



Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)

| WOt-technical report 17

F.H. Kistenkas



WAGENINGEN UR
For quality of life

Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)

Dit Technical report is gemaakt conform het Kwaliteitshandboek van de unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu.

De reeks 'Wot-technical reports bevat onderzoeksresultaten van projecten die kennisorganisaties voor de unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu hebben uitgevoerd.

Wot-technical report 17 is het resultaat van een onderzoeksopdracht van het Planbureau voor de Leefomgeving en gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken (EZ). Dit onderzoeksrapport draagt bij aan de kennis die verwerkt wordt in meer beleidsgerichte publicaties zoals Balans van de Leefomgeving, Natuurverkenning, en andere thematische verkenningen.

Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)

F.H. Kistenkas

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Wageningen, november 2014

WOt-technical report 17

ISSN 2352-2739

Referaat

Kistenkas, F.H. (2014). Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000). Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, WOt-technical report 17. 51 blz. 64 ref.

De huidige interpretatie van de habitattoets voor Natura 2000-gebieden vormt door zijn eenzijdige toetsing op enkele nauw omschreven en vaste ecologische instandhoudingsdoelstellingen een juridische belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling. Deze rechtswetenschappelijke belemmeringen zijn terug te voeren op de Europese wettekst zelf en op de (rechterlijke) interpretatie en vertaling daarvan. Dit rapport gaat op zoek naar alternatieve rechtsvindingsmethodieken die duurzame gebiedsontwikkeling niet blokkeren doch juist faciliteren.

Trefwoorden: duurzame gebiedsontwikkeling, Europees recht, habitattoets, Natura 2000

Mr. Dr. F.H. Kistenkas is als senior onderzoeker omgevingsrecht verbonden aan Alterra en als senior docent omgevingsrecht aan Wageningen Universiteit

© 2014

Alterra Wageningen UR
Postbus 47, 6700 AA Wageningen
Tel: (0317) 48 07 00; e-mail: info.alterra@wur.nl

De reeks WOt-technical reports is een uitgave van de unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, onderdeel van Wageningen UR. Dit report is verkrijgbaar bij het secretariaat. De publicatie is ook te downloaden via www.wageningenUR.nl/wotnatuurenmilieu.

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, Postbus 47, 6700 AA Wageningen
Tel: (0317) 48 54 71; e-mail: info.wnm@wur.nl; Internet: www.wageningenUR.nl/wotnatuurenmilieu

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De uitgever aanvaardt geen aansprakelijkheid voor eventuele schade voortvloeiend uit het gebruik van de resultaten van dit onderzoek of de toepassing van de adviezen.

Woord vooraf

Dit onderzoek kwam tot stand als onderdeel van de Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu (WOT N&M) onderdeel van Wageningen UR. Aan Wageningen UR trad Frank Veeneklaas op als themaleider en als interne contactpersoon namens de WOT N&M. Als externe contactpersonen namens het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) traden Petra van Egmond en Rob Folkert op. De auteur is veel dank aan hen verschuldigd in verband met hun vele goede opmerkingen en verbeteringen alsmede de nuttige en plezierige overlegmomenten op het PBL in Bilthoven.

De tekst werd afgesloten op 1 september 2014 en werd extern aan een rechtswetenschappelijke review onderworpen. Prof. Mr. Marleen van Rijswijk (Universiteit Utrecht) en Prof. Mr. Jan de Meij (Universiteit van Amsterdam) lazen mee, beoordeelden de rechtswetenschappelijkheid van het onderzoek in positieve zin en keurden het eindresultaat goed. Ook naar hen gaat dank uit voor hun bereidheid op te treden als *reviewers* en voor de goede opmerkingen bij een eerdere tekstversie.

Fred Kistenkas

Wageningen/Bilthoven, 15 september 2014

Inhoud

Woord vooraf	5
Samenvatting	9
Summary	11
Proloog	13
1 Inleiding	15
1.1 Aanleiding voor rechtswetenschappelijk onderzoek	15
1.2 Doelstelling project	15
1.3 Probleemstelling	15
1.4 Onderzoeksopzet	16
2 Eerste rechtsvraag: In hoeverre vormt de natuurwetgeving, met name die op basis van de VHR, een belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling?	17
2.1 Juridische belemmeringen	17
2.2 Rechtsdefinitie: duurzaamheid als juridisch terminus technicus	18
2.3 Formulering juridisch contrapunt	19
2.4 Feitelijke belemmeringen	20
2.4.1 Eerder onderzoek naar belemmeringen	20
2.4.2 Proeve van een opdeling van feitelijke belemmeringen	22
3 Tweede rechtsvraag: Zijn deze belemmeringen terug te voeren op de wetgeving zelf of op de interpretatie dan wel de vertaling daarvan?	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Jurisprudentie	27
3.3 Wettekst	29
3.4 Tussenconclusie	30
4 Derde rechtsvraag: Waar liggen de mogelijkheden om die belemmeringen terug te brengen?	31
4.1 Inleiding	31
4.2 Afwijkingsregimes Ontwerp-Omgevingswet	31
4.3 Afwijkingsregimes in het overige bestuursrecht	31
4.3.1 Belastingrecht	31
4.3.2 Arbeidsrecht	32
4.3.3 Algemeen bestuursrecht	32
4.4 Beginselgerichte rechtsvinding	32
4.4.1 Algemeen	32
4.4.2 Natura 2000: regelgeleide rechtsvinding	33
4.5 Rechtsliteratuur	35
4.5.1 Nederlandse rechtsliteratuur	35
4.5.2 Internationale rechtsliteratuur	37
4.6 Tussenconclusie	38
5 Kritiek op beginselgerichte rechtsvinding	39
6 Naar een aequitas naturalis?	41
6.1 Naar nieuwe vormen van regulering	41
6.2 Dubbele toetsing?	41
6.3 De Galway-oplossing	42
7 Conclusies	43
Literatuur	45
Verantwoording	49

Samenvatting

Als onderzoekshypothese gold voor dit rechtswetenschappelijk onderzoek dat de huidige invulling van de Natura 2000-habitattoets niet voldoende voorbereid is op de eisen van een duurzame samenleving met groene groei. Aldus dienden zich een drietal nadere juridische onderzoeksvragen aan, die hieronder beantwoord worden:

1. In hoeverre vormt de natuurwetgeving, met name die op basis van de Vogel- en Habitatrichtlijn (VHR), een belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling?
2. Zijn deze belemmeringen terug te voeren op de wetgeving zelf of op de interpretatie dan wel de vertaling daarvan?
3. Waar liggen de mogelijkheden om die belemmeringen terug te brengen? Welke mogelijkheden zou bijvoorbeeld de voorgenomen Omgevingswet ons binnen de kaders van EU -regelgeving kunnen bieden voor meer flexibiliteit en meer duurzame ontwikkeling: misschien gebruikt lidstaat Nederland de mogelijkheden nog niet optimaal.

De huidige rechterlijke interpretatie van de habitattoets vormt door zijn eenzijdige toetsing op enkele nauw omschreven en vaste ecologische instandhoudingsdoelstellingen een juridische belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling. Deze belemmeringen zijn terug te voeren op de Europese wettekst zelf en op de interpretatie en vertaling daarvan. De Europese rechter heeft in de Galway-zaak (voor verkeersveiligheid noodzakelijke rondweg door Natura 2000-rotsgebied ten noorden van de stad die in zuidwaartse richting omsloten is door de zee) bevestigd dat ook bij passende beoordeling getoetst zal moeten worden aan de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. Daardoor komt de habitattoets op gespannen voet te staan met het Europese rechtsbeginsel van duurzaamheid en het recente EU-beleidsinitiatief van *Green Infrastructure*. Toetsing aan een enkel *planet*-aspect, maakt een *triple P*-weging rechtens onmogelijk.

Mogelijkheden om deze belemmeringen terug te brengen zouden kunnen liggen bij wettelijke introductie en rechterlijke toepassing van het duurzaamheidsbeginsel als correctiefactor. Gebeurt dit als een dubbele toetsing (habitattoets gevolgd door een duurzaamheidstoets) dan kunnen hieraan ook weer bezwaren kleven (verlengde procedure, kostbare extra toets, dichtslibben met extra wettelijke regels en beleidsregels).

Beter ware het wellicht om de alternatieve Galway-oplossing te kiezen: bij passende beoordeling verbreedt het rechtsvindingspectrum zich tot duurzame gebiedsontwikkeling aan de hand van het criterium van *integrity of the site* en mag een *triple P*-weging verricht worden.

Summary

With the hypothesis that the Natura 2000 habitats assessment might not be fully compatible with sustainable growth demands, three law questions were analysed:

1. Does EU nature conservation law obstruct sustainable growth?
2. Are these obstructions caused by the legislative text or its translation or interpretation?
3. How could these law obstructions be altered?

Current interpretation by the courts confirms a one-sided testing on narrow and pre-defined conservation objectives also when it comes to the integrity of the site, thus it might tend to obstruct sustainable growth. These obstructions are caused by the legislative text and its translation and ECJ interpretation (ECJ = European Court of Justice). Whereas treaty law and the Green Infrastructure initiative are all about the delivery of ecosystem services and a balancing of social, economic and environmental benefits, the habitats assessment is not a triple P balancing but merely an one criterion test able to ignore entire clusters of ecosystem services (like provisioning and cultural services) and social, other ecological and economic benefits. Only planet (1P) testing might legally rule out triple P (3P) balancing.

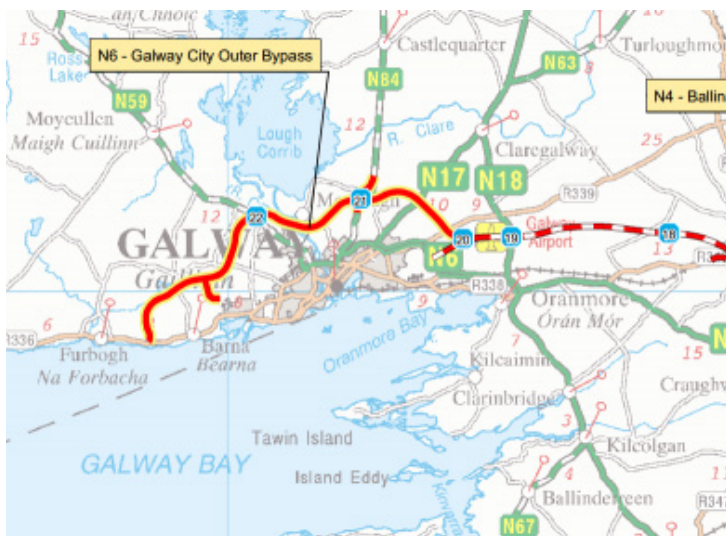
A solution could perhaps be found in the legislative introduction of sustainability as a law principle. Such a law principle may act as a corrective to (non-sustainable outcomes of) the rigidity of the 1P habitats assessment.

If application of the sustainability principle is used as a second procedure after the traditional habitats assessment some disadvantages might occur: (a) extended procedures (b) expensive (double) law finding (after the habitats assessment a sustainability investigation has to take place) (c) more (quasi)legislation and case law.

Hence it may be better to choose the alternative Galway-solution: law finding broadens up during the second stage of the appropriate assessment towards sustainable land use and triple P weighing under the *integrity of the site* criterion. The European Court of Justice, however, might have lost momentum in its recent Galway-judgement ignoring this alternative.

Proloog

In het stadje Galway aan de Ierse westkust heeft men een lastig probleem: de verkeerssituatie in het stadscentrum is aantoonbaar levensgevaarlijk door de verkeersstromen door de smalle straten. Een noordelijke rondweg (de geplande *N6 Galway City Outer Bypass*) zou zeker uitkomst bieden en wordt ook breed gedragen als enige oplossing (een zuidelijke rondweg is hier niet mogelijk omdat de stad daar aan zee, Galway Bay, ligt), maar de stad wordt ten noorden ingesloten door het Natura 2000-gebied *Lough Corrib* met instandhoudingsdoelstellingen voor het prioritaire habitattypen H8240 (naakte, kalkhoudende rotsbodemplaten).



Slechts anderhalf hectare van de 270 hectare zou verloren gaan door de weg, maar daardoor had men wel een significant negatief effect in de zin van de Natura 2000-habitattoets. De volgende stap van de habitattoets is een passende beoordeling (art. 6 Habitatrictlijn). In de Engelse tekstversie kan dan toch nog toestemming voor de wegaanleg worden verleend als 'the integrity of the site' niet wordt aangetast, wat in dit geval aannemelijk kon worden geacht omdat Lough Corrib als geheel in stand bleef en er relatief gezien maar heel weinig hectare rots onder het asfalt zou verdwijnen. Via het Ierse Hoogerechtshof komt de zaak in 2013 echter bij de Europese rechter terecht, die een streep door de plannen zet. Rechterlijke interpretatie en vertaling van de habitattoets vallen uit ten gunste van de Nederlands/Duitse taalversie: het gaat om toetsing (Prüfung) aan 'de natuurlijke kenmerken van het gebied' en die natuurlijke kenmerken van het gebied kom je te weten aan de hand van de instandhoudingsdoelstellingen van het desbetreffende gebied. Dat zijn hier dus enkel de naakte kalkhoudende rotsen (habitattypen H8240).

De Advocaat-Generaal bij het Europese hof vindt de habitattoets maar een slecht staaltje wetgeving. Het resultaat wordt gezien als onbevredigend: de voor de verkeersveiligheid noodzakelijke rondwegplannen zullen 'dramatically scaled back' of zelfs 'abandoned' moeten worden en ook een 'delivery of ecosystem services through multi-functionality appears to be problematic' terwijl dat laatste sinds kort wel het beleidsvoornemen van de Europese Commissie is volgens *Green Infrastructure* (Borgström & Kistenkas, 2014). Toch prevaleert hier 1½ ha naakte kalkhoudende rotsbodemplaten.

Zo'n Galway-zaak kan zich in wezen overal voordoen. Juist ook in gebieden waar veel functies (natuur, landbouw, wonen, werken en vervoer) moeten worden geacommodeerd in elkaars nabijheid, leidt een exclusieve toetsing aan een vast ecologisch desideratum vanuit een oogpunt van duurzame gebiedsontwikkeling tot suboptimale en wellicht ook contraproductieve uitkomsten. In het volgende gaan we op zoek naar juridische vernieuwing om aan deze bezwaren tegemoet te (kunnen) komen.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor rechtswetenschappelijk onderzoek

In het Natuurpact tussen de rijksoverheid en de provincies dat in het najaar van 2013 naar de Tweede Kamer is gestuurd, wordt gesproken van 'het groeiend inzicht dat we nog meer baat kunnen hebben bij natuur als we die slim combineren met andere maatschappelijke belangen'. In toenemende mate wordt bij het natuurbeleid functiecombinatie gezocht met andere maatschappelijke en economische sectoren (EZ, 2014). Daartoe is dan wel meer flexibiliteit nodig. Zo'n flexibilisering zal ook gevolgen hebben voor regelgeving en rechtsregimes in de groenblauwe ruimte. Ook bij ontwerpwetgeving ziet men zich inmiddels voor de opgave gesteld om meer flexibiliteit in te bouwen om aan te sluiten bij de maatschappelijke wens voor meer maatwerk en duurzame ontwikkeling; vgl. met name ook de kabinetsbrief Stelselwijziging Omgevingsrecht, Brief aan de Tweede Kamer 9 maart 2012, IENM/BSK-2012/21 699. De vraag is evenwel nu of een op de Vogel- en Habitatrichtlijn (VHR) gebaseerde regelgeving en jurisprudentie deze flexibiliteit wel biedt of zou kunnen bieden: staat deze Europese normstelling de flexibiliteitsdoelstellingen in de voorgenomen Omgevingswet niet in de weg?

Deze vraag is van belang voor de rijksoverheid als systeemverantwoordelijke voor Natura 2000 en de VHR-implementatie alsmede voor de komende Natuurverkenning van het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL).

1.2 Doelstelling project

Als onderzoekshypothese geldt dat het huidige Europese en nationale natuurbeschermingsrecht voor Natura 2000 niet voldoende voorbereid is op de eisen van een duurzame samenleving met groene groei. Aldus dienen zich een drietal nadere juridische onderzoeksvragen aan:

1. In hoeverre vormt de natuurwetgeving, met name die op basis van de VHR, een belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling?
2. Zijn deze belemmeringen terug te voeren op de wetgeving zelf of op de interpretatie dan wel de vertaling daarvan?
3. Waar liggen de mogelijkheden om die belemmeringen terug te brengen? Welke mogelijkheden zou bijvoorbeeld de voorgenomen Omgevingswet ons binnen de kaders van EU-regelgeving kunnen bieden voor meer flexibiliteit en meer duurzame ontwikkeling: misschien gebruikt lidstaat Nederland de mogelijkheden nog niet optimaal.

Deze drie rechtsvragen worden hieronder beantwoord.

1.3 Probleemstelling

Als algemene onderzoekshypothese geldt i.c. dat het huidige Europese en nationale natuurbeschermingsrecht voor Natura 2000 niet voldoende voorbereid is of aan kan sluiten op de eisen van een duurzame samenleving met groene groei. Daaruit zijn de drie nadere onderzoeksvragen geformuleerd.

1.4 Onderzoeksopzet

Bij de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag zullen allereerst de juridische belemmeringen van het huidige natuurbeschermingsrecht worden aangegeven (par. 2.1). Vervolgens kan er op basis van de geldende rechtsdefinitie voor duurzaamheid (par. 2.2) een juridisch contrapunt worden geformuleerd tussen dit natuurbeschermingsrecht en het Europeesrechtelijke beginsel van duurzaamheid (par. 2.3). In paragraaf 2.4 zal, mede naar aanleiding van eerder rechtswetenschappelijk onderzoek (par. 2.4.1), een vierdeling van feitelijke belemmeringen worden gehanteerd die vervolgens in hoofdstuk 4 bij de voorgestelde oplossingsrichtingen weer opgepakt en als toetssteen gehanteerd kan worden (vgl. par. 4.4.3).

In hoofdstuk 3 zal de tweede onderzoeksvraag aan de orde komen, waarbij ingegaan zal worden op de thans geldende jurisprudentie van en interpretatie door de hoogste rechter. In hoofdstuk 4 kan dan de derde onderzoeksvraag worden beantwoord. Gekeken zal daarbij worden naar de oplossingsrichtingen in het ontwerp-Omgevingswet (par. 4.2) en de oplossingsrichtingen in andere delen van het bestuursrecht (par. 4.3). Na een rechtstheoretische beschouwing over het onderscheid tussen regelgeleide rechtsvinding en beginselgerichte rechtsvinding kan teruggekoppeld worden naar de belemmeringen uit het tweede hoofdstuk en de vraag of beginselgerichte rechtsvinding de gekenschetste belemmeringen wegneemt (par. 4.4). Ook zal gekeken worden of deze nieuwe rechtsvindingmethode steun kan vinden in de rechtsliteratuur (par. 4.5). Hierbij zal ook aandacht besteed worden aan internationale rechtsliteratuur. Deze is in Nederland tot nog toe goeddeels onderbelicht gebleven (par. 4.5.2; zie ook par. 2.4.1).

Hoofdstuk 5 bevat vervolgens rechtskritiek op deze hier voorgestelde methodiek. Afgesloten wordt met een nieuw voorstel van een combinatie van het *ancien regime* van natuurbeschermingsrechtelijke toetsing met deze nieuwe wegingstechniek (*aequitas naturalis*), de consequenties daarvan voor een nieuwe groenblauwe RO (hoofdstuk 6) en met de eindconclusies (hoofdstuk 7).

2 Eerste rechtsvraag: In hoeverre vormt de natuurwetgeving, met name die op basis van de VHR, een belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling?

2.1 Juridische belemmeringen

De huidige Nederlandse natuurwetgeving wordt gekenmerkt door toetsing aan vaste ecologische criteria. Deze ecologische criteria zijn vooraf bepaald en meestal limitatief geformuleerd in termen van bepaalde habitattypen en/of -soorten. Zo kennen we in de Natuurbeschermingswet (Nbw) een habitat-toets waarbij per (Natura 2000-)gebied aan enkele beperkte en limitatief geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen (*conservation objectives*) getoetst moet worden alvorens toestemming kan worden verleend voor een plan of project in of nabij het desbetreffende Natura 2000-gebied. Deze *conservation objectives* liggen vast in de bijlagen van de EU-richtlijn. Zo betreft Bijlage I van de Habitatrictlijn de habitattypen van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van speciale beschermingszones (SBZs) vereist is. De EU heeft deze habitattypen dus zelf reeds benoemd en ook verder ingekleurd in hun „Interpretation Manual of European Union Habitats” zoals goedgekeurd door het Comité opgericht volgens art. 20 (Habitat Comité) en gepubliceerd door de Europese Commissie. De Bijlage II betreft de dier- en plantensoorten van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van SBZs vereist is.

Het betreft telkens toetsing aan (een beperkt aantal) *planet-desiderata*, waarbij *people-* en *profit-*aspecten rechtsdogmatisch geen rol als toetsingscriterium toekomt. Het gebiedsgerichte natuurbeschermingsrecht bedient zich niet van een *triple P*-weging, doch juist van een 1P-toetsing. In termen van ecosysteemdiensten uitgedrukt, zou men kunnen zeggen dat bij deze toetsingsmethodiek alleen sommige, nauw geredigeerde regulerende diensten en/of ondersteunende diensten een rol als toetsingscriterium toe kan komen (Vreke *et al.*, 2013). Productiediensten en culturele diensten hebben die rol niet en een dergelijk eenzijdige en beperkte toetsing kan rechtsdogmatisch een balans tussen de drie soorten kapitaal (economisch, natuurlijk/ecologisch en sociaal kapitaal) in de weg zitten. De 1P-rechtsvindingsmethodiek kan zo een 3P-balans *de iure* blokkeren (rechtsblokkade). Zoals reeds Vreke *et al.* (2013) opmerken: het gaat telkens dus letterlijk om natuurbeschermingsrecht (ecologie in beperkte zin) en niet (ook) om natuurgebruiksrecht (economie) of natuurbelevingsrecht (maatschappij). Zie ook Kader 1.

Kader 1 - Ecosysteemdiensten en Triple P

De 3 P's van people-profit-planet kunnen worden vertaald in en inzichtelijk worden gemaakt door het concept van ecosysteemdiensten. Een ecosysteemdienst is alsdan een dienst die door een ecosysteem aan mensen wordt geleverd (vgl. Monteduro, 2013, Vreke *et al.*, 2013, Kistenkas, 2013a,b).

In de rechtswetenschap en in EU-wetgeving is het concept van ecosysteemdiensten, vreemd genoeg, nog onbekend. De rechtswetenschap is daarmee één van de laatste wetenschapsvelden waar dit concept (nog) niet gebruikt wordt (Mertens *et al.*, 2012). Omdat de rechtstheorie de rechtspraktijk dit concept niet aanreikt, wordt het ook in de bestuursrechtelijke praktijk vooralsnog niet opgepakt. Dit lijkt een gemiste kans (Mertens *et al.*, 2012, Kistenkas, 2013a,b, Kistenkas, 2014a).

Er worden doorgaans vier verschillende typen diensten onderscheiden:

1. Productiediensten	<i>Profit</i>	Voedsel uit agrarische productie, hout, energiegewassen, drinkwater etc.
2. Culturele diensten	<i>People</i>	Inspiratie, educatie, recreatie/toerisme. esthetische waarde, sociale cohesie, identiteit bepalend, cultureel erfgoed, stressverlagend etc.
3. Regulerende diensten	<i>Planet</i>	Klimaat, water, lucht en bodem etc.
4. Ondersteunende diensten	<i>Planet</i>	Bodemvorming, biodiversiteit etc.

Bij duurzame gebiedsontwikkeling zou er een balans moeten zijn tussen de voor de betreffende ontwikkeling relevante ecosysteemdiensten:

- 'beschermen' (ecologie / planet);
- 'gebruiken' (economie / profit); en
- 'beleven' (maatschappij / people).

Het grote voordeel van het werken met het concept van ecosysteemdiensten is dat functiecombinaties en wederzijds toegevoegde waarde goed inzichtelijk kunnen worden gemaakt; zo kan het aanwezige water (regulerende dienst) bijvoorbeeld ook een recreatieve functie hebben (culturele dienst).

2.2 Rechtsdefinitie: duurzaamheid als juridisch terminus technicus

Juist deze 3P-balans wordt in het Verdrag van de EU (VEU; vgl. het duurzaamheidsbeginsel ex art. 3 lid 3) en in het nieuwe beleid van de Europese Commissie (EC 2013) alsook in de (rechts)wettenschappelijke literatuur algemeen gezien als voorwaarde voor duurzame gebiedsontwikkeling en groene groei (Opdam, 2009; Koeman, 2010; Van der Heijden, 2010; Cremer, 2012; Kistenkas, 2012; Monteduro, 2013; Sikor, 2013; Hauck *et al.*, 2013). Op langere termijn vergt duurzame gebiedsontwikkeling gelijktijdig aandacht voor alle drie de kapitalen (Cremer, 2012).

Duurzame ontwikkeling wordt ook in het Europese recht *expressis verbis* gedefinieerd als een 3P-balans. In het VEU gaat het om evenwicht tussen de drie soorten kapitaal.

Art. 3 lid 3 van het Verdrag van de EU luidt vzw hier van belang (curs. FHK):

The Union (...) shall work for the *sustainable development* of Europe based on balanced *economic* growth (...), a highly competitive social market economy, aiming at (...) *social* progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the *environment*. (...)
It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.

Deze omschrijving sluit aan en kan in verband worden gebracht met de tekst van een VN-resolutie uit 2005. Deze tekst luidt (A/Res/59/227 (2005)) voor zover hier van belang (*curs. van auteur*) :

(...) the continuing need to ensure a balance between *economic* development, *social* development and *environmental* protection as interdependent and mutually reinforcing pillars of *sustainable development*.

Hier is ook duidelijk te lezen dat het om balancing gaat: een weging. Deze resolutie heeft evenwel geen rechtskracht en wordt hooguit beschouwd als soft law (Nollkaemper, 2009; Kistenkas, 2013c). Het bestaan van een Europeesrechtelijk beginsel van duurzame ontwikkeling, kortweg het duurzaamheidsbeginsel (De Sadeleer, 2002; Jans en Vedder, 2011; Kistenkas, 2012), wordt eveneens bevestigd in het EU-Handvest (EUH) (De Sadeleer 2002, p. 277 *ev*). Art. 37 van het EU Handvest luidt:

A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development.

Ook in het nieuw aangekondigde omgevingsbeleid van de Europese Commissie worden intussen het concept van ecosysteemdiensten en de (3P-)balans tussen 'social, economic and environmental benefits' centraal gesteld: dit beleidsinitiatief *Green Infrastructure* (GI) wil meer functiecombinaties en 'smart growth' in de groene ruimte, want *multi-functionality* en *delivery of ecosystem services* leidt tot *sustainable development* (EC, 2013). In vergelijking met eenzijdige gebieden (zogenoemde *single-purpose infrastructure*) biedt GI juist velerlei diensten.

Ingevolge art. 37 van het EU-Handvest moet milieubescherming (en dus ook natuurbescherming) 'worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het *beginsel van duurzame ontwikkeling*' (sic!). Dat betekent dat ook de habitattoets zal moeten (gaan) voldoen aan het nieuwe beleid van *Green Infrastructure*. GI is immers Uniebeleid en gaat, zo zagen we, uit van duurzame functiecombinaties en roept voor een 3P-balans nadrukkelijk de hulp in van het concept van ecosysteemdiensten. Bovendien zal (ook) het natuurbeschermingsrecht zich moeten richten op het beginsel van duurzame ontwikkeling.

Zo is m.i. juridisch niet onverdedigbaar dat de habitattoets dus uitgelegd of misschien geherformuleerd zal moeten worden 'overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling' (Borgström en Kistenkas, 2014). Dat beginsel is reeds gecodificeerd in art. 3 lid 3 van het Verdrag van de EU.

Duurzame gebiedsontwikkeling en groene groei is dus (ook) juridisch gedefinieerd in het EU-recht en aldus voor een rechtswetenschappelijke studie leidend te achten. Duurzame gebiedsontwikkeling en groene groei (hierna samengevat tot duurzaamheid) zou daarmee ook als een rechtsbegrip kunnen worden gezien. De (3P-)balans tussen de drie soorten kapitaal is juridisch vastgelegd en als beginsel geformuleerd in de artt. 3 jo. 37 van respectievelijk het Verdrag van de EU en het EU-Handvest en keert bovendien ook terug in het recente beleidsdocument *Green Infrastructure* van de Europese Commissie (EC 2013).

2.3 Formulering juridisch contrapunt

De habitattoets gaat echter uit van (onderdelen van) slechts één kapitaal: sommige per SBZ begrensde planet-onderdelen. In dit geval zou gesproken kunnen worden van een juridisch contrapunt. Een Europeesrechtelijk contrapunt van de artt. 3 lid 3 VEU en 37 EUH (3P-duurzaamheid) met art. 6 Habitatrichtlijn (1P-habitattoets). De kern van het EU-gebiedsbeschermingsrecht (Natura 2000) kan aldus beschouwd op gespannen voet komen te staan met deze beginselen.

Het huidige natuurbeschermingsrecht, en de habitattoets voor Natura 2000-gebieden in het bijzonder, bedient zich van een rechtsvindingmethodiek (i.e. toetsing aan sommige en beperkte ecologische criteria) die evenwichtige en duurzame groei in de weg zal kunnen gaan staan (Borgström en Kistenkas, 2014; Kistenkas, 2014b).

Weging met behulp van het concept van ecosysteemdiensten, waarbij een balans wordt nagestreefd van drie soorten kapitaal zal juist evenwichtige en duurzame groei kunnen bevorderen (Hauck *et al.*, 2013; Kistenkas, 2013a-c; Vreke *et al.*, 2013). Een dergelijke weging is als rechtsvindingmethodiek evenwel (nog) niet geaccepteerd binnen het huidige natuurbeschermingsrecht. Het is in elk geval nog niet de heersende rechtsleer.

De huidige toetsingsmethodiek in het groene omgevingsrecht en in het bijzonder de habitattoets voor Natura 2000-gebieden kan *de iure* dus een belemmering vormen voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling. Er zou gesproken kunnen worden van een juridisch contrapunt tussen de 3P-weging (duurzame ontwikkeling) en 1P-toetsing (habitattoets). Zie ook Kader 2.

Kader 2 - Habitattoets

Bij de habitattoets voor Natura 2000-gebieden (art. 6 Habitatrictlijn geïmplementeerd in art. 19d ev. Nbw) gaat het om de vraag of een voorgenomen plan of project significante effecten heeft op ecologische instandhoudingsdoelstellingen. Juridisch kan en mag bij een ingreep zo geen balans tot stand worden gebracht tussen andere ecosysteemdiensten dan (sommige) nader bepaalde regulerende of ondersteunende diensten. Immateriële en productiediensten worden zo al op voorhand op achterstand gezet omdat alleen het *planet*-aspect is meegenomen in de toetsingsmaatstaven.

Alleen bij de niet-Europese natuur (de categorie 'natuurmonumenten' ex art. 10 Nbw) wordt er wettelijk geen toetsing voorgeschreven en is een gelijkwaardige weging mogelijk (art. 16 Nbw). Dat wil zeggen een afweging van alle belangen, dus naast ecologische ook sociaaleconomische belangen. Het gaat bij deze 'natuurmonumenten' bij wijze van uitzondering dus niet om een toetsing aan eenzijdige behouds-paradigma's.

De habitattoets uit het huidige natuurbeschermingsrecht beperkt zich dus tot bescherming en natuurbehoud (*planet*) en geeft juridisch gezien geen ruimte voor het meewegen van duurzaam natuurgebruik (producten uit ecosystemen als voedsel, hout, visserij, duurzame energieproductie als windenergie, biomassa, getijden-energie) en duurzame natuurbeleving (immateriële diensten uit ecosystemen als recreatie, gezondheid, bodemarchief). Duurzame functiecombinaties van recreatie, biodiversiteit en voedselproductie zijn dan juridisch-theoretisch bezwaarlijk te verwezenlijken omdat alleen maar getoetst kan worden aan ecologische desiderata (limitatieve instandhoudingsdoelstellingen bij Natura 2000).

De habitattoets draait om toetsing aan in Bijlage I en II van de Habitatrictlijn opgelegde instandhoudingsdoelstellingen. Bijlage I betreft de habitattypen van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van speciale beschermingszones (SBZs) vereist is. De EU heeft deze habitattypen dus zelf reeds benoemd en ook verder ingekleurd. Aanwijzingen voor de interpretatie van habitattypes vindt men in de „Interpretation Manual of European Union Habitats” zoals goedgekeurd door het Comité opgericht volgens art. 20 (Habitat Comité) en gepubliceerd door de Europese Commissie. De Bijlage II betreft dier- en plantensoorten van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van SBZs vereist is.

2.4 Feitelijke belemmeringen

2.4.1 Eerder onderzoek naar belemmeringen

Ofschoon dit een juridisch, puur rechtsanalytisch onderzoek is en dus geen empirisch onderzoek is naar feitelijke belemmeringen (bijvoorbeeld naar het aantal Galway-achtige zaken in de praktijk), kan hier desalniettemin een aantal meer empirisch getinte eerdere onderzoeken naar feitelijke belemmeringen in herinnering worden gebracht. Bekend is uit de natuurjurisprudentie dat deze toetsing inderdaad ook in de dagelijkse praktijk initiatieven kan blokkeren. Zo is over de jaren 2005, 2006 en 2007 al eens berekend dat 43% van de natuurbeschermingsrechtelijke gebiedsontwikkelingsdossiers in rechtszaken bij de Raad van State uiteindelijk ook daadwerkelijk sneuvelt op de habitattoets, de EHS-toets of de soortentoets. Er zijn toen over die verslagperiode 2005-2007 in totaal 86 rechtsdossiers bestudeerd, waarvan er 37 niet door de rechterlijke natuurtoets kwamen (Kistenkas en Kuindersma, 2005; Kistenkas en Kuindersma, 2008).

Sorel *et al.* (2011) noteren dat het omgevingsrecht planoptimalisatie zou kunnen beperken en dat deze restrictiviteit toeneemt 'met een toenemend aantal omgevingsrechtelijke beperkingen'. Dit PBL-rapport betreft overigens niet alleen het natuurbeschermingsrecht, maar het geheel van het omgevingsrecht. Ook Bregman (VMR, 2014) spreekt recentelijk van 'verlamming van gebiedsontwikkeling' en 'knellende normen' in het omgevingsrecht.

Eind 2013 kwam uit onderzoek voor de Europese Commissie (Sundseth en Roth, 2013) naar voren dat lidstaten niet structureel statistieken bijhouden over geweigerde vergunningen. Uit interviews kon men evenwel noteren dat 'key economic sectors also pointed out that the presence of a Natura 2000 site can sometimes act as a real deterrent. Because of the time consuming nature of the AA procedure

and the uncertainty of the outcome, some companies will actively avoid proposing projects in or near Natura 2000 sites unless they can be sure of a reasonable chance of success'. De *AA procedure* is de passende beoordeling. Deze ontmoedigende of afschrikwekkende werking van (onderdelen van) de habitattoets wordt ook wel *chilling effect* genoemd.

Voorts onderzochten Vreke *et al.* (2013) en Arnouts en Kistenkas (2011) reeds hoe er in de bestuurspraktijk kansen voor duurzame gebiedsontwikkeling kunnen worden gemist als er door het bevoegd gezag alleen maar op enkele beperkte ecologische doelen kan worden besloten en andere doelen niet mee kunnen worden genomen in het bestuursbesluit. Deze onderzoeken betreffen in wezen reeds de feitelijke blokkades in de bestuurspraktijk (Vreke *et al.* 2013; Arnouts en Kistenkas, 2011) en de rechtspraktijk (Kistenkas en Kuindersma, 2005 en 2008).

Een toetsing op slechts enkele ecologische desiderata verzekert rechtsdogmatisch slechts een beperkte ecologische rechtvaardigheid. De habitattoets tendeert *eo ipso* tot 'addressing only some narrow kind of ecological justice by testing only a few limited conservation objectives and thus leaving aside social justice, economic justice or even environmental justice' (Sikor, 2013; Kistenkas, 2014a-b).

Borgström en Kistenkas (2014) wijzen er op dat de Habitatrictlijn door deze beperkte focus (namelijk slechts op sommige ecologische desiderata) bovendien ook kan en zal botsen met het nieuwe EU beleidsinitiatief van *Green Infrastructure*.

Alleen al de *rechtstheoretische* mogelijkheid van een rechtsblokkade c.q. juridische belemmering zou wellicht reden kunnen zijn om de habitattoets als rechtsinstrument ter discussie te stellen in het juridische metier. Vooral in de internationale rechtsliteratuur gebeurt dit de laatste jaren ook al (Cliquet *et al.*, 2009; Ebbeson, 2010; McGillivray, 2011; Reid, 2011; Kistenkas, 2013c; Monteduro 2013; Möckel en Köck, 2013; Santaoja, 2013; Steinwall, 2013). In het Verenigd Koninkrijk hebben Reid en McGillivray zware rechtskritiek geuit op de juridische onmogelijkheid van weging. Reid (2011, p. 230) spreekt zelfs van een *failure of the present law*. In Zweden hebben Ebbeson en Steinwall ook kritiek geuit op de statische en 'preservationist' Natura 2000-benadering die tot blokkades voor duurzame gebiedsontwikkeling kan leiden. In Finland heeft Santaoja, in Vlaanderen Cliquet, in Italië Monteduro en in Duitsland hebben Möckel en Köck dat in hele scherpe bewoordingen inmiddels ook gedaan. In wezen is al deze rechtskritiek samen te vatten in de kernachtige woorden van Möckel en Köck: Natura 2000 gaat uit van *static concepts* (instandhoudingsdoelstellingen) voor iets dat juist dynamisch is (natuur in tijden van klimaatverandering en sociaaleconomische veranderingen); dus een statisch concept voor *dynamic developments* (Möckel en Köck, 2013). Allen willen het huidige statische natuurbeschermingsrecht flexibiliseren. Trouwborst (2009) spreekt in dit verband van een mismatch en Monteduro (2013) wil zelfs het hele groene milieurecht reconstrueren (met behulp van een zogenoemde 'law of ecosystem services').

Mertens *et al.* (2012) pleiten eveneens voor flexibilisering (ook hier 'in order to cope with dynamics of ecosystems that provide ecosystem services and dynamics caused by human activities such as climate change') en opperen als oplossingsrichting reeds een *ecosystem services check*.

EU-lidstaat	Auteurs in de Europese rechtsliteratuur	Kritiek op belemmeringen als gevolg van static approach N2000-habitattoets	Oplossings-richtingen	Kritiek op hele EU-milieurecht
Duitsland	Möckel & Köck	+	-	
Finland	Santaoja, Borgström	+	-	
Italië	Monteduro	+	+	+
Nederland	Trouwborst	+	-	
Verenigd Koninkrijk	McGillivray, Reid	+	-	
Vlaanderen (België)	Cliquet, Mertens <i>et al.</i> , Schoukens	+	+	
Zweden	Ebbeson, Steinwall	+	-	

+ Kritiek op habitattoets in Europese rechtsliteratuur

Over deze recente kritische geluiden in de internationale rechtsliteratuur lezen we in de Nederlandse rechtsliteratuur tot nog toe niet echt veel. Wel wijst ook Bastmeijer ten onzent erop dat de habitattoets 'een vrije weging van sociale, economische en ecologische belangen voor wat betreft de aangewezen natuurgebieden inderdaad niet altijd mogelijk' maakt (Bastmeijer, 2011). Maar je kunt dit ook weer opvatten als 'een stevig instrument om er echt voor te zorgen dat de laatste belangrijke natuurgebieden niet verder in kwaliteit teruglopen en de kans krijgen te herstellen' (Bastmeijer, 2011, p. 64).

2.4.2 Proeve van een opdeling van feitelijke belemmeringen

De reeds omschreven juridische (*de iure*-)belemmering zou wellicht ook een aantal feitelijke (*de facto*-) belemmeringen in de hand kunnen werken. Alhoewel de maatschappelijke werkelijkheid eerder het onderzoeksgebied is van sociale wetenschappen en niet het onderzoeksterrein is van rechtswetenschap en een juridisch onderzoek, kan bij wijze van probleemschets gewezen worden op de volgende mogelijkheden.

1. Ontmoedigende werking (chilling effect)

Deze rechtsvindingsmethodiek van toetsing aan beperkte ecologische waarden van een gebied kan ertoe leiden dat er *de facto* een zogenoemd *chilling effect* (Arnouts en Kistenkas, 2011) optreedt: de habitattoets schrikt initiatiefnemers al op voorhand af, ook al hebben zij wellicht een plan voor duurzame gebiedsontwikkeling (Kader 3). Van deze ontmoedigende werking van de habitattoets bestaan uiteraard geen cijfers: het betreft een *dark number* van ontmoedigde initiatiefnemers die op voorhand al denkt de habitattoets niet succesvol te kunnen doorlopen. Vooral de passende beoordeling zou een 'real deterrent' zijn (Sundseth en Roth, 2013). Het komt dan niet tot een rechtszaak of een vergunning-aanvraag. Mogelijk worden hier kansen gemist voor duurzame groei en evenwichtige gebieds-ontwikkeling (Arnouts en Kistenkas 2011) .

Kader 3 - Chilling effect

In het onderzoek van Arnouts en Kistenkas (2011) gaven verschillende respondenten aan dat 'ondernemers een Nbw-vergunningaanvraag maar achterwege laten omdat ze opzien tegen de zware toets die ze wellicht toch niet door zullen komen. Door dit zogenaamde *chilling effect* worden veel plannen niet doorgezet'.

Borgers (2012), directeur van het ruimtelijk adviesbureau AT Osborne, is nog stilliger: 'De PR van het huidige omgevingsrecht is zo slecht dat mensen niet eens beginnen aan de inspanning om te komen met een goed en omgevingsvriendelijk project'. De habitattoets heeft een afschrikwekkende werking (*chilling effect*) omdat het een rigide toetsing is aan slechts een paar (sub)kenmerken van het gebied. Dat leidt tot *Catch 22*-situaties: de wet zorgt dan dat het gebied niet kan ontwikkelen en stilstaat of zelfs achteruit gaat. Het leidt dan tot afbraak van maatschappelijk, ecologisch en economisch kapitaal, zoals bij het TT-circuit in de eerste fase onder de Nbw tot 2010. Natuur kon niet verder ontwikkeld worden, belangen van omwonenden konden niet worden meegewogen en het circuit zou zelfs moeten sluiten.

Voorbeeld: 1^e fase TT-circuit, Assen (zie Kader 4) en duurzame energieproductie in natuurgebieden (met name *forest windfarming*).

Windmolenparken in bos en natuur werden al gauw onmogelijk geacht in verband met de habitattoets (Winkelman *et al.*, 2008). Zo heeft Staatsbosbeheer (SBB) pas in 2012 onderzoek laten doen naar de haalbaarheid van windturbines in Natura 2000-gebied Robbenoordbos. Offshore windfarming in of nabij mariene Natura 2000-gebieden leek ook lange tijd juridisch onmogelijk, maar blijkt soms zelfs positieve ecologische *side-effects* te kunnen hebben (Lindeboom, 2011). Windenergie c.q. duurzame energieproductie kan worden gezien als een ecosysteemdienst (productiedienst, *profit*), maar dit aspect mag wettelijk geen rol spelen bij de 1P-toetsing van de habitattoets. Zie voorts de studie van Arnouts en Kistenkas (2011).

2. Uitsluitende werking (weigering vergunning)

De eenzijdige toetsing kan ertoe leiden dat een afgewogen plan of project dat recht doet aan evenwichtige gebiedsontwikkeling en duurzame groei, toch de habitattoets (en/of EHS-toets) niet overleeft en aldus geen overheidstoestemming (Nbw-vergunning of omgevingsvergunning) krijgt. Het

sluit dan initiatieven in het gebied uit. Dit zouden ook op zich duurzame initiatieven kunnen zijn. Vreke *et al.* (2013) merken naar aanleiding van een door een natuurtoets tegengehouden fietspad op dat een 1P-toets een gebied in feite op slot gooit voor het gebruik van andere ecosysteemdiensten’.

Voorbeeld: 2^e fase TT-circuit (zie Kader 4), 1^e fase Binnenveld; en Fietspad Doorn (EHS).

In het Natura 2000-gebied Het Binnenveld, vlakbij Veenendaal, zal in het kader van de habitattoets getoetst moeten worden of een voorgenomen plan of project significante effecten heeft op de zeer peilgevoelige habitattypen H7140A (Trilveen), H7230 (Alkalisch Laagveen) en habitatype H6410 (Blauwgrasland). Het waterpeil moet zeer hoog zijn. Pal tegen het relatief kleine gebied aan zijn er echter landbouw-functies (Bennekom) en woonfuncties (Veenendaal). Ook is er recreatiebehoefte van de bewoners van Veenendaal en Bennekom. Andere minder peilgevoelige natuurdoelen zouden functiecombinaties (wonen, landbouw, recreatie) wellicht wel mogelijk gemaakt hebben, maar door de beperking tot (zeer) peilgevoelige habitattypen ontstaan er problemen (ondergelopen kelders, natschade landbouw, afgesloten gebied voor recreatie etc.). Een nieuw peilbesluit van het waterschap dat zowel recht wil doen aan wonen (people), landbouw (profit) als natuur heeft significante effecten op de instand-houdingsdoelstellingen. Volgens de provincies Gelderland en Utrecht en de Stichting Vernieuwing Gelderse Vallei bleken deze problemen in 2012 juridisch onoplosbaar tenzij er voor weging gekozen zou kunnen gaan worden (*quod non* gezien het EU-recht van art. 6 EU Habitatrichtlijn (Kistenkas, 2013b). Enkel toetsing aan beperkte (natuur)waarden stond hier functiecombinaties in de weg.

Een smal fietspad door de Ecologische Hoofdstructuur (EHS) in de Kaapse Bossen nabij Doorn zou zowel toerisme (*profit*) als extensieve recreatie (*people*) kunnen bevorderen, maar kreeg geen toestemming in verband met de EHS-toets omdat hier slechts een 1P-toetsing kon worden verricht waarop WKW ‘rust’ (WKW = wezenlijke kenmerken en waarden). Deze ‘fietspad-case geeft aan dat een eenzijdige toets zoals de habitattoets het gebied in feite op slot gooit voor het gebruik van andere ecosysteemdiensten’ (Vreke *et al.*, 2013).

3. Contraproductieve werking

Zoals gezegd beperkt de habitattoets uit het huidige natuurbeschermingsrecht zich tot bescherming en natuurbehoud. Duurzame natuurontwikkeling kan aldus worden tegengehouden, evenals trouwens natuurbeleving. De habitattoets richt zich immers eenzijdig op gefixeerde natuurbehoudsparadigma’s (beschermen van habitattypen en kwalificerende soorten) en niet op beleven, ontwikkelen en gebruiken. Een moderne driedimensionale duurzaamheidsweging (people, planet, profit) zou het dan moeten overnemen van de traditionele, ééndimensionale habitattoets of EHS-toets.

Bekend is dat natuurontwikkeling die naast ecologische ook maatschappelijke en economische meerwaarde aan het gebied geeft thans door de habitattoets wordt tegengehouden (Schoukens *et al.*, 2010 en Schoukens, 2013; zie ook geanonimiseerde respondenten in Arnouts en Kistenkas, 2011, p. 14). Uit de studie van Schoukens *et al.* (2010) blijkt dat de dynamiek van (nieuwe) natuur die van het huidige natuurbehoudsrecht voortdurend kan overtreffen. Santaoja (2013) noemt het voorbeeld van natuurherstel van een vogel-gebied in Finland waarbij ‘innovative restoration methods to a bird lake (...) conflicted with the values for which the lake was included in the Natura-network’. In wezen wreekt zich hier weer het feit dat Natura 2000 uitgaat van *static concepts* (instandhoudingsdoelstellingen) voor *dynamic developments* (natuur in tijden van klimaatverandering) (Möckel en Köck, 2013, Santaoja, 2013).

Voorbeeld: 3^e fase TT-circuit (Zie Kader 4): door het circuit betaalde natuurontwikkeling en beleving werd tegen-gewerkt door de 1P-toetsing op enkele behoudsdoelstellingen en ook: de uitplaatsing melkveehouderij (Drents-Friese Wold) bij stikstofgevoelige habitattypen.

Een midden in een stikstofgevoelig habitatype gelegen melkveehouderij annex minicamping zou bij uitplaatsing naar de rand van het gebied (Drents-Friese Wold) een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de kritische depositiewaarde veroorzaken. Daarmee was sprake van een boven-significante verslechtering. De habitattoets hield deze verplaatsing dus tegen, maar de verplaatsing zou op langere termijn beter voor het gebied en ook voor het desbetreffende habitatype zijn omdat dan hydrologische maatregelen voor het hele gebied getroffen kunnen worden die uiteindelijk de depositie zouden verminderen. De natuur kon na uitplaatsing verder ontwikkeld worden (natuur-

ontwikkeling, dus in de *planet-sfeer*) en ook de recreatieve belevingswaarde (immateriële diensten; *people*) zou toenemen. Bovendien kon de melkveehouderij aan de rand zijn camping (*people*) en zijn bedrijf (productiediensten, *profit*) uitbreiden. Zou hij middenin het gebied blijven dan kon het waterpeil niet verhoogd worden (hydrologisch gunstige maatregel voor het gebied), kon hij niet uitbreiden en zou de belevingswaarde van het gebied stagneren. De 1P-toets (i.c. op slechts één habitatype) stond dus een 3P-weging in de weg (Mendelts en Boerema, 2012; Kistenkas 2013b). Zie voorts Schoukens *et al.* (2010), Schoukens (2013) en Santaoja (2013) over het tegenwerken van de habitattoets voor natuurontwikkeling en nieuwe natuur (in Vlaanderen resp. Finland). Schoukens merkt op dat de conservatie gedachte tijdelijke natuur in de weg zal staan. In feite gaat de habitattoets uit van een *standstill*-idee. Het ontwikkelen van tijdelijke natuur (bijv. in havengebieden) zal daardoor *eo ipso* worden tegengewerkt.

4. Suboptimale werking (gemitigeerde vergunningverlening)

De significantietoets aan slechts beperkte instandhoudingsdoelstellingen kan er ook toe leiden dat een op zichzelf duurzaam plan of project slechts na aanpassing doorgang kan vinden, dat wil zeggen na mitigatie (waardoor de significante gevolgen voor de limitatieve instandhoudingsdoelstellingen uitblijven) of compensatie (compensatie van alleen de desbetreffende beschermde habitatypes aan het eind van de habitattoets, dus in de fase van na de passende beoordeling in de zogenaamde ADC-toets). Dit kan een vanuit duurzaamheidsoptiek suboptimale uitwerking hebben. Omdat er ook bij mitigatie en compensatie sprake blijft van een eenzijdige en beperkte toetsing op slechts een paar instandhoudingsdoelstellingen (habitatype X, soort Y), kunnen hierdoor rechtens kansen voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling gemist worden. McGillivray (2011) verdedigt op juridische gronden de stelling dat door mitigatie en compensatie de habitattoets niet opengebroken wordt en hooguit halfslachtige oplossingen kan bieden. Het blijft ook na mitigatie/compensatie een *rigorous law* en een *stringent test* met een *tiered approach*.

Ook mitigatie en compensatie kunnen inderdaad slechts betrekking hebben op de limitatieve instandhoudingsdoelstellingen. In wezen is er ook dan weer sprake van een (te beperkte) toetsing, een 1P-toets. We spreken ook terecht van de *compensatietoets* en de *mitigatietoets*. Er kan dan alleen compensatie of mitigatie plaatsvinden terzake van een bepaald habitatype of soort (nl. die waarvoor een instandhoudingsdoelstelling geldt). Daardoor kunnen ecosysteemdiensten toch weer onderbenut blijven (Vreke *et al.*, 2013). De focus blijft dus (te veel) op de een of meer instandhoudingsdoelstellingen, wat het gebied dan ook weer niet verder helpt en halfslachtige, suboptimale oplossingen in de hand kan werken (Arnouts en Kistenkas, 2011, McGillivray, 2011).

Voorbeeld: 4^e fase TT-circuit (zie Kader 4) en visserij op de Noordzee (VIBEG).

Zware boomkorvisserij in Natura 2000-gebieden op de Noordzee werd lange tijd oogluikend toegestaan, maar zou hetzelfde vernietigende effect hebben als het omploegen van de Veluwe (VMR, 2010). Eigenlijk zouden de vissers hier de habitattoets en de soortentoets moeten doorlopen en vergunning of ontheffing moeten aanvragen. Gezien de reeds vastgestelde significant negatieve effecten zouden ze eigenlijk onmiddellijk aan de ketting moeten worden gelegd. Vergunning en ontheffing zouden vrijwel zeker geweigerd moeten worden. Voor mitigatie middels andere en duurzame vangstechnieken (bijv. pulskor) was bij de vissers geen geld en ontbrak ook nog voldoende kennis. Gemitigeerde vergunningverlening loste het probleem dus niet op. Milieujuristen vroegen zich af hoe je dit als ministerie nou op kon lossen. Het leek wel de keuze: of de sector de nek omdraaien of gedogen maar ingebrekestelling vanuit Brussel riskeren. Lange tijd was dit laatste echter wel een suboptimale en niet-duurzame 'oplossing'.

Eind 2011 werd (mede ivm het OSPAR-verdrag waarin *marine protected areas* verplicht worden gesteld) evenwel het VIBEG-akkoord (dit staat voor: *Visserij In Beschermde Gebieden*) gesloten tussen ministerie, visserijsector en natuurbeschermingsorganisaties. Het akkoord verbiedt bodemomwoelende boomkorvisserij in een kwart van twee Natura 2000-gebieden.¹ In 2014 wordt het verbod uitgebreid tot bijna de helft van het gebied en in 2016 geldt in beide gebieden een totaal-

¹ VIBEG-akkoord, Vissen binnen de grenzen van Natura 2000, Den Haag 2011 te vinden op www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/convenanten/2011/12/13/vissen-binnen-de-grenzen-van-natura2000.html

verbod voor de boomkor. Als tegenprestatie beloven de natuurorganisaties de komende jaren niet naar de rechter te stappen, zodat de sector de kans krijgt om nieuwe, duurzamere vistechnieken in te voeren. Het akkoord geldt alleen nog voor de Noordzeekustzone en de Vlakte van de Raan (voor de kust van Zeeland). Dit zijn twee gebieden in de territoriale zee en daar kon de Nederlandse regering dus zelf reeds beslissen over toegangsbeperkingen zonder overeenstemming met andere visserijlanden zoals verderop in de Noordzee.

Men zou wellicht kunnen verdedigen dat de methode van een belangenafweging en het optekenen daarvan in een akkoord in wezen het failliet van de methode van de eenzijdige habitattoets uit de gelijknamige richtlijn aangeeft. De strenge juridische habitattoets leidde tot het jarenlang gedogen van de significante effecten van de boomkorvisserij, maar dreigde ook het gebied op slot te gooien en leek ook een *terme de grace* terwille van verduurzaming van de visserij in de weg te staan. Het visserijakkoord lost dat op, daar waar de habitattoets leek te falen. De habitattoets leek althans lange tijd duurzame functiecombinaties in de weg te kunnen staan.

Kader 4 - Casusvoorbeeld: motorcircuit nabij Natura 2000

De vier feitelijke belemmeringen kwam men in wezen successievelijk al tegen in de TT-casus zoals die speelde van 2007 tot 2013 (Henkens *et al.*, 2007; Henkens, 2010; Henkens *et al.*, 2013). Het Natura 2000-gebied Witterveld ligt pal tegen het TT-circuit van Assen aan en is enkel aangewezen voor een vijftal habitattypen en aanvankelijk ook voor de (avi)fauna noodzakelijke rust. Aanvankelijk in de 1^e fase (tot 2008) had deze habitattoets op het bedrijfsmanagement ontmoedigende werking: het had met deze instandhoudingsdoelstellingen toch geen zin een vergunning aan te vragen, misschien moest het oude circuit zelfs wel sluiten. Vergunningaanvraag leek de directie en ook de vergunningverlenende instelling zinloos (*chilling effect*). In tweede instantie werd voor een aangepaste evenementenkalender toch vergunningaanvraag overwogen (2009), maar de provincie zou de vergunning zonder meer geweigerd (moeten) hebben (uitsluitende werking). Recreatie, sport en toerisme en behoud van een wereldvermaard circuit mogen geen rol spelen bij de 1P-toetsing. Een volgend initiatief (derde fase) waarbij ook natuurontwikkeling (door het management bekostigde aanleg struweel voor de avifauna, teruggave van parkeerplaatsen aan natuur, aanleg geluidswal voor fauna en omwonenden Assen) en beleving (sport, recreatie) werd meegenomen en het gebied als geheel een *TripleP*-upgrade zou ondergaan, haalde het ook niet omdat in dit geval alleen behoudsparadigma's voor een beperkt aantal habitattypen golden (contraproductieve werking). In wezen werd het gebied in een wurggreep gehouden van slechts een paar habitattypen. Het totale ecosysteem en de belangen van recreatie, toerisme en omwonenden kon men ten provinciehuize eigenlijk niet mee laten wegen. Het gebied kon zo ook niet een verbetering ondergaan die zowel recht zou doen aan sociaal-economische belangen als ecologische belangen.

Door mitigatie middels een nog verder afgeslankte evenementenkalender en een bezoekersplafond zou de exploitatie van het circuit in gevaar komen en zouden wereldvermaarde races moeten worden geschrapt, maar zou het management ook geen investeringen in de natuurontwikkeling en geluidsmonitoring kunnen doen. Een mitigerende vergunningverlening zou het gebied ook niet verder helpen. Mitigatie en ook compensatie mocht alleen betrekking hebben op de limitatieve instandhoudingsdoelstellingen (rust en vijf limitatief omschreven habitattypen). Een geluidswal en aanleg van struweel was niet genoeg. Ook bij mitigatie en compensatie was het gebied niet geholpen. Het circuit zou uiteindelijk dicht moeten en ook het natuurgebied zou dan niet verder ontwikkeld kunnen worden (suboptimale werking).

In 2010 werd de (door de rechtsvindingmethode van toetsing aan beperkte doelen) vastgelopen zaak evenwel alsnog vlot getrokken door het inwerking treden van de Crisis- en herstelwet (Chw). Er kon toen plotseling een wegging als rechtsvindingmethodiek worden toegepast en er werd een 3P-balans bereikt waarbij alle belangen (omwonenden, natuurorganisaties, circuitmanagement) en aspecten werden meegenomen. Dit leidde ertoe dat voor het eerst in de geschiedenis geen rechtszaken werden aangespannen. Het circuitmanagement kon met een aangepaste evenementenkalender verder (geluidsplafonds en bezoekersplafonds), maar betaalde ook geluidswallen, monitoring, aanleg struweel en gaf parkeerruimte terug aan de natuur.

De casus van belangenafweging bij evenementen op het TT Circuit van Assen bevestigt dat natuur, recreatie en regionale economie er alle drie op vooruit kunnen gaan als niet langer vastgehouden wordt aan de eenzijdige toetsingsmethodiek (habitattoets) die eerder het gebied op slot dreigde te gooien. Als gevolg van de Crisis- en Herstelwet (Chw) uit 2010 werden in een nieuw artikel van de Nbw (art. 19ib Nbw) de zogenoemde 'oude doelen' (i.e. de natuurdoelen die golden voor de oude natuurmonumenten en zijn meegenomen bij de instandhoudingsdoelstellingen voor het Natura 2000-gebied) uit de habitattoets gehaald. Dat is niet in strijd met het Europees natuurbeschermingsrecht want de oude doelen waren geen Europese doelen doch 'slechts' nationale doelen die ooit als extraatje (zogenoemde *goldplating*) bovenop de Europees verplichte instandhoudingsdoelen kwamen. Men moet daarbij denken aan waarden als 'openheid' en 'rust'. Ook het nabij het circuit gelegen Natura 2000-gebied (het Witterveld) kende zo'n uit het oude regime overgenomen instandhoudingsdoel: "de voor de fauna noodzakelijke rust". Aanvankelijk werd hier de habitattoets op losgelaten en leken de motorsportevenementen bezwaarlijk hieraan te kunnen voldoen. In maart 2010 trad evenwel de Chw in werking en konden de oude doelen uit het regime van de habitattoets gelicht worden en werd weging mogelijk.

In plaats van enkel ecologische toetsing (art. 19d e.v. Nbw) kon de provincie Drenthe als bevoegd gezag daardoor ook sociale en economische belangen mee laten wegen (art. 16 Nbw). In de Nbw-vergunning van 4 mei 2010 wordt er op gewezen dat art. 16 Nbw de ruimte biedt 'om bij vergunningverlening niet alleen rekening te houden met de bescherming van de natuurwaarden, maar economische, sociale en culturele belangen bij de belangenafweging te betrekken'. Het oude instandhoudingsdoel 'de voor de fauna noodzakelijke rust' werd na het van kracht worden van de Chw een belang dat 'gelijkwaardig aan de andere belangen [dient] te worden gewogen' (Drenthe, 2010). Een (bijkans sacrosanct en absoluut) instandhoudingsdoel werd daarmee dus een (relatief doch zwaarwegend) belang.

3 Tweede rechtsvraag: Zijn deze belemmeringen terug te voeren op de wetgeving zelf of op de interpretatie dan wel de vertaling daarvan?

3.1 Inleiding

Deze vraag valt uiteen in de vraag naar belemmeringen in (a) de wettekst (VHR en implementatiewetgeving in Nbw) en (b) de interpretatie en vertaling daarvan. Dat laatste betreft dan de rechterlijke uitleg van de wettekst. In de rechtswetenschap is de jurisprudentiële uitleg van de hoogste rechter uiteindelijk beslissend, ook voor de dagelijkse bestuurspraktijk. Als er i.c. gevestigde jurisprudentie is dan bepaalt deze rechtspraak in wezen ook de inhoud van de wettekst. Daarom zal allereerst deze jurisprudentiële uitleg van de hoogste rechter worden geanalyseerd. Deze wetcontext bepaalt *de iure* immers de wettekst.

3.2 Jurisprudentie

De Nbw heeft als zijnde implementatiewetgeving van de Vogel- en Habitatrichtlijn (VHR) de habitattoets *verbatim* overgenomen uit art. 6 van de Habitatrichtlijn. De boven omschreven rechtsblokkade voor evenwichtige gebiedsontwikkeling is inderdaad terug te voeren op de letterlijke wettekst van de habitattoets (VHR en Nbw) alsmede op de (taalkundige) interpretatie en translatie door het Europese Hof van Justitie (hierna European Court of Justice: ECJ): in de recente *Galway*-zaak (C-258/11 [2013])² grijpt het ECJ in navolging van het advies van de Advocaat-Generaal (AG) immers weer terug op de Nederlands/Duitse wettekst (*Prüfung*) en dus de bekende toetsing aan de instandhoudingsdoelstellingen zoals boven omschreven en laat daarmee de rechtsblokkade vooralsnog in stand (Borgström en Kistenkas, 2014). De Nederlandse bestuursrechter was al langer een voorstander van dit strenge legisme (Backes *et al.*, 2010; Kistenkas, 2012; Mendelts en Boerema, 2012).

De Galway-zaak lijkt het voorlopige sluitstuk te zijn van een lange traditie van streng-legistische interpretatie door de hoogste (EU)rechter (Wandesforde-Smith en Watts, 2014). In hun recente jurisprudentie-overzicht wijzen Wandesforde-Smith en Watts (2014) erop dat het ECJ in wezen al sinds de Duitse *Leybucht*-zaak (C-57/89 [1991] ECR I-883) en de Spaanse *Santona*-zaak (C-355/90 [1993] ECR I-4221) uit begin jaren negentig absolute prioriteit geeft aan instandhoudingsdoelstellingen en de habitattoets ziet als *toughly worded*. Het is deze *toughly worded* wetgeving zelf die geen ruimte zou laten aan lidstaten: er moet getoetst worden aan de door de EU-gedicteerde instandhoudingsdoelstellingen en er mag geen afweging plaatsvinden met economische en/of maatschappelijke belangen (Wandesforde-Smith en Watts, 2014).

² ECJ 11 april 2013, C-258/11 (Galway).

Kader 5 - Galway bypass

De Advocaat-Generaal van het ECJ noemt de habitattoets letterlijk: 'this poorly-drafted piece of legislation'. Hij doet dat in zijn conclusie in de Ierse zaak van een rondweg bij Galway door een stuk prioritair habitat-type van een Natura 2000-gebied.³ Het Ierse hooggerechtshof had aan de Europese rechter gevraagd of hier gesproken kon worden van aantasting van de natuurlijke kenmerken. Zo'n anderhalve hectare van het prioritair habitat-type kalkhoudende rotsen zou permanent verloren gaan.

De AG buigt zich over de vraag wat nou precies bedoeld kan zijn met het criterium 'de natuurlijke kenmerken' uit de habitattoets. In het Engels staat er wellicht iets anders: *integrity of the site*. Dat lijkt veel ruimer. De AG gaat te rade bij de andere (in totaal negen!) authentieke EU-taalversies⁴ en komt uiteindelijk niet verder dan dat het gaat om 'de bepalende kenmerken van het betrokken gebied' en heeft het vervolgens over de daarmee 'associated conservation objectives'.

De AG gaat in zijn conclusie bij de *Galway*-zaak in op de verschillende taalversies van de habitattoets van art. 6 van de Habitatrichtlijn. Gewezen was in deze Ierse zaak vooral op de Engelse tekst van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. De 'natuurlijke kenmerken' zijn in die taal geabstraheerd tot 'the integrity of the site'. De Engelse taalversie van het derde lid van art. 6 bevat twee volzinnen en luidt (voor zover hier van belang):

"Any plan or project (...) likely to have a *significant* effect (...) shall be subject to *appropriate assessment* (...) in view of the site's conservation objectives.

In the light of the conclusions of the assessment (...) the competent national authorities shall agree to the plan or project only after having ascertained that it will not adversely affect *the integrity of the site* concerned (...)."(*curs. auteur*).

Sluit men aan op de tekst van art. 6 van de EU-richtlijn dan zit er tussen significantietoets en ADC-toets (alternatieventoets, toetsing op dwingende redenen en de compensatie) nog het filter van de passende beoordeling en de bestuurlijke toestemming. Bij de passende beoordeling toetst het bestuur niet aan de instandhoudingsdoelstellingen (*conservation objectives*), maar houdt het daarmee rekening (*in view of*). En bij de bestuurlijke toestemming op basis van die passende beoordeling gaat het uiteindelijk om de *integrity of the site*. Dat lijkt ruimer dan de Nederlandse en Duitse tekstvertaling. De Duitse tekst verwijst naar het gebied 'als solches' en spreekt van 'Prüfung' en de Nederlandse tekst kadert het Engelse *integrity of the site* nader in tot 'de natuurlijke kenmerken'. De AG kiest uiteindelijk voor deze Nederlandse en Duitse hertaling en dus voor toetsing (*Prüfung*) aan de bepalende natuurlijke kenmerken van het gebied (rov 53-56) en betreft daarbij aldus de instandhoudingsdoelstellingen. Letterlijk overweegt de AG in rov 56: "Hieruit volgt dat de ter zake doende bepalende kenmerken van het gebied de kenmerken zullen zijn met het oog waarop het gebied werd aangewezen en waarop de instandhoudingsdoelstellingen betrekking hebben".

Aldus beschouwd is er bij de fase van passende beoordeling toch weer geen ruimte voor een bredere afweging en zal er toch weer getoetst moeten worden aan de bepalende natuurlijke kenmerken voor het gebied waarop dan weer die instandhoudingsdoelstellingen betrekking hebben. Daar waar de Ierse autoriteiten nog konden denken dat er bij de bestuurlijke toestemming nog een mogelijkheid van integrale weging zou kunnen zijn omdat alleen maar naar 'het gebied als geheel' (in hun taal staat er immers *integrity of the site*) gekeken behoefde te worden, brengt de AG alles uitdrukkelijk weer in verband met de ecologische criteria van de instandhoudingsdoelstellingen. Uiteindelijk volgt het ECJ dit advies van de AG. In rov 48 oordeelt het ECJ dat de *integrity of the site* in verband gebracht moet worden met de instandhoudingsdoelstellingen. Dit zou men kunnen zien als een gemiste kans (Kistenkas, 2014b), want in de fase van passende beoordeling zou het criterium van integrity of the site ook aanleiding kunnen zijn om een weging toe te laten binnen het kader van de habitattoets (Zie schema op de volgende pagina). De Europese rechter wil dit vooralsnog dus niet.

³ Conclusie Advocaat-Generaal bij het ECJ, 22 november 2012, onder zaaksnummer C-258/11 terug te vinden op www.curia.europa.eu.

⁴ Deens, Duits, Grieks, Engels, Spaans, Frans, Italiaans, Nederlands en Portugees.

HABITATTOETS

1. Significantietoets	Toetsing aan instandhoudingsdoelstellingen (<i>conservation objectives</i>)
2. Passende beoordeling	<i>In view of</i> instandhoudingsdoelstellingen
3. Bestuurlijke toestemming	Integrale weging (<i>integrity of the site</i>)? In 2013 nog afgewezen door EU-rechter (C-258/11)
4. ADC-toets	Toetsing op resp. (A) alternatieven, (D) dwingende redenen en (C) compensatie

Wel werd bij die gelegenheid door de AG toegegeven dat de habitattoets een 'staaltje niet al te fraaie wetgeving' is (cf. zijn noot 20 bij zijn conclusie). Dat leest men zelden en wijst wellicht op een begin van kritiek op de habitattoets en misschien een transitie naar wat anders. Toch zoekt uiteindelijk ook de AG aansluiting bij de letterlijke Nederlandse en Duitse tekst: het gaat om toetsing ("Prüfung") aan 'natuurlijke kenmerken' (niet: 'het geheel van het gebied' cq *the integrity of the site*) en die laatste vindt men in de instandhoudingsdoelstellingen. De ECJ volgt hier in wezen de AG.

Het gaat dus niet om de soepel ogende Engelse tekst, die lijkt te duiden op het afwegen of de ingreep nog kan 'in het licht van het gehele gebied' (*in view of the integrity of the site*) maar het gaat inderdaad om een stricte toetsing aan de instandhoudingsdoelstellingen van het desbetreffende Natura 2000-gebied (Borgström en Kistenkas, 2014).

De eerder geconstateerde belemmeringen zijn dus *verbatim* terug te voeren op de Europese en implementatiewetgeving zelf en op de rechterlijke interpretatie en vertaling daarvan. De hoogste rechter (ECJ) houdt vast aan toetsing aan de ecologische criteria uit de instandhoudingsdoelstellingen. De habitattoets blijft aldus een 1P-toetsing aan limitatieve instandhoudingsdoelstellingen en de rechter geeft voorsnog geen ruimte voor een alternatieve benadering.

Het contrapunt-schema is aldus uit te breiden tot een contrapunt van EU verdragsrecht en EU beleid (Green Infrastructure) dat ten faveure van een 3P-weging is tegenover een Europese (en nationale) jurisprudentie en wettekst (Nbw en Habitatrichtlijn) dat juist ten faveure van een 1P-toetsing is.

3.3 Wettekst

Terecht is reeds vastgesteld dat de interpretatieruimte van de habitattoets praktisch afwezig is (McGillivray, 2011, Backes *et al.*, 2012, Haije, 2011). McGillivray (2011) spreekt van een harde toets met een gebonden benadering (*tiered approach*) waarbij geen enkele ruimte is. De toets zelf is *verbatim* overgenomen in de implementatiewetgeving (Nbw) en ook de habitattypen en kwalificerende soorten zijn reeds gegeven in de Bijlagen van de Habitatrichtlijn. De habitattoets draait in wezen om toetsing aan in Bijlage I en II van de Habitatrichtlijn opgelegde instandhoudingsdoelstellingen. Bijlage I betreft de habitattypen van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van speciale beschermingszones (SBZs) vereist is. De EU heeft deze habitattypen dus zelf reeds benoemd en ook verder ingekleurd. Aanwijzingen voor de interpretatie van habitattypen vindt men in de „Interpretation Manual of European Union Habitats” zoals goedgekeurd door het Comité opgericht volgens art. 20 (Habitat Comité) en gepubliceerd door de Europese Commissie. De Bijlage II betreft dier- en plantensoorten van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van SBZs vereist is. Het probleem is dat Natura 2000 aldus uit blijft gaan van *static concepts* (instandhoudingsdoelstellingen) voor *dynamic developments* (natuur is niet een statisch concept en blijkt steeds vaker dynamiek te vertonen, zeker in tijden van (onder andere) klimaatverandering) (Möckel en Köck, 2013, Santaoja, 2013).

De rechterlijke interpretatie en taalvergelijking van de hoogste EU-rechter bevestigt, zoals we zagen, deze harde toetsing en gebonden benadering.

3.4 Tussenconclusie

Als tussenconclusie kan gelden dat de belemmeringen terug te voeren zijn op de EU-wetgeving zelf en op de rechterlijke interpretatie en vertaling daarvan. Rechterlijke interpretatie (en taalvergelijking) bevestigt harde toetsing aan beperkte instandhoudingsdoelstellingen.

4 Derde rechtsvraag: Waar liggen de mogelijkheden om die belemmeringen terug te brengen?

4.1 Inleiding

De derde onderzoeksvraag betreft een zoektocht naar de mogelijkheden om de huidige juridische blokkade terug te brengen. Welke mogelijkheden zou bijvoorbeeld de voorgenomen Omgevingswet ons binnen de kaders van EU-regelgeving kunnen bieden voor meer flexibiliteit en meer duurzame ontwikkeling: misschien gebruikt lidstaat Nederland de mogelijkheden nog niet optimaal.

4.2 Afwijkingsregimes Ontwerp-Omgevingswet

In het komende recht van het ontwerp Omgevingswet (Ow) worden vele afwijkingsregimes voorgesteld, waaronder de programmatische aanpak (toetsingskader kan uitgeschakeld worden door middel van een programma; een pakket van maatregelen dat ondanks individuele normoverschrijding in zijn totaliteit toch ruimte voor ontwikkelingen creëert) en de experimenteerbepaling (van de wet afwijken bij AMvB als de fysieke leefomgeving verbetert). Bij dat laatste is er, paradoxaal genoeg, dus extra regelgeving (een AMvB) nodig om regels uit te schakelen (regelluwe zones). Om regels te overrulen heb je dus kennelijk weer meer regels nodig en ontstaat er in plaats van regelluwte juist regeldrukke.

Een interessante vraag zou zijn of deze verspreid over de Ow voorkomende afwijkingsregimes niet zouden kunnen worden samengebracht in één afwijkingsregime. Wellicht kan geleerd worden van andere delen van het recht of kan er iets gerecipieerd worden uit de algemene rechtstheorie. In andere delen van het bestuursrecht bestaan er bijvoorbeeld algemene hardheidsclausules (belastingrecht) of is er een correctiefactor (de C-factor in het ontslagrecht bijvoorbeeld). In rechtstheoretische beschouwingen worden vaak rechtsbeginselen aangedragen als mogelijkheid om de harde of foutieve uitwerking van rechtsregels te corrigeren.

4.3 Afwijkingsregimes in het overige bestuursrecht

4.3.1 Belastingrecht

Opmerkelijk is dat deze drie afwijkingsregimes uit de Ow niet zijn gebundeld tot één *hardheidsclausule* (afwijking van de wet in gevallen van disproportionele hardheid). In andere deelgebieden van het bestuursrecht is dat soms wel het geval. Zo geldt er in het fiscaal bestuursrecht een algemene hardheidsclausule in art. 63 AWR (Algemene Wet inzake Rijksbelastingen). In het belastingrecht kan aldus tegemoet gekomen worden aan een ongewenste uitkomst van een fiscale toets. Het artikel luidt: 'Onze minister is bevoegd voor bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard, welke zich bij de toepassing van de belastingwet mochten voordoen'. Het betreft hier een algemene bestuursbevoegdheid die door de minister en/of staatssecretaris kan worden ingekaderd door middel van beleidsregels.

In het natuurbeschermingsrecht bestaat er niet zo'n correctionele eindtoets. Bij een ongewenste (bijvoorbeeld niet-duurzame) uitkomst van de habitattoets kan er niet afgeweken worden van de wet.

4.3.2 Arbeidsrecht

Ook in het arbeidsrecht is men reeds lang vertrouwd van een correctiemogelijkheid bij de zogenoemde kantonrechttersformule bij ontslag. Men begint hier met een harde toets: aantal dienstjaren vermenigvuldigd met het bruto maandloon. Vervolgens kan hierover echter een correctiefactor (de zogenoemde *C-factor*) gelegd worden die verband houdt met de mate van verwijtbaarheid bij werkgever of werknemer. Veelal zal dit de factor 1 zijn (beide treft dan in concreto geen verwijt voor het ontslag), zodat het blijft bij de harde toets van dienstjaren x maandloon. Maar er is ook een mogelijkheid dat in geval van grof verwijt van de werkgever de werknemer een hogere ontslagvergoeding (C-factor 1½ of zelfs 2) krijgt of andersom dat de C-factor 0 is zodat de werknemer niks krijgt. Ook de financiële positie van de werkgever enerzijds en de arbeidsmarktpositie van de werknemer anderzijds beïnvloeden de C-factor. In geval van reorganisatie zal de kantonrechter in de regel een vergoeding toekennen conform het Sociaal Plan (Bakels, 2013, p. 182/3).

In het natuurbeschermingsrecht bestaat zo'n correctiefactor niet: de uitkomst van de habitattoets kan niet gecorrigeerd worden.

4.3.3 Algemeen bestuursrecht

In het algemeen bestuursrecht bestaat er het leerstuk van het onder bepaalde omstandigheden tegenwettelijk toepassen van een rechtsbeginsel. Het beginsel wordt dan *contra legem* toegepast (Kistenkas, 1994). Een beginsel kan ook interpreterende werking hebben binnen de wet (*infra legem*) of herinterpreterende werking hebben waardoor de wetsregel anders wordt uitgelegd door de rechter (*praeter legem*). Dit leerstuk zou zelfs terug te voeren zijn op het Romeinse recht. Daar was het *ius praetorium* ofwel het rechttersrecht (jurisprudentie) ondersteunend voor de wet (*infra legem*), aanvullend aan de wet (*praeter legem*) of het was een verbetering van de wet (*contra legem*). Het natuurlijke evenwicht, de *aequitas naturalis*, was belangrijker dan de letter van de wet (Lokin 2012). In de *common law*-stelsels is er een vergelijkbaar algemeen afwijkingsregime in verband met de jurisprudentiële redelijkheid en billijkheid, de *equity*. Ook in (leerboeken op het gebied van) het internationale publiekrecht wordt deze *contra legem*-werking trouwens erkend (Nollkaemper, 2011⁵).

Ten onzent bestaat het *contra legem*-leerstuk al sinds de eind jaren zeventig van de vorige eeuw in het belastingrecht, alwaar het alom gewaardeerd wordt als een correctief voor dogmatisch legisme (Kistenkas, 1993 en 1994). Het getuigt ook van een legislatief relativisme: regels kunnen niet alles regelen. Naast de wet heb je voor de rechtsvinding ook rechtsbeginselen nodig.

4.4 Beginselgerichte rechtsvinding

4.4.1 Algemeen

In het natuurbeschermingsrecht en wellicht ook in het omgevingsrecht zou een rechtsbeginsel deze corrigerende factor kunnen zijn en als een algemene hardheidsclausule kunnen fungeren. Men begint dan met toetsing, maar de werking van bijvoorbeeld een duurzaamheidsbeginsel zou dan kunnen uitwijzen dat de oplossing desondanks niet duurzaam is. Alsdan zou er voor gekozen kunnen worden dat dit beginsel van duurzaamheid dan corrigerende werking heeft. Het voordeel van een dergelijke alternatieve benadering zou dan zijn dat de instandhoudingsdoelstellingen (en WKWs) gewoon gehandhaafd blijven, maar een toetsing van deze habitattoetsing aan een duurzaamheidsweging dan in sommige gevallen een andere uitkomst te zien kan geven. Zo'n duurzaamheidsweging overeenkomstig een duurzaamheidsladder of duurzaamheidsbeginsel zou dan weer het concept van ecosysteemdiensten (ESDs) nodig hebben.

⁵ *Infra legem* is een juridische terminus technicus voor toepassing binnen het bestaande systeem van de wet; *praeter legem* voor correctie door (her)interpretatie van de wet en *contra legem* is correctie door terzijde stellen van de wet. Cf. A. Nollkämper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Bju Den Haag 2011, p. 221 en F.H. Kistenkas, *Problemen van regelgeving*, Koninklijke Vermande Lelystad 1994, p. 24 ev.

Deze ESDs zouden niet alleen gebruikt kunnen worden als een nieuw anker voor het omgevingsbeleid van de toekomst (Melman *et al.*, 2010; NVK, 2012), maar ook voor het omgevingsrecht. Met name zouden ESDs ook behulpzaam kunnen zijn bij de 3P-weging. De gebruikelijke vier hoofdgroepen van ESDs (productiediensten, immateriële diensten, regulerende en ondersteunende diensten)⁶ zijn immers gevoelig ook als people-diensten, planet-diensten en profit-diensten te categoriseren. We onderscheiden dan productiediensten die in de *profit*-sfeer zitten (voedselproductie, hout, zoet water, windenergie etc.), immateriële of culturele diensten in de *people*-sfeer (recreatie, inspiratie, bodem-archief etc.) en *planet*-diensten (regulerende en ondersteunende diensten zoals biodiversiteit, plaagbestrijding, bestuiving, waterregulatie, nutriëntenkringloop, koolstofvastlegging, reinigend vermogen etc.).

In gebieden waar (via een toetsing aan limitatieve ecologische criteria) slechts bepaalde planet-diensten juridisch meetellen (bijv. Natura 2000-gebieden (habitattoets) en de ecologische hoofdstructuur (EHS-toets) zal een balans tussen deze ESDs juridisch gezien erg lastig worden: een toetsing aan uitsluitend ecologische criteria maakt immers een weging van andere belangen zoals die gelegen in productiediensten of culturele diensten schier onmogelijk. Bij duurzame gebiedsontwikkeling gaat het juist om een ESD-balans op een intergenerationele manier.

In gebieden daarentegen waar het economisch primaat geldt (zoals de GOP-toets in Chw-ontwikkelingsgebieden) ligt onderbenutting van immateriële, regulerende en ondersteunende diensten op de loer. Huidige, maar ook veel toekomstige regelgeving is sterk gefocust op eenzijdige behoudsparadigma's.⁷ Dit kunnen natuurbehoudsparadigma's zijn zoals bij de habitattoets, de Waddentoets of de EHS-toets, maar het kunnen ook economische behoudsparadigma's zijn zoals bij de GOP-toets (voorrang economie op basis van het gebiedsontwikkelingsplan uit de Chw). Door deze traditionele focus op behoudsparadigma's komt een ESD-balans in het geding en daarom zou er binnen het omgevingsrecht in het algemeen en deze groenblauwe omgevingswetgeving in het bijzonder wellicht een omslag in het denken moeten gaan plaatsvinden: een overgangsfase naar een nieuw soort omgevingsrecht met plaats voor weging van ESDs opdat geen onderbenutting daarvan wettelijk toegestaan wordt.

4.4.2 Natura 2000: regelgeleide rechtsvinding

De huidige toetsmethodiek in het natuurbeschermingsrecht is sterk legistisch (legisme duidt in het juridisch jargon op een dogmatisch vasthouden aan de wet) en gebaseerd op toepassing van rechtsregels en niet op (ook een corrigerende toepassing van) rechtsbeginselen. Het is wat in de rechtstheoretische literatuur regelgeleide rechtsvinding wordt genoemd (Taekema *et al.*, 2011).

Daardoor kan ook het ESD-concept rechtens geen rol spelen. Een duurzaamheidsbeginsel kan geen rol als C-factor of als algehele hardheidsclausule spelen en een ESD-balans kan door het legistisch vasthouden aan beperkte toetsing juridisch (en maatschappelijk) tegengehouden worden. Regelgeleide rechtsvinding heeft een ingebouwd rechts-deficit. Het recht is namelijk meer dan alleen maar regeltjes. Het is ook jurisprudentie en rechtsbeginselen. Veelal worden die rechtsbeginselen juist door die jurisprudentie nader uitgewerkt. Zo ging het in de jaren tachtig ook met de (toen nieuwe) algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). Daar was eerst ook koudwatervrees voor, maar die is inmiddels allang weggeëbd.

Ook door beheerplanprocessen is dit juridisch deficit niet op te lossen, want bij significantie is ook dit beheerplan tenslotte weer habitattoetsplichtig (Backes *et al.*, 2012) en verkrijgen we weer regelgeleide rechtsvinding.

⁶ Cf. MEA (Millennium Ecosystem Assessment), *Ecosystems and human well-being: current state and trends*. Volume I, Washington DC Island Press 2005.

⁷ F.H. Kistenkas, *Van toetsing naar weging. Duurzame gebiedsontwikkeling en natuurwetgeving*, Landschap 2011-1, p. 17-24. Vgl. ook: P. Opdam, *Het landschap opnieuw uitvinden*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2011-9, p. 39-41 over landschapsdiensten.

Natura 2000 kenmerkt zich door een *dogmatic approach*. Dat is vaak kenmerkend voor relatief gezien nog jonge rechtsgebieden. Ieder rechtsgebied vertoont een dialectiek van these, antithese en synthese: eerst als these wordt harde dogmatiek; daarna (als het rechtsgebied wat ouder is) als antithese een *balancing approach* en als synthese uiteindelijk vaak een dogmatiek die overruled kan worden door een *balancing approach* aan de hand van een rechtsbeginsel (Kistenkas, 1989).

Regels kunnen niet alles regelen (vergelijk Wittgenstein's *regressus ad infinitum*). Rechtsbeginselen kunnen dat wel. Toepassing van regels zonder de corrigerende werking van rechtsbeginselen kan duurzame ontwikkeling rechtens blokkeren (rechtsblokkade). Feitelijk kan zo'n regelgeleide rechtsvinding ertoe leiden dat het duurzame initiatieven ontmoedigd, uitsluit of tegenwerkt (*chilling effect*, weigering toestemming, contraproductieve werking of suboptimale werking).

Het duurzaamheidsbeginsel van art. 3 VEU wordt door de jurisprudentie nog niet als wetscorrectief gebruikt. Toepassing van een corrigerend rechtsbeginsel als het duurzaamheidsbeginsel zou i.c. een *aequitas naturalis* kunnen bewerkstelligen. Na toepassing van regels (in het natuurbeschermingsrecht: habitattoets en 1P-toetsing) zou men dan vanuit de rechtstheorie en het algemeen bestuursrecht geredeneerd aan een beginsel in concreto zelfs tegenwettelijke werking kunnen toekennen. Dat zou het duurzaamheidsbeginsel (van art. 3 VEU of nader in een Omgevingswet uitgewerkt) kunnen zijn. Alsdan zou ook het ESD-concept een juridische plek kunnen krijgen. Zo'n beginselgerichte rechtsvinding sluit overigens ook aan bij de visie van diverse auteurs in de internationale rechtsliteratuur (De Sadeleer, Van Rijswick). Zie daarover paragraaf 4.5.

Opvallend is overigens ook dat de EU-wetgever in nieuwere regelgeving op het gebied van het groene omgevingsrecht niet meer voor een toetsing kiest, maar meer aankeert op een beginselgerichte weging. Zo bevat de EU-Houtverordening (EU *Timber Regulation*; EUTR, inwerkingtreding 2013) geen toetsing aan instandhoudingsdoelstellingen volgens een bijgeleverd annex, doch een zogenoemd *due dilligence system* (DDS). Dit betekent dat voldaan moet zijn aan beginselen van zorgvuldigheid (Kistenkas, 2013d).

Een 3P-weging volgt dan als het ware een 1P-toetsing op. In wezen verkrijgen we dan een gemengde rechtsvinding: eerst toetsing en als dat een niet-duurzame uitwerking heeft, kan weging volgen. Dit zou kunnen leiden tot meer duurzame functiecombinaties in een gebied. Daar waar eenzijdige toetsing duurzame functiecombinaties *de iure* kan blokkeren, is er bij weging juist sprake van een kettingreactie leidend tot de mogelijkheid van duurzame functiecombinaties. Dat zou ook de *de facto* ontmoedigende, uitsluitende, contraproductieve en suboptimale werking van de habitattoets kunnen wegnemen of in elk geval kunnen verminderen.

Ontmoedigende werking

In de casus van het TT-circuit hadden we zo al voordat de Chw in werking trad voor duurzame gebiedsontwikkeling kunnen kiezen (zie onder par. 2.4). Sterker nog; de Chw was in dat geval voor dit gebied niet eens nodig geweest. Door 3P-weging hadden we zo al eerder ook immateriële diensten, productiediensten en de overige regulerende en ondersteunende diensten kunnen meenemen in plaats van alleen maar te toetsen op 'rust'. Bos en duurzame energieproductie (denk aan het eerder genoemde voorbeeld van windmolens in het bos) zouden wellicht al eerder geleid (en zonder chilling effect) hebben tot de functiecombinatie *forest windfarming*.

Uitsluitende werking

Fietspaden door het bos of peilverlaging voor woningen en tegengaan van natschade in aanpalende landbouwgebieden waren bij weging niet uitgesloten. Recreatie, landbouw en wonen zouden immers niet uitgesloten worden en ook een rol hebben mogen spelen en er zou alsdan voor andere (minder peilgevoelige) habitattypen gekozen kunnen worden.

Contraproductieve en suboptimale werking

Uitplaatsing van een melkveebedrijf naar de rand van een Natura 2000-gebied was middels een 3P-weging een logische uitkomst en ook VIBEG-achtige akkoorden zouden (ook in variaties op land) gemakkelijker en eerder mogelijk geweest zijn.

Als instandhoudingsdoelstellingen niet langer het enige sacrosancte toetsingscriterium zijn en daarmee andere functies *a priori* kunnen uitsluiten, ontstaat er meer ruimte voor duurzame functiecombinaties in en rond Natura 2000-gebieden: er is dan ook aandacht voor ander kapitaal dan alleen het natuurlijk deelkapitaal van de limitatieve instandhoudingsdoelstellingen.

Eenzijdige toetsing werkt eenzijdige bestemmingen in de hand (ik zou dat met een neologisme 'planologische apartheid' willen noemen). Een weging zou daarentegen juist wel tot functiecombinaties kunnen leiden. Deze functiecombinaties zouden duurzaam kunnen zijn als we met behulp van het concept van de ecosysteemdiensten intergenerationele meerwaarde kunnen geven aan een gebied. Dat is dan weer duurzame gebiedsontwikkeling waarbij een balans ontstaat tussen *people-profit-planet*. Het legt ook het huidige manco van het groene omgevingsrecht bloot: we gaan voortdurend uit van toetsing in plaats van weging. Dat blokkeert in voorkomende gevallen functiecombinaties. Ook de Natuurvisie (EZ, 2014) onderstreept intussen het belang van functiecombinaties en 'natuur-inclusieve infrastructuur'. Alsdan zou m.i. de eenzijdige 1P-toets heroverwogen moeten worden.

In diverse studies is al aangegeven dat de nieuwe Ow wellicht een sterkere rol aan rechtsbeginselen zou moeten geven. Zo wijzen Folkert *et al.* (2013) er op dat met behulp van milieubeginselen de overheid de vrijheid voor initiatiefnemers van een project kan vergroten, doordat er minder limiterende regels zijn en zo innovatie gestimuleerd kan worden. De veranderende energieke samenleving in transitie (Hajer, 2011) vraagt om wetgeving die dynamisch is en om instituties te helpen bij het afwegen van specifieke initiatieven (Folkert *et al.*, 2013, p. 6).

4.5 Rechtsliteratuur

4.5.1 Nederlandse rechtsliteratuur

Er is sinds kort ook al enige rechtsliteratuur waarin omzichtig gepleit wordt voor meer gebruik van beginselen in het omgevingsrecht.

Zo verbaast Douwma (VMR, 2013) zich erover dat in de ontwerpversies van de nieuwe Omgevingswet 'met geen woord gerept' wordt over milieubeginselen (p. 63). Ze kunnen nadere invulling geven aan wettelijke toetsingskaders. Ook hij wijst er op dat milieubeginselen 'niet in de plaats van reguliere rechtsregels' komen, doch ze vooral aanvullen. Hij herinnert aan het Natuurbeleidsplan (NMP4) uit 2001 toen nog onomwonden werd gezegd dat 'het milieubeleid gebaseerd [was] op een aantal leidende beginselen (duurzame ontwikkeling, preventie, voorzorg, bestrijding aan de bron, vervuiler betaalt en ALARA)'. Deze beginselen dienden te worden gecodificeerd, mede in het verlengde van het EU-verdragenrecht. Dit is er nooit toegekomen. Hij verwijst ook naar de Rio Verklaring uit 1992 toen ook al werd opgeroepen om milieubeginselen in acht te nemen om duurzaamheid te bewerkstelligen (p. 67) en naar de *Delhi Declaration of Principles* van de International Law Association (ILA) waarin werd bevestigd dat rechtsbeginselen noodzakelijk zijn om effectief vorm te geven aan duurzame ontwikkeling (p. 68). Zijn conclusie is: 'Door de beginselen te codificeren gaat Nederland dus beter in de pas lopen met het internationaal milieurecht en worden de mogelijkheden verruimd om de voorgestane transitie naar duurzame ontwikkeling te maken'.

Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt overigens dat Scandinavische landen al milieubeginselen in hun wetgeving hebben opgenomen (Douma 2013). De ervaringen zouden daar overwegend positief zijn (De Sadeleer, 2002; Verschuuren, 2003; Douma, 2013). In Finland biedt de milieuwet (*Ympäristönsuojelulaki*) een brede catalogus aan milieubeginselen.⁸ Deze zou ten onzent als voorbeeld kunnen dienen voor het thans aanhangige wetsontwerp voor een nieuwe omgevingswet. Volgens Douma zou 'gezien de nagestreefde flexibiliteit en de beoogde aansluiting bij Europa het des te noodzakelijk zijn om de belangrijkste milieubeginselen in de Omgevingswet op te nemen'.

⁸Finse wetten in het Engels staan op: www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/

Tijdens een seminar van de *Vereniging voor Milieurecht* (VMR) in 2013 waren drie sprekers uitgenodigd om te spreken en discussiëren over een ander stelsel voor het omgevingsrecht. Alle drie hadden in 2012 hierover een boek geschreven (Borgers en van der Heijden, 2012; Kistenkas, 2012). Borgers en Kistenkas pleitten voor een andere manier van rechtsvinding waarbij teruggegrepen kan worden op onderbouwende beginselen wanneer het resultaat van regelgeleide rechtsvinding ter discussie komt te staan (M&R, 2013, p. 231). In de bestuurspraktijk hoeft vaak slechts tot weging overgegaan te worden, als de uitkomst van de primaire toetsing aan een gesteld doel onbevredigend is. Vervolgens kan bij de (aldus secundaire) weging teruggegrepen worden op bijvoorbeeld het duurzaamheidsbeginsel en de drie P's. Zo kan eindelijk ook het door de rechtswetenschap tot nog toe genegeerde concept van ESDs een rechtsrelevante rol krijgen.

Van den Broek en andere aanwezigen wijzen dat dan de rechtszekerheid in het gedrang kan komen. Borgers stelt dat rechtszekerheid (en voorspelbaarheid) sowieso in het recht slechts tijdelijk is en nooit het enige doel in het recht kan zijn: 'Er komt vroeg of laat een geval langs waarin de vastgestelde regels niet werken'.

Er zou wellicht een overkoepelend algemeen 'toetsingscriterium' moeten worden geïntroduceerd, waarmee je het huidige stelsel toch in stand laat (Backes, VBR 2012). Borgers en Kistenkas zien zo'n toetsingscriterium dan als een hardheidsclausule: je toetst de niet-duurzame uitkomst van de primaire toetsing dan aan de uitkomst van de weging. Ook Van den Broek ziet uiteindelijk wel iets in een algehele hardheidsclausule voor het omgevingsrecht, waarop Kistenkas concludeert dat bij toepassing van de hardheidsclausule aansluiting kan worden gezocht bij het duurzaamheidsbeginsel: het gaat altijd om meerwaarde voor people, planet en profit. Het VMR-seminar blijkt vervolgens in meerderheid voorstander van zo'n corrigerende werking van het duurzaamheidsbeginsel (M&R, 2013).

Beginselgestuurde rechtsvinding wordt vervolgens ook in een ander VMR-seminarverslag genoemd als mogelijke oplossingsrichting (VMR 2014; Teesing, 2014): "Wanneer de wetgever duurzaamheidsbeginselen introduceert, kan daadwerkelijk verandering optreden". Het probleem is dat omgevingswetgeving niet geschreven is met 'een integrale benadering en een duurzame ontwikkeling in het achterhoofd' (Teesing, 2014).

Eerder hadden vooral Borgers en Van der Heijden (2012) al gewezen op 'de legalistische positie in de afgelopen tien jaar' van de Raad van State. De Nederlandse bestuursrechter houdt volgens hen krampachtig vast aan enkel rechtsregels, met name ook in het natuurbeschermingsrecht. Dat zou volgens hen vragen om juridische Catch 22 situaties; de wet houdt juist natuurontwikkeling en duurzame gebiedsontwikkeling tegen: "De betere projecten van ruimtelijke ontwikkeling, die oplossingen voor twee of meer problemen combineren hebben het moeilijk de nodige vergunningen te krijgen". Het aangepaste project past misschien wel in de wet, maar niet in de omgeving. Hun oplossing is eveneens om de wet te kunnen overtroeven met rechtsbeginselen.

Intussen pleit ook Nijmeijer (2013) recentelijk voor het gebruik van rechtsbeginselen in het omgevingsrecht. Hij noemt het gelijkwaardigheidsbeginsel (M&R, 2013). Niet duidelijk is of hij ook een voorstander is van opname van het beginsel van duurzame ontwikkeling in de Omgevingswet.

Ook buiten de rechtsliteratuur vinden we pleidooien voor de werking van beginselen. Kortman en Van der Laak (2013) stellen voor om de drie elementen van duurzaamheid (bedoeld wordt; 3P) op te nemen in de duurzaamheidsladder uit het Besluit ruimtelijke ordening (Bro).

Folkert *et al.* (2013) merken terecht op dat met beginselen de overheid de vrijheid van initiatiefnemers van een project kan vergroten, doordat er minder limiterende regels zijn. Zo kan ook innovatie gestimuleerd worden. Helaas is bij het ontwerpen van de Omgevingswet niet gekozen voor een versterkte en expliciete rol van beginselen. In tijden van transitie zou normstelling juist dynamisch moeten zijn in plaats van statisch (zoals nu de habitattoets met zijn gefixeerde instandhoudingsdoelstellingen) (Hajer 2011).

4.5.2 Internationale rechtsliteratuur

In paragraaf 2.4.1 is reeds aandacht geschonken aan de groeiende kritiek op de habitattoets in de internationale rechtsliteratuur. Er is inmiddels ook internationale Engelstalige rechtsliteratuur waarin een pleidooi is te vinden om meer milieurechtelijke beginselen te gebruiken bij de rechtsvinding (beginselgerichte rechtsvinding).

Van Rijswick en Salet (2012) vinden dat er, zeker in een context van klimaatverandering, vastgesteld moet worden dat regels niet alles meer kunnen regelen ('you cannot make a law for every problem'). Er zou niet vastgehouden moeten worden aan gedetailleerde regelgeving: wetgeving met vaste instandhoudingsdoelstellingen is eerder zelf het probleem geworden dan een oplossing. Volledige rechtszekerheid bestaat niet, evenmin als flexibiliteit. Je kan er wel een balans tussen zoeken. Dat zou kunnen door rechtsbeginselen te combineren met rechtsregels: 'principles of a typically open and flexible nature combined with agreed levels of protection'. Dat geldt a fortiori voor het beginsel van duurzame ontwikkeling. Ook Van Rijswick en Salet komen zo uit bij een beginselgerichte rechtsvinding. Zij noemen dit een 'principal use of legal norms'. Door het beginsel van duurzame ontwikkeling toe te laten bij de toepassing van wettelijke toetsingsregels kan een balans tussen rechtszekerheid en flexibiliteit worden bereikt. Het geeft 'a normative sense of direction in very different local contexts'. Dat is met name ook van groot belang nu we in tijden van klimaatverandering leven.

In dezelfde lijn stellen Van Buuren *et al.* (2013) dat gedetailleerde regels en doelen, zeker in tijden van klimaatverandering, een contraproductieve uitwerking kunnen hebben. Alleen het gebruik van algemene rechtsbeginselen kan de rechtsvinding vervolmaken

Borgers en Van der Heijden (2012) pleiten in de internationale rechtsliteratuur eveneens voor een beginselgerichte rechtsvinding ('principled interpretation of the law') en beroepen zich daarbij op de rechtstheorie van Ronald Dworkin, vooral ook Dworkin's *A matter of principle* uit 1985. In dat boek pleit deze Amerikaanse rechtsfilosoof voor de corrigerende werking en toepassing van rechtsbeginselen. In wezen zijn zij belangrijker dan rechtsregels. Geschreven recht (de wet) moet de rechter kunnen overtroeven met rechtsbeginselen. Wanneer de wet in de weg staat aan de best mogelijke projecten, moeten rechtsbeginselen gebruikt kunnen worden om weg te raken van de huidige dominantie van het geschreven recht. Dat kan momenteel in het Nederlandse natuurbeschermingsrecht niet, maar vasthouden aan het geschreven recht zou volgens hen min of meer vragen zijn om juridische *Catch 22* situaties.

De Sadeleer (2002) vindt dat in het postmoderne recht een belangrijke(re) taak zou moeten toekomen aan milieubeginselen. Zij spelen een rol 'in balancing interests and ecosystem services'. Het duurzaamheidsbeginsel gaat niet gebukt onder een last van gedetailleerdheid (zoals de habitattoets) 'and thus allow courts to weigh and reconcile highly divergent interests with maximum flexibility' (p. 259). Recht is geen wiskundige test, het gaat om het vinden van evenwicht tussen conflicterende belangen door middel van afweging: 'a mathematical weighing cannot be carried out'. Ook hij kiest in wezen voor een *balancing approach* en niet voor een *dogmatic approach*. Beginselen zoals dat van duurzame ontwikkeling hebben volgens hem een normatieve kracht en zijn niet meer alleen maar politieke slogans. Het is een rechtsbeginsel, een *normative principle*.

Gewezen kan ten slotte ook nog worden op de nieuwste internationale jurisprudentie van het International Court of Justice (ICJ): dat is dus niet een Europese rechter zoals het ECJ, maar een mondiale hoogste rechter. Deze rechter lijkt duurzame ontwikkeling als een normatief principe te erkennen in de *Pulp Mills*-zaak (ICJ, *Pulp Mills on the river Uruguay* (Argentina v. Uruguay), ICJ Rep 2010, par 177). Daarbij speelt ook weer de definitie van duurzame ontwikkeling een rol zoals die in de bekende VN-resolutie uit 2005 staat. Deze is, zoals wij reeds zagen, zeer verwant aan 'ons' Europese art. 3 lid 3 VEU (Kistenkas, 2013c).

4.6 Tussenconclusie

De huidige toetsmethodiek in het natuurbeschermingsrecht is sterk legistisch (legisme duidt in het juridisch jargon op een dogmatisch vasthouden aan de wet) en gebaseerd op toepassing van *rechtsregels* en niet op (ook een corrigerende toepassing van) *rechtsbeginselen*. Het is wat in de rechtstheoretische literatuur regelgeleide rechtsvinding wordt genoemd. Regelgeleide rechtsvinding heeft echter een ingebouwd rechts-deficit. Het duurzaamheidsbeginsel wordt door de jurisprudentie nog niet als wetscorrectief gebruikt, maar toepassing van zo'n corrigerend rechtsbeginsel als het duurzaamheidsbeginsel zou i.c. aanleiding kunnen zijn voor een meer beginselgerichte rechtsvinding. Dit sluit ook aan bij recente (internationale) rechtswetenschappelijke literatuur.

5 Kritiek op beginselgerichte rechtsvinding

Van EU-beginselen wordt vaak gezegd dat ze geen directe werking zouden hebben in de Nederlandse rechtsorde. De norm zou te vaag zijn en dus geen rechterlijke toepassing kunnen krijgen. De rechter zou dus ook de habitattoets uit de EU Habitatrictlijn en Nbw niet aan zo'n beginsel kunnen toetsen en in concrete gevallen die habitattoets buiten toepassing laten. Veelal wordt dan verwezen naar een oude uitspraak uit 1999. In ABRvS 24 november 1999, JM 2000/14 (*Waterpakt vs. Staat der Nederlanden*) wordt inderdaad nog geoordeeld dat een milieubeginsel uit het EU Verdrag (i.c. betref het voorzorgsbeginsel) 'één van de doeleinden van het milieubeleid van de Europese Gemeenschap [inhoudt] en (...) geen norm [is] die zich richt tot de Lid-Staten' .

Douma (VMR, 2013) heeft deze uitspraak al als achterhaald gekenschetst. Het duurzaamheidsbeginsel van art. 3 VEU kom je intussen ook in andere delen van het *acquis communautaire* tegen zoals in het EU Handvest en in *Green Infrastructure*. De Sadeleer (2002) heeft al verdedigd dat het hier inmiddels om meer gaat dan alleen maar een politieke slogan zonder enige rechtskracht; op zijn minst is sprake van een rechtsbeginsel *in status nascendi* (Nollkaemper, 2009). Het rechtsbeginsel bepaalt in elk geval de context van de habitattoets en misschien ook wel de tekst daarvan (Kistenkas, 2013c). Bovendien blijft in mijn voorstel de habitattoets gewoon bestaan. Hij wordt niet buiten toepassing gelaten, maar kan in tweede instantie worden gecorrigeerd door een duurzaamheidsweging op basis van het duurzaamheidsbeginsel.

Wel is waar dat beginselen door het ECJ nog maar mondjesmaat worden gebruikt, zeker in het natuurbeschermingsrecht (Backes *et al.*, 2012), maar dit houdt wellicht verband met het nog jonge bestaan van dit rechtsgebied. Na de opbouwfase kan dit rechtsgebied thans volwassen worden en ook rechtsbeginselen toelaten, zoals ook al elders in het bestuursrecht.

Ook tijdens het VMR-seminar werd ons tegengeworpen dat natuurbelangen dan veel te gemakkelijk terzijde geschoven zouden worden (Borgers *et al.*, 2013). Deze vrees werd lang geleden ook geuit bij de introductie van de abbb in het algemene bestuursrecht en de tegenwettelijke toepassing van die abbb in casus van *contra legem* gaan. Deze vrees is nimmer bewaarheid. Voor zover een beginsel (nog) te vaag is, zal het door de rechter nader kunnen worden uitgewerkt: jurisprudentie zal ontstaan. En ook hier blijft gelden dat de instandhoudingsdoelstellingen niet de prullenbak in gaan, maar juist als zwaarwegende factoren zullen meewegen.

Buijze noemt beginselgestuurde rechtsvinding als mogelijke oplossingsrichting, maar vreest dichtslibben van een open normatief rechtsbeginsel; het gevaar bestaat dat steeds meer (beleids) regels de ruimte gaan opvullen. Als er een gebrek aan inhoudelijke normstelling is, dan kan ook proceduralisering optreden. Bij gebrek aan inhoudelijke regels zouden procedurele regels ontwikkeld kunnen worden die de flexibilitetswinst weer teniet zouden kunnen doen gaan (VMR, 2014).

Deze kritiek bestond overigens in de jaren tachtig ook bij de ontwikkeling van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb's), doch in de bestuursrechtelijke praktijk viel het met deze proceduralisering en dichtslibben met pseudowetgeving (beleidsregels) wel mee (Kistenkas, 1994). Zeker als men het concept van ecosteediensten gebruikt zal er wellicht niet veel behoefte zijn aan nadere (beleids)regels of procedurevoorschriften. Het bevoegd gezag is dan gebonden aan een duidelijke motiveringsplicht en onderzoekplicht. Er moet immers een balans van ecosysteemdiensten aangetoond worden door nader en kostbaar onderzoek. Een goede onderbouwing is noodzakelijk en dat is kostbaar. Buijze ziet dat ook want flexibiliteit is kostbaar, ook die onder aanwending van een duurzaamheidsbeginsel (VMR 2014, p. 30). Er zal dan niet lichtvoetig mee worden omgegaan en slechts in uitzonderingsgevallen zal van standaardtoetsing worden afgeweken. Nadere beleidsregels zijn dan niet nodig.

6 Naar een *aequitas naturalis*?

6.1 Naar nieuwe vormen van regulering

Het aflopen van een wettelijke toets aan limitatieve criteria bij de habitattoets lijkt soms belangrijker te zijn dan de natuur en het gebied zelf. Het toetsingsinstrument lijkt belangrijker te zijn: de beruchte omkering van doel en middelen dreigt. Tegenover wetgeving als metafoor voor de mythe van rechtszekerheid en beheersbaarheid plaatsen met name De Sadeleer en Borgers de werking van het rechtsbeginsel. Het zou in het (postmoderne) recht volgens hen moeten gaan om een equilibrium (*dixit* De Sadeleer), een *aequitas naturalis* en het rechtsbeginsel van duurzame ontwikkeling zou dan in voorkomende gevallen een wettelijke doch vanuit duurzaamheid onwenselijke uitkomst moeten kunnen corrigeren en overrulen. Gezien de jurisprudentie van het ECJ is het zover nog lang niet.

Maar het primair toetsen aan instandhoudingsdoelstellingen en het daarna kunnen corrigeren met een 3P-weging zou in de toekomst een oplossingsrichting kunnen zijn om de belemmeringen weg te nemen. In deze visie blijven de Natura 2000-instandhoudingsdoelstellingen dus bestaan, maar zouden ze vervolgens in een 3P-weging in verband met ecosysteemdiensten kunnen worden gebracht en mogelijk zelfs kunnen weggewogen. Nieuwe groene EU-wetgeving wijst al meer in deze richting. Bij de EUTR werd al niet meer voor toetsing gekozen, maar voor een stelsel van zorgvuldigheid (*due diligence*): geen resultaatsverbintenis (zoals Natura 2000) maar een inspanningsverbintenis. Ook een nieuw Brussels beleidsinitiatief als *Green Infrastructure* gaat niet langer uit van een *dogmatic approach* als de habitattoets doch juist *balancing approach* met een grote rol voor ecosysteemdiensten.

Bij een maatschappij in transitie hoort ook andere wetgeving: niet langer voorwaardenstellende wetgeving zoals de habitattoets, doch juist voorwaardenscheppende normstelling. Dat laatste kan door middel van wat Van Rijswijk/Salet en De Sadeleer *normative principles* noemen. Aansluiting kan dan al worden gezocht met een reeds bestaand EU-beginsel van duurzame ontwikkeling.

6.2 Dubbele toetsing?

Wellicht is het alsdan een idee om te gaan denken aan een dubbele toetsing. Eerst de reguliere habitattoets waarbij dus de instandhoudingsdoelstellingen beslissend zijn. Wanneer deze toetsing evenwel tot het vermoeden leidt dat er niet een duurzame gebiedsontwikkeling wordt bereikt, zou er onder de vigeur van het *duurzaamheidsbeginsel als correctiefactor* (naar analogie van de C-factor in het arbeidsrecht) nog een toetsing aan een 3P-weging kunnen volgen. We krijgen dan een dubbele toetsing: één aan de instandhoudingsdoelstellingen en een mogelijkheid van een tweede toetsing aan de (uitkomsten van) weging in het kader van het beginsel van duurzame ontwikkeling.

Zo'n *tweesporenbenadering* lijkt intussen ook in lijn met het voorstel van Buijze (VMR, 2014): voor standaardgevallen kan de standaard-milieutoets gelden. Dat zal in de meeste gevallen ook genoeg zijn. Leidt dit in concrete gevallen niet tot een gewenst resultaat (lees: een niet-duurzaam resultaat), dan zou teruggevallen kunnen worden op de andere optie van een uitzonderingsprocedure leidend tot duurzame gebiedsontwikkeling (VMR, 2014, p. 27). Afwijken is kostbaar, want er is extra onderzoek nodig (ESD-balans). Een goede onderbouwing voor een niet-standaardoplossing is immers noodzakelijk (rechtens geldt een extra zware motiverings- en dus ook onderzoekplicht).

Ook in een recente RIVM-studie wordt deze tweesporenbenadering bepleit en wordt ook een categorisering van omgevingsrechtelijke besluiten aangebracht tussen routinematige besluiten (waarvoor een sectorale toets immers in de regel genoeg zal zijn) en unieke besluiten (meestal voor

complexe ruimtelijke vraagstukken in grotere gebieden alwaar een weging tot een duurzame(re) oplossing zou kunnen leiden) (Roels *et al.*, 2013).

Buijze (VMR, 2014, p. 30) merkt op: "Een mechanisme om uitzonderingen te maken op bestaande regels lijkt (...) zinvoller dan het overboord zetten van die regels". Toegespitst op het natuurbeschermingsrecht zou dit betekenen dat de habitattoets gewoon blijft bestaan en in de meeste (standaard)gevallen ook toegepast kan blijven worden. Op grond van het beginsel van duurzame ontwikkeling kan evenwel vervolgens ook een kostbare uitzonderingsprocedure gevolgd worden. Zo kunnen ook rechtszekerheid (standaardgevallen met vaste toetsing) en flexibiliteit (kostbare uitzonderingsgevallen) worden gecombineerd. De habitattoets *a l'ancienne* is dan de default, maar er kan gemotiveerd van worden afgeweken.

Hieraan kleven echter ook weer nadelen: (a) de procedure wordt verlengd c.q. kan verlengd worden (b) zo'n dubbele toetsing is kostbaar (na de habitattoets moet nog weer een duurzaamheidsonderzoek worden gedaan) en (c) deze extra proceduremogelijkheid zal ook weer dichtslippen met nadere (beleids)regels en jurisprudentierecht. Het kan juist weer leiden tot meer regels (verlengde toetsing) en extra kostbare procedures. Een dubbele toetsing zal waarschijnlijk niet tot vereenvoudiging leiden en aanleiding kunnen zijn tot juridisering en dichtslippen met nog meer regels. Het kan ook leiden tot een vorm van rechtsongelijkheid; verlengde toetsing is kostbaar en alleen vermogende initiatiefnemers zullen dit kunnen opbrengen.

6.3 De Galway-oplossing

Het zou daarom wellicht beter zijn om niet *na* de habitattoets maar juist *binnen* de bestaande habitattoets de mogelijkheid van een weging toe te laten. Dat kan, zoals in deze studie is bepleit, in de fase van passende beoordeling. Daar kan namelijk het criterium van *integrity of the site* worden gebruikt om (eventueel met behulp van het concept van ecosysteemdiensten) een duurzame oplossing voor het gebied te bereiken.

De Galway-zaak van het Ierse Hooggerechtshof uit de Proloog aan het begin van deze studie had ons wellicht dus een betere oplossing kunnen bieden, als het ECJ *integrity of the site* als criterium had geaccepteerd (*quod non*, maar de rechter kan ook 'om' gaan, dwz een andere benadering kiezen). In de eerste fase (significantietoets) wordt dan weliswaar getoetst aan de vaste instandhoudingsdoelstellingen, maar in de daarop volgende fase van passende beoordeling verbreedt het rechtsvindingsspectrum zich tot duurzame gebiedsontwikkeling aan de hand van het criterium van *integrity of the site* (Kistenkas, 2014).

Binnen het kader van de bestaande habitattoets (en dus ook in relatie tot de bestaande instandhoudingsdoelstellingen per gebied) is er dan een wegingsmoment, waarbij ook het (overige) natuurlijke kapitaal alsmede ook het maatschappelijk kapitaal en het economisch kapitaal kan worden meegenomen in het besluit. Nu kan dat niet, althans niet volgens de huidige Europese jurisprudentie over art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn: bij de significantietoets en de passende beoordeling moet immers vastgehouden worden aan de ecologische instandhoudingsdoelstellingen van het gebied.

Ook het eventuele uitzonderingsregime van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn lost deze eenzijdige en beperkte toetsing overigens niet op, want sociaaleconomische aspecten mogen alleen ingebracht worden als ze voldoen aan de zogenoemde IROPI-test ('imperative reasons of overriding public interest'). Door dit filter van 'dwingende redenen van groot openbaar belang' kunnen veel (sociaaleconomische en ecologische) belangen en ecosysteemdiensten niet in de besluitvorming worden betrokken en meegewogen worden (Kistenkas, 2014b).

7 Conclusies

De huidige rechterlijke interpretatie van de habitattoets vormt door zijn eenzijdige toetsing op enkele nauw omschreven en vaste ecologische instandhoudingsdoelstellingen een juridische belemmering voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling.

Deze belemmeringen zijn terug te voeren op de Europese wettekst zelf en op de interpretatie en vertaling daarvan. De Europese rechter heeft in de Galway-zaak bevestigd dat ook bij passende beoordeling getoetst zal moeten worden aan de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. Daardoor zou de habitattoets op gespannen voet kunnen komen te staan met het Europese rechtsbeginsel van duurzaamheid en het recente EU-beleidsinitiatief van *Green Infrastructure*. Toetsing aan een enkel *planet*-aspect, maakt een *triple P*-weging immers in rechte onmogelijk.

Mogelijkheden om deze belemmeringen terug te brengen zouden kunnen liggen bij wettelijke introductie en rechterlijke toepassing van het duurzaamheidsbeginsel als correctiefactor. Gebeurt dit als een dubbele toetsing (habitattoets gevolgd door een duurzaamheidstoets) dan kunnen hieraan ook weer bezwaren kleven (verlengde procedure, kostbare extra toets, dichtslibben met extra regels en beleidsregels).

Beter ware het wellicht om de alternatieve Galway-oplossing te kiezen: in de fase van de passende beoordeling verbreedt het rechtsvindingspectrum zich tot duurzame gebiedsontwikkeling aan de hand van het criterium van *integrity of the site* en mag een *triple P*-weging verricht worden.

Literatuur

- Arnouts, R.C.M. en F.H. Kistenkas (2011). Nederland op slot door Natura 2000: de discussie ontrafeld. Bijlage bij WOt-paper 7- De deur klemt. WOt-werkdocument 236. WOT Natuur & Milieu Wageningen UR, Wageningen
- Bakels, H.L. (2013). Schets van het Nederlandse arbeidsrecht. Kluwer, Deventer
- Bastmeijer, C.J. (2011). Ieder voor zich en de natuur voor ons allen, inaug. rede UvT, Bju Den Haag
- Borgers, H. en J. van der Heijden (2012). Positive positive law. A Dworkinian move in Dutch environmental law. Social Science Research Network (SSRN)
- Borgers, H.C., J.H.G. van den Broek, F.H. Kistenkas, J.H.K.C. Soer en M.E.F. Staal (2013). Op weg naar een optimaal stelsel voor het omgevingsrecht. Verslag van de VMR Inspiratiesessie van 7 februari 2013. Tijdschrift Milieu & Recht 2013, p. 229 e.v.
- Borgström, S., F.H. Kistenkas (2014). The compatibility of the Habitats Directive with the novel EU Green Infrastructure policy. European Energy and Environmental Law Review (EEELR) 23, p. 3-44
- Buuren, A. van, P. Driessen, M. van Rijswijk, P. Rietveld, W. Salet, T. Spit, G. Teisman (2013). Towards adaptive spatial planning for climate change: balancing between robustness and flexibility. JEEPL 10/1: 29-53
- Cliquet, A., C. Backes, J. Harris, P. Howsam (2009). Adaptation to climate change. Legal challenges for protected areas. Utrecht Law review 5-1: 158-175
- Douma, W.Th. (2013). Betere aansluiting bij de EU via een Omgevingswet met milieubeginselen en zonder 'koppensnellen'. in: VMR, De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter?, VMR 2012-3, p. 63 ev.
- Ebbeson, J. (2010). The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. Global Environmental Change 20: 414-422
- EC (2013). Communication on Green Infrastructure (GI). Enhancing Europe's natural capital. COM(2013)249 final
- EZ (2014). Natuurlijk verder. Rijksnatuurvisie 2014. Den Haag 2014
- Folkert, R., H. Diederens, G. Beugelink, M.P. van Veen, N. Sorel (2013). Milieueffectentoets wetsvoorstel Omgevingswet. Den Haag
- Haije, R. (2011). Natura 2000; de natuur of de mens centraal?, Digitale publicatiereeks Recht en Overheid, Academie van Overheidsjuristen, www.acwet.nl
- Hajer, M. (2011). De energieke samenleving. PBL, Den Haag
- Hauck, J. et al. (2013). The promise of the ecosystem services concept for planning and decision making. GAIa 22/4: 232-236
- Henkens, R.J.H.G., J.G. de Molenaar, M.J.S.M. Reijnen, F.H. Kistenkas (2007). Champ Car evenement TT-circuit Assen. Voortoetseffecten extra geluidsbelasting natuurwaarden Witterveld. Alterra-rapport 1482. Alterra Wageningen UR, Wageningen
- Henkens, R.J.H.G., A. van Kleunen, F.H. Kistenkas (2013). Raceauto's en broedvogels. Spanningsveld ecologie-economie bij TT-Circuit Assen. Vakblad natuur bos landschap (april 2013), p. 14-17
- Jans, J.H. en H.H.B. Vedder (2011). European environmental law. Europa Law Publishing, Groningen
- Kistenkas F.H. (1993). Contra-legemjurisprudentie en anterieure beleidsregels. Weekblad voor Fiscaal Recht jrg 122, p. 1145-1152
- Kistenkas F.H. (1994). Problemen van regelgeving. Koninklijke Vermande, Lelystad
- Kistenkas, F.H. (2012). Recht voor de groenblauwe ruimte. Wageningen Academic Publishers, - p. 216. ISBN 978 90 8686 201 6
- Kistenkas, F.H. (2013a). Nieuw omgevingsrecht kan niet zonder *ecosystem services*. Nederlands Juristenblad 2013 (14). - p. 891 - 892.

-
- Kistenkas, F.H. (2013b). De introductie van ecosysteemdiensten in het groene omgevingsrecht. *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2013, p. 16-25
- Kistenkas, F.H. (2013c). Rethinking European nature conservation legislation: towards sustainable development, *Journal for European Environmental & Planning Law* 10 (1). - p. 72 - 84.
- Kistenkas, F.H. (2013d). Concurring regulation in European forest law. Forest certification and the new EU Timber Regulation. *GAiA* 22/3: 166-168
- Kistenkas, F.H. (2014a). Book review: The justices and injustices of ecosystem services. *Ecosystem Services* 2014
- Kistenkas, F.H. (2014b). Innovating European nature conservation law by introducing ecosystem services. *GAiA* 23/2: 88-92
- Kistenkas, F.H. en W. Kuindersma (2005). Soorten en gebieden. Het groene milieurecht in 2005. WOT-rapport 7. WOT Natuur & Milieu, Wageningen UR, Wageningen
- Kistenkas, F.H. en W. Kuindersma (2008). Jurisprudentie monitor natuur 2005-2007. Rechtsontwikkelingen Natura 2000 en Ecologische Hoofdstructuur. WOT-werkdocument 82. WOT Natuur & Milieu, Wageningen UR, Wageningen
- Kortman J. en P. van der Laak (2013). Langs de Triple P meetlat. *ROm oktober* 2013, p. 31-33
- Lokin, J.H.A. (2012). *PROTA*, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten. 9^e druk. Chimaira Publishing, Groningen
- Melman, Th.C.P., C.M. van der Heide, L.C. Braat, H.A. Udo de Haas (2010). *Ecosysteemdiensten: nieuw anker voor omgevingsbeleid?* Landschap 2010-4, p. 209-219.
- Mendelts, P. en L. Boerema (2012), *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, *Milieu en Recht* 2012-5, p. 310/1.
- Mertens, K., A. Cliquet, B. Vanheusden (2012). Ecosystem services. What's in it for a lawyer? *European Energy and Environmental Law Review* 31-40
- Möckel, S. en W. Köck (2013). European and German nature conservation instruments and their adaptation to climate change. A legal analysis. *JEEPL* 2013 10/1: 54-71
- Monteduro, M. (2013). Environmental law and agroecology. Transdisciplinary approach to public ecosystem services as a new challenge for environmental legal doctrine. *European Energy and Environmental Law Review* 2013-1: 2-11
- Nijmeijer, T. (2013). Het gelijkwaardigheidsbeginsel in de Omgevingswet, *M&R* 2013-10, p. 646 ev
- NVK, 2012. *Natuurverkenning 2010-2040. Visies op de ontwikkeling van natuur en landschap*, PBL Den Haag 2012, p. 50 e.v.
- Nollkaemper, A. (2011). Kern van het internationaal publiekrecht, Bju Den Haag
- Reid, C.T. (2011), The privatisation of biodiversity? Possible new approaches to nature conservation law in the UK. *JEL* 23/2: 203-231
- Rijswick, M. van & W. Salet (2012). Enabling the contextualization of legal rules in responsive strategies to climate change, *Ecology and Society* 17(2): 18
- Roels, J.M., R. Maas, R. Beijck, A. Knol, J. van der Ree (2013). Omgaan met normen in de Omgevingswet. RIVM, Bilthoven
- Sadeleer, N. de (2002). *Environmental principles*. Oxford University Press.
- Santaoja, M. (2013). Local legitimacy of Natura conservation values. A case from Finland. The Nordic Environmental Social Science Conference, 11-13 June 2013 Abstracts. available in http://ness2013.ku.dk/documents/NESS_2013-Volume_of_abstracts.pdf/
- Schoukens, H. (2013). Temporary Nature: A new way forward for ecological restoration in highly urbanized areas? The Nordic Environmental Social Science Conference, 11-13 June 2013 Abstracts. available in http://ness2013.ku.dk/documents/NESS_2013-Volume_of_abstracts.pdf/
- Schoukens, H., A. Cliquet & P. de Smedt (2010). *Tijdelijke natuur: overtreft de dynamiek van de natuur die van het natuurbehoudsrecht?* *Tijdschr. Milieur.* 2010(1): 23-55
- Sikor, Th. (2013). The justices and injustices of ecosystem services. Routledge, London
- Sorel, N., E. Buitelaar, L. van den Broek, M. Galle en F. Verwest (2011). Omgevingsrecht en het proces van gebiedsontwikkeling. PBL, Den Haag

-
- Steinwall, A. (2013). Nature vs nature: conflicting discourses in Swedish nature conservation. The Nordic Environmental Social Science Conference, 11-13 June 2013 Abstracts. available in http://ness2013.ku.dk/documents/NESS_2013-Volume_of_abstracts.pdf/
- Sundseth, K. en P. Roth (2013). Study on evaluating and improving permitting procedures related to Natura 2000 requirements under Article 6.3 of the Habitats Directive 92/43/EEC, Revised final October 2013, Ecosystems Ltd, Brussel
- Taekema, S., A. Gaakeer, M. Loth (2011). Recht in context. Bju, den Haag
- Teesing, N. (2014). Duurzame gebiedsontwikkeling. Verslag VMR-Themamiddag. M&R 2014, p. 166-167
- Trouwborst, A. (2009). International nature conservation law and the adaptation of biodiversity to climate change: a mismatch? JEL 21/3:419-442
- VMR (2013). De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? VMR 2012-3 Bju Den Haag
- VMR (2014). Duurzame gebiedsontwikkeling: over vormen van regulering en de rol van aanbesteding. BJu Den Haag
- Vreke, J., F.H. Kistenkas, J.L.M. Donders, C.M. Goossen en Sj. De Vries (2013). Benutting ecosysteemdiensten. WOt-werkdocument 349, WOT Natuur & Milieu Wageningen UR, Wageningen
- Wandesforde-Smith G., S.J. Watts (2014). Wildlife conservation and protected areas: politics, procedure and the performance of failure under the EU Birds and Habitats Directive. Journal of International Wildlife Law & Policy 17/1: (forthcoming)

Verantwoording

Dit project werd begeleid door Frank Veeneklaas (WOT Natuur & Milieu) en vanuit het Planbureau voor de Leefomgeving door Petra van Egmond en Rob Folkert. De tekst werd ook beoordeeld door de hoogleraren rechtsgeleerdheid prof. mr. H.F.M.W. (Marleen) Van Rijswick (Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Utrecht, Voorzitter van de Vereniging voor Milieurecht (VMR) en directeur van het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law) en prof. mr. J.M. (Jan) de Meij (emeritus hoogleraar vergelijkend publiekrecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam).

Verschenen documenten in de reeks Technical reports van de Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

WOt-Technical reports zijn verkrijgbaar bij het secretariaat van Unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu te Wageningen. T 0317 – 48 54 71; E info.wnm@wur.nl

WOt-Technical reports zijn ook te downloaden via de website www.wageningenUR.nl/wotnatuurenmilieu

- 1 Arets, E.J.M.M., K.W. van der Hoek, H. Kramer, P.J. Kuikman & J.-P. Lesschen (2013). *Greenhouse gas reporting of the LULUCF sector for the UNFCCC and Kyoto Protocol. Background to the Dutch NIR 2013.*
- 2 Kleunen, A. van, M. van Roomen, L. van den Bremer, A.J.J. Lemaire, J-W. Vergeer & E. van Winden (2014). *Ecologische gegevens van vogels voor Standaard Gegevensformulieren Vogelrichtlijngebieden.*
- 3 Bruggen, C. van, A. Bannink, C.M. Groenestein, B.J. de Haan, J.F.M. Huijsmans, H.H. Luesink, S.M. van der Sluis, G.L. Velthof & J. Vonk (2014). *Emissies naar lucht uit de landbouw in 2012. Berekningen van ammoniak, stikstofoxide, lachgas, methaan en fijn stof met het model NEMA*
- 4 Verburg, R.W., T. Selnes & M.J. Bogaardt (2014). *Van denken naar doen; ecosysteemdiensten in de praktijk. Case studies uit Nederland, Vlaanderen en het Verenigd Koninkrijk.*
- 5 Velthof, G.L. & O. Oenema (2014). *Commissie van Deskundigen Meststoffenwet. Taken en werkwijze; versie 2014*
- 6 Berg, J. van den, V.J. Ingram, L.O. Judge & E.J.M.M. Arets (2014). *Integrating ecosystem services into tropical commodity chains- Cocoa, Soy and Palm Oil: Dutch policy options from an innovation system approach*
- 7 Knecht de, B., T. van der Meij, S. Hennekens, J.A.M. Janssen & W. Wamelink (2014). *Status en trend van structuur- en functiekenmerken van Natura 2000- habitattypen op basis van het Landelijke Meetnet Flora (LMF) en de Landelijke Vegetatie Databank (LVD). Achtergronddocument voor de Artikel 17-rapportage.*
- 8 Janssen, J.A.M., E.J. Weeda, P. Schippers, R.J. Bijlsma, J.H.J. Schaminée, G.H.P. Arts, C.M. Deerenberg, O.G. Bos & R.G. Jak (2014). *Habitattypen in Natura 2000-gebieden. Beoordeling van oppervlakte representativiteit en behoudsstatus in de Standard Data Forms (SDFs).*
- 9 Ottburg, F.G.W.A., J.A.M. Janssen (2014). *Habitatrichtlijnsoorten in Natura 2000-gebieden. Beoordeling van populatie, leefgebied en isolatie in de Standard Data Forms (SDFs)*
- 10 Arets, E.J.M.M. & F.R. Veeneklaas (2014). *Costs and benefits of a more sustainable production of tropical timber.*
- 11 Vader, J. & M.J. Bogaardt (2014). *Natuurverkenning 2 jaar later; Over gebruik en doorwerking van Natuurverkenning 2010-2040.*
- 12 Smits, M.J.W. & C.M. van der Heide (2014). *Hoe en waarom bedrijven bijdragen aan behoud van ecosysteemdiensten; en hoe de overheid dergelijke bijdragen kan stimuleren.*
- 13 Knecht, B. de (ed.) (2014). *Graadmeter Diensten van Natuur; Vraag, aanbod, gebruik en trend van goederen en diensten uit ecosystemen in Nederland.*
- 14 Beltman, W.H.J., M.M.S. Ter Horst, P.I. Adriaanse, A. de Jong & J. Deneer (2014). *FOCUS_TOXSWA manual 4.4.2; User's Guide version 4.*
- 15 Adriaanse, P.I., W.H.J. Beltman & F. Van den Berg (2014). *Metabolite formation in water and in sediment in the TOXSWA model. Theory and procedure for the upstream catchment of FOCUS streams.*
- 16 Groenestein, K., C. van Bruggen en H. Luesink (2014). *Harmonisatie diercategorieën*
- 17 Kistenkas, F.H. (2014). *Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)*



Thema Balans van de Leefomgeving

Wettelijke Onderzoekstaken

Natuur & Milieu

Postbus 47

6700 AA Wageningen

T (0317) 48 54 71

E info.wnm@wur.nl

ISSN 2352-2739

www.wageningenUR.nl/

wotnatuurenmilieu



De WOT Natuur & Milieu voert wettelijke onderzoekstaken uit op het beleidsterrein natuur en milieu. Deze taken worden uitgevoerd om een wettelijke verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken te ondersteunen. De WOT Natuur & Milieu werkt aan producten van het Planbureau voor de Leefomgeving, zoals de Balans van de Leefomgeving en de Natuurverkenning. Verder brengen we voor het ministerie van Economische Zaken adviezen uit over (toelating van) meststoffen en bestrijdingsmiddelen, en zorgen we voor informatie voor Europese rapportageverplichtingen over biodiversiteit.

De WOT Natuur & Milieu is onderdeel van de internationale kennisorganisatie Wageningen UR (University & Research centre). De missie is 'To explore the potential of nature to improve the quality of life'. Binnen Wageningen UR bundelen 9 gespecialiseerde onderzoeksinstituten van stichting DLO en Wageningen University hun krachten om bij te dragen aan de oplossing van belangrijke vragen in het domein van gezonde voeding en leefomgeving. Met ongeveer 30 vestigingen, 6.000 medewerkers en 9.000 studenten behoort Wageningen UR wereldwijd tot de aansprekende kennisinstellingen binnen haar domein. De integrale benadering van de vraagstukken en de samenwerking tussen verschillende disciplines vormen het hart van de unieke Wageningen aanpak.
