

artikel 16 van de Habitatrichtlijn en de in het Vrijstellingenbesluit neergelegde regelgeving. De minister betoogt dat het Vrijstellingsbesluit weldegelijk in de geest van de Habitatrichtlijn past, maar helaas is dat niet voldoende daar waar het gaat om de restrictieve uitleg die het Hof van Justitie aan art. 16 van de richtlijn heeft gegeven. De rechtbank overweegt dat de afwijkingsgrond van artikel 2, derde lid, onder j, Vrijstellingsbesluit een beduidend ruimere strekking heeft dan de in de Habitatrichtlijn opgenomen uitzonderingsgronden. De reikwijdte van het belang van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling is immers erg ruim en kan betrekking hebben op de aanleg van ieder bouwproject van welke omvang ook. De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft tot op heden zorgvuldig vermeden zich over deze mogelijke onverenigbaarheid uit te laten, hoewel door appellanten daartoe soms uitdrukkelijk uitgenodigd. De Voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak draaide in een recente uitspraak handig om deze problematiek heen (Vz ABRvS van 21 januari 2008, nrs. 200707593/2 en 200707539/6). In een andere uitspraak verwijst de Voorzitter deze problematiek door naar de bodemprocedure (Vz ABRvS van 30 januari 2008, nr. 200708748/2).

Boerema

75

Bestemmingsplan "De Zuiderklip"
– Drimmelen

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
7 mei 2008, nr. 200604924/1
(mrs. Hoekstra, Simon-Vinckx en Mortelmans)
Noten Zijlmans en Pieters

Goedkeuring bestemmingsplan. Mitigerende maatregelen. Habitattoets. Passende beoordeling. Instandhoudingsdoelstellingen. Habitatrichtlijngebied. Bestemmingsplan. Ontheffing. Significante gevolgen. Milieueffectrapportage. M.e.r.

[Nbw 1998 art. 19d e.v. en 19j; Ffw; Habitatrichtlijn (92/43/EEG) art. 6 lid 3]

Appellanten hebben beroep bij de Raad van State ingesteld tegen het besluit van verweerder – gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant – ter goedkeuring van het bestemmingsplan "De Zuiderklip" van de gemeente Drimmelen. Het plangebied ligt deels in de Biesbosch, een Natura 2000-gebied ingevolge de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

De Flora- en faunawet staat niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg, nu reeds een inmiddels onherroepelijke ontheffing onder voorwaarden is verleend op grond van deze wet. Wat de Natuurbeschermingswet 1998 aangaat, is het bepaalde in artikel 19j Nbw 1998 met betrekking tot plannen enkel van toepassing op aangewezen Natura 2000-gebieden. Nu het aangemelde Habitatrichtlijngebied reeds als Vogelrichtlijngebied is aangewezen, ziet de Afdeling geen beletsel artikel 19j conform artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn uit te leggen. Een deel van het plangebied is echter alleen als Habitatrichtlijngebied aangemeld en op de lijst van gebieden van communautair belang geplaatst. Voor dat gebied kan het bepaalde in artikel 19j niet richtlijnconform geïnterpreteerd worden en zal het bepaalde in artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn direct moeten worden toegepast.

Aangezien hetgeen in het bestemmingsplan mogelijk kan worden gemaakt verslechtering/verstoring van de habitats/soorten tot gevolg kan hebben, dient bij de vaststelling van het plan nagegaan te worden of op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het plan significante gevolgen voor het natuurgebied tot gevolg kan hebben,

afgezet tegen de instandhoudingsdoelstellingen daarvan.

Volgens verweerder zullen de gevolgen op langere termijn positief zijn, mits de in het onderzoek voorgestelde mitigerende maatregelen bij de uitvoering van het plan in acht worden genomen. De Afdeling is van oordeel dat niet reeds bij de vraag of er sprake kan zijn van significante gevolgen met de uitvoering van mitigerende maatregelen rekening mag worden gehouden, maar wel bij de passende beoordeling. Het beroep wordt gegrond verklaard en het goedkeuringsbesluit van GS vernietigd.

Uitspraak in het geding tussen:
[appellante], wonend te [woonplaats],
en
het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant,
verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 10 november 2005 heeft de gemeenteraad van Drimmelen het bestemmingsplan "De Zuiderklip" vastgesteld.

Verweerder heeft bij zijn besluit van 23 mei 2006, no. 1145671, beslist over de goedkeuring van het bestemmingsplan.

Tegen dit besluit heeft appellante bij brief van 4 juli 2006, bij de Raad van State per fax ingekomen op dezelfde datum, beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn aangevuld bij brief van 8 augustus 2006.

Verweerder heeft geen verweerschrift ingediend.

Van de gemeenteraad zijn nadere stukken ontvangen. Deze zijn aan de andere partijen toegezonden.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 juni 2007, (...; red.)

Na het sluiten van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling het onderzoek heropend en nadere informatie gevraagd aan verweerder. Deze informatie is op 20 november 2007 ontvangen. Dit stuk is aan de andere partijen toegezonden en zij zijn in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. Van appellante is een reactie ontvangen bij brief van 11 december 2007. Deze is aan de andere partijen toegezonden.

Met toestemming van partijen is afgezien van een hernieuwde behandeling ter zitting.

2. Overwegingen

Overgangsrecht

2.1. Op 1 juli 2005 zijn de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb en de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van deze wetten op dit geding van toepassing blijft.

Toetsingskader

2.1.1. Ingevolge artikel 28, tweede lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) in samenhang met artikel 10:27 van de Algemene wet bestuursrecht rust op verweerder de taak om – in voorkomend geval mede op basis van de ingebrachte bedenkingen – te onderzoeken of het plan niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Daarbij dient hij rekening te houden met de aan de gemeenteraad toekomende vrijheid om bestemmingen aan te wijzen en voorschriften te geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. Daarnaast heeft verweerder er op toe te zien dat het plan en de totstandkoming daarvan niet in strijd zijn met het recht.

Het plan

2.1.2. Het plangebied omvat een aantal aaneengesloten polders, waaronder de polders Turfzakken en Kwestieus, die samen het gebied Zuiderklip vormen. Het plan voorziet in de aanleg van vijf dijkopeningen die aansluiten op een stelsel van aan te leggen brede geulen waarmee wordt aangetakt op bestaande Biesboschkreken. Hiermee ontstaat een dynamisch zoetwatergetijdsysteem en wordt ruimte gecreëerd voor waterberging.

Bezwaren inzake het ontbreken van een MER
Het standpunt van appellante

2.2. Appellante stelt dat voor dit plan een m.e.r.-(beoordelings)plicht geldt. Zo had volgens haar een milieueffectrapport (hierna: MER) moeten worden gemaakt op grond van de categorieën 3.3, 9.2, 12.2, of 15.3 van bijlage C, of moeten worden beoordeeld of een MER had moeten worden opgesteld op grond van de categorieën 3, 9 of 15.3 van bijlage D, beide behorend bij het Besluit milieueffectrapportage 1994 (hierna: Besluit m.e.r. 1994), zoals dat is gewijzigd bij besluit van 23 december 2004 (Stb. 2005, 7). Aangaande categorie 9.2 van bijlage C en categorie 9 van bijlage D heeft appel-

lante tevens aangevoerd dat onder de wijziging die daarin wordt genoemd, moet worden verstaan een wijziging van het feitelijke gebruik van gronden. Zij wijst er in dit verband op dat de spaarbekkens die in het vorige plan waren voorzien, niet zijn aangelegd, maar dat er sinds 1999 natuurontwikkeling in het gebied plaatsvindt.

Het standpunt van verweerder

2.2.1. Verweerder stelt dat het plan niet voorziet in activiteiten die zijn genoemd in de categorieën 3.3, 12.2 of 15.3 van bijlage C of de categorieën 3 of 15.3 van bijlage D. Voorts stelt hij dat wat betreft categorie 9.2 van bijlage C en categorie 9 van bijlage D het Besluit m.e.r. 1994 zoals dat is gewijzigd bij besluit van 23 december 2004, niet van toepassing is.

Subsidiair heeft hij zich op het standpunt gesteld dat, indien van de toepasselijkheid van het gewijzigde besluit moet worden uitgegaan, categorie 9.2 van bijlage C dan wel categorie 9 van bijlage D, niet van toepassing zijn, aangezien er geen sprake is van landinrichting of reconstructie en bovendien de oppervlakte van gronden met de bestemming natuurgebied waarbinnen een functiewijziging wordt voorzien, minder bedraagt dan 125 hectare. Van slechts 36,7 hectare wordt een natuurbestemming veranderd in een andere natuurbestemming. Het grootste deel van het plangebied, te weten 477,6 hectare, had in het bestemmingsplan "Biesbosch" de bestemming "Spaarbekken met aanliggende natuurgebieden", welke bestemming hoofdzakelijk was gericht op waterwinning en niet op herstel en instandhouding van natuurwaarden.

Ten slotte is verweerder van mening dat de gevolgen van het plan voor het milieu, weliswaar onverplicht, op dezelfde wijze als bij een MER zijn beoordeeld in het inrichtingsplan.

Het standpunt van de gemeenteraad

2.2.2. In zijn nota van zienswijzen is de gemeenteraad nader ingegaan op de vraag of voor het plan een m.e.r.- (beoordelings)plicht geldt. De gemeenteraad heeft zich daarbij gebaseerd op notities van Royal Haskoning van 7 oktober 2004 en 4 juli 2005.

De gemeenteraad stelt zich, onder verwijzing naar deze stukken, op het standpunt dat voor het plan geen m.e.r.- (beoordelings)plicht geldt. Ten aanzien van de m.e.r.-plicht volgens categorie 3.3 van bijlage C is vermeld dat geen sprake is van verlegging van het zomerbed, en dat

zelfs als dat het geval zou zijn, niet het bestemmingsplan maar het besluit van de minister van Verkeer en Waterstaat tot vaststelling van het tracé als m.e.r.-plichtig besluit moet worden aangemerkt.

Ook volgens categorie 3 van bijlage D bestaat geen m.e.r.-beoordelingsplicht omdat het plan niet voorziet in een uitbreiding van de Bergsche Maas. De omstandigheid dat de Bergsche Maas meer ruimte krijgt, betekent naar de mening van de gemeenteraad niet dat deze wordt uitgebreid.

Ten aanzien van de m.e.r.- (beoordelings)plicht op grond van categorie 9.2 van bijlage C dan wel categorie 9 van bijlage D merkt de gemeenteraad op dat de m.e.r.- (beoordelings)plicht is gekoppeld aan de instrumenten landinrichting en reconstructie, welke in dit geval niet aan de orde zijn. Bovendien zien de categorieën blijken de Nota van Toelichting op een functiewijziging in de natuur, recreatie of landbouw, waarbij het gaat om een wijziging binnen bestaande natuur- recreatie- of landbouwgrond zoals die in het bestemmingsplan is aangegeven. De feitelijke situatie is volgens de gemeenteraad niet relevant. De oppervlakte van de gronden met een bestemming natuur-, recreatie- of landbouwgebied waarbinnen een wijziging van de functie is voorzien, bedraagt minder dan 125 hectare zodat niet wordt voldaan aan de drempel, aldus de gemeenteraad. Categorie 12.2 van bijlage C is ten slotte niet van toepassing omdat de betrokken dijken niet zijn aan te merken als rivierdijken.

Het oordeel van de Afdeling omtrent het toepasselijke recht

2.3. Op 8 februari 2005 is het Besluit m.e.r. 1994 zoals dat is gewijzigd bij het besluit van 23 december 2004 in werking getreden. Ingevolge artikel II, aanhef en onder c, van het wijzigingsbesluit blijft, voor zover hier van belang, indien vóór 8 februari 2005 met betrekking tot een activiteit als bedoeld in artikel 7.2. of 7.4. van de Wet milieubeheer (hierna: de Wm) mededeling is gedaan van een ontwerp onderscheidenlijk een voorontwerp van een besluit bij de voorbereiding waarvan een MER moet worden gemaakt en dit ontwerp onderscheidenlijk dit voorontwerp ter inzage is gelegd, het vóór dat tijdstip geldende recht van toepassing. Verweerder is ervan uitgegaan dat dit overgangsartikel van toepassing is nu het voorontwerp van het plan op 21 januari 2005 in het

kader van de inspraak ter inzage is gelegd. Ter zake heeft hij ter zitting aangevoerd dat bij de uitleg van artikel II moet worden uitgegaan van de datum van terinzagelegging van het voorontwerp.

De Afdeling overweegt, in navolging van haar uitspraak van 29 augustus 2001, no. 200001987/1, BR 2002, nr.19, dat voor zover in artikel II wordt gesproken van een voorontwerp, vaststaat dat dit begrip in de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet voorkomt. Ook in de wetsgeschiedenis zijn geen aanknopingspunten te vinden voor het oordeel dat aan dit begrip juridische betekenis moet worden toegekend. Derhalve dient bij de toepassing van artikel II wat betreft de vraag welk recht van toepassing is, in zoverre te worden uitgegaan van het tijdstip waarop het ontwerpplan voor het eerst ter inzage heeft gelegen, zijnde 22 april 2005. Gelet hierop is het op 23 december 2004 gewijzigde Besluit m.e.r. 1994, anders dan verderder stelt, op dit geding van toepassing.

Hierna wordt met het Besluit m.e.r. 1994 dan ook bedoeld het Besluit zoals dat luidde na de wijziging van 23 december 2004.

Toepasselijke wet- en regelgeving

2.4. Ingevolge artikel 7.2, eerste lid, van de Wm, zoals dat luidde ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, worden bij algemene maatregel van bestuur de activiteiten aangewezen, die belangrijke nadelige gevolgen kunnen hebben voor het milieu. Daarbij worden een of meer besluiten van bestuursorganen ter zake van die activiteiten aangewezen, bij de voorbereiding waarvan een MER moet worden gemaakt.

2.4.1. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van het Besluit m.e.r. 1994, worden als activiteiten als bedoeld in artikel 7.2, eerste lid, van de Wm aangewezen de activiteiten die behoren tot een categorie die in onderdeel C van de bijlage is omschreven.

In categorie 3.3. van bijlage C is bepaald, voor zover hier van belang, dat een MER moet worden gemaakt bij de vaststelling van het tracé tot verlegging van het zomerbed van de waterweg door de minister van Verkeer en Waterstaat.

In categorie 9.2. van diezelfde bijlage is bepaald, voor zover hier van belang, dat een MER moet worden gemaakt voor de vaststelling van het ruimtelijke plan dat als eerste in de inrichting van het landelijke gebied voorziet, in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een

functiewijziging in de natuur, recreatie of landbouw met een oppervlakte van 250 hectare of meer.

Op pagina 20 van de Nota van toelichting behorende bij het op 23 december 2004 gewijzigde Besluit m.e.r. 1994 wordt ten aanzien van de m.e.r.-(beoordelings)plicht op grond van categorie 9.2 van bijlage C en categorie 9 van bijlage D het volgende vermeld:

(...) “De m.e.r.-plicht geldt voor wijzigingen in de functies natuur, recreatie of landbouw die boven de drempelwaarde uitkomen. Onder functiewijziging wordt verstaan de verandering in het ruimtelijke grondgebruik van het landelijke gebied.” (...)

In categorie 12.2 van bijlage C is bepaald, voor zover hier van belang, dat een MER moet worden gemaakt bij de goedkeuring door gedeputeerde staten van het plan, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Wet op de waterkering, dat voorziet in de wijziging van een rivierdijk.

In categorie 15.3 van bijlage C is bepaald, voor zover hier van belang, dat een MER moet worden gemaakt voor de vaststelling van het ruimtelijke plan dat als eerste in de mogelijke aanleg van een waterbekken voorziet in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een waterbekken met een inhoud van 10 miljoen m³ of meer.

Op pagina 66 van de Nota van toelichting behorend bij het besluit van 4 juli 1994, houdende uitvoering van het hoofdstuk Milieueffectrapportage van de Wm (Stb. 1994, 540) wordt ten aanzien van categorie 15.3 van bijlage C vermeld dat ten behoeve van de drink- en industriewatervoorziening waterbekkens voor voorraadvorming worden aangelegd, welke activiteit onder bepaalde voorwaarden m.e.r.-plichtig is.

2.4.2. Ingevolge artikel 7.4, eerste lid, van de Wm, zoals dit luidde ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, worden bij algemene maatregel van bestuur de activiteiten aangewezen ten aanzien waarvan het bevoegd gezag krachtens de artikelen 7.8b en 7.8d van de Wm moet bepalen of voor de desbetreffende activiteit, vanwege de bijzondere omstandigheden waaronder zij wordt ondernomen, een MER moet worden gemaakt.

2.4.3. Ingevolge artikel 2, tweede lid, van het Besluit m.e.r. 1994, voor zover hier van belang, worden als activiteiten als bedoeld in artikel 7.4, eerste lid, van de Wm aangewezen de activitei-

ten die behoren tot een categorie die in onderdeel D van de bijlage is omschreven.

In categorie 3 van bijlage D is bepaald, voor zover hier van belang, dat een m.e.r.-beoordelingsplicht bestaat bij de vaststelling van het ruimtelijk plan dat als eerste in de mogelijke uitbreiding van een waterweg voorziet in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een waterweg die kan worden bevaren door schepen met een laadvermogen van 900 ton of meer.

In categorie 9 van diezelfde bijlage is bepaald, voor zover hier van belang, dat een m.e.r.-beoordelingsplicht geldt bij de vaststelling van een ruimtelijk plan dat als eerste in de inrichting van het landelijke gebied voorziet, in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een functiewijziging in de natuur, recreatie of landbouw met een oppervlakte van 125 hectare of meer.

In categorie 15.3 van bijlage D is bepaald, voor zover hier van belang, dat een m.e.r.-beoordelingsplicht geldt bij de vaststelling van het ruimtelijk plan dat als eerste in de mogelijke aanleg van een waterbekken voorziet in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een waterbekken met een inhoud van 5 miljoen m³ of meer.

Het oordeel van de Afdeling

2.5. Wat betreft de m.e.r.- (beoordelings)plicht overweegt de Afdeling allereerst dat er, anders dan appellante stelt, geen m.e.r.-plicht bestaat op grond van de categorieën 3.3 en 12.2 van bijlage C van het Besluit m.e.r. 1994, reeds omdat de m.e.r.-plichtige besluiten in deze gevallen niet het ruimtelijk plan betreffen welke als eerste in de activiteit voorziet, maar zien op besluiten op grond van andere wetten die in deze procedure niet aan de orde zijn. Verweerder heeft derhalve terecht gesteld dat op grond van deze categorieën geen m.e.r.-plicht geldt.

Ten aanzien van de vraag of een m.e.r.- (beoordelings)plicht bestaat op grond van categorie 15.3 van bijlagen C en D van het Besluit m.e.r. 1994 overweegt de Afdeling het volgende. Deze m.e.r.- (beoordelings)plicht heeft blijkens de in 2.4.1. vermelde Nota van toelichting betrekking op de aanleg van waterbekkens voor drink- en industriewater ten behoeve van voorraadvorming. Aangezien het onderhavige plan betrekking heeft op waterberging ter voorkoming van overstromingen bij hoogwaterstanden en derhalve niet ziet op voorraadvorming

ten behoeve van drink- en industriewater bestaat op grond van deze categorieën geen m.e.r.- (beoordelings)plicht.

Ten aanzien van de m.e.r.-beoordelingsplicht op grond van categorie 3 van bijlage D van het besluit m.e.r. 1994 heeft verweerder terecht gesteld dat dit plan reeds niet m.e.r.-beoordelingsplichtig is nu het niet voorziet in de uitbreiding van een waterweg. Weliswaar wordt met dit plan de opvang van water als gevolg van hoge waterstanden mogelijk gemaakt en ligt het plangebied tussen de waterwegen de Merwede en de Bergsche Maas/Amer, maar het plan voorziet niet in een uitbreiding van deze waterwegen.

2.5.1. Ten slotte dient te worden beoordeeld of op grond van de categorie 9.2 van bijlage C dan wel categorie 9 van bijlage D een m.e.r.- (beoordelings)plicht bestaat. Zowel verweerder als de gemeenteraad hebben zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat er in dit geval geen sprake is van landinrichting of reconstructie als bedoeld in de Reconstructiewet concentratiegebieden. De Afdeling overweegt dat hiermee is miskend dat ingevolge de tekst van het Besluit m.e.r. 1994 het m.e.r.- (beoordelings)plichtige besluit het ruimtelijk plan betreft dat als eerste in de inrichting, wijziging dan wel uitbreiding voorziet. Eerst indien een dergelijk ruimtelijk plan ontbreekt, bestaat een m.e.r.- (beoordelings)plicht bij het landinrichtingsplan als bedoeld in artikel 80, eerste lid, van de Landinrichtingswet (inmiddels vervangen door de Wet inrichting landelijk gebied) dan wel het reconstructieplan of de uitwerking daarvan als bedoeld in de artikelen 11 en 18 van de Reconstructiewet concentratiegebieden. Zoals in 2.4.1. is overwogen dient op grond van categorie 9.2. van bijlage C een MER te worden gemaakt in gevallen waarin de activiteit betrekking heeft op een functiewijziging in de natuur, recreatie of landbouw met een oppervlakte van 250 hectare of meer. Onder functiewijziging wordt blijkens de Nota van toelichting verstaan de verandering in het ruimtelijke grondgebruik van het landelijke gebied. Partijen verschillen van mening over de vraag wat hieronder dient te worden verstaan.

De Afdeling is van oordeel dat onder functiewijziging in categorie 9.2 van bijlage C en categorie 9 van bijlage D dient te worden verstaan een functiewijziging in planologische zin, derhalve een wijziging in de bestemming die inge-

volge een ruimtelijk plan aan de desbetreffende gronden wordt gegeven. De koppeling van de m.e.r.-(beoordelings)plicht aan de vaststelling van een ruimtelijk plan, dan wel een landinrichtingsplan of reconstructieplan, wijst hierop en voorts geeft ook de term “ruimtelijk grondgebruik” aanleiding voor deze uitleg. Als zou worden uitgegaan van een wijziging van het feitelijke gebruik, zoals appellante bepleit, zou er bovendien in veel gevallen grote onduidelijkheid kunnen ontstaan over de vraag of er een m.e.r.-(beoordelings)plicht bestaat.

Verweerder heeft zich subsidiair, evenals de gemeenteraad, op het standpunt gesteld dat de omvang van de functiewijziging niet aan de drempel van 250 hectare dan wel 125 hectare voldoet, omdat hij ervan uitgaat dat het moet gaan om een functiewijziging binnen een gebied dat een natuurbestemming heeft.

Deze uitleg van de omschrijving in categorie 9.2 van bijlage C en categorie 9 van bijlage D van de gevallen waarin een m.e.r.-(beoordelings)plicht bestaat, volgt de Afdeling niet. Daarvoor is in de eerste plaats van belang de bedoeling van de m.e.r.-(beoordelings)plicht in het algemeen. Volgens artikel 2 van richtlijn 85/337/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/11/EG van 3 maart 1997 en bij richtlijn 2003/35/EG van 26 mei 2003 (hierna: de m.e.r.-richtlijn), dient een MER te worden opgesteld voor activiteiten die een aanzienlijk milieu-effect kunnen hebben onder meer gezien hun aard, omvang en ligging. Deze bepaling is onder meer omgezet in de Wet milieubeheer. In artikel 7.2. van de Wm staat dat het gaat om activiteiten die belangrijke nadelige gevolgen kunnen hebben voor het milieu. De omschrijving in de genoemde categorieën van de bijlagen bij het Besluit m.e.r. 1994, die nog steeds gelijk is aan de omschrijving van de voormalige Landinrichtingswet en die zag op landinrichtingsplannen, geeft geen aanleiding tot de door verweerder gegeven uitleg en zeker niet tot een uitleg waarbij een strikte scheiding wordt aangehouden tussen gebieden met een bestemming voor natuur, dan wel landbouw of recreatie, waarvoor dan per categorie zou moeten worden voldaan aan de drempelwaarde. Hetgeen in de Nota van toelichting bij de wijziging van het Besluit m.e.r. 1994 van 23 de-

cember 2004 staat en daarvoor ook al in de Nota van toelichting bij de wijziging van het Besluit m.e.r. bij besluit van 7 mei 1999 (Stb. 1999, 224), geeft voorts aanleiding om onder functiewijziging in deze bepalingen die functiewijzigingen te verstaan die leiden tot een verandering van het ruimtelijke grondgebruik van het landelijke gebied en derhalve ook een wijziging van een of meer bestemmingen naar onder meer een natuurbestemming. Daarvan is in dit geval sprake, aangezien een groot deel van het plangebied de bestemming “Natuur/Waterstaatkundige doeleinden” heeft gekregen. Hiervoor kan ook steun worden gevonden in bijlage II van de m.e.r.-richtlijn, zoals die luidt sinds 25 juni 2003, waarin de projecten staan waarvoor ingevolge artikel 4, tweede lid, van de m.e.r.-richtlijn een MER dient te worden gemaakt wanneer de lidstaten zulks bepalen door middel van een onderzoek per geval of aan de hand van drempelwaarden of criteria. In categorie 10, onder f, van die bijlage staat als activiteit vermeld “Aanleg van waterwegen (... werken inzake kanalisering en ter beperking van overstromingen”).

De bestemming “Spaarbekken met aanliggend natuurgebied” in het vorige plan zag hoofdzakelijk op de aanleg van spaarbekkens ten behoeve van drinkwaterwinning. De bestemming “Natuur/Waterstaatkundige doeleinden” in het plan ziet hoofdzakelijk op waterhuishouding, rivierverruiming en waterbeheersing en op behoud, herstel en ontwikkeling van natuurwetenschappelijke, landschappelijke en cultuurhistorische waarden. Aangezien de oppervlakte van het gebied waarvoor in het plan een nieuwe bestemming wordt voorzien in plaats van de voorgaande bestemming “Spaarbekken met aanliggend natuurgebied” 477,6 hectare is en de nieuwe bestemming “Natuur/Waterstaatkundige doeleinden” nu reeds op een gebied van 404,5 hectare ziet, en na gebruikmaking van de wijzigingsbevoegdheid nog toeneemt met 94,3 hectare, is ruimschoots voldaan aan de drempelwaarde van 250 hectare van categorie 9.2 van bijlage C. Derhalve had voor het plan een m.e.r. moeten worden uitgevoerd.

Het feit dat volgens verweerder de gevolgen van het plan voor het milieu, weliswaar onverplicht, maar op dezelfde wijze als bij een MER zijn beoordeeld in het inrichtingsplan, doet aan dit oordeel niet af. Ingevolge artikel 7.8 van de Wm

is een MER aan diverse procedurevoorschriften gebonden en uit het bestreden besluit noch uit het inrichtingsplan kan worden afgeleid dat aan deze voorschriften is voldaan.

Bezwaren inzake de noodzaak van het plan en de gevolgen voor de natuur

Het standpunt van appellante

2.6. Appellante stelt voorts dat de noodzaak van het plan en de bijdrage hiervan aan de waterstandverlaging niet zijn aangetoond. Derhalve bestaat er naar haar mening evenmin noodzaak haar recreatiewoning te slopen. Daarbij is verweerder in het bestreden besluit niet of nauwelijks ingegaan op het door appellante ingediende deskundigenrapport, terwijl dit kritische kanttekeningen plaatst bij de haalbaarheid van de doelstellingen van het plan.

Appellante stelt verder dat de gevolgen van het plan voor het als Vogelrichtlijngebied aangewezen en als Habitatrictlijngebied aangemelde natuurgebied de Biesbosch niet deugdelijk zijn onderzocht. Zo is een beoordeling naar de gevolgen van het plan voor de grote en de kleine zilvreiger en de ijsvogel achterwege gelaten. Appellante mist verder een deugdelijke motivering in het bestreden besluit waarom aan de in het plan voorziene deltanatuur groter gewicht wordt toegekend dan aan de huidige natuurwaarden in het plangebied, met name in de polder Turfzakken.

Verder vreest appellante dat de waterkwaliteit door het inlaten van vervuild Maaswater zal verslechteren en dat de toenemende sedimentatie van verontreinigde stofdeeltjes gevolgen zal hebben voor de bodemkwaliteit. Zij stelt dat een onderzoek naar de huidige waterkwaliteit ten onrechte achterwege is gelaten.

Appellante stelt tevens dat ten onrechte niet is beoordeeld of voor het plan een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet kan worden verleend.

Het standpunt van verweerder

2.6.1. Verweerder stelt dat de in het plan voorziene herinrichting van het gebied noodzakelijk is om de deltanatuur te verwezenlijken, om de Ecologische Hoofdstructuur te realiseren en om ruimte voor de opvang van hoog water te creëren zoals is besloten in de Planologische Kernbeslissing Ruimte voor de rivier. Uit onderzoek is volgens verweerder gebleken dat het plan een waterstandverlaging in de Bergsche Maas van maximaal 4 centimeter tot gevolg heeft en bovendien een sterke bijdrage zal leve-

ren aan de natuurontwikkeling in de Biesbosch. Dit in aanmerking nemende is een zwaarder gewicht toegekend aan de maatschappelijke belangen die met de uitvoering van het plan zijn gediend dan aan het belang van appellante bij behoud van haar recreatiewoning, aldus verweerder. Daarbij heeft verweerder onder meer verder betrokken dat in de huurovereenkomst voor de recreatiewoning van appellante is bepaald dat het gehuurde te zijner tijd zal worden afgebroken.

Wat betreft de gevolgen voor de natuur stelt verweerder dat de natuurdoelstellingen voor de Zuiderklip zijn vastgelegd in Europees, rijks- en provinciaal beleid. Hij stelt zich op het standpunt dat in het onderzoek geen rekening is gehouden met de grote en de kleine zilvreiger omdat deze niet zijn aangemerkt als kwalificerende dan wel relevante soorten waarvoor de Biesbosch is aangewezen als Vogelrichtlijngebied. De ijsvogel is eveneens niet in het onderzoek meegenomen omdat deze enkel foeragerend en rustend in de Zuiderklip is waargenomen en uitsluitend de broedende ijsvogel onder de bescherming van de Vogelrichtlijn valt. Zowel in de stukken als ter zitting heeft verweerder zich onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 19 mei 1998, no. E01.97.0191 inzake de Aakvlaai, op het standpunt gesteld dat het inlaten van vervuild Maaswater aanvaardbaar is, mede gelet op de doelstellingen van het plan. In aanvulling hierop heeft verweerder ter zitting gesteld dat de kwaliteit van het Maaswater weliswaar heel langzaam verbetert en er thans nog sprake is van een te hoge cadmiumverontreiniging, maar dat daar tegenover staat dat bestaande bodemverontreiniging wordt gesaneerd. Derhalve stelt verweerder dat de water- en bodemkwaliteit in het Zuiderklipgebied als gevolg van het plan per saldo zal verbeteren.

Verder stelt verweerder dat een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet op 18 juli 2005 onder voorwaarden is verleend. Bij besluit van 19 maart 2007 is de ontheffing van 18 juli 2005 gewijzigd.

Het plangebied

2.7. Staatsbosbeheer verhuurt sinds 1970 de recreatiewoning "Victoriahoeve" aan appellante en daarvoor aan haar rechtsvoorganger. De woning ligt aan de westkant van de polder Turfzakken en dient als gevolg van de in het plan ter plaatse voorziene uitstroomopening te worden

gesloopt. Aan de gronden is de bestemming "Natuur/waterstaatkundige doeleinden" toegekend.

2.7.1. Het plangebied ligt in de Biesbosch welk gebied de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: LNV) bij besluit van 11 oktober 1996 (Stcrt. 18 oktober 1996, nr. 202) heeft aangewezen als Speciale Beschermingszone (hierna: SBZ) als bedoeld in artikel 4, eerste en tweede lid, van richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (hierna: de Vogelrichtlijn). Het plangebied is, alleen voor zover het betreft het Gat van de Zuiderklip onderdeel van deze SBZ.

Uit de toelichting bij het besluit, dat onderdeel uitmaakt van het aanwijzingsbesluit, blijkt dat het gebied de Biesbosch zich kwalificeert als SBZ vanwege het voorkomen van onder meer de bruine kiekendief (broedend), de ijsvogel (broedend), de lepelaar, de brandgans en de grauwe gans. Verder is het gebied onder meer aangewezen vanwege het voorkomen van de fuut, de grutto en de aalscholver (broedend).

2.7.2. De Biesbosch is eveneens op grond van artikel 4, eerste lid, van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en wilde flora en fauna (hierna: de Habitatrichtlijn) aangemeld als SBZ en bij beschikking van de Europese Commissie van 7 december 2004 geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang voor de Atlantische biogeografische regio.

Reden voor aanmelding van het Zuiderklipgebied, dat geheel binnen deze SBZ valt, is het voorkomen van het habitatype rivieren met slikoevers behorend tot de rivierganzenvoetasociatie en/of het moerasandijvie-verbond (waarbinnen de slijkgroenassociatie) alsmede het voorkomen van de grote modderkruiper, bittervoorn, kleine modderkruiper, bever en de noordse woelmuis.

Rapportages inzake het plangebied

2.8. Op 21 april 2005 heeft Royal Haskoning op verzoek van het gemeentebestuur van Drimmelen een rapport "Toetsing van het project Zuiderklip aan de Habitat- en Vogelrichtlijn; de passende beoordeling" uitgebracht. Hierin is vermeld dat de herinrichting van de Zuiderklip vrijwel het gehele plangebied beslaat. Ook de polder Kwestius en een deel van de polder

Lepelaar welke niet zullen worden ingericht als onderdeel van het zoetwatergetijdensysteem zullen effecten ondervinden.

In tabel 1 van het onderzoek zijn de voor de aanwijzing als SBZ in de zin van de Vogelrichtlijn kwalificerende vogelsoorten en relevante vogelsoorten weergegeven, waarna per soort, aan de hand van bijlage 1 van het rapport, is bepaald of het Zuiderklipgebied daarvoor van belang is. Indien dit niet het geval is dan wel indien het belang gering is, is de soort niet meegenomen in de verdere afweging, aldus het rapport.

In de conclusie van het rapport wordt ten aanzien van het huidige belang van de Zuiderklip voor kwalificerende en begrenzendende habitattypen en soorten vermeld: "Van enkele soorten is het aannemelijk dat de Zuiderklip voor een significant deel van de populatie van belang is. Dit betreft de slijkgroenassociatie, de brandgans en de grote modderkruiper."

Ten aanzien van de effecten van het project is – enigszins samengevat weergegeven – het volgende opgenomen.

De effecten tijdens de herinrichting zijn voor vrijwel alle soorten negatief doordat leefgebieden of habitats worden vernietigd of verstoord. De grootte van deze effecten is in relatie gebracht met het belang van de populatie in de Zuiderklip tot de gehele populatie in de Biesbosch. Omdat het project in fases zal worden uitgevoerd, zullen de maximale tijdelijke negatieve effecten zeer zeker niet significant zijn voor de instandhoudingsdoelstellingen van de populaties van de meeste soorten voor de hele Biesbosch.

De permanente effecten welke door het project worden beoogd, betreffen duidelijke natuurwinst voor met name de meest typerende groepen en habitats van een zoetwatergetijdengebied. Voor veel kwalificerende of begrenzendende soorten en habitattypen worden op termijn duidelijk positieve effecten verwacht. Slechts enkele soorten krijgen te maken met een permanente afname van de oppervlakte aan leef- of foerageergebied. Dit betreft de kolgans en de brandgans. De functie van het gebied voor deze soorten zal niet geheel verdwijnen, maar alleen geringer worden. De effecten hiervan op de totale populatie van deze soorten binnen de Biesbosch is zeer gering en heeft daardoor zeker geen significante effecten op deze populaties. Hoewel er dus vrijwel zeker geen significante

negatieve effecten optreden, kunnen de effecten, aldus het rapport, door mitigerende maatregelen nog geringer worden. Door de maatregelen te spreiden in ruimte en tijd kunnen veel verstoringen worden voorkomen. Voor de modderkruipers moeten eerst nieuwe leefgebieden worden ingericht en vervolgens zullen de dieren uit de te vergraven waterlichamen overgeplaatst moeten worden.

Onder het kopje "Passende beoordeling" staat als conclusie: "Er treden geen significante effecten op voor kwalificerende of begrenzendende soorten of habitattypen zolang de maatregelen voor de grote modderkruiper en de slijkgroenassociatie in acht worden genomen."

2.8.1. Ten behoeve van de planvaststelling heeft de Dienst Landelijk Gebied op 31 januari 2005 de "Natuur en Milieu Rapportage Zuiderklip" uitgebracht. In het rapport komen onder meer de milieuaspecten ruimte, bodem en water, natuur en landschap aan bod. Voor elk aspect is de huidige situatie belicht alsmede de effecten ten gevolge van het plan.

Ten aanzien van de bodemkwaliteit wordt in het rapport gesteld dat deze enigszins achteruit zal gaan als gevolg van sedimentatie van verontreinigd zwevend stof. Volgens het rapport staat daar echter tegenover dat bepaalde locaties worden gesaneerd waarmee het risico op verspreiding afneemt. Bovendien kan het toxische effect van cadmium sterk worden gemitigeerd door de aanwezigheid van sulfiden in waterbodems in anaërobe toestand. Hierdoor neemt de mobiliteit af en derhalve de toxiciteit voor het ecosysteem.

Wat betreft het watersysteem wordt in het rapport opgemerkt dat het waterpeil in het plangebied na opening van de dijken gelijk is aan het buitenpeil, waardoor een dynamisch zoetwatergetijdsysteem ontstaat dat meer aansluit bij het watersysteem in de directe omgeving. Er heeft volgens het rapport geen onderzoek plaatsgevonden naar de huidige waterkwaliteit. Het oppervlaktewater zal als gevolg van het plan negatief worden beïnvloed door het inlaten van verontreinigd Maaswater, aldus het rapport. Op basis van onderzoek wordt verwacht dat na het openstellen van het gebied overschrijdingen van het maximaal toelaatbaar risico (MTR) zullen plaatsvinden voor koper, zink en PCB 153 en voor stikstof en fosfaat.

Ten aanzien van de waterberging wordt vermeld dat door het openstellen van de Zuider-

klip tijdens hoogwater Maaswater via het Spijkerboor door de Zuiderklip wordt geleid naar het Gat van de Kerksloot. Bij het sluiten van de Biesboschsluis bij de Merwede zorgt in dat geval de opening van de Zuiderklip voor een waterstandverlaging van maximaal 4 centimeter op de Bergsche Maas/Amer.

Toepasselijke wet- en regelgeving

2.9. Ingevolge artikel 10a, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998), voor zover hier van belang, wijst de minister van LNV gebieden aan ter uitvoering van de Vogel- en de Habitatrichtlijn.

2.9.1. In artikel V, eerste lid, van de Wet van 20 januari 2005 tot wijziging van de Natuurbeschermingswet in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen (Stb. 2005, 195) is bepaald dat de besluiten van de minister van LNV houdende de aanwijzing van gebieden ter uitvoering van de Vogelrichtlijn als besluiten als bedoeld in artikel 10a van de Nbw 1998 gelden.

2.9.2. Ingevolge artikel 19j, eerste lid, gelezen in samenhang met het tweede lid, van de Nbw 1998, heeft een besluit tot het vaststellen van een bestemmingsplan dat, gelet op de instandhoudingsdoelstelling voor een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in het aangewezen gebied kan verslechteren of een verstoring effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, de goedkeuring van het college van gedeputeerde staten.

Ingevolge het derde lid van artikel 19j zijn bij het nemen van een besluit tot het vaststellen van een plan als bedoeld in het eerste lid, ongeacht de beperkingen in het wettelijk voorschrift waarop dat besluit berust, de artikelen 19e, 19f, 19g en 19h van overeenkomstige toepassing.

Ingevolge artikel 19e van de Nbw 1998, voor zover hier van belang, gelezen in samenhang met artikel 19j, derde lid, dient bij het nemen van een besluit tot het vaststellen van een plan als bedoeld in artikel 19j, eerste lid, rekening te worden gehouden met de gevolgen die dat plan, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, kan hebben voor een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied of het gebied waarvan de aanwijzing als zodanig in overweging is genomen als bedoeld in artikel 12, derde lid.

Ingevolge artikel 19f, eerste lid, van de Nbw 1998, gelezen in samenhang met artikel 19j, derde lid, van die wet, wordt, bij het nemen

van een besluit tot het vaststellen van een plan als bedoeld in artikel 19j, eerste lid, en dat plan niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van 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, maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen, projecten of handelingen, significante gevolgen kan hebben voor het desbetreffende gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied, alvorens het besluit tot vaststelling wordt genomen.

Ingevolge artikel 19g, eerste lid, van de Nbw 1998, gelezen in samenhang met artikel 19j, derde lid, wordt het besluit tot het vaststellen van een plan slechts genomen indien de gemeenteraad zich ervan heeft verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied niet zullen worden aangetast.

2.9.3. Ingevolge artikel 4, vijfde lid, van de Habitatrichtlijn gelden de bepalingen van artikel 6, tweede, derde en vierde lid, van de Habitatrichtlijn zodra een gebied door de Europese Commissie op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst.

Ingevolge artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn, voor zover hier van belang, wordt voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in het vierde lid, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in zijn arrest van 7 september 2004 in zaak C-127/02 (AB 2004, 365) geoordeeld dat de eerste volzin van het derde lid van artikel 6 van de Habitatrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is

voor het beheer van een gebied, een passende beoordeling wordt gemaakt van de gevolgen voor dat gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, wanneer op grond van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat het afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen heeft voor dat gebied. Het oordeel van de Afdeling

2.10. In de stukken alsook ter zitting heeft verder benadrukt dat het plan onderdeel is van drie overkoepelende projecten van nationaal belang, waaronder het project "Ruimte voor de Rivier" dat zich richt op wateropvang bij hoge waterstanden. Het plan dient bij te dragen aan een waterstandverlaging op de Bergsche Maas, waarmee een bijdrage wordt geleverd aan de voor dit gebied opgenomen veiligheidsdoelstelling op korte termijn. In beginsel staat wel vast dat het plan van belang is voor het bereiken van deze veiligheidsdoelstelling. De vraag of de uitvoering op de voorgestelde wijze dient plaats te vinden is echter afhankelijk van het op te stellen MER. De kanttekeningen die in het door appellante ingediende deskundigenrapport worden geplaatst bij de noodzaak van het project kunnen bij het op te stellen MER aan de orde komen.

2.10.1. Wat betreft de stelling van appellante dat niet is beoordeeld of een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet kan worden verkregen, overweegt de Afdeling dat de vragen of voor de uitvoering van het bestemmingsplan een vrijstelling geldt, dan wel een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet nodig is, en zo ja, of deze ontheffing kan worden verleend, in beginsel pas aan de orde komen in een procedure op grond van de Flora- en faunawet. Nu reeds op 18 juli 2005 een ontheffing onder voorwaarden is verleend op grond van deze wet, welke in 2007 enigszins is gewijzigd, en deze inmiddels onherroepelijk is, staat de Flora- en faunawet niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg. Het betoog van appellante op dit punt faalt derhalve.

2.10.2. De Afdeling stelt vast dat het plan voorziet in het creëren van een dynamisch zoetwatergetijdensysteem en waterbergingsmogelijkheden in het hart van de Biesbosch. Voorts staat vast dat een deel van het plangebied, alsook de directe omgeving daarvan, is aangewezen als SBZ in het kader van de Vogelrichtlijn. Daarnaast is het gehele plangebied, alsook de direc-

te omgeving daarvan, geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang op grond van de Habitatrichtlijn.

2.10.3. Artikel 19j, eerste en derde lid, van de Nbw 1998 is uitsluitend van toepassing op gebieden die zijn aangewezen op grond van artikel 10a, eerste lid, of gebieden waarvan de aanwijzing als zodanig in overweging is genomen als bedoeld in artikel 12, derde lid, van de Nbw 1998. Gelet op artikel V van de Wet van 20 januari 2005 tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met Europeesrechtelijke verplichtingen geldt het aanwijzingsbesluit van de Biesbosch tot SBZ in de zin van de Vogelrichtlijn als besluit in de zin van artikel 10a van de Nbw 1998. De uit artikel 19j van de Nbw 1998 voortvloeiende verplichtingen met inbegrip van het goedkeuringsvereiste strekken derhalve tot bescherming van de Biesbosch voor zover dit gebied is aangewezen als SBZ in de zin van de Vogelrichtlijn.

2.10.4. Zoals in overweging 2.7.2. is vermeld, is de Biesbosch op 7 december 2004 geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang voor de Atlantische biogeografische regio in het kader van de Habitatrichtlijn. Uit artikel 4, vijfde lid, van de Habitatrichtlijn vloeit voort dat het beschermingsregime van artikel 6, derde lid, van die richtlijn voor deze gebieden geldt. Het gebied is vooralsnog niet aangewezen op grond van artikel 10a, van de Nbw 1998, noch voorlopig aangewezen als bedoeld in artikel 12, derde lid, van de Nbw 1998. Hieruit volgt dat artikel 19j van de Nbw 1998 in zoverre niet voor dit gebied geldt.

Niet is gebleken dat op de vaststelling en goedkeuring van een plan als bedoeld in artikel 19j van de Nbw 1998, anderszins algemeen verbindende voorschriften van toepassing zijn die bedoeld zijn als implementatie van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn.

2.10.5. Nu het beroep mede betrekking heeft op de mogelijke aantasting van de door de Habitatrichtlijn beschermde habitats en soorten, dient te worden bezien op welke wijze artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn in deze zaak kan worden toegepast. Zoals de Afdeling op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 31 maart 2000 in de zaak Texel (E01.97.0178; AB 2000/302) moet, alvorens wordt toegekomen aan de vraag of een ar-

tikel van de Habitatrichtlijn rechtstreekse werking heeft, worden nagegaan of het van toepassing zijnde nationale recht richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd.

Voor zover het gaat om het gedeelte van het plangebied dat zowel is aangewezen als SBZ op grond van de Vogelrichtlijn, als op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst in het kader van de Habitatrichtlijn, overweegt de Afdeling als volgt. Zoals in 2.10.3. is overwogen, is artikel 19j van de Nbw 1998 van toepassing op het als Vogelrichtlijn aangewezen gebied de Biesbosch. De Afdeling ziet geen beletsel artikel 19j van de Nbw 1998 richtlijnconform uit te leggen in die zin dat dit voorschrift tevens het uit artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn voortvloeiende beschermingsregime omvat voor dat gedeelte dat ook op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst in het kader van de Habitatrichtlijn.

Voor zover het gaat om het gedeelte van het plangebied dat uitsluitend in het kader van de Habitatrichtlijn op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst, is de Afdeling van oordeel dat artikel 19j van de Nbw 1998 niet voor richtlijnconforme interpretatie in aanmerking komt. Op dat gedeelte is artikel 19j van de Nbw 1998 immers niet van toepassing als gevolg waarvan het evenmin richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd.

Gelet op het voorgaande dienen de effecten van het plan voor het gedeelte dat zowel is aangewezen als SBZ in het kader van de Vogelrichtlijn als is geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang in het kader van de Habitatrichtlijn te worden beoordeeld op grond van artikel 19j van de Nbw 1998 en zullen de effecten van het plan op het gedeelte dat alleen op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst in het kader van de Habitatrichtlijn, moeten worden beoordeeld op grond van de rechtstreekse werking van artikel 6, derde lid, van diezelfde richtlijn.

2.10.6. Tussen partijen is niet in geding dat het plan de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in het gebied kan verslechteren of een verstorend effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, zoals bedoeld in artikel 19j, eerste lid, van de Nbw 1998. Dit brengt mee dat ingevolge artikel 19j, derde lid, van de Nbw 1998 bij de vaststelling van het bestemmingsplan de zogenoemde habitattoets dient te worden uitge-

voerd en dat verweerder in het kader van het besluit omtrent goedkeuring op grond van de WRO dient te bezien of bij de totstandkoming van het plan artikel 19j, derde lid, van de Nbw 1998 in acht is genomen. Indien dat niet het geval is, is de totstandkoming van het plan in strijd met het recht en zal verweerder goedkeuring dienen te onthouden aan het plan.

Daarnaast dient verweerder op grond van artikel 19j, eerste en tweede lid, van de Nbw 1998 te beslissen omtrent de goedkeuring van hetzelfde plan. Bij die beslissing dient hij tevens te bezien of bij de totstandkoming van het plan artikel 19j, derde lid, van de Nbw 1998 in acht is genomen.

In een geval als het onderhavige waarbij het bestemmingsplan zowel goedkeuring op grond van de WRO als goedkeuring op grond van de Nbw 1998 behoeft van hetzelfde bestuursorgaan, is de Afdeling gezien de verknochtheid tussen beide goedkeuringsvereisten van oordeel dat het goedkeuringsvereiste op grond van de Nbw 1998 opgaat in het besluit omtrent goedkeuring op grond van de WRO. Het voorgaande betekent dat bij het bestreden besluit geacht wordt te zijn beslist omtrent de goedkeuring van het bestemmingsplan op grond van artikel 19j, eerste en tweede lid, van de Nbw 1998.

2.10.7. Het feit dat op 27 juli 2006 een vergunning op grond van artikel 19d van de Nbw 1998 is verleend voor het Zuiderklipproject, doet niet af aan de toepasselijkheid van het voornoemde goedkeuringsvereiste, reeds omdat de vergunning van na het bestreden besluit dateert. Maar zelfs indien deze vergunning zou zijn verleend voordat omtrent de goedkeuring van dit plan zou zijn beslist, zet dit de toepasselijkheid van het goedkeuringsvereiste op grond van artikel 19j van de Nbw 1998 voor het plan niet opzij.

2.10.8. Niet in geding is voorts dat het plan onder de werking van artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn valt. Omdat het plan niet kan worden aangemerkt als een plan of project dat direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van de SBZ, dient, gelet op de in 2.10.5. genoemde uitspraak, te worden bezien of op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het plan significante gevolgen heeft voor het natuurgebied, afgezet tegen de instandhoudingsdoelstellingen daarvan. Deze toets komt overeen met de habitattoets

die aan artikel 19j, derde lid, van de Nbw 1998 ten grondslag ligt. Ter beantwoording van bovengenoemde vraag is het in 2.8. genoemde rapport "Toetsing van het project Zuiderklip aan de Habitat- en Vogelrichtlijn; de passende beoordeling" uitgebracht.

Blijkens het verhandelde ter zitting heeft verweerder zich, voor de beantwoording van de vraag of kan worden uitgesloten dat het plan significante gevolgen heeft voor het Vogel- en Habitatrictlijngebied, op grond van het genoemde rapport op het standpunt gesteld dat de gevolgen op langere termijn positief zijn, mits de in het onderzoek voorgestelde mitigerende maatregelen bij de uitvoering van het plan in acht worden genomen.

Verweerder heeft derhalve reeds bij de beoordeling of sprake kan zijn van significante gevolgen betrokken dat bij de uitvoering van het plan mitigerende maatregelen moeten worden getroffen.

De Afdeling is van oordeel dat de habitattoets aldus niet op de juiste wijze is uitgevoerd. Bij het beoordelen of sprake kan zijn van significante gevolgen gaat het er immers om te bezien of het plan als zodanig niet leidt tot significante gevolgen. Nu bij deze beoordeling de voorgenomen mitigerende maatregelen zijn betrokken, kan reeds hierom niet worden uitgesloten dat significante gevolgen zullen optreden. Wanneer dit het geval is, dient volgens artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn een passende beoordeling te worden gemaakt. Bij die beoordeling kunnen de mitigerende maatregelen worden betrokken, waarna beslist kan worden over de goedkeuring van het plan.

Verweerder heeft aanvankelijk gesteld dat een passende beoordeling niet nodig was, omdat geen significante gevolgen waren te verwachten mits mitigerende maatregelen zouden worden genomen. Na de vraag van de Afdeling na de zitting hoe verweerder het rapport "Toetsing van het project Zuiderklip aan de Habitat- en Vogelrichtlijn; de passende beoordeling" ziet, heeft verweerder meegedeeld dat dit rapport als een passende beoordeling kan worden beschouwd, aangezien hierin op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan zijn onderzocht. Het rapport voldoet naar de mening van verweerder aan alle eisen die aan een passende beoordeling worden gesteld.

Deze laatste stellingen zijn door appellante ge-

motiveerd bestreden, waarbij zij onder meer heeft gewezen op het ontbreken van onderzoek naar de externe effecten van het plan en naar de gevolgen van het inlaten van niet gebiedseigen, vervuild water in het plangebied.

Aangezien reeds is geoordeeld dat een MER moet worden opgesteld, ziet de Afdeling geen aanleiding een oordeel over het rapport als passende beoordeling te geven, nu niet is uitgesloten dat de informatie die voor het MER zal worden verzameld, ook bij de passende beoordeling van belang is. Gelet op artikel 19f, tweede lid, van de Nbw 1998 kan een passende beoordeling ook onderdeel uitmaken van een MER. Een zorgvuldig oordeel over het rapport als passende beoordeling kan bovendien in dit geval zonder een daarover uitgebracht deskundigenrapport niet worden gegeven. Wel kan worden geconstateerd dat in het genoemde rapport in ieder geval ontbreekt een volledig onderzoek naar de gevolgen van het inlaten van verontreinigd Maaswater en van de sedimentatie van vervuild stof in het plangebied, alsmede van de veranderende stroming in de Biesbosch en de mogelijke toename daardoor van de sedimentatie in de Biesbosch in zijn geheel. Voorts ontbreekt voldoende inzicht in de gevolgen van het plan voor het habitatype slijkgroenassociatie dat nu alleen voorkomt in de polders Turfzakken en Kwestieus, waar reeds natuurontwikkeling heeft plaatsgevonden.

2.11. De conclusie is dat hetgeen appellante heeft aangevoerd aanleiding geeft voor het oordeel dat het plan is vastgesteld in strijd met artikel 7.2. van de Wm in samenhang met categorie 9.2 van bijlage C bij het Besluit m.e.r. 1994, zoals dit luidde na de wijziging van 23 december 2004. Door het plan niettemin goed te keuren, heeft verweerder gehandeld in strijd met deze voorschriften in samenhang met artikel 10:27 van de Awb. Het beroep is gegrond, zodat het bestreden besluit dient te worden vernietigd.

Uit het vorenstaande volgt dat er rechtens maar één te nemen besluit mogelijk is, zodat de Afdeling aanleiding ziet om goedkeuring te onthouden aan het plan.

Proceskostenveroordeling

2.12. Verweerder dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het beroep van [appellante] gegrond;
- II. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant van 23 mei 2006, kenmerk 1145671;
- III. onthoudt goedkeuring aan het bestemmingsplan "De Zuiderklip";
- IV. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit dat is vernietigd; (...; *red.*)

NOOT 1

Wat het natuurbeschermingsrecht aangaat, wederom een interessante uitspraak.

Om te beginnen bevestigt de Afdeling dat het bepaalde in artikel 19j Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998), evenals het bepaalde in artikel 19d Nbw 1998, enkel van toepassing is op "aangewezen" Natura 2000-gebieden. In die gevallen waarin, zoals in onderhavige zaak, een deel van een Natura 2000-gebied niet als Vogelrichtlijngebied is aangewezen, kan het bepaalde in de artikelen 19e tot en met 19h Nbw 1998 niet richtlijnconform worden toegepast en dient het bepaalde in artikel 6, lid 3, Habitatrichtlijn direct te worden toegepast (r.o. 2.10.5). Zie in dit verband tevens de hiervoor opgenomen uitspraak van de Afdeling d.d. 7 mei 2008, zaaknr. 200609169/1.

Daarnaast is deze uitspraak van belang vanwege de overwegingen met betrekking tot de passende beoordeling en de te treffen mitigerende maatregelen. In casu was niet in het geding dat het goedgekeurde bestemmingsplan kwaliteitsverslechtering/verstoring van de natuurwaarden in de Biesbosch als gevolg heeft en dat er dus bij de vaststelling van het bestemmingsplan ingevolge artikel 19j, lid 2, Nbw 1998 de zogenoemde habitattoets dient te worden uitgevoerd. Conform de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in de kokkelvisserij-uitspraak (zaak C-127/02) houdt dit in dat nagegaan dient te worden of op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat het plan significante gevolgen heeft voor het natuurgebied, afgezet tegen de instandhoudingsdoelstellingen daarvan. Bij de beantwoording van die vraag heeft verweerder zich op grond van het genoemde rapport op

het standpunt gesteld dat de gevolgen op langere termijn positief zijn, mits de in het onderzoek voorgestelde mitigerende maatregelen bij de uitvoering van het plan in acht worden genomen. De Afdeling oordeelt dat de habitattoets aldus niet op de juiste wijze is uitgevoerd. Bij het beoordelen of er sprake kan zijn van significante gevolgen gaat het er om te bezien of het plan als zodanig niet leidt tot significante gevolgen. Als bij die beoordeling de voorgenomen mitigerende maatregelen worden betrokken, kan reeds hierom niet worden uitgesloten dat significante gevolgen zullen optreden en dient er mitsdien een passende beoordeling van die gevolgen te worden gemaakt, aldus de Afdeling (r.o. 2.10). Bij de passende beoordeling kunnen de mitigerende maatregelen wel worden betrokken, vervolgt de Afdeling (r.o. 2.10). Wat voor plannen geldt, geldt ook voor projecten (of andere handelingen): niet langer is het toegestaan om bij de vraag of een project mogelijke significante gevolgen heeft mede met de voorgenomen mitigerende maatregelen rekening te houden. Het is moeilijk te achterhalen in welke gevallen tot op heden bij de vraag naar mogelijke significante gevolgen wel met mitigerende maatregelen rekening werd gehouden. Ik kan me voorstellen dat het bij kleine projecten heel moeilijk is aan de strenge voorwaarden van de ADC-toets (geen alternatieve oplossing; dwingende reden; compensatie) te voldoen en dus zal worden getracht onder de constatering dat er sprake is van mogelijke significante gevolgen uit te komen. Indien er geen passende beoordeling hoeft te worden gemaakt, hoeft het bevoegd gezag ook niet aan de hand van die beoordeling vast te stellen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast (zie artikel 19g, lid 1, Nbw 1998) met als risico dat, indien dit niet met zekerheid kan worden vastgesteld, aan de ADC-voorwaarden zal moeten worden voldaan wil het project of plan alsnog doorgang kunnen vinden. Ik vraag me overigens af waarom de Afdeling aan de ene kant van mening is dat bij de vraag naar mogelijke significante gevolgen niet met voorgenomen mitigerende maatregelen rekening mag worden gehouden, en bij de passende beoordeling daarentegen wel. Aangenomen moet worden dat het bevoegd gezag, dat aan de hand van de passende

beoordeling moet oordelen of de natuurlijke kenmerken van het gebied door het beoogde project/plan worden aangetast (artikel 19g, lid 1, Nbw 1998), met de van die beoordeling deel uitmakende mitigerende maatregelen rekening mag houden. Dat kan in bepaalde gevallen betekenen dat die zekerheid alsnog kan worden verkregen en dus niet aan de strenge ADC-criteria hoeft te worden voldaan (wat, zoals vermeld, voor kleine projecten wel eens een onmogelijke opgave kan zijn). Ten slotte nog aandacht voor het oordeel van de Afdeling dat de goedkeuring ingevolge artikel 19j Nbw 1998 van een bestemmingsplan, vanwege de verknochtheid tussen beide goedkeuringsvereisten en het feit dat het om hetzelfde bestuursorgaan (GS) gaat, in het goedkeuringsbesluit van dat plan op grond van de WRO kan opgaan. De Afdeling oordeelde reeds in gelijke zin in haar uitspraak van 28 maart 2007 (zaaknr. 200602003/1, "JM" 2007/72 (m.nt. Zijlmans)). Dit betekent dat bij de goedkeuring van een bestemmingsplan op grond van de WRO tevens wordt geacht te zijn beslist omtrent de goedkeuring van het plan op grond van artikel 19j, leden 1 en 2, Nbw 1998. Overigens zal dit goedkeuringsvereiste, vanwege de afstemming met de nieuwe WRO, ingevolge wetsvoorstel 31038 ter wijziging van de Nbw 1998, komen te vervallen.

Zijlmans

NOOT 2

Er zitten verschillende m.e.r.-aspecten in deze uitspraak. Los van de directe m.e.r.-plichtvraag die onder 2.2 tot en met 2.5 in deze uitspraak wordt behandeld en waarbij activiteit 9.2 van onderdeel C van de Bijlage behorende bij het Besluit m.e.r. aan bod komt, alsook de doorverwijzing naar het MER, die in onderdeel 2.10 behandeld wordt. Maar eigenlijk is deze uitspraak voor de m.e.r.-praktijk vooral erg relevant vanwege de conclusies die door de Afdeling getrokken worden met betrekking tot de toepassing van de vereisten die voortvloeien uit de Natuurbeschermingswet. Vanwege de SMB-richtlijn (2001/42/EG) bestaat er sinds 21 juli 2004 een SMB-plicht – op grond van rechtstreekse werking – voor wettelijk voorgeschreven plannen waarvoor tevens een passende beoordeling nodig is. Zie daartoe

artikel 3, lid 2, onder b. van de genoemde SMB-richtlijn. In deze zaak is sprake van een wettelijk voorgeschreven plan, zijnde een bestemmingsplan, en er bestaat de noodzaak tot het maken van een passende beoordeling. Zo blijkt uit de uitspraak. Dat levert een SMB-plicht op – die sinds september 2006 is omgezet in de Wet milieubeheer – en nu plan-m.e.r.-plicht heet.

Misschien heeft de Afdeling ook bedoeld om te waarschuwen voor ongewenste effecten die kunnen voortvloeien uit de Habitattoets, waar in deze uitspraak een aantal keren naar wordt verwezen. Het begrip Habitattoets is geen wettelijk begrip, maar een praktijkbegrip, dat voorkomt in het voorlichtingsmateriaal van het Ministerie van LNV over de toepassing van de Natuurbeschermingswet.

De Habitattoets bestaat grofweg uit 3 fasen: 1) de voortoets of oriëntatiefase, 2) de Passende Beoordeling en 3) de ADC-toets. In de oriëntatiefase, die niet in de wet staat, maar wel door LNV wordt genoemd in het voorlichtingsmateriaal, dient het kaf van het koren te worden gescheiden. Projecten of plannen die evident niet tot significante gevolgen (let wel, artikel 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn spreekt over significante gevolgen en niet van significante effecten) zullen leiden, hoeven niet onderworpen te worden aan de Passende Beoordeling (PB). Dat voorkomt veel onnodig papierwerk en is een terechte praktische oplossing. Let wel, de SMB-plicht (nu dus de plan-m.e.r.-plicht) komt pas in beeld wanneer er een Passende Beoordeling wordt uitgevoerd. Door te concluderen dat er geen significante gevolgen te verwachten zijn, blijven veel plannen steken in de oriëntatiefase en is vanwege het ontbreken van een PB een SMB- c.q. plan-MER niet nodig. Daar heeft de Afdeling – in mijn ogen terecht – door deze uitspraak een stevige stok voor gestoken.

Evidente gevallen waarbij de conclusie, zonder noodzakelijke mitigerende maatregelen, uitkomt op “geen significante gevolgen” kunnen nog steeds zonder een PB afgehandeld worden. Maar wanneer mitigerende maatregelen noodzakelijk zijn om daardoor de conclusie van “geen significante gevolgen” te kunnen trekken, dan is én een PB nodig en dan kan er dus ook sprake zijn van een SMB- c.q. plan-m.e.r.-plicht wanneer die PB gemaakt

moet worden in combinatie met een wettelijk voorgeschreven plan (of programma). Kortom, de m.e.r.-praktijk is gewaarschuwd. Indien mitigerende maatregelen nodig zijn om te komen tot de conclusie “geen significante gevolgen” dan is er geen sprake meer van de oriëntatiefase. Maar in die situatie moet er een officiële PB gemaakt worden en dan kan er dus ook sprake zijn van een plan-m.e.r.-plicht. Nu wordt de oriëntatiefase/voortoets nogal eens gebruikt om onder de plan-m.e.r.-plicht uit te komen. Indien mitigerende maatregelen nodig zijn, is dat dus niet meer mogelijk, en kan er gelijktijdig een extra toetsing plaatsvinden binnen het m.e.r.-kader. De Afdeling bouwt – in mijn ogen terecht – een extra veiligheidsklep in.

De plan-me.r.-plicht (SMB-plicht) staat nu ook in de Wet milieubeheer, in hoofdstuk 7. Echter, in artikel 7.2a Wm wordt in het eerste lid abusievelijk verwezen naar artikel 19f van de Natuurbeschermingswet. Maar dat betreft het artikel voor projecten en handelingen. In artikel 7.2a, eerste lid, Wm had verwezen moeten worden naar artikel 19j van de Natuurbeschermingswet. Overigens in artikel 19f, lid 2, Nbw staat dat de PB onderdeel uit kan (!) maken van een MER. Terwijl in artikel 7.2a, tweede lid, Wm staat dat de PB wordt opgenomen in het MER. De meest dwingende bepaling – dus artikel 7.2a Wm – lijkt mij dan van toepassing. Overigens levert hoe het nu geregeld is in de wet een verdeeld beeld op voor PB's. PB's die gekoppeld zijn aan een plan-m.e.r.-plicht moeten dus in het MER zijn opgenomen, op grond van artikel 7.2a Wm. Maar PB's die nodig zijn voor de besluit-m.e.r.-plicht (de andere m.e.r.-procedure sinds september 2006: na vereenvoudiging van de m.e.r.-wetgeving zijn we nu op minimaal twee m.e.r.-procedures uitgekomen) kunnen in een MER worden opgenomen, maar dat is niet verplicht, op grond van artikel 19f Nbw.

De m.e.r.-praktijk is er na de door het ministerie van VROM aangekondigde vereenvoudiging van de m.e.r.-wetgeving helaas niet eenvoudiger op geworden. Het wordt ook voor m.e.r.-juristen steeds moeilijker om alle nieuwe regelgeving goed en helder uit te leggen en correct toe te passen. Hoezo vereenvoudiging?

Pieters