

Zaaknummer : HAA 21 / 3025 VEROR V00
Zaaknummer: HAA 21 / 3163 VEROR (vovo)
Vereniging tot Behoud van Anna's Hoeve e.o. (VBAH)

Datum: 13-9-2021

6^e AANVULLING Beroepschrift VBAH: De Gunstige Staat van Instandhouding

Tilburg University

Onderzoek naar de betekenis van 'de gunstige staat van instandhouding', met name in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming (januari 2018)

Prof.dr. C.J. (Kees) Bastmeijer

Subtitel

Een onderzoek in opdracht van de Provincies Gelderland en Utrecht, in afstemming met de Provincie Overijssel

Het rapport is digitaal beschikbaar onder

https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/23570793/GSvl_Eindrapport_Kees_Bastmeijer_20_januari_2018_FINAL.pdf

Toelichting

Het rapport Bastmeijer bevat een ruime samenvatting van 14 pagina's, voorafgaand aan de uitgebreide analyses en uitspraken.

De teksten uit de samenvatting die van toepassing zijn op de casus van bovenstaand zaaknummer zijn op verzoek van de VBAH door de Dassenwerkgroep Utrecht & 't Gooi samengevat in een document van 4 pagina's. Zie hierna.

De originele teksten zijn daarbij blijven staan: het zijn juridisch verantwoorde en getoetste uitspraken van een grote groep experts op het gebied van ontheffingen Wnb.

In een NOOT is steeds aangegeven wat waarom is weggelaten.

De belangrijkste bevindingen zijn door de Dassenwerkgroep onderstreept.

De VBAH onderschrijft de informatie in deze Aanvulling op het Beroepschrift en vermeldt aan het einde van deze Aanvulling enkele Kernzaken die van groot maatschappelijk belang zijn.

Onder “NOOT” zijn opmerkingen van de samenvatter opgenomen, die de nummering van het rapport volgen.

NOOT 1: het rapport zelf bevat een ruime samenvatting, in onderstaande tekst zijn de relevante conclusies uit deze samenvatting opgenomen. Voor juridische onderbouwing, jurisprudentie en conclusies en verwijzingen naar uitspraken van rechters, wordt verder naar het rapport verwezen.

NOOT 2: betreft een opmerking in voetnoot 12 van het rapport vanwege de beperking van het rapport tot het criterium “Gunstige Staat van Instandhouding”, steeds kortweg GSvl genoemd. Daarnaast moet aan twee andere voorwaarden zijn voldaan: zo moet het toelaten van de uitzondering bepaalde limitatief omschreven belangen dienen (bijv. volksgezondheid, voorkoming van belangrijke schade aan o.a. gewassen, e.d.) en mag er geen andere bevredigende oplossing bestaan.

A.1 Welke soorten vallen onder de GSvl (afkorting voor Gunstige Staat van Instandhouding): antw: behalve de soorten onder habitat- en vogelrichtlijn , ook soorten onder artikel 3.10 van de Wnb (Wet Natuurbescherming) Art. 3.10: -----

Voor niet-Rode Lijstsoorten die wel een bescherming hebben gekregen onder artikel 3.10 van de Wnb, ligt de eis van herstel en behoud van de GSvl verborgen in de voorwaarde voor ontheffingsverlening: op grond van art. 3.10(2) juncto 3.8(5)(c) geldt de eis dat met de ontheffing geen afbreuk wordt gedaan “aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”

Overige, niet specifiek beschermde soorten

Voor alle overige soorten die niet onder de bovengenoemde categorieën vallen (inheemse soorten die niet onder artikel 3.10 Wnb vallen en waarop alleen de zorgplicht betrekking heeft) mag ook worden aangenomen dat de Rijksoverheid het behoud en herstel van een GSvl vereist acht, al komt deze eis slechts tot uiting in artikel 1.5(3), onder a) van de wet: “De nationale natuurvisie besteedt [...] in het bijzonder aandacht aan: (a) het behoud en zo nodig herstel van een gunstige staat van instandhouding van de van nature in Nederland in het wild voorkomende soorten dieren en planten en de in Nederland voorkomende typen natuurlijke habitats en habitats van soorten.”

A.2 Geldt de verplichting tot GSvl altijd? -----

Hoewel er bij de implementatie van diverse verplichtingen ruimte is voor het rekening houden met maatschappelijke, economische of politieke overwegingen, kunnen deze overwegingen geen argument vormen voor het niet realiseren van de GSvl.

A.3 Heeft het feit dat het realiseren van de GSvl niet aan een termijn (tijdslimiet) is gebonden invloed op het karakter van de verplichting?

• *Het ontbreken van een tijdslimiet voor het bereiken van de GSvl maakt de bovengenoemde verplichting niet tot een inspanningsverplichting. De verplichting wordt hierdoor weliswaar afgezwakt en minder toetsbaar maar van vrije speelruimte is geen sprake. Behalve dat verslechtering en het risico daarop moet worden voorkomen, vereist het beginsel van gemeenschapstrouw dat lidstaten er alles aan doen om dit doel zo spoedig mogelijk te realiseren. Jurisprudentie (bijv. de Franse hamsterzaak van het Hof van Justitie en de Nederlandse Otterzaak) laat zien dat ook urgentie kan bestaan ten aanzien van het treffen van actieve maatregelen. Ook de GSvl-voorwaarde voor het toelaten van uitzonderingen laat beperkte ruimte voor het op de lange baan schuiven van het realiseren van het doel: zonder een goed verhaal hoe de GSvl hersteld en behouden wordt zal aan deze voorwaarde niet kunnen worden voldaan.*

A.5 Soortenbescherming, gebiedsbescherming en rapportageverplichtingen.

----- *bij soortenbescherming krijgt het begrip GSvl aandacht op meerdere niveaus, maar onder meer op het niveau van populaties en deelpopulaties (zie hierna onder C).*

NOOT 3: De artikelen onder **B** gaan over de rapportageverplichting voor habitatrictlijn soorten en vogelrichtlijnsoorten, plus de relatie tot Rode Lijsten.

C. Niveaus waarop GSvl moet worden gerealiseerd.

NOOT 4: C.1 en C.2 zijn niet van toepassing op deze casus.

C.3 GSvl op niveau van deelpopulaties en lokale populaties?

----- *Op basis van Commissierichtsnoeren, Hof-jurisprudentie en AG Conclusies bestaan echter overtuigende argumenten om in het kader van het toelaten van uitzonderingen op verbodsbepalingen in het kader van het soortenbeschermingsrecht uit te gaan van de verplichting om een GSvl te waarborgen op het niveau van deelpopulaties of lokale populaties. Daarbij krijgt het begrip GSvl dan vooral de betekenis van het waarborgen dat de betreffende (deel)populaties duurzaam kunnen voortbestaan om zo bij te dragen aan het bereiken en het behouden van de GSvl op landelijk en uiteindelijk EU-niveau.*

C.4 GSvl op provincie niveau? **NOOT 5:** antwoord is **Ja**

D. Beoordeling van effect op GSvl bij ontheffingsverlening onder de Wnb.

D.1 Bij wie ligt de bewijslast dat een ontheffing kan worden verleend in het licht van de staat van instandhouding van de betreffende soort? Kan iets worden gezegd over de zwaarte van deze bewijslast?

D.2 Is de vraag of een soort zich in een GSvl verkeert in algemene zin relevant voor de uitleg van verbodsbepalingen?

----- *Binnen ons stelsel van bestuursrecht en in dit geval de ontheffingsprocedure wordt deze bewijslast bij initiatiefnemers (ontheffingsaanvragers) gelegd. Daar is niets op tegen, maar uiteindelijk zal bij de toetsing van een besluit het bevoegd gezag moeten aantonen dat aan de GSvl voorwaarde is voldaan.*

- *Jurisprudentie van het Europese Hof maakt de volgende vier lijnen duidelijk:*
 - *bij Europees beschermde soorten is bescherming uitgangspunt;*
 - *uitzonderingsmogelijkheden moeten restrictief worden uitgelegd;*
 - *bij de uitleg van verbodsbepalingen moet rekening worden gehouden met de staat van instandhouding van een soort. Bij een (zeer) ongunstige staat van instandhouding ontstaan verdergaande verplichtingen (meer strikte uitleg van de verbodsbepalingen) aangezien (in de woorden van AG Kokott) "het beschermingssysteem aan het herstel van de gunstige staat van instandhouding moet bijdragen. "Andersom kan bij soorten die er heel goed voor staan dus een minder strenge uitleg aan de orde zijn;*
 - *bij de uitleg en toepassing van de bepalingen moet worden uitgegaan van het voorzorgbeginsel.*

De toepassing van deze lijnen (restrictieve uitleg, extra strenge uitleg bij ongunstige Svl en voorzorgbeginsel) in de praktijk van het beoordelen van ontheffingsaanvragen vraagt om maatwerk voor concrete situaties. De lijnen spelen ook een rol bij de beantwoording van de diverse deelvragen; daar zal hierna verder op worden ingegaan.

D.4 gaat over ongunstige staat van instandhouding en toch ontheffing;

NOOT 6: n.v.t. op deze casus.

D.3 **NOOT 7:** D.3 is opgenomen na D.4 in de samenvatting.

D.3 Hoe moet worden omgegaan met gaten in kennis? De relevantie van het voorzorgbeginsel

- *De vraag is wat in de praktijk besloten moet worden wanneer wel onderzoek is gedaan naar de betekenis van het begrip GSvl, de huidige staat van instandhouding, mogelijke effecten, e.d. maar gaten in kennis resteren. In zekere mate kan wel worden gewerkt op basis van 'expert judgement' (bijv. bij het bepalen van de betekenis van het begrip GSvl voor de betreffende soort en populatie; zie hierboven onder b)). In algemene zin brengt de combinatie van de lijnen in de jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen, voorzorgbeginsel, lijnen in het Finse wolvenarrest) echter met zich mee dat een ontheffing geweigerd moet worden wanneer redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de vraag of met ontheffingsverlening geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. Dit ligt anders wanneer deze onzekerheid kan worden weggelaten door het treffen van maatregelen (zie hierna).*
- *Zoals hierboven besproken speelt hierbij ook een rol dat de bewijslast vanuit Europeesrechtelijk perspectief bij de overheid ligt. Een overweging van een rechter of bevoegd gezag dat een ontheffing niet geweigerd hoeft te worden omdat nadelige gevolgen van een activiteit voor een populatie onvoldoende zijn aangetoond (bijv. door omwonenden of een NGO) doet derhalve geen recht aan de besproken lijnen in de Europese jurisprudentie.*

D.5 Kan het ORNIS-criterium worden gebruikt om invulling te geven aan de GSvl?

NOOT 8: Het ORNIS criterium gaat over vogels en vleermuizen, de ingreep moet minder dan 1% van de natuurlijke sterfte bedragen. Het criterium is niet van toepassing op deze casus.

D.6 Bestaat er voor provincies bij de toets aan de GSvl-voorwaarde een verplichting tot onderlinge afstemming?

NOOT 9: *Afstemming is in algemeenheid belangrijk, er is jurisprudentie over een verplichting tot afstemming t.b.v. afschot van smienten.*

E. Compensatie

Vooraf: onderscheid tussen enerzijds voorkomen overtreding en anderzijds compensatie bij Ontheffingsverlening.

• *Voor de beoordeling van de eisen aan compensatie bij soortenbescherming is het van belang om twee typen situaties te onderscheiden:*

a) Situaties waarin maatregelen een overtreding van de verbodsbepalingen daadwerkelijk voorkomen. In dergelijke situaties wordt vaak een ontheffing geweigerd omdat vanwege bepaalde maatregelen geen sprake is van een overtreding, maar worden aan het besluit van weigering voorwaarden verbonden om de initiatiefnemer juridisch te verplichten de betreffende maatregelen te treffen. Deze benadering wordt wel de ‘positieve afwijzing’ genoemd.

b) Situaties waarin maatregelen niet waarborgen dat een overtreding wordt voorkomen maar waarin die maatregelen bijvoorbeeld nodig zijn om de zorgplicht invulling te geven of -meer relevant voor dit onderzoek- om te voldoen aan de voorwaarde van het niet laten verslechteren van de GSvl en niet frustreren van het herstellen en behouden van de GSvl van de betreffende populatie.

De situaties onder b) mogen dus niet worden afgedaan met een positieve afwijzing. Voor deze situaties moet het bevoegd gezag beoordelen of het een ontheffing wil en kan afgeven.

De ABRvS heeft in 2012 het belang van bovengenoemd onderscheid benadrukt. Toch bestaat in de praktijk nog steeds de neiging om bepaalde situaties waarin feitelijk wel sprake is van een overtreding van een verbodsbepaling af te doen met een positieve afwijzing. Dit lijkt vooral aan de orde te zijn bij het aantasten van voortplantingsplaatsen/ nesten en rustplaatsen van bijvoorbeeld vleermuizen en steenuilen.

E.1 Aan welke eisen moeten deze maatregelen dan voldoen (voorzorgsbeginsel/mate van zekerheid effecten/compensatie vooraf/juridische borging)?

• *De aandacht richtend op de situaties waarin overtreding van een verbodsbepaling niet kan worden voorkomen en een ontheffingsprocedure aan de orde is (situaties als hierboven bedoeld onder b), moet worden opgemerkt dat – anders dan in het Natura 2000-regime – het Europese soortenbeschermingsrecht geen algemene wettelijke plicht tot compensatie kent. Zoals aangegeven kunnen eisen van compensatie wel van belang zijn om te kunnen voldoen aan de GSvl-voorwaarde voor ontheffingsverlening. Maatwerk is wederom belangrijk. Hierbij moet rekening worden gehouden met de eisen van de Europese Commissie: “In general, compensation would have to:*

i) offset the negative impact of the activity under the specific circumstances (at population level),

ii) have a good chance of success and be based on best practice,

iii) guarantee a species’ prospects of achieving FCS [favourable conservation status; KB],

iv) be effective before or at the latest when deterioration or destruction of a breeding site or resting place starts to take place.”⁹

• *De bovenstaande eis inzake “have a good chance of success and be based on bestpractice” enerzijds en de eis “be effective before or at the latest when deterioration or destruction of a breeding site or resting place starts to take place” lijken tegenstrijdig te zijn. Het ligt voor de hand de nadruk te leggen op laatstgenoemde eis, niet alleen vanwege het toe te passen voorzorgsbeginsel, maar ook vanwege de derde eis (“guarantee a species’ prospects of achieving FCS”). In dit verband moet ook worden bedacht dat deze guidelines uit 2007 dateren en inmiddels het Briels en Orleans-arresten door het Hof zijn gewezen. Deze arresten hebben weliswaar betrekking op het Natura 2000-regime, maar de overwegingen in de AG Conclusies en arresten over het voorzorgsbeginsel en het niet vooruit kunnen lopen op natuurwinst kunnen - gezien de algemene lijnen in de jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen en toepassing voorzorg) - ook relevant worden geacht voor het soortenbeschermingsrecht.*

• *Voor het voldoen aan de eis “guarantee a species’ prospects of achieving FCS” komen de eisen in beeld die het Hof in het Finse wolvenarrest heeft geformuleerd. Verwezen wordt in dit verband naar de conclusies ten aanzien van vraag D.4).*

E.2 Is - om te voldoen aan de GSvl-voorwaarde bij ontheffingsverlening - een ‘groei-krimpaanpak’ denkbaar die vergelijkbaar is met de aanpak met verblijfsrecreatie op de Veluwe in het kader van Natura 2000?

NOOT 10: niet van toepassing op deze casus.

E.3 Mogen mitigerende en compenserende maatregelen in ontheffingsvoorwaarden alleen worden voorgeschreven wanneer dit nodig is om aan de GSvl-voorwaarde te voldoen, of ook wanneer de GSvl niet in het geding is?

NOOT 11: antwoord is Ja.

F. Monitoring

Geldt er een verplichting tot monitoring van de (G)Svl en zo ja, geldt deze verplichting voor de provincies of voor het Rijk en moet onderscheid gemaakt worden tussen Europees beschermde soorten en overige soorten van de Wnb?

NOOT 12: Is niet van toepassing op deze casus.

G. Aanbevelingen

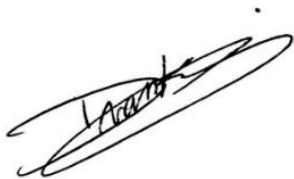
NOOT 13: niet van toepassing op deze casus; betreft beleidssuggesties.

Reactie VBAH

Kernzaken in bovenstaande die van groot maatschappelijk belang zijn:

1. *Bij een ontheffing geldt de eis dat geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan (A.1).*
2. *Maatschappelijke, economische of politieke overwegingen kunnen geen argument vormen voor het niet realiseren van de GSvl (A.2).*
3. *Realiseren van de GSvl is niet vrijblijvend. Om aan de voorwaarden te voldoen moeten er actieve maatregelen worden getroffen (A.3).*
4. *Er zijn overtuigende argumenten om uit te gaan van de verplichting om een GSvl te waarborgen op het niveau van deelpopulaties of lokale populaties. Daarbij krijgt het begrip GSvl dan vooral de betekenis van het waarborgen dat de betreffende (deel)populaties duurzaam kunnen voortbestaan om zo bij te dragen aan het bereiken en het behouden van de GSvl op landelijk en uiteindelijk EU-niveau (C.3).*
5. *Bij de uitleg en toepassing van bepalingen moet worden uitgegaan van het voorzorgbeginsel (D.2).*
6. *Wanneer redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat, of met een ontheffingsverlening het streven de populaties van de betrokken soort in een gunstige staat van instandhouding kan voortbestaan, moet deze geweigerd worden. (D.3).*
7. *Indien nadelige gevolgen van een activiteit van een populatie onvoldoende zijn aangetoond is dat geen reden om een ontheffing niet te weigeren. Dat zou geen recht doen aan Europese jurisprudentie. (D.3).*
8. *Eisen van compensatie kunnen van belang zijn om te kunnen voldoen aan de GSvl-voorwaarde voor ontheffingsverlening (E.1).*
9. *Conclusies en arresten over het voorzorgbeginsel en het niet vooruit kunnen lopen op natuurwinst kunnen ook relevant worden geacht voor het soortenbeschermingsrecht (E1).*

Met vriendelijke groet, Vereniging tot Behoud van Anna's Hoeve e.o.,



Danny van Kooi, voorzitter



Jelle Harder, ecologisch adviseur