

Bouwen en natuur: Europese natuurwaarden op het ruimtelijk ordeningsspoor

Achtergronddocument bij Natuurbalans 2006

M.E.A. Broekmeyer
F.H. Kistenkas

werkdocumenten

WOT
Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Bouwen en natuur: Europese natuurwaarden op het ruimtelijk ordeningspoot

Achtergronddocument bij Natuurbalans 2006

M.E.A. Broekmeyer

F.H. Kistenkas

Werkdocument 44

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Wageningen, december 2006

De reeks 'Werkdocumenten' bevat tussenresultaten van het onderzoek van de uitvoerende instellingen voor de unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu (WOT Natuur & Milieu) De reeks is een intern communicatiemedium en wordt niet buiten de context van de WOT Natuur & Milieu verspreid. De inhoud van dit document is vooral bedoeld als referentiemateriaal voor collega-onderzoekers die onderzoek uitvoeren in opdracht van de WOT Natuur & Milieu. Citeren uit deze reeks is dan ook niet mogelijk. Zodra eindresultaten zijn bereikt, worden deze ook buiten deze reeks gepubliceerd. De reeks omvat zowel inhoudelijke documenten als beheersdocumenten.

Werkdocument 44 is geaccepteerd door Marijke Vonk, projectleider Natuurbalans 2006, opdrachtgever namens de WOT Natuur & Milieu.

Drs. M.E.A. Broekmeyer en dr. mr. F.H. Kistenkas zijn werkzaam bij Centrum Landschap, Alterra

©2006 **Alterra**

Postbus 47, 6700 AA Wageningen.

Tel: (0317) 47 47 00; fax: (0317) 41 90 00; e-mail: info.terra@wur.nl

De reeks WOt-werkdocumenten is een uitgave van de unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, onderdeel van Wageningen UR. Dit rapport is verkrijgbaar bij het secretariaat. Het rapport is ook te downloaden via www.wotnatuurenmilieu.wur.nl

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, Postbus 47, 6700 AA Wageningen

Tel: (0317) 47 78 44; Fax: (0317) 42 49 88; e-mail: info.wnm@wur.nl; Internet: www.wotnatuurenmilieu.wur.nl

Project WOT-04-394 – 5230003-54 [Werkdocument 44 – december 2006]

F-0008 (2006)

Inhoud

Samenvatting	5
1 Inleiding	7
1.1 Achtergrond en doelstelling	7
1.2 Leeswijzer rapport	7
2 Bouwen en natuur: de theorie	9
2.1 Inleiding: Nederland op slot door natuurwetgeving?	9
2.2 Bouwen in Nederland in 2005	9
2.3 Het natuurbeschermingsrecht	10
2.3.1 Flora- en faunawet	10
2.3.2 Natuurbeschermingswet	11
2.3.3 Conclusie	12
2.4 Ontwikkelingen binnen natuurbeschermingsrecht en de ruimtelijke ordening	13
3 Bouwen en natuur: de praktijk	15
3.1 Initiatieven en Europese beschermde natuurwaarden	15
3.2 Het topje van de ijsberg	16
3.3 Bouwinitiatieven algemeen	17
3.4 Bouwinitiatieven en toetsing natuurbeschermingsrecht	19
3.4.1 Algemeen	19
3.4.2 Soortbescherming	19
3.5 Bouwinitiatieven en jurisprudentie Raad van State	22
3.5.1 Algemeen	22
3.5.2 Gebiedsbescherming	23
3.5.3 Soortbescherming	24
4 Eindconclusies	25
Literatuur	27
Bijlage 1 Ruimtelijke ontwikkelingen rondom Natura 2000-gebieden	29
Bijlage 2 Onderzoek ontheffingen artikel 75 in 2006	31
Bijlage 3 Jurisprudentie beginjaren VHR	33
Bijlage 4 Rechtzaken natuurbeschermingsrecht	35
Bijlage 5 Lijst van afkortingen	39

Samenvatting

Wie wil gaan bouwen moet tegenwoordig *op voorhand en in redelijkheid* (de zgn. rechterlijke OVIR-toets) rekening houden met aanwezige wettelijk beschermde natuurwaarden. Voor Natura 2000-gebieden zal dan al de habitattoets een rol moeten spelen en voor wat betreft de soortenbescherming zal al gepreludeerd moeten worden op de mogelijkheid van een ontheffing voor beschermde soorten.

Deze integrale afweging komt voort uit recente jurisprudentie (de zgn. uitvoerbaarheidsjurisprudentie met zijn OVIR-toets) en vindt onszijns ook weerklank in de herziene Natuurbeschermingswet (art 19j) en de Strategische Milieubeoordeling die binnenkort wordt geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer. Vooral via het 'preventief bestuurlijk toezicht' op bestemmingsplannen is naar onze mening de habitattoets definitief van belang geworden voor het ruimtelijk ordeningsspoor. Men vergelijkte met name art. 19j lid 3 Nbw, dat de habitattoets van toepassing verklaart op de planvorming.

Dit betekent dat in het bijzonder bestemmingsplannen (immers het enige plan dat voor een ieder juridisch bindend is) 'nature proof' dienen te zijn. Er moet immers een reële kans zijn dat de bestemming uitgevoerd kan worden (*uitvoerbaarheidseis*).

Bekeken vanuit zowel het aantal aangevraagde en verleende beschikkingen natuurbeschermingsrecht als de voorlopige resultaten van de eerste twee jaren van de jurisprudentiemonitor HVR (2004 en 2005), kan geconcludeerd worden dat de bescherming van Europese natuurwaarden Nederland niet op slot gooit. Wél zorgt zij ervoor dat meer en meer een zorgvuldige afweging van belangen plaatsvindt.

De trend is dat bij zowel soortbescherming als gebiedsbescherming de kaarten al in de planfase worden geschud: op strategisch niveau moet men rekening houden met de uitvoerbaarheid van het plan en dus rekening houden met beschermde soorten en gebieden. Bouwen kan nog steeds, maar niet overal en pas nadat alle effecten, alternatieven en belangen goed zijn onderzocht.

1 Inleiding

1.1 Achtergrond en doelstelling

Voor de Natuurbalans 2006 is de auteurs gevraagd informatie aan te leveren voor een intermezzo in de Natuurbalans, gericht op de vraag of Nederland ten gevolge van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn zowel in feite als in rechte op slot gaat voor bouwactiviteiten.

Het Milieu- en Natuurplanbureau (MNP) wil meer inzicht in de werking van de op de VHR gebaseerde natuurwetgeving van de Natuurbeschermingswet (Nbw) en de Flora- en faunawet (Ffw) in bestuurs- en rechtspraktijk ten aanzien van bouwprojecten. Achterliggende reden is dat men meent dat er te weinig inzicht is op de invloed van de natuurwetgeving op de ruimtelijke ontwikkeling en deswege te weinig weervoord op de mythe dat Nederland op slot zit.

Onderzocht is of de mening dat Nederland op slot gaat, steun vindt in de heersende bestuurs- en rechtspraktijk, waarin sprake is van een toenemende planologisering van het groene milieurecht. Hoe verhouden de Nbw, de Ffw en de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) zich in de praktijk? Daarbij is mede geput uit de voorlopige resultaten van de jaarlijkse *Jurisprudentiemonitor VHR* van het MNP over de jaren 2004 en 2005 (Kistenkas en Kuindersma, 2004 en 2005). Voorts is getracht inzicht te krijgen in de praktijk van ontheffingen Ffw in relatie tot bouwplannen. Ten slotte zijn een aantal (random geselecteerde) cases beschreven ter illustratie.

1.2 Leeswijzer rapport

Hoofdstuk 2 bevat een theoretische uitleg over het bouwproces in Nederland in relatie met de natuurbeschermingswetgeving. Aan het eind van dit hoofdstuk worden de recente ontwikkelingen in wetgeving, beleid en rechtspraak weergegeven.

Hoofdstuk 3 gaat in op de praktijk van bouwinitiatieven in relatie tot de natuurwetgeving.

Daarbij zijn drie ingangen gezocht om deze relatie boven tafel te krijgen; nemen bouwinitiatieven toe of af sinds de Vogel- en Habitatrichtlijn? Neemt het aantal ontheffingen voor streng beschermde soorten toe of af? En neemt het aantal rechtzaken op het vlak van natuurbescherming toe of af en houdt de hoogste bestuursrechter, de Raad van State, veel bouwinitiatieven tegen? Om een en ander te illustreren zijn op willekeurige wijze in het kader van dit project een 5-tal cases beschreven. In bijlage 5 is een lijst van veelgebruikte afkortingen opgenomen.

2 Bouwen en natuur: de theorie

2.1 Inleiding: Nederland op slot door natuurwetgeving?

De komst van Europese natuurrichtlijnen¹ (Vogelrichtlijn uit 1979 en Habitatrichtlijn uit 1992) drong pas vanaf eind jaren negentig goed door tot de bestuurs- en rechtspraak. Opmerkelijk was het langdurige implementatieproces van verplichte omzetting van de richtlijnen in de Nederlandse wetgeving. Dit gebeurde via de Flora- en faunawet (Ffw) van 1 april 2002 voor de bescherming van soorten en via de wijziging in de Natuurbeschermingswet (Nbw) van 1 oktober 2005 voor de bescherming van Natura 2000² gebieden. Vooruitlopende op deze omzetting hadden de Europese richtlijnen al een directe beschermende werking voor Europese natuurwaarden. Dat er in wettelijk beschermde natuurgebieden (in principe) niet gebouwd mag worden, is een logisch gevolg van de keuze voor behoud biodiversiteit. Maar vooral de externe werking³ van Natura 2000 gebieden alsmede de soortbescherming leidden tot een stortvloed aan soms geruchtmakende rechtszaken bij ruimtelijke ontwikkelingen. De term 'Nederland op slot' deed zijn intrede en handhaafde zich hardnekkig. De aandacht van de media en vele rechtszaken (juridisering) zetten intussen wel de natuur definitief op de politiek-bestuurlijke agenda.

In dit intermezzo komt aan de orde in hoeverre Nederland op slot zit door de Europese natuurwetgeving. Is er minder in Nederland gebouwd sinds de werking van de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn? Hebben de Europese beschermde soorten en gebieden de ruimtelijke ontwikkeling in ons land belemmerd?

De vraag andersom gesteld, te weten: "Zijn VHR-soorten en gebieden wel voldoende beschermd tegen negatieve gevolgen van bouwactiviteiten?" wordt met dit onderzoek 'niet beantwoord!'. Deze vraag vereist eigen onderzoek. De conclusies van de auteurs kunnen dan ook niet leiden tot de constatering dat als de natuur bouwen niet belemmert, de natuur dan automatisch wel vaart bij bouwactiviteiten. Integendeel, zijn wij in principe voorshands van mening.

Voorts is in dit onderzoek alleen gekeken naar het Europese recht (VHR) en mitsdien (nog) niet gekeken naar de gevolgen van (van oorsprong nationaal) natuurbeleid als de EHS of de Reconstructiewet. De Jurisprudentie monitor neemt in 2006 ook de EHS-jurisprudentie mee. Mogelijk kan vanaf volgend jaar ook over dit beleid meer worden gezegd.

2.2 Bouwen in Nederland in 2005

Wie in Nederland wil bouwen, heeft een bouwvergunning nodig die steun moet vinden in een vigerend bestemmingsplan. Elke initiatiefnemer die bijvoorbeeld een nieuwe weg of een bedrijventerrein wil bouwen zal bij de gemeente moeten nagaan of het bestemmingsplan een dergelijk initiatief toestaat. Een bouwvergunning zal in beginsel moeten worden geweigerd, indien het bouwwerk in strijd is met het bestemmingsplan. In de praktijk zullen veel

¹ De betekenis van de EU-richtlijn luchtkwaliteit en de gevolgen hiervan voor ons nationaal beleid zijn voor het voetlicht gebracht in de Milieubalans 2006 (MNP 2006).

² Natura 2000-gebied: verzamelnaam voor Habitatrichtlijngebieden en Vogelrichtlijngebieden.

³ Externe werking: ook activiteiten buiten Natura 2000-gebieden kunnen vergunningplichtig zijn als zij mogelijk negatieve gevolgen hebben voor het gebied.

bouwaanvragen vergezeld gaan van een bestemmingsplanwijziging of de voorbereiding van een geheel nieuw op te stellen plan (soms ook zgn postzegelplannen: kleine bestemmingsplannen gericht op een concreet bouwplan). Het belangrijkste juridische kader waarbinnen ruimtelijke ontwikkeling van ons land plaatsvindt is dus de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

***Conclusie:** de Wet op de Ruimtelijke Ordening is het belangrijkste juridische kader waarbinnen ruimtelijke ontwikkeling van ons land plaatsvindt. Bij een bouwproject is de bouwvergunning het centrale vergunningstelsel. Een bouwvergunning zal steun moeten vinden in een vigerend bestemmingsplan.*

2.3 Het natuurbeschermingsrecht

Wie gaat bouwen in of nabij een Natura 2000-gebied of het leefgebied van Europese beschermde soorten, heeft naast een bouwvergunning ook een Ffw-ontheffing en/of een Nbw-vergunning nodig. Zodra immers door een activiteit zoals bouwen negatieve effecten op deze Europese beschermde waarden kunnen optreden, dient de initiatiefnemer over vergunning of ontheffing te beschikken. Deze kan pas verleend worden als de initiatiefnemer een afwegingskader (flora- en faunatoets resp. habitattoets⁴) doorloopt. Zo moet er sprake zijn van 'dwingende redenen van groot openbaar belang' voor de activiteit en moet ook aangetoond worden dat er geen alternatieve oplossingen of locaties voor dit belang zijn. Pas als al deze stappen zijn doorlopen, kan door het bevoegde gezag een besluit over het verlenen van ontheffing Ffw of vergunning Nbw worden genomen. Negatieve effecten op natuurwaarden moeten altijd gecompenseerd worden.

Voordat de VHR-richtlijnen in Nederland geïmplementeerd waren in de Nederlandse wetgeving, gold de directe werking van de habitattoets van artikel 6 van de Habitatrichtlijn. Dat wilde zeggen dat bij elk besluit te nemen door een bevoegd gezag (zoals het verlenen van een bouw-, milieu- of kapvergunning of het goedkeuren van een bestemmingsplan) moest worden meegewogen of dit mogelijk strijdig was met de Europese natuurdoelen.

In 2002 implementeerde Nederland het soortbeschermingsdeel uit de richtlijnen in de Flora- en faunawet; in oktober 2005 het gebiedsbeschermingsdeel in de herziene Natuurbeschermingswet 1998. Daarmee ontstonden twee eigenstandige, sectorale beschikkingsstelsels voor (Europese) beschermde natuurwaarden.

2.3.1 Flora- en faunawet

Ontheffingsaanvraag artikel 75 Ffw: de Flora- en faunatoets

De Europees HR-soorten bijlage IV vallen onder de streng beschermde soorten van tabel 3 Flora- en faunawet; alle Europese beschermde vogelsoorten vallen onder tabel 2. In beide gevallen geldt voor deze soorten dat bij ruimtelijke ontwikkeling en inrichting een ontheffing nodig is als de verbodsbepalingen worden overtreden.

⁴ Een habitattoets bestaat uit drie onderdelen: 1) een voortoets, eventueel gevolgd door een 2) passende beoordeling (effectstudie), weer eventueel gevolgd door een 3) onderzoek naar het belang, naar alternatieven en mogelijkheden voor compensatie.

Een ontheffing kan pas worden verkregen nadat een uitgebreide toets heeft plaatsgevonden. Deze flora- en faunatoets houdt in dat:

- de werkzaamheden geen afbreuk mogen doen aan de staat van instandhouding van de betreffende soorten;
- er geen alternatief is voor de activiteit;
- de activiteit plaatsvindt op grond dwingende reden van groot openbaar belang.

Het bevoegde gezag voor het verlenen van ontheffingen Ffw ex art. 75 is weliswaar de minister van LNV maar de facto de Dienst Regelingen van het ministerie van LNV. De inhoudelijke beoordeling vindt plaats door medewerkers van de Dienst Landelijk Gebied.

Recente ontwikkelingen Ffw

In eerste instantie leek vooral de Ffw de ruimtelijke ontwikkelingen te beperken: beschermde soorten kunnen immers overal voorkomen en een ontheffingsaanvraag was al gauw aan de orde. Ontheffing verkrijgen was lastig, omdat er eerst sprake moest zijn van dwingende redenen van groot openbaar belang, en pas in laatste instantie werd beoordeeld of de activiteit afbreuk deed aan de staat van instandhouding van de soort. Onbekend is hoeveel aanvragen op voorhand hierdoor niet werden ingediend, zoals voor de bouw van recreatiewoningen, omdat zij wellicht toch geen groot maatschappelijk belang zouden dienen. Dit "chilling effect" is recent verdwenen: met de uitwerking van artikel 75 bij AMvB van februari 2005 is immers een opmerkelijke verruiming ontstaan op grond waarvan een ontheffing bij bouwplannen kan worden verkregen. Was voorheen voor het bouwplan het aantonen van een 'dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard' nodig, tegenwoordig is 'uitvoering van werkzaamheden in het kader van de ruimtelijke inrichting of ontwikkeling' reeds een voldoende belang. De Ffw lijkt dus meer ruimte te bieden voor ruimtelijke (bouw)plannen.

2.3.2 Natuurbeschermingswet

Vergunningaanvraag artikel 19d ev. Nbw: de Habitattoets.

Voor aangemelde Natura 2000-gebieden geldt dat vanaf 1 oktober 2005 een aparte vergunning moet worden verkregen, als er door een activiteit kans is op een significant negatief effect. Een dergelijk vergunningaanvraag kan gaan via een lichte of zware toetsing:

- lichte toetsing via verslechterings- en verstoringstoets (*v2-toets*): indien er mogelijk wel een negatief effect is op de instandhoudingsdoelstelling van het gebied, maar zeker geen significant negatief effect, dient de aanvraag vergezeld te gaan van een effectstudie.
- zware toetsing via passende beoordeling: indien er een kans is op een significant negatief effect op de instandhoudingsdoelstelling(en) van het gebied, dient de aanvraag vergezeld te gaan van een effectstudie en tevens een onderzoek naar de alternatieven, de dwingende redenen van groot openbaar belang en de mogelijkheden van compensatie (*ADC-toets*).

Het bevoegde gezag voor het verlenen van vergunning Nbw ex art. 19d ev. is in de meeste gevallen Gedeputeerde Staten. Onbekend is in hoeverre de provincies zelf ook de inhoudelijke beoordeling uitvoeren.

Recente ontwikkelingen

Recent is er dus ook een vergunning bijgekomen voor al die activiteiten die niet significant zijn, maar die wel effect hebben via de v2-toets. Voorheen hoefden deze initiatieven na de voortoets, de Habitattoets verder niet te doorlopen. Nu komt er dus in plaats van een passende beoordeling een verstoring- en verslechteringsstoets, waaraan tevens een vergunning

gekoppeld is. De gevolgen hiervan op het aanvragen en verlenen van vergunningen zijn binnen dit project niet onderzocht.

Vooralsnog vallen alleen Vogelrichtlijngebieden onder de vergunningverlening. Pas als de Habitatrichtlijnen officieel zijn aangewezen, zullen zij ook onder de werking van de Nbw vallen. Tot die tijd is de rechtstreekse werking van de nieuwe Nbw-artikelen nog niet aan de orde en blijft vooralsnog sprake van een indirecte Habitattoetsing via de te verlenen vergunning.

2.3.3 Conclusie

Bij mogelijke negatieve gevolgen van een bouwplan op Europees beschermde natuurwaarden, moet naast onderzoek naar de daadwerkelijke effecten, ook onderzoek plaatsvinden naar het maatschappelijke belang, de alternatieven voor dit belang en mogelijkheden voor compensatie. Een beschikking natuurbeschermingsrecht kan niet eerder worden verkregen dan nadat deze stappen van flora- en faunatoets en/of habitattoets zijn doorlopen.

In eerste instantie was de Flora- en faunatoets strenger dan de Habitattoets. Immers, via de Ffw kwam elke overtreding van de verbodsbepalingen in aanmerking voor een ontheffingsprocedure. De vraag of deze overtreding ook afbreuk deed aan de gunstige staat van instandhouding van de soort, kwam pas aan het eind van de toetsing aan bod. Het merendeel van de aangevraagde ontheffingen bleek dan ook te kunnen worden verleend, omdat de ingreep geen afbreuk deed aan deze staat van instandhouding.

Daarin verschilden de Flora- en faunatoets evident van de Habitattoets. Bij deze toets ging men pas de beschikkingenprocedure in nádat in een voortoets was vastgesteld dat er een mogelijke kans was op significante negatieve effecten. Alle ingrepen waarvan op voorhand kon worden vastgesteld dat zij geen afbreuk doen aan de VHR-doelstelling hoefden niet in procedure te gaan.

Met de recente wijziging van artikel 75 Ffw en de inwerking treden van de herziene Nbw hebben zich belangrijke veranderingen voorgedaan.

Vanuit de soortenbescherming zijn een groot aantal soorten direct of indirect (via een op te stellen gedragscode) vrijgesteld. De uitgebreide toetsing met alternatieven en belangenonderzoek, vindt in principe alleen nog plaats voor VHR-soorten (en diverse andere nationale soorten). Bovendien zijn de belangen waarop een ontheffing kan worden verkregen uitgebreid met o.a. het belang 'het uitvoeren van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling'. Een versoepeling van de wet dus.

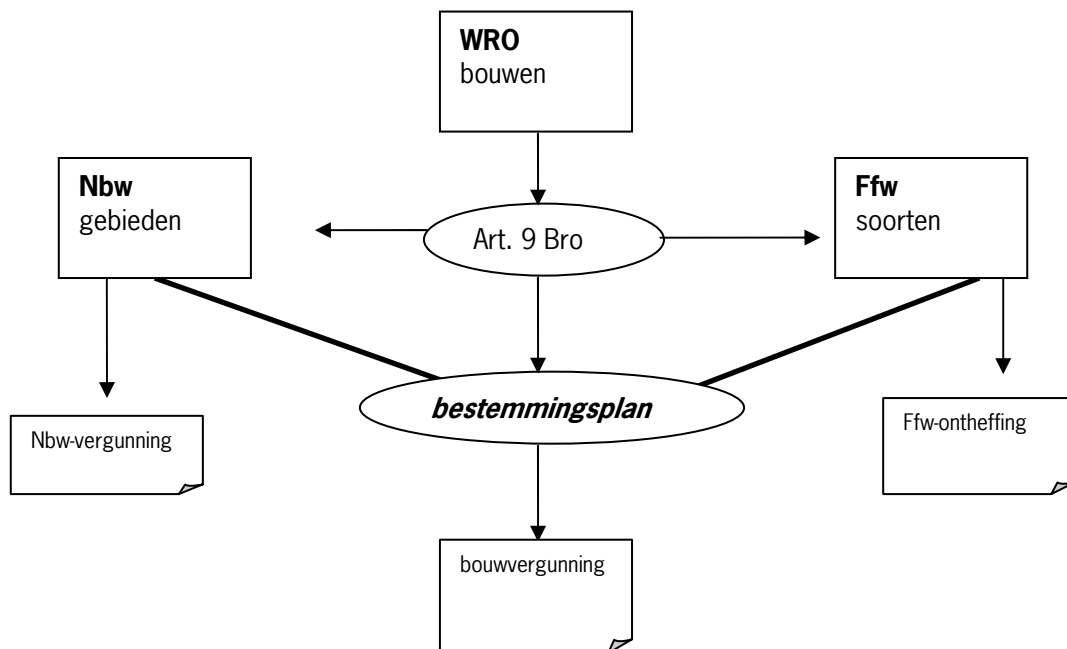
Met de herziene Nbw lijkt juist een verzwaring voor initiatiefnemers van kracht te worden via de nieuwe vergunningverlening via de V2-toets. Ook ingrepen die geen significant effect hebben, maar wel 'een mogelijk negatief effect' vereisen reeds een vergunning. Maar ook hier is een instrument dat vrijstelling kan verlenen: het beheersplan voor Natura 2000-gebieden.

Beheersplannen en gedragscodes (verplicht op te stellen resp. vrijwillig op te stellen) zijn dus belangrijke instrumenten voor vrijstelling van ingrepen, die anders voor toetsing en beschikkingverlening in aanmerking zouden komen.

2.4 Ontwikkelingen binnen natuurbeschermingsrecht en de ruimtelijke ordening

Bij een bouwplan zijn doorgaans meerdere vergunningen nodig: een bouwvergunning gebaseerd op een vigerend bestemmingsplan vanuit het ruimtelijk ordeningsspoor en (naast andere vergunningen zoals bijvoorbeeld een milieuvergunning) een ontheffing en/of vergunning (natuurbeschikkingen) vanuit het natuurbeschermingsspoor. Traditioneel bezien behoefde bij het vaststellen van een bestemmingsplan géén rekening te worden gehouden met onder de VHR beschermde natuurwaarden.

In de rechtspraak wordt de laatste jaren via een nieuwe jurisprudentiële lijn onze inziens wél een link gelegd tussen het ruimtelijke ordeningsrecht en het natuurbeschermingsrecht (Kistenkas & Broekmeyer, 2004). Dit hangt samen met artikel 9 uit het Besluit op de Ruimtelijke Ordening (Bro), dat volgens de rechter vereist dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan wordt gekeken of het plan daadwerkelijk uitvoerbaar is (figuur 1).



Figuur 1. Artikel 9 van het Besluit op de ruimtelijke ordening vereist dat bestemmingsplannen uitvoerbaar zijn, dus dat men naar verwachting een vergunning of ontheffing natuurbeschermingsrecht kan verkrijgen.

De rechtspraak heeft deze *planologische uitvoerbaarheidstoets* zodanig geïnterpreteerd dat het bevoegd gezag bij een bestemmingstoewijzing *op voorhand en in redelijkheid (OVIR-toets)* moet kunnen verwachten dat voor het in het plan voorziene gebruik (bijvoorbeeld bouwen) niet strijdig is met het natuurbeschermingsrecht. Ofwel, men moet binnen het RO-spoor aantonen dat een vergunning op grond van de Nbw en/of ontheffing op grond van de Ffw zal kunnen worden verkregen. Men toetst dus op voorhand al op het planvormingsniveau. De eventuele beschikking dient te worden verkregen op het uitvoeringsniveau. Het kan goed zijn dat dan opnieuw een toetsing plaatsvindt. Dit verschijnsel staat bekend als de 'planologisering van het natuurbeschermingsrecht' (Kistenkas & Kuindersma 2004; 2005; Kistenkas & Neven 2004).

Sinds op 1 oktober 2005 de gewijzigde Nbw in werking is getreden, wordt deze door de rechtspraak in gang gezette planologisering, naar onze mening bevestigd voor beschermde gebieden via artikel 19j van de Nbw. Daarin staat dat (bestemmings)plannen moeten worden getoetst op hun gevolgen voor Natura 2000-gebieden. Zonder een dergelijk toetsing zal zo'n plan niet de benodigde goedkeuring van GS kunnen krijgen. Via een dergelijk 'preventief bestuurlijk toezicht' is daarmee de habitattoets definitief van belang geworden voor het ruimtelijk ordeningsspoor. Men vergelijkte met name art. 19j lid 3 Nbw: de artikelen over de habitattoets (art. 19f t/m 19h) worden van overeenkomstige toepassing verklaard bij planvaststelling.

Ook via de EU-richtlijn voor Strategische Milieubeoordelingen (SMB) integreert het natuurbeschermingsrecht steeds meer binnen het ruimtelijke ordeningsrecht. Deze richtlijn heeft als doel om al in het stadium van strategische planvorming de milieu- en natuureffecten in beeld te brengen. Een SMB is verplicht voor plannen die significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden.

Conclusie

Wie wil gaan bouwen moet tegenwoordig op voorhand en in redelijkheid (de zgn. rechterlijke OVIR-toets) rekening houden met aanwezige wettelijk beschermde natuurwaarden. Voor Natura 2000-gebieden zal dus dan al de habitattoets een rol moeten spelen en voor wat betreft de soortenbescherming zal al gepreludeerd moeten worden op de mogelijkheid van ontheffing voor beschermde soorten. Deze integrale afweging komt voort uit recente jurisprudentie (de zgn. uitvoerbaarheidsjurisprudentie met zijn OVIR-toets) en vindt ons inziens ook weerklank in de herziene Natuurbeschermingswet (art 19j) en de Strategische Milieubeoordeling die binnenkort wordt geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer.

Dit betekent dat met name bestemmingsplannen (immers het enige plan dat voor eenieder juridisch bindend is) 'nature proof' dienen te zijn. Er moet immers een reële kans zijn dat de bestemming uitgevoerd kan worden (uitvoerbaarheidseis).

Daarbij is het voor gemeenten veel eenvoudiger om voor te sorteren op beschermde gebieden dan op beschermde soorten. Beschermde gebieden zijn ruimtelijke eenduidig begreund. In de concept-aanwijzingsbesluiten staat bovendien vanwege welke waarden het gebied is geselecteerd.

Beschermde soorten kunnen echter overal voorkomen. Of te zijner tijd, tijdens de uitvoering, een beschikking Ffw kan worden verkregen, is op planvormingsniveau zeer lastig in te schatten. Gedragscodes kunnen hier mogelijk aan bij dragen, evenals de recent door LNV gepropageerde leefgebiedenbenadering.

3 Bouwen en natuur: de praktijk

3.1 Initiatieven en Europese beschermde natuurwaarden

De vraag of Nederland voor bouwinitiatieven metterdaad op slot gaat door de Vogel- en Habitatrichtlijn is lastig te beantwoorden. Planinitiatieven kunnen immers op diverse momenten in het proces worden teruggetrokken of aangepast voordat zij voor onderzoek traceerbaar zijn. Een onbekend deel van plannen en projecten gaat niet, vertraagd of in aangepaste vorm door, al dan niet beïnvloed door inspraak. Daardoor komen ze vaak niet in het stadium dat ze kunnen worden aangevochten bij de rechter.

Tijdens een eerste vooroverleg met gemeente, provincie of rijk kan al blijken dat een plan in rechte of beleidsmatig bij voorbaat kansloos is. Maar ook na een Flora- en faunatoets of Habitattoets kan een initiatiefnemer het plan intrekken, als bijv. blijkt dat er geen dwingende redenen van groot openbaar belang zijn. In een onbekend aantal gevallen vraagt men dan dus ook geen ontheffing Ffw of vergunning Nbw aan⁵. Deze 'beschermende' of vanuit het bouwersperspectief 'afschrikwekkende' werking of *'chilling effect'* (bijvoorbeeld 'angst' voor de gang naar de bestuursrechter) van de habitat- en/of flora- en faunatoets is niet via bronnen te achterhalen.

Voorts worden vergunningen/ontheffingen mogelijk pas aangevraagd nadat de Habitattoets c.q. Flora- en faunatoets herhaaldelijk is aangepast. Niet zelden worden in deze aanpassing mitigerende maatregelen opgenomen. Ook dan werpt de habitat- of flora- en faunatoets al zijn schaduw vooruit.

De andere kant van de medaille is dat er bouwplannen zijn die mogelijk ten onrechte niet getoetst worden aan het natuurbeschermingsrecht. Ook hier gaat het om een moeilijk te onderzoeken aantal en dus 'dark number'. Immers, pas als een belanghebbende partij aan de bel trekt en zo het plan voorlegt bij de rechter, wordt duidelijk dat beschermde Europese natuurwaarden in het geding zijn.

Deze 'chilling effects' en 'dark numbers' (projecten die bij voorbaat al worden teruggetrokken, dan wel projecten die doorgaan omdat geen toetsing aan het natuurbeschermingsrecht plaats vindt) zijn logischerwijs niet te onderzoeken. De auteurs hebben getracht hier achter te komen door ad-hoc een aantal milieu-organisaties te polsen (Brabantse Milieufederatie, Gelderse Milieufederatie, Vogelbescherming Nederland). Het uitgesproken vermoeden is dat projectontwikkelaars (regelmatig?) initiatieven intrekken als blijkt na vooroverleg dat ze kansloos zijn in verband met het natuurbeschermingsrecht. Het 'chilling effect'; men zou dit echter niet graag aan de grote klok hangen. We hebben dit verder niet kunnen onderzoeken.

Eveneens is het vermoeden uitgesproken dat projectinitiatieven soms ten onrechte niet getoetst worden aan het natuurbeschermingsrecht. Dit kan doorgaan omdat niemand bezwaar aantekent tegen lopende procedures. Respondenten spraken in dit verband wel van een zgn 'piepsysteem' binnen het natuurbeschermingsrecht. Ook dit hebben wij niet nader kunnen onderzoeken binnen dit project.

⁵ Het is evenwel goed mogelijk dat het initiatief op een andere locatie wel doorgang vindt.

Uit de literatuur is overigens wel dit jaar via jurisprudentie van de Raad van State een geval bekend geworden van het bestuurlijk gedogen van een illegaal varkensbedrijf naast een natuurgebied.⁶

3.2 Het topje van de ijsberg

Een antwoord op de vraag of de Europese beschermde natuur het bouwen in Nederland belemmert⁷, is onderzocht door te kijken naar het *aantal bouwinitiatieven*, naar *ontheffingen Ffw* en naar de belangrijkste *jurisprudentie*⁸ op het vlak van soorten- en gebiedsbescherming (figuur 2).

Het stopzetten van bouwprojecten door beschermde natuurwaarden kan in principe op drie manieren plaatsvinden:

1. voor het project is ten onrechte geen beschikking aangevraagd. Overige vergunningen zijn wel verkregen, maar het bevoegde gezag heeft niet getoetst aan de Nbw en Ffw. Deze projecten kunnen worden stilgelegd dankzij de oplettende burger/actiegroep, die tegenwoordig wel belanghebbend moet zijn.
2. het project heeft wel de benodigde bouwvergunningen maar verkrijgt niet de benodigde natuurbeschermingsbeschikkingen. De beschikking wordt afgewezen of in tweede instantie, via de rechter, geschorst.
3. Het project heeft alle benodigde vergunningen en ontheffingen, maar men werkt niet volgens de voorwaarden van de natuurbeschikking. Hier is alleen actie mogelijk na optreden van de Algemene Inspectie Dienst met een bestuursrechtelijk optreden.

En welke zaken ten aanzien van beschermde natuurwaarden komen nu in het nieuws? Grofweg kunnen we twee categorieën onderscheiden:

- zaken waarbij een vermeende tegenstelling wordt gevonden tussen bouwactiviteiten en beschermde natuurwaarden, vaak op individu-niveau. Bijvoorbeeld 'broedende mus dwarsboomt bouw dakkapel'. Deze typische uitstel- maar geen afstel zaken komen steeds minder in de publiciteit dankzij de aanpassing van artikel 75 en het instrument gedragscodes.
- grote gebiedsinitiatieven waar het lokale of het gebiedsniveau overstijgende belangen spelen, zoals de aanleg van de Tweede Maasvlakte, Hanzelijn, grote windturbineparken of de Westerschelde Container Terminal. Ook dit levert bekende rechtzaken op waarbij de rechter toetst op zorgvuldigheid, dus de vraag óf er rekening is gehouden met Nbw en Ffw (en niet de vraag hóe hiermee rekening is gehouden).

Daarbij moeten we ons bedenken dat zaken die uiteindelijk op last van de hoogste rechter, de Raad van State, (tijdelijk) worden stilgelegd, maar het topje van de ijsberg zijn; ook al zijn het juist die zaken die vaak in de media belanden. Bij de Raad van State (RvS) komt waarschijnlijk slechts een deel terecht van de zaken natuurbeschermingsrecht die ook voor de rechtbanken komen.

Ook zaken die voor de rechter komen, vormen weer het topje van de ijsberg van alle zaken waarvoor een vergunning Nbw of ontheffing Ffw wordt aangevraagd. Lang niet alle beschikking worden in rechte aangevochten.

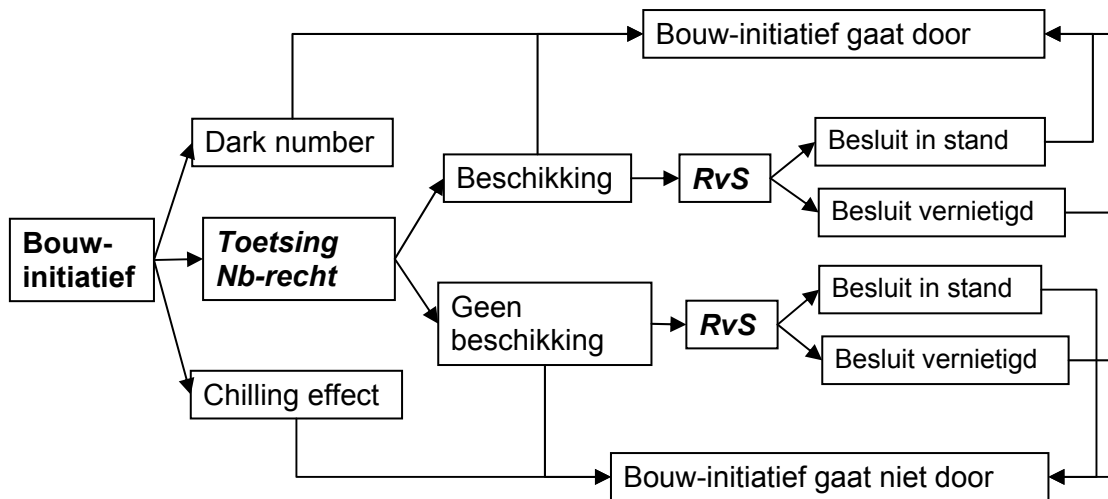
⁶ M. Swirc, Brabantse varkensbende, Binnenlands Bestuur 2006-23, p. 16.

⁷ De vraag of diezelfde natuur goed beschermd is tegen bouwactiviteiten is met dit onderzoek uitdrukkelijk niet beantwoord!

⁸ Jurisprudentie-onderzoek op grond van de jaarlijkse Jurisprudentie-monitor van het MNP

En tenslotte vormen alle aangevraagde vergunningen en ontheffingen weer een topje van de ijsberg van alle bouwinitiatieven in en nabij beschermde natuurwaarden.

De verhouding tussen bouwinitiatieven nabij VHR-waarden, beschikkingen en jurisprudentie-cases bedraagt grofweg duizenden, respectievelijk een honderdtal, respectievelijk tientallen zaken.



Figuur 2. Versimpeld stroomschema toetsing van bouwinitiatieven aan het natuurbeschermingsrecht en doorloop via de Raad van State.

3.3 Bouwinitiatieven algemeen

Het *aantal* bouwinitiatieven wordt nergens centraal geregistreerd. Inzicht kan worden verkregen door voor grotere, mer-plichtige, projecten te kijken of het aantal mer's voor woningbouw en bedrijventerreinen verandert. Het kan gaan om projecten overal in het land; het betreft dus niet per se projecten die gerelateerd zijn aan Natura 2000-gebieden of leefgebieden van VHR-soorten.

Adviezen van de commissie m.e.r. kunnen worden ingezien via de website www.commissiemer.nl/mer/projecten. Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van de onderwerpen 'bedrijventerrein', 'glastuinbouw' en 'woningbouw' welke overeenkomen met de MER-categorieën C11/D11. Via deze categorie zijn alle adviezen geselecteerd die zijn uitgebracht tussen 1-1-2002 (start Flora- en faunawet) en 1-3-2006 (start dit project).

Het aantal adviezen per jaar is gescoord, om te achterhalen of dit aantal toe- of afneemt. Deze verandering zou kunnen worden gezien als een indicatie voor veranderingen in het aantal bouwinitiatieven in Nederland.

Tabel 1. Aantal adviezen van de Commissie MER uitgebracht voor projecten op het vlak van woningbouw, bedrijventerreinen en glastuinbouw. Het aantal voor 2006 is geëxtrapoleerd op grond van 5 adviezen in het eerste kwartaal.

Jaar	Aantal adviezen cie MER
2002	24
2003	21
2004	24
2005	18
2006	20*

Uit tabel 1 blijkt dat het aantal bouwinitiatieven in de jaren 2002-2006 redelijk stabiel is. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het aantal bouwinitiatieven in Nederland niet afneemt.

Deze waarneming wordt gestaafd door ander onderzoek voor de Natuurbalans 2006 (Nieuwenhuizen, 2006) waaruit blijkt dat tussen 1989 en 2004 het bebouwde gebied in Nederland met meer dan 61.000 hectare is toegenomen. Dit betekent een toename van 21%, vergelijkbaar met een gebied als de Noordoostpolder. Deze bebouwing bestaat uit geconcentreerde uitbreidingen van woonwijken en bedrijventerreinen, inclusief voorzieningen als winkels en scholen.

Vervolgens zou je willen weten wáár deze bebouwing heeft plaatsgevonden. Is daarbij rekening gehouden met beschermde natuurgebieden?

Nieuwenhuizen (2006) constateert dat de toename van woonbebouwing is geconcentreerd aansluitend aan bestaande bebouwingskernen. Deze ontwikkeling is in overeenstemming met het Ruimtelijke Ordeningsbeleid uit de Vierde Nota Extra waarin uitgegaan werd van bundeling van verstedelijking. Tussen 2000 en 2004 zijn er in de natuurgebieden van de Ruimtelijke Hoofdstructuur woningen gebouwd. Op dit moment is nog niet eenduidig aan te geven om hoeveel woningen het gaat, omdat de beschikbare data onvoldoende betrouwbaar zijn. Wel is duidelijk dat de nieuwbouw zich beperkt tot de EHS buiten de Natura 2000-gebieden - en overige Natuurbeschermingswetgebieden (Gies e.a. 2005). Ook Snellen et al. (2006) constateren dat nieuwbouw van woningen wel in de EHS plaatsvindt, maar buiten de Natura 2000-gebieden en natuurbeschermingswetgebieden. Soms wordt echter tot vlak bij de rand van wettelijk beschermde gebieden gebouwd.

Van Veen et al. analyseerden De Nieuwe Kaart van Nederland uit 2004 voor bouwplannen in relatie tot de contouren van de aangewezen en aangemelde Natura 2000-gebieden (zie ook bijlage 1). Plannen met (indirecte) effecten op Natura 2000-gebieden zoals verdroging of verzuring, zijn niet geanalyseerd.

De Nieuwe Kaart van Nederland bevat een overzicht van alle ruimtelijke ontwikkelingen in Nederland, die op vrijwillige basis worden aangemeld. Ondergrens voor plannen die op de kaart komen zijn:

- meer dan 10 woningen
- meer dan 10.000 m² kantoor
- meer dan 10 hectare voor overige functies.

Op de kaart staan onder andere ca. 1350 bestemmingsplannen en ca. 175 structuurvisies, naast deelstroomgebiedvisies, meerjarenprogramma's infrastructuur en transport etc.

Hun onderzoek toont aan dat in en in de directe omgeving van Natura 2000-gebieden relatief weinig activiteiten plaats vinden; hoe verder van het gebied, hoe meer activiteiten op kaart

staan. Toch zijn in 1 op de 5 Natura 2000-gebieden activiteiten gepland. Bij 2 van de 5 gebieden zijn activiteiten zoals wonen en werken pal langs de gebieden (tot 250 meter) gepland. Van de Natura 2000-gebieden lijkt dus een beschermende werking uit te gaan, ook al zijn deze gebieden niet volledig gevrijwaard van ruimtelijke ingrepen.

Zie ook casus 1 in bijlage 4.

Hieruit kan nog niet afgeleid worden of projecten verschuiven van binnen naar buiten Natura 2000-gebieden vanuit de beschermde werking van de Nbw of dat projecten aangepast of anders gelokaliseerd worden vanuit de Ffw.

3.4 Bouwinitiatieven en toetsing natuurbeschermingsrecht

3.4.1 Algemeen

Voor beschermde Natura 2000-gebieden is het eigenstandig vergunningstelsel te kort van kracht (pas sinds oktober 2005) om een representatief aantal vergunningen te bestuderen (zie ook paragraaf 2.3. De invloed van aangewezen Vogel- en Habitatrichtlijngebieden, de Natura 2000-gebieden, op bouwinitiatieven laat zich dan ook lastig onderbouwen. Tot oktober 2005 betrof de Habitattoets namelijk een integrale toetsing binnen bestaande bestuurlijke besluiten. Dergelijk besluiten zijn veelvormig en betreffen verschillende bevoegde gezagen. Zij werden nergens centraal geregistreerd. Ten aanzien van gebiedsbescherming kunnen wij ons vooralsnog enkel verlaten op ad-hoc cases en RvS-jurisprudentie (zie paragraaf 3.5) om vast te kunnen stellen of Nederland hierdoor op slot zou gaan voor bouwinitiatieven.

3.4.2 Soortbescherming

Hoe geplande bouwinitiatieven worden beïnvloed door het soortbeschermingsrecht is ook lastig te achterhalen, omdat er geen centraal overzicht is van het aantal aangevraagde en verleende ontheffingen in relatie tot VHR-soorten. Wel kunnen sinds 2006 op de site van LNV de verleende ontheffingen worden bekeken. Om te weten of de aanvraag betrekking heeft op VHR-soorten, moet men echter de individuele ontheffing inkijken. Aanvragen over voorgaande jaren zijn (nog) niet vrij in te zien.

Daarom is gebruik gemaakt van de gegevensanalyse voor Ffw-ontheffingen artikel 75 van Broekmeyer et al. uit 2002-2003 en zijn voor dit project de in 2006 (einddatum 13 maart) behandelde Ffw-ontheffingen artikel 75 bestudeerd.

Periode 2002-2003

In 2002-2003 werden in een periode van 12 maanden in totaal 233 ontheffingen artikel 75 aangevraagd.

Type ontheffingen

Op grond van de summiere projectomschrijvingen kan vastgesteld worden dat minimaal 66 (30%) hiervan betrekking hadden op bouwplannen; 12 (5%) hadden betrekking op toetsing van een bestemmingsplan. Bouwplannen is opgevat als ruimtelijke ontwikkelingen waarbij daadwerkelijk voorbereiding of uitvoering van iets plaatsvindt (bijv. rondweg, bedrijvenpark, ecoduct, woningbouw etc.). Duidelijke kleine aanvragen (plaatsen windmolen bij schip, slaan damwand, boerenboscamping) zijn niet meegeteld.

De inschatting van deze grotere bouwplannen is grof, want uit register kan lang niet altijd duidelijk worden afgeleid wat de projectaanvraag precies behelst. Hiervoor zouden de dossiers bestudeerd moeten worden. Het getal van 66 is dan ook ondergrens, meer aanvragen zijn mogelijk.

Verlenen ontheffingen

Uit het project in 2003 zijn op twee manieren getallen te achterhalen voor het aantal verleende ontheffingen:

- Via een selectie op bouwplan-aanvragen: 20 van de 66 bouwaanvragen waren destijds beoordeeld, hiervan zijn 18 toegekend: 90%.
- Via de 21 bestudeerde dossiers over alle aanvragen: 14 van de 21 aanvragen is kreeg een ontheffing: 66%.

Hierbij moet opgemerkt worden dat de overige aanvragen op formele en niet op inhoudelijk-ecologische gronden werden afgewezen! Dat betekent dat ook hier de activiteit gewoon door kon gaan.

Ontheffingen en VHR-soorten

In het onderzoek van Broekmeyer et al. hadden acht van de 21 aanvragen (over de volle breedte van activiteiten), mede-betrekking op VHR-soorten: 38%.

Als we ervan uitgaan dat ook 38% van de 66 bouwplan-aanvragen betrekking heeft op VHR-soorten, komen we op 25 zaken in de periode van één jaar waarbij sprake is van bouwen en Europese natuur.

Periode 2006

Totaal zijn in het jaar 2006 103 ontheffingen verleend t/m 13 maart 2006

Type ontheffingen

Begin 2006 hebben in ieder geval 34 aanvragen betrekking op bouwplannen (33%):

- 11 betreffen sloop oude woningen en nieuwbouw woningen of nieuwbouw op voormalige bedrijven/klooster/spoorterreinen (dus gebieden zonder natuurfunctie)
- 8 betreffen wegaanleg/wegbreeding etc.
- 15 betreffen nieuwe bouwplannen of uitbreiding bestaanden terreinen t.a.v. woningen, bedrijven, sport- en recreatievoorzieningen

Verlenen ontheffingen

Van deze 34 ontheffingen Ffw art 75 t.a.v. bouwprojecten zijn 27 ontheffingen verleend en 7 niet toegekend. In al deze 7 gevallen kunnen de bouwprojecten doorgang vinden, omdat niet-toekenning plaats vindt omdat er geen overtreding van de verbodsbepalingen plaatsvindt (soort komt niet *in* plangebied zelf voor; biotoop soort wordt bij werkzaamheden gespaard; soort komt wel voor maar het betreft geen vaste verblijfplaats; compensatie op eigen initiatief, waardoor situatie voor soort verbetert; ecologische beoordeling vindt in dit kader niet plaats).

Zie ook casus 2 in bijlage 4.

Opmerkelijk: bij zware toets voor HR-IV soorten wordt wel gekeken naar 'andere bevredigende oplossingen met het oog op ruimtelijke ingrepen' (dus alternatieventoets) maar wordt **niet** ingegaan op dwingende redenen van groot openbaar belang.

Men stelt dat er sprake moet zijn van bij AMvB aan te wijzen belangen, welke in Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten

Ontheffingen en VHR-soorten

Van de 34 bouwprojecten hebben er:

- 2 exclusief betrekking op vogels
- 21 mede-betrekking op HR bijlage IV-soorten
- 8 betrekking op overige 'Nederlandse' tabel-3 soorten
- 3 betrekking op tabel 2-soorten.

In totaal zijn er in de eerste periode van 2006 dus 23 bouwplannen die in relatie staan met Europese soorten; doorgetrokken over het hele jaar is de verwachting dat het om 110 aanvragen in één jaar gericht op bouwen en Europese natuur.

Europese soorten en dwingende redenen van groot openbaar belang

Habitatrichtlijnsoorten van bijlage IV en soorten van de Vogelrichtlijn kennen een strikte bescherming. Dit is vorm gegeven via verbodsbepalingen, die terug te vinden zijn in de Ffw. Ook de gronden (belangen) waarop mag worden afgeweken als gevolg van de HR zijn opgenomen in de Ffw, o.a. dwingende redenen van groot openbaar belang (naast afwijkingen in het belang van de openbare veiligheid, volksgezondheid of (voor vogels) veiligheid van het luchtverkeer). Dergelijke afwijkingen zijn alleen toegestaan als er geen alternatieven voor het belang bestaan en er geen afbreuk plaatsvindt aan de gunstige staat van instandhouding van de soort.

Met de recente wijziging van artikel 75 heeft Nederland de belangen eigenhandig verruimd tot o.a. het belang "uitvoering van werkzaamheden in het kader van de ruimtelijke inrichting of ontwikkeling". Dit belang wordt evenwel niet genoemd in de Vogelrichtlijn of Habitatrichtlijn. Minister Veerman heeft naar aanleiding van Kamervragen hierover geantwoord dat *'het wel zo is, dat het belang 'de uitvoering van ... etc' onder omstandigheden gezien kan worden als 'dwingende redenen' van groot openbaar belang'*.

Uit bestudering van de dossiers 2005-2006 blijkt dat juist dit nieuwe belang telkens wordt opgevoerd én geaccepteerd bij het verlenen van de ontheffing, ook indien er sprake is van VHR-soorten. Het gaat dan om ingrepen zoals de aanleg van een bedrijventerrein of de bouw van woningen en een sportpark. De omstandigheden die maken dat deze ingrepen beschouwd kunnen worden als dwingende redenen van groot openbaar belang worden nergens toegelicht. Daarmee is een zeer opmerkelijke verruiming van de mogelijkheden om ontheffing te krijgen tot stand gekomen. Het is o.i. zeer de vraag of dit wel conform de Habitatrichtlijn is.

Conclusie ontheffingen artikel 75 over periode 2002-2003 en 2006

Het totale aantal aanvragen artikel 75 neemt in de loop der jaren toe; tevens neemt ook het aandeel bouwplan-aanvragen toe, van 14% in 2002-2003 tot 24% in 2006. Deze absolute en relatieve stijging van het aandeel bouwplannen is in lijn met de veranderingen in de ontheffingsaanvragen die de Dienst Regelingen waarneemt (mond. med. Jeroen Ostendorf).

Deze stijging is opmerkelijk omdat ook nog eens in de periode 2006 het overgrote deel van de aanvragen betrekking heeft op tabel 3 soorten. Immers, na de inwerkingtreding van AMvB artikel 75 hoeft bij bouwplannen (ruimtelijke inrichting en ontwikkeling) voor tabel 1 soorten geen ontheffing meer te worden aangevraagd en voor tabel 2 soorten alleen indien er geen goedgekeurde gedragscode bestaat. In 2002-2003 had ca. 38% van de aanvragen betrekking op tabel 3 soorten; in 2006 maar liefst 85%! Op 13 maart 2006 waren nog geen gedragscodes voor de bouwsector goedgekeurd. Het lijkt er daarom op dat initiatiefnemers, vooruitlopend op de gedragscodes, al geen aanvragen meer indienen indien alleen tabel 2-soorten voorkomen.

Voor de stijging in het aantal aanvragen voor bouwplannen en Europese soorten zijn diverse verklaringen mogelijk:

- Initiatiefnemers zijn meer dan voorheen op de hoogte van het feit dat een ontheffing nodig is; men let dus zorgvuldiger op het voorkomen van VHR-soorten. Aanvragen worden vaker, terecht, ingediend.
- Initiatiefnemers ervaren dat aanvragen vrijwel altijd worden toegekend. Men onderneemt weer meer bouwactiviteiten, Nederland gaat immers niet op slot.

Ten slotte is opmerkelijk dat waar in 2002-2003 nog 5% van de aanvragen betrekking had op bestemmingsplan-toetsing, in de eerste periode van 2006 geen enkele aanvraag op dit planvormingsniveau meer plaats vindt. Deze directe toetsing via een bij een bestemmingsplan te verlenen ontheffing lijkt verschoven naar een indirecte toetsing via het 'op voorhand in redelijkheid' principe ten aanzien van de uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen. Intussen was natuurlijk, zoals hierboven uiteengezet, ook art. 19j Nbw zojuist in werking getreden (goedkeuring van plannen: dus preventief bestuurlijk toezicht bijvoorbeeld door GS op gemeentelijke bestemmingsplannen).

Indien deze uitvoerbaarheidstoets inhoudelijk goed wordt uitgevoerd, hebben Ffw-aanvragen op uitvoeringsniveau uiteraard een grote slagingskans. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of dit daadwerkelijk de verklaring is voor de toename van stijging en de slagingskans van het aantal bouwprojecten met een ontheffing Ffw.

3.5 Bouwinitiatieven en jurisprudentie Raad van State

3.5.1 Algemeen

Zit de vermeende belemmering van bouwen en beschermde Europese natuur dan in het *aantal rechtszaken* dat gevoerd wordt over soorten- en gebiedsbescherming?

Onbekend is hoeveel rechtszaken er worden aangespannen tegen verleende vergunningen die betrekking hebben op de Habitattoets, dan wel verleende ontheffingen artikel 75 Ffw. Hierover zijn nauwelijks onderzoeksgegevens beschikbaar.

Een deel van de rechtzaken kan uiteindelijk voorkomen bij de Raad van State. Vanaf 2004 wordt voor het Natuur- en Milieuplanbureau de zgn. jurisprudentiemonitor uitgevoerd. In de jaren 2004 en 2005 zijn alleen die zaken geanalyseerd die in de rechtsliteratuur vermeld (en geannoteerd) werden. Vanaf 2006 zullen alle uitspraken van de Raad van State worden gemonitord.

Uit dit onderzoek blijkt dat de meeste jurisprudentie betrekking heeft op het planologische spoor en niet op het natuurbeschermingsspoor; het aanvechten van een vergunning Nbw of ontheffing Ffw komt kennelijk zelden voor de hoogste rechter, de Raad van State. Vaker betreft het rechterlijke toetsing van (goedkeuring) van planfiguren. De 20 bestudeerde soortbeschermingszaken en 10 gebiedsbeschermingszaken die in 2004-2005 voorkwamen bij de Raad van State hadden namelijk veelal betrekking op de uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen en in een enkel geval op PKB- of Tracébesluiten of streekplanbeslissingen.

3.5.2 Gebiedsbescherming

Jurisprudentie 1998-2002

Bastmeijer en Verschuuren (2003) verrichtten een onderzoek naar de jurisprudentie op het gebied van natuurbescherming in de jaren 1998-2002. Hieruit blijkt dat er met name in de jaren 2000 en 2001 een aanzienlijke toename is geweest van het aantal rechtszaken waarin mede een beroep wordt gedaan op het natuurbeschermingsrecht. Deze toename kan deels worden verklaard vanuit de grote aandacht voor de Vogel- en Habitatrichtlijn, in het bijzonder in de Heerlense hamster-zaak. Het aantal besluiten dat wordt vernietigd als gevolg van deze procedures neemt echter niet noemenswaardig toe. Het is dan ook zelden zo dat projecten niet doorgaan; wel wordt aanvankelijk vaak op formele gronden vernietigd omdat het bevoegde gezag (en veelal ook de initiatiefnemers) onvoldoende aandacht heeft gehad voor het natuurbeschermingsrecht. Deze onvoldoende aandacht voor en kennis van het natuurbeschermingsrecht is deels te wijten aan het ontbreken van goede voorlichting en implementatiebegeleiding van het ministerie van LNV in de voorgaande jaren, deels door een verkokerde blik bij het bevoegd gezag op de wetgeving, en deels aan ontbrekende implementatie van enkele cruciale bepalingen uit de richtlijnen in de nationale wetgeving. Er is sprake geweest van een inhaaleffect: na 2001 dalen de aantallen zaken weer en is bovendien duidelijk dat de rechter zeer marginaal toetst. Indien het bevoegde gezag zich rekenschap gegeven heeft van en onderzoek heeft laten doen naar de in het geding zijnde natuurwaarden vindt vrijwel nooit vernietiging van het besluit plaats. Zie verder bijlage 2.

Gebiedsbescherming jurisprudentiemonitor 2004-2005

De gebiedsbeschermingsjurisprudentie geeft een genuanceerd beeld te zien voor wat betreft de doorgang van projecten. De meeste projecten ondervonden op z'n minst uitstel. Moeilijk is na te gaan of dit steeds ook leidde tot afstel; er kan nog steeds een rebounduitspraak volgen waarbij wel alle benodigde rapporten worden overlegd en de rechter na de OVIR-toets tot de slotsom komt dat het plan toch uitvoerbaar is in verband met de habitattoets.

Van de tien onderzochte rechtsdossiers blijken er drie te zijn waarin de projecten geen enkel uitstel ondervonden en dus gewoon doorgang konden vinden. Longitudinale analyse moet ook hier uitwijzen of de andere projecten definitief geen doorgang kunnen of konden vinden of in de rebound toch wel weer door kunnen gaan.

Zie ook casus 3 en 4 in bijlage 4.

Toch is het ook weer niet zo dat alle projecten door de habitattoets werden opgehouden en/of geen doorgang konden vinden. Ook de gebiedsbescherming van de habitattoets gooit Nederland dus niet op slot.

De meeste dicta werden weer gedaan op het RO-spoor. Alleen windturbinepark Delfzijl (ABRS 28 januari 2004), de prejudiciële beslissing inzake de kokkelvisserij (HvJEG 7 september 2004) en Duinen van Velsen (ABRS 12 januari 2005) betroffen uitspraken zonder RO-relevantie en betroffen dus de vergunningverlening sec. Ook bij gebiedsbescherming lijken de kaarten dus al in de planfase geschud te worden, dus op het RO-spoor.

Ook hier lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat Nederland niet op slot gaat door de aanwezigheid van Europese beschermde soorten en gebieden. Hooguit is sprake van afstel omdat onvoldoende aandacht wordt geschonken aan het natuurbeschermingsrecht. Geruchtmakende rechtszaken zoals het bedrijventerrein Heerlen-Aken, de A73 en de tweede Maasvlakte gaan in tweede instantie allemaal, eventueel in aangepast vorm, door.

3.5.3 Soortbescherming

Jurisprudentie 2004-2005

Niet alleen in 2004 maar ook in 2005 blijkt weer een afstandelijke, weinig inhoudelijke OVIR-toets gehanteerd te worden. Bij de soortenbescherming blijken veel projecten uiteindelijk gewoon door te kunnen gaan. De veelgehoorde klacht "Nederland op slot" lijkt hier dus niet te kloppen: in 11 van de onderzochte 20 rechtsdossiers konden de projecten gewoon doorgaan. Het is zelfs zo dat wanneer een project in eerste instantie bij de rechter geen doorgang kon vinden, het in tweede instantie (zgn. rebound-jurisprudentie) wel doorgang kan vinden. Na (aanvullende) rapportage blijkt eenzelfde plan dan alsnog uitvoerbaar. Zo bleek het Leeuwarder bestemmingsplan Tusken Moark in de rebound alsnog op voorhand in redelijkheid (OVIR) uitvoerbaar (ABRS 23 februari 2005, JfF 2005, 49). Mogelijk zal deze reboundjurisprudentie zich in de toekomst vaker voordoen. Jurisprudentieel onderzoek verdient een longitudinale analyse.

Net als in de vorige verslagperiode verschuilt de rechter zich bij voorkeur achter de OVIR-toets; als er maar voldoende onderzoek is verricht, is het plan uitvoerbaar. Daarmee vermijdt de rechter inhoudelijke oordelen en toetst hij dus weer op slechts een formele (dus procedurele) zorgvuldigheid.

Op één uitspraak na (ABRS 9 februari 2005, JfF 2005, 46) over de jacht op de vos in Friesland vindt alle toetsing al op voorhand plaats op het ruimtelijk-ordering (RO)-spoor.

Zie ook casus 5 in bijlage 4.

De veelgehoorde klacht van de nietsvermoedende burger of projectontwikkelaar die een vergunning of ontheffing aanvraagt en deze opeens niet krijgt, lijkt dus enigszins genuanceerd te kunnen worden: in een eerdere fase, namelijk bij de bestemmingstoewijzing zal in veel gevallen al gepreludeerd zijn op wat natuurbeschermingsrechtelijk wel en wat kan.

4 Eindconclusies

Op uitvoeringsniveau worden bouwinitiatieven vrijwel niet tegengehouden door het niet verkrijgen van een vergunning Nbw of ontheffing Ffw. Bekeken vanuit het aantal aangevraagde en verleende beschikkingen natuurbeschermingsrecht alsmede aan de hand van de eerste voorlopige resultaten van de jurisprudentiemonitor VHR (Kistenkas en Kuindersma, 2004 en 2005), kan geconcludeerd worden dat de bescherming van Europese natuurwaarden Nederland niet op slot gooit. Wél zorgt zij ervoor dat meer en meer een zorgvuldige afweging van belangen plaatsvindt.

De trend is dat bij zowel soortbescherming als gebiedsbescherming de kaarten al in de planfase worden geschud: op strategisch niveau moet men rekening houden met de uitvoerbaarheid van het plan en dus rekening houden met beschermde soorten en gebieden. Bouwen kan nog steeds, maar niet overal en pas nadat alle effecten, alternatieven en belangen goed zijn onderzocht.

Werden in de beginjaren van de natuurbescherming de meeste besluiten aangevochten door milieuorganisaties op het niveau van planuitvoering (Bastmeijer en Verschuuren, 2003), tegenwoordig spelen de meeste rechtszaken zich af op het interbestuurlijke, strategische niveau. De gemeente gaat in beroep tegen de provincie die goedkeuring aan een bestemmingsplan onthoudt. Rechters toetsen daarbij alleen op zorgvuldigheid: als besluiten worden vernietigd, is dat op formele gronden en niet omdat daadwerkelijk beschermde natuurwaarden in het geding zijn.

Vrijwel alle natuurbeschermingstoetsing vindt in feite dus al plaats op het planologische spoor, dus voordat de vergunning wordt gevraagd. Voor deze planologisering is dus kennelijk geen nieuwe Wro nodig. In feite liftte de natuurtoets dus al goeddeels mee op een bestaand RO-traject (meestal bestemmingsplan). De iure is echter thans ook nog een aparte, eigenstandige vergunning nodig. Sectorale toetsing dus.

Deze jurisprudentie loopt gelijk op met ontwikkelingen in beleid en wetgeving waarin het moment van toetsing aan het natuurbeschermingsrecht verschuift van het uitvoeringsniveau naar het planvormingsniveau. Zie artikel 19j uit de gewijzigde Nbw van 2005, dat vereist dat plannen moeten worden getoetst op hun gevolgen voor Natura 2000-gebieden en de EU-richtlijn voor de strategische milieu beoordeling van plannen in of nabij Natura 2000-gebieden (rechtstreekse werking sinds 2004). Ook hier zien we dat de rechtspraktijk opschuift van sectorale naar integrale toetsing.

In eerste instantie wenste de Tweede Kamer voor het de gebiedsbescherming onder de Natuurbeschermingswet ook een integraal stelsel. Uiteindelijk werd gekozen voor een sectoraal stelsel met de provincie als het bevoegde gezag. Na drie jaar zal een evaluatie hiervan plaatsvinden. Tegelijk vinden er diverse ontwikkelingen plaats, waaronder de herziening van de WRO, een wetsontwerp WABO en het rijksproject Vereenvoudiging Vergunningverlening.

Recente wetsvoorstellen van de Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) lijken ook de nieuwe jurisprudentiële ontwikkelingen te volgen, met een verbreding van het begrip ruimtelijke ordening tot ook natuur alwaar nog niet zo lang geleden gescheiden sporen en een sectorale benadering bon ton was (Kistenkas en Neven 2004; De Jong 2004; Kistenkas 2005). En het

wetsontwerp voor een Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) beoogt één integrale omgevingsvergunning: één aanvraag bij één bevoegd gezag, via één procedure leidend tot één besluit. De Nbw-vergunning en de Ffw-ontheffing worden in de Wabo, evenals nog een dozijn andere sectortoestemmingen aangehaakt bij deze super-bouwvergunning. Als de WABO in werking treedt zal in veel gevallen de gemeente optreden als bevoegd gezag.

Centraal bij dit alles staat naar onze bevinding steeds meer het bestemmingsplan: het plan dat bindend is voor alle burgers, een richtinggevend kader is voor een goede ruimtelijke ordening en een toetsingskader vormt voor alle vergunningverlening. Het bestemmingsplan moet dan ook uitvoerbaar zijn: bestemmingen die in strijd (lijken te) zijn met het natuurbeschermingsrecht, zullen bij de rechter sneuvelen. Dat betekent dat gemeenten meer en meer een zeer belangrijke taak krijgen bij het beschermen van (Europese) natuurwaarden.

Literatuur

Bastmeijer, C.J. en J.M. Verschuuren 2003. Knelpunten bij de uitvoering van de natuurbeschermingswetgeving in Nederland. Onderzoek in het kader van het IBO Vogel- en Habitatrichtlijnen. Universiteit van Tilburg.

Broekmeyer, M.E.A., F.G.W.A. Ottburg en F.H. Kistenkas, 2003. Flora- en faunawet; toepassing van artikel 75 in de praktijk. NPB Werkdocument 2003/14. Alterra, Wageningen.

Dirksen, S. en F.H. Kistenkas, 2005. Naschrift bij de Waardenburgnorm, Nederlands Juristenblad 2005, p. 1194-5.

Gies, E. et al. 2005. Verstening en functieverandering in het landelijke gebied. Alterra rapport 1202. Alterra Research Instituut voor de Groene Ruimte, Wageningen.

Jong, E. de, 2004. Voorstel WRO biedt kansen voor natuurbescherming, JfF 2004-4, p. 83-88

Kistenkas, F.H., 2005. Een staatsrechtelijke patstelling: de Waardenburgnorm, Nederlands Juristenblad 4 jrg. 80, p. 212

Kistenkas, F.H. en W. Kuindersma, 2005. Soorten en gebieden. Het groene milieurecht in 2005, WOT-rapport 7, Wageningen

Kistenkas, F.H. en W. Kuindersma, 2004. Europees en nationaal natuurbeschermingsrecht, Planbureau-rapport 21, Wageningen

Kistenkas, F.H. en M.E.A. Broekmeyer, 2004. Natuurbescherming en ruimtelijke ordening, Journaal flora en fauna 2004, p. 55-58

Kistenkas, F.H. en M.G.G. Neven, 2004. De planologisering van het omgevingsrecht, Openbaar Bestuur 2004-6/7, p. 24-28

Kistenkas, F.H., 2005. De rood-groen-balans in de ruimtelijke ordening, Openbaar Bestuur 2005-10, p. 17-24

Kuindersma, W., F.H. Kistenkas, R. Van Apeldoorn, 2004. De transformatie van Nederlands natuurbesluit door Europees recht, Natuurplanbureau-studie 8, Wageningen.

Snellen, D., H. Farjon, R. Kuiper & N. Pieterse, 2006. Monitor Nota Ruimte. De opgave in beeld. NAi Uitgevers Rotterdam / Milieu en Natuurplanbureau Bilthoven.

Veen, M. P van, .P.A.G. Schouwenberg, R. Pouwels & I.M. Bouwma, in prep. Milieuomstandigheden en ruimtelijke samenhang in Natura 2000 gebieden. RIVM, Bilthoven.

Verschuuren, J.M. en P.C.E. van Wijmen, 2002. Juridisering van besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen, Wageningen .

Bijlage 1 Ruimtelijke ontwikkelingen rondom Natura 2000-gebieden

Er vinden voortdurend veranderingen in de ruimtelijke ordening plaats. Er worden bijvoorbeeld huizen, wijken en bedrijventerreinen gebouwd of bestaande activiteiten worden uitgebreid. Bij de instelling van Natura 2000 gebieden is in de Habitatrictlijn vastgelegd dat activiteiten binnen en buiten de Natura 2000 gebieden niet mogen leiden tot het niet halen van de instandhoudingsdoelstellingen. In Nederland zal de Natuurbeschermingswet de omgang regelen met maatschappelijke activiteiten die mogelijk tot kwaliteitsverslechtering van Natura 2000 gebieden leiden. Er is geen vaste maat voor de afstand voorhanden om te bepalen waar activiteiten een effect kunnen hebben op Natura 2000-gebieden. Soms kunnen maatregelen genomen op grote afstand van het gebied toch een effect hebben. Een eerste stap om te bezien of er mogelijke knelpunten optreden is het in beeld krijgen van nieuw geplande ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen zijn door het NIROV middels de 'Nieuwe Kaart van Nederland' in beeld gebracht. De Nieuwe Kaart is een stapeling van plannen en projecten op landelijk, provinciaal en gemeentelijk niveau. De plannen variëren van zoekgebieden voor bepaalde activiteiten, wijzigingen in streekplannen tot projecten in uitvoering. Analyse van de opgenomen plannen liet zien dat de gemeentelijk plannen grotendeels zeer concreet zijn, sommige zelfs al in uitvoering. Daarentegen zijn landelijke en provinciale plannen veel abstracter: hier voeren zoekgebieden de boventoon. Daar zoekgebieden niet voldoende zeggen over de doorgang van plannen en de precieze locatie, is ervoor gekozen uit te gaan van de concrete gemeentelijke plannen.

De analyse van de Nieuwe Kaart van Nederland lijkt erop te wijzen dat in en in de directe omgeving van de Natura2000 gebieden relatief weinig ontwikkelingsprojecten plaatsvinden. Bovendien liggen deze activiteiten merendeels in en langs de grote gebieden en zijn de activiteiten over een groot aantal gebieden verdeeld zijn, namelijk 20-45 procent van het totale aantal van 160. Er lijkt daarmee geen sprake van een algemeen conflict tussen geplande maatschappelijke activiteiten en de Natura2000 gebieden. Bovendien is de verwachting dat voor de grote gebieden makkelijker compensatie te realiseren valt dan voor kleine gebieden. De effecten van de activiteiten zullen van geval tot geval beoordeeld moeten worden in het kader van de recent in werking getreden Natuurbeschermingswet.

In de analyse kon slechts een deel van de plannen in beschouwing genomen worden. Ten eerste wordt de Nieuwe Kaart van Nederland op basis van vrijwilligheid samengesteld en bevat het niet alle projecten. Het is niet vreemd te veronderstellen dat juist gevoelige projecten niet op de kaart verschijnen, evenals dat mogelijk projecten in of nabij Natura2000 gebieden van zulke gevoelige projecten zijn. Er is momenteel echter geen toegang tot zulke projecten. Ten tweede zijn plannen van het Rijk en de Provincies buiten beschouwing gelaten daar ze veelal als zoekgebieden op de kaart zijn gezet en het niet duidelijk is waar ze daadwerkelijk plaats zullen vinden. Als dergelijke plannen tot uitvoer worden gebracht wordt wel degelijk duidelijk waar ze plaatsvinden en kan beoordeeld worden of ze nabij Natura2000 gebieden plaatsvinden. Ten derde zijn alleen projecten met een ruimtelijk beslag opgenomen in de zin dat de ruimtelijke bestemming van een stuk grond veranderd, bijvoorbeeld waar landbouwgebied een woningbouwgebied wordt. Andere ontwikkelingen die mogelijk effecten op Natura2000 gebieden kunnen hebben zijn niet in de analyse meegenomen.

Bijlage 2 Onderzoek ontheffingen artikel 75 in 2006

Nummer	Type ingreep	Project	Gemeente	Soorten tabel 3 of vogels tabel 2	Ontheffing	Toelichting
2005/0301	herbouw	sloop en nieuwbouw woningen	valkenburg a/d geul	dwergvleermuis, laatvlieger	ja	
2005/0352	herbouw	aanleg bedrijventerrein ipv sportvelden	neder-betuwe	nee	nee	geen overtreding verbodsbepalingen
2005/0385	herbouw	sloop en bouw 14 bungalows	didam	gewone dwergvleermuis	ja	
2005/0370	herbouw	inbreiden via sloop en bouw 59 woningen	nuth	gewone dwergvleermuis, boerenzwaluw, huiszwaluw	ja	
2005/0343	herbouw	sloop en nieuwbouw	neder-betuwe	dwergvleermuis, steenuil	ja	
2005/0402	herbouw	sloop/kap en bouw woningen	woerden	gewone dwergvleermuis, laatvlieger	nee	betreft geen vaste rustplaatsen
2005/0356	herbouw	sloop en nieuwbouw woningen	hof van twente	gewone dwergvleermuis, laatvlieger	ja	
2005/0322	herbouw	sloop en inrichting nieuw bedrijventerrein	duiven	gewone dwergvleermuis, laatvlieger	ja	
2005/0232	herbouw	aanleg woonwijk op voormalig spoorwegemplacement	kerkrade	gewone dwergvleermuis, laatvlieger, rosse vleermuis, rugstreepad	ja	
2005/0220	herbouw	kap en bouw woningen op voormalig kloosterrein	driebergen-rijssenburg	hazelworm, poelkikker, gewone dwergvleermuis, gewone grootoorvleermuis, grijze grootoorvleermuis, laatvlieger, rosse vleermuis, watervleermuis	nee	geen overtreding verbodsbepalingen
2005/253	herbouw	bouw woningen op voormalig bedrijventerrein	kampen	poelkikker	nee	soorten komen niet in plangebied zelf voor
2005/0396	nieuwbouw	bouwvoorbereiding, uitvoering woningen, sportpark, rotonde	de peel?	heikikker	ja	
2005/0419	nieuwbouw	uitbreiding sportpark	achtkarspele n	heikikker	ja	
2005/0386	nieuwbouw	ontwikkeling bedrijventerrein	borne	gewone dwergvleermuis, diverse vogels oa patrijs	ja	compensatie vogels
2005/0451	nieuwbouw	bouw productiehal en rondweg	heemskerk	rugstreepad, zandhagedis	ja	compensatie op eigen initiatief
2005/0275	nieuwbouw	bedrijvenpark A1	deventer	knolflookpad, poelkikker, ringslang, rugstreepad,	ja	
2005/0400	nieuwbouw	aanleg park en ijsbaan in	liesveld	<i>bittervoorn</i>	ja	

Nummer	Type ingreep	Project	Gemeente	Soorten tabel 3 of vogels tabel 2	Ontheffing	Toelichting
		agrarisch gebied				
2005/0387	nieuwbouw	uitbreiding recreatievoorzieningen (camping, haven)	sneek	<i>waterspitsmuis</i>	ja	
2005/0327	nieuwbouw	woon- en bedrijvenlocatie in veenweidegebied	hardinxveld-giessendam	gewone dwergvleermuis, gewone grootoorvleermuis, rugstreepd en 29 vogels	ja	geen overtreding verbodsbepalingen, uitgezonderd dwergvleermuis
2005/0006	nieuwbouw	uitbreiding golfbaan	groesbeek	das	ja	
2005/0337	nieuwbouw	aanleg bedrijventerrein in akkergebied	deurne	gewone dwergvleermuis, patrijs, kerkuil	ja	eigen maatregelen compensatie
2005/0158	nieuwbouw	woningbouw		2 vogels	nee	verbodsbepalingen niet van toepassing
2005/0157	nieuwbouw	woningbouw		vogels en <i>waterspitsmuis</i>	nee	biotoop muis wordt gespaard door initiatiefnemer
2005/0156	nieuwbouw	woningbouw		<i>bittervoorn</i> en vogels	ja	
2005/0155	nieuwbouw	woningbouw		<i>bittervoorn</i> en vogels	ja	
2005/0317	nieuwbouw	aanleg bedrijventerrein	liesveld	<i>bittervoorn</i>	ja	
2005/0366	wegaanleg	aanleg verbindingsweg	utrecht	<i>bittervoorn</i> , kleine modderkruiper, buizerd	ja	
2005/0433	wegaanleg	reconstructie N625	kessel	grote modderkruiper	ja	
2005/0475	wegaanleg	bouwwijk maken tbv verbreding A2 den bosch	vianen	bonte specht	ja	
2005/0303	wegaanleg	aanpassing trace N57 (grondbewerking, wegbouw)	middelburg	gewone dwergvleermuis, <i>waterspitsmuis</i> , rugstreepd,	ja	
2005/0345	wegaanleg	aanleg weg	zaanstad	<i>nee</i>	ja	
2005/0245	wegaanleg	verbreding weg	wassenaar	kamsalamander, rugstreepd, zandhagedis	nee	soorten komen niet in plangebied zelf voor
2005/0201	wegaanleg	aanleg nieuwe weg	woensdrecht	gewone dwergvleermuis, baardvleermuis, franjestaart, watervleermuis, heikikker, poelkikker, rugstreepd, vinpootsalamander	ja	
2005/0313	wegaanleg	aanleg busbaan en fietspad	haarlemmer meer	<i>nee</i>	ja	

Bijlage 3 Jurisprudentie beginjaren VHR

Bastmeijer en Verschuuren (2003) onderzochten gepubliceerde rechtzaken op het vlak van natuurbeschermingsrecht in de periode 1998-2002. Pas vanaf 2000 gaan de Vogel- en Habitatrichtlijn een rol van betekenis spelen in de jurisprudentie.

	Gebiedzaken	Vernietigd/geschorst	Besluit in stand
1998	15 (4)	7	8
1999	8 (4)	1	7
2000	20 (11)	11	9
2001	30 (21)	8	22
2002	23 (17)	6	16

Het grootste deel van deze zaken (iets minder dan de helft) werd gestart door milieuorganisaties. Maar ook het bedrijfsleven zelf komt soms in beroep tegen besluiten waarin toepassing wordt gegeven aan het natuurbeschermingsrecht.

Veruit de meeste zaken overleven toetsing door de rechter. Opvallend daarbij is dat de toename van het aantal zaken niet leidt tot een evenredige toename in het aantal vernietigde besluiten. Bastmeijer en Verschuuren concluderen hieruit al, dat de Vogel- en Habitatrichtlijn niet hebben geleid tot een toename van het aantal besluiten dat het niet haalt bij de rechter, eerder een afname.

Van de 33 vernietigde besluiten hadden er 24 tot doel toestemming te verlenen voor een project met nadelige gevolgen voor een beschermd gebied. In de meeste gevallen zorgden milieuorganisaties voor de vernietiging van het besluit, omdat het bevoegd gezag de natuurbeschermingswetgeving niet goed had toegepast. In de overige negen gevallen, gaf het bevoegde gezag juist géén toestemming voor het toestaan van het project, vanwege het natuurbelang. Appellanten waren hier de getroffen ondernemers, die een succesvol beroep deden op de natuurbeschermingswetgeving.

De toetsing van de rechters is in alle gevallen terughoudend en formeel: de rechter bekijkt alleen óf het bevoegde gezag de effecten van het besluit op beschermde natuurgebieden heeft onderzocht. Er is slechts één zaak bekend (op het niveau van de voorzieningenrechter) waarin de rechter op inhoudelijke grond een besluit heeft geschorst.

Bron: Bastmeijer en Verschuuren, 2003.

Bijlage 4 Rechtzaken natuurbeschermingsrecht

Casus 1: Bouwen nabij Natura 2000 gebied

- Na aanpassing planvorming goedkeuring bestemmingsplan door Raad van State

De gemeente Wageningen wil nabij het Natura 2000 gebied Neder-Rijn 119 woningen bouwen. De kortste afstand tussen de woningen en het natuurgebied zal 35 meter bedragen.

Het bijbehorende bestemmingsplan wordt door Gedeputeerde Staten goedgekeurd, maar een lokale milieuorganisatie gaat hiertegen in beroep. Zij verwachten dat de woningen negatieve gevolgen zullen hebben voor het natuurgebied. Het bij het bestemmingsplan behorende onderzoeksrapport, stelt dat onduidelijk is in hoeverre de sterke lichtbronnen van de bebouwing hinder zullen opleveren voor de broedvogels in het gebied. De Raad van State oordeelt dat dit rapport ten onrechte door gemeente en provincie is aangemerkt als een passende beoordeling in het kader van de natuurbeschermingswet en vernietigt het besluit.

Ondertussen heeft de gemeente een nieuw rapport laten opstellen, waarin nogmaals de effecten van het licht op broedvogels onderzocht worden. Ook hierin wordt gesteld dat niet kan worden uitgesloten dat met name kwartelkoning en porceleinhoen gevoelig zijn voor licht en mogelijk negatieve gevolgen zullen ondervinden. Uit voorzorg moeten mitigerende maatregelen worden genomen, waardoor de negatieve effecten te niet worden gedaan. De Raad van State oordeelt dat dit laatste rapport wél kan worden aangemerkt als passende beoordeling en verleent uiteindelijk goedkeuring aan het plan.

De gemeente mag pas de bouwvergunning verstrekken als de vergunning Nbw is verkregen, waarin de mitigerende maatregelen als voorschrift moeten worden opgenomen.

Bronnen:

- uitspraak ABRS RvS 14 juni 2006 nummer 200504995/1
- Artikel Cobouw 4 juli 2006
- Ottburg et al. 2006. Alterra rapport 1237 Mogelijke effecten van verlichting uit Rustenburg op kwalificerende en andere vogelsoorten in de Bovenste Polder onder Wageningen

Casus 2: Bedrijvenpark A1 en beschermde soorten

- wijze beoordeling door bevoegd gezag -

De gemeente Deventer wil ten zuiden van de A1 een bedrijventerrein ontwikkelen. Het gaat om ca 120 hectare waarvan 60 hectare uitgeefbaar terrein in een gebied met een huidige agrarische functie. Het project is mer-plichtig. In 2003 constateert de commissie mer een aantal tekortkomingen op de uitgebrachte mer, waaronder de gevolgen voor beschermde soorten. Uit inspraakreactie bleek dat er meer beschermde soorten voorkomen en meer informatie over deze soorten beschikbaar is dan in het mer vermeld werd. In een aanvulling moet de initiatiefnemer alsnog nagegaan worden of nadere inventarisaties nodig zijn om vast te stellen dat sprake is van populaties van beschermde diersoorten en of er sprake is van aantasting hiervan door de voorgenomen activiteit. Zo ja, dan moet duidelijk worden gemaakt hoe deze aantasting kan worden verminderd of voorkomen.

Maart 2005 is de aanvulling mer klaar. Men doet voorstellen voor de aanleg van een bufferzone van 35 hectare waardoor de negatieve effecten op beschermde soorten en de EHS (verlies 1,5 ha) ruimschoots gecompenseerd worden. Ook wordt voorzien in mitigerende maatregelen, zoals de aanleg van een faunapassage en de inrichting van de Dortherbeek voor

vissoorten zoals bermpje en kleine modderkruiper. Uit deze mer bleek dat er voor vleermuizen een (zeer) beperkt negatief effect optreedt.

Op grond van deze aanvulling wordt voor zeven soorten in juli 2005 een ontheffing Ffw aangevraagd, waaronder de HR-soorten knoflookpad, poelkikker en rugstreepad; maar niet voor de vleermuizen. LNV wijst de aanvrager hierop maar vereist geen aanvulling op de aanvraag. De ontheffing wordt verleend op grond van het gegeven de met het project de gunstige staat van instandhouding van de soorten wordt verbeterd.

Bronnen:

- MER richtlijnadvies 1081
- Arcadis, 2005. Samenvatting Milieueffectrapport Bedrijvenpark A1 2005.
- Ontheffing toekenning FF/75C/2005/0275, Dienst Regelingen, Dordrecht

Casus 3: windpark de Mars in Zutphen bij Natura 2000-gebied IJssel

- de formele toetsing van rechter aan zorgvuldigheid: significante effecten -

De gemeente Zutphen wil in het bedrijventerrein De Mars een windpark oprichten. Het gaat om 3 windmolens van 85 meter hoog op een bestaand bedrijventerrein. Het terrein grenst aan het Vogelrichtlijngebied Uiterwaarden IJssel. Voor de oprichting van het windpark is een bestemmingsplanwijziging nodig. In 2001 legt de gemeente dit plan 'Windpark De Mars 2001' voor aan Gedeputeerde Staten. GS keurt het plan goed. Hiertegen gaat het IVN in beroep; zij menen dat het windpark significante gevolgen heeft voor de vogelstand in het Vogelrichtlijngebied. Het geschil spitst zich zo toe op de vraag of er mogelijke significante effecten zijn, waardoor een passende beoordelingen aan artikel 6 van de HR nodig is.

Het beroep wordt door de rechter afgewezen. De Raad van State hanteert de zogenoemde doch omstreden 5%-norm voor afname van kwalificerende vogelsoorten en concludeert zo dat er ten gevolge van het windpark geen significante gevolgen zullen zijn.

Bronnen:

Kistenkas, F.H. 2005. Een staatsrechtelijke patstelling: de Waardenburgnorm, Nederlands Juristenblad 4 jrg. 80, p. 212

Dirksen, Sj. en F.H. Kistenkas (2005). Naschrift bij de Waardenburgnorm, Nederlands Juristenblad 2005, p. 1194-5.

Casus 4: WCT en Natura 2000-gebied Westerschelde

- herkansing en passende beoordeling

Nabij de haven van Vlissingen wil Zeeland Seaports een containerterminal (WCT) aanleggen. Provinciale Staten van Zeeland stemmen in 2002 in met een wijziging van het streekplan, waardoor de bouw van het WCT mogelijk wordt. In juli 2003 vernietigt de Raad van State dit besluit van de provincie. De aanleg van de WCT zal mogelijk significante gevolgen hebben voor het Natura 2000-gebied Westerschelde. In dat licht heeft de provincie onvoldoende gemotiveerd waarom het economische belang van WCT zwaarder weegt dan het beschermen van het Natura 2000-gebied. Ook is niet voldoende gekeken naar alternatieve locaties voor vestiging van een containerterminal of andere activiteiten om de werkgelegenheid te bevorderen. Kortom, men had een passende beoordeling in kader Habitatrichtlijn moeten uitvoeren.

In reactie daarop start de provincie nieuw onderzoek naar de mogelijkheden om de WCT te realiseren. Omdat onder de Europese regelgeving discutabel blijft of regionale werkgelegenheid als dwingende reden van groot openbaar belang wordt erkend en het een zeer lastige opgave lijkt om aan alle gebreken van de Raad van State te kunnen voldoen, onderzoekt de provincie of men buiten een passende beoordeling (habitattoets) Nbw kan blijven. Door de kade voor containerschepen in te korten, zouden er geen *significante* gevolgen meer optreden voor het Natura 2000-gebied Westerschelde. Anno 2006 beslist Provinciale Staten Zeeland opnieuw of een nieuwe procedure wordt gestart om een aangepast WCT-plan ingepast zal worden in het nieuwe streekplan (nu Integraal Omgevings Plan).

Bronnen:

- Vader, J.en S. Reinhard, 2005. Best practices Vogel- en Habitatrichtlijn. Rapport 6.05.23, LEI, Den Haag.
- WCT-dossier op de site: www.scheldenet.nl

Casus 5: Alkmaar en de rugstreepad

- de formele toetsing van rechter aan zorgvuldigheid: compensatiebeginsel -

De gemeente Alkmaar kreeg in 2002-2003 met haar plannen voor het bedrijventerrein Boekelermeer Zuid-II te maken met de rugstreepad. Deze Habitatrichtlijnsoort geniet een strikte bescherming. De Boekelermeer is een grasland- en bollenpolder waar rugstreepadden in lage dichtheden voorkomen. Realisatie van het bedrijventerrein gaat dus ten koste van leefgebied van de kwetsbare populatie rugstreepadden.

De gemeente diende dan ook een ontheffing art. 75 Ffw te krijgen. Deze ontheffing werd door LNV verleend onder de voorwaarde dat 22,5 ha van het terrein volledig vrij moest blijven van bebouwing als compensatie voor de rugstreepad. Hiertegen ging de gemeente Alkmaar in beroep: zij was van mening dat 50% van dit gebied bebouwd kon worden.

Het geschil tussen de partijen spitste zich zo toe op de vraag welke compensatiemaatregelen noodzakelijk zijn om te waarborgen dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de rugstreepad.

LNV beriep zich bij haar eis tot compensatie op het voorzorgbeginsel. De rechtbank oordeelde echter dat LNV onvoldoende gegevens heeft aangevoerd om dit beroep te rechtvaardigen. Ofwel; men kon niet hard maken hoeveel landbiotoop etc. de rugstreepad nodig heeft. Daarmee ontbeerde het besluit van LNV een zorgvuldige voorbereiding en achtte de rechter het in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Daarmee werd de casus Boekelermeer en de rugstreepad één van de eerste projecten waarin compensatie als gevolg van de Habitatrichtlijn werd goedgekeurd. Twee jaar na aanvang van de werkzaamheden heeft de rugstreepad zich in de ingerichte terreinen gevestigd. Of de populatie duurzaam behouden blijft moet nog blijken.

Bronnen:

- uitspraak Rechtbank Alkmaar BESLU 03/1212
- diverse berichten in media en op site betrokken adviesbureau's (Buro Adrichem; TAUW adviesbureau; Bureau Waardenburg)

Bijlage 5 Lijst van afkortingen

ABRS	Afdeling Rechtspraak Raad van State
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
EHS	Ecologische Hoofdstructuur
EG	Europese Gemeenschappen
Ffw	Flora- en faunawet
HR	Habitatrichtlijn
HvJEG	Hof van Justitie Europese Gemeenschappen
IBO	Interdepartementaal Beleidsonderzoek
LNV	Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
Nbw	Natuurbeschermingswet
OVIR	Op voorhand in redelijkheid
PKB	Planologische kernbeslissing
SBZ	Speciale Beschermingszone
VR	Vogelrichtlijn
WABO	Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht
Wro	Wet ruimtelijke ordening (nieuwe wet)
WRO	Wet Ruimtelijke Ordening (oude wet)

WOt-onderzoek

Verschenen documenten in de reeks Werkdocumenten van de Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu – vanaf mei 2005

Werkdocumenten zijn verkrijgbaar bij het secretariaat van Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, Lumengebouw, te Wageningen.

T 0317 – 47 78 44
F 0317 – 42 49 88
E info.wnm@wur.nl

De werkdocumenten zijn ook te downloaden via de WOt-website www.wotnatuurenmilieu.wur.nl

2005

- 1 *Eimers, J.W.* (Samenstelling). Projectverslagen 2004.
- 2 *Hinssen, P.J.W.* Strategisch Plan van de Unit Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, 2005 – 2009.
- 3 *Sollart, K.M.* Recreatie: Kennis en datavoorziening voor MNP-producten. Discussienotitie.
- 4 *Jansen, M.J.W.* ASSA: Algorithms for Stochastic Sensitivity Analysis. Manual for version 1.0.
- 5 *Goossen, C.M. & S. de Vries.* Beschrijving recreatie-indicatoren voor de Monitoring en Evaluatie Agenda Vitaal Platteland (ME AVP)
- 6 *Mo/Dijkstra, J.P.* Ontwikkeling en beheer van SMART2-SUMO. Ontwikkelings- en beheersplan en versiebeheerprotocol.
- 7 *Oenema, O.* How to manage changes in rural areas in desired directions?
- 8 *Dijkstra, H.* Monitoring en Evaluatie Agenda Vitaal Platteland; inventarisatie aanbod monitoringsystemen.
- 9 *Ottens, H.F.L. & H.J.A.M. Staats.* BelevingsGIS (versie2). Auditverslag.
- 10 *Straalen, F.M. van.* Lijnvormige beplanting Groene Woud. Een studie naar het verdwijnen van lanen en perceelsrandbegroeiing in de Meierij.
- 11 *Programma Commissie Natuur.* Onderbouwend Onderzoek voor de Natuurplanbureau-functie van het MNP; Thema's en onderzoeksvragen 2006.
- 12 *Velthof, G.L. (samenstelling).* Commissie van Deskundigen Meststoffenwet. Taken en werkwijze.
- 13 *Sanders, M.E. & G.W. Lammers.* Lokaliseren kansen en knelpunten van de Ecologische Hoofdstructuur – met informatie van de terreinbeheerders.
- 14 *Verdonschot, P.F.M., C.H.M. Evers, R.C. Nijboer & K. Didden.* Graadmeters aquatische natuur. Fase 1: Vergelijking van de graadmeter Natuurwaarde met de Natuurdoeltypen en KRW-maatlatten
- 15 *Hinssen, P.J.W.* Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu. Werkplan 2006
- 16 *Melman, Th.C.P., R.G. Groeneveld, R.A.M. Schrijver & H.P.J. Huiskes* Ontwikkeling economisch-ecologisch optimaliseringsmodel natuurbeheer in combinatie met agrarische bedrijfsvoering. Studie in het licht van LNV-beleidsombuiging “van verwerving naar beheer”
- 17 *Vreke, J., R.I. van Dam & F.J.P. van den Bosch.* De plaats van natuur in beleidsprocessen. Casus: Besluitvormingsproces POL-aanvulling Bedrijventerrein Zuid-Limburg
- 18 *Gerritsen, A.L., J. Kruit & W. Kuindersma.* Ontwikkelen met kwaliteit. Een verkenning van

evaluatiecriteria

- 19 *Bont, C.J.A. de, M. Boekhoff, W.A. Rienks, A. Smit & A.E.G. Tonneijck.* Impact van verschillende wereldbeelden op de landbouw in Nederland. Achtergronddocument bij 'Verkenning Duurzame Landbouw'
- 20 *Rienks, W.A. & J.A. Klijn.* Naar EURuralis 2.0. Vooronderzoek naar mogelijkheden tot verbetering, verdieping, interactievere presentatie, Europees draagvlak en 'downscaling' (in voorbereiding)

2006

- 21 *Rienks, W.A., I. Terluin & P.H. Vereijken.* Towards sustainable agriculture and rural areas in Europe. An assessment of four EU regions
- 22 *Knegt, B. de, H.W.B. Bredenoord, J. Wiertz & M.E. Sanders.* Monitoringsgegevens voor het natuurbeheer anno 2005. Ecologische effectiviteit regelingen natuurbeheer: Achtergrondrapport 1
- 23 *Jaarrapportage 2005.* WOT-04-001 – Monitor- en Evaluatiesysteem Agenda Vitaal Platteland
- 24 *Jaarrapportage 2005.* WOT-04-002 – Onderbouwend Onderzoek Natuurplanbureauafunctie
- 25 *Jaarrapportage 2005.* WOT-04-385 - Milieuplanbureauafunctie
- 26 *Jaarrapportage 2005.* WOT-04-394 – Natuurplanbureauafunctie
- 27 *Jaarrapportage 2005.* WOT-04 - Kennisbasis
- 28 *Verboom, J., R. Pouwels, J. Wiertz & M. Vonk.* Strategisch Plan LARCH. Van strategische visie naar plan van aanpak
- 29 *Velthof, G.L. en J.J.M. van Grinsven (eds.)* Inzet van modellen voor evaluatie van de meststoffenwet. Advies van de CDM-werkgroep Harmonisatie modellen
- 30 *Hinssen, M.A.G., R. van Oostenbrugge & K.M. Sollart.* Draaiboek Natuurbalans. Herziene versie
- 31 *Swaay, C.A.M. van, V. Mensing & M.F. Wallis de Vries.* Hotspots dagvlinder biodiversiteit
- 32 *Goossen, C.M. & F. Langers.* Recreatie en groen in en om de stad. Achtergronddocument bij Natuurbalans 2006
- 33 *Turnhout, Chr. Van, W.-B. Loos, R.P.B. Foppen & M.J.S.M. Reijnen.* Hotspots van biodiversiteit in Nederland op basis van broedvogelgegevens
- 34 *Didderen, K en P.F.M. Verdonschot.* Graadmeter Natuurwaarde aquatisch. Typen, indicatoren en monitoring van regionale wateren
- 35 *Wamelink, G.W.W., G.J Reinds, J.P. Mol-Dijkstra, J. Kros, H.J. Wieggers.* Verbeteringen voor de Natuurplanner
- 36 *Groeneveld, R.A. & R.A.M. Schrijver.* FIONA 1.0; Technical description
- 37 *Luesink, H.H., M.J.C. de Bode, P.W.G. Groot Koerkamp, H. Klinker, H.A.C. Verkerk & O.Oenema.* Protocol voor monitoring landelijke mestmarkt onder een stelsel van gebruiksnormen
- 38 *Bakker-Verdurmen, M.R.L., J.W. Eimers, M.A.G. Hinssen-Haanen, T.J. van der Zwaag-van Hoorn.* Handboek secretariaat WOT Natuur & Milieu
- 39 *Pleijte, M. & M.A.H.J. van Bavel.* Europees en gebiedsgericht beleid: natuur tussen hamer en aambeeld? Een verkennend onderzoek naar de relatie tussen Europees en gebiedsgericht beleid
- 40 *Kramer, H., G.W. Hazeu & J. Clement.* Basiskaart Natuur 2004; vervaardiging van een landsdekkend basisbestand terrestrische natuur in Nederland
- 41 *Koomen, A.J.M., W. Nieuwenhuizen, J. Roos-Klein Lankhorst, D.J. Brus & P.F.G. Vereijken.* Monitoring landschap; gebruik van steekproeven en landsdekkende bestanden
- 42 *Selnes, T.A., M.A.H.J. van Bavel & T. van Rheenen.* Governance of biodiversity

- 43** *Vries, S. de.* Veranderende landschappen en hun beleving
- 44** *Broekmeijer, M.E.A. & F.H. Kistenkas.* Bouwen en natuur: Europese natuurwaarden op het ruimtelijk ordeningsspoor. Achtergronddocument bij Natuurbalans 2006
- 45** *Sollart, K.M. & F.J.P. van den Bosch.* De Provincies aan het werk. Praktijkervaringen van provincies met natuur- en landschapsbeleid in de periode 1990 -2005. Achtergronddocument bij Natuurbalans 2006