

# PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

**Per e-mail**

Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit  
Postbus 20401  
2500 EK Den Haag

onze ref. HB/FM/11017130

uw ref.

inzake Staat (LNV) - advies Wnb-vergunning  
gaswinning Ternaard

4 november 2021

Geachte heer

In het kader van de besluitvorming over het project Gaswinning Ternaard heeft de minister van Economische Zaken en Klimaat op 27 september 2021 aan de Tweede Kamer een brief gestuurd over de mogelijkheden om het verlenen van vergunningen voor nieuwe gasboringen onder de Waddenzee te weigeren. Daarbij is ook een korte beschrijving gegeven van het kader van de Wet natuurbescherming (Wnb) voor de beoordeling van de voor het project aangevraagde Wnb-vergunning, waarvoor de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit bevoegd gezag is. Op verzoek van de Tweede Kamer is daarover door de Waddenacademie een juridisch advies uitgebracht. Naar aanleiding van het advies van de Waddenacademie heeft u mij een aantal specifieke vragen voorgelegd. U heeft mijn reactie gevraagd in de vorm van een beleidsadvies. Aan dat verzoek voldoe ik graag. Uw vragen geef ik daarbij cursief aan.

- 1 *Naar mijn oordeel bevat het advies van de Waddenacademie overall een juiste weergave van het toepasselijke juridische kader voor de vergunningverlening. De Waddenacademie bevestigt in de kern de juistheid van de weergave van het juridische kader voor de beoordeling van aanvragen voor een Wnb-vergunning voor een project op grond van de artikelen 2.7, tweede lid, en 2.8 van de Wet natuurbescherming, als*

*weergegeven in de brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat aan de Tweede Kamer van 27 september 2021 (Kamerstuk 33529-903). Daarbij geeft de Waddenacademie op juiste wijze de jurisprudentie weer over het geldende voorzorgsbeginsel, de eisen die worden gesteld aan de passende beoordeling, de zekerheid die er moet zijn dat het project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zal aantasten, de eisen die worden gesteld aan mitigerende maatregelen willen de effecten daarvan kunnen worden betrokken in de passende beoordeling en de toepassing van 'hand-aan-de-kraan'.*

*Vraag: bent u het daarmee eens?*

Antwoord

Ja, ook naar mijn mening geeft de Waddenacademie een helder overzicht van het juridische toetsingskader van natuurvergunningen.

- 2 *Op onderdelen kunnen nuancerings bij het advies worden aangebracht, in het bijzonder bij het gestelde over het 'worst case scenario' bij de bepaling van de gebruiksruimte en bij het gestelde over de toepassing van de cumulatiebepaling. Het gestelde op bladzijden 3 en 18 van het advies over 'worst-case scenario's' kan mijns inziens worden aangevuld met een verwijzing naar de jurisprudentie die duidelijk maakt dat bij de bepaling van de gebruiksruimte mag worden uitgegaan van een realistische inschatting van de zeespiegelstijging gecombineerd met een conservatieve inschatting van het meegroeivermogen van de bodem door sedimentatie (AbRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3029, r.o. 8.2). Paragraaf 2.3 van het advies plaatst kanttekeningen bij de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak. Volgens de Afdeling kunnen de gevolgen van projecten waarvoor een Wnb-vergunning is verleend ten tijde van het besluit op de vergunningaanvraag en die ook reeds zijn uitgevoerd dan wel gevolgen van bestaande activiteiten waarvoor geen Wnb-vergunning benodigd is, worden geacht in de omgeving te zijn verdisconteerd. Deze hoeven in beginsel niet meer afzonderlijk in de beoordeling van de cumulatieve effecten te worden betrokken. Deze lijn van de Afdeling kan mijns inziens echter goed worden gevolgd, ook in het licht van de genuanceerde passages in de door de Waddenacademie aangehaalde mededeling van de Europese Commissie over artikel 6 van de Habitatrichtlijn, en de bevoegde gezagen moeten bovendien de bestaande jurisprudentie als uitgangspunt nemen.*

*Vraag: bent u het eens met deze kanttekeningen bij het advies van de Waddenacademie. Zijn er nog andere kanttekeningen te plaatsen bij de weergave door de Waddenacademie van het toepasselijke juridische kader voor vergunningverlening?*

### Antwoord

Wat betreft de te hanteren "worst case-scenario's" constateer ik dat op zichzelf voor het verlenen van een natuurvergunning inderdaad als criterium geldt dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat het project geen schadelijke gevolgen zal hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden. Als uit een "worst-case-beoordeling" blijkt dat er geen effecten zullen zijn, wordt aan dat criterium voldaan. Minder duidelijk is wanneer sprake is van een dergelijke "worst case". Moet voor alle individuele (deel)factoren uitgegaan worden van het theoretische maximum, of past naar ook een zekere 'reality-check' bij? Naar mijn mening kan die vraag niet in algemene zin worden beoordeeld, dat hangt af van de individuele situatie. Zeker in gecompliceerde situaties als deze, waarbij het 'meegroeivermogen' van de Waddenzee afhangt van een groot aantal verschillende factoren kan niet in algemene zin worden aangenomen dat altijd van de meest theoretisch (deel)scenario's zal moeten worden uitgegaan. In de door u genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 december 2020 wordt in r.o. 8.2 ook een advies van TNO aangehaald waarin is uiteengezet dat het technisch-inhoudelijk gezien onjuist is om conservatieve inschattingen van alle parameters mee te nemen, omdat daardoor de uitkomst van de analyse een opeenstapeling van 'worst cases' is, die nooit kan voorkomen.

In de nu lopende vergunningprocedure zal de minister van LNV een projectspecifieke oordeel kunnen geven over de vraag of de in de passende beoordeling gehanteerde scenario's voldoende robuust zijn om daarop de conclusie te baseren dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat het project geen schadelijke gevolgen zal hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden.

Wat betreft de te cumuleren projecten constateer ik dat het al vele jaren vaste jurisprudentie van de Raad van State is dat met betrekking tot andere projecten waarvoor een natuurvergunning is verleend ten tijde van het nemen van het bestreden besluit en die ook reeds zijn uitgevoerd dan wel bestaande activiteiten waarvoor geen natuurvergunning benodigd is, 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.

Zie: o.a. AbRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1694, r.o. 10.2 en AbRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105, r.o. 96.

Naar mijn mening past die jurisprudentie ook in de door de Waddenacademie aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de richtsnoeren van de Europese Commissie.

In laatstgenoemde uitspraak van 20 januari 2021, oordeelt ook de Afdeling bestuursrechtspraak dat deze benadering niet in strijd is met arrest-Moorburg van het Hof van Justitie EU.

Ook hier geldt echter dat in de lopende vergunningprocedure een projectspecifiek oordeel moet worden gegeven over de vraag welke andere projecten in de cumulatietoets moeten worden betrokken. In het door de Afdeling bestuursrechtspraak gehanteerde criterium is immers niet voor niets gebruik gemaakt van woorden als "in de meeste gevallen" en "in beginsel".

- 3 *Het is nu aan de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit als bevoegd gezag voor deze Wnb-vergunning om met inachtneming van de procedures van de Awb en het inhoudelijke kader van de Wet natuurbescherming een finaal oordeel te vellen over de vraag of zonder redelijke wetenschappelijke twijfel kan worden geconcludeerd dat de natuurlijke kenmerken van de relevante Natura 2000-gebieden niet worden aangetast en om een definitieve beslissing op de vergunningaanvraag te nemen, zo nodig na het vragen van aanvullende informatie aan de initiatiefnemer. Tegen die beslissing staat beroep bij de bestuursrechter open. Bij de voorbereiding van de definitieve beslissing betreft de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit alle ingediende zienswijzen op het ontwerp van de Wnb-vergunning. De minister kan daarbij ook de analyse van de Waddenacademie betrekken. Naar die analyse wordt verwezen in de zienswijze van de Waddenvereniging en de minister neemt bovendien een finaal besluit op basis van de best beschikbare kennis en gegevens op dat moment.*

*Vraag: bent u het daarmee eens? Zijn er nog aandachtspunten voor de vervolprocedure?*

Antwoord

Daar ben ik het mee eens. Er kan niet op grond van algemene kaders en jurisprudentie worden beoordeeld of hier een vergunning kan worden verleend. Dat kan alleen in een specifieke vergunningprocedure, waarbij de aanvraag, de daarbij gevoegde passende beoordeling, het advies van de Commissie voor de milieu-effectrapportage en de ingebrachte zienswijzen worden betrokken.

- 4 *Wat betreft de door de Waddenacademie aan de orde gestelde tekortkomingen bij de 'hand aan de kraan'-aanpak kan worden verwezen naar de brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, aan de Tweede Kamer van 28 juni 2021 (Kamerstuk 29684 en 33529, nr. 218) over de uitgevoerde evaluatie en de naar aanleiding daarvan aangekondigde verdere verbeteringen. Deze verbeteringen kunnen nu al worden meegenomen bij de finale beoordeling van de aanvraag en mogelijk worden betrokken in de vergunningvoorschriften bij een eventuele definitieve vergunning.*

*Vraag: is dat juist?*

Antwoord

Ja, dat kan niet alleen, dat is naar mijn mening ook nodig. Een beslissing op een individuele vergunningaanvraag moet immers worden genomen op basis van de meest recente inzichten ten tijde van het nemen van het besluit op de aanvraag.

- 5 *Het advies van de Waddenacademie gaat ervan uit dat de Minister van de Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit op grond van de Wet natuurbescherming beleidsruimte toekomt bij de vergunningverlening en deze ook zou kunnen weigeren als de minister op basis van alle beschikbare gegevens en onderzoek constateert dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel is dat door het project de natuurlijke kenmerken van de relevante Natura 2000-gebieden niet worden aangetast. Dit vergt m.i. evenwel een dragende motivering binnen de doelstellingen van de Wet natuurbescherming (ik verwijs in dit verband ook naar artikel 1.10, tweede en derde lid, van de Wet natuurbescherming) en – gezien het tot op heden geldende beleid – een beleidswijziging voordat het finale besluit wordt genomen, en nadeelcompensatie voor zover de initiatiefnemer reeds investeringen heeft gedaan op basis van het geldende beleid.*

*Vraag: bent u het daarmee eens en kunt u nader ingaan op de in dit verband te stellen eisen? Hoe verhoudt een dergelijke inzet van beleidsruimte zich tot het eigendomsrecht in relatie tot het gasveld?*

Antwoord

Er wordt inderdaad aangenomen dat het bevoegd gezag ruimte heeft om een natuurvergunning te weigeren, ook als uit de beoordeling blijkt dat de natuurlijke kenmerken van Natura2000 niet worden aangetast.

Zie reeds AbRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9656, r.o. 2.5.8, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak verwees naar artikel 19e van de Natuurbeschermingswet 1998:

“Het bevoegd gezag kan, om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn, op grond van artikel 19e van de Nbw 1998, beleid voeren dat inhoudt dat de vergunning slechts wordt verleend indien maatregelen worden getroffen om een verdere reductie van ammoniakdepositie te bewerkstelligen.”

Artikel 19e van de Nbw 1998 is thans niet meer als zodanig opgenomen in de huidige Wet natuurbescherming maar een vergelijkbare grondslag om bij vergunningverlening strenger te zijn dan het criterium van artikel 2.8, derde lid, Wnb, kan thans worden gevonden in artikel 1.10 van de Wnb.

Een besluit om een vergunning te weigeren, terwijl uit de passende beoordeling blijkt dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast, vergt echter wel een bijzondere motivering, waarbij enerzijds duidelijk moet worden gemaakt dat er zwaarwegende natuurbelangen zijn die tot weigering nopen, en anderzijds (anders dan bij een toetsing art. 2.8, derde lid, Wnb) ook rekening moet worden gehouden met de belangen van de aanvrager, en met andere belangen, zoals die van de energievoorziening. De vraag of zo'n weigering past in het beleid van de minister is daarbij ook van belang.

Zie: AbRvS 2 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2778

Het bestaande beleid voor de Waddenzee, opgenomen in de PKB/structuurvisie Waddenzee, voorziet niet in de mogelijkheid dat de minister een strengere toetsingskader hanteert dan in art. 2.8, derde lid van de Wnb is neergelegd. Op zichzelf is niet uitgesloten dat er nu, ná het indienen van de aanvraag maar vóór het nemen van de definitieve besluit op die aanvraag, nieuw beleid wordt ontwikkeld, waar dan het definitieve besluit op wordt gebaseerd, maar aan een dergelijke late beleidwijziging zullen door de rechter hoge motiveringseisen worden gesteld; er zullen zwaarwegende (nieuwe) inzichten over de kwaliteit van de Natura2000-gebieden waar het hier om gaat, moeten bestaan. Bovendien staat, zoals ook de Groningse hoogleraren De Graaf en Tolsma in hun advies aan de Tweede Kamer over de gaswinning Ternaard aangeven, een weigering op grond van toepassing van nieuw – tijdens de besluitvormingsprocedure – tot stand gekomen beleid op gespannen voet met de rechtszekerheid. Consequentie van toepassing van gewijzigd beleid kan dan zijn dat de minister moet voorzien in nadeelcompensatie/schadevergoeding voor de aanvrager.

Naar ik aanneem heb ik u hiermee voorshands voldoende geïnformeerd. Tot een nadere toelichting vindt u mij vanzelfsprekend graag bereid.

Met vriendelijke groet,  
de landsadvocaat,  
voor deze,