

Bijeenkomst RES en milieueffectrapportage – 14 december 2020

Bijlage bij de presentatie over juridische aspecten rondom RES en milieueffectrapportage

5

Auteurs: Marcel Soppe en Annemarie Wagenmakers

Inleiding

10

In het kader van de pilot RES en m.e.r. kreeg de Commissie meermaals de vraag voorgelegd wat de mogelijke gevolgen zijn van het niet doorlopen van de procedure voor de milieueffectrapportage bij een (concept-)RES. Het is voor veel partijen namelijk onduidelijk of bij een RES een zogenaamd plan-milieueffectrapport (verder plan-MER) moet worden opgesteld. Als op enig moment wordt geconcludeerd dat ten onrechte geen plan-MER is gemaakt, leidt dit dan tot juridische problemen bij de latere vergunningverlening? Ook die vraag is regelmatig gesteld.

15

20

In de eerste plaats wijst de Commissie erop dat de wetgever voorschrijft wanneer een MER nodig is. Voor zover de wettelijke regels interpretatieruimte laten, is het uiteindelijk aan de rechter om de rechtens juiste interpretatie te geven. Wat volgt, is een beschrijving van de regels en van de recente uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRVs).

25

De Commissie gaat noch over de regels noch over hun inkleuring. Zij vindt met name belangrijk dat bij een besluit de informatie beschikbaar is waarmee het milieubelang volwaardig kan worden meegewogen. Zo draagt het instrument MER bij aan een zorgvuldige voorbereiding en een goede motivering van besluiten. Het gebruiken van het instrument m.e.r. heeft daarnaast diverse voordelen.¹

30

Plan-m.e.r.-plicht in de Smb-richtlijn en Omgevingswet

Op grond van artikel 2 van de Smb-richtlijn wordt onder 'plan en programma's' verstaan de plannen en programma's waarbij het bevoegde gezag voor de vaststelling van de plannen en programma's in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is aangewezen én een procedure voor de vaststelling is bepaald.

Uit de uitspraken van het HvJEU volgt dat het ook gaat om de wijziging of intrekking van een plan en niet noodzakelijk om een plan dat verplicht moet worden vastgesteld.²

35

40

Een MER moet volgens artikel 3 van de Smb-richtlijn worden opgesteld als het een plan of programma is over een van de genoemde sectoren, aanzienlijke milieugevolgen kan hebben en kaderstellend is voor toekomstige vergunningen en projecten die in bijlage I of II van de M.e.r.-richtlijn zijn genoemd. Ook over het begrip 'kaderstellend' heeft het HvJEU zich inmiddels in een aantal zaken uitgesproken. Meest in het oog springend zijn de arresten HvJEU van 27 oktober 2016, C-290/15 (D'Oultremont) en meer recent HvJEU van 25 juni 2020, C-24/19 (Vlarem II).³ Daaruit volgt dat ook algemene regels onder bepaalde omstandigheden als kaderstellende plannen en programma's kunnen worden aangemerkt. Verder blijkt daaruit dat bij de uitleg van de woorden

¹ Zie voor een overzicht pagina 3 en 4 van dit [advies](#).

² Zie voor een overzicht <https://www.commissiener.nl/jurisprudentie/C+24.19>

³ <https://www.commissiener.nl/jurisprudentie/C-290.15> en <https://www.commissiener.nl/jurisprudentie/C+24.19>

'een kader vormt voor projecten en andere activiteiten' verschillende aspecten van belang zijn (onder meer het bepalen van de ligging, aard, omvang en gebruiksvoorwaarden van projecten en de toewijzing van hulpbronnen).

Ingevolge artikel 3 van de Smb-richtlijn geldt er (ook) een plan-m.e.r.-plicht als voor het plan een passende beoordeling op grond van de Habitatrictlijn vereist is.⁴

De artikelen 16.34 en 16.36 van de Omgevingswet kennen een algemene omschrijving van de plan-m.e.r.-plicht die (in tegenstelling tot de huidige situatie waarin de plannen limitatief zijn opgesomd in de C- en D-lijst van de bijlage bij het Besluit m.e.r.) zeer nauw aansluit bij de Smb-richtlijn. Dit maakt de uitspraken van het HvJEU des te relevanter voor de Nederlandse praktijk.

De Nationale Omgevingsvisie (NOVI) gaat uit van het opstellen van RES-en.⁵ Het Klimaatakkoord beschrijft de procedure om tot een RES te komen en benoemt de bestuursorganen die samen het bevoegd gezag vormen.⁶ Zowel de NOVI als het Klimaatakkoord zouden daarom als bestuursrechtelijke bepaling kunnen worden aange-merkt, wat zou betekenen dat voor een RES een plan-MER nodig is als die kaders stelt voor latere besluiten over m.e.r.-(beoordelings)plichtige energieprojecten.

Mogelijke procedurele gevolgen van niet opstellen van een MER

Als een RES plan-m.e.r.-plichtig is, rijst de vraag wat de juridische gevolgen zijn van het achterwege laten daarvan. Uit met name het Vlarem II-arrest volgt dat als er ten onrechte geen plan-MER is opgesteld, dat alsnog moet worden gedaan, en de vergunningen die op grond van het gebrekkige plan zijn verleend, in beginsel moeten worden ingetrokken.

De ABRvS heeft zich nog niet uitgelaten over beroepsgronden W het recente arrest van het HvJEU van 25 juni 2020, C-24/19 (Vlarem II) aan de orde zijn gesteld. Wel is de ABRvS geconfronteerd met beroepen in vergunningprocedures waarin appellanten verzochten om vernietiging van de vergunning onder verwijzing naar onder meer het D'Oultremont-arrest. Het gegeven dat er voor bepaalde plannen geen plan-MER is gemaakt, zou volgens appellanten aan rechtmatige vergunningverlening in de weg staan. Daarbij zij overigens opgemerkt dat er tegen die plannen zelf veelal geen beroep openstaat bij de bestuursrechter, wat verklaart dat een plan-m.e.r.-gebrek eerst in de latere vergunningprocedure bij de bestuursrechter aan de orde wordt gesteld.⁷

Uit die uitspraken van de ABRvS kan het volgende worden afgeleid. Als er criteria en modaliteiten zijn opgenomen in een plan waarmee bij de vergunningverlening rekening moet worden gehouden en er is voor dat plan geen plan-MER gemaakt, dan kan dat consequenties hebben voor de rechtmatigheid van de vergunning. Zie in dat verband de uitspraak inzake de

⁴ Zie tevens de Guidance van de Europese Commissie. Zie bijvoorbeeld pagina 5 paragraaf 3.3 van de handreiking van de Europese Commissie hierover, https://ec.europa.eu/environment/archives/eia/pdf/030923_sea_guidance_nl.pdf.

⁵ Zie onder meer pagina 78 van het MER voor de NOVI, beleidskeuze 1.4: '...We realiseren de opgave van duurzame energie met oog voor de kwaliteit van de omgeving en combineren deze zo veel mogelijk met andere functies. Voor de inpassing op land van de opgave voor duurzame energie worden regionale energiestrategieën opgesteld...'

⁶ Zie hiervoor pagina's 223 t/m 229 uit het Klimaatakkoord (versie juni 2019).

⁷ Bijvoorbeeld tegen (omgevings-)visies staat geen beroep open bij de bestuursrechter. Een eventueel gebrek in de totstandkoming van een dergelijk plan, kan pas bij vervolgbesluiten die daarop gebaseerd zijn aan de orde komen, voor zover die wel aan toetsing door de bestuursrechter onderhevig kunnen zijn (exceptieve toetsing). Overigens is een actie wegens onrechtmatige overheidsdaad bij de civiele rechter in die gevallen niet ondenkbaar. Zo was op 8 oktober 2020 het kort geding bij de rechtbank Assen inzake Windpark De Drentse Monden.

5 besluitvorming over Markermeerdijken.⁸ Daaruit blijkt overigens ook dat het op de weg van
appellanten ligt om te onderbouwen dat een plan criteria en modaliteiten bevat waarmee in
de vergunningverlening rekening moet worden gehouden. In de uitspraak over windpark Nij
Hiddum–Houw hadden appellanten aangevoerd dat het bevoegd gezag de locatie al had ge-
10 kozen in een principebesluit, waarvoor volgens hen in strijd met de Smb-richtlijn geen plan-
MER was opgesteld. Omdat het bevoegd gezag in het latere inpassingsplan en plan-MER de
locatie onderzocht en motiveerde, komt de ABRvS niet toe aan de vraag of het principebesluit
plan-m.e.r.-plichtig was op grond van de Smb-richtlijn. Het principebesluit vormde in die re-
denering niet de grondslag voor de vergunning.⁹

10 De ABRvS heeft in bovenstaande uitspraken het D'Oultremont-arrest toegepast. Het is de
vraag of de jurisprudentie van de ABRvS wellicht anders gaat luiden indien appellanten zich
gaan beroepen op het Vlarem II-arrest.

15 **Mogelijke inhoudelijke gevolgen van niet opstellen van een MER**

- het opstellen van het MER verdagen tot een later moment kan leiden tot andere keuzes
dan in de RES omdat pas in het MER de complete milieu-informatie voorhanden is;
- de afstemming tussen de verschillende overheden in een regio kan worden aangetast. Als
20 dwingend vastleggen van keuzes pas na de RES gebeurt en overheden op grond van ei-
gen afwegingen bepalen wat uit de RES in hun plannen wordt overgenomen¹⁰, kan dat
bijvoorbeeld de afstemming tussen projecten nadelig beïnvloeden met negatieve gevol-
gen voor het milieu (denk bijvoorbeeld aan onvoorziene stapeling van effecten op natuur
en landschap);
- de kans bestaat dat gemeenten de RES rechtstreeks vertalen in gemeentelijke omge-
25 vingsplannen of -vergunningen, voordat een later MER over de gehele RES is opgesteld.
Deze omgevingsplannen/vergunningen zullen uiteraard op gemeentelijk niveau met een
MER worden onderbouwd, maar missen waarschijnlijk de juiste bovenregionale/integrale
afwegingen. Het besluit waarin die afwegingen gemaakt worden, en het bijbehorende
MER zijn er immers dan nog niet.

8 <https://www.commissiemer.nl/jurisprudentie/201810151.1.R1>

9 ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301

10 Afwijking van de keuzes uit de RES kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van anders waarden van effecten en/of (deels) her-
zien van het RES-resultaat.