

Funcatiecombinaties in het buitengebied

Juridische knelpunten en oplossingsrichtingen

Essay door:

Mr.dr. F.H. (Fred) Kistenkas
(Wageningen Universiteit en Alterra)

In opdracht van



Postbus 19197
3501 DD Utrecht
Tel. 070-3785653
www.innovatienetwerk.org

Utrecht, april 2013

Inhoudsopgave

	Blz.
Samenvatting	1
1. Inleiding	4
1.1 Probleemstelling	4
1.2 Achtergrond	4
1.3 Doelstelling	5
1.4 Leeswijzer	5
2. Duurzame gebiedsontwikkeling	6
3. Publiekrechtelijke knelpunten	7
3.1 Ruimtelijk bestuursrecht	7
3.2 Natuurbeschermingsrecht	8
3.3 Overige wetgeving	9
3.4 Tussenconclusie	10
4. Privaatrechtelijke knelpunten	12
4.1 Pacht	12
4.2 Andere privaatrechtelijke wetgeving	13
4.3 Tussenconclusie	14
5. Oplossingsrichtingen	15
5.1 Wegingsmoment <i>in</i> de toetsing?	15
5.2 Onduidelijke jurisprudentie	18
5.3 Weging in plaats van toetsing	19
5.4 Introductie van ecosysteemdiensten in het recht	22
5.5 Duurzaamheidsladder voor functiecombinaties in het buitengebied?	27
6. Conclusies	29
Jurisprudentie	30
Gevoerde gesprekken	31

Samenvatting

Introductie in het recht van het voor de juridische professie nog nieuwe concept van **ecosysteemdiensten** en opname in de wet van een **duurzaamheidsladder voor functiecombinaties in het buitengebied** zullen meer functiecombinaties in het buitengebied juridisch mogelijk kunnen maken.

Er bestaat sinds kort al zo'n duurzaamheidsladder voor het stedelijk gebied, maar er zou ook een duurzaamheidsladder voor het landelijk gebied opgenomen kunnen worden, bijvoorbeeld al in de voorgenomen nieuwe Omgevingswet.

Voor duurzame gebiedsontwikkeling is een balans van **planet, people, profit (3P)** nodig. Daarvoor heeft men weging als rechtsvindingsmethodiek nodig. Daarbij zouden ecosysteemdiensten behulpzaam kunnen zijn. Deze kunnen leiden tot duurzame functiecombinaties in het buitengebied, wat dan weer duurzame gebiedsontwikkeling garandeert. Ontbreekt een van deze schakels, dan riskeert men planologische monoculturen en enkelvoudig ruimtegebruik. Momenteel ontbreekt weging als schakel. In het groene omgevingsrecht is de sectorale toetsing nog steeds het uitgangspunt.

Juridisch dwingend zou in een duurzaamheidsladder geëist kunnen worden dat er door een plan of project een 3P-balans en intergenerationale meerwaarde ontstaat voor productiediensten, immateriële diensten alsmede voor regulerende en ondersteunende diensten.

Problematisch is echter vooralsnog het Europese milieurecht, dat nog steeds lijkt uit te gaan van sectorale toetsing. Dit Europese recht is in de juridische normenhiërarchie hoger dan het nationale recht.

1. Inleiding

1.1 Probleemstelling

Het huidige recht lijkt in toenemende mate functiecombinaties in het buitengebied in de weg te staan. Daarmee zou er sprake kunnen zijn van een groeiende rechtsblokkade voor duurzame gebiedsontwikkeling binnen het rechtsdomein van de groenblauwe ruimte. Het kan hier zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke belemmeringen betreffen, zodat er dan zelfs sprake is van een dubbele rechtsblokkade.

Het benoemen en duiden van deze knelpunten alsmede het aandragen van oplossingsrichtingen bij zowel bestuurspraktijk als rechtspraktijk, kan deze dubbele rechtsblokkade opheffen, wat een impuls kan geven aan de door overheden gewenste ontwikkeling van private financiering van natuur en landschap.

1.2 Achtergrond

In 2012 verscheen het boek ‘Waardevol Groen’ van InnovatieNetwerk¹, waaruit onder meer naar voren kwam dat vooral ook het particulier natuurbezit oploopt tegen juridische belemmeringen met betrekking tot functiecombinaties in het buitengebied. Dat het particulier initiatief geen of slechts moeizaam duurzame gebiedsontwikkeling met functiecombinaties (bijvoorbeeld natuur en zorg, natuur en wonen, natuur en energieproductie, natuur en verblijfsrecreatie) van de grond krijgt, is juist nu, in tijden van beperking van overheidssubsidies alsmede de voorgenomen verkoop van gronden door Staatsbosbeheer, een probleem dat om oplossingen vraagt.

In een eerder InnovatieNetwerk-essay² werden al enkele publiekrechtelijke belemmeringen in de windmolensector besproken. De problematiek is evenwel sectoroverstijgend, want het betreft ook andere sectoren dan windenergie, en de problematiek is bovendien niet alleen van publiekrechtelijke, maar ook van privaatrechtelijke aard.

¹ H. Kamerbeek, *Waardevol groen*, InnovatieNetwerk, Utrecht 2012.

² F.H. Kistenkas, *Het afweegbaar maken van natuur- en milieunormen voor windmolens in bos en natuur*, InnovatieNetwerk, 2012.

Zowel de bestuurs- als rechtspraktijk lijkt zich evenwel nog niet echt bewust van het gevaar van het vastlopen van dit publieke en private omgevingsrecht op het gebied van meervoudig ruimtegebruik. Dit vraagt om rechtsinnovatie en het op de bestuurlijke en juridische agenda plaatsen daarvan.

1.3 Doelstelling

Doelstelling van dit essay is beantwoording van de boven geformuleerde rechtsvraag, die in het kort neerkomt op de vraag “Wat is er nodig om functiecombinaties in het buitengebied rechtens mogelijk te maken?”.

1.4 Leeswijzer

Na ingegaan te zijn op het idee van duurzame gebiedsontwikkeling, zullen achtereenvolgens de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke knelpunten worden behandeld. Daarna worden de oplossingsrichtingen verkend en tot slot worden er voorstellen gedaan voor mogelijke verbetering.

2. Duurzame gebiedsontwikkeling

Duurzame ontwikkeling houdt in dat ecologische, economische en sociale functies in samenhang moeten kunnen worden afgewogen.³ Duurzame gebiedsontwikkeling zou nader kunnen worden gedefinieerd als de integrale ontwikkeling van een gebied waarbij een balans wordt gezocht tussen economische, maatschappelijke en ecologische kwaliteitsfactoren, die kan voldoen aan de behoefte van zowel huidige als toekomstige gebruikers (intergenerationele solidariteit) die eenzelfde afweging maken.⁴

Sociaal-economische belangen (people en profit) afwegen tegen ecologische belangen (planet) is in het kader van een wettelijk verplichte, enkel ecologische toetsing (bijvoorbeeld aan bepaalde ecologische instandhoudingsdoelstellingen zoals bij Natura 2000, kernkwaliteiten zoals bij Nationale Landschappen of wezenlijke kenmerken en waarden (WKW) zoals bij de EHS) evenwel niet of althans bezwaarlijk mogelijk. Er is dus, vanuit duurzame gebiedsontwikkeling geredeneerd, eerder behoefte aan weging (balancing van de drie P's: people, profit, planet) dan aan een binaire toetsing van: zijn er significante effecten voor bepaalde instandhoudingsdoelstellingen, kernkwaliteiten of wezenlijke kenmerken en waarden, ja of nee? Binnen een gebied zou men deze drie dimensies van duurzaamheid moeten kunnen integreren in plaats van differentiëren, zoals nu nog vaak aan de hand van vaste instandhoudingsdoelstellingen voor een afgeschermd natuurgebied moet gebeuren.

Het is een interessante vraagstelling of zo'n 3P-balancing (people, profit, planet) thans al mogelijk is in het kader van het huidige omgevingsrecht voor het buitengebied.

³ G.H. Brundtland, *Our common future*. Oxford. Oxford University Press 1987; P.F.M. Opdam, *Groen-blauwe netwerken in duurzame gebiedsontwikkeling*. Wageningen. Habiforum, 2009.

⁴ M.T.H. De Gaay Fortman (red.), *Duurzaamheid: kansen en grenzen in het recht*. Amsterdam. Houthoff Buruma, 2010.

3. Publiekrechtelijke knelpunten

3.1 Ruimtelijk bestuursrecht

In het ruimtelijk bestuursrecht geldt sinds eind 2011 onder de vigeur van de Wet ruimtelijke ordening het Barro (Besluit algemene regels ruimtelijke ordening). Dit Barro is een AMvB⁵ (vandaar de bijnaam van AMvB Ruimte) en is daarom wetgeving van de centrale overheid. Het Barro legt wettelijk een aantal toetsingsnormen vast die vooral het buitengebied betreffen. Zo worden er nee, tenzij-toetsingsregimes van toepassing verklaard op de Waddenzee, de ecologische hoofdstructuur (EHS), het IJsselmeer en het kustfundament. Er gelden ook toetsingsregimes (ja, mits-toetsing) voor werelderfgoederen en (via provinciale regelgeving) voor Nationale Landschappen.

Het betreft hier telkens een toetsing aan planet-gerelateerde aspecten. Zo moet bij de EHS aan de zogenoemde ‘wezenlijke kenmerken en waarden’ (WKW) worden getoetst (ex art. 2.10.3/4 Barro). Deze WKW betreffen aanwezige en potentiële natuurwaarden. De potentiële natuurwaarden zijn doorgaans gebaseerd op biodiversiteitsdoelstellingen.⁶ In termen van ecosysteemdiensten⁷ betreffen het dus uitsluitend ondersteunende en regulerende diensten, en dan nog alleen limitatieve, dus bepaalde ondersteunende en regulerende diensten. Aan productiediensten (dus de meer profit-gerelateerde ecosysteemdiensten) komt in deze nee, tenzij-toetsing rechtsdogmatisch geen plaats toe. Ook de Waddentoets (art. 2.5.2 ev. Barro) richt zich op sommige non-productiediensten: er geldt ook daarvoor een nee, tenzij-toets waarbij uitsluitend aan landschappelijke en cultuurhistorische kwaliteiten getoetst kan worden. Als landschappelijke kwaliteiten worden in het Barro onder meer de natuurlijkheid en open horizon⁸ genoemd. Windturbines, jachthavens, inpolderingen en vliegvelden worden a priori en in absolute zin uitgesloten (dit is dus geen nee, tenzij doch een rigide nee-regime). Ook voor de andere Barro-gebieden geldt zo’n toetsing op eenzijdige behoudsparadigma’s.⁹ Het

⁵ AMvB: Algemene Maatregel van Bestuur.

⁶ Zie Nota van Toelichting van het Barro, Stb 2012, 388, p. 27 ev.

⁷ Over ecosysteemdiensten (ESDs) nader: Th.C.P. Melman, C.M. van der Heide, L.C. Braat, H.A. Udo de Haas, *Ecosysteemdiensten: nieuw anker voor omgevingsbeleid?*, Landschap 2010-4, p. 209-219. Zie voorts over ESDs in de toekomst van het natuur- en landschapsbeleid: PBL, *Natuurverkenning 2010-2040. Visies op de ontwikkeling van natuur en landschap*, Den Haag 2012, p. 50 e.v. Over de reeds aanwezige en nog te ontwikkelen ESD-kennis: L.C. Braat en R. de Groot, *The ecosystem services agenda: bridging the world of natural science and economics, conservation and development, and public and private policy*, Ecosystem Services 1 (2012) 4-15.

⁸ Ook bij een gebiedscategorie als het kustfundament keert bij de nee, tenzij-toets weer de ‘vrije horizon’ terug (art. 2.3.2 Barro).

⁹ F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen 2012, p. 170 ev.

betreft daarbij voortdurend een toetsing aan bepaalde landschaps- en/of natuurwaarden. Zie onderstaand schema “Barro-gebieden”.

Barro-gebieden		
Gebiedscategorie	Rechtsregime	Bijzonderheden
Waddenzee	Nee, tenzij	- Toetsing aan landschappelijke (w.o. natuurlijkheid) en cultuurhistorische waarden. - <i>Nee</i> -regime (bouw/aanleg-verbod in absolute zin) voor windturbines, inpolderingen, vliegvelden en jachthavens
EHS	Nee, tenzij (via Provinciale Ruimtelijke Verordening)	Toetsing uitsluitend aan natuurwaarden (WKW)
IJsselmeer	Nee, tenzij	<i>A priori</i> beperken van uitbreidingsruimte
Erfgoederen	Ja, mits (via Provinciale Ruimtelijke Verordening)	Toetsing op bepaalde kernkwaliteiten
Kustfundament	Nee, tenzij	Relatief bouwverbod (uitzondering voor strandpaviljoens, e.d.)
Nationale Landschappen	Naar provincies (kernkwaliteiten in SVIR, p. 91/2; Ja, mits-regime)	Toetsing aan bepaalde kernkwaliteiten

3.2 Natuurbeschermingsrecht

In het natuurbeschermingsrecht van de Natuurbeschermingswet (Nbw) en de Flora- en faunawet (Ffw) kennen we de habitattoets (art. 19d ev. Nbw) en de soortentoets (art. 76 Ffw). Bij de habitattoets gaat het om de vraag of een voorgenomen plan of project significante effecten heeft op ecologische instandhoudingsdoelstellingen, en ook bij de soortentoets moet er in wezen aan ecologische criteria worden getoetst.

Rechtsdogmatisch kan en mag bij een ingreep zo geen balans tot stand worden gebracht tussen andere ecosystemendiensten dan (sommige) nader bepaalde regulerende of ondersteunende diensten. Immateriële en productiediensten worden zo al op voorhand op achterstand gezet omdat alleen het planet-aspect is meegenomen in de toetsingsmaatstaven.

Alleen bij de niet-Europese natuur (de categorie ‘natuurmonumenten’ ex art. 10 Nbw) wordt er wettelijk geen toetsing voorgeschreven en is een gelijkwaardige weging mogelijk (art. 16 Nbw). Dat wil zeggen: een afweging van alle belangen, dus naast

ecologische ook sociaal-economische belangen. Het gaat bij deze 'natuurmonumenten' bij wijze van uitzondering dus niet om een toetsing aan eenzijdige behoudsparadigma's.¹⁰

De habitattoets uit het huidige natuurbeschermingsrecht beperkt zich dus tot bescherming en natuurbehoud (planet) en geeft strikt juridisch gezien geen ruimte voor het meewegen van duurzaam natuurgebruik (producten uit ecosystemen zoals voedsel, hout, visserij), duurzame energieproductie zoals windenergie, biomassa, getijdenenergie) en duurzame natuurbeleving (immateriële diensten uit ecosystemen zoals recreatie, gezondheid, bodemarchief). Duurzame functiecombinaties van recreatie, biodiversiteit en voedselproductie zijn dan juridisch-theoretisch bezwaarlijk te verwezenlijken omdat alleen maar getoetst kan worden aan ecologische desiderata (limitatieve instandhoudingsdoelstellingen bij Natura 2000 en wezenlijke kenmerken en waarden (WKW) bij de EHS).

3.3 Overige wetgeving

Ook in de overige wetgeving die van belang is voor het buitengebied domineert de rechtsvindingsmethodiek van de toetsing. Zo zou men ook in de Boswet (Bsw) kunnen spreken van een bostoets, en in de Crisis- en Herstelwet (Chw) van een GOP-toets (Gebiedsontwikkelingsplan voor als zodanig aangewezen 'ontwikkelingsgebieden').

Bij de eerstgenoemde toets zal het gaan om deels economische (behoud bosareaal) en deels ecologische motieven, maar bij de tweede toets gaat het in wezen om uitsluitend economische motieven. Bij een GOP krijgt de economie (profit) voorrang (gedurende 10 jaar geldt de Nbw en Ffw niet, zie art. 2.3 Chw). Dat de Chw, ondanks de wettelijke beperking tot stedelijke gebieden, toch ook relevantie kan hebben voor het buitengebied, bewijst de aanwijzing tot ontwikkelingsgebied van de voormalige vliegbasis Soesterberg in 2012.

In de nieuwe Wet Natuurbescherming (in ontwerp) keren de habitattoets, soortentoes en bostoets terug en wordt vastgehouden aan de rechtsvindingsmethode van toetsing, maar in (ontwerp)teksten voor een nieuwe Omgevingswet wordt voorzichtig gewag gemaakt van nog te ontwikkelen nieuwe instrumenten zoals de programmatische aanpak (PA) en de experimenteerbepaling. Volgens de eerste ambtelijke conceptstukken¹¹ wordt daarbij gedacht aan meer flexibiliteit en meer afwegingsruimte.

¹⁰ F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen 2012, p. 107.

¹¹ Kabinetsbrief van 9 maart 2012, Stelselwijziging Omgevingsrecht (IENM/BSK-2012-2012/21699), p. 18.

Bij PA zou het dan gaan om een op de PAS (Programmatische Aanpak Stikstof) geschoeide aanpak 'door actief doelbereik en beoordeling van voorgenomen activiteiten en projecten door middel van een plan of programma'. Bij AMvB worden dan concrete plannen of programma's (voor een gebied en een periode) aangewezen.¹² Veel is nog onduidelijk. Dat geldt met name ook voor het idee om een experimenteerbepaling op te nemen. Afgewacht moet nog worden hoe deze wetteksten precies komen te luiden.

3.4 Tussenconclusie

Wat opvalt, is dat in de bestaande wetgeving voor het buitengebied, de rechtsvindingsmethodiek van eenzijdige toetsing overheerst. Dat kan zijn toetsing aan limitatieve ecologische criteria (Natura 2000, soorten, EHS), maar dat kan ook toetsing aan economische criteria zijn (GOP voor ontwikkelingsgebieden). Het is dan dus telkens een eendimensionale toets (1P-toetsing: enkel planet bij Natura 2000, soorten en EHS, en enkel profit bij het GOP uit de Chw.). Een balans van ecosysteemdiensten (3P) wordt dan rechtsdogmatisch tegengewerkt.

Moet men toetsen aan uitsluitend ecologische criteria, dan ligt onderbenutting of mogelijk zelfs negatie van productiediensten en immateriële diensten op de loer. Bij toetsing op economische criteria ligt onderbenutting of negatie van immateriële, regulerende en ondersteunende diensten op de loer.

Het is thans rechtens niet ondenkbaar dat gebiedsontwikkeling met duurzame functiecombinaties die zowel economisch, ecologisch als maatschappelijk aanvaardbaar en gewogen is, toch op een juridisch veto stuit als gevolg van de rechtsdogmatiek van toetsing.

Afgewacht moet worden of komende, nieuwe wetgeving zoals de Omgevingswet met zijn PA en experimenteerbepaling daadwerkelijk een nieuwe weg inslaan. Een moderne driedimensionale duurzaamheidsweging (people, planet, profit) zou het dan moeten overnemen van de traditionele, eendimensionale toetsing zoals de habitattoets of EHS-toets. Zie navolgend schema.

¹² Vgl. Art. 3.14 ev Voorontwerp Omgevingswet, versie september 2012.

<i>Gebiedscategorie</i>	<i>Wetgeving</i>	<i>Rechtsvindingsmethode</i>	<i>1P of 3P?</i>
Barro-gebieden	Barro	toetsing	1P
Natura 2000	Nbw	toetsing	1P
Soorten	Ffw	toetsing	1P
Bos	Bsw	toetsing	1P
Ontwikkelingsgebieden	Chw	toetsing	1P
Programmatische aanpak (i.o.)	Omgev.wet (i.o)	weging (?)	3P (?)
Experimenteerbepaling (i.o.)	Omgev.wet (i.o)	?	?

4. Privaatrechtelijke knelpunten

4.1 Pacht

In het Burgerlijk Wetboek (BW) is het pachtstelsel geregeld. Wat opvalt in de desbetreffende art. 7:311 e.v. BW (Titel 5 van Boek 7) is de dominantie van en eenzijdige focus op economische motieven. Dat is historisch wellicht ook wel verklaarbaar omdat er een apart civielrechtelijk pachtstelsel in het leven werd geroepen juist om de nering van de pachter te beschermen tegen (o.m. te hoge pachtprizen van) de grondbezitter. Daartoe was er aanvankelijk een aparte Pachtwet en thans een apart hoofdstuk in het BW. Een pachtovereenkomst mag volgens de wet enkel om bedrijfsmatige landbouw gaan (art. 7:311 en 312 BW). De overeenkomst moet vervolgens door de grondkamer worden goedgekeurd (art. 7:318 BW) en de belangen van de landbouw mogen daarin niet worden geschaad (art. 7:319 lid 1 sub e BW). Het gaat om een behoorlijke bedrijfsvoering (art. 7:327 lid 2 BW).

Slechts profit-gerelateerde desiderata spelen telkens een rol.

Alleen de in 1993 ingevoegde rechtsfiguur van de natuurpacht lijkt een uitzondering op deze privaatrechtelijke focus op behoorlijke bedrijfsvoering te vormen. Deze pachtvariant van art. 7:388-394 BW wordt ook wel “reservaatspacht” genoemd en betreft gronden met een beheer gericht op doeleinden van natuur- en landschapsbehoud. Hier kunnen in de pachtovereenkomst wel verplichtingen worden opgenomen ‘welke ten doel hebben de opzet en de bedrijfsvoering te richten op het behoud van natuur en landschap’ (art. 7:389 lid 1 BW); dus hier is de focus ook planet-gericht. Bovendien is de pachtduur beperkt tot zes jaar, zodat weer vrijelijk over de grond beschikt kan worden wanneer een andere wijze van (natuur)beheer noodzakelijk is.¹³

Het probleem met natuurpacht is echter dat deze pachtvorm alleen openstaat voor gronden van de overheid of bij koninklijk besluit aangewezen terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties (TBO's). Voor particuliere vastgoedeigenaren staat deze mogelijkheid niet open. Staatsbosbeheer kan wel zo'n contract afsluiten, maar een landgoedeigenaar of een vastgoedbelegger niet. Op zichzelf gezien, is dit rechtsongelijkheid. De rechtspraktijk ervaart dit niet (meer) als problematisch, daar er ook op andere rechtsfiguren uit overige regelgeving (bijvoorbeeld erfpacht) teruggevallen kan worden.

¹³ E.J. Bennema, P.S.A. Overwater, *Hoe nu verder met de pacht en de pachtprijsbepaling?*, FPG 2010, p. 54.

4.2 Andere privaatrechtelijke wetgeving

De reguliere pacht is voor natuurbeschermingsorganisaties doorgaans niet zo'n geschikt instrument. Maar ook van natuurpacht wordt door hen weinig gebruik gemaakt. De kortlopende geliberaliseerde pachtovereenkomst kan immers ook gebruikt worden en geniet vaak de voorkeur omdat deze de meeste flexibiliteit biedt.¹⁴

De reguliere pacht wordt vaak als te strict gekarakteriseerd, en de geliberaliseerde pacht als te liberaal.¹⁵ Maar ook op de laatste vorm van wettelijke pacht zijn het pacht-prijzensysteem (maximaal pachtprijsniveau) en de pachtbescherming gewoon van toepassing.

Voorts is er nog de vlucht naar de zogenoemde zwarte pacht. Deze begeeft zich buiten het wettelijk kader om, dus zonder enige pachtbescherming en natuur- of landschapsbescherming. Deze 'wilde' en slechts mondelinge pacht schijnt tegenwoordig een hoge vlucht te nemen.¹⁶

Naast de pachtovereenkomst (in feite een soort huurcontract voor landbouwgrond en dus civielrechtelijk beschouwd een persoonlijk recht) bestaat er overigens ook nog het zakelijk¹⁷ recht van erfpacht.

De hierboven geconstateerde rechtsongelijkheid met betrekking tot natuurpacht lijkt overigens in de praktijk zijn oplossing te vinden door het alternatief van erfpacht, zodat de beperkte openstelling van natuurpacht (alleen voor overheden en TBO's) c.q. rechtsongelijkheid vaak in de dagelijkse praktijk niet als zodanig wordt gevoeld.¹⁸ Ook is er nog de geliberaliseerde en de zwarte pacht.

Allerlei kwalitatieve verplichtingen kunnen bovendien ook in andere contracten worden vastgelegd.¹⁹ Zo blijkt multifunctionele landbouw niet gehinderd te worden door het privaatrecht.²⁰ In het privaatrecht geldt het beginsel van contractsvrijheid, tenzij men kiest voor een bijzondere vorm van een overeenkomst zoals pacht.

Wanneer sprake is van het volle eigendom van de grond, dan zal de agrariër niks te maken hebben met pacht of erfpacht. Functiecombinaties worden in de rechtspraktijk

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Interview J. van Maanen (*Aantrekkelijk voor verpachter en beschermend voor pachter*) met Willem Bruil in *De Landpachter*, 2012-8, p. 27.

¹⁶ S.D.T. van der Linden, *De pacht*, Tijdschrift voor Agrarisch Recht 2012-7/8, p. 214-221 en H. Kamerbeek, *Waardevol groen*, InnovatieNetwerk, Utrecht, 2012, p. 90 en p. 230.

¹⁷ Boek 5, titel 7 BW: geen op huur gelijkende overeenkomst doch een zakelijk recht.

¹⁸ Mededeling Wilbert Nijlant, directeur rentmeesterskantoor 't Schoutenhuis te Woudenberg d.d. 17 september 2012 (14.00-15.00).

¹⁹ H. Kamerbeek, *Waardevol groen*, InnovatieNetwerk, Utrecht, 2012, p. 219.

²⁰ H. Kamerbeek, *Waardevol groen*, InnovatieNetwerk, Utrecht, 2012, p. 215.

niet zozeer door het privaatrecht als wel door het publiekrecht (met zijn hierboven omschreven sectorale toetsing) tegengehouden.²¹

4.3 Tussenconclusie

Alhoewel op het eerste gezicht het huidige wettelijke pachtstelsel uitgaat van bedrijfseconomische motieven en dus enigszins eendimensionaal en vooral *profit*-gericht overkomt, lijkt het in de dagelijkse rechtspraktijk mee te vallen: er zijn alternatieven in de vorm van erfpacht, alternatieve overeenkomsten (zwarte pacht) en er is soms zelfs de mogelijkheid van natuurpacht. Bezit men zelf het volle eigendom van de grond, dan speelt sowieso niet het pachtstelsel.

Het privaatrecht staat duurzame gebiedsontwikkeling en duurzame functiecombinaties dus bij nader inzien niet echt in de weg. De publiekrechtelijke blokkades voor functiecombinaties en duurzame gebiedsontwikkeling zijn vele malen groter en pas echt problematisch.

²¹ Mededeling Wilbert Nijlant, directeur rentmeesterskantoor 't Schoutenhuis te Woudenberg d.d. 17 september 2012 (14.00-15.00) en ook Meta Daniëls, bestuurslid Utrechts Particulier Grondbezit, directeur beheerskantoor en mede-eigenaar Landgoed Scherpenzeel, Scherpenzeel (Gld.) d.d. 14 september 2012 (13.30-14.30) alsmede Erik Somsen, directeur ASR Landelijk Vastgoed, bestuurslid van de Federatie Particulier Grondbezit en voorzitter van de Commissie Grond- en Pachtzaken, Wageningen d.d. 30 augustus 2012 (13.30-15.00).

5. Oplossingsrichtingen

5.1 Wegingsmoment *in de toetsing?*

Het is de sectorale toetsing in het publiekrecht die zorgt voor potentiële rechtsblokkades voor functiecombinaties in het buitengebied. Bij de toetsen uit Barro, Ffw en Nbw mag immers alleen maar gekeken worden naar eenzijdige desiderata (uitsluitend limitatieve ecologisch getinte instandhoudingsdoelstellingen, WKW's of kernkwaliteiten).

Toch zou de habitattoets uit het Nbw wellicht de mogelijkheid kunnen bevatten om op het moment van de zogenoemde passende beoordeling (de tweede fase van de habitattoets, na de significantietoetsing) een bestuurlijke weging van ecologische belangen met ook sociaal-economische belangen te verrichten. Deze fase van passende beoordeling met ruimte voor bestuurlijke afweging van people, profit, planet wordt in de toetsing volgens het Barro en de Ffw gemist. Zo bevat de EHS-toets van art. 2.10.4 Barro alleen een significantietoets en een ADC-toets (toets op respectievelijk alternatieven, dwingende redenen en compensatie). De vraag is op dit moment echter hoe groot deze wegingsruimte van de habitattoets wordt in de jurisprudentie van de Raad van State en het Europese Hof.

Volgens de heersende leer in het natuurbeschermingsrecht met betrekking tot de habitattoets van art. 19d Nbw e.v. kunnen significante effecten op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied al snel gebiedsontwikkelingen tegenhouden²². Ook duurzame gebiedsontwikkeling zou aldus tegengehouden kunnen worden²³. Er zal voortdurend getoetst moeten worden aan de instandhoudingsdoelstellingen en deze kunnen een rechtsblokkade opwerpen voor economische en/of maatschappelijke ontwikkelingen. De significantietoets is in deze dogmatiek een enkelvoudige toetsing aan ecologische aspecten en niet een meervoudige weging van economische, ecologische en maatschappelijke belangen.

In 2012 is er in de juridische vakpers op gewezen dat de habitattoets (art. 6 Habitatrichtlijn) meer is dan alleen een rigide significantietoets. De tweede stap is immers een passende beoordeling²⁴. Na de vraag of er significante effecten zijn, geeft vervolgens deze

²² Cf. P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 310/1. Onder verwijzing naar Chr.W. Backes, A.A. Freriks en J. Robbe, *Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht*, Den Haag, 2009, p. 106 vatten zij de huidige gangbare praktijk samen als een 'tweestapstoetsing' van (1) zijn er significante effecten? en (2) zo ja, komt het project door de ADC-toets?

²³ F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen, 2012, p. 105-131 en p. 169-179.

²⁴ P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 310-316. Zie ook; F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen 2012, p. 105-131 en p. 169-179.

passende beoordeling (appropriate assessment in art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn) het bevoegd gezag beoordelingsruimte en enige beleidsruimte door de effecten te wegen en daarover 'rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen' te oordelen²⁵.

Mendelts en Boerema²⁶ achten op grond hiervan een flexibelere benadering mogelijk dan traditioneel in Nederland gebruikelijk is en bepleiten ook de mogelijkheid van uitwisseling tussen instandhoudingsdoelstellingen. Dit kan volgens hen als er zwaarderwegende positieve effecten tegenover staan en dus het ecosysteem als geheel profiteert²⁷.

De auteurs²⁸ wijzen er wel op dat dit (althans nu nog) haaks staat op de heersende leer binnen het Nederlandse natuurbeschermingsrecht en mogelijk ook op een niet-bindende opvatting (soft law) van de Europese Commissie. Jurisprudentie van de Raad van State zou evenwel in hun richting kunnen gaan. Zij wijzen op een Drentse casus (bovensignificante verslechtering Natura 2000-gebied als gevolg van uitplaatsing melkveehouderij) waar op dat moment nog geen uitspraak van de Raad van State in de bodemprocedure over was.

Inmiddels is die er wel: ABRvS 3 oktober 2012, Drents-Friese Wold & Leggelderveld, 201107992/1/A4. Het betreft hier een verplaatsing en uitbreiding van een melkveehouderij en minicamping van een locatie binnen het Natura 2000-gebied Drents-Friese Wold & Leggelderveld naar een locatie nabij dit gebied. Het gebied bevat stikstofgevoelige habitattypen. Verplaatsing en uitbreiding veroorzaken een toename van de stikstofdepositie ten opzichte van de kritische depositiewaarde. Het bevoegd gezag (GS van Drenthe) oordeelt op basis van de passende beoordeling dat een geringe toename van de stikstofdepositie de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantast en verleent toestemming voor de uitplaatsing. De Raad van State accepteert dit omdat de verslechtering gering is en het aannemelijk is dat door verbetering van de hydrologische situatie, de eventuele gevolgen daarvan volledig worden weggenomen. GS hebben aldus op goede gronden kunnen concluderen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast²⁹.

²⁵ Ibidem.

²⁶ P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 310-316.

²⁷ P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 314. In die visie zou dat kunnen betekenen dat onder omstandigheden bijvoorbeeld tussen zeer peilgevoelige habitattypen (zoals H7230 (Alkalisch Laagveen) en H7140A (Trilveen)) en minder peilgevoelige habitattypen (zoals H6410 (Blauwgrasland)) kan worden 'uitgewisseld'. Men zou, aldus hypothetisch doorredenerend, wellicht zelfs opname van een extra en alternatief habitatype in het aanwijzingsbesluit kunnen overwegen om daarmee in de toekomst uit te kunnen wisselen.

²⁸ P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 313.

²⁹ ABRvS 3 oktober 2012, *Drents-Friese Wold & Leggelderveld*, 201107992/1/A4, rov. 12.3. Tot nog toe (5 november 2012) is deze uitspraak nog geen *hapax* gebleken. (*hapax* is een woord dat slechts één keer in een bepaalde tekst voorkomt).

Uit deze uitspraak zou geconcludeerd kunnen worden dat er bij de passende beoordeling inderdaad veel meer bestuurlijke afwegingsruimte is, die de bestuursrechter bovendien ook slechts marginaal natoetst ('op goede gronden kunnen concluderen' en 'het is aannemelijk...'). Gaat het bij de eerste stap van de significantie nog om een rigide toetsing aan instandhoudingsdoelstellingen, bij de tweede stap van de passende beoordeling gaat het meer om een bestuurlijke afweging 'rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen' waarbij het uiteindelijk om 'de natuurlijke kenmerken' van het gebied gaat.

De uitspraak lijkt te bevestigen dat 'rekening houden met' de instandhoudingsdoelstellingen inderdaad wat anders is dan toetsen aan de instandhoudingsdoelstellingen, en bovendien lijkt het criterium van 'de natuurlijke kenmerken' ook ruimer te (kunnen) zijn dan uitsluitend de instandhoudingsdoelstellingen³⁰.

Dit spoort ook met de Engelse tekst van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. De 'natuurlijke kenmerken' zijn zelfs geabstraheerd tot 'the integrity of the site'. De Engelse taalversie van het derde lid van art. 6 bevat twee volzinnen en luidt (voorzover hier van belang):

“Any plan or project (...) likely to have a significant effect (...) shall be subject to appropriate assessment (...) in view of the site’s conservation objectives. In the light of the conclusions of the assessment (...) the competent national authorities shall agree to the plan or project only after having ascertained that it will not adversely affect the integrity of the site concerned (...).”

Aldus wordt inderdaad duidelijk dat een traditionele Nederlandse tweetrapsbenadering van (1) zijn er significante effecten en (2) zo ja, komt het project vervolgens door de zware ADC-toets (ADC staat voor respectievelijk: alternatieventoets, dwingende redenen van groot openbaar belang en compensatie) van het vierde lid van art. 6 Habitatrichtlijn, niet geheel richtlijnconform is. Sluit men aan op de tekst van art. 6 van de EU-richtlijn, dan zit er tussen significantietoets en ADC-toets nog het filter van de passende beoordeling en de bestuurlijke toestemming. Bij de passende beoordeling toetst het bestuur niet aan de instandhoudingsdoelstellingen (conservation objectives), maar houdt het daarmee rekening (in view of). En bij de bestuurlijke toestemming op basis van die passende beoordeling gaat het uiteindelijk om de 'integrity of the site'. Na deze weging van en beoordelingsmarge voor het bevoegd gezag, zou toestemming al verleend kunnen worden en is de verdere ADC-toets niet meer aan de orde.

³⁰ Vgl. P. Mendelts en L. Boerema, *Een ruimere jas voor Natura 2000?*, Milieu en Recht 2012-5, p. 311 ev. Mede naar aanleiding van J.M. Verschuuren in zijn annotatie onder HvJ 7 september 2004, C-127/02.

Habitattoets	
1. Significantietoets	toetsing aan instandhoudingsdoelstellingen (<i>conservation objectives</i>)
2. Passende Beoordeling	<i>in view of</i> instandhoudingsdoelstellingen
3. Bestuurlijke toestemming	integrale weging (<i>integrity of the site</i>)
4. ADC-toets	

Deze benadering van wegingsruimte voor het bevoegd gezag bij en naar aanleiding van de passende beoordeling (pb) sluit aan bij zowel de tekst van art. 6 Habitatrictlijn als de context van art. 6. Ook de context van art. 6 binnen het ‘acquis communautaire’ indiceert eerder een weging van zowel ecologische als sociaal-economische factoren dan een enkelvoudige toetsing aan slechts een van de drie P’s (people, profit, planet).³¹

5.2 Onduidelijke jurisprudentie

De Advocaat-Generaal van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen noemt de habitattoets uit de Habitatrictlijn een ‘staaltje niet al te fraaie wetgeving’. In zijn eigen taal klinkt het nog erger: *this poorly-drafted piece of legislation*. Dat lees je zelden of nooit. Hij doet dat in zijn recente conclusie in de Ierse zaak van een rondweg bij Galway door een Natura 2000-gebied.³² Het Ierse hooggerechtshof had aan de Europese rechter gevraagd of hier gesproken kon worden van aantasting van de natuurlijke kenmerken. Zo’n anderhalve hectare van het prioritaire habitattype kalkhoudende rotsen zou permanent verloren gaan.

De AG buigt zich over de vraag wat nou precies bedoeld kan zijn met het criterium ‘de natuurlijke kenmerken’ uit de habitattoets. In het Engels staat er namelijk wat anders: *integrity of the site*. Dat lijkt veel ruimer. De AG gaat te rade bij de andere (in totaal negen!) authentieke EU-taalversies³³ en komt uiteindelijk niet verder dan dat het gaat om ‘de bepalende kenmerken van het betrokken gebied’ en heeft het vervolgens over de daarmee ‘associated conservation objectives’. De natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied zijn dus niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als instandhoudingsdoelstellingen.

³¹ F.H. Kistenkas, *Rethinking European nature conservation legislation: towards sustainable development*, JEEPL (Journal of European Environmental & Planning Law) 2013-1 (in press).

³² Conclusie Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie van de EU, 22 november 2012, onder zaaksnummer C-258/11 terug te vinden op hun site www.curia.europa.eu

Bepalende kenmerken houden onder meer verband met die instandhoudingsdoelstellingen, maar een-op-een gelijkstellen is dus kennelijk niet altijd helemaal juist.

De conclusie van de AG is slechts een advies aan het Europese Hof. Wel een belangrijk en zwaarwegend advies, maar we moeten nog afwachten wat het Hof binnenkort gaat zeggen. De Nederlandse Raad van State heeft eind 2012 om voeging gevraagd van de zaak rond de A2-wegverbreding (Natura 2000-gebieden Vlijmens Ven, Moerputten en Bossche Broek, tracé Den Bosch-Eindhoven) met deze Ierse zaak.³⁴ De Raad van State had een soortgelijke vraag en legt die nu ook bij wijze van zogenoemde prejudiciële vraag om uitleg voor aan het Europese Hof.

Dat zal de definitieve uitspraak over wat nou precies aantasting van de *'integrity of the site'* is mogelijk weer verder vertragen. Meestal duurt een prejudiciële vraag voorleggen (en beantwoord krijgen) zo'n anderhalf tot twee jaar. We zullen dus nog even moeten wachten, maar als de *integrity of the site* geassocieerd blijft worden met de instandhoudingsdoelstellingen (*associated conservation objectives*), dan zou dat kunnen betekenen dat er bij de passende beoordeling slechts een kleine wegingsruimte overblijft: er zal altijd een link met de voor dat gebied vigerende instandhoudingsdoelstellingen moeten worden aangebracht. Het is dan zeer de vraag of de instandhoudingsdoelstellingen kunnen worden weggewogen als er in het kader van een duurzame functiecombinatie zwaardere sociale-economische belangen spelen. In dat geval blijft de habitattoets alsnog steken in een 1P-toetsing en biedt ook de passende beoordeling geen integrale afwegingsmogelijkheid om tot duurzame gebiedsontwikkeling te komen.

5.3 Weging in plaats van toetsing

Als **binnen** de toetsing een wegingsmoment niet of onvoldoende kan plaatsvinden (bijvoorbeeld omdat de passende beoordeling onvoldoende kan worden gebruikt voor of door de jurisprudentie kan worden opgerekt tot bestuurlijke weging), dan zal men moeten gaan denken over een weging **in de plaats van** een toetsing. In het huidige recht tellen juridisch doorgaans alleen sommige nader beschreven planet-criteria en worden andere criteria a priori uitgesloten. Toetsing aan harde criteria zoals bepaalde limitatieve ecologische instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied is voor een bevoegd gezag overzichtelijker en gemakkelijker dan een weging zonder harde criteria,

³³ Deens, Duits, Grieks, Engels, Spaans, Frans, Italiaans, Nederlands en Portugees.

³⁴ ABRvS 7 november 2012, 201110075/1/R4 en 201201853/1/R4.

maar zo'n enkelvoudige toetsing kan tegelijkertijd meervoudig ruimtegebruik blokkeren. Als alleen maar beperkte natuurdoelen tellen, dan kan dit al snel leiden tot planologische monoculturen zonder functiecombinaties.

Een duidelijk voorbeeld zijn de twee beperkende instandhoudingsdoelstellingen voor trilveen en blauwgrasland van Natura 2000-gebied Het Binnenveld: trilveen en blauwgrasland vereisen een hoog waterpeil, waardoor combinaties met landbouw en wonen op voorhand al uitgesloten lijken.

Casus Binnenveld: geblokkeerde functiecombinaties

In Natura 2000-gebied Het Binnenveld, vlakbij Veenendaal, zal in het kader van de habitattoets getoetst moeten worden of een voorgenomen plan of project significante effecten heeft op de zeer peilgevoelige habitattypen H7140A (Trilveen), H7230 (Alkalisch Laagveen) en habitatype H6410 (Blauwgrasland). Pal tegen het relatief kleine gebied aan zijn er echter landbouwfuncties en woonfuncties (Veenendaal).

Andere minder peilgevoelige natuurdoelen zouden functiecombinaties wellicht wel mogelijk gemaakt hebben, maar door de beperking tot (zeer) peilgevoelige habitattypen ontstaan er problemen. In het op verzoek van de provincies Gelderland en Utrecht en de Stichting Vernieuwing Gelderse Vallei (SVGV) opgestelde advies (F.H. Kistenkas, *Habitattoets revisited*, Wageningen 2013, nng) bleken deze problemen juridisch onoplosbaar tenzij er voor weging gekozen zou kunnen gaan worden (*quod non* gezien het EU-recht van art. 6 EU Habitatrichtlijn) of door nieuwe jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU meer ruimte zou worden gegeven voor bestuurlijke afweging in de fase van de passende beoordeling en daarbij het criterium van *integrity of the site* zou worden opgerekt tot ook andere waarden van het gebied.

Enkel toetsing aan beperkte (natuur)waarden staat hier functiecombinaties in de weg.

Aldus kan de rechtsvindingsmethode van toetsing ook duurzame functiecombinaties a priori al uitsluiten terwijl de daaraan contraire rechtsvindingsmethode van weging, i.e. een 3P-balans, deze combinaties rechtsdogmatisch wel mogelijk maakt.

Een duidelijk voorbeeld van dat laatste is de visserij in Natura 2000-gebieden op de Noordzee.

Casus Noordzee: functiecombinaties

'Waarom is zware boomkorvisserij in Natura 2000-gebieden op de Noordzee toegestaan, terwijl dit hetzelfde vernietigende effect heeft als het omploegen van de Veluwe?', zo luidde nog in 2010 een vraag bij een juristensymposium van de Vereniging voor Milieurecht.³⁵ Eigenlijk zouden de vissers hier de habitattoets en de soortentoets moeten doorlopen en vergunning of ontheffing moeten aanvragen. Gezien de reeds vastgestelde significant negatieve effecten zouden ze eigenlijk onmiddellijk aan de ketting moeten worden gelegd. Vergunning en ontheffing zouden vrijwel zeker geweigerd moeten worden. Milieujuristen vroegen zich af hoe je dit als ministerie nou op zou kunnen lossen. Het leek op dat moment wel de keuze: of de sector de nek omdraaien, of gedogen maar ingebrekestelling vanuit Brussel riskeren.

Eind 2011 werd evenwel het VIBEG-akkoord (dit staat voor: Visserij In Beschermd Gebieden) gesloten tussen ministerie, visserijsector en natuurbeschermingsorganisaties. Het akkoord verbiedt bodemomwoelende boomkorvisserij in een kwart van twee Natura 2000-gebieden.³⁶ In 2014 wordt het verbod uitgebreid tot bijna de helft van het gebied en in 2016 geldt in beide gebieden een totaalverbod voor de boomkor. Als tegenprestatie beloven de natuurorganisaties de komende jaren niet naar de rechter te stappen, zodat de sector de kans krijgt om nieuwe, duurzamere vistechnieken in te voeren. Het akkoord geldt alleen nog voor de Noordzeekustzone en de Vlakte van de Raan (voor de kust van Zeeland). Dit zijn twee gebieden in de territoriale zee en daar kon de Nederlandse regering dus zelf reeds beslissen over toegangsbeperkingen zonder overeenstemming met andere visserijlanden zoals verderop in de Noordzee.³⁷

Men zou wellicht kunnen verdedigen dat de methode van een belangenafweging en het optekenen daarvan in een akkoord in wezen het failliet van de methode van de eenzijdige habitattoets uit de gelijknamige richtlijn aangeeft. De strenge juridische habitattoets leidde tot het jarenlang gedogen van de significante effecten van de boomkorvisserij, maar dreigde ook het gebied op slot te gooien en leek ook een *terme de grace* terwille van verduurzaming van de visserij in de weg te staan. Het visserijakkoord lost dat op, daar waar de habitattoets leek te falen. De habitattoets bleek althans lange tijd duurzame functiecombinaties in de weg te staan.³⁸

³⁵ A.H. Jonkhoff, *Omploegen van Natura 2000-gebieden op de Noordzee is toegestaan*, VMR 2011-1, p. 71.

³⁶ VIBEG-akkoord, Vissen binnen de grenzen van Natura 2000, Den Haag 2011 te vinden op www.rijksoverheid.nl/ministeries/eleni/nieuws/2011/12/13.

³⁷ Vgl. ook H.M. Dotinga, *Gebiedsbescherming in de Noordzee – de betekenis en beperkingen van het natuurbeschermingsrecht*, VMR 2011-1, p. 31.

³⁸ F.H. Kistenkas, *Recht op de Noordzee*, Openbaar Bestuur 2012, p. 16-18.

5.4 Introductie van ecosysteemdiensten in het recht

Als, zoals gezegd, ook de passende beoordeling als onderdeel van de habitattoets uit de Nbw niet in staat zal (blijken te) zijn de 1P-toetsing te doorbreken en ook de andere toetsen in het omgevingsrecht van het buitengebied (Barro, Chw en Ffw) zich richten op slechts één aspect van een gebied, dan ligt het voor de hand om de toetsing als rechtsvindingsmethodiek ter discussie te stellen en op langere termijn te laten vervangen door een weging als rechtsvindingsmethode.

Hoe zou men zo'n wegingskader, zo'n 3P-*balancing* dus, nader vorm moeten geven?

Bij deze weging zou het voor juristen nog relatief nieuwe concept van ecosysteemdiensten gebruikt kunnen worden: het in kaart brengen van de baten die de natuur of de ecosystemen de mensheid bieden. Het is nieuw om in de rechtswetenschap een link te leggen met het concept van ecosysteemdiensten. Terwijl het concept de laatste jaren in andere disciplines zoals ecologie en economie steeds verder werd ontwikkeld, blijft de rechtswetenschap op dat punt achter.³⁹ Er zijn nog veel vraagpunten rond ecosysteemdiensten: waardering en monetarisering van ecosysteemdiensten zijn niet altijd gemakkelijk, zeker als het gaat om diensten die niet via de markt lopen, en ook de schaal van het gebied (gemeente, regio, landelijk, Europees) is nog een vraagpunt.⁴⁰ Desalniettemin zouden ecosysteemdiensten behulpzaam kunnen zijn bij het ontwikkelen van een nieuw afwegingskader en het in duurzame balans brengen van de 3P's. Het is wenselijk dat de rechtswetenschap zich zo snel mogelijk gaat mengen in de discussie over ecosysteemdiensten.

Men onderscheidt doorgaans een viertal diensten uit ecosystemen (*benefits people obtain from ecosystems*): **productiediensten** (bijvoorbeeld hout, voedsel, zoet water, medicijnen, duurzame energieproductie als biomassa of windenergie), **culturele diensten** (recreatie, bodemarchief, cultuurhistorie, gezondheid, esthetische beleving, artistieke en religieuze inspiratie), **regulerende diensten** (plaagbestrijding, bestuiving, koolstofvastlegging, waterregulatie, reinigend vermogen) en **ondersteunende diensten** (nutriëntenkringloop, biodiversiteit ofwel diensten die de levering van andere diensten mogelijk maken).

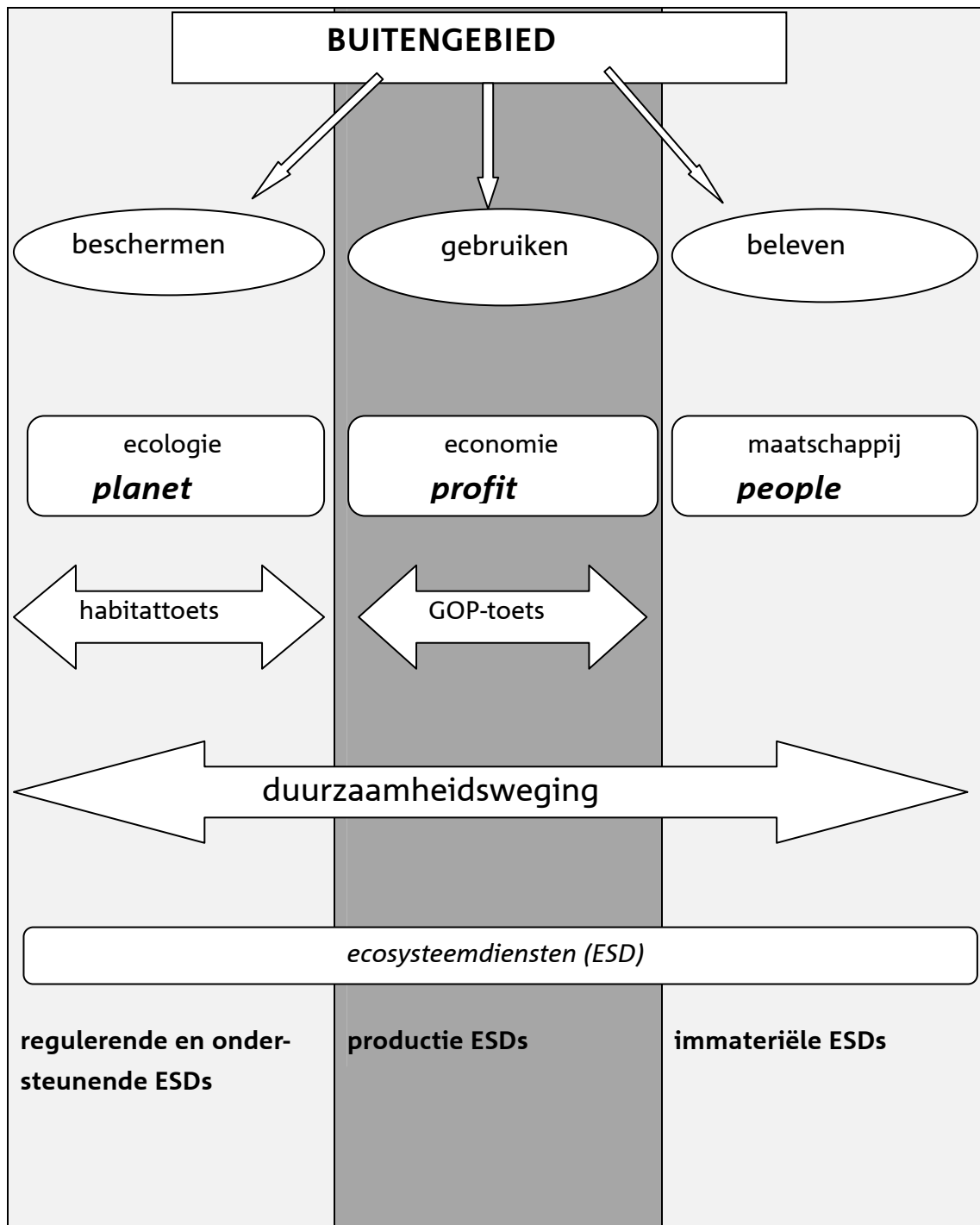
³⁹ I.R. Feldman, R.J. Blaustein, *Ecosystem services as a framework for law and policy*, Environmental Law Reporter 2007. In de Nederlandse rechtsliteratuur treft men het begrip nog zelden aan.

⁴⁰ Ibidem. Feldman en Blaustein introduceren de term "*Ecosystem Services District*", maar komen er ook nog niet uit voor welke gebieds- cq. overheidsschaal ecosysteemdiensten in balans zouden moeten zijn. Over andere nog op te lossen vraagpunten verder: L.C. Braat en R. de Groot, *The ecosystem services agenda: bridging the world of natural science and economics, conservation and development, and public and private policy*, Ecosystem Services 1 (2012) 4-15.

Deze ecosystemendiensten (ESD's) zouden gebruikt kunnen worden als een nieuw anker voor het omgevingsrecht van de toekomst.⁴¹ Met name zouden ESD's ook behulpzaam kunnen zijn bij de 3P-weging. De gebruikelijke vier hoofdgroepen van ESD's (productiediensten, immateriële diensten, regulerende diensten en ondersteunende diensten)⁴² zijn gevoeglijk ook als *people*-diensten, *planet*-diensten en *profit*-diensten te categoriseren. We onderscheiden dan productiediensten die in de *profit*-sfeer zitten (voedselproductie, hout, zoet water, windenergie etc.), immateriële of culturele diensten in de *people*-sfeer (recreatie, inspiratie, bodemarchief etc.) en *planet*-diensten (regulerende en ondersteunende diensten zoals biodiversiteit, plaagbestrijding, bestuiving, waterregulatie, nutriëntenkringloop, koolstofvastlegging, reinigend vermogen). Zie het hieronder volgende schema over de relatie van ecosystemendiensten met functiecombinaties in het buitengebied.

⁴¹ Th.C.P. Melman, C.M. van der Heide, L.C. Braat, H.A. Udo de Haas, *Ecosystemendiensten: nieuw anker voor omgevingsbeleid?*, Landschap 2010-4, p. 209-219. Zie voorts over ESD's in de toekomst van het natuur- en landschapsbeleid: PBL, *Natuurverkenning 2010-2040. Visies op de ontwikkeling van natuur en landschap*, Den Haag 2012, p. 50 e.v.

⁴² Cf. MEA (Millennium Ecosystem Assessment), *Ecosystems and human well-being: current state and trends*. Volume I, Washington DC Island Press 2005.



Functiecombinaties in het buitengebied in relatie tot ecosysteemdiensten.

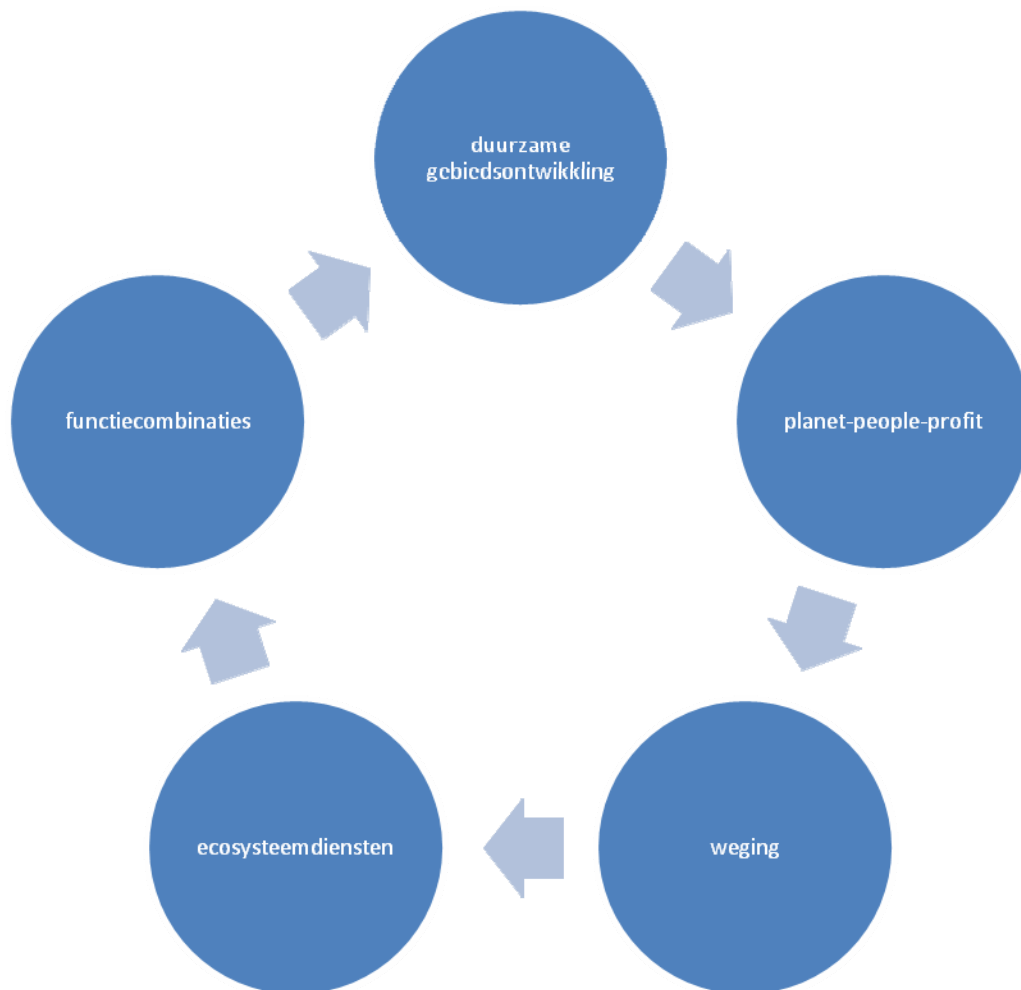
In gebieden waar (via een toetsing aan limitatieve ecologische criteria) slechts bepaalde *planet*-diensten juridisch voorrang krijgen (bijv. Natura 2000-gebieden (habitattoets) en de ecologische hoofdstructuur (EHS-toets)), zal een balans tussen deze ecosysteemdiensten juridisch gezien erg lastig worden: een toetsing aan uitsluitend ecologische criteria maakt immers een weging van andere belangen zoals die gelegen in

productiediensten of culturele diensten onmogelijk. Bij duurzame gebiedsontwikkeling gaat het juist om een ESD-balans op een intergenerationele manier.

In gebieden daarentegen waar het economisch primaat geldt (zoals de GOP-toets in Chw-ontwikkelingsgebieden), ligt onderbenutting van immateriële, regulerende en ondersteunende diensten op de loer. Huidige, maar ook veel toekomstige, regelgeving is sterk gefocust op eenzijdige behoudsparadigma's.⁴³ Dit kunnen natuurbehoudsparadigma's zijn zoals bij de habitattoets, Waddentoets of EHS-toets, maar het kunnen ook economische behoudsparadigma's zijn zoals bij de GOP-toets (voorrang economie op basis van het gebiedsontwikkelingsplan uit de Crisis- en herstelwet).

Door deze traditionele focus op behoudsparadigma's komt een ESD-balans in het geding, en daarom zou er binnen het omgevingsrecht in het algemeen en deze groenblauwe omgevingswetgeving in het bijzonder wellicht een verandering moeten gaan plaatsvinden: een transitioire fase naar een nieuw soort omgevingsrecht met plaats voor weging van ESD's opdat geen onderbenutting daarvan wettelijk gesauveerd (= zeker gesteld) wordt.

⁴³ F.H. Kistenkas, *Van toetsing naar weging. Duurzame gebiedsontwikkeling en natuurwetgeving*, Landschap 2011-1, p. 17-24. Vgl. ook: P. Opdam, *Het landschap opnieuw uitvinden*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2011-9, p. 39-41 over landschapsdiensten.



Kettingreactie duurzame gebiedsontwikkeling.

Eenzijdige toetsing werkt eenzijdige bestemmingen in de hand (planologische apartheid). Een weging zou daarentegen juist wel tot functiecombinaties kunnen leiden. Deze functiecombinaties zouden duurzaam kunnen zijn als we met behulp van het concept van de ecosysteemdiensten intergenerationale meerwaarde kunnen geven aan een gebied. Dat is dan weer duurzame gebiedsontwikkeling waarbij een balans ontstaat tussen *people, profit, planet*. Haal je uit bovenstaand schema één bolletje weg, dan voldoet de kettingreactie niet meer. Het legt ook het huidige manco van het groene omgevingsrecht bloot: we gaan voortdurend uit van toetsing in plaats van weging. Dat blokkeert in voorkomende gevallen functiecombinaties.

5.5 Duurzaamheidsladder voor functiecombinaties in het buitengebied?

Er bestaat sinds 1 oktober 2012 wel een wettelijke ladder voor duurzame *verstedelijking* (art. 3.1.6 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro)), maar er bestaat daarentegen opmerkelijk genoeg niet zo'n ladder voor het *buitengebied*.

Sterker nog: in de departementale Handreiking⁴⁴ bij deze duurzaamheidsladder wordt erop gewezen dat het juist stedelijk gebied betreft (art. 1.1.1 Bro definieert dit ook als zodanig) en wordt bijvoorbeeld over de talrijke 'Ruimte voor ruimte' (RvR)-regelingen uit het buitengebied gezegd dat daarvoor de ladder dus niet bedoeld is. Rurale RvR-regelingen 'hebben geen betrekking op een stedelijke ontwikkeling'.

De duurzame verstedelijkingsladder uit het Bro richt zich tot de decentrale overheden en niet tot de Rijksoverheid.⁴⁵ Het betreft slechts een gebod voor zorgvuldige afweging en transparante besluitvorming en is geen inhoudelijke doch slechts een procesvereiste. Er moet bij bestemmingsplannen in de toelichting worden beschreven dat het plan voorziet in een actuele regionale behoefte (trede 1 van de ladder) en zo ja, of dat kan binnen bestaand stedelijk gebied (trede 2). Zo nee, dan moet worden gekeken of er locaties zijn met een aanbod van multimodale en passende ontsluiting en bereikbaarheid (trede 3). De gedachte is dat dit het volbouwen (in de Handreiking 'overprogrammering' of 'overaanbod van plancapaciteit' genoemd) zal tegengaan.

Juridisch is het slechts een motiveringseis in een niet-bindend onderdeel van het bestemmingsplan. Je moet er even tekst aan wijden, meer niet. Het is ook geen resultaatsverbintenis, maar meer een inspanningsverbintenis om een bouwplan te motiveren. Bovendien geldt zoals gezegd deze ladder alleen voor de lagere overheid. Het is geen juridisch harde ladder die dan ook nog eens alleen voor gemeenten en provincies geldt.

Toch kan deze ladder model staan voor een functiecombinatieladder voor het buitengebied. Bij voorkeur zou deze ladder dan in een hogere wet moeten worden opgenomen en niet in het Bro, dat slechts de status van een AMvB heeft. Dat zou al de nieuw voorgenomen Omgevingswet kunnen zijn. Dan zou zo'n ladder ook voor de Rijksoverheid kunnen gaan gelden. Probleem bij zo'n ladder is dat het niet in strijd mag zijn met Europese wetgeving.

⁴⁴ *Handreiking Ladder voor duurzame verstedelijking*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag 2012, p. 6 en p. 9.

⁴⁵ *Samenvatting handreiking ladder voor duurzame verstedelijking*, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Den Haag 2012, p. 2.

Als een eerste trede zou dan een weging verplicht gesteld kunnen worden waarbij een *balans* van economische, maatschappelijke en ecologische kwaliteitsfactoren nagestreefd zou moeten worden. Vervolgens zou dan imperatief geëist kunnen worden dat er door het plan *intergenerationale meerwaarde* ontstaat voor productiediensten, immateriële diensten en voor regulerende en ondersteunende diensten.

Deze imperatieve formulering is nodig zodat het niet weer een losse inspanningsverbintenis is zoals de verstedelijkingsladder uit het Bro. Er moet sprake zijn van intergenerationale meerwaarde en een 3P-balans. Ecosysteemdiensten krijgen zo een rol in het recht en bij de integrale weging, maar zolang dit nog niet altijd mogelijk is vanwege Europese regelgeving (met nog steeds sectorale toetsing: bijvoorbeeld de habitattoets of de soortentoets), zou zo'n ladder daarmee in strijd kunnen worden geoordeeld. Eigenlijk zou deze ladder dus zijn wortels moeten vinden in het EU-recht of op dat niveau geformuleerd moeten worden.⁴⁶

⁴⁶ Gezien de normenhiërarchie, zie: F.H. Kistenkas, *Recht voor de groenblauwe ruimte*, Wageningen 2012, p. 26-30. Er is weliswaar een duurzaamheidsbeginsel in art. 3 lid 3 van het Verdrag van de EU, maar het is zeer de vraag of hier een rechtstreeks beroep op gedaan zou kunnen worden.

6. Conclusies

Om rechtsdogmatisch meer functiecombinaties in het buitengebied mogelijk te maken, is in het voorgaande het volgende voorgesteld:

1. Introductie ecosysteemdiensten in het recht

Voor het juridisch kunnen toestaan van functiecombinaties in het buitengebied is de gangbare vorm van toetsing niet bevorderlijk. Beter ware het om een andere rechtsvindingsmethodiek te gebruiken, namelijk die van weging. Om bij die weging duurzame functiecombinaties te kunnen toestaan, zou het voor de rechtswetenschap nieuwe concept van ecosysteemdiensten kunnen worden gebruikt.

Men zou hier een soort kringloopmodel van vijf stadia kunnen onderscheiden. Voor duurzame gebiedsontwikkeling is een balans van *planet, people, profit* (3P) nodig. Daarvoor heeft men weer weging als rechtsvindingsmethodiek nodig. Daarbij zouden ecosysteemdiensten behulpzaam kunnen zijn. Deze kunnen dan weer leiden tot duurzame functiecombinaties in het buitengebied. Dat garandeert dan weer duurzame gebiedsontwikkeling. Ontbreekt een van deze schakels, dan riskeert men rechtens weer planologische monoculturen en enkelvoudig ruimtegebruik.

2. Opname duurzaamheidsladder in Omgevingswet

Naast een sinds oktober 2012 reeds bestaande wettelijke duurzaamheidsladder voor verstedelijking, zou ook een soortgelijke ladder voor het buitengebied opgesteld kunnen worden. Zo'n duurzaamheidsladder voor functiecombinaties in het buitengebied zou binnenkort al opgenomen kunnen worden in een nieuwe Omgevingswet.

Juridisch dwingend zou dan geëist kunnen worden dat er door het plan een 3P-balans en intergenerationale meerwaarde ontstaat voor productiediensten, immateriële diensten en voor regulerende en ondersteunende diensten.

Problematisch is echter vooralsnog het Europese milieurecht, dat nog steeds lijkt uit te gaan van sectorale toetsing. Dit Europese recht is in de juridische normenhierarchie hoger dan het nationale recht.

Jurisprudentie

- Conclusie Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie van de EU, 22 november 2012 (*Galway bypass*), onder zaaksnummer C-258/11 terug te vinden op hun site www.curia.europa.eu
- ABRvS 7 november 2012, (*Wegverbreding A2*) 201110075/1/R4 en 201201853/1/R4
- ABRvS 3 oktober 2012 (*Drents-Friese Wold & Leggelderveld*), 201107992/1/A4

Gevoerde gesprekken

- *Wilbert Nijlant*, directeur rentmeesterskantoor 't Schoutenhuis te Woudenberg, Woudenberg d.d. 17 september 2012 (14.00-15.00)
- *Meta Daniëls*, bestuurslid Utrechts Particulier Grondbezit, directeur beheerskantoor en mede-eigenaar Landgoed Scherpenzeel, Scherpenzeel (Gld.) d.d. 14 september 2012 (13.30-14.45)
- *Erik Somsen*, directeur ASR Landelijk Vastgoed Utrecht, voorzitter Commissie Grond- en Pachtzaken van de FPG, Wageningen d.d. 30 augustus 2012 (13.30-15.00)