

Waarvoor staat ‘plan’ in plan-m.e.r.?

Inleiding

Het lijkt zo simpel. We kennen plan-m.e.r. en project-m.e.r. Plan-m.e.r. wordt gedaan voor plannen en project-m.e.r. voor projecten. Maar in de praktijk blijkt dat een stuk lastiger. Over het projectbegrip valt al het nodige te zeggen (zie bijvoorbeeld mijn annotatie bij de PAS-uitspraak, 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, «JM» 2019/5). Dit keer richt mijn bijdrage zich op de vraag welke plannen mogelijk plan-m.e.r.-plichtig zijn. Aanleiding hiervoor is de recente uitspraak over het projectplan Waterwet Versterking Markermeerdijken, 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125, opgenomen in deze aflevering.

Voordat ik die uitspraak bespreek, is het van belang om nog eens naar voren te halen waarom plan-m.e.r. in het leven is geroepen. Na jaren ervaring met project-m.e.r. werd duidelijk dat veel belangrijke keuzes die van invloed zijn op de uiteindelijke vormgeving van een project waarvoor m.e.r. wordt gedaan, al in een eerder stadium plaatsvinden. Zonder m.e.r. voor bovenliggende plannen zouden veel milieuoverwegingen onvoldoende in de besluitvorming meegenomen worden. Vaak gaat een vergunning alleen nog maar over de vraag ‘hoe’ een project wordt vormgegeven, maar niet meer over ‘waarom’ een bepaalde ontwikkeling gewenst is, ‘wat’ wordt gekozen om het doel te bereiken, en ‘waar’ die ontwikkeling dan moet plaatsvinden. Daarom heeft de Europese wetgever ervoor gekozen om ook m.e.r. bij plannen en programma’s voor te schrijven.

Vanzelfsprekend hoeft dit niet bij alle plannen, maar alleen bij die plannen die ‘aanzienlijke milieueffecten’ kunnen hebben. Artikel 2, onder a, van de Smb-richtlijn geeft een definitie van ‘plannen en programma’s’. Artikel 3 verduidelijkt vervolgens waaraan plannen en programma’s moeten voldoen om onder de werkingssfeer van de richtlijn te vallen.

Markermeerdijken

In de uitspraak Markermeerdijken passeert een aantal interessante aspecten de revue. Al-

leerst de vraag of een Wabo-afwijkingsongevingsvergunning of een projectplan Waterwet plan-m.e.r.-plichtig kunnen zijn (1), vervolgens de vraag of alsnog een plan-m.e.r. nodig is omdat aan voorgaande geen of een onvoldoende plan-m.e.r. ten grondslag heeft gelegen (2), en tot slot de vraag of bepalingen uit de Waterwet kunnen worden gekwalificeerd als plan of programma in de zin van de Smb-richtlijn (3). De punten met betrekking tot de inhoud van het MER (r.o. 14 en 15) en het Commissie-m.e.r.-advies (r.o. 16) laat ik – hoewel lezenswaardig – voor deze annotatie zitten omdat ze de vaste lijnen in de jurisprudentie volgen en daaraan niets toevoegen.

Van belang voor het begrip van deze uitspraak is het volgende. Voor elk dijktraject zijn een signaleringswaarde en een ondergrens berekend, die zijn opgenomen in respectievelijk bijlage II en bijlage III van de Waterwet. Deze berekening is gebaseerd op uitgangspunten uit de nationale waterplannen (tussentijdse wijzigingen NWP1 en NWP2). Daarin staat onder meer dat iedereen in Nederland achter een primaire waterkering vóór 2050 ten minste een beschermingsniveau krijgt met een kans van niet meer dan 1 op 100.000 per jaar om te overlijden door een overstroming. Per dijktraject is het optimale beschermingsniveau met de daarbij behorende investeringen berekend. Aan de dijktrajecten waarbinnen de Markermeerdijken vallen, is in de Waterwet een maximale overstromingskans van 1:1.000 toegekend. Dit is de ondergrens. De ondergrens is de overstromingskans per jaar waarop het dijktraject ten minste berekend moet zijn. Daarnaast geldt voor de Markermeerdijken een signaleringswaarde van 1:3.000. Overschrijding van de signaleringswaarde geeft de beheerder een signaal dat hij op termijn maatregelen zal moeten nemen. Het onderhavige project gaat uit van de waterveiligheidseisen uit de Waterwet en sluit aan bij de voor de dijktrajecten, die behoren tot de Markermeerdijken, aangegeven ondergrenzen en signaleringswaarden uit de Waterwet.

1. *Afwijkingsvergunning en projectplan zijn geen plan*

De Afdeling bestuursrechtspraak beantwoordt de eerste vraag snel onder verwijzing naar haar vaste jurisprudentie. Een vergunning op grond van art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht is geen plan en kan dus niet plan-m.e.r.-plichtig zijn, zoals bijvoorbeeld al blijkt uit ABRvS 7 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:5 («JM» 2015/38, m.nt. Van Velsen). Appellant probeert nog nieuwe argumenten en verwijst naar een noot van Soppe in *M en R* 2014/28 en naar een aantal Europese documenten om aan te tonen dat een afwijkingsvergunning hetzelfde is als een bestemmingsplan. Dat mag allemaal niet baten.

Toch blijft het ongemakkelijk dat de vraag of een plan-m.e.r.-plicht geldt (al dan niet vanwege samenloop met de passende beoordeling) in het Nederlandse stelsel afhankelijk is van de keuze voor een afwijkingsvergunning of een bestemmingsplanwijziging (of inpassingsplan), zo ook de annotatie van M.A.A. Soppe in *M en R* 2014/28 bij Rechtbank Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7078. Dat klemmt te meer omdat het arrest van het Europese Hof van 7 juni 2018, zaak C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401 (de zaak *Thybaut*, die ook later in de uitspraak wordt aangehaald), een andere richting uitwijst. Daarin oordeelt het Hof immers dat een besluit dat afwijking van een stedenbouwkundig plan toestaat vanwege deze mogelijkheid tot afwijking onder het begrip ‘plannen of programma’s’ uit de Smb-richtlijn valt. Zoals A-G Kokott het verwoordde in haar conclusie (Conclusie A-G 25 januari 2018, C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401, r.o. 29 tot en met 31): ‘De mogelijkheid om van bestaande voorschriften af te wijken vertoont gelijkenissen met de intrekking van dergelijke voorschriften. (...) Ten aanzien van de intrekking van plannen of programma’s heeft het Hof reeds beslist dat dit gelet op de kenmerken en effecten van besluiten tot intrekking van plannen of programma’s, strijdig is met de door de Uniewetgever nagestreefde doelstellingen en deels afbreuk kan doen aan de nuttige wer-

king van de SMB-richtlijn, wanneer deze besluiten van de werkingssfeer van de SMB-richtlijn worden uitgesloten. Door een besluit tot intrekking van een plan of programma wordt namelijk eveneens het kader voor toekomstige goedkeuringen van projecten aanzienlijk beïnvloed. Deze overwegingen gelden in gelijke mate voor de mogelijkheid om van bestaande stedenbouwkundige voorschriften af te wijken.’

De Afdeling gaat hier helaas niet op in. In plaats daarvan blijft zij bij de lijn dat een dergelijk besluit niet kan worden gebruikt om, vooruitlopend op de vaststelling van een bestemmingsplan, een toetsingskader vast te stellen voor meerdere nog niet geconcretiseerde plannen die het geldende plan vervangen, waarmee het dus geen kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor in bijlagen I en II bij de M.e.r.-richtlijn genoemde projecten en om die reden niet plan-m.e.r.-plichtig kan zijn.

Ook een projectplan als bedoeld in de Waterwet is – ondanks de naam ervan – bedoeld voor de uitvoering van een concreet project en bevat geen kader voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten. Het onderhavige projectplan moet daarom worden gezien als vergunning voor een concreet project. Dit is opvallend omdat ook een inpassingsplan bedoeld is voor de uitvoering van een concreet project, maar wel een mogelijk plan-m.e.r.-plichtig plan is. Overigens is het zo dat in het Nederlandse recht voor primaire waterkeringen niet het projectplan zelf maar de goedkeuring ervan door GS als het m.e.r.-beoordelingsplichtige besluit in kolom 4 van categorie D3.2 is opgenomen. Slechts een korte periode was dit anders, maar dit is snel rechtgezet (zie artikel IV, onderdeel C, onder 2 van het Besluit van 11 augustus 2012 tot herstel van gebreken van wetstechnische en inhoudelijk ondergeschikte aard in enkele besluiten op de beleidsterreinen van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, *Stb.* 2012, 424).

Onder de Omgevingswet wordt het projectplan Waterwet en het hiervoor genoemde inpassingsplan een zogenoemd projectbesluit (waarvoor mogelijk project-m.e.r. moet worden gedaan, althans voor de goedkeuring van het projectbesluit als het om dijkversterkin-

gen gaat), waaraan een voorkeursbeslissing vooraf kan gaan (waarvoor mogelijk plan-m.e.r. moet worden gedaan).

2. Ontoereikende of geen plan-m.e.r. bij eerdere kaderstellende plannen

Het tweede aspect wordt in de Nederlandse praktijk niet vaak door appellanten aangedragen, terwijl de Europese jurisprudentie daar, sinds de *Terre Wallone*-rechtspraak (HvJ EU 17 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:355) duidelijk over is. Als voor bovenliggende plannen ten onrechte geen plan-MER is gedaan, dan moeten deze plannen buiten beschouwing worden gelaten. Sterker nog, alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen de plannen in stand blijven (zie HvJ EU 28 februari 2012, zaak C-41/11, ECLI:NL:XX:2012:BV8453). Dit betekent dat bij het latere besluit niet meer kan worden uitgegaan van de kaders uit die plannen. Een project-MER zal dus als het ware ook nog als plan-MER voor die kaders gelden. Deze stok achter de deur is nodig om ervoor te zorgen dat de plan-m.e.r.-plicht niet zonder gevolgen ontdoken kan worden. Het voordeel van een goed plan-MER is juist dat bovenliggende vragen (waarom, wat en waar?) al in een eerdere fase zijn onderzocht, zodat een project-MER zich kan beperken tot de precieze inrichting van een project (hoe?). Omdat tegen die eerdere plannen geen bezwaar of beroep openstaat, kan het niet anders dan dat pas bij het latere besluit een rechter zich erover buigt of dat dit wel had moeten.

Het is dan natuurlijk wel nodig dat appellanten duidelijk onderbouwen welke onderdelen van die eerdere plannen kaderstellend zijn voor het latere besluit. Dat is hier niet goed gelukt. Het enkel noemen van het Nationaal Waterplan, de tussentijdse herzieningen van het Nationaal Waterplan, het Deltaprogramma, het Hoogwaterbeschermingsprogramma, stroomgebieds- en overstromingsbeheerplannen is hiervoor onvoldoende. De Afdeling volgt verweerders dat het projectplan niet uitgaat van bepaalde criteria en modaliteiten uit de genoemde documenten en ziet geen criteria en modaliteiten die ten onrechte niet of onvoldoende in een plan-MER zouden zijn betrokken. De verwijzing naar de waterveiligheidsnormen die gelden voor de Markermeerdijken, maken dit volgens de Afdeling niet

anders, nu deze normen zijn vastgelegd in de Waterwet en niet in de genoemde plannen. Dat is opvallend omdat het ook in de ruimtelijke ordening gebruikelijk is dat eerst een plan (visie) wordt opgesteld waarna het beleid vervolgens in een verordening in normen wordt vertaald. Voor dat plan wordt dan gewoonlijk een plan-MER gemaakt, en niet voor de latere vastlegging van de normen in de verordening.

Overigens is voor de door appellanten genoemde plannen wel degelijk een plan-MER opgesteld (voor stroomgebieds- en overstromingsbeheerplannen weliswaar indirect). Uitzondering hierop is het Hoogwaterbeschermingsprogramma, terwijl daarin jaarlijks wordt gekeken welke dijktrajecten prioriteit hebben om versterkt te worden.

3. Zijn de normen in de Waterwet een plan of programma?

Vervolgens gaat de Afdeling in op de vraag of de normspecificaties zoals opgenomen in de Waterwet, een plan of programma zijn waarvoor een plan-MER had moeten worden opgesteld. Appellanten verwijzen hiervoor naar het zogenoemde D'Oultremont-arrest (HvJ EU 27 oktober 2016, zaak C-290/16, «JM» 2017/12, m.nt. Hoevenaars). Bij mijn weten is dit de eerste keer dat appellanten deze jurisprudentie ook gebruiken voor andere wetgeving dan het Activiteitenbesluit. Daar kom ik later op terug.

De Afdeling komt tot de conclusie dat voor de signaleringswaarden en ondergrenzen in de Waterwet geen MER had moeten worden gemaakt. De Afdeling loopt de vereisten van art. 2 en 3 Smb-richtlijn langs:

- het plan of programma moet zijn voorgescreven: het moet door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld of door middel van een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering, en het moet wettelijk of bestuursrechtelijk zijn voorgeschreven;
- het plan of programma moet betrekking hebben op een bepaald grondgebied; en
- het plan of programma moet 'kaderstellend' zijn.

Dat laatste wil volgens de jurisprudentie van het Hof zeggen dat:

(1) een plan of programma wordt voorbereid met betrekking tot bepaalde sectoren, zoals omschreven in art. 3 lid 2 onder a Smb-richtlijn; en

(2) een plan of programma het kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij de M.e.r.-richtlijn genoemde projecten.

Of een plan een kader vormt, moet volgens het Hof worden onderzocht aan de hand van de inhoud en doelstelling van het besluit. Het is standaard jurisprudentie van het Hof dat de Smb-richtlijn – en dus ook het begrip ‘plannen en programma’s’ – ruim moet worden uitgelegd. Gelet op de D’Oultremont-rechtspraak en het hiervoor genoemde beoordelingskader stelt ook de Afdeling dat niet is uitgesloten dat algemeen verbindende voorschriften naar hun inhoud als plan of programma, als bedoeld in art. 2 Smb-richtlijn, moeten worden aangemerkt. Er moet namelijk voorkomen worden dat de plan-MER-plicht wordt ontweken.

Maar in dit geval is geen sprake van kaderstelling, aldus de Afdeling. Hiervoor noemt zij drie redenen:

– Uit de normen in de Waterwet volgt niet dat er bij elk dijktraject maatregelen moeten worden getroffen (er zijn immers ook dijktrajecten die voldoen aan de gestelde normen).

– Ook bepalen de normen niet welke maatregelen worden getroffen en elk soort maatregel heeft in verschillende mate gevolgen voor het milieu. Het is dan ook niet de norm, maar de keuze van de waterbeheerder voor een bepaalde maatregel die de aard en omvang van de milieugevolgen bepaalt.

– Daarnaast veronderstellen de normen uit de Waterwet geen concreet project en vormen ze als zodanig ook geen randvoorwaarden voor projecten. De normen uit de Waterwet zijn normen waar dijktrajecten aan moeten voldoen om de waterveiligheid te garanderen en, anders dan een stadsontwikkelingsproject of bijvoorbeeld een windturbine, is een norm voor een dijktraject op zichzelf nog geen project.

De Afdeling wijst erop dat het Hof in arresten over het begrip ‘plan of programma’ in de Smb-richtlijn heeft geoordeeld dat een halt

moet worden toegeroepen aan mogelijke ontwikkelingsstrategieën, bijvoorbeeld in de vorm van fragmentering van maatregelen.

Interessant is dat de Afdeling stelt dat de normen uit de Waterwet nog niets zeggen over milieugevolgen, nu het stadium waarin mogelijke gevolgen voor het milieu zichtbaar worden en waarin deze kunnen worden beoordeeld, nog niet is bereikt. De eventuele milieugevolgen kunnen zich pas manifesteren als de normen uit de Waterwet nadere invulling krijgen door te nemen maatregelen. Het gaat voorbij aan de gedachte van de Smb-richtlijn dat op ieder niveau weer een meer kaderstellende uitspraak wordt gedaan en opnieuw in een plan-MER wordt gekeken wat dit voor het milieu betekent. Daarbij gaat het soms om de meer abstracte vraag waarom en wat voor ontwikkelingen gewenst zijn. En in andere gevallen gaat het bijvoorbeeld om de meer concrete vraag waar en onder welke voorwaarden ontwikkelingen mogen plaatsvinden. In Nederland is plan-MER in de praktijk ten onrechte beperkt tot de ruimtelijkeordeningsplannen waar het gaat om relatief concrete ontwikkelingen. Dit klinkt ook door in deze uitspraak: als bij een plan concrete ontwikkelingen nog niet in beeld zijn, dan vindt de Afdeling plan-MER niet aan de orde, en als een plan juist een concrete ontwikkeling faciliteert, dan vindt zij eerder project-MER op zijn plaats. Het is echter wel degelijk goed mogelijk en zelfs wenselijk om abstracte vragen over bijvoorbeeld biomassa, klimaatadaptatie en natuurbeleid in een plan-MER te onderzoeken zonder dat al concrete projecten in beeld zijn. Aan de andere kant is het juist praktisch om de meer concrete vraag waar een specifieke ontwikkeling moet komen, in een plan-MER te onderzoeken en los te koppelen van de vraag hoe die ontwikkeling er dan uit moet zien, die vervolgens in een project-MER kan worden onderzocht.

De rechtspraak van het Europese Hof kwam met het D’Oultremont-arrest ineens dichtbij voor Nederland. Waalse regels met daarin sectorale voorwaarden (voor onder meer lichtsystemen, slagschaduw en geluid) voor windmolenparken voor een bepaald vermogen, waren plan-m.e.r.-plichtig (zie ook mijn

annotatie bij «JM» 2017/12). Het was nu nog duidelijker dat algemene regels ook gekwalificeerd kunnen worden als plan of programma in de zin van de Smb-richtlijn. Bovendien hoeven plannen en programma's geen betrekking te hebben op een specifiek gebied (heel Nederland is voldoende) en hoeven ook niet het 'complete kader' te stellen voor windmolens. Eerder heeft de Afdeling in verschillende ('anti-windmolen') procedures geoordeeld dat voor de regels over windturbines in het Activiteitenbesluit geen MER nodig was. Zie ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:766, *M en R* 2018/74, m.nt. Gundelach en Kevelam, en ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, *TBR* 2019/79, m.nt. De Vries en Frins en «JM» 2019/63, m.nt. Hoevenaars, en ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1105, *TBR* 2019/80, m.nt. De Vries en Frins. Met hen ben ik van mening dat er sneller sprake is van kaderstelling dan ten aanzien van de regels in het Activiteitenbesluit is geoordeeld. Immers, het gaat er niet zozeer om of regels juridisch binden, maar of ze een 'toonzettend karakter' hebben, waarvoor ook verwezen zij naar diverse kamerstukken, waaronder *Kamerstukken II* 2004/05, 29811, nr. 3, p. 3-4. Daarbij is het niet nodig dat de ontwikkelingen waarover de regels gaan, nu al bekend zijn. Dat was in de Waalse zaak immers ook niet het geval. Ook gold de Waalse regeling voor het hele grondgebied en voorzag het niet in een volledig kader voor milieubescherming vanwege de exploitatie van windmolens.

Ook de regeling van het Gewest Brussel met stedenbouwkundige voorschriften in het arrest van HvJ EU 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:403, *TBR* 2018/146, m.nt. Frins, komt dicht in de buurt van de wijze waarop in Nederland milieuaspecten zijn geregeld (zie ook HvJ EU 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:401). In dit arrest geeft het HvJ duidelijkheid over wat onder een 'groot pakket criteria en modaliteiten' op een kwalitatieve manier moet worden begrepen. Om het kader te vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor m.e.r.(beoordelings-)plichtige projecten, zoals bijvoorbeeld de opsomming van voorwaarden waaronder projecten mogen worden gereali-

seerd, moeten die regels wel als een 'groot pakket criteria en modaliteiten' op een kwalitatieve manier worden begrepen. De criteria en modaliteiten moeten aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Zoals Frins in genoemde annotatie opmerkt, zou, gelet op het feit dat voor de Brusselse regeling een plan-MER had moeten worden opgesteld, het Nederlandse Bouwbesluit hiervoor ook gekwalificeerd kunnen worden.

De normen in de Waterwet zijn echter wel anders dan die in het Activiteitenbesluit. Die laatste gaan over voorwaarden waar windturbineparken aan moeten voldoen, terwijl de veiligheidsnormen in de Waterwet er juist toe kunnen leiden dat een vergunning voor een m.e.r.-beoordelingsplichtig project nodig is. Nu is het wel zo dat niet voor alle dijktrajecten zal gelden dat de normen vragen om een dijkversterking, maar andersom geldt wel dat de veiligheidsnormen in de Waterwet als dé reden voor de meeste dijkversterkingen worden aangevoerd. Op het moment dat een project-MER voor een dijkversterking voorligt, staat vanzelfsprekend de norm uit de Waterwet niet meer ter discussie.

Slotbeschouwing

Het is te verwachten dat onder de Omgevingswet de vraag of plan-m.e.r.-plicht ook voor algemene regels geldt, nog vaker wordt gesteld. Het huidige systeem waarbij de wetgever voor kaderstelling per activiteit de mogelijk plan-m.e.r.-plichtige plannen limitatief heeft aangewezen (voor plan-m.e.r.-plicht vanwege een passende beoordeling is dit niet gedaan, zie art. 7.2a lid 2 Wm) wordt vervangen door een open systeem. Art. 16.34 lid 2 Omgevingswet noemt namelijk enkele Omgevingswetplannen die 'in ieder geval' plan-m.e.r.-plichtig kunnen zijn, maar maakt duidelijk dat dit er veel meer kunnen zijn. Het is goed te beseffen dat dit ook plannen kunnen zijn die niet onder de Omgevingswet, maar bijvoorbeeld onder de luchtvaart- of energiewetgeving vallen.

In de parlementaire geschiedenis was het D'Oultremont-arrest bekend, waardoor de wetgever al liet vallen dat algemene regels 'in een enkel geval (...) naast deze regels van algemene strekking ook regels [kunnen] bevat-

ten die kaderstellend zijn voor mer-(beoordelings)plichtige projecten.’ (zie *Kamerstukken* 2014/15, 33962, nr. 12, p. 209). Dat ook de onder de Omgevingswet vallende AMvB’s alsmede provinciale verordeningen als plan of programma kunnen worden gezien, is ook in de literatuur al voorbij gekomen. Zie bijvoorbeeld de annotatie van R. Frins in *TBR* 2018/146 bij HvJ EU 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:403. Hij verwijst naar andere publicaties in zijn voetnoten 9 en 10.

Jammer is dat de Afdeling er (weer) niet voor heeft gekozen om hierover prejudiciële vragen te stellen. In België gebeurt dit vaker en dat leidt ertoe dat we steeds meer weten over de wijze waarop het Europese Hof begripen als ‘plan of programma’ en ‘kader’ uit de Smb-richtlijn interpreteert. Na de Waalse zaak volgt binnenkort ook het arrest in een vergelijkbare zaak over dit keer de Vlaamse algemene regels over windturbines. De al gepubliceerde conclusie van de advocaat-generaal lijkt erop te wijzen dat ook de Vlaamse regels plan-m.e.r.-plichtig worden aangemerkt (zie <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=milieueffect&docid=224002&pageIndex=0&doclang=nl&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=49978#ctx1>). Het wordt interessant om te zien of de overwegingen van het Hof in die zaak nieuwe licht op de Nederlandse praktijk zullen schijnen. Wordt vervolgd dus.

G.A.J.M. Hoevenaars