

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

1 september 2010

nr. 200905018/1/R2, LJN BN5737

(mrs. J.A.W. Scholten-Hinlopen, G.N. Roes en J.C. Kranenburg)

m.nt. P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen

Omzettingstermijn Habitatrichtlijn. Milieuvergunning. Bestaand gebruik. Intensieve veehouderij. Passende beoordeling. Significante verstoring. Ammoniakemissie. (Gelderland)

1. *Uit de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (thans: Europese Unie) van 23 maart 2006, C-209/04 (Commissie/Oostenrijk) en van 14 januari 2010, C-226/08 (Stadt Papenburg) volgt dat indien vóór afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn (HrI), te weten op 10 juni 1994, voor een project toestem-*

ming is verleend, de in art. 6 lid 3 en 4 Hrl vervatte procedure voor voorafgaande beoordeling van de gevolgen van het project voor het Natura 2000-gebied niet geldt. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak is die procedure evenmin van toepassing als voor het project toestemming is verleend vóór de datum van vaststelling van de lijst van gebieden van communautair belang. Daarbij is in aanmerking genomen dat, gelet op art. 4 lid 5 Hrl, die procedure eerst van toepassing is ná de vaststelling van die lijst.

Hierop bestaat, gelet op art. 7 Hrl jo. art. 4 Vogelrichtlijn (Vrl), een uitzondering indien het betrokken gebied is aangewezen als speciale beschermingszone in de zin van de Vrl. Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vrl, die zijn aangewezen vóór afloop van de omzettingstermijn van de Hrl gelden de bepalingen van art. 6 lid 2, 3 en 4 Hrl vanaf 10 juni 1994. Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vrl, die zijn aangewezen ná afloop van die omzettingstermijn gelden de bepalingen van art. 6 lid 2, 3 en 4 Hrl vanaf het van kracht worden van de aanwijzing.

Onder het verlenen van toestemming als hiervoor bedoeld, waarvoor de procedure voor voorafgaande beoordeling als bedoeld in art. 6 lid 3 en 4 Hrl niet geldt, moet naar het oordeel van de Afdeling in gevallen als deze de vergunning dan wel de melding krachtens de Wet milieubeheer of de daaraan voorafgaande Hinderwet worden verstaan.

De onderhavige vergunning heeft deels betrekking op een handeling die overeenkomt met de op 1 november 1983 krachtens de Hinderwet vergunde, en bij besluit van 23 juli 1996 op grond van de Wet milieubeheer gewijzigde andere handeling. De krachtens de Hinderwet afgegeven vergunning is verleend vóórdat de aanwijzing als speciale beschermingszone in de zin van de Vrl van kracht werd en vóórdat het gebied op de lijst van gebieden van communautair belang werd geplaatst. Gelet op het vorenoverwogene heeft de eerder vergunde andere handeling niet alsnog aan een beoordeling op grond van art. 6 lid 3 en 4 Hrl te worden onderworpen op het moment waarop de aanwijzing van het gebied als speciale beschermingszone in de zin van de Vrl van kracht wordt of op het moment van plaatsing van een gebied op de lijst van gebieden van communautair belang.

2. De uitbreiding van de veehouderij moet worden aangemerkt als een project in de zin van art. 6 lid 3 en 4 Hrl. Immers, voor het begrip 'project' dient hier aansluiting te worden gezocht bij de MER-richtlijn. Blijkens de aanvraag heeft deze betrekking heeft op 'de uitvoering van bouwwerken of de totstandbrenging van andere installaties of werken', als bedoeld in art. 1 lid 1 MER-richtlijn. Nu niet op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat dit project, als gevolg waarvan de ammoniakdepositie zal toenemen, een verslechterend effect kan hebben op het Natura 2000-gebied, kan, gelet op art. 19f lid 1 NB-wet 1998, voor dit project pas een vergunning worden verleend indien daaraan voorafgaand een passende beoordeling wordt gemaakt.

3. Dat het bij de exploitatie van de intensieve veehouderij gaat om een eerder vergunde andere handeling die niet op grond van art. 6 lid 3 en 4 Hrl aan een voorafgaande

beoordeling behoeft te worden onderworpen, neemt niet weg dat art. 19d lid 1 NB-wet 1998, blijkens de bewoordingen van deze bepaling, niet alleen voorziet in een vergunningplicht voor projecten maar óók in een vergunningplicht voor 'andere handelingen'. Gelet hierop omvat de vergunningplicht ex art. 19d NB-wet 1998 in dit geval naast de uitbreiding van de bestaande intensieve veehouderij, zijnde een project, mede een andere handeling, in dit geval de exploitatie van de intensieve veehouderij. Uit art. 19e, onder a, NB-wet 1998 vloeit voort dat het college ook wat betreft de exploitatie van de intensieve veehouderij diende te beoordelen of de gevraagde vergunning bij afweging van de betrokken belangen kon worden verleend, daarbij rekening houdend met de gevolgen die deze andere handeling waarop de vergunningaanvraag mede betrekking had, gelet op de instandhoudingsdoelstelling kon hebben voor het betrokken gebied.

Art. 19d t/m 19g Natuurbeschermingswet 1998 (NB-wet 1998); art. 8.1 WMB; art. 4 Richtlijn 79/409/EEG (Vogelrichtlijn); art. 4, 6 en 7 Richtlijn 92/43/EEG (Habitatrichtlijn); art. 1 lid 2 Richtlijn 85/337/EEG (MER-richtlijn).

Uitspraak in het geding tussen:

de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. (hierna: MOB), gevestigd te Nijmegen,
appellante,
tegen
het college van gedeputeerde staten van Gelderland,
verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 17 maart 2008, kenmerk 2008-002442, heeft het college vergunning verleend krachtens artikel 19d van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) aan [vergunninghoudster] voor het agrarisch bedrijf aan de [locatie 1] te [plaats] in de omgeving van het Natura 2000-gebied Veluwe.

Bij besluit van 8 juni 2009, kenmerk 2008-002442, heeft het college, voor zover hier van belang, het door MOB hiertegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard en het bestreden besluit met een aanvullende motivering in stand gelaten.

Tegen dit besluit heeft MOB bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 13 juli 2009, beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn aangevuld bij brief van 6 augustus 2009.

Het college heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 april 2010, waar MOB, vertegenwoordigd door mr. V. Wösten, en het college, vertegenwoordigd door mr. P.F.H.A. Tillie en ir. A. Fopma, beiden werkzaam bij de provincie, zijn verschenen. Voorts is [vergunninghoudster] ter zitting als partij gehoord, vertegenwoordigd door [gemachtigden].

2. Overwegingen

2.1. Het college heeft krachtens de Nbw 1998 een vergunning verleend voor het agrarisch bedrijf aan de [locatie 1] te [plaats], dat op ongeveer 850 meter van het Natura 2000-gebied Veluwe ligt.

2.2. MOB betoogt dat bij het bestreden besluit het besluit tot verlening van de vergunning ten onrechte is gehandhaafd. Hiertoe voert MOB aan dat ten onrechte geen passende beoordeling is gemaakt. MOB betoogt voorts dat het college, in strijd met artikel 19e, eerste lid, aanhef en onder a, van de Nbw 1998 onvoldoende heeft onderzocht welke gevolgen de vergunningverlening heeft voor de instandhoudingsdoelstelling van de Veluwe. Daarnaast heeft het college ten onrechte de ingetrokken milieuvergunning van het voormalig agrarisch bedrijf aan de [locatie 2] te [plaats] bij het bestreden besluit betrokken. De Nbw 1998 biedt volgens MOB geen grondslag om de ammoniakemissie van het bedrijf aan de [locatie 1] te salderen met die van het bedrijf aan de [locatie 2].

MOB stelt verder dat niet duidelijk is hoe de ammoniakdepositie is berekend, omdat het door het college gebruikte verspreidingsmodel Agro-Stacks tot andere uitkomsten leidt dan de zogenoemde Uitvoeringsregeling krachtens de voormalige Interimwet Ammoniak en Veehouderij en het door Alterra gebruikte verspreidingsmodel OPS. Ten slotte stelt MOB dat de vergunning ten onrechte is verleend voor onbepaalde tijd en zonder een eenduidige maximale depositiewaarde.

2.3. Het college stelt zich op het standpunt dat uit de passende beoordeling blijkt dat de uitbreiding van het bedrijf geen significant effect heeft op de instandhoudingsdoelstelling van het Natura 2000-gebied Veluwe. Het college stelt dat het de algemene tendens dat de achtergronddepositie daalt in zijn beoordeling heeft betrokken, evenals het gegeven dat de ammoniakdepositie per saldo afneemt omdat het agrarisch bedrijf aan de [locatie 2] is gestaakt.

Het college stelt gebruik te hebben gemaakt van het verspreidingsmodel Agro-Stacks omdat dit op grond van de beste wetenschappelijke kennis tot stand is gekomen.

2.4. Het gebied Veluwe is bij besluit van 24 maart 2000 aangewezen als speciale beschermingszone als bedoeld in Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (Pb L 103; hierna: Vogelrichtlijn). Ingevolge artikel 60a, vierde lid, van de Nbw 1998 geldt het aanwijzingsbesluit van dit gebied tot speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn als besluit in de zin van artikel 10a van de Nbw 1998.

De Veluwe is verder aangemeld als speciale beschermingszone als bedoeld in Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (Pb L 206; hierna: Habitatrichtlijn). Bij beschikking van 7 december 2004 is dit gebied geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang voor

de Atlantische biogeografische regio. Het gebied Veluwe is nog niet aangewezen als Habitatrichtlijngebied in de zin van artikel 10a van de Nbw 1998.

2.4.1. Ten tijde van het nemen van het bestreden besluit gold de Nbw 1998, zoals die na wijziging van kracht is geworden met ingang van 1 februari 2009.

Ingevolge artikel 10a, eerste lid, wijst de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit gebieden aan ter uitvoering van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, voor zover hier van belang, is het verboden zonder vergunning van gedeputeerde staten 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 Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige projecten of andere handelingen zijn in ieder geval projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

Ingevolge artikel 19e, aanhef en onder a, voor zover hier van belang, houden gedeputeerde staten bij het verlenen van een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, rekening met de gevolgen die een project of andere handeling, waarop de vergunningaanvraag betrekking heeft, gelet op de instandhoudingsdoelstelling kan hebben voor een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied.

Ingevolge artikel 19f, eerste lid, voor zover van belang, maakt de initiatiefnemer voor projecten waarover gedeputeerde staten een besluit op een aanvraag voor een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, nemen, en die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, alvorens gedeputeerde staten een besluit nemen, een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied.

Ingevolge artikel 19g, eerste lid, kan, indien een passende beoordeling is voorgeschreven op grond van artikel 19f, eerste lid, een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, slechts worden verleend indien gedeputeerde staten zich op grond van de passende beoordeling ervan hebben verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.

2.4.2. Op 1 november 1983 is ten behoeve van het bedrijf een uitbreidingsvergunning op grond van de (toenmalige) Hinderwet verleend voor een veebestand met een ammoniakemissie van in totaal 2692,7 kilo per jaar. Bij besluit van 23 juli 1996 heeft het college van burgemeester en wethouders van Putten de voorschriften van voornoemde Hinderwetvergunning ingetrokken en door nieuwe voorschriften vervangen.

Bij besluit van 16 april 2007 is voor de inrichting een revisievergunning krachtens de Wet milieubeheer verleend voor een gewijzigd veebestand met een ammoniakemissie van in totaal 2990,2 kilo per jaar.

Bij besluit van 21 januari 2008 is aan het bedrijf een revisievergunning verleend op grond van de Wet milieubeheer voor een gewijzigd veebestand met een ammoniakemissie van in totaal 4228,2 kilo per jaar.

Voor de exploitatie van het bedrijf is niet eerder een vergunning op grond van de Nbw 1998 dan wel de Natuurbeschermingswet (oud) verleend.

2.4.3. Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (thans: Europese Unie) van 23 maart 2006, C-209/04, Commissie/Oostenrijk, punten 53-62, (www.curia.europa.eu) en het arrest van 14 januari 2010, C-226/08, *Stadt Papenburg*, punt 48, volgt dat indien voor een project voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn, te weten op 10 juni 1994, toestemming is verleend, de in artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn vervatte procedure voor voorafgaande beoordeling van de gevolgen van het project voor het Natura 2000-gebied niet geldt. De procedure voor voorafgaande beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn is naar het oordeel van de Afdeling evenmin van toepassing als voor het project toestemming is verleend voor de datum van vaststelling van de lijst van gebieden van communautair belang. Daarbij is in aanmerking genomen dat de procedure voor voorafgaande beoordeling, gelet op artikel 4, vijfde lid, van de Habitatrichtlijn eerst van toepassing is na de vaststelling van die lijst.

Hierop bestaat, gelet op artikel 7 van de Habitatrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 4 van de Vogelrichtlijn, een uitzondering indien het betrokken gebied is aangewezen als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn. Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vogelrichtlijn, die zijn aangewezen voor afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn gelden de bepalingen van artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn vanaf 10 juni 1994. Voor speciale beschermingszones in de zin van de Vogelrichtlijn, die zijn aangewezen na afloop van de omzettingstermijn van de Habitatrichtlijn gelden de bepalingen van artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn vanaf het van kracht worden van de aanwijzing.

Onder het verlenen van toestemming als hiervoor bedoeld, waarvoor de procedure voor voorafgaande beoordeling als bedoeld in artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn niet geldt, moet naar het oordeel van de Afdeling in gevallen als deze de vergunning, dan wel de melding, krachtens de Wet milieubeheer of de daaraan voorafgaande Hinderwet worden verstaan.

2.4.4. De Afdeling overweegt dat de vergunning deels betrekking heeft op een handeling die overeenkomt met de op 1 november 1983 krachtens de Hinderwet vergunde, en bij besluit van 23 juli 1996 op grond van de Wet milieubeheer gewijzigde andere handeling. De krachtens de

Hinderwet afgegeven vergunning is verleend voordat de aanwijzing als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn voor dit gebied van kracht werd en voordat het gebied op de lijst van gebieden van communautair belang werd geplaatst. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.4.3. is overwogen, behoeft de eerder vergunde andere handeling op het moment waarop de aanwijzing van het gebied als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn van kracht wordt of op het moment van plaatsing van een gebied op de lijst van gebieden van communautair belang niet alsnog aan een beoordeling op grond van artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn te worden onderworpen.

Dit laat onverlet dat de uitbreiding van de veehouderij in dit geval als een project in de zin van artikel 6, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn moet worden aangemerkt. Immers, voor het begrip 'project' dient hier aansluiting te worden gezocht bij richtlijn 85/337 van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB L 175, blz. 40 en zoals nadien gewijzigd; hierna: de MER-richtlijn). Uit de aanvraag blijkt dat deze betrekking heeft op 'de uitvoering van bouwwerken of de totstandbrenging van andere installaties of werken', als bedoeld in artikel 1, tweede lid, van de MER-richtlijn. Nu op grond van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat dit project, als gevolg waarvan de ammoniakdepositie zal toenemen, een verslechterend effect kan hebben op het Natura 2000-gebied, kan, gelet op het bepaalde in artikel 19f, eerste lid, van de Nbw 1998, voor dit project pas een vergunning worden verleend indien daaraan voorafgaand een passende beoordeling wordt gemaakt. De passende beoordeling dient in dit geval betrekking te hebben op de uitbreiding ten opzichte van de op 1 november 1983 krachtens de Hinderwet vergunde, en bij besluit van 23 juli 1996 op grond van de Wet milieubeheer gewijzigde situatie. Ten tijde van het van kracht worden van de aanwijzing als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn was dit immers de feitelijk vergunde situatie.

2.4.5. De Afdeling stelt vast dat het college een passende beoordeling voor het in geding zijnde project alsmede voor de uitbreiding van een ander agrarisch bedrijf heeft laten opstellen. De resultaten daarvan zijn neergelegd in het rapport 'Aanvullend onderzoek ammoniakbelasting agrarische bedrijven aan de [locatie 3] en [locatie 1] te [plaats]' van 5 juni 2008. In het rapport wordt de conclusie getrokken dat de ammoniakdepositie van de twee agrarische bedrijven laag is in vergelijking met de achtergronddepositie. Daarnaast wordt in het rapport geconcludeerd dat uitbreiding van de twee bedrijven de voorzien daling van de ammoniakuitstoot niet teniet zal doen.

Uit de passende beoordeling, in samenhang gelezen met de vergunning, blijkt dat de gevolgen van de toename van de depositie van 9,77 mol/ha/jr naar 14,04 mol/ha/jr als gevolg van de uitbreiding van het bedrijf aan de

[locatie 1] zijn beoordeeld. Hieruit blijkt dat het college de ammoniakemissie van de veebezetting zoals toegestaan vanwege de revisievergunning van 16 april 2007 als uitgangspunt heeft genomen. De Afdeling overweegt dat het college, gelet op het hiervoor in 2.4.4. overwogene, ten onrechte niet met de ten tijde van het van kracht worden van de aanwijzing als speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn vergunde veebezetting – waarbij een lagere ammoniakemissie was toegestaan – heeft vergeleken. Derhalve heeft het college zich bij het nemen van het bestreden besluit ten onrechte op de bedoelde passende beoordeling gebaseerd.

2.4.6. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 31 maart 2010 in zaak nr. 200903784/R2), voorziet artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998, blijkens de bewoordingen van deze bepaling, niet alleen in een vergunningplicht voor projecten maar ook in een vergunningplicht voor andere handelingen. Gelet hierop omvat de vergunningplicht in dit geval naast de uitbreiding van de bestaande intensieve veehouderij, zijnde een project, mede een andere handeling, in dit geval de exploitatie van de intensieve veehouderij.

Uit artikel 19e, aanhef en onder a, van de Nbw 1998 vloeit voort dat het college ook wat betreft de exploitatie van de intensieve veehouderij diende te beoordelen of de gevraagde vergunning bij afweging van de betrokken belangen kon worden verleend, daarbij rekening houdend met de gevolgen die deze andere handeling waarop de vergunningaanvraag mede betrekking had, gelet op de instandhoudingsdoelstelling kon hebben voor het betrokken gebied. Uit de vergunning, noch uit het bestreden besluit blijkt op welke wijze het college rekening heeft gehouden met voornoemde gevolgen. Het voorgaande klemmt te meer, nu uit de passende beoordeling blijkt dat de achtergronddepositiewaarden de kritische depositiewaarde van 1071 mol/ha/jr aanmerkelijk overschrijden. Gezien het voorgaande is het bestreden besluit in zoverre genomen in strijd met artikel 19e, aanhef en onder a, van de Nbw 1998.

2.5. In hetgeen MOB heeft aangevoerd ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit is genomen in strijd met artikel 19e, aanhef en onder a, en artikel 19g van de Nbw 1998. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit dient wegens strijd met deze artikelen te worden vernietigd.

Gelet hierop behoeft hetgeen MOB voor het overige heeft aangevoerd geen bespreking meer. Hieruit volgt voorts dat geen aanleiding bestaat om de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten, zoals het college heeft verzocht.

2.6. Het college dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Gelderland van 8 juni 2009, kenmerk 2008-002442;

III. veroordeelt het college van gedeputeerde staten van Gelderland tot vergoeding van bij de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 644 (zegge: zeshonderdvierenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IV. gelast dat het college van gedeputeerde staten van Gelderland aan de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. het door hem voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 297 (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) vergoedt.

Naschrift:

1. Wij beginnen ons naschrift met een verzuchting. De Nederlandse natuurbeschermingsregeling is wel erg complex geworden. Dat komt vooral tot uitdrukking bij de vraag hoe er met bestaand gebruik in en rond een Natura 2000-gebied moet worden omgegaan. Voor rechters en bestuursorganen is het toetsen en beoordelen van een casus over bestaand gebruik heel lastig geworden (in die zin ook: H.E. Woldendorp in zijn noot onder ABRvS 31 maart 2010, *BR* 2010, p. 534). Bij wijze van spreken moet door art. 6 Habitatrichtlijn (Hrl) 'heengekeken' worden naar art. 19d t/m 19g NB-wet 1998 om het natuurbeschermingsrecht nog enigszins goed te kunnen toepassen. (Zo nodig worden de art. 19d t/m 19g NB-wet 1998 dan richtlijnconform door rechters en bestuursorganen geïnterpreteerd.) Dat heeft voor een deel te maken met de implementatiekeuze zoals die destijds door Nederland is gemaakt. Nederland heeft namelijk de Habitatrichtlijn niet één-op-één doorvertaald in de NB-wet 1998. Zo geldt de vergunningplicht van art. 19d lid 1 NB-wet 1998 niet alleen voor 'projecten' als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl, maar in beginsel óók voor 'andere handelingen' (zie verder hierna onder punt 3 van dit naschrift). De bepalingen van de Habitatrichtlijn en Vogelrichtlijn (Vrl) zijn als het ware in de loop van de tijd steeds verder via wijzigingswetten uitgewerkt en uitgesmeerd in de NB-wet 1998, waarbij ook nog eens met de Crisis- en herstelwet daarop is ingebroken (vgl. H.E. Woldendorp, 'Bestaand gebruik, Natura 2000 en de Crisis- en herstelwet', *BR* 2010/19). In de literatuur zijn er al diverse onvolkomenheden in de NB-wet 1998 gesignaleerd. Zo wordt de verhouding tussen art. 19d NB-wet 1998 en art. 19f NB-wet 1998 als 'onduidelijk en diffuus' aangemerkt (zie: Ch.W. Backes, A.A. Freriks & J. Robbe, *Hoofdpijnen Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: SDU 2009, p. 96). Art. 19d NB-wet 1998 is al eens vergeleken met een 'gehaktbal', waarin verschillende beschermingsregimes door elkaar zijn gekneed, die nauwelijks te ontrafelen

lijken (zie: H.E. Woldendorp in zijn noot onder ABRvS 31 maart 2010, *BR* 2010, p. 535). Anders dan in art. 19d lid 2 NB-wet 1998 ontbreekt in art. 19d lid 3 NB-wet 1998 van die bepaling de uitzondering dat de vergunningplicht alleen is opgeheven als de handeling wordt verricht 'overeenkomstig het beheerplan'. Dat wordt gezien als een lek in de regeling (zie: H.E. Woldendorp in 'Bestaand gebruik, Natura 2000 en Crisis- en herstelwet', *BR* 2010/19, p. 107). Art. 19c NB-wet 1998 wordt beschouwd als een onlogisch opgezette en mogelijk inhoudsloze bepaling (zie hierover: Ch.W. Backes, M.A. Poortinga & H.E. Woldendorp, *Natuurbescherming in de Natuurwet: kop eraf?*, (VMR 2010-2), Den Haag: Boom 2010, p. 47 en H.E. Woldendorp, in *BR* 2010/19, p. 106). Tot slot is gesteld dat met name art. 19kd NB-wet 1998 de 'prullenmand' in moet (zie: J.M. Verschuuren in zijn noot onder HvJ EG 14 januari 2010, C-226/08, *M&R* 2010/40, p. 316). Hopelijk kan in de aangekondigde nieuwe Natuurwet (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 536, nr. 10), waarin de NB-wet 1998, de Flora- en faunawet en de Boswet zouden moeten worden geïntegreerd, niet alleen een vereenvoudigingsslag, maar vooral een verbeteringsslag worden gemaakt, zeker wat de regeling van het zogeheten 'bestaande gebruik' betreft.

2. De onderhavige Afdelingsuitspraak ligt in het verlengde van ABRvS 31 maart 2010, *M&R* 2010/41 m.nt. J.M. Verschuuren; *BR* 2010/96 m.nt. H.E. Woldendorp; *JM* 2010/63 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans. De Afdeling lijkt daarmee haar zogenoemde '1 apriljurisprudentie' te hebben losgelaten (zie hierover uitgebreid: R. Uittenbosch, 'Nederland toch op slot; helaas geen aprilgrap', *M&R* 2009/8, p. 482 e.v.). Uit die 1 aprilrechtspraak volgde dat een vergunning op grond van een andere wet dan de NB-wet 1998 niet gelijkgesteld kon worden met een vergunning op grond van de NB-wet 1998. Zo kon vergund bestaand gebruik volgens die jurisprudentie niet leiden tot bestaande rechten (o.a. ABRvS 1 april 2009, *M&R* 2009/51 m.nt. J.M. Verschuuren). De onderhavige koerswijziging lijkt met name te zijn ingegeven door HvJ EG 14 januari 2010, C-226/08, *AB* 2010/68 m.nt. Ch.W. Backes; *JM* 2010/36 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *M&R* 2010/40 m.nt. J.M. Verschuuren (Stadt Papenburg). Het arrest in deze Duitse zaak kan het beste worden gelezen in combinatie met hetgeen het HvJ EG heeft bepaald in de bekende 'Kokkelvisserijzaak' (HvJ EG 7 september 2004, C-127/02, *AB* 2004/365 m.nt. Ch. Backes; *M&R* 2005/4 m.nt. J.M. Verschuuren; *JB* 2004/384 m.nt. M.A. Poortinga en de Franse zaak: HvJ EG 4 maart 2010, C-241/08, *BR* 2010/112 m.nt. H.E. Woldendorp; *M&R* 2010/6 m.nt. J.M. Verschuuren). In het *Kokkelvisserij*-arrest oordeelde het Hof dat de kokkelvisserij waarvoor ieder jaar een nieuw (nationaal) toestemmingsbesluit moest worden genomen een project betrof met significante gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen en dat mitsdien een passende beoordeling als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl uitgevoerd had moeten worden. In de Papenburg zaak gaat het Hof wat verder. Daarin overweegt het Hof o.a. dat de voorzetting van baggerwerk-

zaamheden zelfs dan als een nieuw project kunnen worden aangemerkt als daarvoor vóór afloop van de omzettingstermijn van de Hrl (respectievelijk voor opname van het gebied op de communautaire lijst) naar nationaal recht reeds toestemming is verleend. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel doen daar volgens het Hof niet aan af. Gaat het daarbij echter om doorlopende baggerwerkzaamheden die, gezien de aard ervan en de voorwaarden waaronder zij worden uitgevoerd, als één enkele verrichting kunnen worden beschouwd, dan zijn deze – aldus het Hof – als een en hetzelfde project in de zin van art. 6 lid 3 Hrl aan te merken. Dit impliceert dat, indien voor dat project reeds vóór afloop van de omzettingstermijn toestemming is verleend, niet steeds opnieuw een passende beoordeling als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl behoeft plaats te vinden. Het Hof ontleent deze uitleg, net als in de *Kokkelvisserijzaak*, aan het begrip 'project' in de MER-richtlijn.

3. Dat voor een dergelijke voortzetting van bestaand gebruik ('doorlopend gebruik') geen voorafgaande toestemming (na passende beoordeling) is vereist op grond van de voor 'plannen of projecten' geldende 'lex specialis' van art. 6 lid 3 Hrl, neemt overigens niet weg dat dit gebruik wel valt onder de algemene beschermingsnorm van art. 6 lid 2 Hrl (de 'lex generalis'). Op grond van art. 6 lid 2 Hrl is een lidstaat verplicht om, ook als activiteiten reeds eerder werden toegelaten, daarna te blijven bezien of deze niet tóch een verslechtering of verstoring van de kwaliteiten van een Natura 2000-gebied blijken mee te brengen ('continue beheerplicht') en om deze, zonodig, alsnog te beperken of zelfs te verbieden (vgl. HvJ EG 13 juni 2002, zaak nr. C-117/00, en ABRvS 20 februari 2002, *JM* 2002/48 m.nt. D. van der Meijden). Om zodanige 'passende maatregelen' te kunnen treffen, dient een lidstaat dan ook de benodigde juridische bevoegdheden te creëren. Dat behoeft echter geen vergunningstelsel te zijn, zoals door de Afdeling wordt bevestigd in haar eerdergenoemde uitspraak van 31 maart 2010. Op grond van art. 6 lid 3 Hrl dient 'alleen' voor handelingen die zijn te kwalificeren als 'plan of project' (en dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied) het vereiste van voorafgaande toestemming (na passende beoordeling) te gelden. Voor reeds bestaand gebruik, dat niet als 'project' is aan te merken, behoeft een lidstaat dus geen toestemmingsstelsel te introduceren. Art. 19d lid 1 NB-wet 1998 voorziet echter niet alleen in een vergunningplicht voor 'projecten' maar ook in een vergunningplicht voor 'andere handelingen', waarna in art. 19e NB-wet 1998 in algemene zin is bepaald dat bij de beoordeling van een vergunningaanvraag rekening moet worden gehouden met de gevolgen die een project of andere handeling kan hebben voor het Natura 2000-gebied en met een voor dat gebied geldend beheerplan. Bij die 'andere handelingen' kan ook aan (voortzetting van) bestaand gebruik worden gedacht.

Door ook te voorzien in een vergunningplicht voor 'andere handelingen' (dan projecten) gaat art. 19d lid 1 NB-wet 1998 verder dan door art. 6 Hrl wordt geëist, zij het dat het in art. 19f t/m 19h NB-wet neergelegde – en aan art. 6 lid 3 en 4 Hrl ontleende – specifieke en strengere toetsingskader alleen geldt bij vergunningaanvragen voor 'projecten' (waarvoor, afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen gezien, significante gevolgen voor de SBZ niet kunnen worden uitgesloten) en dus niet voor 'andere handelingen'.

Bovendien is in art. 19d lid 3 NB-wet 1998 bepaald dat het in het eerste lid opgenomen verbod (en dus de vergunningplicht) niet van toepassing is op 'bestaand gebruik' (behoudens indien dat gebruik een 'project' is dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kan hebben voor dat gebied; kort gezegd: indien het een 'project' is als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl). In art. 1 onder m NB-wet 1998 wordt 'bestaand gebruik' gedefinieerd als: (1) iedere handeling die op 1 oktober 2005 (de datum van inwerkingtreding van de NB-wet 1998; PH/JT) werd verricht en sedertdien niet of niet in betekenende mate is gewijzigd, en (2) iedere handeling die reeds werd verricht op het moment van aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument of als Vrl-gebied danwel, waar het een Hrl-gebied betreft, het moment van aanmelding bij de Europese Commissie ter plaatsing op de communautaire lijst als bedoeld in art. 4 Hrl en die sedertdien niet of niet in betekenende mate is gewijzigd, voor zover die aanwijzing of aanmelding plaatsvindt na 1 oktober 2005. Het eerste onderdeel van deze definitie lijkt niet te voldoen aan de Europeesrechtelijke eisen, aanzien daardoor (in combinatie met art. 19d lid 3 NB-wet 1998) óók gebruik dat is aangevangen vóór 1 oktober 2005, maar ná de aanwijzing van een Natura 2000-gebied of ná de vaststelling van de communautaire lijst met Hrl-gebieden (op 7 december 2004) wordt uitgezonderd van de vergunningplicht ex art. 19d lid 1 NB-wet 1998, ofschoon het daarbij kan gaan om een 'project' als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl (omdat het is aangevangen ná de aanwijzing als Natura 2000-gebied of de vaststelling van de communautaire lijst). Het tweede onderdeel van de definitie voldoet ons inziens echter wel aan die eisen (en gaat zelfs verder), waar het Hrl-gebieden betreft, door als peildatum niet het moment van vaststelling van de communautaire lijst, maar het moment van aanmelding van een gebied bij de Europese Commissie ter plaatsing op die lijst aan te wijzen. In de casus die aan de orde is in bovenstaande uitspraak, is 24 maart 2000 de peildatum, zijnde de datum van aanwijzing van het gebied Veluwe als Vrl-gebied. Met name uit het arrest *Papenburg* kan worden afgeleid dat voortzetting van bestaande activiteiten, zolang deze maar als één geheel kunnen worden beschouwd met de eerdere activiteiten, niet is aan te merken als 'project' waarvoor op grond van art. 6 lid 3 Hrl alsnog toestemming (na passende beoor-

deling) nodig is, als voor die activiteiten reeds eerder een (nog steeds) geldende 'permanente' vergunning volgens het nationale recht is verleend. In casu was die nationale toestemming er in beginsel al wel in de vorm van een op 1 november 1983 verleende hinderwetvergunning en een op 23 juni 1996 verleende milieuvergunning. En ingevolge art. 19d lid 3 jo. art. 1 onder m NB-wet 1998 is voor dergelijke als 'andere handelingen' (dan een project) te kwalificeren activiteiten ook geen vergunning ex art. 19d lid 1 NB-wet 1998 nodig, indien het 'bestaand gebruik' betreft.

Het opmerkelijke van bovenstaande uitspraak is dat de Afdeling, nadat zij heeft overwogen dat de vóór de peildatum vergunde exploitatie van de veehouderij (anders dan de uitbreidingen ervan) niet is te kwalificeren als 'project' als bedoeld in art. 6 lid 3 Hrl maar wél als 'andere handeling' waarvoor op grond van art. 19d lid 1 NB-wet 1998 in beginsel een vergunning nodig is, in casu die bestaande exploitatie echter kennelijk niet beschouwt als 'bestaand gebruik' dat valt onder de in art. 19d lid 3 NB-wet 1998 opgenomen uitzondering op die vergunningplicht. Hoe is dit te verklaren? *Waarom* die uitzondering in casu niet toepasselijk is, geeft de Afdeling althans niet expliciet aan. Art. 19d lid 3 en art. 1 onder m NB-wet 1998 worden in bovenstaande uitspraak niet eens genoemd. Men mag er echter niet van uitgaan dat de Afdeling het bepaalde in art. 19d lid 3 NB-wet 1998 niet heeft onderkend. Volgens de hierboven aangehaalde definitie van 'bestaand gebruik' (in art. 1 onder m NB-wet 1998) kan daarvan niet meer worden gesproken wanneer dat gebruik 'in betekenende mate is gewijzigd'. Of een dergelijke gebruikswijziging aan de orde is, zal moeten worden beantwoord in het licht van de voor het gebied geldende instandhoudingsdoelstellingen.

In casu is het veebestand van het bedrijf op basis van in 2007 en 2008 verleende revisievergunningen uitgebreid met dito meer ammoniakemissie. Aangenomen mag worden dat de Afdeling van oordeel is dat, gezien de op basis van de revisievergunningen uit 2007 en 2008 uitgevoerde uitbreidingen en voorgenomen (verdere) uitbreiding van de veehouderij, in casu sprake is van een wijziging in 'betekenende mate' (als bedoeld in art. 1 onder m NB-wet 1998) van het bestaande gebruik, temeer nu uit de met het oog op die uitbreidingen verrichte passende beoordeling blijkt dat de achtergronddepositiewaarden de kritische ammoniakdepositiewaarde (van 1071 mol/ha/jr) aanmerkelijk overschrijden. Kennelijk impliceert dit volgens de Afdeling echter niet dat daardoor het geheel van activiteiten – de uitbreiding tezamen met de reeds bestaande exploitatie – als één project moet worden gekwalificeerd. In r.o. 2.4.6 overweegt de Afdeling immers dat de vergunningplicht ex art. 19d lid 1 NB-wet 1998 'in dit geval naast de uitbreiding van de bestaande intensieve veehouderij, zijnde een project, mede een andere handeling, in dit geval de exploitatie van de intensieve veehouderij (omvat)'. De activiteiten zijn dus voor een deel als 'andere handeling' (de bestaande activiteiten) en voor

een deel als 'project' (de uitbreiding of wijziging) te kwalificeren. De consequentie daarvan is dat een vergunningaanvraag, voor zover deze die 'andere handeling' betreft, alléén aan het algemene toetsingscriterium van art. 19e NB-wet 1998 behoeft te worden getoetst, terwijl de aanvraag, voor zover deze het 'project' betreft, tevens aan de specifieke toetsingscriteria van de art. 19f t/m 19h NB-wet 1998 (ontleend aan art. 6 lid 3 en 4 Hrl) moet worden getoetst. In r.o. 2.4.6 concludeert de Afdeling dan ook dat het bestreden besluit, voor zover dit de 'andere handeling' betreft, is genomen in strijd met art. 19e (onder a) NB-wet 1998.

Stel – pour besoin de la cause – nu eens dat de uitbreidingen nog niet zouden zijn doorgevoerd en dat de vergunningaanvraag niet alleen de toets aan art. 19f t/m 19h NB-wet 1998 (voor zover deze het 'project', dat wil zeggen de uitbreiding betreft), maar ook de toets aan art. 19e NB-wet 1998 (voor zover deze de 'andere handeling', dat wil zeggen de bestaande exploitatie, betreft) niet zou doorstaan. Zou dit betekenen dat de betrokken agrariër dan zijn de bestaande exploitatie zou moeten staken, omdat deze is verboden op grond van art. 19d lid 1 NB-wet 1998? Het antwoord luidt ons inziens ontkennend. Want indien er als gevolg van het niet doorgaan van de uitbreiding niet kan worden gesproken van een wijziging 'in betekenende mate' van de bestaande – en een vóór 24 maart 2000 vergunde – exploitatie, is ons inziens sprake van 'bestaand gebruik' dat ingevolge van art. 19d lid 3 NB-wet 1998 is uitgezonderd van het in lid 1 opgenomen verbod (en daarmee ook van de vergunningplicht).

4. Wij vermoeden dat de Afdeling bij haar – niet expliciet in de uitspraak gegeven – oordeel dat de bestaande exploitatie in geval van uitvoering van het 'project' (de uitbreiding) niet (meer) als 'bestaand gebruik' is te kwalificeren, mede het arrest *Marks & Spencer*, HvJ EG 11 juli 2002, C-62/00, *Jur.* 2002, p. I-6325) in gedachten heeft gehad. Kort gezegd kan uit dat arrest onder meer worden begrepen dat een Europese richtlijn haar betekenis behoudt, voor zover het nationale recht niet gedetailleerd genoeg is. Het begrip 'bestaand gebruik' in de NB-wet 1998 behoort te worden uitgelegd en toegepast in het licht van de tekst en de ratio van de Hrl en de Vrl: in het bijzonder art. 6 lid 3 Hrl en, over de band van art. 7 Hrl, ook art. 4 lid 4 Vrl. Voor de bestaande exploitatie kon in de onderhavige zaak, als de uitbreiding doorgang zou vinden, niet volledig worden teruggevallen op de vergunningen van voor de peildatum. De bedrijfssituatie zou substantieel worden gewijzigd vanwege de uitbreiding van de veestapel. De ratio van de Europese regeling betreffende bestaand gebruik is enerzijds dat bestaande (en ongewijzigd gebleven) rechten, gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, bescherming behoeven en anderzijds dat de natuur genoegzaam bescherming toekomt, zeker wanneer weliswaar eerder toestemming was verleend, maar in dat kader nog geen habitattoets was vereist en de ecologische omstandigheden nadien ook zijn gewijzigd.

Kortom: het Europees natuurbeschermingsrecht is een belangrijk 'hulpmiddel' geworden om het Nederlands natuurbeschermingsrecht deugdelijk te kunnen toepassen.

P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen