

Eerste Kamer der Staten Generaal
Leden van de commissie voor
Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV)
De griffier mr. W. de Boer
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

GRIFFIE EERSTE KAMER	
NR.	142102-04
RUB.	XIV
CS	14 NOV 2008
DATUM	
KOPIE	LNV
VERW.	

Datum : 13 november 2008
Ons kenmerk : 08-B672
Doorkiesnummer : 030 693 77 32 (Kim Wheeler)
Betreft : Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de
regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken (wetsvoorstel 31038)

Geachte commissieleden,

In de brief van 26 september jl., ons kenmerk 08-B544, spraken de natuurorganisaties hun zorgen uit over de wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken (wetsvoorstel 31038). Inmiddels hebben wij van Prof. dr. Ch. W. Backes, Hoogleraar Bestuursrecht het hierin aangekondigde advies ontvangen over de verenigbaarheid van dit wetsvoorstel met het Europese recht.

Zoals toegezegd sturen wij u hierbij het advies van de heer Backes toe, waarin u kunt lezen dat het wetsvoorstel op een aantal punten in strijd lijkt te zijn met de Habitatrichtlijn. Wij zijn uiteraard bereid om over deze bevindingen met u van gedachte te wisselen en mee te denken over mogelijke consequenties en oplossingen.

Hoogachtend,



Fred Wouters
Directeur

Bijlage: Ch. W. Backes. Enkele opmerkingen over wetsvoorstel 31038
(Wijziging Natuurbeschermingswet 1998) in het licht van het
Europees natuurbeschermingsrecht.

Enkele opmerkingen over wetsvoorstel 31038
(Wijziging Natuurbeschermingswet 1998)
in het licht van het Europees
natuurbeschermingsrecht

Ch.W. Backes

1. Inleiding en vraagstelling

In het kader van de behandeling van wetsvoorstel 31038 (Wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken) is ter discussie gesteld of het wetsvoorstel tot gevolg heeft dat de beleidsvrijheid en interpretatieruimte welke lidstaten hebben bij de implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn wordt overschreden. In dit verband heeft Vogelbescherming Nederland aan mij meer concreet de volgende vragen voorgelegd:

- A Artikel I, T, onderdeel 1 van het gewijzigd voorstel van wet wijzigt het eerste lid van art. 19a Natuurbeschermingswet 1998 (hierna Nbwet 1998). Is deze bepaling in strijd met artikel 6, lid 3 en 4 Habitatrichtlijn voorzover is bepaald: «Tevens kan het beheerplan beschrijven welke handelingen en ontwikkelingen in het gebied en daarbuiten, in voorkomend geval onder nader in het beheerplan aangegeven voorwaarden en beperkingen, het bereiken van de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen, mede gelet op de instandhoudingsmaatregelen die worden getroffen.»?

Deze vraag ziet op twee elementen:

- a. Het betrekken van de 'instandhoudingsmaatregelen' in de beoordeling of handelingen en ontwikkelingen opgenomen kunnen worden in het beheerplan (en daarmee ingevolge art. 19d lid 2 Nbwet niet langer vergunningplichtig op grond van art. 19d lid 1 Nbwet).
- b. Het opnemen van 'ontwikkelingen' in het beheerplan en deze (eventueel onder voorwaarden en beperkingen) ingevolge art. 19d lid 2 Nbwet vooraf uit te sluiten van de vergunningplicht op grond van art. 19d lid 1 Nbwet.

- B Artikel I, W, onderdeel 3 van het gewijzigd voorstel van wet wijzigt het eerste lid van art. 19d Natuurbeschermingswet 1998. Het voorstel vervangt «een verstorend effect» door: een significant verstorend effect. Is de toevoeging van het woord 'significant' in strijd met artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn?

Deze vraag ziet op twee elementen:

- c. Mag de vergunningplicht beperkt worden tot projecten met een significant verstorend effect?
- d. Hoe is de verhouding met de zinsnede 'of in combinatie met andere plannen of projecten'.

- C Met artikel I, X wordt aan artikel 19e Nbwet een onderdeel c. toegevoegd, luidende:

“c. vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, alsmede regionale en lokale bijzonderheden.”

Op welke wijze kan met deze 'vereisten uit onderdeel c' in de praktijk rekening gehouden worden in de vergunningverlening (art. 19d Nbwet) gezien het limitatieve toetsingskader van artikel 6, de leden 3 en 4 van de Habitatrichtlijn (bezien in relatie met artikel 2, lid 3 Habitatrichtlijn)?

Ik zal trachten deze vragen kort te beantwoorden.

2. Artikel I, T, onderdeel 1 van het gewijzigd voorstel van wet wijzigt het eerste lid van art. 19a Natuurbeschermingswet 1998. Is deze bepaling in strijd met artikel 6, lid 3 en 4 Habitatrichtlijn (hierna Hrl.) voorzover is bepaald: «Tevens kan het beheerplan beschrijven welke handelingen en ontwikkelingen in het gebied en daarbuiten, in voorkomend geval onder nader in het beheerplan aangegeven voorwaarden en beperkingen, het bereiken van de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen, mede gelet op de instandhoudingsmaatregelen die worden getroffen.»?

Art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn verlangt dat alle plannen en projecten aan een passende beoordeling worden onderworpen die niet direct verband houden of nodig zijn voor het beheer van een aangewezen gebied en die, rekening houdend met eventuele cumulatieve effecten, mogelijkerwijs significante gevolgen kunnen hebben voor zo'n aangewezen gebied. De nieuw in art. 19a Nbwet 1998 in te voegen passage zou daarmee in strijd kunnen zijn indien het daardoor mogelijk zou worden om plannen of projecten met mogelijk significante effecten zonder passende beoordeling toe te laten.

Art. 19d Nbwet 1998, zoals deze bepaling zou luiden na inwerkingtreding van wetsvoorstel 31038, roept een vergunningplicht in het leven voor projecten en andere handelingen die de kwaliteit van de habitats in een aangewezen gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Daarmee wordt op correcte wijze aangesloten bij art. 6 lid 3 Hrl. Een passende beoordeling is ingevolge art. 19f slechts vereist voorzover een vergunning ingevolge art. 19d Nbwet 1998 nodig is. Bovendien is een passende beoordeling vereist voor plannen die de kwaliteit van de beschermde habitats kunnen aantasten of een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor een gebied is aangewezen (zie thans art. 19j lid 3 jo. lid 1 Nbwet 1998 en straks art. 19j lid 2 Nbwet 1998). Beheerplannen vallen daar niet onder (zo straks art. 19j lid 2 Nbwet 1998).

Echter het verbod uit art. 19d lid 1 Nbwet 1998 geldt ingevolge art. 19d lid 2 Nbwet 1998 niet voor het realiseren van projecten of handelingen „overeenkomstig een beheerplan“. Indien dus handelingen en ontwikkelingen in het beheerplan worden beschreven waarvan in dat plan wordt vastgesteld ze de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen, dan vervalt voor dergelijke handelingen en ontwikkelingen de vergunningplicht. De vraag is of de nieuwe wettekst verzekert dat daardoor geen handelingen of ontwikkelingen worden toegestaan die mogelijkerwijs een significant effect kunnen hebben op het gebied. Een tweede vraag is of het Europees recht grenzen bevat van hetgeen in beheerplannen mag worden opgenomen, respectievelijk „geregeld“. Bij het antwoord op deze vragen laat ik in een eerste stap de zinsnede „mede gelet op de instandhoudingsmaatregelen die worden getroffen“ buiten beschouwing. Op deze zinsnede ga ik daarna nog apart in.

De term „ontwikkelingen“ is, ziet men alleen op de letter van de wet, erg ruim en zou alle mogelijke toekomstige handeling, plannen en projecten kunnen omvatten. Daaronder zouden wellicht ook handelingen, plannen en projecten kunnen vallen waarvan pas na een passende beoordeling duidelijk is of zij de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kunnen brengen. De voorgestelde wettelijke bepaling verzekert echter dat slechts handelingen en ontwikkelingen in het beheerplan worden opgenomen, die „het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengen“. Nu het beheerplan, en ook de daarin opgenomen handelingen en ontwikkelingen, niet aan een passende beoordeling (hoeven te) worden onderworpen, is de wet dwingend zo te lezen dat handelingen en ontwikkelingen die mogelijkerwijs significante gevolgen kunnen hebben voor het beschermde gebied, niet in een beheerplan kunnen worden opgenomen.

Dat is blijkens de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel uitdrukkelijk ook de bedoeling.¹ Het gaat dus om handelingen en ontwikkelingen waarvan bij voorbaat zonder twijfel vaststaat dat ze, hoe ze ook mogen worden uitgevoerd en hoe het gebied zich ook voor het overige tot het moment van uitvoering moge ontwikkelen, geen significante effecten kunnen hebben. In de praktijk zal de lat wat dat betreft vrij hoog moeten liggen. Gezien de eis uit art. 6 lid 3 Hrl. om alle plannen en projecten met mogelijk significante effecten, rekening houdend met cumulatie, aan een passende beoordeling te onderwerpen, zal de rechter nauwkeurig moeten toetsen of uitgesloten kan worden dat een in een beheerplan genoemde handeling of ontwikkeling bij een bepaalde manier van uitvoering significante effecten zou kunnen hebben. Het is dus onvoldoende om aan te tonen dat een dergelijke handeling of ontwikkeling op een wijze mogelijk is die geen significante effecten tot gevolg heeft, maar omgekeerd is noodzakelijk te verzekeren dat, binnen de eventueel nader in het plan aan te geven voorwaarden en beperkingen, geen uitvoering mogelijk is die wel significante effecten zou kunnen hebben. Inzoverre is deze eis vergelijkbaar met de eis die de Afdeling bestuursrechtspraak RvS in het verleden heeft gesteld in verband met de MER-plicht van globale bestemmingsplannen.² In haar latere jurisprudentie heeft de Afdeling deze eis iets afgezwakt en ook een gefaseerde „m.e.r.-beoordeling“ toegelaten die aansluit bij het abstractieniveau van globale plannen enerzijds en uitwerkingsplannen anderzijds. Een dergelijke gedifferentieerde benadering zal bij het nieuwe art. 19a lid 1 Nbwet 1998 niet mogelijk zijn. Immers, als een handeling of ontwikkeling daarin is opgenomen, geldt geen vergunningplicht meer en ook geen plicht meer om een passende beoordeling uit te voeren. Nu tekst en systematiek van de Nbwet 1998 na de beoogde wijziging verzekeren dat alleen handelingen en ontwikkelingen in een beheerplan worden opgenomen die, hoe ze ook worden uitgevoerd, met zekerheid geen significante effecten kunnen hebben, bestaat daartegen m.i. geen bezwaar met het oog op art. 6 lid 3 Hrl.

Het is dan overigens wel mogelijk om eerst een passende beoordeling van een project of plan te maken en het vervolgens niet door middel van een concrete vergunning, maar door opname in een beheerplan, „te regelen“, respectievelijk toe te laten. Voor aanvragers kan dat wellicht in bepaalde situaties en machtconstellaties, het positieve gevolg hebben dat een deel van de administratieve last van de passende beoordeling bij de opsteller van het beheerplan komt te liggen en niet bij de initiatiefnemer die een vergunning aanvraagt. Dat is natuurlijk niet dwingen en zal een vraag zijn waar in individuele gevallen overeenstemming over moet worden bereikt. Voor het overige zie ik, zeker juridisch, geen verschil tussen een situatie waarbij een project, na een passende beoordeling, wordt toegelaten door middel van een vergunning of wordt toegelaten door opname in een beheerplan.³

Ook lijkt verzekerd dat het beheerplan door opname van bepaalde handelingen en ontwikkelingen geen inhoud of karakter krijgt die met het Europees recht niet verenigbaar zou zijn. Art. 6 lid 1 Hrl. bevat weinig nadere voorschriften omtrent de nodige of mogelijke inhoud van beheerplannen. Duidelijk is wel dat het beheerplan als bedoeld in art. 6 Hrl. en zoals hier aan de orde in art. 19a Nbwet 1998 in eerste instantie een instrument is ter verwezenlijking van een goede staat van instandhouding. Het is gericht op het treffen van instandhoudingsmaatregelen en niet een instrument ter toelating van activiteiten die potentieel strijdig zijn met de instandhoudingdoelstellingen. Echter, de Europese Commissie lijkt in haar toelichting op art. 6 Hrl. het ook mogelijk te achten in een beheerplan, in een voorkomend geval na een passende beoordeling te

¹ Tweede Kamer 2006-2007, 31038, Nr. 3, p. 4 en p. 6.

² Zie AB RvS 21 september 2005, 200501095/1, Techum.

³ Anders, maar niet overtuigend, blijktbaar P. Mendelts, Bestaand gebruik in Natura 2000-gebieden, M en R 2008, p. 275.

hebben verricht, handelingen en ontwikkelingen op te nemen die niet zijn gericht op de instandhouding van het gebied, maar op andere doeleinden.⁴

Mijns inziens is deze interpretatie door de Commissie in overeenstemming met de richtlijn. De voorgestelde wijzigingen in art. 19a Nbwet 1998 zullen dus niet tot gevolg hebben dat het instrument beheerplan in de Nederlandse wetgeving wordt ingevuld op een wijze die niet met art. 6 Hrl. verenigbaar is.

Opgemerkt zij wel dat wellicht in de praktijk zal worden gedacht en zal worden geprobeerd om art. 19a lid 1 zo ruim mogelijk in te vullen en de grenzen van deze bepaling op te zoeken. Als de Afdeling bestuursrechtspraak dat dan vervolgens, geheel terecht, streng toetst en zekerheid eist dat geen significante effecten kunnen optreden, zal zij, en eventueel ook natuurbeschermingsorganisaties of anderen die deze vraag aan de rechter voorleggen, waarschijnlijk het verwijt krijgen dat de rechter de wet te restrictief uitlegt en onterecht de ambities van het bestuur dwarsboomt. Dat verwijt is dan echter onterecht. Dat het bestuur in een dergelijke situatie teruggefloten wordt ligt niet aan de rechter, maar aan het bestuur zelf alsmede aan een wettelijke bepaling die wellicht verleidt tot oneigenlijk gebruik.

Aparte aandacht verdient, zoals gezegd, de zinsnede „mede gelet op de instandhoudingsmaatregelen die worden getroffen“. Deze zinssnede biedt mogelijkwerwijs aanzienlijke interpretatiespeelruimte. Hierin zou kunnen worden gelezen dat toekomstige positieve effecten van instandhoudingsmaatregelen alvast zouden mogen worden verdisconteerd met negatieve gevolgen van handelingen, projecten en plannen die in een beheerplan vervolgens worden aangemerkt als met zekerheid (?) niet significante handeling of ontwikkeling. Dit zou saldering mogelijk maken tussen verschillende soorten bestaande en toekomstige activiteiten. Een dergelijke benadering is mijns inziens echter in strijd met art. 6 lid 3 Hrl. Wel mag mijns inziens, anders dan de Afdeling bestuursrechtspraak RvS⁵ thans lijkt te oordelen, bij de vraag of een passende beoordeling nodig is rekening worden gehouden met mitigerende maatregelen. Mitigerende maatregelen zijn maatregelen die de gevolgen van een bepaalde handeling zelf beperken. Daarbij gaat het dus bijvoorbeeld om het plaatsen van een afscherming (groenstrook, hek, etc.) om het werken buiten bepaalde tijden of het ontzien van bepaalde delen van een gebied etc. Dat is echter iets anders dan rekening te houden met (de gevolgen van) instandhoudingsmaatregelen die zullen worden getroffen. Ook al worden deze instandhoudingsmaatregelen niet als compensatiemaatregelen voor bepaalde ingrepen getroffen, dan nog gaat het om een bij de bepaling van de effecten van een handeling ontoelaatbare verrekening van de negatieve gevolgen van de ene maatregel met de positieve gevolgen van een andere. Bij een dergelijke interpretatie van bedoelde zinsnede zou deze dus in strijd zijn met art. 6 lid 3 Hrl. omdat op zichzelf mogelijk significant schadelijke handelingen en ontwikkelingen aan de noodzaak van een passende beoordeling (en eventueel aan de noodzaak van de toepassing van art. 6 lid 4 Hrl.) worden onttrokken.

Uit de Memorie van Toelichting of de overige wetsgeschiedenis is niet inzichtelijk hoe deze zinsnede precies is bedoeld. Wat de wetgever hierbij ook moge hebben gedacht, Europeesrechtelijk is bepalend wat de letter van de wet mogelijk maakt.

Zoals betoogd kan de wet in ieder geval aldus worden verstaan dat saldering van negatieve gevolgen van een handeling met positieve gevolgen van beheersmaatregelen mogelijk is. Daarmee is deze zinssnede m.i. in strijd met het Europees recht. Dat een richtlijnconforme interpretatie wellicht mogelijk is, neemt deze strijd niet weg.

⁴ Europese Commissie, Beheer van Natura 2000-gebieden, Brussel 2000, p. 19 e.v. en p. 32.

⁵ Zie bijv. AB RvS 22 oktober 2008 (Waterfront Harderwijk) en eerder AB RvS 7 mei 2008 (Zuiderklip).

3. Artikel I, W, onderdeel 3 van het gewijzigd voorstel van wet wijzigt het eerste lid van art. 19d Natuurbeschermingswet 1998. Het voorstel vervangt «een verstorend effect» door: een significant verstorend effect. Is de toevoeging van het woord 'significant' in strijd met artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn?

Art. 6 lid 3 Hrl. vereist dat alle plannen en projecten die, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kunnen hebben voor een beschermd gebied aan een passende beoordeling worden onderworpen. Het feit dat het wetsvoorstel de vergunningplicht, en daarmee ook de plicht tot een eventuele passende beoordeling, in de toekomst beperkt tot projecten of andere handelingen die ofwel de kwaliteit van de natuurlijke habitats kunnen aantasten danwel **significant** (vet door mij, Ch.B.) verstorende effecten kunnen hebben is daarom op zich niet in strijd met Europees recht. Wel zij opgemerkt dat deze wijziging een aanzienlijke reductie van het beschermingsniveau, respectievelijk een reductie van de preventieve controle met betrekking tot schadelijke handelingen tot gevolg heeft. Dat geldt niet alleen voor de situatie zoals die thans geldt op grond van de Nbwet 1998, maar ook voor de situatie zoals die eerder heeft gegolden sinds het van kracht worden van de vroegere Natuurbeschermingswet uit 1967. Sinds 1967 immers was een vergunning nodig voor handelingen die schadelijk kunnen zijn voor een natuurmonument (zie art. 12 Natuurbeschermingswet). Nu het allergrootste deel van de natuurmonumenten tevens een Natura 2000-gebied zijn en dus de vergunningplicht voor handelingen en projecten m.b.t. deze gebieden uitsluitend nog te vinden is in art. 19d Nbwet 1998, is sprake van een aanzienlijke verlichting van het juridisch regime dat altijd in Nederland heeft gegolden. Of (ik van opvatting ben dat) deze verlichting van het juridisch regime ook tot een achteruitgang van de daadwerkelijke bescherming zal leiden, staat echter hier niet ter discussie.

EG-rechtelijk problematisch is echter dat een passende beoordeling ingevolge art. 19f Nbwet 1998 alleen nodig is voor vergunningplichtige projecten indien deze, afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen, significante gevolgen voor een aangewezen gebied kunnen hebben. Indien nu een project op zich geen significant verstorend effect heeft, maar in combinatie met andere projecten of plannen dat wel kan hebben, dan is een dergelijk project ingevolge van de letter van art. 19d lid 1 (nieuwe) Nbwet 1998 niet vergunningplichtig. De zinsnede „afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of handelingen“ ontbreekt in art. 19d lid 1 Nbwet 1998 immers. Omdat niet vergunningplichtige projecten, eveneens volgens de letter van de wet, nooit aan een passende beoordeling hoeven te worden onderworpen, kan dat dus tot gevolg hebben dat projecten die uitsluitend door cumulatieve effecten significant verstorende effecten hebben niet aan een passende beoordeling hoeven te worden onderworpen. Dat is in strijd met art. 6 lid 3 Hrl.

Opgemerkt zij dat in de wetsgeschiedenis ook op deze problematiek is gewezen, zij het wellicht niet op een geheel scherpe wijze. In het verslag van de vaste commissie voor LNV is te lezen dat de Partij voor de Dieren-fractie er op wijst dat “door het schrappen van de vergunningplicht van mogelijk niet significante verstoringen (afgaand op de beoordeling door de initiatiefnemer) ...niet eenduidig getoetst (kan) worden welke cumulatieve effecten mogelijk kunnen optreden. Bovendien is in de beoogde wetswijziging niet duidelijk hoe met cumulatieve effecten van verstoringen in het algemeen wordt omgegaan. Om de effectieve natuurbescherming te garanderen moeten naar de mening van de leden van de PvdD-fractie geplande projecten en activiteiten in samenhang worden beoordeeld op hun mogelijke effecten. Dit is conform artikel 6 lid 3 van de habitatrichtlijn.

Kan de regering aangeven op welke wijze zij de beoordeling van mogelijke cumulatieve verstoringen en de gevolgen daarvan voor de vergunningplicht zal opnemen in artikel 19d van de Natuurbeschermingswet?”⁶

De regering antwoordt in de nota naar aanleiding van het verslag hierop het volgende: “Gezien het feit dat artikel 19d van de Natuurbeschermingswet 1998 zowel ter implementatie van artikel 6, tweede lid, als ter implementatie van artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn strekt, is vanzelfsprekend dat bij de uitleg van artikel 19d en de vraag wanneer een vergunningplicht aan de orde is cumulatie wordt betrokken”.⁷ Het is dus blijkens de wetsgeschiedenis de bedoeling dat bij art. 19d Nbwet 1998 ook rekening wordt gehouden met cumulatieve effecten. Een richtlijnconforme, niet helende, interpretatie van deze bepaling in overeenstemming met de Habitatrichtlijn lijkt mij dan ook zonder meer mogelijk. Helaas staat het moeten rekening houden met cumulatieve effecten echter niet in de wet. Integendeel: uit het feit dat in art. 19f uitdrukkelijk voorgeschreven wordt dat rekening moet worden gehouden met cumulatieve effecten, maar een dergelijke verplichting nu juist ontbreekt in de letter van art. 19d Nbwet 1998 zou kunnen worden afgeleid dat het bij het bepalen van wat een significante verstoring in de zin van art 19d Nbwet 1998 is geen rekening hoeft te worden gehouden met cumulatieve effecten. Bovendien is ook nog, door mevrouw Jacobi, een amendement ingediend om in art. 19d Nbwet 1998 het woord “significant” toch weer te verwijderen, en wel omdat anders niet is verzekerd dat rekening moet worden gehouden met cumulatieve effecten. Uit het feit dat dit amendement is verworpen zou men kunnen afleiden dat de wetsgeschiedenis toch niet eenduidig is en de wil van de wetgever of nu wel of niet rekening moet worden gehouden met cumulatieve effecten bij de toepassing van art 19d Nbwet 1998 niet duidelijk uit de wet is af te leiden.

Het Hof van Justitie EG eist in vaste jurisprudentie dat, juist op een terrein waar de zorg voor het gemeenschappelijke erfgoed aan de lidstaten is opgedragen, een zeer nauwkeurige omzetting van de verplichtingen uit richtlijnen plaatsvindt.⁸ Ik heb dan ook weinig twijfel dat art. 19d Nbwet 1998 in zoverre niet voldoet aan de eisen van het Europees recht. Of dat een zwaarwegende tekortkoming is en welke politieke consequenties hieraan te verbinden zijn is een andere vraag.

Het resultaat zou wellicht kunnen verbazen, nu in het thans bestaande recht in art.19d Nbwet 1998 ook geen betrekking wordt genomen op eventuele cumulatie met andere (handelingen en) projecten. Tot nu toe heeft, voor zover bekend, niemand beweert dat de tegenwoordige wet wat dit betreft in strijd met Europees recht zou zijn. Dat is ook niet zo. Tegenwoordig is echter iedere handeling en ieder project dat verstorend effect zou kunnen hebben vergunningplichtig. Vervolgens geldt de plicht tot een passende beoordeling slechts voor handelingen en projecten die, afzonderlijk of in combinatie met andere handelingen of projecten, significante effecten kunnen hebben. Deze constructie verzekert dat alle projecten die, afzonderlijk of in combinatie met andere, mogelijk significante effecten hebben aan een passende beoordeling worden onderworpen. Immers, als een project in het geheel geen verstorende effecten heeft, is het ook niet mogelijk dat het in combinatie met andere projecten significant verstorende effecten heeft, tenzij dat andere project op zich al significant verstorende effecten heeft en dus aan een passende beoordeling moet worden onderworpen.

⁶ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 5 p. 14.

⁷ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 6 p. 15.

⁸ Zo al HvJ EG zaken 236/85, 262/85 en 339/87.

4. Met artikel I, X wordt aan artikel 19e Nbwet een onderdeel c. toegevoegd, luidende:

“c. vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, alsmede regionale en lokale bijzonderheden.”

Op welke wijze kan met deze ' vereisten uit onderdeel c' in de praktijk rekening gehouden worden in de vergunningverlening (art. 19d Nbwet) gezien het limitatieve toetsingskader van artikel 6, de leden 3 en 4 van de Habitatrichtlijn (bezien in relatie met artikel 2, lid 3 Habitatrichtlijn)?

Over de bedoeling van de toevoeging van een nieuw sub c in art. 19e Nbwet 1998 heb ik in de wetsgeschiedenis niet veel verhelderends kunnen vinden. Wel zegt de regering dat uit het feit dat art. 6 lid 2 Hrl. verplicht tot het nemen van “passende” maatregelen zou voortvloeien dat daarbij rekening kan worden gehouden met de vereisten op economische, sociaal en cultureel gebied en met de regionale en lokale bijzonderheden.”⁹ Wat daarvan ook zij, deze passage verklaart niet de betekenis van de toevoeging in art. 19e Nbwet 1998.

Indien in de toekomst een vergunning nodig is, dan zal, zoals de regering ook terecht stelt,¹⁰ altijd ook een passende beoordeling nodig zijn. Immers, niet mogelijkerwijs significant verstorende handelingen (of handelingen waardoor de kwaliteit van een beschermd gebied niet (significant) achteruit gaat) zijn in het geheel niet meer vergunningplichtig. Kunnen mogelijke significante verstoringen of kwaliteitsverslechtingen niet worden uitgesloten, dan is een passende beoordeling nodig en kan vergunningverlening niet uitsluitend op grond van art. 19d en art. 19e plaatsvinden, maar moeten tevens ten minste art. 19f Nbwet 1998 worden doorlopen. Doorgaans zullen dan ook art. 19g en 19h Nbwet 1998 van toepassing zijn. Deze bepalingen bevatten een uitputtend kader met betrekking tot de vraag met welke aspecten bij de vergunningverlening rekening moet en mag worden gehouden. Art. 19e Nbwet is in de tegenwoordig geldende Nbwet 1998 bedoeld om inhoudelijke criteria te geven voor vergunningen waarvoor uitsluitend “verstoringstoets” nodig is. Dat zijn dus aanvragen die zeker geen significant, maar wel enig verstorend effect tot gevolg hebben. In dergelijke situaties geldt straks echter geheel geen vergunningplicht meer. Voor aanvragen waarvoor een passende beoordeling nodig is bepaalt art. 19e Nbwet m.i. daarentegen in de regel niets. Dat wordt ook duidelijk uit de plaats van deze bepaling in de wet; tussen art. 19d (aanvragen zonder noodzaak van passende beoordeling) en art. 19f (noodzaak passende beoordeling).

Wel zal art. 19e Nbwet 1998 betekenis hebben voor gevallen waarvoor in eerste instantie niet duidelijk is of zich significante gevolgen mogelijk kunnen voordoen. Dan moet dus een passende beoordeling uitgevoerd worden. Blijkt nu uit de passende beoordeling dat dergelijke significante gevolgen toch met zekerheid uit te sluiten zijn, dan kan vervolgens een vergunning worden verleend (art. 19g lid 1 Nbwet 1998). Dat een vergunning kan worden verleend, betekent echter niet dat een vergunning moet worden verleend. Daarvoor is eerst een belangenafweging noodzakelijk. Voor deze belangenafweging is art. 19e Nbwet 1998 het wettelijk kader. De toevoeging van het nieuwe onderdeel c in dit lid expliciteert nu dat daarbij ook rekening mag worden gehouden met vereisten op economisch en sociaal gebied enz. rekening kan (en moet) worden gehouden. Dat zou zonder deze toevoeging echter niet anders zijn.

⁹ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 3 p. 6.

¹⁰ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 3 p. 14.

Het gaat hier immers om gevallen waarop art. 6 lid 3 Hrl. (noodzaak van een passende beoordeling) wel van toepassing is, art. 6 lid 4 Hrl. echter niet omdat uit de passende beoordeling is gebleken dat zeker is dat zich geen significante gevolgen voor het beschermde gebied kunnen voordoen. De Hrl. bepaalt voor dergelijke gevallen uitsluitend dat vergunningverlening mogelijk is, nu zeker is dat zich geen significante gevolgen zullen voordoen. Het nationaal recht, in het bijzonder art. 3:4 Awb, bepaalt vervolgens dat bij de uitoefening van de bevoegdheid tot vergunningverlening alle relevante belangen dienen te worden afgewogen. Dat zijn enerzijds, ook al doen zich geen significante gevolgen voor, de natuurbeschermingsbelangen. Immers, er is sprake van enige mogelijke verstoring of verslechtering. Anderzijds zijn dat de sociale, economische, culturele en mogelijk andere belangen, in het bijzonder ook de belangen van de aanvrager. Al die belangen moeten met elkaar worden afgewogen. Er vindt een "brede belangenafweging" plaats.¹¹ Dat is op basis van de nu geldende wet echter niet anders.

Een verschil lijkt voor deze gevallen wel te bestaan in het gewicht dat aan de diverse belangen moet worden toegemeten. In de wetsgeschiedenis van de oude Natuurbeschermingswet (uit 1967) is benadrukt dat aan de in het kader van een vergunningaanvraag noodzakelijke belangenafweging aan de natuurbelangen een bijzonder gewicht toekomt. Immers, het gaat steeds om toelating van handelingen in gebieden die blijken de aanwijzing als natuurmonument tot de in Nederland meest waardevolle natuurgebieden behoren. Het ligt voor de hand voor deze gebieden, anders dan daarbuiten, bij de afweging van belangen een relatief bijzonder gewicht aan de natuurbelangen toe te kennen. In de jurisprudentie over art. 12 Natuurbeschermingswet (1967) is dit ook herhaaldelijk tot uitdrukking gekomen.¹² Nu is echter van een bijzondere zwaarte van de natuurbelangen blijken de memorie van toelichting geen sprake meer. "Dit impliceert dat het bestuursorgaan in staat wordt gesteld een brede belangenafweging te maken met betrekking tot handelingen en projecten en plannen die geen significante gevolgen kunnen hebben. Bij deze belangenafweging wegen andere belangen wellicht zwaarder dan de natuurbelangen die bij het vaststellen van het beheersplan uiteraard de doorslag hebben gegeven."¹³ Ook in zoverre heeft de aan de orde zijnde wetswijziging dus mijns inziens een vermindering van de bescherming van Nederlands meest waardevolle gebieden ten opzichte van de in de laatste decennia van de vorige eeuw geldende bescherming tot gevolg. EG-rechtelijk is dat niet bedenkelijk. Of dat politiek bedenkelijk is ben ik niet gevraagd te beoordelen. Zeker als de rechter van opvatting blijft dat met mitigerende maatregelen pas bij de passende beoordeling en niet al bij de toepassing van art. 19d Nbwet 1998 rekening mag worden gehouden, dan zal art. 19e Nbwet 1998 in de toekomst toch uiteindelijk vaak toepassing vinden.

Schwalmtal, 11 november 2008

Ch.W. Backes

¹¹ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 3 p. 6.

¹² Zie hierover bijv. Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 33.

¹³ Tweede Kamer, 2007-2008, 31038, nr. 3 p. 6.