

2. Uitzondering soortenbeschermingsverboden

SANDER HUNINK

Naar aanleiding van de stikstofproblematiek wordt steeds meer druk gezet op de versnelde uitvoering van herstelmaatregelen in Natura 2000-gebieden. Onder meer in het inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel 'Stikstofreductie en natuurverbetering'¹ is aangegeven dat de komende tien jaar wordt ingezet op een miljardenpakket voor natuurherstel om zo zorg te dragen voor een robuuste natuur. Maar wordt daarbij wel voldoende gelet op het effect op beschermde soorten?

Inleiding

De stikstofproblematiek is een zwaar beladen dossier. De stikstofdepositie is in de meeste Natura 2000-gebieden te hoog, met als gevolg dat initiatieven in de invloedssfeer van Natura 2000-gebieden die stikstof uitstoten, niet zomaar een natuurvergunning kunnen verkrijgen. Nederland zit op slot, althans dat is het gevoel. Om die reden wordt extra ingezet op versnelde uitvoering van zowel brongerichte als effectgerichte maatregelen, de laatste aangeduid als herstelmaatregelen.² Ecologisch adviesbureau Ecologica heeft de laatste tijd bij meerdere voornemens tot de uitvoering van herstelmaatregelen onderzocht of er een vrijstelling gold of dat een Wnb-vergunning Natura 2000 dan wel een ontheffing soortenbescherming nodig was. Bij het onderzoeken van deze voornemens viel het op dat er in de Wet natuurbescherming (Wnb) sprake is van een bijzondere uitzondering van de verbodsbepalingen in het kader van de soortenbescherming: de verbodsbepalingen soortenbescherming zijn volgens de Wnb niet van toepassing voor passende en instandhoudingsmaatregelen, waar veel herstelmaatregelen onder vallen. Er zijn verder ook geen voorschriften verbonden aan deze bijzondere uitzondering, waarmee er geen toets is vereist aan de criteria voor vrijstellingen of ontheffingen. Wel geldt de zorgplicht. Dat roept de vraag op of er bij de uitvoering van passende of instandhoudingsmaatregelen wel voldoende rekening wordt gehouden met het soortenbeschermingsregime. En, niet onbelangrijk, klopt dit eigenlijk wel met de voorschriften uit de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn? Gezien de voorgenomen versnelling en opschaling van herstelmaatregelen is het hoog tijd voor een nadere beschouwing.

Wettelijk kader

In de Wnb zijn diverse soorten beschermd middels verbodsbepalingen ingevolge artikel 5-9 van de Vogelrichtlijn (Vrl) (par. 3.1 Wnb), artikel 12-16 van de Habitatrichtlijn (Hrl), internationale afspraken (Conventies van Bern, 1979, en Bonn, 1979) (par. 3.2 Wnb) en aanvullend een nationaal beschermingsregime voor 'andere' (lees: nationale) soorten (par. 3.3 Wnb). Naast de specifieke verbodsbepalingen voor de beschermde soorten geldt ook een algemene zorgplicht (art. 1.11 Wnb).

In artikel 3.3 lid 7 onder a en in artikel 3.8 lid 7 onder a Wnb is aangegeven dat de soortbeschermingsverboden in artikel 3.1, artikel 3.2 lid 6, respectievelijk de soortbeschermingsverboden in artikel 3.5, artikel 3.6 lid 2 niet van toepassing zijn voor handelingen ter uitvoering van een instandhoudingsmaatregel of een passende maatregel als bedoeld in artikel 2.2 Wnb. Eenzelfde formulering is opgenomen in artikel 3.3 lid 7 onder b en artikel 3.8 lid 7 onder b Wnb voor handelingen die zijn beschreven in en worden verricht overeenkomstig een beheerplan als bedoeld in artikel 2.3 lid 1 (Natura 2000-beheerplan), een plan of een programma als bedoeld in artikel 2.3 lid 5, of een programma als bedoeld in artikel 1.13 lid 1, 7 of 8 Wnb (programmatische aanpak). Volgens artikel 3.10 lid 2 Wnb zijn de hiervoor genoemde artikelen ook van toepassing op de nationaal beschermde soorten zoals aangegeven in het eerste lid. De bedoelde handelingen in onderdeel b betreffen bijvoorbeeld in het beheerplan opgenomen projecten die op zichzelf losstaan van het beheer van het gebied. Alleen met betrekking tot de handelingen onder artikel 3.3 lid 7 onder b en artikel 3.8 lid 7 onder b zijn randvoorwaarden opgenomen. De verboden bedoeld in artikel 3.1 en 3.2 lid 6 en artikel 3.8 zijn namelijk niet van toepassing indien ten aanzien van het beheerplan, het plan of het programma, is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor ontheffingen

¹ Kamerstukken II 2020/21, 35600 nr. 2 en 3.

² Kamerstukken II 2020/21, 35600 nr. 3.

en vrijstellingen.³ Daarmee is er sprake van een toets aan de afwijkingsgronden van de soortbeschermingsverboden. Bovendien moet het bestuursorgaan dat het beheerplan, het plan of het programma heeft vastgesteld, tevens bevoegd zijn voor de verlening van een ontheffing of vrijstelling, of, als dat niet het geval is, moet het beheerplan, het plan of het programma zijn vastgesteld in overeenstemming met het bevoegd gezag voor de verlening van de ontheffing of vrijstelling. De onderdelen van beheerplannen en programma's die de genoemde activiteiten en handelingen beschrijven, fungeren vanwege het vrijstellingskarakter als besluit, zodat tegen die onderdelen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Dit is geregeld in artikel 8.1 lid 2 Wnb.

Met betrekking tot de handelingen ter uitvoering van een instandhoudingsmaatregel of een passende maatregel, zoals aangegeven in artikel 3.3 lid 7 onder a en artikel 3.8 lid 7 onder a, ontbreken deze voorwaarden echter.

De mogelijkheid om bij de bestuursrechter in beroep te gaan tegen deze handelingen wordt hiermee eveneens weggenomen

Wel blijft uiteraard de mogelijkheid open om via een handhavingverzoek de uitzondering van de soortbeschermingsverboden voor de passende en instandhoudingsmaatregelen aan de orde te stellen.

De instandhoudingsmaatregelen als bedoeld in artikel 2.2 lid 1 Wnb zijn maatregelen gericht op het behoud of het herstel van een gunstige staat van instandhouding van de soorten en habitattypen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Artikel 3 lid 1 en 2, onderdelen b, c en d, en artikel 4 lid 1 eerste volzin en lid 2 Vrl en artikel 6 lid 1 Hrl verplichten tot het treffen van deze maatregelen. Het gaat hierbij om resultaatsverplichtingen, al wordt het overgelaten aan de lidstaat op welke wijze en in welk tempo hieraan uitvoering wordt gegeven.⁴ De passende maatregelen zoals genoemd in artikel 2.2 lid 2 Wnb zijn maatregelen gericht op het voorkomen van verslechtingen en verstoringen die een significant effect kunnen hebben op de soorten en habitattypen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Artikel 4 lid 4 Vrl en artikel 6 lid 2 Hrl verplichten tot het treffen van deze maatregelen. Het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) geeft aan dat het aan de lidstaten ter beoordeling is welke maatregelen worden getroffen, maar deze maat-

regelen moeten worden uitgevoerd als verslechtingen of verstoringen met significante gevolgen dreigen.⁵ Passende maatregelen zijn *preventieve* maatregelen (maatregelen ter voorkoming van schadelijke gevolgen), waardoor uitstel van passende maatregelen niet kan worden verleend.⁶

Nadere toelichting en doel uitzondering op verboden

Zoals opgemerkt, zijn de randvoorwaarden in artikel 3.3 lid 7 onder b en artikel 3.8 lid 7 onder b Wnb niet van toepassing op instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen als bedoeld onder a van deze bepalingen. In de Memorie van Toelichting (MvT)⁷ op de Wnb wordt toegelicht waarom de wetgever het verantwoord vindt om niet te hoeven toetsen aan de afwijkingsgronden in artikel 3.3 lid 4 of artikel 3.8 lid 5 Wnb. De wetgever geeft aan dat bij dergelijke handelingen het belang van de bescherming van flora en fauna een gegeven is. Verder geeft de wetgever aan dat hij van mening is dat de betrokkenheid van Gedeputeerde Staten (GS) en in uitzonderingsgevallen de minister van LNV, bij de formulering van die maatregelen in het beheerplan of bij de toepassing van de in paragraaf 2.2 Wnb opgenomen instrumenten een zorgvuldige afweging ter zake borgt. De uitzondering is volgens de wetgever in lijn met de erkenning door het HvJ EU 'dat de vaststelling van de instandhoudings- en hersteldoelstellingen in het kader van Natura 2000 (...) kan vereisen om bij conflicten tussen verschillende doeleinden een beslissing te nemen'.⁸ Volgens de wetgever kan deze uitspraak in het algemeen worden toegepast op de realisatie van doelstellingen van de Vrl of Hrl in het kader van de soortenbescherming, ook al betrof de uitspraak onderling strijdige Natura 2000-doelstellingen. Oftewel, het doel heiligt de middelen.

De onderdelen b van voornoemde artikellieden voorzien volgens de MvT ook in een uitzondering voor handelingen die in het beheerplan voor een Natura 2000-gebied worden beschreven en dienovereenkomstig worden verricht. Het gaat hier dan volgens de MvT niet om in het beheerplan opgenomen instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen, waarop immers de onderdelen a van voornoemde artikellieden betrekking hebben, maar om handelingen die op zichzelf los staan van het beheer van het gebied, zoals in het beheerplan opgenomen projecten. Dit is een belangrijke toelichting op de artikelen in de wettekst. In de huidige wettekst is in artikel 3.3 lid 7 onder b en artikel 3.8 lid 7 onder b namelijk geen uitzondering opgenomen voor passende en instandhoudingsmaatregelen opgenomen in een beheerplan.

Het doel van de uitzondering op de verboden wordt verduidelijkt in de beantwoording van vragen van de Partij voor

3 De voorwaarden betreffen: a) er bestaat geen andere bevredigende oplossing, b) zij is nodig in het kader van een geldig wettelijk belang en c) de maatregelen leiden niet tot verslechting van de staat van instandhouding van de desbetreffende soort (met betrekking tot soorten art. 3.1 Wnb) / er wordt geen afbreuk gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan (met betrekking tot soorten art. 3.5 of art. 3.10, lid 1).

4 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

5 Zie HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:10 (*Grüne Liga*).

6 Zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 13.4.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, nr. 3.

8 HvJ EU 4 maart 2010, zaak C-241/08 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 53.

de Dieren met betrekking tot voornoemde artikelliden. De toenmalige minister van EZ gaf aan dat het doel tweeledig is: enerzijds is er het belang van de bescherming van flora en fauna, anderzijds zou een ontheffingsplicht mogelijk kunnen leiden tot een grotere belasting van de rechterlijke macht.⁹ Om die reden geeft de wetgever in de MvT ook aan dat terreinbeheerders en terreineigenaren een belangrijke rol dienen te hebben bij het opstellen van Natura 2000-beheerplannen en het bepalen van de instandhoudingsmaatregelen. Zij hebben niet alleen onmisbare kennis, maar hebben tevens een belang vanwege onder meer de haalbaarheid van instandhoudingsmaatregelen, aangezien een adequate beschrijving van de maatregelen voor hun terreinen verzekert dat de uitvoering ervan kan worden gerealiseerd zonder een ontheffing van de soortenbeschermingsbepalingen.

Nadere analyse probleemstelling

Door het niet van toepassing verklaren van de soortbeschermingsverboden voor passende en instandhoudingsmaatregelen, kunnen de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden sneller worden gehaald zonder een besluit waartegen bezwaar en beroep open staat. Daardoor staan er geen juridische procedures in de weg en wordt een snellere uitvoering van passende en instandhoudingsmaatregelen mogelijk gemaakt. Daar is uiteraard heel wat voor te zeggen. Het einddoel van het in een gunstige staat van instandhouding brengen van broedvogels, habitattypen en soorten is nog lang niet in zicht.¹⁰ Dit is een belangrijk discussiepunt in de debatten rondom de stikstofproblematiek in de Tweede Kamer en de behandeling van het wetsvoorstel Wet stikstofreductie en natuurverbetering.¹¹ Ook het Adviescollege Stikstofproblematiek heeft in haar eindrapport *Niet alles kan overal* aangedrongen op versnelde totstandkoming van natuurherstel.¹² Het is echter onduidelijk of beschermde soorten, waaronder Europees beschermde soorten conform de Vrl en Hrl, ook altijd baat hebben bij een versnelde uitvoering van herstelmaatregelen. Verder kan de vraag worden gesteld, naast de vraag of de uitzondering van de soortbeschermingsverboden wel juridisch correct is, of door deze uitzondering de gunstige staat van instandhouding van deze soorten voldoende geborgd is. Tevens is de vraag of het doel nog steeds de middelen heiligt nu wij aan de vooravond staan van een periode waarin herstelmaatregelen versneld worden uitgevoerd.

De instandhoudingsdoelstellingen hoeven niet altijd gunstig uit te pakken voor de beschermde soorten die voorkomen in Natura 2000-gebieden die niet voor deze soorten zijn aangewezen. Zeker niet als de biotoop wordt beschadigd of verwijderd ten gunste van de instandhoudingsdoelstellingen (denk aan de veel voorkomende herstelmaatregel om bomen of bos te kappen in inzigggebieden van gebufferde systemen, grootschalige ingrepen (bijvoorbeeld plaggen) of werkzaamheden in voor soorten kwetsbare perioden). Om het probleem beter in beeld te brengen, moet worden gekeken naar de Natura 2000-gebieden en de overlap met de populaties van beschermde soorten die er voorkomen.

Is er rekening gehouden met een groter pakket aan herstelmaatregelen die ook versneld worden uitgevoerd bij het niet van toepassing verklaren van de soortbeschermingsverboden?

Volgens het Compendium voor de Leefomgeving komen verschillende beschermde soorten voor in Natura 2000-gebieden die niet bij de selectie van een bepaald gebied zijn betrokken, maar waarvan het voorkomen in een dergelijk gebied wel van groot belang is. Dit worden de complementaire soorten genoemd, waarvoor in eerdere aanwijzingsbesluiten complementaire doelen waren opgenomen. Complementaire doelen waren geformuleerd om de opgave te focussen op het Natura 2000-netwerk, zodat een zo gering mogelijke opgave werd gelegd op het realiseren van de landelijke doelen buiten het Natura 2000-netwerk. De zogenaamde complementaire soorten betroffen 42 soorten broedvogels, 66 watervogels, 3 vleermuizen, 5 grondgebonden zoogdieren, 2 amfibieën, 10 vissen, 3 weekdieren, 3 kevers, 4 vlinders, 2 libellen, 3 hogere planten en 2 mossen.¹³ Deze soorten, indien deze voorkomen in Natura 2000-gebieden, betreffen soorten met een ongunstige staat van instandhouding, soorten met een lage landelijke dekking of onvoldoende geografische spreiding.¹⁴ Hoewel deze complementaire soorten onder de Natuurbeschermingswet 1998 waren toegevoegd als complementaire doelen om de Natura 2000-instandhoudingsdoelen te ondersteunen, zijn deze doelen geschrapt uit de aanwijzingsbesluiten van Natura 2000-gebieden. Deze doelen werden als een ongewenste nationale kop beschouwd en gesteld werd dat de Vrl en Hrl niet noodzaakten tot formulering van deze doelen.¹⁵ Voorkomende soorten met een ongun-

9 Kamerstukken II 2014/15, 33348, nr. 9.

10 CBS, PBL, RIVM, WUR (2019), *Staat van instandhouding soorten en habitat-typen Habitatrichtlijn en trends vogels Vogelrichtlijn, 2013-2018* (indicator 1604, versie 02, 12 december 2019), Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS); Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving (PBL); Bilthoven: Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM); en Wageningen: Wageningen University and Research.

11 Zie o.m. het ongecorrigeerde stenogram van de behandeling van het wetsvoorstel Wet stikstofreductie en natuurherstel in de Tweede Kamer op 10 december 2020.

12 Adviescollege Stikstofproblematiek, *Niet alles kan overal*, Amersfoort, 8 juni 2020.

13 CBS, PBL, RIVM, WUR (2013), *Fauna in Natura 2000 gebieden, 1998-2012* (indicator 1082, versie 12, 11 december 2013), Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS); Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving (PBL); Bilthoven: Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM); en Wageningen: Wageningen University and Research.

14 A.M. Schmidt, *Advies over de Natura 2000-doelensystematiek en Natura 2000-doelen; Een oriënterende studie ter onderbouwing van de evaluatie van de Natura 2000-doelensystematiek en Natura 2000-doelen*, Rapport 2779A, Wageningen: Wageningen Environmental Research 2017.

15 Kamerstukken II 2010/11, 32670, nr. 24.

stige staat van instandhouding zijn echter kwetsbaar voor ingrepen in geschikte biotopen van de soorten. Hoewel niet al deze soorten beschermd zijn volgens het soortbeschermingsregime in de Wnb, is het risico aanwezig dat bij de uitvoering van maatregelen sprake is van een wezenlijke invloed op de betrokken populaties. Zo zijn de hiervoor aangegeven vogels, vleermuizen, grondgebonden zoogdieren en amfibieën in ieder geval ook beschermd conform het soortbeschermingsregime van de Wnb.

Een ander voorbeeld is de gladde slang. De gladde slang is een Hrl Bijlage IV-soort die bovendien de Rode Lijst-status 'Bedreigd' heeft.¹⁶ De soort komt in Nederland vooral voor in natuurgebieden, op droge heide en drogere delen van hoogveengebieden. Haar kerngebied is het zuidelijke deel van de Veluwe, daarnaast komt zij voor in heide en hoogveengebieden als het Fochteloërveen, het Dwingelderveld, Bargerveen, De Hamert, De Meinweg, de Peelvenen en diverse heidegebieden op de grens met België. In figuur 1 *Verspreiding gladde slang ten opzichte van de ligging van Natura 2000-gebieden in Nederland* is te zien dat de gladde slang vrijwel uitsluitend voorkomt in Natura 2000-gebieden en bovendien daar waar ook al sprake is van een forse overschrijding van de Kritische Depositiewaarden (KDW). De soort kent slechts een beperkte migratieafstand tot enkele honderden meters en deelpopulaties hebben om die reden zowel zomer- als overwinterhabitat op betrekkelijk korte afstand van elkaar nodig. Het habitat waarin de soort leeft is stikstofgevoelig. Hoewel de soort het goed doet op vergraste heide, is de gladde slang mogelijk stikstofgevoelig door met name de indirecte gevolgen van een te hoge stikstofdepositie. Door de verzurende werking is er sprake van een uitlogende bodem, waardoor onder meer prooidieren van de gladde slang minder voor de gladde slang belangrijke (sporen)elementen bevatten. De soort is verder zeer gevoelig voor te intensieve en grootschalige beheermaatregelen, door de versnipperende werking van ongeschikt habitat en de te grote afname van prooidieren, schuilmogelijkheden, zomer- en overwinterhabitat.¹⁷ Daarmee is de gladde slang bij uitstek een goed voorbeeld voor de mogelijke gevolgen van het niet van toepassing verklaren van de soortbeschermingsverboden en de op handen zijnde versnelde en opgeschaalde uitvoering van herstelmaatregelen. De effecten van versnelde en opgeschaalde herstelmaatregelen van habitattypen van droge heiden en hoogvenen kunnen potentieel zorgen voor een afname van het voorkomen van de gladde slang. Daardoor kan de gunstige staat van instandhouding worden aangetast als er bij herstelmaatregelen geen rekening wordt gehouden met effecten op de soort. Het gevaar van een te grootschalig en intensief beheer voor het behoud van reptielen in het algemeen is recent tevens aangekaart in de RAVON Balans 2020.¹⁸

Mitigerende maatregelen om rekening te kunnen houden met reptielen zijn in de RAVON Balans 2020 aangegeven, waaruit blijkt dat bij de uitvoering van herstelmaatregelen maatwerk is vereist om nadelige gevolgen op reptielen te voorkomen of te beperken.

Uit het voorgaande blijkt dat er sprake kan zijn van een overlap tussen het voorkomen van beschermde soorten in Natura 2000-gebieden en locaties voor uitvoering van herstelmaatregelen. Effecten van herstelmaatregelen op de staat van instandhouding van beschermde soorten zijn zeker te verwachten als er onvoldoende rekening wordt gehouden met deze soorten. Het belang van een zorgvuldige afweging in de te nemen herstelmaatregelen met betrekking tot het behoud van de aanwezige fauna wordt tevens sterk benadrukt in de *Herstelstrategieën stikstofgevoelige habitats*.¹⁹ In de herstelstrategieën wordt dan ook aangegeven dat de te kiezen herstelmaatregelen altijd zeer gebiedsspecifiek bepaald moeten worden en maatwerk vereisen. Vooral nog is er echter in de huidige gebiedsanalyses voor de Natura 2000-gebieden beperkte aandacht voor mogelijke effecten op aanwezige beschermde soorten en is er een gebrek aan uitwerking van mitigerende maatregelen om negatieve effecten te voorkomen. Voor dit artikel is gekeken naar de gebiedsanalyses van Natura 2000-gebieden die overlappen met de kerngebieden van de gladde slang.²⁰ In de bekeken gebiedsanalyses is steeds een paragraaf '*Interactie uitwerking gebiedsgerichte herstelstrategie N-gevoelige habitats met leefgebieden bijzondere flora en fauna*' opgenomen. Daarin is er wel enige aandacht voor het effect van de voorgestelde herstelmaatregelen voor niet-aangewezen soorten. Er zijn echter weinig tot geen mitigerende maatregelen voor beschermde soorten uitgewerkt of het betreffen adviezen in algemene zin om de herstelmaatregelen af te stemmen op de aanwezigheid van (rest)populaties van typische soorten van habitattypen of bijzondere soorten. Een effectanalyse op beschermde soorten heeft veelal nog niet plaatsgevonden.

Zijn alle herstelmaatregelen passende of instandhoudingsmaatregelen?

Zoals hiervoor aangegeven, is de aanleiding van dit artikel onder meer de voorgenomen opschaling van de uitvoering van herstelmaatregelen, omwille van de oplossing van de stikstofproblematiek. Om te bepalen of de uitzondering op de soortbeschermingsverboden voor alle herstelmaatregelen geldt, dient eerst te worden bepaald of deze als passende of instandhoudingsmaatregelen zijn te beschouwen conform artikel 2.2 Wnb. Herstelmaatregelen worden niet in de wet

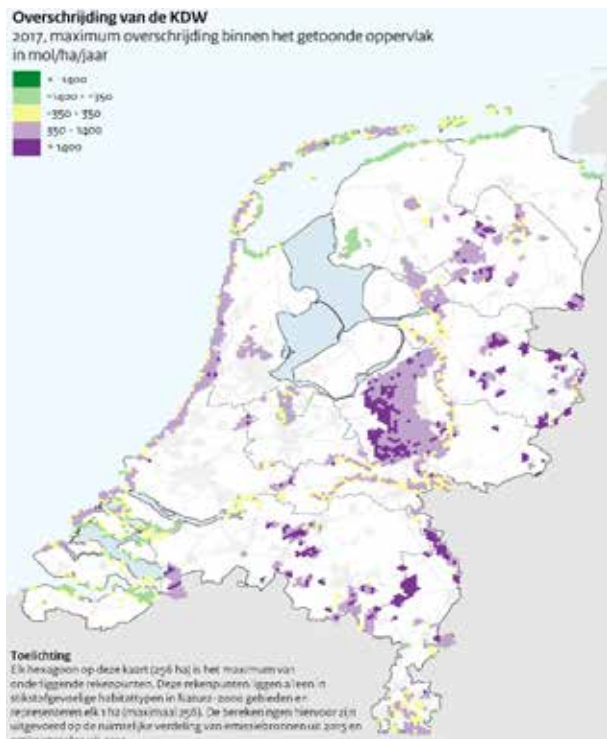
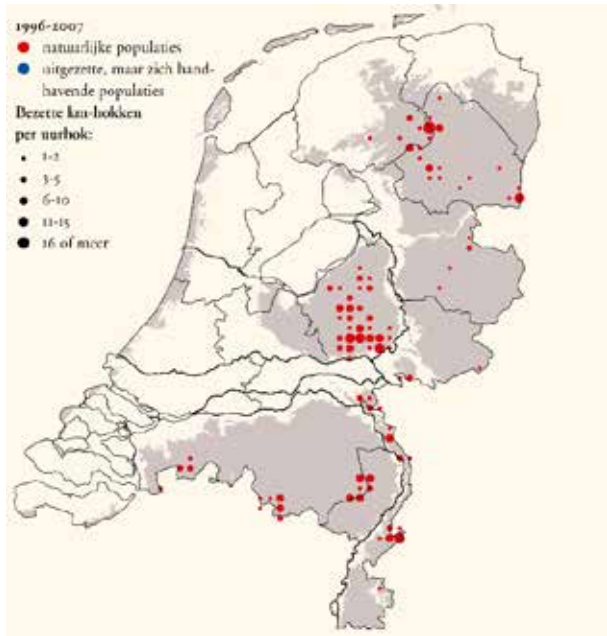
16 <https://minlnv.nederlandsesoorten.nl/content/gladde-slang-coronella-austriaca-ssp-austriaca>.

17 Van Delft & Keijsers, 'Gladde slang', in: *De amfibieën en reptielen van Nederland. Nederlandse Fauna 9*, 2009, p. 291-300.

18 RAVON, 'Let op reptielen bij aanpak effecten stikstof', in: *RAVON Balans 2020*, Nijmegen: Stichting RAVON, december 2020, p. 18-19.

19 A.J.M. Jansen et al., 'Herstelmaatregelen', in: *Herstelstrategieën stikstofgevoelige habitats: Ecologische onderbouwing van de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Deel I: Algemene inleiding op herstelstrategieën: beleid, kennis en maatregelen*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie 2020, p. 111-156.

20 Het betreft de gebiedsanalyses van de Natura 2000-gebieden Fochteloërveen, Dwingelderveld, Bargerveen, Veluwe, Deurnsche Peel & Mariapeel, Groote Peel en Meinweg, geraadpleegd via www.natura2000.nl.



Figuur 1. Verspreiding gladde slang (boven) ten opzichte van de ligging van Natura 2000-gebieden in Nederland met een overschrijding van de kritische depositiewaarde (KDW) ten opzichte van stikstof (onder). De gladde slang komt vrijwel uitsluitend voor in Natura 2000-gebieden die stikstofgevoelig zijn. Bronnen: Van Delft & Keijsers (2009)²¹, RIVM (2020)²².

genoemd of toegelicht. De term is binnen de ecologie en natuurbeheer een veelgebruikte term voor maatregelen om door de mens toegedane schade aan landschapsecologische systemen te herstellen voor het behoud en ontwikkeling van de natuur. Herstelmaatregelen kregen een vlucht vanaf

1989 toen onder meer door de gevolgen van ‘zure regen’ in het Nationaal Milieubeleidsplan (NMP) en in 1990 in het Natuurbeleidsplan (NBP) effectgericht beleid werd uitgewerkt met herstelmaatregelen om de effecten van verzuring, verdroging en vermessing tegen te gaan.²³ Sindsdien worden effectgerichte herstelmaatregelen uitgevoerd en onder het Overlevingsplan Bos en Natuur (OBN)²⁴, in het leven geroepen in 1995, worden deze herstelmaatregelen geëvalueerd, gemonitord en geëvalueerd op effectiviteit door deskundigenteams per landschapstype.

De term herstelmaatregelen heeft een juridische lading gekregen toen deze werd gebruikt om maatregelen aan te duiden om de gevolgen van een te hoge stikstofdepositie tegen te gaan. In het PAS is dankbaar gebruik gemaakt van de jarenlange ervaring met en evaluaties van effectgerichte herstelmaatregelen uit het OBN. Effectgerichte herstelmaatregelen uit het OBN zijn, na een grondige review door internationale deskundigen, gebruikt om herstelstrategieën voor stikstofgevoelige habitats te bepalen en herstelmaatregelen per gebied uit te werken in gebiedsanalyses.²⁵ In de zogenaamde PAS-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State (de Afdeling) is er uitvoering ingegaan op de definitie van de term herstelmaatregel in het kader van het PAS en de juridische positie in de Wnb, de Vrl en de Hrl.²⁶ Herstelmaatregelen in het kader van de stikstofproblematiek betreffen maatregelen die gericht zijn op het bestendig maken van de natuur tegen de gevolgen van een overbelasting door stikstof. Dit kunnen bijvoorbeeld aanvullende beheermaatregelen betreffen om stikstof af te voeren, maar ook hydrologische maatregelen om het landschapsecologische systeem weerbaarder te maken tegen de gevolgen van een te hoge stikstofdepositie. Uit de hiervoor aangegeven uitspraak van de Afdeling blijkt dat maatregelen die geheel los van een plan, project of programma worden getroffen om herstel- en verbeterdoelen te realiseren, moeten worden geduid als instandhoudingsmaatregelen die nodig zijn krachtens artikel 3 lid 1 en 2, onderdelen b, c en d, en artikel 4 lid 1 eerste volzin en lid 2 Vrl en artikel 6 lid 1 Hrl. Hoe de maatregelen in het kader van een programmatische aanpak, of zoals voorgesteld in het wetsvoorstel Wet stikstofreductie en natuurverbetering (Wsn), juridisch moeten worden geduid, hangt af van de noodzaak van deze maatregelen voor het voorkomen van verslechtering en verstoring. Daarvoor is bepalend of maatregelen nodig zijn om de huidige staat van instandhouding van (stikstofgevoelige) natuurwaarden in een Natura 2000-gebied in een gunstige staat te behouden of te herstellen

21 Van Delft & Keijsers, ‘Gladde slang’, in: *De amfibieën en reptielen van Nederland. Nederlandse Fauna 9*, 2009, p. 291-300.

22 RIVM, *Presentatie Stikstof-reductie opties, effectiviteit en streefwaarden*, 6 maart 2020, RIVM Milieu & Veiligheid.

23 Expertisecentrum LNV, *Evaluatie Kennisnetwerk Overlevingsplan Bos en Natuur*, Eindrapport, oktober 2004, Ede: Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

24 ‘Overlevingsplan Bos en Natuur’ is inmiddels een oude term. Vanaf medio 2006 staat OBN voor ‘Ontwikkeling en Beheer Natuurkwaliteit’.

25 Alterra Wageningen UR & Programmadiirectie Natura 2000 van het Ministerie van Economische Zaken (2014), *Herstelstrategieën stikstofgevoelige habitats. Ecologische onderbouwing van de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS). Deel 1*.

26 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

(instandhoudingsmaatregel) of dat maatregelen nodig zijn om een mogelijke verslechtering of verstoring die kan leiden tot een significant effect te voorkomen (passende maatregel). Als herstelmaatregelen worden getroffen in een Natura 2000-gebied waar de staat van instandhouding van natuurwaarden is geborgd en er geen sprake is van een mogelijke verslechtering of verstoring die kan leiden tot een significant effect, dan is er geen sprake van een passende of instandhoudingsmaatregel. In die gevallen geldt de uitzondering op de verboden conform artikel 3.3 lid 7 onder a en artikel 3.8 lid 7 onder a Wnb dus niet.

Maar waar staan passende en instandhoudingsmaatregelen beschreven? Conform artikel 2.2 Wnb dienen GS zorg te dragen voor de uitvoering van passende en instandhoudingsmaatregelen in hun provincie. Zij dienen ook een Natura 2000-beheerplan op te stellen (art. 2.3 lid 1 Wnb) waarin onder meer de passende en instandhoudingsmaatregelen dienen te zijn beschreven (art. 2.3 lid 2 Wnb). Hoewel er reeds vele Natura 2000-beheerplannen definitief zijn vastgesteld en er voor enkele reeds de tweede ronde aan zit te komen, zijn er tevens Natura 2000-beheerplannen die nog in een concept- of ontwerpfasen zitten en nog niet definitief zijn vastgesteld. Behalve in een Natura 2000-beheerplan kunnen passende en instandhoudingsmaatregelen echter ook beschreven staan in een ander plan of programma (art. 2.3 lid 5 Wnb) of een programmatische aanpak (art. 1.13 Wnb), zoals in de gebiedsanalyses die voor het PAS zijn opgesteld. Een vastgesteld Natura 2000-beheerplan of geldend plan, programma of programmatische aanpak vormt daarmee een belangrijk document welke herstelmaatregelen moeten worden beschouwd als passende of instandhoudingsmaatregelen. Hoewel het PAS is gesneuveld, bevatten de herstelstrategieën en de gebiedsanalyses de best beschikbare wetenschappelijke kennis van noodzakelijke herstelmaatregelen om de Natura 2000-instandhoudingsdoelstellingen te kunnen bereiken. Deze herstelmaatregelen kunnen om die reden tevens worden beschouwd als passende of instandhoudingsmaatregelen waarvoor uitzondering op de verboden zoals aangegeven in artikel 3.3 lid 7 onder a en artikel 3.8 lid 7 onder a Wnb van toepassing is. Mocht het wetsvoorstel Stikstofreductie en natuurverbetering worden aangenomen, dan staan de herstelmaatregelen tevens beschreven in het aangegeven programma stikstofreductie en natuurverbetering (voorgesteld art. 1.12b).

Is de uitzondering op de verboden richtlijnconform?

Met betrekking tot passende maatregelen en instandhoudingsmaatregelen volgt er uit artikel 3.3 lid 7 onder a en artikel 3.8 lid 7 onder a Wnb dat er geen toetsing nodig is aan de afwijkingsgronden van de Wnb voor de soortbeschermingsbepalingen. Er is immers in de wet aangegeven dat de verboden niet van toepassing zijn. Wel blijft uiteraard de zorgplicht gelden, op grond waarvan een initiatiefnemer voldoende rekening dient te houden met in het wild levende

soorten en, indien dit redelijkerwijs te vergen is, nadelige effecten dient te voorkomen of ongedaan te maken. Het vertrouwen van de wetgever in dit ‘vangnet’ is groot. In de MvT staat onder de toelichting op de artikellieden onder a aangegeven dat toepassing van de passende en instandhoudingsmaatregelen door professionele particuliere of private organisaties ook een zorgvuldige afweging ter zake borgt.²⁷ Er is met de uitleg van de wetgever geen sprake meer van de noodzaak van een zorgvuldige afweging ter zake (met uitzondering van de zorgplicht). Maar mag de Nederlandse wetgever zomaar de verbodsbepalingen met betrekking tot Europees beschermde soorten buiten toepassing verklaren? Zoals hiervoor aangegeven is de wetgever van mening dat hij deze mogelijkheid heeft, op basis van jurisprudentie van het HvJ EU.²⁸ Die jurisprudentie betrof onderling strijdige Natura 2000-doelstellingen op basis van artikel 6.1 Hrl, waartussen een keuze kan worden gemaakt. Het betrof echter géén uitspraak over de ruimte om tussen de Vrl- en Hrl-doelstellingen voor gebieds- en soortenbescherming een beslissing te nemen.

Al eerder is in een publicatie hierop ingegaan en is geconstateerd dat niet uit de aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EU kan worden gehaald dat passende en instandhoudingsmaatregelen de verbodsbepalingen en de vrijstellings- en ontheffingsgronden uit het soortenbeschermingsregime mogen doorkruisen.²⁹

De wetgever heeft hier een te brede opvatting van de in de uitspraak aangegeven ruimte om tussen doelstellingen te mogen kiezen

In het Guidance document artikel 12 en artikel 16 Hrl van de Europese Commissie (het Guidance document)³⁰ wordt ingegaan op overlap van de bepalingen met betrekking tot gebiedsbescherming en soortenbescherming. Het doel van beide typen beschermingsregimes is om te komen tot een gunstige staat van instandhouding van in Europa voorkomende habitats en populaties van soorten. De Commissie geeft aan dat de overlap in de typen bescherming nodig is om de doelstelling van de Hrl te kunnen bereiken en daarvoor dienen beide typen beschermingsregimes elkaar aan te vullen. Met andere woorden: beide typen beschermingsregimes gelden naast elkaar en vergen een eigenstandige beoordeling. Het creëren van een bevoegdheid om te prioriteren tussen doelstellingen van het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime lijkt mij om die reden niet correct.

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, nr. 3, p. 263.

28 *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, nr. 3, p. 263.

29 C.W. Backes, L. Boerema, A.A. Freriks & M.M. Kaajan, *Natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

30 EC, Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC. Final version, february 2007.

Daarnaast staat in het Guidance document met betrekking tot de uitzonderingsbepaling op het soortenbeschermingsregime van de Hrl: *‘Article 16 must be fully and formally transposed with unquestionable binding force. The criteria to be met before granting a derogation must be reproduced in specific national provisions. National transposition measures should guarantee the full application of Article 16, without modifying its terms, without selectively applying its provisions and without adding supplementary conditions or derogations not provided for by the Directive. Mere administrative practices are not sufficient.’*

In het Guidance document staat verder aangegeven dat er sprake dient te zijn van een ‘volledige’ toepassing van de uitzonderingsbepaling in artikel 16 Hrl, zónder wijziging van de voorwaarden en zonder selectieve toepassing van de daarin opgenomen voorwaarden. Er mogen door de lidstaten zelf ook geen aanvullende voorwaarden of uitzonderingen worden bepaald, waaronder de nietvantoepassing-verklaring van de verbodsbepalingen. Ook de Vrl bevat een limitatieve opsomming van aan strikte voorwaarden verbonden uitzonderingsbepalingen op het beschermingsregime (art. 9 Vrl). Het is de lidstaten niet toegestaan om aanvullende uitzonderingsbepalingen in het leven te roepen. Het is niet bij voorbaat zeker dat instandhoudingsmaatregelen of passende maatregelen in voorkomend geval niet de gunstige staat van instandhouding van betrokken soort(en) in gevaar brengen, zoals hiervoor aangegeven in het voorbeeld met de gladde slang. Hiermee kan dus niet bij voorbaat met zekerheid (voorzorgsbeginsel) worden gesteld dat in alle gevallen de passende of instandhoudingsmaatregelen de gunstige staat van instandhouding van de betrokken soort niet in gevaar brengen. Op basis van de afwegingen hiervoor ben ik van mening dat de uitzondering op de verbodsbepalingen in sub a van de betrokken artikelen van de Wnb in strijd zijn met de Vrl en Hrl. Men zou dan ook, mijns inziens, in ieder individueel geval moeten vaststellen of de uitvoering van passende en instandhoudingsmaatregelen een inbreuk maakt op de soortenbeschermingsverboden.

Doorkijk naar de Omgevingswet

Aangezien de Omgevingswet, naar verwachting, over een jaar in werking zal treden, is het nuttig om te kijken of de uitzondering op de soortbeschermingsverboden voor passende en instandhoudingsmaatregelen daarin is overgenomen. Onder de Omgevingswet zijn afwijkingen van en uitzonderingen op de soortbeschermingsverboden opgenomen in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal). Hierin vinden we de uitzondering op de verbodsbepalingen uit de Wnb inderdaad terug, onder artikel 11.37 lid 2 onder b (met betrekking tot soorten beschermd conform de Vrl), artikel 11.46 lid 2 onder b (met betrekking tot soorten beschermd conform de Hrl), en artikel 11.54 lid 2

onder c (met betrekking tot ‘andere’ beschermde soorten).³¹ De tekst is gewijzigd ten opzichte van de bepalingen in de Wnb: er is in het Bal (in art. 11.38 lid 2 onder b) expliciet aangegeven dat het verbod om zonder een omgevingsvergunning een flora en fauna-activiteit te verrichten, niet geldt als de activiteit uitvoering geeft aan:

*‘1°. een instandhoudingsmaatregel als bedoeld in de artikelen 3, eerste lid en tweede lid, onder b, c en d, en 4, eerste lid, eerste zin, en tweede lid, van de vogelrichtlijn of artikel 6, eerste lid, van de habitatrichtlijn; of
2°. een passende maatregel als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de habitatrichtlijn.’*

Hoewel er in het Bal tevens een uitzondering op de omgevingsvergunningplicht is opgenomen voor gevallen aangewezen in een programma (art. 11.41 lid 1, art. 11.49 lid 1 en art. 11.55 lid 1 Bal), is de uitzondering voor passende en instandhoudingsmaatregelen juridisch explicieter vermeld. Daardoor kan er in de praktijk minder verwarring ontstaan over de uitzondering voor passende en instandhoudingsmaatregelen die genoemd zijn in een Natura 2000-beheerplan of programma. Wederom zijn er echter geen voorwaarden opgenomen voor deze uitzondering op de soortbeschermingsverboden uit de Vrl en Hrl, onder dezelfde toelichting als de hiervoor aangegeven redenen in de MvT Wnb, waardoor de strijdigheid met de Vrl en Hrl blijft bestaan. Ook onder de Omgevingswet blijft hiermee het gevaar aanwezig dat de gunstige staat van instandhouding van in Natura 2000-gebieden voorkomende beschermde soorten in het geding kan komen.

Aanbevelingen voor de praktijk

Uitvoering van de herstelmaatregelen in Natura 2000-gebieden is uiteraard zeer gewenst. Ik ben ook zeker geen tegenstander van herstelmaatregelen. Wel ben ik vooral voorstander van een goede en correcte soortenbescherming, bij zowel rode als groene ontwikkelingen. Dat de wetgever heeft aangegeven dat bij conflicten tussen verschillende doeleinden een beslissing kan worden genomen, ontslaat hem mijns inziens niet van de plicht om na de keuze onder die omstandigheden te toetsen aan de criteria van artikel 9 Vrl en artikel 16 Hrl en daarmee aan de voorwaarden zoals genoemd onder artikel 3.3 lid 4 en artikel 3.8 lid 5 Wnb. Een toetsing zal dan volgens mij overigens wel kunnen worden uitgevoerd, met dien verstande dat de alternatievenoverweging dan moet zien op de redelijkerwijs te vergen alternatieven bij uitvoering van de passende of instandhoudingsmaatregelen. Een geldig wettelijk belang heeft de wetgever zelf reeds aangegeven in de MvT, namelijk de bescherming van flora en fauna. Maar voornamelijk de waarborg van een gunstige staat van instandhouding lijkt mij één van de belangrijkste voorwaarden om te voldoen aan de doelstellingen van de Vrl en Hrl. Niet alle passende en instandhoudingsmaatregelen leiden (zonder mitigerende

³¹ Conform de geconsolideerde versie van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), december 2020.

maatregelen) tot een waarborg van de aldaar voorkomende populaties beschermde soorten. Veel passende en instandhoudingsmaatregelen zijn voornamelijk gericht op effecten op vegetaties en habitattypen, aangezien voornamelijk die in directe zin gevoelig zijn voor een overmatige stikstofdepositie. Daarnaast hebben ook de provincies en het Rijk andere verplichtingen die in algemene zin toezien op de bescherming van bedreigde habitats en soorten, zoals aangegeven in artikel 1.12 Wnb. Door niet te toetsen aan de voorwaarden voor ontheffingen en vrijstellingen bij ingrepen in voor bepaalde beschermde soorten belangrijke kerngebieden (zoals aangegeven met het voorbeeld van de gladde slang), kunnen deze populaties ernstig worden aangetast.

Door de wetgever en desgevraagd door verschillende bevoegd gezagen wordt vooraansnog aangegeven dat een toets aan de soortbeschermingsverboden niet nodig is. Ik vind dit zorgelijk, zoals ook aangegeven hiervoor, in verband met mogelijke negatieve gevolgen voor de gunstige staat van instandhouding van in Natura 2000-gebieden voorkomende beschermde soorten.

De uitzondering op de verbodsbepalingen voor passende maatregelen en instandhoudingsmaatregelen, zoals aangegeven in de wet, vrijwaart niet van het zorgvuldig handelen voortvloeiende uit de zorgplicht, met name met betrekking tot bedreigde en beschermde soorten.

De zorgplicht zou in deze gevallen moeten dienen als vangnet

In de parlementaire geschiedenis van de Wnb wordt aangegeven dat de zorgplicht met name bedoeld is als instrument om de in het wild levende planten en dieren in een gunstige staat van instandhouding te houden. Dit vergt vooral een focus op mogelijke nadelige gevolgen voor de staat van instandhouding en niet zozeer op nadelige gevolgen voor ieder exemplaar afzonderlijk. Dit volgt uit een passage uit de Nota naar aanleiding van verslag, waarin de volgende toelichting staat: *‘Toepassing van de zorgplicht – in situaties waarin er geen concreet voorschrift ter bescherming van de desbetreffende natuurwaarde van toepassing is – brengt mee dat de nadelige gevolgen van handelingen voor een individueel dier moeten worden bezien in het licht van de gevolgen voor de staat van instandhouding van de soort waartoe het dier behoort. Gaat het slecht met een soort, dan zal de zorgplicht veelal meebrengen dat betrokkene zijn handeling niet uitvoert of dat hij zodanige maatregelen treft dat de nadelige gevolgen uitblijven. Gaat het goed met een soort, dan is er veel meer handelingsruimte.*³² Deze uitleg geeft mijns inziens de noodzaak aan om onder meer bij de uitvoering van herstelmaatregelen, toch te kijken naar het effect van de maatregelen op de gunstige staat van instandhouding van bedreigde en beschermde soorten. Met nadelige effecten zoals aangegeven in de zorgplicht zou ik aanbe-

velen om de maatstaf te hanteren dat hier sprake van is als de gunstige staat van instandhouding in het geding komt. Nadelige effecten moeten worden voorkomen, beperkt of ongedaan worden gemaakt, zodanig dat de gunstige staat van instandhouding niet in het geding komt als gevolg van de handeling. Hoewel de zorgplicht in de praktijk enkel wordt gezien als een fatsoensnorm en er vrijwel niet aan wordt getoetst, biedt de zorgplicht het enige ‘redmiddel’ voor bedreigde en beschermde soorten in stikstofgevoelige gebieden waar de komende tijd intensieve maatregelen worden uitgevoerd.

Conclusie

In dit artikel heb ik uiteengezet dat het buiten toepassing verklaren van de soortbeschermingsverboden voor passende en instandhoudingsmaatregelen mijns inziens niet richtlijnconform is. De Vrl en Hrl geven geen ruimte aan een lidstaat om – zonder te voldoen aan de afwijkingsgronden van de verboden – een uitzondering van de verboden in het leven te roepen. De gevolgen voor de gunstige staat van instandhouding van onder meer via deze richtlijnen beschermde soorten kunnen groot zijn. Om populaties te beschermen tijdens de uitvoering van passende maatregelen en instandhoudingsmaatregelen en daarmee mijns inziens te voldoen aan de doelstellingen van de Vrl en Hrl, zou de invulling van de zorgplicht moeten zijn gericht op het waarborgen van de staat van instandhouding van de betrokken populaties. Zeker omdat de provincies verantwoordelijk zijn voor het behoud en in een gunstige staat brengen van populaties en zij tevens het bevoegd gezag zijn voor het grootste deel van de handelingen die worden verricht in het kader van passende maatregelen en instandhoudingsmaatregelen, roep ik het bevoegd gezag bij deze op om in de voorlichting over de wet aandacht te schenken aan de in dit artikel aangegeven omissie in de Wnb en invulling van de zorgplicht. Tevens vraag ik de wetgever om de interpretatie van de hiervoor genoemde uitzondering te heroverwegen aan de hand van de verplichtingen die voortvloeien uit de Vrl en Hrl.

Summary

The Dutch Nature Conservation Act (Wnb) provides for a special exception to the prohibitions in the context of species protection for necessary conservation measures (Article 3(1) and (2)(b), (c) and (d), and Article 4(1), first sentence, and (2) Birds Directive and Article 6(1) Habitats Directive) and appropriate conservation measures (Article 4(4) Birds Directive and Article 6(2) Habitats Directive). There are no requirements attached to this exception, which does not require a review of the grounds for derogation from the prohibitions. This raises the question of whether, when implementing necessary or appropriate conservation measures, sufficient account is taken of protected species of, among others, the Birds Directive and the Habitats Directive. In this article, I deal with possible effects on protected species through the implementation of neces-

32 Kamerstukken II 2014/15, 33348, nr. 9, zie par. 4.15 Inhoud zorgplicht.

sary and appropriate conservation measures. The example, among other examples, of the smooth snake (*Coronella austriaca*), protected by Article 12 and 16 of the Habitats Directive, shows that there is a risk of a negative impact on the favourable conservation status if protected species are not taken into account when implementing measures. The article also discusses the question of how conservation objectives relate to species protection. The EC makes it clear that area protection and species protection apply side by side and require an independent assessment. The creation of a power to prioritise between the objectives of the area protection regime and the species protection regime does not seem appropriate. It is clear from the article that EU Member States are not allowed to create additional derogations over and above those provided for in the Birds or Habitats Directives. This means that the Dutch Nature

Conservation Act contravenes these Directives. It should therefore, in my view, be established in each individual case whether the implementation of necessary and appropriate conservation measures infringes on the species protection prohibitions. One solution, until the law is amended, is to emphasise the precautionary principle contained in the Dutch Nature Conservation Act and to apply it in order to guarantee the favourable conservation status in any case.

Over de auteur

S. Hunink BSc.

Ecoloog en adviseur natuurwetgeving bij het ecologisch adviesbureau Ecologica. Secretaris van de werkgroep Wet natuurbescherming van het Netwerk Groene Bureaus. Lid van de redactie van *NBR*.