

sprake is van een bijzonder geval. Dit maakt de beleidsregels effectiever en geeft de minister de mogelijkheid om de inhoudelijke criteria eenvoudig te verruimen of verengen.

In situaties waarin een potentieel monument bij eerdere inventarisatierondes onterecht onopgemerkt is gebleven en acuut wordt bedreigd, kan de minister overigens onverminderd gebruik blijven maken van de in art. 3 Monumentenwet opgenomen bevoegdheid tot het ambtshalve aanwijzen van panden.

10. Tot slot

Wettelijke bescherming maakt kwetsbaar erfgoed weerbaar. Die bescherming ziet in de eerste plaats op het behoud van monumenten en biedt op zijn minst de mogelijkheid om in een proces van meedogenloze vernieuwingsdrang een moment van herbezinning en heroverweging in te bouwen.

Voorbescherming is een krachtig instrument. De inzet daarvan is te rechtvaardigen voor die potentiële monumenten, die van betekenis zijn voor toekomstige generaties en niet (onopgemerkt) verloren mogen gaan, zoals de al eerder genoemde Lijnbaan in Rotterdam. Het huidige art. 3 Monumentenwet en de daaruit voortvloeiende voorbescherming uit art. 5 Monumentenwet staat hier dan ook niet ter discussie. Wat echter noodzakelijk is, is een aanscherping van de aanwijzingsprocedure, zodat aanwijzingsverzoeken met als louter doel het frustreren van bouwprocessen voortaan tot het verleden behoren. Door de eisen voor aanwijzingsverzoeken kwalitatief te verzoeken en wettelijk vast te leggen kan het verloop van bouwprocedures weer beter worden voorspeld. Investeerders, bouwers en eindgebruikers lopen daardoor minder risico en aanwijzende, vergunningverlenende en adviserende instanties kunnen zich weer richten op de daadwerkelijk te beschermen (potentiële) monumenten.

Nr. 156

De Nederlandse toepassing van de Habitatrictlijn: een te grote rem op bedrijvigheid?

door mr. G. van der Wal en mr. F.Y. van Schaik¹

1. Inleiding

De Europese Habitatrictlijn² is in het leven geroepen met het oog op de bescherming van bedreigde leefgemeenschappen van planten en dieren (habitats) en bedreigde soorten planten en dieren in hun leefgebieden. Ter bescherming van deze typen habitats en soorten planten en dieren, hebben de lidstaten zogenaamde speciale be-

schermingszones (SBZ) aangewezen. De gebieden die vallen onder de Vogel-³ en Habitatrictlijn vormen samen een Europees netwerk van natuurgebieden dat 'Natura 2000' wordt genoemd. Aanwijzing van een gebied tot SBZ betekent dat er in en rond het gebied een speciale – in § 2 nader toe te lichten – beschermingsstatus van toepassing is.⁴

Hoewel de doelstelling van de Habitatrictlijn om de aangewezen SBZ tegen achteruitgang te be-

1. Gerard van der Wal en Freya van Schaik zijn beiden als advocaat werkzaam bij Houthoff Buruma te Brussel. Gerard van der Wal trad op voor de Producentenorganisatie van de Kokkelvisserij in procedures bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak.
2. Richtlijn 92/43/EG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (*PbEG* 1992, L 206/7). In dit tijdschrift is al een serie artikelen aan de Habitatrictlijn en de Natuurbeschermingswet 1998 gewijd: H.E. Woldendorp, 'Wettelijk kader voor natuurbescherming', *BR* 2005, p. 269-280; J. van den Broek, 'Bedrijvige beestjes blijven beschermd. Besluit vrijstelling beschermde diersoorten verruimd', *BR* 2005, p. 369-383; H.E. Woldendorp, 'Gebiedsbescherming volgens de Natuurbeschermingswet 1998', *BR* 2005, p. 199-213 en H.E. Woldendorp, 'Het Europese Hof over rechtsbescherming', *BR* 2007, p. 223.
3. Richtlijn 79/409/EEG van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (*PbEG* 1979, L 103/1).
4. Zie hierover ook meer uitgebreid H.E. Woldendorp, 'Wettelijk kader voor natuurbescherming', *BR* 2005, p. 269-280.

schermen zonder meer lovenswaardig is, heeft de praktische toepassing van deze milieubeschermingsregelgeving als belangrijke keerzijde dat het de realisering van projecten en economische activiteiten vaak ernstig bemoeilijkt. Regelmatig worden projecten onderbroken, omdat natuurbeschermingsorganisaties zich op het standpunt stellen dat in strijd wordt gehandeld met de Habitatrichtlijn.⁵ Bekende voorbeelden zijn de aanleg van een bedrijventerrein in Heerlen waarbij op een wilde hamster werd gestuit en de aanleg van een snelweg langs het Limburgse deel van de Maas.⁶ Ook het grootschalige project van de Tweede Maasvlakte Rotterdam kon geen doorgang vinden (althans niet zonder dat nader onderzoek wordt verricht of ingrijpende aanpassingen worden gedaan), omdat de rechter er een stokje voor stak.⁷

De toepassing van de Habitatrichtlijn heeft er toe geleid dat bij veel Nederlandse ondernemers het gevoel leeft dat veel activiteiten niet meer kunnen worden ontplooid en dat zij op een achterstand worden gezet ten opzichte van ondernemers uit andere lidstaten van de Europese Unie. Dit roept de vraag op of de Nederlandse toepassing van de Habitatrichtlijn niet al te beperkend is.⁸ In dit

artikel zal worden geïllustreerd dat een meer op het concrete geval toegespitste uitleg van (begrippen uit) de Habitatrichtlijn, binnen de grenzen van het Gemeenschapsrecht en zonder daarmee in strijd te komen, kan voorkomen dat bedrijvigheid onnodig wordt gefrustreerd zonder dat wezenlijke afbreuk wordt gedaan aan de gunstige instandhouding van habitats en de daarbinnen levende soorten.

2. De 'open' normering in art. 6 Habitatrichtlijn

Alle plannen en projecten die binnen SBZ's of in de nabijheid⁹ van die gebieden worden uitgevoerd, moeten worden onderworpen aan de toets van art. 6 van de Habitatrichtlijn.¹⁰ Dit artikel wordt gekenmerkt door een groot aantal open normen ('*passende maatregelen*', '*storende factoren*', '*significant effect*', '*significante gevolgen*', '*passende beoordeling*', '*dwingende redenen van groot openbaar belang*').

Dezelfde abstracte normering komt terug in de in 2005 in werking getreden Natuurbeschermingswet (Nbw) 1998, waarin art. 6 van de Habitatrichtlijn is geïmplementeerd.¹¹ Het Hof van Justitie EG heeft op 7 september 2004 in de zogenaamde Kokkelvisserijzaak zijn licht laten schijn-

5. Vgl. de initiatiefnota 'Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoegen', *Kamerstukken II 2005/06*, 30 690, nr. 2, p. 1. Uit de gebiedsbeschermingsjurisprudentie kan worden afgeleid dat de meeste projecten ten minste moeten worden uitgesteld (F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, Soorten en gebieden. Het groene milieurecht in 2005, Wageningen UR, p. 22).
6. ABRs 26 oktober 1999, *AB 2000*, 23 (Hamster en bestemmingsplan Heerlen).
7. ABRs 26 januari 2005, *JfJ 2005*, 28 (Project Mainportontwikkeling Rotterdam). Ook in andere gevallen konden projecten geen doorgang vinden: zie op het gebied van de soortenbescherming o.m. ABRs 19 november 2003, *JfJ 2004*, 6 (Randweg Beverwijk/rugstreep en zandhagedis); ABRs 14 april 2004, n.g. (Provinciaal Omgevingsplan Limburg/kamsalamander); ABRs 8 september 2004, *JfJ 2004*, 83 (Smallingerland); Vzgr. Almelo 20 september 2004, *JfJ 2004*, 86 (Aanleg weg Almelo, ondanks twee onderzoeksrapporten was plan niet uitvoerbaar); ABRs 8 september 2004, *M&R 2005*, 6 (weidevogelpopulatie en bouwplan); ABRs 3 november 2004, *JfJ 2005*, 6 (Recreatiepark Wierden); ABRs 13 november 2004, *M&R 2005*, 7 (Bestemmingsplan Wierden/amfibie-soorten en zoogdieren); ABRs 20 april 2005, *JfJ 2005*, 69 (Rugstreep op bedrijventerrein); ABRs 20 juli 2005, *JfJ 2005*, 102 (Bestemming kampeerterrain Terschelling). Op het terrein van de gebiedsbescherming: ABRs 19 november 2003, *M&R 2004*, 23 (Golfbaan Apeldoorn); Rb. Leeuwarden 31 december 2003, *JM 2004*, 35 (SBZ Groote Wielen); ABRs 24 november 2004, *M&R 2005*, 22 (Bestemmingsplan IJburg); ABRs 12 januari 2005, *JfJ 2005*, 27 (Duinen van Velsen); ABRs 9 februari 2005, *M&R 2005*, 70; ABRs 13 februari 2006, *LJN AV2222* (Randweg 's-Hertogenbosch); ABRs 29 maart 2006, *JM 2006*, 77 (Ammoniak en Veluwe); ABRs 22 maart 2006, *JM 2006*, 76 (Oesters en mosselen Oosterschelde); ABRs 22 maart 2006, *LJN AV7517* (Eilandspolder); ABRs 29 maart 2006, *LJN AV7540* (Ammoniak en Goirle); ABRs 10 mei 2006, *LJN AX0759* (Ammoniak en 'Wijnjeterper schar'); ABRs 14 juni 2006, *LJN AX8550* (Neder-Rijn/kwartelkoning) en ABRs 19 juli 2006, *LJN AY4232* (Ammoniak en Peel).
8. Omdat uit onderzoek is gebleken dat Nederland de richtlijnen strenger toepast dan andere Europese landen en dat kan leiden tot een verstoring van de werking van de interne markt, heeft de VVD-fractie in het Europees Parlement daarover ook vragen gesteld aan de Europese Commissie (Persbericht VVD Eurofractie d.d. 17 oktober 2006). De Minister van LNV ontkent overigens dat in Nederland een strengere toetsing plaatsvindt (zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 192, nr. 2). Er zijn echter goede redenen om aan te nemen dat dit wel het geval is (zie hierna onderdeel 3).
9. Die 'nabijheid' is overigens relatief: ook projecten op betrekkelijk grote afstand van de SBZ kunnen geen doorgang vinden als sprake is van (mogelijke) ('*long-distance*')-effecten op de SBZ (zie o.m. ABRs 26 januari 2005, *JfJ 2005*, 28 (Project Mainportontwikkeling Rotterdam)).
10. Zie hierover uitgebreid H.E. Woldendorp, 'Het Europese Hof over rechtsbescherming', *BR 2007*, p. 223.
11. Zie art. 19d e.v. Nbw 1998. Omdat de implementatie van de bepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn veel eerder had moeten plaatsvinden, heeft het Hof van Justitie in een door de Commissie aangehangig gemaakte inbreukprocedure geoordeeld dat Nederland de krachtens die richtlijnen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen (zie HvJ EG 14 april 2005, zaak C-441/03, *Commissie t. Nederland, Jur.* 2005, p. 1-3043). Deze late implementatie heeft ertoe geleid dat in Nederland relatief meer problemen zijn ontstaan dan in andere landen (zie ook *Kamerstukken II 2006/07*, 30 192, nr. 2, p. 11 en R. Beunen & R. van Ark, i.a.p., *JfJ 2006*, p. 44).

nen over de uitleg van die bepaling.¹² Ondanks de verduidelijking die het Hof met zijn arrest heeft gebracht, is de praktijk blijven zitten met een groot aantal vragen over de precieze betekenis van bepaalde normen uit de Habitatrichtlijn. Een deel van die onzekerheid is inhrent aan het open karakter van de gebruikte normen. Begrippen als 'verslechtering' en 'verstoring' (art. 6 lid 2), 'significante gevolgen' (art. 6 lid 3), 'passende maatregelen' (art. 6 lid 2), 'passende beoordeling' (art. 6 lid 3), 'dwingende redenen van groot openbaar belang' (art. 6 lid 4) hebben geen vastomlijnde betekenis, maar dienen per geval te worden 'ingevuld'.¹³

Het open karakter brengt met zich mee dat de bestuursrechter bij de uitleg daarvan enige spelruimte heeft. Dat is enerzijds vervelend voor de praktijk, omdat dit leidt tot onzekerheid. Anderzijds laat de open normering ruimte voor een genuanceerde, op het concrete geval toegespitste uitleg die past bij de globale natuurbeschermingsdoelstelling van de Habitatrichtlijn. Hoewel bestuursorganen en rechters enige mate van flexibiliteit hebben bij de uitleg van art. 6 van de Richtlijn, lijkt deze door de tekst van de Habitatrichtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie begrensde interpretatievrijheid in Nederland tot dusverre nog niet optimaal te worden benut. Vgl. de initiatiefnota 'Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoegen', *Kamerstukken II* 2005/06, 30 690, nr. 2, p. 1, waarin terecht wordt opgemerkt dat het probleem niet zozeer zit in de richtlijnen zelf, maar veeleer in onze manier van implementeren, in onze interpretatie. Door de bestaande onduidelijkheid over de betekenis van belangrijke begrippen uit de Habitatrichtlijn (en in het beginstadium ook door onbekendheid met die richtlijn bij veel betrokken ambtenaren), zijn veel bestuurlijke besluiten genomen die in strijd zijn met die Europese regelgeving.¹⁴ De rechter heeft zich tot op heden met name beperkt tot een louter procedurele toetsing: de rechter gaat uitsluitend na of het bestuursorgaan op voorhand in

redelijkheid tot zijn oordeel kon komen¹⁵ (in de praktijk betekent dit dat voldoende onderzoeksrapporten moeten zijn uitgebracht), maar vult de rechtsbegrippen uit de Habitatrichtlijn niet nader in. Die passieve houding van de rechter is in de literatuur terecht bekritiseerd¹⁶ en heeft tot rechtsonzekerheid geleid.¹⁷ Er zal hierna kort worden stilgestaan bij een aantal normatieve begrippen uit art. 6 van de Habitatrichtlijn om te illustreren welke (materiële) uitlegvrijheid de rechter ten dienste staat.

Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn

De begrippen 'kwaliteitsverslechtering', 'storende factoren', 'significant effect' en 'passende maatregelen' in het tweede lid van art. 6 Habitatrichtlijn kunnen worden aangemerkt als normatieve begrippen.

– Kwaliteitsverslechtering en verstoring

Onder 'verslechtering' wordt de fysische aantasting van een habitat verstaan, terwijl een 'verstoring van soorten' geen directe invloed heeft op de fysische kenmerken van een gebied en vaak beperkt is in de tijd (lawaaï, lichtbronnen e.d.).¹⁸ De termen kwaliteitsverslechtering en verstoring vindt men ook terug in art. 19d Nbw 1998, welke bepaling strekt tot implementatie van art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn. Art. 19d Nbw 1998 schrijft voor dat het verboden is zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften of beperkingen, van gedeputeerde staten dan wel de Minister van LNV, projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstelling de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een SBZ kunnen verslechteren of een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. De *Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998* noemt het fietsen over fietspaden in een Natura 2000-gebied of het bouwen van een schuurtje buiten een Natura 2000-gebied als voorbeelden van 'lichte activiteiten' waarvoor

12. HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02 (Kokkelvisserij), *Jur.* 2004, p. 1-7405, *JM* 2004, 112.

13. Zie ook C.J. Bastmeijer & J.M. Verschuuren, 'Juridische knelpunten bij de bescherming van natuurgebieden. Interdepartementaal onderzoek Vogel- en Habitatrichtlijn', *M&R* p. 146.

14. Zie R. Beunen & R. van Ark, 'Beheersplannen voor Natura 2000-gebieden: strategische plannen als referentiekader voor toekomstige besluitvorming', *JF/2006*, p. 44 en 46.

15. Conform het formele zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb.

16. Zie o.m. F.H. Kistenkas, R. Bugteren en E. Steingröver, 'Significantie in de rechtspraak: De Achilleshiel van de habitattoets', *JF/2006*, 136.

17. Vgl. F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, Europees en nationaal natuurbeschermingsrecht, Ontwikkelingen in jurisprudentie, regelgeving en beleid (planbureau-rapport nr. 21), p. 41; F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 18, 19 en 31, die erop wijzen dat de rechtsbegrippen onduidelijk zijn; F.H. Kistenkas, 'Een staatsrechtelijke patstelling: de Waardenburgnorm', *NJB* 2005, p. 212 en S.J. Dirksen, 'De Waardenburgnorm bestaat niet, ofwel de klok en de klepel', *NJB* 2005, p. 1194-1195. Ook in andere lidstaten wordt overigens geworsteld met begrippen uit de habitattoets (zie ook F.H. Kistenkas, 'Integrating and interpreting the Habitats and Birds Directives', *TLFR* 2005, p. 255-265).

18. Zie *Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998*, p. 28. De Handreiking is gepubliceerd op de internetsite van het Ministerie van LNV www.minlnv.nl.

met de verslechterings- en verstoringstoets kan worden volstaan.¹⁹

Zoals ook door de Europese Commissie²⁰ is erkend, hebben bestuursorganen (en rechters) een zekere speelruimte om te bepalen wat als significante verslechtering of verstoring moet worden aangemerkt. Slechts als een kwaliteitsverslechtering of verstoring significant is, behoeft met passende maatregelen te worden gereageerd. Bij de afweging of de verslechtering of verstoring onaanvaardbaar is, heeft het bevoegd gezag een grotere beleidsvrijheid dan wanneer de vergunningaanvraag via de passende beoordeling verloopt (zie hierna bij de bespreking van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn). Het bevoegd gezag kan rekening houden met de aanwezigheid van redenen van openbaar belang, de mogelijkheid om te compenseren en andere relevante overwegingen.²¹

De Raad van State, Afdeling bestuursrecht-spraak, heeft dat in het verleden ook wel onderkend en heeft meer dan eens gebruik gemaakt van haar vrijheid om te oordelen dat geen sprake is van een kwaliteitsverslechtering of verstoring.²² Van een significante verstoring is bijvoorbeeld geen sprake als de aard van de habitat niet (wezenlijk) wordt aangetast of als het natuurlijke verspreidingsgebied en de oppervlakte van de habitat gelijk blijven of zelfs toenemen. Maar er zijn ook minder evidente voorbeelden: als de oppervlakte van het 'verstoorde' gebied relatief gering is, als de beschermde species niet in hun bestaan worden bedreigd, de verstoring slechts incidenteel plaatsvindt of de effecten slechts tijdelijk van aard zijn, kan evenmin worden geoordeeld dat sprake is van een significante verstoring.²³

Passende maatregelen

Als sprake is van een significante kwaliteitsverslechtering of verstoring, dienen passende maatregelen te worden getroffen. Het woord 'passend' duidt erop dat de maatregelen in het licht van de concrete omstandigheden geschikt moeten zijn om de belangrijkste doelstelling van de richtlijn

(de bescherming van bedreigde leefgemeenschappen van planten en dieren en bedreigde soorten planten en dieren in hun leefgebieden) te helpen realiseren.

De Europese Commissie heeft een aantal algemene factoren genoemd die voor de passendheid van de beoordeling van belang zijn.²⁴ Er zal rekening moeten worden gehouden met de proportionaliteit van het gekozen beschermingsniveau, de daarmee gepaard gaande kosten en baten en de mogelijkheid van herziening van een besluit bij het bekend worden van nieuwe wetenschappelijke informatie. Meer specifiek betekent dit bijvoorbeeld dat bij een geringere verstoring van de habitat minder (kostbare) maatregelen behoeven te worden getroffen dan bij een ingrijpende verstoring. De aard en grootte van het project spelen derhalve een rol van betekenis. Voorts zijn slechts beperkte maatregelen nodig als de natuurlijke balans zich zonder nader ingrijpen – en binnen relatief korte duur – herstelt. In dat geval kan bijvoorbeeld worden volstaan met het treffen van inspectie maatregelen en behoeft niet actief te worden ingegrepen. Bij tijdelijke of incidentele gevolgen behoeven vanzelfsprekend ook niet dezelfde maatregelen te worden getroffen als in het geval van langdurige – of zelfs permanente – gevolgen.

Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn

Het in het derde en vierde lid van de Habitatrichtlijn beschreven toetsingskader wordt ook wel kortweg aangeduid als de 'habitattoets'. Bij de toetsing aan deze bepalingen vindt een getrapte beoordeling plaats. Bij vooronderzoek in de zogenaamde 'oriëntatiefase'²⁵ wordt nagegaan of het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied. Als niet op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat dit plan of project significante gevolgen kan hebben voor het gebied (het zogenaamde voorzorgsbeginsel), moet een passende beoordeling van de gevolgen van een plan of project worden gemaakt.²⁶ Toestemming voor een plan mag slechts worden verleend wanneer zekerheid bestaat dat het plan de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal

19. Zie Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998, p. 18.

20. Mededeling van de Commissie d.d. 2 februari 2000 (COM (2000) 1 def.), p. 25 ('Beheer van Natura 2000-gebieden; de bepaling van art. 6 van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)').

21. Zie Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet, § 3.3.

22. Zie o.m. ABR 13 maart 2000, BR 2000, p. 912 en ABR 10 februari 2000, JA 2000, 77.

23. Vgl. Voorzitter ABR 4 augustus 2006, AB 2006, 356, waarin werd geoordeeld dat het bejagen van vossen niet meer dan een geringe mate van verstoring van soorten kon veroorzaken.

24. Mededeling van de Commissie d.d. 2 februari 2000 (COM (2000) 1 def.), 'Beheer van Natura 2000-gebieden; de bepaling van art. 6 van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)'.

25. Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998, hfdst. 4.

26. HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02 (Kokkelvisserij), JW. 2004, p. 1-7405, JA 2004, 112, r.o. 45. Vgl. art. 19f Nbw 1998.

aantasten.²⁷ Dit vormt een koerswijziging ten opzichte van oudere jurisprudentie van de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak. Vóór de uitspraak van het Hof van Justitie in de Kokkelvisserijzaak beperkte de Afdeling bestuursrechtspraak haar beoordeling tot de vraag of het 'aannemelijk' was dat er significante effecten zouden zijn.²⁸ Inmiddels wordt aangenomen dat uit onderzoek met *redelijke* wetenschappelijke zekerheid moet worden vastgesteld dat er geen schade is voor het gebied.²⁹ Het is niet nodig dat *absoluut zeker* is dat de natuurlijke kenmerken van het project niet zullen worden aangetast. Als dat het geval zou zijn, zou geen enkel plan of project meer van de grond kunnen komen. Dat is nooit de bedoeling geweest van de Habitatrichtlijn.

Waar de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State in het verleden art. 6 van de Habitatrichtlijn betrekkelijk ruimhartig heeft toegepast, legt zij thans een grotere terughoudendheid aan de dag bij de toepassing van de habitattoets.³⁰ De neiging lijkt te bestaan art. 6 Habitatrichtlijn zodanig terughoudend te interpreteren dat elk risico op milieueffecten – hoe gering ook – wordt uitgesloten. Hoewel een zekere mate van voorzichtigheid begrijpelijk is in het licht van het voorzorgsbeginsel, dient niet uit het oog te worden verloren dat verschillende plannen en projecten een verschillende behandeling rechtvaardigen. In sommige gevallen mag een grotere mate van onzekerheid op de koop toe worden genomen dan in andere gevallen. Andere schrijvers hebben er in dat verband terecht op gewezen dat de termen 'passende beoordeling' en 'significante gevolgen' ruimte bieden voor een eigen interpretatie.³¹

– Passende beoordeling

Het begrip 'passende beoordeling' wordt nog omgeven door onduidelijkheden: de Habitatrichtlijn geeft zelf geen definitie of nadere omschrijving van het begrip en ook de rechtspraak heeft zich daartoe niet laten verleiden.³² Het belang om het begrip 'passende beoordeling' nader

te omlijnen, doet zich temeer gevoelen nu geldt dat degene die een vergunning aanvraagt daarbij zelf een passende beoordeling dient te leveren alvorens de Staat de vergunningaanvraag kan beoordelen en kan toewijzen.³³ Het zij benadrukt dat de *verantwoordelijkheid* voor het laten uitvoeren van een passende beoordeling bij de overheid ligt. Art. 11 juncto 14 lid 2 Habitatrichtlijn legt de *lidstaten* immers de plicht op om toezicht te houden op de staat van instandhouding van de soorten en natuurlijke habitats, met bijzondere aandacht voor prioritaire typen habitats en prioritaire soorten. Uit paragraaf 6.2 van de door het Ministerie van LNV opgestelde 'Handreiking Beheerplannen'³⁴ blijkt voorts dat het Rijk verantwoordelijk is voor de monitoring van de staat van instandhouding van soorten en habitattypen en dat het bevoegd gezag voor het opstellen van het beheersplan (in beginsel gedeputeerde staten) verantwoordelijk is voor het monitoren van de maatregelen (en effectiviteit) en de verandering in het gebied en in het gebruik in en om het gebied. De initiatiefnemer is volgens het systeem 'slechts' verantwoordelijk voor het leveren van de informatie over de effecten op de instandhoudingsdoelstellingen.³⁵

Het Hof van Justitie heeft in het Kokkelvisserij-arrest enige – maar zeker geen volledige³⁶ – duidelijkheid verschaft over de eisen die aan een passende beoordeling worden gesteld.³⁷ Evenals voor de vraag of sprake is van significante gevolgen, zijn voor de inhoud en omvang van de passende beoordeling de (mogelijke) negatieve effecten van het project bepalend.³⁸ Zo is de passende beoordeling voor een kortdurend project met tijdelijke gevolgen (bijvoorbeeld visserijactiviteiten gedurende enkele weken per jaar) van een andere orde dan een passende beoordeling voor een project dat blijvende gevolgen heeft (zoals de lozing van chemicaliën die ertoe leidt dat een bepaalde vissoort uitsterft). In het eerste geval is er voor de administratieve rechter meer ruimte om te oordelen dat de uitgevoerde beoordeling in

27. Vgl. HvJ EG 14 april 2005, zaak C-441/03, *Commissie t. Nederland*, *Jur.* 2005, p. I-3043, r.o. 25; zie ook o.m. ABRS 24 november 2004, *AB* 2004, 440 (IJburg II).

28. Zie bijvoorbeeld ABRS 10 september 2003, *M&R* 2004, 38.

29. HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02 (Kokkelvisserij), *Jur.* 2004, p. I-7405, *JM* 2004, 112, r.o. 56-59 en HvJ EG 29 januari 2004, zaak C-209/02, *Commissie t. Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-1211, r.o. 26-27.

30. Zie o.m. ABRS 13 oktober 2004, *AB* 2005, 79; ABRS 24 november 2004, *AB* 2004, 440; ABRS 26 januari 2005, zaaknr. 200307350, gepubliceerd op www.raadvanstate.nl.

31. Zie R. Beunen & R. Jaarsma, 'Europese Habitatrichtlijn frustreert ruimtelijk beleid', *ROM* 2001, p. 11.

32. Vgl. F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 22.

33. Zie art. 19flid I Nbw 1998.

34. De Handreiking is gepubliceerd op de internetsite van het Ministerie van LNV www.minlnv.nl.

35. Zie Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998, p. 19. Zie ook ABRS 3 maart 2004, *M&R* 2004, 78 (bestemmingsplan buitengebied Maasdriel).

36. Zie S. Van Dijk, 'Wanneer is 'passend' 'passend'?', *Jff* 2005, p. 204.

37. Zie r.o. 53 en 54.

38. Zie A.J. Durville, 'Passende beoordeling', *M&R* 2004, p. 77.

het kader van de omstandigheden en de feiten passend is in de zin van de Habitatrichtlijn. Het ligt eveneens in de rede dat een passende beoordeling voor een jaarlijks terugkerende activiteit waarmee jarenlange ervaring is opgedaan een andere is dan een passende beoordeling voor een nieuw en eenmalig project.

Ook de milieukenmerken en overige omstandigheden in het gebied hebben invloed op de vrijheid die de rechter heeft om te oordelen of een passende beoordeling heeft plaatsgevonden. Zo heeft de administratieve rechter meer ruimte om te oordelen dat een passende beoordeling heeft plaatsgevonden als geen dier- of plantensoorten in hun bestaan worden bedreigd dan wanneer de betrokken soorten kwetsbaarder zijn. Daarbij zal een rol kunnen spelen of de soorten en habitats zich zonder ingrijpen herstellen. Het vermogen tot herstel³⁹, bestaand grondgebruik, omkeerbaarheid en dergelijke zijn factoren die van belang zijn voor de inhoud van het begrip passende beoordeling in het concrete geval.

– *Significante gevolgen*

De significantie van schadelijke effecten dient te worden vastgesteld aan de hand van de instandhoudingsdoelstellingen.⁴⁰ Als de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar (dreigen te) worden gebracht, kan het plan of project worden beschouwd als plan of project dat significante gevolgen heeft voor het betrokken gebied. De significantie van de gevolgen moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het gebied. De connectie met de instandhoudingsdoelstellin-

gen brengt met zich mee dat wat in één gebied significant is, dat niet per definitie ook is in een ander gebied.⁴¹

Lastig voor initiatiefnemers was dat Nederland ook na de inwerkingtreding van de nieuwe Nbw 1998 op 1 oktober 2005⁴² – nog altijd geen concrete instandhoudingsdoelstellingen per SBZ had vastgesteld en ook draalde met het maken van interpreterende en goedkeurende beleidsregels⁴³, waardoor de inschatting van de significantie van de gevolgen van een bepaald plan of project werd bemoeilijkt.⁴⁴ Instandhoudingsdoelstellingen maken immers – meer concreet dan het aanwijzingsbesluit waarop zij zijn gebaseerd⁴⁵ – duidelijk waarom een bepaald gebied is aangewezen als Natura 2000-gebied, terwijl in beheersplannen duidelijkheid kan worden verschaft over de eisen die natuurdoelen stellen aan het gebied en hoe die eisen zich verhouden tot andere activiteiten.⁴⁶ De initiatiefnemer dient bij gebreke van dat referentiekader zelf een poging te doen de relevante natuurwaarden van een bepaald gebied in kaart te brengen en in te schatten bij welke afname of verslechtering de significantiegrens wordt overschreden.⁴⁷ Aangezien particuliere initiatiefnemers vervolgens nog dienen na te gaan wat de invloed van de geplande activiteit is op de verschillende soorten en natuurwaarden, worden zij onevenredig belast met een onderzoeksverplichting waarvoor de overheid – tenminste ten dele – verantwoordelijk is.⁴⁸ Hiervoor werd al opgemerkt dat de significantie van de gevolgen met name moet worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden

39. Vgl. Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *PbEG* 2004, L 143/56.

40. HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02 (Kokkelvisserij), *Jur.* 2004, p. I-7405, *JM* 2004, 112, r.o. 47.

41. Zie o.m. HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-355/90, *Commissie/ Spanje*, *Jur.* 1993, p. I-4221 (Moerassen van Santoña).

42. *Stb.* 2005, 501.

43. Zie F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 9. Uit rechtsvergelijkend onderzoek is gebleken dat in andere landen eerder handleidingen of toelichtingen over de interpretatie van art. 6 Habitatrichtlijn zijn gepubliceerd dan in Nederland (Ch. W. Backes, A.A. Freriks & A.G.A. Nijmeijer, t.a.p., p. 24).

44. Ook de Habitatrichtlijngebieden zijn nog niet aangewezen. Het Ministerie van LNV had in oktober 2005 overigens wel een concept doelendocument Natura 2000-gebieden opgesteld, waarin werd aangegeven wat haar beleidsvoornemens waren ten aanzien van de (instandhoudingsdoelstellingen voor de) SBZ's. Eerst in 2006 zijn voor een groot aantal gebieden de ontwerp-aanwijzingsbesluiten met de daarbij horende instandhoudingsdoelstellingen bekendgemaakt. De aanwijzing van habitatgebieden heeft nog altijd niet plaatsgevonden.

45. Zie H.E. Woldendorp, Gebiedsbescherming volgens de Natuurbeschermingswet 1998, *BR* 2005, p. 199-213, die erop wijst dat aanwijzingsbesluiten nogal algemeen geformuleerd zijn en dat zeker de oudere aanwijzingsbesluiten aan duidelijkheid te wensen overlaten.

46. Zie ook R. Beunen & R. van Ark, t.a.p., p. 47, die als voorbeeld noemen dat in een gebied dat is aangewezen wegens overwinterende kleine zwanen eerder zal worden toegestaan dat er 's zomers veel recreanten rondvaren dan in een gebied dat is aangewezen vanwege het feit dat er purperreigers broeden.

47. De Minister van LNV onderkent dat in zijn brief d.d. 1 september 2006 (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 192, nr. 2) ook: 'Om te komen tot een zorgvuldige afweging van bestaand gebruik is het nodig te beschikken over instandhoudingsdoelstellingen en een beheerplan voor het gebied, waarin het gebruik plaatsvindt' (onderstreping toegevoegd).

48. Zie art. 11 jo. art. 14 lid 2 Habitatrichtlijn. Vgl. ook de noot van Backes onder HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02 (Kokkelvisserij), *Jur.* 2004, p. I-7405, *JM* 2004, 112, die terecht opmerkt dat men zou kunnen stellen dat de toets van art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn in het geheel niet mogelijk is voordat over de instandhoudingsdoelstellingen overeenstemming bestaat en dat het 'afbraakrisico' van beslissingen tot toelating van activiteiten aanzienlijk hoger is zolang concrete instandhoudingsdoelstellingen ontbreken.

van het gebied.⁴⁹ In art. 2 van de Vogelrichtlijn⁵⁰ is uitdrukkelijk bepaald dat bij de vraag of sprake is van 'significante gevolgen' acht moet worden geslagen op de aard, de omvang en de ligging van een project. Bijlage III bij de Habitatrictlijn noemt als factoren de omvang van een project, de verontreiniging en hinder als gevolg van een plan en project; het bestaande grondgebruik; de kwaliteit en het regeneratievermogen van natuurlijke hulpbronnen; de duur, de frequentie en de omkeerbaarheid van het effect. Al deze factoren moeten in aanmerking worden genomen bij de invulling van het begrip significante gevolgen. Evenzeer als bij de toetsing aan het tweede lid van art. 6 Habitatrictlijn geldt derhalve dat de concrete omstandigheden bepalend zijn voor de beoordeling van de significantie van de gevolgen -- en daarmee van de toelaatbaarheid -- van een plan of project.

In de praktijk betekent dit bijvoorbeeld dat bij een project op een relatief klein deel van het natuurgebied minder snel mag worden aangenomen dat sprake is van significante gevolgen dan bij een project dat betrekking heeft op een groter oppervlak van het totale natuurgebied.⁵¹ Het spreekt ook voor zich dat bij de aanleg van wegen, bedrijventerreinen, havens of woonwijken een andere toetsing geboden is dan bij relatief kleine werkzaamheden als de verbouwing van een huis of de aanbouw van een garage.⁵² In het laatste geval is de kans dat afbreuk wordt gedaan aan de gunstige instandhouding van de habitat en de daarbinnen levende soorten immers navenant kleiner. Ook uit de rechtspraak blijkt dat de omvang van het project een rol van betekenis speelt. In een uitspraak van 5 november 2004⁵³, oordeelde de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State dat hij, mede gelet op de kleinschaligheid van de aalvisserij, geen aanleiding zag om te veronderstellen dat sprake zou zijn van significante effecten op de instandhou-

dingsdoelstellingen van de beschermde gebieden 'Krammer-Volkerak' en 'Zoommeer-Eendracht'.⁵⁴ Van doorslaggevend belang werd geacht dat de fuiken slechts tweemaal per week werden bezocht, uit het visplan voortvloeiende beperkingen van toepassing waren en de vergunning een tijdelijk karakter had.

Van een project dat slechts korte tijd duurt -- te denken valt aan een recreatieve wandeltocht of een kort onderzoek binnen een SBZ⁵⁵ -- mag minder snel worden aangenomen dat deze significante gevolgen heeft dan een langdurige of permanente activiteit, zoals de aanleg van windturbines, een elektriciteitsmast of een extra landingsbaan. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden heeft mede om die reden geoordeeld dat geen onderzoek behoefde te worden gedaan naar de gevolgen van een militaire lucht oefening boven de SBZ Waddenzee, IJsselmeer en Noordzeekustzone, onder meer omdat uit een overgelegd rapport bleek dat het gedrag van vogels niet significant werd beïnvloed door vliegtuigen op een hoogte van ten minste 300 meter.⁵⁶ Op grond van die gegevens, mede gelet op de beperkte duur van de oefening, kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat niet aannemelijk was dat de lucht oefening zou leiden tot een frequente verstoring van foeragerende (trek)vogels en daarmee tot significante gevolgen voor de betrokken SBZ.⁵⁷ Ook zal actiever moeten worden opgetreden tegen blijvende geluids- en stankoverlast als gevolg van de aanleg van een fabriek dan als zich uitsluitend geluidsoverlast voordoet gedurende de bouw fase.

Op gelijke wijze geldt dat bij activiteiten die al sinds jaar en dag plaatsvinden, zoals wadlopen, visserijactiviteiten, het beheer en onderhoud van recreatieterreinen en jachthavens minder snel mag worden aangenomen dat sprake is van significante gevolgen dan bij een nieuwe activiteit

49. Zie ook Vzgr. Amsterdam 5 oktober 2004, *LJN* AR3411.

50. De Vogelrichtlijn biedt bescherming aan alle in het wild levende vogels in de Gemeenschap, alsmede aan hun eieren, nesten en leefgebieden. De werking van de Richtlijn beperkt zich thans alleen nog tot de soortenbescherming. Het gebiedsbeschermingsregime van de Vogelrichtlijn is inmiddels vervangen door het gebiedsbeschermingsregime van de Habitatrictlijn.

51. Zo werd een gebied dat slechts 0,015% bedroeg van de totale oppervlakte van een SBZ-bosgebied als verwaarloosbaar beschouwd (ABRS 10 juli 2002, No. 200103181, n.g.). Zie ook ABRS 21 juni 2001, *JM* 2001, 115, waarin van belang werd geoordeeld dat de betrokken SBZ vele malen groter was dan het gebied waar de activiteiten plaatsvonden.

52. Vgl. ABRS 16 juli 2003, *AB* 2003, 336, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak benadrukte dat het plangebied door de aanleg van de haven als habitatgebied volledig verloren zou gaan (en vaststond dat niet aan de vereisten van art. 6 lid 4 kon worden voldaan).

53. ABRS 5 november 2004, *LJN* AR5452.

54. Vgl. Vz. ABRS 4 augustus 2006, *AB* 2006, 356, waarin werd geoordeeld dat niet aannemelijk was gemaakt dat vogelsoorten door het bejagen van vossen meer dan incidenteel werden verstoord.

55. Vgl. S. Van Dijk, 'Wanneer is 'passend' 'passend'?', *Jfj* 2005, p. 206.

56. Vzf. Leeuwarden 3 oktober 2005, *Jfj* 2005, 144.

57. Anderzijds werd in Vzgr. 5 juli 2002, *M&R* 2002, 121 geoordeeld dat de (blijvende) aantasting van foerageergebieden kon worden beschouwd als significant nadelig effect.

zoals de bouw van een nieuwe fabriek.⁵⁸ Over de gevolgen van een 'bestaande' activiteit bestaat niet alleen minder twijfel omdat daarmee al enige ervaring is opgedaan, maar deze activiteit maakt in zekere zin reeds onderdeel uit van het beschermde leefgebied. Dit wordt ook erkend in het Besluit vrijstelling beschermde diersoorten, dat met name sociaal beoogt te bieden in gevallen van bestendig beheer en gebruik.⁵⁹ In de LNV-brochure 'Buiten aan het werk' worden een militair oefenterrein en motorcross als voorbeelden van bestendig gebruik genoemd. Het zijn volgens de brochure 'jarenlange activiteiten die samenhangen met de landschappelijke kwaliteit'. De achterliggende gedachte is dat een bestaande praktijk kennelijk niet heeft verhinderd – of er zelfs toe heeft bijgedragen – dat beschermde soorten zich in het gebied hebben gevestigd.⁶⁰ Ook bij het bepalen van de omvang van de externe werking van een handeling of activiteit⁶¹, speelt het bestaande gebruik van het gebied (en de directe omgeving van het te beschermen gebied een rol).⁶² Een recente uitspraak van de Rechtbank Middelburg van 5 april 2007⁶³ staat op gespannen voet met dat uitgangspunt. In die zaak had de Minister van LNV eerder verleende visvergunningen voor een gebied niet zijnde een SBZ ingetrokken op de grond dat niet kon worden uitgesloten dat visactiviteiten op een kleinere diepte dan -20 meter NAP significante gevolgen konden hebben voor de SBZ's Voordelta en de Noordzeekustzone. De rechtbank sauveerde dat in-trekkingsbesluit, ondanks het feit dat de Minister van LNV niet had gemotiveerd waarom de externe werking zich zou moeten uitstrekken over het gebied tussen de Voordelta en de Noordzeekustzone, terwijl de afstand tussen die beide SBZ's ruim 100 kilometer bedraagt. Als de externe werking – waarvan überhaupt volstrekt onduidelijk is hoe ver deze in ieder gegeven geval

strekt – altijd zo ver zou worden opgerekt, zou er in Nederland geen enkel gebied zijn, waarin niet het bijzondere en vergaande milieubeschermingsregime wordt toegepast dat eigenlijk is bedoeld voor de (directe omgeving van) delicate SBZ's. De Natuurbeschermingswet biedt geen enkele basis voor een dergelijke vergaande externe werking.

Bij een grotere afstand van het plan of project tot het natuurgebied dient meer terughoudendheid te worden betracht bij het aannemen dat sprake is van significante gevolgen dan bij een plan of project in een natuurgebied. Zo werd de aanleg van een jachthaven op 120 meter van een SBZ geaccepteerd⁶⁴, evenals een windenergiepark op 800 meter van een SBZ.⁶⁵ Niet alleen de afstand maar ook de aard van het project en de kenmerken van het gebied spelen een belangrijke rol bij de toelaatbaarheid daarvan. Bij een (bouw)project in de nabijheid van reeds bestaande bouwwerken zal bijvoorbeeld minder snel mogen worden aangenomen dat sprake is van significante gevolgen dan bij een project in een ongerept natuurgebied. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in het verleden het argument verworpen dat windturbines onaanvaardbaar waren, omdat er nog een chemische fabriek en andere hoge installaties waren en het open karakter om die reden reeds was aangetast. In een eerdere zaak oordeelde de Afdeling dat zij er, gegeven de reeds in de Waddenzee aanwezige grote concentraties TBT, niet van overtuigd was dat de daaraan toegevoegde verontreiniging als gevolg van de in geding zijnde lozingen, naast de verontreiniging afkomstig van schepvaart op volle zee, significante gevolgen kon hebben voor de vogels

58. Vgl. ABR 26 maart 2003, *LJN AF6383*, waarin de Afdeling tot het oordeel kwam dat de jachthaven geen significante effecten had op de SBZ.
59. Zie ook van de brief van de Minister van LNV aan de Tweede Kamer d.d. 1 september 2006 (*Kamerstukken II 2006/07*, 30 192, nr. 2), waarin de minister op p. 4 aangeeft het wenselijk te achten de vergunningplicht voor bestaand gebruik op te heffen in de periode tot de beheerplannen zijn vastgesteld.
60. Vgl. J.H.G. van den Broek, 'Besluit vrijstelling beschermde diersoorten verruimd', *BR* 2005, p. 369.
61. Voor alle voorgenomen handelingen en activiteiten die 'gezien de instandhoudingsdoelstellingen' een negatief effect hebben op een Natura 2000-gebied moet o.g.v. art. 19d Nbw 1998 een vergunning worden aangevraagd, ongeacht of deze handelingen binnen of buiten het aangewezen gebied zullen worden verricht (*Kamerstukken II*, 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 11).
62. Zie ook R. Fieten, 'Instandhoudingsdoelstellingen; de rode draad in de gebiedsbescherming van de herziene Natuurbeschermingswet 1998', *M&R* 2006, p. 21.
63. Rb. Middelburg 5 april 2007, AWB-nummer 06/326, 06/328, 06/515, 05/558, 06/559 (PO Schelpdiervissers/Minister LNV).
64. ABR 12 december 2001, *M&R* 2002, 111.
65. ABR 30 januari 2002, *M&R* 2002, 120; vgl. ABR 20 maart 2002, *M&R* 2002, 98 (glastuinbouw op 60 meter); ABR 1 mei 2002, *JM* 2002, 84 (woonwijk op 800 meter); ABR 30 oktober 2002, *JM* 2003, 36 (wegconstructie op 200 meter); ABR 31 november 2002, *M&R* 2003, 16 (wegaanleg 'op enige afstand'); ABR 11 december 2002, *JM* 2003, 41 (crematorium 'op korte afstand'); Rb. Leeuwarden 31 december 2003, *JM* 2004, 35 (behouwing op 250 meter); ABR 9 februari 2005, *AB* 2005, 172; ABR 13 oktober 2004, *AB* 2005, 79 en ABR 14 juni 2006, *LJN AX8550* (varkenshouderij op 3,5 km afstand).

in het als SBZ in de zin van de Vogelrichtlijn aangewezen gebied.⁶⁶

Bij mitigerende maatregelen dient de administratieve rechter eveneens terughoudender te zijn bij het aannemen van significante gevolgen dan wanneer geen maatregelen worden getroffen.⁶⁷ Deze maatregelen kunnen er bijvoorbeeld in bestaan dat geen werkzaamheden worden verricht tijdens het voortplantingsseizoen (dat bijvoorbeeld geen bomen worden gekapt tijdens het broedseizoen), dat bepaalde gebieden worden afgebakend of dat slechts bepaald materiaal wordt gebruikt. Ten slotte zal bij bijkomende positieve effecten – zoals de uitroei van overbevolking – minder snel moeten worden aangenomen dat sprake is van significante gevolgen. Voor de praktijk zou het overigens aanbeveling verdienen als in beleidsregels zou worden verduidelijkt welke mitigerende maatregelen door initiatiefnemers moeten worden getroffen in bepaalde, frequent voorkomende situaties.⁶⁸

Bij negatieve schommelingen die kleiner zijn dan de normale gemiddelde schommelingen voor een bepaalde soort of habitat, zal niet snel mogen worden aangenomen dat sprake is van significante gevolgen.⁶⁹ Een project zal slechts een halt mogen worden toegeeroepen als een afname van habitat of een verlies in populatie van een bepaalde soort dusdanig is dat de significantiegrens⁷⁰ wordt overschreden.⁷¹ In dat verband is het van belang na te gaan op welke schaal de gevolgen plaatsvinden. Is dat slechts lokaal of regionaal of eerder nationaal of Europawijd? In het laatste geval dient ook over de landsgrenzen heen

te worden gekeken. Men kan immers bezwaarlijk stellen dat sprake is van een wezenlijke negatieve invloed op een soort als slechts enkele lokale exemplaren schade ondervinden van een activiteit, maar de soort zich elders in de regio, in Nederland of in Europa in een gunstige staat van instandhouding bevindt.⁷² Uiteraard ligt een lokale of regionale toetsing wel in de rede als de soort elders in Europa niet voorkomt. Dat de Minister van LNV er een voorstander van is dat een toetsing op macroniveau plaatsvindt, blijkt wel uit het feit dat hij erop heeft gewezen dat wanneer soorten in Europa algemeen voorkomen, zij niet behoeven te worden beschermd onder de Habitatrichtlijn.⁷³

Ten slotte zij opgemerkt dat het van belang is om oorzaak en gevolg zo goed mogelijk van elkaar te onderscheiden. Een verslechtering van de habitat wordt in de praktijk vaak in verband gebracht met een bepaald project, soms zonder dat enig causaal verband is aangetoond.⁷⁴ Zeker nu de natuur per definitie onderhevig is aan veranderingen, dient steeds te worden getracht na te gaan of de (tijdelijke) verstoring zich niet eveneens zou hebben voorgedaan zonder de verwezenlijking van het project.

Art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn

Het vierde lid ziet op de mogelijkheid een plan – ondanks het feit dat de beoordeling ervan negatief is uitgevallen –, niet te verworpen als er voor het plan geen alternatieven zijn en hiervoor

66. Vgl. ABRs 22 mei 2001, *BR* 2001, p. 797.

67. Vgl. ABRs 20 maart 2002, *BR* 2002, p. 865 en ABRs 14 juni 2006, *LJN* AX8550, r.o. 2.11. Zie ook Mededeling Commissie (COM (2000) 1 def.), p. 38 en de initiatiefnota 'Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoegen', *Kamerstukken II* 2005/06, 30 690, nr. 2, p. 5, waarin wordt voorgesteld de saldering van positieve en negatieve effecten te bevorderen en zo ruimte voor win-win-situaties te creëren.

68. Zo zijn in het Verenigd Koninkrijk voor de bescherming van vleermuissoorten de zogenaamde *Bat mitigation guidelines* vastgesteld, die van groot belang zijn voor verbouwingen (zie F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 40 (§ 5.4)).

69. Vgl. Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen en van milieuschade, *PbEG* 2004, L 143/56.

70. In de rechtspraak is er wel van uitgegaan dat het aanvaardbaar is als geen van de kwalificerende soorten in het gehele gebied met 5% of meer zou afnemen (r.o. ABRs 17 december 2003, *M&R* 2004, 29, r.o. 2.6.5). Dit wordt ook wel de 5%- of Waardenburgnorm genoemd.

71. Vgl. § 11 en § 12 Besluit Commissie inzake bezwaar nr. 2004/5008: '(...) zwar Vorkommen von Wachtelknig und Neuntöter nachgewiesen. Allerdings sind diese Vorkommen nur von untergeordneter Bedeutung und tragen nicht zum Erhalt der Arten in Deutschland bei. (...), dass das Vorhaben keine erheblichen negativen Auswirkungen auf das angrenzende Vogelschutzgebiet 'Hainisch-Hand' haben wird'.

72. Vgl. J.H.G. van den Broek, 'Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten verruimd', *BR* 2005, p. 369. Zie ook de initiatiefnota 'Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoegen', *Kamerstukken II* 2005/06, 30 690, nr. 2, p. 4, waarin wordt voorgesteld te bevorderen dat in Euregio-verband een protocol voor grensoverschrijdende natuurcompensatie wordt opgesteld.

73. *BR* 2005, p. 369.

74. Zo werd een causale relatie verondersteld tussen de mechanische kokkelvisserij en de sterfte van Eideerenden in de Waddenzee, terwijl het niet ondenkbaar is dat andere oorzaken debet waren aan de sterfte. Vgl. S. Van Dijk, 'Wanneer is 'passend' 'passend'?', *JFJ* 2005, p. 211.

dwingende redenen van groot openbaar belang bestaan.⁷⁵

– *Dwingende reden van groot algemeen belang*
Het woord 'dwingend' laat weliswaar een kleinere beoordelingsmarge dan het woord 'passend', maar de beoordelende instantie heeft ook hier enige beoordelingsvrijheid. Op grond van het subsidiariteitsbeginsel zijn het de bevoegde nationale instanties die moeten bepalen of van een dwingende situatie sprake is. Zij zijn daarbij gebonden aan het algemene beginsel dat ter rechtvaardiging van een milieuaantasting een algemeen belang zwaarder moet doorwegen dan de ecologische doelstellingen van de richtlijn.⁷⁶ Vereist is dat de reden dwingend is met het oog op de bescherming van fundamentele waarden als gezondheid, veiligheid en milieu, fundamentele beleidsmaatregelen voor de staat en de samenleving en de uitvoering van economische of maatschappelijke activiteiten waardoor specifieke openbare dienstverplichtingen worden nagelaten. Aangezien het algemeen belang moet worden gediend door andere fundamentele belangen te laten prevaleren, dient zo goed mogelijk te worden gemotiveerd dat de algemene maatschappelijke overtuiging bestaat dat andere belangen in het voorkomende geval zwaarder wegen dan de door de Habitatrichtlijn beschermde belangen.⁷⁷

Als een bestuursorgaan eenmaal alle betrokken belangen in kaart heeft gebracht, laat de rechter een ruime vrijheid aan dat bestuursorgaan om – binnen de grenzen van de wettelijke regeling – een besluit te nemen. Dat blijkt onder meer uit de beoordeling van het besluit inzake de Tweede Maasvlakte voor zover dat significante gevolgen heeft voor de SBZ Voordelta. De Afdeling oordeelde immers dat de regering heeft kunnen be-

sluiten dat er geen alternatieven zijn: de regering heeft in redelijkheid de keuze voor de uitbreiding van de Rotterdamse haven als uitgangspunt kunnen nemen. De regering heeft bovendien mogen aannemen dat sprake is van dwingende redenen van openbaar belang die de inbreuk op de SBZ rechtvaardigen.⁷⁸ De bestuursrechter treedt derhalve niet inhoudelijk in een beoordeling van de politieke besluitvorming.

3. Rechtsvergelijking

Vele Nederlandse ondernemers en politici⁷⁹ vragen zich af waarom met name Nederlandse bedrijven te kampen lijken te hebben met problemen als gevolg van de implementatie van Europese richtlijnen.⁸⁰ Dat kan ten dele wellicht worden toegeschreven aan het feit dat Nederland een dichtbevolkt land is met een hoge milieu- en ruimtelijke druk in vergelijking met andere lidstaten, waardoor eerder conflicten tussen ecologische en economische belangen kunnen ontstaan.⁸¹ Dat is echter niet de enige reden.

Onderzoek heeft uitgewezen dat de Habitatrichtlijn niet in alle lidstaten op dezelfde wijze wordt uitgelegd.⁸² De verschillen in interpretatie kunnen in belangrijke mate worden toegeschreven aan het feit dat de – in § 2 beschreven – begrippen uit de Habitatrichtlijn niet eenvoudig (op uniforme wijze) zijn toe te passen. Een veel gehoorde kritiek is dat Nederland de Habitatrichtlijn op een striktere wijze toepast dan andere landen. Dat werd bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht door R. Timmer in het artikel 'Niet weer op slot' in het *Financieele Dagblad* van 20 februari 2006:

'In werkelijkheid zet Nederland zelf de Europese minimumeisen voor natuur en milieu onnodig

75. Vgl. art. 19g en h Nbw 1998. Er wordt ook wel gesproken over toetsing aan de ADC-criteria, hetgeen inhoudt dat er geen Alternatieven zijn, sprake is van een Dwingende reden van groot openbaar belang en voorzien is in Compensatie. Zie Algemene Handreiking Natuurbeschermingswet 1998, p. 29.
76. Vgl. HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-57/89, Commissie/Duitsland – 'Leybuchtijken'. In ABR 11 januari 2000, AB 2000, 31 (Bestemmingsplan IJburg Amsterdam) werd woningnood aanvaard als een dwingende reden van 'openbaar belang'.
77. Er moet worden aangetoond dat het belang van de realisering van het plan of project op de lange termijn (bijv. een werkgelegenheidsbelang) zwaarder moet wegen dan het belang van het behoud van de SBZ (zie ook F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 22 (§ 3.2.4), die in dat verband ook wijzen op de Westerschelde- en de hamsterzaak (ABRS 16 juli 2003, No. 200205582/1, r.o. 2.19 resp. ABRS 26 oktober 1999, AB 2000, 23, r.o. 2.7.5)). In ABR 12 januari 2005, Jf 2005, 27 (Duinen van Velsen) werd de toename van werkgelegenheid (200 arbeidsplaatsen) geen groot maatschappelijk belang geacht.
78. ABR 26 januari 2005, Jf 2005, 28, r.o. 2.12.12-2.12.15. De Raad van State vernietigde toch de kabinetsbesluiten, omdat geen passende beoordeling had plaatsgevonden (de vislarven- en slobinstroom was onvoldoende onderzocht).
79. Zie ook het artikel 'Niet weer op slot' in het *Financieele Dagblad* d.d. 20 februari 2006, waarin wordt uiteengezet dat regeringspartijen CDA en VVD na de moeizame implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn met angst en beven uitzien naar de implementatie van de Europese kaderrichtlijn water.
80. J.H.G. van den Broek, 'Besluit vrijstelling beschermde diersoorten verruimd', BR 2005, p. 369. Zie ook de motie Geluk (*Kamerstukken II*, 2004/05, 29 435, nr. 107).
81. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 192, nr. 2, p. 11.
82. Inmiddels zijn twee rechtsvergelijkende onderzoeken uitgevoerd door het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS respectievelijk Alterra (zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 192, nr. 2, p. 8).

zwaar aan in nationale wetgeving. Daarom is de aanleg van de tweede Maasvlakte vertraagd en kunnen wegverbredingen niet doorgaan.⁸³

(onderstreping toegevoegd)

Niet in alle Europese lidstaten lijkt dezelfde – als knellend ervaren – koers te worden gevaren als in Nederland. Zo kent de Duitse *Bundes Naturgesetz* een algemene hardheidsclausule⁸³, waardoor het mogelijk is om de rigiditeit in de wetgeving te omzeilen.⁸⁴ Kistenkas en Kuindersma hebben er reeds op gewezen dat het Duitse systeem wellicht ook voor het Nederlandse natuurbeschermingsrecht het overwegen waard is, omdat het de mogelijkheid biedt voor interpreterende en met name ook goedkeurende beleidsregels die de bestuurspraktijk aanmerkelijk kunnen versoepelen.⁸⁵ De Belgische en Franse wetgeving bevatten – anders dan de Nederlandse regelgeving – de expliciete bepaling dat rekening wordt gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied en met regionale en lokale bijzonderheden.⁸⁶ Op het punt van de passende beoordeling is Nederland eveneens relatief veeleisend: terwijl hier van initiatiefnemers wordt verwacht dat zij zelf een passende beoordeling uitvoeren, wordt die beoordeling in andere landen (onder meer in Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk) door de bevoegde autoriteiten verzorgd.⁸⁷ De ongelijkheid tussen Nederlandse ondernemers en ondernemers uit andere lidstaten spruit daarnaast voort uit het feit dat de drempel om te klagen in Nederland lager ligt dan in de ons omringende landen. In landen als Duitsland en Oostenrijk zijn de mogelijkheden van inspraak en rechtsbescherming voor burgers om een inbreuk op de uitvoering van nationale wetgeving ter implementatie van art. 6 Habitatrictlijn aan te vechten zeer beperkt. Alleen eigenaren en andere rechthebbenden beschikken over die mogelijkheid, aangezien zij in hun subjectieve rechten kunnen worden geschaad door beslissingen omtrent plannen en projecten.⁸⁸ Deze relativiteits-

toets speelt in Nederland geen belangrijke rol. Zodra een belanghebbende toegang heeft tot de procedure, kan hij alle argumenten tegen een besluit aanvoeren ongeacht of hij een specifiek belang heeft.⁸⁹ Hoewel het opwerpen van al te hoge barrières voor rechtsbescherming onverenigbaar zou zijn met Europees recht, moet er – gelet op de ingrijpende (financiële) consequenties die stillegging van projecten voor een vergunninghouder kan hebben – wel op worden toegezien dat klagers een concreet en rechtstreeks belang hebben bij vernietiging van een vergunning.

Een deel van de rechtsongelijkheid zal ten slotte kunnen worden opgeheven als het bestuur en de rechter niet langer uitsluitend oog hebben voor de Nederlandse situatie en precedentes, maar daarnaast ook gebruik maken van de kennis en ervaring die in andere lidstaten met de toepassing van de Habitatrictlijn is opgedaan.⁹⁰ Een convergerende interpretatie van de diverse begrippen uit de Habitatrictlijn, zal immers voorkomen dat ondernemers uit bepaalde lidstaten op een aanmerkelijk (on)gunstigere behandeling kunnen rekenen dan hun concurrenten uit andere landen. De Minister van LNV heeft het belang van coördinatie tussen de lidstaten onderkend en aangegeven het van belang te achten dat Nederland zich met de Europese Commissie en de overige lidstaten in EU-verband inzet voor de verdere ontwikkeling van een praktijk van 'best practices' in de lidstaten.⁹¹

4. Tot slot

Het heeft er de schijn van dat de Nederlandse toetsing aan de Habitatrictlijn strenger is dan de toetsing in andere landen, waardoor relatief veel plannen en projecten (tijdelijk) geen doorgang kunnen vinden. Dat is een onwenselijke situatie: nog afgezien van het feit dat het karakter van het Natura 2000-netwerk vereist dat art. 6 van de Habitatrictlijn uniform wordt uitgelegd en toe-

83. Art. 62 BNatSchG.

84. F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 38 (§ 5.2).

85. F.H. Kistenkas & W. Kuindersma, t.a.p., p. 40 (§ 5.5). Zie ook de initiatiefnota 'Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoege', *Kamerstukken II 2005/06*, 30 690, nr. 2, p. 2 en 3.

86. Zie Ch. W. Backes, A.A. Freriks & A.G.A. Nijmeijer, t.a.p., p. 26, die zich overigens afvragen of die bepaling zich verdraagt met de vereisten van art. 6 Habitatrictlijn.

87. Zie Ch. W. Backes, A.A. Freriks & A.G.A. Nijmeijer, t.a.p., p. 63.

88. Zie Ch. W. Backes, A.A. Freriks & A.G.A. Nijmeijer, t.a.p., p. 56, die zich afvragen of het Kokkelvisserij-arrest zich niet verzet tegen die beperkte opvatting. In die zaak (r.o. 66) overwoog het Hof van Justitie dat het voor de volle werking van milieunormen in de regel nodig wordt geacht dat particulieren helpen bij de handhaving, en dat daarom relatief snel moet worden aangenomen dat die gemeenschapsbepalingen naast het algemene milieubelang mede het belang van (individuele) particulieren beschermen.

89. Zie Ch. W. Backes, A.A. Freriks & A.G.A. Nijmeijer, t.a.p., p. 57.

90. Vgl. het rechtsvergelijkend onderzoek van Alterra, waarin wordt aanbevolen casuïstiek op te bouwen en die kennis zowel in Nederland als in EU-verband in te brengen in relevante besluitvormingsprocessen (zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 192, nr. 2, p. 10).

91. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 192, nr. 2, p. 12.

gepast⁹², moet worden voorkomen dat Nederlandse ondernemers op een ongerechtvaardigde achterstand worden gezet ten opzichte van buitenlandse bedrijven.⁹³

Het is goed dat wij milieubescherming in Nederland hoog in het vaandel hebben, maar er dient voor te worden gewaakt dat de balans niet te ver doorschiet en dat niet een halt wordt toegeroepen aan activiteiten die al jaren bestaan en waarvan de gevolgen slechts tijdelijk of vanuit Europees perspectief verwaarloosbaar zijn. Het besef moet gaan leven dat een ruimhartigere toetsing niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar is met de Habitatrichtlijn. Hoewel het bestuursorgaan en de administratieve rechter zijn gebonden aan de inhoud van de Habitatrichtlijn en de daaraan door het Hof van Justitie gegeven interpretatie, betekent dat niet dat zij geen enkele vrijheid meer

hebben bij de uitleg van deze begrippen. Het is immers aan hen de in de Habitatrichtlijn gebruikte open normen in het concrete geval nader in te vullen (en aan partijen om deze genuanceerde interpretatie aan te dragen). Met een op de specifieke kenmerken van het concrete geval toegesneden invulling van deze normatieve begrippen – waarbij rekening wordt gehouden met factoren als de omvang, duur en historie van het project – kan worden voorkomen dat het bestuursorgaan en de rechter het gevoel hebben dat het onthouden van goedkeuring aan een project onontkoombaar is. Hopelijk zullen de thans opgestelde instandhoudingsdoelstellingen en beheersplannen er eveneens toe bijdragen dat er weer plaats is voor duurzame ontwikkeling, waarbij Nederland met de haar omringende landen in de pas loopt.

92. Vgl. S. Van Dijk, 'Wanneer is 'passend' 'passend'?', *JFf* 2005, p. 211.

93. De Minister van LNV heeft inmiddels onderkend dat het belangrijk is dat de sociaal-economische consequenties van Natura 2000 op een evenredige wijze door de lidstaten worden gedragen (zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 192, nr. 2, p. 8).

Jurisprudentie

I. Ruimtelijk ordeningsrecht

Nr. 157

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State,
20 juni 2007, No. 200606614/1 (Luchtkwaliteit
Bladel)

Mrs. D.A.C. Slump, R. van der Spoel, S.J.E.
Horstink-von Meyenfeldt

**Art. 19 lid 1 WRO. Blk 2005. Art. 7:9 Awb.
Luchtkwaliteit en verkeer. Snelheidstypering moet
worden gebaseerd op feitelijke situatie. Zonering.
Afwijken VNG-brochure voldoende gemotiveerd:**

Met noot A.G.A. Nijmeijer, Red.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge het bestemmingsplan 'Buitengebied gemeente Bladel 1998, 1e herziening 2002' (hierna: het bestemmingsplan) rust op het perceel de bestemming 'Agrarisch gebied met landschappelijke waarden', met daarbij de aanduiding 'Cultuurhistorisch waardevol' en de detailbestemming 'vrijstaande woning'.

Het bouwplan is in strijd met het bestemmingsplan, nu gronden met deze bestemming ingevolge art. 1.6, lid B, van de planvoorschriften, behoudens vrijstelling, niet mogen worden bebouwd. Om niettemin realisatie van het bouwplan mogelijk te maken, heeft het college met toepassing van art. 19, eerste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: de WRO) een vrijstelling verleend.

2.2. Appellanten betogen vergeefs dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat het besluit op bezwaar in strijd met art. 7:9 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) tot stand is gekomen, nu zij niet zijn gehoord over het nadere advies van de Milieudienst Regio Eindhoven (hierna: de MRE) van 4 mei 2006. Het advies van de MRE van 4 mei 2006 behelst voornamelijk een bevestiging en verduidelijking van het eerdere advies van de MRE van 23 februari 2006 dat eveneens aan het besluit op bezwaar ten grondslag is gelegd. Van een wezenlijk verschil tussen