

Communautaire grenzen aan het beperken van de project-m.e.r.-plicht tot het eerste ruimtelijk plan over een gefaseerd te realiseren project (mede bezien in het licht van de Omgevingswet)

Marcel Soppe

1. Inleiding

Als Toon ergens een hekel aan had, dan was het wel aan het in de loop der jaren al maar toenemende, veelal door "Brussel" ingegeven, "milieugedoe" binnen het recht van de ruimtelijke ordening. Hij vertelde mij met enige regelmaat - bij voorkeur onder het genot van een biertje - dat het door hem zo geliefde rechtsgebied werd vervuild door instrumenten als de m.e.r.¹ In een adem tekende hij daar dan wel bij aan dat hij blij was met excentriekelingen zoals ondergetekende die er kennelijk al jaren lol in hebben om onderzoek te verrichten naar bijvoorbeeld het juridische functioneren van het instrument m.e.r. binnen de ruimtelijke ordeningsbesluitvorming. Dan konden hij en hem gelijkgestemden dat in ieder geval laten rusten. Meestal gingen de gesprekken met Toon over belangrijkere zaken dan het recht, zoals over EVV Eindhoven en het karakteristieke oude stadion van Heracles aan de Bornsestraat in "mijn" Almelo waarover hij moeiteloos fraaie anekdotes kon oplepelen, gelijk over heel veel andere onderwerpen van uiteenlopende aard overigens. Ik weet zeker dat de goede herinneringen aan Toon door onder meer die boeiende verhalen levend zullen blijven. Ook in zijn werk laat Toon een grote erfenis na. In deze herinneringsbundel zal ik niet direct aansluiten bij een van de vele door hem beschreven onderwerpen, maar doen waar Toon vast en zeker op zou hebben gerekend. Dat betekent dat mijn bijdrage handelt over het m.e.r.-instrument. Concreet wordt ingegaan op de situatie waarin de project-m.e.r.-(beoordelings)plicht wordt geëffectueerd in het ruimtelijk spoor en er sprake is van een gefaseerd uit te voeren project. Als er meerdere bestemmingsplannen en/of uitwerkingsplannen worden vastgesteld, is het de vraag hoe de project-m.e.r.-plicht moet worden geëffectueerd. Die vraag wordt zowel in het licht van de geldende Nederlandse m.e.r.-regeling (paragraaf 2) als in het licht van de m.e.r.-richtlijn (paragraaf 3) bezien. Daaruit zal onder meer blijken dat er thans sprake is van een implementatiegebrek. Een voorstel om dit gebrek te helen wordt niet alleen gerelateerd aan de thans vigerende regelgeving (paragraaf 3.1), maar ook

¹ Met m.e.r. wordt bedoeld op de procedure. Het eindproduct van de procedure, het milieueffect-rapport, wordt aangeduid met de afkorting "MER".

aan de op 28 februari 2013 verschenen ambtelijke 'toetsversie' van de Omgevingswet (hierna spreek ik gemakshalve van de Omgevingswet) (paragraaf 4). Speciale aandacht zal daarbij uitgaan naar art. 7.23 lid 2 Omgevingswet. Daarin is bepaald dat wanneer voor een project meerdere besluiten moeten worden genomen waarvoor een project-MER moet worden gemaakt, volstaan kan worden met het opstellen van een project-MER voor het eerste besluit waarvoor die plicht geldt.² Een bepaling die Toon, naar ik verwacht, zeer zou hebben aangesproken.

2. Effectuering van de project-m.e.r.-plicht bij gefaseerde besluitvorming in het ruimtelijke ordeningsspoor

Voor een aantal projecten is de project-m.e.r.-(beoordelings)plicht in het Besluit milieueffectrapportage (hierna: Besluit m.e.r.) verbonden aan de vaststelling van een uitwerkings- of wijzigingsplan (ex art. 3.6 lid 1, onderdelen a en b, Wro) dan wel bij het ontbreken daarvan aan het bestemmingsplan (als bedoeld in art. 3.1 lid 1 Wro). Daarbij gaat het bijvoorbeeld om stedelijke ontwikkelingsprojecten (waaronder begrepen woningbouw) en de aanleg van grootschalige industrieterreinen.³ In de praktijk komt het nogal eens voor dat de planologische besluitvorming over dit type projecten gefaseerd ter hand wordt genomen. Daarbij kan worden gedacht aan een bestemmingsplan met gedeeltelijk eindbestemmingen en gedeeltelijk uit te werken bestemmingen, aan de situatie waarin het project door meerdere in de loop der jaren vast te stellen bestemmingsplannen planologisch wordt mogelijk gemaakt en aan een combinatie daarvan. Als – al dan niet na het doorlopen van de m.e.r.-beoordelingsprocedure – wordt geconcludeerd dat een project-MER moet worden gemaakt, dan volgt uit het Besluit m.e.r. niet duidelijk hoe die verplichting moet worden geëffectueerd. Bestendige jurisprudentie wijst evenwel uit dat wanneer de planologische besluitvorming over een project in vorenbedoelde zin verloopt, het project-MER moet worden opgesteld voor het eerste vast te stellen bestemmingsplan. Dat MER dient zich te richten op het gehele project (ongeacht de tijdhorizon waarbinnen dat naar verwachting zal worden voltooid). Met het uitvoeren van de project-m.e.r. voor het 'eerste' bestemmingsplan is de project-m.e.r.-plicht uitgewerkt. Voor de later vast te stellen uitwerkingsplannen en/of bestemmingsplannen behoeft dan geen project-m.e.r. meer te worden verricht.⁴

Dat het project-MER zich dient te richten op het gehele project, impliceert niet dat er niet mag worden gedifferentieerd in detailniveau voor wat betreft de in het MER te beschrijven informatie. Verwezen zij naar de volgende passage uit ABRs 23 juni 2010: *"De Afdeling stelt vast dat in het milieu-effectrapport zowel de gevolgen van het*

2 Evenals in de huidige m.e.r.-regelgeving wordt er in de Omgevingswet een onderscheid gemaakt tussen de project-m.e.r. (thans ook aangeduid als de besluit-m.e.r.) en de plan-m.e.r. Zie over dit onderscheid op basis van het huidige recht o.a. M.A.A. Soppe, 'Hoofdlijnen regelgeving inzake milieueffectrapportage', *Vastgoedrecht* 2013-1, pp. 8 e.v. (paragraaf 2).

3 Zie onderdeel D, onder 11.2 en 11.3, van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage.

4 Zie onder meer ABRs 28 mei 2008 (bestemmingsplan "Bangert en Oosterpolder", gemeente Hoorn), MenR 2009, 7, m.nt. Jesse, ABRs 21 januari 2009 (bestemmingsplan "Woongebied Kernhem", gemeente Ede), JM 2009, 31, m.nt. Poortinga en Jong, ABRs 15 februari 2012, nr. 201102546/1/T1/R4 (bestemmingsplan "De Zuidlanden, plandeel Wiarda", gemeente Leeuwarden) en ABRs 28 november 2012, nr. 200909832/1/R1 (bestemmingsplan "Binckhorst (Nieuw Binckhorst Zuid, gemeente Den Haag)").

bestemmingsplan als de gevolgen van het Masterplan worden beschreven. Dat het detailniveau van deze beschrijving lager is voor zover het de gevolgen van het Masterplan betreft, is onvermijdelijk. Immers, ten behoeve van de voorgenomen activiteit waarop het Masterplangebied betrekking heeft, zijn nog geen bestemmingsplannen vastgesteld en zijn alleen de hoofdlijnen van het Masterplan van september 2005 bekend".⁵

Als gezegd, is de project-m.e.r.-plicht uitgewerkt met het 'be-m.e.r.-ren' van het 'eerste' bestemmingsplan, maar dat betekent niet dat in het kader van de latere besluitvorming over (de volgende fase van) het desbetreffende project geen rekening meer behoeft te worden gehouden met het opgestelde project-MER. Daartoe zij onder meer gewezen op de uitspraak ABRS 30 juli 2008,⁶ waarin de Afdeling weliswaar bevestigt dat de project-m.e.r.-plicht uitsluitend geldt voor het ruimtelijk plan waarin als eerste in (een deel van) het m.e.r.-plichtige project wordt voorzien, maar daarbij tevens aangeeft dat de inhoud van het MER bij de vervolgbesluitvorming ten behoeve van de activiteit een rol speelt.⁷

De door de Afdeling uiteengezette jurisprudentiële lijn is helder en de praktijk kan er (inmiddels) redelijk tot goed mee uit de voeten. Vanuit juridische optiek is er evenwel een kritische kanttekening te plaatsen. De Afdeling fixeert de project-m.e.r.-plicht op uitsluitend het eerste vast te stellen bestemmingsplan. De nadien over het project vast te stellen bestemmingsplannen (en/of uitwerkingsplannen) zijn derhalve niet project-m.e.r.-plichtig. Echter, tegelijkertijd dient het MER volgens de Afdeling toch nog wel bij die latere besluitvorming te worden betrokken. De juridische grondslag daarvoor is er mijns inziens niet, althans niet als ervan moet worden uitgegaan – zoals de Afdeling doet – dat de project-m.e.r.-plicht is "uitgewerkt" nadat het eerste bestemmingsplan is 'be-m.e.r.-d'. Het is daarbij de vraag of het in het Besluit m.e.r. verankerde systeem zoals geïnterpreteerd door de Afdeling zich wel verdraagt met de m.e.r.-richtlijn. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

3. Gefaseerde besluitvorming in het licht van de m.e.r.-richtlijn

De in het Besluit m.e.r. voor project-m.e.r.-(beoordelings)plicht aangewezen projecten zijn bijna allemaal te herleiden tot de m.e.r.-richtlijn. Dat geldt ook voor stedelijke ontwikkelingsprojecten en de aanleg van industrieterreinen. Uit art. 2 lid 1 m.e.r.-richtlijn vloeit voort dat de ingevolge die richtlijn vereiste project-m.e.r.⁸ moet plaatsvinden alvorens een vergunning wordt verleend. Art. 1 lid 2 m.e.r.-richtlijn definieert het begrip 'vergunning' als "het besluit van de bevoegde instantie of instanties waardoor de opdrachtgever het recht verkrijgt om het project uit te voeren". Jurisprudentie van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat het Hof het niet strijdig

5 ABRS 23 juni 2010 (bestemmingsplan "Meerstad-Midden", gemeente Groningen), JM 2010, 96, m.nt. Poortinga.

6 ABRS 30 juli 2008 (bestemmingsplan "De Zuidlanden, plandeel Techum (2006)", gemeente Leeuwarden), JM 2008, 97, m.nt. Van Velsen.

7 Uit ABRS 15 februari 2012, nr. 201102546/1/T1/R4 (bestemmingsplan "De Zuidlanden, plandeel Wiarda", gemeente Leeuwarden) lijkt zelfs te kunnen worden afgeleid dat er onder omstandigheden aanleiding is om in dat verband te bezien of de in het project-MER opgenomen informatie nog voldoende actueel is.

8 De m.e.r.-richtlijn spreekt over een milieueffectbeoordeling. De in de Nederlandse m.e.r.-regeling voorziene project-m.e.r. dient ter implementatie van deze milieueffectbeoordeling. Vandaar dat ik ook in het kader van de m.e.r.-richtlijn spreek over de project-m.e.r.

met art. 2 lid 1 m.e.r.-richtlijn acht indien er ingevolge het nationale rechtsstelsel ter zake van een project meerdere als vergunning aan te merken besluiten nodig zijn. De diverse te nemen deelbesluiten (hierna spreek ik gemakshalve ook van deelvergunningen) worden door het Hof tezamen als de vergunning in de zin van art. 1 lid 2 m.e.r.-richtlijn beschouwd.⁹ Over de vraag hoe in dat geval invulling aan de project-m.e.r.-plicht moet worden gegeven, heeft het Hof ook inzicht verschaft. Het eerste daarover handelend arrest is het Wellsarrest uit januari 2004.¹⁰ Daarin heeft het Hof geoordeeld dat wanneer er voor een onder de m.e.r.-richtlijn begrepen project een project-m.e.r. is vereist en de besluitvorming over dat project zich uitstrekt over verschillende fasen, te weten door het treffen van een basisbesluit en voorts een uitvoeringsbesluit dat niet mag afwijken van de in het basisbesluit vastgelegde parameters, de project-m.e.r. moet worden verricht ten behoeve van het basisbesluit. Uitsluitend indien de milieueffecten pas in de procedure met betrekking tot het uitvoeringsbesluit kunnen worden onderscheiden, moet de beoordeling tijdens die procedure plaatsvinden. De oordeelsvorming van het Hof is zodanig verwoord dat het erop lijkt dat het Hof heeft willen aangeven dat de project-m.e.r. in het kader van uitsluitend één deelvergunning moet worden verricht. Uit latere jurisprudentie blijkt dat het Hof dat beeld nogal heeft bijgesteld. Zo volgt uit HvJ EG 4 mei 2006¹¹ dat het Hof het accordeert dat de project-m.e.r. in het concrete geval gefaseerd plaatsvindt. Daarbij kan gedacht worden aan de situatie dat in het kader van de eerste deelvergunning over bepaalde milieuaspecten nog te weinig zicht bestaat hoe deze zich naar verwachting zullen manifesteren bij het uitvoeren van het project. Inmiddels heeft het Hof geoordeeld dat in het geval waarin voor het eerste deelvergunningbesluit een project-m.e.r. is verricht, in latere vergunningfasen (derhalve in het kader van de totstandkoming van de overige deelvergunningen) door het bevoegde gezag (of de bevoegde gezagen) moet worden geverifieerd (op grondslag van art. 3 m.e.r.-richtlijn) of er redenen zijn om een reeds in een eerder stadium van de vergunningverlening verrichte project-m.e.r. al dan niet deels aan te vullen dan wel te actualiseren in verband met gewijzigde omstandigheden in het project of de projectomgeving.¹² Het Hof heeft in lijn daarmee geoordeeld dat het niet is toegestaan om in de nationale regelgeving uitsluitend te voorzien in een project-m.e.r.-plicht voor het eerste deelvergunningbesluit.¹³ Het dient kennelijk in de nationale m.e.r.-regeling mogelijk te zijn dat de milieueffectbeoordelingsplicht ook aan de orde kan komen in het kader van de totstandkoming van de latere deelvergunning(en) dan wel dat ten minste in die nationale regelgeving is verzekerd dat voorafgaande aan de verlening van die vergunningen wordt geverifieerd of de verrichte milieueffectbeoordeling nog aanvulling behoeft, bijvoorbeeld vanwege veranderingen in de projectomgeving of vanwege het feit dat bepaalde milieuaspecten in een eerder stadium niet of onvoldoende in kaart konden worden gebracht. Verder dient dan in de nationale

- 9 Zie o.a. HvJ EG 7 januari 2004, *AB* 2004, 150, m.nt. De Moor-Van Vugt, HvJ EG 4 mei 2006, zaak C-290/03 en HvJ EU 17 maart 2011, *JM* 2011, 60, m.nt. Hoevenaars.
10 HvJ EG 7 januari 2004, *AB* 2004, 150, m.nt. De Moor-Van Vugt.
11 Zaak C-209/03.
12 HvJ EU 3 maart 2011, *JM* 2011, 59, m.nt. Hoevenaars.
13 HvJ EU 4 mei 2006, zaak C-508/03.

m.e.r.-regelgeving verzekerd te zijn dat die aanvulling kan doorwerken in de nog te verlenen (deel)vergunning(en). Dat vloeit voort uit artikel 8 m.e.r.-richtlijn.

Wanneer de uit de m.e.r.-richtlijn voortvloeiende (door het Hof van Justitie geconcretiseerde) eisen bij een gefaseerde vergunningverlening worden vergeleken met de in de vorige paragraaf beschreven jurisprudentie van de Afdeling inzake de effectuering van de project-m.e.r.-plicht bij projecten waarover de ruimtelijke ordeningsbesluitvorming gefaseerd verloopt, dan bestaan er de nodige overeenkomsten. Gelijk het Hof van Justitie is de Afdeling van oordeel dat het voor mogelijk moet worden gehouden om de project-m.e.r. bij een gefaseerde besluitvorming te effectueren in het kader van het eerste deelvergunningbesluit (dat is het eerste vast te stellen bestemmingsplan). Dat het opgestelde MER volgens de Afdeling ook moet worden betrokken bij volgende deelvergunningen, is eveneens in lijn met het oordeel van het Hof. Omtrent de doorwerking van een project-MER in de opvolgende deelvergunningen, heeft de Afdeling nog geen concrete jurisprudentie gewezen. De stelligheid waarmee het Hof eist dat het bevoegd gezag zich er in het kader van die deelvergunningen van vergewist dat het project-MER nog voldoende actueel en volledig is, wordt in de Afdelingsjurisprudentie niet aangetroffen. Dat is wel een gemis, omdat de Afdeling wel accepteert dat er wordt gedifferentieerd in detailniveau in het MER voor het eerste bestemmingsplan, waardoor het maar zeer de vraag is of het MER qua milieueffectbeschrijving wel voldoende concreet is voor de pas veel later vast te stellen bestemmingsplannen en/of uitwerkingsplannen. Evenwel lijkt de op bepaalde punten niet indringende toetsingswijze van de Afdeling goed te kunnen worden verklaard doordat de Afdeling het Besluit m.e.r. zodanig uitlegt dat de project-m.e.r.-plicht bij projecten waarover de ruimtelijke ordeningsbesluitvorming gefaseerd verloopt uitsluitend bestaat voor het eerste vast te stellen bestemmingsplan. Daar zit het grote principiële verschil met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In lijn met die jurisprudentie vormen de verschillende over het project vast te stellen bestemmingsplannen en uitwerkingsplannen tezamen de vergunning als bedoeld in art. 2 lid 1 m.e.r.-richtlijn. Die samengestelde vergunning is project-m.e.r.-plichtig en niet slechts een deel ervan.

3.1 Conclusie en aanbeveling over het helen van het implementatiegebrek in de vigerende m.e.r.-regelgeving

Nu de Afdeling het Besluit m.e.r. zodanig interpreteert dat de project-m.e.r.-plicht bij een gefaseerde besluitvorming over de betreffende projecten alleen berust bij het eerste bestemmingsplan, kan de conclusie mijns inziens niet anders luiden dan dat het Besluit m.e.r. in strijd is met de m.e.r.-richtlijn. In het Besluit m.e.r. en/of in hoofdstuk 7 Wm zal alsnog verankerd moeten worden dat alle voor de uitvoering van een project benodigde deelvergunningen project-m.e.r.-plichtig zijn. In dat verband zou wel kunnen worden vastgelegd dat in beginsel kan worden volstaan met het doorlopen van project-m.e.r.-procedure voor uitsluitend het eerste vast te stellen bestemmingsplan, mits het op te stellen project-MER op het gehele project betrekking heeft. Verder zou dan moeten worden bepaald dat bij de overige nadien over het project vast te stellen bestemmingsplannen en/of uitwerkingsplannen steeds wordt geverifieerd of het bestaande project-MER nog voldoende actueel en volledig is en dat

het MER zo nodig moet worden aangevuld. Tenslotte zal moeten worden vastgelegd dat het project-MER op een gelijke wijze als voor het eerste vast te stellen bestemmingsplan moet kunnen doorwerken in de nadien over het project vast te stellen bestemmingsplannen en/of uitwerkingsplannen.

4. Gefaseerde besluitvorming onder vigeur van de Omgevingswet; artikel 7.23 lid 2 Omgevingswet moet worden aangevuld

Het bestemmingsplan zal in de Omgevingswet worden vervangen door het gemeentelijk omgevingsplan. De gemeenteraad kan aan het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid tot wijziging van het omgevingsplan delegeren. Afhankelijk van de formulering van de raad kan dit bijvoorbeeld neerkomen op een mogelijkheid voor het college om het omgevingsplan uit te werken.¹⁴ Het is aannemelijk dat de project-m.e.r.-plicht voor projecten als stedelijke ontwikkelingsprojecten en de aanleg van industrieterreinen zal worden verbonden aan onder meer de uitwerking van het gemeentelijk omgevingsplan dan wel, bij het ontbreken van een uitwerkingsconstructie, aan het gemeentelijk omgevingsplan zelf. De situatie waarin over een dergelijk project de planologische besluitvorming gefaseerd zal plaatsvinden, zal ook onder vigeur van de Omgevingswet blijven bestaan. De opvolgende bestemmingsplannen en/of uitwerkingsplannen vormen tezamen de vergunning in de zin van art. 2 lid 1 m.e.r.-richtlijn en zullen allemaal project-m.e.r.-plichtig moeten zijn ingevolge het te zijner tijd aan de Omgevingswet aan te passen Besluit m.e.r. Dan komt echter het nieuwe art. 7.23 lid 2 Omgevingswet in beeld. Daarin is namelijk bepaald dat wanneer voor een project meerdere besluiten moeten worden genomen waarvoor een project-MER moet worden gemaakt, volstaan kan worden met het opstellen van een project-MER voor het eerste besluit waarvoor die plicht geldt. Daarmee wordt beoogd een stapeling van MER'en te voorkomen. Op zich is dat een alleszins begrijpelijk streven. Echter, het artikellid is te absoluut geformuleerd, althans voor zover de project-m.e.r.-plicht voor een project mede is te herleiden tot de m.e.r.-richtlijn (hetgeen nagenoeg altijd het geval zal zijn). Art. 7.23 lid 2 Omgevingswet behoeft vanwege de m.e.r.-richtlijn een noodzakelijk aanpassing, in die zin dat daarin wordt vastgelegd dat het op te stellen project-MER op het gehele project betrekking zal hebben. Ook zal moeten worden verankerd dat voorafgaande aan de overige nadien over het project vast te stellen eveneens voor project-m.e.r.-plicht aangewezen besluiten steeds wordt geverifieerd of het bestaande project-MER nog voldoende actueel en volledig is en dat het zo nodig moet worden aangevuld. Tenslotte zal wettelijk moeten worden geborgd dat het project-MER moet kunnen doorwerken in alle voor project-m.e.r.-plicht aangewezen besluiten op eenzelfde wijze als dat gebeurt voor het eerste besluit waarvoor het MER primair wordt opgesteld.

Art. 7.23 lid 2 Omgevingswet zal overigens met name ook bedoeld zijn voor de situatie waarin de m.e.r.- (beoordelings)plicht is verbonden aan de verlening van een

¹⁴ Zie de bij de toetsversie van de Omgevingswet gevoegde toelichting (algemeen deel, p. 96). Gemakshalve spreek ik in dit verband van uitwerkingsplannen.

omgevingsvergunning. In de Omgevingswet wordt het criterium van de onlosmakelijke samenhang losgelaten en zullen voor een project vaak meerdere omgevingsvergunningen (voor de diverse activiteiten als bedoeld in art. 5.2 Omgevingswet) worden aangevraagd en verleend. In die situatie zou alleen voor de eerste vergunning (al dan niet na het doorlopen van een m.e.r.-beoordelingsprocedure) een project-MER behoeven te worden opgesteld. De voorgestelde aanpassing van art. 7.23 lid 2 Omgevingswet is ook voor deze situatie van belang, aangezien de in deze bijdrage besproken eisen uit de m.e.r.-richtlijn bij een gefaseerde besluitvorming over een project, ook dan volledig in acht moeten worden genomen. Een laatste afsluitende opmerking is dat nog de vraag kan worden gesteld of vanwege het in de m.e.r.-richtlijn gehanteerde vergunningbegrip niet altijd alle voor de uitvoering van dat project benodigde publiekrechtelijke besluiten (onder de Omgevingswet bijvoorbeeld het omgevingsplan en de omgevingsvergunning(en)) voor project-m.e.r.-(beoordelings)plicht moeten worden aangewezen. Ik ga daar thans niet op in, maar merk wel op dat wanneer art. 7.23 lid 2 Omgevingswet in vorenbedoelde zin wordt aangepast er ook bij het aanwijzen van al die besluiten voor project-m.e.r.-(beoordelings)plicht een efficiënte voorziening in het m.e.r.-systeem aanwezig is die dubbele werkzaamheden voorkomt en binnen de grenzen van de m.e.r.-richtlijn blijft.