waddenacademie

Ruiterskwartier 121A
NL-8911 BS Leeuwarden

T +31 (0)58 233 90 30

info@waddenacademie.nl
www.waddenacademie.nl

DIRECTEUR
Prof. dr. ir. Katja Philippart

Aan: Parlement en Wetenschap
Van: Waddenacademie
Betreft: Juridisch advies inzake Natura 2000 en gaswinning onder de Waddenzee (Project gaswinning Ternaard)
Datum: 5 oktober 2021

SAMENVATTING

AANLEIDING

De NAM heeft vergunningen aangevraagd voor een productieboring naar het gasveld Ternaard. Dit gasveld ligt voor het grootste deel onder het kombergingsgebied 'Pinkegat' in de Waddenzee. De verantwoordelijke ministers (van EZK en LNV) zijn voornemens dit project toe te staan en hebben op 27 augustus 2021 diverse ontwerp-besluiten ter inzage gelegd, waaronder een ontwerp-instemmingsbesluit onder de Mijnbouwwet (Minister van EZK) en een ontwerp-vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Minister van LNV).

In het debat met de vaste commissie voor EZK van de Tweede Kamer op 15 september 2021 werd door een groot deel van de fracties kritisch op deze ontwerp-besluiten gereageerd. De Minister van EZK gaf daarbij aan dat de wetgeving hem niet de mogelijkheid geeft de vergunning te weigeren. Volgens de Minister zijn op de korte termijn geen nadelige gevolgen voor de natuur te verwachten - mede vanwege de toepassing van de hand-aan-de-kraan-aanpak.

De vaste commissie voor EZK van de Tweede Kamer heeft naar aanleiding van dit debat besloten om onafhankelijk extern juridisch advies in te winnen. Daarbij is de volgende centrale vraag geformuleerd:

> **"In hoeverre biedt de wetgeving in brede zin de minister de mogelijkheid een vergunning voor gaswinning onder de Waddenzee te weigeren?"**

Omdat voor het project gaswinning Ternaard de rijkscoördinatieregeling wordt gevolgd waarmee diverse besluiten gezamenlijk en onder coördinatie van de Minister van EZK worden voorbereid, mag ervan worden uitgegaan dat de vraag ook betrekking heeft op het al of niet door een andere minister kunnen weigeren van een voor het project benodigde vergunning.

Dit advies is opgesteld door de Waddenacademie en beantwoordt de bovenstaande vraag op basis van het geldende natuurbeschermingsrecht. Daarbij wordt de aandacht met name toegespitst op het geldende EU-recht voor gebiedenbescherming - het Natura 2000-regime - zoals verankerd in artikel 6 van de Habitatrichtlijn en zoals gecomplementeerd in hoofdstuk 2 van de Wet natuurbescherming. Concreet gaat het daarbij om het al of niet bestaan van de mogelijkheid voor de minister van LNV om een vergunning op grond van artikel 2.7, lid 2 van de Wet natuurbescherming te weigeren.

HET JURIDISCH KADER

Op grond van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn - in de Nederlandse wetgeving terug te vinden in de artikelen artikel 2.7 en volgende van de Wet natuurbescherming - mag een plan of project in of buiten een Natura 2000 gebied niet worden vergund wanneer het 'significante effecten' voor een Natura 2000-gebied kan veroorzaken. Daarbij moet ook gekeken worden naar cumulatieve effecten met andere activiteiten. Een effect is 'significant' wanneer het een nadelig effect heeft op de natuurlijke kenmerken die het gebied geschikt laten zijn voor de soorten en habitattypen waarvoor zogenaamde Natura 2000-instandhoudings-doelstellingen zijn geformuleerd.

Bij deze toets moet het voorzorgbeginsel worden toegepast. Het Hof van Justitie van de EU stelt de eis "**dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat die plannen of projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken gebieden.**"[1] Wanneer die wetenschappelijke twijfel wel bestaat dient de vergunning te worden geweigerd. Het is dus uitdrukkelijk niet zo dat een vergunning slechts geweigerd kan worden wanneer het bevoegd gezag kan bewijzen dat er significante gevolgen zouden kunnen optreden. Redelijke wetenschappelijke twijfel over het optreden van significante gevolgen is hiervoor voldoende.

Sociaaleconomische belangen mogen bij deze beoordeling geen rol spelen. Deze belangen kunnen wel een rol spelen bij het overwegen van uitzonderingen op het beschermingsregime via de zogenaamde 'ADC-toets' (artikel 6, lid 4), maar dus niet bij de uitleg en toepassing van artikel 6, lid 3.

[1] Zie bijv. HvJEU, arrest in de zaken C 293/17 en C 294/17, 7 november 2018 (PAS-arrest), r.o. 112 en HvJEU, C-142/16, 26 april 2016, r.o. 33.

waddenacademie

TOETSING PROJECT GASWINNING TERNAARD

De Minister van LNV is bij de toetsing van de vergunningaanvraag voor het project gaswinning Ternaard uitgegaan van het juiste criterium dat geen redelijke wetenschappelijke twijfel mag bestaan dat die plannen of projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden, waaronder de Waddenzee. Bij de toetsing aan dit criterium neemt de minister in de ontwerp-Wet natuurbeschermingsvergunning de conclusie van de NAM over dat die redelijke wetenschappelijke twijfel niet bestaat, waarbij wordt verwezen naar de door de NAM bij de aanvraag gevoegde 'passende beoordeling'.

Naar het oordeel van de Waddenacademie is deze conclusie van de minister en de NAM **onjuist** omdat de passende beoordeling op een aantal punten onvolledig is in de beoordeling of onderbouwing van conclusies. Hierdoor kan de ontwerp-vergunning niet steunen op het oordeel dat redelijke wetenschappelijke twijfel over het optreden van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de Waddenzee en andere Natura 2000-gebieden ontbreekt.

Hieronder worden de belangrijkste redenen voor het aannemen van redelijke wetenschappelijke twijfel opgesomd:

I) **Een hand-aan-de-kraan-aanpak kan passen binnen het Natura 2000-regime maar alleen onder een aantal voorwaarden. Aan deze voorwaarden is voor het project gaswinning Ternaard niet voldaan**:

i. *Bij het berekenen van de gebruiksruimte moet uitgegaan zijn van de worst-case-scenario's voor wat betreft de factoren die gezamenlijk de gebruiksruimte bepalen. Alleen dan kan immers worden gesteld dat de optelsom van risico's/onzekerheden met zekerheid niet gaat leiden tot overschrijding van de gebruiksruimte.*
Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan omdat de onzekerheidsmarge van 1,5 mm die onderdeel vormt van het meest recente zeespiegelstijgingsscenario niet wordt meegenomen in de berekeningen.

ii. *Voor de juridische houdbaarheid van de hand-aan-de-kraan-aanpak in het kader van Natura 2000 moet de gebruiksruimte in verband worden gebracht met de maximaal toelaatbare effecten op de natuurlijke kenmerken (de instandhoudingsdoelstellingen) van het Natura 2000 gebied*

Deze koppeling is niet helder. Bij de huidige toepassing van de hand-aan-de-kraan-aanpak ligt het accent in sterke mate op de in mm-gemeten relatie tussen bodemdaling, sedimentatie en zeespiegelstijging.

iii. *Bij het berekenen van de gebruiksruimte en bij de monitoring moeten ook de cumulatieve effecten (zie hierboven) zijn meegerekend.*
Aandacht voor cumulatie van bodemdaling door uiteenlopende gaswinningen is gewaarborgd door het meten van de diepe bodemdaling door gaswinning in een kombergingsgebied met behulp van langdurige metingen op GPS stations. Het Natura 2000-regime vereist echter dat cumulatieve effecten worden onderzocht in relatie tot de natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelstellingen van de Waddenzee en betwijfeld kan worden of die toetsing in de passende beoordeling volledig is.

iv. *Omdat de gebruiksruimte vaak afhankelijk zal zijn van factoren die in tijd kunnen fluctueren, moet de omvang van de gebruiksruimte regelmatig worden gecontroleerd en zo nodig worden herzien.*
Ook aan dit criterium wordt niet voldaan, vooral vanwege de versnelling van zeespiegelstijging. Staatstoezicht op de mijnen, de Auditcommissie gaswinning Waddenzee en het Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee adviseren daarom alle om het zeespiegelscenario met grotere regelmaat (volgens het Adviescollege jaarlijks) te actualiseren.

v. *De monitoring mag geen onzekerheden omvatten die ruis geven over de vraag of de gebruiksruimte wordt overschreden.*
Voor dit criterium wordt verwezen naar het rapport van het Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee. De Minister van EZK leidt uit dit rapport af dat voor de korte termijn geen bezwaren bestaan tegen vergunningverlening voor gaswinning op basis van de hand-aan-de-kraan-aanpak. Een goed begrip van de eisen van het Natura 2000-regime maakt echter duidelijk dat met dit oordeel te weinig acht wordt geslagen op de in het rapport genoemde onzekerheden. Zo stelt het Adviescollege onder meer vast dat bij de effectenbeoordeling geen rekening wordt gehouden met cumulatieve effecten.

vi. *De monitoring moet zo regelmatig plaatsvinden dat de kraan tijdig kan worden dichtgedraaid en zeker moet zijn dat na stopzetting geen na-ijleffecten kunnen optreden die toch tot overschrijding van de gebruiksruimte kunnen leiden.*

Ook ten aanzien van deze voorwaarde bestaat onzekerheid omdat de passende beoordeling uitgaat van vrij oude berekeningen voor andere gasvelden. Daarbij wordt impliciet aangenomen dat de eigenschappen van het gasveld Ternaard vergelijkbaar zijn met de andere velden zonder dat dit goed wordt onderbouwd.

Het voorgaande betekent dat de wijze waarop de hand-aan-de-kraan-aanpak voor het project gaswinning Ternaard invulling is gegeven onvoldoende waarborgen biedt voor het uitsluiten van redelijke wetenschappelijke twijfel over het ontstaan van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken en doelen van de Waddenzee.

II) Langere termijn

Tegen de achtergrond van het voorgaande is onduidelijk hoe de verwachte versnelling van zeespiegelstijging na 2026 zich verhoudt tot een vergunning waarin ook winning na die datum wordt toegestaan. Niet wordt gemotiveerd waarop de afgifte van een vergunning voor winning tot 2035 dan binnen het Natura 2000-regime past. Hierbij speelt een rol dat het Hof van Justitie van de EU heeft bepaald dat een passende beoordeling volledig moet zijn en definitieve conclusies moet bevatten.

III) (On)volledigheid van de passende beoordeling

Ook naast de onzekerheden die hierboven aan de orde zijn geweest zijn er aanvullende redenen om te twijfelen aan de volledigheid van de passende beoordeling en het definitieve karakter van de conclusies, ook voor de korte termijn. Zo wordt pas in de loop van de jaren op basis van drukmetingen (minimaal 3 jaar) in het reservoir en de detailmetingen van de bodemdaling duidelijk wat een realistisch winningsscenario is voor dit veld.

De noodzaak van volledigheid van de passende beoordeling doet ook de vraag rijzen of ten behoeve van de passende beoordeling onderzoek is gedaan naar typische soorten van habitattypen waarvoor doelstellingen gelden en naar de aanvullende soorten en habitattypen die voor de Waddenzee en de andere relevante Natura 2000-gebieden in het Ontwerp-wijzigingsbesluit habitatrichtlijngebieden vanwege aanwezige waarden zijn genoemd.

In de passende beoordeling wordt voorts geen aandacht besteed aan stikstofdeposities die verband houden met de voorziene extra zandwinning en -suppletie.

IV) Juridische typering van extra zandsuppletie

De passende beoordeling geeft aan dat in verband met bodemdaling extra zandsuppletie zal worden ingezet als mitigerende maatregel. In voorgaande jaren heeft het Hof van Justitie van de EU in enkele arresten meer duidelijkheid gegeven onder welke voorwaarden een maatregel als mitigerende maatregel mag worden meegeteld in de passende beoordeling. Hieronder wordt aangegeven dat betwijfeld kan worden of de extra zandsuppletie aan deze voorwaarden voldoet.

ADVIES COMMISSIE MILIEU-EFFECTRAPPORTAGE NIET AFGEWACHT

Tegen de achtergrond van de hierboven besproken onderwerpen is het opmerkelijk dat de ontwerp-vergunningen ter inzage zijn gelegd voordat de Commissie voor de milieu-effectrapportage de gelegenheid heeft gehad om over het MER-rapport voor gaswinning Ternaard advies uit te brengen. Omdat deze Commissie pas recent om advies is gevraagd staat ook vast dat het advies niet beschikbaar zal zijn voor mensen en organisaties die gebruik willen maken van de inspraakmogelijkheid. De juridische consequenties van deze gang van zaken vallen buiten de reikwijdte van dit advies maar vragen wel verdere aandacht.

ANTWOORD OP DE CENTRALE VRAAG

Op basis van de voorgaande bevindingen moet geconcludeerd worden dat de ontwerp-vergunning Wet natuurbescherming en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling onvoldoende overtuigend aantonen dat redelijke wetenschappelijke twijfel over het ontstaan van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken en doelen van de Waddenzee ontbreekt. Het Natura 2000-regime, zoals gecomplementeerd in hoofdstuk 2 van de Wet natuurbescherming, laat in een dergelijk geval niet toe dat de vergunning wordt verleend.

Daarmee heeft de Minister van LNV dus niet zozeer de mogelijkheid om de Wnb-vergunning te weigeren maar zal zij de vergunning wel *moeten* weigeren, tenzij de weg van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn (de zogenaamde 'ADC-toets') wordt gevolgd. Wanneer deze ADC-route gevolgd zou

worden en aan de eisen voor die route voldaan zou worden, heeft de Minister overigens nog steeds de mogelijkheid om een vergunning te weigeren.

Ook wanneer door aanvullend onderzoek, het wegnemen van de tekortkomingen van de hand-aan-de-kraan-aanpak en andere maatregelen het oordeel zou ontstaan dat redelijke wetenschappelijke twijfel over significante gevolgen kan worden uitgesloten, dan moet gezien de formulering van artikel 2.7, derde lid van de Wet natuurbescherming worden aangenomen dat de Minister van LNV de mogelijkheid heeft om een vergunning te weigeren. Hierbij kunnen ook oordelen over de verhouding tussen het project gaswinning Ternaard en verplichtingen op grond van internationale natuurbeschermingsverdragen (niet onderzocht in dit spoedadvies) een rol spelen.

JURIDISCH ADVIES INZAKE NATURA 2000 EN GASWINNING ONDER DE WADDENZEE (PROJECT GASWINNING TERNAARD)

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

De NAM heeft vergunningen aangevraagd voor een productieboring naar het gasveld Ternaard. Dit gasveld ligt voor het grootste deel onder het kombergingsgebied 'Pinkegat' onder de Waddenzee. Op grond van de Mijnbouwwet (art. 141a(1)(a)(c)) wordt de rijkscoördinatieregeling (art. 3.35 Wro) gevolgd waarmee diverse besluiten gezamenlijk en onder coördinatie van de Minister van EZK worden voorbereid. De bedoeling is om het gasveld in 2023/2024 in productie te nemen.

Voor het mogelijk maken van deze gaswinning zijn op 27 augustus 2021 diverse ontwerp-besluiten ter inzage gelegd, waaronder een ontwerp-instemmingsbesluit onder de Mijnbouwwet (Minister van EZK) en een ontwerp-vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Minister van LNV). Zienswijzen kunnen tot 7 oktober 2021 worden ingebracht.

De voorgenomen gaswinning Ternaard heeft uitvoerig aandacht gekregen tijdens het overleg van de vaste commissie voor EZK van de Tweede Kamer op 15 september 2021 (hierna: de commissie en commissieoverleg d.d. 15 september). Een groot deel van de aanwezige TK-fracties reageerde kritisch tot zeer kritisch op het voornemen van het kabinet om de vereiste vergunningen af te geven. In zijn reactie gaf de Minister van EZK aan dat het besluit om met deze gaswinning in te stemmen geen politiek besluit betreft maar een besluit is op een vergunningaanvraag, waarbij de wetgeving leidend is geweest.

De Minister gaf daarbij aan dat deze wetgeving hem niet de mogelijkheid geeft de vergunning te weigeren. Voor wat betreft het beroep van meerdere fracties op het voorzorgbeginsel stelde de Minister dat op de korte termijn geen nadelige gevolgen voor de natuur te verwachten zijn, dat gewerkt wordt met de hand-aan-de-kraan-aanpak en dat het weigeren van de vergunning op grond van de onzekerheden op de lange termijn onredelijk zou zijn.

De vaste commissie voor EZK heeft naar aanleiding van dit debat besloten om onafhankelijk extern juridisch advies in te winnen. Daarbij zijn langs

twee sporen adviesverzoeken uitgezet: een advies over de natuurbeschermingswetgeving en een advies over andere wetgeving (o.a. Mijnbouwwet). Het advies inzake het eerste spoor (natuurbeschermingswetgeving) is uitgezet naar de Waddenacademie.

1.2 Centrale vraag en reikwijdte

De commissie voor EZK heeft de volgende centrale vraag geformuleerd:

> **"In hoeverre biedt de wetgeving in brede zin de minister de mogelijkheid een vergunning voor gaswinning onder de Waddenzee te weigeren?"**

Omdat voor het project gaswinning Ternaard de rijkscoördinatieregeling wordt gevolgd waarmee diverse besluiten gezamenlijk en onder coördinatie van de Minister van EZK worden voorbereid, gaan wij ervan uit dat de vraag ook betrekking heeft op het al of niet door een andere minister kunnen weigeren van een voor het project benodigde vergunning. Dit advies beoogt deze vraag te beantwoorden voor het spoor van het geldende natuurbeschermingsrecht. Daarbij wordt de aandacht met name toegespitst op het geldende EU-recht voor gebiedenbescherming - het Natura 2000-regime - zoals verankerd in artikel 6 van de Habitatrichtlijn en geïmplementeerd in hoofdstuk 2 van de Wet natuurbescherming. Concreet gaat het daarbij om het al of niet bestaan van de mogelijkheid voor de minister van LNV om een vergunning op grond van artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming te weigeren.

1.3 Waddenacademie, onderzoeksaanpak en externe review

Dit advies is opgesteld door de Waddenacademie. De Waddenacademie is een onafhankelijke en zelfstandige netwerkorganisatie die kennis regisseert ten behoeve van een duurzame ontwikkeling van het Waddengebied, waar de waarden van de natuur en het landschap aan de basis staan van identiteit, welvaart en welzijn van bewoners, ondernemers en bezoekers.[2]

Hoewel kennisvragen vaak door de Waddenacademie worden uitgezet naar kennisinstituten, is dit advies vanwege de grote tijdsdruk opgesteld door de portefeuillehouders van de Waddenacademie. Daarmee wordt op het Waddengebied toegespitste wetenschappelijke kennis van uiteenlopende disciplines (m.n. kennis op het gebied van de fysische geografie, economie, ecologie, cultuurhistorie en het recht) met elkaar

[2] Zie https://www.waddenacademie.nl/.

verbonden en toegankelijk en toepasbaar gemaakt voor overheden, bedrijven, maatschappelijke organisaties en burgers.
Het onderzoek is gebaseerd op bestaande informatie waarbij voor de studie van het relevante recht gebruik is gemaakt van het geldende recht (met name de Habitatrichtlijn en de Wet natuurbescherming), rechtspraak (met name rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State), richtsnoeren van de Europese Commissie en de literatuur. Voor de studie van het project gaswinning Ternaard is gebruik gemaakt van onder meer de passende beoordeling voor het project, de gepubliceerde ontwerp Wet natuurbeschermingsvergunning, diverse afgegeven adviezen, relevante onderzoeksrapporten en de literatuur.

Vanwege de grote maatschappelijke en politieke gevoeligheid van het onderhavige dossier in Nederland, heeft de Vlaamse hoogleraar Prof. An Cliquet een review uitgevoerd op een tussenconcept en het eindconcept van dit advies. De commentaren van Prof. Cliquet zijn van grote waarde geweest en zijn verwerkt in deze definitieve versie van het advies.

1.4 Structuur

In dit advies zal eerst het Natura 2000-regime worden toegelicht (paragraaf 2). Daarbij zal bijzondere aandacht uitgaan naar:

- Het criterium voor het kunnen verlenen of weigeren van een vergunning op grond van artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming (subparagraaf 2.1);
- De betekenis van het voorzorgbeginsel (subparagraaf 2.2);
- De relevantie van cumulatieve effecten (subparagraaf 2.3);
- De vraag wie eventuele nadelige effecten of het ontbreken daarvan moet bewijzen (subparagraaf 2.4).

Vervolgens wordt ingegaan op de 'hand-aan-de-kraan-aanpak' en hoe deze aanpak zich verhoudt tot het in paragraaf 2 beschreven Natura 2000-regime.

Op basis van dit juridisch kader (paragraaf 2 en 3) wordt vervolgens de aandacht gericht op het gaswinning Ternaard-project en de hierboven geformuleerde centrale vraag (paragraaf 4). De laatste paragraaf (paragraaf 5) bevat de belangrijkste conclusies, zoals die ook in de samenvatting zijn opgenomen.

2. Het juridisch kader: Natura 2000

2.1 Artikel 6(3) Habitatrichtlijn (geïmplementeerd in art. 2.7 Wet natuurbescherming)

Op grond van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn (geïncorporeerd in de Nederlandse wetgeving door artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming), mag een plan of project in of buiten een Natura 2000 gebied niet worden vergund wanneer het – zelfstandig of door cumulatie – significante effecten voor de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied kan veroorzaken.[3]

Het begrip **'project'** moet daarbij ruim worden uitgelegd: aanvankelijk werd in Nederland aangenomen dat het alleen zou gaan om activiteiten die fysieke veranderingen in/aan de bodem aanbrengen, maar het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJEU) heeft duidelijk gemaakt dat het gaat om alle activiteiten die – rekening houdend met cumulatie - significante gevolgen kunnen veroorzaken.[4] Het begrip 'project' omvat dus bijvoorbeeld ook het beweiden van koeien, het overvliegen met vliegtuigen, e.d.

Het begrip **'significantie'** moet worden uitgelegd in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied, in dit geval de Waddenzee: een effect is significant wanneer het een nadelig effect betreft voor de natuurlijke kenmerken die het gebied geschikt laten zijn voor de soorten en habitattypen waarop de instandhoudingsdoelstellingen betrekking hebben.

Het voorgaande betekent dat begrippen als 'redelijkheid' of 'balans tussen ecologie en economie' uitdrukkelijk geen criterium vormen voor beoordeling van vergunningsaanvragen in de zin van artikel 2.7 van de Wet natuurbescherming. Sociaaleconomische belangen kunnen wel een rol spelen bij het overwegen van uitzonderingen op het beschermingsregime via de zogenaamde 'ADC-toets' (artikel 6, lid 4), maar dus niet bij de uitleg en toepassing van artikel 6, lid 3.

---

[3] Artikel 6, lid 3 Habitatrichtlijn. Deze bepaling geldt niet voor een plan of project dat direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het betrokken gebied. Voor een uitvoerige bespreking van het Natura 2000-regime, zie o.a. Kees Bastmeijer en Arie Trouwborst, 'Zijn de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn fit? Een bespreking van de krachtige kenmerken en kritiekpunten van de EU Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn tegen de achtergrond van de EU Fitness Check,' Tilburg University, 2015.

[4] Zie HvJEU, arrest in de zaken C-293/17 en C-294/17, 7 november 2018 (PAS-arrest).

2.2 *Voorzorgbeginsel*

Arresten van het HvJEU maken duidelijk dat het voorzorgbeginsel in het Natura 2000-regime van grote betekenis is, met expliciete consequenties voor de toelating van menselijke activiteiten in en rond Natura 2000-gebieden. Gesteld mag worden dat op basis van de wijze waarop het beginsel in artikel 6 van de EUHabitatrichtlijn verankerd is en de betekenis die het HvJEU aan het voorzorgbeginsel geeft bij de uitleg van dit regime, er juridisch sprake is van een codificatie van het beginsel tot in die rechtspraak uitgewerkte 'rechtsregels'. Dit betekent dat het beginsel niet alleen een rol speelt bij de interpretatie van het recht maar – zoals we hieronder zullen zien – ook een concrete vertaling heeft gekregen naar concrete verplichtingen en verboden.

Voor wat betreft de vergunningenpraktijk is van belang dat voorzorg een rol speelt bij zowel i) de vraag of een zogenaamde 'passende beoordeling' (en vergunningaanvraag) nodig is (fase 1 van artikel 6, lid 3 Hrl) als bij ii) de vraag of een plan of project na een dergelijke beoordeling vergund kan worden (fase 2 van artikel 6, lid 3 Hrl). De drempel voor fase 1 is bijzonder laag in de zin dat zodra er een *mogelijkheid* bestaat dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied worden aangetast al een passende beoordeling moet worden gemaakt.[5]

Wanneer een passende beoordeling is gemaakt moet ook het antwoord op de vraag of het plan of project doorgang mag vinden op voorzorg zijn gebaseerd. Het HvJEU maakte dit al in 2004 duidelijk met het Waddenzee(kokkelvisserij)arrest:

> "56 De conclusie is dus dat voor het plan of project slechts toestemming kan worden verleend indien de bevoegde nationale autoriteiten de zekerheid hebben verkregen dat het geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied.
> 57 Wanneer er onzekerheid bestaat of deze schadelijke gevolgen voor het gebied zullen uitblijven, zal de bevoegde autoriteit dus toestemming voor het betrokken plan of project moeten weigeren.
> 58 In dit verband moet worden vastgesteld dat in het in artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de habitatrichtlijn neergelegde toestemmingscriterium het voorzorgsbeginsel besloten ligt (zie arrest van 5 mei 1998, National Farmers' Union e.a., C-157/96,

[5] Zie o.a. Conclusie Advocaat Generaal Sharpston in zaak C-258/11 (Sweetman), paragraaf 47.

> Jurispr. blz. I-2211, punt 63) en dat dit het mogelijk maakt om aantasting van beschermde gebieden als gevolg van plannen of projecten, op efficiënte wijze te voorkomen. Met een minder streng toestemmingscriterium zou de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming van de gebieden, het doel van deze bepaling, niet even goed kunnen worden gegarandeerd."[6]

In meer recente rechtspraak wordt door het HvJEU veelal kortweg gerefereerd aan **"het criterium dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat die plannen of projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken gebieden."**[7] Wanneer die wetenschappelijke twijfel wel bestaat dient de vergunning te worden geweigerd.

Vanuit dit oogpunt is het voorts begrijpelijk dat het HvJEU ook meermalen heeft benadrukt dat een passende beoordeling volledig moet zijn en dus geen leemten mag bevatten. Onvolledige passende beoordelingen leiden immers juist tot 'redelijke wetenschappelijke twijfel', bijvoorbeeld omdat bepaalde effecten niet zijn onderzocht of omdat de effectbeoordeling zich niet uitstrekt tot alle soorten of habitattypen (inclusief typische soorten[8]) waarvoor Natura 2000-(gebieds)doelstellingen gelden.

Voorzorg blijft overigens ook na vergunningverlening een rol spelen, bijvoorbeeld bij de toetsing van effecten van vergunde activiteiten aan het 'verslechteringsverbod' van artikel 6, lid 2, van de Habitatrichtlijn. Het HvJEU heeft aangegeven dat artikel 6, lid 2 in beginsel niet geschonden wordt door een project dat op deugdelijke wijze de toets van artikel 6, lid 3 heeft doorstaan (significante gevolgen zijn dan immers uitgesloten), maar wijst er wel op dat na vergunningverlening toch gevolgen kunnen optreden die dan aan artikel 6, lid 2 getoetst moeten worden.[9]

---

[6] HvJEU, arrest in de zaak C-127/02, 7 september 2007 (Kokkelvisserij Waddenzee).
[7] Zie bijv. HvJEU, arrest in de zaken C-293/17 en C-294/17, 7 november 2018 (PAS-arrest), r.o. 112 en HvJEU, C-142/16, 26 april 2016, r.o. 33.
[8] HvJEU, arrest in zaak C-461/17, 7 november 2018 (Holohan), r.o. 39, 40 en 70.
[9] HvJEU-arrest in zaak C-127/02, 7 september 2004 (Waddenzee), punt 37: "Niettemin valt niet uit te sluiten dat het plan of project, ook als dat niet te wijten is aan fouten van de bevoegde nationale autoriteiten, naderhand toch een verslechtering of verstoring blijkt mee te brengen. In die omstandigheden maakt de toepassing van artikel 6, lid 2, van de habitatrichtlijn het mogelijk te voldoen aan het hoofddoel, behoud en bescherming van de kwaliteit van het milieu, met inbegrip van de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna, zoals in de eerste overweging van de considerans van die richtlijn wordt beschreven."

In dit verband is relevant dat volgens het Hof artikel 6, lid 2 en lid 3 eenzelfde beschermingsniveau beogen te realiseren, waarmee het voorzorgbeginsel bij de toepassing van artikel 6, lid 2 dus ook eenzelfde betekenis moet worden toegekend als bij artikel 6, lid 3. In het kader van een vrij recent geschil voor het Europese Hof tussen de Europese Commissie en Spanje over wateronttrekking heeft het HvJEU duidelijk gemaakt dat daarom ook bij de toetsing aan het verslechteringsverbod het criterium van afwezigheid van redelijke wetenschappelijke twijfel moet worden toegepast.

Concreet betekent dit dat artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn geschonden wordt wanneer redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de vraag of een plan of project dat in uitvoering is nadelige gevolgen veroorzaakt voor de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied.[10]

Dit aspect is mede relevant voor de discussie over de EU-rechtelijke conformiteit van de 'hand-aan-de-kraan'-benadering.

2.3 Cumulatieve effecten

Artikel 6, lid 3 Hrl vereist dat bij de beoordeling van de effecten van een plan of project ook gekeken wordt naar cumulatie van effecten. Een belangrijke vraag is in dit verband welke effecten bij die cumulatietoets meegenomen moeten worden. In haar jurisprudentie beperkt de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) de reikwijdte van deze beoordeling aanzienlijk:

> "Hierbij hoeven onzekere toekomstige gebeurtenissen en projecten waarvoor een Nbw-vergunning is verleend ten tijde van het nemen van een besluit tot verlening van een Nbw-vergunning en die ook reeds zijn uitgevoerd, in beginsel niet afzonderlijk te worden betrokken (vergelijk de uitspraak van 15 juli 2015, zaak nr. 201406756/1/R2, rechtsoverweging 8.5)."[11]

Voor wat betreft de in dit citaat genoemde al vergunde en uitgevoerde activiteiten was de ABRvS in een eerdere uitspraak nog wat explicieter:

[10] Zoals geformuleerd door AG Kokott in haar Conclusie voor het Hof in deze zaak: "Derhalve moet Spanje kunnen aantonen dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel over bestaat dat de voortzetting van de huidige praktijken op het gebied van grondwateronttrekking geen schadelijke gevolgen heeft voor beschermde habitats in de beschermingszones". Zie Conclusie AG Kokott in zaak C-559/19, 3 december 2020, r.o. 69-73.
[11] ABRvS, 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3111, r.o. 3.2.

> "Met betrekking tot andere projecten waarvoor een Nbw-vergunning is verleend ten tijde van het nemen van het bestreden besluit en die ook reeds zijn uitgevoerd dan wel bestaande activiteiten waarvoor geen Nbw-vergunning benodigd is, overweegt de Afdeling dat de gevolgen van die activiteiten in de meeste gevallen kunnen worden geacht in de omgeving te zijn verdisconteerd en derhalve in beginsel niet meer afzonderlijk in de beoordeling van de cumulatieve effecten hoeven te worden betrokken."[12]

Kaajan (specialist natuurbeschermingsrecht ENVIR Advocaten) vat dit oordeel van de ABRvS als volgt samen: "De effecten van dergelijke activiteiten behoren dan, met andere woorden, tot de autonome situatie."[13]

Deze beperking staat op gespannen voet met artikel 6, lid 3, zoals uitgelegd door het HvJEU en de Europese Commissie. Artikel 6, lid 3 beoogt schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden te voorkomen door een strikte beoordeling van plannen en projecten. Veel milieuproblemen kennen een cumulatief karakter en het is uitdrukkelijk de bedoeling van de richtlijn om ook op die cumulatie grip te krijgen. Zo legt het HvJEU uit dat "wanneer het cumulatieve effect van projecten buiten beschouwing wordt gelaten, zulks in de praktijk tot gevolg heeft dat alle projecten van een bepaald type aan de beoordelingsverplichting kunnen worden onttrokken, hoewel zij tezamen een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben."[14]

Zo levert het beschouwen van effecten van bestaande activiteiten als 'verdisconteerd in de bestaande situatie' in de praktijk vaak geen goede beoordeling van de cumulatieve gevolgen op. Veel vergunde activiteiten lopen immers in tijd door waarmee nieuwe effecten zich in tijd ook blijven voordoen en dus nog niet 'verdisconteerd' zijn in de bestaande milieukwaliteit en daarom meegenomen moeten worden bij de cumulatietoets voor nieuwe plannen en projecten. Bovendien kunnen bepaalde effecten zich pas in de loop van de tijd voordoen.[15]

---

[12] ABRvS 16 april 2014, nr. 201304768, r.o. 38.2.
[13] Zie de blog van Marieke Kaajan op: https://envir-advocaten.com/nl/publicaties/cumulatie-uitwerkingsplan-verplicht/.
[14] HvJEU arrest in zaak C-418/04, r.o. 245. , C-392/96, punten 76, 82).
[15] Zie de blog van Marieke Kaajan op: https://envir-advocaten.com/nl/publicaties/cumulatie-uitwerkingsplan-verplicht/.

Het HvJEU is bovendien zeer expliciet over het meenemen van effecten van bestaande (in het verleden aangevangen) activiteiten in de cumulatietoets:

> "Artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn verlangt van de nationale autoriteiten dat zij in het kader van het onderzoek van de cumulatieve gevolgen alle projecten in aanmerking nemen die samen met het project waarvoor een vergunning is aangevraagd, significante gevolgen kunnen hebben, rekening houdend met de doelstellingen van deze richtlijn, ook al dateren zij van vóór de datum waarop deze richtlijn in nationaal recht is omgezet."[16]

Onder meer op basis van de jurisprudentie van het HvJEU heeft de Europese Commissie in 2018 de reikwijdte van de cumulatietoets expliciet gemaakt in haar herziene artikel 6-richtsnoeren:

> "Wanneer wordt nagegaan of er mogelijk sprake is van significante gevolgen, moet de combinatie met andere plannen en/of projecten eveneens in ogenschouw worden genomen om rekening te houden met cumulatieve gevolgen tijdens de beoordeling van het plan of project in kwestie. De combinatiebepaling betreft andere plannen of projecten die reeds zijn afgerond, die zijn goedgekeurd maar niet afgerond, of daadwerkelijk zijn voorgesteld."[17]

Daarbij gaat het dus uitdrukkelijk niet alleen om andere plannen en projecten die in een procedure van goedkeuring verkeren, maar ook om de gevolgen van plannen en projecten die al in uitvoering zijn, inclusief die plannen en projecten die al een aanvang hebben genomen voordat het Natura 2000-regime ging gelden:

> "Naast de gevolgen van deze plannen of projecten die het hoofdonderwerp van de beoordeling vormen, kan het passend zijn in dit "tweede niveau" van beoordeling de gevolgen in aanmerking te nemen van reeds afgeronde plannen en projecten, waaronder gevolgen die voorafgingen aan de datum van omzetting van de richtlijn of de datum waarop het gebied is aangewezen (zie bijvoorbeeld C-142/16, punten 61 en 63). Hoewel reeds afgeronde plannen en projecten op zichzelf zijn uitgesloten van de

[16] HvJEU-arrest in zaak C-142/16, kolengestookte centrale van Moorburg (Duitsland), 26 april 2017, r.o. 61.
[17] Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie Beheer van Natura-2000-gebieden. De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (92/43/EEG)', Brussel, C(2018) 7621 final, Brussel, 21 november 2018, p. 42.

> beoordelingsvereisten van artikel 6, lid 3, is het nog altijd belangrijk om deze in aanmerking te nemen bij het beoordelen van de gevolgen van het huidige plan of project teneinde te bepalen of er sprake is van potentiële cumulatieve gevolgen van het huidige project in combinatie met andere reeds afgeronde plannen en projecten. De gevolgen van dergelijke afgeronde plannen en projecten maken gewoonlijk deel uit van de uitgangssituatie van het gebied die in dit stadium in aanmerking wordt genomen."[18]

Volgens de Europese Commissie gaat het bij de cumulatietoets ook over cumulatie met projecten van andere sectoren.[19] Ook benadrukt de Europese Commissie dat het belangrijk is om de cumulatietoets niet als bijzaak te beschouwen:

> "De mogelijke cumulatieve gevolgen moeten worden beoordeeld op basis van deugdelijke referentiegegevens en niet alleen leunen op kwalitatieve criteria. De beoordeling moet bovendien in de algemene beoordeling worden geïntegreerd en mag niet als bijzaak worden behandeld, die pas aan het eind van de beoordelingsprocedure aan de orde komt."[20]

2.4 Bewijslast

Bovenstaande discussie roept de vraag op wie in een vergunningbeoordelingsproces moet aantonen dat – mede gelet op cumulatie - wel of geen sprake is van "redelijke wetenschappelijke twijfel" over nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Van belang in dit verband is allereerst dat het HvJEU duidelijk heeft gemaakt dat een passende beoordeling van de effecten van een plan of project volledig moet zijn:

> "Wat de overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn verrichte beoordeling betreft, moet duidelijk worden gesteld dat zij geen leemten mag vertonen en volledige, precieze en definitieve constateringen en conclusies dient te bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de effecten van de geplande werken op het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen (zie in die zin arrest van 24 november 2011, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 100 en aldaar aangehaalde rechtspraak). […]"[21]

[18] Idem.
[19] Idem, p. 43.
[20] Idem.
[21] HvJEU, zaak C-258/11 (Sweetman), 11 april 2013, r.o. 44.

Vervolgens is het aan het bevoegd gezag om redelijke wetenschappelijke twijfel over significante gevolgen uit te sluiten, alvorens een vergunning verleend kan worden:

> "Vervolgens vloeit uit artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de habitatrichtlijn voort dat in een geval zoals dat van het hoofdgeding, de bevoegde nationale autoriteiten, rekening houdend met de conclusies van de passende beoordeling van de gevolgen van die werkzaamheden voor het betrokken gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied, slechts toestemming voor die activiteit hadden kunnen geven **wanneer zij de zekerheid hadden verkregen dat deze geen schadelijke gevolgen had voor de natuurlijke kenmerken van dat gebied**, en dat dit het geval zou zijn geweest indien er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestond dat er geen dergelijke gevolgen waren (zie arrest Waddenvereniging en Vogelbeschermingsvereniging, reeds aangehaald, punt 67)" (markering door auteur).[22]

Dit betekent dat het aan het bevoegd gezag is om te bewijzen dat een vergunning conform de eisen van het Natura 2000-regime verleend kan worden en dat in het kader van artikel 6, lid 3 dus redelijke wetenschappelijke twijfel over schadelijke gevolgen voor de kenmerken van het gebied ontbreekt.[23] Het is dus uitdrukkelijk niet zo dat een vergunning slechts geweigerd kan worden wanneer het bevoegd gezag kan bewijzen dat er significante gevolgen zouden kunnen optreden. De overheid kan de bewijslast overigens wel bij de aanvrager leggen met de toelichting dat bij redelijke wetenschappelijke twijfel geen vergunning verleend kan worden.

---

[22] HvJEU-arrest in zaak C-418/04, Com-Ierland, para. 258.

[23] Een parallel kan hier worden gelegd met een uitspraak van het HvJEU inzake de bewijslast dat een uitzondering kan worden toegelaten op het soortenbeschermingsrecht van de Habitatrichtlijn; zie HvJEU-arrest in zaak C-88/19, 11 juni 2020, r.o. 25: "Tevens dient erop te worden gewezen dat artikel 16, lid 1, van de habitatrichtlijn, dat nauwkeurig en uitputtend de voorwaarden omschrijft waaronder de lidstaten mogen afwijken van de artikelen 12 tot en met 14 en artikel 15, onder a) en b), daarvan, een uitzondering vormt op het door die richtlijn opgezette beschermingssysteem, die dus restrictief moet worden uitgelegd **en volgens welke de autoriteit die het besluit neemt voor elke afwijking moet bewijzen dat aan de gestelde voorwaarden is voldaan** (arrest van 10 oktober 2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, C-674/17, EU:C:2019:851, punt 30)"(markering door auteur).

3. ‘Hand-aan-de-kraan’-aanpak en Natura 2000

Voor uiteenlopende projecten (o.a. bij gas- en zoutwinning) is in Nederland de zogenaamde ‘hand-aan-de-kraan-aanpak’ toegepast. De vraag is hoe deze aanpak zich verhoudt tot het hierboven beschreven Natura 2000-regime. Deze aanpak wordt niet expliciet in de EU-richtlijnen genoemd en is voor zover ons bekend nog niet door het HvJEU beoordeeld.

De jurisprudentie van het HvJEU en de grote nadruk die daarbij op het voorzorgbeginsel wordt gelegd, maken echter wel duidelijk dat ‘redelijke wetenschappelijke twijfel’ over de aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aanvaard mag worden ‘in ruil’ voor een monitoringssysteem.

Voor scherpte in de discussie is het goed om verschillende denkbare situaties te onderscheiden:

a) Het is zeker of waarschijnlijk dat de natuurlijke kenmerken aangetast zullen worden (= significante gevolgen zullen optreden);
b) De best beschikbare kennis wordt toegepast, maar gaten in kennis maken het niet mogelijk om met zekerheid te stellen dat er geen effecten gaan optreden die de natuurlijke kenmerken aantasten. Er is dus sprake van redelijke wetenschappelijke twijfel over significante gevolgen maar toch wil men de activiteit vergunnen onder de voorwaarden dat de effecten achteraf gemonitord worden en dat actie wordt ondernomen wanneer zou blijken dat de natuurlijke kenmerken inderdaad worden aangetast;
c) Er bestaan gaten in kennis over de daadwerkelijk effecten, maar er bestaat wel wetenschappelijke zekerheid (geen wetenschappelijke twijfel over het feit) dat die effecten niet direct zo groot zullen zijn dat de natuurlijke kenmerken – rekening houdende met cumulatie - aangetast gaan worden. Zodra uit monitoring blijkt dat effecten desondanks toch optreden kan de activiteit worden stopgezet met de zekerheid dat de negatieve effecten hierdoor gering zijn gebleven en zullen blijven en dat van aantasting van de natuurlijke kenmerken nog steeds met zekerheid geen sprake is. Er is dus in feite sprake van een zekere gebruiksruimte en, hoewel onzekerheid bestaat of er effecten zijn, is wel zeker dat door monitoring en tijdig optreden de effecten de gebruiksruimte (en daarmee de grens van significantie) nimmer zullen overschrijden;

d) Het is zeker (ook gelet op cumulatieve gevolgen) dat de natuurlijke kenmerken niet zullen worden aangetast en er bestaan geen leemten in kennis (afwezigheid redelijke wetenschappelijke twijfel).

In de situaties a) en b) moet een vergunning op grond van artikel 6, lid 3 worden geweigerd en kan de vergunning eventueel onder toepassing van artikel 6, lid 4 worden vergund wanneer aan de vereisten van de ADC-toets wordt voldaan. In situatie d) kan een vergunning worden verleend.

Situatie b) en c) zouden beide kunnen worden beschouwd als 'hand aan de kraan'-toepassingen. Situatie b) is echter duidelijk strijdig met artikel 6, lid 3. Er is immers redelijke wetenschappelijke twijfel omdat monitoring het optreden van significante gevolgen niet kan voorkomen maar enkel wel of niet zal vaststellen. Situatie c) is erop gericht om in alle situaties aantasting van de natuurlijke kenmerken uit te sluiten: uitgangspunt is namelijk dat indien onvoorziene effecten optreden deze tijdig zullen worden gesignaleerd, de activiteit tijdig stopgezet zal worden en de zekerheid bestaat dat de negatieve effecten binnen de 'gebruiksruimte' en dus onder de 'significantie-grens' blijven. De ABRvS heeft situatie c) van toepassing geacht bij eerdere gaswinning in de Waddenzee en deze aanpak aanvaardbaar geacht.[24]

In theorie kan de situatie onder c) inderdaad verdedigbaar worden geacht, maar wel onder een aantal strikte voorwaarden.

Kernvoorwaarde is dat de gebruiksruimte met zekerheid niet overschreden gaat worden. Wanneer hierover twijfel of onzekerheid bestaat is in feite sprake van een situatie als bedoeld onder b) en bestaat er dus 'redelijke wetenschappelijke twijfel'.

Deze kernvoorwaarde impliceert de volgende **meer specifieke voorwaarden**:

i. Bij het berekenen van de gebruiksruimte moet uitgegaan zijn van de worst-case-scenario's voor wat betreft de factoren die gezamenlijk de gebruiksruimte bepalen. Alleen dan kan immers worden gesteld dat de optelsom van risico's/onzekerheden met

[24] ABRvS, 29 augustus 2007, nr. 200606028/1, r.o. 2.17.13: "Zoals in het deskundigenbericht is opgemerkt, is het principe ''hand aan de kraan'' een waarborg om, voor zover nodig, te voorkomen dat de gebruiksruimte zou worden overschreden, met als primair terugkoppelingsmechanisme het meten van de bodemdaling." Zie ook de uitleg van de regering in antwoord op een kamervraag (september 2013): Eerste Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 32 002, C (4 september 2013), p. 7-8.

zekerheid niet gaat leiden tot overschrijding van de gebruiksruimte;

ii. Voor de juridische houdbaarheid van de hand-aan-de-kraan-aanpak in het kader van Natura 2000 moet de gebruiksruimte in verband worden gebracht met de maximaal toelaatbare effecten op de natuurlijke kenmerken (de instandhoudingsdoelstellingen) van het Natura 2000 gebied

iii. Bij het berekenen van de gebruiksruimte en bij de monitoring moeten ook de cumulatieve effecten (zie hierboven) zijn meegerekend;

iv. Omdat de gebruiksruimte vaak afhankelijk zal zijn van factoren die in tijd kunnen fluctueren, moet de omvang van de gebruiksruimte regelmatig worden gecontroleerd en zo nodig worden herzien;

v. De monitoring zelf mag geen onzekerheden omvatten die ruis geven over de vraag of de gebruiksruimte al dan niet overschreden wordt;

vi. De monitoring moet zo regelmatig plaatsvinden dat de kraan tijdig kan worden dichtgedraaid en zeker moet zijn dat na stopzetting geen na-ijleffecten kunnen optreden die alsnog tot overschrijding van de gebruiksruimte kunnen leiden.

4. Toets project Ternaard aan het Natura 2000-regime

4.1 Inleiding

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de natuurbeschermingswetgeving 'de minister' (voor dit onderzoek: de minister van LNV) de mogelijkheid biedt om een vergunning voor gaswinning (Ternaard) onder de Waddenzee te weigeren moet het project gaswinning Ternaard naast het hierboven geschetste juridische kader worden gelegd.

Tijdens het debat met de commissie op 15 september 2021 heeft de minister van EZK toegezegd de commissie te informeren "over de mogelijkheden om het verlenen van vergunningen die zien op nieuwe gasboringen onder de Waddenzee te weigeren op basis van de Mijnbouwwet, de Wet natuurbescherming en de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn." Daartoe heeft de Minister op 27 september 2021 een brief naar de commissie gezonden.[25]

[25] Brief Minister van EZK aan de vaste kamercommissie van EZK, 'vergunningverlening gaswinning Ternaard', kenmerk DGKE-WO / 21238171, 27 september 2021

Voor wat betreft het kader van de Wet natuurbescherming stelt de Minister in deze brief:

> "De Europese Vogel- en Habitatrichtlijn is door Nederland geïmplementeerd middels de Wet natuurbescherming. In de artikelen 2.7 en 2.8 van deze wet wordt onder meer geregeld op welke wijze projecten die significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden kunnen hebben, getoetst moeten worden. Bij deze toetsing geldt als uitgangspunt dat uit een zogeheten "passende beoordeling", die moet worden opgesteld door de aanvrager van een vergunning, zekerheid moet zijn verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van betrokken Natura 2000-gebieden niet zal aantasten. De passende beoordeling moet zijn gebaseerd op de beste beschikbare wetenschappelijke kennis. Wanneer de zekerheid dat geen aantasting van de natuurlijk kenmerken zal plaatsvinden niet kan worden verkregen op basis van de passende beoordeling, moet de vergunning – behoudens in de specifieke situatie die is geregeld in artikel 2.8, vierde lid, van de Wet natuurbescherming, waarop in het onderhavige geval geen beroep wordt gedaan – worden geweigerd."[26]

Deze beschrijving komt in de kern overeen met het hierboven uitvoeriger beschreven juridisch kader. De minister is in de brief vervolgens uiterst bondig voor wat betreft de uitkomsten van de toepassing van dit kader op het project gaswinning Ternaard:

> "Voor het project gaswinning Ternaard heeft NAM een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming aangevraagd en heeft de minister van LNV als bevoegd gezag, in het ontwerpbesluit, geconcludeerd dat met de passende beoordeling, de daarbij behorende rapportages en documenten, de vergunningvoorschriften en mitigerende maatregelen en dat wordt voldaan aan de wettelijke vereisten."

Voor een nadere onderbouwing van deze conclusie wordt in de brief verwezen naar het ontwerpbesluit vergunning Wet natuurbescherming Ternaard.[27]

---

[26] Idem, p. 5-6.

[27] Ontwerp vergunning Wet natuurbescherming gaswinning Ternaard, kenmerk DGNVLG / 21031407, bekend gemaakt op 27 augustus 2021, beschikbaar op: https://www.rvo.nl/sites/default/files/2021/07/OB06-ontwerp-Wnbvergunning_Gaswinning_Ternaard-DEF_Geredigeerd.pdf.

Voor een beter beeld en scherper antwoord op de door de vaste commissie van EZK gestelde vraag is het daarom noodzakelijk de ontwerp-vergunning Wet natuurbescherming,[28] bekend gemaakt op 27 augustus 2021, en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling[29] d.d. 11 maart 2021, nader te bespreken. De ontwerp vergunning heeft zowel betrekking op de aanleg van de productielocatie (aanlegfase; o.a. bouw plaatsen boorinstallatie, boren van een nieuwe put en aanleg van een transportleiding) als de winning van gas (productiefase). De minister van LNV is bevoegd om op de aanvraag voor deze vergunning te beslissen.

Mede vanwege de beperkte tijd die voor de ontwikkeling van dit advies beschikbaar is geweest, beoogt dit document geen volledige toets aan dit juridisch kader uit te voeren. De aandacht wordt daarom toegespitst op enkele geselecteerde onderwerpen die van bijzonder belang zijn voor de beantwoording van de vraag of het beschreven juridisch kader goed is toegepast en, meer specifiek, of op grond van de uitgevoerde passende beoordeling met recht geconcludeerd is dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel is over het optreden van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de Waddenzee en/of andere Natura 2000-gebieden.

4.2 Beoordeling toepasselijkheid Wnb-vergunningplicht en centraal criterium voor vergunningverlening

Het project 'Gaswinning Ternaard' wordt terecht als 'project' in de zin van het Natura 2000-regime beschouwd. Eveneens conform het hierboven beschreven regime (fase 1 van de toepassing van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn) is de minister van oordeel dat het project significante gevolgen voor Natura 2000 gebieden kan hebben waardoor een vergunningplicht bestaat op grond van artikel 2.7, lid 2 van de Wet natuurbescherming (implementatie van artikel 6, lid 3 Habitatrichtlijn).[30] Daarbij worden door de minister de volgende Natura 2000-gebieden genoemd: Waddenzee, Duinen Schiermonnikoog, Duinen Ameland en Noordzeekustzone.

Eveneens in overeenstemming met het Natura 2000-regime is het in de ontwerp-vergunning geformuleerde centrale criterium voor het kunnen

[28] Idem.
[29] Arcadis (in opdracht van de NAM), 'Passende beoordeling gasboring en gaswinning Ternaard', 11 maart 2021, beschikbaar op: https://www.rvo.nl/sites/default/files/2021/07/A06-Aanvraag-Wet%20natuurbescherming.pdf.
[30] Ontwerp vergunning Wet natuurbescherming, p. 3.

verlenen van de vergunning: de vergunning kan volgens de minister alleen worden verleend "als de aanvrager een passende beoordeling […] heeft overgelegd, waaruit zonder redelijke wetenschappelijke twijfel kan worden geconcludeerd dat het project niet zal leiden tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden."[31]

Juist is ook dat de passende beoordeling niet alleen betrekking heeft op de Waddenzee maar ook op andere Natura 2000-gebieden waarin significante effecten kunnen optreden:
"De PB toetst de effecten aan de instandhouding-doelstellingen uit het aanwijzingsbesluit van de Natura 2000- gebieden Waddenzee, Duinen Schiermonnikoog, Duinen Ameland en Noordzeekustzone."[32]

Voor de aanlegfase en winningsfase beoordeelt de passende beoordeling de volgende aspecten: verstoring (geluid, licht, visueel), oppervlakteverlies, verandering in populatiedynamiek, verdroging en vernatting, bodemdaling en vermesting en verzuring (stikstofdepositie).[33] De passende beoordeling concludeert dat significante gevolgen bij voorbaat kunnen worden uitgesloten voor al deze aspecten, met uitzondering van de aspecten bodemdaling en vermesting en verzuring. Op basis van verdere beoordelingen concludeert de passende beoordeling vervolgens dat ook op laatstgenoemde aspecten geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over het uitblijven van significante effecten. Hieronder wordt nader ingegaan op de vraag of de beoordelingen overtuigend zijn.

4.3 Bodemdaling en hand-aan-de-kraan

De passende beoordeling legt uit dat de hand-aan-de-kraan-aanpak wordt gevolgd: "de gaswinning wordt beperkt of stilgelegd voordat de natuurgrens (het 'meegroeivermogen') van de Waddenzee dreigt te worden overschreden".[34] Met deze aanpak wordt beoogd te waarborgen dat de bodem niet sneller daalt dan het Waddensysteem kan compenseren door de aanvoer van slib en zand, waarbij ook rekening wordt gehouden met zeespiegelstijging. Om te zorgen dat de aanvoer van zand voldoende kan zijn wordt er extra suppletie van zand voor de kust van de Waddeneilanden aangebracht. Met deze aanpak wordt een gebruiksruimte bepaald: "de bodemdaling die als gevolg van de gaswinning op mag

[31] Idem.
[32] Idem.
[33] Idem, p. 4.
[34] Passende beoordeling, p. 7-8.

treden, zonder dat er significant negatieve effecten op het Waddensysteem ontstaan." Deze ruimte is voor het Pinkegat bepaald op 6 mm per jaar.[35]

Deze aanpak komt in theorie overeen met de situatie zoals beschreven onder c) in paragraaf 3 en kan dus passen binnen het Natura 2000-regime, mits voldaan wordt aan de in paragraaf 3 beschreven voorwaarden. Kernvoorwaarde is dan dat geen twijfel bestaat over de vraag of de gebruiksruimte wordt overschreden. Is deze twijfel er wel, dan is er feitelijk sprake van redelijke wetenschappelijke twijfel over nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de Waddenzee en kan de hand-aan-de-kraan-aanpak geen vergunning rechtvaardigen.

Hieronder worden de in paragraaf 3 geformuleerde voorwaarden voor het project gaswinning Ternaard kort besproken:

i. *Bij het berekenen van de gebruiksruimte moet uitgegaan zijn van de worst-case-scenario's voor wat betreft de factoren die gezamenlijk de gebruiksruimte bepalen. Alleen dan kan immers worden gesteld dat de optelsom van risico's/onzekerheden met zekerheid niet gaat leiden tot overschrijding van de gebruiksruimte.*

Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan omdat de onzekerheidsmarge van 1,5 mm die onderdeel vormt van het meest recente zeespiegelstijgingsscenario niet wordt meegenomen in de berekeningen.

De Universiteit Utrecht, KNMI, Deltares en TNO hebben voor de periode 2021-2026 een nieuw beleidsscenario voor zeespiegelstijging opgesteld (zeespiegelstijging inclusief de natuurlijke bodemdaling). Voor deze periode gaat het om 2,4 mm per jaar met een onzekerheidsmarge van ± 1,5 mm per jaar. De onzekerheidsband is gebaseerd op tweemaal de standaard deviatie en betreft de toepassing van het voorzorgsprincipe in verband met versnelling in zeespiegelstijging sinds 1994.[36] De Auditcommissie gaswinning Waddenzee adviseert in het recente advies voor de periode 2020-2026 "aan te geven welke consequenties dit heeft voor de toetsing aan het voorzorgbeginsel" en in het bijzonder of bij het bepalen van de gebruiksruimte wordt uitgegaan van een zeespiegelstijging van 2,4 mm/jaar of van 2,4+1,5=3,9 mm/jaar.[37]

---

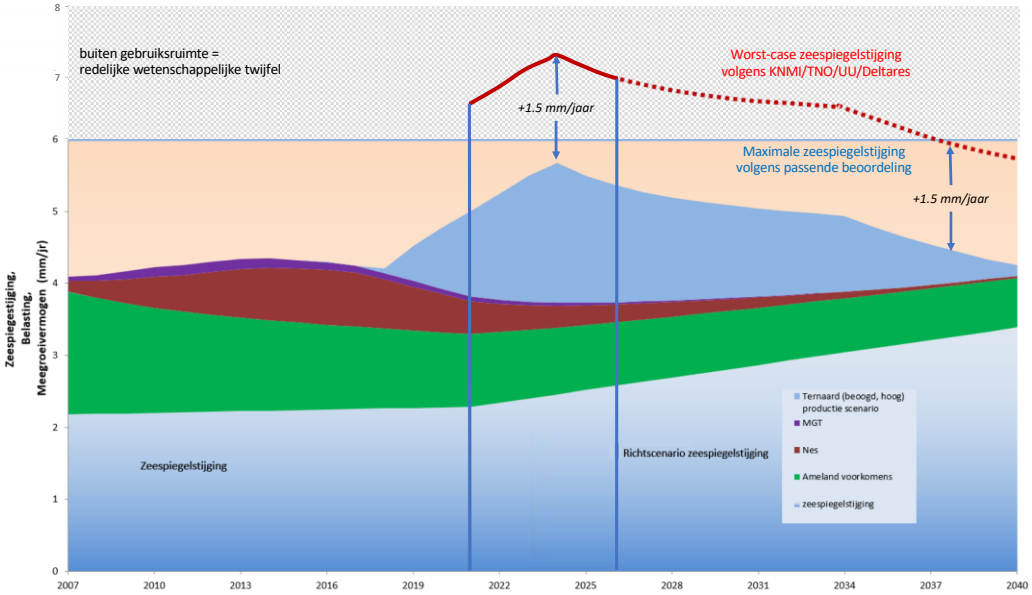
[35] Voor een nadere uitleg van o.a. het begrip 'meegroeivermogen' en een beoordeling van de 6 mm norm, zie Zheng Bing Wang en Ad van der Spek, 'Meegroeivermogen en kritische zeespiegelstijgingssnelheid voor verdrinking in de Nederlandse Waddenzee', 2021

[36] Commissie voor de milieu-effectrapportage, 'NAM Waddenwinningen 2020-2026. Advies over het monitoringsprogramma', 15 juli 2021, p. 9-10.

[37] Idem.

In de passende beoordeling van 11 maart 2021 wordt uitgegaan van een zeespiegelstijging van 1,8 mm per jaar. Een herberekening gaat uit van 2,4 mm per jaar. De onzekerheidsmarge van 1,5 mm per jaar is derhalve in de passende beoordeling niet meegenomen en krijgt ook in de ontwerp-vergunning zelf geen aandacht. Dit betekent dat er een risico wordt aanvaard dat de gebruiksruimte de komende jaren wordt overschreden. Bij de berekeningen wordt immers uitgegaan van een toelaatbare bodemdaling van 6 mm – 2,4 mm = 3,6 mm per jaar, terwijl dat 6 mm – 3,9 (2,4+1,5) = 2,1 mm per jaar had moeten zijn.

Met onzekerheid of binnen de gebruiksruimte gebleven zal worden ontstaat redelijke wetenschappelijke twijfel over mogelijke nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de Waddenzee. Dat ook monitoring zal plaatsvinden doet hieraan niet af. De monitoring gaat in dit geval immers uit van een onjuiste gebruiksruimteberekening.



Figuur 1: Figuur 4-1 uit de passende beoordeling (gebaseerd op het 2016 scenario), opgehoogd met de 1,5 mm onzekerheidsmarge van het zeespiegelstijgingsscenario 2021-2026. De figuur vraagt verdere correctie op basis van het nieuwe 2021-2026 scenario, het richtscenario voor de periode daarna, alsmede de uiteindelijk gekozen variant wat betreft de beoogde start en omvang van de gaswinning Ternaard. De figuur laat echter zien dat de gebruiksruimte van 6 mm overschreden kan gaan worden, waarmee sprake is van redelijke wetenschappelijke twijfel over significante gevolgen in de zin van het Natura 2000-regime.

ii. *Voor de juridische houdbaarheid van de hand-aan-de-kraan-aanpak in het kader van Natura 2000 moet de gebruiksruimte in verband worden gebracht met de maximaal toelaatbare effecten op de natuurlijke kenmerken (de instandhoudingsdoelstellingen) van het Natura 2000 gebied*

Bij de huidige toepassing van de hand-aan-de-kraan-aanpak ligt het accent in sterke mate op de in snelheden (‘mm per jaar’) gemeten relaties tussen bodemdaling, sedimentatie en zeespiegelstijging. De vraag is echter of daarmee voldoende invulling wordt gegeven aan het vereiste van het Hof van Justitie EU dat het begrip ‘significante effecten’ wordt uitgelegd in relatie tot de natuurlijke kenmerken en Natura 2000-doelen van de Waddenzee.

Tegen deze achtergrond kan ook worden gewezen op de constatering van het Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee "dat de lopende meetprogramma's voor gas- en zoutwinning een schat aan informatie aandragen waarmee de effectiviteit van het HadK-principe voortdurend getoetst wordt", maar "dat er geen hanteerbare definitie is gegeven van wat redelijke twijfel is".[38]

iii. Bij het berekenen van de gebruiksruimte en bij de monitoring moeten ook de cumulatieve effecten (zie hierboven) zijn meegerekend

Aandacht voor cumulatie van bodemdaling door uiteenlopende gaswinningen is gewaarborgd door het meten van de *diepe* bodemdaling door gaswinning in een kombergingsgebied met behulp van langdurige metingen op GPS stations. Bij dergelijke metingen wordt altijd het totale resultaat van de diepe bodemdaling van de velden gemeten waarbij het dus per definitie al een cumulatief effect betreft. Het uitsplitsen van de totale gemeten diepe bodemdaling naar de bijdragen (ontwikkelingen in) van afzonderlijke velden is alleen op basis van deze metingen niet mogelijk. Hiervoor zullen modellen moeten worden gebruikt.

Het Natura 2000-regime vereist echter dat cumulatieve effecten worden onderzocht in relatie tot de natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelstellingen van de Waddenzee. Onduidelijkheden in de koppeling tussen bodemdaling en deze kenmerken en doelen (zie hierboven) werken daarmee ook door als zwakte in de cumulatieve effectbeoordeling. In dit verband wordt erop gewezen dat de passende beoordeling in Tabel 8-4 minder categorieën activiteiten in de beoordeling van cumulatieve effecten worden betrokken dan in de passende beoordeling die in 2006 voor de gaswinning Moddergat, Lauwersoog en Vierhuizen is gemaakt. Voor laatstgenoemde beoordeling was deze lijst veel uitgebreider (zie p. 47 en p. 53), waaronder zoutwinning, wadlopen, e.d. Verwezen wordt ook naar hetgeen hieronder wordt opgemerkt over het ontbreken van aandacht voor cumulatieve effecten bij monitoring.

iv. Omdat de gebruiksruimte vaak afhankelijk zal zijn van factoren die in tijd kunnen fluctueren, moet de omvang van de gebruiksruimte regelmatig worden gecontroleerd en zo nodig worden herzien

De van de 6 mm-per-jaar norm[39] afgeleide gebruiksruimte is niet alleen afhankelijk van bodemdaling maar ook van toekomstige zeespiegelstijging

[38] Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee, 'De toekomst van Hand aan de Kraan'. Omgaan met onzekerheden, 8 januari 2021, p.6

[39] Zie voor een nadere uitleg van deze norm en begrippen als 'meegroeivermogen', zie Zheng Bing Wang en Ad van der Spek,

en sedimentatie. Regelmatige evaluatie en zo nodig bijstelling van de gebruiksruimte is dus belangrijk om redelijke wetenschappelijke twijfel over effecten te voorkomen. Staatstoezicht op de Mijnen (hierna: SodM) adviseert na te gaan of het mogelijk is op regelmatiger basis het zeespiegelscenario aan te passen, en steeds een overgangsperiode te gebruiken, een aanbeveling die door de Auditcommissie gaswinning Waddenzee wordt onderschreven.[40]

Het Adviescollege Hand aan de Kraan acht richting de toekomst "een betere analyse van de onzekerheden wenselijk waar het gaat om de verwachte zeespiegelstijging en natuurlijke sedimentatie"[41] en stelt concreet voor "jaarlijks te evalueren of er nieuwe inzichten zijn met betrekking tot de zeespiegelstijgingsscenario's, dit vooral in het licht van de snel veranderende wetenschappelijke inzichten."[42] Omdat dit voor het project gaswinning Ternaard niet is gewaarborgd, wordt ook aan dit criterium niet voldaan.

Tegen de achtergrond van het voorgaande is voorts onduidelijk hoe de verwachte versnelling van zeespiegelstijging na 2026 zich verhoudt tot een vergunning waarin ook winning na die datum wordt toegestaan. In de passende beoordeling wordt erkend dat deze verdere stijging kan leiden tot het geheel ontbreken van gebruiksruimte, met name wanneer de hierboven onder i) bedoelde onzekerheidsmarge wel in de berekeningen wordt betrokken. Zo stelt de passende beoordeling: "Vanwege de versnelling van de zeespiegelstijging, neemt de beschikbare gebruiksruimte af tot nul, als de snelheid van zeespiegelstijging groter wordt dan het meegroeivermogen."[43] In de passende beoordeling ontbreekt de motivatie waarom de afgifte van een vergunning voor winning tot 2035 wel binnen het Natura 2000-regime past. Het HvJEU geeft namelijk expliciet aan dat een passende beoordeling volledig moet zijn.

v. De monitoring mag geen onzekerheden omvatten die ruis geven over de vraag of de gebruiksruimte overschreden wordt.

Voor dit criterium wordt verwezen naar het rapport van het Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee. De Minister van EZK leidt uit dit rapport

'Meegroeivermogen en kritische zeespiegelstijgingssnelheid voor verdrinking in de Nederlandse Waddenzee', 2021

[40] Commissie voor de milieu-effectrapportage, 'NAM Waddenwinningen 2020-2026. Advies over het monitoringsprogramma', 15 juli 2021, p. 10.

[41] Idem, p. 12.

[42] Adviescollege, p. 46.

[43] Passende beoordeling, p. 31.

af dat voor de korte termijn geen bezwaren bestaan tegen vergunningverlening voor gaswinning op basis van de hand-aan-de-kraan-aanpak, maar daarbij wordt te weinig acht geslagen op de in het rapport genoemde onzekerheden. Zo stelt het Adviescollege onder meer:

> "Ook wordt er bij de effectenbeoordeling geen rekening gehouden met cumulatieve effecten, waaronder die als gevolg van klimaatverandering (met uitzondering van zeespiegelstijging) en verstoring. Deze effecten vormen geen onderdeel van de monitoringprogramma's rond de gas- en zoutwinning. Veel van deze gegevens zijn wel beschikbaar of beschikbaar te maken; wat ontbreekt is een geautomatiseerde bewerking en interpretatie van de verschillende gegevensbronnen, bijvoorbeeld aan de hand van "machine learning". Het adviescollege beveelt daarom aan om de bestaande meet- en monitoringprogramma's uit te breiden naar de gehele Nederlandse Waddenzee om ontwikkeling in indicatoren beter te kunnen vergelijken met voorspelde patronen als gevolg van de delfstoffenwinning. Daarnaast beveelt het adviescollege aan om een statistische analyse uit te voeren op (nader vast te stellen) sleutelindicatoren om een uitspraak te kunnen doen over het tijdig en betrouwbaar signaleren van effecten van delfstofwinning voor de natuurwaarden."[44]

vi. *De monitoring moet zo regelmatig plaatsvinden dat de kraan tijdig kan worden dichtgedraaid en zeker moet zijn dat na stopzetting geen na-ijleffecten kunnen optreden die toch tot overschrijding van de gebruiksruimte kunnen leiden.*

Ook ten aanzien van deze voorwaarde bestaat onzekerheid omdat de passende beoordeling uitgaat van vrij oude berekeningen voor andere gasvelden. Het na-ijl effect van bodemdaling na inperking of stopzetting van gaswinning is enkele jaren geleden veel beter uitgezocht voor het Ameland veld en de Moddergat, Lauwersoog en Vierhuizen (MLV) velden met behulp van de zogenaamde LTS1 en LTS2 studies (Long Term Subsidence = LTS). In dit licht is het opmerkelijk dat in de passende beoordeling voor gaswinning Ternaard op p. 86 wordt verwezen naar de passende beoordeling gaswinning Waddenzee uit 2006. Het Ameland veld zal meer last hebben van naijleffecten dan de MLV velden en vermoedelijk het Ternaard veld. Als de productie wordt gestopt in de MLV velden per 1 januari 2021 zal in de daaropvolgende jaren de snelheid van bodemdaling afnemen. Na circa 5 jaar ligt de daalsnelheid dan beneden 0,5 mm per jaar.

[44] Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee, 'De toekomst van Hand aan de Kraan'. Omgaan met onzekerheden, 8 januari 2021, p.6

Nog 5 jaar later is de daalsnelheid 0,1-0,2 mm/jaar. De onzekerheid in de remwegsnelheid is in beeld gebracht door hoge en lage scenario's voor bodemdaling te presenteren die nog bij de gemeten data passen. Daaruit wordt geconcludeerd dat de onzekerheid klein is. Impliciet wordt aangenomen dat de eigenschappen van het veld van Ternaard vergelijkbaar zijn met de MLV velden, maar deze aanname wordt in de passende beoordeling 'Gaswinning Ternaard' niet nader onderbouwd.

Het voorgaande betekent dat de wijze waarop de hand-aan-de-kraan-aanpak voor het project gaswinning Ternaard invulling is gegeven onvoldoende waarborgen biedt voor het uitsluiten van redelijke wetenschappelijke twijfel over het ontstaan van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken en doelen van de Waddenzee.

4.4 (On)volledigheid van de passende beoordeling

Het Hof van Justitie van de EU heeft duidelijk gemaakt "dat de overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn verrichte beoordeling geen leemten mag vertonen en volledige, precieze en definitieve constateringen en conclusies moet bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen."[45]

Ook naast de onzekerheden die hierboven aan de orde zijn geweest zijn er aanvullende redenen om te twijfelen aan de volledigheid van de passende beoordeling en het definitieve karakter van de conclusies. Zo wordt pas in de loop van de jaren op basis van drukmetingen (minimaal 3 jaar) in het reservoir en de detailmetingen van de bodemdaling duidelijk wat een realistisch winningsscenario is voor dit veld (op basis van werking breuken, mate van verbinding van blokken en de geomechanische eigenschappen). Al met al kan dit 5-7 jaar kosten, waarmee het project in feite al halverwege de totale winningsperiode van 15 jaar is gevorderd. Op een aantal manieren wordt getracht de risico's in de eerste jaren te beperken, o.a. door eigenschappen van nabijgelegen velden te gebruiken in modellen en ook het productievolume in eerste instantie te beperken.

Staatstoezicht op de Mijnen stelt een extra criterium voor, namelijk dat de drukdaling in het veld niet beneden de hydrostatische druk mag komen (hier ca. 380 bar).[46] De Minister van EZK wil dit niet meenemen en wordt

[45] HvJEU, zaken C-387/15 en C-388/15, 21 juli 2016 (Orleans), r.o. 50.
[46] Advies SodM over Winningsplan Ternaard, 24 september 2019, https://www.rvo.nl/sites/default/files/2021/08/OB01-6-190924-Advies-SodM-

hierin gesteund door de Mijnraad die stelt dat ook in de andere waddenvelden sprake was van een overdruk bij start van de winning en dat daar de druk inmiddels ook sterk onder de hydrostatische druk is gedaald zonder dat dit tot meetbare problemen heeft geleid. Er wordt dus een sterk beroep gedaan op ervaring met nabijgelegen velden, echter zonder aan te geven hoe goed (of slecht) de overeenkomsten zijn met die velden. Onzeker is al met al of voldaan wordt aan de vereisten waaraan een passende beoordeling moet voldoen (volledigheid en definitieve conclusies) en – daarmee verband houdend – het vereiste van afwezigheid van redelijke wetenschappelijke twijfel.

De noodzaak van volledigheid van de passende beoordeling doet ook de vraag rijzen of ten behoeve van de passende beoordeling onderzoek is gedaan naar alle relevante soorten en habitattypen. Het Hof van Justitie van de EU heeft bijvoorbeeld expliciet gemaakt dat bij het beoordelen van effecten voor habitattypen waarvoor instandhoudingsdoelstellingen gelden ook gekeken moet worden naar effecten voor zogenaamde typische soorten.[47] Ook is niet gemotiveerd waarom geen aandacht bestaat voor de aanvullende soorten en habitattypen die voor de Waddenzee en de andere relevante Natura 2000-gebieden in het Ontwerp-wijzigingsbesluit habitatrichtlijngebieden vanwege aanwezige waarden zijn genoemd.[48]

WP-Ternaard-anm.pdf. Zie ook p.5 van dit advies: "De NAM geeft aan dat de productie is aangepast zodat de prognoses binnen het meegroeivermogen blijven. SodM vindt de onzekerheden echter te groot en de effectiviteit van de monitoring (zodat op tijd kan worden ingegrepen) te onzeker (zie punt d). Daarom adviseer ik om winning slechts toe te staan totdat de hydrostatische druk is bereikt. Een actualisatie van het winningsplan is nodig wanneer uit de dan beschikbare gegevens blijkt dat verdere winning veilig kan."

[47] HvJEU, arrest in zaak C-461/17, 7 november 2018 (Holohan), r.o. 39, 40 en 70.

[48] Enkele jaren geleden is gebleken dat voor veel Natura 2000-gebieden in Nederland ten onrechte geen instandhoudingsdoelstellingen in de aanwijzingsbesluiten zijn opgenomen voor habitattypen en soorten die wel in meer dan verwaarloosbare mate in het gebied voorkomen. De Europese Commissie heeft duidelijk gemaakt dat dit een onjuiste implementatie betreft. Het kabinet heeft daarom het 'ontwerp-wijzigingsbesluit habitatrichtlijngebieden vanwege aanwezige waarden' opgesteld waarmee de aanwijzingsbesluiten van bestaande Natura 2000-gebieden worden gewijzigd. Voor de Waddenzee gaat het onder meer om toevoeging van de bruinvis. Het kabinet heeft in verband met de stikstofcrisis besloten in het verleden besloten dit wijzingsbesluit niet in werking te laten treden omdat daarmee de maatschappelijke knel vanwege stikstof verder zou kunnen toenemen. Omdat het bij dit besluit om habitattypen en soorten gaat die al vanaf de aanmelding in de gebieden voorkomen, wordt deze habitattypen en soorten al lange tijd de voorgeschreven bescherming van het Natura 2000-regime onthouden. De passende beoordeling voor gaswinning Ternaard gaat niet in op de mogelijke effecten voor soorten als de bruinvis en andere natuurwaarden

4.5 Juridische typering van extra zandsuppletie

De passende beoordeling geeft aan dat in verband met bodemdaling ten opzichte van bestaande en toekomstige zandsuppleties *extra* zandsuppletie noodzakelijk is. Deze extra zandsuppletie wordt door de NAM en de minister gezien als mitigatiemaatregel waardoor de effecten onder de significantiegrens (binnen de gebruiksruimte van de hand-aan-de-kraan-aanpak) blijven.

In voorgaande jaren heeft het Hof van Justitie van de EU in enkele arresten meer duidelijkheid gegeven over de vraag wanneer een maatregel als mitigerende maatregel mag worden meegeteld in de passende beoordeling. Het HvJEU stelt daartoe twee vereisten:

a) De maatregel moet de directe aantasting van natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied voorkomen. Wanneer de maatregel dit niet kan bewerkstelligen maar feitelijk gericht is op het compenseren van nadelige gevolgen, betreft het een compenserende maatregel in de zin van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn. Indien het om compenserende maatregelen gaat had de ADC-toets van artikel 6, lid 4 doorlopen moeten worden (o.a. een strikte alternatieventoets);
b) Een mitigerende maatregel mag alleen worden meegeteld in de passende beoordeling wanneer het positieve effect van de maatregel vaststaat ten tijde van het opstellen van de passende beoordeling. De voordelen van een mitigerende maatregel moeten met andere woorden "met de vereiste zekerheid worden voorzien op het tijdstip waarop de autoriteiten toestemming voor het betrokken project hebben verleend."[49]

Wat betreft vraag a) is discussie mogelijk. Wanneer de bodemdaling als zodanig moet worden beschouwd als de aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied, dan moet de extra zandsuppletie als compenserende maatregel worden beschouwd. In dat geval zou de hand-aan-de-kraan-aanpak falen omdat de suppletie dan in een passende beoordeling niet mee mag tellen als mitigerende maatregel. Verwezen wordt naar Ralph Frins, die op basis van een uitvoerige analyse van de

waarvoor instandhoudingsdoelstellingen opgenomen hadden moeten worden. De Minister van LNV zou in het kader van de beoordeling van de vergunningaanvraag gaswinning Ternaard moeten nagaan wat dit alles vanuit Europeesrechtelijk perspectief zou moeten betekenen voor de reikwijdte van passende beoordeling en vergunningverlening.

[49] Hof van Justitie EU, zaak C-164/17, 25 juli 2018, r.o. 53

2007-rechtszaak over gaswinning in de Waddenzee tot de conclusie komt dat de zandsuppletie moet worden aangemerkt als compensatiemaatregel en niet als mitigatie.[50]

Wat betreft het onder b) bedoelde vereiste wordt in de passende beoordeling duidelijk gemaakt dat onzekerheden bestaan voor wat betreft onder meer de omvang en uitvoerbaarheid van toekomstige suppletiemaatregelen, in het bijzonder vanwege de lange termijn van gaswinning ten opzichte van planningen voor zandsuppleties:

> "Op het moment van het opstellen van deze Passende beoordeling is het niet mogelijk om exact vast te stellen wanneer en welk extra volume voor de bodemdaling bij welke zandsuppletie van Rijkswaterstaat zal worden uitgevoerd, omdat de planning van de zandsuppleties door Rijkswaterstaat een tijdshorizon heeft die tot maximaal zes jaar vooruitkijkt. In deze Passende Beoordeling is het daarom niet mogelijk om vast te stellen wanneer (jaar, seizoen), op welke locatie (tussen welke strandpalen op Ameland), wat voor type (strandsuppletie, onderwatersuppletie, buitendeltasuppletie) en met wat voor schip of schepen de suppleties worden uitgevoerd. Het betreft immers een periode van tientallen jaren (zie figuur 6-1). Dit soort informatie over de uitvoering per suppletie is wel nodig voor het vaststellen van de natuureffecten."[51]

Het is goed denkbaar dat deze onzekerheden oplosbaar zijn, maar vanuit juridisch oogpunt zijn dergelijke onzekerheden problematisch.

Verwijzing naar de aanvaarding van de hand-aan-de-kraan-aanpak in het verleden door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is in dit verband overigens niet overtuigend omdat het Hof van Justitie vooral de laatste jaren (o.a. in het kader van de stikstof/PAS-discussie) de bovenstaande eisen expliciet heeft gemaakt.

4.6 Stikstof

In de ontwerp-vergunning geeft de Minister van LNV aan dat per 1 juli 2021 een wijziging van het Besluit natuurbescherming in werking is getreden (nieuw artikel 2.5), "waarin is bepaald dat bouw- en aanlegwerkzaamheden worden aangewezen als activiteiten van de

[50] Ralph Frins, 'Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht', dissertatie (Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2016), https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/157854, paragrafen 2.5.2.1, 2.5.2.5 en 2.5.4.

[51] Passende beoordeling, p. 55.

bouwsector die, voor wat betreft de gevolgen van stikstofdepositie op N2000-gebieden, buiten beschouwing worden gelaten voor de toepassing van artikel 2.7 lid 2 Wnb."[52]

De vraag of deze regeling aan de vereisten van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn voldoet valt buiten de reikwijdte van dit advies. Aangenomen mag echter worden dat stikstofemissies en deposities ook voortvloeien uit de winning en suppletie van zand als voorgestelde mitigatiemaatregel voor de gaswinning Ternaard en vaststaat dat deze activiteiten niet onder de reikwijdte van artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming vallen.

De passende beoordeling besteedt aan deze bijdrage aan stikstofdeposities echter geen aandacht. Omdat de kritische depositiewaarden ook in Natura 2000-gebieden van het Waddengebied nu al overschreden worden, doen de genoemde deposities redelijke wetenschappelijke twijfel rijzen over het ontstaan van significante gevolgen.

4.7 Advies Commissie voor de milieu-effectrapportage niet afgewacht

Tegen de achtergrond van de hierboven besproken onderwerpen is het opmerkelijk en jammer dat de ontwerp-vergunningen ter inzage zijn gelegd voordat de Commissie voor de milieu-effectrapportage de gelegenheid heeft gehad om over het milieu-effectrapport voor gaswinning Ternaard advies uit te brengen. Omdat deze Commissie pas recent om advies is gevraagd staat ook vast dat het advies niet beschikbaar zal zijn voor mensen en organisaties die gebruik willen maken van de inspraakmogelijkheid. De juridische consequenties van deze gang van zaken vallen buiten de reikwijdte van dit advies maar vragen verdere aandacht.

[52] Ontwerp Wnb-vergunning, p.6.

5. Conclusie

Op basis van de voorgaande bevindingen moet geconcludeerd worden dat de ontwerp-vergunning Wet natuurbescherming en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling onvoldoende overtuigend aantonen dat redelijke wetenschappelijke twijfel over het ontstaan van nadelige gevolgen voor de natuurlijke kenmerken en doelen van de Waddenzee kan worden uitgesloten. Het Natura 2000-regime, zoals geïmplementeerd in hoofdstuk 2 van de Wet natuurbescherming, laat in een dergelijk geval niet toe dat de vergunning wordt verleend.

Daarmee heeft de Minister van LNV dus niet zozeer de *mogelijkheid* om de Wnb-vergunning te weigeren maar zal zij de vergunning wel *moeten* weigeren, tenzij de weg van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn (de zogenaamde 'ADC-toets') wordt gevolgd. Wanneer deze ADC-route gevolgd zou worden en aan de eisen voor die route voldaan zou worden, heeft de Minister overigens nog steeds de *mogelijkheid* om een vergunning te weigeren.

Ook wanneer door aanvullend onderzoek, het wegnemen van de tekortkomingen van de hand-aan-de-kraan-aanpak en andere maatregelen het oordeel zou ontstaan dat redelijke wetenschappelijke twijfel over significante gevolgen kan worden uitgesloten, dan moet gezien de formulering van artikel 2.7, derde lid van de Wet natuurbescherming worden aangenomen dat de Minister van LNV de mogelijkheid heeft om een vergunning te *weigeren*.

Hierbij kunnen ook oordelen over de verhouding tussen het project gaswinning Ternaard en verplichtingen op grond van internationale natuurbeschermingsverdragen (niet onderzocht in dit spoedadvies) een rol spelen.

Auteurs:
Prof. Kees Bastmeijer
Prof. Katja Philippart
Prof. Piet Hoekstra
Dr. Meindert Schroor
Prof. Pieter van Beukering

Review:
Prof. An Cliquet, Universiteit Gent