



Advies en rechtsbijstand in bestuursrecht

AANGETEKEND EN PER ZIVVER

Rechtbank Gelderland
Afd. Bestuursrecht
Postbus 9030
6800 EM Arnhem

Adviesbureau Het Groene Schild
Postbus 638
6700 AP Wageningen

IBAN NL17INGB0006991377

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

Email hetgroeneschild@gmail.com

Mijn kenmerk: 24-42/RTHA
Betreft: beroepschrift

Wageningen, 26 juli 2024

Edelachtbare Dames, Heren,

1

Door Rotterdam Airport BV is op 1 oktober 2020 een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) aangevraagd voor het project Exploitatie Rotterdam The Hague Airport (verder: RTHA). 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 en de Bewonersvereniging tegen Vliegtuigoverlast, Vuurpijlstraat 12A, 3053 EZ Rotterdam (verder te noemen: cliënten) zijn zienswijzen ingebracht. Mede naar aanleiding van de ingebrachte zienswijzen is de aanvraag vervolgens aangepast. Bij besluit van 17 juni 2024 heeft de Minister voor Natuur en Stikstof (verder: de Minister) de aanvraag positief afgewezen. Zie productie 1.

De Minister stelt in § 2.4 van het besluit dat de aanvraag ziet op het uitvoeren van het project Exploitatie luchthaven RTHA binnen de referentiesituatie. De referentiesituatie wordt blijkens § 1.4 ontleend aan het Aanwijzingsbesluit van 22 september 2010, zoals overgenomen in de omzettingsregeling van 19 april 2013. Gesteld wordt dat die omzettingsregeling gebaseerd is op 24.923 vliegtuigbewegingen (blz. 4). Het aantal vliegtuigbewegingen veroorzaakt het leeuwendeel van de stikstofemissie vanwege het project¹. De referentiesituatie (in de stukken ook wel: het bestaand recht genoemd) is echter bepaald aan de hand van de

¹ Zie ook de gepresenteerde cijfers onderaan blz. 9 van het bestreden besluit. De totale projectemissie is berekend op 88,8 ton NOx per jaar, waarvan het vliegverkeer incl. taxiën en APU 85,2 ton per jaar bedraagt.

verkeerssituatie zoals deze in werkelijkheid is voorgekomen binnen de uitvoeringsperiode van die omzettingsregeling². Deze is bepaald op een maximum van 22.712,6 vliegbewegingen groot verkeer, 9.795,2 vliegbewegingen overig verkeer en 21.491,7 vliegbewegingen klein verkeer per jaar³ met een projectemissie van 88,8 ton NOx/jaar plus aanvullend 37,2 ton NOx/jaar en 1,82 ton NH3/jaar vanwege het aan het project gerelateerde wegverkeer. Zoals opgemerkt op blz. 9 van het bestreden besluit, zijn de aantallen vliegtuigbewegingen waarop de referentiesituatie is gebaseerd, lager dan de aantallen waarop de omzettingsregeling was gebaseerd. Dit zou voor een deel het gevolg zijn van het vervangen van propellorvliegtuigen door straalvliegtuigen. De aanvraag ziet uiteindelijk op luchtgebonden activiteiten, zoals toegestaan in de vigerende omzettingsregeling (gebaseerd op 24.923 vliegtuigbewegingen groot verkeer) en passend binnen het bestaand recht: de afhandeling van vliegverkeer (landen, opstijgen, taxiën) en op grondgebonden activiteiten op RTHA, zoals toegestaan op grond van de vigerende omgevingsvergunning (destijds milieuvergunning, laatste revisie 2 augustus 1994) voor RTHA⁴.

Namens cliënten teken ik hierbij beroep aan tegen dit besluit. De beroepsgronden zijn als volgt:

Aanvraag onvoldoende duidelijk

2

1. Onvoldoende duidelijk is waar de aanvraag nu precies op ziet. Bij het verlenen van een natuurvergunning wordt niet een bepaalde stikstofemissie of stikstofdepositie vergund, maar bepaalde activiteiten⁵. De aanvraag op een natuurvergunning moet dus ook eenduidig aangeven welke activiteiten worden aangevraagd. Aangezien het aantal vliegtuigbewegingen het leeuwendeel van de projectemissie veroorzaakt en ook verantwoordelijk zijn voor het grootste deel van niet-stikstofgerelateerde effecten voor de natuur, zijn dit de belangrijkste aangevraagde activiteiten. Dan dient de aanvraag ook aan te geven welke aantallen vliegtuigbewegingen en van welk type maximaal worden aangevraagd. Zulks nog temeer nu de referentiesituatie wordt ontleend aan de omzettingsregeling, die is gebaseerd op 24.923 vliegtuigbewegingen groot verkeer, maar de referentiesituatie/het bestaand recht, uiteindelijk in de aanvraag is gebaseerd op een kleiner aantal vliegtuigbewegingen. In de aanvraag is verder slechts uiteengezet wat het huidig gebruik is, waarvoor het gebruiksjaar 2019 is genomen. Aangezien de aanvraag onvoldoende duidelijk is, had de Minister ook niet kunnen oordelen dat significante effecten zijn uitgesloten.
2. Over de wijze waarop de referentiesituatie gereconstrueerd wordt in de aanvraag, is bovendien discussie mogelijk. Dit beroep gaat daar in belangrijke mate over. Zoals de aanvraag in § 2.1 van het

² Zie het bestreden besluit, onderaan blz. 2 en bovenaan blz. 6 en zie ook bijlage A bij het stikstofrapport van 16 oktober 2023, kenmerk ehred200904rap/wH/kd.

³ Zie het bestreden besluit, blz. 9 en het stikstofrapport van 16 oktober 2023, kenmerk ehred200904rap/wH/kd, tabel 1.

⁴ Zie § 2.1 Vergunningaanvraag wet natuurbescherming/passende beoordeling.

⁵ Zie ECLI:NL:RVS:2020:1528, r.o. 5.2.

aanvraagformulier is omschreven komt deze er feitelijk op neer dat is aangevraagd de luchtgebonden en grondgebonden activiteiten zoals passend binnen het bestaand recht, dat is gelijkgesteld met de referentiesituatie. Met andere woorden: de referentiesituatie wordt aangevraagd, wat die dan ook is. Aangezien volgens vaste rechtspraak significante effecten binnen de referentiesituatie zijn uitgesloten⁶ is het op voorhand logisch dat een aanvraag overeenkomstig de referentiesituatie niet kan leiden tot significante effecten. De aanvraag berust zelfs op een cirkelredenering: de aanvraag kan niet leiden tot significante effecten omdat volgens de aanvraag binnen de referentiesituatie moet worden gebleven, dat is binnen het niveau waarop significante effecten zijn uitgesloten.

3. Vorenstaand gebrek steekt te meer aangezien de referentiesituatie/het bestaande recht na toepassing van een schaalfactor uiteindelijk is gebaseerd op een niet-geheel aantal vliegtuigbewegingen. Het aantal vliegtuigbewegingen is afgerond op tienden van bewegingen. Er kan echter niet een-tiende vliegtuigbeweging uitgevoerd worden. Het aantal vliegtuigbewegingen in de referentiesituatie had daarom naar beneden afgerond behoren te worden op een geheel getal.

Referentie ten onrechte gebaseerd op art. 9.4 lid 8 Wnb

Primair

3

4. Dat de referentiesituatie wordt ontleend aan het Aanwijzingsbesluit 2010 en de daaropvolgende omzettingsregeling is geenszins vanzelfsprekend. In eerdere besluitvorming nam de Minister immers een ander standpunt in. Nog in het ontwerpbesluit stelde de Minister dat de referentiesituatie werd ontleend niet aan het Aanwijzingsbesluit 2010, maar aan het Aanwijzingsbesluit 2001. Het eerdere besluit van 2 april 2020 op een handhavingsverzoek was er eveneens op gebaseerd dat de referentiesituatie werd bepaald door het Aanwijzingsbesluit 2001. Zie productie 2. Hierin heeft de Minister het volgende overwogen:

“Met het Aanwijzingsbesluit 2001 is het in beginsel onbeperkte bestaand recht van de luchthaven zoals toegestaan in 1964 publiekrechtelijk beperkt.

Op 14 juli 2004 is het Aanwijzingsbesluit 2001 gewijzigd. De 35Ke geluidszone met grenswaarde blijft onveranderd. Wel vindt er een wijziging van de openingstijden plaats waardoor er binnen de in 2001 vastgestelde geluidszone 350 extra nachtvluchten mogelijk worden gemaakt...

Op 22 september 2010 is een wijzigingsbesluit van de Aanwijzing luchtvaartterrein RTHA genomen (verder: Wijzigingsbesluit 2010). Dit betreft het verruimen van de Ke-geluidszone opdat extra overheidsvluchten kunnen worden afgewikkeld die door de sluiting van het Marinevliegkamp Valkenburg niet meer geacomodeerd kunnen worden op Valkenburg... Ook dit besluit heeft niet geleid tot verdere inperking van de rechten voortvloeiend uit het Aanwijzingsbesluit 2001.”

⁶ Zie b.v. ECLI:NL:RVS:2010:BL9656, r.o. 2.5.8 en ECLI:NL:RVS:2021:71, r.o. 17.2.

De Minister wijst er dus op dat het Activiteitenbesluit 2010 niet tot een verdere beperking van de publiekrechtelijke toestemming leidde, maar juist tot een verruiming, waardoor extra vluchten konden worden afgewikkeld.

Dat de referentiesituatie wordt ontleend aan het Aanwijzingsbesluit 2001 is ook het standpunt dat de Minister innam in de beslissing op bezwaar (zie productie 3) alsmede in het besluit van 16 maart 2023 (zie productie 4) en is niet weersproken in de beslissing op bezwaar van 29 september 2023 (zie productie 5).⁷

5. De Minister stelt zich thans echter op het standpunt dat het Aanwijzingsbesluit 2010 bepalend is voor de referentiesituatie, omdat de aanvraag voor 1 februari 2009 was gedaan en er destijds een habitattoets heeft plaatsgevonden en het besluit vervolgens onherroepelijk is geworden. Volgens de Minister is er daarom gelet op art. 9.4 lid 8 Wet natuurbescherming (Wnb) geen sprake van een vergunningplicht.
6. Indien en voor zover de Minister gevolgd kan worden in het standpunt dat gelet op art. 9.4 lid 8 Wnb voor het project dat is vergund in het Aanwijzingsbesluit 2010 geen natuurvergunningplicht geldt, betekent dat echter nog niet als vanzelfsprekend dat dit project dan ook kan worden gebruikt als referentiesituatie. Cliënten verwijzen naar de uitspraak ECLI:NL:RVS:2024:1147, waarin de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in r.o. 7 overwoog:

7. Nog daargelaten of een besluit waarbij een project als bedoeld in artikel 9.4, achtste lid, van de Wnb is toegestaan, kan worden gebruikt als referentiesituatie bij de beoordeling of de aangevraagde wijziging van de varkenshouderij zal leiden tot een toename van stikstofdepositie op relevante Natura 2000-gebieden, oordeelt de Afdeling ten aanzien van de milieuvergunning het volgende. Deze milieuvergunning biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat bij de verlening daarvan een toets aan artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrictlijn heeft plaatsgevonden. Daarbij betreft de Afdeling dat in de toelichting onder het kopje "Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet)" staat dat in het kader van deze milieuvergunning geen ruimte bestaat voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn. Verder wordt in de toelichting onder het kopje "Toetsing en beoordeling" geconcludeerd dat een vergunning op grond van de Ffw niet nodig is. Anders dan het college en Zuiderzee betogen, kan uit wat onder dat kopje is beschreven dus niet worden afgeleid dat het project aan de vereisten van artikel 6 van de Habitatrictlijn is getoetst.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank terecht heeft geconcludeerd dat de milieuvergunning niet kan worden aangemerkt als

⁷ Tegen laatstgenoemd besluit is door cliënten bij Uw rechtbank beroep aangetekend, bekend onder nr. ARN 23/7278 WET. Dit beroep is echter ter afhandeling doorgezonden naar de rechtbank Den Haag.

een besluit in de zin van 9.4, achtste lid, van de Wnb. De Afdeling komt daarom ook niet toe aan de vraag of een niet correcte of volledige toetsing aan artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrictlijn in het kader van 9.4, achtste lid, van de Wnb volstaat.

De Afdeling plaatst dus nadrukkelijk een vraagteken bij het mogen gebruiken van een dergelijke toestemming als referentie. Dit is des te opmerkelijker, aangezien het in die casus in feite een overweging ten overvloede was. Het besluit dat daar aan de orde was, was immers juist niet getoetst aan de Habitatrictlijn. Het plaatsen van het vraagteken was dus niet nodig om de conclusie te staven dat ten onrechte een beroep werd gedaan op art. 9.4 lid 8 Wnb.

De enkele omstandigheid dat een habitattoets heeft plaatsgevonden en het besluit onherroepelijk is geworden, betekent dus niet op voorhand dat het besluit als referentie kan worden ingezet en dat niet onderzocht hoeft te worden of de habitattoets destijds correct en volledig is geweest. De Minister is daar aan voorbij gegaan in het bestreden besluit.

7. In dit verband wijzen cliënten er bovendien op dat anders dan de Minister stelt in § 1.4 van het bestreden besluit, het Aanwijzingsbesluit 2010 niet passend is beoordeeld. Er is destijds in het rapport bureau Waardenburg 2008 (zie productie 6) slechts een voortoets gemaakt.
8. Daarbij is bovendien op geen enkele wijze getoetst aan de effecten van stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitats of leefgebieden in omliggende Natura 2000-gebieden. Mogelijke effecten op Natura 2000-gebieden zijn uitsluitend bekeken voor wat betreft verstoring voor vogels en andere fauna door vliegverkeer door de visuele en auditieve componenten hiervan. Zie § 1.2 en hoofdstuk 4, 6 en 7 van het rapport, alsmede blz 45 en de reactie op zienswijze 25 bij het Aanwijzingsbesluit 2010, bijgevoegd als productie 7. Mogelijke significante effecten vanwege stikstofdepositie konden hierdoor niet uitgesloten worden. Uit het onderhavige besluit alsmede de stikstofrapporten bij de onderhavige aanvraag blijkt echter nu juist dat stikstofdepositie vanwege het onderhavige project getoetst moet worden op verenigbaarheid met de Habitatrictlijn/Wet natuurbescherming.
9. Bovendien berust de conclusie in het Aanwijzingsbesluit 2010 dat significante effecten niet te verwachten zijn, op de constatering dat er zich binnen 15 km van het project geen Natura 2000-gebieden bevinden, en de vliegtuigen buiten die afstand op meer dan 3000 voet vliegen, zodat deze geen significante effecten kunnen veroorzaken. Zie de reactie op zienswijze 25 in het besluit. Die constatering is echter onjuist, zoals ook blijkt uit § 5.2 en figuur 5.1 van het rapport Waardenburg 2008 (en zoals ook eenvoudig vast te stellen is door te meten op AERIUS-kaarten): het Natura 2000-gebied Oude Maas bevindt zich ruimschoots binnen de afstand van 15 km. De

constatering dat significante effecten niet te verwachten zijn, is dus gebaseerd op een evident onjuiste conclusie.

10. Ook heeft er geen cumulatietoets plaatsgevonden.
11. Het Aanwijzingsbesluit van 2010 is dus niet met inachtneming van art. 6 lid 2, 3 en 4 van de Habitatrictlijn genomen. Art. 9.4 lid 8 Wnb is reeds daarom niet van toepassing. Integendeel is eerder sprake van een besluit als bedoeld in het Aqua-Pri arrest ECLI:EU:C:2022:864, waarin de beoordelingsverplichting in art. 6 lid 3, eerste volzin, van de Habitatrictlijn niet is nagekomen. Gelet op het arrest (punt 39) kan dan zelfs in het geval waarin de afgegeven vergunning definitief (onherroepelijk) is, het project gelet op die verplichting toch niet worden geacht wettig te zijn vergund, zodat de betrokken lidstaat krachtens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking gehouden is om de onwettige gevolgen van de schending die hij heeft begaan, ongedaan te maken door in het kader van zijn bevoegdheden alle daartoe nodige maatregelen te nemen. Gelet daarop kan het Aanwijzingsbesluit 2010 niet als referentie gelden. Zie in dit verband ook de uitspraken ECLI:NL:RBNNE:2023:2350, r.o. 5.3 en 5.4, ECLI:NL:RBNNE:2023:4216, r.o. 7.3 en 7.4, ECLI:NL:RBLIM:2023:7356, r.o. 9 t/m 11 en ECLI:NL:RBGEL:2023:7356, r.o. 7.3 en voetnoot 3.
12. Immers, slechts indien de beoordeling voldoet aan de vereisten van artikel 6 lid 3 Hrl, kunnen significant negatieve effecten met zekerheid worden uitgesloten. En slechts als dit laatste kan worden vastgesteld, kan van een wijziging van het project die niet tot meer of grotere effecten leidt, zoals een wijziging binnen het depositieplafond, op voorhand uitgesloten worden dat deze wijziging significante effecten veroorzaakt. Ook van een ongewijzigde voortzetting van de destijds vergunde activiteit kunnen significante effecten slechts worden uitgesloten wanneer de beoordeling destijds voldeed aan de eisen van art. 6 lid 3 Hrl. Een overgangsregeling kan dan ook niet tot gevolg hebben dat 'het met zekerheid kunnen uitsluiten van negatieve effecten' niet meer de maatstaf is om de projectwijziging aan te toetsen. Dit zou in strijd zijn met de effectieve werking van de Habitatrictlijn. Dit betekent dan ook dat de beoordeling in het Aanwijzingsbesluit 2010 indringend getoetst moet worden aan de geldende vereisten van artikel 6 lid 3 Hrl. Een overgangsregeling mag er dan ook niet toe leiden dat projecten voor onbepaalde duur kunnen worden voortgezet op basis van een gebrekkige beoordeling. Een dergelijke regeling staat haaks op de visie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en is in strijd met artikel 6 lid 3 Hrl. Om te voorkomen dat een overgangsregeling toch dit gevolg heeft, moet daarom niet alleen worden gezien of een beoordeling aan artikel 6 van de Hrl heeft plaatsgevonden, maar ook of deze beoordeling daadwerkelijk voldoet aan de vereisten van dit artikel. Pas als dat het geval is, kan gebruik worden gemaakt van deze overgangsregeling. Nu dat echter niet het geval is, kan geen gebruik gemaakt worden van de overgangsregeling.
13. Bovendien, ook al zou het Aanwijzingsbesluit 2010 wel voldoen aan het gestelde in art. 9.4 lid 8 Wnb (quod non), dan bepaalt dit

artikel nog niet dat dit besluit dan als referentie ingezet mag worden. Het bepaalt uitsluitend dat er geen natuurvergunningplicht geldt voor het project of de andere handeling waarvoor dat besluit (in dit geval het Aanwijzingsbesluit 2010) is genomen. Het thans aangevraagde project wijkt echter af van de activiteit waarvoor het Aanwijzingsbesluit 2010 genomen is. Om die reden immers is de referentiesituatie gereconstrueerd op basis van andere (lagere) aantallen vliegtuigbewegingen.

Subsidiar: Vogelrichtlijngebieden en gecombineerde gebieden

- 7
14. Subsidiar voeren cliënten aan dat indien er in tegenstelling tot het bovenstaande wél een referentiesituatie ontleend zou kunnen worden aan het Aanwijzingsbesluit 2010 op grond van art. 9.4 lid 8 Wnb, dat dan uitsluitend kan voor wat betreft de Habitatrichtlijngebieden, maar niet voor de Natura 2000-gebieden die (tevens) als Vogelrichtlijngebied waren aangewezen. Uit de toelichting op artikel 9.4 lid 8 Wnb volgt dat deze overgangsregeling bedoeld is voor die gevallen, waarvoor een toetsing aan de Hrl voor 1 februari 2009 niet mogelijk was via de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw).⁸ Pas op 1 februari 2009 is namelijk de Habitatrichtlijn volledig in het Nederlandse rechtssysteem geïmplementeerd. Vanaf toen voorzag de Nbw in een zelfstandig toetsingsregime voor *alle* Natura 2000-gebieden. Voor 1 februari 2009 (en na 1 oktober 2005) verliep de toetsing aan artikel 6, derde lid van de Hrl al wel via de Nbw voor zover het de effecten op *Vogelrichtlijngebieden* betref. Deze gebieden vielen al per 1 oktober 2005 onder de reikwijdte van de natuurvergunningplicht zoals neergelegd in artikel 19d van de Nbw. Dit artikel luidde destijds als volgt:

Het is verboden zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften of beperkingen, van gedeputeerde staten of, ten aanzien van projecten of andere handelingen als bedoeld in het derde lid, van Onze Minister, projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstelling de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied of een gebied waarvan de aanwijzing als zodanig in overweging is genomen als bedoeld in artikel 12, derde lid, kunnen verslechteren of een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige projecten of andere handelingen zijn in ieder geval projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten. (onderstreping van mij – AvH)

De natuurvergunningplicht was dus gekoppeld aan het feit of een gebied reeds was aangewezen zoals bedoeld in artikel 10a van de Nbw. Vogelrichtlijngebieden waren al voor 1 oktober 2005 aangewezen en vielen dus reeds onder artikel 19d. De Habitatrichtlijngebieden waren destijds nog niet aangewezen. Pas na de wetswijziging van 1 februari 2009 vielen ook deze gebieden onder de vergunningplicht van artikel 19d van de Nbw. Dat betekende echter niet dat de effecten van voorgenomen activiteiten op Habitatrichtlijngebieden voor 1 februari

⁸ *Kamerstukken II 2011-12, 33 348, nr. 3 (MvT), blz. 290.*

2009 niet al aan de Hrl getoetst moesten worden. Er ging immers een rechtstreekse werking uit van artikel 6 Hrl. Om die reden werd de toetsing aan artikel 6 Hrl zoveel mogelijk uitgevoerd in het kader van andere besluiten dan het verlenen van een natuurvergunning.

De overgangsregeling is dan ook geschreven voor die gevallen, waarin een toetsing via het regime van de Nbw niet mogelijk was, maar waarvoor al wel via een ander besluit getoetst was aan de Hrl. Dit brengt tevens met zich dat de overgangsregeling uitdrukkelijk niet bedoeld is voor die gevallen, waarvoor een toetsing reeds voor 1 februari 2009 via de Nbw plaats had *moeten* plaatsvinden. Er is in dit verband sprake van ‘moeten’, omdat uit de jurisprudentie van die tijd blijkt dat een toetsing aan de Hrl bij andere besluiten dan een natuurvergunning niet meer was toegestaan, indien deze beoordeling in het kader van de Nbw kon plaatsvinden. Zo overwoog de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bijvoorbeeld in een uitspraak van 4 april 2007 dat de aanvraag om een milieuvergunning ten onrechte door het bevoegd gezag was geweigerd, vanwege de nadelige gevolgen van de aangevraagde activiteit op een Vogelrichtlijngebied. In rechtsoverweging 2.4.4 overwoog de Afdeling het volgende (ECLI:NL:RVS:2007:BA2228):

8

Niet in geschil is dat de activiteit waarvoor vergunning wordt gevraagd, zal plaatsvinden in een gebied dat is aangewezen als Vogelrichtlijngebied als bedoeld in artikel 10a van de Nbw 1998. De effecten van deze activiteit op dit gebied en op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, kunnen aan de orde komen bij de vraag of een vergunning ingevolge de Nbw 1998 is vereist en zo ja, of die vergunning kan worden verleend en onder welke voorwaarden. Er bestaat daarom geen ruimte voor beoordeling van deze effecten bij de beslissing op de aanvraag om een milieuvergunning. Nu verweerder dit heeft miskend en de vergunning vanwege deze (verwachte) effecten heeft geweigerd, is het bestreden besluit in strijd met het systeem van de Nbw 1998 in samenhang met de Wet milieubeheer. (onderstreping van mij – AvH)

Bovendien blijkt tevens uit de rechtspraak van destijds dat indien sprake was van effecten op een Vogelrichtlijngebied, dat tevens zal worden aangewezen als Habitatrictlijngebied, dat dan ook de effecten op de beschermde natuurwaarden van het Habitatrictlijngebied moesten worden beoordeeld in het kader van de Nbw. En dat in een dergelijk geval geen ruimte was voor het toetsen van deze effecten op het Hrl-gebied bij andere besluiten. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 13 juni 2007, waarin de Afdeling het volgende concludeert in r.o. 2.4.1 (ECLI:NL:RVS:2007:BA7102)⁹:

In de omgeving van de inrichting zijn de Vogel- en Habitatrictlijngebieden "de Weerribben" en "de Wieden" gelegen. De Habitatrictlijngebieden "de Weerribben" en "de Wieden" komen nagenoeg overeen met de Vogelrichtlijngebieden "de Weerribben" en "de Wieden".

⁹ Zie voor een uitspraak van dezelfde strekking ECLI:NL:RVS:2006:AZ3260, r.o. 2.3.3.

Met de Nbw 1998 is beoogd de gebiedsbeschermingsbepalingen uit de Habitat- en Vogelrichtlijn te implementeren. De door appellanten bedoelde gebieden betreffen gebieden die zijn aangewezen als Vogelrichtlijngebied als bedoeld in de Nbw 1998. De bezwaren van appellanten dienen aan de orde te komen bij de vraag of een vergunning ingevolge de Nbw 1998 is vereist en zo ja, of die vergunning kan worden verleend en onder welke voorwaarden. Daarbij dienen tevens de effecten op de betreffende Habitatrichtlijngebieden te worden beoordeeld. Verweerder heeft daarom terecht dit aspect buiten beschouwing gelaten bij de beoordeling van de aanvraag om de vergunning ingevolge de Wet milieubeheer. (onderstreping van mij – AvH)

Vanaf 1 oktober 2005 bood de Nbw dus al wél een zelfstandige grondslag voor de toetsing van projecten aan artikel 6 van de Hrl, voor zover deze effecten hadden op Vogelrichtlijngebieden of voor zover deze effecten hadden op Habitatrichtlijngebieden, die tevens als Vogelrichtlijngebieden waren aangewezen. Dat de Nbw deze zelfstandige grondslag bevatte, maakte het niet alleen mogelijk om rechtstreeks aan de Nbw te toetsen, maar maakte het zelfs verplicht. Immers, blijkens de jurisprudentie uit die tijd mocht een beoordeling van de effecten op een dergelijk Natura 2000-gebied niet meer plaatsvinden in het kader van andere besluiten dan een natuurvergunning, zoals bedoeld in artikel 19d van de Nbw.

9

15. Voor de onderhavige casus betekent dit het volgende: Vóór het Aanwijzingsbesluit van 2010 waren er Aanwijzingsbesluiten uit 1964, van 17 oktober 2001 en van 14 juli 2004. Niet in geschil is dat deze besluiten niet zijn getoetst aan de Hrl. Het Aanwijzingsbesluit 2010 is genomen naar aanleiding van verzoeken van Rotterdam The Hague Airport van 30 september 2005, 11 mei 2006, 22 september 2006, 25 juli 2008 en 25 november 2008. Op 22 september 2010 is het Aanwijzingsbesluit genomen. Dat is na de inwerkingtreding van de Nbw 1998 op 1 oktober 2005. Toen het Aanwijzingsbesluit werd genomen, bestond er dan ook al een zelfstandige grondslag in de Nbw om de effecten op Vogelrichtlijngebieden en op de ‘gecombineerde’ Vogel- en Habitatrichtlijngebieden te beoordelen conform art. 6 Hrl. Dat de aanvraag oorspronkelijk daags vóór 1 oktober 2005 is ingediend, maakt dit niet anders. Het overgangsrecht dat destijds in de Nbw was opgenomen had immers geen betrekking op vergunningaanvragen anders dan aanvragen om een vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet (oud). Art. 60a lid 2 Nbw1998 luidde als volgt:

"Ten aanzien van het nemen van besluiten, waarbij artikel 6 van de richtlijn (EEG) nr. 92/43 aan de orde is, op voor de datum van inwerkingtreding van deze wet ingediende aanvragen om vergunning of ontheffing en ingediende verzoeken om toestemming anderszins blijft deze wet buiten toepassing totdat de bezwaar- of beroepstermijn is verstreken dan wel, indien beroep is ingesteld, onherroepelijk op het beroep is beslist."

Dit betekent dat bij de beslissing op de onderhavige aanvraag om een Aanwijzingsbesluit, nu deze beslissing na 1 oktober 2005 is genomen, rekening moest worden gehouden met de van toepassing zijnde

bepalingen van de Nbw 1998. Vergelijk ook r.o. 2.4.3 van uitspraak ECLI:NL:RVS:2007:BA2228. Er bestond daarom geen ruimte voor beoordeling van de effecten op Vogelrichtlijngebieden en op de 'gecombineerde' Vogel- en Habitatrichtlijngebieden in het Aanwijzingsbesluit 2010. Daarvoor had Rotterdam-The Hague Airport BV destijds een natuurvergunning dienen aan te vragen. Dat heeft zij echter nagelaten.

16. In de omgeving van Rotterdam-The Hague Airport, binnen de rekenafstand van 25 km, bevinden zich de Vogelrichtlijngebieden Nieuwkoopse Plassen & De Haeck, aangewezen op 14 februari 1997, Voordelta, aangewezen op 24 maart 2000 en De Wilck, Broekvelden Vettenbroek & Polder Stein, Donkse Laagten, Boezems Kinderdijk en Oudeland van Strijen, allen aangewezen op 24 maart 2000. De gebieden Nieuwkoopse Plassen & De Haeck, Voordelta en Broekvelden Vettenbroek & Polder Stein zijn vervolgens op 7 december 2004 ook als Habitatrichtlijngebieden op de lijst van communautair belang geplaatst. Dit betekent dan ook dat de effecten op al deze bovengenoemde gebieden, voor zowel in hun hoedanigheid als Vogelrichtlijngebied als Habitatrichtlijngebied, getoetst hadden *moeten* worden in het kader van de Nbw. Of in andere woorden, dat voor een toetsing van deze effecten geen ruimte bestond in de procedure van het Aanwijzingsbesluit. Desondanks heeft deze toetsing wél in het kader van het Aanwijzingsbesluit plaatsgevonden. Dit maakt echter niet dat alsnog gebruik kan worden gemaakt van het overgangsrecht van artikel 9.4 lid 8 Wnb. Zeker voor de eerstgenoemde twee gebieden dient hierbij vanwege de stikstofgevoeligheid een beoordeling van de stikstofeffecten gemaakt te worden¹⁰.
17. Zoals hierboven uiteengezet is deze overgangsregeling bedoeld om de gevolgen van de gebrekkige implementatie van de Hrl te beperken. Daarmee kan de overgangsregeling uitsluitend beperkt zijn tot die projecten, waarvoor wel een deugdelijke toetsing aan de Hrl heeft plaatsgevonden, maar niet in het kader van de Nbw, omdat dit niet mogelijk was. Het gaat dan om projecten die uitsluitend effecten hebben op Habitatrichtlijngebieden, die niet ook zijn aangewezen als Vogelrichtlijngebieden. Dat maakt bovendien dat projecten waarvoor de toetsing niet in een ander kader dan de Nbw had mogen geschieden niet onder de overgangsregeling vallen. Dergelijke projecten werden immers na 1 oktober 2005 niet langer getroffen door de gebrekkige implementatie van de Hrl. Er is voor deze gevallen dan ook geen overgangsrecht nodig om de gevolgen van deze gebrekkige implementatie te herstellen. Indien toch een beoordeling van de effecten op dergelijke gebieden heeft plaatsgevonden in het kader van een ander besluit dan een natuurvergunning, kan dat uitsluitend worden toegeschreven aan een onjuiste naleving van het destijds geldende recht. Dergelijke fouten uit het verleden kunnen niet worden hersteld met een beroep op het overgangsrecht van de Wnb. Het overgangsrecht is immers niet geschreven voor gevallen, waarin de

¹⁰ Zie ook blz. 6 onderaan van de Aerius-projectberekening bij het bestreden besluit.

beoordeling in strijd met het geldende recht heeft plaatsgevonden in besluiten zoals milieuvergunningen of in dit geval een Aanwijzingsbesluit.

18. Dat het overgangsrecht niet op dergelijke gevallen van toepassing is, is ook logisch vanuit het perspectief van derde-belanghebbenden – zoals cliënten. Gelet op bovenstaande jurisprudentie was het voor derden niet langer mogelijk om de ontbrekende of onjuiste beoordeling van effecten op Vogelrichtlijngebieden of gecombineerde gebieden aan de orde te stellen in een beroep tegen een ander besluit dan een natuurvergunning. Op een dergelijke beroepsgrond volgde dan immers de standaardoverweging van de Afdeling dat er geen ruimte voor de beoordeling van deze effecten bestond bij de beslissing op de aanvraag om bijvoorbeeld een milieuvergunning (zie nogmaals ECLI:NL:RVS:2007:BA2228, r.o. 2.4.4; ECLI:NL:RVS:2006:AZ3260, r.o. 2.3.3). Een derde-belanghebbende kon de juistheid van een beoordeling dus niet langer via een milieuvergunning of in dit geval een Aanwijzingsbesluit aan de orde stellen en een rechter zou deze beoordeling ook niet aan artikel 6 van de Hrl mogen toetsen. Dit betekent dat het bevoegd gezag in feite van alles kon opschrijven in de beoordeling van de natuureffecten, zonder dat deze conclusies aan een rechter konden worden voorgelegd. Van een daadwerkelijke onherroepelijke natuurtoets is dan ook in dit soort gevallen geen sprake. Het zou dan ook verre van redelijk zijn dat een niet aanvechtbare beoordeling nu alsnog de reden kan zijn waarom een beoordeling op grond van artikel 6 lid 3 Hrl niet alsnog moet plaatsvinden.
19. Het overgangsrecht is daarom niet van toepassing op Rotterdam The Hague Airport. Het overgangsrecht heeft als doel de gevolgen van de gebrekkige implementatie van de Hrl te herstellen. Doordat Rotterdam-The Hague Airport mede effecten heeft op Vogelrichtlijngebieden en gecombineerde gebieden, is Rotterdam-The Hague Airport voor wat betreft deze gebieden echter niet getroffen door de gevolgen van de gebrekkige implementatie. De beoordeling van deze effecten had destijds kunnen én moeten plaatsvinden in het kader van de Nbw. Dat dit niet is gebeurd, maar dat in plaats daarvan deze beoordeling is ondergebracht in het Aanwijzingsbesluit 2010, is toe te schrijven aan een onjuiste toepassing van het destijds geldende recht. Het overgangsrecht kan echter niet gebruikt om deze fouten te herstellen. Om die reden had de Minister het Aanwijzingsbesluit 2010 niet op grond van art. 9.4 lid 8 Wnb als basis voor de referentiebepaling mogen inzetten.

Concluderend

20. Gelet op het bovenstaande, en gelet op de omstandigheid dat het Aanwijzingsbesluit 2010 geen verdere beperking van het project inhield, heeft de Minister de referentiesituatie ten onrechte gebaseerd op het Aanwijzingsbesluit 2010. Het besluit is daarmee in strijd met art 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daarom staat niet vast dat significante effecten zijn uitgesloten. De vergunning is terecht

geweigerd, maar dat had geen zogenoemde positieve weigering mogen zijn. Dit gebrek steekt te meer gezien hetgeen is gesteld op blz. 32 van het Aanwijzingsbesluit 2010, namelijk dat het Aanwijzingsbesluit 2010 gericht is op een toevoeging van de geluidsruimte ten behoeve van het accommoderen van 627 vliegtuigen oerdag extra ten opzichte van het voorafgaande Aanwijzingsbesluit 2004. Op deze bladzijde staat ook vermeld dat gebleken is dat binnen de 35 Ke-zone van het Aanwijzingsbesluit 2004 minder vliegtuigbewegingen konden plaatsvinden dan destijds was bedoeld. Bovendien was ook het Aanwijzingsbesluit 2004 op zijn beurt vastgesteld omdat gebleken was dat de maximale gebruiksruimte op grond van het daaraan voorafgaande Aanwijzingsbesluit 2001 voor groot vliegverkeer niet feitelijk volledig benut kon worden. Cliënten verwijzen in dit verband nadrukkelijk naar hetgeen in de zienswijzen onder punt 13 tot en met 17 is aangevoerd. De tekst daarvan kan hier als herhaald en ingelast beschouwd worden. De weerlegging van deze zienswijze (onder punt 4c en 4d nota zienswijzen) kan niet gevolgd worden, omdat daar immers weer wordt verwezen naar art. 9.4 lid 8 Wnb en het Aanwijzingsbesluit 2010. Daarom moet het er voor worden gehouden dat de referentiesituatie overeenkomt met een lagere stikstofemissie en – depositie dan de Minister stelt.

Referentie is nihil want het project is niet voortgezet

12

21. Bovendien is de Minister er aan voorbij gegaan dat de toestemming is geëxpireerd. De referentiesituatie is daarom nihil. Het Aanwijzingsbesluit 2010 is gebaseerd op art. 18 van de toenmalige Luchtvaartwet (Lvw). Nadien is de Wet luchtvaart (Wlv) in werking getreden. Het relevante overgangsrecht voor RTHA staat in de Wet van 18 december 2008, houdende wijziging van de Wet luchtvaart inzake vernieuwing van de regelgeving voor burgerluchthavens en militaire luchthavens (Wet RBML). De regeling van artikel X betreft een zogenaamde ‘Omzettingsregeling’.

De omzettingsregeling uit art. X Wet RBML is echter uitdrukkelijk niet bedoeld voor burgerluchthavens van nationaal belang, maar uitsluitend voor burgerluchthavens van regionaal belang. Dit omdat de bevoegdheid voor deze luchthavens bij het Rijk bleef en er dus geen overgangsregeling nodig was om de transitie van de bevoegdheid van het Rijk naar de provincie te faciliteren. De Memorie van Toelichting is daar duidelijk over¹¹. Zie b.v. blz. 61 van de Memorie van Toelichting:

Mochten er luchthavens van nationale betekenis komen dan moet ook voor deze luchthavens binnen 5 jaar na inwerkingtreding van de wet een luchthavenbesluit worden vastgesteld. Een overgangsbesluit is voor deze luchthavens niet noodzakelijk. Decentralisatie van bevoegdheden is immers niet aan de orde.

En zie de artikelsgewijze toelichting bij art. X:

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 452, nr. 3.

Artikel X bevat de bepaling waarbij de huidige aanwijzingen bij luchthavens van regionale betekenis na inwerkingtreding van de wet worden omgezet in de overgangsbesluiten...

Op grond van het zevende lid hebben gedeputeerde staten de mogelijkheid binnen 6 maanden na inwerkingtreding van de wet een voorstel te doen voor de exacte plaats waar de handhavingspunten moeten komen te liggen...

Dit is eveneens een verwijzing naar luchthavens van regionale betekenis, waarvan Gedeputeerde Staten het bevoegd gezag vormen, terwijl Provinciale Staten het Luchthavenbesluit moeten vaststellen.

En vervolgens:

In de wet is vervolgens in het vierde lid bepaald dat de bepalingen voor het luchthavenluchtverkeer die in de ministeriële regeling zijn opgenomen gelden als bepalingen voor het luchthavenluchtverkeer in de betekenis van de nieuwe regelgeving. Hierdoor vindt de handhaving met de inwerkingtreding van het omzettingsbesluit vast op grond van de bepalingen die zijn opgenomen in artikel 8.45 en in het Besluit burgerluchthavens. De handhavingspunten die in het omzettingsbesluit zijn opgenomen zijn grenswaarden en de overige bepalingen uit het omzettingsbesluit zijn regels voor het luchthavenluchtverkeer. Dit betekent dat gedeputeerde staten de waarden van die handhavingspunten moeten handhaven en bij overschrijding in principe een maatregel moeten opleggen.

Dit is wederom een verwijzing naar Gedeputeerde Staten. Art. 8.45 Wlv maakt onderdeel uit van afdeling 8.3.2 Wlv, die betrekking heeft op luchthavens van regionale betekenis met een luchthavenbesluit.

En vervolgens:

Om het de provincies mogelijk te maken vooruitlopend op het eerste luchthavenbesluit met de ligging van de Lden-contour alvast rekening te houden, worden deze in het kader van de kennisoverdracht van het Rijk naar de provincies beschikbaar gesteld.

Ook de bepaling in art. X lid 8 Wet RBML, die vastlegt wanneer de bepalingen in de omzettingsregeling vervallen, verwijst naar art. 8.43 en 8.64 Wlv. Dit zijn artikelen die deel uitmaken van afdeling 8.3.2 en 8.3.3, die betrekking hebben op luchthavens van regionale betekenis.

22. Rotterdam-The Hague Airport is echter een luchthaven van nationale betekenis. Zie art. 8.1 lid 2 jo. lid 3 sub d Wlv. Rotterdam The Hague Airport is gelet op die bepalingen een overige burgerluchthaven van nationale betekenis. Toch is op 1 mei 2013 een Omzettingsregeling luchthaven Rotterdam The Hague Airport in werking getreden¹². Nu deze omzettingsregeling echter is gebaseerd op bovengenoemd art. X Wet RBML en deze overgangsbepaling daar niet voor is bedoeld, is de Omzettingsregeling in 2013 ten onrechte

¹² Stc. 2013, nr. 11153.

- vastgesteld voor Rotterdam The Hague Airport. Dit betreft dan ook niet de noodzakelijke milieutoestemming volgens het nationale recht.
23. In plaats daarvan had uiterlijk op 1 november 2014 een Luchthavenbesluit (LHB) moeten worden vastgesteld voor Rotterdam-The Hague Airport. Dit volgt uit art. XIII lid 2 Wet RBML, waarin is bepaald dat binnen vijf jaar na inwerkingtreding van art. I, onderdeel K, van deze wet een luchthavenbesluit als bedoeld in art. 8.70 lid 1 Wlv vastgesteld moet worden voor burgerluchthavens van nationale betekenis. Ook in de Memorie van Toelichting bij de Wet RBML wordt expliciet aangegeven dat een langere overgangstermijn dan vijf jaar tussen Lvw en Wlv ongewenst is. Daarbij is ook verwezen naar art. XIII¹³. Onderdeel K is op 1 november 2009 in werking getreden, zodat uiterlijk op 1 november 2014 een LHB vastgesteld had moeten worden¹⁴. Dit is ten onrechte echter niet gebeurd voor Rotterdam-The Hague Airport. Het LHB is zelfs nog altijd niet vastgesteld.
24. Om die reden is Rotterdam The Hague Airport sinds 1 november 2014 niet langer in werking op basis van de verplichte milieutoestemming volgens het nationale recht en handelt zij in strijd met de Wlv. In het bijzonder schendt zij artikel 8.1a lid 3 Wlv. Op grond van deze bepaling is het verboden een overige burgerluchthaven in bedrijf te hebben indien voor deze luchthaven geen luchthavenbesluit of luchthavenregeling geldt. Dit maakt dan ook dat het project Exploitatie Rotterdam The Hague Airport niet meer is voortgezet sinds 1 november 2014.
25. Dat er wel een omzettingsregeling is vastgesteld verandert dit niet, want de omzettingsregeling was niet vatbaar voor bezwaar/beroep. Hij stond op de negatieve lijst van de Awb¹⁵, zie de toelichting op de omzettingsregeling). Er is dan ook geen sprake van een onherroepelijk besluit met formele rechtskracht. Een exceptieve toetsing is mogelijk. De omzettingsregeling zou onverbindend verklaard moeten worden, omdat dit instrument in strijd met de RBML is gebruikt voor een luchthaven van nationale betekenis.
26. Bovendien, al zou dit anders zijn, dan geldt nog altijd dat de omzettingsregeling de verplichting van artikel XIII lid 2 RBML en het verbod van artikel 8.1a lid 3 Wlv niet opzij zet. Materieel verschilt de omzettingsregeling namelijk wezenlijk van een LHB en wordt ook in de Memorie van Toelichting erkend dat pas met een LHB het regime van de Wlv volledig is geïmplementeerd. Bovendien betreft de omzettingsregeling nadrukkelijk een tijdelijk instrument, en kan dus niet fungeren ter vervanging van het verplichte en permanente LHB.
27. Aangezien Rotterdam The Hague Airport sinds 1 november 2014 niet langer over de noodzakelijke milieutoestemming beschikt en dus niet langer legaal opereert, is er geen sprake meer van voortzetting van het project. Er kan daarom geen referentiesituatie meer geclaimd

¹³ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 452, nr. 3, blz. 60 en 110.

¹⁴ Zie b.v. de uitspraken over burgerluchtvaartterreinen Eelde en Teuge:

ECLI:NL:RVS:2022:835 en ECLI:NL:RVS:2021:866; ook Eelde is een luchthaven van nationale betekenis. Teuge is van regionale betekenis, maar op grond van art. XIII lid 1 Wet RBML geldt daarvoor dezelfde termijn.

¹⁵ Zie de toelichting op de Omzettingsregeling RTHA, Stc 2013, nr 11153, blz. 9

worden. Een op de referentiedatum vergund project hoeft immers niet alsnog passend beoordeeld te worden, zolang dit project wordt voortgezet. Zie ook ECLI:NL:RVS:2013:1891.

28. Subsidiar voeren cliënten bovendien nog het volgende aan. Ook indien in tegenstelling tot het voorgaande betoog, er van uit zou kunnen worden gegaan dat de omzettingsregeling wel voor Rotterdam-The Hague Airport vastgesteld had mogen worden en art. X Wet RBML wel mede betrekking zou hebben op omzettingsregelingen ten behoeve van burgerluchthavens van nationale betekenis (quod non), dan nog kan niet langer een referentiesituatie geclaimd worden. In dat geval is immers van belang dat in art. IX Wet RBML is bepaald dat de aanwijzing van een burgerluchtvaartterrein geldig blijft tot het tijdstip waarop voor die luchthaven een regeling als bedoeld in artikel X lid 1 van deze Wet in werking is getreden. Door de toepassing van de omzettingsregeling is dan de voorheen permanente toestemming op grond van het Aanwijzingsbesluit 2010 tijdelijk gemaakt en ook de omzettingsregeling heeft duidelijk een tijdelijk karakter. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan dan geen referentiesituatie geclaimd worden. In dit verband verwijzen cliënten 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:

- 15
- 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.

29. Net als bij Rotterdam-The Hague Airport werd in die kwestie de voorafgaande toestemming voor onbepaalde tijd (bij Rotterdam-The Hague Airport op basis van het Aanwijzingsbesluit 2010) 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 Habitatrichtlijn. 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.
30. Ook in het al eerder genoemde Aqua-Pri arrest vinden cliënten een bevestiging van deze stelling. Zie punt 43 van dat arrest:

16

43 Daarbij 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.

Net als in Aqua-Pri is voor Rotterdam-The Hague Airport op grond van een wettelijke bepaling (hier: Wet RBML art. IX lid 1, art. X, art. XIII lid 2 alsmede art. 8.1a lid 3 Wlv) vereist dat de voortzetting van de reeds vergunde activiteit (hier: op basis van het Aanwijzingsbesluit 2010), afhankelijk gesteld van een nieuw te verlenen toestemming (hier: het LHB). Gelet op het Aqua-Pri arrest moet dan die nieuwe toestemming (het LHB) afhankelijk worden gesteld van een nieuwe beoordeling die voldoet aan de eisen in art. 6 lid 3 Hrl, indien voor die activiteit nog geen dergelijke beoordeling is verricht. Daarbij kan er in die nieuwe beoordeling niet van uitgegaan worden dat significante effecten zijn uitgesloten wanneer de nieuw te beoordelen toestemming (LHB) niet tot meer of grotere effecten leidt dan de eerdere toestemming (Aanwijzingsbesluit 2010). Dat betekent dat in de huidige natuurtoets voor de onderhavige natuurvergunning-aanvraag geen referentiesituatie ontleend kan worden aan het Aanwijzingsbesluit 2010 (noch enig eerder Aanwijzingsbesluit), aangezien de daarin

toegestane activiteit niet voortgezet mag worden zonder een nieuw te verlenen toestemming.

Verstoringseffecten

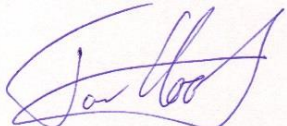
31. In de beoordeling van de exploitatie van Rotterdam-The Hague Airport dienen ook de niet aan stikstof-gerelateerde effecten in kaart te worden gebracht en te worden beoordeeld. Dan gaat het bijvoorbeeld om de verstoring van vogel- en andere diersoorten door geluid, licht en optische verstoring. In het rapport genaamd *Natuurtoets aanpassing in gebruik Rotterdam The Hague Airport* van 5 oktober 2023 heeft bureau Waardenburg de verstoringseffecten vanwege Rotterdam The Hague Airport op de Natura 2000-gebieden onderzocht en beoordeeld. In het rapport *Beschermde soorten rond Rotterdam The Hague Airport en aspecten van vliegveiligheid* van 24 oktober 2023 heeft bureau Waardenburg de effecten op de beschermde diersoorten onderzocht. Over deze natuurtoets ten aanzien van de Natura 2000-gebieden kunnen cliënten alvast de volgende gebreken constateren:
32. Allereerst merken cliënten op dat de natuurtoets 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 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). De natuurtoets had dan ook moeten onderzoeken of zich onder de typische faunasoorten van de habitattypen in de betrokken Natura 2000-gebieden soorten bevinden, die gevoelig zijn voor de storing door geluid, licht en optische verstoring.
33. Ten tweede neemt de natuurtoets ten onrechte als uitgangspunt dat het vliegverkeer boven de Natura 2000-gebieden zich boven de grens van 3.000 voet bevindt. Om die reden wordt verstoring door bijvoorbeeld geluid, licht en visuele effecten uitgesloten. Het is echter wel degelijk mogelijk, en ook gebruikelijk, dat er boven of in de buurt van Natura 2000-gebied de Oude Maas (en de andere natuurgebieden) onder de 3.000 voet wordt gevlogen. Allereerst is van belang dat de grote luchtvaart in deze omgeving niet verplicht is tot een minimale vlieghoogte van 3.000 voet. In plaats daarvan wordt een minimale vlieghoogte van 2.000 voet (ongeveer 600 meter) gehanteerd. Voor het kleine vliegverkeer geldt een nog lagere minimale vlieghoogte, namelijk 300 meter. Deze kleine luchtvaart vliegt ook van en naar Rotterdam The Hague Airport.

34. Ten derde blijkt uit een grote hoeveelheid meldingen van geluidsoverlast, dat het vliegverkeer van en naar Rotterdam The Hague Airport regelmatig lager vliegt dan 3.000 voet. Deze meldingen werken als volgt. Vanuit een bepaald adres wordt een melding gedaan van geluidsoverlast vanwege vliegverkeer. Deze melding komt binnen bij omgevingsdienst DCMR. De omgevingsdienst koppelt de melding aan het meest waarschijnlijke vliegtuig dat op het tijdstip van de melding is over gevlogen. De omgevingsdienst kan daarbij vermelden om welke vlucht het ging en de exacte hoogte waarop het betreffende vliegtuig vloog op het tijdstip van de melding. De omgevingsdienst koppelt deze gegevens terug aan de melder. In productie 8 zijn meerdere van dergelijke teruggekoppelde meldingen toegevoegd. Daaruit blijkt dat het vliegverkeer van en naar Rotterdam The Hague Airport regelmatig onder de 3.000 voet (= 914 meter) vliegt in de omgeving van Spijkenisse. Meldingen van vliegtuigen op een hoogte van rond de 600 meter komen veelvuldig voor. In productie 8 is tevens een melding toegevoegd met betrekking tot een kleiner vliegtuig dat vloog op een hoogte van 445 meter. Het exacte adres waarop de meldingen zijn gedaan ligt hemelsbreed op een kleine 600 meter van Natura 2000-gebied Oude Maas. Kortom, uit deze gegevens kan worden afgeleid dat wel degelijk op een grotere afstand van Rotterdam The Hague Airport, bijvoorbeeld boven het gebied Oude Maas, onder de 3.000 voet wordt gevlogen.
35. Als laatste wijzen cliënten erop dat uit een eerdere studie van RoyalHaskoning DHV blijkt dat significant negatieve effecten vanwege de geluidsemissies van Rotterdam The Hague Airport wel degelijk kunnen optreden. In dit rapport wordt voor de gebieden Oude Maas, Boezems Kinderdijk en Solleveld & Kapittelduinen geconcludeerd dat negatieve effecten vanwege geluidshinder veroorzaakt door vliegverkeer van en naar Rotterdam-The Hague Airport mogelijk zijn.
36. Al met al kunnen cliënten reeds constateren dat de natuurtoets van 5 oktober 2023 gebrekkig is. Dit zullen cliënten zo spoedig mogelijk nader onderbouwen met een nadere contra-expertise.

Concluderend heeft de Minister de referentie niet deugdelijk onderbouwd en bovendien te hoog vastgesteld. Er kan daarom niet worden gesteld dat de stikstofdepositie vanwege het project niet stijgt. Overige effecten zijn onvoldoende onderzocht. Significante effecten kunnen niet worden uitgesloten. De vergunning is terecht geweigerd, maar dit had geen positieve weigering mogen zijn.

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 (uitsluitend per zivver):

- producties 1 t/m 8.
- Machtigingen cliënten
- Statuten cliënten
- KvK-gegevens cliënten