

LEGAL UPDATE

Afdeling zet streep door de bouwvrijstelling voor stikstof

Datum: 2 november 2022

De Afdeling heeft vandaag [uitspraak](#) gedaan over de zogenoemde bouwvrijstelling voor stikstof. Dat deed zij in de procedure over het Porthos-project, waarvan het de bedoeling is om CO2 afkomstig van industrie uit het Rotterdamse havengebied op te slaan in lege gasvelden onder de Noordzee.

De Afdeling heeft geoordeeld dat de vrijstelling niet is toegestaan wegens strijd met het Europese natuurbeschermingsrecht. Dat komt erop neer dat stikstofuitstoot tijdens de bouwfase vanaf nu moet worden onderzocht én beoordeeld.

Waar gaat de zaak over?

Voor het Porthos-project is het Inpassingsplan 'Porthos transport en opslag van CO2' vastgesteld door de ministers van Economische Zaken en Klimaat en Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening. Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. (MOB) is het niet eens met het inpassingsplan en de omgevingsvergunningen. Volgens de MOB leiden het plan en de vergunningen in de bouwfase tot stikstofneerslag in onder meer de beschermde Natura 2000-gebieden Solleveld & Kapittelduinen, Voornes Duin en Westduinpark & Wapendal. De MOB vindt dat daarom een passende beoordeling (ecologische beoordeling van o.a. stikstofeffecten) moest worden gemaakt maar dat is niet gebeurd vanwege de bouwvrijstelling. Die bouwvrijstelling is volgens MOB in strijd met de Habitatrichtlijn.

Wat is de bouwvrijstelling?

De partiële bouwvrijstelling bepaalt kort gezegd dat de gevolgen van stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden tijdens de bouwfase buiten beschouwing kunnen worden gelaten (artikel 2.9a Wet natuurbescherming jo. artikel 2.5 Besluit natuurbescherming). Deze uitzondering is op 1 juli 2021 geïntroduceerd omdat door de PAS-uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019, ineens voor elk afzonderlijk bouwproject moest worden beoordeeld of toestemming nodig is op grond van de Wet natuurbescherming. Dat had veel impact op de bouwsector die weer van maatschappelijk en economisch belang is, aldus de wetgever. Door de bouwvrijstelling hoeven al met al minder passende beoordelingen te worden gemaakt. Een lastenverlichting dus, die overigens ook gold voor sloop- en aanlegwerkzaamheden.

Vooraf projecten die in de gebruiksfase geen tot weinig uitstoot kennen (zoals windmolens) profiteerden van de vrijstelling. Van uitstoot in de gebruiksfase moest altijd wel een beoordeling worden gemaakt.

Oordeel Afdeling

De bouwvrijstelling voldoet volgens de Afdeling niet aan de eisen die het Europese recht daaraan stelt. Een vrijstelling is alleen toegestaan als uit onderzoeken blijkt dat elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor betrokken beschermde gebieden zijn weggenomen. Met de bouwvrijstelling is niet zeker dat geen nadelige gevolgen optreden voor beschermde natuurgebieden. Dat komt mede omdat er geen beperking is gesteld aan het gebruik van de bouwvrijstelling (in tijd of omvang), zodat moet worden uitgegaan van een worst case benadering om te voorkomen dat de gevolgen van de stikstofdepositie worden onderschat. Die worst case-uitstoot is nu nog niet voldoende duidelijk.

De onderbouwing voor de vrijstelling kan ook niet gevonden worden in andere maatregelen (maatregelenpakket van het Rijk) om stikstofuitstoot te verminderen. De Afdeling beoordeelt die verschillende maatregelen en constateert dat het pakket aan extra natuurmaatregelen nog niet was uitgevoerd ten tijde van het aan de bouwvrijstelling ten grondslag liggende onderzoek. De maatregelen,

en de daarvan te verwachten voordelen, waren op dat moment zelfs nog niet concreet uitgewerkt. Gelet hierop stonden de verwachte voordelen van het pakket aan extra natuurmaatregelen ten tijde van het onderzoek niet vast. Daarom was ook niet gegarandeerd dat de maatregelen resultaat hebben voordat negatieve gevolgen optreden door het gebruik van de bouwvrijstelling. Bovendien staat het succes van de maatregelen niet vast maar hangt dat mede af van de bereidheid van individuele ondernemers. Dat is in strijd met Europese regels.

Gevolgen voor de praktijk

De bepaling is onverbindend verklaard door de Afdeling. Dat betekent dat voor alle nieuwe c.q. nog niet onherroepelijke initiatieven óók de gevolgen van uitstoot van stikstof tijdens de bouw-, sloop- of aanlegfase op Natura 2000-gebieden moet worden betrokken. De Afdeling zegt dat haar oordeel weliswaar geen bouwstop behelst maar in de praktijk worden de gevolgen van de vernietiging van de bouwvrijstelling uiteraard wel gevoeld.

Er moet allereerst altijd een inventarisatie en beoordeling van de stikstofeffecten plaatsvinden (voortoets). Dat vereist kennis, tijd en geld. Als de uitkomst daarvan is dat significant gevolgen niet op voorhand kunnen worden uitgesloten, moet vervolgens een passende beoordeling worden gemaakt en is een vergunning vereist. Daarmee komt de focus dus meer op het vergunningentraject te liggen.

Gevolgen voor het Porthos-project

In deze procedure is een nader onderzoek naar stikstof aangeleverd. Of dat voldoende is om het project door te kunnen laten gaan is nu nog niet bekend. Het stuk is te laat in procedure gebracht en de MOB mag eerst binnen zes weken reageren op het stuk. Daarna zal de Afdeling zich opnieuw uitlaten over het project.

Conclusie

De bouwvrijstelling is onverbindend verklaard maar de Afdeling ziet nog genoeg mogelijkheden voor de bouwsector. Het staat buiten kijf dat de uitspraak in de praktijk in ieder geval voor vertraging en extra kosten zorgt. Ook moet de wetgever aan de slag en wet- en regelgeving aanpassen óf nader onderbouwen waarom de vrijstelling wél houdbaar is. Of dat haalbaar is moet nog blijken.

Dit is een Legal Update van Mathilde van Velzen-de Boer en Jaike Moes.

Voor meer informatie:

Mathilde van Velzen-de Boer
+31 30 25 95 521
mathildevanvelzen@vbk.nl

Jaike Moes
+31 30 25 95 521
jaikemoes@vbk.nl