

## ANNOTATIE

### **Marieke Kaajan**

*Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 31-03-2016,  
ECLI:NL:RBMNE:2016:1711 (OGR-2016-0095)*

1. Op het eerste gezicht is er weinig aan te merken op deze uitspraak over een verleende omgevingsvergunning die verleend was voor het uitbreiden van een golfbaan, het kappen van bomen, het bouwen van bruggen en het maken van een in- en uitrit naar een monumentaal park. De aangevraagde activiteiten zouden kunnen leiden tot een overtreding van de verbodsbepalingen uit de Flora- en faunawet (Ffw); aanvrager en bevoegd gezag meenden dat dit niet het geval is maar de rechtbank concludeert vervolgens dat deze conclusie geen stand kan houden omdat deze gebaseerd is op verouderde gegevens. Omdat sprake is van onlosmakelijk verbonden handelingen, haakt – aldus de rechtbank – de Ffw-toestemming aan bij het besluit tot verlening om een omgevingsvergunning en is deze vergunning ten onrechte verleend. Daarmee is de uitspraak in een notendop samengevat.

2. Toch is het minder eenvoudig dan het lijkt. Dat heeft te maken met het feit dat voorafgaand aan de aanvraag om een omgevingsvergunning een aanvraag om ontheffing op grond van de Ffw was ingediend. De staatssecretaris van EZ, bevoegd gezag op grond van de Ffw, concludeerde vervolgens dat de gevraagde ontheffing niet werd verleend, omdat de uit te voeren werkzaamheden niet zouden leiden tot een overtreding van de verbodsbepalingen. Zodoende was het toegestaan om de voorgenomen werkzaamheden zonder ontheffing uit te voeren, mits de door de staatssecretaris bij de afwijzing van de aanvraag genoemde maatregelen zouden worden uitgevoerd. De staatssecretaris verleende hiermee dus een zogeheten ‘positieve afwijzing’. Nadien wordt nog een wijziging in de beoogde activiteiten doorgevoerd. Ten aanzien van deze wijziging concludeert de staatssecretaris dat er geen extra negatieve effecten optreden. De ‘positieve afwijzing’ blijft dus in stand.

3. Juist het feit dat voorafgaand aan de aanvraag om een omgevingsvergunning een aanvraag om ontheffing op grond van de Ffw was verzocht, doet twijfel rijzen over de conclusie van de

rechtbank dat de Ffw-toestemming aanhaakt bij de omgevingsvergunning. Immers, op grond van artikel 75b lid 2 Ffw geldt de aanhaakverplichting juist in die situatie niet. Het valt ten eerste op dat de rechtbank hier geen overweging aan wijdt. Had het verder niet veeleer voor de hand gelegen dat áls getwijfeld zou moeten worden aan de conclusie van de staatssecretaris dat de ontheffing zou moeten worden afgewezen, men hiertegen was opgekomen? De handelswijze van de rechtbank zet m.i. de deur open voor derden-belanghebbenden om op te komen tegen een omgevingsvergunning met gronden die feitelijk betrekking hebben op een verleende Ffw-ontheffing (bijvoorbeeld: dat deze ontheffing ontoereikende voorschriften kent), ook indien deze tegen het Ffw-besluit konden opkomen. Dat leidt tot allerhande ingewikkelde situaties, want in theorie zouden er daardoor twee procedures kunnen worden doorlopen waarbij de discussie over de Ffw aan de orde zou kunnen worden gesteld.

4. De enige verklaarbare redenering van de rechtbank zou kunnen zijn gelegen in de gedachte dat de ‘positieve afwijzing’ van de staatssecretaris geen besluit is, dat hier dus ook niet tegen opgekomen had kunnen worden en dat daarom in deze procedure over de omgevingsvergunning de discussie over de houdbaarheid van de conclusies ten aanzien van de Ffw nog aan de orde zou kunnen komen. Echter, de positieve afwijzing waartoe de staatssecretaris op grond van de Ffw veelvuldig pleegt te besluiten wordt in beginsel als een (appellabel) besluit beschouwd (zie in dit verband Rb. Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW2562). Dat heeft te maken met het feit dat in deze ‘afwijzing’ ook voorwaarden zijn opgenomen waaraan voldaan moet worden – omdat anders, bij het niet voldoen aan de voorwaarden, alsnog een ontheffingsplicht ontstaat. Ook hierin kan dan ook m.i. geen reden liggen dat de rechtbank nu, in het kader van een omgevingsvergunning, inhoudelijk oordeelt over de vraag of de Ffw wordt overtreden en of alsnog een verklaring van geen bedenkingen moet worden verkregen. Nog daargelaten overigens dat, als dit de (impliciete) redenering is die aan de overwegingen van de rechtbank ten grondslag lagen, het omwille van de duidelijkheid voor de hand had gelegen deze expliciet in de uitspraak op te nemen.

5. De uitspraak van de rechtbank zet de weg open voor ‘actieve’ bestuursorganen die, ook als een oordeel van het daartoe bevoegde bestuursorgaan op grond van de Ffw is verkregen – die, naar mag worden aangenomen, toch bij uitstek hierover kan oordelen – alsnog nader onderzoek vereisen op het moment dat een omgevingsvergunning wordt aangevraagd. Dat past niet in de verhouding tussen de Ffw en de Wabo. Immers, de aanvrager van een omgevingsvergunning heeft de vrijheid om hetzij het bevoegd gezag op grond van de Wabo over de toepasselijkheid van de Ffw te laten oordelen hetzij deze beslissing rechtstreeks bij de staatssecretaris te leggen. Een tussenweg zoals de rechtbank die voor ogen heeft, past m.i. niet in dit systeem en leidt alleen maar tot onduidelijkheid en onzekerheid voor een

initiatiefnemer. Onduidelijkheden die straks, met de inwerkingtreding van de Wet natuurbescherming (voorzien per 1 januari 2017) niet zullen zijn weggenomen omdat het stelsel van 'vrijwillige aanhaking' zoals dat nu in de Ffw (en de Nbw 1998) is opgenomen dan wordt gecontinueerd.