

# DE EFFECTEN VAN DE UITSPRAAK 'BANGERT EN OOSTERPOLDER' LANGE LEVE DE DUIDELIJKHEID!?



De op 28 mei 2008 door de Afdeling gewezen uitspraak over het Hoornse bestemmingsplan voor de woningbouwlocatie 'Bangert en Oosterpolder' is om meerdere redenen lezenswaardig. Zo biedt de uitspraak nieuwe inzichten over de invulling van de belanghebbendheid bij bestemmingsplannen en over diverse m.e.r.-vraagstukken. Tegelijkertijd roept de uitspraak nieuwe vragen op, waarin de praktijk zijn tanden mag gaan zetten.

Jade Gundelach en Heino Witbreuk

4

TOETS 05 08

'E en ommekeer?!', zo vroeg Steven Pieters zich af in zijn bijdrage over deze uitspraak in Toets (augustus 2008). Deels wel, maar deels worden lijnen die zijn uitgezet in eerdere Afdelingsjurisprudentie bevestigd en verduidelijkt. In deze bijdrage zullen de in het oog springende overwegingen uit deze uitspraak over de diverse m.e.r.-aspecten worden toegelicht en in een context worden geplaatst.

## M.e.r.-plicht bij gemengd bestemmingsplan

Veelal vindt de planologische besluitvorming over grootschalige woningbouwprojecten gefaseerd plaats. Daarbij kunnen verschillende varianten aan de orde zijn. Eén daarvan betreft de in de praktijk veelvuldig voorkomende situatie waarin een nieuwe woningbouwlocatie wordt bestemd in een (gemengd) bestemmingsplan. In een dergelijk bestemmingsplan wordt deels voorzien in een eindwoonbestemming. Hiermee wordt de planologische basis gecreëerd voor de eerste fase van het woningproject. Verder wordt in dat bestemmingsplan voorzien in een of meer uit te werken woonbestemmingen. Het Besluit m.e.r. 1994 maakt niet duidelijk op welke wijze voor zo'n situatie invulling moet worden gegeven aan de m.e.r.-plicht. In de systematiek van het Besluit m.e.r. 1994 is slechts rekening gehouden met de situatie waarin een woningbouwlocatie hetzij in zijn totaliteit wordt verankerd in een eindbestemming, hetzij in zijn totaliteit is bestemd in een of meerdere uit te werken bestemmingen. In het eerste geval bestaat er voor het bestemmingsplan een besluit-m.e.r.-plicht. In het tweede geval bestaat er een plan-m.e.r.-plicht. Met betrekking tot gemengde bestemmingsplannen

werd vaak gekozen voor het opstellen van een gecombineerd plan-/besluit-MER. Men meende dat op deze wijze aan de verplichtingen uit hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer en uit het Besluit m.e.r. 1994 zou kunnen worden voldaan. Verder werd in de praktijk vaak ook voor de later vast te stellen uitwerkingsplannen een besluit-MER opgesteld, waarbij gebruik werd gemaakt van de verkorte, op artikel 7.16 Wm gebaseerde procedure. Of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) ook van mening was dat hiermee op een juiste wijze met de m.e.r.-plicht in relatie tot een gemengd bestemmingsplan was omgegaan, moest worden afgewacht.

## Uitspraak

De vraag hoe de m.e.r.-plicht voor een gemengd bestemmingsplan moet worden geëffectueerd, wordt door de Afdeling in de Bangert en Oosterpolderuitspraak beantwoord. Ter beantwoording van deze vraag zet de Afdeling het systeem voor wat betreft de m.e.r.-plicht uitvoerig uiteen.

De Afdeling overweegt over de plan-m.e.r. dat deze betrekking dient te hebben op het gehele woningbouwproject. Om te bepalen of aan de drempelwaarde wordt voldaan (pas als aan deze drempelwaarde is voldaan, kan er van een m.e.r.-plicht sprake zijn), moet het gehele woningbouwproject worden meegenomen. Dit geldt ook in het geval het betreffende plan slechts ziet op een deel van het woningbouwproject. Worden opvolgende plannen vastgesteld die op het woningbouwproject betrekking hebben, dan geldt het vorenstaande eveneens. Het bij elk van die plannen op te stellen plan-MER dient te zien op het gehele woningbouwproject.



FOTO: WWW.FLICR.COM/JESPERZCV

Over de besluit-m.e.r.-plicht overweegt de Afdeling dat deze is gekoppeld aan het eerste besluit dat in (een deel van) het woningbouwproject voorziet. Ook de besluit-m.e.r. dient betrekking te hebben op het gehele woningbouwproject. Anders dan bij de plan-m.e.r. overweegt de Afdeling dat de m.e.r.-plicht is uitgewerkt nadat een besluit-m.e.r. die betrekking heeft op het gehele woningbouwproject is uitgevoerd. Als voor hetzelfde project daarna nog plannen worden vastgesteld dan wel besluiten worden genomen, bestaat hiervoor geen verplichting om een plan-m.e.r. dan wel een besluit-m.e.r. uit te voeren.

Voor een gemengd bestemmingsplan geldt dat hiervoor een besluit-m.e.r. moet worden doorlopen, als dit plan als eerste in (een deel van) het woningbouwproject voorziet. Daarbij is niet van belang wat de verhouding is tussen de plandelen met een eindbestemming en de plandelen met een uit te werken bestemming voor wat betreft de woningbouwactiviteit. Het besluit-m.e.r. dient te zien op het gehele woningbouwproject. Daarna is de m.e.r.-

plicht uitgewerkt. Dat betekent dat voor de uitwerkingen van het bestemmingsplan geen besluit-m.e.r. meer hoeft te worden uitgevoerd. Datzelfde geldt voor latere, met betrekking tot (delen van) de desbetreffende woningbouwlocatie in procedure te brengen bestemmingsplannen.

#### Oude wijn in nieuwe zakken?

De overwegingen van de Afdeling dat de besluit-m.e.r. moet worden doorlopen bij het eerste besluit dat in het woningbouwproject voorziet en dat daarna de m.e.r.-plicht is uitgewerkt, zijn niet nieuw. Deze overwegingen passen in de lijn van eerdere uitspraken van de Afdeling, zoals in het bijzonder de uitspraken over de woningbouwlocatie De Zuidlanden te Leeuwarden.<sup>1</sup> Zo overweegt de Afdeling in de eerste van deze twee uitspraken dat uitsluitend het bestemmingsplan Leeuwarden-Zuid, fase A als het eerste ruimtelijk plan heeft te gelden en dat het nog op te stellen uitwerkingsplan en de bestemmingsplannen voor de opvolgende fasen in dit geval niet m.e.r.-plichtig zijn, omdat deze niet kunnen worden aangemerkt als eerste ruimtelijk plan dat in de activiteit voorziet. Deze uitspraken zijn overigens gewezen onder vigeur van het oude Besluit m.e.r. 1994 van vóór 28 september 2006, toen dit besluit nog uitsluitend een m.e.r.-plicht kende en geen onderscheid werd gemaakt tussen een plan-m.e.r. en een besluit-m.e.r.

<sup>1</sup> AbRS 9 februari 2005, nr. 200401688/1, BR 2005, 712, M en R 2005, 53, JM 2005, 35 en AbRS 21 september 2005, nr. 200501095/1, BR 2006, 439, JM 2005, 103.

## DE AUTEURS

Jade Gundelach (053-4804256, [j.gundelach@kienhuishoving.nl](mailto:j.gundelach@kienhuishoving.nl)) en Heino Witbreuk (053-4804256, [h.witbreuk@kienhuishoving.nl](mailto:h.witbreuk@kienhuishoving.nl)) zijn beiden als advocaat werkzaam bij KienhuisHoving advocaten en notarissen te Enschede.

### Andere benadering mogelijk?

De vraag is of de Afdeling ook voor een andere dan de Bangert en Oosterpolderbenadering had kunnen kiezen. Een dergelijke andere benadering is in het verleden al eens door de Afdeling omarmd, zo blijkt uit twee uitspraken die vooraf zijn gegaan aan de hiervoor genoemde Zuidlandenuitspraak.<sup>2</sup> In deze uitspraken werd de complexbenadering gevolgd. De m.e.r.-plicht werd niet gekoppeld aan één bepaald plan dat op een zeker moment in de tijd tot stand is gekomen, maar aan het samenhangend geheel van plannen dat als één plan dient te worden aangemerkt. Deze benadering brengt met zich mee dat voor ieder ruimtelijk plan dat in (een deel van) de woningbouwlocatie voorziet, een m.e.r.-plicht had te gelden. In de praktijk werd aan deze benadering gehoor gegeven door voor het gehele complex van ruimtelijke besluiten één MER op te stellen. Dit MER – zo nodig aangevuld met een (vormvrije) actualisatie – werd voor ieder ruimtelijk besluit gebruikt en met het ontwerp van dat besluit ter inzage gelegd. Vervolgens diende steeds weer (het vervolg van) de m.e.r.-procedure te worden doorlopen. Concreet betekende dit dat er elke keer de mogelijkheid moest worden geboden om zienswijzen op het MER in te brengen en dat de Commissie m.e.r. om een toetsingsadvies moest worden gevraagd. Verder diende de doorwerking van het MER in de besluitvorming te voldoen aan de hierover gestelde eisen in hoofdstuk 7 van de Wet milieubeheer. Daarbij kon onder meer gebruik worden gemaakt van de verruimde beslissingsgrondslag als bedoeld in artikel 7.35 Wm.

Na de Bangert en Oosterpolderuitspraak kan de bovenstaande praktijk voor vervolgbesluitvorming aldus achterwege blijven. Voor deze vervolgbesluitvorming heeft eenvoudigweg geen m.e.r.-plicht meer te gelden en hebben ook de specifieke eisen en waarborgen uit hoofdstuk 7 Wet milieubeheer voor deze vervolgbesluiten – zoals de eisen voor de doorwerking van het MER in het ruimtelijk besluit – geen betekenis meer. Dat betekent overigens niet dat bij de vervolgbesluitvorming geen rekening met het MER hoeft te worden gehouden. Althans, dit heeft de Afdeling overwogen in een recente uitspraak over wederom de woningbouwlocatie De Zuidlanden<sup>3</sup>. De Afdeling heeft in die uitspraak in navolging van de Bangert en Oosterpolderuitspraak geoordeeld dat de besluit-m.e.r.-plicht uitsluitend geldt voor het ruimtelijk plan waarin als eerste in de m.e.r.-plichtige activiteit wordt voorzien. Dit betekent volgens de Afdeling evenwel niet dat het MER geen enkele rol kan spelen voor de latere ruimtelijke besluiten, aangezien het MER mede bepalend is geweest voor de keuzes die het bevoegd gezag in het kader van het vereiste van een goede ruimtelijke ordening heeft gemaakt. In dat licht lijkt het ons dan ook aan te bevelen om in een situatie waarin de besluit-m.e.r.-plicht is verwerkt, het bestaan

de MER steeds bij de ontwerpen van vervolgruimtelijke besluiten ter inzage te leggen en te motiveren op welke wijze dat rapport bij die besluiten is betrokken. Of in het kader van de totstandkoming van die latere ruimtelijke besluiten op voldoende wijze rekening is gehouden met het MER, zal ons inziens overigens uitsluitend over de boeg van de beginselen van behoorlijk bestuur en het in de Wro neergelegde criterium van een goede ruimtelijke ordening kunnen worden beoordeeld, nu artikel 7.37 Wm geen toepassing meer vindt.

### Verenigbaarheid met het Europese recht?

De vraag is of de benadering uit de Bangert en Oosterpolderuitspraak en de benadering uit de laatste Zuidlandenuitspraak, waarin de m.e.r.-plicht is verbonden aan één besluit, zich goed verhoudt met de m.e.r.-richtlijn. Daarbij zij gerefereerd aan het Wells-arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004.<sup>4</sup> Uit dat arrest volgt dat wanneer er voor de realisatie van een onder de werkingssfeer van de m.e.r.-richtlijn vallend project meerdere besluiten moeten worden genomen, al die besluiten tezamen de vergunning vormen in de zin van artikel 1 lid 2 m.e.r.-richtlijn. De m.e.r.-plicht en de doorwerking van de inhoud van het MER in de besluitvorming op grond van artikel 8 m.e.r.-richtlijn hebben aldus betrekking op alle tot de vergunning behorende besluiten. De hiervoor besproken complexbenadering lijkt daarmee beter verenigbaar te zijn. Dat is zeker het geval, als voor een m.e.r.-plichtige activiteit meerdere bestemmingsplannen worden vastgesteld. Overigens heeft de Afdeling in haar uitspraak van 1 mei 2002 over woningbouw geoordeeld dat de verplichting tot het opstellen van een MER voor deze activiteit niet uit enige EEG-richtlijn voortvloeit.<sup>5</sup> Dat wil overigens niet zeggen dat geen enkel woningbouwproject onder de werkingssfeer van de m.e.r.-richtlijn kan zijn begrepen. Beargumenteerd kan worden dat in ieder geval bepaalde woningbouwprojecten moeten worden getypeerd als de op bijlage II bij de m.e.r.-richtlijn opgenomen ‘stadsontwikkelingsprojecten’. Dit lijkt ook het standpunt van de Nederlandse regering te zijn.<sup>6</sup> Vanwege het bovenstaande is het aan te bevelen om in het kader van de (volgens de Bangert en Oosterpolderuitspraak) niet-m.e.r.-plichtige vervolgbesluiten, niet alleen te motiveren op welke wijze rekening met het MER is gehouden, maar ook te bezien of nog een aanvulling/actualisatie op het MER dient te worden gemaakt.

### Bangert en Oosterpolderlijn ook van betekenis voor andere activiteiten dan woningbouw?

De Bangert en Oosterpolderuitspraak en de meest recente Zuidlandenuitspraak zien beide op woningbouwprojecten. De vraag is of de principiële

<sup>2</sup> AbRS 27 februari 2002 (Leidsche Rijn), nr. 200003809/1, BR 2002, 953, JM 2002, 58 en AbRS 9 juni 2004 (Teteringen), nrs. 200303896/1, 200303897/1 en 200303898/1, Gst. 2004, 7220, 214, M en R 2004, 90K.

<sup>3</sup> AbRS 30 juli 2008, nr. 200706132/1.

<sup>4</sup> C-201/02, AB 2004, 150, JB 2004, 115, M en R 2004, 11, JM 2004, 23.

<sup>5</sup> Nr. 200105355/1, BR 2003, 308, JM 2002, 84.

<sup>6</sup> Zie p. 50 van het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing en de doeltreffendheid van de m.e.r.-richtlijn “Hoe goed wordt de m.e.r.-richtlijn door de lidstaten in de praktijk gebracht?” (2002).



FOTO: WWW.FLICCR.COM/DIRK\_HUISOON

overwegingen van de Afdeling dat de besluit-m.e.r.-plicht is gekoppeld aan het eerste ruimtelijk plan dat in de activiteit voorziet en dat na het vervaardigen van het MER (en het onherroepelijk worden van het betreffende besluit), de m.e.r.-plicht is uitgewerkt, alleen zien op woningbouw of ook op andere m.e.r.- (beoordelings)plichtige activiteiten. Wij menen dat van het laatste moet worden uitgegaan. Alhoewel recente jurisprudentie hierover niet voorhanden is, kan voor onze opvatting wel een indicatie worden gevonden in onder vigeur van het oude Besluit m.e.r. 1994 gewezen uitspraken, zoals de uitspraken Laagraven en Blauwe Stad.<sup>7</sup> In deze uitspraken werd in lijn met de Zuidlandjurisprudentie van 2005 geoordeeld dat de m.e.r.-plicht was gekoppeld aan het eerste ruimtelijk plan. Derhalve kon de vraag of een MER had behoren te worden gemaakt niet meer aan de orde komen in de latere ruimtelijke besluitvorming. Beide uitspraken hadden betrekking op de activiteit 'recreatieve voorziening'. De Blauwe Staduitspraak had ook nog betrekking op de activiteit 'waterbekken'. Wij menen dan ook dat de Bangert en Oosterpolderuitspraak voor andere activiteiten dan woningbouw van betekenis kan zijn, overigens voor zover in het Besluit m.e.r. 1994 voor deze activiteiten een ruimtelijk besluit als het m.e.r.- (beoordelings)plichtig besluit is genoemd (kolom 4) én (onder meer) een ruimtelijk plan als plan-m.e.r.-plichtig besluit is vermeld (kolom 3). Dat is bij activiteiten zoals 'recreatieve voorziening', 'stadsproject' en 'bedrijventerrein' het geval.

## Redelijkerwijs te beschouwen alternatieven in m.e.r.-onderzoek

Bij een globaal bestemmingsplan, zoals een bestemmingsplan met uit te werken bestemmingen en ruime doeleindenomschrijvingen, zijn zeer veel uitvoeringsscenario's/alternatieven denkbaar. Wanneer nu voor een dergelijk bestemmingsplan een m.e.r. moet worden doorlopen, rijst de vraag of al die scenario's in het op te stellen MER op hun milieugevolgen moeten worden onderzocht. Gezien de eerder genoemde Zuidlanduitspraken uit 2005 moest die vraag bevestigend worden beantwoord.<sup>8</sup> In de praktijk werd dit als bezwaar ervaren. Wat is immers het nut van het beschrijven van scenario's en daarvan te verwachten milieueffecten als op voorhand vaststaat dat deze niet worden uitgevoerd? Waarom zou niet gewerkt mogen worden met bandbreedtescenario's, inhoudende dat in het MER in beginsel wordt volstaan met het beschrijven van de te verwachten milieueffecten van een – reëel dan wel theoretisch gemaximaliseerd – worst case-scenario en het meest milieuvriendelijke alternatief? De gedachte achter deze, door onder meer de Commissie m.e.r. gepropageerde bandbreedtebenadering is dat welk uitvoeringsscenario ook wordt gekozen, de daarvan te verwachten milieueffecten zich altijd zullen begeven binnen de scope van de in het MER beschreven uitersten.

Wellicht mede ingegeven door de vanuit de praktijk op haar eerdere jurisprudentie geleverde kritiek is de Afdeling in de Bangert en Oosterpolderuitspraak een in vergelijking met de Zuidlanduitspraken uit 2005 andere koers gaan

<sup>7</sup> AbRS 4 december 2002, nr. 200201087/1 en AbRS 17 juli 2002, nrs. 199900464/1, 200101478/1 en 2001040333/1, BR 2002, 961.

<sup>8</sup> AbRS 9 februari 2005, nr. 200401688/1, BR 2005, 712, M en R 2005, 53, JM 2005, 35 en AbRS 21 september 2005, nr. 200501095/1, BR 2006, 439, JM 2005, 103.



FOTO: WWW.FLICKR.COM/GROENING

waren. Deze houdt in dat bij de selectie van de in een MER voor een globaal bestemmingsplan te beschrijven alternatieven (waaronder begrepen uitvoeringsscenario's) rekening mag worden gehouden met eerder gemaakte (beleids)keuzes en met de vraag of alternatieven qua te verwachten milieugevolgen voldoende onderscheidend zijn. Wij zullen hierna op beide aspecten ingaan.

### I Respecteren gemaakte (beleids)keuzes toegestaan

In de Bangert en Oosterpoldercasus was door een aantal appellanten in beroep aangevoerd dat enkele door hen nader aangeduide alternatieven met betrekking tot onder meer de fasering en de bestemmingsindeling, ten onrechte niet in het besluit-MER voor het desbetreffende bestemmingsplan waren beschreven. De Afdeling stelt voorop dat de totstandkoming van het besluit-MER in deze kwestie een lange voorgeschiedenis kent en dat het uiteindelijk gebruikte MER uit vier deel-MER'en bestaat. Het eerste opgestelde deel-MER betreft een vrijwillig rapport dat is vervaardigd ten behoeve van een indicatief ruimtelijk plan (uitwerking streekplan). Bij het opstellen van dat deel-MER is een aantal alternatieven onderscheiden. In de vervolgsluitvorming en de bijbehorende vervolgm.e.r.-procedures is op één alternatief én de daarbij gekozen beleidsmatige uitgangspunten voortgeborduurd. De Afdeling oordeelt dat (inrichtings)alternatieven die niet met die uit-

gangspunten spoorden, niet meer in de vervolgsluit-MER'en behoeften te worden onderzocht. Dit zal voor de m.e.r.-praktijk een duidelijk en waarschijnlijk toe te juichen oordeel zijn. Voor derdebelanghebbenden zal dat anders kunnen zijn. Dat is zeker het geval wanneer de bedoelde uitgangspunten niet in een bestuursrechtelijke procedure kunnen worden bestreden. Daarvan lijkt de Afdeling zich wel bewust. Voor zover in de tegen het m.e.r.-plichtige besluit openstaande administratiefrechtelijke procedure kan worden aangetoond dat de 'vaststaande uitgangspunten als zodanig' onredelijk zijn, kan met recht worden betoogd dat bij de selectie van de in het definitieve MER op hun milieueffecten te beschrijven alternatieven/(uitvoeringsscenario's) niet van die uitgangspunten had mogen worden uitgegaan. Onze verwachting is dat het voor beroepsgerechtigden echter lastig zo niet onmogelijk zal zijn om aan te tonen dat een gekozen uitgangspunt onredelijk is.

### II Alleen onderscheidende alternatieven/scenario's

Ten aanzien van de beroepsgrond dat in het MER ten onrechte alternatieven ontbreken voor alle denkbare uitvoeringsscenario's/alternatieven die met het bestemmingsplan 'Bangert en Oosterpolder' mogelijk worden gemaakt, overweegt de Afdeling dat in een (besluit-)MER alleen alternatieven behoeven te worden beschreven die voor wat betreft de te verwachten milieugevolgen tot zodanig relevante verschillen kunnen leiden dat deze redelijkerwijs niet buiten beschouwing mogen worden gelaten. Met dit oordeel wordt ten principale afgeweken van de eerder genoemde Zuidlandjurisprudentie uit 2005. Niet langer behoeven alle denkbare uitvoeringsscenario's en bijbehorende te verwachten milieueffecten in het MER te worden beschreven. en aldus gaat het adagium 'hoe dunner en globaler het bestemmingsplan, hoe dikker het MER' niet langer zonder meer op.

Hamvraag is vervolgens wanneer alternatieven geacht moeten worden qua milieugevolgen relevant van elkaar te verschillen. Dit wordt door de Afdeling in het midden gelaten. Wel maakt de uitspraak duidelijk dat het in beginsel steeds aan beroepsgerechtigden is om aan te tonen dat een alternatief ten onrechte niet in het MER is beschreven. Een appellant zal daartoe moeten aantonen dat het alternatief tot relevante verschillen in te verwachten milieugevolgen kan leiden. Dat lijkt welhaast ondoenlijk als de appellant ter ondersteuning van zijn betoog geen (kostbaar) m.e.r.-achtig document overlegt.

Ons inziens zou het goed zijn dat met name de Commissie m.e.r. zich hiervan bewust is. Wanneer in zienswijzen op de startnotitie en/of op het MER wordt aangegeven dat een bepaald alternatief (of een bepaald uitvoeringsscenario) in het MER moet worden beschreven respectievelijk daarin ten onrechte niet is opgenomen, zou het ons inziens goed zijn als de Commissie m.e.r. (indien er sprake is van een op zich realistisch alternatief) indringend én expliciet ingaat op de vraag of er van dat alternatief milieueffecten zijn te verwachten die tot zodanige verschillen kunnen leiden dat het alternatief niet in het MER mag ontbreken. Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat zij doorgaans groot gewicht toekent aan de adviezen van de Commissie m.e.r. Het is de vraag of de Commissie m.e.r. de hiervoor beschreven toets op die hiervoor aangegeven wijze zal willen verrichten. Doet zij dat niet, dan dreigt ons inziens het gevaar dat alternatieven te gemakkelijk door de initiatiefnemer en het bevoegd gezag terzijde worden geschoven.

Ons inziens blijft overigens de vraag staan of de eerder genoemde bandbreedtebenadering door de Afdeling is aanvaard. In de Bangert en Ooster-

# OVERGANGSRECHT

In de Bangert en Oosterpolderuitspraak heeft de Afdeling ook duidelijkheid gegeven over de werkingssfeer van het overgangsrecht van de op 28 september 2006 in werking getreden Wet van 5 juli 2006.<sup>10</sup> Met deze wet en het daarop aangepaste Besluit m.e.r. 1994 is de smb-richtlijn geïmplementeerd en is de plan-m.e.r.-plicht in de Nederlandse m.e.r.-regelgeving opgenomen.

Voor wat betreft de plan-m.e.r.-plicht is in artikel VIII van deze wet overgangsrecht opgenomen. Voor de toepassing van dit artikel is vooral bepalend op welke datum, overeenkomstig de procedure van totstandkoming van een plan, de eerste formele voorbereidende handeling is afgerond. De Afdeling oordeelt dat voor bestemmingsplannen geldt dat de datum van de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan doorslaggevend is bij de beantwoording van de vraag wanneer, overeenkomstig de procedure van totstandkoming van een bestemmingsplan, de eerste formele voorbereidende handeling is afgerond. De datum van de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan is eveneens doorslaggevend in gevallen waarin eerst een voorontwerp van een bestemmingsplan ter inzage is gelegd, aldus de Afdeling.

Deze interpretatiewijze verschilt met de interpretatiewijze zoals de Afdeling die heeft gehanteerd ten aanzien van de toepasselijkheid van de overgangsrechtelijke bepaling uit de smb-richtlijn (artikel 13 lid 3). Voor de toepasselijkheid van dat overgangsrecht is bepalend wanneer de eerste formele voorbereidende handeling van een plan had plaatsgevonden. In meerdere uitspraken heeft de Afdeling de terinzagelegging van een voorontwerpbestem-

mingsplan als eerste formele voorbereidende handeling aangemerkt.<sup>11</sup>

De vraag is waarom de Afdeling voor dit verschil heeft gekozen. Opvallend is in ieder geval dat in artikel VIII de passage 'overeenkomstig de procedure van totstandkoming van dat plan' is opgenomen, welke in de overgangsbepaling uit de smb-richtlijn ontbreekt. Het is mogelijk dat de Afdeling hierin een reden heeft gezien om voor de toepassing van artikel VIII de terinzagelegging van een voorontwerpbestemmingsplan niet als eerste formele voorbereidende handeling aan te merken. De Afdeling overweegt expliciet dat het bieden van inspraak op basis van een gemeentelijke inspraakverordening geen deel uit maakt van de totstandkomingsprocedure van een bestemmingsplan zoals die in de WRO is geregeld. Denkbaar is ook dat de Afdeling een uniforme toepassing van het overgangsrecht van de Wet van 5 juli 2006 voor ogen stond. Door de uitleg zoals gehanteerd in de Bangert en Oosterpolderuitspraak is de werking van het overgangsrecht niet afhankelijk gemaakt van het gegeven of een gemeente al dan niet met terinzagelegging van voorontwerpbestemmingsplannen werkt. De vraag is of het verschil in de toepasselijkheid van beide overgangsrechtelijke regimes gelet op de smb-richtlijn aanvaardbaar is. Het

was de bedoeling van de wetgever om met althans de leden 1, 2 en 3 van artikel VIII van de Wet van 5 juli 2006 zo dicht mogelijk bij het overgangsrecht van de smb-richtlijn aan te sluiten (TK 2004-2005, 29 811, nr. 3, p. 26). Ons inziens hoeft het verschil in de toepasselijkheid van de overgangsrechtelijke regimes niet te leiden tot de conclusie dat om die reden de smb-richtlijn op incorrecte wijze is geïmplementeerd. Immers, toepassing van het Wm-overgangsrecht leidt ertoe dat een bepaald plan eerder onder de werking van het nieuwe Wm-recht (en daarmee onder de plan-m.e.r.-plicht) is begrepen. Het Wm-recht gaat in zoverre verder dan de smb-richtlijn. Dat is gelet op artikel 176 EG-Verdrag toelaatbaar. In dit artikel wordt uitgegaan van het principe van minimumharmonisatie. Het is de lidstaten toegestaan om verdergaande dan in de milieuriichtlijnen opgenomen beschermingsmaatregelen te treffen.

Ten aanzien van de besluit-m.e.r. overweegt de Afdeling dat de Wet van 5 juli 2006 dienaangaande geen overgangsrecht bevat. Er moet worden uitgegaan van de onmiddellijke werking van de wet per 28 september 2006. De wet heeft aldus te gelden voor een besluit tot vaststelling dan wel goedkeuring (zoals die onder vigeur van de WRO bestond), als dit besluit op of na 28 september 2006 is genomen.

<sup>10</sup> Staatsblad 2006, 336.

<sup>11</sup> Zie bijvoorbeeld AbRS 30 januari 2008, nr. 200608663/1, Gst. 2008, 7297, 65 en AbRS 11 juli 2007, nr. 200602131/1.



FOTO: WWW.FLICKR.COM/CDA LEEUWARDEN

10

TOETS 05 08

polderuitspraak heeft de Afdeling immers niet overwogen dat alternatieven die zich binnen de bandbreedte bevinden, naar hun aard geen relevante verschillen qua milieugevolgen met zich kunnen meebrengen. Wij kunnen ons voorstellen dat zich ook binnen de bandbreedte relevante alternatieven bevinden die het onderzoeken waard kunnen zijn. Voor het antwoord op de vraag of in het MER met de bandbreedtebenadering kan worden volstaan, moet de jurisprudentie worden afgewacht.

### Doorwerking milieumaatregelen in besluit-m.e.r.-plichtig besluit

Uit de Lindervelduitspraak van 22 maart 2006 kan worden afgeleid dat wanneer bepaalde informatie uit het MER volgens het bevoegd gezag noodzaak tot het treffen van maatregelen om de effecten voor het milieu zoveel mogelijk te beperken, deze maatregelen moeten worden opgenomen in het normatieve kader van het besluit-m.e.r.-plichtige besluit.<sup>9</sup> Hierbij maakt het (vanwege artikel 7.35 lid 3 Wm) overigens niet uit of het wettelijk kader van het besluit-m.e.r.-plichtige besluit zich tegen het opnemen van dergelijke verplichtingen verzet. Vorenbedoelde verplichting geldt alleen dan niet wanneer zij reeds is verzekerd in een 'samenhangend besluit', aldus werd destijds expliciet overwogen door de Afdeling.

Naar aanleiding van de Lindervelduitspraak zijn in de praktijk diverse vragen gerezen. Hoever strekt de verplichting om milieumaatregelen te laten doorwerken in het besluit-m.e.r.-plichtige besluit? Wat wordt verstaan onder samenhangend besluit? Met betrekking tot deze vragen schept de Bangert en Oosterpolderuitspraak ook enige duidelijkheid.

Onder verwijzing naar de Lindervelduitspraak overweegt de Afdeling dat de gemeenteraad met het oog op artikel 7.35 lid 3 Wm dient te onderzoeken of, en in hoeverre, bepaalde in het besluit-MER genoemde maatregelen noodzakelijk zijn ter beperking dan wel ter compensatie van de nadelige milieu-

gevolgen van de voorgenomen activiteit. Voor zover de raad tot het oordeel komt dat dergelijke maatregelen in zoverre niet noodzakelijk zijn, behoeven deze niet dwingend in het bestemmingsplan (het besluit-m.e.r.-plichtige besluit) te worden voorgeschreven. Datzelfde geldt voor maatregelen ten aanzien waarvan reeds op een andere wijze is verzekerd dat deze zullen worden getroffen. Opmerkelijk is de woordkeuze van de Afdeling 'op een andere wijze is verzekerd'. Aannemelijk is dat dit een ruimer criterium betreft dan het in de Lindervelduitspraak gehanteerde criterium 'samenhangend besluit'. Wellicht dat het door de Afdeling mogelijk wordt geacht dat het treffen van maatregelen ook verzekerd kan worden door bijvoorbeeld een bestuursconvenant of een privaatrechtelijke overeenkomst. In ieder geval blijkt expliciet uit deze uitspraak dat bescherming van in het plangebied voorkomende vogelsoorten in voldoende mate is gewaarborgd in de Flora- en faunawet. Nu bescherming van de vogelsoorten anderszins is verzekerd, is regulering daarvan in het bestemmingsplan overbodig.

### Afsluitend

Bangert en Oosterpolder: lange leve de duidelijkheid? Op een aantal punten wordt die duidelijkheid inderdaad geboden, waarbij de m.e.r.-uitvoeringspraktijk zowel om praktische als om inhoudelijke redenen is gebaat. Zo is uiteengezet op welke wijze de m.e.r.-plicht bij een gemengd bestemmingsplan voor een woningbouwproject moet worden geëffectueerd. Ook is duidelijk dat bij een woningbouwproject waarover de planologische besluitvorming gefaseerd ter hand wordt genomen, reeds bij het 'eerste' te nemen ruimtelijk besluit een MER moet worden gemaakt dat ziet op het gehele project. Verder is duidelijk dat in een MER niet alle denkbare uitvoeringsscenario's en -alternatieven behoeven te worden beschreven. Ook is helder geworden dat niet alle door de gemeenteraad (als het gaat om een besluit-m.e.r.-plichtig bestemmingsplan) noodzakelijk geachte milieumaatregelen dwingend in het bestemmingsplan behoeven te worden voorgeschreven, als het treffen daarvan 'anderszins is verzekerd'. Evenwel blijft onduidelijk wat precies onder deze, door de Afdeling gebezigde zinsnede moet worden verstaan.

Daarmee wordt geïllustreerd dat er ook na de Bangert en Oosterpolderuitspraak nog steeds de nodige interessante vraagpunten resteren. In dat verband kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op de vraag hoe de door de Afdeling gekozen benadering dat een m.e.r.-plicht uitgewerkt kan zijn, zich verhoudt met het Europees recht. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of het toereikend is, indien de in een MER te beschrijven alternatieven worden beperkt tot de voorgenomen activiteit, het meest milieuvriendelijk alternatief en een reëel dan wel een theoretisch gemaximaliseerd worst case-alternatief. Een ander aspect waarover discussie kan gaan ontstaan, is de kwestie wanneer woningbouwplannen die zich over meerdere decennia uitstrekken als één woningbouwproject moeten worden gekwalificeerd. De uitkomst van die discussie is niet alleen van belang voor de vraag of een MER moet worden opgesteld, maar is ook bepalend voor de reikwijdte van het te vervaardigen MER. Aldus blijven er genoeg vraagstukken over om de m.e.r.-jurisprudentie ook de komende tijd met bovengemiddelde belangstelling te blijven volgen. ■

<sup>9</sup> AbRS 22 maart 2006, nr. 200502510/1, AB 2006, 421, BR 2006, 546, Gst. 2006, 7251, 74, M en R 2006, 58, JM 2006, 50.