

106. Natuur in de omgevingsvergunning: over aanhaken en de toepassing in de praktijk

WIENKE ZWIER

Het 'aanhaken' van natuurtoestemmingen aan de omgevingsvergunning is een fenomeen waarover in de praktijk nog veel vragen bestaan. In dit artikel wordt, via een schets van het juridisch kader en richtinggevende jurisprudentie, belicht hoe de aanvraag voor de natuurtoestemming ook onder de Wnb nog steeds deel uitmaakt van de aanvraag voor de omgevingsvergunning.

1. Inleiding

Het zogenoemde 'aanhaken' werd per 1 oktober 2010 in de natuurregelgeving geïntroduceerd met de inwerking-treding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Toen golden nog de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) en de Flora- en faunawet (Ffw), die, net als de Boswet, per 1 januari 2017 zijn opgegaan in de Wet natuurbescherming (Wnb). Aanhaken hield kort gezegd in dat een initiatiefnemer die zowel een omgevingsvergunning als een Nbw-vergunning of Ffw-ontheffing nodig had, deze gezamenlijk kon aanvragen bij het Omgevingsloket online. De aanvraag voor de natuurtoestemming maakte dan onderdeel uit van de aanvraag voor de omgevingsvergunning. De inhoudelijke beoordeling werd gedaan door het bestuursorgaan dat normaliter bevoegd was voor de verlening van de Nbw-vergunning of Ffw-ontheffing. Daartoe werd aan dit bestuursorgaan een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) gevraagd. Onder de Wnb is deze systematiek in de kern gecontinueerd.

In de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Wabo werd nog maar weinig gebruik gemaakt van de aanhaakmogelijkheid. Uit onderzoek van Alterra uit 2012 bleek dat van het totaal aantal aangevraagde omgevingsvergunningen in Nederland, circa 250.000, slechts in 80 gevallen een vvgb-procedure werd doorlopen.¹ Uit informatie verkregen van het Omgevingsloket blijkt dat dit aantal inmiddels is toegenomen. In 2017 werden in totaal 255.852 aanvragen en meldingen ingediend bij het Omgevingsloket, waarvan 148.333 aanvragen voor een omgevingsvergunning. In 603 gevallen werd een aanvraag voor de activiteit 'handelingen met gevolgen voor beschermde natuurgebieden' gedaan. Voor de activiteit 'handelingen met gevolgen voor

beschermde plant- en diersoorten' werd in 373 gevallen toestemming gevraagd. Het daadwerkelijke aantal aangevraagde natuurtoestemmingen via het Omgevingsloket zal hoger liggen, omdat er ook aanvragen zullen worden ingediend die later worden aangevuld met een aanvraag voor een natuurtoestemming. Ik begrijp echter dat, omdat de aanvraag alsdan wordt aangevuld door middel van het uploaden van een aanvullend pdf-bestand, het systeem niet registreert voor welke activiteiten aanvullend toestemming werd gevraagd. Dát er aanvullingen worden gedaan is dus wel bekend, maar of en hoe vaak een aanvulling op Natura 2000 of beschermde soorten betrekking heeft, laten de cijfers niet zien.

Hoewel het aantal natuurtoestemmingen dat via de gemeente wordt afgehandeld dus toeneemt, is mijn indruk dat gemeenten nog steeds liever hebben dat initiatiefnemers een aparte Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten aanvragen. Ook bij initiatiefnemers blijkt de voorkeur er geregeld naar uit te gaan om de natuurtoestemming en de omgevingsvergunning los te koppelen. Daarnaast merk ik dat er nog vaak onduidelijkheid bestaat over de natuurregelgeving en de rol die gemeenten daarin hebben te vervullen.

In een eerder artikel² ben ik, kort nadat de Wnb in werking trad, al eens ingegaan op de aanhaaksystematiek en diverse aandachtspunten voor de praktijk. In dit artikel zal ik aan de hand van een aantal recente uitspraken over aanhaken onder vigeur van de Wnb, dan wel uitspraken die om andere redenen relevant zijn voor dit onderwerp, ingaan op de toepassing van de regeling in de praktijk. Ik begin met een korte weergave van het juridisch kader.

1 A.M. Schmidt en P.H. Kersten, *De Natuurwetgeving binnen het omgevingsrecht. Nieuwe ontwikkelingen en de huidige praktijk*, Wageningen, Alterra, Alterra-rapport 2302.

2 W. Zwier, 'Aanhaken onder de Wet natuurbescherming', *Gst.* 2017/56.

2. Over de regels

In artikel 2.2aa van het Besluit omgevingsrecht (Bor) worden 'Activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving (Natura 2000-activiteiten en flora- en fauna-activiteiten)' aangewezen als activiteiten waarvoor op grond van artikel 2.1 eerste lid onder i Wabo een omgevingsvergunning is vereist. Het gaat om activiteiten of handelingen waarvoor een Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten op grond van de Wnb is vereist en waarvoor tevens om andere redenen een omgevingsvergunning benodigd is op grond van de Wabo, voor zover voor de activiteit of handeling geen Natura 2000-vergunning c.q. ontheffing beschermde soorten op grond van de Wnb is aangevraagd of verleend.

2.1 Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten

Of een Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten nodig is volgt uit de Wnb. Een Natura 2000-vergunning is nodig voor projecten en andere handelingen die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied de kwaliteit van de natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen.³ Een ontheffing beschermde soorten is onder meer⁴ nodig indien door de activiteit één van de verbodsbepalingen ten aanzien van beschermde dier- en plantensoorten uit de artikelen 3.1, 3.5 of 3.10 lid 1 Wnb wordt overtreden. Het gaat bijvoorbeeld om het verbod op het opzettelijk doden of vangen van beschermde vogels en andere diersoorten en het beschadigen of vernielen van voortplantings- of rustplaatsen. Op de Natura 2000-vergunningplicht en de ontheffingplicht beschermde soorten bestaan uitzonderingen. Doet zo'n uitzondering zich voor, dan is voor de activiteit ook geen omgevingsvergunning op grond van artikel 2.2aa Bor nodig.⁵ Ook is geen Natura 2000-vergunning vereist voor activiteiten waarop een tracébesluit of een wegaanpassingsbesluit betrekking heeft.⁶

2.2 Andere omgevingsvergunning

Indien voor de activiteit geen (andere) omgevingsvergunning is vereist, dan kan er (logischerwijs) ook niet aangehaakt worden. Artikel 2.2aa Bor bevat immers slechts een omgevingsvergunningplicht indien voor de activiteit zowel een Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten op grond van de Wnb nodig is én een (andere)

omgevingsvergunning. Is de activiteit niet om andere redenen omgevingsvergunningplichtig, dan moet een separate Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten worden aangevraagd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij sloopwerkzaamheden waarvoor geen omgevingsvergunning is vereist.

2.3 Geen Natura 2000-vergunning c.q. ontheffing beschermde soorten aangevraagd of verleend

Er geldt alleen een omgevingsvergunningplicht op grond van artikel 2.2aa Bor voor zover geen Natura 2000-vergunning c.q. ontheffing beschermde soorten op grond van de Wnb is aangevraagd of verleend. Een initiatiefnemer kan er dus voor kiezen om ofwel een separate Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten aan te vragen ofwel de natuurtoestemming te laten aanhaken bij de (andere) omgevingsvergunningaanvraag, bijvoorbeeld voor de activiteit 'bouwen' of 'milieu'.

2.4 Vvgb

Na ontvangst van een omgevingsvergunningaanvraag moeten burgemeester & wethouders (b&w) beoordelen of er aspecten zijn waaromtrent een ander bestuursorgaan een vvgb moet afgeven als bedoeld in artikel 2.27 Wabo. Dat is onder meer het geval voor zover de aanvraag betrekking heeft op een Natura 2000-activiteit of flora- en fauna-activiteit. Artikel 3.11 Wabo bepaalt dat b&w in dat geval onverwijld een exemplaar van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken aan het orgaan zenden dat bevoegd is de vvgb te geven, zodat dit bestuursorgaan daar een standpunt over kan innemen. Volgens de parlementaire geschiedenis⁷ is de vvgb niet zozeer een goedkeuringsinstrument, maar dient het ertoe een ander bestuursorgaan te laten beslissen omtrent een aspect van de vergunning dat aan de beoordeling van het bevoegd gezag is onttrokken. Het andere bestuursorgaan dat bevoegd is om de vvgb te verlenen (of te weigeren) zijn in de regel gedeputeerde staten van de provincie waar de activiteit wordt verricht. Gedeputeerde staten zijn in de regel ook het bevoegde gezag om separate Natura 2000-vergunningen en ontheffingen beschermde soorten te verlenen en beschikken vanuit die hoedanigheid over veel deskundigheid. In sommige gevallen is de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit het bevoegd gezag.⁸

Indien een vvgb nodig is, is de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing.⁹ Dat houdt onder meer in dat in beginsel binnen zes maanden moet worden beslist op de aanvraag en dat er eerst een ontwerpbesluit ter inzage moet worden gelegd. Het ontwerp van de beslissing omtrent de vvgb doorloopt dezelfde procedure als het ontwerpbesluit, hetgeen betekent dat ten aanzien van beide onderdelen (ontwerpbesluit en ontwerp-vvgb) zienswijzen kunnen

3 Art. 2.7 lid 2 Wnb.

4 In de Wnb zijn ook andere verbodsbepalingen opgenomen waarvan ontheffing kan worden verleend, zoals het verbod op het bijvoeren en uitzetten van dieren behoudens ontheffing, maar daarop is art. 2.2aa Bor niet van toepassing.

5 In art. 2.2aa Bor wordt naar de betreffende artikelen verwezen.

6 Artikel 13 lid 8 Tracéwet en art. 9 lid 5 Spoedwet wegverbreding, waarin is aangegeven dat, indien significante gevolgen kunnen optreden op een Natura 2000-gebied, het besluit uitsluitend kan worden vastgesteld als is voldaan aan art. 2.8 Wnb.

7 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 113-114.

8 Art. 6.10a lid 1 en 2 Bor. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit als de rechtsopvolger van de Minister van Economische Zaken.

9 Art. 3.10 lid 1 onder e Wabo.

worden ingediend. In een recente uitspraak, van 9 mei 2018,¹⁰ die weliswaar niet ging over een aangehaakte natuurtoestemming maar wel over een vvgb, overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) dat ook in het geval het definitieve besluit niet strekt tot verlening van de gevraagde omgevingsvergunning, eerst een ontwerpbesluit over de vvgb ter inzage moet worden gelegd. De Afdeling overwoog voorts dat de ontwerp-vvgb moet worden opgesteld door het bestuursorgaan dat bevoegd is de vvgb te geven. B&w kunnen deze taak dus niet overnemen. Ook de beoordeling en eventuele verwerking van het ontwerp in de definitieve beslissing omtrent de vvgb geschiedt door het orgaan dat bevoegd is de vvgb te geven.

B&W dienen zich ervan te vergewissen dat een daadwerkelijke aanvraag voor een ontheffing voorligt wil van aanhaken kunnen worden afgezien

Bij de beoordeling van de aanvraag voor de omgevingsvergunning wordt getoetst aan de inhoudelijke eisen van de Wnb.¹¹ De omgevingsvergunning mag niet worden verleend dan nadat gedeputeerde staten (soms de minister) hebben verklaard dat zij daartegen geen bedenkingen hebben.¹² Hebben zij die bedenkingen wel en weigeren zij de vvgb, dan moet ook de omgevingsvergunning worden geweigerd.¹³

3. Over de praktijk

3.1 Zuidelijke Ringweg Groningen

Op 10 januari 2018 deed de Afdeling een uitspraak over het aanhaken van een flora- en fauna-activiteit aan de omgevingsvergunning onder de werking van de Wnb.¹⁴ De zaak was aangespannen door twee natuurorganisaties in verband met de ombouw van de Zuidelijke Ringweg te Groningen. B&w hadden omgevingsvergunningen verleend voor het vellen of doen vellen van houtopstanden ten behoeve van de werkzaamheden. De twee natuurorganisaties kwamen hiertegen op, omdat zij vreesden voor negatieve gevolgen voor vleermuizen. Zij voerden aan dat de vergunde kapactiviteiten zouden leiden tot overtreding van artikel 3.5 Wnb. Op grond van dit artikel is het (onder meer) verboden om vleermuizen¹⁵ opzettelijk te doden, te vangen of te verstoren en om hun voortplantingsplaatsen of rustplaatsen te beschadigen of te vernielen. Omdat voortgaand aan het verlenen van de omgevingsvergunningen

geen ontheffing op grond van de Wnb noch een vvgb was verleend, hadden b&w de omgevingsvergunningen volgens de natuurorganisaties niet mogen verlenen.

Deelgebied G

Het plangebied was onderverdeeld in vijf deelgebieden: C, G, H, I en J. Ten aanzien van deelgebied G stelden b&w zich op het standpunt dat zich daar weliswaar overtredingen van de Wnb zouden voordoen, maar dat de gevraagde omgevingsvergunning kon worden verleend, omdat tijdig een separate ontheffing beschermde soorten was aangevraagd. De Afdeling constateerde dat op 18 november 2016¹⁶ weliswaar stukken aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) waren toegezonden, maar ook dat deze onvoldoende inzicht gaven in de precieze aard en omvang van de beschikking die werd gevraagd. Uit het dossier leidde de Afdeling voorts af dat de 'aanvraag' van 18 november 2016 en de later toegezonden aanvullingen daarop niet als definitieve aanvraag in behandeling waren genomen. Pas veel later, en na de omgevingsvergunningverlening, was besloten om de stukken alsnog als aanvraag voor een ontheffing te behandelen. De Afdeling concludeerde: "... dat niet alleen op de datum waarop de aanvraag voor omgevingsvergunning (...) is gedaan maar ook op de datum waarop op die aanvraag is beslist, geen aanvraag voor een ontheffing als bedoeld in artikel 3.8 lid 1 van de Wnb voorlag. Nu het college ten tijde van het nemen van het besluit (...) evenmin beschikte over een verklaring van geen bedenkingen, moet worden vastgesteld dat dit besluit niet in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 2.2aa, aanhef en onder b, van het Bor en ook niet voldoet aan het bepaalde in artikel 6.10a lid 1 Bor en daarom moet worden vernietigd." De rechtsgevolgen bleven echter in stand. De Afdeling overwoog: "Nu inmiddels voor de kapactiviteiten in deelgebied G een toereikende aanvraag voor een ontheffing voor de overtreding van de verboden vermeld in artikel 3.5. Wnb voorligt, ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit dat ziet op deelgebied G in stand kunnen blijven."

Wat leert ons dit?

Uit de overwegingen kan een aantal dingen worden afgeleid.

– Daadwerkelijke aanvraag

De uitspraak maakt in de eerste plaats duidelijk dat voor zover voor de activiteit waarvoor omgevingsvergunning wordt gevraagd ook een natuurtoestemming nodig is, b&w zich ervan dienen te vergewissen dat een daadwerkelijke aanvraag voor een ontheffing voorligt, wil van aanhaken kunnen worden afgezien. Het enkele feit dat stukken aan het bevoegd gezag zijn toegezonden is niet voldoende.

¹⁰ ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1511.

¹¹ Art. 5.21 en 6.10a lid 4 Bor.

¹² Art. 6.10a lid 1 en 2 Bor.

¹³ Art. 2.20a Wabo.

¹⁴ ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:12.

¹⁵ In Nederland komen circa 20 vleermuissoorten voor, die allemaal zijn beschermd op grond van de Habitatrichtlijn (bijlage IV).

¹⁶ Uit de uitspraak blijkt niet duidelijk van wanneer de aanvraag voor de omgevingsvergunning dateert, maar ik begrijp van betrokkenen dat deze dateert van na 18 november 2016.

– *Omgevingsvergunningaanvraag of omgevingsvergunningverlening ijkpunt?*

Interessant is voorts dat de Afdeling van belang achtte: "... dat niet alleen op de datum waarop de aanvraag voor omgevingsvergunning (...) is gedaan maar ook op de datum waarop op die aanvraag is beslist, geen aanvraag voor een ontheffing als bedoeld in artikel 3.8, eerste lid, van de Wnb voorlag".

De overweging dat op het moment waarop op de aanvraag werd beslist geen Wnb-aanvraag voorlag, roept de vraag op of dat moment (ook) een ijkpunt is om te bepalen of de separate Wnb-aanvraag tijdig is ingediend.

In haar noot onder deze uitspraak overweegt Gundelach¹⁷ dat het moment van omgevingsvergunningverlening voor de Afdeling inderdaad een ijkpunt lijkt te zijn om te bepalen of een Wnb-aanvraag tijdig is ingediend. Hieruit leidt zij af dat, bijvoorbeeld in de situatie dat pas laat in de besluitvormingsfase duidelijk wordt dat nog een Wnb-ontheffing benodigd is, alsnog een Wnb-ontheffingsaanvraag kan worden ingediend. Vertraging in de omgevingsvergunning-procedure, bijvoorbeeld door het alsnog moeten doorlopen van de uitgebreide voorbereidingsprocedure, kan op die manier worden voorkomen. Opmerkelijk vindt zij dit wel, omdat de tekst van artikel 2.2aa Bor in samenhang met het stelsel en de bedoeling van de Wabo en het Bor impliceren dat ten tijde van de indiening van de aanvraag voor een omgevingsvergunning moet worden beoordeeld of deze aanvraag ook op een flora- en fauna-activiteit ziet en of de flora- en faunatoets onderdeel dient te zijn van de omgevingsvergunningverlening. Omdat de omgevingsvergunningplicht voor Natura 2000-activiteiten en flora- en fauna-activiteiten een bijzondere is in het rijtje van de artikelen 2.1 en 2.2 Wabo, meen ik dat wel beargumenteerd kan worden dat latere indiening van een separate aanvraag voor een natuurtoestemming mogelijk is.

Hoe dan?

In beroep wordt in principe de situatie beoordeeld zoals die was ten tijde van het nemen van het bestreden besluit. In zoverre verbaast het niet dat dat moment als ijkpunt zou gelden. De tekst van de relevante artikelen laten een dergelijke uitleg volgens mij ook toe. Artikel 2.7 Wabo bepaalt dat de aanvrager van een omgevingsvergunning er zorg voor draagt dat de aanvraag betrekking heeft op alle onlosmakelijke activiteiten binnen het betrokken project. Een onlosmakelijke activiteit is een activiteit die behoort tot verschillende categorieën activiteiten als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 Wabo.¹⁸ Onder de oude regelgeving oordeelde de Afdeling dat artikel 2.7 Wabo niet van toepassing was op aanhakende natuurtoestemmingen.¹⁹ Dat was logisch, omdat Natura 2000-activiteiten en flora- en fauna-activiteiten geen activiteiten waren als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 Wabo. De aanhaakplicht was namelijk opge-

nomen in de Ffw en de Nbw zelf in plaats van in de Wabo.²⁰ Met de inwerkingtreding van de Wnb is dat veranderd.

Indien voor een activiteit zowel een omgevingsvergunning als een Wnb-vergunning of ontheffing nodig is, die nog niet is aangevraagd of verleend, dan lijkt me dat altijd sprake is van onlosmakelijke samenhang als bedoeld in artikel 2.7 Wabo. Is bijvoorbeeld een omgevingsvergunning nodig voor het kappen van bomen (art. 2.2 lid 1 onder g Wabo), maar ook een Wnb-ontheffing omdat zich in die bomen een jaarrond beschermd nest bevindt, dan zijn die activiteiten fysiek niet te scheiden en onlosmakelijk verbonden. Dat geldt bijvoorbeeld ook indien een omgevingsvergunning nodig is voor het slopen van een bouwwerk (art. 2.1 lid 1 onder g of h dan wel art. 2.2 lid 1 onder c Wabo), waarbij rustplaatsen van vleermuizen verloren gaan. De aanvrager dient er dan zorg voor te dragen dat de aanvraag betrekking heeft op zowel de (andere) omgevingsvergunningplichtige activiteit als de Natura 2000- of flora- en fauna-activiteit. B&W moeten nagaan of de aanvraag volledig is (op alle onlosmakelijk verbonden activiteiten betrekking heeft) en de aanvrager zo nodig in de gelegenheid stellen om zijn aanvraag aan te vullen.²¹ Het moment van het indienen van de omgevingsvergunningaanvraag is dus in beginsel bepalend. Ook in de literatuur wordt daarvan uitgegaan.²² Voor zover mij bekend werd en wordt in de praktijk aangehouden dat om de procedure voor de natuurtoestemming los te koppelen van de omgevingsvergunningprocedure, de natuurtoestemming eerder (minimaal een dag²³) moet worden aangevraagd dan de omgevingsvergunning.²⁴

B&W moeten nagaan of de aanvraag volledig is en de aanvrager zo nodig in de gelegenheid stellen om zijn aanvraag aan te vullen

Maar wat nu als de initiatiefnemer zich niet realiseert dat hij ook een natuurtoestemming nodig heeft en b&w niet signaleren dat de aanvraag onvolledig is? De omgevingsvergunningplicht voor Natura 2000- en flora- en fauna-activiteiten geldt slechts voor zover geen separate Wnb-vergunning of ontheffing is aangevraagd of verleend. Indien de initiatiefnemer die (alsnog) aanvraagt, dan is niet langer sprake van een omgevingsvergunningplicht op grond van artikel 2.1 lid 1 onder i Wabo jo. artikel 2.2aa Bor. Van onlosmakelijke samenhang is dan ook geen sprake (meer). Er is dan immers geen sprake (meer) van een activiteit die behoort tot verschillende categorieën activiteiten als bedoeld in de

¹⁷ AB 2018/53.

¹⁸ Art. 1.1 Wabo.

¹⁹ ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2715, ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:57.

²⁰ Afdeling 2a Ffw en hoofdstuk IX Nbw.

²¹ In mijn artikel 'Aanhaken onder de Wet natuurbescherming' ben ik nader ingegaan op de onderzoeksverplichting die op het college rust.

²² Vb. J. Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Zutphen: Paris 2016, p. 162.

²³ Maar zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 24 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2912 (zelfde dag).

²⁴ Vb. ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:525.

artikelen 2.1 en 2.2 Wabo. Artikel 2.2aa Bor bepaalt niet tot welk moment een separate Wnb-vergunning of ontheffing kan worden aangevraagd of verleend. Wellicht kan de overweging van de Afdeling ook zo begrepen worden dat om deze reden niet alsnog aangehaakt hoeft te worden. Aannemelijk lijkt in ieder geval dat indien ten tijde van de behandeling van het beroep een toereikende aanvraag voor een Natura 2000-vergunning of ontheffing beschermde soorten voorligt, de rechter daarin aanleiding kan zien om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Het voorgaande gaat er wel van uit dat de initiatiefnemer daadwerkelijk een Wnb-aanvraag indient, voordat b&w op de omgevingsvergunningaanvraag beslissen. Uit de uitspraak blijkt immers dat indien ten tijde van het nemen van een beslissing op de omgevingsvergunningaanvraag nog steeds geen separate aanvraag op grond van de Wnb voorligt en evenmin een vvgb is afgegeven, het besluit strijdig is met de artikelen 2.2aa en 6.10a lid 1 Bor²⁵. Ik kan me overigens voorstellen dat, indien de omgevingsvergunning wordt voorbereid met de reguliere procedure en de beoordeling zich toespitst op de beslissing op bezwaar, voorgaande redenering ook zou kunnen opgaan.

Was dit vroeger anders?

Onder de oude regelgeving was het voorgaande in feite niet anders. Ook in de jurisprudentie van voor de Wnb werd getoetst of het college zich ten tijde van het nemen van het bestreden besluit terecht op het standpunt had gesteld dat de activiteit geen handelingen omvatte waarvoor de aanhaakplicht gold.²⁶ In slechts een aantal van de (mij bekende) gevallen was sprake van de situatie dat alsnog een separate aanvraag voor een natuurtoestemming was ingediend. In een uitspraak van 6 mei 2015²⁷ leidde dit ertoe dat, in de situatie waarin ten tijde van de behandeling van het beroep een separate Nbw-vergunning en Ffw-ontheffing waren verleend en onherroepelijk waren, appellanten geen belang meer hadden bij beantwoording van de vraag of aangehaakt had moeten worden. De Rechtbank Midden Nederland²⁸ (uitspraak in hoger beroep bevestigd) liet de rechtsgevolgen in stand in de situatie waarin ten aanzien van een aantal soorten alsnog een ontheffing was aangevraagd, die werd afgewezen omdat geen ontheffing nodig was, en gemotiveerd afwijzend was beslist op een handhavingsverzoek ter zake. Daarmee was volgens de rechtbank

inmiddels sprake van een situatie waarin het aangewezen bestuursorgaan in staat was gesteld zich uit te laten over de vraag of een Ffw-toestemming nodig was en was voldoende aannemelijk dat de staatssecretaris geen bedenkingen had tegen de verlening van de omgevingsvergunning. De Rechtbank Rotterdam²⁹ oordeelde over een situatie waarin b&w vergunninghoudster na het indienen van de aanvraag hadden verzocht om de aanhakende aanvraag om ontheffing in te trekken en tegelijkertijd een aparte aanvraag om ontheffing in te dienen. Het betoog van appellanten dat b&w de aanvraag hadden moeten voorleggen aan gedeputeerde staten slaagde niet. De overwegingen van de rechtbank ter zake kan ik niet helemaal volgen, maar van belang leek te zijn dat de separaat aangevraagde ontheffingen inmiddels waren verleend.

Toch nog een natuurtoestemming nodig

Een vraag die raakt aan het voorgaande is wat de consequentie is indien de omgevingsvergunning wordt verleend en onherroepelijk wordt, maar achteraf blijkt dat toch een Wnb-vergunning of ontheffing nodig is en dus ten onrechte geen omgevingsvergunning voor een Natura 2000-activiteit of flora- en fauna-activiteit is aangevraagd.

Het praktische antwoord lijkt me dat dan alsnog een separate Wnb-vergunning of ontheffing moet worden aangevraagd. In termen van artikel 2.2aa Bor zou gesteld kunnen worden dat alsdan geen omgevingsvergunningplicht voor een Natura 2000-activiteit of flora- en fauna-activiteit (meer) geldt, omdat er inmiddels een omgevingsvergunning is verleend. Op grond van artikel 2.2aa Bor geldt immers slechts een omgevingsvergunningplicht indien voor de betreffende activiteit ook een andere omgevingsvergunning nodig is, of preciezer gezegd indien de betreffende activiteit: "bestaat uit een activiteit waarop het verbod, bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onderdelen a tot en met h of in artikel 2.2 van de wet, of bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onderdeel i, van de wet in samenhang met artikel 2.2a van toepassing is".

Indien een omgevingsvergunning is verleend, is het verbod niet meer van toepassing.

Indien de initiatiefnemer met de werkzaamheden zou beginnen zonder natuurtoestemming, dan zou dit kunnen leiden tot een verzoek om handhaving. Het Wnb-bevoegde gezag is dan bevoegd om handhavend op te treden.³⁰ Voor de situatie dat de initiatiefnemer alsdan alsnog een Wnb-ontheffing zou willen aanvragen merk ik op dat onder de oude regelgeving de RVO, die de aanvragen om Ffw-ontheffingen afhandelde, het beleid hanteerde dat Ffw-ontheffingen niet met terugwerkende kracht konden worden verleend.³¹ Ik begrijp dat in ieder geval een aantal provincies dit beleid hebben overgenomen. Niet onder alle omstandigheden zal

25 Voor wat betreft art. 6.10a lid 1 Bor kan overigens nog wel de vraag gesteld worden waarom het besluit daarmee dan in strijd is. Dit artikel bepaalt dat voor zover een aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in art. 2.2aa onderdeel a of b, de omgevingsvergunning niet wordt verleend dan nadat gedeputeerde staten hebben verklaard dat zij daartegen geen bedenkingen hebben. In de geschetste situatie had de aanvraag juist geen betrekking op een activiteit als bedoeld in artikel 2.2aa onderdeel a of b.

26 Vb. ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:57.

27 ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1468.

28 Rb. Midden Nederland 7 februari 2015, ECLI:NL:RBME:2015:BZ1898 en ECLI:NL:RBME:2015:BZ1912, hoger beroep ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:181.

29 Rb. Rotterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1013.

30 Zie ook ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:181.

31 Vb. Rb. Oost-Brabant 2 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6045 en ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2742.

het derhalve mogelijk zijn om alsnog een separate ontheffing te verkrijgen.

Deelgebieden C, H, I en J

De Afdelingsuitspraak van 10 januari 2018 had niet alleen betrekking op een omgevingsvergunning voor deelgebied G, maar ook op deelgebieden C, H, I en J. Ten aanzien van deze gebieden verschilden partijen van mening over de vraag of de verbodsbepalingen uit de Wnb zouden worden overtreden.

Niet in geschil was dat zich in deze gebieden essentiële foerageergebieden bevonden en essentiële vliegroutes van beschermde vleermuissoorten. Tevens was onbetwist dat die foerageergebieden en vliegroutes niet samenvallen met de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van die vleermuissoorten. De Afdeling zag zich gesteld voor de vraag of de beroepsgronden aanleiding gaven voor het oordeel dat b&w zich ten onrechte op het standpunt hadden gesteld dat indien en voor zover foerageergebieden en vliegroutes van beschermde vleermuissoorten worden aangetast, deze aantasting niet zal leiden tot een verlies aan functionaliteit van de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van die vleermuissoorten en daarmee overtreding van artikel 3.5 lid 4 Wnb. Omdat de Afdeling voor die conclusie geen aanleiding zag, kort gezegd omdat uit onderzoek volgde dat voldoende foerageergebied zou overblijven en de vliegroute onaantast zou blijven, bleven de omgevingsvergunningen voor deze deelgebieden overeind.

Wat leert ons dit?

De uitspraak maakt duidelijk dat, net als onder de Ffw, een bepaalde bescherming toekomt aan essentiële foerageergebieden en essentiële vliegroutes, hoewel deze niet expliciet worden benoemd in de Wnb. Gemeenten moeten hierop dus bedacht zijn bij de beoordeling van een omgevingsvergunningaanvraag. Indien in de aanvraag wordt opgemerkt dat geen werkzaamheden zullen worden verricht ter plaatse van voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van beschermde soorten, is dus nog niet gezegd dat er geen ontheffing nodig is.

Een relevante overweging is de volgende:

“In (...) [de uitspraak van 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2464 (toev. auteur)] heeft de Afdeling in het kader van de uitleg van artikel 11 van de Ffw (...) geoordeeld dat het aantasten van essentiële foerageergebieden en essentiële vliegroutes, die – zoals in dit geval – niet samenvallen met vaste rust- of verblijfplaatsen, moet worden gezien als beschadiging of vernieling van rust- of verblijfplaatsen indien daardoor de functionaliteit van de rust- of verblijfplaatsen van de betrokken vleermuissoorten wordt aangetast. De Afdeling volgt deze interpretatie ten aanzien van de in respectievelijk het tweede lid en het vierde lid van artikel 3.5 Wnb neergelegde verboden.”

Vermeldenswaardig is niet alleen dat de bestaande jurisprudentielijn van toepassing blijft onder de Wnb, maar ook

dat de door de Afdeling gekozen bewoording niet precies overeenkomt met de bewoording in de aangehaalde jurisprudentie. Onder de Ffw was de gebruikelijke jurisprudentielijn dat foerageergebieden en vaste vliegroutes die niet samenvielen met vaste rust- of verblijfplaatsen niet werden gerekend tot vaste rust- of verblijfplaatsen die op grond van het toenmalige artikel 11 Ffw bescherming genoten, maar dat artikel 11 Ffw desalniettemin werd overtreden indien door het verdwijnen van het foerageergebied en het verstoren van de vaste vliegroutes de ecologische functionaliteit van een buiten het plangebied gelegen vaste rust- of verblijfplaats zodanig zou worden verstoord, dat de vleermuisen deze plaatsen om die reden zouden verlaten. Onder de Ffw was behalve het beschadigen en vernielen van vaste rust- of verblijfplaatsen, ook het verstoren van die plaatsen verboden. Dit deel van het verbod is onder de Wnb vervallen. Omdat in de aangehaalde jurisprudentie werd gesproken over het ‘verstoren’ van de ecologische functionaliteit van een vaste rust- of verblijfplaats, werd in de praktijk wel de vraag gesteld of met het vervallen van het verbod op het verstoren van een vaste rust- of verblijfplaats (onder de Wnb ‘voortplantingsplaatsen’ of ‘rustplaatsen’), minder of misschien wel geen bescherming zou toekomen aan essentiële foerageergebieden en vliegroutes. Dat blijkt (gelukkig) dus niet het geval.³²

3.2 Bauhaus bouwmarkt Midden-Delfland

Op 16 januari 2018 deed de Rechtbank Den Haag³³ uitspraak in een zaak over een omgevingsvergunning die was verleend voor het oprichten van een bouwmarkt conform het Bauhaus-concept met tuinmarkt en drive-in. In de bezwaarfase hadden b&w naar aanleiding van ingediende bezwaargronden een natuuronderzoek laten uitvoeren. Hierin werd geconcludeerd dat de verbodsbepalingen van de Wnb geen gevolgen hadden voor het bouwplan, waarbij wel gold dat de werkzaamheden niet in het broedseizoen mochten aanvangen. In beroep werd aangevoerd dat b&w ten onrechte niet hadden onderzocht of voor een vijftal vogelsoorten, te weten de kievit, de kleine plevier, de kneu, de scholekster en de wilde eend, een ontheffing nodig was van artikel 3.1 lid 4 Wnb vanwege het verstoren van deze vogels. Op grond van deze bepaling is het verboden om vogels opzettelijk te storen, tenzij de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de soort.³⁴ Daarnaast werd aangevoerd dat de bescherming van de natuur onvoldoende werd gegarandeerd, omdat aan de omgevingsvergunning geen voorschrift was verbonden inhoudende dat buiten het broedseizoen zou worden gewerkt.

32 Zie hierover ook het *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC* van de Europese Commissie van februari 2007, waaruit volgt dat het er bij de bescherming van rust- of verblijfplaatsen om gaat dat de ecologische functionaliteit ervan gewaarborgd blijft, wat inhoudt dat deze plaatsen een diersoort alle elementen blijven bieden die nodig zijn om succesvol te kunnen broeden of rusten.

33 Rb. Den Haag 16 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:447.

34 De ‘tenzij’-clausule volgt uit het vijfde lid van artikel 3.1 Wnb.

B&W stelden zich onder verwijzing naar het uitgevoerde onderzoek op het standpunt dat de storing die (kennelijk) zou optreden niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoorten, zodat geen sprake was van een schending van de verbodsbepaling van artikel 3.1 lid 4 Wnb. Volgens de rechtbank was dat te kort door de bocht. In het natuuronderzoek werd namelijk wel vermeld dat de verbodsbepalingen van de Wnb niet aan het bouwplan in de weg stonden, maar het bevatte geen expliciete bevindingen over de vraag of het bouwplan zou leiden tot een wezenlijke invloed op de staat van instandhouding van de genoemde vogelsoorten. Daarom was niet inzichtelijk gemaakt waarom de verbodsbepaling als bedoeld in artikel 3.1 lid 4 Wnb niet van toepassing zou zijn. Om te kunnen concluderen dat er geen aanhaakverplichting geldt, dienen b&w dus niet alleen te kijken naar de conclusie van uitgevoerd ecologisch onderzoek, maar moeten zij ook beoordelen of de inhoud van het rapport die conclusie kan dragen. Ook uit andere uitspraken blijkt dat gemeenten in principe inhoudelijk moeten toetsen.³⁵ Zeker voor kleinere gemeenten die niet beschikken over een ecooloog lijkt me dit een behoorlijke opgave. Het raadplegen van bronnen, zoals de Nationale Databank Flora en Fauna, kennisorganisaties zoals de Vlinderstichting, RAVON en SOVON, provinciale verspreidingsatlassen, de soortendatabase van het ministerie, kennisdocumenten Soorten in beheer bij BIJ12, Natura 2000 beheerplannen en gebiedsanalyses, en instrumenten zoals de effectenindicator soorten, de maatregelindicator soorten en de effectenindicator Natura 2000-gebieden, kan behulpzaam zijn bij de beoordeling. Bij twijfel is het aan te bevelen om contact op te nemen met het vvgb-orgaan om diens standpunt te verkrijgen. In dit geval losten b&w de kwestie op door hangende de beroepsprocedure een nadere notitie over te leggen, waaruit (alsnog) bleek dat het bouwplan niet tot een wezenlijke invloed op de staat van instandhouding van de vijf genoemde vogelsoorten zou leiden en artikel 3.1 lid 4 Wnb dus niet van toepassing was. De rechtbank passeerde het geconstateerde gebrek onder toepassing van het bepaalde in artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht.

De rechtbank constateerde voorts dat de omgevingsvergunning onvoldoende garandeerde dat er geen werkzaamheden tijdens het broedseizoen zouden plaatsvinden. De omstandigheid dat Bauhaus (schriftelijk) had toegezegd niet te beginnen met de bouwwerkzaamheden maakte dit niet anders, evenmin als de omstandigheid dat in de toelichting bij het vigerende bestemmingsplan was vermeld dat verplicht rekening diende te worden gehouden met het broedseizoen van vogels. De rechtbank zag aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door alsnog het voorschrift aan het bestreden besluit te verbinden dat de werkzaamheden niet tijdens het broedseizoen mogen aanvangen.

3.3 Biomineralefabriek Roosendaal³⁶

Hoewel deze uitspraak werd gewezen onder oud recht, is zij toch vermeldenswaardig. De zaak had betrekking op beroep, ingesteld tegen de verlening van een omgevingsvergunning voor het oprichten en in werking hebben van een biomineralefabriek. De initiatiefnemer had afgezien van aanhaken door tijdig een separate Nbw-vergunningaanvraag in te dienen. De aanvraag voor de Nbw-vergunning was echter de dag na het verlenen van de omgevingsvergunning weer ingetrokken. Appellanten betoogden dat de aanvraag voor een natuurvergunning (alsnog) moest aanhaken bij de aanvraag voor een omgevingsvergunning. Tussen partijen was niet in geschil dat de aangevraagde inrichting natuurvergunningplichtig is. De rechtbank overwoog dat de Nbw-vergunningaanvraag tijdig was ingediend, zodat deze niet aanhaakte bij de aanvraag voor de omgevingsvergunning.

Het is wellicht een prettig vooruitzicht dat het instrument van de onlosmakelijke samenhang onder de Omgevingswet wordt losgelaten

Omdat de aanvraag een dag na het nemen van het bestreden besluit werd ingetrokken en de rechtbank de situatie diende te beoordelen ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, dateerde de intrekking van na het beoordelingsmoment. Om die reden kon, zo overwoog de rechtbank, niet alsnog sprake zijn van het aanhaken van de natuurvergunning. Een wettelijke basis daarvoor ontbreekt. Onder de Wnb lijkt me dit evenzeer te gelden. Uiteraard zal van de omgevingsvergunning geen gebruik gemaakt mogen worden, totdat alsnog ook een Wnb-vergunning is verleend.

3.4 Wie kan opkomen tegen een verleende omgevingsvergunning?

Ook interessant om te vermelden in dit verband zijn de uitspraken van de Afdeling van 24 januari 2018 en 21 februari 2018, hoewel ook deze geen betrekking hebben op een aangehaakte natuurtoestemming.³⁷ Beide uitspraken hebben betrekking op ontheffingen van het verbod om dieren te doden en te verwonden ten behoeve van de realisatie van windparken. De Afdeling zag zich gesteld voor de vraag wie als belanghebbende kan worden aangemerkt bij een dergelijke ontheffing en overwoog dat de ruimtelijke uitstraling van het project dat mede door de ontheffing mogelijk wordt gemaakt daarvoor niet van belang is. Bepalend is of de handeling waarvoor de ontheffing werd verleend ruimtelijke uitstraling heeft op de woon- en leefomgeving van appellanten. In de gevallen waarover de uitspraken gingen was de ontheffing verleend voor het doden van vogels en vleermuizen door de voorziene wind-

35 Vb. ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1432.

36 Rb. Zeeland-West-Brabant 30 mei 2018, ECLI:NL:RBZW:2018:3183.

37 ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:168 en ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

turbines. Tot die handeling is de ruimtelijke uitstraling van de ontheffing dan beperkt. Niet de ruimtelijke uitstraling van het windpark, maar van de windturbine die de slachtoffers maakt is derhalve bepalend. Ook de relativiteit wordt aan de hand van dit criterium bepaald.³⁸

De interessante vraag die deze uitspraken oproepen is of de belanghebbendheid ook op deze manier zal worden bepaald indien de flora- en fauna-activiteit aanhaakt aan een omgevingsvergunning. Volgens vaste jurisprudentie wordt, indien een omgevingsvergunning meer dan één toestemming als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 Wabo bevat, per toestemming bepaald of degene die een rechtsmiddel heeft aangewend belanghebbende is. Deze regel lijdt uitzondering voor zover de betrokken vergunning ziet op een activiteit als bedoeld in artikel 2.7 lid 1 Wabo, die behoort tot verschillende categorieën activiteiten als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 van die wet.³⁹ Indien die jurisprudentie wordt aangehouden ten aanzien van omgevingsvergunningen ex artikel 2.2aa Bor (zie hiervoor), dan zou de kring van belanghebbenden veel groter kunnen zijn dan op grond van deze jurisprudentie voor een sepa-

rate ontheffing beschermde soorten het geval zou zijn. Dat zou voor de aanvrager een reden kunnen zijn om niet voor aanhaken te kiezen, maar afzonderlijk een aanvraag voor een Wnb-ontheffing in te dienen.

4. Conclusie

De hiervoor besproken uitspraken zullen niet de laatste zijn die over het onderwerp natuur in de omgevingsvergunning worden gewezen. Hoewel we met elke uitspraak een stukje wijzer worden, roepen nieuwe uitspraken ook weer nieuwe vragen op. Gelet op de onduidelijkheid die er in de praktijk blijft bestaan over het onderwerp, is het wellicht een prettig vooruitzicht dat het instrument van de onlosmakelijke samenhang onder de Omgevingswet wordt losgelaten. Ik twijfel er echter niet aan dat de Omgevingswet weer andere vraagstukken over natuur in de gemeente zal oproepen.

Over de auteur

Mr. W. (Wienke) Zwier
Advocaat bij AKD.

38 ABRvS 4 april 2018, 201705691/1/R6, ECLI:NL:RVS:2018:1146.

39 Vb. ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:730.