

Gevolgen van de Porthos uitspraak (buiten toepassing verklaring wettelijke bouwvrijstelling) voor de gemeente

Inleiding

Op 2 november 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak gedaan in de Porthos zaak. Het ging hier om een inpassingsplan, omgevingsvergunning voor bouwen, het hebben van een milieu-inrichting, en enkele vergunningen op basis van de mijnbouwwet ten behoeve van het Porthos-project. Het Porthos-project heeft als doel om CO₂ van de industrie in het Rotterdamse havengebied op te slaan in lege gasvelden onder de Noordzee. Hiervoor moet een CO₂-transportleiding worden aangelegd vanaf het Rotterdamse havengebied naar de lege gasvelden onder de Noordzee. Ook is het nodig om een compressorstation te bouwen.

De Afdeling heeft in deze uitspraak de zogenoemde partiele wettelijke bouwvrijstelling, vastgelegd in artikel 2.9a van de Wet natuurbescherming en artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming, buiten toepassing verklaard als strijdig met artikel 6 van de habitatrichtlijn van de Europese Unie.

Alvorens in te gaan op de gevolgen wordt het juridische kader geschetst.

Juridisch kader

Nationaal en Europees recht, exceptieve toetsing van nationale wetten aan het Unie recht

In de Grondwet staat dat de rechter wetten en verdragen niet toetst aan de Grondwet. Volgens diezelfde Grondwet toetst de rechter wettelijke voorschriften wel aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Al in de jaren zestig heeft het Europese hof van justitie in Luxemburg van de (toen nog) de Europese Economische Gemeenschap (E.E.G.) in enkele arresten bepaald dat het Europese recht rechtstreeks deel uit maakt van de nationale rechtsorde van de verschillende lidstaten. Dit zondermeer en ongeacht hetgeen het nationale recht inclusief de grondwet daarover zegt. Dit betreft niet alleen het verdrag van de (sinds het verdrag van Maastricht uit 1993) Europese Unie maar ook de richtlijnen opgesteld door de Europese Commissie en vastgesteld door de Raad.

Bij de toetsing van concrete besluiten toetst de nationale rechter de nationale wet dus aan het Europese Unie recht (inclusief richtlijnen) en laat de nationale wet bij strijdigheid buiten toepassing. Dit noemen we exceptieve toetsing.

Gebiedsbescherming in het nationale en Europese recht

De Habitatrichtlijn is een Europese richtlijn uit de jaren negentig die lidstaten verplicht maatregelen te treffen die garanderen dat de natuurwaarden in aangewezen gebieden niet achteruit gaat. De nationale lidstaten hebben de gelegenheid gekregen deze richtlijn voor de eigen nationale situatie te implementeren in wetgeving. In Nederland heeft dat geresulteerd in de flora- en faunawetgeving (ook de Vogelrichtlijn betreffende soorten bescherming moest geïmplementeerd worden). Dit heeft geresulteerd in de aanwijzing van Natura 2000-gebieden ter bevordering van de (Europese) biodiversiteit (ecologische hoofdstructuur).

Nederland heeft op dit punt verschillende wettelijke regimes gekend. Op dit moment geldt de Wet natuurbescherming.

De Wet natuurbescherming

Volgens deze wet moet voor plannen en projecten vastgesteld worden of het significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.

Artikel 2.7, tweede lid van de wet luidt als volgt:

Het is verboden zonder vergunning van gedeputeerde staten een project te realiseren dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.

Of een project concrete gevolgen kan hebben wordt beoordeeld aan de hand van een voor toets. Dit geschiedt op basis van de zogenoemde Aerius berekening. Als hier uit komt dat er mogelijk significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied dan moet een vergunning worden aangevraagd bij Gedeputeerde Staten.

Bij de vergunning aanvraag moet een zogenoemde passende beoordeling plaatsvinden.

Gedeputeerde Staten verlenen de vergunning in beginsel uitsluitend indien uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. Echter, als die zekerheid met de passende beoordeling niet kan worden verkregen, dan kunnen Gedeputeerde Staten toch een vergunning verlenen als aan de zogenoemde ADC toets wordt voldaan:

- er zijn geen alternatieve oplossingen;
- het plan, onderscheidenlijk het project, bedoeld in het eerste lid, is nodig om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en
- de nodige compenserende maatregelen worden getroffen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.

Bevoegdheid college van Burgemeester en Wethouders inzake gebiedsbescherming via de omgevingsvergunning

Gedeputeerde Staten is bevoegd gezag als het gaat om een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming. Als voor het project echter een omgevingsvergunning vereist is kan het zo zijn dat het college een verantwoordelijkheid heeft op dit punt. Voor een project waarvoor een omgevingsvergunning is aangevraagd en waarvoor ook een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming vereist is haakt deze vergunning aan de bij de aanvraag omgevingsvergunning als deze vergunning nog niet is aangevraagd bij Gedeputeerde Staten op het moment van de aanvraag omgevingsvergunning.

Dit betekent dat het college bij aanvragen omgevingsvergunning moet nagaan of een vergunning op grond van de wet natuurbescherming vereist is. In voorkomende gevallen zal het college de voor toets moeten verrichten en in dat kader aan de aanvrager moeten verzoeken een Aerius-berekening aan te leveren. Als uit de voor toets blijkt dat dat er mogelijk significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied dan moet het college in het kader van de Wet natuurbescherming een verklaring van geen bedenkingen vragen van Gedeputeerde Staten. Gedeputeerde Staten geven die verklaring af als een Wet natuurbeschermingsvergunning kan worden verleend, waarbij te werk wordt gegaan volgens bovenstaand schema.

De partiële bouwvrijstelling opgenomen in de Wet natuurbescherming

Het hete hangeiser is de laatste tijd vooral stikstof. Hierbij draait het om de Kritische Depositiewaarde. De Kritische Depositiewaarde is de hoeveelheid stikstof in mol per hectare per jaar waarboven verslechtering van de kwaliteit van de natuur niet op voorhand is uit te sluiten. Voor elk type natuur is wetenschappelijk bepaald wat de KDW is: hoe stikstofgevoeliger de natuur, hoe lager de waarde.

De Nederlandse wetgever heeft bepaald dat de stikstof voor bouwen van ondergeschikte invloed is op de kwaliteit van de natuur. Het betreft het bouwen zelf. Dit omdat de bouw zeer tijdelijk en plaatselijk is en de regering met een pakket aan maatregelen komt om de stikstofdepositie te verminderen.

De bouwvrijstelling is geregeld in artikel 2.9a van de Wet natuurbescherming. Dat luidt als volgt:

De gevolgen van de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden die wordt veroorzaakt door bij algemene maatregel van bestuur aangewezen activiteiten van de bouwsector, worden buiten beschouwing gelaten voor de toepassing van artikel 2.7, tweede lid. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld.

Artikel 2.7, tweede lid regelt de vergunningplicht. Het gaat dus om uitsluiting van de vergunningplicht. De algemene maatregel van bestuur waarnaar wordt verwezen is Het Besluit natuurbescherming waar in artikel 2.5 onderstaande is vastgelegd:

Als activiteiten van de bouwsector als bedoeld in artikel 2.9a van de wet worden aangewezen:

a. het verrichten van een bouwactiviteit of een sloopactiviteit die het feitelijk verrichten van bouw- of sloopwerkzaamheden aan een bouwwerk betreft, met inbegrip van de daarmee samenhangende vervoersbewegingen;

b. het aanleggen, veranderen of verwijderen van een werk, met inbegrip van de daarmee samenhangende vervoersbewegingen.

Het gaat dus om een vrijstelling voor bouwen, slopen en het aanleggen van een werk inclusief de vervoersbewegingen. De vergunningplicht beperkt zich in deze gevallen volgens de wet tot de gebruiksfase van het bouwwerk. Vandaar de term “partiele bouwvrijstelling”. Alleen gevolgen van de stikstofdepositie tijdens de bouwfase van de in artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming worden uitgesloten.

De Porthos uitspraak en de buitenwerking stelling van de bouwvrijstelling

Met de uitspraak van 2 november 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de bouwvrijstelling uit de wet getoetst aan de Europese Habitat richtlijn en vanwege de onverenigbaarheid daarmee buiten toepassing verklaart.

De bouwvrijstelling sluit samengevat niet uit dat geen vergunning nodig is voor projecten met potentieel significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied. De in de Wet natuurbescherming opgenomen bouwvrijstelling moet volgens de Afdeling gezien worden als een generieke voor toets, waarbij voor al het bouwen op voorhand is vastgesteld dat er geen significante gevolgen zijn. Deze gevolgen kunnen echter niet worden uitgesloten omdat de wetgever blijkens de Memorie van Toelichting en hetgeen namens de ministers ter zitting is aangevoerd uitgaat van maatregelen waarvan het effect onzeker is (niet wetenschappelijk bewezen) en bovendien onzeker is of zij zullen plaatsvinden. Hierbij is er strijd met artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn:

Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.

De bouwvrijstelling staat nog altijd in de wet maar mag dus niet worden toegepast.

De gevolgen voor de gemeente van de Porthos uitspraak

Bij alle aangewezen activiteiten in de bouwfase moet bekeken worden wat de gevolgen zijn voor Natura 2000 gebieden, Gedeputeerde Staten is bevoegd gezag wat betreft aanvragen vergunningen en handhaving

Dat betekent dat in beginsel ook bij vergunningvrije bouwactiviteiten een voor toets moet worden gedaan en bekeken moet worden of er mogelijk significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied. Als dat het geval is moet een aanvraag ingediend worden bij Gedeputeerde Staten. Wat betreft handhaving van het verbod van artikel 2.7, tweede lid van de Wet natuurbescherming is ook Gedeputeerde Staten het bevoegd gezag. Voor het college van Burgemeester en Wethouders bestaat alleen een bevoegdheid als vergunning voor de Wet natuurbescherming aanhaakt bij een omgevingsvergunning.

Burgemeester en Wethouders hebben een verantwoordelijkheid bij aanhaken bij aanvraag omgevingsvergunning

Zoals hierboven beschreven, haakt de vergunning op grond van artikel 2.7, tweede lid van de Wet natuurbescherming aan bij de aanvraag omgevingsvergunning als dat voor dit project aan de orde is.

Dat geldt alleen dan als ten tijde van het indienen van de aanvraag omgevingsvergunning nog geen aanvraag op grond van de Wet natuurbescherming bij Gedeputeerde Staten is ingediend. Het college moet zich dus bij alle aanvragen omgevingsvergunning afvragen of voor dit project zou kunnen gelden dat er mogelijk significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied. Als dat het geval is en er is nog geen aanvraag ingediend bij gedeputeerde staten, dan moet het college een voor toets doen. Het college moet in dat kader dan de aanvrager verzoeken de aanvraag aan te vullen met een Aerius-berekening om te beoordelen of er mogelijk significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied. Als dat het val is moet de aanvraag omgevingsvergunning worden aangevuld met een aanvraag in het kader van de Wet natuurbescherming.

Het is mogelijk dat voor één project verschillende werkzaamheden wel en niet aanhaken aan de aanvraag omgevingsvergunning

Bij alle aanvragen omgevingsvergunning speelt dit mogelijk. Door het buiten toepassing verklaren van de bouwvrijstelling vallen hier ook weer alle werkzaamheden tijdens de bouwfase onder. Dit kan gaan om bouwen, maar ook om aanleggen en slopen. Aanhaken, en daarmee college verantwoordelijkheid, is alleen aan de orde binnen het kader van een aanvraag omgevingsvergunning. Veel bouwen is vergunningvrij. Voor aanleggen is alleen een omgevingsvergunning vereist als dat valt binnen een aanlegstelsel in een bestemmingsplan. Voor het reguliere slopen bestaat geen omgevingsvergunning meer maar een meldingsplicht. Voor een melding geldt niet dat de aanvraag Wet natuurbescherming aanhaakt. Slopen kan nog wel omgevingsvergunningplichtig zijn als het gaat om een monument of om een verplichting op grond van het bestemmingsplan.

Het is dus mogelijk dat zich de gecompliceerde situatie voordoet dat het college verantwoordelijkheid heeft voor een project omdat de vergunning Wet natuurbescherming aanhaakt bij de aanvraag omgevingsvergunning, maar dat van dat zelfde project werkzaamheden deel uitmaken waarvoor geen omgevingsvergunning vereist is met als gevolg dat die werkzaamheden niet aanhaken en rechtstreeks een Wet natuurbeschermingsvergunning bij Gedeputeerde Staten moet worden aangevraagd.

In welke gevallen is een voor toets met een Aerius-berekening vereist?

Het voert te ver voor het college om bij alle aanvragen met omgevingsvergunningplichtige activiteiten in de bouwfase de aanvrager te verzoeken de aanvraag aan te vullen met een Aerius-berekening. Dit gezien de kosten.

We hebben Omgevingsdienst IJmond gevraagd om hiervoor richtlijnen te geven. Het gaat dan om het type bouwwerk in relatie tot de afstand tot een Natura-2000 gebied. Dit leidt tot onderstaande werkwijze:

- Aanvragen voor aan-/uitbouw/dakkapel, interne verbouwing of vergelijkbaar van bestaande panden (zonder functiewijziging/-toevoeging), kunnen doorgaan op 500 meter van Natura 2000-gebied of verder. Er hoeft dan geen Aerius-berekening gevraagd te worden aan de aanvrager omdat wij dit al hebben voorgerekend.
- Deze stelling heeft IJmond inmiddels voor een aantal gemeenten doorgerekend op maatgevende punten en dit gaat tot nu toe goed. Voor Heemstede heeft IJmond nog geen voorbeeldberekeningen rond, maar voor nu kunnen we hier alvast wel vanuit gaan. IJmond houdt op de hoogte van de vorderingen.
- Voor bovengenoemde plannen op minder dan 500 meter van Natura 2000 vraagt de gemeente altijd advies aan IJmond. IJmond beoordeelt dan of de generieke berekening van IJmond alsnog toepasbaar is, of dat een planspecifieke berekening door de aanvrager nodig is.
- Plannen groter dan bovengenoemd of met een wijziging in de gebruiksfase altijd ter advisering naar IJmond. Hetzelfde geldt voor nieuwbouw.
- Bovenstaande geldt alleen voor stikstof en niet voor soortenbescherming.

Zie de als bijlage bijgevoegde kaart van Heemstede met daarop de contouren voor bovenstaande weergegeven.

Handhaving bestaande bouwwerken geplaatst onder de bouwvrijstelling

Omgevingsvergunningvrije bouwwerken

Die zijn al geplaatst. Het kwaad is al geschied voor zover het de bouwfase betreft. Alleen de gebruiksfase kan nog aan de orde zijn. Dat was ook al het geval voor de buitenwerkingstelling van de bouwvrijstelling. Gedeputeerde Staten is bevoegd gezag.

Al geplaatste bouwwerken met omgevingsvergunning

Als hierboven. Er is geen praktisch belang. Bovendien is de omgevingsvergunning mogelijk al onherroepelijk. Als dat niet het geval is kan de omgevingsvergunning in bezwaar en beroep worden aangetast.

Nog niet uitgevoerde omgevingsvergunningen voor wat betreft de omgevingsvergunning

De omgevingsvergunning kan worden aangetast als men in bezwaar of beroep gaat. In bezwaar (bij burgemeester en wethouders) en beroep kan eventueel als nog de stikstofdepositie tijdens de bouwfase via het aanhaken worden meegenomen. Voor onherroepelijke vergunningen geldt dat het een gelopen koers is.

Nog niet uitgevoerde omgevingsvergunningen voor wat betreft Wet natuurbescherming

De Wet natuurbescherming is zelfstandig vergunningplichtig. Het feit dat er een onherroepelijke omgevingsvergunning is verleend waarbij de stikstofdepositie achteraf (gezien de jurisprudentie) ten onrechte niet is meegenomen betekent niet dat geen vergunning meer hoeft te worden aangevraagd bij Gedeputeerde Staten. Een dergelijke vergunning moet alsnog worden aangevraagd.

Intrekken Wet natuurbeschermingsvergunning en omgevingsvergunning

Een wet natuurbeschermingsvergunning kan worden ingetrokken als dat nodig is om verslechtering van een Natura-2000 gebied te voorkomen.

Een omgevingsvergunning wordt volgens de Wabo ingetrokken voor zover de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist.

Het intrekken van vergunningen vanwege het onverbindend zijn bouwvrijstellingen lijkt niet als optie te worden gezien.

Onder de Omgevingswet

Het ziet er nu naar uit dat op 1 januari 2024 de Omgevingswet in werking gaat treden. Waar de Wabo een procedurele integratie is van verschillende wettelijke stelsels, is de Omgevingswet ook een inhoudelijke integratie. Bovendien worden meer wettelijke stelsels de fysieke leefomgevings betreffende bij de integratie in de Omgevingswet betrokken.

Zo valt de Wet natuurbescherming niet onder de Wabo Alleen in het geval een Wet natuurbeschermingsvergunning vereist is en er wordt een omgevingsvergunning aangevraagd (bij de gemeente), haakt de Wet natuurbeschermingsvergunning aan bij de omgevingsvergunning. Als de Wet natuurbeschermingsvergunning vergunning al is aangevraagd bij Gedeputeerde Staten voordat een omgevingsvergunning is aangevraagd, of er is in het geheel geen omgevingsvergunning aan de orde, dan verlenen Gedeputeerde Staten de Wet natuurbeschermingsvergunning, die dan geen omgevingsvergunning is.

Onder Omgevingswet integreert de Wet natuurbescherming in de Omgevingswet. De Omgevingswet kent in artikel 5.1, eerste lid, aanhef en onder e van een verbod zonder omgevingsvergunning een Natura 2000-activiteit te verrichten. De beoordelingsregels staan in het Besluit kwaliteit

leefomgeving en vergunningvrije Natura 2000-activiteiten zijn geregeld in het Besluit activiteiten leefomgeving. In het Omgevingsbesluit staan regels over het bevoegd gezag.

Voor Natura 2000-activiteiten zijn Gedeputeerde Staten bevoegd gezag, tenzij het om een gebied van nationaal belang is. In dat laatste geval is de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit bevoegd gezag.

Als er ook een omgevingsvergunning vereist is voor andere activiteiten dan kan een ander bestuursorgaan bevoegd gezag zijn. Dat is dan vaak het college van burgemeester en wethouders.

Net als nu onder de Wabo moeten Burgemeester en Wethouders dan een advies vragen aan Gedeputeerde Staten dat zij moeten opvolgen.

De Omgevingswet brengt geen inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de Wet natuurbescherming.

