussen de nieuwe minister van LNV en de Tweede Kamer, het voorstel op 26 september 2002 alweer van de agenda afgevoerd. Dit betekent waarschijnlijk dat er een nieuw wetsvoorstel gaat komen. Dat op zichzelf zorgt al voor een aanzienlijke vertraging. En die vertraging zal door de val van het kabinet Balkenende, korte tijd later, nog verder oplopen.

Involed Vogel- en Habitatrichtlijn

Dwars door het proces van vernieuwing van de natuurbeschermingsregelgeving loopt de problematiek van de Vogel- en Habitatrichtlijn. Zoals hierboven al een enkele keer bleek, wordt een groot deel van de complexiteit van de regelgeving veroorzaakt doordat behalve het nationale ook het Europese recht van toepassing is. Dit komt omdat de oude, maar ook de nieuwe wetgeving, in strijd is met enkele belangrijke bepalingen uit de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Dat betekent naar Europees recht dat deze, met het EG-recht strijdige, nationale regelgeving buiten toepassing moet worden gelaten. In plaats daarvan moeten bepalingen uit de richtlijnen rechtstreeks worden toegepast, voor zover deze bepalingen voldoende concrete verplichtingen bevatten.

Deze verplichting geldt zowel voor bevoegde bestuursorganen als voor de rechter, vanaf het mo-

³⁴ Zie in deze zin ook:

J. Veltman, *De Natuurbeschermingswet opnieuw op de helling*, in: *Milieu en Recht 2002/4*, p. 107.

ment dat de implementatietermijn van de betreffende richtlijn is verstreken. Voor de Vogelrichtlijn is dat april 1981, en voor de Habitatrichtlijn juli 1994. Er geldt overigens wel een langere termijn voor de aanwijzing van speciale beschermingszones ingevolge de Habitatrichtlijn. Dit is namelijk een complexe procedure, waarbij ook de Europese Commissie een beslissende rol heeft. In Nederland is de rechter pas in een zeer laat stadium naar de betreffende richtlijnen gaan kijken. In de praktijk is daarom al die tijd gewoon het nationale recht toegepast, in strijd dus met het EG-recht. Pas nadat Hof van Justitie van de EG in mei 1998 ons land veroordeelde vanwege het aanwijzen van volstrekt onvoldoende speciale beschermingszones ingevolge de Vogelrichtlijn, is de rechter meer alert geworden op de Vogelrichtlijn.

Pas toen ook werd in brede kring duidelijk, dat bepalingen rond de gebiedsbescherming uit beide richtlijnen niet goed zijn omgezet. Ze zijn niet goed omgezet in de bestaande wetgeving, maar ook niet in de nieuwe wet, die zes dagen na het arrest van het Hof in het Staatsblad is verschenen. In oktober 2000 volgt bovendien nog een ingebrekestelling, waaruit blijkt dat de Europese Commissie een nieuwe verdragschendingsprocedure is gestart tegen Nederland, ditmaal vanwege het onjuist omzetten van de bepalingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn volgens welke activiteiten met schadelijke gevolgen voor speciale beschermingszones moeten worden beoordeeld door de overheid.

Aanvankelijk was het idee om gebieden aan te wijzen via de ecologische hoofdstructuur in het Structuurschema Groene Ruimte. Maar omdat dit PKB niet juridisch bindend is, is dat onvol-

doende implementatie. Later zou dan via een algemene clausule in de Natuurbeschermingswet 1998 op grond waarvan bij AMvB aan internationale verplichtingen kan worden voldaan (art. 29), voldaan moeten gaan worden aan de eisen uit beide richtlijnen. Deze AMvB is er echter niet gekomen, omdat werd ingezien dat richtlijnen die het hele nationale natuurbeschermingsrecht grondig beïnvloeden, niet 'slechts' in een AMvB kunnen worden omgezet, zonder dat in de Natuurbeschermingswet zelf er iets over is terug te vinden. Dit gebrek heeft twee belangrijke consequenties.

Ten eerste moest de wetgever aan de slag om alsnog te komen met correcte implementatiewetgeving. Zoals hierboven beschreven, is deze actie nog verre van afgerond. Ten tweede ging de rechter vanaf 1998, voor zover dat mogelijk was, over tot richtlijnconforme interpretatie van nationale wetgeving. Ook ging de rechter over tot rechtstreekse toetsing van besluiten waarmee toestemming werd gegeven aan schadelijke activiteiten voor een SBZ aan de relevante bepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn. Dat laatste betekent dat bestuursorganen geconfronteerd werden met een rechter die allerlei besluiten ging toetsen aan de Vogel- en Habitatrichtlijn. En dat terwijl die bestuursorganen ervan uitgingen dat de natuurbescherming in een apart spoor was geregeld en dus niet aan de orde was bij besluitvorming in andere sporen (bijv. inzake de ruimtelijke ordening, de delfstoffenwinning, het milieubeheer). Deze toetsing viel voor de overheid in het begin uiteraard steeds negatief uit, omdat de betreffende bestuursorganen helemaal niet hadden gekeken naar de beide richtlijnen. Ze hadden alleen naar het vigerende nationale wettelijke kader gekeken.³⁵

Pas na een veroordeling door het Hof van Justitie van de EG is de rechter meer alert geworden op de Vogelrichtlijn

35 Voor een uitvoerige bespreking van de jurisprudentie, zie J. Verschuuren, Over kokkels, hamsters en woelmuizen: de Vogel- en Habitatrichtlijn in Nederland, in: Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2001/4, p. 85-94.

De problemen in de wetgeving hebben het openbaar bestuur duidelijk parten gespeeld

Bestuursorganen kregen zo opeens te maken met een ingewikkeld samenspel van wel geldige nationale regels, nationale regels waarmee via richtlijnconforme interpretatie aan de EG-richtlijnen kon worden voldaan en rechtstreekse toepasbare regels afkomstig uit de richtlijnen. En om de zaak verder te compliceren namen niet alle rechters van alle relevante bepalingen uit de richtlijnen rechtstreekse werking aan. Om hierover duidelijkheid te verkrijgen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in maart 2002 prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EG. Tevens is daarbij om uitleg gevraagd van een aantal centrale begrippen uit de Habitatrichtlijn. Wij komen hierop nog terug.

Overigens wijzen we er op dat de problemen rond de implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn vooral betrekking hebben op de bescherming van SBZ's. De soortenbeschermingsbepalingen uit beide richtlijnen zijn in grote lijnen wel correct omgezet. Maar ook hier zijn problemen gerezen. Een voorbeeld bleek al bij de bespreking van de vrijstelling voor onderhoudswerkzaamheden aan wateren. Maar problemen zijn er ook bij de toepassing van de op zichzelf correct omgezette soortenbeschermingsbepalingen. In de media is bij allerlei berichten over de kornwolf, de kamsalamander, de zeggekorfslak en de zandhagedis, vaak een link gelegd met de Habitatrichtlijn, maar in al deze gevallen was gewoon sprake van toetsing aan nationale wetgeving en niet van directe toetsing aan de Habitatrichtlijn. Tot slot moeten we nog wijzen op de aanwezigheid van enkele internationale verdragen, zoals het Verdrag van Ramsar over wetlands en het Verdrag van Bern over Europese dier- en plantensoorten. Ook deze verdragen beïnvloeden het nationale natuurbeschermingsrecht en -

beleid. Probleem is dat het Verdrag van Bern op onderdelen afwijkt van de EG-richtlijnen, zodat hier de vraag opkomt hoe beide zich tot elkaar verhouden. De Nederlandse rechter heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Hij stelt zich tot dusver op het standpunt dat met de Habitatrichtlijn op EU-niveau uitvoering is gegeven aan het Verdrag van Bern.³⁶

5.2 Oorzaken van juridisering bij het openbaar bestuur

De problemen in de wetgeving hebben het openbaar bestuur duidelijk parten gespeeld. Maar ook los van de hierboven beschreven problemen, zijn structurele problemen in het openbaar bestuur zelf aan te wijzen die hebben geleid tot juridisering. Deze problemen bestaan waarschijnlijk al veel langer, maar zijn aan het licht gekomen toen milieuorganisaties en individuele derden, in navolging van de succesvolle acties van Das & Boom in de hamsterzaak, bij de rechter veel vaker een beroep deden op het natuurbeschermingsrecht. Rechters gingen op hun beurt veel indringender aan het (nationale en Europese) natuurbeschermingsrecht toetsen.

Toen bleek dat activiteiten werden toegestaan waarvoor eigenlijk ook nog een ontheffing of een vergunning ingevolge de (oude) Natuurbeschermingswet was vereist. Het ging bijvoorbeeld om de aanleg van een motel in het leefgebied van de zandhagedis waarvoor alleen een bouwvergunning was verleend. Of om de bouw van een veehouderij bij een beschermd natuurmonument, waarvoor enkel een milieuvergunning was verleend. Ook ging het om goedkeuring van activiteiten die niet hadden mogen worden toegestaan zonder uitdrukkelijke toets aan de Habitatrichtlijn. Denk aan een wijziging van een

36 ABRvS 1 augustus 2001, M en R 2002/3, nr. 40 (m.nt. Verschuuren). Zie ook H.J.P. Knot, *Verdrag van Bern: grote broer van de Habitatrichtlijn?*, in: Bastmeijer e.a., *Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland*, VMR 2001-1, Den Haag 2001, p. 48.

bestemmingsplan waarvan het plangebied zich mede uitstrekt over een SBZ.

Inmiddels is uit onderzoek gebleken dat het met name schort aan kennis en expertise bij het ambtelijk apparaat. Niet alleen een gebrek aan juridische kennis, hetgeen na de hierboven beschreven toestand van de natuurbeschermingswetgeving niet zal verbazen,³⁷ maar ook om een gebrek aan feitelijke kennis. De Raad voor het Landelijk Gebied schrijft daarover in het advies Voorkomen is beter... Advies over soortenbescherming en economische ontwikkeling: 'Het is vooral bij de toepassing van de regels dat problemen ontstaan: te laat, met te weinig kennis van de regels, onzekerheid over wel of niet van toepassing zijn, te weinig ecologische informatie'³⁸.

Veel gemeenten weten niet eens dat zich binnen hun gemeentegrenzen een SBZ ingevolge de Vogelrichtlijn bevindt, of dat bepaalde beschermde dier- of plantensoorten zich binnen de gemeente ophouden. Hetzelfde geldt overigens voor veel andere overheidslichamen. Het geldt zelfs voor het ministerie van LNV! Zo betoogde het ministerie van LNV in een procedure voor de Raad van State (uitspraak van 27 maart 2002, M en R 2002/12, nr. 133) nog, dat het gebied waarover het in dit geschil ging, de Deurnese Peel, niet was aangewezen onder de Vogelrichtlijn. En dat terwijl datzelfde ministerie dit gebied al in 1992 had aangewezen als speciale beschermingszone! Dan wordt het natuurlijk moeilijk om rekening te houden met het voor deze gebieden c.q. soorten geldende toetsingskader van de wet en hebben appellanten vrij spel bij de rechter.³⁹

De oorzaken voor deze gebrekkige juridische en feitelijke kennis zijn niet helemaal duidelijk. In

het genoemde onderzoek ten behoeve van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer zijn wel enkele aanwijzingen te vinden, te weten:⁴⁰

- er wordt in het openbaar bestuur 'enkelsporig' gedacht. Dat wil zeggen dat men zich bezighoudt met de ruimtelijke ordening, of het milieurecht, of de natuurbescherming. Zo kan het gebeuren dat pas in een (te) laat stadium van bijvoorbeeld de voorbereiding van een bestemmingsplan, plotseling iemand wijst op het natuurbeschermingsplan.
- natuurbescherming heeft weinig bestuurlijk en politiek gewicht. Een gemeente vindt de uitbreiding van een bedrijventerrein, aanleg van een nieuwe woonwijk, verplaatsing van een LPG-tankstation vanwege veiligheidseisen, vaak veel belangrijker dan de bescherming van een soort die onder de reikwijdte van de Flora- en faunawet en/of de Vogel- en Habitatrichtlijn valt.
- er is sprake van tekortschietende voorlichting en communicatie. De betrokken bestuursorganen, vooral bij kleinere gemeenten, hebben grote problemen bij het verkrijgen van informatie over de aanwezigheid van bedreigde soorten: welke soorten komen in welke aantallen waar voor? Ook is het voor gemeenten moeilijk om iets over de gevolgen van een bepaalde inrichting voor soorten of een natuurgebied te zeggen. Betrokken bestuursorganen hebben zeker behoefte aan ondersteuning bij het interpreteren van de bepalingen van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Wij voegen hier nog aan toe dat tot 1998 er weinig consequenties waren verbonden aan het niet toepassen van de geldende natuurbeschermingswetgeving. Pas sinds de reeds gememoreerde media-aandacht zien we, dat burgers en milieuorganisaties zich bij de rechter beroepen op

37 Dit gebrek aan kennis over de regelgeving betreft zowel de Vogel- en Habitatrichtlijn (zie de reeds aangehaalde Planbureau studie 2002, nr. 1), als de bestaande nationale natuurbeschermingswetgeving.

38 RLG02/05, april 2002. Advies te raadplegen op de website van de Raad, <http://www.rlg.nl>.

39 Overigens kan ook een onjuiste uitvoering van op zichzelf EG-rechtelijk correcte nationale regelgeving aanleiding geven tot verdragsinbreukprocedures. De Europese Commissie houdt niet alleen toezicht op het wetgevingsproces, maar ook op de toepassing van wetgeving in de praktijk: het doel van EG-richtlijnen moet in de praktijk ook daadwerkelijk worden gerealiseerd (dit volgt uit art. 10 EG-verdrag, het beginsel van gemeenschapstrouw).

40 ECWM 2002/8 (zie noot 8).

het natuurbeschermingsrecht. Ook zien we dat de minister van LNV sinds die tijd daadwerkelijk bestuursdwang uitoefent om naleving van de wetgeving af te dwingen. Pas dan wordt duidelijk dat de uitbreiding van een bedrijventerrein en de aanleg van een nieuwe woonwijk slechts kunnen doorgaan, indien de natuurbeschermingswetgeving goed wordt toegepast.

5.3 Oorzaken van juridisering in de rechtspraak

Hierboven is al een aantal malen ingegaan op de rol van de rechter. Deze heeft vanaf 1998 de gebrekkige implementatie van de beide EG-richtlijnen voor wat betreft SBZ's onderkend en is toen rechtstreeks aan de richtlijnen gaan toetsen. Dat was natuurlijk eigenlijk veel te laat. Achteraf gezien immers was al vanaf 1981 rechtstreekse toetsing aan de Vogelrichtlijn gerechtvaardigd. Maar deze rechtstreekse toetsing gebeurde aanvankelijk ook nog eens tamelijk onzorgvuldig.⁴¹

Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak rond het bestemmingsplan IJburg. Dit plan betreft de aanleg van 11.500 woningen op kunstmatige eilanden in het IJmeer. Het gebied kwalificeerde zich als SBZ ingevolge de Vogelrichtlijn.

Bij de besluitvorming is niet getoetst aan de eisen van de richtlijn, maar de rechter stelde dat 'zelfs indien' de richtlijn moet worden toegepast, 'niet kan worden geconcludeerd dat hieraan niet is voldaan'. Immers: 'Er is genoegzaam aangetoond dat een dringende noodzaak van woningbouw bestaat in dan wel nabij de gemeente Amsterdam. Gelet daarop kunnen [deze] belangen (...) als dwingende redenen van groot belang, als bedoeld in art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn, worden

aangemerkt. Voorts is voldoende aannemelijk gemaakt dat (...) binnen aanvaardbare termijn geen alternatieve locaties beschikbaar zijn.'

Om te beginnen is het niet aan de rechter om de richtlijnen toe te passen op een concrete casus. Dat moet het bevoegd gezag doen. In feite doet de Afdeling hier het werk van de gemeente over. Bovendien gebeurt dat op een wel heel oppervlakkige en ook nog onjuiste manier. Immers, de Afdeling stelt meteen dat er een dwingende reden van groot openbaar belang is (de uitzonderingsclausule van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn), zonder eerst een passende beoordeling uit te voeren van de gevolgen van het project (artikel 6 lid 3). Bovendien kan alleen een beroep op de dwingende reden gedaan worden indien er geen alternatieve oplossing is voor de woningnood in Amsterdam. Een dergelijk alternatievenonderzoek is niet uitgevoerd. De Afdeling stelt slechts dat het 'aannemelijk' is dat er 'binnen aanvaardbare termijn geen alternatieve locaties beschikbaar zijn'.

In deze, maar ook in alle latere uitspraken, blijft verder onduidelijk in hoeverre de centrale bepalingen uit de Habitatrichtlijn (artikel 6 lid 3 en 4) rechtstreekse werking toekomt. Pas op 27 maart 2002 stelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG omtrent deze kwestie.⁴² Toen pas werden ook vragen gesteld over de uitleg van centrale begrippen uit de Habitatrichtlijn. Zolang het Hof deze vragen niet beantwoordt, blijven we dus te maken hebben met enige onzekerheid over de reikwijdte van de bepalingen van de richtlijnen. Elke rechter past dus min of meer naar eigen goeddunken de richtlijnbevestigingen toe.

Een extra complicatie hierbij zijn de plotselinge wendingen in de jurisprudentie. Zo heeft de

41 Voor een uitvoerige bespreking van de jurisprudentie, zie J. Verschuuren, Over kokkels, hamsters en woelmuizen: de Vogel- en Habitatrichtlijn in Nederland, in: Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2001/4, p. 85-94.

42 ABRvS 27 maart 2002, Milieu en Recht 2002/7-8, nr. 87, met noot Verschuuren.

Afdeling bestuursrechtspraak tot oktober 2002 steeds gesteld, dat bestuursorganen zelfstandig door de Nederlandse wetgever niet of onjuist omgezette, rechtstreeks werkende, bepalingen uit EG-richtlijnen moeten toepassen. Sinds oktober 2002 hanteert de Afdeling echter de lijn dat dit niet meer is toegestaan indien zo'n rechtstreekse toepassing de burger in een nadeliger positie brengt dan wanneer de (strijdige) nationale wetgeving zou worden toegepast. Alleen indien een appellant, bijvoorbeeld een milieuorganisatie, expliciet wijst op de aanwezigheid van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, dan moet het bevoegde bestuursorgaan die bepalingen toepassen in plaats van het strijdige nationale recht. Het zal duidelijk zijn dat deze wending een enorme rechtsonzekerheid met zich meebrengt en bestuursorganen in grote problemen brengt: afhankelijk van de vraag of iemand zich beroept op het EG-recht moet dit worden toegepast.⁴³ Ook de toetsing aan de wel correct omgezette bepalingen in de (oude) Natuurbeschermingswet laat in het begin nog veel te wensen over. Pas na verloop van tijd gaat de rechter, hiertoe gedwongen door milieuorganisaties, over tot een zorgvuldiger toets aan de beide richtlijnen en voor zover van toepassing de nationale natuurbeschermingswetgeving. De hamstercasus is hiervan een goed voorbeeld. Pas in de uitspraak uit 2001 maakt de Afdeling duidelijk wat nu precies het probleem is met de verleende ontheffing.

Ook de toetsing aan de wel correct omgezette bepalingen in de (oude) Natuurbeschermingswet laat in het begin nog veel te wensen over

43 Kritisch ook Backes in zijn noot bij de eerste twee uitspraken waarin deze lijn is ingezet, ABRvS 23 oktober 2002, AB 2002, 417 en 418.

6 Conclusie: hoe nu verder?

Hierboven is duidelijk geworden dat het om diverse redenen mogelijk is om zand in de besluitvormingsmachine te strooien, door bezwaar en beroep aan te tekenen tegen allerlei besluiten die moeten worden genomen, alvorens een bepaald project doorgang kan vinden. Daarmee is naar onze mening ook aangetoond, dat het openbaar bestuur voor een deel terecht klaagt over juridisering. Tegelijkertijd hebben we duidelijk gemaakt, dat de redenen waarom het mogelijk is om zand in de machine te strooien deels zijn terug te voeren op de regelgeving (onder andere door de gebrekkige implementatie van de EG-richtlijnen) en deels ook op tekortschietende bestuursorganen zelf.⁴⁴ Tevens gaat ook de rechter niet geheel vrijuit. De aangetoonde juridisering op het gebied van natuurbeheer heeft zelf echter ook weer gevolgen. Wij zien zowel negatieve als positieve gevolgen. Negatieve gevolgen zijn er vooral door de ridiculisering van het natuurbeleid. Vooral het steeds weer in het nieuws komen van, voor het grote publiek onbekende en onbetekenende, diersoorten als belemmeringen voor maatschappelijk gewenste projecten, lijkt desastreuus te zijn voor de acceptatie van het natuurbeleid. Dat daarbij steeds de term Habitatrichtlijn valt, zorgt bovendien voor weerstand tegen het Europees recht in bredere zin. Allerlei geruchten versterken deze weerstand: tegenstanders van een project zouden opzettelijk exemplaren van een beschermde soort uitzetten, voorstanders van een project zouden ze juist wegvangen. Omdat dit sentiment de acceptatie van het natuurbeleid in brede zin aantast, is het van essentieel belang om enerzijds de wetge-

ving te verbeteren en de (bestuurlijke) uitvoeringspraktijk te versterken, en anderzijds meer aandacht te besteden aan natuureducatie.

Er zijn ook positieve gevolgen van juridisering. Om te beginnen hebben decentrale overheden en de rechter veel meer aandacht gekregen voor Europese en nationale natuurbeschermingsregulering. De geconstateerde problemen zijn daarmee voor een groot deel al weggenomen: bestuursorganen besteden zorgvuldig aandacht aan de geldende regels op het gebied van natuurbescherming. Daardoor zijn er minder problemen bij de toetsing door de rechter. Hoewel er de nodige kritiek mogelijk is op het oordeel van de rechter in de A73-zaak, moeten we toch erkennen dat de zeer zorgvuldige voorbereiding van de besluitvorming, met veel aandacht voor de natuur, ertoe heeft geleid dat de besluiten van de verschillende bestuursorganen stand hebben gehouden.

Positief is ook dat de wetgever zelf zoekt naar mogelijkheden om besluitvormingsmomenten te integreren en beroepsprocedures te concentreren. Bij de behandeling van de A73-zaak zijn hiervan voorbeelden genoemd. Er is daar besloten tot één beroepsprocedure voor het tracébesluit, de wijziging van de bestemmingsplannen en de verlening van de ontheffingen ingevolge de Flora- en faunawet. Zo'n integratie en concentratie levert veel tijdswinst op en zorgt bovendien dat alle argumenten in samenhang met elkaar kunnen worden beoordeeld. Zo'n integrale benadering wordt in feite ook door de Habitatrichtlijn bevorderd: passende beoordeling, alternatieven-

44 In deze zin ook M.P. Jongma en F.C.M.A. Michiels, Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!, Nederlands Juristenblad, december 2002, nr. 45/46, p. 2239.

toets, aantonen van dwingende redenen van groot openbaar belang en toepassing van de compensatieverplichting liggen allemaal in elkaars verlengde, zo blijkt uit de tekst van art. 6 Habitatrictlijn.

Het ligt voor de hand om te zoeken naar verdere verbetering van de natuurbeschermingswetgeving. Het zou goed zijn om de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet kritisch tegen het licht te houden, waarbij naar onze mening serieus moet worden geprobeerd om beide wetten te integreren. Maar het is ook denkbaar om eerst alleen het soortenbeschermingsrecht onder de loop te nemen, omdat hier in de praktijk de grootste problemen worden gevoeld. Het gaat dan om het opzetten van een wettelijke regeling, die voldoende bescherming biedt aan bedreigde soorten en die in overeenstemming is met de Vogel- en Habitatrictlijn, maar die niet zo generiek is, dat voor elke mol die wordt verstoord een ontheffing moet worden aangevraagd. Op dit moment is het ministerie van LNV bezig met het ontwerpen van een veel bredere vrijstellingsregeling voor allerlei soorten, als gevolg waarvan voor algemene soorten geen ontheffing meer hoeft te worden aangevraagd.⁴⁵ Het is echter de vraag of de thans voorgestelde regeling niet te ingewikkeld is, omdat deze leidt tot het naast elkaar bestaan van allerlei verschillende beschermingsregimes.

De wetgever is ook bezig met het correct implementeren van de Vogel- en Habitatrictlijn. Aanvankelijk lag er een gecompliceerd wetsvoorstel,⁴⁶ dat echter momenteel wordt herzien. Er was namelijk zoveel kritiek, zowel binnen als buiten de Kamer, dat de minister van LNV in oktober 2002 om uitstel van behandeling heeft

gevraagd.⁴⁷ Het is van groot belang dat de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid neemt en invulling geeft aan de vage begrippen uit de Habitatrictlijn. Het neerleggen van moeilijke vraagstukken bij decentrale overheden leidt tot juridisering. Door heldere wetgeving, eventueel vergezeld van verdere operationalisering in een circulaire of handleiding, kunnen de wetgever en het ministerie van LNV bijdragen aan vermindering van juridisering.

Een positieve ontwikkeling is ook dat betrokken partijen toenadering zoeken en proberen om afspraken te maken over de manier waarop zij zullen omgaan met de geldende regelgeving. Zo troffen de twaalf natuurbeschermingsorganisaties aangesloten bij de Vereniging Platform Soortenbeschermingsorganisaties (PSO), de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (NEPROM) en het Algemeen Verbond Bouwbedrijf (AVBB) elkaar in juni 2002 in hun gezamenlijke oproep aan alle fractieleiders om uitvoering te geven aan het advies van de Raad voor het Landelijk Gebied over soortenbescherming.⁴⁸ Deze organisaties hadden ook het voornemen om een convenant te sluiten met de staatssecretaris van LNV en de provincies over het soortenbeschermingsbeleid. LNV trok zich hieruit echter terug zodat het bij een oproep bleef om het soortenbeschermingsbeleid beter op te zetten. Regionaal worden wel convenanten gesloten tussen overheid, bedrijfsleven en milieuorganisaties, bijvoorbeeld over natuurontwikkeling in het buitengebied en over de rol van het landbouwbedrijfsleven daarbij.⁴⁹

45 Op 3 december 2002 verscheen een ontwerp-amvb op grond van art. 75 Flora- en faunawet.

46 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 171, nrs. 1-3. Zie hierover o.a. J. Veltman, *De Natuurbeschermingswet opnieuw op de helling*, M en R 2002/4, p. 100-107.

47 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 171, nr. 19.

48 <http://www.dasenboom.nl/archief/Briefinformatiefractioneiders> 03062002.doc. Voor het advies zelf, zie noot 38.

49 Bijvoorbeeld het convenant 'nieuw groen' van de gemeente Etten-Leur, ZLTO afdeling Etten-Leur en de Vereniging voor Vogel- en Natuurbescherming Etten-Leur (2000).

7 Aanbevelingen aan het Milieu- en Natuurplanbureau

Tot slot doen wij enkele aanbevelingen aan het Milieu- en Natuurplanbureau zelf. Uit dit essay wordt wel duidelijk dat de kern van de problematiek ligt in een tekortschietende wetgeving. Daarnaast heeft het openbaar bestuur een te beperkte kennis van en belangstelling voor diezelfde wetgeving en voor de aanwezige natuurwaarden. Ook de rechter gaat zeker niet vrijuit. Dat leidt tot twee aanbevelingen.

A. Allereerst zou kunnen worden onderzocht hoe groot de mate van juridisering nu in werkelijkheid is. Bestuurders en ondernemers roepen bij voortduring, dat zij genoeg hebben van het feit dat korenwolven en kamsalamanders continu allerlei projecten tegenhouden. Maar het is geenszins duidelijk om wat voor percentage van gevallen het hierbij gaat. Worden projecten wel daadwerkelijk tegengehouden, of vindt er slechts enige vertraging op in de uitvoering? Empirisch onderzoek moet hierin helderheid brengen. Zo zou bijvoorbeeld een groot aantal bestemmingsplannen en NB-wetontheffingen cq -vergunningen met negatieve gevolgen voor de natuur kunnen worden geselecteerd en worden onderzocht naar de mate van juridisering. Onderzoeksvragen zouden dan kunnen zijn, of belanghebbenden daadwerkelijk bezwaar of beroep hebben aangetekend, of er vertraging is opgetreden, of er fouten zijn gemaakt bij de toepassing van de wet en zo ja door wie. Dit onderzoek moet aantonen wat precies de negatieve gevolgen zijn van de natuurbeschermingswetgeving. Pas als dat bekend is, is een afweging te maken tussen deze negatieve gevolgen en de

positieve gevolgen van de wetgeving in de zin van bescherming van de natuur. Uiteindelijk moet in de wetgeving een balans worden gevonden tussen het beschermen van de natuur en het bieden van rechtsbescherming aan burgers enerzijds, en de met projecten nagestreefde belangen anderzijds.

B. Ten tweede zou onderzoek kunnen worden verricht naar de oorzaken van de beperkte kennis van c.q. aandacht voor natuurbeschermingswetgeving door overheden. Niet alleen bij lagere overheden, maar ook bij LNV. Hierboven zijn indicatief enkele mogelijke oorzaken genoemd, maar meer helderheid hierover is nodig, alvorens het kennistekort kan worden aangepakt. Dit onderzoek richt zich dus niet op de wetgeving, maar op de uitvoeringspraktijk: is deze voldoende toegerust om de wetgeving goed uit te voeren, zodat (verdere) juridisering in het uitvoeringstraject wordt voorkomen? Wanneer de uitvoeringspraktijk hiervoor echter onvoldoende is toegerust, hoe kan dit dan verbeterd worden?

nr 1 Implementatie van Europees natuurbeleid in Nederland (juni 2002). M. van der Zouwen en J.P.M. van Tatenhove.

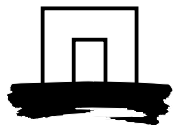
nr 2 Trends en scenario's voor de Natuurverkenning 2 (november 2002). Onder redactie van J. Luttik.

nr 3 Bestuurlijke trends en het natuurbeleid (november 2002). Onder redactie van W. Kuindersma.

nr 4 Trendverkenningen Nederlandse landbouw (november 2002). Onder redactie van C. van der Hamsvoort.

nr 5 Jurisering van besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen (november 2002). J.M. Verschuuren en P.C.E. van Wijmen.

Het aantal juridische procedures waarin de Europese Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn figureren is bijna niet meer te tellen. De aanwezigheid van beschermde soorten leidt tot veel procedures. In dit essay analyseren de juristen J.M. Verschuuren en P.C.E. van Wijmen deze vermeende trend van juridisering. Zij concluderen dat de juridisering nauw samenhangt met een gebrekkige wetgeving op het gebied van natuurbescherming.



STICHTING DLO

Planbureaustudies nr. 5, 2002
ISBN 90-807205-2-6
ISSN 1570-7245