

# 354. Bepaling staat van instandhouding van soorten

SANDER HUNINK

In 2021 heeft de Europese Commissie de geactualiseerde versie van de Richtsnoeren inzake de strikte bescherming van diersoorten van communautair belang uit hoofde van de Habitatrichtlijn (hierna: de richtsnoeren) gepubliceerd.<sup>1</sup> In een eerder gepubliceerd artikel in de *NBR* is de geactualiseerde versie reeds grotendeels behandeld.<sup>2</sup> Daarin is aangegeven dat er in een separaat nummer nader wordt ingegaan op de bepaling van de gunstige staat van instandhouding van soorten in het kader van het soortenbeschermingsregime, aan de hand van de geactualiseerde richtsnoeren. Dit artikel voorziet daarin.

## Inleiding

Voor het toestaan van een afwijking van de soortenbeschermingsverboden uit de Wet natuurbescherming (Wnb) dient het bevoegd gezag te voldoen aan drie criteria, waaronder het criterium dat, kort gezegd, de staat van instandhouding van de betreffende beschermde soort niet verder verslechtert als gevolg van de toe te stane handeling. Voor de toetsing aan het criterium dient te worden bepaald wat de staat van instandhouding van de betreffende soort(en) is, alvorens het effect van een handeling op deze staat kan worden bepaald. In de uitvoeringspraktijk van het soortenbeschermingsregime van de Wnb blijkt dat bepaling van de staat van instandhouding en de definitie van ‘populatie’ op verschillende wijzen worden ingevuld.<sup>3, 4, 5</sup> Veelal is onduidelijk aan welke populatie wordt gerefereerd (landelijk of regionaal) en hoe de staat van instandhouding van de betrokken populatie is bepaald. De nieuwe inzichten door de geactualiseerde richtsnoeren voor de hiervoor genoemde

problematiek, worden in dit artikel nader uiteengezet met het hiervoor aangehaalde artikel van Zijlmans (zie noot 2) als opstap.

## Wettelijk kader

Het soortenbeschermingsregime van de Wnb is uitgewerkt in hoofdstuk 3 van deze wet. In de paragrafen 3.1, 3.2 en 3.3 zijn de verbodsbepalingen opgenomen met betrekking tot respectievelijk vogels van art. 1 Vogelrichtlijn (Vrl), dieren en planten van Bijlage IV van de Habitatrichtlijn (Hrl), Bijlage I en II van de Conventie van Bern en Bijlage I van de Conventie van Bonn, en ‘andere’ soorten, genoemd in de bijlage van de Wnb. De bepalingen hebben betrekking op het verbod om, al dan niet opzettelijk, exemplaren te vangen of te doden, te verstoren, eieren te rapen, planten te plukken of uit te steken, of nesten, voortplantingsplaatsen, dan wel rustplaatsen te beschadigen of te vernielen.

Uitgezonderd de handelingen waarop de verboden niet van toepassing zijn, is een afwijking van de verboden alleen mogelijk via een vrijstelling of ontheffing. De vrijstellings- en ontheffingscriteria zijn dezelfde per beschermingsregime en staan aangegeven in art. 3.3 lid 4 Wnb met betrekking tot vogels die zijn beschermd volgens paragraaf 3.1, art. 3.8 lid 5 Wnb met betrekking tot soorten die zijn beschermd volgens paragraaf 3.2 of art. 3.10 lid 2 jo. art. 3.8 lid 5 Wnb met betrekking tot ‘andere’ soorten die beschermd zijn conform paragraaf 3.3. Vrijstelling of ontheffing kan uitsluitend worden verleend als is voldaan aan elk van de in deze artikelen genoemde criteria, namelijk, kort gezegd, dat:

- er voor de handeling geen andere bevredigende oplossing bestaat;
- dat zij nodig is vanwege een in de Wnb genoemd belang; en

1 Europese Commissie, *Richtsnoeren inzake de strikte bescherming van diersoorten van communautair belang uit hoofde van de habitatrichtlijn*, C(2021) 7301 final, Brussel, 12 oktober 2021.

2 J. Zijlmans (2022). ‘Geactualiseerde richtsnoeren soortenbescherming Habitatrichtlijn’, *NBR* 2022/3, nr. 164.

3 H.J.G.A. Limpens & M.J. Schillemans, ‘Methodiek voor de beoordeling van de staat van instandhouding van een vleermuispopulatie in een concreet plangebied’, *Toets* 2016, nr. 1.

4 K. Bastmeijer, ‘Onderzoek naar de betekenis van “de gunstige staat van instandhouding”, met name in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming’, *Legal Advice for Nature*, Tilburg, 2018.

5 Zie de toelichting bij de Regeling van de minister voor Natuur en Stikstof van 26 juli 2022, nr. WJZ / 21093226, houdende wijziging van de Regeling natuurbescherming en de Omgevingsregeling in verband met het landelijk niet openen van de jacht op de wildsoort konijn en het niet openen van de jacht op de wildsoort haas in de provincies Groningen, Limburg en Utrecht, *Stcr.* 2022, 19875.

- c. dat de maatregelen niet leiden tot verslechtering van de staat van instandhouding van de desbetreffende soort of herstel van een ongunstige staat van instandhouding niet hinderen.

Voor dit artikel wordt enkel gefocust op het laatste criterium. Om hieraan te kunnen toetsen, dienen eerst een aantal vragen te worden beantwoord: wat is de staat van instandhouding (SvI) van betrokken soort(en) en wordt deze op een zodanige manier beïnvloed door een vrij te stellen of te ontheffen handeling dat er sprake is van een verslechtering of hindering van het behoud of herstel van een gunstige SvI? Indien de SvI niet wordt aangetast, staat (op voorwaarde dat aan de overige criteria wordt voldaan) het bevoegd gezag niets in de weg om de vrijstelling of ontheffing te verlenen.

Zoals reeds uitgewerkt in een eerder artikel<sup>6</sup>, heeft de Afdeling aangegeven dat, als bij besluitvorming het effect op de SvI door het besluit onbekend is, de zekerheid dat de SvI niet wordt aangetast moet zijn geborgd in het besluit.<sup>7</sup> De mogelijkheid om deze zekerheid te borgen, is door middel van bindende beperkingen aan het besluit. Dat kan volgens de Afdeling niet door middel van de verwijzing naar de mogelijkheden in de Wnb om een ontheffing naderhand te wijzigen of in te trekken.<sup>8</sup> Ook mag volgens de Afdeling niet worden volstaan met ondervangen van een kennislacune door na het nemen van een besluit door deskundige ecologen nog uit te voeren onderzoeken, monitoring of plannen, voor zover niet middels bindende voorwaarden effecten dienen te worden gemitigeerd of gecompenseerd.<sup>9</sup> Er dient, met andere woorden, een bepaalde mate van zekerheid te worden gegeven van de effecten van de toegestane handelingen en de effecten van te treffen mitigatie of compensatie, als deze noodzakelijk zijn om de SvI te waarborgen. Dit vereist inzicht in de aantoonbare (bewezen) effectiviteit van maatregelen. De problematiek voor definitie en vaststelling van bewezen effectieve maatregelen voor de praktijk komt in een volgend artikel aan de orde. Voor dit artikel is duidelijk dat de noodzaak van dergelijke maatregelen afhangt van het antwoord op de vraag wat de SvI van een betrokken populatie is en of deze staat door handelingen negatief zal worden beïnvloed of niet.

## Probleemstelling

Om aan het vrijstellings- of ontheffingscriterium met betrekking tot de waarborging van de SvI te kunnen toetsen, dient eerst de SvI van betrokken populatie bekend te

zijn. In de uitvoeringspraktijk is het echter niet altijd duidelijk wat moet worden verstaan onder een populatie, wie de SvI dient te bepalen en wanneer de SvI van een populatie in het geding komt. Tevens is er, met uitzondering van enkele rapporten, opgesteld in opdracht van de provincie Gelderland,<sup>10,11</sup> vooralsnog geen goed beeld van de SvI van beschermde soorten op regionaal niveau. Op nationaal niveau zijn met name de SvI's van de Vrl- en Hrl-soorten bekend vanwege de verplichte, zes jaarlijkse rapportages conform art. 12 Vrl en art. 17 Hrl. Regionale overheden (met uitzondering dus van provincie Gelderland) geven ook geen inzicht in de SvI op regionaal niveau, zodat het onduidelijk is welke data zij gebruiken om aan het criterium te toetsen. Dit zorgt ervoor dat de bepaling van de SvI veelal aan de initiatiefnemer en diens adviseurs wordt overgelaten, zonder een duidelijk voorgeschreven methodiek hoe de SvI te bepalen. Dit blijkt onder meer uit de toelichting die door het voormalig ministerie van Economische Zaken (EZ) is gepubliceerd<sup>12</sup>, uit diverse handreikingen die door provincies zijn gepubliceerd,<sup>13, 14, 15</sup> toelichtingen op aanvraagformulieren en uit de inhoud van verschillende door de minister goed gekeurde gedragscodes.<sup>16</sup> De vraag is of zo op een eenduidige wijze de SvI van betrokken populaties overeenkomstig wordt bepaald en of de bepaling van de SvI aan de initiatiefnemers kan worden overgelaten. Het is van belang deze vragen te beantwoorden, aangezien het gevaar bestaat dat zonder regie of een eenduidige methodiek de bepaling van de SvI van betrokken populaties van beschermde soorten resulteert in verschillende uitkomsten en zo de effecten op de SvI worden onderschat. In de paragrafen hierna wordt op deze vragen ingegaan.

## Bepalen staat van instandhouding

Bepaling van de SvI hangt vooral af van de definitie van een populatie.

Volgens de geactualiseerde richtsnoeren is de definitie: *'een groep exemplaren van dezelfde soort die tegelijkertijd in een afgebakend geografisch gebied leven en (mogelijk) met elkaar kruisen (d.w.z. met een gemeenschappelijke genenpool)'*.<sup>17</sup>

6 J. Zijlmans & S. Hunink (2021). 'Gedragscode "Natuurinclusief renoveren" niet richtlijnconform', *NBR* 2021/5, Nr. 392.

7 ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:853, r.o. 12.3.

8 Hierbij wordt verwezen naar de mogelijkheden in art. 5.4 Wnb om een ontheffing in te trekken of te wijzigen (art. 5.4 lid 1) of een goedkeuring in te trekken van een gedragscode als bedoeld in art. 3.31 lid 1 aanhef Wnb, als de SvI of de trend in de SvI daartoe noodzaak (art. 5.4 lid 9).

9 ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:853, r.o. 12.5.

10 D. Logemann (2018). *Staat van instandhouding. Factsheets voor 25 soorten in Gelderland*. Arcadis, Arnhem.

11 E. van Norren (red.), 2019. *Staat van instandhouding Gelderland. Factsheets voor 24 soorten in Gelderland*, Rapport 2019.09. Zoogdierverseniging, Nijmegen.

12 Ministerie van Economische Zaken (2016). *Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen*. Versie 1.3, december 2016. Ministerie van EZ, Den Haag.

13 H.T. Scholten-Huizendveld (2021). *Soortenbescherming in Overijssel. Handreiking voor het aanvragen van een ontheffing*, februari 2021. Provincie Overijssel, Zwolle.

14 Omgevingsdienst Haaglanden (2020). *Richtlijn ontheffing soortenbescherming*. Versie juli 2020. ODH, Den Haag.

15 Provincie Utrecht (2022). *Handleiding aanvraag ontheffing soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen*. Versie 2, juni 2022. Provincie Utrecht, Utrecht.

16 Bijvoorbeeld de goedgekeurde gedragscode soortenbescherming van Rijkswaterstaat.

17 Zie noot 1.

De bescherming van een populatie hangt ook af of deze zich via natuurlijke weg heeft verspreid of dat de soort zowel direct als indirect door de mens is verspreid; alleen soorten in hun natuurlijk verspreidingsgebied vallen volgens de richtsnoeren onder de reikwijdte van de Europese richtlijnen.

Is er eenmaal een populatie in Nederland gevestigd dan is deze, met uitzondering van endemische soorten, vaak een onderdeel van een groter geheel. Een populatie houdt veelal niet op bij een administratieve grens, tenzij het een barrière is die zorgt voor een ruimtelijke scheiding tussen verschillende groepen van een soort.

## Bepaling van de SvI hangt vooral af van de definitie van een populatie

Een voorbeeld hiervan is de ruige dwergvleermuis. Uit ringonderzoek is gebleken dat de populatie van deze soort zich uitstrekt over een groot gedeelte van Europa.<sup>18</sup> De ruige dwergvleermuis (*Pipistrellus nathusii*) kent een sterke seizoenstrek en kan daarbij afstanden afleggen tot tweeduizend kilometer. Dieren uit Midden- en Oost-Europa trekken vanaf medio augustus in zuidwestelijke richting om elders in Europa te overwinteren. Daarbij doen zij ook Nederland aan en paren dan in het najaar alvorens te overwinteren. In het voorjaar trekken de inmiddels bevruchte vrouwtjes terug naar Midden- en Oost-Europa om daar in kraamkolonies jongen te baren en deze groot te brengen. De exemplaren van deze soort die in Nederland worden aangetroffen, vormen daarmee een onderdeel van een Europeesbrede populatie. Effecten op trekkende, parende of overwinterende exemplaren in Nederland hebben dan ook een potentieel effect op het reproductievermogen van de populatie van de soort in Europa.

Ook binnen Nederland kan de begrenzing van een populatie afhangen van factoren als actieradius, ruimtelijke verspreiding, verbindingen, genenpool enzovoort. Zo komt de gladde slang (*Coronella austriaca*) in Nederland zeer versnipperd voor in oude hoogveengebieden en heideterreinen, zoals de Veluwe, verschillende heide- en veenterreinen in de Peel, het Bargerveen en de Sint-Pietersberg bij Maastricht. De ruimtelijke scheiding tussen bijvoorbeeld de groep op de Veluwe en de verschillende andere groepen in Nederland zorgt ervoor dat gesproken kan worden van verschillende populaties in Nederland. Overigens vormen enkele groepen exemplaren in heide- en veengebieden in de grensstreken grensoverschrijdende populaties in België en Duitsland.<sup>19</sup> Duidelijk is dat het effect op een populatie gladde slang in bijvoorbeeld de Deurnsche Peel geen enkel effect heeft op de populatie op de Veluwe. Dit zijn weliswaar wat extreme voorbeelden van enerzijds een populatie

op Europese schaal en anderzijds zeer beperkte populaties op regionale of zelfs lokale schaal, maar het illustreert de complexiteit van de toepassing van de definitie van een populatie en de daarmee samenhangende bepaling van de staat van instandhouding van die populatie.

Dat de vraag of er sprake is van een populatie die zich binnen het natuurlijk verspreidingsgebied bevindt of niet, soms lastig te beantwoorden is, wordt onder meer geïllustreerd door een recent genetisch onderzoek naar de authenticiteit van de vroedmeesterpad (*Alytes obstetricans*) in Nederland.<sup>20</sup> In dat onderzoek zijn DNA-monsters van verschillende populaties in Nederland vergeleken met monsters uit populaties elders in Europa. Hoewel bevestigd werd dat de populaties van de soort in andere provincies dan Limburg niet tot het natuurlijk verspreidingsgebied behoren, bleek verrassend genoeg dat enkele populaties in Zuid-Limburg – dicht bij de inheemse populaties – óók een niet-natuurlijke verspreiding kennen.

In de richtsnoeren wordt om die reden ook gewezen op populaties binnen een biogeografische zone binnen een lidstaat, hoewel Nederland als geheel deel uitmaakt van één biogeografische regio (namelijk de Atlantische zone).<sup>21</sup> De Vrl en Hrl hebben tot doel de Europese populaties in een gunstige SvI te brengen (*favourable conservation status*) in hun natuurlijke verspreidingsgebied. Iedere lidstaat moet daaraan bijdragen door de populaties te beschermen in de biogeografische regio's binnen hun grenzen. Dit hangt samen met de verplichting van iedere lidstaat om iedere zes jaar de SvI te rapporteren van populaties van beschermde soorten in de biogeografische regio's in de lidstaat (cf. art. 17 Hrl), zodat, volgens de richtsnoeren, op die manier het mogelijk is om deze informatie per biogeografische regio te bundelen. Volgens de *Explanatory Notes and Guidelines*, behorende bij het format voor de art. 17 Hrl-rapportage, moet elke lidstaat weliswaar de resultaten voor zijn grondgebied meedelen, maar dient hij ook aan te geven wat het respectieve aandeel is van de regionale populatie die het deelt met andere landen.<sup>22</sup> De SvI van een soort binnen de biogeografische regio in een lidstaat is volgens de richtsnoeren zeer relevant voor de overweging van een afwijking. De richtsnoeren benadrukken dan ook dat de verplichtingen uit hoofde van art. 12 Hrl een gedeelde verantwoordelijkheid van de lidstaten zijn.

De SvI wordt bepaald aan de hand van de status en trend in de verspreiding, populatieomvang van de soort, de kwali-

18 [www.zoogdierveniging.nl/zoogdiersoorten/ruige-dwergvleermuis](http://www.zoogdierveniging.nl/zoogdiersoorten/ruige-dwergvleermuis).

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

20 P. Lemmers et al. 'Genetisch onderzoek aan de Vroedmeesterpad (*Alytes obstetricans*) in Limburg. Genetische diversiteit, vitaliteit en authenticiteit van populaties'. *Natuurhistorisch Maandblad* 8 (110), p. 182-189.

21 Zie 'Map of the biogeographical regions as approved by the Habitats Committee in May 2011' op het Reference portal for reporting under Article 17 of the Habitats Directive. Pdf te raadplegen op [www.eionet.europa.eu](http://www.eionet.europa.eu).

22 DG Environment, *Reporting under Article 17 of the Habitats Directive: Explanatory notes and guidelines for the period 2013-2018*, Final version May 2017, Brussels, p. 188.

teit van het leefgebied en het toekomstperspectief.<sup>23</sup> De SvI kan volgens de Hrl (art. 1 onder i) als gunstig worden beschouwd als:

- uit populatiedynamische gegevens blijkt dat de betrokken soort nog steeds een levensvatbare component is van de natuurlijke habitat waarin hij voorkomt, en dat vermoedelijk op lange termijn zal blijven;
- de natuurlijke range van die soort niet kleiner wordt of binnen afzienbare tijd lijkt te zullen worden; en
- er een voldoende groot leefgebied bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van die soort op lange termijn in stand te houden.

Deze definitie is ook opgenomen in de begripsbepaling in art. 1.1 Wnb. De Afdeling heeft over voorgaande definitie overwogen dat om de SvI te bepalen, *het effect moet worden vastgesteld van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het grondgebied, bedoeld in artikel 2 van de Habitatrichtlijn*.<sup>24</sup>

Het voorbeeld van de populatie van de ruige dwergvleermuis laat zien dat bij een dergelijke grensoverschrijdende en biogeografisch overstijgende populatie het de vraag is of de overweging van de Afdeling stand kan houden met betrekking tot de beoordeling van de effecten op de populatie op grondgebiedsniveau. De vraag is wat de reikwijdte van de toets moet zijn om de effecten op de populatie in beeld te brengen.

### Reikwijdte populatie

De SvI van een soort, zoals bedoeld in de Europese richtlijnen en de Wnb, geeft dus aan hoe het gaat met de verspreiding en grootte van de populaties van de soort in het natuurlijke verspreidingsgebied. Deze wordt als gunstig beschouwd als de populaties van een soort op lange termijn ‘levensvatbaar’ zijn. Dat wil zeggen dat de populaties van de soort groot genoeg zijn om niet afhankelijk te zijn van andere (meta)populaties, voldoende leefgebied hebben en dit ook lange tijd zo zal blijven.<sup>25</sup> In principe moet ieder bevoegd gezag bij besluit tot vrijstelling of bij ontheffingverlening ervan verzekerd zijn dat de gunstige SvI van een populatie niet (verder) wordt aangetast. In de richtsnoeren staat beschreven dat de toetsing aan het criterium met betrekking tot de waarborging van een gunstige SvI in principe een tweetrapsanalyse betreft. Eerst dient te worden bepaald wat de SvI is van de populatie binnen het natuurlijk verspreidingsgebied. Daarbij hoort ook, indien van toepassing, het gedeelte van het natuurlijk verspreidingsge-

bied buiten de grenzen van de lidstaat, als de populatie zich daarbuiten strekt. Ten tweede is een toets nodig van het effect van een vrij te stellen of te ontheffen handeling op de *betrokken* populatie. Deze toetsing betreft volgens de richtsnoeren in feite een toets op twee verschillende niveaus: dat van het natuurlijk verspreidingsgebied en dat van de betrokken populatie.

### De richtsnoeren benadrukken dan ook dat de verplichtingen uit hoofde van art. 12 Hrl een gedeelde verantwoordelijkheid van de lidstaten zijn

Voor de beantwoording van voorgaande vraag moet eerst worden bepaald wat wordt verstaan onder populatie in de zin van de hiervoor genoemde toetsing. Uit de richtsnoeren en jurisprudentie komt naar voren dat moet worden gekeken naar de ‘betrokken populatie’ (*populations of the species concerned*). Dat betekent de populatie die wordt geraakt door de handeling. Volgens de Afdeling wordt de reikwijdte bepaald door het gebied waarin de effecten het meest merkbaar zijn.<sup>26</sup> In het geval er sprake is van een lokaal effect kan worden volstaan met een effectanalyse op de ‘lokale’ populatie of het geraakte deel van de betrokken populatie, zoals in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Raad van State is overwogen: *‘Door deze beoordeling op lokaal gebied is in dit geval de staat van instandhouding van de betrokken soorten beoordeeld, ook voor zover het natuurlijk verspreidingsgebied van enkele soorten zich buiten het onderzoeksgebied uitstrekt, nu de geringe lokale effecten de conclusie staven dat op het niveau van de populatie van de soort geen effecten optreden die die staat van instandhouding verslechteren.’*

Dit betekent echter wel dat als een activiteit gevolgen heeft op een groter gebied, ook de reikwijdte van de effectanalyse moet worden uitgebreid.

Ook de richtsnoeren houden een vergelijkbare toelichting aan: afwijkingen moeten voor een specifieke plaats worden toegestaan, aangezien het primaire effect ervan zich op lokaal niveau voordoet. Dit weerhoudt volgens de richtsnoeren het bevoegd gezag niet van de plicht om, voorafgaand aan het toestaan van een afwijking, de SvI van de betrokken populatie en het effect van de afwijking op zowel lokaal als op het niveau van de biogeografische regio (of, als deze regio groter is dan de grenzen van de lidstaat, op het niveau

23 Zie noot 13.

24 Zie o.a. ECLI:NL:RVS:2021:2306.

25 Volgend uit de begripsbepalingen in art. 1.1 lid 1 Wnb. Overigens, een metapopulatie is een ruimtelijk gestructureerde populatie die in de tijd blijft bestaan als een set van lokale populaties met beperkte onderlinge dispersie (S. van Nouhuys (2016) ‘Metapopulation Ecology’. In: eLS. John Wiley & Sons, Ltd: Chichester).

26 Zie ECLI:NL:RVS:2020:1160, r.o. 16.2. Deze lijn heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State herhaald in uitspraken van 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2384, r.o. 10.4 en 10.5, en 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2306, r.o. 7.4 en 8.2, en lijkt inmiddels vaste jurisprudentie te zijn. In de uitspraak van 7 oktober 2020 verwijst de Afdeling naar een uitspraak van het Europees Hof van Justitie (punt 59 van het arrest van 10 oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:851) waarin eveneens de lijn wordt gehanteerd dat bij de overweging of de staat van instandhouding in het geding komt, kan worden gekeken naar het gebied waarin de effecten van de ontheffing het meest merkbaar zijn.

van het grondgebied van de lidstaat) te onderzoeken. Wat onder lokaal of regionaal moet worden beschouwd, is wat onduidelijk en wordt mijns inziens bewust niet verduidelijkt om ruimte te geven aan de praktijk. Gezien de toelichting in de richtsnoeren, wordt met 'lokaal' in ieder geval bedoeld: 'kleiner dan op het niveau van een lidstaat' of, als een lidstaat meerdere biogeografische regio's overlapt, 'kleiner dan op het niveau van een biogeografische regio'. Dit wordt onder meer geïllustreerd door de toelichting in de richtsnoeren dat indien de SvI en de toestand van de soort verschillen op de geografische niveaus, eerst dient te worden gekeken naar het lokale populatieniveau en vervolgens naar het niveau van de populatie op biogeografisch niveau.

### Dit betekent echter wel dat als een activiteit gevolgen heeft op een groter gebied, ook de reikwijdte van de effectanalyse moet worden uitgebreid

Daarbij moet ook rekening worden gehouden met het eventueel cumulatieve effect van andere afwijkingen voor dezelfde soort in die biogeografische regio (zie hierna). Voor de beeldvorming: de biogeografische regio waar Nederland deel van uit maakt, strekt zich uit vanaf Portugal tot en met Denemarken en beslaat geheel Ierland, Groot-Brittannië, Nederland, een deel van Portugal, Spanje, Frankrijk, België, Duitsland en Denemarken. Nederland is een relatief klein land en sommige populaties van soorten kunnen daarmee al snel grensoverschrijdend zijn, met name soorten met een grote actieradius. Met 'lokaal' wordt mijns inziens bedoeld op het kleinste niveau dat nog als afzonderlijke populatie van de betrokken soort kan worden beschouwd, onder toepassing van de hiervoor aangegeven definitie van een populatie. Ecologisch gezien zouden sommige populaties in Nederland al op een lokaal niveau te beschouwen zijn en kunnen zij in feite niet als een zelfstandige, ruimtelijk gescheiden populatie worden gezien (zoals het voorbeeld van de ruige dwergyleermuis of bijvoorbeeld de wolf). In die gevallen moet ook het effect op de delen van de 'lokale' populatie buiten de grenzen van een lidstaat worden meegenomen in de toetsing.

Verder moet worden opgemerkt dat de richtsnoeren erop wijzen dat als de bevoegdheden om afwijkingen toe te staan zijn gedecentraliseerd naar een regionale overheid, het toestaan van afwijkingen op nationaal niveau moet worden gecoördineerd, gemonitord en er een toezicht moet worden gehouden op de verleende afwijkingen om zorg te dragen dat de som van de afwijkingen niet zal leiden tot nadelige gevolgen voor de SvI van een soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied. In dat kader wordt in de richtsnoeren nogmaals gewezen op het belang om daarbij ook het effect van de afwijkingen op grensoverschrijdende populaties mee te nemen.

## Cumulatietoets

De cumulatietoets is ook onderdeel van de toets of de SvI wordt geraakt door een handeling.<sup>27</sup> Deze toets vindt pas plaats nadat is geconstateerd dat er door een handeling sprake is van een overtreding van een verbodsbepaling waarvoor (ondanks het nemen van maatregelen) een natuurtoestemming nodig is. De cumulatietoets komt dus op een andere plaats dan bij de gebiedsbescherming het geval is. Bij gebiedsbescherming vindt de cumulatietoets plaats in de voortoets en Passende Beoordeling met betrekking tot de beoordeling of er, afzonderlijk dan wel cumulatief gezien, sprake is van een kans op significante gevolgen (volgend uit art. 2.7 lid 1 en 2 Wnb). Bij soortenbescherming komt deze cumulatietoets pas om de hoek kijken na de toets of de handeling zélf leidt tot een overtreding waarvoor een natuurtoestemming nodig is. De toets vormt in feite onderdeel van een van de vrijstellings- en ontheffingscriteria met betrekking tot de beoordeling van de gevolgen op de staat van instandhouding van een soort. Dat dit verschil ertoe doet, blijkt uit het voorbeeld van de beoordeling of een handeling leidt tot afname van de ecologische functionaliteit van een nest, voortplantings- of rustplaats (overtreding verboden in art. 3.1 lid 2, art. 3.5 lid 4 en art. 3.10 lid 1 onder b Wnb). Het is dan mijns inziens niet de vraag of een handeling in cumulatie met andere handelingen leidt tot een zodanige afname van de ecologische functionaliteit dat hierdoor de verbodsbepalingen worden overtreden. Bij de beoordeling van het antwoord op de vraag of er sprake is van overtreding moet voor de handeling *an sich* de huidige situatie worden vergeleken met de realisatiefase en de gebruiksfase. Daarbij moeten effecten van huidige ontwikkelingen wel worden meegenomen, maar is het aan initiatiefnemers van toekomstige ontwikkelingen om die ontwikkelingen te toetsen aan de dan geldende situatie. Wel dient de vraag te worden beantwoord of de aangevraagde natuurtoestemming voor de handeling kan worden verleend, gezien de mogelijke cumulatieve impact van huidige én toekomstige ontwikkelingen op de betrokken populatie. Daarbij kan worden aangesloten bij de gedefinieerde reikwijdte van de cumulatietoets onder de gebiedsbescherming: alleen overlappende effecten qua ruimte en tijd van andere plannen of projecten dienen te worden meegenomen.<sup>28</sup>

## Vereiste zekerheid gunstige SvI bij toestaan afwijking

Zoals hiervoor aangegeven, dient bij besluitvorming helder te zijn dat de gunstige SvI niet in het geding komt door de toe te stane handeling. De richtsnoeren lichten toe dat het nettoresultaat van een afwijking en de daaraan verbonden

27 Zie ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1160, r.o. 16.2; zie ook de Richtsnoeren, overweging 3-72, p. 76.

28 Zie ook ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2384, r.o. 10.4.

voorschriften neutraal óf positief moeten zijn voor de SvI van een soort.<sup>29</sup>

Dit houdt in dat het doel tot het bereiken van een gunstige SvI op geen enkele wijze in gevaar mag worden gebracht. Als een soort zich in een ongunstige SvI bevindt, mag een afwijking alleen bij wijze van *uitzondering* worden toegestaan volgens de richtsnoeren, met de nuance dat de SvI niet verder mag verslechteren en ook het herstel van een gunstige SvI niet wordt verhinderd. Van belang is dat in de beoordeling van het effect van een afwijking ook rekening moet worden gehouden met het voorzorgsbeginsel. Als er onduidelijkheid is over het effect op de SvI, bijvoorbeeld doordat de gebruikte gegevens niet voldoende robuust en betrouwbaar zijn, dan dient het bevoegd gezag de afwijking niet toe te staan.<sup>30</sup> Is de SvI onbekend, dan geven de richtsnoeren aan dat, vanwege het voorzorgsbeginsel, een afwijking niet kan worden toegestaan. In dat geval zou het namelijk onmogelijk zijn om het effect van de afwijking op de SvI vast te stellen.

De richtsnoeren noemen een paar aanvullende belangrijke aandachtspunten voor de beoordeling van het effect van afwijkingen op de SvI. Zo wordt er gewezen op de doeltreffendheid van maatregelen om uiteindelijk een neutraal óf positief effect te hebben op de SvI. Deze moeten passend, doeltreffend en verifieerbaar zijn. Ook wordt er gewezen op de mogelijkheid om zogenaamde soortenactieplannen toe te passen en te verbinden aan afwijkingen om de SvI van soorten te herstellen of te behouden. Dit voorbeeld in de richtsnoeren doet sterk denken aan het concept van een gebiedsontheffing op basis van een soortenmanagementsplan, waarbij idealiter eerst maatregelen met positieve effecten op de populatie worden gerealiseerd en daarna afwijkingen kunnen worden toegestaan. Het netto-effect van de afwijkingen is daarmee positief. Ook deze maatregelen dienen passend, doeltreffend en verifieerbaar te zijn, zodat de vereiste zekerheid van het effect op de SvI bij besluitvorming verkregen kan worden.

Onder paragraaf 3.3.3. van de richtsnoeren wordt nader ingegaan op de rol van compenserende maatregelen en waar zij aan moeten voldoen. Deze dienen gericht te zijn op compensatie van het effect op populatieniveau, dienen een goede kans te hebben op succes, gebaseerd op beste praktijken (*best practices*), dienen de vooruitzichten van een soort op het bereiken van een gunstige SvI te verbeteren en dienen vóór of uiterlijk tijdens het toegestane overtreden van het verbod van kracht te zijn.

## Aanbevelingen voor de praktijk: wie dient de SvI te bepalen?

De beschrijving hiervoor laat zien dat voor de bepaling van de SvI een studie vereist is op basis van trendgegevens op het gebiedsniveau van de betrokken populatie, kennis van het leefgebied en de toekomstige, ruimtelijke ontwikkelingen en mogelijkheden voor de populatie op verschillende niveaus. De methodiek dient zodanig te zijn dat de resultaten een objectief beeld geven. Zoals ook aangegeven door de Zoogdierverseniging<sup>31</sup>, zijn er vooralsnog echter weinig tot geen gegevens bekend over de SvI op provinciaal niveau, laat staan op regionaal of lokaal niveau. Dit heeft onder meer te maken met het gebrek aan inzicht in trends op deze niveaus<sup>32</sup>, alsook door het gebrek aan een objectieve analyse van de regionale en lokale toekomstperspectieven voor populaties. Bij gebrek aan gegevens over de SvI moet deze worden gezien als een kennislacune. In dat geval moeten alle effecten worden voorkomen (mitigatie) of ongedaan worden gemaakt (compensatie) om geen effect te hebben op de SvI van de lokale populatie (voorzorgsbeginsel).

## De richtsnoeren lichten toe dat het nettoresultaat van een afwijking en de daaraan verbonden voorschriften neutraal óf positief moeten zijn voor de SvI van een soort

Aangezien het bevoegd gezag bij besluitvorming moet voldoen aan de vrijstellings- en ontheffingscriteria, dient het, in geval dat de SvI onbekend is, de zekerheid te hebben dat de maatregelen ter mitigatie en compensatie van de effecten bewezen effectief zijn. Het inzicht in welke maatregelen wanneer effectief bewezen zijn, is echter eveneens een kennislacune waarnaar de minister van LNV nader onderzoek laat verrichten.<sup>33</sup> Overigens betekent dit ook dat als de SvI gunstig is en niet verder verslechtert als gevolg van een handeling, er geen directe noodzaak is tot het treffen van bewezen effectieve maatregelen. In die gevallen zou meer ruimte kunnen worden toegestaan voor experimentele maatregelen waarvan het effect op voorhand niet bekend is. Uiteraard dient er dan ook te worden voldaan aan de andere twee ontheffingscriteria met betrekking tot de afwezigheid van andere bevredigende oplossingen en een in de wet genoemd belang.

De SvI dient vooral objectief te worden bepaald aan de hand van wetenschappelijke studies naar de verspreiding,

<sup>29</sup> Zie noot 2.

<sup>30</sup> Zie o.m. ECLI:EU:C:2019:851, r.o. 66, 68 en 69.

<sup>31</sup> H.J.G.A. Limpens & M.J. Schillemans (2016). 'Methodiek voor de beoordeling van de staat van instandhouding van een vleermuispopulatie in een concreet plangebied'. *Toets* 2016/1.

<sup>32</sup> Zie toelichting in *Strct.* 2022, 19875.

<sup>33</sup> Zoals aangekondigd in de Kamerbrief van minister van LNV aan de Tweede Kamer van 20 september 2021, betreffende 'Groen in de stad en knelpuntenanalyse natuurinclusief bouwen'.

trend en het toekomstperspectief van populaties.<sup>34, 35</sup> Daarvoor dient allereerst te worden gekeken naar de begrenzing van populaties en de eventueel te herkennen deelpopulaties. Na identificatie van de populatie(s) kan worden bepaald welke de trend en het toekomstperspectief zijn, voor zover er voldoende betrouwbare gegevens verzameld zijn. Het toekomstperspectief wordt uiteraard bepaald door verschillende factoren en te verwachten ontwikkelingen op de middellange en lange termijn. Deze analyse is zeker geen sinecure en kan mijns inziens niet worden overgelaten aan de initiatiefnemer. Er is voor een dergelijke analyse een goed beeld nodig op een zodanig schaalniveau dat het de belangen van de initiatiefnemer overstijgt. Het is dan ook niet redelijk en billijk om een dergelijke analyse te vergen van een initiatiefnemer of diens adviseur. Daarnaast kunnen de belangen van een initiatiefnemer de inschatting van het toekomstperspectief 'kleuren', terwijl juist een objectieve analyse gevraagd wordt. Zeker ook vanwege de bewaking van de continuïteit van een objectief bepaalde SvI en de hiervoor al aangegeven plicht van lidstaten om de SvI en het effect van toegestane afwijkingen op de SvI te monitoren en er toezicht op te houden, zou ik er sterk voor pleiten dat het bevoegd gezag deze taak op zich neemt. In de Wnb is deze plicht in principe ook opgenomen als onderdeel van de verplichtingen die het heeft tot behoud en ontwikkeling van een gunstige SvI van bedreigde habitats en soorten (zie o.a. art. 1.12 lid 1 Wnb). Bepaling van de SvI is daarmee, mijns inziens, voorbehouden aan het bevoegd gezag.

De initiatiefnemer dient uiteraard in beeld te brengen wat het effect is van een voorgenomen handeling op de SvI en op welke wijze dat kan worden voorkomen of ongedaan gemaakt. Deze toets valt binnen de reikwijdte van de belangen van de initiatiefnemer en ook binnen diens verantwoordelijkheden en plichten om in aanmerking te komen voor een ontheffing van de soortbeschermingsverboden.

Resumerend betekent het voorgaande dat als een negatief effect op de SvI door een afwijking kan optreden, deze afwijking alleen kan worden toegestaan als uit wetenschappelijke gegevens blijkt dat dit effect kan worden gecompenseerd. Bij soorten die een ongunstige SvI hebben, mag volgens de richtsnoeren alleen bij uitzondering een afwijking worden toegestaan onder strenge voorwaarden. Of

een afwijking inderdaad leidt tot een negatief effect op de Sv, hangt af van de schaal waarop gekeken wordt. Mijns inziens dient er volgens de richtsnoeren te worden gekeken op populatieniveau dat, zoals geïllustreerd aan de gegeven voorbeelden, afhangt van de soort. Soorten met een beperkte verspreiding en actieradius en een grote ruimtelijke scheiding tussen andere populaties, zullen kwetsbaarder zijn voor de effecten van afwijkingen dan soorten met een ruime verspreiding of overbrugbare ruimtelijke scheiding tussen populaties. Zeker als de SvI ongunstig of onbekend is, is de vraag om de toepassing van zodanige maatregelen waarvan het effect bekend is, of door de wetenschap aangegeven *best practices* bij een gebrek daaraan, om een afwijking te mogen toestaan.

## Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de bepaling van de staat van instandhouding van beschermde soorten in het kader van het soortenbeschermingsregime, aan de hand van de geactualiseerde Richtsnoeren inzake de strikte bescherming van diersoorten van communautair belang uit hoofde van de Habitatrichtlijn. Deze richtsnoeren in acht nemende, zou mijns inziens meer gekeken moeten worden naar de betrokken populaties volgens de ecologische definitie van de term 'populatie'. Dat betekent in de praktijk een focus op de daadwerkelijke omvang, verspreiding, trend en toekomstperspectief van de betrokken populatie, zowel binnen als buiten de administratieve grenzen van het bevoegd gezag. Idealiter neemt het bevoegd gezag zelf de regie om op een eenduidige wijze de staat van instandhouding van populaties te bepalen, zeker gezien de complexiteit en omvang van de bepaling ervan. Daardoor kan het risico op onderschatting van effecten op populaties van beschermde soorten worden verkleind en ook de gevraagde waarborging van de staat van instandhouding tijdens besluitvorming beter worden onderbouwd.

*Dit artikel is afgesloten op 14 september 2022.*

### Over de auteur

**S. Hunink BSc.**

Adviseur natuurwetgeving bij ecologisch project- en adviesbureau NatuurInclusief en redactielid van NBR.

34 K. Bastmeijer (2018). 'Onderzoek naar de betekenis van "de gunstige staat van instandhouding", met name in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming', *Legal Advice for Nature*, Tilburg.

35 Ter Harmsel et al., *Staat van instandhouding haas en konijn*, Rapport 3153, Wageningen Environmental Research, Wageningen, 2022.