



## Het afweegbaar maken van natuur- en milieunormen voor windmolens in bos en natuur

*mr dr F.H. (Fred) Kistenkas (Alterra en Wageningen Universiteit)*

Essay in opdracht van InnovatieNetwerk

juli 2012

### **Samenvatting**

Natuur- en milieuwetgeving gaat in Nederland traditioneel uit van een toetsing aan standaard (natuur)behoudsdoelstellingen. Bij zo'n toetsing is er weinig tot geen afwegingsruimte voor het bestuursorgaan om tot duurzame gebiedsontwikkeling te komen. Duurzame energieproductie in het landelijk gebied wordt daardoor gemakkelijk ontmoedigd en mogelijk zelfs geblokkeerd. Het is op dit moment niet ondenkbaar dat windmolenparken die zowel economisch, ecologisch als maatschappelijk aanvaardbaar en gewogen zijn, toch op een juridisch veto als gevolg van onze wetgeving stuiten. Het recht heeft dan een verlamdende werking voor dit soort initiatieven van duurzame energieproductie.

Aan de hand van het Europese recht en het algemene bestuursrecht wordt in dit essay gepleit voor een andere rechtstoepassing, waardoor functiecombinaties als duurzame energieproductie en natuur onder omstandigheden rechtens wel mogelijk zouden kunnen zijn.

Er ontstaat dan ook een bestuurlijke afwegingsruimte die een balans tussen economische, ecologische en maatschappelijke aspecten mogelijk maakt en ook meer juridische mogelijkheden biedt voor windmolens in het buitengebied.

### **1. Inleiding**

De minister van Infrastructuur en Milieu streeft blijkens de kabinetsbrief van 9 maart 2012 aan de tweede kamer (IENM/BSK-2102/21699) naar een stelselwijziging van het omgevingsrecht. Een belangrijke voorgenomen vernieuwing is om in een toekomstige Omgevingswet de huidige rigide milieu- en natuurnormen te flexibiliseren door ze 'afweegbaar' te maken.

De bestuurlijke afwegingsruimte is bij de huidige milieu- en natuurtoetsen beperkt of wellicht zelfs te beperkt ("Nederland op slot") en zou vergroot moeten worden.<sup>1</sup> Tot nog toe gingen recente wetsontwerpen voortdurend nog uit van toetsing (habitattoets, soortentoets, bostoets in Wetsontwerp Natuur en EHS-toets, Waddenzee-toets, erfgoedtoets in de ontwerp-AMvB Ruimte etc.). Het is voor het eerst dat deze rechtsdiagnose (weging in plaats van toetsing) in een overheidsdocument wordt gesteld, maar men heeft nog niet voor ogen hoe die weging er dan precies uit zou moeten of kunnen zien.

De volgende rechtsvraag is derhalve aan de orde: hoe zouden milieu- en natuurnormen *de iure* 'afweegbaar' gemaakt kunnen worden. In dit essay wordt daarbij ingezoomd op de natuurtoets in de casuïstiek van duurzame energieproductie door middel van windmolens in bos en natuur.

## 2. Alteratie van toetsing naar weging

De algemeen ingeburgerde term van natuur*beschermings*recht geeft in wezen al blijk van een nogal beperkte rechtsvisie binnen dit vakgebied. Natuur kan men inderdaad beschermen, maar tegelijkertijd ook gebruiken en beleven. Het natuurbeschermingsrecht zou zich eigenlijk moeten omvormen naar ook natuurbelevingsrecht en natuurgebruiksrecht. Zo'n alteratie zou de huidige rechtsdogmatische blokkade voor duurzame functiecombinaties en het daarbij behorende gevoel van een 'Nederland op slot' kunnen opheffen.

Daartoe zouden we ons minder moeten blindstaren op de traditiegetrouw in dit rechtsdomein overheersende toetsingsmethodiek (habitattoets, soortentoets, luchtkwaliteitstoets en andere milieutoetsen) en meer weging moeten toelaten om aldus tot duurzame gebiedsontwikkeling te komen. Anders dan bij toetsing zou dan ook het nieuwe concept van de *ecosysteemdiensten* (ESD; soms ook wel landschapsdiensten genoemd)<sup>2</sup> bij deze duurzaamheidsweging een rol kunnen gaan spelen. Als naast ecologische aspecten zo ook maatschappelijke en economische aspecten een rol zouden spelen, dan wordt het ook beter mogelijk om duurzame functiecombinaties toe te laten, bijvoorbeeld windenergie in bos- en zeenatuur. Er zou dan een balans van ecosysteemdiensten moeten zijn; dus van productiediensten (profit), immateriële diensten (people) alsmede van regulerende en ondersteunende diensten (planet). Zie het schema hieronder.

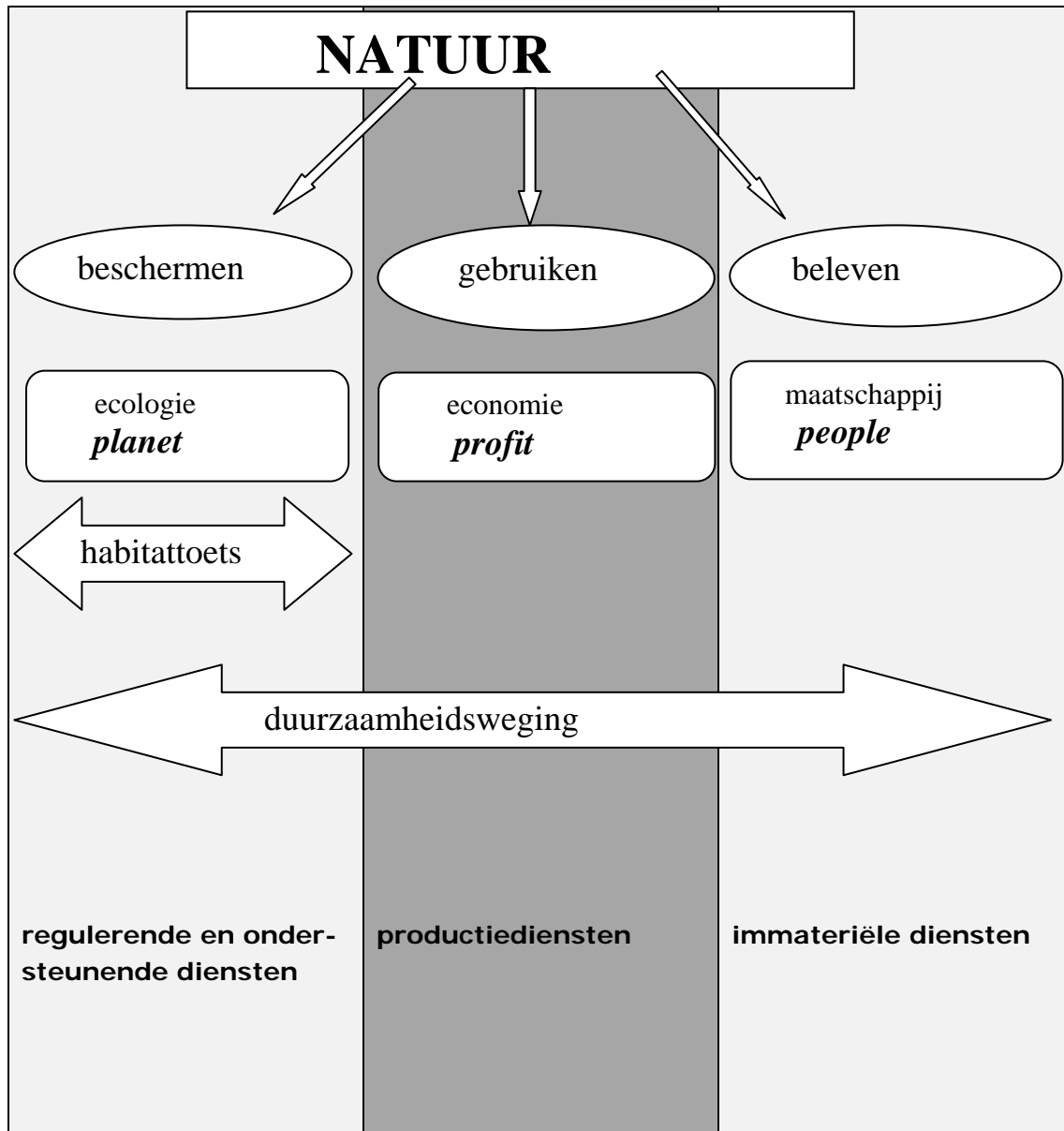
Er vindt dan als vanzelf een shift plaats van de huidige uitsluitingsplanologie (met veel ruimtelijke 'apartheid') naar wat men dan 'combinatieplanologie' zou kunnen noemen. In de gebruikelijke driedeling van ecosysteemdiensten onderscheiden we achtereenvolgens: (1) *productiediensten*, (2) *regulerende + ondersteunende diensten* en (3) *immateriële diensten* (ook wel: culturele diensten). Onder productiediensten verstaan we

---

<sup>1</sup> Vgl. de kabinetsbrief van 9 maart 2012 aan de tweede kamer (IENM/BSK-2102/21699), p. 18-21 en Bijlage 3 (achtergrondnotitie bij de kabinetsbrief), p. 22-24.

<sup>2</sup> Cf. P. Opdam, *Het landschap opnieuw uitvinden*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2011-9, p. 39-41 en F.H. Kistenkas, *Van toetsing naar weging? Duurzame gebiedsontwikkeling en natuurwetgeving*, Landschap 2011-1, p. 17-24 en Th.C.P. Melman et al., *Ecosysteemdiensten: nieuw anker voor omgevingsbeleid?*, Landschap 2010-4, p. 209-219.

commerciële producten uit ecosystemen zoals voedsel, hout, zoet water, maar ook duurzame energieproductie als getijdenenergie en windenergie. Regulerende diensten en ondersteunende ecosystemediensten zijn bijvoorbeeld typische planet-diensten als waterregulatie, bestuiving, plaagbestrijding, koolstofvastlegging respectievelijk biodiversiteit, nutriëntenkringloop. Immateriële of culturele diensten zien bijvoorbeeld op recreatie, gezondheid, bodemarchief, cultuurhistorie.<sup>3</sup>



### 3. Functiecombinaties

#### 3.1 Algemeen

Er zijn al enkele voorbeelden waarbij ondanks het rechtsregime van de habitattoets in feite toch een duurzaamheidsweging heeft plaatsgevonden (visserij in mariene

<sup>3</sup> Dit is de gebruikelijke MEA-typologie (Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and human well-being*, Washington 2005). Zie ook: P. Opdam, *Groenblauwe netwerken in duurzame gebiedsontwikkeling*, Habiforum Gouda 2009, p. 8 e.v.

Natura2000-gebieden en massarecreatie in natuur).<sup>4</sup> In beide gevallen leidt dat dan tot functiecombinaties (visserij+natuur; massarecreatie+natuur). In wezen verkrijgen we hier ongemerkt al een weging en een balans van ecosysteemdiensten (ESD) *avant la lettre*, die wellicht ook voor windmolens in natuur zou kunnen worden toegepast (combinatie van duurzame energieproductie+natuur). Hieronder volgt een bespreking van deze drie casusposities.

### 3.2 Visserij in Natura2000

Een voorbeeld van zo'n duurzame functiecombinatie waarbij naast ecologische ook economische aspecten gelijkwaardig zijn meegewogen is de visserij in Natura2000-gebieden in de Nederlandse 12 mijlszone van de Noordzee. De economische waarde van de Nederlandse visvangsten in deze gebieden blijkt zeer aanzienlijk te zijn. Er worden zelfs bedragen genoemd van 16 miljoen euro per jaar.<sup>5</sup> Bodemberoerende boomkorvisserij zou evenwel de habitattoets en soortentoes niet kunnen doorstaan en de vloot zou eigenlijk onmiddellijk aan de ketting moeten worden gelegd. De habitattoets leek het gebied op slot te gooien en leek lange tijd een duurzame oplossing voor zowel vissers als natuur te blokkeren.

Het in december 2011 onder auspiciën van het ministerie van EL&I gesloten visserijakkoord VIBEG<sup>6</sup> is de uitkomst van een afweging en een in balans brengen van diverse ecosysteemdiensten. Visserij en natuur zijn combineerbaar en men hoeft er niet noodzakelijkerwijs aparte gebieden voor aan te wijzen die zich voor elkaar uitsluiten. In plaats van de habitattoets met zijn eenzijdige toetsing aan ecologische criteria (toetsing aan vaste instandhoudingsdoelstellingen) wordt er een wegingsproces doorlopen met als resultaat een onmiddellijke afbouw van de bodemomwoelende boomkorvisserij uitmondend in een totaalverbod voor deze vormen van visserij in 2016. Dat betekent verduurzaming en innovatie in de visserijsector. Er zal de komende jaren geïnvesteerd moeten worden in andere vistechneken, maar het gebied gaat niet op slot voor de economie.

Daar waar de habitattoets (met zijn eenzijdige fixatie op limitatieve instandhoudingsdoelstellingen) faalde en een oplossing in de weg stond, bleek weging (in feite een ESD-balans via een vanwege het ministerie georkestreerd proces van afweging) wel tot een duurzame en voor alle betrokkenen aanvaardbare oplossing te komen.

### 3.3 Windfarming in zeenatuur

Een ander recent voorbeeld van een succesvolle functiecombinatie op zee zou de dubbelbestemming van duurzame energieproductie en natuur kunnen zijn. Een windpark op zee zou tegelijk met energieproductie (productiedienst als ecosysteemdienst) ook als natuurbeschermingsgebied kunnen worden gezien. Een gezaghebbend mariene ecoloog als Lindeboom<sup>7</sup> bevestigt dit en wijst in zijn windmolenstudie uit 2011 op diverse gunstige combinatie-effecten van *sea windfarming*: habitatverrijking, natuurherstel,

<sup>4</sup> Zie nader over deze casusposities: F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2012, p. 150 ev.

<sup>5</sup> J.A.E. van Oostenbrugge et al., *Verspreidingskaarten van de Noordzevisserij. Methodiek en toepassing op Natura 2000-gebieden*, LEI Den Haag 2010.

<sup>6</sup> VIBEG-akkoord, Vissen binnen de grenzen van Natura 2000, Den Haag 2011 te vinden op [www.rijksoverheid.nl/ministeries/eleni/nieuws/2011/12/13](http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/eleni/nieuws/2011/12/13). Zie daarover nader: F.H. Kistenkas, *Recht op de Noordzee*, Openbaar Bestuur 2012-3, p. 16-18.

<sup>7</sup> H.J. Lindeboom, *Short-term ecological effects of an offshore wind farm in the Dutch coastal zone; a compilation*, Environmental Research Letters 2011, vol. 6 nr. 3, p. 1-6.

refugium-werking (vluchtplaats voor bijvoorbeeld een commerciële vissoort als de kabeljauw) en een relatieve oase van rust in onze drukke Noordzee. Zijn conclusie is dat een windpark op de Noordzee per saldo juist gunstig is voor de fauna. Dat is niet alleen goed nieuws voor de grote spelers als Nuon of Essent, maar ook voor de visserijsector en uiteindelijk ook voor de consument. Duurzame energieproductie en natuur zouden elkaar dus kunnen versterken, mogelijk ook in (bos)natuur op land (*forest windfarming*).<sup>8</sup> Het zijn mooie voorbeelden van meervoudig ruimtegebruik als vorm van duurzame gebiedsontwikkeling. We moeten dan wel anders gaan leren denken dan in termen van de traditionele enkelvoudige bestemmingen.

### 3.4 *Motorraces nabij Natura2000*

Een derde voorbeeld waarbij als het ware over de gangbare natuurtoets heen is gekeken en uiteindelijk is vertrouwd op een duurzaamheidsweging vinden we op land. Het betreft hier een echte *balancing* van profit-planet-people, dus een 'triple P'-weging tussen economie, ecologie en maatschappij. Pal tegen het bekende TT-motorcircuit van Assen ligt een Natura2000-gebied, genaamd het Witterveld. Bovendien ligt er een woonwijk van Assen vlakbij.

Een recente casus van belangenafweging bij evenementen op dit motorcircuit bevestigt dat natuur, recreatie en regionale economie er alle drie op vooruit kunnen gaan als niet langer vastgehouden wordt aan de eenzijdige toetsingsmethodiek (habitattoets). Deze toets dreigde ontwikkeling van zowel het (natuur)gebied als de evenementenkalender van het circuit te frustreren. Als gevolg van de Crisis- en Herstelwet uit 2010 werden evenwel de zogenoemde 'oude doelen' (i.e. de natuurdoelen die golden voor de oude natuurmonumenten en die zijn meegenomen bij de instandhoudingsdoelstellingen voor het Natura2000-gebied) uit de habitattoets gehaald. Dat is niet in strijd met het Europees natuurbeschermingsrecht want de oude doelen waren geen Europese doelen, maar 'slechts' nationale doelen die ooit als 'extraatje' bovenop de Europees verplichte instandhoudingsdoelen kwamen. Men moet daarbij denken aan waarden als 'openheid' en 'rust'. Ook 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 Crisis- en herstelwet in werking en konden de oude doelen uit de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattoets gehaald worden en kwam opeens weging in het vizier. Voor de oude doelen gold immers opeens geen toetsing (habitattoets) meer.

In plaats van enkel ecologische toetsing kon de provincie Drenthe als bevoegd gezag daardoor ook sociale en economische belangen mee laten wegen. In de provinciale natuurvergunning van 4 mei 2010 wordt er op gewezen dat het nieuwe rechtsregime de ruimte biedt 'om bij vergunningverlening niet alleen rekening te houden met de bescherming van de natuurwaarden, maar ook economische, sociale en culturele belangen bij de belangenafweging te betrekken'. Het oude instandhoudingsdoel 'de voor de fauna noodzakelijke rust' werd een belang dat 'gelijkwaardig aan de andere belangen dient te worden gewogen'.

---

<sup>8</sup> F.H. Kistenkas, G. Aarts, M.T.H. de Gaay Fortman, *Windenergie en duurzaamheid*, Openbaar Bestuur 2011-11, p. 22-23.

Bij de verlening van de vergunning werd o.a. meegewogen dat het motorcircuit grote toeristische en recreatieve waarde heeft 'voor de provincie Drenthe en de wijde omgeving'. Er wordt gewezen op 'belangen voor de sport' en de grote uitstraling en promotionele waarde voor provincie, Assen en zelfs Nederland als geheel. Voor de natuur werden extra geluidswallen en struwelen aangelegd, zouden parkeerplaatsen worden verwijderd en teruggegeven aan de natuur, was er een monitoringsprotocol (hand-aan-de-kraan) en konden eventueel maximumplafonds aan bezoekersaantallen en het door motoren geproduceerde aantal decibels worden afgekondigd. In de vergunning vond met andere woorden een weging plaats.<sup>9</sup> De motorsportevenementen konden vervolgens onder voorwaarden alsnog doorgaan.

### *3.5 Functiecombinatie en duurzame ontwikkeling*

Deze voorbeelden zou men wellicht zelfs kunnen zien als voorboden van het 'failliet' van de toetsing als rechtsvindingsmethodiek. De habitattoets dreigde in bovengenoemde casusposities een duurzame gebiedsontwikkeling voor het TT-circuit en de mariene Natura2000-gebieden in de weg te staan, maar de rechtsvindingsmethodiek van weging blijkt een bevredigende en duurzame oplossing te kunnen bieden die voldoet aan het internationaalrechtelijke beginsel van duurzame ontwikkeling: evenwicht tussen economische, sociale en milieudoelstellingen uitmondend in intergenerationele solidariteit. Een ESD-balans leidt tot het toelaten van duurzame functiecombinaties. Functiecombinatie is een uiting van duurzame (gebieds)ontwikkeling.

Duurzame ontwikkeling is als internationaal milieurechtelijk beginsel sinds het vermaarde Brundtland-rapport inmiddels ook gecodificeerd in diverse mondiale verdragen en VN-resoluties.<sup>10</sup> Duurzaamheid zou wellicht zelfs gezien kunnen worden als een basisprincipe van het EU-recht (art. 3 VEU; zie hieronder in paragraaf 5).

## **4. Nieuwe wetgeving**

De ruimtelijke ordeningstraditie in Nederland is echter zowel op land als op zee traditioneel niet zo sterk in functiecombinaties: visserijgebieden zijn er in onze planologische traditie nog steeds en bijkans uitsluitend voor de visserij, Natura2000-gebieden zijn er in deze perceptie uitsluitend voor de natuur, vaarwegen uitsluitend voor de scheepvaart, windturbineparken uitsluitend voor de energieproductie etc. Uitsluitingsplanologie wordt in de hand gewerkt door eenzijdige toetsingsvormen als de habitattoets, soortentoets, ecologische hoofdstructuur-toets: deze zijn immers uitsluitend op ecologie gericht. Er zijn overigens ook eenzijdige toetsingsvormen die uitsluitend op de economie zijn gericht, zoals het *gebiedsontwikkelingsplan* uit de Crisis- en herstelwet: milieunormen zijn in door de Kroon aangewezen ontwikkelingsgebieden (zoals bijvoorbeeld in januari 2012 de voormalige vliegbasis Soesterberg) per definitie ondergeschikt aan economische groei. Hetzelfde zou men kunnen zeggen van de uitstel die varkenshouders krijgen bij het behalen van milieunormen via de Programmatische Aanpak Stikstofdepositie. Ook hier prevaleert per definitie *profit* en wordt *planet* even naar de zijlijn verwezen.

---

<sup>9</sup> Vgl. R. Henkens et al., *Storen broedvogels zich aan het geluid van race-evenementen?*, Alterra Wageningen 2012, *passim* en F.H. Kistenkas, *Van toetsing naar weging? Duurzame gebiedsontwikkeling en natuurwetgeving*, Landschap 2011-1, p. 17-24.

<sup>10</sup> VN-resolutie A/Res/59/227 (2005). Zie ook: A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag 2011, p. 381/2.

Bij nieuwe omgevingswetgeving zoals wellicht te zijner tijd bij een nieuwe *Raamwet Omgevingsrecht* zou de wetgever en in het voetspoor daarvan ook de bestuurs- en rechtspraktijk kunnen breken met deze eenzijdige toetsingsmethodieken en voor een *triple P*-balans kunnen kiezen. Het gaat om een balans, niet om een toets aan rigide en eenzijdige criteria. Reeds in 2002 werd er in de algemene rechtstheoretische literatuur op gewezen dat het postmoderne milieurecht gekenmerkt zal worden door weging als rechtsvindingsmethodiek en steeds minder door de dogmatische methode van toetsing aan eenzijdige criteria.<sup>11</sup>

Wat we evenwel thans nog steeds zien is dat nieuwe omgevingswetten hardnekkig uit blijven gaan van toetsing. Het *Besluit algemene regels omgevingsrecht* (een algemene maatregel van bestuur<sup>12</sup> van een kabinet (Rutte I, 2010-2012) dat juist deregulering voorstond; ook bekend als *AMvB Ruimte*) vermeerderde zelfs het aantal toetsen. Zo komt er een nieuwe extra 'nee, tenzij'-toets voor de Waddenzee bij (art. 2.5.5 Barro) en zelfs nog een totaal bouwverbod (een *a priori* 'nee'-regime dus) voor windmolens (zie het windmolenverbod van art. 2.5.14 Barro). Dat artikel luidt immers:

*"Een bestemmingsplan dat betrekking heeft op de Waddenzee maakt geen plaatsing van nieuwe windturbines mogelijk".*

Ook komen er 'nee, tenzij'-toetsingsregimes voor het IJsselmeer en voor het Kustfundament en het besluit bevestigt deze harde toetsing ook voor de ecologische hoofdstructuur (EHS). Er komt dus ook nog een harde EHS-toets bij. Tot nog toe was de EHS altijd een weinig rigide planologisch concept en dus slechts *soft law*, maar dit wordt bij opname in het Barro (AMvB Ruimte) dus keihard recht. Voorts komen er 'ja, mits'-toetsingen voor werelderfgoedlocaties en Nationale Landschappen.

Ook de ontwerp-*Wet Natuur* gaat weer ouderwets uit van toetsingen voor bos, Natura2000 en soorten en het wetsontwerp voor het permanent maken van de Crisis- en herstelwet handhaaft de eenzijdig economische toetsing voor ontwikkelingsgebieden. Er is dus wel veel nieuwe groenblauwe wetgeving, maar er is geen vernieuwing van de rechtsregimes. Deze zullen weer verdere eenzijdige bestemmingen in de hand kunnen werken.

Ondanks de enorme hoeveelheid nieuwe natuur- en milieuwetgeving van de laatste jaren blijft echt rechtswetenschappelijk innovatief denken dus uit, terwijl de bestuurspraktijk juist al experimenteert of wil aansturen op steeds meer nieuwe functiecombinaties. Het VIBEG visserij-akkoord is daar een prachtig voorbeeld van. Hopelijk is het akkoord niet alleen een voorbeeld van nieuwe mariene planologie, maar ook van nieuwe (of postmoderne) planologie op land.

Pas zeer recentelijk lijkt alleen de in de inleiding genoemde kabinetsbrief inzake stelselwijziging omgevingsrecht van 9 maart 2012 (IENM/BSK-2102/21699) enigszins aan te sluiten bij de bovengeschetste rechtsdiagnose dat natuurnormen 'afweegbaar' gemaakt zouden moeten worden in een nieuwe Omgevingswet. Hoe dit moet, weet men

---

<sup>11</sup> N. de Sadeleer, *Environmental principles*, Oxford 2002, p. 289-303

<sup>12</sup> Deze *AMvB Ruimte* (Stb 2011, 391) trad op 30 december 2011 in werking en zal in de loop van 2012 nog worden uitgebreid.

ten departemente nog niet, maar het zou kunnen betekenen dat natuurtoetsen overruled kunnen worden door een duurzaamheidsweging. Het is van belang te onderzoeken of dat niet in strijd is met het Europese recht.

## 5. Europees recht

### 5.1 Duurzaamheidsbeginsel ex art. 3 lid 3 VEU

Ons omgevingsrecht blijft zoals hierboven geschetst nog hardnekkig hangen in allerlei milieu- en natuurtoetsen, maar men zou kunnen tegenwerpen dat dat ook verplicht is vanuit het Europese recht. Zo komen habitattoets en soortentoets voort uit de Europese habitat- en vogelrichtlijn. Europese richtlijnen zijn echter van lagere rang dan Europese verdragsartikelen. Zo is er in het Verdrag betreffende de Europese Unie het algemene communautaire beginsel van duurzame ontwikkeling van economie, maatschappij en milieu (art. 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie, VEU) oftewel een balans tussen de duurzaamheidsaspecten van respectievelijk *profit*, *people* en *planet*. Dit artikel luidt voor zover hier van belang:

*'[De Unie] zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van evenwichtige economische groei (...), een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op (...) sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.*

*(...)*

*De Unie bevordert de economische, sociale en territoriale samenhang, en de solidariteit tussen de lidstaten.<sup>13</sup>*

Een interessante vraag binnen het huidige natuurbeschermingsrecht zou nu kunnen zijn of de eenzijdige habitattoets (toetsing op enkel ecologische ofwel *planet*-aspecten) uit de habitatrichtlijn (en ook de nationale implementatie daarvan in de Natuurbeschermingswet) zich wel verdraagt met het gebod van weging van zowel economische, maatschappelijke als ecologische aspecten als bedoeld in het hiërarchisch hogere art. 3 lid 3 VEU (het duurzaamheidsbeginsel). Waar het Europees verdragenrecht meer op een (meerzijdige) weging lijkt te duiden, vraagt de lagere richtlijn om een (eenzijdige) toetsing.

### 5.2 *Infra legem*

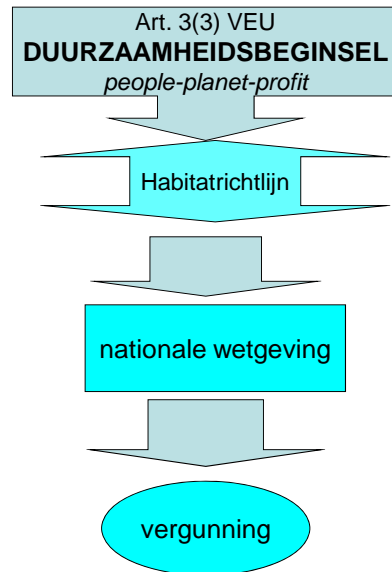
Verdragsconforme interpretatie zou wellicht weer kunnen pleiten voor een meer op weging gerichte rechtsvinding. In elk geval is niet zonder meer duidelijk dat weging in strijd met het Europese recht zou zijn. Men zou zelfs kunnen verdedigen dat een duurzaamheidsweging *infra legem*, want binnen het communautaire recht en conform art. 3 lid 3 VEU is. Vergeten wordt vaak dat het Europese recht, het *acquis communautaire*, heel wat meer is dan alleen maar een Europese richtlijn. Een verdragsbepaling is in de juridische normenhiërarchie hoger dan een richtlijnbevestiging. De rechter zou de habitattoets uit de richtlijn kunnen toetsen aan het hogere verdrag en bij

---

<sup>13</sup> Cursivering van de auteur. De cursivering ziet op respectievelijk de 3Ps: *profit* (economische groei), *people* (sociale vooruitgang) en *planet* (bescherming én verbetering van het milieu). Duurzame ontwikkeling wordt overigens ook weer onderstreept in lid 5 van art. 3 VEU. Een *three scale balancing* in het kader van het EU duurzaamheidsstreven zou wellicht op dit algemene EU-beginsel van duurzaamheid te gronden zijn.



strijdigheid zou hij het lagere art. 6 van de Habitatrichtlijn dus buiten toepassing kunnen laten (als zijnde onverbindend) en het wegingsgebod van het verdrag kunnen laten prevaleren. De duurzaamheidsweging ex art. 3 lid 3 VEU heeft dan dus voorrang boven de habitattoets van art. 6 Habitatrichtlijn en art. 19d e.v. van de Natuurbeschermingswet. Tot nog toe is een dergelijk verzoek helaas nog niet bij een rechter (nationale rechter en/of Hof van Justitie) uitgetoetst en we weten we niet zeker of de rechter aan art. 3 lid 3 VEU directe werking zal toekennen.<sup>14</sup>



### 5.3 Contra legem

Maar zelfs wanneer men i.c. zou menen dat de duurzaamheidsweging van art. 3 VEU de habitattoets van art. 6 Habitatrichtlijn niet zou kunnen overrulen (onverbindendheid *erga omnes*) dan nog zou men kunnen verdedigen dat in concrete gevallen (dus *inter partes*) het duurzaamheidsbeginsel de norm van art. 6 Habitatrichtlijn (of de implementatie daarvan in art. 19d e.v. Natuurbeschermingswet, hierna Nbw) opzij zou kunnen zetten. In de rechtsdogmatiek kan een beginsel immers ook *contra legem* worden toegepast: onder omstandigheden kan strikte toepassing van een wettelijke norm in die mate in strijd komen met een beginsel dat die toepassing achterwege dient te blijven.<sup>15</sup> In het nationale bestuursrecht kennen we deze *contra legem*-dogmatiek sinds de zogenoemde doorbraakarresten uit 1978<sup>16</sup>, maar ook in het internationale recht is dit leerstuk bekend.

<sup>14</sup> Niet ondenkbaar is immers dat de rechter aan deze verdragsbepaling rechtstreekse werking ontzegt (zie verder A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag 2011, p. 499 e.v.) alsdan kan door de rechter geen toetsing van lager recht aan deze verdragsbepaling plaatsvinden.

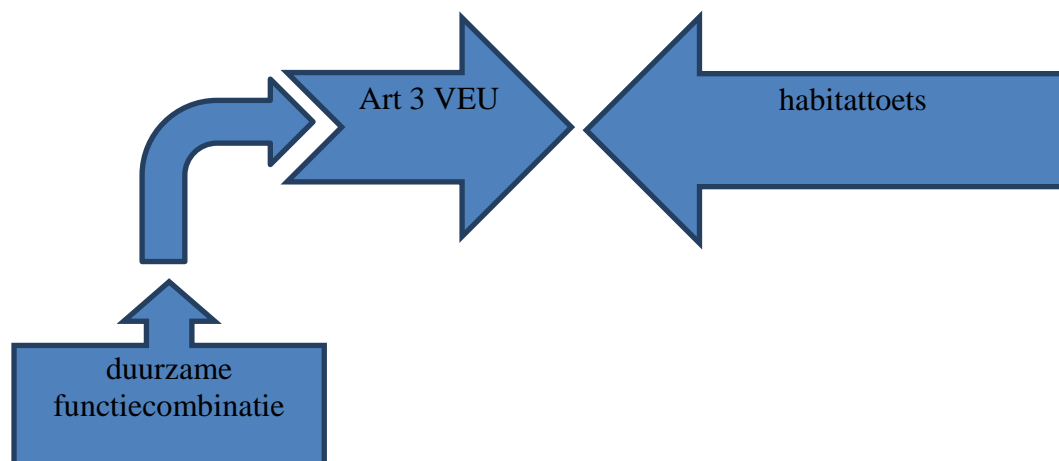
<sup>15</sup> F.H. Kistenkas, *Contra- legemjurisprudentie en anterieure beleidsregels*, WFR 1993, p. 1145-1152 en WFR 1993, p. 1529-1535.

<sup>16</sup> HR 12 april 1978, BNB 1978, 135-137 (agrarische waardebeoordeling). Daarover nader: J.H. van Kreveld, *Doorbraakarresten*, in: AB Klassiek, Zwolle 1991, p. 115 e.v.

Algemene rechtsbeginselen kunnen lacunes in het recht opvullen (*praeter legem*), kunnen binnen het recht ter matiging en richtlijnconform worden toegepast (*infra legem*), maar kunnen ook het recht corrigeren of terzijde stellen (*contra legem*).<sup>17</sup>

In wezen gaat het bij de *contra legem*-dogmatiek om een weging van duurzaamheidsbeginsel versus wettigheidsbeginsel (het beginsel dat het bestuur de wet, bijvoorbeeld de Nbw, en/of een richtlijn moet toepassen). In concreto kan dan toch het duurzaamheidsbeginsel zwaarder wegen. Dat dit beginsel nog te weinig omlijnd lijkt of onvoldoende normatieve kracht zou hebben, lijkt i.c. geen argument; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hadden dat ten tijde van de doorbraakarresten immers ook niet.<sup>18</sup> Het duurzaamheidsbeginsel zou in casusposities van duurzame energieproductie in bos of natuur een één-dimensionale toets opzij kunnen zetten ten gunste van een duurzame (ESD)balans.

Kortom: duurzaamheidsweging kan men zien als een eigenstandig verdragsartikel dat mogelijk onder omstandigheden directe werking zou kunnen hebben en toetsing met een niet-duurzame uitkomst kan overrulen (*infra legem*), maar men kan het wellicht ook zien als een algemeen rechtsbeginsel dat in concreto een wettelijke norm als dat van art. 19d Nbw (habitattoets) terzijde zou kunnen stellen (*contra legem*).



- *Duurzaamheidsbeginsel (art. 3 VEU) versus wettigheidsbeginsel (habitattoets ex art. 6 Hab.r. en art. 19d e.v. Nbw)*

## 6. Transitie

De vele haastig over elkaar heen buitende wetsontwerpen en de wens om uiteindelijk tot een totaal nieuw codificerend wetboek (Raamwet Omgevingsrecht) te komen, geven intussen wel aan dat het groenblauwe omgevingsrecht in een transitoire fase geraakt. De rechtsvernieuwing zou zich moeten richten op de thans heersende rechtsvindingsmethodiek in het groenblauwe omgevingsrecht.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag 2011, p. 221.

<sup>18</sup> F.H. Kistenkas, *Problemen van regelgeving*, Lelystad 1994, p. 24-33.

<sup>19</sup> Vgl. F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2012, p. 125-127; p. 150-153 en p. 169-179.

Wat evenwel opvalt is dat zowel bestaande als nieuwe wetgeving voortdurend blijven uitgaan van de toetsing als rechtsvinding; bijvoorbeeld toetsing aan ecologische criteria zoals instandhoudingsdoelstellingen (Natura2000), wezenlijke kenmerken en waarden (EHS) of kernkwaliteiten (Nationale Landschappen en erfgoederen). Weging en dus een duurzame balans van ecosysteemdiensten wordt daardoor rechtens tegengewerkt of zelfs geblokkeerd. Onderbenutting van ecosysteemdiensten ligt daardoor op de loer. Moet men toetsen aan uitsluitend ecologische criteria dan dreigt onderbenutting van productiediensten en immateriële diensten en bij toetsing op economische criteria (zoals bijvoorbeeld bij een gebiedsontwikkelingsplan op basis van de Crisis- en herstelwet) dan dreigt onderbenutting van immateriële, regulerende en ondersteunende diensten.

Het is dit probleem waar de kabinetsbrief over de voorgenomen Omgevingswet in wezen op doelt. Een duurzaamheidsweging resulterend in een balans van ESDs zou dit probleem kunnen oplossen, maar alsdan zou aan art. 3 lid 3 VEU hetzij *infra legem* voorrang (boven de EU-Habitatrichtlijn en nationale wetten als Nbw en Barro) gegeven moeten worden, hetzij aan het duurzaamheidsbeginsel uit dit verdrag *contra legem* toepassing moeten kunnen worden gegeven.

Dan behoren opeens duurzame functiecombinaties zoals *forest windfarming* en *offshore windfarming* rechtens tot de mogelijkheden, waar zij thans vaak geblokkeerd lijken te worden door limitatieve instandhoudingsdoelstellingen van Natura2000-gebieden, wezenlijke kenmerken en waarden van EHS-gebieden of algehele bouwverboden als in het Barro.

## 7. Conclusies

- Door de traditionele focus op eenzijdige toetsing komt een balans van ecosysteemdiensten ernstig in gevaar en daarom zou er binnen het omgevingsrecht een alteratie moeten gaan plaatsvinden: een transitioire fase naar een nieuw soort omgevingsrecht met plaats voor weging van ecosysteemdiensten opdat niet langer een onderbenutting daarvan wettelijk ondersteund wordt.<sup>20</sup> Wettelijke toetsen als de habitattoets, soortentoes, EHS-toets en de Waddentoets kunnen in concrete casusposities een rechtsblokkade vormen voor duurzame gebiedsontwikkeling en daarbij behorende functiecombinaties van bijvoorbeeld duurzame energieproductie in natuur.
- Het duurzaamheidsbeginsel ex art. 3 VEU en *infra legem* hetzij *contra legem* toepassing daarvan biedt wellicht een mogelijkheid tot zo'n alteratie van toetsing naar weging.

---

<sup>20</sup> Ibidem.