

392. Gedragscode 'Natuurinclusief renoveren' niet richtlijnconform

JACQUELINE ZIJLMANS EN SANDER HUNINK

Afgelopen april deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een belangrijke uitspraak¹ over het instrument van een gedragscode als vrijstelling voor beschermde soorten onder de Wet natuurbescherming. Deze uitspraak heeft een brede impact op de beoordeling van natuurtoestemmingen in het kader van het soortenbeschermingsregime. In dit artikel behandelen wij de uitspraak en bespreken op zowel juridisch als ecologisch vlak welke de consequenties zijn voor het instrument gedragscode en natuurtoestemmingen in het algemeen. Aan bod komen onder meer het belang van een gedegen alternatievenoverweging, de waarborging van de staat van instandhouding en de daarmee gepaard gaande geëiste zekerheid van de effectiviteit van maatregelen.

1. Inleiding

De klimaatverandering stelt de maatschappij voor grote dilemma's. Een van de dilemma's is hoe onze huizen te verduurzamen op zo'n manier dat we minder energiebronnen nodig hebben die leiden tot uitstoot van schadelijke stoffen en minder afhankelijk zijn van fossiele brandstoffen, zonder impact te hebben op de biodiversiteit. In onze vaak slecht geïsoleerde huizen bieden de vele spouwen, kieren en gaten uitstekende nest-, voortplantings- of rustplaatsen voor streng beschermde soorten als de huismus, gierzwaluw en diverse vleermuissoorten. Renovatie van die huizen kan leiden tot overtreding van verboden in de Wet natuurbescherming (Wnb), zoals het verbod op het verstoren en doden van dieren, het vernielen en wegnemen van nesten en verblijfplaatsen en in sommige gevallen het aantasten van hun leefgebied. Dit leidt tot de noodzaak van een natuurtoestemming in de vorm van een ontheffing of een vrijstelling op basis van artikel 3.31 Wnb, door de minister van LNV goed te keuren gedragscode.

Een dergelijke gedragscode is opgesteld voor grootschalige renovaties van woningen die voldoen aan het zogeheten 'Nul Op de Meter'-keur (NOM-keur). De Gedragscode Natuurinclusief Renoveren² is opgesteld om te zorgen voor een eenvoudige, snelle en voorspelbare handelswijze om soorten te beschermen tijdens renovatieprojecten. Tegen het goedkeuringsbesluit van de minister van LNV hadden SEVON (*Stichting Ecologisch Vleermuis Onderzoek Nederland*) en Witte

Mus (*Huisumus Bescherming Nederland Stichting Witte Mus*) – hierna: eiseres 1, respectievelijk eiseres 2 – beroep ingesteld bij de Rechtbank Noord-Holland die op 29 november 2018 uitspraak deed.³ Wij besteedden reeds uitgebreid aandacht aan deze uitspraak.⁴ De rechtbank oordeelde zeer positief over de Gedragscode. Alle door eiseressen tegen de Gedragscode ingediende beroepen werden ongegrond verklaard. De beroepen betroffen de in de Gedragscode aangevoerde belangen, die zich volgens eiseressen niet met de limitatieve opsomming van de gronden genoemd in artikel 9 Vogelrichtlijn (Vrl), respectievelijk artikel 16 Habitatrichtlijn (Hrl) zouden verdragen; de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde van artikel 9 Vrl, respectievelijk artikel 16 Hrl en de 'gunstige staat van instandhouding'-voorwaarde. Daarnaast hadden eiseressen nog beroep ingediend vanwege de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de Gedragscode. Tegen de uitspraak van de rechtbank hebben eiseressen vervolgens hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling of ABRvS) ingesteld. Dit artikel is gewijd aan de, op 21 april 2021, door de Afdeling in de hoger beroepszaak⁵ gedane uitspraak. Na een uitgebreide samenvatting van de overwegingen van de Afdeling (par. 2) worden de, naar onze mening, belangrijkste juridische (par. 3), respectievelijk ecologische (par. 4) aspecten van de uitspraak becommentarieerd.

Op de valreep van het afsluiten van dit artikel heeft het ministerie van LNV, op 21 juli 2021, een nieuw goedkeuringsbesluit gepubliceerd inzake de Gedragscode soortenbescherming

1 ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:853.

2 Voluit: 'Gedragscode Natuurinclusief renoveren, bestemd voor projecten met het Nul op de Meter (NOM) Keur', Besluit van 18 december 2017, *Stcrt.* 2018, 198.

3 Zaaknr. 201900294/1/R2.

4 Jacqueline Zijlmans en Reinetta Roepers, 'Gedragscode soortenbescherming richtlijnconform?', *NBR* 2019/3, nr. 65.

5 ECLI:NL:RVS:2021:853.

Provinciale Infrastructuur van het IPO.⁶ Hieraan zal in paragraaf 5, zij het beknopt, aandacht worden besteed. Met name zal worden stilgestaan bij de 'geen andere bevredigende oplossing'- en 'gunstige staat van instandhouding'-uitzonderingsvoorwaarden.

Dit artikel wordt afgesloten met een aantal samenvattende conclusies en aanbevelingen (par. 6).

2. Uitspraak Afdeling 21 april 2021

Rechtstreeks beroep op artikel 9 lid 1 Vrl en artikel 16 lid 1 Hrl voor de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde (r.o. 7)

Om te beginnen staat de Afdeling stil bij de implementatie in artikel 3.31 Wnb van de drie voorwaarden waaraan uitzonderingen ingevolge de artikelen 9 en 13 Vrl en artikel 16 Hrl op het door de door de richtlijnen geboden soortenbeschermingsregimes dienen te voldoen, namelijk: het voortbestaan van de gunstige staat van instandhouding van beschermde soorten, de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde en de aanwezigheid van een (limitatief) in artikelen 9 Vrl en 16 Hrl genoemd belang.

Met verwijzing naar haar eerdere uitspraak van 30 juni 2010⁷ onderstreept de Afdeling dat de voorwaarde in artikel 3.31 lid 2 sub c jo. lid 3 sub a Wnb vereist dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. Deze voorwaarde, welke ook bij geen opzet-situaties van toepassing is, vereist inhoudelijk hetzelfde als artikel 3.3 lid 4 onder c en artikel 3.8 lid 5 onder c Wnb⁸ en is volgens de Afdeling een correcte omzetting van artikel 13 Vrl en artikel 16 lid 1 Hrl. Terwijl de voorwaarde van het behoud in een gunstige staat van instandhouding en de aanwezigheid van een in de richtlijnen genoemd belang volgens de Afdeling correct zijn geïmplementeerd in artikel 3.31 lid 2 onder a, sub 1° en 2°, en artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3, aanhef en onder a, Wnb, is dit niet het geval voor de voorwaarde van 'geen andere bevredigende oplossing'. Deze voorwaarde kan volgens de Afdeling niet richtlijnconform in artikel 3.31 Wnb worden ingelezen. Voor die voorwaarde kunnen eiseressen een rechtstreeks beroep op de artikel 9 lid 1 Vrl en artikel 16 lid 1 Hrl doen.

De betogen van eiseres 1 ('vleermuizen')

Categorale uitzondering voor ingrijpende handelingen (r.o. 8)
Het eerste betoog van eiseres 1 betreft de categorale uitzondering voor ingrijpende handelingen. Volgens eiseres had

de minister de Gedragscode niet mogen goedkeuren omdat daarmee ingrijpende handelingen, ongeacht het aantal en de locatie, kunnen worden verricht en daardoor in de praktijk niet kan worden vastgesteld of elke aparte ingreep waardoor artikel 3.5 Wnb⁹ wordt overtreden, voldoet aan de drie voorwaarden van artikel 3.8 lid 5.¹⁰

Volgens eiseres 1 brengt artikel 16 Hrl met zich dat ook als vele overtredingen met één algemeen instrument of besluit mogelijk worden gemaakt, net zozeer moet worden voldaan aan deze drie voorwaarden als wanneer één overtreding met een specifieke beslissing mogelijk wordt gemaakt. Een gedragscode is daarom volgens eiseres 1 geen geschikt instrument voor ingrijpende handelingen die niet naar locatie of aantal zijn beperkt. Uit de Handreiking van de Commissie¹¹ volgt volgens eiseres dat het treffen van compenserende maatregelen niet wegneemt dat elke individuele overtreding aan de drie voorwaarden moet voldoen. Er zouden dan ook prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van het instrument van de gedragscode met artikel 16 Hrl moeten worden gesteld, met name voor soorten, zoals diverse vleermuissoorten, die niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren.

De Afdeling ziet echter geen reden om te betwijfelen dat artikel 16 Hrl ruimte biedt om een uitzondering op het bepaalde in artikel 12 te maken voor categorieën van handelingen, als die uitzondering aan deze strikte voorwaarden voldoet. Als een gedragscode, zoals eiseres terecht stelt, echter ingrepen omvat waardoor wordt afgeweken van de verbodsbepalingen van artikel 3.5 Wnb, waarmee artikel 12 Hrl is omgezet, dan moet bij het nemen van het goedkeuringsbesluit vaststaan dat het alleen ingrepen betreft die voldoen aan de drie voorwaarden van artikel 16 lid 1 Hrl. Artikel 3.31 lid 2 onder a onder 2° Wnb, en artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3 onder a Wnb, alsmede artikel 16 lid 1 Hrl, brengen volgens de Afdeling met zich mee dat een gedragscode alleen kan worden goedgekeurd als aan die drie vereisten is voldaan. Gelet op deze strikte eisen is het volgens de Afdeling aannemelijk dat, zoals eiseres stelt, een categorale uitzondering op de verbodsbepalingen voor ingrijpende werkzaamheden, zonder dat het aantal, de locatie of de gevolgen daarvan zijn begrensd, niet eenvoudig is te maken. In tegenstelling tot het standpunt van eiseres is dit volgens de Afdeling echter niet onmogelijk. De minister hoefde daarom niet enkel om deze reden op voorhand van goedkeuring van de Gedragscode af te zien, zonder eerst te beoordelen of daadwerkelijk aan deze eisen is voldaan. Omdat de opgeworpen vragen over het maken van een categorale uitzondering reeds kunnen worden beantwoord aan de hand van recht-

6 Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, 2021. Brief betreffende Goedkeuringsbesluit Gedragscode soortenbescherming Provinciale Infrastructuur, kenmerk 9994005947, Den Haag, 21 juli 2021.

7 ECLI:NL:RVS:2010:BM9649, r.o. 2.5.4.

8 Art. 3.3 lid 4 sub c en art. 3.8 lid 5 sub c Wnb.

9 In art. 3.5 Wnb is het beschermingsregime voor, onder andere, (bijlage IV, onderdeel A) de Habitatrichtlijnsoorten verankerd.

10 Dit zijn de (conform de uitzonderingsbepalingen in art. 9 Vrl en art. 16 Hrl) drie cumulatieve voorwaarden: geen andere bevredigende oplossing; dwingende reden; behoud van de gunstige staat van instandhouding.

11 *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, Final version, Brussel, februari 2007.

spraak van het Hof van Justitie van de EU (het Hof),¹² bestaat er volgens de Afdeling geen aanleiding tot het in dit verband stellen van prejudiciële vragen aan het Hof.

Opzettelijk doden en storen van vleermuizen (r.o. 9)

Vervolgens betoogt eiseres 1 met succes dat de maatregelen die in de Gedragscode staan niet daadwerkelijk voorkomen dat vleermuizen opzettelijk worden gedood en verstoord door de handelingen waarvoor de Gedragscode geldt. Vleermuizen die niet worden gesignaleerd, raken bij het isoleren van woningen ingesloten en sterven daardoor. De omgevingscheck is volgens eiseres om diverse redenen ontoereikend om volledig in kaart te brengen waar en hoeveel vleermuizen zich bevinden in de te renoveren woningen. Ook worden vleermuizen opzettelijk verstoord als zij in de winterperiode worden buitengesloten van hun rustplaatsen in de te renoveren woningen. Volgens eiseres omvat de Gedragscode daarom handelingen waardoor artikel 3.5 lid 1 en 2 Wnb worden overtreden. Naar het oordeel van de Afdeling kunnen niet alle maatregelen het opzettelijk doden van vleermuizen door insluiting voorkomen. De rechtbank had volgens de Afdeling moeten vaststellen dat de minister zich bij de beoordeling van de vraag of de Gedragscode voldoet aan artikel 3.31 lid 2 onder a onder 2° Wnb, en artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3 onder a Wnb alsmede artikel 16 lid 1 Hrl, op een onjuist uitgangspunt heeft gebaseerd, omdat de in de Gedragscode voorgeschreven werkwijze in zijn huidige vorm niet daadwerkelijk voorkomt dat vleermuizen opzettelijk worden gedood en gestoord door de handelingen die onder de reikwijdte van de Gedragscode vallen. De rechtbank had volgens de Afdeling moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit daarom is genomen in strijd met artikel 3:2 Awb.

Beschadigen en vernielen van voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen (r.o. 10-11)

Ook dit betoog van eiseres 1 slaagt. Niet vaststaat dat onder de categorale uitzondering op het verbod van artikel 3.5 lid 4 Wnb – om voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen te vernielen – die met de goedkeuring van de Gedragscode van kracht wordt, alleen ingrepen vallen die voldoen aan de daaraan te stellen voorwaarden. De partijen zijn het erover eens dat in dit verband als uitgangspunt moet worden genomen dat de handelingen waarover de Gedragscode gaat en het ongeschikt maken van bestaande verblijfplaatsen van vleermuizen om te voorkomen dat zij ingesloten raken, ertoe zullen leiden dat voortplantings- en rustplaatsen worden vernield en dat artikel 3.5 lid 4 Wnb dus wordt overtreden. Volgens eiseres heeft de rechtbank ten onrechte niet onderkend dat voor ‘bijzondere situaties’, die volgens de Gedragscode voor vervolgstappen moeten worden voorgelegd aan het bevoegd gezag, niet zonder meer het regime van artikel 3.31 lid 1 Wnb van toepas-

sing is en dat dit leidt tot rechtsonzekerheid. De Afdeling stelt voorop dat het goedkeuringsbesluit en de Gedragscode bepalend zijn voor de vraag of voor handelingen het regime van artikel 3.31 lid 1 Wnb geldt. Als dat niet geldt, dan is de verbodsbepaling van artikel 3.5 van toepassing, geldt er een ontheffingsplicht en kan handhavend worden opgetreden als er geen ontheffing is verleend. Er mag daarom geen onduidelijkheid bestaan over de vraag of een handeling onder het regime van artikel 3.31 lid 1 valt. De in de Gedragscode opgenomen beschrijving van wat er moet gebeuren bij een bijzondere situatie, is naar het oordeel van de Afdeling niet geschikt om zonder nadere objectivering te worden opgenomen in een gedragscode. Daartoe is van belang dat in deze beschrijving onder andere geen concrete procedurele en inhoudelijk eisen zijn gesteld aan het te voeren overleg en de nog te verrichten nadere beoordeling. Daarnaast is onduidelijk of het overleg en de beoordeling uitmonden in een appellabel besluit en zo ja, hoe zich dat verhoudt tot het regime van artikel 3.31 lid 1. Op basis van de beschrijving in de Gedragscode is dan ook onzeker of handelingen wel of niet worden uitgevoerd overeenkomstig die code. Op dit punt biedt de Gedragscode volgens de Afdeling onvoldoende rechtszekerheid. Zij concludeert dat de minister het goedkeuringsbesluit heeft genomen in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en artikel 3.31 lid 2 Wnb, wat de rechtbank niet heeft onderkend.

Vleermuizen die niet worden gesignaleerd, raken bij het isoleren van woningen ingesloten en sterven daardoor

Voorwaarde gunstige staat van instandhouding (r.o. 12)

Volgens eiseres 1 staat niet vast dat de Gedragscode alleen ingrepen betreft waarmee voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen worden vernield die geen afbreuk doen aan het streven de populaties van de twaalf vleermuissoorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. Artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3 onder a Wnb, vereist echter dat de minister in een geval als dit onderzoekt of er geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken vleermuissoorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. De minister moet daartoe bij het nemen van het goedkeuringsbesluit op het relevante lokale, regionale, landelijke of grensoverschrijdende niveau of niveaus vaststellen wat de staat van instandhouding van de populaties van de betrokken vleermuissoorten is en, vervolgens, wat de geografische en demografische impact is die de overtredingen daarop kunnen hebben. De minister moet in beginsel dan ook de impact van de overtredingen beoordelen op het niveau van het grondgebied van een plaatselijke populatie om vast te stellen wat het – cumulatieve – effect ervan is op de staat van instandhouding van de betrokken

12 O.a. HvJ EU 14 juni 2007, C-342/05, Commissie/Finland, ECLI:EU:C:2007:341, r.o. 25, 30 en 31 en 23 april 2020, C-217/19, Commissie/Finland, ECLI:EU:C:2020:291, r.o. 70.

populatie op grotere schaal.¹³ Voor de vleermuissoorten die volgens eiseres in een ongunstige staat van instandhouding verkeren, is het van belang dat ook voor deze soorten mag worden afgeweken van de verbodsbepalingen, als naar behoren en met inachtneming van het voorzorgsbeginsel is vastgesteld dat deze afwijkingen de ongunstige staat van instandhouding van deze populaties niet kunnen verslechteren of niet kunnen verhinderen dat deze in een gunstige staat van instandhouding worden hersteld.¹⁴ Als de minister bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet weet of daardoor de gunstige staat van instandhouding van vleermuizen in het geding komt, dan kan dat gelet op deze uitgangspunten niet worden ondervangen door de enkele omstandigheid dat de minister het goedkeuringsbesluit naderhand kan wijzigen of intrekken.

De Afdeling concludeert dat het goedkeuringsbesluit niet is gebaseerd op een evaluatie van de gevolgen die het beschadigen en vernielen van de voortplantings- en verblijfplaatsen van vleermuizen heeft voor het streven naar een gunstige staat van instandhouding van de populaties van deze vleermuizen in hun natuurlijke verspreidingsgebied. Gelet hierop heeft de minister bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet alle benodigde informatie vergaard waarmee hij kon beoordelen of de categorale uitzondering die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt alleen handelingen betreft die geen afbreuk doen aan het streven naar een gunstige staat van instandhouding van deze dieren, zoals artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3 onder a Wnb, vereist. De conclusie is volgens de Afdeling dan ook dat de rechtbank dit ten onrechte niet heeft onderkend. De rechtbank had moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit is genomen in strijd met artikel 3:2 Awb.

Voorwaarde 'geen andere bevredigende oplossing' (r.o. 13)
Volgens eiseres 1 heeft de rechtbank niet op juiste wijze beoordeeld of er geen andere bevredigende oplossing bestaat voor de toegestane ingrepen waardoor voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen worden vernield, door voorop te stellen dat het enige alternatief voor de Gedragscode is dat er individuele ontheffingen worden verleend. Eiseres verzoekt hierover prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Hiertoe bestaat volgens de Afdeling (met verwijzing naar het *CILFIT*-arrest van het HvJ EU)¹⁵ echter geen aanleiding aangezien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de opgeworpen vragen over artikel 16 lid 1 Hrl moet worden beantwoord. Er kan voor de afweging of er andere bevredigende oplossingen bestaan niet worden volstaan met het enkele argument dat zonder categorale uitzondering een ontheffingsplicht geldt. De Afdeling stelt vast dat in het goedkeuringsbesluit een afweging zoals hiervoor bedoeld ontbreekt. Niet inzichtelijk is hoeveel voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen

zullen worden beschadigd en vernield door de handelingen die worden toegestaan met de categorale uitzondering die door het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, noch wat het effect daarvan is op de staat van instandhouding van deze vleermuissoorten. De minister heeft dit dus ook niet kunnen afzetten tegen het effect op de staat van instandhouding die de door eiseres beoogde alternatieve methode voor het verrichten van deze handelingen met zich zou brengen. In aanmerking genomen dat de minister en De Brede Stroomversnelling ook niet hebben gekwantificeerd welke tijd en kosten zouden zijn gemoeid met de door eiseres genoemde alternatieve methode, waarin onderzoek wordt verricht in overeenstemming met het Vleermuisprotocol en waarbij bepaalde woningen niet of pas op een later moment worden gerenoveerd, ziet de Afdeling onvoldoende grond om deze andere methode op voorhand niet reëel te achten. Daarbij neemt zij in aanmerking dat eiseres onweersproken heeft gesteld dat een dergelijke methode wel is gevolgd bij woningbouw-renovatieprojecten waarvoor Wnb-ontheffingen zijn verleend. Dat in bijlage A van de Gedragscode staat dat de planning moet uitsluiten dat het ongeschikt maken en houden van verblijfplaatsen onnodig lang duurt en dat broed-, kraam- en paarseizoenen en winterslaap onnodig verloren gaan, zonder dat bindende kaders zijn gesteld aan de nog te maken afweging, is volgens de Afdeling ontoereikend om tot de conclusie te komen dat voor de handelingen die onder de categorale uitzondering van de verbodsbepalingen vallen die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, geen andere bevredigende oplossing voorhanden is. De Afdeling concludeert dat de minister bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet alle benodigde informatie heeft vergaard waarmee hij kon beoordelen of de categorale uitzondering die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt (zie r.o. 8) alleen handelingen betreft waarvoor geen andere bevredigende oplossing voorhanden is, zoals artikel 16 lid 1 Hrl vereist. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend en had volgens de Afdeling dan ook moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit ook in dit verband in strijd met artikel 3:2 Awb is genomen.

Voorwaarde gerechtvaardigd belang (r.o. 14)

Vervolgens betoogt eiseres 1 dat de rechtbank ten onrechte als uitgangspunt neemt dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van in de wet genoemd belangen, moet worden uitgegaan van een totaalbenadering vanwege het nationale karakter van de Gedragscode. Weliswaar zijn met het beperken van klimaatverandering in de wet genoemde belangen gemoeid en is isolatie van huizen nodig om daaraan een bijdrage te leveren, maar de minister heeft ten onrechte niet onderzocht of de overtredingen van de verbodsbepalingen die met de categorale uitzondering worden toegestaan, zijn aan te merken als ingrepen waarmee in de wet genoemde belangen zijn gemoeid. Volgens de minister moet de vraag of met de werkzaamheden in de wet genoemde belangen zijn gemoeid, worden beoordeeld voor alle met het goedkeuringsbesluit toegestane werkzaamheden samen en niet per individuele toegestane ingreep. De minister voert hier toe aan dat juist de landelijke schaal waarop werkzaam-

13 Vgl. HvJ EU 10 oktober 2019, C-674/17 (*Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, r.o. 57-61.

14 Id. noot 13, r.o. 28 en 29, 68 en 69.

15 HvJ EUH 6 oktober 1982, C-283/81 (*CILFIT*), ECLI:EU:C:1982:335, r.o. 16.

heden met de Gedragscode kunnen worden verricht, zorgt voor een vermindering van de CO₂-uitstoot.

De Afdeling stelt vast dat eiseres 1 terecht aanvoert dat de beoordeling van de rechtbank in dit verband niet volledig is. De rechtbank had namelijk ook moeten bezien of de minister zich in redelijkheid op het standpunt mocht stellen dat deze belangen zwaarwegend genoeg zijn om voor de ingrepen die onder de categorale uitzondering vallen, te kunnen worden aangemerkt als gerechtvaardigde redenen. De Afdeling stelt vast dat de minister deze afweging, voor zover die het afzetten van de in de wet genoemde belangen tegen de vernieling van voortplantings- en rustplaatsen van beschermde vleermuizen betreft, niet heeft kunnen maken. Dit komt omdat niet inzichtelijk is hoeveel voortplantings- en rustplaatsen van vleermuizen er zullen worden vernield, wat het effect daarvan is op de staat van instandhouding van de betrokken vleermuissoorten en of het nodig is deze handelingen te verrichten volgens de methode die is beschreven in de Gedragscode. De minister heeft, gelet hierop, evenmin kunnen beoordelen of het belang van deze handelingen op de lange termijn zwaarder weegt dan het behoud van de voortplantings- en rustplaatsen van de beschermde vleermuizen. De Afdeling hecht ter verduidelijking eraan op te merken dat het niet is uitgesloten dat de minister, als hij beschikt over de benodigde gegevens, uiteindelijk in redelijkheid de belangen die zijn gemeoid met de ingrepen zwaarder mag laten wegen dan het belang van het voorkomen van aantasting van de voortplantings- of verblijfplaatsen van vleermuizen, gelet op de door eiseres ook niet betwiste urgentie en het gewicht dat met deze belangen op de lange termijn is gemeoid. Bij het nemen van het goedkeuringsbesluit dat nu voorligt, ontbraken echter gegevens op basis waarvan de minister de vereiste afweging kon maken. De rechtbank heeft dat niet onderkend, aldus de Afdeling. De minister heeft bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet alle benodigde informatie vergaard waarmee hij kon beoordelen of de categorale uitzondering die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, alleen handelingen betreft die nodig zijn voor een in de wet genoemd belang, zoals artikel 3.31 lid 2 onder a onder 2°, gelezen in verbinding met artikel 3.8 lid 5 onder b Wnb vereist. De Afdeling concludeert dat de rechtbank dit ten onrechte niet heeft onderkend en had moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit ook in dit verband is genomen in strijd met artikel 3:2 Awb.

De betogen van eiseres 2 ('huismus')

Reikwijdte Gedragscode (r.o. 15)

Volgens eiseres 2 heeft de rechtbank geen rekening gehouden met diverse handelingen die weliswaar niet als zodanig in (paragraaf 4.1 van) de Gedragscode vermeld staan, maar wel daarmee verband houden, zoals bijvoorbeeld het plaatsen van grote kranen op de openbare weg of het verwijderen van groen in tuinen en de omgeving op grotere afstand dan één meter van de woningen. Volgens de minister dient voor dergelijke andere handelingen in voorkomend geval, bij overtreding van de verbodsbepalingen, een Wnb-ontheffing te worden aangevraagd.

De Afdeling stelt vast dat er geen onduidelijkheid mag bestaan over de vraag of een handeling al dan niet onder het regime van artikel 3.31 lid 1 Wnb voor gedragscodes valt. Op basis van de beschrijvingen in de Gedragscode is onduidelijk of de door eiseres genoemde handeling onder de reikwijdte van de Gedragscode valt. De Gedragscode biedt op dit punt volgens de Afdeling onvoldoende rechtszekerheid.

Begrippen in de Gedragscode en de spelregels (r.o. 16)

Volgens eiseres 2 heeft de rechtbank niet onderkend dat onduidelijk is wat de Gedragscode precies vergt van initiatiefnemers. Op het voorblad van de Gedragscode staat: 'Voor een goede uitvoering van de gedragscode natuurinclusief renoveren is het nodig om ook het document "Toepassing en spelregels gedragscode natuurinclusief renoveren" te raadplegen.'

De Afdeling stelt vast dat de spelregels geen juridisch bindend deel zijn van de door de minister goedgekeurde Gedragscode. Voor zover de samenvatting die in de spelregels staat op bepaalde punten niet overeenkomt met de inhoud van de Gedragscode, heeft de rechtbank daarin dan ook terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat de minister de Gedragscode niet mocht goedkeuren. Dit betoog van eiseres slaagt volgens de Afdeling dan ook niet.

Opzettelijk doden en storen met wezenlijke invloed van huismussen (r.o. 17)

Vervolgens betoogt eiseres 2 dat de maatregelen die in de Gedragscode staan niet daadwerkelijk voorkomen dat huismussen opzettelijk zodanig worden gestoord dat dit van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van deze soort. Dit gebeurt volgens haar door de handelingen die niet als zodanig zijn vermeld in paragraaf 1.4 van de Gedragscode. Wat het storen van huismussen betreft, heeft eiseres 2 volgens de Afdeling echter niet aannemelijk gemaakt dat de handelingen die onder de reikwijdte van de Gedragscode vallen of de daarin voorziene maatregelen ertoe leiden dat huismussen opzettelijk zodanig zullen worden gestoord dat dit van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding. De rechtbank heeft volgens de Afdeling dan ook geen aanleiding hoeven zien voor het oordeel dat de minister ten onrechte als uitgangspunt heeft genomen dat de Gedragscode geen situaties omvat waardoor wordt afgeweken van het bepaalde in artikel 3.1 lid 4 en 5 Wnb. Dit betoog slaagt dan ook niet volgens de Afdeling. Wat het opzettelijk doden van huismussen aangaat, stelt de Afdeling vast dat partijen het er over eens zijn dat de in de Gedragscode opgenomen maatregelen zullen voorkomen dat huismussen opzettelijk zullen worden gedood omdat zij ingesloten raken in te renoveren woningen.

Opzettelijk vernielen van nesten van huismussen (r.o. 18)

Volgens eiseres 2 had de rechtbank moeten concluderen dat de minister de Gedragscode in zijn huidige vorm niet mocht goedkeuren, omdat niet vaststaat dat onder de categorale uitzondering op het verbod van artikel 3.1 lid 2 Wnb die met de goedkeuring van de Gedragscode van kracht wordt, alleen ingrepen vallen die voldoen aan de daaraan te stellen eisen.

Partijen zijn het erover eens dat in dit verband als uitgangspunt moet gelden dat de handelingen die als zodanig zijn vermeld in (paragraaf 1.4 van) de Gedragscode en het onge-schikt maken van bestaande nesten en verblijfplaatsen van huismussen, ertoe zullen leiden dat nesten van huismussen opzettelijk worden vernield en dat artikel 3.1 lid 2 Wnb dus wordt overtreden.

Voorwaarde geen verslechtering huidige situatie van instandhouding (r.o. 19)

Volgens eiseres 2 staat niet vast dat de Gedragscode alleen ingrepen betreft waarmee nesten van huismussen worden vernield die de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding van deze vogelsoort niet verslechteren, zodat geen sprake is van zorgvuldig handelen. De huidige staat van instandhouding van de huismus is ongunstig. Eiseres voert aan dat de omgevingscheck ontoereikend is om voorafgaand aan de NOM-renovaties inzicht te verwerven in de aantallen en functies van de aanwezige nesten van huismussen, zodat er volgens haar mogelijk ook te weinig tijdelijke en permanente vervangende nesten worden gerealiseerd. Er is volgens eiseres niet verzekerd dat rond de nestkasten, die de bestaande nesten tijdelijk moeten vervangen, een zogenoemde functionele leefomgeving aanwezig is die noodzakelijk is voor het als zodanig kunnen functioneren van een huismusnest. De rechtbank is volgens eiseres ten onrechte tot de conclusie gekomen dat is voldaan aan de voorwaarde dat de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding niet verslechtert en dat er sprake is van zorgvuldig handelen. De Afdeling herhaalt haar eerdere overweging over vleurmuizen¹⁶ dat er ook ten aanzien van de huismus geen onderzoek voorhanden is waaruit blijkt dat onder de categorale uitzondering die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, geen handelingen vallen waardoor de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding van de betrokken populaties van de beschermde huismussen verslechtert. Ook in dit verband geldt dat de minister de in de Gedragscode vermelde maatregelen mocht betrekken bij de beoordeling van de vraag of de ingrepen waardoor nesten van huismussen worden vernield de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding niet verslechteren, maar die maatregelen kunnen in de vorm waarin zij nu in de Gedragscode zijn opgenomen, naar het oordeel van de Afdeling, die conclusie niet dragen.

Daartoe is het volgende van belang. Hetzelfde geldt voor de omgevingscheck (r.o. 12.5) om inzicht te verkrijgen in de aanwezige voortplantings- en rustplaatsen van, in dit geval, de nesten van huismussen. Met dit instrument is volgens de Afdeling niet verzekerd dat een representatief beeld wordt verkregen van de aanwezigheid van de bestaande nesten van huismussen. Daarom is volgens de Afdeling niet uitgesloten dat de omgevingsplannen op een onvolledig beeld van de situatie worden gebaseerd. Bij het nemen van het goedkeuringsbesluit was dus ook nog ongewis welke bevindingen en maatregelen de activiteitenplannen zullen opleveren, of deze bevindingen gelet op de reikwijdte van de verrichte

omgevingschecks juist zijn en of de omgevingsplannen voor individuele projecten samen de conclusie kunnen dragen dat de gedurende vijf jaar te verrichten ingrepen waardoor nesten van huismussen worden vernield de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding van de betrokken populaties van de beschermde huismussen niet zullen verslechteren. Realisatie van tijdelijke vervangende nesten, zoals die nu in de Gedragscode is vereist, is volgens de Afdeling onvoldoende om samen met de andere maatregelen de conclusie te kunnen dragen dat de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding van de betrokken populaties van de beschermde huismussen niet verslechtert. De Gedragscode bevat geen verplichting om in het op te stellen omgevingsplan voor te schrijven dat voor elk aangetroffen bestaand nest een tijdelijk vervangend nest wordt gerealiseerd als in de omgeving onvoldoende uitwijkmogelijkheden zijn. Gegevens waaruit blijkt dat met minder tijdelijke vervangende nesten kan worden volstaan, zijn niet voorhanden. Ten slotte is in het goedkeuringsbesluit en de Gedragscode geen aandacht voor mogelijke verdichting van bestaande populaties huismussen door het realiseren van tijdelijke nestkasten, terwijl ook geen gegevens voorhanden zijn waaruit volgt dat dit zich niet zal voordoen of dat dit geen negatieve gevolgen zal hebben voor de staat van instandhouding van deze soort, aldus de Afdeling. Het goedkeuringsbesluit is volgens de Afdeling niet gebaseerd op een evaluatie van de gevolgen die het beschadigen en vernielen van de nesten van huismussen heeft voor de huidige situatie met betrekking tot de instandhouding van de betrokken populaties. De minister heeft bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet alle benodigde informatie vergaard waarmee hij kon beoordelen of de categorale uitzondering, die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, alleen handelingen betreft die niet leiden tot verslechtering van de staat van instandhouding van deze soort, zoals artikel 3.31 lid 2 onder c, gelezen in verbinding met lid 3 onder a Wnb, vereist, aldus de Afdeling. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend en had volgens de Afdeling moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit is genomen in strijd met artikel 3:2 Awb.

Geen andere bevredigende oplossing (r.o. 20)

Tenslotte betoogt eiseres 2 dat de minister ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat voor het buitenaf isoleren van woningen. Een goed alternatief is volgens haar het isoleren van binnen-uit. De Afdeling stelt vast dat in het goedkeuringsbesluit de afweging van artikel 9 lid 1 Vrl ontbreekt dat de minister in een geval als dit nauwkeurig en toereikend motiveert dat er geen alternatieve maatregel bestaat waarmee de nagestreefde doelstelling op een bevredigende manier kan worden bereikt die geen of een geringere overtreding van de verbodsbepalingen betekent. Dit komt volgens de Afdeling voort uit de omstandigheid dat niet inzichtelijk is hoeveel nesten van huismussen zullen worden vernield door de handelingen die worden toegestaan met de categorale uitzondering die door het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, noch wat het effect daarvan is op de staat van instandhouding van de huismus. De minister heeft deze gegevens dan ook niet kunnen

¹⁶ R.o. 12.3.

afzetten tegen het effect op de staat van instandhouding die de door eiseres beoogde alternatieve methode voor het isoleren met zich zou brengen. In aanmerking genomen dat de minister en De Brede Stroomversnelling ook niet hebben gekwantificeerd welke tijd en kosten zouden zijn gemeoid met de door eiseres genoemde alternatieve wijze van isoleren van woningen aan de binnenzijde, ziet de Afdeling onvoldoende grond om deze andere methode op voorhand niet reëel te achten.

Volgens de Afdeling heeft de minister bij het nemen van het goedkeuringsbesluit niet alle benodigde informatie vergaard waarmee hij kon beoordelen of de categorale uitzondering, die met het goedkeuringsbesluit van kracht wordt, alleen handelingen betreft waarvoor geen andere bevredigende oplossing voorhanden is, zoals artikel 9 lid 1 Vrl vereist. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend en had volgens de Afdeling moeten concluderen dat het goedkeuringsbesluit ook in dit verband in strijd met artikel 3:2 Awb is genomen.

Conclusies Afdeling (r.o. 21)

De Afdeling komt tot de slotsom dat de Gedragscode vanwege de hierboven samengevatte tekortkomingen niet in zijn huidige vorm had mogen worden goedgekeurd en oordeelt dat de hogere beroepen van eiseressen gegrond zijn. De aangevallen uitspraak van de rechtbank en het goedkeuringsbesluit worden vernietigd.

Volledigheidshalve merkt de Afdeling echter nog op dat, ondanks de gestelde tekortkomingen, zij het in de praktijk wel degelijk mogelijk acht dat voor de genoemde handelingen een gedragscode wordt opgesteld die voor goedkeuring in aanmerking komt. De (in deze rechtsoverweging nog eens samengevatte) tekortkomingen geven volgens de Afdeling aanknopingspunten voor het opstellen van een dergelijke gedragscode.

De Afdeling sluit af met de opmerking dat 'wanneer een gedragscode voorziet in een werkwijze die niet uitsluit dat één of meer van de verbodsbepalingen van de artikelen 3.1 en 3.5 van de Wnb worden overtreden en geen beperkingen stelt aan die handelingen, is de onderzoekslast om aan de benodigde informatie te komen, zeer groot' maar dat 'de initiatiefnemer (...) echter ook in overweging [kan] nemen om te kiezen voor een werkwijze die geheel of gedeeltelijk voorkomt dat de verbodsbepalingen van de artikelen 3.1 en 3.5 van de Wnb worden overtreden. De minister hoeft immers alleen aan de hand van de Vogel- en Habitatrichtlijn te beoordelen of geen bevredigende alternatieven bestaan voor zover een gedragscode voorziet in overtredingen van deze verbodsbepalingen', aldus de Afdeling.

Als laatste merkt de Afdeling nog op: 'Verder kan de initiatiefnemer in overweging nemen om te kiezen voor het beperken van de reikwijdte van de gedragscode, bijvoorbeeld door grenzen te stellen aan de aantallen en de locaties van de handelingen en/of de overtredingen. Met bijvoorbeeld gedragscodes per gebied kan de vereiste informatie over de aanwezigheid van soorten en de gecumuleerde gevolgen van de handelingen voor die soorten gedetail-

leerder in kaart worden gebracht, terwijl een gestandaardiseerde aanpak van de renovaties daarmee niet op voorhand onmogelijk wordt.'

3. Juridisch commentaar

Deze uitspraak schept meer duidelijkheid over het instrument Gedragscode in relatie tot de (voorwaarden van de) uitzonderingsbepalingen in artikel 9 Vrl, respectievelijk artikel 16 Hrl.¹⁷

Om te beginnen is het interessant dat de Afdeling expliciet vaststelt dat artikel 3.31 Wnb, in strijd met de richtlijnen, niet de voorwaarde van 'geen andere bevredigende oplossing' voor uitzonderingen op het door de richtlijnen geboden soortenbeschermingsregime bevat, dat deze voorwaarde niet richtlijnconform in artikel 3.31 Wnb kan worden ingelezen en dat voor deze voorwaarde een rechtstreeks beroep op artikel 9 lid 1 Vrl en artikel 16 lid 1 Hrl moet worden gedaan.¹⁸ Deze strijdigheid van artikel 3.31 Wnb met de richtlijnen werd reeds uitgebreid aangekaart in het hiervoor aangehaalde en in het *NBR* gepubliceerde artikel van Zijlmans en Roepers, dat aan de uitspraak in eerste instantie van de rechtbank in deze zaak was gewijd. Ook de Omgevingswet zal, zoals in dat artikel besproken, in die zin richtlijnconform moeten worden aangepast.

Met deze vaststelling maakt de Afdeling ook expliciet duidelijk dat vrijstellingen (met gedragscode), net als ontheffingen, een uitzondering op het door de richtlijnen voorgeschreven soortenbeschermingsregime bevatten en richtlijnconform aan de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 9 lid 1 Vrl/ artikel 16 Hrl moeten voldoen. Zoals uiteengezet in voornoemd artikel is het onjuist te stellen dat bij gebruikmaking van een gedragscode de soortenbeschermingsverboden niet van toepassing zijn. Ze zijn wel van toepassing, maar je kunt, onder voornoemde voorwaarden, een beroep doen op een uitzonderingsbepaling (ontheffing of vrijstelling) op dat regime.

Opvallend is dat de Afdeling het maken van een categorale uitzondering voor ingrijpende werkzaamheden op de (soorten)verbodsbepalingen van de richtlijnen, rekening houdende met de rechtspraak van het Hof, weliswaar niet eenvoudig, maar niet onmogelijk acht (r.o. 8).

Hier kunnen, naar onze mening, op zijn minst vraagtekens bij worden geplaatst. Het is maar zeer de vraag of het maken van een categorale uitzondering op het beschermingsregime, zoals een vrijstelling (met gedragscode), kan worden beantwoord aan de hand van de bestaande rechtspraak van het Hof. Zoals het oordeelde in de door de Afdeling aangehaalde Finse wolvenjachtzaak¹⁹ dient voor 'elk van de ingrepen' waar-

17 Zie omtrent de wettelijke, niet-richtlijnconforme onduidelijkheden van het instrument 'gedragscode' het in noot 4 aangehaalde artikel van Zijlmans en Roepers.

18 Zie met betrekking tot de instrumenten richtlijnconforme interpretatie en directe werking, met name hfdst. 2 van het proefschrift van Jacqueline Zijlmans, *De doorwerking van natuurbeschermingsverdragen in de Europese en Nederlandse rechtsorde*, SDU, 2011 (handelseditie).

19 Id. noot 12.

mee wordt afgeweken van het beschermingsregime voor Habitatrictlijnsoorten in artikel 12 Hrl te worden voldaan aan de uitzonderingsvoorwaarden in artikel 16 lid 1 Hrl: 'voor elke afwijking de autoriteit die daartoe het besluit neemt moet bewijzen dat aan de gestelde voorwaarden is voldaan, moeten de lidstaten waarborgen dat elke ingreep die de beschermde soorten raakt slechts wordt toegestaan op basis van besluiten die steunen op een nauwkeurige en treffende motivering die verwijst naar de in artikel 16 lid 1 van de habitatrictlijn opgesomde redenen, voorwaarden en vereisten²⁰ (...)', aldus het Hof (r.o. 25).

Voor elke ingreep waarbij, met een ontheffing of een vrijstelling (met gedragscode), wordt afgeweken van de soortenbeschermingsverboden moet dus aan de drie genoemde uitzonderingsvoorwaarden in artikel 16 Hrl dan wel artikel 9 Vrl, worden voldaan.

Het is maar zeer de vraag of dat bij de door een gedragscode voorziene, toekomstige ingrepen mogelijk is. Hoe wil men immers ruim van tevoren, zonder inzicht te hebben in de concrete omstandigheden van het (toekomstig) geval, op het moment van goedkeuring van een gedragscode, reeds antwoord kunnen geven op de vraag of er bij de door de gedragscode voorziene, toekomstige activiteiten (al dan niet) sprake is van 'geen andere bevredigende oplossing' (zie r.o. 13 en r.o. 20) met minder schadelijke gevolgen?

Hetzelfde geldt voor de voorwaarde van behoud in een gunstige staat van instandhouding (r.o. 12 en r.o. 19). Ook de staat van instandhouding van beschermde soorten is immers tijd- (en locatie-) gebonden en niet van tevoren voor toekomstige ingrepen vast te stellen. Het is bovendien niet uit te sluiten dat een (toekomstige) ingreep de laatste druppel is die de emmer doet overlopen.

Als niet aan de voorwaarde van 'geen andere bevredigende oplossing' onderbouwd/gemotiveerd kan worden voldaan, dan kan de ingreep niet worden toegestaan. Je komt dan niet meer aan de twee andere uitzonderingsvoorwaarden toe.

De Afdeling maakt in dit verband ook nog een vergelijking met het gebiedsbeschermingsregime en verwijst daarbij naar de uitspraak van het Hof op 7 november 2018 in de stikstofzaken inzake de uitzonderingsbepaling in artikel 6 lid 3 Hrl.²¹ Afgezien van het feit dat het door de richtlijn geboden gebiedsbeschermingsregime en soortenbeschermingsregime eigenstandige instrumenten hebben welke niet over een kam geschoren kunnen worden, heeft het Hof in voornoemde stikstofuitspraak duidelijk uitgesproken dat er 'wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel' mag bestaan 'dat geen van de plannen of projecten schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied, hetgeen door de nationale rechter moet worden nagegaan'. De vraag is of op het moment van goedkeuring van een gedragscode over toekomstige ingrepen reeds wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel kan

bestaan dat met dergelijke ingrepen (een van) de soortenbeschermingsverboden van de richtlijnen zal worden overtreden? Bovendien kun je je afvragen of, zeker in het geval van ingrijpende handelingen, het instrument vrijstelling met gedragscode wel een toets aan de richtlijnen kan doorstaan. Dat betekent niet dat je het instrument gedragscode van de Wnb dan maar moet afschrijven. Voor lichte, regelmatig terugkomende, van tevoren te beschrijven (beheer- en onderhouds)activiteiten kan een gedragscode nog steeds als instrument dienen ter voorkoming dat je voor dergelijke regelmatig terugkerende, vergelijkbare werkzaamheden een individuele ontheffing moet aanvragen. In alle andere gevallen zou, naar onze mening, richtlijnconform echter een individuele ontheffing moeten worden aangevraagd.

Een gedragscode – het woord zegt het al – kan overigens ook als een *code of conduct* worden beschouwd dat uitstekend kan dienen als instrument waarmee je, mits je de daarin opgenomen maatregelen naleeft, kunt voorkomen dat je de soortenbeschermingsverboden overtreedt, zodat je geen beroep hoeft te doen op een uitzonderingsbepaling. Ook de Afdeling is in haar eindconclusies bij deze uitspraak die mening toegedaan (r.o. 21). De functie van een dergelijke code staat of valt uiteraard wel met een goede handhaving of de daarin opgenomen maatregelen wel in acht worden genomen. Daar schort het jammer genoeg maar al te vaak aan!

4. Ecologisch commentaar

Ecologisch gezien zijn een aantal rechtsoverwegingen van de Afdeling zeer interessant, zowel voor de goedkeuring van gedragscodes als voor de toetsing aan de ontheffings- en vrijstellingscriteria in het algemeen.

Een belangrijke overweging van de Afdeling met betrekking tot het voorkomen van het doden van dieren is dat zij het uitsluiten van de aanwezigheid van beschermde soorten in gebouwen door middel van enkel een 'omgevingscheck' of quickscan niet voldoende acht (r.o. 9.5 t/m 9.7 en r.o. 19). Volgens de Afdeling is, kort gezegd, een onderzoek noodzakelijk dat tenminste een antwoord kan geven op de vraag waar en hoeveel nest-, voortplantings- en rustplaatsen van beschermde soorten aanwezig zijn. Een omgevingscheck of quickscan is slechts een globaal, indicatief onderzoek dat er niet op gericht is om antwoord te geven op voorgaande vraag. Deze overweging is relevant met betrekking tot de maatregel om bestaande slaapplekken van vleermuizen ongeschikt te maken. Om de maatregel te treffen, dient men ervan verzekerd te zijn dat alle beschermde soorten ook daadwerkelijk het gebouw hebben verlaten. Volgens de Afdeling staat niet vast dat in alle gevallen een representatief beeld van de aanwezige beschermde soorten en hun verblijfplaatsen is verkregen en wordt deze maatregel daardoor mogelijk niet voor alle relevante plekken getroffen. De check die een ecologische deskundige uitvoert voordat kan worden gestart met de werkzaamheden, is volgens de Afdeling eveneens onvoldoende om die omissie te herstellen, omdat de check niet uitvoeriger is dan de omgevingscheck of quickscan. Hierdoor kan niet voldoende worden verze-

20 Vgl. arrest HvJ EU 8 juni 2006 (*WWF Italia e.a.*), C-60/05, *Jurispr.* I-5083, r.o. 34.

21 HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, r.o. 104, 112 en 120.

kerd dat er geen sprake zal zijn van het opzettelijk doden van beschermde soorten. Het gevolg is dat bij goedkeuring van een gedragscode een zodanig onderzoek is voorgeschreven dat bovenstaande vraag wél kan worden beantwoord, zodat de gevraagde zekerheid kan worden verkregen dat de in de gedragscode omschreven maatregelen het doden van dieren kunnen voorkomen. Praktisch probleem is dat er vooralsnog geen duidelijke onderzoeksprotocollen zijn vastgesteld voor het doen van gebiedsonderzoeken. Daarmee wordt de initiatiefnemer mogelijk onbedoeld opgezaaid met een relatief grote onderzoeksinspanning.

Opzettelijk verstoren van vleermuizen kan evenmin voldoende worden voorkomen, zo geeft de Afdeling aan in r.o. 9.8, omdat er sprake is van niet-bindende voorschriften met betrekking tot de aan te houden periode van buitensluiten van vleermuizen. De Gedragscode schrijft niet bindend voor dat de winterperiode moet worden ontzien, zodat de mogelijkheid bestaat dat vleermuizen in lethargische staat worden buitengesloten in de winterperiode, dat als opzettelijke verstoring wordt beschouwd. Het bindend voorschrijven van het ontzien van dergelijke kwetsbare perioden (of onderzoeksmethoden) is een belangrijk aandachtspunt voor toekomstige gedragscodes.

Misschien wel de interessantste overwegingen van de Afdeling, die grote gevolgen kunnen hebben voor alle vormen van ontheffingen en vrijstellingen, gaan over de mate van zekerheid van de gevolgen van toegestane handelingen op de staat van instandhouding van beschermde soorten (r.o. 12 en r.o. 19). Een van de voorwaarden om te mogen afwijken van de verbodsbepalingen in de Wnb is, zoals hiervoor reeds besproken, de voorwaarde dat de staat van instandhouding van betrokken soorten niet mag verslechteren (met betrekking tot artikel 3.1-soorten) of dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan (met betrekking tot artikel 3.5-soorten). De Afdeling geeft in veel woorden aan dat het effect op de staat van instandhouding duidelijk moet zijn bij besluitvorming. Dit heeft vele gevolgen.

Ten eerste dient het bevoegd gezag bij het nemen van het goedkeuringsbesluit op het relevante niveau of betrokken niveaus, vast te stellen wat de staat van instandhouding van de populaties van de betrokken soorten is en vervolgens wat de geografische en demografische impact is die de overtredingen daarop kunnen hebben. Het bevoegd gezag moet volgens de Afdeling in beginsel de impact van de overtredingen beoordelen op het niveau van het grondgebied van een plaatselijke populatie om vast te stellen wat het – cumulatieve – effect ervan is op de staat van instandhouding van de betrokken populatie op grotere schaal.²² Dit betreft een onderzoeksplicht van het bevoegd gezag om te kunnen beoordelen of een besluit voldoet aan de afwijkingscriteria van de verboden in de Wnb en, waar de Wnb niet richtlijnconform is, de Vrl en Hrl. Voor soorten die in een ongunstige staat van instandhouding verkeren, geeft de Afdeling aan

dat het van belang is dat ook voor deze soorten mag worden afgeweken van de verbodsbepalingen, als naar behoren en met inachtneming van het voorzorgbeginsel is vastgesteld dat deze afwijkingen de ongunstige staat van instandhouding van deze populaties niet kunnen verslechteren of niet kunnen verhinderen dat deze in een gunstige staat van instandhouding worden hersteld.²³ Is het bij besluitvorming niet bekend of door het besluit de gunstige staat van instandhouding van een soort in het geding komt, dan kan dat gelet op deze uitgangspunten volgens de Afdeling niet worden ondervangen door de enkele omstandigheid dat de minister het goedkeuringsbesluit naderhand kan wijzigen of intrekken. Deze toets dient rekening te houden met de volledige reikwijdte van de door het besluit toegestane (categorie) handelingen, maar mag rekening houden met bindende beperkingen aan het besluit.²⁴ Voorbeelden die de Afdeling noemt zijn het eventueel maximaliseren van het aantal voortplantings- en rustplaatsen dat mag worden vernield, of het beperken van de toegestane overtredingen tot bepaalde populaties, regio's of seizoenen. Dergelijke beperkingen, zo stelt de Afdeling, zouden ervoor kunnen zorgen dat het gecumuleerde effect van individuele afwijkingen geen afbreuk doet aan de instandhouding of het herstel van de populaties van de betrokken soorten in een gunstige staat van instandhouding.²⁵

De vraag is of er in de praktijk voldoende inzicht is in de staat van instandhouding van betrokken populaties

Ten tweede kan niet worden volstaan met het 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.²⁶ Bij het nemen van een besluit moet de zekerheid worden gegeven hoe het staat met de instandhouding van beschermde soorten, welke effecten maatregelen zullen opleveren, of deze bevindingen – gelet op de reikwijdte van het besluit – juist zijn en of eventuele plannen voor individuele projecten die mogelijk worden gemaakt samen de conclusie kunnen dragen dat de gedurende de ontheffings- of vrijstellingsperiode te verrichten ingrepen geen verslechtering of afbreuk doen aan het streven naar een gunstige staat van instandhouding van soorten. Met betrekking tot de gedragscode kon volgens de Afdeling dan ook niet worden volstaan met het standaard treffen van bepaalde maatregelen, als bij besluitvorming niet met zekerheid te stellen is dat maatregelen het gewenste effect hebben of niet is gebleken uit onderzoek dat maatregelen

²² Daarbij verwijst de Afdeling naar het arrest van het HvJ EU van 10 oktober 2019 (zie noot 13), r.o. 57 t/m 61.

²³ Zie noot 13.

²⁴ R.o. 12.3.

²⁵ Arrest beheerjacht wolven, punt 62.

²⁶ R.o. 12.5.

voldoende alternatieven bieden om de bestaande aantallen verblijfplaatsen van een soort te vervangen.²⁷ Als voorbeeld dient de laatvlieger (*Eptesicus serotinus*), waarvoor geen maatregel voorhanden is die bewezen geschikt is als vervangende verblijfplaats. Verder wordt ook als voorbeeld genoemd het gefaseerd uitvoeren van een NOM-renovatieproject dat ertoe strekt de negatieve effecten van het vernielen van bestaande voortplantings- en verblijfplaatsen van vleermuizen te verzachten. Hoewel het misschien negatieve effecten verzacht, is het niet inzichtelijk gemaakt wat het effect van deze maatregel is op de staat van instandhouding van de betrokken vleermuispopulaties. Ook in het licht van de aangehaalde jurisprudentie met betrekking tot de mogelijkheden om af te wijken van de verbodsbepalingen in artikel 12 Hrl²⁸ 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. Dit vereist onder meer inzicht in de aantoonbare effectiviteit van maatregelen.

Juist de effectiviteit van maatregelen is vooralsnog een kennislacune, blijkt onder meer uit een recente studie naar de ecologische effectiviteit van gedragscodes.²⁹ Het ontbreekt in de praktijk veelal aan monitoring en evaluatie van maatregelen genoemd in gedragscodes, waardoor de effectiviteit van maatregelen onduidelijk blijft. In een recente publicatie wordt verder verwezen naar een verzameling van wetenschappelijke studies naar maatregelen uit binnen- en buitenland waaruit blijkt dat onder meer vleermuiskasten wisselend succes hebben als alternatieve verblijfplaats (project *Conservation Evidence*).³⁰ De publicatie geeft aan dat er nog erg weinig studies zijn over het effect van vleermuiskasten en inbouwvoorzieningen als vervanging van verblijfplaatsen bij bomenkap of sloop, renovatie en na-isolatie van gebouwen. Ook bij deze maatregel zijn er geen studies beschikbaar over het effect op de (lokale) populaties vleermuizen. Hoewel wordt aangegeven dat het aannemelijk is dat het aanbieden van alternatieve vervangende verblijfplaatsen middels kasten een gunstig effect kan hebben op vleermuizen, is het allerminst een effectief bewezen maatregel. In de kennisdocumenten van enkele beschermde soorten, die worden beheerd door BIJ12,³¹ en gepubliceerde bronnen van de bevoegde gezagen, blijkt verder niet wat effectief bewezen maatregelen precies zijn en wat de toepasbare criteria zijn om een maatregel te kunnen beschouwen als effectief bewezen. Ook is niet in de kennisdocumenten aangegeven op basis van welke bronnen een maatregel effectief is gebleken of is het bewijs anekdotisch en gebaseerd op expert-judgement. Zodoende zijn er geen aanknopingspunten om een maatregel aan te bieden die zich daadwerkelijk effectief

bewezen heeft. Deze kennislacune zorgt er in potentie voor dat het door de Afdeling gevraagde inzicht niet gegeven kan worden bij besluitvorming.

Het gebrek aan effectief bewezen maatregelen en de mogelijke impact op de staat van instandhouding van beschermde soorten zijn onderwerp geweest van een recente Britse studie.³² In deze studie zijn diverse geadviseerde mitigatiemaatregelen bij infrastructuurextra's in Groot-Brittannië beoordeeld op de wetenschappelijke onderbouwing van de effectiviteit aan de hand van de hiervoor genoemde database van het project *Conservation Evidence*. Het bleek dat, hoewel er in ecologische rapporten veelal werd verwezen naar door overheden en organisaties (veelal particuliere gegevensbeherende organisatie, PGO's) gepubliceerde richtlijnen, het empirisch bewijs voor de effectiviteit van de geadviseerde maatregelen grotendeels ontbrak. Hierdoor dreigt het gevaar dat de staat van instandhouding van betrokken populaties alsnog wordt aangetast, ondanks ecologische adviezen. De studie adviseert dan ook onder meer het initiëren van experimenten naar de effectiviteit van maatregelen, het beschikbaar maken van onderzoeken en het opstellen van *evidence based*-richtlijnen die regelmatig worden geactualiseerd. Een oproep die wij meer dan ondersteunen en wellicht meegenomen kan worden bij de huidige actualisatie van de kennisdocumenten van BIJ12.

Verder doet de vraag naar effectief bewezen maatregelen denken aan de PAS-uitspraken waarin de Afdeling eveneens stelde dat de verwachte voordelen van herstelmaatregelen niet in een passende beoordeling betrokken kunnen worden als ten tijde van die beoordeling het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt die voordelen met zekerheid in kaart te brengen.³³ In een artikel is door enkele wetenschappers de effectiviteit van PAS-maatregelen in een wetenschappelijk kader geschetst.³⁴ Zij stellen, eveneens met een verwijzing naar het project *Conservation Evidence*, dat een vooraf geëiste zekerheid over de effectiviteit van maatregelen in de ecologie niet of nauwelijks te geven is, vanwege het ontbreken van een monitoring expliciet gericht op de effectiviteit van maatregelen, de complexiteit van de werking van systemen of populaties en de daarmee gepaard gaande onzekerheid of een maatregel *an sich* geleid heeft tot een meetbaar effect. Tevens wordt in het artikel aangegeven dat in de wetenschap altijd sprake is van een onzekerheidsmarge, dat wordt vergroot bij cumulatie van effectstudies en verschillen tussen systemen en populaties in andere geografische gebieden, waardoor de zekerheid van de effectiviteit van een maatregel nooit met 100% zekerheid te geven is. Hoewel het hier ging om een analyse van natuurherstelmaatregelen op landschapsecologische systemen, geldt de

27 Volgend uit r.o. 12.7 en r.o. 19.6.

28 Id. noot 12.

29 M. Berkhof (2019). *Coming Clean on Codes of Conduct. An exploratory research into the handling of discretionary space in the Dutch Nature Conservation Act through Codes of Conduct in municipal nature policy, and their perceived ecological effectivity*. MSc Thesis Environmental Policy Group. Wageningen University.

30 Te raadplegen op www.naturetoday.com

31 Te raadplegen op www.bij12.nl

32 S.B. Hunter et al. (2021). Evidence shortfalls in the recommendations and guidance underpinning ecological mitigation for infrastructure developments, *Ecological Solutions and Evidence*, 2, e12089.

33 ABRvS 29 mei 2019, zaken 201600614/3/R2, 201600617/3/R2, 201600618/3/R2, 201600620/3/R2, 201600622/4/R2 en 201600630/3/R2, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 18.1.

34 H. Ploegmakers et al. Natuurherstel na de PAS-uitspraak: van juridische zekerheid naar borging van ecologische effectiviteit, *MenR* 2021/4, nr. 1, p. 10 t/m 17.

stelling zeker ook voor maatregelen ter verzekering van een positief effect op populaties van soorten. Zij pleiten dan ook, en wij sluiten ons daarbij aan, dat de effectiviteit van maatregelen op wetenschappelijke basis moet worden gemonitord (gestandaardiseerd en systematisch) en dat de resultaten breed gedeeld dienen te worden, bijvoorbeeld via een database zoals op de website van het project *Conservation Evidence*.³⁵ De onderzoeken en monitoring van de effectiviteit van maatregelen zijn van zodanig belang (en kostbaar) dat dit niet gevegd kan worden van enkel de markt. Ook het bevoegd gezag is gebaat bij een inzicht in de effectiviteit van maatregelen om zodoende te kunnen oordelen of voorgestelde maatregelen zullen zorgen dat de staat van instandhouding niet verslechtert of eventuele verslechtering herstelt.

Is het dan wel mogelijk om een besluit te nemen als het hiervoor genoemde inzicht niet te geven is? Dit is een belangrijke vraag voor alle besluitvormingen over een natuurtoestemming, die breder is dan alleen de goedkeuring van een gedragscode. Het antwoord op deze vraag hangt nauw samen met de vraag of de staat van instandhouding niet verder zal verslechteren. Pas als dit het geval is, zijn er maatregelen nodig die kunnen verzekeren dat de staat van instandhouding niet verslechtert of op termijn herstelt. De staat van instandhouding wordt als gunstig beoordeeld aan de hand van een aantal parameters: het verspreidingsgebied, de grootte van de populatie, de kwaliteit van het leefgebied en het toekomstperspectief.³⁶ Er dienen dan ook voldoende gegevens beschikbaar te zijn om deze beoordeling te kunnen maken. Zo moet, naast de inschatting van grootte, kwaliteit leefgebied en afbakening van een populatie ten opzichte van andere populaties, worden geoordeeld of de eventuele effecten op de populatie op lange termijn zodanig effect hebben dat het toekomstperspectief in gevaar komt. Om meerdere redenen dient het bevoegd gezag de staat van instandhouding aan te geven, zodat vervolgens de aanvrager (van een gedragscode of ontheffing) kan toetsen wat het effect is van het voornemen hierop.

Niet in de laatste plaats dienen de hiervoor genoemde parameters onafhankelijk en onpartijdig te worden beoordeeld op basis van regionale verspreidingsgegevens, de hieruit te halen waarschijnlijke afbakening van populaties, trends, een analyse van de kwaliteit van het leefgebied en toekomstperspectieven. Voor de vraag of de staat van instandhouding als gunstig kan worden beschouwd, dienen deze parameters getoetst te worden aan zogenaamde *Gunstige Referentie Waarden* (zie de aangegeven bron hiervoor). Dit soort analyse kan zeker niet verwacht worden van iedere aanvrager en is voorbehouden aan een wetenschappelijk instituut of onafhankelijke deskundige PGO zoals de *Zoogdiervereniging*. Indien zo'n analyse op regionaal niveau ontbreekt, dient te

worden gekeken naar het landelijke niveau en dienen ook de verzorgingsbeginselen van de Vrl en Hrl te worden aangehouden. Dat betekent dat moet worden vastgesteld of de aangevraagde gedragscode of het project de staat van instandhouding van deze populaties niet (verder) verslechtert en niet verhindert dat de gunstige staat van instandhouding wordt hersteld. Tot nu toe heeft alleen de provincie Gelderland dergelijke studies laten verrichten en deze beschikbaar gemaakt voor aanvragers.³⁷

Er is wellicht ruimte voor een natuurtoestemming op basis van het principe dat een zogenaamde tijdelijke 'dip' van de staat van instandhouding van de betrokken populatie is toegestaan, onder de voorwaarde en verzekering dat de staat van instandhouding zich weer herstelt. Dit geeft wellicht ruimte om maatregelen toe te staan die weliswaar nog niet effectief gebleken zijn, maar die zoveel mogelijk voldoen aan de door deskundigen aangegeven vereisten aan verschillende type verblijfplaatsen aan de hand van *expert judgement* en de toepassing van een vorm van overcompensatie om exemplaren ruim voldoende alternatieve uitwijkmogelijkheden te bieden. De Afdeling verwijst niet voor niets naar de arresten van het Hof waaruit naar voren komt dat een afwijking kan worden toegestaan op basis van beproefde wetenschappelijke kennis die beschikbaar is op het moment van besluitvorming. Meer kan niet worden gevegd. Hoe door bindende voorschriften binnen de geldigheid van een gedragscode of natuurtoestemming de zekerheid gegeven kan worden dat de staat van instandhouding zich weer herstelt, is de vraag. De voorbeelden van de Afdeling om de reikwijdte van een gedragscode (of natuurtoestemming) zodanig te beperken dat deze geen invloed heeft op de staat van instandhouding of voldoende ruimte biedt aan de populatie om zich te herstellen, dienen nader onderzocht te worden op haalbaarheid.

5. Goedkeuringsbesluit Gedragscode soortenbescherming Provinciale Infrastructuur

Op 21 juli 2021 heeft het ministerie van LNV weer een goedkeuringsbesluit gepubliceerd inzake de Gedragscode soortenbescherming Provinciale Infrastructuur van het IPO.³⁸ Punt van aandacht is dat dit het eerste definitieve goedkeuringsbesluit van de minister is na de hierboven besproken uitspraak van de Raad van State. Ook het ontwerp-goedkeuringsbesluit van 30 april 2021³⁹ dateert van na de uitspraak van de Afdeling.⁴⁰ In dit (definitieve)

35 Zie www.conservationevidence.com

36 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.

37 Zie E. van Norren (red.) 2019. *Staat van instandhouding Gelderland*. Factsheets voor 24 soorten in Gelderland, Rapport 2019.09. Zoogdiervereniging, Nijmegen; en D. Logemann (2018). *De staat van instandhouding*, Factsheets voor 25 soorten in Gelderland, Arcadis, Arnhem.

38 Brief van 21 juli 2021, kenmerk 99940059472021, betreffende Goedkeuringsbesluit Gedragscode soortenbescherming Provinciale Infrastructuur, Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, Den Haag.

39 Te raadplegen op www.rvo.nl

40 Brief van 30 april 2021, kenmerk 9994005947, betreffende Ontwerp goedkeuringsbesluit Gedragscode soortenbescherming Provinciale Infrastructuur, Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, Den Haag.

goedkeuringsbesluit lijkt de minister de uitspraak van de Afdeling echter op een aantal punten niet te hebben meegenomen.

Zo rept de minister met geen woord over het feit dat in artikel 3.31 Wnb, in strijd met de artikelen 9 Vrl/16 Hrl, de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde ontbreekt. Overigens houdt de minister bij haar besluit ook met deze uitzonderingsvoorwaarde rekening. Zonder hierover iets te vermelden past zij deze uitzonderingsvoorwaarde dus rechtstreeks toe.

Wat de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde verder aangaat, is het opvallend dat de minister de beoordeling of er alternatieven zijn met minder schadelijke gevolgen in zijn geheel overlaat aan de initiatiefnemer. Zij stelt in het goedkeuringsbesluit dat voor het uitvoeren van de werkzaamheden moet worden afgewogen of er een andere bevredigende oplossing bestaat die leidt tot minder schade aan beschermde planten- en/of diersoorten. De initiatiefnemer zelf dient in een vroeg stadium van de planvorming te beoordelen of er een andere bevredigende oplossing bestaat en de besluitvorming hieromtrent te documenteren. Dat betekent dat de minister bij haar besluit omtrent goedkeuring van de Gedragscode niet heeft kunnen vaststellen dat er al dan niet sprake is van andere bevredigende oplossingen, waarmee, onzer inziens, een volledige en correcte toetsing aan de afwijkingcriteria van de Vrl en Hrl ontbreekt, zoals ook de Afdeling in dit verband in de hiervoor besproken uitspraak concludeert.

Overigens zou een gedragscode uiteraard ook als een *code of conduct* kunnen dienen ter voorkoming van overtreding van de verboden

Wat de 'staat van instandhouding'-voorwaarde aangaat, wordt er in de Gedragscode en het goedkeuringsbesluit aangegeven dat er effectief bewezen maatregelen worden toegepast, waarmee wordt 'gewaarbord' dat er geen wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de beschermde soorten die onder de reikwijdte van de Gedragscode vallen. Daarin en in het goedkeuringsbesluit is echter voornamelijk gesteld dat er sprake zou zijn van effectief bewezen maatregelen, zonder een concrete onderbouwing waaruit de effectiviteit gebleken is. De verwijzing naar de Gedragscode zelf en de kennisdocumenten van BIJ12 zijn daartoe ontoereikend, zoals hiervoor aangegeven.

Onder het kopje 'Voorzorgsmaatregelen' in het goedkeuringsbesluit wordt verder aangegeven dat een gedragscode bedoeld is om gebruikt te kunnen worden in meer gevallen, zodat – volgens de minister – in de gedragscode moet worden aangegeven hoe bij elk individueel project beoordeeld wordt of er sprake is van wezenlijk negatieve invloed op beschermde soorten. Door de verplichting enkel per individueel project te toetsen aan een wezenlijke invloed, is er ten tijde van het goedkeuringsbesluit geen volledig zicht op

het *cumulatieve* effect van de reikwijdte van de gedragscode op de staat van instandhouding van betrokken populaties. Er zijn volgens het goedkeuringsbesluit en de Gedragscode ten tijde van de besluitvorming dan ook geen verspreidingsgegevens beschikbaar gesteld die de conclusie kunnen dragen dat er geen sprake zal zijn van een wezenlijke invloed op de betrokken populaties. Of er sprake is van de door de Afdeling geëiste zekerheid dat er geen sprake is van verslechtering of mogelijk herstel van de staat van instandhouding, is maar zeer de vraag.

We vragen ons dan ook af hoe de minister kan stellen dat de 'gunstige staat van instandhouding van beschermde soorten' afdoende kan worden gewaarborgd door toekomstige (niet-cumulatieve) beoordelingen van de eventuele effecten van werkzaamheden op beschermde soorten.

Dit goedkeuringsbesluit kan, naar onze mening, een toets aan de richtlijnen niet doorstaan.

6. Enkele samenvattende conclusies en aanbevelingen

Met deze uitspraak geeft de Afdeling expliciet te kennen dat artikel 3.31 Wnb richtlijnconform zal moeten worden aangepast. In afwachting zal de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde van artikel 6 Vrl/16 Hrl direct moeten worden toegepast. Hierdoor wordt het ook duidelijk dat de zinsnede 'de verboden zijn niet van toepassing' bij het werken conform een goedgekeurde gedragscode niet klopt. Deze verboden zijn nog steeds van toepassing. Het kan niet zo zijn dat een lidstaat bepaalt of verboden uit een Europese richtlijn niet van toepassing zijn. Wat wel is toegestaan, is om, richtlijnconform, een beroep te doen op de mogelijkheid om onder de gestelde richtlijnvoorwaarden daarop een uitzondering te maken. De drie uitzonderingsvoorwaarden van artikel 9 Vrl/16 Hrl – en dan met name de 'geen andere bevredigende oplossing'- en 'gunstige staat van instandhouding'-voorwaarden – lenen zich naar onze mening slecht voor een beoordeling van toekomstige gevallen.

Het voldoen aan de 'geen andere bevredigende oplossing'-voorwaarde houdt in dat je de concrete omstandigheden van het geval kent. Bij toekomstige activiteiten waarvan je op het moment van het opstellen van de gedragscode of bij besluiten ter goedkeuring van gedragscodes over het algemeen niet alle aspecten kent, lijkt ons dit een onmogelijke opgave.

Hetzelfde geldt voor de 'gunstige staat van instandhouding'-voorwaarde. Als de staat van instandhouding van de betrokken populatie afhangt van de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen, dient er een mate van zekerheid te worden afgegeven op basis van wetenschappelijke inzichten. Het vereiste inzicht is daarnaast ook noodzakelijk bij de besluitvorming over goedkeuring van de gedragscode, waardoor de bewijslast van de effectiviteit niet kan worden neergelegd bij de initiatiefnemer, bijvoorbeeld door een monitoringsverplichting. De vraag is of er in de praktijk voldoende inzicht is in de staat van instandhouding van betrokken populaties. Ook ontbreekt er in de praktijk voldoende inzicht in de effectiviteit van veel maatregelen door een gebrek aan een eendui-

dige definitie in welk geval een maatregel als effectief kan worden beschouwd en een gebrek aan onderzoek naar de werking van toegepaste voorzieningen of openbaar te raadplegen evaluaties of monitoringsresultaten. Daardoor lijkt het ons eveneens een vrijwel onmogelijke opgave om een dergelijke zekerheid te kunnen geven, zeker bij een sectorale gedragscode die landelijke reikwijdte heeft. Om de vereiste zekerheid te kunnen geven bij besluitvorming, sluiten wij graag aan bij de oproep om een werkwijze te hanteren, gebaseerd op wetenschappelijk bewezen effectieve maatregelen, door het initiëren van experimenten naar de effectiviteit van maatregelen, het beschikbaar maken van onderzoeken en het opstellen van *evidence based*-richtlijnen die regelmatig worden geactualiseerd.

Het spreekt voor zich dat niet alleen de minister bij haar goedkeuringsbesluiten van gedragscodes, maar ook initiatiefnemers (voor wat betreft de bij hun aanvragen voor een ontheffing of vrijstelling aan te leveren informatie) en de bevoegde gezagen bij hun besluiten omtrent ontheffingen en vrijstellingen van het soortenbeschermingsregime, rekening moeten houden met de hiervoor besproken conclusies van de Afdeling.

Voornamelijk beheer- en onderhoudswerkzaamheden, waarvan de uitvoeringsmodaliteiten vaak ruim van tevoren bekend zijn, lenen zich naar onze mening voor vrijstellingen met gedragscode. Ook kan een gedragscode wellicht worden opgesteld voor concrete en duidelijk afgebakende handelingen voor soorten die zich in een gunstige staat van instandhouding bevinden en niet worden geraakt, of, indien aanwezig, het effect op basis van wetenschappelijk onderbouwde effectief bewezen maatregelen wordt voorkomen of ongedaan wordt gemaakt.

In alle andere gevallen zou richtlijnconform een individuele ontheffing de voorkeur verdienen. Met betrekking tot grootschalige handelingen kan dan worden gedacht aan een zogenaamde gebiedsontheffing op basis van een soor-

tenmanagementsplan die de vereiste inzichten met betrekking tot andere bevredigende oplossingen en het (cumulatieve) effect op de betrokken populatie wel kan bieden. Een soortenmanagementsplan is erop gericht de betrokken populatie in beeld te brengen door middel van onderzoek, waarna eerst de staat van instandhouding van de populatie wordt versterkt aan de hand van maatregelen op basis van een knelpunten- en kansanalyse voordat daadwerkelijk schadelijke handelingen worden toegestaan. Op basis van deze werkwijze kan aan de uitspraak worden voldaan en een ontheffing verleend.

Overigens zou een gedragscode uiteraard ook als een *code of conduct* kunnen dienen ter voorkoming van overtreding van de verboden, zodat, mits de maatregelen kunnen worden nageleefd, er geen ontheffing hoeft te worden aangevraagd, dan wel een beroep hoeft te worden gedaan op de mogelijkheid tot vrijstelling met gebruikmaking van een goedgekeurde gedragscode. Ook de Afdeling is in deze uitspraak, zoals vermeld, die mening toegedaan. Indien de initiatiefnemer bij het bevoegd gezag kan aantonen dat de maatregelen van de gedragscode kunnen worden nageleefd en overtredingen van de verboden in voorkomend geval kunnen worden voorkomen, kan het bevoegd gezag besluiten daarvoor een negatieve beschikking af te geven. Om verwarring te voorkomen dient een van beide instrumenten in dat geval wel een andere naam te krijgen.

Over de auteurs

Mr. dr. J.M.I.J. Zijlmans

Research fellow aan de Universiteit Groningen en mederedacteur van verschillende juridische milieutijdschriften, waaronder *PRO*. Zij is redactielid van *NBR*.

S. Hunink BSc.

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