

PROEFSCHRIFT: 'EEN HERNIEUWD PERSPECTIEF OP M.E.R.'

MEER DAN EEN
HULPMIDDEL?

In hoeverre moet of kan de inhoudelijke invloed van m.e.r. worden versterkt? Dat is de centrale vraag in het proefschrift waarop Katinka Jesse vorig jaar promoveerde. Zij toetste de Nederlandse en Europese regelgeving aan criteria uit een zelf ontwikkeld theoretisch kader. Ook maakte ze een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse m.e.r.-regeling en die van het Canadese Ontario (die interessante mogelijkheden biedt). Een greep uit de onderzoeksresultaten. Die betreffen onder meer het meest milieuvriendelijke alternatief, biodiversiteit en publieke participatie.

Katinka Jesse

19

Milieueffectrapportage is inmiddels wereldwijd verbreid. Toch is m.e.r. niet onbetwist gebleven. Enerzijds is er de kanttekening dat m.e.r. een zwaar instrument is: de uitvoering ervan kost doorgaans veel tijd en geld. Anderzijds staat ook de inhoudelijke invloed van m.e.r. op de besluitvorming bloot aan kritiek: de zogenoemde doorwerking van m.e.r., evenals de betrokkenheid van derden, wordt niet steeds voldoende geacht. Op een samenhangende wijze vormen beide kritiekpunten het uitgangspunt van mijn onderzoek. Centraal daarbij stond de vraag in hoeverre de inhoudelijke invloed van m.e.r. moet of kan worden versterkt.

Aanleiding voor het onderzoek

Nationale en internationale literatuur over m.e.r. is bepaald niet schaars. De vraag of er al dan niet juridische argumenten bestaan voor een inhoudelijke invloed van m.e.r. op de besluitvorming is niettemin nagenoeg onbelicht gebleven. Een dergelijk juridisch onderzoek is niet alleen van belang om de positie van m.e.r. te bepalen, maar ook om die positie eventueel te heroverwegen.

Het primaire voorwerp van mijn onderzoek vormde de Nederlandse besluit- en plan-m.e.r.-regeling, en in navolging daarvan de kaderstellende Europese m.e.r.-richtlijn en smb-richtlijn. Echter, ik heb allereerst een theorie ontwikkeld, teneinde de genoemde vier m.e.r.-regimes daaraan te kunnen toetsen. Dit bij gebrek aan een op internationaal niveau verwoorde, omvattende theorie waarin relevante juridische beginselen en ten behoeve van m.e.r. geformuleerde doelstellingen, voorwaarden en vereisten zijn opgenomen.

Opzet van het onderzoek

Het boek valt uiteen in drie delen. In het eerst deel heb ik een theorie over m.e.r. ge(her)formuleerd: een 'paradigmatische m.e.r.'. Enerzijds heb ik daartoe gebruik gemaakt van internationale bronnen ter zake van m.e.r.. Voor zover deze documenten inhoudelijke overeenkomsten bevatten, bieden zij een weerslag van de op internationaal niveau levende consensus over de 'noties van m.e.r.'. In deze documenten wordt niet steeds een relatie gelegd met algemene juridische beginselen die waarborgen bieden in de milieurelevante, bestuursrechtelijke besluitvormingsprocedure. Daarom heb ik anderzijds aan de hand van vier concepten (te weten: rechtstaat, democratie, beginselen van behoorlijke besluitvorming en beginselen van milieurecht), vijftien juridische beginselen onderscheiden die van belang

DE AUTEUR

Katinka Jesse (06-41204145, katinka.jesse@gmail.com) is zelfstandig (m.e.r.-)adviseur. Zij is tevens redacteur van Toets. Haar in eigen beheer uitgegeven proefschrift, met afbeeldingen van kunstenaar Nanda Runge, is verkrijgbaar via het genoemde e-mailadres en bij Jongbloed Juridische boekhandel. Titelbeschrijving: Katinka Jesse, Een hernieuwd perspectief op milieueffectrapportage; Over de inhoudelijke invloed van m.e.r. op de besluitvorming en enkele mogelijkheden ter flexibilisering, Utrecht 2008.

zijn voor de formulering en bij de toepassing van m.e.r.. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om het beginsel van participatie, het specialiteitsbeginsel en het voorzorgsbeginsel. Als onderdeel van de ontwikkelde paradigmatische m.e.r. constateer ik onder meer dat er juridische argumenten bestaan voor een inhoudelijke invloed van m.e.r. op de uiteindelijke besluitvorming. Ook ben ik in dit deel nadrukkelijk op de wijze van screening van m.e.r.-plichtige projecten ingegaan. De gedachte hierachter was dat indien nadere voorwaarden kunnen worden gesteld aan de inhoudelijke invloed van m.e.r., het van belang is dat een m.e.r. wordt uitgevoerd ten behoeve van projecten met mogelijk significant nadelige milieugevolgen opdat deze invloed zich kan doen gelden. Voorts biedt dit deel een eerste aanzet voor een flexibele invulling van m.e.r..

In het tweede deel van het onderzoek wordt het Nederlands recht ter zake van m.e.r. en het kaderstellende Europees recht aan de paradigmatische m.e.r. getoetst. Voor geconstateerde afwijkingen heb ik oplossingsrichtingen gesuggereerd.

Het derde deel bevat een rechtsvergelijkende studie naar de m.e.r.-regelingen van Ontario en Nederland. Voor een vergelijking met de m.e.r.-regeling van deze Canadese provincie is geopteerd omdat zij zowel voor de inhoudelijke invloed van m.e.r. als voor de flexibilisering van dit instrument interessante voorzieningen en/of mogelijkheden bevat.

Enkele resultaten

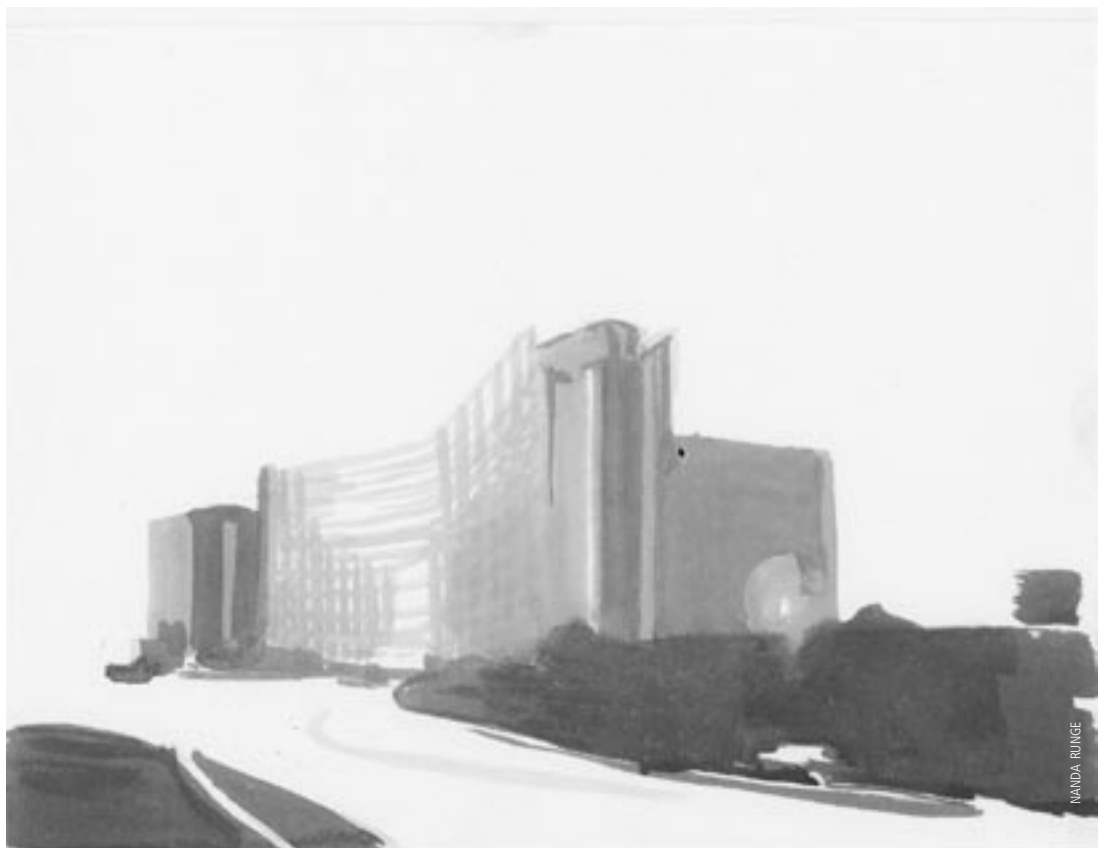
Het voert te ver om alle resultaten van het onderzoek in dit artikel aan de orde te stellen. Daarom licht ik er enkele uit. Deze betreffen achtereenvolgens:

1. de doelstelling van m.e.r. in samenhang met het meest milieuvriendelijke alternatief;
2. het begrip 'milieu';
3. flexibiliteit in m.e.r.;
4. rechtstreekse consultatie.

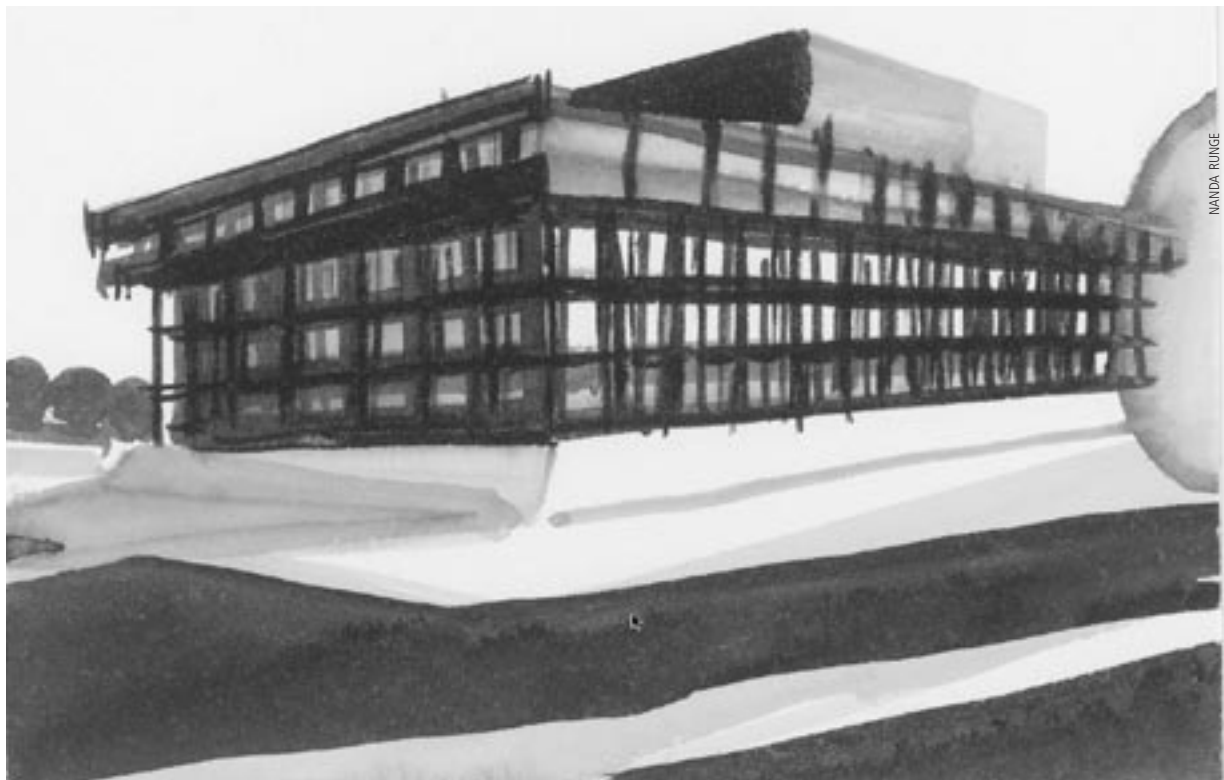
1. Niet louter een hulpmiddel

Zoals bekend, beoogt m.e.r. in Nederland primair om het milieubelang naast andere belangen 'een volwaardige plaats' in het besluitvormingsproces te geven. In overeenstemming hiermee is de heersende consensus is dat m.e.r. louter een hulpmiddel is bij de besluitvorming, maar niet dwingt tot milieuvriendelijker besluitvorming. Op grond van juridische argumenten kan echter worden betoogd dat m.e.r. meer is dan louter een hulpmiddel. Hiertoe zijn twee zaken relevant.

Dat betreft ten eerste de beginselen van milieurecht. Omdat deze geen absolute maatstaven behelzen, kunnen zij bij uitstek in het alternatievenonderzoek tot uitdrukking komen. Een vergelijking van de onderzochte alternatieven maakt het mogelijk de vraag te beantwoorden welke (mate van) milieuverontreiniging of -aantasting redelijkerwijs kan worden voorkomen. Daarom zou in ieder geval steeds sprake moeten zijn van met het doel van de initiatiefnemer overeenkomende alternatieven die het milieubelang beter beschermen. Waarbij geldt dat het meest milieuvriendelijke alternatief (MMA) het meest recht doet aan de beginselen van milieurecht omdat hierbij de nadelige gevolgen voor het milieu worden voorkomen of, voor zover dat niet mogelijk is, deze zoveel mogelijk worden beperkt.



Brussel.



Het Europese Hof van Justitie in Luxemburg.

Nu is het zo dat in Nederland een catalogus van beginselen van milieurecht niet wettelijk is verankerd. Daarentegen wordt op internationaal en Europees niveau in toenemende mate gewicht toegekend aan dergelijke beginselen. Zo zijn enkele beginselen van milieurecht in het Europees Verdrag vastgelegd, en bevatten de preambules van Europese milieurichtlijnen, waaronder de beide milieubeoordelingsrichtlijnen, een referentie naar deze beginselen. Het lijkt dan ook onontkoombaar dat (ten minste) de op Europees niveau vastgelegde beginselen van milieurecht ook in zijn algemeenheid in Nederland worden verankerd.

Het tweede argument om m.e.r. als meer dan louter een hulpmiddel te beschouwen, houdt verband met de doelstelling van m.e.r.. Op zowel internationaal als Europees niveau is aan m.e.r. een zelfstandig milieubeschermerende doelstelling ten grondslag gelegd. Deze komt er kort gezegd op neer dat m.e.r. tot doel heeft om verontreinigingen en andere aantastingen van het milieu te voorkomen, te mitigeren of op te heffen. Wat betreft de m.e.r.-richtlijn heeft het Europees Hof van Justitie (HvJEG) een dergelijke doelstelling meermaals bevestigd.¹ Deze zelfstandig milieubeschermerende doelstelling van m.e.r. hangt niet in het luchtledige. Immers, bij het nemen van het

m.e.r.-plichtige besluit dient het bevoegd gezag de resultaten van de m.e.r. 'in aanmerking te nemen', dan wel er 'rekening mee te houden'. Deze begrippen zijn juridisch te kwalificeren als 'open normen'. Zij dienen mede invulling te krijgen door de aan m.e.r. ten grondslag gelegde (milieubeschermerende) doelstelling en de beginselen van milieurecht.

Nu het MMA het meest tegemoetkomt aan zowel de beginselen van milieurecht als de doelstelling van m.e.r., impliceren beide milieubeschermerende grondslagen dat initiatiefnemers van voorgenomen m.e.r.-plichtige projecten/plannen niet zonder meer kunnen opteren voor een voorkeursalternatief dat niet het MMA is. Dit temeer omdat het MMA reeds een reëel alternatief is dat voldoet aan de doelstelling van de initiatiefnemer en waarbij kostenoverwegingen – op bedrijfstakniveau – in overweging kunnen worden genomen. Op basis hiervan meen ik dat m.e.r., onder omstandigheden, dwingt tot de verplichte keuze voor het MMA. Van een onverkorte verplichting zal geen sprake kunnen zijn omdat andere belangen – van bijvoorbeeld financiële, economische of planologische aard – mede bepalend zijn in de besluitvorming. Mijns inziens is bovengenoemde interpretatie ook van toepassing indien er geen expliciete, wettelijke verplichting geldt tot het beschrijven

¹ Zie HvJEG 13 juni 2002, zaak C-474/99, r.o. 2, en HvJ EG 16 september 2004, zaak C-227/01, r.o. 2, M en R 2005/4, nr. 37, m.nt. KJ, resp. HvJ EG 23 september 2004, zaak C-280/02, r.o. 14-15.

² Ingevolge art. 5 lid 1 en bijlage IV onder 5 m.e.r.-richtlijn, en art. 5 lid 1 jo. bijlage I onder g smb-richtlijn.

van het MMA, zoals in de huidige plan-m.e.r.-regeling en de beide Europese milieubeoordelingsrichtlijnen. Immers, ingevolge beide richtlijnen dient een MER mede een beschrijving te bevatten van de beoogde maatregelen om aanzienlijke nadelige effecten te vermijden, te beperken en/of zo mogelijk teniet te doen.²

Relateren we dit vereiste aan de interpretatie van de termen 'in aanmerking nemen' en 'rekening houden met' overeenkomstig de milieubeschermdoelstelling van beide richtlijnen, dan dwingen ook deze richtlijnen naar mijn oordeel tot de keuze voor het alternatief waarmee verontreiniging en andere aantastingen zoveel mogelijk worden voorkomen en/of gemitigeerd. Waarbij zij opgemerkt dat ik de opvatting dat de vigerende m.e.r.-richtlijn niet verplicht tot een onderzoek en beschrijving van alternatieven, niet deel. Voor een uitgebreide argumentatie dienaangaande verwijs ik kortweg naar mijn proefschrift.

De zojuist geboden interpretatie van de m.e.r.-richtlijn en de smb-richtlijn wijkt af van de gangbare opvatting over de positie van m.e.r. in het besluitvormingsproces. Om duidelijkheid te krijgen over deze interpretatie heb ik in mijn proefschrift gesuggereerd dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in een zich daartoe lenende zaak hierover een prejudiciële beslissing aan het HvJEG vraagt. Zodoende zou het HvJEG zich over deze kwestie kunnen uitlaten.

2 Het begrip 'milieu'

Met m.e.r., zo constateer ik in het eerste deel, is de opvatting over het begrip 'milieu' verruimd. Naast de meer traditionele aspecten (flora, fauna, bodem, water, lucht en klimaat) vallen daaronder ook biodiversiteit, landschap, cultureel erfgoed, veiligheid en gezondheid van de mens. De op nationaal en Europees niveau gehanteerde milieubegrippen komen hiermee goeddeels overeen, maar dit geldt niet voor het aspect biodiversiteit. In haar volle betekenis maakt dit aspect geen onderdeel uit van het in artikel 1.1 lid 1 sub a Wet milieubeheer (Wm) opgenomen milieubegrip. Weliswaar ziet dit milieubegrip mede op de bescherming van dieren, planten en natuurwetenschappelijke waarden, maar een referentie aan biodiversiteit in haar volle betekenis is niet opgenomen. Evenmin maakt biodiversiteit in haar volledige omvang onderdeel uit van het in artikel 3 m.e.r.-richtlijn opgenomen milieubegrip. Slechts in de preambule wordt aan dit aspect in zijn volle betekenis gerefereerd. Desondanks heeft het HvJEG eind 2008 geoordeeld dat – door voor bepaalde nader omschreven projecten de drempelwaarden niet te baseren op aard, omvang en ligging – Ierland (wederom) in strijd met de m.e.r.-richtlijn handelde omdat aldus bepaalde projecten die significant nadelige gevolgen voor biodiversiteit veroorzaken buiten de m.e.r.-verplichting werden gehouden.³

Mede gezien deze uitspraak, alsook het relevante hoger recht (smb-richtlijn, Biodiversiteitsverdrag, Verdrag van Aarhus, Protocol van Kiev) kan er mijns



Ministerie van VROM in Den Haag.

inziens niet aan worden ontkomen om 'biodiversiteit' een integraal onderdeel te laten uitmaken van het ten behoeve van de m.e.r.-procedures te hanteren milieubegrip. Daartoe lijkt de wettelijke verankering van dit aspect in het milieubegrip uit de Wm een aangewezen middel.

3 Flexibiliteit in m.e.r.

In het kader van het rechtsvergelijkende onderzoek met betrekking tot de class environmental assessment (class ea) van Ontario heb ik in mijn proefschrift enkele voorbeelden van verschillende wijzen waarop projectoverstijgende beoordelingen in Nederland (kunnen) worden vormgegeven de revue te laten passeren. In meer of mindere mate vertonen ze gelijkenissen met de class ea. De Nederlandse praktijkvoorbeelden tonen dat er behoefte is aan nadere gedachtevorming over dit onderwerp. Dat is niet alleen het geval bij activiteiten en handelingen (zoals het opstellen van algemene regels) van publiekrechtelijke initiatiefnemers, maar eveneens bij activiteiten van particuliere initiatiefnemers (waaronder met name de brancheorganisaties). Indien op basis van projectoverstijgende MER's beoordelingen en keuzes wor-

3 Zie HvJEG 20 november 2008, zaak C-66/06.

den gemaakt ten behoeve van de eronder vallende projecten – ter zake van alternatieven voor activiteiten, locatiealternatieven, inrichtingsalternatieven, te treffen maatregelen ter voorkoming, beperking en/of compensatie van milieunadelige gevolgen, en/of ten opzichte van vigerende milieukwaliteits-eisen al dan niet aanvullende of aanscherpende standaardnormen – zou op grond daarvan m.e.r. op projectniveau (aanzienlijk) kunnen worden verlicht. De gedachtevorming over dit onderwerp zou zich bij voorkeur ook op Europees niveau moeten afspelen. Een belangrijke hindernis voor de constructie van een projectoverstijgend MER gecombineerd met inhoudelijk gestuurde individuele MER's, is de m.e.r.-richtlijn. Deze verlangt een individuele beoordeling en bevat daartoe inhoudelijke en procedurele vereisten. Daar staat tegenover dat in de totstandkomingsgeschiedenis van de smb-richtlijn uitdrukkelijk de mogelijkheid werd opengehouden dat de m.e.r.-procedure voor individuele projecten eenvoudiger kan worden indien een ingevolge de smb-richtlijn uitgevoerde milieubeoordeling duidelijkheid brengt over de milieuvorwaarden waaraan met het oog op de goedkeuring van projecten moet worden voldaan. Een met deze mogelijkheid corresponderende bepaling is vooralsnog echter niet in de m.e.r.-richtlijn opgenomen.

4 Rechtstreekse consultatie

Thans behoeven ingevolge de Nederlandse en Europese m.e.r.-regimes derden niet tijdens de voorbereiding van het MER te worden betrokken. Artikel 6 lid 5 Verdrag van Aarhus, dat een (inspannings)verplichting bevat voor verdragspartijen om initiatiefnemers te stimuleren tot rechtstreekse consultatie van het betrokken publiek, heeft daarmee in de vier m.e.r.-regimes geen omzetting gekregen. Indachtig onder meer de manual bij het Protocol van Kiev en het rapport 'Inspraak nieuwe stijl',⁴ en naar voorbeeld van de m.e.r.-regeling in Ontario, heb ik in mijn proefschrift geopperd om in de plan- en besluit-m.e.r.-regeling de opname en uitvoering van een consultatieplan verplicht te stellen. Zodoende zouden initiatiefnemers op een vroegtijdige en iteratieve wijze op de hoogte kunnen raken van de kennis, inzichten en bezwaren van derden. Bovendien zouden zij daarmee rekening kunnen houden en/of daaraan tegemoet kunnen komen. Voorts zou, conform artikel 6 lid 6 onder f Verdrag van Aarhus en naar analogie van de m.e.r.-regeling in Ontario, de verplichting kunnen worden opgenomen om naast of in het MER een verslag te overleggen van het gevoerde overleg en de resultaten daarvan.

De regering is zover nog niet. Het eind 2008 aanhangig gemaakte wetsvoorstel tot wijziging van de m.e.r.⁵ beoogt dat het bevoegd gezag bij het plan of besluit dient te vermelden op welke wijze burgers en maatschappelijke organisaties bij de voorbereiding van dat plan of besluit zijn betrokken. Deze verplichting ziet uitsluitend op de uitgebreide m.e.r.-procedure (van toepassing op plannen en activiteiten ten behoeve waarvan het m.e.r.-

(beoordelings)plichtige besluit niet met toepassing van afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht (Awb) of afdeling 13.2 Wm wordt genomen). De voorgestelde verantwoordingsplicht van het bevoegd gezag biedt blijkens de memorie van toelichting een wettelijke verantwoording van een vormvrije 'participatieplicht', maar bedoeld is vermoedelijk een verplichte vormvrije participatiemogelijkheid. Over deze participatieplicht stelt de memorie van toelichting dat daarmee wordt beoogd om de 'meedenkkracht' van maatschappelijke organisaties, bedrijven en burgers te benutten op een moment dat dit nog zinvol is.

Met de introductie van deze vormvrije participatieplicht zou dan het huidige, op de plan-m.e.r. van toepassing zijnde, artikel 7.11c lid 2 sub b Wm komen te vervallen. Hierin is geregeld dat het bevoegd gezag voorafgaande aan de 'reikwijdte- en detailniveaufase' bepaalt of er gelegenheid wordt geboden zienswijzen over het voornemen naar voren te brengen, en zo ja, aan wie en op welke wijze. De toenmalige staatssecretaris van VROM stelde dat deze bepaling goed aansluit bij het advies 'Inspraak nieuwe stijl', waarop ook de vormvrije participatieplicht is gebaseerd. In de praktijk blijkt deze aansluiting vooralsnog echter niet. Recentelijk werd geconstateerd dat het erop lijkt dat de invoering van de plan-m.e.r. niet heeft geleid tot het starten van vroegtijdige participatie gedurende de reikwijdte- en detailniveaufase, noch tijdens de beoordeling van het MER. Zo niet-verplichte participatie plaatsvond, was doorgaans sprake van louter informerende bijeenkomsten.⁶

Op grond van deze gegevens mag worden aangenomen dat er nog een taak is om vormvrije participatie van de grond te krijgen. Het is mede om die reden spijtig dat het wetsvoorstel niet opteert voor de introductie van een participatieplan. Hoewel blijkens de memorie van toelichting vormvrije participatie (marginaal) kan worden getoetst, biedt een vooraf bekend, op de situatie toegesneden participatieplan meer handvatten voor een toetsing van de uitgevoerde participatiegelegenheden.

Zoals ik in mijn proefschrift aangeef, geldt het nut van een participatieplan overigens voor m.e.r. in het algemeen. Derhalve eveneens voor de huidige besluit-m.e.r.-procedure, zoals ook voor de voorgestelde beperkte m.e.r.-procedure die van toepassing is op activiteiten ten behoeve waarvan het m.e.r.-plichtige besluit met toepassing van afdeling 3.4 Awb en afdeling 13.2 Wm wordt genomen.

Tot besluit

Mijn proefschrift bevat een deels hernieuwd perspectief op m.e.r.. Enkele onderdelen ervan heb ik in het voorgaande aan de orde gesteld. Zonder de illusie te hebben dat het door mij gepresenteerde perspectief integraal zal worden overgenomen in wetgeving en/of praktijk, biedt het voer voor nadere gedachtevorming over het instrument m.e.r.. Voor een aantal onderwerpen geldt daarbij een zekere urgentie, omdat de huidige m.e.r.-regeling in strijd komt met het Europees en/of internationaal recht. ■

⁴ Werkgroep Inspraak, Inspraak nieuwe stijl: maatwerk, april 2006, opgenomen op <www.inspraakvenw.nl>.

⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet milieubeheer en enkele daarmee verband houdende wetten (modernisering van de regelgeving over de milieueffectrapportage), Kamerstukken II 2008/09, 31 755, nrs. 1-3.

⁶ Ligtermoet & Partners, Betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties in m.e.r.-procedures, rapport in opdracht van het Ministerie van VROM, Gouda: 2007, p. 21 en 23.