

Notitie

voor Sander Zondervan
cc René Papavoine
van Liesbeth Schippers en Julian Kramer
datum 28 augustus 2023
inzake M.e.r-plicht N65
zaaknr 11014193

- 1 In het kader van de haalbaarheid van een vervolg van de reconstructie van de N65 en het op te stellen advies hierover zijn wij gevraagd om een korte notitie aan te leveren over de m.e.r.-plicht in relatie tot het project. Hierbij voldoen we aan dat verzoek. Hieronder geven we eerst een samenvatting, daarna volgt de toelichting hierop.

Samenvatting: ons advies is om bij een vervolg van de reconstructie van de N65 wél een plan-MER op te stellen en niet te volstaan met een MER-beoordeling. Met een MER staat het bevoegd gezag (juridisch) het sterkst, zowel bij de voorbereiding van het besluit als in een eventuele beroepsprocedure.

- 2 Vooropgesteld: het doel van een MER is om het milieu een volwaardige plaats te geven in de besluitvorming over een project. Het is derhalve vooral een nuttig instrument om een zo afgewogen mogelijk besluit te nemen over een (ruimtelijk) project, zeker wanneer er alternatieve oplossingen worden geopperd door bijvoorbeeld de omgeving. Alhoewel de m.e.r.-procedure wellicht voelt als noodzakelijk kwaad, zij is dat het allerminst. Een plan-MER zorgt ervoor dat alle milieuaspecten van het voorkeursalternatief, en de redelijkerwijs in aanmerking te nemen alternatieven daarvoor, goed in beeld zijn, worden vergeleken en daardoor bij de besluitvorming zorgvuldig kunnen worden afgewogen. Het MER werpt daarmee zijn vruchten de hele procedure af – tot en met de Afdeling.
- 3 Voor de vastgestelde, maar vernietigde, bestemmingsplannen voor de reconstructie van de N65 was geen MER opgesteld.¹ Er was hiervoor slechts een MER-beoordeling uitgevoerd, want van een rechtstreekse MER-plicht was geen sprake. De redenering was namelijk dat de plannen erin voorzagen dat over een lengte van meer dan 5 km, maar minder dan 10 km op locaties *aanpassingen* aan de N65 zouden plaatsvinden.

¹ ABRvS 22 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3910.

Daarmee was sprake van een activiteit als bedoeld in D 1.1 van de bijlage bij het Besluit mer. Vanwege de D-activiteit was een MER-beoordeling uitgevoerd. Vanaf de zienswijzenfase tot en met de zitting heeft het verdedigen van dit standpunt flink wat tijd en energie gekost en onzekerheid met zich gebracht. Achteraf onnodig zou blijken.

- 4 Appellanten voerden aan dat wel degelijk een MER moest worden opgesteld. Ze stelden dat de bestemmingsplannen samen moesten worden aangemerkt als de *aanleg* van een autoweg als bedoeld in categorie C 1.2 van de bijlage bij het Besluit mer. Onder verwijzing naar een arrest van het Europese Hof stelden zij namelijk dat ook *aanpassingen* van een autoweg zo omvangrijk kunnen zijn dat deze moeten worden gezien als de *aanleg* van een nieuwe autoweg.² De Afdeling ging uiteindelijk niet mee in dit betoog. De Afdeling vergelijkt in de uitspraak de N65-reconstructie met de wegreconstructie uit het arrest en komt op basis hiervan tot de conclusie dat, gelet op alle kenmerken van de ingrepen, de wijziging niet een zodanige omvang heeft, dat deze gelijkstaat aan de *aanleg* van een nieuwe weg.
- 5 Met deze uitspraak in de hand zou het in principe logisch zijn om voor het vervolg van de reconstructie wederom een MER-*beoordeling* uit te voeren, en geen MER. Echter, naar onze mening kleven er dusdanige risico's aan deze route dat wij adviseren dit keer wél een MER op te stellen. Wij wijzen in dit kader op het volgende.
 - De analyse van de Afdeling in de uitspraak leunt op het arrest van het Hof. De conclusie valt of staat, ook omdat het gaat over de interpretatie van de MER-richtlijn, bij Europese rechtspraak. De ervaring leert, helaas, dat rechtspraak van het Hof evolueert, met soms vergaande gevolgen voor de rechtspraak (bv. het Nevele-arrest voor de windturbinepraktijk). Hierdoor bieden uitspraken uit het verleden weliswaar enig houvast, maar geen garantie voor de toekomst.
 - De analyse van de Afdeling en de concrete rechtsoverwegingen in de uitspraak zijn (vrij) gedetailleerd en feitelijk van aard. De voorziene aanpassingen aan de N65 worden langs de lat gelegd van de aanpassingen aan de weg uit het arrest. Het risico hiervan is, althans voor de inzetbaarheid van de uitspraak in het vervolg, dat wanneer de reconstructieplannen (iets) wijzigen, de analyse van de Afdeling op losse schroeven komt te staan. In ieder geval zet het de deur open om de analyse over te doen, zonder garantie op dezelfde uitkomst.
- 6 Een ander risico om te varen op een MER-beoordeling, is het feit dat er mogelijk weer een passende beoordeling moet worden opgesteld. Dit betekent dat gelet op artikel 7.2a van de Wet milieubeheer (en artikel 16.36, lid 2, van de Omgevingswet) in beginsel plan-MER moét worden opgesteld. In de eerdere procedure kon, met succes, een beroep worden gedaan op de uitzondering voor "kleine gebieden".³ In principe kan

² Arrest van het Hof van Justitie van 24 november 2016, Bund Naturschutz in Bayern, ECLI:EU:C:2016:898.

³ Artikel 3, lid 1, onder a, van het Besluit mer.

wederom van die uitzondering gebruik worden gemaakt. Het nadeel is alleen dat deze uitzondering slechts geldt voor plannen op "lokaal niveau". Dus alleen op gemeentelijk niveau kan hiervan gebruik worden gemaakt. Dit betekent dat de besluitvorming voor het project per definitie niet op provinciaal- of rijksniveau kan plaatsvinden, indien een MER-*beoordeling* het uitgangspunt zou zijn. Dat is op voorhand geen probleem, zij het dat het project hierdoor op formeel-bestuurlijk niveau minder flexibel wordt (onder het instrumentarium van de Omgevingswet is een projectbesluit voor de hand liggend, dit instrument kunnen gemeenten niet inzitten).

- 7 Het voordeel van wél een MER is dat op voorhand de wind uit de zeilen wordt gehaald van toekomstige beroepen. Appellanten zullen – ongetwijfeld – opnieuw aanvoeren dat juist wel een MER moest worden gemaakt. Een ander voordeel van een MER (uit eigen beweging, want onverplicht kan het niet worden genoemd⁴) is dat het getuigt van een welwillende overheid die (extra) milieuonderzoek niet schuwt of uit de weg gaat, ook niet van aangedragen alternatieven. Dit los van het feit dat, zoals gezegd, een MER een zeer nuttig instrument is om alle relevante milieuaspecten op een rijtje te krijgen en zo een weloverwogen besluit te nemen.

⁴ ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1702, r.o. 6 e.v.