



## Habitattoets heroverwogen

Belemmeringen van de habitattoets voor duurzame groei en evenwichtige gebiedsontwikkeling



De huidige invulling van de Natura 2000-habitattoets lijkt niet voldoende voorbereid op de eisen van een duurzame samenleving met groene groei. In gebieden waar veel functies zoals natuur, landbouw, wonen, werken en vervoer een plek moeten krijgen, kan een exclusieve toetsing aan bepaalde ecologische eisen vanuit een oogpunt van duurzame gebiedsontwikkeling tot suboptimale en wellicht ook contraproductieve uitkomsten leiden. In deze paper is gezocht naar juridische vernieuwing om aan deze bezwaren tegemoet te (kunnen) komen.

### Proloog: Galway, Ierland

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

Slechts anderhalf hectare van het 270 hectare grote gebied 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 Hooggerechtshof 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 voor Galway dus enkel de naakte kalkhoudende rotsen (habitatype 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 blijkens *Green Infrastructure* (Kistenkas, 2014a). Toch prevaleert hier 1½ ha naakte kalkhoudende rotsbodembodem.

### Juridische onderzoeksvragen

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 geaccommodeerd 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 deze paper gaan we op zoek naar juridische vernieuwing om aan deze bezwaren tegemoet te (kunnen) komen.

Als onderzoekshypothese geldt dat de huidige invulling van de Natura 2000-habitattoets niet voldoende voorbereid is op de eisen van een duurzame samenleving met groene groei. Aldus dienen 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.

## Natuurwetgeving en belemmeringen

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

De habitattoets voor Natura 2000-gebieden wordt gekenmerkt door toetsing aan 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 habitattoets 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 Habitatrichtlijn de habitattypen van Europees belang voor de instandhouding waarvan aanwijzing van speciale beschermingszones vereist is.

Het betreft bij de habitattoets telkens een 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. 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 en sociaal kapitaal) in de weg zitten. De 1P-rechtsvindingsmethodiek kan zo een 3P-balans *de iure* blokkeren (rechtsblokkade).

Juist deze 3P-balans wordt in het Verdrag van de Europese Unie (vgl. het duurzaamheidsbeginsel ex art. 3 lid 3) en in het nieuwe beleid van de Europese Commissie (EC, 2013) alsook in de (rechts)wetenschappelijke literatuur algemeen gezien als voorwaarde voor duurzame gebiedsontwikkeling en groene groei. Op langere termijn vergt duurzame gebiedsontwikkeling gelijktijdig aandacht voor alle drie de kapitalen (Kistenkas, 2014a).

Duurzame ontwikkeling wordt ook in het Europese recht *expressis verbis* gedefinieerd als een 3P-balans. In het Verdrag van de Europese Unie gaat het om evenwicht tussen de drie soorten kapitaal. Ook in het nieuw aangekondigde omgevingsbeleid van de Europese Commissie (*Green Infrastructure*) worden intussen het concept van ecosystemdiensten en de (3P-)balans tussen 'social, economic and environmental benefits' centraal gesteld: dit beleidsinitiatief van *Green Infrastructure* 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 *Green Infrastructure* juist velerlei diensten.

De habitattoets gaat echter uit van (onderdelen van) slechts één kapitaal: enkele per Natura 2000-gebied begrensde planet-onderdelen. In dit geval zou gesproken kunnen worden van een juridisch contrapunt: een Europeesrechtelijk contrapunt van de duurzaamheidsbeginselen uit het Europese verdragsrecht met art. 6 Habitatrichtlijn (1P-habitattoets). De kern van het EU-gebiedsbeschermingsrecht (Natura 2000) staat aldus beschouwd op gespannen voet met deze beginselen.



Duurzame functiecombinaties: natuur, ontspanning, recreatie (National Park Hoge Veluwe).

De habitattoets voor Natura 2000-gebieden bedient zich van een rechtsvindingsmethodiek (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, 2014a-b). Weging met behulp van het concept van ecosystemendiensten, waarbij een balans wordt nagestreefd van drie soorten kapitaal zal juist evenwichtige en duurzame groei kunnen bevorderen (Kistenkas 2014b). Een dergelijke weging is als rechtsvindingsmethodiek 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).

## Interpretatie en vertaling wetgeving

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

De Natuurbeschermingswet heeft als zijnde implementatiewetgeving van de Vogel- en Habitatrichtlijn 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 alsmede op de (taalkundige) interpretatie en verftaling door het Europese Hof van Justitie (hierna European Court of Justice: ECJ): in de recente *Galway*-zaak (C-258/11 [2013])<sup>1</sup> grijpt het ECJ in navolging van het advies van de Advocaat-Generaal 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). 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.

Sluit men aan op de tekst van art. 6 van de EU-richtlijn dan zit er tussen significantietoets en ADC-toets (alternatieve toets, toetsing op dwingende redenen en de compensatie) nog het filter van de passende beoordeling en de bestuurlijke toestemming (zie schema). Bij de passende beoordeling (*appropriate assessment*) toetst het bestuur in de Engelse tekstversie 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

<sup>1</sup> ECJ 11 april 2013, C-258/11 (Galway).



*Duurzame functiecombinaties: natuur, ontspanning, begraafplaats (Natuurbegraafplaats Zeister Bos).*

Nederlandse en Duitse tekstversie. 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 Advocaat-Generaal koos 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.

en ecologische) belangen en ecosysteemdiensten niet in de besluitvorming worden betrokken en meegewogen worden (Kistenkas, 2014a).

## Mogelijkheden om belemmeringen terug te brengen

*Derde vraag: Waar liggen de mogelijkheden om die belemmeringen terug te brengen?*

Een meer beginsel gestuurde rechtsvinding waarbij het duurzaamheidsbeginsel als correctiefactor optreedt, zou een mogelijke oplossingsrichting kunnen zijn, maar gevreesd moet worden voor een dichtslibben van zo'n nu nog open 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 een mogelijke flexibiliteitswinst weer teniet zouden kunnen doen gaan.

Wellicht kan ook geleerd worden van andere delen van het recht. In andere delen van het bestuursrecht bestaan bijvoorbeeld algemene hardheidsclausules (beperking van ongewenste 'harde' uitwerking van een regel zoals in het belastingrecht) of is er een correctiefactor (de C-factor in het ontslagrecht bijvoorbeeld). Vanuit rechtsliteratuur worden rechtsbeginselen aangedragen als mogelijkheid om de harde of foutieve uitwerking van rechtsregels te corrigeren. 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 een corrigerende

### 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

De Europese rechter (ECJ) volgt dit advies van de Advocaat-Generaal. 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, 2014a-b), 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. De Europese rechter wil dit vooralsnog dus niet.

Vervolgens lost ook het eventuele uitzonderingsregime van de ADC-toetsing deze eenzijdige en beperkte toetsing niet op, want sociaaleconomische aspecten mogen weliswaar dan een rol spelen, maar ze mogen alleen ingebracht worden als ze voldoen aan de zogenoemde IROPI-test (*imperative reasons of overriding public interest*). Lang niet alle sociaaleconomische aspecten mogen dan dus een rol spelen, want ze moeten dus dwingend en van groot openbaar belang zijn. Door dit filter van 'dwingende redenen van groot openbaar belang' kunnen veel (sociaaleconomische

werking heeft. Het voordeel van een dergelijke alternatieve benadering zou dan zijn dat de instandhoudingsdoelstellingen gewoon gehandhaafd blijven, maar een toetsing aan een duurzaamheidsweging dan in sommige gevallen een andere uitkomst te zien kan geven.

De habitattoets zou wellicht kunnen worden uitgebreid met een tweede fase van een duurzaamheidsweging. Eerst de reguliere habitattoets waarbij de instandhoudingsdoelstellingen beslissend zijn en vervolgens, als met deze toetsing 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 rechtsbeginsel van duurzame ontwikkeling.

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 nog 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 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 dichtslibben met nadere (beleids)regels en jurisprudentierecht. Het kan juist weer leiden tot meer regels (verlengde toetsing) en extra kostbare procedures.

## De alternatieve Galway-oplossingsrichting

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 in de fase van passende beoordeling. Daar kan 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 Hoogerechtshof had ons wellicht dus een betere alternatieve oplossing kunnen bieden als het ECJ *integrity of the site* als criterium had geaccepteerd. In de eerste fase (significantietoets) wordt dan weliswaar getoetst aan de vaste instandhoudingsdoelstellingen, maar in de daarop volgende fase van passende beoordeling verbreedt het rechtsvindingspectrum zich tot duurzame gebiedsontwikkeling aan de hand van het crite-

rium van *integrity of the site* (Kistenkas, 2014a-b). Aldus kan dan een *triple P*-weging verricht worden in plaats van enkel een beperkte *planet*-toetsing.

## 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 rechterlijke 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 kan de habitattoets op gespannen voet 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 rechtsdogmatisch onmogelijk.

Mogelijkheden om deze belemmeringen terug te brengen zouden kunnen liggen bij wettelijke introductie en rechterlijke toepassing van het duurzaamheidsbeginsel als correctiefactor (Kistenkas, 2013). 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 dan wellicht om een alternatieve Galway-oplossing (Kistenkas, 2014b) te kiezen: bij passende beoordeling mag het rechtsvindingspectrum zich dan verbreden tot duurzame gebiedsontwikkeling aan de hand van het criterium van *integrity of the site* en kan een *triple P*-weging verricht worden.

## Literatuur

- 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
- EC (2013). *Communication on Green Infrastructure (GI). Enhancing Europe's natural capital*. COM(2013) 249 final
- Kistenkas, F.H. (2013). *Rethinking European nature conservation legislation: towards sustainable development*. Journal for European Environmental and Planning Law (JEEPL) 10/1: 72-84
- Kistenkas, F.H. (2014a). *Innovating European nature conservation law by introducing ecosystem services*. GAiA 23/2: 88-92
- Kistenkas, F.H. (2014b). *Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)*. WOt-technical report 17. WOT Natuur & Milieu Wageningen UR, Wageningen.

## Colofon

Achtergronden van deze paper zijn te vinden in WOt-technical report 17: F.H. Kistenkas (2014). *Juridische aspecten van gebiedsgericht natuurbeleid (Natura 2000)*. WOT Natuur & Milieu Wageningen UR, Wageningen.

Auteur:

mr. dr. F.H. Kistenkas (Alterra Wageningen UR en leerstoelgroep Bos- en Natuurbeleid, Wageningen University).

© 2014

Alterra Wageningen UR  
Postbus 47, 6700 AA Wageningen  
T (0317) 48 07 00  
E info.alterra@wur.nl

ISSN 1879-4688

De reeks 'WOt-papers' is een uitgave van de Wettelijke Onderzoekstaken (WOT) Natuur & Milieu, onderdeel van Wageningen UR. Een WOt-paper bevat resultaten van afgerond onderzoek op een voor de doelgroep zo toegankelijk mogelijke wijze. De maatschappelijke discussie waarbinnen en waarom het onderzoek is uitgevoerd, komt daarbij nadrukkelijk aan de orde, evenals de beleidsrelevantie en mogelijk de wetenschappelijke relevantie van de resultaten.

Onderzoeksopdrachten van de WOT Natuur & Milieu worden gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken (EZ).

Deze paper is gemaakt conform het Kwaliteitshandboek van de unit WOT Natuur & Milieu. De wetenschappelijke inhoud van de paper is beoordeeld door Prof. Mr. H.F.M.W. van Rijswijk (Universiteit Utrecht) en Prof. Mr. J.M. de Meij (Universiteit van Amsterdam).

Project WOT-04-010-036.35

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Postbus 47  
6700 AA Wageningen  
T (0317) 48 54 71  
E info.wnm@wur.nl  
I www.wageningenUR.nl/wotnatuurenmilieu

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

