



Advies en rechtsbijstand in bestuursrecht

Adviesbureau Het Groene Schild
Postbus 638
6700 AP Wageningen

IBAN NL17INGB0006991377

Ir. A.K.M. van Hoof
Telefoon 0620 – 597491

Email hetgroeneschild@gmail.com

AANGETEKEND EN PER ZIVVER

Rechtbank Gelderland
Afd. Bestuursrecht
Postbus 9030
6800 EM Arnhem

Mijn kenmerk: 24-36/EA
Betreft: beroepschrift

Wageningen, 26 juli 2024

Edelachtbare Dames, Heren,

1

Door Eindhoven Airport NV is op 1 oktober 2020 een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) aangevraagd voor het project Civiel gebruik Eindhoven Airport. Op 15 februari 2021 is kennis gegeven van een ontwerpbesluit. Door de Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A., Waldeck Pyrmontsingel 18, 6521 BC Nijmegen, de Stichting Brabantse Milieufederatie, thans Heuvelring 92, 5038 CL Tilburg en de Vereniging Natuurmonumenten, Postbus 2166, 3800 CD Amersfoort (verder te noemen: cliënten) zijn zienswijzen ingebracht. Mede naar aanleiding van de ingebrachte zienswijzen is de aanvraag vervolgens aangepast. De aangepaste aanvraag heeft betrekking op een maximum van 40.993 vliegtuigbewegingen per jaar. Bij besluit van 17 juni 2024 heeft de Minister voor Natuur en Stikstof (verder: de Minister) de aanvraag positief afgewezen. Zie productie 1. Namens cliënten teken ik hierbij beroep aan tegen dit besluit. De beroepsgronden zijn als volgt:

Bestreden besluit gaat uit van een te ruime referentiesituatie

- 1 De Minister stelt dat de aanvraag gelijk is aan de referentiesituatie. Zij stelt dat de referentiesituatie bepaald wordt door het Luchthavenbesluit Eindhoven 2014 (verder: LHB2014) en betrekking heeft op 40.993 vliegtuigbewegingen per jaar. Volgens de Minister betreft het LHB2014 de meest beperkende toestemming sinds de Europese referentiedatum. Aangezien niet eerder een

natuurvergunning¹ is verleend, bepaalt de meest beperkende toestemming die geldig is vanaf de referentiedatum, de referentiesituatie. Cliënten bestrijden dat het LHB2014 de meest beperkende toestemming is vanaf de referentiedatum. Zij bestrijden dan ook dat het LHB2014 de referentiesituatie bepaalt. Zij bestrijden bovendien dat de referentiesituatie betrekking heeft op 40.993 vliegtuigbewegingen. De referentiesituatie is veel kleiner. De aanvraag heeft daarom betrekking op een forse toename van het aantal vliegtuigbewegingen ten opzichte van de referentiesituatie. Daarom ook heeft de aanvraag betrekking op een forse toename van de stikstofemissie en daarmee van de stikstofdepositie vanwege dit project op omliggende Natura 2000-gebieden. Het gaat dan om Natura 2000-gebieden zoals Leenderbos, Groote Heide & De Plateaux, Deurnsche Peel & Mariapeel, Strabrechtse Heide & Beuven, Kempenland-West, Kampina & Oisterwijkse Vennen en Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen. Dit zijn allemaal ernstig stikstofoverbelaste Natura 2000-gebieden. Het project kan daarom significante effecten veroorzaken op deze (en nog een aantal andere) Natura 2000-gebieden. Op basis van de bij de aanvraag geleverde stukken kan niet uitgesloten worden dat het aangevraagde project de natuurlijke kenmerken aantast. De vergunning is daarom terecht geweigerd, maar dit had geen positieve weigering mogen zijn. Dat de bepaling van de referentiesituatie door de Minister onjuist is, wordt hieronder gemotiveerd.

Minister gaat voorbij aan tal van beperkende besluiten

- 2 De conclusie dat de referentiesituatie kan worden ontleend aan het LHB2014 en dat deze betrekking heeft op 40.993 vliegtuigbewegingen, staat in schril contrast met de enorme toename van het aantal passagiers en vliegtuigbewegingen, die sinds de referentiedatum heeft plaatsgevonden op Eindhoven Airport en met de noodzakelijke voorzieningen die hiervoor gerealiseerd of uitgebreid moesten worden (zoals b.v. uitbreiding parkeerplaatsen, oplevering terminal in 2005 ten behoeve van 1,25 miljoen passagiers en in 2013 voor 5 miljoen passagiers). Zie het besluit van de Minister van 29 september 2020 (beslissing op bezwaar in een eerdere handhavingsprocedure), bijgevoegd als productie 2, waarvan hieronder een citaat:

Sinds de referentiedatum zijn er kleinere en grotere werkzaamheden uitgevoerd die op zichzelf gezien mogelijk significante effecten kunnen hebben op Natura 2000-gebieden. Sinds de referentiedatum is er een enorme toename geweest van het aantal passagiers en vliegtuigbewegingen. Om deze toename aan passagiers te faciliteren zijn noodzakelijke voorzieningen gerealiseerd en voor zover deze al aanwezig waren moesten deze voorzieningen worden uitgebreid. Denk bijvoorbeeld aan de uitbreiding van het aantal parkeerplaatsen en de oplevering

¹ Vergunning op grond van de voormalige Natuurbeschermingswet 1998 dan wel op grond van de Wet natuurbescherming.

van de terminal in 2005 ten behoeve van 1,25 miljoen passagiers en de terminal in 2013 voor 5 miljoen passagiers.

De referentie bepaling door de Minister gaat dan ook voorbij aan tal van relevante capaciteitsbeperkende omstandigheden waarvan destijds sprake was. De geclaimde referentiedeposities zijn daarom niet gebaseerd op realistische en aannemelijke uitgangspunten en daardoor veel te hoog. Het in het bestreden besluit gehanteerde uitgangspunt staat daarom op ernstig gespannen voet met de uitgangspunten in de Habitatrichtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (verder: het Hof), dat art. 6 lid 2 en 3 Hrl hetzelfde beschermingsniveau beogen, namelijk het voorkomen van verdere verslechtering van de beschermde natuurwaarden, en dat het ongewenst is te veel activiteiten met mogelijk significante effecten permanent te onttrekken aan iedere voorafgaande beoordeling. Dat wordt hieronder nader onderbouwd.

- 3 Zo is de indicatieve geluidscontour van 35 Kosten-eenheden, die bij Koninklijk Besluit van 1979 (deel uitmakend van het aanvraagdossier) is opgelegd voor het militair en civiele gebruik gezamenlijk, gebaseerd op een prognose van 4475 militaire en 18.050 civiele sorties². Voor wat betreft het aantal civiele vliegtuigbewegingen ging het dus om minder dan de helft van het aantal dat thans door de Minister als referentiesituatie wordt geclaimd. De prognose was gemaakt voor het jaar 1985. Ook in het Structuurschema Militaire Terreinen (SMT) uit 1985 is dit aantal genoemd. Hierin is vermeld dat op Eindhoven Airport sprake is van permanent civiel medegebruik van 18.050 vliegtuigbewegingen. Het daadwerkelijk uitgevoerde aantal vliegtuigbewegingen is in de jaren daarna steeds gegroeid, maar bleef tot 1999 beneden het aantal van 18.050. Zie daartoe de brief van de Staatssecretaris van Defensie van 6 januari 1999 (Tweede Kamer 1998-1999, 26 200 X, nr. 21) (productie 3). Het bevoegd gezag heeft in die lijn bij de toepassing van de ontheffingsbevoegdheid ex art. 34 en 33 van de Luchtvaartwet (Lvw) voortdurend het aantal van 18.050 civiele vliegtuigbewegingen als maximum gehanteerd. Zie de uitspraak ECLI:NL:RBSHE:2006:AY5002, r.o. 10. (In deze zaak stond de ontheffing ex art. 33 Lvw van 14 november 2003 ter discussie). Zie ook de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 9 mei 2000, nr. H01.98.1872, ECLI:NL:RVS:2000:AN6363 (zie productie 4), waarbij de rechtsgevolgen van het besluit ontheffing ex art. 33 Luchtvaartwet (Lvw) van 12 juni 1998 in stand zijn gelaten omdat het besluit slechts betrekking had op een groei van het grote vliegverkeer (tot 936 per jaar), echter onder gelijktijdige beperking van het kleinere vliegverkeer, zodat per saldo het aantal vliegtuigbewegingen nauwelijks toeneemt ten opzichte van de 18.050³. Zie verder de

² Het Koninklijk Besluit van 1979 maakt deel uit van de aanvraagstukken. Zie ook uitspraak ECLI:NL:RBSHE:2006:AY5002, r.o. 2.

³ Zie ro. 2.11, 2.10 en 2.3.

beschikkingen ontheffing ex art. 33 Luchtvaartwet van 16 juli 1999, 9 december 1999, 22 december 2000, 14 november 2003 en van 10 juli 2006, die allemaal uitgaan van een maximaal aantal van 18.050 toegestane civiele vliegtuigbewegingen per jaar. Zie productie 5. Van dit aantal vliegtuigbewegingen is dus uitgegaan, tot lang na de Europese referentiedata van 10 juni 1994, die geldt voor Natura 2000-gebieden Deurnsche Peel & Mariapeel en Kampina & Oisterwijkse Vennen, en ook nog tot lang na de referentiedatum 24 maart 2000, die geldt voor Natura 2000-gebied Leenderbos, Groote Heide & De Plateaux en zelfs nog tot na de referentiedatum 7 december 2004, die geldt voor de andere hierboven genoemde Natura 2000-gebieden. Pas in de ontheffing van 20 december 2007 is sprake van een groter aantal toegestane vliegtuigbewegingen (21.175). Zie productie 6. Dit aantal nam in latere ontheffingen verder toe tot maximaal 28.050 vliegtuigbewegingen in de ontheffing van 19 december 2011 (zie productie 7) en tot maximaal 30.563 in de ontheffing van 24 augustus 2012 (zie productie 8). Ook dit waren echter nog altijd meer beperkende besluiten dan het LHB2014. Aangezien het bij deze laatstgenoemde drie besluiten echter ging om meer dan 18.050 vliegtuigbewegingen en aangezien deze ontheffingen zijn verleend na de referentiedatum, waren dit niet de meest beperkende besluiten die van kracht waren vanaf de referentiedatum.

4

Ontheffingen civiel medegebruik beperkten de referentiesituatie verder

- 4 De ontheffingen ex art. 33 Lvw hebben het aantal vliegtuigbewegingen dat was toegestaan op het project Civiel gebruik Eindhoven Airport dan ook verder begrensd dan de geclaimde 40.933. De Minister stelt echter in de Nota zienswijze onder 1q en 1r dat de ontheffingen ex art. 33 Lvw slechts steeds fluctuerende tijdelijke beperkingen betreffen en dat deze daarom niet een publiekrechtelijke beperking in het kader van de referentiesituatie betreffen, omdat de 35 Ke-contour nog steeds van toepassing was. Een mogelijke overschrijding van de ontheffingen zou niet relevant zijn. Dit standpunt kan echter niet gevolgd worden.
- 5 Hierboven is er al op gewezen dat de ontheffingen jarenlang betrekking hadden op een totaal aantal van 18.050 civiele vliegtuigbewegingen en dat er daarbinnen slechts sprake was van een verschuiving van lichte naar zware vliegtuigbewegingen. Dat wordt bevestigd in de al genoemde uitspraak H01.98.1872, maar ook in de uitspraak ECLI:NL:RVS:2009:BJ4637. In deze uitspraak stond de ontheffing van 10 juli 2006 ter discussie. De Afdeling constateert in r.o. 2.4.1:

Daarbij is van belang dat met het bij de rechtbank bestreden besluit geen toename van het maximale aantal vliegtuigbewegingen wordt geregeld, maar een verschuiving van lichte naar zware vliegtuigbewegingen binnen het reeds jaren gehanteerde maximale aantal van 18.050 civiele vliegtuigbewegingen.

Ook in de uitspraak ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612 wordt bevestigd dat in het jaar 2000 op grond van de ontheffing niet meer vliegtuigbewegingen dan 18.050 waren toegestaan. Zie r.o. 2.10.6:

Bij laatstgenoemd alternatief wordt de voorgenomen activiteit noch één van de andere alternatieven gerealiseerd, maar wordt aangenomen dat niet meer vliegtuigbewegingen zullen plaatsvinden dan in het jaar 2000 waren toegestaan, te weten 18.050 vliegtuigbewegingen waarvan 800 zware vliegtuigbewegingen per jaar. (onderstreping van mij – AvH)

Zie in dit verband ook de Kamerbrief van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 17 november 2000 (zie productie 9). Hieruit:

Een uitbreiding boven de bestaande gebruiksgrens van 18.050 civiele vliegtuigbewegingen per jaar is onlangs door de rechter afgewezen. Vooruitlopend op de geluidszonering bereiden Defensie en Verkeer en Waterstaat een beschikking voor met betrekking tot het gebruik van 'zware' civiele vliegtuigen binnen het aantal van 18.050 vliegtuigbewegingen per jaar, die moet gelden voor de jaren 2000 tot en met 2004.

5

- 6 Uit de omstandigheid dat de 35 Ke-contour nog steeds van toepassing was, volgt geenszins dat er daarnaast geen andere publiekrechtelijke beperkingen konden gelden. De ontheffingen ex art. 33 Lvw golden zeker als publiekrechtelijke beperkingen naast die geluidscoutour. Immers zonder de ontheffing had het project Civiel gebruik Eindhoven Airport niet uitgevoerd mogen worden. Zie daartoe wederom de uitspraak ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612, r.o. 2.10.6:

Dat, zoals BOW en andere hebben aangevoerd, in het jaar 2000 nog geen geluidszone als bedoeld in artikel 25a van de Luchtvaartwet was vastgesteld, betekent, anders dan zij kennelijk veronderstellen, niet dat bij het nulalternatief wordt uitgegaan van een illegale situatie. Voor de hiervoor genoemde aantallen vliegtuigbewegingen was namelijk ontheffing als bedoeld in de artikelen 33 en 34 van de Luchtvaartwet verleend.

- 7 Dit volgt ook uit het Koninklijk Besluit van 1979. Daarin valt te lezen dat overwogen is om Eindhoven Airport als burgerluchthaven aan te wijzen. Uiteindelijk is die keuze niet gemaakt, maar is er voor gekozen om de militaire status te handhaven, echter met de mogelijkheid om beperkt civiel medegebruik te bieden (blz. 7), waarbij voor dit beperkt civiele medegebruik ontheffing zal worden verleend en dat daarbij beperkingen en voorwaarden gesteld zullen worden om de lawaaibelasting te beperken (blz. 8). Omdat, zoals hierboven al is aangehaald, de indicatieve 35 Ke-geluidscoutour was gebaseerd op een prognose van 4.475 militaire en 18.050

civiele vliegtuigbewegingen en er slechts één geluidscontour gold voor zowel militair als civiel vliegverkeer, betekende deze keuze dan ook dat het civiele vliegverkeer begrensd werd door het aantal vliegtuigbewegingen vast te leggen. Zulks nog temeer nu die geluidscontour slechts indicatief was en niet overeenkomstig art. 25a Lvw was vastgesteld.

- 8 De ontheffingen hadden betrekking op structureel civiel medegebruik (zie ook r.o. 2.8 van uitspraak H01.98.1872). De ontheffingen waren gericht op rechtsgevolg en met de ontheffingen werd het civiele gebruik begrensd. Dit is in de rechtspraak een acceptabele wijze van begrenzing gevonden, zolang nog geen geluidszone als bedoeld in art. 25a Lvw was vastgesteld en het aantal civiele vliegbewegingen niet verder toeneemt dan 18.050. Zie in dit verband wederom H01.98.1872, r.o. 2.8 en ECLI:NL:RBSHE:2006:AY5002, r.o. 4 en 5. Bovendien had de ontheffing mede tot doel de milieugevolgen van het civiele gebruik te reguleren, in die zin dat niet meer geluidsgevolgen zouden optreden dan toegestaan. Zie in dit verband ook de Memorie van Toelichting bij de Wijziging Wet Luchtvaart, Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 452, nr. 3, § 7.3.3:

6

Een aantal jaren geleden is de keuze gemaakt om dit structurele medegebruik te verlenen met een ontheffing op basis van artikel 33 Luchtvaartwet die is gericht aan een burgerexploitant, om hiermee ook de wettelijke status en verantwoordelijkheden voor de burgerexploitant te benadrukken. In de ontheffing zijn met het oog op het aspect geluid criteria opgenomen over het aantal en de soort van burgervliegtuigbewegingen, alsmede over de openingstijden.

Wenselijk was deze werkwijze evenwel niet. Wenselijk was dat een definitieve geluidszone werd vastgelegd en bovendien dat een separate geluidszone werd vastgelegd voor burgerluchtverkeer. Zie verderop in § 7.3.3 van voornoemde Memorie van Toelichting:

Voorts is in de praktijk de behoefte gebleken aan een mogelijkheid om voor bepaalde vormen van burgermedegebruik een separate burgergeluidsruimte vast te stellen in plaats van het op een aantalscriterium toestaan van burgerluchtverkeer binnen één geluidszone voor zowel militair luchtverkeer als burgerluchtverkeer.

Een separate geluidszone voor het civiel gebruik van Eindhoven Airport werd echter pas vastgelegd in het LHB2014. Voor die tijd werd het civiel gebruik Eindhoven Airport gereguleerd op basis van het aantalscriterium via de ontheffingen, binnen de geluidszone voor zowel militair luchtverkeer als burgerluchtverkeer.

- 9 Dat de begrenzing op het aantal van 18.050 vliegtuigbewegingen een hard gegeven was, volgt verder uit de uitspraak ECLI:NL:RBSHE:2000:AH8224, zie b.v. r.o. 2.9:

Vast staat immers (i) dat het totale aantal van 18 050 vliegbewegingen in 2000 een hard gegeven is, dat ook alle partijen in dit geding tot uitgangspunt nemen, en (ii) dat Eindhoven Airport een gedeelte daarvan, te weten 16 000, beschikbaar heeft gesteld voor verdeling door de 'slot'-coördinator over de categorieën lijn- en chartervluchten en dergelijke (onderstreping van mij – AvH)

Zie voorts uitspraak ECLI:NL:RBSHE:2000:AH8223, r.o. 2.1:

De vliegbasis Eindhoven is aangewezen als militair luchtvaartterrein en wordt sedert 1982 op basis van ontheffingen ingevolge de Luchtvaartwet tevens gebruikt door de burgerluchtvaart. Daarbij is overeengekomen dat jaarlijks niet meer dan 18 050 civiele vliegbewegingen worden geacommodeerd. De exploitatie van dit civiele medegebruik is in handen gelegd van Eindhoven Airport. (onderstreping van mij – AvH)

10 Samenvattend moet worden geconcludeerd:

- De ontheffingen waren geschikt om een structureel civiel medegebruik toe te staan, in ieder geval voor maximaal 18.050 vliegtuigbewegingen
- De ontheffingen en de voorwaarden die in de ontheffingen werden gesteld aan het civiel medegebruik waren gericht op rechtsgevolg
- Bovendien hadden de ontheffingen mede tot doel de milieugevolgen van het civiele gebruik te reguleren
- Zonder ontheffingen van art. 33 Luchtvaartwet was het civiele medegebruik van Eindhoven Airport niet toegestaan
- De ontheffingen beperkten dan ook mede de omvang van het civiele gebruik van Eindhoven Airport
- Aan de ontheffingen kan dan ook niet voorbijgegaan worden voor de bepaling van de referentiesituatie van het project Civiel gebruik Eindhoven Airport.

7

Primair

Eerste ontheffing ex art. 33 Lvw dateert van 1998

11 In dit verband is bovendien van belang dat de eerste ontheffing ex art. 33 Lvw dateert van 12 juni 1998. Daarvóór werden slechts ontheffingen verleend op basis van art. 34 Lvw. Die ontheffingen waren gericht aan de gezagvoerder van een luchtvaartuig. Niet aan de exploitant van de luchthaven. De ontheffingen ex art. 34 Lvw hadden dan ook in publiekrechtelijk opzicht geen gevolg voor Eindhoven Airport NV dan wel diens rechtsvoorganger Stichting Vliegveld Welschap. Zie ook ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2750. Vóór de eerste ontheffing ex art. 33 Lvw van 1998 beschikte Eindhoven Airport NV dan wel diens rechtsvoorganger dan ook niet over de noodzakelijke toestemming om de militaire luchthaven te gebruiken als burgerluchthaven. Er gold immers uitsluitend een aanwijzing voor een militaire luchthaven. Gelet op het verbod in art. 33 lid 1 Lvw was zonder een aanvullende toestemming civiel gebruik door de exploitant van de luchthaven dan ook niet toegestaan. Ten tijde van de referentiedatum die geldt voor Natura 2000-gebied Deurnsche

Peel & Mariapeel (10 juni 1994) ontbrak dan ook nog de vereiste toestemming voor het Project civiel gebruik Eindhoven Airport. De referentiesituatie ten aanzien van dit Natura 2000-gebied is daarom nihil. Zou dit anders zijn, dan dient bovendien onderzocht te worden in hoeverre de ontheffingen ex art. 34 Lvw een verdere beperking opleveren ten aanzien van deze referentiedatum.

Referentiesituatie is nihil vanwege tijdelijkheid ontheffingen

12 Zoals hierboven aangegeven, kan aan de ontheffingen dus niet voorbijgegaan worden voor de bepaling van de referentie, zoals de Minister ten onrechte doet. In de ontheffingen zijn echter ook vervaltermijnen neergelegd. Dit maakt het tot tijdelijke toestemmingen. De omstandigheid dat de ontheffingen tijdelijke toestemmingen betroffen, betekent bovendien dat voor de voortzetting van het project Civiel medegebruik Eindhoven Airport steeds een nieuwe toestemming vereist was. Zonder ontheffing mocht het project immers niet langer uitgevoerd worden. Er was daarom sprake van een vergelijkbare situatie als in de kwestie van het Aqua-Pri arrest ECLI:EU:C:2022:864. Vergelijk punt 43 van dat arrest:

8 ⁴³Daarbij komt dat wanneer een lidstaat in een handeling van algemene strekking of in een handeling van individuele strekking heeft bepaald dat voor de voortzetting van een reeds vergunde activiteit een nieuwe vergunning vereist is, de bevoegde nationale autoriteit de afgifte van die nieuwe vergunning afhankelijk moet stellen van een nieuwe beoordeling die voldoet aan de vereisten van artikel 6, lid 3, eerste volzin, van richtlijn 92/43, indien voor die activiteit nog geen dergelijke beoordeling blijkt te zijn verricht. In dat geval zal die autoriteit alle feitelijke en juridische consequenties moeten trekken uit deze nieuwe beoordeling, die zij verricht in verband met het besluit dat zij dient te nemen over de eventuele afgifte van een nieuwe vergunning. (onderstreping van mij – AvH)

13 De voortzetting van de exploitatie van het project Civiel gebruik Eindhoven Airport is vanwege de tijdelijkheid van de geldigheidsduur van de opeenvolgende ontheffingen afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat een nieuwe toestemming wordt verkregen. Voor de opeenvolgende ontheffingen heeft nimmer een beoordeling ex art. 6 lid 3 Habitatrichtlijn (Hrl) plaatsgevonden. Er is daarom ten aanzien van het project Civiel gebruik Eindhoven Airport nooit een passende beoordeling ex art. 6 lid 3 Hrl uitgevoerd, die zekerstelt dat het project wordt uitgevoerd zonder de natuurlijke kenmerken van de omliggende Natura 2000-gebieden aan te tasten. Zonder een nieuwe ontheffing kon het project na de relevante referentiedata niet worden voortgezet, zodat de mogelijk negatieve effecten voor de Natura 2000-gebieden zouden komen te vervallen. Daarom had aan de afgifte van een nieuwe ontheffing die was verleend na de referentiedatum een passende beoordeling vooraf moeten gaan, die voldoet aan de eisen van art. 6 lid 3 Hrl. Zie punt 47 van het Aqua-Pri arrest. Zowel bij Aqua-Pri als bij het onderhavige project was immers sprake van een vergund project dat

niet passend was beoordeeld conform de eisen van art. 6 lid 3 Hrl (bij Aqua-Pri niet omdat de oorspronkelijke passende beoordeling ondeugdelijk was en bij het onderhavige project niet omdat de oorspronkelijke toestemming dateerde van vóór de verplichtingen uit de Habitatrichtlijn) en zowel bij Aqua-Pri als bij het onderhavige project was de voortzetting van de exploitatie afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat een nieuwe toestemming wordt verkregen (bij Aqua-Pri omdat de Deense wetgeving die voorwaarde stelde en bij het onderhavige project Civiel gebruik Eindhoven Airport omdat de toestemming ging expireren vanwege de tijdelijkheid van de geldende ontheffing). Dat bij het project Civiel gebruik Eindhoven Airport, anders dan bij Aqua-Pri, het project na de nieuw verleende toestemming niet ongewijzigd werd voortgezet, aangezien het aantal toegestane zware vliegtuigbewegingen bij de opeenvolgende ontheffingen wijzigde, neemt de noodzaak dat het nieuwe toestemmingsbesluit vooraf had moeten worden gegaan door een passende beoordeling geenszins weg, integendeel. Des te meer vereiste de voortzetting (en wijziging) van het project een voorafgaande passende beoordeling. En bij die passende beoordeling kon bovendien geen claim gelegd worden op een referentiesituatie ontleend aan de vorige ontheffing, aangezien die ging expireren.

9

14 Cliënten wijzen er op dat de landsadvocaat in discussies omtrent het Aqua-Pri arrest bevestigt dat het Aqua-Pri arrest aangeeft dat aan een tijdelijke toestemming begrijpelijkerwijs niet zonder meer een referentiesituatie kan worden ontleend. Zie bijgaand hoger beroep tegen uitspraak ECLI:NL:RBNNE:2023:2350, hier bijgevoegd als productie 10, punt 2.3.4: “...(in) de situatie uit het AquaPri-arrest, (was) in de natuurvergunning van 27 oktober 2006 bepaald dat er in 2014 een nieuwe natuurvergunning moest worden aangevraagd en ging (het) dus om een toestemming met een tijdelijk karakter. Aan een tijdelijke toestemming kan de referentiesituatie begrijpelijkerwijs niet zonder meer worden ontleend(n)d. Als op een bepaalde locatie een activiteit op een gegeven moment niet langer is toegestaan (want er is een nieuwe vergunning nodig), dan is er in die zin geen sprake meer van een project dat onverkort wordt voortgezet, en dan is het niet zonder meer logisch om de gevolgen van de wijziging van een project daar tegen af te zetten. Op grond van de huidige rechtspraak van Uw Afdeling zou in de situatie die zich in het AquaPri-arrest voordeed ook geen referentiesituatie aan de natuurvergunning kunnen worden ontleend.” (onderstreept van mij – AvH). De landsadvocaat verwijst in dit verband ook nog naar de uitspraak ECLI:NL:RVS:2022:2448, r.o. 5, die aangeeft dat aan een Hinderwetvergunning die voor een tijdelijke periode was verleend, geen referentiesituatie kan worden ontleend.

15 Aangezien het project Civiel gebruik Eindhoven Airport ten tijde van alle hier relevante referentiedata 10 juni 1994, 24 maart 2000 en 7 december 2004, gereguleerd werd door een tijdelijke

publiekrechtelijke toestemming, namelijk de ten tijde van die onderscheidelijke referentiedata geldende ontheffing, en de activiteit na verloop van de geldigheid van die ontheffing niet langer was toegestaan (want er was een nieuwe ontheffing nodig), was de voortzetting van de activiteit zonder natuurtoets conform art. 6 lid 3 Hrl na het verloop van de geldigheid van de tijdelijke ontheffing niet langer toegestaan. Bij de te maken natuurtoets mocht daarbij geen beroep gedaan worden op een referentiesituatie, aangezien de onderliggende ontheffing een beperkte geldigheidsduur had. Die natuurtoets is echter nimmer uitgevoerd bij de nieuw verleende ontheffingen na de referentiedatum. Het project Civiel gebruik Eindhoven Airport wordt daarom sedertdien uitgevoerd in strijd met art. 6 lid 3 Hrl en thans in strijd met art. 2.7 lid 2 Wnb. De toestemming ten tijde van de referentiedata is geëxpireerd. De referentiesituatie is daarom nihil.

Referentie is nihil vanwege tijdelijkheid Aanwijzingsbesluit 2007

16 Zou de conclusie dat de referentiesituatie nihil is, niet getrokken moeten worden op basis van de opeenvolgende ontheffingen, dan moet deze conclusie echter toch worden getrokken uit het overgangsrecht van de Luchtvaartwet (Lvw) naar de Wet luchtvaart (Wlv). Voor de (volledige) overgang van de Lvw naar de Wlv zijn verscheidene overgangsregelingen vastgesteld. Het relevante overgangsrecht voor Eindhoven Airport staat in de Wet van 18 december 2008, houdende wijziging van de Wet luchtvaart inzake vernieuwing van de regelgeving voor burgerluchthavens en militaire luchthavens.

17 Op grond van Artikel XVIII lid 1 van deze wet kreeg een Aanwijzingsbesluit voor een militair luchtvaartterrein een beperkte geldigheid. Deze geldigheid zou vervallen na de inwerkingtreding van het Luchthavenbesluit (militair, artikel 10.15 Wlv), maar (in de eerste plaats) in ieder geval vijf jaar na het tijdstip van de inwerkingtreding van artikel I, onderdeel M van deze wet. Dit artikel is in werking getreden op 1 november 2009.

18 De termijn waarop het Aanwijzingsbesluit in ieder geval zou vervallen is in de jaren daarna telkens uitgesteld (zie tabel hieronder). Op het moment staat de deadline van 1 januari 2030 in de wet.

Datum wetswijziging	Termijn vervallen geldigheid
24 dec 2008 / 1 dec 2009	5 jaren
19 juli 2014	7 jaren
9 juli 2016	9 jaren
1 augustus 2018	12 jaren
19 juni 2021	1 januari 2030

19 Daarnaast is in artikel 8.1a lid 5 Wlv vastgesteld dat voor een militaire luchthaven een luchthavenbesluit (LHB) en luchthavenregeling van kracht is. Artikel 10.15, eerste lid Wlv verduidelijkt dat het LHB wordt vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur.

20 In het Aanwijzingsbesluit van 18 december 2007 is eindelijk in overeenstemming met art. 25a Lvw een definitieve geluidszonering van 35 Ke voor Eindhoven Airport vastgesteld. Met de inwerkingtreding van de wet van 18 december 2008 heeft dit Aanwijzingsbesluit een beperkte geldigheid gekregen⁴. Weliswaar is de deadline voor vervallen telkens verlengd, dit neemt echter niet weg dat het Aanwijzingsbesluit van 2007 met de wet van 18 december 2008 een tijdelijke toestemming is geworden. Daarnaast volgt uit de Wlv dat voor de voortzetting van het militaire vliegveld (inclusief het burgerlijke medegebruik) een nieuw besluit vereist was, namelijk een luchthavenbesluit en een luchthavenregeling.

21 Gelet op het bovenstaande, had voor de verlenging van de geldigheid van het Aanwijzingsbesluit 2007 alsmede voor elk nieuw toestemmingsbesluit, zoals het Luchthavenbesluit van 2014 (LHB2014) een beoordeling conform art. 6 lid 3 Hrl gemaakt dienen te worden. In dit verband verwijzen cliënten tevens naar het arrest Inter-Environment Wallonie ASBL, ECLI:EU:C:2019:622. Het ging hier over de vraag of voor het langer open houden van kerncentrales een milieueffectrapport gemaakt moest worden en of art 6 lid 3 Hrl van toepassing is op het uitstellen van de datum van desactivering van de kerncentrale. Het Hof overwoog onder meer:

- 79 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde maatregelen, die tot gevolg hebben dat de duur van de vergunning voor de industriële elektriciteitsproductie van de twee centrales in kwestie – die voordien bij de wet van 31 januari 2003 was beperkt tot veertig jaar – met een aanzienlijke periode van tien jaar wordt verlengd, moeten in samenhang met de aanzienlijke renovatiewerken die vereist zijn wegens de verouderde staat van deze centrales en met de verplichting om ze in overeenstemming te brengen met de veiligheidsvoorschriften, worden geacht risico's op milieueffecten met zich mee te brengen die qua omvang vergelijkbaar zijn met de risico's die zich voordeden bij de oorspronkelijke ingebruikname van die centrales.
- 130 In casu was vóór de inwerkingtreding van de habitatrichtlijn weliswaar voor onbepaalde tijd een vergunning verleend voor industriële elektriciteitsproductie in de centrales Doel 1 en Doel 2, maar is de geldigheidsduur daarvan bij de wet van 31 januari 2003 beperkt tot veertig jaar, namelijk tot 15 februari 2015 voor de centrale Doel 1 en tot 1 december 2015 voor de centrale Doel 2. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, is de wetgever van deze keuze teruggekomen met de maatregelen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, hetgeen met name tot gevolg had dat een van die twee centrales moest worden heropgestart.
- 131 Tevens staat het vast dat de industriële productie van bovengenoemde twee centrales bij de tenuitvoerlegging van die maatregelen niet zal plaatsvinden onder omstandigheden die identiek zijn aan de omstandigheden waarvan sprake was toen aanvankelijk de vergunning werd afgegeven, alleen al omdat de wetenschappelijke kennis is geëvolueerd en de toepasselijke veiligheidsvoorschriften zijn gewijzigd, waarbij die veiligheidsvoorschriften – zoals in de punten 64 tot en met 66 van dit arrest in herinnering is gebracht – rechtvaardigen dat grote moderniseringswerkzaamheden worden uitgevoerd. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt overigens dat na de inwerkingtreding van de habitatrichtlijn aan de exploitant van die centrales een productievergunning is afgegeven naar aanleiding van een capaciteitsverhoging in die centrales.
- 132 Hieruit volgt dat maatregelen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, samen met de werkzaamheden die daarmee onlosmakelijk verbonden zijn, een afzonderlijk project vormen dat onderworpen is aan de in artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn neergelegde voorschriften inzake beoordeling.

⁴ Zie ook ECLI:NL:2013:1719, r.o. 8 – het ging hier over het Aanwijzingsbesluit voor het militair vliegveld Twenthe

22 Net als bij Eindhoven Airport werd in die kwestie de voorafgaande toestemming voor onbepaalde tijd (bij Eindhoven Airport op basis van het Aanwijzingsbesluit 2007) vervolgens qua toestemmingsduur beperkt. Het Hof oordeelt dat de verlenging van de openstelling een afzonderlijk project is, zowel in de zin van de MER-richtlijn als in de zin van de Habitatrictlijn. Daarvoor is niet alleen van belang dat er gewijzigde omstandigheden zijn, veranderende wetenschappelijke inzichten en veiligheidsvoorschriften, maar ook dat er sprake is van een verlenging van de oorspronkelijke toestemmingen. Het Hof wijst bovendien op het belang van een nieuwe beoordeling juist omdat de verlenging van de openstelling risico's op milieueffecten oplevert, die qua omvang vergelijkbaar zijn met de risico's die zich voordeden bij het oorspronkelijke project. Er dient dus voor de verlenging een passende beoordeling gemaakt te worden, waarbij er niet op voorhand van uit kon worden gegaan dat het nieuwe project geen significante effecten kon veroorzaken omdat de risico's op milieueffecten niet groter waren dan de risico's vanwege het oude project, waarvan de toestemming ging expireren. Er mocht dus met andere woorden bij de te maken beoordeling voor het nieuwe project niet verwezen worden naar het oude project als referentiesituatie.

23 De toestemming op grond van het Aanwijzingsbesluit 2007 ging dus op grond van art. XVIII lid 1 van de wet van 18 december 2008 expireren op 1 november 2014, zodat daar geen referentie aan kan worden ontleend. Bij de verlenging van de toestemming op grond van de wetswijziging van 19 juli 2014, had een passende beoordeling conform art. 6 lid 3 Hrl uitgevoerd moeten worden. Aangezien dat echter niet is gebeurd, is de wetswijziging van 19 juli 2014 onverbindend wegens strijd met de Habitatrictlijn en het in art. 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking⁵. Datzelfde geldt voor de opeenvolgende wetswijzigingen waarin steeds een verdere verlenging van de geldigheidsduur van het Aanwijzingsbesluit 2007 is vastgelegd. En het geldt eveneens voor het LHB2014, dat immers een Algemene maatregel van bestuur betreft. De onderscheidelijke wetswijzigingen en het LHB2014 betreffen daarmee geen besluiten in de zin van de Awb, waartegen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter mogelijk is. Het LHB2014 heeft daarmee geen formele rechtskracht. Anders dan bij een onherroepelijk vergunningbesluit, moet niet van de rechtmatigheid van het besluit uitgegaan worden, maar kan een exceptieve toetsing aan de orde zijn. Die is hier zeker aan de orde, omdat het LHB2014 in strijd met art. 6 lid 3 Hrl tot stand is gekomen. Vanwege de inspraakverplichting van art. 6 lid 3 Hrl vallen toestemmingsbesluiten die de bevoegde autoriteiten in het kader van art. 6 lid 3 Hrl nemen onder de reikwijdte van art. 6 lid 1 van het Verdrag van Aarhus. Daarom had de toestemming vervat moeten worden in een besluit in de zin van de Awb dat met de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure in afd. 3.4 Awb moet

⁵ Zie ook Aqua Pri arrest punt 39.

worden voorbereid (zie ECLI:NL:RVS:2021:1507, r.o. 5.5 tot en met 5.7).

24 Samengevat betreft het Aanwijzingsbesluit van 2007 vanwege de wetswijziging van 18 december 2008 een tijdelijke toestemming. Voor zover er op grond van het Aanwijzingsbesluit 2007 in beginsel een referentie geclaimd kon worden (quod non gelet op het hierboven aangevoerde vanwege de tijdelijkheid van de ontheffingen), kan er thans geen referentie meer aan ontleend worden. De referentiesituatie van Eindhoven Airport en daarmee ook van het project Civiel gebruik Eindhoven Airport, is nihil.

25 De natuurvergunning kan daarom niet verleend worden zonder een passende beoordeling ex art. 6 lid 3 Hrl, waarbij geen significante effecten kunnen worden uitgesloten met een beroep op enige referentiesituatie. Dit geldt voor alle Natura 2000-gebieden en alle geldende referentiedata. Aangezien een passende beoordeling niet is gemaakt (het document dat in de aanvraag passende beoordeling is genoemd, heeft immers het karakter van een voortoets zoals de Minister terecht opmerkt) en er bovendien ten onrechte een referentiesituatie geclaimd wordt, behoorde de vergunning geweigerd te worden, maar dit had geen zogenoemde positieve weigering mogen zijn.

13

Subsidiair

Ontheffingen ex art. 33 Lvw beperkten vliegtuigbewegingen verder

26 Indien voorbijgegaan wordt aan bovengenoemde ontbrekende toestemming op referentiedatum 10 juni 1994 en de tijdelijkheid van de naderhand verleende toestemmingen en er aan voorbij wordt gegaan dat om die redenen geen referentiesituatie (meer) kan worden geclaimd, dan geldt subsidiair dat de claimbare referentiesituatie toch veel lager ligt dan de Minister stelt.

27 Dit volgt ten eerste uit de in punt 3 beschreven beperkingen tot 18.050 vliegtuigbewegingen voor civiel gebruik die uit de ontheffingen volgden. Ook in de na de referentiedatum verleende ontheffing van 20 december 2007 is het maximaal aantal vliegtuigbewegingen dat binnen het Project civiel gebruik Eindhoven Airport geacomodeerd mag worden, nog altijd veel geringer dan de 44.093 die de Minister claimt. In deze ontheffing staat immers een maximum van 21.175 vliegtuigbewegingen opgenomen. En zelfs in de ontheffingen die daarna zijn verleend, is het maximum aantal toegelaten vliegtuigbewegingen nog altijd veel geringer dan waarvan de Minister uit gaat.

Ontheffingen civiel medegebruik beperkten bovendien zware vliegtuigen

28 Bovendien beperkten de ontheffingen de toegestane aantallen zware vliegtuigen voor het civiel medegebruik van Eindhoven Airport. Zware vliegtuigen betreffen vliegtuigen met een hogere LCN-waarde van 45. De LCN-waarde heeft betrekking op de wieldruk van het

vliegtuig. De volgende aantallen zware vliegtuigen zijn toegelaten op grond van de verschillende ontheffingen:

BESLUIT	Jaren geldig	Maximale toegestane zware vliegtuigen
23 december 1986 en 7 januari 1987 (Stcrt 1987, 9)	1987-1989	264
22 december 1989 en 4 januari 1990 (Stcrt. 1990, 6)	1990-1992	264
14 januari 1993 en 26 januari 1993 (Stcrt. 1993, 25)	1993-1998	264
12 juni 1998	1998	936
9 december 1999 (Stcrt. 1999, 245)	2000	800
20 en 22 december 2000 (Stcrt. 2000, 251)	2000	800
	2001	1100
	2002	1400
	2003	1700
	2004	2000
19 november 2003	2003	3532
	2004	4428
	2005	5290
	2006	5878
	2007	6992
20 december 2007 (Stcrt. 2007, 250)	2008 en 2009	14000

Zoals eerder aangegeven is in de ontheffing van 20 december 2007 voor het eerst een groter totaal aantal vliegtuigbewegingen opgenomen dan 18.050, namelijk 21.175.

29 Uit bovenstaand overzicht blijkt dat het aantal toegestane zware vliegtuigen in de loop der jaren is toegenomen. Aangezien zware vliegtuigen meer stikstofemissie zullen veroorzaken dan kleinere vliegtuigen, geven de maximaal toegestane aantallen zware vliegtuigen een verdere beperking aan het project civiel gebruik Eindhoven Airport. Ten tijde van de referentiedatum voor Natura 2000-gebied Deurnsche Peel & Mariapeel (10 juni 1994) waren er slechts 264 zware vliegtuigbewegingen per jaar toegestaan. Bovendien gold er voor het jaar 1999 geen ontheffing voor zware vliegtuigbewegingen. Het project is daarom niet voortgezet voor wat betreft zware vliegtuigbewegingen. De referentiesituatie ten aanzien van zware vliegtuigbewegingen is daarom 0 voor dit Natura 2000-gebied.

30 Voor Natura 2000-gebied Leenderbos, Groote Heide & De Plateaux met referentiedatum 24 maart 2000, waren er ten tijde van de referentiedatum 800 zware vliegtuigbewegingen toegestaan, zodat de referentiesituatie ten aanzien van zware vliegtuigbewegingen niet hoger kan zijn dat dit aantal.

- 31 Voor de overige Natura 2000-gebieden met referentiedatum 7 december 2004 gold op de referentiedatum een toestemming voor maximaal 4428 zware vliegtuigbewegingen, zodat de referentiesituatie ten aanzien van zware vliegtuigbewegingen niet hoger kan zijn dan dit aantal.
- 32 Ten aanzien van de toegestane zware vliegtuigen kent het regime van de ontheffingen dus meer fluctuatie dan ten aanzien van het totaal aantal toegestane vliegtuigen. Dat betekent echter niet dat om die reden niet gesproken kan worden van een publiekrechtelijke beperking in het kader van de referentiesituatie, zoals de Minister ten onrechte stelt onder punt 1q van de Nota zienswijzen. Ook het aantal toegestane zware vliegtuigbewegingen was jarenlang constant op 264. Vanaf het jaar 2000 werd het toegestane aantal een aantal jaren achtereenvolgens opgehoogd. Het valt echter niet in te zien dat deze omstandigheid er toe leidt dat de ontheffingen niet van belang zijn voor de bepaling van de referentiesituatie. De ontheffingen leverden immers evident een publiekrechtelijke beperking op bovenop de eis van 35 Ke.
- 33 Ook de beperking van maximaal 40 vliegtuigbewegingen met de veel geluid veroorzakende hoofdstuk 2 geluidscertificering, zoals genoemd in art. 1 lid 4 van de ontheffing van 9 december 1999, betreft een publiekrechtelijke beperking van het project civiel medegebruik Eindhoven Airport, die van belang is voor de bepaling van de referentiesituatie.
- 34 In dit verband wijzen cliënten er ook op dat het projectbegrip strikt uitgelegd moet worden volgens de rechtspraak van het Hof. Zie ECLI:EU:C:2018:882, punten 77 en 86. Het EU-Hof heeft bepaald dat de voorafgaande toets ex art. 6 lid 3 Hrl slechts dan niet nodig is, wanneer er sprake is van de voortzetting van één en hetzelfde project, wat betekent dat het moet gaan om één enkele verrichting die zich kenmerkt door een gemeenschappelijk doel, continuïteit en volledige overeenstemming, met name wat betreft de plaatsen waar en de voorwaarden waaronder de activiteit wordt uitgevoerd. Of sprake is van één en hetzelfde project moet dus strikt uitgelegd worden, omdat het gaat om een uitzondering op grond waarvan activiteiten onder art. 6 lid 2 Hrl vallen. Zie ook ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 22.5. Het Hof vindt het ongewenst wanneer teveel activiteiten permanent zouden zijn onttrokken aan iedere voorafgaande beoordeling van hun gevolgen voor de betrokken Natura2000-gebieden in de zin van art. 6 lid 3 Hrl. Wanneer dus door de verleende ontheffingen het totaal aantal toegestane vliegtuigbewegingen dan wel het maximaal aantal toegestane zware vliegtuigbewegingen per jaar verandert, dan is niet langer sprake van een volledige overeenstemming voor wat betreft de voorwaarden waaronder de activiteit wordt uitgevoerd. Er is dan niet langer sprake van één en hetzelfde project. Het project wijzigde dus. Aangezien de referentiesituatie bij gebrek aan een eerder verleende natuurvergunning wordt bepaald door de kleinste

publiekrechtelijke toestemming die gold vanaf de referentiedatum, geldt bij wisselende aantallen toegestane vliegtuigbewegingen als referentiesituatie de kleinste toestemming.

Beperkingen door milieuvergunningen

35 Bovendien waren er naast de ontheffingen nog meer publiekrechtelijke beperkingen, waar de Minister ten onrechte aan voorbij gaat. De Minister kent ten onrechte slechts een publiekrechtelijke begrenzing toe aan de 35 Ke-geluidszone en gaat ten onrechte voorbij aan deze overige publiekrechtelijke beperkingen. Daarbij zijn niet alleen de beperkingen van belang die uit de ontheffingen volgen. De grondgebonden activiteiten van het vliegveld worden immers gereguleerd door vergunningen op grond van de Hinderwet/Wet milieubeheer/Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Deze vergunningen worden hier verderop aangeduid als: milieuvergunningen. Ook deze grondgebonden activiteiten veroorzaken stikstofemissies. Bovendien veroorzaken de toestemmingen voor de grondgebonden activiteiten ook beperkingen voor de luchtgebonden activiteiten. Zo beperken de grondgebonden toestemmingen de omvang van de terminal en daarmee de capaciteit van de terminal en de aanwezige platforms voor opstelplaatsen voor vliegtuigen. Deze aspecten hebben allemaal betrekking op het project exploitatie vliegveld en daarmee ook voor het project civiel gebruik Eindhoven Airport en met name wanneer deze aspecten invloed hebben op de omvang van de luchthavenactiviteit en het luchtverkeer zijn ze van wezenlijk belang voor de bepaling van de effecten die het vliegveld kan hebben. Zie in dit verband ook arrest ECLI:EU:C:2008:133 (C-2/07) Abraham and Others:

³⁵ Daarenboven is het gegeven dat de werkzaamheden waarvan sprake in het hoofdgeding geen betrekking hebben op de lengte van de start- en landingsbaan, irrelevant voor de vraag of deze werkzaamheden binnen de werkingssfeer van punt 12 van bijlage II bij richtlijn 85/337 vallen. In punt 7 van bijlage I bij richtlijn 85/337 wordt het begrip „vliegveld” immers nader bepaald door een verwijzing naar de definitie in bijlage 14 bij het Verdrag van Chicago van 7 december 1944 inzake de internationale burgerluchtvaart. Naar luid van deze bijlage „is een luchthaven een oppervlakte op de aarde of op het water (met inbegrip van gebouwen, installaties en uitrusting) bestemd om geheel of gedeeltelijk te worden gebruikt voor de aankomst en het vertrek en bewegingen op de grond van luchtvaartuigen”.

³⁶ Bijgevolg moeten alle werkzaamheden die betrekking hebben op de gebouwen, de installaties of de uitrusting van een vliegveld worden beschouwd als werkzaamheden met betrekking tot het vliegveld als zodanig. Voor de toepassing van punt 12 van bijlage II, gelezen in samenhang met punt 7 van bijlage I bij richtlijn 85/337, betekent dit dat werkzaamheden tot wijziging van een vliegveld dat over een start- en landingsbaan van ten minste 2100 meter beschikt, dus niet enkel werkzaamheden tot verlenging van de baan omvatten, maar alle werkzaamheden met betrekking tot de gebouwen, de installaties of de uitrusting van dit vliegveld voor zover deze gezien hun aard, omvang en kenmerken als een wijziging van het vliegveld zelf kunnen worden beschouwd. Dit is in het bijzonder het geval bij werkzaamheden die ertoe strekken de luchthavenactiviteit en het luchtverkeer op significante wijze uit te breiden.

[...]

⁴⁰ Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord dat de bepalingen van punt 12 van bijlage II, gelezen in samenhang met de bepalingen van punt 7 van bijlage I bij richtlijn 85/337, in hun oorspronkelijke versie, eveneens betrekking hebben op werkzaamheden tot wijziging van de infrastructuur van een bestaand vliegveld zonder dat de start- en landingsbaan wordt verlengd, voor zover deze gezien hun aard, omvang en kenmerken als een wijziging van het vliegveld zelf kunnen worden beschouwd. Dat is in het bijzonder het geval bij werkzaamheden die ertoe strekken de luchthavenactiviteit en het luchtverkeer op significante wijze uit te breiden. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of de bevoegde instanties op de juiste wijze hebben bepaald of de werkzaamheden waarvan sprake in het hoofdgeding aan een milieueffectbeoordeling moesten worden onderworpen.

Uit het citaat van de Minister in het besluit van 29 september 2020, dat hierboven onder punt 2 is aangehaald, volgt al dat voor de enorme toename van het aantal passagiers en vliegtuigbewegingen sinds de referentiedatum, een uitbreiding van het aantal parkeerplaatsen en uitbreidingen van de terminal nodig waren. Voor deze uitbreidingen waren milieuvergunningen nodig.

36 Bij de bepaling van de referentiesituatie ten aanzien van het aantal vliegtuigbewegingen dat binnen de begrenzingen van de publiekrechtelijke toestemming mogelijk was, dient dan ook niet uitsluitend gekeken te worden naar de 35-Ke contour zoals de Minister ten onrechte doet, maar dient ook gekeken te worden naar de beperkingen die voortvloeien uit deze milieuvergunningen. Het uitgangspunt van de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, dat de referentiesituatie wordt gevormd door de vergunde en niet door de feitelijke situatie, betekent immers niet dat alles wat onder de vergunde situatie theoretisch denkbaar zou zijn, maar waarvan het niet realistisch is dat het in de praktijk zou kunnen hebben plaatsgevonden, daar onder geschaard kan worden. Zo wijst de Afdeling er in r.o. 18.2 van de uitspraak ECLI:NL:RVS:2022:2874 op dat de referentiesituatie wordt gevormd door de representatieve invulling van de maximale mogelijkheden die de toestemming van vóór de referentiedatum bood. (Het ging hier om een natuurtoets ten aanzien van bemestingsactiviteiten). Dat betekent dat gewerkt moet worden met redelijke en realistische aannames om de referentiesituatie te bepalen. Er mag niet uitgegaan worden van een theoretisch absoluut worst-case scenario, maar er moet worden uitgegaan van een realistische worst-case invulling van de mogelijkheden die het toestemmingsbesluit bood. Zo heeft de Afdeling een realistisch groeiscenario van 20 % geaccepteerd als de representatieve invulling van de maximale mogelijkheden die een bestemmingsplan voor een intensieve veehouderij bood. Zie ECLI:NL:RVS:2012:BX5285, r.o. 2.23.9.3. Zo werd in uitspraak ECLI:NL:RVS:2022:960 in r.o. 7.2 geaccepteerd dat het akoestisch rapport bij een omgevingsvergunning in het kader van de

omgekeerde werking rekening hield met de voorziene bedrijfsactiviteiten maar niet met een andere, meer geluidsbelastende bedrijfsvoering waarvoor nog geen concrete plannen aangedragen waren. Bij de representatieve invulling van de maximale mogelijkheden die het KB1979, dan wel het Aanwijzingsbesluit 2007, dan wel het LHB2014 boden, dient daarom ook rekening gehouden te worden met de beperkingen die er golden vanwege de verleende milieuvergunningen, omdat daardoor het aantal passagiers en het aantal vliegtuigbewegingen mede begrensd was.

37 Zo is op 18 februari 2003 een revisievergunning ingevolge de Wet milieubeheer verleend. Zie productie 11. Deze is op 9 juni 2004 onherroepelijk geworden bij uitspraak ECLI:NL:RVS:2004:AP1073. Deze vergunning had betrekking op een uitbreiding van het stationsgebouw (de terminal). Het was deze uitbreiding die de groei naar 1,25 miljoen passagiers moest mogelijk maken. Vóór die tijd was de terminal beperkter en maakte een realistische worst-case invulling van de mogelijkheden die het KB1979 bood, het niet mogelijk om een aantal van 1,25 miljoen passagiers te accommoderen. Aangezien de luchthaven vóór die tijd slechts een capaciteit voor een beperkt aantal passagiers bood, binnen de toestemming die gold op basis van de milieuvergunning, konden op basis van redelijke en realistische aannames destijds lang geen 40.993 vliegtuigbewegingen geacomodeerd worden. Het aantal van 18.050 vliegtuigbewegingen moet binnen de destijds geldende beperkingen als een absolute bovengrens gezien worden. Dit wordt bevestigd door cijfers van het CBS, zie hieronder:

18

Luchthavens	Vliegthuibewegingen		Handelsverkeer		Passagiersvervoer	Goederenvervoer	Postvervoer
	Overlandbewegingen	Terreinbewegingen	Totaal alle vluchten	Gereguleerde vluchten	Totaal passagiersvervoer Totaal aantal passagiers	Totaal goederenvervoer Totaal goederenvervoer	Totaal postvervoer
Perioden	aantal				ton		
Eindhoven Airport 1997	20 469	7 048	14 511	12 912	268 965	253	-
1998	18 392	6 091	13 380	11 939	285 208	66	-
1999	19 833	5 306	14 430	13 499	288 294	220	-
2000	20 449	2 845	16 174	15 175	340 606	65	-
2001	15 228	2 296	11 347	10 363	278 517	198	-
2002	14 114	2 199	10 758	9 609	365 575	511	-
2003	12 967	1 857	9 858	8 431	427 696	649	0
2004	14 526	1 642	10 933	8 979	706 469	674	0
2005	14 535	1 243	10 896	8 483	972 834	605	0
2006	15 363	480	11 398	8 637	1 170 521	571	0
2007	16 450	254	12 390	10 269	1 442 576	473	0
2008	18 115	245	14 491	12 144	1 666 417	665	0
2009	16 120	172	13 432	11 644	1 739 053	1 031	0
2010	19 364	122	16 244	14 514	2 182 785	551	0
2011	22 550	15	19 680	17 822	2 664 078	0	0
2012	24 636	0	22 450	20 587	3 004 938	0	0
2013	26 739	0	24 593	22 947	3 425 485	0	0
2014	29 133	0	27 023	26 532	3 956 364	0	0
2015	30 562	23	28 835	28 080	4 373 882	0	0
2016	32 657	2	30 910	29 899	4 780 187	0	0
2017	36 487	0	34 929	34 057	5 201 220	0	0
2018	38 645	2	37 035	36 084	6 257 755	0	0
2019 ^a	41 441	0	40 209	39 182	6 780 796	0	0

Bron: CBS

Hierin is te zien dat het aantal passagiers vóór de uitbreiding van de terminal in 2005 jaarlijks nooit groter was dan 706.469 en dat

dit in de praktijk overeenkwam met maximaal 16.174 vliegtuigbewegingen. Aangezien de revisievergunning van 18 februari 2003 is verleend na de referentiedata voor Natura 2000-gebieden Deurnsche Peel & Mariapeel (10 juni 1994) en Leenderbos, Grootte Heide & De Plateaux (24 maart 2000), volgt hieruit dat de referentie voor deze gebieden, met voorbijgaan aan de overige begrenzings die uit al hetgeen cliënten hiervoor betoogd hebben, niet meer dan 18.050 vliegtuigbewegingen kan omvatten.

38 Ook na de uitbreiding van de terminal die was mogelijk gemaakt door de milieuvergunning van 18 februari 2003, konden op basis van redelijke en realistische aannames destijds nog altijd lang geen 40.993 vliegtuigbewegingen geacomodeerd worden. Uit het voorgaande overzicht volgt dat een aantal van 40.993 vliegtuigbewegingen overeenkomt met ruim 6 miljoen passagiers. Daarvoor ontbrak de capaciteit vóór de uitbreiding van 2013⁶. Uit het overzicht is te zien dat vóór de uitbreiding van de terminal van 2013 er nooit meer dan 3.004.938 passagiers zijn geacomodeerd. Dit kwam overeen met maximaal 22.450 vliegtuigbewegingen. Ten aanzien van de andere Natura 2000-gebieden, waarvoor 7 december 2004 als referentiedatum geldt, kan daarom, met voorbijgaan aan de beperkingen uit het hiervoor aangevoerde betoog, niet een hogere referentie geclaimd worden dan ongeveer dat aantal vliegtuigbewegingen.

39 Voor de verdere groei richting 40.993 vliegtuigbewegingen was naast de uitbreiding van de terminal ook een uitbreiding van het vliegtuigplatform nodig. Nadat op 25 maart 2015 een vergunning voor milieuneutrale wijziging was verleend voor een herinrichting van het platform (zie productie 12), is op 3 juni 2015 een verdere milieuneutrale wijzigingsvergunning verleend voor een uitbreiding van het platform. Daartoe werd in deze vergunning een nieuw platform vergund, aansluitend aan het bestaande platform S12. Zie productie 13. Uit de vergunning (blz. 10 van 33) blijkt nadrukkelijk dat deze uitbreiding nodig was vanwege de groei van Eindhoven Airport. Het bestaande platform was vanwege die groei in de toekomst nodig voor grotere vliegtuigen. Daarom is een nieuw platform aangevraagd. Zie in dit verband ook blz. 24 van 33. Op blz. 29 van 33 zijn met blauw en groen omlijnd de uitbreidingen van het platform in fase 1 en fase 2 te zien. Met rood omlijnd is het bestaande platform aangegeven. In productie 14 is op luchtfoto's van Google-earth deze op 3 juni 2015 vergunde uitbreiding van het platform aangegeven. Te zien is dat de uitbreiding in mei 2016 nog niet gerealiseerd was, maar in mei 2017 wel.

40 De Minister is in het bestreden besluit ten onrechte voorbijgegaan aan deze publiekrechtelijke beperkingen die voortvloeiden uit de milieuvergunningen. Daardoor is het besluit niet gebaseerd op een realistische worst-case invulling van hetgeen de geldende

⁶ Zie het citaat van de Minister in het besluit van 29 september 2020, opgenomen onder punt 2 van dit beroep.

toestemmingsbesluiten mogelijk maakten. Het besluit komt daarom voor vernietiging in aanmerking.

Beperking door Aanwijzingsbesluit 2007 en ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612

41 Voorts is van belang dat bij uitspraak ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612 de vastgestelde geluidszone bij het Aanwijzingsbesluit van 2007 is vernietigd en dat door de Raad van State als voorlopige voorziening ex art. 8:72 lid 5 Awb een geluidscontour is opgenomen overeenkomstig de gevolgde geluidscontouren van 2007 (16.774 vliegtuigbewegingen) met een opslag van 12,5 % voor het civiele luchtverkeer en 5 % voor het militaire. In de beslissing op het handhavingsverzoek van 2 april 2020 met kenmerk DGNVLG-NV/20003871 (zie productie 15) is de Minister er nog van uit gegaan dat dit de referentiesituatie vormde. In de beslissing op bezwaar (productie 2) is zij daarop teruggekomen omdat de voorlopige voorziening slechts een tijdelijke maatregel betrof, die zijn gelding verloor toen een nieuw aanwijzingsbesluit van kracht werd, wat zou zijn gebeurd bij het LHB2014. De voorlopige voorziening zou geen beperking van het bestaande recht inhouden.

42 De vraag is echter niet of er sprake was van een beperking van het bestaande recht, maar de vraag is of het project is voortgezet. Van voortzetting van het project is in ieder geval geen sprake indien een vergunning niet meer of niet meer geheel van kracht is. Zie ECLI:NL:RVS:2013:1891, r.o. 4. De woorden 'in ieder geval' duiden er op dat het denkbaar is dat ook van niet-voortzetting van een project gesproken kan worden wanneer de vergunning wel van kracht is gebleven. Het is dus denkbaar dat een project niet is voortgezet, ook al is het bestaande recht niet ingeperkt. De voorlopige voorziening-maatregel is opgenomen ex art. 8:72 lid 5 Awb als onderdeel van een definitieve uitspraak. Een nieuw besluit na de vernietiging is bovendien nooit genomen. Pas in 2014 kwam er een geheel nieuw Luchthavenbesluit. Dit was geen Aanwijzingsbesluit op grond van art. 18 van de Luchtvaartwet, zoals deze gold vóór 24 december 2008, maar een algemene maatregel van bestuur (AmvB) vastgesteld op basis van art. 10.15 van de Wet Luchtvaart. Dat daarna aan de voorlopige voorziening geen juridische betekenis meer toe kwam, gold evenzeer voor enig daarvoor genomen Aanwijzingsbesluit, zoals dat van 2007. Inmiddels vervallen besluiten kunnen echter gelet op uitspraak ECLI:NL:RVS:2013:1891 in het kader van de Wet Natuurbescherming alsnog betekenis hebben voor de bepaling van het referentieniveau. Dat is immers het geval wanneer het besluit is vervallen doordat het is vervangen door een later, minder beperkend besluit. Doordat na de uitspraak van de Raad van State op het beroep tegen het Aanwijzingsbesluit van 2007 nooit een herstelbesluit is genomen waarin de geconstateerde gebreken zijn hersteld, is het Aanwijzingsbesluit gelet op de uitspraak ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612 slechts in werking geweest onder de beperking die in die uitspraak is opgelegd en daaraan komt dus

betekenis toe. Er bestond immers geen grotere toestemming. Deze beperking heeft bovendien jarenlang gegolden en er moet in ieder geval worden vastgesteld dat, voor zover vóór 2007 er een project was met meer vliegtuigbewegingen, dit project naderhand niet is voortgezet op een niveau, groter dan conform deze voorlopige voorziening.

43 Deze discussie is overigens alleen van belang voor zover de beperking die voortvloeit uit deze voorlopige voorziening een grotere beperking inhoudt voor het aangevraagde project Civiel gebruik Eindhoven Airport dan hetgeen hiervoor is aangevoerd. Het meest beperkende besluit is immers van belang voor de referentie.

44 Deze kritiek is door cliënten als zienswijze opgevoerd. In de Nota zienswijze wordt hier ten onrechte niet op gereageerd. Het besluit kan niet gedragen worden door de eraan ten grondslag liggende motivering.

Samenvatting kritiek referentiesituatie

45 Samengevat:

- Primair kan er geen referentie geclaimd worden omdat het project Civiel gebruik Eindhoven Airport gereguleerd werd door tijdelijke toestemmingen op basis van ontheffingen en er na de referentiedata ten onrechte geen natuurtoets ex art. 6 lid 3 Hrl is uitgevoerd voor verlenging en uitbreiding van die toestemmingen en
- Omdat het Aanwijzingsbesluit 2007 door de wetswijziging van 18 december 2008 een tijdelijke toestemming is geworden en voor de verlenging van die toestemming geen natuurtoets ex art. 6 lid 3 Hrl is uitgevoerd.
- Bovendien kan er geen referentie worden geclaimd voor Natura 2000-gebied Deurnsche Peel & Mariapeel omdat ten tijde van de referentiedatum voor dit gebied het project Civiel gebruik Eindhoven Airport een toestemming ontbeerde.
- Subsidiair kan er geen referentiesituatie voor 40.993 vliegtuigbewegingen worden geclaimd, omdat de referentiesituatie niet slechts wordt begrensd door de publiekrechtelijke toestemming voor de 35 Ke-geluidscontour, maar het project Civiel gebruik Eindhoven Airport tevens wordt begrensd door de beperkingen die voortvloeien uit de ontheffingen voor het burgergebruik, alsmede door de beperkingen die voortvloeien uit de milieuvergunningen. Deze besluiten zijn veel beperkender dan 40.993 vliegtuigbewegingen.
- Nog meer subsidiair kan bovendien geen referentiesituatie voor 40.993 vliegtuigbewegingen worden geclaimd, omdat het project in ieder geval niet is voortgezet voor een omvang van meer dan 16.774 vliegtuigbewegingen plus een opslag van 12,5 %, die volgt uit de uitspraak ECLI:NL:RVS: 2009:BJ4612.

Het bestreden besluit gaat daar aan voorbij. Daarom is een toename van de stikstofdepositie ten opzichte van de referentiedata niet

uitgesloten. Integendeel, die toename is zelfs zeker. Significante effecten zijn daarom niet uitgesloten. De vergunning is terecht geweigerd, maar dit had geen positieve weigering mogen zijn.

Verstoringseffecten

46 In de beoordeling van de aanvraag van Eindhoven Airport NV dienen ook de niet aan stikstof-gerelateerde effecten in kaart te worden gebracht en te worden beoordeeld. Dan gaat het bijvoorbeeld om de verstoring van vogel- en andere diersoorten door geluid, licht en optische verstoring. In het rapport genaamd *Passende Beoordeling Eindhoven Airport* van 30 oktober 2023, deel uitmakend van de aanvraag, heeft Royal Haskoning DHV de verstoringseffecten vanwege Eindhoven Airport onderzocht en beoordeeld. Aan het bureau NatuurInclusief is verzocht een contra-expertise op te stellen over deze ecologische beoordeling. Zodra de deskundigennotitie beschikbaar is, zal deze aan Uw rechtbank worden toegezonden. Over de ecologische beoordeling kunnen cliënten alvast het volgende constateren:

47 Allereerst merken cliënten op dat in de beoordeling van de verstoringseffecten dezelfde referentiesituatie wordt gehanteerd als in de beoordeling van de stikstofeffecten op de Natura 2000-gebieden. Of in andere woorden: de ecologische beoordeling heeft als uitgangspunt genomen dat de referentiesituatie bestaat uit de situatie met de (veronderstelde) minste stikstofeffecten. Dit hoeft echter geenszins de situatie te zijn waarin voor de specifieke Natura 2000-gebieden ook de minste effecten voor wat betreft geluid, licht en visuele beweging plaatsvinden. Immers, de verstoringseffecten op een specifiek Natura 2000-gebied worden niet bepaald door precies dezelfde factoren, die van invloed zijn op de spreiding en depositie van stikstof. De Minister had dan ook de verstoringseffecten ten gevolge van alle relevante milieutoestemmingen moeten onderzoeken, alvorens een referentiesituatie te kunnen ontlenen aan het LHB2014. Nu dit onderzoek niet heeft plaatsgevonden, kan niet worden uitgesloten dat er een toestemming bestaat met minder verstoringseffecten voor één of meerdere Natura 2000-gebieden dan het LHB2014. Gelet op de vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de milieutoestemming met de minste gevolgen voor een Natura 2000-gebied als referentiesituatie dient te gelden,⁷ kan daarom niet zonder meer gevolgd worden dat het LHB2014 de referentiesituatie bepaalt. En om die reden kan evenmin de conclusie van de ecologische beoordeling gevolgd worden dat significante verstoring met zekerheid is uit te sluiten, omdat er geen sprake zou zijn van een toename van deze effecten ten opzichte van de referentiesituatie.

48 Ten tweede voeren cliënten aan dat de ecologische beoordeling onvolledig is, omdat de effecten op de typische faunasoorten niet zijn meegenomen. Dit zijn de diersoorten, die typerend zijn voor een specifiek habitatype, en daarmee bepalend zijn voor de kwaliteit

⁷ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2021:71, r.o. 17.2.

van dit habitatype. In dit verband heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat een beoordeling de gevolgen van het voorgestelde project dient te inventariseren en te onderzoeken zowel voor de soorten in dat gebied waarvoor het niet is opgenomen als voor de habitattypen en soorten buiten dat gebied, op voorwaarde dat deze effecten de instandhoudingsdoelstelling van het gebied kunnen aantasten (ECLI:EU:C:2018:883, r.o. 40). Volgens de Afdeling betekent dit dat in ieder geval ook de effecten op de typische diersoorten geïnventariseerd en onderzocht dienen te worden, aangezien van deze soorten is aangenomen dat zij invloed hebben op de kwaliteit en instandhoudingsdoelstelling van de aangewezen habitattypen (ECLI:NL:RVS:2019:547, r.o. 22.3).

49 Onder de typische faunasoorten van de habitattypen in de betrokken Natura 2000-gebieden bevinden zich onder andere vogels, die gevoelig zijn voor verstoring door geluid, licht en optische verstoring. Zonder volledig te zijn wijzen cliënten bijvoorbeeld op het Natura 2000-gebied Kempenland-West. Van de typische soorten voor de hier relevante habitattypen zijn blijkens het beheerplan vooral de (broed)vogelsoorten gevoelig voor geluid. De verstoring van geluid wordt vaak versterkt in combinatie met optische verstoring. Er bestaat dan ook een kans op significant negatieve effecten op deze habitatype vanwege geluid en optische verstoring, aldus het beheerplan. Deze effecten hadden dan ook nader onderzocht moeten worden. Dit is ten onrechte achterwege gelaten, omdat in de ecologische beoordeling van 30 oktober 2023 verondersteld wordt dat zich geen verstoringgevoelige soorten in de betrokken Natura 2000-gebieden bevinden. Daarmee gaat de beoordeling er echter aan voorbij dat er wel verstoringgevoelige typische faunasoorten in deze gebieden voorkomen. De ecologische beoordeling is op dit punt dan ook gebrekkig en niet in overeenstemming met artikel 6, lid 3 van de Hrl.

50 Al met al kunnen cliënten reeds constateren dat de ecologische beoordeling gebrekkig is. Dit zullen cliënten zo spoedig mogelijk nader onderbouwen met de aangekondigde contra-expertise.

Conclusie

Vanwege al de bovenstaande redenen verzoeken cliënten U het bestreden besluit te vernietigen, onder veroordeling van de Minister in de kosten.

Hoogachtend,



Ir. A.K.M. van Hoof

Bijlagen zoals producties, machtigingen Kvk-gegevens en statuten cliënten worden uitsluitend per zilver aangeleverd

