

# 183. Worden mitigatie en compensatie voldoende juridisch gewaarborgd in Wnb-ontheffingen?

SANDER HUNINK & DIMPHINA RIEMER

Dit artikel verkent de (on)mogelijkheden voor het waarborgen van mitigatie en compensatie in ontheffingen in het kader van soortenbescherming, met allereerst een uitleg van het wettelijk kader. Aansluitend een nadere toelichting op deze (on)mogelijkheden en een verkenning van de situatie onder de nieuwe Omgevingswet. Afsluitend suggesties voor oplossingen in de praktijk voor veel voorkomende valkuilen.

## Inleiding

In het kader van de soortenbescherming onder de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) worden ontheffingen verleend door het rijk (RVO) en provincies. Veel Wnb-ontheffingen (hierna: ontheffingen) gaan gepaard met specifieke voorschriften die mitigatie of compensatie<sup>1</sup> voorschrijven, om de gunstige staat van instandhouding van beschermde soorten of essentiële onderdelen van het leefgebied ter behoud van de functionaliteit van verblijfplaatsen te waarborgen. Ontheffingen worden voor bepaalde tijd verleend, waarbinnen deze voorschriften moeten worden nageleefd. In de praktijk merken wij dat het onduidelijk is wat de juridische status is van voorschriften waarin mitigatie en

compensatie zijn geregeld, na realisatie van projecten en na expiratie van de ontheffing. Kan het bevoegd gezag dwingen de voorschriften van de geëxpireerde ontheffing na te komen? Dienen de maatregelen tot het einde der tijden in stand te worden gehouden? En in hoeverre is de ontheffinghouder verantwoordelijk voor het instandhouden van de mitigatie dan wel compensatie na realisatie van het project en na afloop van de geldigheidsduur van de ontheffing? In het kader van de handhaving is het de vraag of de wet wordt overtreden als uit monitoring blijkt dat na het verlopen van de ontheffing de aangelegde maatregelen (nog) niet in gebruik zijn genomen door de beschermde soorten waarvoor deze maatregelen zijn bedoeld. Dit zijn wezenlijke vragen, omdat de maatregelen in eerste instantie zijn opgelegd om de gunstige staat van instandhouding van een soort te waarborgen of om de functie van een verblijfplaats te behouden. Zonder een goede uitvoering en een correcte juridische borging komt het resultaat van deze maatregelen alsnog in het geding, waarmee een ontheffing het doel mist, namelijk: de ingevolge internationale en nationale wet- en regelgeving vereiste bescherming van soorten.

In dit artikel verkennen wij de (on)mogelijkheden voor het waarborgen van mitigatie en compensatie in ontheffingen in het kader van soortenbescherming. Wij beginnen met een uitleg van het wettelijk kader. Aansluitend een nadere toelichting op deze (on)mogelijkheden en een verkenning van de situatie onder de nieuwe Omgevingswet. Daarnaast doen wij suggesties voor oplossingen in de praktijk voor veel voorkomende valkuilen.

## Wettelijke grondslag

### Ontheffingverlening

Het gezag dat bevoegd is om ontheffingen te verlenen, is aangegeven in artikel 1.3 Wnb. Op grond van deze bepaling zijn de minister LNV (RVO) respectievelijk de provincies bevoegd om, met betrekking tot beschermde soorten,

<sup>1</sup> *Mitigerende maatregelen* in het kader van soortenbescherming zijn maatregelen die worden getroffen om de overtreding van verbodsbepalingen 'ter plaatse' te voorkomen of te beperken. Het doel van mitigatie is daarmee plaats- en tijdsgebonden: mitigerende maatregelen moeten betrekking hebben op het beschermen van het exemplaar of het waarborgen van de functie van het nest of voortplantings- of rustplaats van het exemplaar van de beschermde soort dat wordt aangetast of vernield. Mitigatie kan daarmee ook betrekking hebben op het bieden van door het exemplaar te bereiken alternatieve verblijfplaatsen of leefgebieden. Er wordt daarbij in de praktijk onderscheid gemaakt in tijdelijke en permanente maatregelen. Tijdelijke maatregelen hebben als doel het overtreden van verbodsbepalingen tijdens de uitvoering te voorkomen of te beperken, zijn van tijdelijke aard en kunnen nadat permanente maatregelen zijn gerealiseerd komen te vervallen. Permanente maatregelen zijn, zoals de naam als zegt, van definitieve aard. Afhankelijk van de beschermde soort kunnen tijdelijke maatregelen ook gelijk zijn aan permanente maatregelen.

*Compenserende maatregelen* zijn niet per definitie gericht op het voorkomen of beperken van de overtreding van verbodsbepalingen, maar betreffen maatregelen om de gunstige staat van instandhouding te kunnen waarborgen van de getroffen soort. De maatregelen zijn daarmee niet direct afhankelijk van het exemplaar dat geschaad wordt, maar dienen in ieder geval betrekking te hebben op de populatie waartoe het exemplaar behoort. Veelal betreffen compenserende maatregelen de inrichting van nieuw leefgebied, nieuwe verbindingzones of specifieke maatregelen om de kwaliteit van het bestaande leefgebied te verbeteren.

onthefing te verlenen van de verbodsbepalingen in de artikelen 3.1, 3.5 en 3.10 Wnb. Ontheffingen kunnen worden verleend indien handelingen zijn getoetst aan drie criteria, genoemd in artikel 3.3 lid 4, respectievelijk artikel 3.8 lid 5 en artikel 3.10 lid 2 Wnb. Deze drie criteria omvatten, vrij vertaald, het volgende:

- er bestaat geen andere bevredigende oplossing;
- er is sprake van een geldig wettelijk belang; en
- de (gunstige) staat van instandhouding van de desbetreffende soort wordt niet verder aangetast door de handelingen.

#### Het verbinden van voorschriften aan een ontheffing

Indien het bevoegd gezag van mening is, of de verzekering heeft gekregen, dat aan de drie criteria wordt voldaan, kan zij besluiten tot ontheffingverlening. Aan ontheffingen kunnen voorschriften, beperkingen en een geldigheidsduur worden verbonden, conform artikel 5.3 lid 1, respectievelijk lid 2 en lid 3 Wnb. Het gaat hier in beginsel om een bevoegdheid, dat wil zeggen, de wet zelf *verplicht niet* tot het verbinden van voorschriften, beperkingen of een geldigheidsduur aan een ontheffing. Het is overigens mogelijk dat deze verplichting er wel is indien op andere wijze niet aan Europeesrechtelijke verplichtingen kan worden voldaan. Op grond van artikel 5.3 lid 4 Wnb is het verboden te handelen in strijd met de voorschriften bij een ontheffing.

In de Memorie van Toelichting bij de Wnb (MvT)<sup>2</sup> is een toelichting gegeven op artikel 5.3 waarin wordt aangegeven dat onder voorschriften bijvoorbeeld verplichtingen worden verstaan tot het treffen van mitigerende of compenserende maatregelen. Verder is aangegeven dat de in het artikel genoemde aan een ontheffing te verbinden beperkingen betrekking kunnen hebben op de plaats waar de betrokken handeling mag plaatsvinden, een begrenzing van het aantal handelingen dat is toegestaan of van de aard van de te verrichten handeling. Voorschriften en beperkingen hebben echter geen betrekking op de geldigheidsduur van een ontheffing. Laatstgenoemde kan los van de voorschriften en beperkingen worden verbonden aan een ontheffing volgens artikel 5.3 lid 3 Wnb. De geldigheidsduur wordt volgens de MvT van belang geacht met het oog op de bescherming van de natuur. Aangegeven wordt dat wanneer de mogelijke negatieve gevolgen van een handeling na verloop van tijd praktisch niet kunnen worden beoordeeld, deze handeling alleen kan worden toegestaan voor de periode waarvoor er wél zekerheid kan worden verkregen dat zij niet schadelijk is. Wat deze periode is en of er een maximale geldigheidsduur verbonden kan worden aan een ontheffing is niet aangegeven en zal van geval tot geval kunnen verschillen. Een nadere toelichting op een mogelijke maximale geldig-

heidsduur van ontheffingen tijdelijke natuur<sup>3</sup> of generieke ontheffing<sup>4</sup> is eveneens niet opgenomen.

#### Het intrekken of wijzigen van een ontheffing

De ontheffing kan worden ingetrokken of gewijzigd op grond van artikel 5.4 lid 1 Wnb. Het bevoegd gezag kan daarbij een belangenafweging maken. Een reeds verleende – al dan niet onherroepelijke – ontheffing kan ingevolge artikel 5.4 lid 1 Wnb worden ingetrokken of ambtshalve gewijzigd in een viertal gevallen, namelijk als:

- de ontheffinghouder in strijd handelt met de verleende ontheffing of de daaraan verbonden voorschriften of beperkingen;
- de gegevens op grond waarvan de ontheffing is verleend zodanig onjuist of onvolledig blijken te zijn dat een andere beslissing zou zijn genomen indien de juiste gegevens bekend waren;
- de ontheffing in strijd met wettelijke voorschriften is verleend; of
- er sprake is van (zodanig) gewijzigde omstandigheden sinds ontheffingverlening dat dit geleid zou hebben tot andere voorschriften of beperkingen of een negatief besluit op de ontheffingsaanvraag.

Bij de voorbereiding van een wijziging of intrekking van een besluit dient het bevoegd gezag (gedeputeerde staten/minister van LNV) de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren (art. 3.2 Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Het besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering (art. 3.46 Awb). Deze motivering dient (expliciet) onderdeel uit te maken van het bestreden besluit (art. 3.47 lid 1 Awb). Daarnaast dient het bevoegd gezag de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen (op een kenbare wijze) af te wegen (art. 3.4 lid 1 Awb). De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3.4 lid 2 Awb).

Op grond van vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) komt aan het bevoegd gezag beleidsruimte toe bij de beantwoording van de vraag of, en op welke wijze, gebruik gemaakt wordt van de bevoegdheid om voorschriften te stellen. De rechterlijke toets ziet erop of alle in aanmerking komende belan-

2 Kamerstukken II 2011/12, 33348, nr. 3.

3 Tijdelijke Natuur is natuur die spontaan ontstaat als wordt afgezien van natuurverend beheer. Bij Tijdelijke Natuur heeft de grondeigenaar vooraf juridische toestemming (ontheffing tijdelijke natuur) geregeld om deze natuur op een later tijdstip te mogen verwijderen. Deze ontheffing wordt verleend voor tien jaar.

4 Een generieke of gebiedsontheffing is een 'koepelonthefing', waaraan voorwaarden zijn gekoppeld. Die voorwaarden moeten zorgen voor een blijvende gunstige staat van instandhouding van in het wild levende soorten waarvoor de ontheffing geldt binnen het gebied waarvoor de ontheffing geldt. Bijvoorbeeld een gehele gemeente of het woningenbestand van één woningcorporatie. Een dergelijke gebiedsaanpak kan belangrijke ecologische winst opleveren in vergelijking met een reguliere ontheffing verleend voor één enkele project. Indien een generieke ontheffing aanwezig is, is er geen ontheffing nodig op projectniveau.

gen zijn meegewogen en of het resultaat van de gemaakte afweging daarvan door het bestuur niet onredelijk is. Uit (onder andere) een uitspraak van de Afdeling van 11 oktober 2017<sup>5</sup> volgt voorts dat motivering van de noodzaak tot het opleggen van een monitoringsverplichting expliciet vereist is. Op grond van de hiervoor beschreven wettelijke grondslag en het bovenstaande, heeft het bevoegd gezag mogelijkheden om een ontheffing te wijzigen, mits dit goed wordt gemotiveerd en de belangen goed zijn afgewogen. Wanneer uit de monitoringsresultaten blijkt dat gerealiseerde mitigatie niet wordt gebruikt, dan zou het bevoegd gezag aanvullende eisen of maatregelen kunnen opleggen mits de geldigheidsduur van de ontheffing daarvoor de gelegenheid biedt en er een vorm van verwijtbaarheid is aan de zijde van de ontheffinghouder.

### Geldigheidsduur van een ontheffing

Uit jurisprudentie volgt dat in voorschriften opgenomen mitigerende of compenserende maatregelen binnen de geldigheidsduur van de ontheffing dienen te worden uitgevoerd.<sup>6</sup> Ook in de MvT is aangegeven dat overtredingen van de aan een ontheffing verbonden voorschriften op zichzelf staande strafbare feiten zijn en dat een correcte en *tijdige* naleving van deze voorschriften essentieel is voor de bescherming van de natuur. De juridische waarborging van mitigatie en compensatie wordt daarmee bepaald door de formulering van de voorschriften en beperkingen en tevens in sterke mate door de geldigheidsduur van de ontheffing. Alleen indien de geldigheid niet is verlopen, kan het bevoegd gezag immers optreden aan de hand van de voorgescreven voorschriften en beperkingen en de mogelijkheden in de wet om de ontheffing in te trekken of te wijzigen.

## Handhaving van de voorschriften na het verlopen van de ontheffing is juridisch erg lastig zo niet onmogelijk

De *maximale* geldigheidsduur van ontheffingen is echter niet wettelijk geregeld en onduidelijk. De algemene beleidslijn van de bevoegde gezagen lijkt te zijn dat een ontheffing van de verboden uit artikel 3.1, 3.5 of 3.10 Wnb voor een periode van maximaal vijf jaar wordt verleend. Dit is echter noch in regelgeving noch in beleid vastgelegd. Onder de uitvoerders van de oude Flora- en faunawet (Ffw) gold de ongeschreven regel dat aan een ontheffing een maximale geldigheidsduur verbonden kon worden van niet langer dan vijf jaar. Voor dit artikel is middels een steekproef op recent (in de periode februari 2019 – 15 augustus 2019) verleende ontheffingen die digitaal beschikbaar waren van zowel RVO als provincies gekeken naar de daaraan verbonden geldigheidsduur, om de huidige praktijk met betrekking tot de maximale geldigheidsduur te ontdekken.

De praktijk onder de Ffw lijkt grotendeels te zijn doorgetrokken in de verleende ontheffingen onder de Wnb. Vele bekeken ontheffingen hadden een geldigheidsduur tot vijf jaar, al is deze praktijk nergens vastgelegd. De provincies Noord-Holland, Gelderland, Utrecht en Overijssel wijken hiervan af, in die zin dat zij binnen de beschouwde periode verschillende malen een ontheffing hebben verleend met een geldigheidsduur langer dan vijf jaar, waarvan de grootste uitschieters zijn: een ontheffing van de provincie Utrecht met een geldigheidsduur van zes jaar en tien maanden<sup>7</sup>, een ontheffing van de provincie Overijssel met een geldigheidsduur van negen jaar en vijf maanden<sup>8</sup> voor een omvorming van een kantoorgebouw en een andere ontheffing van de provincie Overijssel met een geldigheidsduur van vijftien jaar voor de realisatie en het gebruik van twee windturbines.<sup>9</sup> De ‘afwijkingen’ houden volgens de betreffende ontheffingen veelal verband met een verzoek van de aanvrager. In geen van de ontheffingen wordt een afwijking gemotiveerd en evenmin leidt de langere geldingsduur tot extra voorschriften om de gunstige staat van instandhouding te waarborgen (bijvoorbeeld monitoring). De provincies Noord-Holland en Overijssel zijn echter een enkele keer afgeweken van de aangevraagde periode, zodat de periode waarbinnen het opgelegde monitoringsvoorschrift moet worden uitgevoerd binnen de geldigheidsduur van de ontheffing valt.<sup>10</sup> Deze provincies lijken daarmee vooralsnog de enige bevoegde gezagen die zijn afgeweken van de aangevraagde periode.

In algemene zin wordt er in de toelichting bij aanvraagformulieren van de verschillende bevoegde gezagen met betrekking tot de aan te geven ontheffingsperiode gewezen op de duur van de realisatiefase en een enkele keer tevens de gebruiksfase, zonder daarbij een maximale geldigheidsduur van ontheffingen aan te geven of te wijzen op de planning van de uitvoering van mitigatie of compensatie. De provincie Limburg heeft als enige bevoegd gezag in de Beleidsregels passieve soortenbescherming<sup>11</sup> de bepaling opgenomen dat voor de geldigheid van een ontheffing wordt aangesloten bij de duur van de ingreep (art. 6.1 lid 1). Het beleid van de provincie Limburg sluit hiermee aan bij het ogenschijn-

5 ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2742, r.o. 4.4. Zie bijv. ook Rb. Noord-Holland 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4382, r.o. 7.3.  
6 Rb. Noord-Holland 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4184.

7 Ontheffing ruimtelijke ingrepen 447 woningen Bloemenbuurt te Utrecht, 22 februari 2019, zaaknummer Z-WNB-RI-REG-2018-1914, met een geldigheidsduur van 1 maart 2019 t/m 31 december 2025.  
8 Ontheffing Wet natuurbescherming betreffende omvorming kantoorgebouw tot woonappartementen Parkstraat 1 te Zwolle, 8 juli 2019, kenmerk 2019/0180368 met een geldigheidsduur van 9 juli 2019 t/m 31 december 2028.  
9 Ontheffing Wet natuurbescherming betreffende de realisatie en gebruik van twee windturbines op de locatie Meentjesweg / Ebbenweg te Nieuweleusen, 14 mei 2019, kenmerk 2019/0049405 met een geldigheidsduur van 1 juni 2019 t/m 1 juni 2044.  
10 Zie onder meer: Ontheffing Wet natuurbescherming betreffende sloop kantoorpand en garagecomplex en nieuwbouw van een appartementencomplex aan de Kranenburgweg 8 te Zwolle, 12 juni 2019, kenmerk 2019/0099610. Ontheffing ruimtelijke ingrepen betreffende renovatie van Huize Polanen aan de Jan van Polanenstraat 146 t/m 322 te Heemskerk, 8 augustus 2019, zaaknummer OD.282611.  
11 Prb-2017-5634, Beleidsregels ten behoeve van de passieve soortenbescherming onder de Wet natuurbescherming in Limburg.

lijke beleid van overige bevoegde gezagen dat verkregen wordt uit de toelichtingen op aanvraagformulieren.

Er is overigens wel een afbakening van de maximale geldigheidsduur van de goedkeuring van gedragscodes, zoals aangegeven in de brochure *Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen*<sup>12</sup> van de RVO. Daarin staat dat deze kunnen worden goedgekeurd voor een periode van maximaal vijf jaar, zonder een onderbouwing van deze periode. Verder wordt in het beleidskader Wnb van de provincie Utrecht aangegeven dat een ontheffing tijdelijke natuur in beginsel een geldigheidsduur heeft van maximaal tien jaar. Volgens het beleidskader Wnb van de provincie Utrecht komt dit overeen met de maximale wettelijke periode dat een bestemming op een terrein kan liggen zonder dat deze is gerealiseerd. Omdat elke tien jaar een bestemmingsplan wordt hernieuwd, kan ook de geldigheidsduur van de ontheffing tijdelijke natuur met maximaal tien jaar worden verlengd. Ook de provincies Overijssel, Noord-Brabant en Limburg hebben in beleidsregels vastgelegd dat een ontheffing tijdelijke natuur voor maximaal tien jaar kan worden verleend. Daarnaast heeft de provincie Limburg als enige provincie in haar Beleidsregels passieve soortenbescherming<sup>13</sup> aangegeven dat een generieke ontheffing voor een periode van maximaal tien jaar kan worden verleend.

De meeste bevoegde gezagen lijken een ongeschreven beleidslijn toe te passen voor de geldigheidsduur van ‘reguliere’ ontheffingen voor projecten (geldigheidsduur bepaald door de planning van de handeling), die afwijkt van de beleidslijnen voor generieke ontheffingen of ontheffingen tijdelijke natuur (vooraf bepaalde maximale geldigheidsduur van tien jaar). Wat is het verschil en vooral waarom deze tweedeling in beleid? Mogelijk speelt monitoring in het type ontheffingen een rol; hierdoor kan het bevoegd gezag immers de vinger aan de pols houden en de gunstige staat van instandhouding waarborgen. Dat wordt echter niet duidelijk.

Opvallend genoeg heeft de provincie Limburg in haar Beleidsregels passieve soortenbescherming opgenomen dat de voorschriften aangaande te treffen ecologische maatregelen van kracht blijven na afloop van de geldigheidsduur van de verleende ontheffing (art. 6.1 lid 2). Of dit juridisch houdbaar is, is maar de vraag. Er is immers geen geldige ontheffing meer waarop kan worden teruggevallen bij handhaving en er is verder geen wettelijke grondslag waar de provincie Limburg haar beleid op kan staven.

## Nadere analyse probleemstelling

### Overtreden van verbodsbepalingen – continu of slechts tijdelijk?

De periode waarin bij de uitvoering van handelingen verbodsbepalingen worden overtreden waarvoor een ontheffing nodig is, is meestal van betrekkelijk korte duur. Dit hangt samen met de formulering van de verbodsbepalingen in de wet en de aard van het project. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen mogelijke overtredingen tijdens de realisatiefase en de gebruiksfase van een project. Tijdens de realisatiefase kunnen verbodsbepalingen worden overtreden door aantasting of vernieling van standplaatsen van planten, verblijfplaatsen van dieren en delen van leefgebieden, maar ook door verstoring of het doden van exemplaren. Afhankelijk van de aard van de ingrepen is er in de meeste gevallen bij de realisatiefase van een project sprake van een eenmalige overtreding van de verbodsbepalingen (beschadigen of vernielen verblijfplaats) of effecten van tijdelijke aard (verstoring door realisatie project). Na de realisatiefase kan echter ook het gebruik van de nieuwe ontwikkeling of installatie leiden tot overtredingen, bijvoorbeeld door verstoring van dieren (denk aan verstoring door licht of geluid) of doding van dieren (bijvoorbeeld verkeersslachtoffers of aanvaringsslachtoffers door in gebruik zijnde windmolens). Er is dan sprake van een continue of herhaaldelijke overtreding van verbodsbepalingen, waardoor in de regel een langere geldigheidsduur van een ontheffing is vereist om de overtreding toe te staan. Of en waarvoor een ontheffing nodig is, hangt hierdoor af van de te verwachten effecten tijdens beide hiervoor genoemde fasen van een nieuwe ruimtelijke ingreep of ontwikkeling. De aan een ontheffing te verbinden mitigatie- of compensatievoorschriften dienen eveneens de termijn te bepalen waarvoor een ontheffing wordt verleend. Maar hoe lang dient die looptijd te zijn? En is er – gezien de wettelijke grondslag – iets te zeggen over een maximale geldigheidsduur?

### Probleemstelling

Als voorbeeld van het probleem van het gebrek aan een geldige ontheffing en het bepalen van de juiste geldigheidsduur, werken wij het voorbeeld uit van de meest voorkomende projecten waarvoor een ontheffing wordt aangevraagd: de sloop en nieuwbouw, renovatie of verbouwing van gebouwen. In gebouwen die moeten worden gesloopt, gerenoveerd of verbouwd, komen veelal gebouwwonende beschermde soorten voor zoals vleermuizen, huismus of gierzwaluw. Effecten op exemplaren en op verblijfplaatsen worden voorkomen door gebouwen vóór de start van de werkzaamheden ongeschikt te maken voor de soorten, door het treffen van een scala aan afwerende maatregelen en door het vooraf bieden van alternatieve voorzieningen in de omgeving. Gedurende de uitvoering van de werkzaamheden worden nieuwe voorzieningen gerealiseerd in het gebouw zelf of in een gebouw in de directe omgeving. Deze mitigerende maatregelen zorgen voor nieuwe verblijfplaatsen, waardoor moet worden geborgd dat de gunstige staat

12 Ministerie van Economische Zaken, versie 1.3, Den Haag 2016. Te raadplegen op [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/natuur-en-biodiversiteit/wetgeving-voor-natuurbescherming-in-nederland](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/natuur-en-biodiversiteit/wetgeving-voor-natuurbescherming-in-nederland).

13 Zie noot 11.

van instandhouding van de betreffende soorten niet wordt aangetast en het verbod niet langer wordt overtreden.

### Bewezen effectief

Of aangebrachte voorzieningen werken als vervangende verblijfplaatsen is niet altijd bekend. In de diverse kennisdocumenten van beschermde soorten van BIJ12 zijn mogelijke voorzieningen beschreven en is gemotiveerd dat deze 'bewezen effectief' zijn. De in de kennisdocumenten genoemde bewezen effectieve voorzieningen helpen de aanvrager en het bevoegd gezag bij de onderbouwing van de aanvraag respectievelijk de ontheffing. Wat wordt bedoeld met de term 'bewezen effectief' staat niet uitgeschreven in de kennisdocumenten of het bijbehorende juridische kader.<sup>14</sup> Het bevoegd gezag verwijst steevast naar de kennisdocumenten van BIJ12 voor bewezen effectieve maatregelen zonder een eigen definitie op te nemen. Alleen de provincie Limburg heeft in haar Beleidsregels passieve soortenbescherming een definitie opgenomen, waaruit blijkt dat maatregelen als bewezen effectief worden beschouwd als is komen vast te staan dat deze in voorkomende gevallen functioneel en effectief zijn. Uit de teksten van de kennisdocumenten volgt dat een maatregel bewezen effectief is als deze door voldoende onderzoek van deskundigen is bewezen, is geaccepteerd door de soort en de voorziening aantoonbaar functioneert als type verblijfplaats waarvoor de maatregel was toegepast.

### Monitoring van mitigatie en compensatie en het treffen van aanvullende maatregelen

Als er geen bewezen effectieve maatregelen voorhanden zijn, bijvoorbeeld bij maatwerk of kritische soorten waar nog onvoldoende bewijs is dat zij voorzieningen accepteren, blijkt uit diverse ontheffingen dat bevoegde gezagen er voor kiezen om in ontheffingen een monitoringsverplichting op te leggen. Deze monitoringsverplichting strekt zich vaak uit over meerdere jaren en heeft als doel om een antwoord te krijgen op twee vragen: worden de gerealiseerde voorzieningen geaccepteerd? En kan hiermee de gunstige staat van instandhouding van de betreffende beschermde soorten worden gewaarborgd? In een enkel geval heeft het bevoegd gezag in de voorschriften opgenomen dat, afhankelijk van de monitoringsresultaten, nadere eisen kunnen worden gesteld. Voor dit laatste is het voor het bevoegd gezag een aandachtspunt dat deze nadere eisen dienen te worden geformuleerd binnen de looptijd van de ontheffing.

Wanneer het bevoegd gezag in de ontheffing een voorschrift tot monitoring heeft opgenomen is de ontheffinghouder verplicht om gedurende een voorgeschreven periode de gerealiseerde voorzieningen te monitoren en de resultaten van deze monitoring periodiek te delen met het bevoegd gezag. Vaak wordt in het voorschrift opgenomen dat het bevoegd gezag het recht heeft om naar aanleiding van de monitoringresultaten aanvullende eisen te stellen. Uit moni-

toringresultaten kan blijken dat de gerealiseerde mitigatie niet in gebruik is genomen. De oorzaak kan meerledig zijn. De omgeving is geschikt, waardoor er nog diverse alternatieve verblijfplaatsen zijn waar de dieren naar kunnen uitwijken om te gebruiken, de aangebrachte voorzieningen voldoen niet aan de vereisten van de soort, of, door omstandigheden buiten invloedssfeer van de ontheffinghouder, kan de populatie zijn verdwenen. In geval van vleermuizen kan een kraamkolonie aanwezig in een spouwmuur worden vernietigd wanneer de spouw wordt geïsoleerd. Ondanks alle goede bedoelingen van de ontheffinghouder, is niet altijd iedereen in de omgeving van het plangebied even zorgvuldig als het gaat om het naleven van de Wnb. Daarnaast zijn dieren ook onvoorspelbaar en meestal niet te sturen.

Welke maatregelen kan het bevoegd gezag in deze situatie eisen? Zolang de ontheffing nog niet is verlopen, heeft het bevoegd gezag mogelijkheden om nadere eisen te stellen zoals beschreven in de ontheffingsvoorschriften. Welke nadere eisen dit zijn en hoe deze worden opgelegd is de vraag. Wij hebben een voorbeeld van een ontheffing gevonden van de provincie Utrecht waarin zij met behulp van een ambtshalve wijziging op grond van artikel 5.4 lid 1 Wnb een besluit heeft genomen om aanvullende eisen te stellen aan een reeds eerder opgeleverde monitoring.

### Beschermde status van mitigatie of compensatie

Mitigatie van verblijfplaatsen van gebouwbewonende soorten, bestaat vaak uit tijdelijke voorzieningen, bijvoorbeeld losse kasten die worden opgehangen aan bomen en of gebouwen, en permanente voorzieningen (bijvoorbeeld inbouwkasten). Nadat het project is beëindigd en nieuwe voorzieningen zijn gerealiseerd, mogen de tijdelijke voorzieningen worden verwijderd. In de ontheffing zijn voorschriften opgenomen waarin dat wordt bepaald. Echter, in veel gevallen zijn de tijdelijke voorzieningen buiten de invloedssfeer van het project gerealiseerd en soms ook op eigendom van derden, al dan niet met toestemming. Na afronding van het project blijven deze kasten vaak hangen, deels uit kostenbesparing en deels ook om op deze wijze ook een bijdrage te leveren aan de biodiversiteit. Mitigatie in de vorm van permanente voorzieningen wordt aangebracht ter vervanging van een verblijfplaats die niet kan worden hersteld of die moet worden verwijderd. Compensatie, bijvoorbeeld de inrichting van nieuw leefgebied buiten het huidige leefgebied van de soort, wordt alleen dan aangebracht als mitigatie binnen het leefgebied van de betrokken exemplaren niet mogelijk blijkt. Compensatie vindt meestal plaats op nieuw aangekochte percelen of op percelen in overeenkomst met een bestaande eigenaar. Nieuwe voorzieningen of compensatiegebied krijgen niet automatisch een beschermde status. Wanneer de looptijd van een ontheffing eenmaal is verstreken en de nieuw gerealiseerde voorzieningen niet in gebruik zijn genomen door beschermde soorten, is er geen bepaling die vernietiging van deze voorzieningen verbiedt. Datzelfde geldt ook voor compensatiegebied. De Wnb kent met betrekking tot verblijfplaatsen alleen een verbodsbepaling

<sup>14</sup> Juridisch Kader behorende bij Kennisdocumenten Soortenbescherming, BIJ12, Versie 1.0, juli 2017.



die het verbiedt om zonder ontheffing nesten, voortplantings- of rustplaatsen van beschermde soorten te beschadigen of vernielen. Wanneer aangetoond wordt dat een nieuw gerealiseerde verblijfplaats niet in gebruik is, is er vanuit de Wnb geen mogelijkheid om tegen te gaan dat de voorziening wordt verwijderd. Dit is des te schrijnender als er mitigatie of compensatie is opgelegd in een ontheffing ter vervanging van het leefgebied van een soort. De mitigatie- of compensatiemaatregel waarmee de gunstige staat van instandhouding van een soort moet worden gewaarborgd, is vogelvrij na het verlopen van een ontheffing indien er geen vorm van bescherming is geregeld. Het is overigens de vraag of de bescherming van mitigatie en compensatie na het verlopen van de ontheffing kan worden verplicht. Daarnaast gaat het niet alleen om een gewenste planologische bescherming, maar ook om afspraken met betrekking tot eigendom, beheer en onderhoud van mitigatie en compensatie. De wet biedt hier vooralsnog geen mogelijkheid voor.

In dit kader zou het helpen als de wetgever een bepaling in de wet zou opnemen waarin aan ontheffinghouders de verplichting wordt of kan worden opgelegd om compensatie- en mitigatiemaatregelen langjarig in stand te houden dan wel een beschermde status toe te kennen en informatie daarover bij de ontheffinghouder aanwezig te hebben. Voor dit laatste kan artikel 5.8 van het Besluit omgevingsrecht, waarmee aan de vergunninghouder de verplichting kan worden opgelegd een langjarige administratie bij te houden van wat er is gebeurd met zijn afvalstoffen, wellicht als inspiratie dienen.

### Handhaving

We hebben reeds gemotiveerd dat een mitigatie- of compensatiemaatregel niet automatisch een beschermde status heeft. Zeker niet wanneer deze niet in gebruik is genomen. Vraag die daarbij rijst is of de Wnb wordt overtreden als, na de geldigheidsduur van een ontheffing, de getroffen maatregel niet effectief blijkt te zijn. Dit hangt wellicht af van de exacte formulering van de voorschriften, als er geen aantoonbare effectiviteit wordt vereist maar alleen de realisatie van een voorziening. Maar als de effectiviteit wel moet worden aangetoond, bijvoorbeeld aan de hand van monitoring, en de geldigheidsduur is verstreken, kan er dan worden ingegrepen door het bevoegd gezag in het kader van de handhaving? Volgens de MvT dient de geldigheidsduur van een ontheffing te worden gekoppeld aan de periode waarin zekerheid kan worden verkregen dat de activiteit niet schadelijk is voor de natuur. Hiermee rekening houdende is – als blijkt dat de mitigerende maatregelen binnen die periode niet effectief zijn gebleken – die geldigheidsduur dus blijkbaar verkeerd vastgesteld. In feite zou men kunnen stellen dat de ontheffing dan in strijd met de wet is verleend. Effectiviteit van een maatregel (of het gebrek daaraan) kan blijken uit voorgeschreven monitoring. Wanneer de effectiviteit van een maatregel uitblijft, is het van belang om eventuele negatieve effecten op de soort en potentieel op de gunstige staat van instandhouding te kunnen bijsturen. De voorschriften van een vigerende

ontheffing kunnen worden gewijzigd, zoals eerder toegelicht op basis van artikel 5.4 lid 1 Wnb. De wijzigingsgrond zou hierbij het gestelde onder artikel 5.4 lid 1 onderdeel a kunnen zijn, als in de voorschriften bij de ontheffing de verplichting is opgenomen dat de maatregel aantoonbaar effectief moet zijn. Zonder een geldige ontheffing is sturing door het bevoegd gezag echter niet meer mogelijk.

### Uit het antwoord van het bevoegd gezag blijkt niet of handhaving volgt vanuit het strafrecht of het bestuursrecht

De vraag wat de juridische status is van mitigatie en compensatie na het verlopen van de ontheffing is ter verificatie neergelegd bij een bevoegd gezag. In reactie daarop werd aangegeven dat, als de ontheffing verlopen is, er niet meer op de ontheffing en de voorschriften gehandhaafd kan worden. Indien de mitigatie niet is gerealiseerd of naderhand (als is aangetoond dat deze niet in gebruik is) wordt verwijderd, wordt gehandhaafd op vernietiging van de oorspronkelijke verblijfplaats waarvoor de ontheffing was verleend, aldus het geraadpleegde bevoegd gezag. De onderbouwing is dat er namelijk wel aangetoond kan worden dat het verblijf vernietigd is en dat daarvoor geen maatregelen (meer) genomen zijn.

Uit het bovenstaande antwoord van het bevoegd gezag blijkt niet of handhaving volgt vanuit het strafrecht of het bestuursrecht. Vanuit het strafrecht bekeken moet er sprake zijn van een directe overtreding van verbodsbepalingen, in dit geval het vernietigen van een verblijfplaats. Dat mag alleen indien er een ontheffing is verleend. Als dat het geval is, lijkt handhaving op grond van het strafrecht niet aan de orde. Dan rest nog handhaving op grond van het bestuursrecht. Ook hiervoor geldt dat er een verblijfplaats is vernietigd op grond van een verleende ontheffing. Vaak is een ontheffing verleend als voldoende is aangetoond dat de gunstige staat van instandhouding niet in het geding komt, mede doordat dat de ontheffinghouder nieuwe voorzieningen realiseert. Kan er dan worden gehandhaafd op het moment dat de ontheffing is verlopen en de ontheffinghouder de nieuwe voorzieningen (nog) niet heeft gerealiseerd? Er is geen besluit meer om te handhaven en het overtreden van verbodsbepalingen is niet meer aan de orde. Naar onze mening ligt er dan geen mogelijkheid tot handhaving. Wil het bevoegd gezag nog kunnen handhaven als de voorschriften niet nageleefd worden, dan dient deze bij kwetsbare situaties waarbij de staat van instandhouding in het geding kan zijn, te zorgen voor een afdoende en dekkende geldigheidsduur van een ontheffing.

### Geldigheidsduur ontheffing in de praktijk

Of het bevoegd gezag afdoende en dekkende geldigheidsduur aan ontheffing verbindt, is voor dit artikel verkend door een steekproef te nemen van de meest recent verleende ontheffingen. Zoals reeds hiervoor aangegeven, blijkt uit

deze steekproef dat het bevoegd gezag in veel gevallen de door de aanvrager aangevraagde ontheffingsperiode honoreert. Alleen de provincies Noord-Holland en Overijssel zijn afgeweken van de aangevraagde geldigheidsduur van enkele ontheffingen. Daarnaast blijkt ook dat, bij een onderbouwing van de geldigheidsduur van ontheffingen, veelal de planning van de realisatiefase van een handeling of ingreep wordt aangehouden. Verrassend was het te constateren dat de tijdschorsing van de voorschriften soms verder is gelegen dan de geldigheidsduur van de ontheffingen zelf. Zeker waar een monitoringsvoorschrift is verbonden aan de ontheffing, is het vreemd dat de geldigheidsduur niet strekt tot de uiterste datum waarop het monitoringsverslag moet worden ingediend. De mogelijkheid tot handhaving of ingrijpen als dat noodzakelijk is, wordt zo belemmerd door een te korte geldigheidsduur. Het bevoegd gezag snijdt zichzelf in deze gevallen in de vingers. Ook de initiatiefnemer is geholpen met een voldoende lange geldigheidsduur, omdat planningsplannen nou eenmaal vaak uitlopen. De vraag is waarom de bevoegde gezagen, behalve vooralsnog de provincies Noord-Holland en Overijssel, geen gebruik maken van de bevoegdheid om af te wijken van de aangevraagde geldigheidsduur.

#### Wijziging van ontheffingsvoorschriften (art. 5.4 lid 1)

In ons voorbeeld zijn er gedurende de uitvoering van de werkzaamheden nieuwe voorzieningen gerealiseerd in het gebouw zelf of in een gebouw in de directe omgeving. Wat kan het bevoegd gezag als blijkt dat deze nieuwe voorzieningen niet in gebruik zijn genomen door de soorten waarvoor deze zijn gerealiseerd?

Een wijziging van een besluit op grond van de monitoringsresultaten is een mogelijkheid. De vraag rijst echter op welke gronden een wijziging mogelijk is. Er is geen sprake meer van het overtreden van verbodsbepalingen, de aard van de verbodsbepalingen maakt feitelijk dat het overtreden van tijdelijke aard is. Het vernietigen van een vaste rust- en verblijfplaats is gekoppeld aan de activiteit en betreft daardoor een eenmalige en permanente handeling. De beoordeling van de gunstige staat van instandhouding is ook uitgevoerd ten tijde van het verlenen van het besluit. Wanneer dat nu wordt aangedragen om het besluit te wijzigen, zal dus aangetoond moeten worden dat er inderdaad sprake is van een verslechtering van de gunstige staat van instandhouding als gevolg van de activiteit. Daarbij is het een aandachtspunt dat de gunstige staat van instandhouding ook als gevolg van andere factoren kan verslechteren en is het de vraag of de verslechtering verwijtbaar is aan de ontheffinghouder. Wanneer het in dit voorbeeld gaat om vleermuisvoorzieningen, dan kan die vraag niet snel worden beantwoord door een monitoringsrapportage. In de meeste gevallen wordt de acceptatie van de voorzieningen zelf gemonitord, terwijl de redenen dat een populatie geen gebruik maakt van een voorziening meerdere oorzaken kan hebben. Verder kan de populatie andere geschikte alternatieven voorhanden hebben en hoeft de staat van instandhouding niet wezenlijk te zijn aangetast ondanks de ongebruikte voorzieningen. Daarbij moet eveneens in ogen-

schouw worden genomen dat het bevoegd gezag in eerste instantie heeft ingestemd met de activiteit en zij hiermee ook verweten kan worden het risico te hebben aanvaard dat de activiteit negatieve effecten kan hebben op de natuur. Immers, een opgelegde monitoring impliceert dat negatieve effecten niet volledig uitgesloten konden worden bij ontheffingverlening en de effecten derhalve gevolgd moeten worden door monitoring.

Een andere mogelijkheid is het argument dat er sprake is van een gewijzigde situatie of van gegevens op grond waarvan de ontheffing is verleend op basis waarvan de huidige kennis anders zou zijn. De gewijzigde situatie of nieuwe kennis zou dan zijn dat de voorgestelde mitigatie niet functioneert in de huidige vorm terwijl deze eerder in andere situaties wel functioneerde. Het bevoegd gezag zal dan aan moeten dragen wat nieuwe kennis is of welke maatregelen dan wel functioneren. Echter, met de huidige werkwijze (monitoring opleggen aan individuele ontheffinghouders) en het gebrek aan bewezen effectieve maatregelen voor veel beschermde soorten, lijkt het ons echter dat het bevoegd gezag niet sterk staat met deze argumenten. Op basis van een monitoringsrapportage kan vooralsnog alleen worden geconcludeerd dat een voorziening niet in gebruik is genomen, wat echter geen antwoord geeft op de vraag of het wel of niet geschikt is. Het voorschrijven van aanvullende maatregelen om de gerealiseerde mitigatie aan te passen, heeft onzes inziens geen zin, indien er niet is vastgesteld welke maatregelen wel bewezen effectief zijn. Het zou in die zin aan te bevelen zijn om provinciebreed of landelijk onderzoek te verrichten naar de acceptatie van voorzieningen zodat bewezen effectieve maatregelen voorhanden zijn. Een (intern) onderzoek aan de hand van de aangeleverde monitoringsrapportages van de acceptatie van voorzieningen kan op korte termijn wellicht worden uitgevoerd.

#### Doorkijk naar de Omgevingswet

In het stelsel onder de Omgevingswet (Ow) zijn artikelen over de mogelijkheid tot het verbinden van voorschriften, beperkingen en een geldigheidsduur aan een omgevingsvergunning opgenomen in paragraaf 5.1.4 (inhoud en werking omgevingsvergunning). In het voorgestelde artikel 5.36 zijn de regels voor het stellen van een termijn aan een vergunning opgenomen. Er kan een termijn worden gesteld aan zowel een vergunning voor een voortdurende activiteit (lid 1) als voor een aflopende activiteit (lid 2). In lid 4 is verder aangegeven dat gevallen worden aangewezen waarvoor een termijn kan worden gesteld en waarvoor de mogelijkheid kan worden opgenomen voor het stellen van een maximale termijn of mogelijkheden voor verlenging. Interessant is het gestelde in lid 3 waarin staat dat in een omgevingsvergunning bepaald kan worden dat daarbij aangewezen voorschriften nadat de vergunning haar gelding heeft verloren, tijdens een daarbij gestelde termijn van kracht blijven. Dat biedt de mogelijkheid om de verantwoordelijkheid voor de realisatie, beheer en onderhoud van mitigatie of compensatie voor een langere periode te verbinden aan de vergunninghouder. De vraag kan dan gesteld worden of

het geschetste probleem van een gebrek aan een juridische borging van mitigatie en compensatie na het verlopen van de geldigheid van ontheffingen niet een tijdelijk probleem is dat wordt opgelost door inwerkingtreding van de Ow.

### Aanbevelingen voor de praktijk

De maximale geldigheidsduur van ontheffing is niet vastgelegd in wetgeving. De geldigheidsduur dient volgens de MvT aldus te worden vastgesteld dat de mogelijke negatieve gevolgen van een handeling met voldoende zekerheid kunnen worden beoordeeld. Wij zouden daar graag voorwaarden aan willen toevoegen, namelijk dat wordt zorggedragen voor een voldoende lange geldigheidsduur zodat de voorschriften en beperkingen die verbonden worden aan de betreffende ontheffing ook kunnen worden gehandhaafd. Verder mist er in de wet een grondslag om ontheffinghouders te kunnen verplichten tot het langjarig in stand houden van compensatie- en mitigatievoorzieningen. De ontheffingen die onlangs zijn verleend door de provincie Overijssel met een geldigheidsduur van meer dan negen jaar of vijftwintig jaar dienen als voorbeeld. Daarnaast kan, indien de gunstige staat van instandhouding in het geding kan komen door een risicovol project, monitoring worden opgelegd om zodoende gedurende het project een vinger aan de pols te kunnen houden en voldoende zekerheid in te bouwen dat de negatieve effecten kunnen worden beoordeeld. Deze monitoring dient niet alleen te zijn gericht op de acceptatie van voorzieningen, maar eveneens op het gedrag van de (deel)populatie zelf, om een zinnig antwoord te krijgen op de vraag of door een project de gunstige staat van instandhouding wordt aangetast of niet. Daardoor kan de geldigheidsduur van ontheffingen worden verlengd, aangezien over een langere periode de zekerheid kan worden verkregen dat er geen sprake is van een negatief effect op de natuur. Een langere geldigheidsduur komt ook de handhaving ten goede, als de verbonden voorschriften en beperkingen aan een ontheffing qua planning worden gedekt.

Monitoring zoals hiervoor aangegeven kan wellicht niet van iedere ontheffinghouder worden verlangd, vanwege de soms relatief hoge kosten van een dergelijke monitoring en de vraag of deze monitoring op het bordje van de ontheffinghouder moet liggen. Monitoringsvoorschriften dienen uiteraard wel naar redelijkheid te worden voorgeschreven. Een onafhankelijke studie naar de acceptatie van voorzieningen door beschermde soorten om de in de kennisdocumenten aangegeven bewezen effectieve maatregelen aan te vullen, is aan te bevelen.

Verder blijkt dat in de praktijk met name de aanvrager bepaalt wat de geldigheidsduur is van de ontheffing die hij aanvraagt. Het bevoegd gezag zal zoveel mogelijk de in de aanvraag aangeleverde verzoeken beoordelen en deze honoreren als de aanvraag voldoet aan de toetsingscriteria in de Wnb voor ontheffingverlening. Het bevoegd gezag kan de aanvrager aansporen om een langere ontheffingsperiode aan te vragen. Dit kan onder meer door een betere

voorlichting in de toelichting van aanvraagformulieren, handreikingen van het bevoegd gezag en in vooroverleggen.

Daarnaast mag van het bevoegd gezag verlangd worden dat zij een langere geldigheidsduur verbindt aan een ontheffing om de voorschriften te waarborgen en deze juridisch handhaafbaar te maken. Zoals de provincies Noord-Holland en Overijssel laten zien, zijn er reeds voorbeelden van afwijkingen van de aangevraagde geldigheidsduur door het bevoegd gezag. Ingevolge artikel 5.3 lid 1 onder 3 kan het bevoegd gezag (gemotiveerd) een besluit nemen over de geldigheidstermijn van een ontheffing. Hier ligt nog wel een andere discussie, namelijk of het bevoegd gezag de bevoegdheid heeft om een langere geldigheidsduur op te leggen dan is aangevraagd en daarmee in feite ook de aanvrager opzadelt met een langere verplichting aangaande de verbonden voorschriften. Een goede motivatie is vereist waarom het bevoegd gezag afwijkt van de aanvraag en wat de noodzaak is van een langere geldigheidsduur voor een goede bescherming van de bedreigde flora en fauna, wat de Wnb beoogt.

### Verrassend was het te constateren dat de tijdshorizon van de voorschriften soms verder is gelegen dan de geldigheidsduur van de ontheffingen zelf

De bescherming van mitigatie en compensatie is geregeld, zolang er een ontheffing is. Wanneer deze ontheffing eenmaal is verlopen, zou bescherming van permanente mitigatie en compensatie ook op een andere wijze geregeld moeten kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan het beleidsmatig vaststellen dat een permanente maatregel met als doel mitigatie of compensatie per definitie een beschermde status heeft, waarop de verbodsbepalingen van de Wnb van toepassing zijn. Aantasting van een dergelijke maatregel mag dan alleen met een ontheffing. In deze nieuwe ontheffing kan het bevoegd dan weer eisen stellen voor nieuwe mitigatie of compensatiemaatregelen.

### Conclusie

In dit artikel uiten wij onze zorg over de juridische houdbaarheid van opgelegde voorschriften in ontheffingen in het kader van de soortenbescherming Wnb. Vaak blijkt in de praktijk dat opgelegde mitigatie en compensatie na het verlopen van de geldigheidsduur van een ontheffing als vogelvrij worden beschouwd. Handhaving van de voorschriften na het verlopen van de ontheffing is juridisch erg lastig, zo niet onmogelijk. De wet en de memorie van toelichting geven geen maximale geldigheidsduur aan voor een ontheffing. Wel dient de geldigheidsduur zodanig te worden bepaald dat het bevoegd gezag de zekerheid heeft dat de negatieve effecten van een handeling voldoende kunnen worden ingeschat. Verschillende bevoegde gezagen lijken in de praktijk een ongeschreven regel aan te houden



dat een ontheffing maximaal vijf jaar geldig mag zijn. Deze ongeschreven regel zit voorsnog voornamelijk in de hoofden van aanvragers en ontheffingverleners, waarschijnlijk als gevolg van de praktijk onder de voormalige Ffw. Een enkele aanvrager vraagt een ontheffing aan voor een langere periode dan vijf jaar, wat veelal door het bevoegd gezag wordt gehonoreerd. Zowel jurisprudentie als de toelichting op de wet geven aan dat voorschriften en beperkingen binnen de geldigheid van een ontheffing moeten worden uitgevoerd. Een enkel bevoegd gezag (provincies Noord-Holland en Overijssel) is dan ook afgeweken van de aangevraagde periode om de voorschriften en beperkingen onder de geldigheid van de ontheffing te laten vallen. Conclusie uit het artikel is dat er in feite geen maximale geldigheidsduur is, maar dat de geldigheidsduur wel zodanig moet worden gekozen dat de negatieve effecten op natuur voldoende in beeld kunnen worden gebracht bij de beoordeling van de ontheffingsaanvraag. Daartoe zou het bevoegd gezag een controle kunnen inbouwen in een ontheffing door middel van een monitoringsplicht, zodat een langere geldigheid gerechtvaardigd is. Zaak is dan wel dat goed wordt onderbouwd waarom monitoring wordt verbonden aan de ontheffing. Daarnaast heeft het bevoegd gezag de mogelijkheid om af te wijken van de aangevraagde geldigheidsduur van een ontheffing. Het wordt aanbevolen om deze mogelijkheid aan te grijpen om de uitvoering van voorschriften en beperkingen te laten vallen binnen de geldigheidsduur van ontheffingen. Zodoende zijn bijsturing

en handhaving door het bevoegd gezag mogelijk op basis van de voorschriften en beperkingen om indien nodig te kunnen ingrijpen. Een probleem blijft echter om mitigatie en compensatie juridisch te borgen buiten de ontheffing. De Wnb biedt daarvoor voorsnog geen oplossing. Uiteindelijk lijkt het probleem van een goede juridische borging van mitigatie en compensatie een tijdelijk probleem als de Omgevingswet in de huidige vorm in werking treedt. Echter, ook dan is er noodzaak om mitigatie en compensatie goed te borgen binnen de reikwijdte van vergunningen. Daarnaast dient het bevoegd gezag tevens aandacht te hebben, zeker bij compensatie, voor de vastlegging van afspraken over het eigendom, beheer en onderhoud op de lange termijn, om deze juridisch te borgen als de geldigheid van de vergunning verloopt. Voorsnog ontbreekt er in de wet en provinciale verordeningen en regels aandacht hiervoor.

**Over de auteurs****S. Hunink BSc.**

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

**Ing. D. Riemer**

Adviseur ecologie bij het ecologisch adviesbureau *ECOquickscan*. Lid van de werkgroep Toetsing van het Netwerk Groene Bureaus.