

58

M.e.r.-beoordeling bij een grondwateronttrekking: juridisch correct of toch een verrassende uitspraak

Verderop in dit tijdschrift is een uitspraak opgenomen van de rechtbank Gelderland (ECLI:NL:RBGEL:2021:808, «JM» 2021/64) over de sanering van een grondwaterverontreiniging. Is die uitspraak correct of toch verrassend? Mogelijk hinkt u als lezer ook op twee gedachten. Ja, de rechtbank past de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie over milieueffectrapportage (m.e.r.) correct toe. Maar nee, m.e.r. komt hierin niet goed uit de verf. In deze bijdrage zet ik uiteen op welke wijze een andere afweging gemaakt had kunnen worden over de sanering. Mijns inziens had dat gekund door in een eerder stadium een milieueffectrapport te maken dan hier is gebeurd. Daarna ga ik in op de werking van het m.e.r.-systeem in Nederland in algemene zin, mede naar aanleiding van de uitspraak.

Plan-MER vereist?

Verrassend vind ik deze uitspraak met name omdat m.e.r. pas laat aan bod komt. Dat zit als volgt. Het college van GS heeft eerder ingestemd met het saneringsplan. Dat besluit is onherroepelijk. Voor het besluit is, voor zover ik kon nagaan, geen MER gemaakt. Vervolgens is voor de watervergunning die in deze uitspraak voorligt, wel een m.e.r.-beoordeling uitgevoerd. Die beoordeling gaat echter alleen over de tijdelijke en structurele gevolgen van het onttrekken van grondwater en de lozing, waarover in het eerdere saneringsplan een afweging is gemaakt.¹ M.e.r. komt dus pas in de uitvoeringsfase van het saneringsplan aan bod. Dat roept bij mij de vraag op of de instemming met het saneringsplan plan-m.e.r.-plichtig is op grond van de SMB-richtlijn², afgezien van een eventuele plan-m.e.r.-plicht vanwege een passende beoordeling (art. 7.2a Wm). Art. 2

en 3 SMB-richtlijn moeten daarvoor worden langsgelopen:

- 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.
- Het plan of programma moet 'kaderstellend' zijn. Dat wil zeggen dat een plan of programma wordt voorbereid met betrekking tot bepaalde sectoren, zoals omschreven in art. 3 lid 2 onder a SMB-richtlijn, en 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.-richtlijn³ genoemde projecten.

Zie ABRvS 22 april 2020,

ECLI:NL:RVS:2020:1125, r.o. 13.4.⁴

Aan alle vereisten wordt volgens mij voldaan. GS moeten instemmen met het saneringsplan, dat vereist is bij ernstige verontreiniging op een bepaalde locatie (art. 39 Wbb). Dit plan is dus wettelijk voorgeschreven en geldt voor een bepaald grondgebied. Ook stelt het plan het kader voor m.e.r.-(beoordelings)plichtige activiteiten waarvoor uitvoeringsbesluiten genomen moeten worden: de grondwateronttrekking. Voor een kaderstellend plan als het saneringsplan geldt dan een plan-m.e.r.-plicht op grond van de SMB-richtlijn.⁵ Dit punt komt in de uitspraak echter niet aan bod, omdat het saneringsplan al onherroepelijk is en

1 www.vallei-veluwe.nl/publish/pages/23569/mer_beoordeling_def_19-10-2018.pdf

2 Richtlijn 2001/42/EG.

3 Richtlijn 2011/92/EU.

4 En daarover ook G.A.J.M. Hoevenaars, 'Waarvoor staat "plan" in plan-m.e.r.?', «JM» 2020/6, p. 813-818.

5 Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet vervalt de instemming met het saneringsplan, waardoor het toevoegen van een wettelijke m.e.r.-plicht weinig zoden meer aan de dijk zal zetten.

omdat deze grond waarschijnlijk ook niet aangevoerd is.

Toegevoegde waarde plan-m.e.r.

Heeft een plan-MER meerwaarde in een geval als dit? Volgens mij kan hier op twee manieren naar gekeken worden. Aan de ene kant: een sanering heeft als doel om een verontreiniging van het milieu op te heffen. Daardoor zou de kwaliteit van de bodem en het grondwater omhoog moeten gaan. Men kan zich afvragen wat dan de toegevoegde waarde is van een MER (anders dan bijvoorbeeld bij het winningsplan voor aardgaswinning, zie hierna). Aan de andere kant: een grondwateronttrekking, lozing en persleiding ter uitvoering van een saneringsplan hebben zelf mogelijk ook negatieve milieugevolgen zoals blijkt uit deze uitspraak. In een plan-MER kan onderzocht worden waarom, hoe en waar de sanering het beste kan plaatsvinden. Voor bodem- en grondwaterverontreiniging kan bijvoorbeeld een afweging gemaakt worden tussen een individuele aanpak (art. 28 e.v. Wet bodembescherming), een clusteraanpak (art. 42 Wet bodembescherming) en een gebiedsgerichte aanpak (art. 55c e.v. Wet bodembescherming). Daarna kan een project-MER gaan over de precieze uitvoering (zoals hier de grondwateronttrekking). In dit saneringsplan zijn ook typische plan-m.e.r.-afwegingen gemaakt: 'de keuze voor een of meerdere onttrekkingsputten, de keuze voor de variant met lozing op het Valleikanaal, het door de onttrekkingsput niet afvangen van de vervuilingpluim die onder het volkstuintencomplex Bovenhoek aanwezig is, en in bredere zin de betwiste doelmatigheid van de sanering' (r.o. 7.2). Ook is in het saneringsplan gekozen om geen bronmaatregelen te treffen vanwege de hoge kosten en beperkte effectiviteit. Een plan-MER was hier inhoudelijk passend geweest. Bovendien gelden kaders uit de Wet milieubeheer (art. 7.7 Wm) en uit jurisprudentie over de inhoud van een plan-MER, waaronder over alternatievenonderzoek, vindt inspraak plaats over het MER en moet de Commissie m.e.r. adviseren over het MER. Voor een 'echt' plan-MER gelden dus juridische waarborgen zodat het milieubelang goed kan worden afgewogen.

Al met al zijn er volgens mij voldoende redenen om de milieugevolgen van keuzes in het saneringsplan goed in beeld te brengen via een plan-MER. Mogelijk volstaat in sommige gevallen ook een plan-m.e.r.-beoordeling om de milieueffecten eerst in beeld te brengen. Die figuur kennen we nu al onder de drempels van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit m.e.r. en – sinds 20 december 2020 – in art. 3 Besluit m.e.r. in combinatie met een passende beoordeling voor kleine gebieden of kleine wijzigingen.

Project-MER vereist?

Overigens kan ook de vraag gesteld worden of het saneringsbesluit project-m.e.r.-plichtig zou moeten zijn. Die vraag komt in deze uitspraak evenmin aan de orde, omdat het saneringsbesluit niet voor lag. Een juridische vergelijking met het instemmingsbesluit met een winningsplan voor gaswinning is hier snel gemaakt: de instemming met het winningsplan is volgens het Besluit m.e.r. en de huidige jurisprudentielijn van de Afdeling niet m.e.r.-(beoordelings)plichtig, maar de uitvoeringsvergunningen wel. In de literatuur is al een aantal keer signaleerd dat dit niet in lijn lijkt met jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. Alle deelbesluiten voor een project samen gelden als de vergunning in de zin van art. 1 lid 2 M.e.r.-richtlijn. De Afdeling bevestigde de huidige lijn echter recent nog in ABRvS31 maart2021, ECLI:NL:RVS:2021:660. Ik verwijs voor kritiek daarop naar de annotaties bij ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *M en R* 2016/63, m.nt. Kevelam en Soppe, ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156, «JM» 2018/9, m.nt. Wagenmakers en ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, *M en R* 2019/84, m.nt. Soppe en Kevelam.

Illustratieve uitspraak voor m.e.r. in besluitvorming

Ook naast die signaleringen over de m.e.r.-plicht is de uitspraak wat mij betreft illustratief voor (pragmatische?) keuzes binnen het Nederlandse m.e.r.-systeem, voortkomend uit de wet en jurisprudentie. Die keuzes leiden ertoe dat m.e.r. onvoldoende uit de verf komt.

Dat beschrijf ik hierna aan de hand van twee basisprincipes van m.e.r.:

- (1) Een MER beschouwt de totale milieugevolgen van een project.
- (2) Pas als het MER compleet is, wordt het besluit genomen.

‘Een MER beschouwt de totale milieugevolgen’

Uitgaande van de watervergunning als eerste m.e.r.-(beoordelings)plichtige besluit, is het vanuit m.e.r.-perspectief de bedoeling om de totale milieugevolgen van een project te beschouwen. Zie art. 1 onderdeel b, bijlage IV, van de gewijzigde M.e.r.-richtlijn⁶. In deze uitspraak wordt echter niet ingegaan op de vraag of de m.e.r.-beoordeling ook over de effecten van de persleiding had moeten gaan. De rechtbank stelt dat in deze procedure de watervergunning voorligt, niet de omgevingsvergunning voor de persleiding, en dat de watervergunning niet genoemd is in categorie D8.1 van de bijlage bij het Besluit m.e.r. (r.o. 8.2). Juridisch klopt dat, maar deze afbakening van de rechtbank leidt af van de discussie die eigenlijk gevoerd had moeten worden. Vanuit m.e.r.-perspectief moeten de milieugevolgen van het gehele project beoordeeld worden, en niet zozeer van het besluit in kwestie. In deze uitspraak komt niet aan bod of alle milieugevolgen (van de grondwateronttrekking, lozing én persleiding) in de m.e.r.-beoordeling meegenomen zijn. En dat is van belang voor de vraag of het gehele project goed beoordeeld is.

De rechtbank stelt overigens dat ‘de m.e.r.-beoordelingsplicht voor een buisleiding voor het transport van water, afvalwater of stoom is komen te vervallen’ (zie r.o. 8.2). Na de wijziging van het Besluit m.e.r. van 21 februari 2011⁷ staat de m.e.r.-beoordelingsplicht voor warm water en stoom echter in categorie D8.4. Alleen de m.e.r.-beoordelingsplicht voor koud en lauw water en afvalwater uit de voor de wijziging geldende categorie D8.3 is vervallen.

‘Pas als het MER compleet is, wordt het besluit genomen’

In deze zaak heeft het waterschap, verweerder, naar aanleiding van het beroepschrift van eiser de m.e.r.-beoordeling aangevuld. In het m.e.r.-beoordelingsbesluit waren de effecten van de lozing op het Natura 2000-gebied Rijntakken niet beoordeeld (zie r.o. 16.2). Deze m.e.r.-beoordeling was voorafgaand aan de watervergunning dus niet compleet, wat een motiveringsgebrek oplevert (zie wederom r.o. 16.2). De rechtbank oordeelt dat dit gebrek door het aanvullende onderzoek hersteld is. De rechtsgevolgen kunnen in stand blijven (zie r.o. 18). Een pragmatische oplossing die in lijn is met jurisprudentie (zie bijvoorbeeld ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:283, «JM» 2020/50, m.nt. Wagenmakers), maar vanuit m.e.r.-perspectief zet ik hier vraagtekens bij. De m.e.r.-beoordeling is een voorbereidingshandeling voor het besluit in de zin van art. 6:3 Awb.⁸ Pas als de m.e.r.-beoordeling of het MER compleet is, kan het bevoegd gezag een volledig geïnformeerde beslissing nemen. De M.e.r.-richtlijn vereist ook een m.e.r.-beoordeling voorafgaand aan het besluit (art. 2 lid 1 M.e.r.-richtlijn), en niet nadat het besluit is genomen. De gang van zaken in deze uitspraak lijkt mij de omgekeerde wereld, zoals in dit tijdschrift vaker is opgemerkt. Zie bijvoorbeeld de hiervoor genoemde annotatie bij de uitspraak van de Afdeling van 29 januari 2020. Wagenmakers stelt mijns inziens terecht dat bij deze pragmatische werkwijze geen ruimte is ‘voor spontane reacties’ en dat het gevaar bestaat ‘dat de m.e.r.-beoordeling naar een bepaald resultaat toegeschreven wordt’.

Samenvattend is de uitspraak, die aanleiding was voor deze bijdrage, in lijn met de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Tegelijkertijd laat de uitspraak goed zien wat beter kan in de werking van het m.e.r.-systeem.

mr. R. Sillevius Smitt

Jurist bij de Commissie voor de milieueffectrapportage

6 Richtlijn 2014/52/EU.

7 Stb. 2011, 102.

8 Zie G.A.J.M. Hoevenaars, *M.e.r. en ruimte*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2013, p. 94.