

Tilburg University

**Onderzoek naar de betekenis van ‘de gunstige staat van instandhouding’, met name in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming**

Bastmeijer, Kees

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Bastmeijer, K. (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.*

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

---

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

---

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

Kees Bastmeijer  
Januari 2018



Legal Advice  
for **Nature**

---

**Onderzoek naar de betekenis van ‘de gunstige staat van  
instandhouding’, met name in het kader van de beoordeling  
van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming**

---

**CONCLUDERENDE SAMENVATTING & AANBEVELINGEN**

Het begrip Gunstige Staat van Instandhouding (hierna: GSvI) kent een centrale plaats in het natuurbeschermingsrecht, zowel in de omschrijving van de doelen als in het gebiedsbeschermingsrecht en het soortenbeschermingsrecht. Dit onderzoek – uitgevoerd in opdracht van de Provincies Gelderland en Utrecht, in afstemming met de Provincie Overijssel – beoogt meer helderheid te bieden over de betekenis van dit begrip.<sup>1</sup> Hoewel het begrip mede aandacht zal krijgen vanuit de invalshoeken van verslaglegging, gebiedsbescherming en actieve soortenbescherming, ligt het accent in dit onderzoek op de betekenis van de term in het kader van het ‘passieve soortenbeschermingsrecht’. Daarbij gaat het voor de praktijk met name om de toepassing van het vereiste dat bij het beoordelen van ontheffingsaanvragen getoetst moet worden aan de voorwaarde dat “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan” (hierna: GSvI-voorwaarde). Dit vereiste is toepasselijk op alle ontheffings- en vrijstellingsmogelijkheden ten aanzien van de verboden die gelden voor beschermde soorten van artikel 3.1,<sup>2</sup> 3.5 en 3.10 van de Wet natuurbescherming. De voorwaarde is dus ook van toepassing op ontheffingen en vrijstellingen in het kader van de schadebestrijding en populatiebeheer (voorheen artikelen 65, 67 en 68 Flora- en faunawet en artikel 3.16, 3.17 en 3.18 van de Wet natuurbeheer).

De GSvI-voorwaarde krijgt aandacht binnen de bespreking van een brede selectie van vragen over het begrip GSvI. Daarbij wordt steeds de aandacht primair op het internationale en vooral Europese recht gericht, om er vervolgens pas de nationale implementatie en jurisprudentie bij te betrekken.

Hieronder volgt een concluderende samenvatting van de onderzoeksuitkomsten. Voor een nadere toelichting en onderbouwing van deze conclusies wordt verwezen naar het hoofdrapport. Beseft wordt dat met dit rapport niet het laatste woord over de betekenis van het begrip GSvI zal zijn gezegd, onder meer omdat sommige vragen geen definitief antwoord kunnen krijgen op basis van bestaande juridisch bindende bronnen. Dit betekent dat het gewenst is om de discussie over de betekenis van dit centrale begrip van het natuurbeschermingsrecht voort te zetten. Ten behoeve van die discussie worden na de concluderende samenvatting enkele aanbevelingen geformuleerd.

---

<sup>1</sup> De volgende personen hadden zitting in de begeleidingscommissie voor dit onderzoek: Johan Cronau (Prov. Gelderland; Voorzitter), Pascal Wink (Prov. Utrecht), Adri Kromwijk (Prov. Gelderland), Ronald Goderie (Prov. Gelderland), Teun Achterkamp (Prov. Gelderland), Paul Tillie (Prov. Gelderland) en Hettie Scholten-Huizendveld (Provincie Overijssel). Ook studente Mireille Beukers nam aan de overleggen deel. Zij worden allen van harte bedankt voor de goede bijdragen aan de discussie en de waardevolle commentaren op concepten van dit rapport. Dank gaat ook uit naar Rudolf Haije (Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit) voor waardevol commentaar op de concept-eindversie van dit rapport. De betrokkenheid van deze personen bij dit onderzoek betekent niet dat zij, of de organisaties waar zij werkzaam zijn, instemmen met de gehele inhoud van dit rapport.

<sup>2</sup> Zie vraag A.1

## CONCLUSIES

### A. Behoud en realisatie GSvI: Reikwijdte en aard van de verplichting

#### A.1 Voor welke soorten is het begrip GSvI relevant in het kader van soortenbescherming en het toelaten van uitzonderingen op die bescherming?

- *Habitatrichtlijnsoorten*  
Het in een GSvI brengen en herstellen is een verplichting die betrekking heeft op alle soorten genoemd in bijlagen II, IV en V van de Habitatrichtlijn (art. 1.12(1)(b) Wnb). Wat betreft ontheffingsverlening geldt voor de soorten op bijlage IV van de Habitatrichtlijn, bijlage II van het Verdrag van Bern en bijlage I van het Verdrag van Bonn op grond van art. 3.8(5)(c) de eis dat geen afbreuk mag worden gedaan “aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”
- *Vogels*  
Hoewel voor vogels in de Vogelrichtlijn en op de meeste plaatsen in de Wet natuurbescherming (zie bijv. art. 1.12(1)(a) Wnb) het begrip GSvI niet wordt gebezigd, mag worden aangenomen dat de eis van het in een GSvI brengen en behouden ook van toepassing is op vogels. In het kader van ontheffingsverlening geldt echter de voorwaarde dat ontheffingsverlening niet zal leiden niet tot verslechtering van de staat van instandhouding van de desbetreffende soort;
- *Andere soorten*  
Wat betreft andere soorten (niet-vogels die bovendien niet genoemd worden in de bijlagen van de Habitatrichtlijn) moet worden voldaan aan de verplichtingen van het Biodiversiteitsverdrag en het Verdrag van Bern. Gezien die verplichtingen en de uitwerking die het begrip GSvI in EU-verband heeft gekregen (zie hierna) mag worden aangenomen dat ook deze andere dier- en plantensoorten in een GSvI hersteld en behouden moeten worden. In de Wet natuurbescherming komt dat enigszins verbrokkeld tot uiting:
  - *Rode Lijstsoorten*  
Voor alle Rode Lijstsoorten (dus ook de niet expliciet in de relevante bijlagen van de Habitatrichtlijn genoemde soorten) is de verplichting tot het behoud en herstel van de GSvI expliciet in art. 1.12(1)(c) vastgelegd;
  - *Art. 3.10 soorten*  
Voor niet-Rode Lijstsoorten die wel een bescherming hebben gekregen onder artikel 3.10 van de Wnb, ligt de eis van herstel en behoud van de GSvI verborgen in de voorwaarde voor ontheffingsverlening: op grond van art. 3.10(2) juncto 3.8(5)(c) geldt de eis dat met de ontheffing geen afbreuk wordt gedaan “aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”

- *Overige, niet specifiek beschermde soorten*

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

**A.2 *Betreft het bereiken van een GSvI een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting?***

- Het herstellen en behouden van alle Habitatrichtlijnsoorten is een resultaatsverplichting. Gezien het hierboven gestelde ten aanzien van vogels moet worden aangenomen dat deze verplichting ook voor vogels geldt. Hoewel er bij de implementatie van diverse verplichtingen ruimte is voor het rekening houden met maatschappelijke, economische of politieke overwegingen, kunnen deze overwegingen geen argument vormen voor het niet realiseren van de GSvI. Voor een goed begrip van de reikwijdte van deze verplichting en voor de vraag wie voor het realiseren van die verplichting verantwoordelijk is, is wel van belang om helder te krijgen op welk geografisch schaalniveau de GSvI moet worden bereikt (zie hierna onder c)).

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

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

**A.4 *Is het Rijk of zijn de provincies verantwoordelijk voor het realiseren van de GSvI?***

- Internationaal- en Europeesrechtelijk ligt de verantwoordelijkheid voor het herstellen en behouden van de GSvI bij de Rijksoverheid. Zoals aangegeven onder A.1 gaat het hierbij om een resultaatsverplichting. Met artikel 1.12, eerste lid, van de Wnb zijn de provincies echter wettelijk verplicht om de nodige maatregelen te nemen om dit doel voor de in dat artikellid genoemde soorten te bereiken. Vanwege de letterlijke tekst van het artikellid (het verplicht zijn tot het treffen van de nodige maatregelen) lijkt het ook voor provincies om een resultaatsverplichting te gaan. De parlementaire geschiedenis van de Wet

natuurbeheer maakt echter duidelijk dat het de bedoeling is geweest om de provincies een inspanningsverplichting op te leggen. Er kunnen immers omstandigheden zijn die de GSvI buiten bereik brengen en waarop een provincie alleen onvoldoende invloed kan uitoefenen. Dit doet dan echter niets af aan de verplichting om met andere provincies en het Rijk samen te werken en ook niet aan de resultaatsverplichting van het rijk. Evidente niet-naleving door provincies kan leiden tot juridische aanspraken van derden en meer specifiek tot het oordeel van de civiele rechter dat onrechtmatig wordt gehandeld. Ook kan het leiden tot het inzetten door het Rijk van instrumenten in het kader van interbestuurlijk toezicht. Deze instrumenten zijn neergelegd in de Provinciewet en de Wet naleving Europese regelgeving publieke entiteiten.

**A.5** *Heeft het concept GSvI een verschillende betekenis voor soortenbescherming, gebiedsbescherming en de invulling van rapportageverplichtingen?*

- Het begrip GSvI heeft in beginsel eenzelfde inhoudelijke betekenis (in de zin van relevante parameters, e.d.; zie onder b)) in het kader van de rapportageverplichting, het gebiedsbeschermingsrecht en het soortenbeschermingsrecht. Het begrip GSvI – zoals hierna uitgewerkt – kan echter wel op verschillende geografische niveaus worden betrokken. Daardoor kan het begrip en vooral de parameters (zie hierna) toch een andere concrete invulling krijgen voor rapportages, gebiedsbescherming en soortenbescherming omdat in die kaders verschillende geografische niveaus centraal staan. Zo ligt het accent bij rapportages over de GSvI op EU- en lidstaat-niveau, bij gebiedsbescherming krijgt de invulling van het begrip GSvI vooral een invulling op lidstaatniveau (althans in Nederland, denk aan de vertaling van de landelijke doelen naar gebiedsdoelen) en bij soortenbescherming krijgt het begrip GSvI aandacht op meerdere niveaus, maar onder meer op het niveau van populaties en deelpopulaties (zie hierna onder c).

## **B. Componenten van een GSvI**

**B.1** *Welke componenten kent het begrip GSvI?*

- Het begrip GSvI, zoals gedefinieerd in de Habitatrictlijn, is in de rapportagerichtsnoeren voor habitatrictlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) ten behoeve van de verslaglegging onder artikel 17 Habitatrictlijn uitgewerkt in vier parameters:
  - verspreidingsgebied,
  - populatie,
  - leefgebied (oppervlakte van habitat, geschiktheid van habitat voor soorten, structuur en functies van habitats) en
  - toekomstperspectief.Deze parameters worden ten behoeve van de rapportage voor iedere soort op lidstaatniveau beoordeeld volgens een overeengekomen beoordelingsmatrix. Oordelen kunnen uitkomen op gunstig, ontoereikend, slecht of onbekend. Dit resulteert in een totaalbeoordeling van de staat van instandhouding in deze vier klassen, waarbij vier trends worden onderscheiden: verbeterend, stabiel, verslechterend, en onbekend.
- Om tot deze oordelen over de parameters te komen wordt door de Commissie benadrukt dat het belangrijk is om voor de parameters ten aanzien van een soort zogenaamde

Gunstige Referentie Waarden (favourable reference value (FRV)) te ontwikkelen. Dit zijn minimumwaarden waaraan voldaan moet worden om vast te kunnen stellen dat sprake is van een GSvI. Wanneer het feitelijke verspreidingsgebied, populatie of leefgebied in negatieve zin afwijkt van deze gunstige referentiewaarden, is er sprake van een ongunstige staat van instandhouding;

- De uitwerking van de gunstige referentiewaarden is soort-specifiek en vraagt vaak veel ecologisch onderzoek. Ze moeten op wetenschappelijk onderzoek worden gebaseerd of (bij het ontbreken van voldoende kennis) op expert judgement. Andere overwegingen, zoals bijvoorbeeld van sociale en economische aard spelen hierbij geen rol.
- Omdat het Hof heeft bepaald dat de Habitatrichtlijn moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van het voorzorgbeginsel, zal ook bij het vaststellen van deze gunstige referentiewaarden het voorzorgbeginsel mede een rol moeten spelen.
- De bovenstaande discussie is in sterke mate gebaseerd op de rapportagerichtsnoeren voor de Habitatrichtlijnsoorten. Hierboven onder A.1 is aangegeven dat ook voor vogels de GSvI hersteld en behouden moet worden, maar de vraag is of de bovenstaande uitwerking in parameters en Gunstige Referentie Waarden ook op vogels van toepassing is. In 2008 is in EU-verband het initiatief genomen om de rapportages onder artikel 12 van de Vogelrichtlijn en artikel 17 van de Habitatrichtlijn te stroomlijnen. Dit heeft geleid tot nieuwe richtsnoeren voor de rapportage onder artikel 12 van de Vogelrichtlijn voor de periode 2013-2018 ('rapportagerichtsnoeren voor vogels').<sup>3</sup> Het systeem is niet identiek aan de hierboven geschetste systeem voor rapportages onder artikel 17 van de Habitatrichtlijn, maar er is wel aardig wat herkenning. De richtsnoeren voor vogels vereisen onder meer rapportage over:
  - de omvang en trend van populaties van individuele soorten
  - de omvang en trend van het verspreidingsgebied
  - de belangrijkste drukfactoren (rapportageperiode) en bedreigingen (toekomst) voor bijlage I soorten
  - de dekking van Vogelrichtlijngebieden voor deze bijlage I soorten en de genomen beschermingsmaatregelen.<sup>4</sup>
- Gezien de verwijzing naar economische en recreatieve belangen in artikel 2 van de Vogelrichtlijn is verdedigbaar dat wel enige ruimte bestaat voor het meewegen van dergelijke belangen bij de bepaling van de na te streven waarden voor deze parameters voor vogels. Dit zal echter afhangen van het ambitieniveau waarop het begrip GSvI wordt uitgewerkt. Wanneer het begrip GSvI conform de Europese rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten ook voor vogels ruim wordt uitgelegd (parameters als waarborgen voor het goed gedijen van een soort en de populaties van de soort; zie hierna bij vraag B.4) kan die ruimte bestaan. Wanneer het begrip in de praktijk op een minimumniveau (parameters als waarborgen voor het voorkomen van uitsterven) wordt uitgelegd, zal geen ruimte bestaan om de daarop gebaseerde waarden nog verder naar beneden aan te passen vanwege economische of recreatieve belangen.
- Beide groepen soorten (habitatrichtlijnsoorten en vogels) kennen dus expliciet hun eigen parameters voor het bepalen van de staat van instandhouding. Globaal komen de parameters behoorlijk overeen, al ligt bij met name vogelsoorten die niet op bijlage I staan

---

<sup>3</sup> European Commission, 'Reporting under Article 12 of the Birds Directive. Explanatory Notes and Guidelines for the period 2013-2018', final version, Brussels, May 2017, p. 6

<sup>4</sup> Idem.

het accent op populatieomvang en verspreidingsgebied. Vanwege de parallellen wordt hierna niet steeds onderscheid gemaakt tussen beide categorieën soorten ((habitatrichtlijnsoorten en vogels), maar de genoemde verschillen moeten dus wel in het oog worden gehouden.

## **B.2 *Zijn deze componenten nader uitgewerkt voor Nederland?***

- In Nederland zijn in 2014 voor de Nederlandse habitatrichtlijnsoorten gunstige referentiewaarden uitgewerkt voor populatieomvang en verspreidingsgebied. In deze uitwerking lijken de parameters leefgebied en toekomstperspectief niet te zijn betrokken. Onduidelijk is of ook voor vogels het begrip GSvI is uitgewerkt. Verder zijn er veel specifieke rapportages, veelal gekoppeld aan concrete projecten en locaties.

## **B.3 *Moet bij de uitwerking van het begrip GSvI worden uitgegaan van een referentiejaar?***

- In de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) wordt aangenomen dat het jaar van inwerkingtreding van de Habitatrichtlijn (voor veel landen, waaronder Nederland, 1994) een referentiejaar moet zijn voor het bepalen van Gunstige Referentie Waarden voor verspreidingsgebied en populatie. Lidstaten gaan hier echter verschillend mee om. Zo gaat Denemarken juist uit van ongunstige waarden in 1994 omdat de betreffende soorten juist daarom van communautair belang werden geacht. In Nederland worden de 1994-waarden als Gunstige Referentie Waarden gezien als deze waarden volgens experts een duurzaam voortbestaan van de soort in Nederland waarborgen. Indien dit niet het geval is worden de waarden op meer actuele ecologische gegevens gebaseerd.
- Ecologische veranderingen kunnen invloed hebben op de Gunstige Referentie Waarden en het begrip GSvI. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer een soort door (her)kolonisatie zelf het verspreidingsgebied vergroot (dit heeft bijvoorbeeld effect op de Gunstige Referentie Populatie en uiteindelijk het begrip GSvI);

## **B.4 *Hoe verhoudt het begrip GSvI zich tot de Rode Lijst?***

- Bij het waarborgen van een GSvI gaat het uitdrukkelijk om meer dan het voorkomen van uitsterving. De GSvI wordt in de EU rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) daarom beschreven "as a situation where a habitat type or species is prospering (in both quality and extent/population) and with good prospects to do so in future as well."<sup>5</sup> Soorten en hun deelpopulaties moeten dus goed kunnen gedijen, hetgeen betekent dat de niveaus van een ongunstige staat van instandhouding zich niet 1 op 1 verhouden tot de criteria voor de Rode Lijst. Hoewel mag worden aangenomen dat een Rode Lijst-soort niet in een GSvI verkeert, kan dus andersom niet worden aangenomen dat een soort wel in een GSvI verkeert wanneer de soort niet op de Rode Lijst staat. Een te grote focus op uitsluitend de Rode Lijst is onverstandig vanwege de zeer beperkte correlatie tussen de beoordeling van de GSvI en de Rode Lijsten in veel lidstaten. Overigens is onbekend of deze kritiek ook op Nederland betrekking heeft.

---

<sup>5</sup> Douglas Evans and Marita Arvela, Assessment and reporting under Article 17 of the Habitats Directive, Explanatory Notes & Guidelines for the period 2007-2012, European Topic Centre on Biological Diversity, July 2011, [http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference\\_portal](http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference_portal), p.8.



Daarom wordt geadviseerd om bij de toetsing aan de GSvI-voorwaarde zowel te werken met de beoordelingssystematiek van de Habitatrichtlijn als met de Rode Lijst. Zoals hieronder wordt toegelicht moet daarbij niet alleen naar het nationale niveau worden gekeken maar ook naar populatieniveau.

## C. Niveau waarop GSvI moet worden gerealiseerd

### C.1 *GSvI op het Europees grondgebied vereist inzet op diverse schaalniveaus*

- Er blijft ruimte voor discussie over de vraag op welk geografisch schaalniveau een GSvI moet worden gerealiseerd en behouden. Uiteindelijk moet een GSvI worden bereikt binnen de gehele EU, maar de door lidstaten en Commissie ontwikkelde parameters van het begrip GSvI (verspreidingsgebied, populatie, leefgebied en toekomstperspectief) maken duidelijk dat een duurzaam voortbestaan op diverse schaalniveaus moet zijn gewaarborgd. Deze parameters en het werken met Gunstige Referentie Waarden, alsmede het multi-level-concept 'populatie', maken het mogelijk om op diverse geografische schaalniveaus het begrip GSvI invulling te geven;

### C.2 *GSvI op nationaal niveau van de lidstaat?*

### C.3 *GSvI op het niveau van deelpopulaties en lokale populaties?*

- Mede vanuit juridisch-pragmatische argumenten en gezien de jurisprudentie van het Hof (met name de Finse wolvenzaak) ligt het voor wat betreft de doelen van de wetgeving en het gebiedsbeschermingsrecht voorslagnog het meest voor de hand om uit te gaan van een verplichting de GSvI te realiseren op lidstaatniveau;
- Op basis van Commissierichtsoeren, Hof-jurisprudentie en AG Conclusies bestaan echter overtuigende argumenten om in het kader van het toelaten van uitzonderingen op verbodsbepalingen in het kader van het soortenbeschermingsrecht uit te gaan van de verplichting om een GSvI te waarborgen op het niveau van deelpopulaties of lokale populaties. Daarbij krijgt het begrip GSvI dan vooral de betekenis van het waarborgen dat de betreffende (deel)populaties duurzaam kunnen voortbestaan om zo bij te dragen aan het bereiken en het behouden van de GSvI op landelijk en uiteindelijk EU-niveau.
- Een goede implementatie van artikel 1.12, eerste lid, van de Wet natuurbescherming vereist dat provincies door goede onderlinge afstemming en afstemming met het Rijk helderheid krijgen over de inhoud van een GSvI op landelijk niveau voor alle relevante soorten en over de minimaal vereiste bijdrage van iedere provincie aan het bereiken van die GSvI. Aansluitend op de voorgaande conclusie zal iedere provincie voor een goede uitvoering van het passieve soortenbeschermingsrecht (in het bijzonder het toetsen aan de GSvI-voorwaarde) ook een beeld moeten hebben of verkrijgen van de belangrijkste (deel)populaties en de staat van instandhouding van die populaties. Bij provinciegrens-overschrijdende populaties ligt dan vanzelfsprekend ook interprovinciale samenwerking voor de hand.

#### C.4 GSVI op provincieniveau?

- Het aannemen van een verplichting om een GSVI op provincieniveau (te onderscheiden van populatieniveau) te waarborgen ligt vanuit ecologisch oogpunt niet voor de hand, maar vooral bij het ontbreken van een sterke regie op rijks/interprovinciaal niveau ten aanzien van de inzet van provincies, zijn er wel goede redenen om ook op provinciaal niveau een GSVI voor soorten te formuleren:
  - Na de decentralisatie van natuurbeleid in Nederland liggen veel juridische instrumenten om een GSVI te realiseren op het niveau van de provincies;
  - Vergelijkbaar met de discussie over de relaties tussen EU-niveau en lidstaatniveau moet binnen Nederland voorkomen worden dat provincies zich achter elkaars (mogelijke) inspanningen gaan verschuilen;
  - Wanneer een sterke regie op rijks/interprovinciaal niveau ten aanzien van de inzet van provincies ontbreekt, bestaat er een groot risico dat discussies over bijvoorbeeld het wel of niet kunnen verlenen van ontheffingen in verband met de GSVI-voorwaarde vastlopen wanneer dit begrip niet ook een invulling op provinciaal niveau heeft gekregen.
- Bij invulling van het begrip GSVI op provinciaal niveau moet wel gewaarborgd worden dat de GSVI voor die soorten op landelijk niveau eveneens hersteld en behouden wordt.

### D. Beoordeling van effect op GSVI bij ontheffingsverlening onder de Wnb

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

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

- De opzet van de Europese wetgeving maakt helder dat voor beschermde soorten bepaalde verboden gelden en dat een lidstaat daarop onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen kan toelaten. Daarmee ligt de bewijslast dat aan deze voorwaarden is voldaan vanuit Europeesrechtelijk perspectief bij de lidstaat. Dit geldt dus ook voor de voorwaarde dat met een ontheffing “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.” Binnen ons stelsel van bestuursrecht en in dit geval de ontheffingsprocedure wordt deze bewijslast bij initiatiefnemers (ontheffingsaanvragers) gelegd. Daar is niets op tegen, maar uiteindelijk zal bij de toetsing van een besluit het bevoegd gezag moeten aantonen dat aan de GSVI-voorwaarde is voldaan.
- Jurisprudentie van het Europese Hof maakt de volgende vier lijnen duidelijk:
  - bij Europees beschermde soorten is bescherming uitgangspunt;
  - uitzonderingsmogelijkheden moeten restrictief worden uitgelegd;
  - bij de uitleg van verbodsbepalingen moet rekening worden gehouden met de staat van instandhouding van een soort. Bij een (zeer) ongunstige staat van instandhouding ontstaan verdergaande verplichtingen (meer strikte uitleg van de verbodsbepalingen) aangezien (in de woorden van AG Kokott) “het

beschermingssysteem aan het herstel van de gunstige staat van instandhouding moet bijdragen.”<sup>6</sup> Andersom kan bij soorten die er heel goed voor staan dus een minder strenge uitleg aan de orde zijn;

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

#### **D.4 Onder welke voorwaarden kan bij een ongunstige SvI toch ontheffing worden verleend? (D3 volgt hierna)**

- Een ontheffing van de verbodsbepaling kan worden verstrekt voor exemplaren van een soort die niet in een GSvI verkeert onder de voorwaarde dat “naar behoren is vastgesteld dat zij 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.”<sup>7</sup>
  - Het voorgaande brengt met zich mee dat het bij het beoordelen van een ontheffingsaanvraag van belang is dat:
    - helderheid bestaat over wat wordt verstaan onder een GSvI voor de betrokken soort en relevante populatie (zie onder b) en c));
    - zicht bestaat op de huidige SvI van de soort en de relevante populatie;
    - zicht bestaat op de te verwachten negatieve effecten van de voorgenomen activiteit en de gevolgen van deze effecten voor de SvI;
    - wanneer het gaat om een soort met een GSvI, een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing aan die GSvI geen afbreuk zal doen.
    - wanneer het gaat om een soort met een ongunstige SvI,
      - een beeld geschetst kan worden van hoe de GSvI zal worden hersteld en behouden, waarbij conform de discussies onder c) aandacht moet bestaan voor de duurzame bijdrage van de betreffende deelpopulatie of lokale populatie (hierboven aangeduid als GSvI op populatieniveau) aan het herstellen en behouden van de GSvI op nationaal niveau; en
      - een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing dat herstel en behoud van de GSvI niet zal frustreren.
- Hier ligt een belangrijke relatie met het actieve soortenbeschermingsrecht: wanneer een provincie (in het kader van de uitvoering van artikel 1.12(1) of buiten dat kader wanneer het gaat om een daarin niet genoemde soort) een gedegen plan heeft ontwikkeld om de GSvI van een soort te herstellen en te

---

<sup>6</sup> Conclusie AG Kokott, Zaak C-383/09, 20 januari 2011 (Franse hamster), paragraaf 37.

<sup>7</sup> HvJEU, C-342/05, 14 juni 2007 (Finse wolvenjacht), par. 29-32. Zie ook de Conclusie van AG Kokott, C-342/05, 30 november 2006 (Finse wolvenjacht), par. 51-56.

behouden, is het veel waarschijnlijker dat bovenbedoelde onderbouwing kan worden geleverd.

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

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

### **D.5** *Kan het ORNIS-criterium worden gebruikt om invulling te geven aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening? Zo ja, kan dit voor alle beschermde soorten? Dienen cumulatieve effecten van andere activiteiten bij de invulling van het ORNIS-criterium te worden betrokken?*

- De Europeesrechtelijke houdbaarheid van de jurisprudentie van de ABRvS over de toepasbaarheid van het ORNIS-criterium bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van effecten in het licht van de GSvI-voorwaarde (zowel ten aanzien van vogels als vleermuizen) moet om twee redenen worden betwijfeld:
  - Door toepassing van het ORNIS-criterium voldoende te achten bij de toetsing aan de GSvI-voorwaarde voor het kunnen afgeven van ontheffingen wordt namelijk alleen gekeken naar de GSvI-parameter 'populatie-omvang' en niet naar de andere parameters van het begrip GSvI (zie onder B)). Voor zover mij bekend heeft het Hof van Justitie het ORNIS-criterium ook alleen toegepast om helderheid te krijgen over het begrip 'kleine hoeveelheid' (een begrip dat inderdaad wel alleen populatie-gerelateerd is) maar niet om invulling te geven aan het bredere begrip (inbreuk op de) GSvI. De toets aan de GSvI-voorwaarde door middel van toepassing van het ORNIS-criterium is daarmee onvolledig en verhoudt zich daarom ook niet met de hierboven besproken algemene lijnen van de jurisprudentie van het HvJEU (restrictieve uitleg, voorzorg).
  - Bij de toepassing van het ORNIS-criterium lijkt geen consistent onderscheid te worden gemaakt tussen populaties en soorten die al een GSvI kennen en populaties en soorten die in een (zeer) ongunstige SvI verkeren. Daarmee lijkt vooral voor wat betreft deze laatste groep soorten en populaties het risico te

worden aanvaard dat in de loop der tijd een reeks van kleine inbreuken toch de SvI verder kunnen verslechteren of het bereiken van de GSvI verder wordt bemoeilijkt of zelfs geblokkeerd. Dit kritiekpunt laat zich extra gevoelen door de toetsing van de ABRvS aan de wijze waarop bij de toepassing van het ORNIS-criterium wordt omgegaan met cumulatieve effecten. Zo lijkt de Afdeling van oordeel te zijn dat niet gekeken behoeft te worden naar effecten van in het verleden vergunde en gerealiseerde projecten.

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

Voor het kunnen voldoen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening kan het van groot belang zijn om tot afstemming met andere provincies te komen. Zoals aangegeven vraagt de beoordeling van een ontheffingsaanvraag een toets aan de GSvI op het niveau van de betreffende deelpopulatie of lokale populatie en vooral bij provinciegrensoverschrijdende populaties zal dan afstemming vereist zijn. Het kan immers zijn dat meerdere provincies ontheffingen willen afgeven en dan zal naar het gezamenlijke effect gekeken moeten worden om te kunnen bepalen of aan de GSvI-voorwaarde wordt voldaan. Bovendien staat een dergelijke toets op populatieniveau zoals uitgelegd niet geheel los van het streven een GSvI te herstellen en te behouden op nationaal niveau. De populaties moeten daaraan immers een duurzame bijdrage leveren. Ook om die reden is afstemming van groot belang. Zo is denkbaar dat een soort met een landelijke ongunstige SvI in veel provincies geen herstel kent en een bepaalde deelpopulatie in een provincie juist van heel groot belang is om die GSvI op landelijk niveau te herstellen en te behouden. Inbreuken op die betreffende deelpopulatie liggen dan extra gevoelig. In een recente voorzittersuitspraak van de Rechtbank Noord-Holland is - uitgaande van het moeten herstellen en behouden van de GSvI op nationaal niveau - expliciet de noodzaak van onderlinge afstemming tussen provincies uitgesproken.<sup>8</sup>

## E. Compensatie

***Vooraf: onderscheid tussen enerzijds voorkomen overtreding en anderzijds compensatie bij ontheffingsverlening***

- Voor de beoordeling van de eisen aan compensatie bij soortenbescherming is het van belang om twee typen situaties te onderscheiden:
  - a) *Situaties waarin maatregelen een overtreding van de verbodsbepalingen daadwerkelijk voorkomen.* In dergelijke situaties wordt vaak een ontheffing geweigerd omdat vanwege bepaalde maatregelen geen sprake is van een overtreding, maar worden aan het besluit van weigering voorwaarden verbonden om de initiatiefnemer juridisch te verplichten de betreffende maatregelen te treffen. Deze benadering wordt wel de ‘positieve afwijzing’ genoemd.
  - b) *Situaties waarin maatregelen niet waarborgen dat een overtreding wordt voorkomen maar waarin die maatregelen bijvoorbeeld nodig zijn om de zorgplicht invulling te geven of -*

---

<sup>8</sup> Rechtbank Noord-Holland, 21 december 2017 (verzoek voorlopige voorziening: schorsing ontheffing voor afschot smienten), zaaknummers: SGR 17/8214 en 17/8322.

*meer relevant voor dit onderzoek- om te voldoen aan de voorwaarde van het niet laten verslechteren van de SvI en niet frustreren van het herstellen en behouden van de GSvI van de betreffende populatie.*

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

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

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

- De aandacht richtend op de situaties waarin overtreding van een verbodsbepaling niet kan worden voorkomen en een ontheffingsprocedure aan de orde is (situaties als hierboven bedoeld onder b), moet worden opgemerkt dat – anders dan in het Natura 2000-regime – het Europese soortenbeschermingsrecht geen algemene wettelijke plicht tot compensatie kent. Zoals aangegeven kunnen eisen van compensatie wel van belang zijn om te kunnen voldoen aan de GSvI-voorwaarde voor ontheffingsverlening. Maatwerk is wederom belangrijk. Hierbij moet rekening worden gehouden met de eisen van de Europese Commissie: “In general, compensation would have to:
  - i) offset the negative impact of the activity under the specific circumstances (at population level),
  - ii) have a good chance of success and be based on best practice,
  - iii) guarantee a species’ prospects of achieving FCS [favourable conservation status; KB],
  - iv) be effective before or at the latest when deterioration or destruction of a breeding site or resting place starts to take place.”<sup>9</sup>
- De bovenstaande eis inzake “have a good chance of success and be based on best practice” enerzijds en de eis “be effective before or at the latest when deterioration or destruction of a breeding site or resting place starts to take place” lijken tegenstrijdig te zijn. Het ligt voor de hand de nadruk te leggen op laatstgenoemde eis, niet alleen vanwege het toe te passen voorzorgsbeginsel, maar ook vanwege de derde eis (“guarantee a species’ prospects of achieving FCS”). In dit verband moet ook worden bedacht dat deze guidelines uit 2007 dateren en inmiddels het Briels en Orleans-arresten door het Hof zijn geweest. Deze arresten hebben weliswaar betrekking op het Natura 2000-regime, maar de overwegingen in de AG Conclusies en arresten over het voorzorgsbeginsel en het niet vooruit kunnen lopen op natuurwinst kunnen - gezien de algemene lijnen in de

---

<sup>9</sup> European Commission, Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the 'Habitats' Directive 92/43/EEC, Finale versie 2007; hierna: Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming), [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf), p. 63.

jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen en toepassing voorzorg) - ook relevant worden geacht voor het soortenbeschermingsrecht.

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

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

- Het voorgaande betekent dat onder bepaalde voorwaarden in beide hierboven genoemde situaties (a) en b)) een groei-krimp-scenario<sup>10</sup> kan worden toegepast. Bij situaties als bedoeld onder a) moet dan wel daadwerkelijk voorkomen worden dat overtreding van een verbodsbepaling plaatsvindt. Waar het gaat om situaties onder situatie b) is denkbaar dat voorafgaand aan de negatieve effecten positieve effecten voor de SvI worden gewaarborgd. Vooral voor soorten die een ongunstige SvI kennen is het dan van groot belang dat het bevoegd gezag een breder (project/ activiteit-overstijgend) beeld kan schetsen van hoe de GSvI zal worden hersteld en behouden en een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing dat herstel en behoud van de GSvI niet zal frustreren. Verwezen wordt in dit verband naar de conclusies ten aanzien van vraag D.4). Ook moet daadwerkelijk worden gewaarborgd dat de positieve effecten gerealiseerd zijn alvorens de negatieve effecten worden toegelaten.

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

- De GSvI-voorwaarde is een voorwaarde voor het kunnen verlenen van een ontheffing. Dit betekent echter niet dat mitigerende en compenserende maatregelen alleen in ontheffingsvoorwaarden kunnen worden vereist wanneer (mogelijk) aan de GSvI-voorwaarde niet wordt voldaan. Ook wanneer de GSvI is verzekerd is bestaat deze bevoegdheid (overigens evenals de bevoegdheid om de ontheffing niet te verlenen).

## F. Monitoring

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

- Monitoringsverplichtingen bestaan op diverse niveaus en gelden daarmee ook voor diverse overheidsniveaus. De belangrijkste verplichtingen zijn in dit rapport kort genoemd. De provincies hebben een belangrijke rol bij het aanleveren van de nodige gegevens om aan de Europeesrechtelijke rapportageverplichting te kunnen voldoen (zie

---

<sup>10</sup> De termen ‘Groei en Krimp’ zijn in het verleden door de Provincie Gelderland gebruikt bij beleid om – binnen het kader van Natura 2000 - verblijfsrecreatie op de Veluwe op de ene plaats te laten beëindigen en op een andere plaats mogelijk te maken.

art. 1.8 Wnb). Artikel 1.12, vierde lid, richt zich explicieter op monitoring en deelt deze verantwoordelijkheid als een gezamenlijke verantwoordelijkheid toe aan zowel de Minister als Gedeputeerde Staten van de provincies. Om deze en andere verplichtingen invulling te geven werken het rijk, de provincies, PBL en het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) samen in het samenwerkingsverband Netwerk Ecologische Monitoring (NEM). Naast deze partijen zijn ook soortenbeschermingsorganisaties en natuurbeherende instanties belangrijke partners in de monitoringsactiviteiten. Deze samenwerkingen en monitoringsinspanningen leiden tot veel nuttige gegevens en rapportages. De vraag is echter of het huidige systeem van monitoring geheel aansluit bij de eerder in dit rapport beschreven verplichtingen en de informatiebehoefte die bij provincies bestaan in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen. Dit vereist grondiger onderzoek, maar om meerdere redenen kan hieraan worden getwijfeld:

- veel monitoringsinspanningen richten zich op natuurwaarden in natuurgebieden, terwijl het toetsen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsaanvragen de bredere invalshoek van populaties vereist;
- monitoring heeft vaak betrekking op één of twee van de vier parameters van het begrip GSvI, waarmee betwijfeld kan worden of de toets aan de GSvI-voorwaarde op basis van deze gegevens volledig is;
- monitoringsinspanningen geven niet altijd inzicht in de SvI van deelpopulaties en lokale populaties en de bijdrage van die populaties aan een landelijke GSvI. Zoals hierboven besproken moet bij het toetsen van de GSvI-voorwaarde echter niet alleen gekeken worden naar aantallen of trends op landelijk niveau, maar ook naar de staat van instandhouding op het niveau van deelpopulaties en lokale populaties;
- de monitoringsinspanningen zijn toegespitst op Europeesrechtelijk beschermde soorten, terwijl de GSvI-voorwaarde ook in acht genomen moet worden bij het beoordelen van aanvragen voor ontheffingen ten aanzien van beschermde soorten die geen Europeesrechtelijke bescherming genieten (artikel 3.10 Wnb-soorten).



## AANBEVELINGEN

### **I. Zet de discussie over de betekenis en toepassing van het begrip GSvI voort, intern (binnen de provincie), met enkele andere provincies of in IPO-verband**

Niet alle conclusies lenen zich waarschijnlijk voor directe en onvoorwaardelijke toepassing in de praktijk. Hierboven werd al opgemerkt dat sommige vragen geen definitief en onbetwistbaar antwoord kunnen krijgen op basis van bestaande juridisch bindende bronnen. Zo zijn niet alle vragen expliciet aan bod geweest in uitspraken van het Hof van Justitie en is de Nederlandse jurisprudentie op veel punten niet consistent en eenduidig. Dit laatste lijkt onder meer te komen omdat de bestuursrechter zeer terughoudend lijkt te zijn in het ambtshalve gedegen inhoudelijk toetsen van ontheffingsbesluiten aan de GSvI-voorwaarde. Directe toepasbaarheid van de conclusies kan ook beleidsmatig gevoelig liggen omdat sommige conclusies van dit onderzoek afwijken van bevindingen of zelfs lijnen in de jurisprudentie (bijv. de wijze van toepassing van het ORNIS-criterium). Dit betekent dat het goed is om op basis van dit onderzoek de discussie voort te zetten om daar waar ruis bestaat nog meer helderheid te krijgen of gezamenlijk beleidsmatige keuzes te maken. Deze discussie kan intern (binnen de provincie) worden gevoerd, met enkele andere provincies of in IPO-verband, bij voorkeur met betrokkenheid van het Rijk;

### **II. Onderzoek de relatie tussen de conclusies van dit onderzoek en de praktijk van ontheffingsverlening binnen de provincie, bijv. door de instelling van een werkgroep en/of de evaluatie van 10 afgegeven ontheffingen**

Binnen de provincie gaat de uitvoeringspraktijk door en bestaat niet 'de luxe' van het wachten op uitkomsten van een tijdrovend afstemmingsoverleg. Parallel aan de hiervoor bedoelde bredere discussie kan het daarom goed zijn om binnen de provincie de ontheffingenpraktijk naast de uitkomsten van dit onderzoek te leggen. Op diverse plaatsen wordt immers opgemerkt dat maatwerk, toegespitst op de concrete omstandigheden van het geval, belangrijk is. Een mogelijke benadering zou daarom kunnen zijn om een aantal 'typische' ontheffingendossiers te (laten) evalueren tegen de achtergrond van de conclusies van dit onderzoek. Gedacht kan onder meer worden aan:

- de praktijk ten aanzien van de concrete invulling van het begrip GSvI in onderzoeken die aanvragen ondersteunen en of deze onderzoeken als toereikend zijn beoordeeld;
- de vraag op welk niveau het voldoen aan de GSvI-voorwaarde in de praktijk is ingevuld;
- de wijze waarop bij de toetsing van ontheffingsaanvragen is omgegaan met gaten in kennis en of deze praktijk zich goed verhoudt met de lijnen in de Europese jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen op bescherming, extra strenge uitleg verbodsbepalingen bij ongunstige SvI, toepassing van het voorzorgbeginsel);
- de praktijk ten aanzien van de bewijslast;
- de vraag of het instrument van de positieve afwijzing goed wordt toegepast (d.w.z. alleen in situaties waarin een overtreding van een verbodsbepaling daadwerkelijk en zonder twijfel wordt voorkomen);
- de vraag of bij ontheffingen voor soorten met een ongunstige SvI voldaan

- is aan de daarvoor geldende eisen;
- o Etc.

### **III. Ontwikkel een visie op hoe voor individuele soorten het begrip GSvI concrete betekenis kan krijgen (uitwerking kan krijgen) op de diverse relevante niveaus**

Er bestaan beleidsmatig en juridisch meerdere redenen om werk te maken van een concrete invulling van het begrip GSvI voor individuele soorten, gebaseerd op de GSvI-componenten zoals besproken onder vraag B) van dit onderzoek. De verplichting neergelegd in artikel 1.12(1) Wet natuurbescherming impliceert bijvoorbeeld al de noodzaak van een dergelijke concrete invulling voor de in dat artikellid genoemde soorten. Zonder die informatie is immers niet helder welk niveau van inzet onder dit artikel is vereist en kan evenmin een inschatting worden gemaakt wanneer dit doel kan worden bereikt.

Meer helderheid op deze aspecten is ook van belang voor het goed invulling kunnen geven aan de GSvI-voorwaarde bij de beoordeling van ontheffingsaanvragen. Zonder helderheid over de betekenis van het begrip GSvI voor een soort en populatie en de huidige staat van instandhouding kan moeilijk worden uitgelegd waarom in een concrete situatie aan deze GSvI-voorwaarde wordt voldaan. Vooral wanneer er indicaties zijn dat een populatie en soort in een ongunstige SvI verkeert, zal stringent getoetst moeten worden aan de eis dat – zonder redelijke wetenschappelijk twijfel – de ontheffing de ongunstige staat van instandhouding van de relevante populatie niet kan verslechteren of niet kan verhinderen dat deze in een GSvI wordt hersteld.

Zoals in dit onderzoek aangegeven ligt het voor de hand om bij de invulling van het begrip GSvI onderscheid te maken tussen invulling op landelijk niveau en invulling ten aanzien van populaties. Wat betreft populaties ligt het voor de hand om op basis van ecologische expertise onderscheid te maken tussen diverse populatieniveaus (verspreid levende soorten, deelpopulaties, lokale populaties). Vanwege deze verschillende niveaus, het bestaan van grensoverschrijdende populaties en de onderlinge samenhang tussen die diverse niveaus, ligt het voor de hand om met het Rijk en andere provincies samen te werken. Het is echter ook verstandig om voor wat betreft het provinciaal niveau zelf initiatief te nemen (zie bovenstaande conclusies).

### **IV. Overweeg om voor bepaalde soorten met een (zeer) ongunstige SvI op provincieniveau of samen met andere provincies en/of rijk het instrument van programma's in te zetten**

De conclusies maken duidelijk dat actieve inzet om de staat van instandhouding van een soort te verbeteren vanuit juridisch-beleidsmatige oogpunt een dubbel voordeel kent: invulling van de verplichting van artikel 1.12(1) Wnb en minder juridische discussie ten aanzien van de GSvI-voorwaarde wanneer voor de betreffende soort en populatie een ontheffing wordt gevraagd. Overwogen kan daarom worden om voor bepaalde soorten die er slecht voor staan het instrument van programma in te zetten. Op grond van artikel art. 1.13(7), onder b van de Wnb kan de provincie een programma vaststellen met als doel “de staat van instandhouding van de van nature in Nederland in het wild voorkomende soorten dieren of planten of de in Nederland voorkomende typen natuurlijke habitats of habitats van soorten te verbeteren.” Een dergelijke aanpak zou gecombineerd kunnen worden met inzet van burgers, bedrijfssectoren, waterschappen en gemeenten voor de betreffende soort.

**V. Ga de mogelijkheden na voor benaderingen waarbij de inzet voor mitigatie en compensatie wordt gebundeld met als doel om ten opzichte van de huidige praktijk een grotere bijdrage te leveren aan het herstellen en behouden van de GSvI van de betreffende soort**

Indien in de praktijk bepaalde ontheffingen veelvuldig worden afgegeven en de indruk bestaat dat de mitigatie en/of compensatie op het niveau van individuele ontheffingen beperkt effectief zijn, kan het nuttig zijn om de mogelijkheden na te gaan voor het vergroten van de effectiviteit door 'opschaling' van mitigatie en compensatie ten behoeve van actief natuurherstel.<sup>11</sup> Gedacht kan worden aan een gebiedsontheffing, gebaseerd op voorafgaand gedegen onderzoek. Gewaarborgd zal dan wel moeten worden dat maatwerk gewaarborgd blijft (bijvoorbeeld vanwege 'afwijkende' ecologische waarden en toetsing aan het belang voor uitzondering en het bestaan van alternatieven). Ook moet gewaarborgd zijn dat van de gebiedsontheffing alleen gebruik kan worden gemaakt wanneer ook de positieve maatregelen daadwerkelijk worden gewaarborgd en de beoogde natuurwinst daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Voorafgaand aan grootschalige inzet van dit instrument zou het daarom goed zijn eerst de eerste ervaringen met de bestaande gebiedsontheffingen te evalueren (bijv. gebiedsontheffing gemeente Tilburg).

**VI. Overweeg een proefproces om de ABRvS expliciet te vragen de kritiepunten ten aanzien van de inzet van het ORNIS-criterium te toetsen**

Het ORNIS-criterium wordt veelvuldig ingezet om de toetsing aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening invulling te geven, maar zoals in dit onderzoek is aangegeven kan de Europeesrechtelijke conformiteit hiervan om meerdere redenen worden betwijfeld. Het zou goed zijn om deze kritiek door de ABRvS te laten toetsen door een proefproces.

**VII. Beoordeel - bij voorkeur samen met andere provincies en het Rijk - de toereikendheid van het huidige monitoringssysteem**

In dit onderzoek is de vraag opgeworpen of het huidige systeem van monitoring goed aansluit bij de in dit rapport beschreven verplichtingen met betrekking tot het herstellen en behouden van de GSvI en het uitvoeren van de GSvI-voorwaarde bij de toetsing van ontheffingsaanvragen. Om meerdere redenen bestaat de indruk dat dit niet het geval is (zie onder f)). De gaten in kennis die hieruit voortvloeien bemoeilijkt de naleving van genoemde verplichtingen. Aanbevolen wordt daarom om een meer uitvoerige analyse uit te voeren ten aanzien van enerzijds de eisen die de wettelijke verplichtingen en uitvoeringspraktijk stellen aan monitoring (kennisbehoeften gerelateerd aan de (G)SvI van soorten) en anderzijds de daadwerkelijke monitoringsinspanningen en wijze van verzameling van gegevens.

---

<sup>11</sup> Zie ook Kees Bastmeijer en Arnold van Kreveld, 'Meer natuur, minder knel. Met de Wet natuurbescherming naar actief natuurherstel', Een onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Bureau Ulucus & Legal Advice for Nature, januari 2017, [https://www.landschappen.nl/Uploaded\\_files/Zelf/meernatuurminderknel.dedcdf.pdf](https://www.landschappen.nl/Uploaded_files/Zelf/meernatuurminderknel.dedcdf.pdf).

---

**Onderzoek naar de betekenis van ‘de gunstige staat van instandhouding’,  
met name in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen onder  
de Wet natuurbescherming**

---

## 1. Introductie

### 1.1 Bekend begrip maar nog steeds onduidelijkheid

Vanaf 1 januari 2017 dragen de provincies een primaire verantwoordelijkheid voor de ontwikkeling en uitvoering van het natuurbeschermingsbeleid. Een grote verantwoordelijkheid, onder meer omdat de inzet van de provincies in belangrijke mate bepalend is voor de vraag of Nederland voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit internationale natuurbeschermingsverdragen en de EU Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn. Bij de ontwikkeling van de Wet natuurbescherming heeft de wetgever geprobeerd om - nog iets preciezer dan voorheen - aan te sluiten bij de tekst en inhoud van het internationale en Europese natuurbeschermingsrecht. Daarmee zijn veel termen die in deze verdragen en richtlijnen worden gebruikt letterlijk overgenomen in de Wet natuurbescherming. Daarbij gaat het onder meer om de term ‘gunstige staat van instandhouding’ (hierna GSvI).

Evenals in de Habitatrichtlijn (zie hierna) kent deze term een centrale plaats in de omschrijving van de doelen van de Wet natuurbescherming, in het gebiedenbeschermingsrecht en in het soortenbeschermingsrecht. Wat betreft het soortenbeschermingsrecht komt de term onder meer terug in de verplichtingen tot actief natuurherstel (met name artikel 1.12(1) Wnb). De term speelt ook een belangrijke rol bij de uitvoering van het zogenaamde ‘passieve instrumentarium’, met name bij de toelating van uitzonderingen op de verbodsbepalingen. Daarbij gaat het onder meer om het vereiste dat met ontheffingsverlening “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan” (hierna: GSvI -voorwaarde).<sup>12</sup>

De Flora- en faunawet 1998 kende deze voorwaarde ook al en gezien de jarenlange uitvoeringspraktijk onder die wet zou verwacht mogen worden dat door de beleidsvorming en rechtspraak inmiddels helderheid is verkregen over de precieze betekenis van deze voorwaarde, maar dit is slechts in beperkte mate het geval. Ook op internationaal niveau bestaan nog veel vragen over de uitleg van het begrip. Zo stelt Trouwborst met verwijzing naar Epstein: “The [...] notion of FCS [favourable conservation status, KB] is one crucial concept which continues to be

---

\* Kees Bastmeijer is oprichter van *Legal Advice for Nature*, hoogleraar natuurbeschermings- en waterrecht aan de Tilburg University en Visiting Professor aan de School of Business, Economics and Law, University of Gothenburg. Dit onderzoek is - met instemming van Tilburg University - uitgevoerd voor *Legal Advice for Nature*.

<sup>12</sup> Daarnaast moet aan twee andere voorwaarden zijn voldaan: zo moet het toelaten van de uitzondering bepaalde limitatief omschreven belangen dienen (bijv. volksgezondheid, voorkoming van belangrijke schade aan o.a. gewassen, e.d.) en mag er geen andere bevredigende oplossing bestaan).

subject to confusion concerning its proper interpretation and operationalization.”<sup>13</sup> In Nederland vormt de GSvI-voorwaarde echter steeds vaker onderwerp van discussie in het kader van ontheffingsaanvragen onder de Wet natuurbescherming. Ook komt er – vanwege het aan de orde stellen van de voorwaarde bij het aanvechten van ontheffingsbesluiten – meer rechtspraak beschikbaar.

Tegen deze achtergrond hebben de Provincie Gelderland en de Provincie Utrecht, in afstemming met en betrokkenheid van de Provincie Overijssel, het onderhavige onderzoek naar de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening laten uitvoeren, waarbij de beschikbare kennis uit de literatuur wordt gebundeld, de rechtspraak wordt geanalyseerd en – meer concreet – antwoord wordt gegeven op de hieronder geformuleerde vragen.

## **1.2 Onderzoeksvragen**

De provincies hebben de volgende vragen gesteld:

### **A. Behoud en realisatie GSvI: Reikwijdte en aard van de verplichting**

1. Voor welke soorten is het begrip GSvI relevant in het kader van soortenbescherming en het toelaten van uitzonderingen op die bescherming?
2. Betreft het bereiken van een GSvI een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting?
3. Heeft het feit dat het realiseren van de GSvI niet aan een termijn (tijdslimiet) is gebonden invloed op het karakter van de verplichting?
4. Is het Rijk of zijn de provincies verantwoordelijk voor het realiseren van de GSvI?
5. Heeft het concept GSvI een verschillende betekenis voor soortenbescherming, gebiedenbescherming en de invulling van rapportageverplichtingen?

### **B. Componenten van een GSvI:**

1. Welke componenten kent het begrip GSvI?
2. Zijn deze componenten nader uitgewerkt voor Nederland?
3. Moet bij de uitwerking van het begrip GSvI worden uitgegaan van een referentiejaar?
4. Hoe verhoudt het begrip GSvI zich tot de Rode Lijst?

### **C. Niveau waarop GSvI moet worden gerealiseerd:**

Op welk niveau (of niveaus) dient de gunstige staat van instandhouding beoordeeld te worden?

1. EU-niveau?
2. landelijk niveau?
3. meerdere niveaus, bijvoorbeeld gebaseerd op het bestaan van meerdere populatieniveaus?
4. provinciaal niveau of zelfs gebiedsniveau?

---

<sup>13</sup> Arie Trouwborst, Luigi Boitani en John D. C. Linnell, 'Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted?', *Biodiversity Conservation* (2017)26: 37-61, p. 39.

#### **D. Beoordeling van effect op GSvI bij ontheffingsverlening onder de Wnb**

Op welke wijze dient een eventuele aantasting van de GSvI beoordeeld te worden in het kader van ontheffingsverlening onder de Wet natuurbescherming?

1. Bij wie ligt de bewijslast dat een ontheffing kan worden verleend in het licht van de staat van instandhouding van de betreffende soort? Kan iets worden gezegd over de zwaarte van deze bewijslast?
2. Is de vraag of een soort zich in een GSvI verkeert in algemene zin relevant voor de uitleg van verbodsbepalingen?
3. Hoe moet worden omgegaan met gaten in kennis? (relevantie van het voorzorgbeginsel)
4. Onder welke voorwaarden kan bij een ongunstige SvI toch ontheffing worden verleend?
5. Kan het ORNIS-criterium<sup>14</sup> worden gebruikt om invulling te geven aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening? Zo ja, kan dit voor alle beschermde soorten en dienen cumulatieve effecten van andere activiteiten bij de invulling van het ORNIS-criterium te worden betrokken?
6. Bestaat er voor provincies bij de toets aan de GSvI-voorwaarde een verplichting tot onderlinge afstemming?

#### **E. Compensatie bij verslechtering SvI:**

Indien geconcludeerd wordt dat er sprake is van een verslechtering van de SvI of hierover onzekerheid bestaat, en gekozen wordt voor de inzet van compenserende maatregelen:

1. aan welke eisen moeten deze maatregelen dan voldoen (voorzorgsbeginsel/mate van zekerheid effecten/compensatie vooraf/juridische borging)?
2. Is – om te voldoen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening - een ‘groei-krimp-aanpak’<sup>15</sup> denkbaar die vergelijkbaar is met de aanpak met verblijfsrecreatie op de Veluwe in het kader van Natura 2000?

#### **F. Monitoring:**

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

### **1.3 Aanpak en onderzoeksmethode**

Epstein et al. stellen dat “a coherent understanding of the Directive requires a legal-ecological approach.”<sup>16</sup> Trouwborst et al. benadrukken dat de betekenis van GSvI een juridisch vraagstuk

---

<sup>14</sup> Het ORNIS-criterium is door het ORNIS Comité ontwikkeld om meer helderheid te bieden over de betekenis van het begrip ‘kleine hoeveelheden’ als bedoeld in artikel 9, lid 1, sub c, van de Vogelrichtlijn.

<sup>15</sup> De termen ‘Groei en Krimp’ zijn in het verleden door de Provincie Gelderland gebruikt bij beleid om – binnen het kader van Natura 2000 - verblijfsrecreatie op de Veluwe op de ene plaats te laten beëindigen en op een andere plaats mogelijk te maken.

<sup>16</sup> Yaffa Epstein, José Vicente López-Bao and Guillaume Chapron, A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe, Conservation Letters, March/April 2016, 9(2), 81–88, p. 82.

betreft dat een juridisch antwoord moet krijgen.<sup>17</sup> Beide groepen auteurs hebben volgens mij gelijk: een antwoord op de vragen kan niet los van de inhoud van het recht worden gezocht en zal vaak ook juist door een rechter moeten worden uitgesproken, maar bij het bepalen van de betekenis van termen in de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn vereisen de doelstellingen van die wetgeving dat ecologische kennis een rol speelt. Dit onderzoek sluit daarbij aan: de nadruk ligt op het recht, maar waar mogelijk wordt op basis van literatuur en consultatie van ecologische experts de ecologische invalshoek bij de beantwoording van de vragen betrokken.

Wat betreft onderzoeksmethode gaat het om de uitvoering van een desk-study, waarbij primair gebruik wordt gemaakt van de teksten van verdragen, richtlijnen en nationale wetgeving en rechtspraak op Europees (Hof van Justitie van de EU (HvJEU) en nationaal niveau. Naast deze bronnen van bindend recht (hard law) zal ook gebruik worden gemaakt van niet bindende bronnen (soft law) zoals guidance documenten (richtsnoeren) van de Europese Commissie en conclusies van de Advocaat-Generaal van het HvJEU. Voorts wordt de beschikbare literatuur (internationaal en nationaal), onderzoeksrapporten en adviezen geraadpleegd. In aanvulling op deze bronnen is het onderzoek ook gebaseerd op drie uitvoerige overleggen met de begeleidingscommissie voor het onderzoek. Deze discussies en de commentaren op conceptteksten waren van grote waarde voor dit onderzoek. Tot slot zijn nog waardevolle opmerkingen van Rudolf Haije (Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselveiligheid) in het eindconcept verwerkt.

#### *1.4 Beperkingen*

In dit onderzoek wordt de aandacht toegespitst op het soortenbeschermingsrecht en daarbinnen op de diersoorten. Om zoveel mogelijk kennis uit de jurisprudentie te halen, zal echter ook aandacht bestaan voor de uitleg van het begrip GSvI in het kader van het gebiedenbeschermingsrecht. Daarmee kent het onderzoek wel een beperkte ecologische insteek en het is goed denkbaar dat ecologen de antwoorden nader kunnen inkleuren.

Wat betreft het juridisch perspectief zijn de hierboven genoemde bronnen diepgaand geanalyseerd. Daarmee ontstaat meer duidelijkheid over de onderwerpen van de vragen, maar op een aantal punten kan niet iedere twijfel worden weggenomen. Zoals toegelicht door Trouwborst komt dit dan vaak omdat de bindende juridische bronnen op dergelijke punten (nog) onvoldoende helderheid bieden: de wetgeving is over bepaalde aspecten niet expliciet, terwijl ook de rechter zich er nog niet over heeft uitgelaten. Waar bepaalde vragen dus tamelijk stellig een antwoord kunnen krijgen, ontvangen andere vragen een antwoord op basis van de 'soft-law' bronnen. Dit advies heeft daarmee het karakter van een 'expert judgement'.

In het kader van dit onderzoek is geen uitvoerig empirisch onderzoek naar de ontheffingenpraktijk bij provincies uitgevoerd (bijv. interviews, case-studies of analyse van in het verleden genomen ontheffingsbesluiten). Wel is geprobeerd om – waar relevant en mogelijk – te werken met voorbeelden uit die praktijk.

---

<sup>17</sup> Trouwborst et al. 2017.

## 2. Bespreking van de onderzoeksvragen

### A. Behoud en realisatie GSvI: Reikwijdte en aard van de verplichting

1. Voor welke soorten is het begrip GSvI relevant in het kader van soortenbescherming en het toelaten van uitzonderingen op die bescherming?
2. Betreft het bereiken van een GSvI een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting?
3. Heeft het feit dat het realiseren van de GSvI niet aan een termijn (tijdslimiet) is gebonden invloed op het karakter van de verplichting?
4. Is het Rijk of zijn de provincies verantwoordelijk voor het realiseren van de GSvI?
5. Heeft het concept GSvI een verschillende betekenis voor soortenbescherming, gebiedenbescherming en de invulling van rapportageverplichtingen?

#### A.1 *Voor welke soorten is het begrip GSvI relevant in het kader van soortenbescherming en het toelaten van uitzonderingen op die bescherming?*

##### *Verschillende terminologie in verdragen en richtlijnen*

Het begrip 'gunstige staat van instandhouding' wordt niet in alle belangrijke internationale natuurbeschermingsverdragen en EU-richtlijnen expliciet gehanteerd.<sup>18</sup> Het begrip is wel terug te vinden in het Verdrag van Bonn en de Habitatrichtlijn,<sup>19</sup> maar de Vogelrichtlijn en het Verdrag van Bern hanteren andere terminologie. Hiermee komt de vraag op voor welke soorten het begrip GSvI relevant is in het kader van soortenbescherming en het toelaten van uitzonderingen op die bescherming.

##### *Habitat typen en dier- en plantensoorten als bedoeld in de Habitatrichtlijn*

Het begrip 'gunstige staat van instandhouding' speelt een centrale rol in de EU Habitatrichtlijn. De maatregelen die op grond van deze richtlijn moeten worden genomen "beogen de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen."<sup>20</sup> In artikel 1, onder (g) is het begrip soorten van communautair belang nader gedefinieerd en wordt helder gemaakt dat het hierbij gaat om alle soorten die in de bijlagen II, IV en V van de richtlijn zijn genoemd. Het streven naar een GSvI is dus gezien artikel 2(2) voor al deze soorten van belang, alsmede voor de habitattypen van bijlage II.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Zie ook Trouwborst et al. 2017.

<sup>19</sup> Zie J. Mehtälä and T. Vuorisalo, 'Conservation Policy and the EU Habitats Directive: Favourable Conservation Status as a Measure of Conservation Success', *European Environment Eur. Env.* 17 (2007): 363–375. Zie ook Trouwborst et al. 2017, Epstein et al. 2016, en Bastmeijer en Van Vliet 2012.

<sup>20</sup> Art. 2(2) Hrl.

<sup>21</sup> Zie ook Douglas Evans and Marita Arvela, 'Assessment and reporting under Article 17 of the Habitats Directive, Explanatory Notes & Guidelines for the period 2007-2012', ook aangeduid als de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten, European Topic Centre on Biological Diversity, July 2011, [http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference\\_portal](http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference_portal), p. 11.



## *Vogels*

Het begrip 'gunstige staat van instandhouding' is niet in de Vogelrichtlijn terug te vinden. De richtlijn verplicht de Lidstaten tot het nemen van "alle nodige maatregelen om de populatie van de in artikel 1 bedoelde soorten op een niveau te houden of te brengen dat met name beantwoordt aan de ecologische, wetenschappelijke en culturele eisen, waarbij zij tevens rekening houden met economische en recreatieve eisen."<sup>22</sup> Het Verdrag van Bern bevat vergelijkbare terminologie. De vraag kan worden gesteld of deze beschrijving hetzelfde betekent als het waarborgen van de GSVI. Deze vraag kan onder meer opkomen vanwege de recente wijzigingen met de Wet natuurbescherming ten opzichte van het soortenbeschermingsregime van de Flora- en faunawet. Zo hanteerde de Flora- en faunawet het begrip 'gunstige staat van instandhouding' ook voor vogels<sup>23</sup> terwijl in de Wet natuurbescherming en recente beleidsdocumenten van de rijksoverheid<sup>24</sup> nu voor vogels weer expliciet wordt aangesloten bij de hierboven opgenomen formulering van de Vogelrichtlijn.

De juridisch bindende bronnen (wetgeving en Hof-jurisprudentie) op Europees niveau bieden op dit punt geen maximale helderheid. Wel zijn logische redeneringen denkbaar waarbij de tekst van de richtlijnen worden gehanteerd. Zo stelt artikel 3(1) van de Habitatrichtlijn bijvoorbeeld dat het Natura 2000-netwerk ook de gebieden bestrijkt die zijn aangewezen onder de Vogelrichtlijn. Nu hetzelfde artikel ook bepaalt dat de Habitatrichtlijngebieden tot doel hebben om "de betrokken typen natuurlijke habitats en habitats van soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding [te] behouden of in voorkomend geval [te] herstellen" en Vogelrichtlijngebieden van hetzelfde netwerk onderdeel vormen, lijkt het voor de hand te liggen dat de Vogelrichtlijngebieden een zelfde doel dienen: het in een gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van de habitats van vogelsoorten. En dat is dan logischerwijs van belang voor het in een gunstige staat van instandhouding brengen en houden van de vogelsoorten op een gebiedoverschrijdend niveau.

Epstein en anderen nemen aan dat de terminologie van de Vogelrichtlijn inderdaad niet op iets anders ziet dan het begrip GSVI. Met verwijzing naar guidance documenten (richtsnoeren) van de Europese Commissie stellen zij op basis van hun analyse over het begrip 'favourable conservation status' (FCS):

"Our analysis is directly relevant for interpreting the Birds Directive. While, as discussed above, the Birds Directive uses far less precise terms than FCS, Commission guidance to interpreting that directive has stated that "the principles underpinning [FCS] are equally applicable in relation to the objective of [the Birds Directive]" (European Commission 2008)."<sup>25</sup>

De Europese Commissie hanteert inderdaad ook in andere officiële documenten het begrip 'gunstige staat van instandhouding' in relatie tot vogels. Zo wordt in de Commissiemededeling

---

<sup>22</sup> Art. 2 Vogelrichtlijn.

<sup>23</sup> Zie o.a. artikel 75(5) Flora en faunawet 1998.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld het Fiche betreffende het Whitepaper van de Europese Commissie 'Een actieplan voor de natuur, de mensen en de economie', opgesteld door het Ministerie van Economische Zaken voor de Commissie Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC), p. 3: "Nederland zet zich in op het op landelijk niveau realiseren van een gunstige staat van instandhouding voor de habitattypen en planten- en diersoorten van de Habitatrichtlijn en voor een populatieniveau van inheemse vogelsoorten dat beantwoordt aan de ecologische, economische en maatschappelijke vereisten, zoals aangegeven in de Vogelrichtlijn."

<sup>25</sup> Epstein et al. 2016, p. 86.

over het actieplan voor het verminderen van incidentele vangsten van zeevogels in vistuig gesteld:

“Aantoonbaar gebruik van zeevogelvriendelijk vistuig zou een voorwaarde moeten zijn voor toegang tot de vangstmogelijkheden in gebieden die door de aanwezigheid van zeevogels voor aanwijzing als speciale beschermingszone in aanmerking komen en waar bijvangst de gunstige staat van instandhouding van deze zeevogels bedreigt.”<sup>26</sup>

Nog explicieter is de Commissie in het Gidsdocument voor de jacht uit 2008: “De algemene doelstelling van de richtlijn is het handhaven van de vogelpopulatie in een gunstige staat van instandhouding.”<sup>27</sup> In een voetnoot wordt vervolgens verklaard: “Hoewel de term ‘gunstige staat van instandhouding’ niet expliciet wordt genoemd in de richtlijn (deze werd in 1992 in de Habitatrichtlijn geïntroduceerd), ligt ze besloten in de vereisten van artikel 2 van de richtlijn.”<sup>28</sup> Verderop in het document wordt in noot 36 vermeld: “Hoewel de term niet expliciet wordt genoemd in Richtlijn 79/409/EEG zijn de onderliggende beginselen ervan evenzeer van toepassing met betrekking tot de doelstellingen van deze richtlijn.”<sup>29</sup> Artikel 2 van de Vogelrichtlijn, waarnaar ook de Europese Commissie verwijst wel expliciet naar het rekening houden met “economische en recreatieve eisen”<sup>30</sup>. Dit kan betekenen dat ten opzichte van het begrip GSvI onder de Habitatrichtlijn iets meer speling bestaat voor wat betreft het meewegen van die eisen bij de uitwerking van het begrip. Zoals hierna bij vraag

Tegen deze achtergrond moet de wijziging in de Wet natuurbescherming vooral verklaard worden door de beleidsmatige wens van de wetgever om bij formuleringen in de Wet natuurbescherming zo precies mogelijk aan te sluiten bij de richtlijnen. Gezien het bovenstaande wordt hiermee mogelijk onnodige twijfel opgeroepen over mogelijke verschillen tussen de gebezigde terminologie voor vogels en habitatsoorten, vooral ook omdat deze lijn van het specifiek aansluiten bij de Vogelrichtlijntekst niet consistent wordt doorgevoerd. Diverse referenties naar het begrip GSvI in de wet hebben namelijk nog wel gewoon ook op vogels betrekking. Zo is de voorwaarde voor het kunnen openstellen van de jacht dat de wildsoorten zich in een gunstige staat van instandhouding bevinden, en deze eis geldt volgens de wet ook voor de vogel-wildsoorten houtduif, fazant, wilde eend.

In de Nederlandse rechtspraak is voor vogels eveneens het begrip gunstige staat gehanteerd. Voor jurisprudentie onder de Flora- en faunawet is dat natuurlijk logisch vanwege het expliciete gebruik van de term voor het toelaten van uitzonderingen op de bescherming van vogels, maar ook wanneer andere terminologie aan de orde was werd bij de uitleg aangesloten bij het begrip GSvI. Dit deed zich onder meer voor bij een toets van een ontheffing voor het zoeken van kievitseieren aan het Gidsdocument. Volgens de ABRvS had de rechtbank bij de vraag of sprake was van “kleine hoeveelheden” in de zin van artikel 9(1)(c) van de Vogelrichtlijn,

---

<sup>26</sup> Actieplan voor het verminderen van incidentele vangsten van zeevogels in vistuig, COM/2012/0665 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0665>, par. 3.1.

<sup>27</sup> Europese Commissie, ‘Gidsdocument voor de jacht in het kader van Richtlijn 79/409/EEG van de Raad inzake het behoud van de vogelstand. De Vogelrichtlijn’, Februari 2008, [http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/wildbirds/hunting/docs/hunting\\_guide\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/wildbirds/hunting/docs/hunting_guide_nl.pdf), paragraaf 2.4.14.

<sup>28</sup> Idem. Zie voetnoot 28 in het Gidsdocument, p. 22.

<sup>29</sup> Idem. Zie voetnoot 36 in het Gidsdocument, p. 25.

<sup>30</sup> Art. 2 Vogelrichtlijn.

“terecht getoetst aan de criteria ‘handhaving op een bevredigend niveau’ en ‘gunstige staat van instandhouding’ van de kievitpopulatie.”<sup>31</sup> Met verwijzing naar het hierboven genoemde Gidsdocument voor de jacht wordt gesteld:

“Zoals de rechtbank heeft overwogen, bevat de Vogelrichtlijn noch het Gidsdocument een definitie van het begrip "handhaving op een bevredigend niveau", maar wordt in het Gidsdocument wel ingegaan op de betekenis van het begrip "gunstige staat van instandhouding". Gelet op paragraaf 2.4.24 van dit document wordt hieronder hetzelfde verstaan als in de Habitatrichtlijn, waarin dit begrip wel is gedefinieerd in artikel 1, sub i.”<sup>32</sup>

#### *Overige soorten beschermde en niet-beschermde soorten*

De vraag doet zich voor of het vereiste van het herstellen en behouden van een GSvI ook geldt voor niet-vogelsoorten die niet in de bijlage van de Habitatrichtlijn of de relevante bijlagen bij het Verdrag van Bern en het Verdrag van Bonn worden genoemd (dus soorten die geen expliciete internationaal- en Europeesrechtelijke bescherming genieten; in Nederland gaat het daarbij om soorten die bescherming krijgen onder artikel 3.10 en om overige soorten die in beginsel alleen een bescherming krijgen via de zorgplicht). Vanuit een internationaalrechtelijk perspectief acht ik een bevestigend antwoord zeer goed verdedigbaar. Met name gezien de wijze waarop het begrip GSvI in EU-verband inhoud en betekenis heeft gekregen (zie hierna) kan gesteld worden dat het in een GSvI brengen en houden van alle soorten (en habitat typen) vereist is om te voldoen aan de verplichtingen van het Biodiversiteitsverdrag en het Verdrag van Bern. Hiermee is in lijn dat artikel 1.5(3), onder a), van de Wet natuurbescherming bepaalt dat de nationale natuurvisie in het bijzonder aandacht besteedt aan:

“(a) het behoud en zonodig herstel van een gunstige staat van instandhouding van de van nature in Nederland in het wild voorkomende soorten dieren en planten en de in Nederland voorkomende typen natuurlijke habitats en habitats van soorten.”

Het oordeel dat het realiseren en behouden van een GSvI voor alle soorten een verplichting is die voortvloeit uit het internationale natuurbeschermingsrecht is ook herkenbaar in de jachtwetgeving, in het bijzonder in de wettelijke eis van een GSvI voor het kunnen openstellen van de jacht. Volgens uitleg van de Staatssecretaris in het kader van de behandeling van het voorstel voor de Wet natuurbescherming volgt deze eis “ten algemene uit het Biodiversiteitsverdrag, de verdragen van Bern en Bonn en de genoemde richtlijnen.”<sup>33</sup>

In de Wet natuurbescherming wordt de verplichting tot het herstellen en behouden van een GSvI nader uitgewerkt voor alle Rode Lijstsoorten (inclusief niet in de relevante bijlagen van verdragen en de Habitatrichtlijn genoemde soorten). Voor deze soorten is de verplichting tot het behoud en herstel van de GSvI expliciet in art. 1.12(1)(c) Wnb vastgelegd. Voor niet-Rode Lijstsoorten die wel een bescherming hebben gekregen onder artikel 3.10 van de Wnb, ligt de eis van behoud en herstel verborgen in de voorwaarde voor ontheffingsverlening: op grond van art. 3.10(2) juncto 3.8(5)(c) geldt de eis dat geen afbreuk mag worden gedaan “aan het streven de

<sup>31</sup> ABRvS, 01 maart 2012, 201104238/1/A3, (ontheffing voor rapen kievitseieren), par. 2.5.1.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Memorie van Antwoord Eerste Kamer, Eerste Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 33 348, D, p. 9.

populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”<sup>34</sup>

## A.2 *Betreft het bereiken van een GSvI een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting?*

De Europese Commissie heeft expliciet gemaakt dat de verplichting van lidstaten om maatregelen te nemen ten behoeve van het doel van de richtlijn - het bijdragen tot het waarborgen van de biologische diversiteit door het instandhouden van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied van de Lid-Statens - een resultaatsverplichting betreft.<sup>35</sup> Gezien de algemene formulering van artikel 2(1) is dit wat problematisch, maar dit algemene doel is verder uitgewerkt in het tweede lid: “De op grond van deze richtlijn genomen maatregelen beogen de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen.” Daarmee ligt het voor de hand om het realiseren van de GSvI als resultaatsverplichting te beschouwen. Ook in de literatuur wordt dit aangenomen.<sup>36</sup> Daarbij doet zich direct de vraag voor op welk geografisch schaalniveau deze verplichting betrekking heeft, maar die vraag krijgt hieronder uitvoerig aandacht.

Een tegenargument zou kunnen zijn dat op grond van het derde lid van artikel 2 bij de op grond van deze richtlijn genomen maatregelen rekening wordt gehouden met “de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, en met de regionale en lokale bijzonderheden.” In de Guidelines inzake soortenbescherming maakt de Europese Commissie echter duidelijk dat artikel 2(3) van de Habitatrichtlijn geen zelfstandige grond voor uitzondering vormt.<sup>37</sup> Daarbij merkt de Commissie op dat het Hof dit eerder al uitmaakte voor wat betreft de Vogelrichtlijn.<sup>38</sup> Toch werd het artikel 2(3) door Frankrijk naar voren gebracht in de Franse Hamsterzaak. Het Hof gaat niet specifiek op dit argument in, maar AG Kokott doet dat wel in haar Conclusie in deze zaak. Na een strikte uitleg van de soortenbeschermingsbepalingen, waarbij ze onder meer benadrukt dat “in het geval van te kleine populaties de habitats in de omgeving van hamsterholen zodanig moeten worden beheerd, dat de hamsterbestanden weer in voldoende mate kunnen groeien”, stelt Kokott:

“Anders dan Frankrijk meent, wordt dat niet door artikel 2, lid 3, van de habitatrichtlijn ter discussie gesteld. Volgens deze bepaling wordt in de op grond van deze richtlijn genomen maatregelen rekening gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied en met de regionale en lokale bijzonderheden. Deze belangen moeten derhalve bij de ontwikkeling van beschermingsmaatregelen in aanmerking worden genomen. De doelstelling van een gunstige staat van instandhouding wordt door artikel 2, lid 3, echter

---

<sup>34</sup> Art. 3.10(2) juncto artikel 3.8(5)(c).

<sup>35</sup> European Commission, ‘Managing Natura 2000 Sites. The provisions of Article 6 of the ‘Habitats’ Directive 92/43/CEE’, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, [http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision\\_of\\_art6\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_en.pdf), p.18. Zie ook An Cliquet, Kris Decler en Hendrik Schoukens, ‘Restoring nature in the EU’, In: Charles-Hubert Born en Hendrik Schoukens, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, pp. 265-284, p. 273.

<sup>36</sup> Anastasia Telesetsky, An Cliquet en Afshin Akhtar-Khavari, *Ecological Restoration in International Environmental Law*, Routledge, New York, 2016, p. 243.

<sup>37</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, paragraaf 13, p. 9.

<sup>38</sup> Idem.

niet ter discussie gesteld. De maatregelen ter bescherming van strikt beschermde soorten moeten dus ondanks deze afweging toereikend zijn om een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen. Dat is hier niet het geval.”<sup>39</sup>

Overigens volgde het Hof wel een vergelijkbaar strikte, op het bereiken van resultaatgerichte uitleg van de soortenbeschermingsbepalingen: “Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat de Franse Republiek, door geen maatregelenpakket vast te stellen waardoor de hamstersoort strikt kan worden beschermd, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 12, lid 1, sub d, van de habitatrichtlijn.”<sup>40</sup>

Ook de ABRvS heeft het bereiken van de GSvI als resultaatsverplichting aangemerkt, vooral in het kader van Natura 2000. Ten aanzien van artikel 6, eerste lid en tweede lid,<sup>41</sup> is in uitspraken uitgemaakt dat het om een resultaatsverplichting gaat, maar ook in meer algemene zin heeft de ABRvS in het kader van het gebiedenbeschermingsrecht een resultaatsverplichting aangenomen voor wat betreft het realiseren van de GSvI:

“Uit de in rechtsoverweging 2 aangehaalde artikelen van de Habitatrichtlijn volgt immers dat de lidstaat in beginsel is gehouden om alle benodigde maatregelen te treffen om kwalificerende habitattypen en soorten in een gunstige staat van instandhouding te behouden dan wel te herstellen.”<sup>42</sup>

Vergelijkbaar met de overweging van Kokott zoals hierboven geformuleerd, stelt de ABRvS vast dat het uitgangspunt van ‘haalbaar en betaalbaar’ geen reden kan zijn om de GSvI niet te bereiken:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2014 in zaak nr. 201306275/1/R2) kunnen bij het formuleren van de instandhoudingsdoelstellingen op gebiedsniveau economische overwegingen weliswaar een rol spelen, maar kan de toepassing van het uitgangspunt ‘haalbaar en betaalbaar’ door de staatssecretaris niet ertoe leiden dat hiermee een gunstige staat van instandhouding op landelijk niveau niet zal worden bereikt.”<sup>43</sup>

In de literatuur is overigens opgemerkt dat een resultaatsverplichting niet geheel onbegrensd is. In het kader van de resultaatsverplichting van artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn merken Backes, Van Veen en anderen op dat “het Hof geen volstrekt disproportionele maatregelen zal eisen”, maar voegen hieraan toe dat “dit verweer in de praktijk nog nooit geaccepteerd is”: “Juridische, politieke, financiële of praktische moeilijkheden die de nakoming meebrengt zijn als rechtvaardiging om niet aan een resultaatverplichting te voldoen tot nu toe door het Hof steevast

---

<sup>39</sup> Conclusie AG Kokott, Zaak C-383/09, 20 januari 2011 (Franse hamster), paragraaf 85.

<sup>40</sup> HvJEU, Zaak C-383/09, 9 juni 2011 (Franse hamster), paragraaf 40.

<sup>41</sup> Zie voor artikel 6, eerste lid, bijvoorbeeld ABRvS, 17 mei 2017, 201600614/1/R2 e.a., ECLI:NL:RVS:2017:1259, overweging 8.2. Ook de regering heeft dit al eerder uitgesproken; zie bijvoorbeeld Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Wet natuurbescherming, Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 348, nr. 3, p. 87.

<sup>42</sup> ABRvS, 5 maart, 2014, 201305412/1/R2, overweging 4.1.

<sup>43</sup> ABRvS, 27 mei 2015, 201404620/1/R2, overweging 6.2.

afgewezen.”<sup>44</sup> Daarmee is het moeilijk om voorbeelden te geven van maatregelen die wel als disproportioneel zouden worden aangemerkt. Ook de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet natuurbescherming geeft geen voorbeeld en verwijst naar het rapport van Backes en Van Veen et al.<sup>45</sup> Denkbaar is dat deze situatie van toepassing is wanneer door klimaatverandering het leefgebied van een soort buiten de grenzen van een lidstaat is verschoven en adaptatiemaatregelen vanuit een ecologisch perspectief niet mogelijk worden geacht.

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

Het feit dat het realiseren van de GSvI niet aan een termijn (tijdslimiet) is gebonden maakt de verplichting om soorten en habitat typen in een GSvI te brengen en te houden niet tot een inspanningsverplichting, maar kan de verplichting en met name de toetsbaarheid van de naleving van de verplichting vanzelfsprekend wel verzwakken. Zo zal de Europese Commissie moeilijk een lidstaat voor het Hof kunnen dagen vanwege het niet realiseren van de GSvI voor alle relevante soorten vóór bijvoorbeeld 2020. Het ontbreken van een tijdslimiet geeft echter om meerdere redenen slechts beperkte extra ‘speelruimte’. De gedachte dat inzet altijd kan worden uitgesteld indien dat beleidsmatig gewenst is, ontoelaatbaar laat zijn. Zo moet allereerst aan de ‘onderkant’ verslechtering worden voorkomen. Deze eis wordt gesteld voor Natura 2000-gebieden (art. 6(2) Habitatrichtlijn) en voor vogelsoorten (artikel 13 van de Vogelrichtlijn) en is ook onderdeel uit van de GSvI-voorwaarde voor ontheffingsverlening.

Ook boven dit minimumniveau van het voorkomen van verslechtering is de speelruimte beperkt, onder meer vanwege het EU-beginsel inzake loyale samenwerking. De memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet natuurbescherming legt uit:

“De Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn bevatten geen termijn waarbinnen een gunstige staat van instandhouding moet zijn gerealiseerd. Wel zal het eerder aangehaalde beginsel van loyale samenwerking (artikel 4, derde lid, VEU) met zich brengen dat de lidstaten ernaar moeten streven om dit resultaat zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk – gezien de ecologische mogelijkheden en de sociaaleconomische consequenties – te bereiken.”<sup>46</sup>

Beperkte speelruimte vloeit ook voort uit de voorwaarde dat met ontheffingsverlening “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.” Deze voorwaarde vereist vooral voor soorten die er slecht voor staan een zekere strategie of aanpak waarmee kan worden uitgelegd hoe deze GSvI bereikt zal gaan worden en waarom een ontheffing daaraan geen afbreuk doet. Het noemen van een termijn is daarbij geen vereiste maar kan een dergelijke uitleg wel versterken.

In het verlengde van het voorgaande laat de jurisprudentie ook zien dat er – ondanks het ontbreken van een algemene deadline voor doelbereiking – situaties kunnen bestaan waarin de verplichting voor de overheid bestaat om met urgentie bepaalde actieve maatregelen te treffen teneinde verdere verslechtering van de populatie te voorkomen of om te waarborgen dat blokkades voor natuurlijk herstel (en het bereiken van de GSvI) worden weggenomen. Gewezen

---

<sup>44</sup> C.W. Backes, M.P. van Veen, B.A. Beijen, A.A. Freriks, D.C.J. van der Hoek, A.L. Gerritsen, Natura 2000 in Nederland. Juridische ruimte, natuurdoelen en beheerplanprocessen, Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), Den Haag, 2011, pp. 32-33.

<sup>45</sup> Memorie van toelichting (Tweede Kamer) Wnb, p. 101.

<sup>46</sup> Idem, p. 103.

kan hierbij onder meer worden op de elders in dit rapport besproken rechtszaken inzake de bescherming van de Franse hamster en de otter.

#### A.4 *Is het Rijk of zijn de provincies verantwoordelijk voor het realiseren van de GSvI?*

De rijksoverheid is primair verantwoordelijk voor het naleven van internationaal- en Europeesrechtelijke verplichtingen. In relatie tot andere partijstaten bij de relevante verdragen en andere lidstaten rust daarom uiteindelijk de verantwoordelijkheid om de GSvI te herstellen en te behouden op de rijksoverheid. Dit verklaart ook de inhoud van het hierboven al geciteerde artikel 1.5(3), onder a), van de Wnb ten aanzien van de nationale natuurvisie.<sup>47</sup> De primaire rijksverantwoordelijkheid voor het realiseren van de GSvI verklaart ook waarom met de Wet natuurbescherming – ondanks het uitgangspunt van decentralisatie van natuurbeleid - bepaalde taken en bevoegdheden nog steeds op rijksniveau liggen. Het gaat daarbij onder meer om de aanwijzing van Natura 2000-gebieden en de formulering van instandhoudingsdoelstellingen voor die gebieden:

“de bepaling en allocatie van instandhoudingsdoelstellingen moet op landelijk niveau plaatsvinden, om zeker te stellen dat landelijk voor de betrokken habitats en soorten een gunstige staat van instandhouding wordt bereikt.”<sup>48</sup>

De decentralisatie heeft aan de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het Rijk niets veranderd, maar heeft er wel toe geleid dat veel inzet van de provincies wordt verwacht. Dit komt met name tot uiting in artikel 1.12, eerste lid, van de Wnb: “Gedeputeerde staten van de provincies dragen, ieder in hun provincie, tezamen zorg voor het nemen van de nodige maatregelen voor” het behoud of het herstel van een GSvI van de in dat lid genoemde soorten.

Bij de parlementaire behandeling is over de precieze reikwijdte van deze bepaling veel gediscussieerd. Provincies zien deze bepaling bij voorkeur als inspanningsverplichting. De parlementaire geschiedenis van de Wet natuurbeheer maakt ook duidelijk dat het ook de bedoeling van het Rijk is geweest om de provincies een inspanningsverplichting op te leggen.<sup>49</sup> Ook het recente evaluatierapport van het Natuurpact spreekt over ‘een zorgplicht’ tot het actief nemen van maatregelen “om soorten (en habitats) in een gunstige staat van instandhouding te brengen.”<sup>50</sup> Volgens de evaluatie betreft het een inspanningsverplichting maar in de evaluatie wordt opgemerkt dat jurisprudentie aanleiding geeft tot verschil van mening hierover.

Gezien de formulering van artikel 1.12, eerste lid, gaat het naar mijn oordeel om meer dan een inspanningsverplichting omdat de bepaling in heldere taal verplicht tot het nemen van de maatregelen die *nodig* zijn om de GSvI van de genoemde soorten te herstellen en te behouden, zonder dat gronden worden genoemd die afwijking daarvan kunnen rechtvaardigen. In relatie tot het Rijk hebben de provincies gezien de parlementaire geschiedenis echter sterke argumenten om aan te geven dat er op hen een inspanningsverplichting rust. Tegen de achtergrond van de

---

<sup>47</sup> Artikel 1.5(3), onder a), van de Wnb.

<sup>48</sup> Memorie van toelichting Wnb (Tweede Kamer), paragraaf 5.2, ‘Rijkstaken’.

<sup>49</sup> Zie bijvoorbeeld het Verslag van de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 33348, 25 juni 2015, Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 348, nr. 175, p. 60.

<sup>50</sup> PBL, Lerende evaluatie van het Natuurpact. Naar nieuwe verbindingen tussen natuur, beleid en samenleving, PBL Planbureau voor de Leefomgeving, PBL-publicatienummer: 1769, Den Haag, 2017, <http://www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2017-lerende-evaluatie-van-het-natuurpact-1769.pdf>, p. 119-120.



civiele otterzaak<sup>51</sup> is echter zeker niet uit te sluiten dat een provincie op grond van een onrechtmatige daad-actie wordt aangesproken op niet-naleving van de in artikel 1.12, eerste lid, neergelegde verplichting.<sup>52</sup> Een dergelijke zaak zal vooral succesvol zijn wanneer het evident is dat 'nodige maatregelen' voor soorten waarvoor de betreffende provincie van bijzonder belang is niet genomen worden. De evaluatie van het Natuurpact erkent deze mogelijkheid overigens ook:

“De provincie kan door de rechter in gebreke worden gesteld als zij haar zorgplicht onvoldoende nakomt. De uitspraak van het zogenoemde 'otterarrest', waarin een Nederlandse civiele rechter heeft geoordeeld dat het Rijk zijn zorgplicht voor de otter te weinig is nagekomen, zorgt voor een extra stimulans.”<sup>53</sup>

Wanneer een provincie duidelijk te weinig doet, kan ook het Rijk instrumenten in het kader van interbestuurlijk toezicht inzetten.<sup>54</sup> Deze instrumenten zijn neergelegd in de Provinciewet en de Wet naleving Europese regelgeving publieke entiteiten.

De evaluatie maakt in dit verband duidelijk dat de provincies extra inspanningen moeten gaan leveren; geconstateerd wordt namelijk dat “de aandacht voor aanvullend actief soortenbeleid bij provincies nog beduidend minder [is] dan die voor de realisatie van het Natuurnetwerk en de kerngebieden agrarisch natuurbeheer.”<sup>55</sup>

#### ***A.5 Heeft het concept GSvI een verschillende betekenis voor soortenbescherming, gebiedenbescherming en de invulling van rapportageverplichtingen?***

De Habitatrictlijn kent in artikel 1 inzake definities één beschrijving van het begrip 'staat van instandhouding' en van de eisen die gesteld moeten worden om deze staat 'gunstig' te mogen noemen.<sup>56</sup> Vanuit het perspectief van een logische systematiek van wetgeving mag worden aangenomen dat deze beschrijvingen van toepassing zijn op alle referenties in de richtlijn aan dit begrip. Dit is ook logisch omdat al deze verplichtingen een bijdrage beogen te leveren aan het centrale doel: het in een GSvI behouden en herstellen van de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang.<sup>57</sup> De definities van de begrippen 'gebied van communautair belang' en 'speciale beschermingszone' maken bijvoorbeeld duidelijk dat de betreffende gebieden kwalificeren vanwege hun bijdrage aan het bereiken van de GSvI van

---

<sup>51</sup> Gerechtshof Den Haag, 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3522 (verplichting Staat tot het treffen van maatregelen om otters te beschermen tegen verkeer).

<sup>52</sup> Idem. Voor een civiele zaak (onrechtmatige daad) tegen de Staat waarin wordt geoordeeld dat de Staat niet de gevorderde aanvullende maatregelen ten behoeve van de Korhoen behoeft te treffen, zie Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2166, 5 juni 2013, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2166>, overweging 5.5.

<sup>53</sup> PBL, Lerende evaluatie van het Natuurpact. Naar nieuwe verbindingen tussen natuur, beleid en samenleving, PBL Planbureau voor de Leefomgeving, PBL-publicatienummer: 1769, Den Haag, 2017, <http://www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2017-lerende-evaluatie-van-het-natuurpact-1769.pdf>, p. 122.

<sup>54</sup> De Staatssecretaris verwoordde dit tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer als volgt: “Dat maakt wel dat, als het erop aankomt en het spannend wordt, het er inderdaad van afhangt of men een adequate maatregel heeft getroffen. Als dat laatste niet het geval is, dan is er een setje instrumenten waarmee wij elkaar bij wijze van spreken nog even kunnen onderhouden.” Zie Verslag mondelinge behandeling wetsvoorstel 33348, 25 juni 2015, Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 348, nr. 175, p. 60.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Art. 1, onder i) Habitatrictlijn. Zie hierna onder b).

<sup>57</sup> Art. 2(2) Hrl.



habitat typen en soorten.<sup>58</sup> In het soortenbeschermingsrecht komt het begrip onder meer terug bij het onderwerp herintroductie van soorten<sup>59</sup> en bij de beschrijving van de voorwaarden waaronder uitzondering kan worden toegelaten op de bescherming van bijlage IV en bijlage V-soorten, evenzeer om te waarborgen dat ook het soortenbeschermingsrecht een bijdrage aan het bereiken van de GSvI levert. Deze bijdragen van diverse verplichtingen aan het bereiken en herstellen van een GSvI als doel komt ook tot uiting in de Guidelines inzake soortenbescherming van de Europese Commissie, waarin onder meer wordt gesteld:

“The concept of FCS is not limited to the Natura 2000 network or to the species protected by this network (i.e. Annex II species). It applies to the overall situation of all species of Community interest (Annexes II, IV and V), which needs to be assessed and surveyed in order to judge whether it is favourable or not. Assessing and evaluating the conservation status of habitats and species within the Natura 2000 network is therefore not always enough, especially when the occurrences of habitats or species are only partly covered by the network, maybe even in some cases only to a relatively small extent.”<sup>60</sup>

Dit alles brengt met zich mee dat het begrip GSvI in beginsel eenzelfde betekenis heeft binnen het gebiedenbeschermingsrecht, soortenbeschermingsrecht en de rapportageverplichtingen. Zoals hieronder wordt toegelicht, moet hierbij wel worden bedacht dat het begrip GSvI (en de hieronder te bespreken GSvI-parameters) op verschillende geografische niveaus kan worden betrokken en op die diverse niveaus ook een verschillende concrete invulling kan krijgen. Daarmee kan het begrip toch een andere invulling krijgen voor rapportages, gebiedenbescherming en soortenbescherming. Zo ligt – zoals hierna nader wordt toegelicht – het accent bij rapportages over de GSvI op EU- en lidstaat-niveau, bij gebiedenbescherming krijgt de invulling van het begrip GSvI vooral een invulling op lidstaatniveau (althans in Nederland, door vertaling van de landelijke doelen naar gebiedsdoelen) en bij soortenbescherming staat het begrip GSvI in relatie tot populaties en deelpopulaties centraal (zie hierna onder c).

## **B. Componenten van een GSvI:**

1. Welke componenten kent het begrip GSvI?
2. Zijn deze componenten nader uitgewerkt voor Nederland?
3. Moet bij de uitwerking van het begrip GSvI worden uitgegaan van een referentiejaar?
4. Hoe verhoudt het begrip GSvI zich tot de Rode Lijst?

### **B.1 Welke componenten kent het begrip GSvI?**

#### *Definities in de Habitatrichtlijn*

Zowel het begrip ‘staat van instandhouding’ als GSvI worden in de Habitatrichtlijn beschreven. Deze beschrijvingen hebben hun oorsprong in artikel 1 van het Verdrag van Bonn (Convention

<sup>58</sup> Art. 1, onder (k) en (l) Hrl. Zie ook artikel 4(4) Hrl.

<sup>59</sup> Art. 22, onder (a) Hrl.

<sup>60</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, p. 10.

on Migratory Species) van 1979.<sup>61</sup> Onder de terminologie 'staat van instandhouding van een soort' wordt volgens de Habitatrichtlijn verstaan: "het effect van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het in artikel 2 bedoelde grondgebied."<sup>62</sup> Artikel 1, onder i, van de Habitatrichtlijn stelt dat de 'staat van instandhouding' als 'gunstig' ('favourable'), moet worden beschouwd wanneer:

- "uit *populatiodynamische gegevens* blijkt dat de betrokken soort nog steeds een *levensvatbare component is van de natuurlijke habitat* waarin hij voorkomt, en dat vermoedelijk op *lange termijn* zal blijven, en
- het *natuurlijke verspreidingsgebied* van die soort niet kleiner wordt of binnen afzienbare tijd lijkt te zullen worden, en
- er een *voldoende grote habitat* bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van die soort *op lange termijn in stand te houden*" (accentuering door de auteur).<sup>63</sup>

Wanneer aan deze criteria niet wordt voldaan is sprake van een ongunstige staat van instandhouding, waarbij in het kader van de rapportage onder artikel 17 van de Habitatrichtlijn twee niveaus worden onderscheiden: ongunstige-ontoereikend ('Unfavourable-inadequate') en ongunstig-slecht ('Unfavourable-bad').<sup>64</sup>

#### *Parameters GSvI en de uitwerking in Gunstige Referentie Waarden (Favourable Reference Values) voor Habitatrichtlijnsoorten*

In de Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming van de Europese Commissie en de rapportagesrichtsnoeren voor de Habitatrichtlijn (gebaseerd op eerder werk van het Habitats Comité) de definitie van GSvI uit de Habitatrichtlijn nader uitgewerkt. Aansluitend bij de hierboven gemarkeerde passages in de definitie worden voor soorten vier parameters onderscheiden voor de bepaling van de 'staat van instandhouding':

---

<sup>61</sup> Zie voor een bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis van de definities, Epstein et al. 2016, p. 85-86. Aanvankelijk kende het Commissievoorstel voor een Habitatrichtlijn vergelijkbare terminologie als de Vogelrichtlijn, maar inbreng vanuit Europees Parlement-comités leidde tot aansluiting bij Artikel 1, Verdrag van Bonn, hoewel niet alle elementen werden overgenomen. Artikel 1 van het Verdrag van Bonn luidt:

"b) "Conservation status of a migratory species" means the sum of the influences acting on the migratory species that may affect its long-term distribution and abundance;

c) "Conservation status" will be taken as "favourable" when:

(1) population dynamics data indicate that the migratory species is maintaining itself on a long-term basis as a viable component of its ecosystems;

(2) the range of the migratory species is neither currently being reduced, nor is likely to be reduced, on a long-term basis;

(3) there is, and will be in the foreseeable future sufficient habitat to maintain the population of the migratory species on a long-term basis; and

(4) the distribution and abundance of the migratory species approach historic coverage and levels to the extent that potentially suitable ecosystems exist and to the extent consistent with wise wildlife management;

d) "Conservation status" will be taken as "unfavourable" if any of the conditions set out in subparagraph (c) of this paragraph is not met;"

<sup>62</sup> Art. 1, onder i) Habitatrichtlijn.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Evans and Arvela 2011.

- verspreidingsgebied,
- populatie,
- leefgebied (oppervlakte van habitat, geschiktheid van habitat voor soorten, structuur en functies van habitats) en
- toekomstperspectief.<sup>65</sup>

In het verslag op grond van artikel 17 Habitatrichtlijn en artikel 12 Vogelrichtlijn legt de Europese Commissie uit: “Voor elke habitat en soort wordt elk van deze parameters volgens een overeengekomen beoordelingsmatrix beoordeeld als gunstig, ontoereikend of slecht (of onbekend), met als resultaat een totaalbeoordeling van de staat van instandhouding in vier klassen.”<sup>66</sup> Voorts worden vier trends onderscheiden: ‘verbeterend’, ‘stabiel’, ‘verslechterend’, en ‘onbekend’.<sup>67</sup>

Om tot dergelijke oordelen over de parameters te komen is het belangrijk om voor een soort voor de parameters zogenaamde Gunstige Referentie Waarden (**favourable reference value (FRV)**) te ontwikkelen:<sup>68</sup>

- Favourable Reference Range (FRR) (verspreidingsgebied),
- Favourable Reference Population (FRP; Species) (populatie)
- Favourable Reference Area (FRA; Habitats) (leefgebied).

Dit zijn minimumwaarden waaraan voldaan moet worden om vast te kunnen stellen dat sprake is van een GSvI. Wanneer het feitelijke verspreidingsgebied, populatie of leefgebied in negatieve zin afwijkt van deze gunstige referentiewaarden, is er sprake van een ongunstige staat van instandhouding. Omdat het Hof heeft bepaald dat de Habitatrichtlijn moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van het voorzorgbeginsel,<sup>69</sup> zal ook bij het vaststellen van deze waarden het voorzorgbeginsel mede een rol moeten spelen, al kom ik deze notie niet in de diverse rapporten over de uitwerking van het begrip GSvI (bijv. de rapportagerichtsoeren voor habitatrichtlijnsoorten) tegen.

De rapportagerichtsoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) zijn stellig over het belang van deze gunstige referentiewaarden:

“Favourable Reference Values (FRV) are key concepts in the evaluation of Conservation Status. The reporting format requires Member States to identify threshold values for range and area for the habitat types of Annex I and for range and population for the

<sup>65</sup> European Commission, Richtsoeren inzake strikte soortenbescherming, p. 10; Europese Commissie, ‘Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, De stand van de natuur in de Europese Unie Verslag over de staat van en trends voor typen habitats en soorten die onder de habitat- en de vogelrichtlijn vallen, in de periode 2007-2012 zoals vereist krachtens artikel 17 van de habitatrichtlijn en artikel 12 van de vogelrichtlijn’, COM(2015) 219 final, Brussel, 20 mei 2015, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0219>, para. 2.1.

<sup>66</sup> Ibid. Voor meer achtergronden van de methode, zie ook het vorige verslag: European Topic Centre on Biological Diversity voor de Europese Commissie (DG Environment), ‘Article 17 Technical Report (2001-2006)’, [https://forum.eionet.europa.eu/habitat-art17report/library/2001-2006-reporting/papers\\_technical/overview\\_conservation\\_1/download/en/1/i\\_Overview%20of%20conservation%20status\\_version%201.pdf?action=view](https://forum.eionet.europa.eu/habitat-art17report/library/2001-2006-reporting/papers_technical/overview_conservation_1/download/en/1/i_Overview%20of%20conservation%20status_version%201.pdf?action=view), Parijs, 2008.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Evans and Arvela 2011. Zie o.a. ook Bastmeijer en Van Vliet, 2012, p. 7-8.

<sup>69</sup> Zie ook HvJEU, C-418/04 Com – Ierland, 13 december 2007, par. 254, en de Conclusie van AG Kokott in deze zaak d.d. 14 september 2006, par. 177.

species of Annexes II, IV & V in order to evaluate whether the actual range, area, or population are sufficiently large to conclude the parameter is 'favourable' or 'unfavourable', and, if 'unfavourable', whether the status is 'inadequate' or 'bad'. Favourable Reference Values should be based purely on scientific grounds and may have to change between reporting cycles as our understanding of a habitat type or species changes. Where such changes are required this should be explained in the complementary information section of the reporting format (field 2.8)."<sup>70</sup>

De uitwerking van deze gunstige referentiewaarden is soort-specifiek<sup>71</sup> en vraagt vaak veel ecologisch onderzoek. De vierde parameter geeft bovendien aan dat daarbij niet alleen naar het heden maar ook naar de toekomst gekeken moet worden. Dit wordt ook in de richtsnoeren inzake soortenbescherming van de Europese Commissie benadrukt: "It is important to note that the assessment of conservation status not only includes an element of 'diagnosis' based on current conditions, but also an important element of 'prognosis' (foreseeable future) based on influences. Such foreseeable future influences could be specific or general threats, positive or negative, medium- to long-term impacts, etc."<sup>72</sup>

De rapportagerichtsnoeren voor habitatrictlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) erkennen dat de kennis voor lang niet alle soorten aanwezig zal zijn. In die situaties zal uitgegaan moeten worden van expert judgements. Zelfs voor soorten waar wel heel veel onderzoek naar is gedaan bestaat nog veel discussie over de wijze waarop de gunstige referentiewaarden precies moeten worden vastgesteld. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de discussie over de GSvI van carnivoren. Trouwborst stelt: "Nevertheless, the operationalization of FCS continues to be the subject of significant confusion, mainly concerning the proper way to set 'favourable reference values' (FRVs), and particularly how to determine what constitutes a 'favourable reference population' (FRP) in concrete instances for different species."<sup>73</sup> Omdat de Gunstige Referentie Waarden door lidstaten worden vastgesteld lijkt internationale afstemming ten aanzien van de methodiek erg belangrijk.<sup>74</sup> Onderzoek maakt duidelijk dat de benaderingen nu nog sterk verschillend zijn, niet alleen tussen lidstaten maar ook binnen lidstaten waar het gaat om verschillende soortgroepen:

"The results show that the methodologies for assessing conservation status can vary considerably within a Member State depending on the species in question; very specific FRVs may be established for certain species, while only very general FRVs are identified for others (e.g. based on the assumed levels when the Directive entered into force or assessments made by expert opinion). A number of Member States have nevertheless attempted to standardise the methodology in a manner that is consistent across taxonomic groups."<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Evans and Arvela 2011, p. 15.

<sup>71</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 10. Zie ook Trouwborst et al. 2017, p. 45-46.

<sup>72</sup> European Commission Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 10.

<sup>73</sup> Trouwborst et al. 2017, p. 39.

<sup>74</sup> Voor een project om tot deze internationale afstemming te komen, zie:

<http://www.comunitambiente.it/wp/en/projects/defining-and-applying-the-concept-of-favourable-reference-values-for-species-and-habitats-under-the-eu-birds-and-habitats-directives> De status van dit project is mij onbekend.

<sup>75</sup> A.J. McConville and G.M. Tucker, Review of Favourable Conservation Status and Birds Directive Article 2 interpretation within the European Union, Natural England Commissioned Reports, Number 176, 2015, p. 19.

## *Vogels*

De bovenstaande discussie is in sterke mate gebaseerd op de rapportagerichtsnoeren voor de Habitatrictlijnsoorten. Hierboven onder A.1 is aangegeven dat ook voor vogels de GSvI hersteld en behouden moet worden, maar de vraag is of de bovenstaande uitwerking in parameters en Gunstige Referentie Waarden ook op vogels van toepassing is. In 2008 is in EU verband het initiatief genomen om de rapportages onder artikel 12 van de Vogelrichtlijn en artikel 17 van de Habitatrictlijn te stroomlijnen. Op basis van werk van de Expert Group on Reporting under the Nature Directives en de Expert Group on the Birds and the Habitats Directives (ondersteund door de N2K Group, het Europees Milieu Agentschap en het European Topic Centre on Biological Diversity) zijn nieuwe richtsnoeren ontwikkeld voor de rapportage onder artikel 12 van de Vogelrichtlijn voor de periode 2013-2018 (hierna: 'rapportagerichtsnoeren voor vogels').<sup>76</sup> Het systeem is niet identiek aan de hierboven geschetste systeem voor rapportages onder artikel 17 van de Habitatrictlijn, maar er is wel aardig wat herkenning. De richtsnoeren voor vogels vereisen – naast een algemener deel over de implementatie:

“A format for reporting on the size and trend of individual bird species’ populations and distributions, including sections for reporting on the main pressures and threats affecting species for which SPAs have been classified, as well as their coverage by the SPA network and conservation measures taken for them.”<sup>77</sup>

De richtsnoeren voor vogels vereisen dus onder meer rapportage over:

- de omvang en trend van populaties van individuele soorten
- de omvang en trend van het verspreidingsgebied van individuele soorten
- de belangrijkste drukfactoren (rapportageperiode) en bedreigingen (toekomst) voor bijlage I soorten
- de dekking van Vogelrichtlijngebieden voor deze bijlage I soorten en de genomen beschermingsmaatregelen.

Beide groepen soorten (habitatrictlijnsoorten en vogels) kennen dus expliciet hun eigen parameters voor het bepalen van de staat van instandhouding maar is wel veel herkenning. De hierboven voor de habitatrictlijnsoorten genoemde parameters 'populatie' en 'verspreidingsgebied' komen terug,<sup>78</sup> waarbij zowel naar omvang als trend gekeken moet worden. De dekking door Vogelrichtlijngebieden voor wat betreft bijlage I-soorten kent een parallel met de parameter 'leefgebied' en de drukfactoren en vooral de bedreigingen kunnen in de parameter 'toekomstperspectief' worden herkend. Zoals de rapportagerichtsnoeren voor vogels aangeven: “Pressures have acted within the current reporting period and they have an impact on the long-term viability of the species or its habitat(s); threats are future/foreseeable

---

<sup>76</sup> European Commission, 'Reporting under Article 12 of the Birds Directive. Explanatory Notes and Guidelines for the period 2013-2018', final version, Brussels, May 2017, p. 6

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> Dit leek al in 2008 de bedoeling: Zie N2K Group, 'Assessing status and trends of birds in the European Union: Reviewing methods and experience at supranational and national levels, and evaluating their feasibility for use at the EU level', A scoping study for the Expert Group on Reporting under the Nature Directives, Presentation of draft for the meeting 7<sup>th</sup> November 2008: "Data from existing national bird monitoring programmes and atlas projects should satisfy the basic requirements for reporting on "population" and "ranges" in analogy with Article 17 of Habitats Directive (although room and need for refinements)."

impacts (within the next two reporting periods) that are likely to affect the long-term viability of the species and/or its habitat(s) (see Table 3)."<sup>79</sup>

Beide groepen soorten (habitatrichtlijnsoorten en vogels) kennen dus expliciet hun eigen rapportagerichtsnoeren en daarin neergelegde meetcomponenten (parameters). Globaal komen de parameters behoorlijk overeen, al ligt bij met name niet-bijlage I-soorten het accent op populatieomvang en verspreidingsgebied. Vanwege de parallellen wordt hierna niet steeds onderscheid gemaakt tussen beide categorieën soorten ((habitatrichtlijnsoorten en vogels), maar de genoemde verschillen moeten dus wel in het oog worden gehouden.

## ***B.2 Uitwerking GSvI en Gunstige Referentie Waarden in Nederland***

In Nederland is inmiddels wel veel onderzoek uitgevoerd naar de GSvI van soorten op nationaal niveau. Zo zijn in 2014 voor de Nederlandse habitatrichtlijnsoorten gunstige referentiewaarden uitgewerkt voor populatieomvang en verspreidingsgebied (hierna Ottburg et al. 2014).<sup>80</sup> Conform de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) zijn deze waarden zoveel mogelijk op wetenschappelijke gegevens gebaseerd en - wanneer die onvoldoende aanwezig waren - op expert judgements. In het oplegmemorandum van het Ministerie van Economische Zaken wordt in dit verband benadrukt dat het hierbij gaat om in beginsel vaste waarden waar andere niet-ecologische afwegingen geen invloed op uitoefenen:

“Omdat het een ecologische waarde betreft, verandert de FRV in principe niet. Slechts veranderde inzichten in de ecologie van een soort kunnen aanleiding geven tot aanpassing van de FRV. Maatschappelijk, economische of politieke afwegingen behoren in geen geval meegewogen te worden.”<sup>81</sup>

Gezien de verwijzing naar economische en recreatieve belangen in artikel 2 van de Vogelrichtlijn is verdedigbaar dat wel enige ruimte bestaat voor het meewegen van dergelijke belangen bij de bepaling van de na te streven waarden voor deze parameters voor vogels. Dit zal echter afhangen van het ambitieniveau waarop het begrip GSvI wordt uitgewerkt. Wanneer het begrip GSvI conform de Europese rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten ook voor vogels ruim wordt uitgelegd (parameters als waarborgen voor het goed gedijen van een soort en de populaties van de soort; zie hierna bij vraag B.4) kan die ruimte bestaan. Wanneer het begrip in de praktijk op een minimumniveau (parameters als waarborgen voor het voorkomen van uitsterven) wordt uitgelegd, zal geen ruimte bestaan om de daarop gebaseerde waarden nog verder naar beneden aan te passen vanwege economische of recreatieve belangen.

In aanvulling op dit onderzoek zijn diverse andere rapporten beschikbaar waarin uitingen worden gedaan – al of niet op basis van onderzoek – over de GSvI van vaak één

---

<sup>79</sup> European Commission, ‘Reporting under Article 12 of the Birds Directive. Explanatory Notes and Guidelines for the period 2013–2018’, final version, Brussels, May 2017, p. 40.

<sup>80</sup> F.G.W.A. Ottburg en C.A.M. van Swaay (red.), Gunstige referentiewaarden voor populatieomvang en verspreidingsgebied van soorten van bijlage II, IV en V van de Habitatrichtlijn. Wageningen, 2014, Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, WOt-rapport 124, <http://library.wur.nl/WebQuery/wurpubs/fulltext/359115>.

<sup>81</sup> Ministerie EZ, Directeur Natuur en Biodiversiteit, Memo ‘Toelichting bij rapport Gunstige referentiewaarden voor soorten van de Habitatrichtlijn, 9 juni 2015, p. 1.

bepaalde soort.<sup>82</sup> Deze rapporten geven het beeld dat in de praktijk geen eenduidige methode voor het bepalen van de GSvI wordt gehanteerd.

Ook in de Nederlandse jurisprudentie zijn grote verschillen te bespeuren in de aandacht voor de GSvI-voorwaarde en – wanneer deze voorwaarde aandacht krijgt – de mate waarin en wijze waarop dit begrip inhoudelijk wordt uitgewerkt. Zo zijn er veel voorbeelden van uitspraken waarbij weinig aandacht bestaat voor de inhoudelijke betekenis van het begrip GSvI.<sup>83</sup> Er zijn echter ook enkele uitspraken waarbij veel kritischer aan de GSvI-voorwaarde wordt getoetst en waarbij bovendien veel van de hierboven genoemde parameters van het begrip GSvI expliciete aandacht krijgen. Zo besteedt de ABRvS in de kievitseierenzaak van 2015 niet alleen aandacht aan populatiegegevens, maar ook aan de omvang van het verspreidingsgebied en toekomstperspectief:

“Daaruit volgt dat het college ook geen onderzoek heeft gedaan naar de vraag of de kievit op lange termijn nog zal voorkomen in grasland. Gelet op die omstandigheden heeft de rechtbank niet onderkend dat het college onvoldoende heeft onderzocht of het natuurlijke verspreidingsgebied van de kievit niet kleiner wordt of binnen afzienbare tijd lijkt te zullen worden.”<sup>84</sup>

In een recente zaak waarin de toetsing van een ontheffing voor afschot van smienten aan de orde was, wordt ook een relatief kritische toets aan de GSvI-voorwaarde uitgevoerd op basis van SOVON-onderzoek, waarbij een begrip GSvI wordt gehanteerd dat aansluit bij de componenten zoals hier beschreven.<sup>85</sup>

### **B.3 *Moet bij de uitwerking van het begrip GSvI worden uitgegaan van een referentiejaar?***

In de rapportagerichtsoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) wordt aangenomen dat het jaar van inwerkingtreding van de Habitatrichtlijn (voor veel landen 1994) een referentiejaar moet zijn voor het bepalen van Gunstige Referentie Waarden. Voor de gunstige referentie populatie stelt het document: “favourable reference value must be at least the size of the population when the Directive came into force”.<sup>86</sup> Voor het verspreidingsgebied kent het document een zelfde passage: “favourable reference value must be at least the surface area when the Directive came into force.”<sup>87</sup>

Een landen-vergelijkend onderzoek uit 2015, opgesteld voor Natural England, maakt duidelijk dat lidstaten hier verschillend mee zijn omgegaan:

“The overall understanding of what constitutes FCS can be subtly different between the Member States. A general distinction can be made between those Member States which have focussed on ensuring range and population are at least at the level when the

---

<sup>82</sup> Zie bijvoorbeeld, Hans Schekkerman & Kees Koffijberg, ‘Evaluatie van de berekening van ‘toelaatbaar afschot’ in het Faunabeheerplan Smient Zuid-Holland 2014 – 2019’, SOVON, in opdracht van Vogelbescherming Nederland, 12 januari 2016; BIJ12, ‘Bever -Castor ber’, Kennisdocument, Versie 1.0 Juli 2017, <https://www.bij12.nl/assets/BIJ12-2017-001-Kennisdocument-Bever-1.0.pdf>.

<sup>83</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS, 6 december 2017, 201609667/1/R6 (windenergiegebied Hollandse Kust) en Rechtbank Noord-Holland, 15 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7645, para. 9.1.3. (verplaatsing amfibiesoorten).

<sup>84</sup> ABRvS, 4 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:73, r.o. 6.3.

<sup>85</sup> Rechtbank Noord-Holland, 30 november 2017, HAA 17/4616 (ontheffing afschot smienten).

<sup>86</sup> Evans and Arvela 2011, 17.

<sup>87</sup> Idem., 19.



Directive came into force (i.e. the minimum requirement under the European Topic Centre on Biological Diversity guidance (ETC/BD, 2011)) and those which have taken extra steps to ensure the FRV represent a sufficient range and population to ensure long-term survival of the species.”<sup>88</sup>

Tot de eerste groep behoort bijvoorbeeld Ierland; tot de laatste groep bijvoorbeeld Denemarken. Juist omdat in 1994 soorten zijn aangewezen waar het niet goed mee ging mag volgens Denemarken worden aangenomen dat er in dat jaar juist geen sprake was van een GSvI:

“In Denmark, it was assumed that most of the values in 1994 would have been in UFC - as the species were selected on the basis of being threatened - therefore it is rare that the 1994 level is taken to be the FRV. Instead, species experts describe how much further Denmark needs to go to achieve FCS compared to the current status, considering aspects such as short-term trends (2000-2012), MVP (if known) and sufficiency of habitat. Conservation status is considered at the biogeographical zone level.”<sup>89</sup>

In Nederland is gekozen voor een tussenpositie:

“De Habitatrictlijn geeft aan dat de populatiegrootte en de range niet kleiner mogen worden vanaf het moment dat de richtlijn in werking trad. In Nederland was dit 1994. Als de populatiegrootte en de range in 1994 volgens de mening van de expert voldoende groot waren om een duurzaam voortbestaan van de soort in Nederland te waarborgen, dan is de FRV gelijk aan de 1994-waarde.”<sup>90</sup>

Wanneer dit niet het geval was moet de Gunstige Referentie Waarde op andere wijze worden vastgesteld. Wanneer de populatie of het verspreidingsgebied in 1994 te klein was om een GSvI te waarborgen, kan dit dus herstel vereisen. Zo maakt het richtsnoerendocument inzake soortenbescherming van de Europese Commissie duidelijk dat het ten behoeve van de GSvI nodig kan zijn om het verspreidingsgebied van een soort actief te vergroten:

“A natural range can constitute one aspect for the assessment of (un)favourable conditions for a habitat or species. If the natural range is insufficient in size to allow for the long-term existence of that habitat or species, Member States are asked to define a reference value for a range that would allow for favourable conditions and work towards this, for instance by fostering expansion of the current range.”<sup>91</sup>

Overigens lijkt in het oplegmemo bij het Nederlandse rapport van Ottburg et al door het ministerie enige afstand genomen te worden van het belang van 1994 als referentiejaar:

“Een FRV geeft aan binnen welk verspreidingsgebied en in welke aantallen een soort in elk geval moet voorkomen om zonder problemen duurzaam te kunnen voortbestaan. Dit is niet persé gelijk aan het historisch of potentieel voorkomen. Het hoeft immer niet *nodig*

---

<sup>88</sup> A.J. McConville and G.M. Tucker, Review of Favourable Conservation Status and Birds Directive Article 2 interpretation within the European Union, Natural England Commissioned Reports, Number 176, 2015, p. 19.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> Ottburg et al. 2014, p. 11. Zie ook p. 12.

<sup>91</sup> European Commission Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 11.



te zijn dat alles hersteld wordt of dat de hele potentie ingevuld wordt. Het kan zijn dat voor een gunstige staat van instandhouding minder ook al voldoende is, of dat er juist méér nodig zou kunnen zijn. Om die reden is de FRV ook niet gekoppeld aan een vast referentiejaar. Historisch en potentieel voorkomen kunnen wel een indicatie geven van waar kansrijke potenties liggen, of juist de beperkingen, en het kan een indicatie geven over wanneer het nog goed ging en hoeveel blijkbaar (niet) genoeg was.”<sup>92</sup>

Ook op dit punt bestaat dus – ook internationaal gezien – geen volledige duidelijkheid. Gezien het gestelde in de rapportagerichtsnoeren voor habitatrictlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) en het doel van de Habitatrictlijn, lijkt de benadering van Ottburg niet onredelijk.

Hoewel het vaststellen van de GSvI uitsluitend op wetenschappelijke kennis of expert judgement gebaseerd moet zijn, is wel denkbaar dat ecologische veranderingen optreden die kunnen leiden tot aanpassing van de Gunstige Referentie Waarden. Belangrijk is wel dat aanpassingen van die waarden niet mogen voortvloeien uit sociaal-economische belangen. Een voorbeeld van ecologische veranderingen met invloed op het begrip GSvI betreft de uitbreiding van het verspreidingsgebied door (her)kolonisatie van nieuwe gebieden door een soort: De Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming van de Europese Commissie stelt bijvoorbeeld:

“When a species or habitat spreads on its own to a new area/territory or when a species has been re-introduced into its former natural range (in accordance with the rules in Article 22 of the Habitats Directive), this territory has to be considered part of the natural range. Similarly, the restoration/re-creation or management of habitat areas, as well as certain agricultural and forestry practices, can contribute to the expansion of a habitat or a species and hence its range.”<sup>93</sup>

Ook andersom is denkbaar dat een verspreidingsgebied van een soort binnen een lidstaat door ecologische veranderingen kleiner wordt. Overigens mag daaruit niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat in een dergelijk geval geen maatregelen genomen hoeven te worden om de ecologische geschiktheid actief te verhogen. Het in een gunstige staat van instandhouding herstellen en behouden van een soort kan immers actief optreden vereisen (zie de discussie hierna betreffende het niveau waarop de GSvI moet worden hersteld en behouden). Hierbij speelt overigens ook een rol dat vaak niet eenvoudig vast te stellen is of veranderingen van het leefgebied enkel door ecologische processen optreden of (ten dele) door de mens worden beïnvloed.

#### **B.4 Relatie tot de Rode Lijst**

Uit bovenstaande definities en uitwerking blijkt al dat het bij het begrip GSvI om meer gaat dan aantallen van een soort in de EU of het voorkomen van het uitsterven van een soort in de EU. De Guidelines inzake soortenbescherming van de Europese Commissie maakt dit expliciet:

“The fact that a habitat or species is not threatened (i.e. not faced by any direct extinction risk) does not necessarily mean that it has favourable conservation status. The target of

---

<sup>92</sup> Ministerie EZ, Directeur Natuur en Biodiversiteit, Memo ‘Toelichting bij rapport Gunstige referentiewaarden voor soorten van de Habitatrictlijn, 9 juni 2015, p. 2.

<sup>93</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 11.

the Directive is defined in a positive way, as a 'favourable' situation to be reached and maintained, which needs to be defined based on the best available knowledge."<sup>94</sup>

Vergelijkbare woorden zijn te vinden in de richtsnoeren inzake rapportages onder artikel 17 van de Habitatrichtlijn (rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten, ook aangeduid als Evans and Arvela 2011): "The target of the directive is defined in positive terms, oriented towards a favourable situation, which needs to be defined, reached and maintained. It is therefore more than avoiding extinctions."<sup>95</sup> Deze positieve benadering betekent volgens de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) ook dat de criteria voor de twee niveaus ongunstige staat van instandhouding zich niet 1 op 1 verhouden tot de criteria voor de Rode Lijst. Uitgelegd wordt dat het concept 'conservation status' in het kader van de Rode lijst begrepen moet worden "as an assessment of the relative risk of extinction of a habitat type or species".<sup>96</sup> Daarmee geven de diverse categorieën van bedreigd zijn de "distance from extinction" weer, terwijl "the three conservation status categories under the Article 17 report aim at assessing the distance from a defined favourable situation."<sup>97</sup>

De GSvI wordt in de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten (Evans and Arvela 2011) daarom beschreven "as a situation where a habitat type or species is prospering (in both quality and extent/population) and with good prospects to do so in future as well."<sup>98</sup> Hoewel mag worden aangenomen dat een Rode Lijst-soort niet in een GSvI verkeert, kan dus andersom niet worden aangenomen dat een soort wel in een GSvI verkeert wanneer de soort niet op de Rode Lijst staat: "The fact that a habitat or species is not threatened (i.e. not faced by any direct extinction risk) does not mean that it is in favourable conservation status."<sup>99</sup> Overigens blijkt uit onderzoek dat wanneer de categorieën uit beide systemen (SvI en Rode Lijst) wel met elkaar worden vergeleken, de correlatie tussen de beoordelingen in veel landen onverwacht laag is: Moser et al. "found that discrepancies in species' conservation status assessments of Red Lists and the HD [Habitats Directive] are substantial and that correlations differ widely between different EU Member States, with the national assessments of several European countries showing no relationship at all."<sup>100</sup> De onderzoekers stellen vast dat de nationale beoordelingen en de beoordeling EU-breed in het kader van de Habitatrichtlijn positiever zijn dan de Rode Lijst-beoordelingen, waarbij de vraag opkomt of politieke invloeden hier een rol spelen. Mij is onbekend of dit gebrek aan verband ook geldt voor de Nederlandse beoordelingen onder de Habitatrichtlijn en de Rode Lijst. In ieder geval betekent dit dat bij bijvoorbeeld ontheffingsverlening het belangrijk is om naast een beoordeling volgens de systematiek van de Habitatrichtlijn (zie hieronder) ook de Rode Lijst in de gaten te blijven houden.

---

<sup>94</sup> Idem., p. 9.

<sup>95</sup> Evans and Arvela 2011, p. 8.

<sup>96</sup> Idem., p. 9.

<sup>97</sup> Idem. Zie ook D. Moser, T. Ellmauer, D. Evans, K.P. Zulka, M. Adam, S. Dullinger, F. Ess, 'Weak agreement between the species conservation status assessments of the European Habitats Directive and Red Lists', *Biological Conservation* 198 (2016), p. 5.

<sup>98</sup> Evans and Arvela 2011, p. 8.

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> Moser et al., p. 7. Zie ook Trouwborst et al. 2017.

### **C. Niveau waarop GSvI moet worden gerealiseerd:**

Op welk niveau (of niveaus) dient de gunstige staat van instandhouding beoordeeld te worden?

1. EU-niveau?
2. Landelijk niveau?
3. Meerdere niveaus, bijvoorbeeld gebaseerd op het bestaan van meerdere populatieniveaus?
4. Provinciaal niveau?

#### ***C.1 GSvI op het Europees grondgebied vereist inzet op diverse schaalniveaus***

Onder de terminologie ‘staat van instandhouding van een soort’ wordt volgens de Habitatrictlijn verstaan: “het effect van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het in artikel 2 bedoelde grondgebied.”<sup>101</sup> Het ‘in artikel 2 bedoelde grondgebied’ betreft het Europese grondgebied van de lidstaten. Dit vormt een argument voor de stelling dat het uiteindelijke doel is om alle habitats en soorten van communautair belang in de Europese Unie in een gunstige staat van instandhouding te brengen en te houden. Het belang van behoud en herstel van habitats en soorten op dit niveau is door het Hof met name benadrukt in de jurisprudentie over de selectie en aanwijzing van gebieden. Zo bepaalde het Hof al in de First Corporate Shipping-zaak uit 2000:

“Blijkens artikel 1, sub e en i, van de habitatrictlijn, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 1, van deze richtlijn, moet bij de beoordeling van de gunstige staat van instandhouding van een natuurlijke habitat of van een soort het hele Europese grondgebied van de lidstaten waar de richtlijn van toepassing is in aanmerking worden genomen. Aangezien een lidstaat bij het opstellen van de nationale lijst van gebieden niet nauwkeurig en uitvoerig op de hoogte is van de situatie van de habitats in de andere lidstaten, kan hij niet op eigen gezag, zelfs niet op grond van vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied of in verband met regionale of lokale bijzonderheden, gebieden uitsluiten die op nationaal niveau van relevant ecologisch belang zijn ter verwezenlijking van de instandhouding, zonder de bereiking van dit doel op communautair niveau in gevaar te brengen.”<sup>102</sup>

Recent heeft het Hof dit oordeel (conform de Conclusie van Kokott)<sup>103</sup> herhaald in de Leenheerenpolderzaak,<sup>104</sup> wederom in relatie tot de rol van de Commissie ten aanzien van de selectie van gebieden van communautair belang en uiteindelijk de totstandbrenging van het Natura 2000-netwerk op EU-niveau.

Deze nadruk op het belang van Natura 2000 en Natura 2000-gebieden voor de instandhouding van habitats en soorten op het niveau van de EU past ook bij de definitie van het

---

<sup>101</sup> Art. 1, onder i) Hrl.

<sup>102</sup> HvJEU, C-371/98, 7 november 2000, (First Corporate Shipping), par. 23).

<sup>103</sup> Conclusie van AG Kokott, (Leenheerenpolder), par. 59

<sup>104</sup> HvJEU, C-281/16, 19 oktober 2017 (Leenheerenpolder), par. 32.

begrip 'gebied van communautair belang',<sup>105</sup> het bepaalde in artikel 4(4) van de Habitatrichtlijn, alsmede bij de meer algemene bepalingen in de Habitatrichtlijn ten aanzien van het belang van de richtlijn voor biodiversiteitsbehoud in de EU. Zo bepaalt artikel 2, eerste lid: "Deze richtlijn heeft tot doel bij te dragen tot het waarborgen van de biologische diversiteit door het instandhouden van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied van de Lid-Staten waarop het Verdrag van toepassing is."<sup>106</sup>

Tegen de achtergrond van het voorgaande is het niet verwonderlijk dat in de literatuur wel is verdedigd dat GSvI op netwerkniveau moet worden bereikt.<sup>107</sup> Benadrukt moet echter worden dat dit streven naar het herstel en behoud van habitats en soorten op EU-niveau inzet op diverse schaalniveaus vereist. Zoals de definitie van een GSvI en de hierboven besproken componenten (parameters) van deze definitie aangeven, gaat het er om te waarborgen dat populaties van een soort op lange termijn als levensvatbare component van hun (voldoende grote) habitats in hun natuurlijk verspreidingsgebied zullen kunnen voortbestaan. Dit verklaart waarschijnlijk ook waarom er op deze diverse schaalniveaus juridische verplichtingen gelden (bijv. aanwijzing van gebieden, bescherming van voortplantingsplaatsen, e.d.) en wellicht ook waarom in de rechtspraak en breder het begrip GSvI regelmatig op diverse schaalniveaus wordt betrokken. Dit roept de vraag op of het herstellen en behouden van soorten in een GSvI wellicht op meerdere niveaus vereist is.

## C.2 GSvI op nationaal niveau van de lidstaat

Het Hof beoordeelt geschillen over de implementatie van de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn voorsnog overwegend "tegen de achtergrond van de inspanningen op lidstaatniveau", waarbij weinig ruimte geboden lijkt te worden "voor het verwijzen naar natuurwaarden buiten de landsgrenzen."<sup>108</sup> In de Finse wolvenzaak uit 2007 toetst het Hof een uitzondering op soortenbescherming (jacht op wolven) expliciet aan een GSvI op lidstaatniveau:

"Hieruit blijkt dat, gelet op het criterium van artikel 1, sub i, eerste streepje, van de habitatrichtlijn, de wolf aan het einde van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn in Finland niet in een gunstige staat van instandhouding verkeerde."<sup>109</sup>

Dit is opvallend omdat juist bij carnivoren het ecologisch voor de hand zou liggen om de GSvI op lidstaat-overstijgend niveau te bepalen.<sup>110</sup> Trouwborst et al leggen echter uit dat bij het ontbreken

---

<sup>105</sup> Art. 1, onder k) Hrl: "gebied van communautair belang: een gebied dat er in de biogeografische regio of regio's waartoe het behoort, significant toe bijdraagt een type natuurlijke habitat van bijlage I of een soort van bijlage II in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen en ook significant kan bijdragen tot de coherentie van het in artikel 3 bedoelde Natura 2000-netwerk, en/of significant bijdraagt tot de instandhouding van de biologische diversiteit in de betrokken biogeografische regio of regio's."

<sup>106</sup> Art. 2(1) Hrl. Zie ook Conclusie van AG Sharpston in Zaak C-258/11, 22 november 2012, (Sweetman), par. 37 e.v.

<sup>107</sup> Zie Backes en Van Veen et al. 2011, paragraaf 2.1.1.

<sup>108</sup> Bastmeijer en Van Vliet 2012, p. 9-13. Zie ook Trouwborst et al. 2017.

<sup>109</sup> HvJEU, C-342/05, 14 juni 2007 (Finse wolvenjacht), par. 27.

<sup>110</sup> Zie onder meer J. Linnell V. Salvatori en L. Boitani, /Large Carnivore Initiative for Europe, 'Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores', Report prepared for the European Commission, Rome, 1 juli 2008,

van internationale afspraken (bijv. in de vorm van een internationaal managementplan) het logisch is om de GSvI op lidstaatsniveau te laten vaststellen en bereiken.<sup>111</sup> Ook hier is een ratio dat bij een andere uitleg lidstaten zich achter elkaar zouden kunnen gaan verschuilen. Trouwborst stelt: "This has a lot to do with the obvious need to keep states from hiding behind the performance of others, for instance by using an abundance or positive trend of a species abroad as an incentive to tone down its own ambitions and efforts to conserve the species within its own territory (Shine 2005)." Evenals Bastmeijer en Van Vliet verwijzen Trouwborst et al in dit verband naar de uitspraak van het Hof in zaak C-418/04.<sup>112</sup> In deze zaak accepteerde het Hof niet dat een lidstaat in het kader van de aanwijzing van Vogelrichtlijngebieden verwees naar de grotere geschiktheid van gebieden buiten de landsgrenzen.<sup>113</sup>

Ook de rapportageverplichtingen liggen op het niveau van de lidstaat, al wordt een optelsom gemaakt naar het grensoverschrijdende niveau: "Favourable Conservation Status is assessed across all national territory (or by biogeographical or marine region within a country where 2 or more regions are present) and should consider the habitat or species both within the Natura 2000 network and in the wider countryside or sea."<sup>114</sup> Zoals hierboven onder b) werd besproken zijn en worden daarom ook op lidstaatsniveau Gunstige Referentie Waarden ontwikkeld ten behoeve van het bepalen van de GSvI op lidstaatsniveau. Hoewel de genoemde optelsom naar het EU-niveau belangrijk blijft om ook de GSvI op dat niveau te realiseren en te behouden (zie het gestelde onder a)), lenen de parameters voor een GSvI zich dus voor het lidstaatsniveau.

Ook in de nationale jurisprudentie is regelmatig expliciet uitgesproken dat de GSvI op het niveau van de lidstaat moet worden hersteld en behouden (en dus ook op dat niveau moet worden beoordeeld),<sup>115</sup> al zijn er ook uitspraken waarbij uitgegaan wordt van de verplichting om de GSvI te beoordelen op het niveau van de provinciale populatie.<sup>116</sup>

---

[http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/pdf/guidelines\\_for\\_population\\_level\\_management.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/pdf/guidelines_for_population_level_management.pdf), Epstein et al. 2016 en Trouwborst et al. 2017.

<sup>111</sup> Trouwborst et al. 2017

<sup>112</sup> Idem., p. 49.

<sup>113</sup> HvJEG, Commissie tegen Ierland, zaak C-418/04, r.o. 61: "Indien iedere lidstaat zich immers kon onttrekken aan de verplichting, SBZ's aan te wijzen ter bescherming van in bijlage I vermelde soorten die op zijn grondgebied voorkomen, op grond dat er in andere lidstaten zeer veel andere gebieden bestaan die veel geschikter zijn voor de instandhouding van die soorten, zou het door artikel 4, lid 3, van de Vogelrichtlijn beoogde doel, een samenhangend geheel van SBZ's te vormen, onbereikbaar dreigen te worden."

<sup>114</sup> Evans and Arvela 2011, p.8.

<sup>115</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland (voorzieningenrechter), 30 november 2017, HAA 17/4616 (onthefing afschot smienten), para. 5.3: "De voorzieningenrechter is eerst, onder verwijzing naar de door verzoekster aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 13 juni 2013, van oordeel dat artikel 3.3, vierde lid, onder c, van de Wnb niet ziet op de staat van instandhouding van de desbetreffende soort in Europa, maar op de staat van instandhouding van de desbetreffende soort binnen Nederland. Derhalve dient te worden vastgesteld dat de verleende ontheffing niet leidt tot verslechtering van de staat van instandhouding van de smienten binnen Nederland." Zie ook Rechtbank Noord-Holland, 21 december 2017 (verzoek voorlopige voorziening: schorsing ontheffing voor afschot smienten), zaaknummers: SGR 17/8214 en 17/8322, r.o. 7.5.

<sup>116</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS, 01 maart 2012, 201104238/1/A3, (onthefing voor rapen kievitseieren), par. 2.5.1 (zie hierna).

### C.3 *Hantering GSvI op het niveau van deelpopulaties en lokale populaties?*

De bovenstaande discussie laat zien dat er diverse redenen schuil gaan achter het vereisen van een GSvI op lidstaatniveau. Het gaat daarbij om met elkaar samenhangende redenen met een gemengd pragmatisch, juridisch en ecologisch karakter:

- De uitwerking van het begrip GSvI in vier parameters maakt het mogelijk om het begrip op diverse geografische schaalniveaus uit te werken;
- vanuit een juridisch-pragmatisch perspectief betreft het een niveau waarop het invullen van verplichtingen goed kan plaatsvinden (bijv. het juridisch kunnen binden van overheden van lidstaten);
- voorkomen wordt dat lidstaten zich achter elkaars (mogelijke) inspanningen gaan verschuilen.

Interessant is dat deze argumenten ook van toepassing kunnen zijn op lagere geografische schaalniveaus. Ook wanneer wordt uitgegaan van het moeten bereiken van een GSvI op lidstaatniveau (en uiteindelijk EU-niveau) is het realiseren van dit doel immers afhankelijk van bescherming en veelal ook herstel op lagere niveaus.

Dit raakt ook direct aan de parameters van een GSvI: “Wil er voldaan worden aan het criterium dat het natuurlijke verspreidingsgebied van de soort niet kleiner wordt, dan zullen de lokale populaties binnen dat verspreidingsgebied duurzaam moeten kunnen voortbestaan.”<sup>117</sup> Bastmeijer en Van Vliet geven in dit verband ook aan dat in artikel 16, lid 1, het begrip gunstige staat wordt verbonden met populaties (meervoud) van een soort: “Wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en op voorwaarde dat de afwijking geen afbreuk doet aan het streven *de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied* in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan, mogen de Lid-Staten afwijken van het bepaalde in de artikelen 12, 13, 14 en 15, letters a) en b)” (markering auteur). Onduidelijk is op welk niveau dit begrip ‘populatie’ moet worden betrokken. In de ‘Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores’ door Linnell et al wordt uitgelegd dat het begrip populatie vaag is maar dat het begrip beschouwd zou kunnen worden als een “multi-level structured concept”.<sup>118</sup> De auteurs geven aan dat onderscheid gemaakt kan worden tussen diverse populatieniveaus:<sup>119</sup>

- Metapopulaties: “the large scale phenomena that embrace the distribution of individuals with a broadly similar genetic structure”;
- Deelpopulaties: “consist of individuals within a reasonably continuous distribution that interact with much greater frequency such that the demography of the group is mainly influenced by birth and death rates rather than by the immigration of animals from outside (from neighbouring subpopulations within the metapopulation).”
- Populatie segmenten: “fine scale spatial structuring that results in individuals being clustered into non-uniform clusters.”
- Individuele dieren (incidenteel voorkomend, zwervend): “there may be some individuals or very small groups of animals that occur outside the distribution of any subpopulation.

---

<sup>117</sup> Bastmeijer en Van Vliet 2012.

<sup>118</sup> Linnell et al 2008, p. 8.

<sup>119</sup> Idem., p. 7-8. De auteurs leggen uit dat dit onderscheid gemaakt is vanuit de ecologie van carnivoren, maar vermoedelijk is dit onderscheid ook relevant voor andere zoogdieren en mogelijk ook andere dieren.

If they are mobile, and do not occupy a discrete and predictable area, and do not reproduce, these individuals are termed “vagrants”. If they are stable and occupy a predictable location over several years they can be called an “occurrence”. Typically reproduction will only be sporadically documented in an occurrence.”<sup>120</sup>

In het licht van de bovenstaande discussie, de betekenis van het begrip GSvI en inzichten in het begrip populatie als “multi-level structured concept” is er veel voor te zeggen dat het begrip GSvI op diverse populatieniveaus en daarmee diverse geografische schaalniveaus moet worden uitgewerkt en toegepast. Daarbij krijgt het begrip GSvI dan vooral de betekenis van het waarborgen dat (deel)populaties duurzaam kunnen voortbestaan om zo bij te dragen aan het bereiken van de GSvI op landelijk en uiteindelijk EU-niveau. Ook de parameters voor een GSvI lijken geschikt te zijn om op diverse schaalniveaus uitgewerkt te worden. Het bereiken van een GSvI hoeft daarmee dus niet persé gericht te zijn op één geografisch schaalniveau.

Vooraf in het kader van het toelaten van uitzonderingen op verbodsbepalingen in het kader van het soortenbeschermingsrecht zijn er m.i. overtuigende argumenten voor het oordeel dat een GSvI in deze zin ook moet worden gewaarborgd op (deel)populatieniveau. Dit komt onder meer tot uiting in de Richtsnoeren voor strikte soortenbescherming van de Europese Commissie:

“it is generally the rule that no derogation can be granted if it has a detrimental effect on the conservation status or the attainment of favourable conservation status for a species at all levels. In other words, if a derogation is likely to have a significantly negative effect on the population concerned (or the prospects of this population) or at biogeographical level within a Member State, the competent authority should not allow it. The net result of a derogation should be neutral or positive for a species.”<sup>121</sup>

Voor het standpunt dat bij het toelaten van uitzonderingen op verbodsbepalingen in het kader van het soortenbeschermingsrecht reden is om te spreken van een GSvI op (deel)populatieniveau zijn ook aanknopingspunten te vinden in de literatuur en jurisprudentie. Zo benadrukken Epstein et al.:

“Importantly, the 2009 hamster (*Cricetus cricetus*) case (ECJ 2011) indicates that the ECJ would favor a narrow interpretation of what constitutes a population: the court considered there were multiple populations of hamsters within Alsace (France), rather

---

<sup>120</sup> De auteurs geven op p. 7 ook aan dat grenzen tussen populaties soms moeilijk te bepalen zijn en dat soms pragmatische argumenten mee kunnen spelen bij het bepalen van de diverse deelpopulaties: “Deciding where geographic borders should be drawn between different subpopulations will in practice be best done using data on animal distribution combined with knowledge about the potential quality of habitat, the existence of barriers, and the dispersal ability of the species. As distributions change over time these boundaries are likely to be dynamic. This dynamism, combined with our imperfect information concerning species distribution will sometimes require that boundaries are drawn using subjective, though pragmatic, criteria. In such cases geographical knowledge of habitat configuration may serve as the best surrogate. If two different areas are very large, have very different ecologies (different habitat or climate) or have very different management regimes, conflict levels, or conservation statuses, it may also be most pragmatic in some situations to distinguish them as distinct populations.”

<sup>121</sup> European Commission Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, paragraaf 51, p. 62.

than treating the French hamsters as one small part of a very large population that extends till Hungary (Weinhold 2008)."<sup>122</sup>

#### C.4 *GSvI op provincieniveau?*

Uitgaande van een verplichting tot het realiseren en behouden van een GSvI op nationaal niveau vereist een goede implementatie van artikel 1.12, eerste lid, van de Wet natuurbescherming dat provincies door goede onderlinge afstemming en afstemming met het Rijk helderheid krijgen over de inhoud van een GSvI op landelijk niveau voor alle relevante soorten en over een ieders minimaal vereiste bijdrage aan het bereiken van die GSvI. Daartoe zal ook een beeld moeten worden verkregen van de belangrijkste (deel)populaties en dit is evenzeer van belang voor een goede uitvoering van het passieve soortenbeschermingsrecht. Voor het toetsen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening ligt het voor de hand dat iedere provincie invulling geeft aan het begrip GSvI op het niveau/de niveaus van (deel)populaties in de betekenis van (deel)populaties die een duurzame bijdrage leveren aan het bereiken en herstellen van de GSvI op landelijk niveau. Voor provinciegrensoverschrijdende (deel)populaties vereist dit ook samenwerking tussen provincies.

Vooraf wanneer een dergelijke samenwerking en afstemming niet tot stand komt kan het voor een provincie ook verstandig zijn om te bezien of het begrip GSvI ook op provinciaal niveau uitgewerkt kan worden. Hiervoor kunnen de volgende argumenten bestaan, voor een deel vergelijkbaar met de argumenten voor het aannemen van deze verplichting op lidstaatniveau:

- De uitwerking van het begrip GSvI in vier parameters maakt het mogelijk om het begrip op diverse geografische schaalniveaus uit te werken. Of dit ook mogelijk is op provinciaal niveau vraagt verdere ecologische expertise;
- Na de decentralisatie van natuurbeleid in Nederland liggen veel juridische instrumenten om een GSvI te realiseren op het niveau van de provincies;
- voorkomen moet worden dat provincies zich achter elkaars (mogelijke) inspanningen gaan verschuilen;
- en tenslotte, vooral vanuit praktisch oogpunt van belang: wanneer een sterke regie op rijks- of interprovinciaal niveau ten aanzien van de inzet van provincies ten behoeve van het realiseren van een GSvI op nationaal niveau ontbreekt, bestaat er een groot risico dat discussies over bijvoorbeeld het wel of niet kunnen verlenen van ontheffingen vastlopen wanneer dit begrip niet ook een invulling op provinciaal niveau heeft gekregen.

In de Nederlandse jurisprudentie bestaan er overigens voorbeelden van toetsing aan invulling van het begrip GSvI op provincieniveau, al zijn deze benaderingen niet gedegen onderbouwd. In één van de zaken betreffende het kievitseieren zoeken in Friesland stelt de ABRvS bijvoorbeeld:

“2.5.1. [...] De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat, gelet op die definitie, niet iedere afname van de kievitenpopulatie tot de conclusie leidt dat de staat van instandhouding van de soort niet gunstig is. Voorts heeft zij terecht overwogen dat een ontheffing voor het rapen van kievitseieren in Friesland in geding is en daarom bij de beoordeling of de staat van instandhouding van de kievit al dan niet gunstig is naar de

---

<sup>122</sup> Epstein et al. 2016, p. 83.



Friese kievitenpopulatie moet worden gekeken, omdat die broedpopulatie door het gebruik van de ontheffing direct wordt beïnvloed.”<sup>123</sup>

#### **D. Beoordeling van effect op GSvI bij ontheffingsverlening onder de Wnb**

Op welke wijze dient een eventuele aantasting van de GSvI beoordeeld te worden in het kader van ontheffingsverlening onder de Wet natuurbescherming?

1. Bij wie ligt de bewijslast dat een ontheffing kan worden verleend in het licht van de staat van instandhouding van de betreffende soort? Kan iets worden gezegd over de zwaarte van deze bewijslast?
2. Is de vraag of een soort zich in een GSvI verkeert in algemene zin relevant voor de uitleg van verbodsbepalingen?
3. Hoe moet worden omgegaan met gaten in kennis? (relevantie van het voorzorgbeginsel)
4. Onder welke voorwaarden kan bij een ongunstige SvI toch ontheffing worden verleend?
5. Kan het ORNIS-criterium worden gebruikt om invulling te geven aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening? Zo ja, kan dit criterium voor alle beschermde soorten worden gebruikt en dienen cumulatieve effecten van andere activiteiten bij de invulling van het ORNIS-criterium te worden betrokken?
6. Bestaat er voor provincies bij de toets aan de GSvI-voorwaarde een verplichting tot onderlinge afstemming?

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

De opzet van de wetgeving maakt helder dat voor beschermde soorten bepaalde verboden gelden en dat een lidstaat daarop onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen kan toelaten. Daarmee ligt de bewijslast dat aan deze voorwaarden is voldaan vanuit Europeesrechtelijk perspectief bij de lidstaat. Dit geldt dus ook voor de voorwaarde dat met een ontheffing “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.” Overigens wordt in ons nationale stelsel van ontheffingsprocedures vervolgens de bewijslast bij initiatiefnemers (ontheffingsaanvragers) gelegd. Daar is niets op tegen, maar bij de toetsing van een besluit zal het bevoegd gezag moeten aantonen dat aan de GSvI-voorwaarde is voldaan. Belangrijker is de vraag hoe zwaar die bewijslast moet worden gevoeld. In dit verband is van belang dat het Hof van Justitie in de jurisprudentie betreffende het Europees natuurbeschermingsrecht heeft benadrukt dat bij de uitleg van de verbodsbepalingen en het toelaten van uitzonderingen daarop een strikte en restrictieve uitleg moet worden gehanteerd. Zo stelt het Hof in zaak C-508/04, Com-Oostenrijk, van 10 mei 2007:

<sup>123</sup> ABRvS, 01 maart 2012, 201104238/1/A3, (ontheffing voor rapen kievitseieren), par. 2.5.1.

“Voorts is artikel 16 van de richtlijn, dat nauwkeurig de criteria definieert op basis waarvan de lidstaten mogen afwijken van de in de artikelen 12 tot en met 15 van deze richtlijn gestelde verboden, een uitzonderingsbepaling in het door de richtlijn opgezette beschermingsstelsel. Bijgevolg moet dit artikel restrictief worden uitgelegd (zie arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, punt 111).”<sup>124</sup>

Gezien de redenering van het Hof en de relatie die vaak wordt gelegd met het grote belang van de bescherming van natuur als Europees erfgoed, moet dit vereiste van een restrictieve uitleg zowel relevant worden geacht bij de omzetting van de betreffende bepalingen in het nationale recht als bij de toepassing van de het recht, bijvoorbeeld bij het al dan niet toelaten van uitzonderingen op bescherming door ontheffingsverlening.

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

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is het in beginsel gewenst om de verbodsbepalingen en bepalingen inzake het toelaten van uitzonderingen een eenduidige, voor alle situaties identieke betekenis te laten hebben. Dit vormt echter meer een uitgangspunt dan een harde regel omdat de doelstellingen van wetgeving het wenselijk kunnen maken om bij de uitleg van de bepalingen rekening te houden met de doelstellingen en de concrete situatie. Volgens AG Kokott moet dit onder meer betekenen dat bij de uitleg van verbodsbepalingen rekening wordt gehouden met de staat van instandhouding van een soort. In de zaak over de Franse hamster stelt Kokott:

“De vereiste inhoud van de beschermingsmaatregelen is daarenboven in belangrijke mate afhankelijk van de staat van instandhouding van de te beschermen soort. Wanneer de soort zich in een goede staat van instandhouding bevindt, kan het voldoende zijn om de in artikel 12, lid 1, van de habitatrichtlijn genoemde verboden abstract vast te stellen en toezicht te houden op de soort. Bij een ongunstige staat van instandhouding ontstaan echter verdergaande verplichtingen voor de lidstaten, aangezien het beschermingssysteem aan het herstel van de gunstige staat van instandhouding moet bijdragen. De bescherming van de voortplantings- en rustplaatsen van een soort met een zeer ongunstige staat van instandhouding – zoals in het geval van de hamster in de Elzas – vereist derhalve een ruime afbakening, om te verhinderen dat de soort verdwijnt en aldus de functie van de plaatsen verloren gaat. De beschermingsmaatregelen moeten zo veel mogelijk specifiek op de omstandigheden worden afgestemd die de ongunstige staat van instandhouding hebben veroorzaakt.”<sup>125</sup>

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

De uitleg van de Habitatrichtlijn moet geschieden in het licht van het voorzorgbeginsel. Zie HvJEU, C-127/02, Waddenzee en Vogelbescherming, 7 september 2004, par. 44:

---

<sup>124</sup> Zzie onder meer HvJEU, zaak C-6/04, Com – VK, 20 oktober 2005, para. 111: “Dienaangaande moet worden vastgesteld dat artikel 16 van de habitatrichtlijn nauwkeurig de voorwaarden omschrijft waaronder de lidstaten mogen afwijken van de artikelen 12 tot en met 15, sub a en b, daarvan, zodat artikel 16 restrictief moet worden uitgelegd.”

<sup>125</sup> Conclusie AG Kokott, Zaak C-383/09, 20 januari 2011 (Franse hamster), paragraaf 37.

“In het bijzonder gelet op het voorzorgsbeginsel, een van de grondslagen van het beleid van de Gemeenschap, op milieugebied een hoog beschermingsniveau na te streven overeenkomstig artikel 174, lid 2, EG, tegen de achtergrond van welk beginsel de habitatrichtlijn moet worden uitgelegd, [...]”<sup>126</sup>

Bij de toetsing van de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening kan het voorzorgsbeginsel om meerdere redenen relevant zijn. Zo kunnen gaten in kennis betrekking hebben op uiteenlopende aspecten die relevant zijn voor de beoordeling van een aanvraag. Te denken valt aan gaten in kennis (of een combinatie daarvan) ten aanzien van:

- de bestaande staat van instandhouding van een populatie en soort;
- de mogelijke effecten van een voorgenomen activiteit voor de populatie en soort;
- de effectiviteit van mitigatie- en/of compensatiemaatregelen;
- e.d.

De toepassing van bovenstaande lijnen (restrictieve uitleg, extra strenge uitleg bij ongunstige SvI en voorzorgsbeginsel) in de praktijk van het beoordelen van ontheffingaanvragen vraagt om maatwerk in concrete situaties. In algemene zin kan gesteld worden dat met name de combinatie van deze lijnen betekent dat een ontheffing geweigerd moet worden wanneer redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de vraag of met ontheffingsverlening “geen afbreuk [wordt] gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”<sup>127</sup> Deze twijfel kan bijvoorbeeld bestaan bij bovenstaande gaten in kennis, en vooral bij een combinatie van dergelijke onzekerheden (bijv. onzekerheid over de huidige staat van instandhouding en onzekerheid over de omvang van de negatieve gevolgen van een activiteit). Zoals hierboven besproken speelt hierbij ook een rol dat de bewijslast aan de zijde van de overheid of initiatiefnemer ligt. Een overweging dat een ontheffing niet geweigerd mag of hoeft te worden omdat nadelige gevolgen van een activiteit voor een populatie onvoldoende zijn aangetoond doet derhalve geen recht aan de hierboven besproken lijnen in de Europese jurisprudentie.

Ook op dit punt is de rechtspraak in Nederland een tikje wispelturig. Regelmatig wordt er nauwelijks kritisch aan de GSvI-voorwaarde getoetst. Zo overweegt de Rechtbank Noord-Holland in een uitspraak van 15 september 2017: “[...] Er is naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verhandeld, geen concrete aanleiding aan te nemen dat een kritische grens bereikt is of zal worden bereikt waarmee de populaties van deze dieren in gevaar komen.”<sup>128</sup> Er zijn echter ook uitspraken waarin wel kritisch wordt getoetst en de bewijslast conform het hierboven besprokene expliciet bij het bevoegd gezag wordt gelegd: Zo wordt in een uitspraak van de ABRvS d.d. 4 januari gesteld: “Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is de Afdeling van oordeel dat het college onvoldoende heeft onderzocht of de staat van instandhouding van de kievit in Friesland gunstig is en derhalve een ontheffing kon worden verleend van het verbod kievitseieren te rapen.”<sup>129</sup> Verwezen kan ook worden naar de zeer recente voorzittersuitspraak van de Rechtbank Noord-Holland d.d. 21 december 2017: “Nu ten gevolge van het primaire besluit, waarmee afschot wordt toegestaan,

---

<sup>126</sup> Zie ook HvJEU, C-418/04 Com – Ierland, 13 december 2007, par. 254, en de Conclusie van AG Kokott in deze zaak d.d. 14 september 2006, par. 177.

<sup>127</sup> Zie in dit verband ook de European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, paragraaf 51, p. 62.

<sup>128</sup> Rechtbank Noord-Holland, 15 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7645, para. 9.1.3.

<sup>129</sup> ABRvS, 4 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:73, r.o. 7.

niet kan worden uitgesloten dat de omvang van de populatie smienten in Nederland negatief wordt beïnvloed, staat onvoldoende vast dat zich geen verslechtering van de staat van instandhouding van de smient als bedoeld in artikel 3.3, vierde lid, aanhef en onder c, van de Wnb zal voordoen.”<sup>130</sup>

#### ***D.4 Onder welke voorwaarden kan bij een ongunstige SvI toch ontheffing worden verleend?***

De Europese Commissie geeft in de Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming aan dat de richtlijnen niets zeggen over de vraag of een uitzondering op de verbodsbepalingen kan worden toegelaten wanneer een soort een ongunstige SvI heeft, maar dat dit mogelijk geacht moet worden onder de voorwaarde dat “reaching the overall objective of favourable conservation status” “is not compromised in any way.”<sup>131</sup> Enkele maanden later bevestigt het Hof van Justitie deze lijn. Allereerst formuleert het Hof als hoofdregel dat het bestaan van een GSvI een voorwaarde is voor het kunnen toelaten van afwijkingen van de verbodsbepalingen:

“28. Volgens artikel 16, lid 1, van de richtlijn is de gunstige staat van instandhouding van de populaties van de betrokken soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied evenwel een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde voor de toekenning van de afwijkingen waarin het voorziet (zie arrest van 10 mei 2007, Commissie/Oostenrijk, C-508/04, Jurispr. blz. I-3787, punt 115).”<sup>132</sup>

Vervolgens erkent het Hof echter de mogelijkheid om van deze hoofdregel af te wijken maar onder strikte voorwaarden:

“29 De toekenning van dergelijke afwijkingen is evenwel bij wijze van uitzondering mogelijk wanneer naar behoren is vastgesteld dat zij 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. Zoals de Commissie met name in de punten 47 tot en met 51 van afdeling III van haar richtsnoeren inzake de strikte bescherming van diersoorten van communautair belang in de zin van de habitatrichtlijn (Guidance document on the strict protection of animal species of community interest provided by the „Habitats“ Directive 92/43/EEC, definitieve versie, februari 2007) heeft overwogen, kan immers niet worden uitgesloten dat het doden van een beperkt aantal dieren geen invloed heeft op het doel van artikel 16, lid 1, van de habitatrichtlijn, de wolvenpopulatie in haar natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. Een dergelijke afwijking zou derhalve neutraal zijn voor de betrokken soort.

30 Uit twee door de Commissie aan het Hof overgelegde besluiten van de Finse autoriteiten tot verlening van vergunningen voor het jagen op wolven, genomen voordat de Commissie de aanmaningsbrief tot de Republiek Finland had gericht, blijkt dat deze autoriteiten in beide gevallen de jacht op een bepaald aantal wolven in een welafgebakende geografische zone hebben toegestaan, zonder zich evenwel te baseren op een evaluatie van de staat van instandhouding van de soort, zonder een nauwkeurige en

---

<sup>130</sup> Rechtbank Noord-Holland, 21 december 2017 (verzoek voorlopige voorziening: schorsing ontheffing voor afschot smienten), zaaknummers: SGR 17/8214 en 17/8322, r.o. 7.5.

<sup>131</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 61-62.

<sup>132</sup> HvJEU, C-342/05, 14 juni 2007 (Finse wolvenjacht), par. 29-32.

treffende motivering te geven voor de veronderstelling dat er geen andere bevredigende oplossing was, en zonder de wolven die ernstige schade veroorzaakten en konden worden gedood, nauwkeurig aan te wijzen.

31 Dergelijke besluiten, die niet gebaseerd zijn op een evaluatie van de gevolgen die het doden van de wolven waarvoor zij toestemming verlenen heeft voor het behoud van de gunstige staat van instandhouding van de populatie van deze soort in haar natuurlijke verspreidingsgebied en die verder geen nauwkeurige en treffende motivering bevatten voor de veronderstelling dat er geen andere bevredigende oplossing is, zijn in strijd met artikel 16, lid 1, van de habitatrichtlijn.”<sup>133</sup>

Een ontheffing van de verbodsbepaling kan dus worden verstrekt voor exemplaren van een soort die niet in een GSvI verkeert onder de voorwaarde dat “naar behoren is vastgesteld dat zij 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.”<sup>134</sup> Een discussie over de vraag of deze formulering precies overeenkomt met de GSvI in de Wnb is mogelijk, maar de Wnb neemt de letterlijke formulering over uit de richtlijn en ik zie weinig licht tussen deze formulering en de uitleg van het Hof.

Een vraag die in dit verband voor de uitvoeringspraktijk vooral speelt is wat de consequentie is van een onvoldoende inzicht in de staat van instandhouding van een populatie van een soort. De Hofuitspraak maakt helder dat aan de geformuleerde voorwaarde in ieder geval niet is voldaan wanneer in het geheel “een evaluatie van de staat van instandhouding van de soort” niet is uitgevoerd; in een dergelijke geval bestaat strijd met artikel 16, lid 1, van de habitatrichtlijn.”<sup>135</sup>

Uit de conclusie van AG Kokott in deze zaak kan voorts worden afgeleid (al betreft het hier geen bindend recht) dat het enkele gegeven dat een populatie een positieve trend laat zien onvoldoende is om aan te tonen dat aan de GSvI-voorwaarde voor het afgeven van een ontheffing is voldaan:

“49. Verder dient, anders dan Finland betoogt, ervan te worden uitgegaan dat het doodschieten van individuele wolven nadelig was voor de staat van instandhouding van de populatie. Dat de populaties zijn gegroeid ondanks het feit dat er wolven zijn doodgeschoten, sluit niet per se uit dat de dodingen elk op zich beschouwd de staat van instandhouding eerst hebben verslechterd. Wanneer zich voortplantende wolven worden doodgeschoten, heeft dit rechtstreeks tot gevolg dat het voor de staat van instandhouding bepalende aantal zich voortplantende paren vermindert. Maar ook het doodschieten van wolven die zich nog niet voortplanten, heeft indirecte gevolgen voor het aantal paren dat zich wel voortplant. Indien deze dieren verder zouden leven, zouden zij op een of ander moment hun roedel verlaten en mogelijkerwijs een partner vinden. Gelet op het beperkte aantal wolven in Finland, zou de staat van instandhouding van de populatie dus vermoedelijk sterker verbeterd zijn dan daadwerkelijk is gebeurd, indien er geen individuele wolven waren doodgeschoten. Bijgevolg kan niet worden vastgesteld dat het doodschieten van wolven geen nadelige gevolgen heeft gehad voor de gunstige staat van instandhouding van de Finse

---

<sup>133</sup> HvJEU, C-342/05, 14 juni 2007 (Finse wolvenjacht), par. 29-32. Zie ook de Conclusie van AG Kokott, C-342/05, 30 november 2006 (Finse wolvenjacht), par. 51-56.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> Idem.

wolvenpopulatie of deze populatie niet heeft geschaad. Ook om deze reden kon de wolvenjacht op het relevante tijdstip niet worden gerechtvaardigd op grond van artikel 16, lid 1, van de habitatrichtlijn.”<sup>136</sup>

Een dergelijke overweging dat verwijzing naar trends een onvoldoende onderbouwing oplevert voor de stelling dat aan de GSvI-voorwaarde is voldaan is ook in de Nederlandse jurisprudentie terug te vinden.<sup>137</sup>

In meer positieve zin is het derhalve bij het beoordelen van een ontheffingsaanvraag van belang dat:

- helderheid bestaat over wat wordt verstaan onder een GSvI voor de betrokken soort en relevante populatie (zie onder b) en c));
- zicht bestaat op de huidige SvI van de soort en de relevante populatie;
- zicht bestaat op de te verwachten negatieve effecten van de voorgenomen activiteit en de gevolgen van deze effecten voor de SvI;
- wanneer het gaat om een soort met een GSvI, een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing aan die GSvI geen afbreuk zal doen.
- wanneer het gaat om een soort met een ongunstige SvI,
  - een beeld geschetst kan worden van hoe de GSvI zal worden hersteld en behouden, waarbij conform de discussies onder c) aandacht moet bestaan voor de duurzame bijdrage van de betreffende deelpopulatie of lokale populatie (hierboven aangeduid als GSvI op populatieniveau) aan het herstellen en behouden van de GSvI op nationaal niveau; en
  - een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing dat herstel en behoud van de GSvI niet zal frustreren.

Hier ligt een belangrijke relatie met het actieve soortenbeschermingsrecht: wanneer een provincie (in het kader van de uitvoering van artikel 1.12(1) of buiten dat kader wanneer het gaat om een daarin niet genoemde soort) een gedegen plan heeft ontwikkeld om de GSvI van een soort die er nu niet goed voorstaat te herstellen en te behouden, is het veel waarschijnlijker dat bovenbedoelde onderbouwing kan worden geleverd.

De vraag is wat in de praktijk besloten moet worden wanneer wel onderzoek is gedaan naar de betekenis van het begrip GSvI, de huidige staat van instandhouding, mogelijke effecten, e.d. maar gaten in kennis reesteren. In zekere mate kan wel worden gewerkt op basis van expert judgement' (bijv. bij het bepalen van de betekenis van het begrip GSvI voor de betreffende soort en populatie; zie hierboven onder b)) en maatwerk is belangrijk. In algemene zin kan echter worden gesteld dat met name de combinatie van de lijnen in de jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen, voorzorgbeginsel, lijnen in het Finse wolvenarrest) moet betekenen dat een ontheffing geweigerd moet worden wanneer redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat over de vraag of met ontheffingsverlening geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.

In de praktijk kan het moeilijk zijn om deze lijn daadwerkelijk door te voeren, bijvoorbeeld vanwege politieke belangen. De indruk bestaat dat daardoor in situaties bij

---

<sup>136</sup> Conclusie AG Kokott, C-342/05, 30 november 2006 (Finse wolvenjacht), par. 49-50.

<sup>137</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland, 30 november 2017, HAA 17/4616 (ontheffing afschot smienten), para. 5.3.

onzekerheden regelmatig gekozen wordt voor het verlenen van ontheffingen, waarbij in de voorwaarden een verplichting tot monitoring wordt opgelegd ('hand aan de kraan'-benaderingen). De aanvaardbaarheid van deze praktijk moet vooral op basis van de omstandigheden van de concrete situatie worden beoordeeld. Zo is denkbaar dat deze benadering aanvaardbaar is wanneer de soort en populatie (al) in een GSvI verkeert en op negatieve uitkomsten van monitoring tijdig kan worden gereageerd om verslechtering te voorkomen. Anders ligt het echter wanneer de soort er al slecht voorstaat, optreden op basis van monitoring te laat zou kunnen zijn om verdere verslechtering van de SvI te voorkomen en de economische en politieke belangen te groot zijn om te veronderstellen dat de gerealiseerde activiteit op basis van negatieve monitoringsuitkomsten daadwerkelijk kan worden gestopt of ongedaan kan worden gemaakt.

***D.5 Kan het ORNIS-criterium worden gebruikt om invulling te geven aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening? Zo ja, kan dit voor alle beschermde soorten? Dienen cumulatieve effecten van andere activiteiten bij de invulling van het ORNIS-criterium te worden betrokken?***

Het ORNIS-criterium is door het ORNIS Comité ontwikkeld om meer helderheid te bieden over de betekenis van het begrip 'kleine hoeveelheden' als bedoeld in artikel 9, lid 1, sub c, van de Vogelrichtlijn (jacht mag alleen worden toegestaan op bepaalde vogels en in 'kleine hoeveelheden'). Volgens dit criterium wordt onder „kleine hoeveelheden” verstaan:

“iedere tol van minder dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (gemiddelde waarde) voor de soorten die niet mogen worden gejaagd, en van 1% voor te bejagen soorten, waarbij onder „betrokken populatie" voor de trekvogelsoorten wordt verstaan de populatie van de regio's waaruit de voornaamste contingenten voortkomen die door de regio trekken waar de afwijking tijdens de daartoe vastgestelde periode geldt.”<sup>138</sup>

Het Hof van Justitie heeft deze definitie voor de uitleg van artikel 9, lid 1, sub c, van de Vogelrichtlijn aanvaard.<sup>139</sup> De ABRvS heeft dit criterium onder meer geschikt geacht voor de toetsing van ontheffingen voor het rapen van kievitseieren, waarvoor dit zelfde artikelonderdeel relevant is.<sup>140</sup> De ABRvS heeft het echter ook redelijk geacht om het criterium breder toe te passen dan het bepalen van een 'kleine hoeveelheid', namelijk om te bepalen of bij negatieve effecten op een populatie sprake is van een inbreuk op het streven om de populaties van een soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.<sup>141</sup> Wat betreft de vraag of het percentage in dat verband betrekking heeft op de natuurlijke sterfte of sterfte in brede zin, concludeert Boerema dat de ABRvS “[w]aarschijnlijk bedoelt [...] dat de gemiddelde jaarlijkse sterfte van de adulte en subadulte levensfase in de

---

<sup>138</sup> Zie onder meer HvJEU, zaak C-79/03, 9 december 2004, r.o. 36.

<sup>139</sup> Zie de in voorgaande noten genoemde arresten.

<sup>140</sup> ABRvS, 25 juni 2008, zaak nr. 200706598/1 en ABRvS, 1 maart 2012, 201104238/1/A3, (ontheffing voor rapen kievitseieren), r.o. 2.2.

<sup>141</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS, 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2206, r.o. 4.3: “Tussen partijen is niet in geschil dat het totale aantal jaarlijks te verwachten aanvaringsslachtoffers per soort onder de zogenoemde 1%-mortaliteitsnorm blijft en aldus geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de vogelsoorten waarvoor ontheffing is verleend.”

beoordeling moet worden betrokken, waarbij de oorzaak van die sterfte (natuurlijk, of niet natuurlijk) er feitelijk niet toe doet.”<sup>142</sup>

In 2015 is de ABRvS nog een stap verder gegaan in het gebruik van het ORNIS-criterium door het criterium niet alleen van toepassing te achten op vogelsoorten, maar ook op de toets aan de GSvI-voorwaarde voor vleermuizen:<sup>143</sup>

“De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris het 1%-criterium niet heeft mogen toepassen. Dit criterium is geformuleerd ter beoordeling van de stand van vogelpopulaties. De Afdeling ziet in hetgeen is aangevoerd echter geen grond voor het oordeel dat het criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk gefundeerde maatstaf, niet ook kan worden gebruikt om te bepalen of, gelet op de te verwachten aantallen vleermuislachtoffers door windturbines, afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de betreffende soorten.”<sup>144</sup>

Of de ABRvS het ORNIS-criterium ook toepasselijk zal achten voor andere soorten dan vogelsoorten en vleermuissoorten is nog onzeker. In bovenstaande zaak wordt door de Afdeling namelijk wel verwezen naar de parallellen tussen vogels en vleermuizen: “Hiertoe wordt mede in aanmerking genomen dat, zoals Waardenburg in het rapport "Vleermuizen bij windpark Sabinapolder in 2010" van 4 oktober 2011 heeft gesteld, vleermuispopulaties voldoende gelijkwaardig zijn aan vogelpopulaties om dat 1%-criterium op verantwoorde wijze te kunnen toepassen.”<sup>145</sup> Hiermee wordt de indruk gewekt dat voor andere soorten volgens de ABRvS een andere beoordeling vereist kan zijn.

Bij deze jurisprudentie van de ABRvS (zowel betreffende vogels als vleermuizen) moet tegen de achtergrond van de voorgaande discussies een vraagteken worden geplaatst. Door toepassing van het ORNIS-criterium voldoende te achten bij de toetsing aan de GSvI-voorwaarde voor het kunnen afgeven van ontheffingen wordt namelijk alleen gekeken naar de GSvI-parameter ‘populatie-omvang’ en niet naar de andere parameters van het begrip GSvI (zie onder b)). Naar mijn weten heeft het Hof van Justitie het ORNIS-criterium alleen toegepast om helderheid te krijgen over het begrip ‘kleine hoeveelheid’ (een begrip dat inderdaad wel alleen populatie-gerelateerd is) maar niet om invulling te geven aan het bredere begrip (inbreuk op de) GSvI. (Dit zou nader onderzocht kunnen worden.) De toets aan de GSvI-voorwaarde is daarmee onvolledig en verhoudt zich daarom ook niet met de hierboven besproken algemene lijnen van de jurisprudentie van het HvJEU (restrictieve uitleg, voorzorg). Deze spanning laat zich extra gevoelen wanneer het gaat om een soort die zich in een ongunstige of zeer ongunstige SvI bevindt. Gezien het belang van het ORNIS-criterium voor de praktijk zou het goed zijn de ABRvS zich hierover opnieuw te laten uitspreken in een zaak waarin de bovenstaande kritiek expliciet naar voren wordt gebracht. Hiermee is overigens niet gezegd dat het ORNIS-criterium in het geheel niet bij de toets aan de GSvI-voorwaarde zou mogen worden betrokken. Het ORNIS-criterium lijkt in beginsel goed toepasbaar voor het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de

---

<sup>142</sup> Luuk Boerema, ‘Soortenbescherming en windturbines: stilstand of achteruitgang?’, 1 *Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht*, maart 2017, 11-19, p. 14.

<sup>143</sup> Zie ook Marieke Kaajan, ‘Baanbrekende uitspraak voor Nbw- en Ffw-zaken’, beschikbaar op: <https://envir-advocaten.com/nl/nieuws/baanbrekende-uitspraak-nbw-en-ffw-zaken/> en het advies van H.J.M. Besselink en K. Haan voor de Provincie Gelderland, ‘Advies Wnb windturbines’, kenmerk HB/KH/11005488, 15 maart 2017.

<sup>144</sup> ABRvS, 18 februari 2015, 201402971/1/A3, r.o. 9.2

<sup>145</sup> Idem.



inbreuk op de GSvI-parameter van populatie-omvang, maar dit kan anders liggen bij een soort die er slecht voor staat en om recht te doen aan het in EU-verband uitgewerkte begrip GSvI (zie hierboven onder b) zal bij de toets aan de GSvI-voorwaarde ook aandacht moeten bestaan voor de andere drie parameters.

Verdere kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de toetsing door de ABRvS aan de wijze waarop bij de toepassing van het ORNIS-criterium rekening wordt gehouden met cumulatieve effecten. Zo lijkt de Afdeling van oordeel te zijn dat niet gekeken hoeft te worden naar effecten van in het verleden vergunde en gerealiseerde projecten, wellicht omdat die effecten al zijn betrokken bij het bepalen van de huidige SvI van de betreffende soort.<sup>146</sup> Vooral wanneer bij dergelijke interpretaties echter geen oog bestaat voor de vraag of een soort of populatie al in een (zeer) ongunstige staat verkeert maakt het twijfelachtig of een dergelijke algemene lijn zich goed verhoudt met het Europese recht.<sup>147</sup>

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

Voor het kunnen voldoen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening kan het van groot belang zijn om tot afstemming met andere provincies te komen. Zoals aangegeven vraagt de beoordeling van een ontheffingsaanvraag een toets aan de GSvI op het niveau van de betreffende deelpopulatie of lokale populatie en vooral bij provinciegrensoverschrijdende populaties zal dan afstemming vereist zijn. Het kan immers zijn dat meerdere provincies ontheffingen willen afgeven en dan zal naar het gezamenlijke effect gekeken moeten worden om te kunnen bepalen of aan de GSvI-voorwaarde wordt voldaan. Bovendien staat een dergelijke toets op populatieniveau zoals uitgelegd niet geheel los van het streven een GSvI te herstellen en te behouden op nationaal niveau. De populaties moeten daaraan immers een duurzame bijdrage leveren. Ook om die reden is afstemming van groot belang. Zo is denkbaar dat een soort met een landelijke ongunstige SvI in veel provincies geen herstel kent en een bepaalde deelpopulatie in een provincie juist van heel groot belang is om die GSvI op landelijk niveau te herstellen en te behouden. Inbreuken op die betreffende deelpopulatie liggen dan extra gevoelig. In een recente voorzittersuitspraak van de Rechtbank Noord-Holland is - uitgaande van het moeten herstellen en behouden van de GSvI op nationaal niveau - expliciet de noodzaak van onderlinge afstemming tussen provincies uitgesproken:

“7.5 [...] Nu ten gevolge van het primaire besluit, waarmee afschot wordt toegestaan, niet kan worden uitgesloten dat de omvang van de populatie smienten in Nederland negatief wordt beïnvloed, staat onvoldoende vast dat zich geen verslechtering van de staat van instandhouding van de smient als bedoeld in artikel 3.3, vierde lid, aanhef en onder c, van de Wnb zal voordoen. De voorzieningenrechter is voorts niet gebleken dat verweerder in dit kader met (de voorbereiding van) zijn besluitvorming invulling heeft gegeven aan het provinciegrensoverschrijdende karakter van de Wnb en daartoe bijvoorbeeld overleg heeft gepleegd met andere provinciebesturen, hetgeen noodzakelijk moet worden geacht om te kunnen beoordelen of zich door het primaire besluit een verslechtering van de staat van instandhouding van de smient in Nederland zal kunnen

---

<sup>146</sup> ABRvS, 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:465, paragraaf 47.

<sup>147</sup> Voor een meer uitvoerige kritische bespreking van de wijze waarop in de jurisprudentie gekeken wordt naar cumulatieve effecten met specifieke aandacht voor windturbineparken, zie Boerema 2017, p. 15-17.

voordoen. Het primaire besluit ontbeert naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook een deugdelijke motivering en is tevens onzorgvuldig voorbereid.

8.1 Gelet hierop is de voorzieningenrechter van oordeel dat er voldoende sterke twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van liet bestreden besluit en is de verwachting dat dit bij de heroverweging in bezwaar niet zonder meer in stand zal kunnen blijven. De verzoeken om een voorlopige voorziening zullen dan ook worden toegewezen in die zin dat het bestreden besluit zal worden geschorst tot zes weken na de beslissing op bezwaar.”<sup>148</sup>

#### **E. Compensatie bij verslechtering SvI:**

Indien geconcludeerd wordt dat er sprake is van een verslechtering van de SvI of hierover onzekerheid bestaat en gekozen wordt voor de inzet van compenserende maatregelen:

1. Aan welke eisen moeten deze maatregelen dan voldoen (voorzorgsbeginsel/mate van zekerheid effecten/compensatie vooraf/juridische borging)?
2. Is – om te voldoen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsverlening - een ‘groei-krimp-aanpak’ denkbaar die vergelijkbaar is met de aanpak met verblijfsrecreatie op de Veluwe in het kader van Natura 2000?
3. Mogen mitigerende en compenserende maatregelen in ontheffingsvoorwaarden alleen worden voorgeschreven wanneer dit nodig is om aan de GSvI-voorwaarde te voldoen, of ook wanneer de GSvI niet in het geding is?

#### ***Vooraf: Onderscheid mitigatie en compensatie***<sup>149</sup>

Voor de discussie over eisen aan compensatie bij soortenbescherming is het van belang om twee typen situaties te onderscheiden:

- a) *Situaties waarin maatregelen een overtreding van de verbodsbepalingen daadwerkelijk voorkomen.* Er heeft zich een praktijk ontwikkeld waarbij wel een aanvraag wordt gedaan, maar waarbij wordt voorgesteld om maatregelen te nemen die waarborgen dat overtreding van de verbodsbepalingen wordt voorkomen. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om het geheel anders uitvoeren van de activiteit waardoor overtreding wordt voorkomen of om het treffen van maatregelen die de effecten zodanig mitigeren dat geen sprake is van een overtreding. In dergelijke situaties wordt vaak een ontheffing geweigerd omdat geen sprake is van een overtreding, maar worden aan het besluit van weigering voorwaarden verbonden om de initiatiefnemer juridisch te verplichten de maatregelen te treffen. Deze

<sup>148</sup> Rechtbank Noord-Holland, 21 december 2017 (verzoek voorlopige voorziening: schorsing ontheffing voor afschot smienten), zaaknummers: SGR 17/8214 en 17/8322.

<sup>149</sup> Deze discussie is gebaseerd op een eerder door de auteur geschreven advies; Kees Bastmeijer, ‘De status van de soortenstandaard bij toepassing van de soortenbeschermingsbepalingen van de Wet natuurbescherming’, 17 november 2017.

benadering wordt wel de 'positieve afwijzing' genoemd. Aangenomen wordt dat een dergelijke positieve afwijzing een besluit is waartegen bezwaar en beroep open staat.<sup>150</sup>

- b) *Situaties waarin maatregelen niet waarborgen dat een overtreding wordt voorkomen maar waarin die maatregelen bijvoorbeeld nodig zijn om de zorgplicht invulling te geven of te voldoen aan de voorwaarde van het niet laten verslechteren van de gunstige staat van instandhouding van de betreffende soort of populatie.*

Het kan hierbij zowel gaan om maatregelen die de directe effecten verkleinen (mitigatie) als om maatregelen die de optredende effecten compenseren. Kenmerkend is echter dat een overtreding niet wordt voorkomen. In een dergelijke situatie zal strikt getoetst moeten worden aan de voorwaarden voor ontheffingsverlening en indien een ontheffing wordt afgegeven zullen de betreffende maatregelen als voorwaarden aan de ontheffing worden gehecht.

In de praktijk werd (en wordt) een positieve afwijzing ook nog wel eens gebruikt voor situaties waarin feitelijk wel sprake is van een overtreding (situaties als bedoeld onder b). Terecht heeft de ABRvS in 2012 zich over het belang van bovengenoemd onderscheid uitgelaten:

“In achtnemende de formulering van de verboden, als neergelegd in de Ffw, is de Afdeling van oordeel dat slechts die maatregelen die zien op het voorkómen dat de in de artikelen 10 en 11 van de Ffw opgenomen verboden worden overtreden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of één van de in vorengenoemde artikelen opgenomen verboden wordt overtreden.”<sup>151</sup>

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

Hoewel bovenstaand onderscheid tussen de situaties onder a) en b) duidelijk lijkt te zijn, is er in de praktijk nog wel degelijk ruimte voor discussie over de precieze grens. Vooral bij het aantasten van voortplantingsplaatsen/nesten en rustplaatsen van bijvoorbeeld vleermuizen en steenuilen bestaat er een grote neiging om uit te leggen dat het gaat om een situatie als bedoeld onder a). Uitgelegd wordt dan dat maatregelen worden genomen om er voor te zorgen dat de ecologische functionaliteit van die plaatsen niet zal worden aangetast. In beginsel is dit een begaanbare weg, maar de vraag is of zich dit in alle gevallen goed verhoudt met de hierboven door het Hof geformuleerde uitgangspunten van een restrictieve uitleg van de uitzonderingen en het in acht nemen van het voorzorgbeginsel. Dit zal afhangen van de concrete omstandigheden en met name ook van de tijdigheid van maatregelen die worden genomen. Wanneer bijvoorbeeld een bomenrij die dienst doet als foerageergebied en aanvliegroute voor vleermuizen wordt gekapt en een nieuwe bomenaanplant pas na jaren de foerageer en vliegroute-functie zal kunnen overnemen, kan moeilijk worden volgehouden dat voldaan wordt aan deze uitgangspunten. Vooral wanneer uitwijkmogelijkheden ontbreken zal in een dergelijke situatie eerder sprake zijn van een situatie als bedoeld onder b).<sup>152</sup> Vergelijkbaar met de Natura 2000-jurisprudentie van het

---

<sup>150</sup> Zie de noot van Marieke Kaajan bij de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1711 (staatssecretaris ELI/omgevingsvergunning), [http://www.ogr-updates.nl/commentaar/OGR\\_2016\\_0095.pdf](http://www.ogr-updates.nl/commentaar/OGR_2016_0095.pdf).

<sup>151</sup> ABRvS, 15 februari 2012, ECLI:NL:RBASS:2011:BP9486, par. 2.14.1.

<sup>152</sup> Zie ook European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 63: “(57) Compensation could thus guarantee that no detrimental effect is produced at either population or

Hof inzake mitigatie en compensatie in het kader van Natura 2000, kan in dergelijke situaties immers gesteld worden dat ten onrechte wordt vooruitgelopen op natuurwinst en bestaat een aanmerkelijk risico op tussentijds verlies van de ecologische functionaliteit (en daarmee overtreding van de verbodsbepaling). Zoals gezegd vraagt dit om maatwerk.

De reden dat in de praktijk wellicht toch vrij vaak wordt aangenomen dat de ecologische functionaliteit van de voortplantings- of rustplaats niet wordt aangetast kan gelegen zijn in het feit dat bepaalde projecten de toetsing aan de voorwaarden voor ontheffing niet zouden kunnen doorstaan. Vanzelfsprekend is dit een oneigenlijke redenering die vanuit Europeesrechtelijk oogpunt niet toegelaten is.

### *E.1 Eisen aan compenserende maatregelen*

Voor situaties onder b) moet worden opgemerkt dat – anders dan in het Natura 2000-regime – het Europese soortenbeschermingsrecht geen algemene wettelijke plicht tot compensatie kent. Zoals aangegeven kunnen eisen van compensatie wel voortvloeien uit de zorgplicht of – meer relevant voor dit onderzoek – om te kunnen voldoen aan de GSvI-voorwaarde voor ontheffingsverlening. Dit wordt helder uitgelegd in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet natuurbescherming:

“Compenserende maatregelen zijn maatregelen die de aangerichte schade compenseren of ongedaan maken. Artikel 16 noemt deze maatregelen niet en er bestaat dan ook als zodanig geen verplichting tot het nemen ervan, maar zij kunnen wel bijdragen aan de noodzakelijke onderbouwing van een door een lidstaat toegestane afwijking, van de verboden in het licht van de vereisten dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat en dat de afwijking geen afbreuk doet aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.”<sup>153</sup>

De Europese Commissie stelt in de guidelines inzake soortenbescherming op dit punt, overigens enkel ten aanzien van Article 12(1)(d) inzake ‘breeding site or resting place’:

“(56) Even though compensation measures are not mentioned in Article 16, and are as such not obligatory, they may be considered to provide better justification of a derogation if there is a risk that the derogation might have a detrimental effect. Compensation measures may be envisaged for derogations from Article 12(1)(d), i.e. in the case of the deterioration or destruction of breeding sites and resting places. Depending on the biology, ecology and behaviour of species, such measures may work well for some species but not for others. In general, compensation would have to:

- i) offset the negative impact of the activity under the specific circumstances (at population level),
- ii) have a good chance of success and be based on best practice,
- iii) guarantee a species’ prospects of achieving FCS [favourable conservation status; KB],

---

biogeographic level. However, it does not replace or marginalise any of the 3 tests. This means that the adoption of a compensation scheme cannot avoid the need for a derogation to pass all three tests described in chapter III.2.”

<sup>153</sup> Memorie van toelichting Wnb, p. 188.

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

(57) Compensation could thus guarantee that no detrimental effect is produced at either population or biogeographic level. However, it does not replace or marginalise any of the 3 tests. This means that the adoption of a compensation scheme cannot avoid the need for a derogation to pass all three tests described in chapter III.2.”<sup>154</sup>

De bovenstaande eis “have a good chance of success and be based on best practice” enerzijds en de eis “be effective before or at the latest when deterioration or destruction of a breeding site or resting place starts to take place” lijken tegenstrijdig te zijn. Vanuit het voorzorgbeginsel, maar ook de derde eis (“guarantee a species’ prospects of achieving FCS”), ligt het voor de hand de nadruk te leggen op laatstbedoelde eis. In dit verband moet ook worden bedacht dat deze guidelines uit 2007 dateren en inmiddels het Briels en Orleans-arresten door het Hof zijn geweest. Deze arresten hebben weliswaar betrekking op het Natura 2000-regime, maar de overwegingen in de AG Conclusies en arresten over het voorzorgbeginsel en het niet vooruit kunnen lopen op natuurwinst kunnen - gezien de algemene lijnen in de jurisprudentie (restrictieve uitleg uitzonderingen en toepassing voorzorg) - ook relevant worden geacht voor het soortenbeschermingsrecht.<sup>155</sup>

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

## **E.2 ‘Groei-krimp-aanpak’ denkbaar?**

In verband met ervaringen met een ‘groei-krimp-aanpak’ in het kader van Natura 2000 in Gelderland, is voorts de vraag gesteld of een vergelijkbare aanpak mogelijk is in het kader van de soortenbescherming. Met de voorgaande discussies heeft deze vraag al in zekere zin een beantwoording gekregen maar het is goed om dit nog even expliciet uit te werken. In het licht van het voorgaande moet voor deze discussie wederom het onderscheid gemaakt worden tussen de vraag of beoogd wordt om geen ontheffing te hoeven aanvragen omdat overtreding van een verbodsbepaling wordt voorkomen (situatie zoals hierboven bedoeld onder a)), of beoogd wordt om te waarborgen dat voldaan wordt aan de GSvI-voorwaarde in het kader van ontheffingsverlening (situatie zoals hierboven bedoeld onder b)). Zoals hierboven besproken kan onder bepaalde voorwaarden in beide situaties een groei-krimp-scenario worden toegepast. Bij situaties als bedoeld onder a) moet dan wel daadwerkelijk voorkomen worden dat overtreding van een verbodsbepaling plaatsvindt. Voort is voor beide situaties essentieel dat voldoende aandacht bestaat voor de juiste volgorde: eerst effectieve positieve effecten en daarna pas negatieve effecten. Waar het gaat om situatie a) zal een groei-krimp-scenario bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn bij het voorkomen van overtreding van de verboden ten aanzien van voortplantingsplaatsen/nesten en rustplaatsen wanneer die plaatsen zelf onaangetast blijven en door voorafgaande, effectief gebleven maatregelen gewaarborgd wordt dat de ecologische functionaliteit van een dergelijke plaats eveneens intact blijft. Waar het gaat om situaties onder situatie b) is denkbaar dat voorafgaand aan de negatieve effecten positieve effecten voor de SvI

---

<sup>154</sup> European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming, 2007, p. 63.

<sup>155</sup> Voor een kritische beoordeling van compensatiemaatregelen in het kader van de GSvI-voorwaarde, zie ABRvS, 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2237 (verzoek tot intrekking ontheffing en handhaving in verband met nadelige gevolgen SvI groene glazenmaker).

worden gewaarborgd. Vooral voor soorten die een ongunstige SvI kennen is het dan van groot belang dat het bevoegd gezag een breder (project/activiteit-overstijgend) beeld kan schetsen van hoe de GSvI zal worden hersteld en behouden en een onderbouwing kan worden gegeven waarom het afgeven van een ontheffing dat herstel en behoud van de GSvI niet zal frustreren. Verwezen wordt in dit verband naar de conclusies ten aanzien van vraag D.4).

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

De GSvI-voorwaarde is een voorwaarde voor het kunnen verlenen van een ontheffing, maar dit betekent niet dat mitigerende en compenserende maatregelen alleen in ontheffingsvoorwaarden kunnen worden vereist wanneer (mogelijk) niet aan die GSvI-voorwaarde wordt voldaan. Ook wanneer de GSvI niet in het geding is bestaat deze bevoegdheid. Het Europese recht verzet zich in algemene zin niet tegen verdergaande beschermingsmaatregelen dan waartoe de richtlijnen verplichten. Voorts heeft ook de ABRvS iedere eventuele onduidelijkheid op dit punt weggenomen. Ten aanzien van het voorschrijven van een zogenaamde 'stilstandvoorziening', "waarbij turbines [windmolens, KB] automatisch worden stilgezet onder omstandigheden waarbij veel activiteit van de doelsoort(en) wordt verwacht",<sup>156</sup> waardoor op de relevante momenten slachtoffers onder de trekvogels kunnen worden voorkomen (het betreft hier dus een mitigatiemaatregel), stelt de ABRvS:

4.5. [...] De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld of er voor de staatssecretaris ruimte bestaat om een mitigerende maatregel in de vorm van een stilstandvoorziening te treffen, waardoor ten gevolge van het te realiseren project minder slachtoffers onder beschermde soorten zullen vallen, indien reeds vast staat dat geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de betrokken soorten. Nu in artikel 79, eerste lid, van de Ffw niet is aangegeven onder welke omstandigheden gebruik mag worden gemaakt van de bevoegdheid tot het opnemen van voorschriften, is de Afdeling van oordeel dat de wetgever heeft beoogd die bevoegdheid niet nader af te bakenen. Dit brengt naar het oordeel van de Afdeling met zich dat het opnemen van voorschriften op grond van artikel 79, eerste lid, van de Ffw ook mogelijk is in die gevallen waarin geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de betrokken soorten. De Afdeling acht daarbij van belang dat de bevoegdheid van de staatssecretaris om ontheffing te verlenen, gelet op artikel 75, derde lid, van de Ffw discretionair van aard is. Indien aan de voorwaarde voor ontheffingsverlening als bedoeld in artikel 75, vijfde lid, is voldaan, is hij aldus niet verplicht om tot verlening van de gevraagde ontheffing over te gaan. Gelet hierop bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat de staatssecretaris niet in het belang van het voorkomen van slachtoffers onder trekvogels bij het besluit op bezwaar voorschriften aan de ontheffing mocht verbinden."<sup>157</sup>

Voor de Wnb moet worden aangenomen dat hetzelfde geldt. De ABRvS stelt in dit verband nog:

"In de Memorie van Toelichting bij artikel 5.3, eerste lid, van de Wet natuurbescherming, die volgens Nuon Wind Development en Eneco Wind naar analogie dient te worden

---

<sup>156</sup> ABRvS, 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2206, r.o. 4.4.

<sup>157</sup> Idem., r.o. 4.5.

uitgelegd, ziet de Afdeling geen grond voor een ander oordeel. Dat voorschriften kunnen worden gesteld als deze noodzakelijk zijn om te waarborgen dat de gunstige staat van instandhouding van de soort niet in het geding komt, betekent immers niet (a contrario) dat ze niet kunnen worden gesteld als de gunstige staat van instandhouding niet in geding is.”<sup>158</sup>

**F. Monitoring:**

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

De reikwijdte van dit onderzoek laat geen uitvoerige bespreking van het onderwerp monitoring toe, maar in algemene zin moet worden benadrukt dat monitoringsverplichtingen op diverse niveaus bestaan, en daarmee ook voor diverse overheidsniveaus gelden. Zo is de rijksoverheid verantwoordelijk voor het waarborgen van monitoring die nodig is om te kunnen voldoen aan artikel 11 van de Habitatrichtlijn:

“De Lid-Staten zien toe op de staat van instandhouding van de in artikel 2 bedoelde soorten en natuurlijke habitats, waarbij zij bijzondere aandacht schenken aan de prioritaire typen natuurlijke habitats en de prioritaire soorten.”<sup>159</sup>

Artikel 18 van de Habitatrichtlijn vereist ook dat Nederland onderzoek en wetenschappelijk werk bevordert “dat met het oog op de in artikel 2 genoemde doelstellingen en de in artikel 11 bedoelde verplichting nodig is”. Monitoring is ook vereist om te kunnen voldoen aan de verslagleggingsvereisten van artikel 17 van de Habitatrichtlijn. Ook andere bepalingen vereisen monitoring. Zo vereist artikel 12(4) van de Habitatrichtlijn dat de lidstaten een systeem instellen “van toezicht op het bij toeval vangen en doden van de diersoorten, genoemd in bijlage IV, letter a).” Dit toezicht kan leiden tot de noodzaak van verder onderzoek en het treffen van maatregelen:

“In het licht van de verkregen gegevens verrichten de Lid-Staten de verdere onderzoekwerkzaamheden of treffen zij de instandhoudingsmaatregelen die nodig zijn om te verzekeren dat het bij toeval vangen en doden geen significante negatieve weerslag heeft op de betrokken soorten.”<sup>160</sup>

Laatstbedoelde verplichting stond centraal in de civiele otterzaak, waarin het belang van monitoring ook wordt onderstreept.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> Art. 11 Habitatrichtlijn. Zie ook de Memorie van toelichting Wnb, paragraaf 5.3, ‘Monitoring en onderzoek’: “Artikel 11 noopt dus tot monitoring, en zo nodig ook wijziging van de maatregelen die zijn gericht op het behoud of herstel van de betrokken habitats en soorten.”

<sup>160</sup> Artikel 12(4) van de Habitatrichtlijn

<sup>161</sup> Gerechtshof Den Haag, 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3522;

Monitoringsverplichtingen en de verplichting tot het bevorderen van onderzoek vloeien ook voort uit de Vogelrichtlijn. In vergelijking met de bepalingen van de Habitatrichtlijn zijn de Vogelrichtlijnbevestigingen iets minder expliciet toegespitst op de SvI van soorten, maar zoals uitgelegd op de website van de Europese Commissie zijn ten behoeve van verslaglegging de eisen tussen beide richtlijnen vergelijkbaar gemaakt:

*“In 2011, the Commission in agreement with Member States has revised the reporting procedure and frequency in order to focus the reporting obligations on data that inform about the status and trend of bird populations, thereby streamlining the reporting under Art.12 of the Birds Directive with the reporting on conservation status under Art.17 of the Habitats Directive.”<sup>162</sup>*

Deze bovengenoemde verplichtingen rusten in beginsel op de rijksoverheid, hetgeen helder is gemaakt in artikel 1.8, eerste en tweede lid, van de Wet natuurbescherming:

1. Onze Minister ziet toe op de staat van instandhouding van de natuurlijke habitats, de habitats van soorten en de dier- en plantensoorten, genoemd in onderscheidenlijk de bijlagen I, II, IV en V bij de Habitatrichtlijn, en van de vogelsoorten, genoemd in bijlage I bij de Vogelrichtlijn, en de niet in die bijlage genoemde geregeld voorkomende trekvogelsoorten.
2. Onze Minister bevordert het onderzoek en wetenschappelijk werk, bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Vogelrichtlijn en artikel 18, eerste lid, van de Habitatrichtlijn.
3. Onze Minister draagt zorg voor de verstrekking van gegevens aan de Europese Commissie overeenkomstig de vereisten van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. [...]<sup>163</sup>

De provincies hebben echter een belangrijke rol bij het aanleveren van de nodige gegevens om aan deze Europeesrechtelijke verplichting te kunnen voldoen. Dit is juridisch verankerd in de resterende tekst van het derde lid van artikel 1.8:

*“Voor zover het gaat om gegevens die betrekking hebben op door gedeputeerde staten of provinciale staten genomen besluiten of getroffen maatregelen, of om gegevens die betrekking hebben op de staat van instandhouding van de in het eerste lid bedoelde habitats en soorten in hun provincie, verstrekken gedeputeerde staten van de desbetreffende provincie deze aan Onze Minister.”<sup>164</sup>*

Artikel 1.12, vierde lid, richt zich explicieter op monitoring en deelt deze verantwoordelijkheid aan zowel de Minister als Gedeputeerde Staten van de provincies toe:

*“Door Onze Minister en gedeputeerde staten gezamenlijk wordt op adequate wijze de verantwoording inzake de geleverde inspanning voor het behalen van de doelstellingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn gemonitord. [...].”*

De memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet natuurbescherming legt uit dat over de onderlinge verdeling van verplichtingen inzake monitoring, gegevensverstrekking en verslaglegging afspraken zijn gemaakt in het bestuursakkoord natuur:

---

<sup>162</sup> Zie webpagina [http://ec.europa.eu/environment/nature/knowledge/rep\\_birds/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/nature/knowledge/rep_birds/index_en.htm).

<sup>163</sup> Artikel 1.8, eerste, tweede en derde lid, van de Wet natuurbescherming.

<sup>164</sup> Artikel 1.8, derde lid, van de Wet natuurbescherming.



“In het eerder aangehaalde bestuursakkoord natuur is daarom tussen het Rijk en de provincies afgesproken dat de ontwikkeling van de stand van soorten en de kwaliteit van habitats wordt gevolgd met gebruikmaking van een gezamenlijk door Rijk en provincies uit te werken eenvoudige monitoringssystematiek; deze gaat niet verder dan de Europese rapportageverplichting. De provincies verzamelen de gegevens, die het Rijk aanbiedt aan de Europese Commissie, aldus het akkoord. Het gaat dan in het bijzonder om de gegevens ten behoeve van de monitoringsrapportages, bedoeld in artikel 17 van de Habitatrictlijn en artikel 12 van de Vogelrichtlijn, die overeenkomstig de standaardgegevensformulieren moeten worden verstrekt; dit uiteraard voor zover het gegevens betreft met betrekking tot Natura 2000-gebieden voor de beheerplannen waarvan de provincies verantwoordelijk zijn. Deze gegevensverzameling kan mogelijk worden gekoppeld aan de gegevensverzameling in het kader van de evaluatie van de beheerplannen, die een wettelijke geldigheidsduur van maximaal zes jaar hebben, waarbij tevens aansluiting kan worden gezocht bij het ritme van de monitoringsrapportages die eens in de zes jaar aan de Europese Commissie moet worden gestuurd. Daarnaast zullen de provincies – voor zover zij het bevoegd gezag zijn voor de ontheffingen van de beschermingsbepalingen voor soorten – de gegevens moeten verzamelen en door moeten geleiden naar het Rijk ten behoeve van het jaarlijkse respectievelijk tweejaarlijkse verslag over de afwijkingen van de beschermingsregimes ten aanzien van vogels, respectievelijk ten aanzien van in bijlage IV van de Habitatrictlijn opgenomen soorten.”<sup>165</sup>

De Wet natuurbescherming kent voorts ook een rol toe aan het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), welke rol evenzeer onderzoek en monitoring impliceert: “Het Planbureau voor de Leefomgeving brengt eenmaal in de vier jaar aan Onze Minister een wetenschappelijk rapport uit, waarin de toestand en de verwachte ontwikkelingen ten aanzien van natuur, bos en landschap worden beschreven.”<sup>166</sup>

Om deze verplichtingen invulling te geven werken het rijk, de provincies, PBL en het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) samen in het samenwerkingsverband Netwerk Ecologische Monitoring (NEM). Naast deze partijen zijn ook soortenbeschermingsorganisaties en natuurbeherende instanties belangrijke partners in de monitoringsactiviteiten. Deze samenwerkingen en monitoringsinspanningen leiden tot veel nuttige gegevens en rapportages. De vraag is echter of het huidige systeem van monitoring geheel aansluit bij de eerder in dit rapport beschreven verplichtingen en de informatiebehoeften die bij provincies bestaan in het kader van de beoordeling van ontheffingsaanvragen. Deze vraag kan geen volledig antwoord krijgen in het kader van dit onderzoek en vereist een meer uitvoerige analyse van enerzijds de eisen die de wettelijke verplichtingen en uitvoeringspraktijk stellen aan monitoring (kennisbehoeften gerelateerd aan de (G)SvI van soorten) en anderzijds de daadwerkelijke monitoringsinspanningen en wijze van verzameling van gegevens.

Zonder op een dergelijk onderzoek vooruit te willen lopen bestaat de indruk dat het toetsen van ontheffingsaanvragen aan de GSvI-voorwaarde bemoeilijkt kan worden vanwege de volgende aspecten:

---

<sup>165</sup> Memorie van toelichting Wnb (Tweede Kamer), paragraaf 5.3, ‘Monitoring en onderzoek’.

<sup>166</sup> Art. 1.9(1) Wnb.

- veel monitoringsinspanningen richten zich op natuurwaarden in natuurgebieden, terwijl het toetsen aan de GSvI-voorwaarde bij ontheffingsaanvragen de bredere invalshoek van populaties vereist;
- monitoring heeft vaak betrekking op één of twee van de vier parameters van het begrip GSvI, waarmee betwijfeld kan worden of de toets aan de GSvI-voorwaarde op basis van deze gegevens volledig is;
- monitoringsinspanningen geven niet altijd inzicht in de SvI van deelpopulaties en lokale populaties en de bijdrage van die populaties aan een landelijke GSvI. Zoals hierboven besproken moet bij het toetsen van de GSvI-voorwaarde echter niet alleen gekeken worden naar aantallen of trends op landelijk niveau, maar ook naar de staat van instandhouding op het niveau van deelpopulaties en lokale populaties;
- de monitoringsinspanningen zijn toegespitst op Europeesrechtelijk beschermde soorten, terwijl de GSvI-voorwaarde ook in acht genomen moet worden bij het beoordelen van aanvragen voor ontheffingen ten aanzien van beschermde soorten die geen Europeesrechtelijke bescherming genieten (artikel 3.10 Wnb-soorten).

Het lijkt verstandig uitvoeriger na te gaan of deze gaten in kennis inderdaad bestaan en, indien dit het geval is, op welke wijze deze kunnen worden weggenomen.

## BIJLAGE: Literatuur en beleidsdocumenten

### Literatuur:

Backes en Van Veen et al. 2011:

C.W. Backes, M.P. van Veen, B.A. Beijen, A.A. Freriks, D.C.J. van der Hoek, A.L. Gerritsen, Natura 2000 in Nederland. Juridische ruimte, natuurdoelen en beheerplanprocessen, Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), Den Haag, 2011;

Bastmeijer en Van Kreveld 2017:

Kees Bastmeijer en Arnold van Kreveld, 'Meer natuur, minder knel. Met de Wet natuurbescherming naar actief natuurherstel', Een onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Bureau Ulucus & Legal Advice for Nature, januari 2017,

[https://www.landschappen.nl/Uploaded\\_files/Zelf/meernatuurminderknel.dedcdf.pdf](https://www.landschappen.nl/Uploaded_files/Zelf/meernatuurminderknel.dedcdf.pdf)

Bastmeijer en Van Vliet 2012:

Kees Bastmeijer en Wilbert van Vliet, De 'staat van instandhouding' van het wild zwijgen in Nederland. Een juridisch-ecologische analyse betreffende het 'nulbeleid', Een onderzoek in opdracht van de provincie Noord-Brabant, Tilburg, 4 oktober 2012, 34 pp.

Besselink en Haan 2017:

H.J.M. Besselink en K. Haan, 'Advies Wnb windturbines', advies voor de Provincie Gelderland, kenmerk HB/KH/11005488, 15 maart 2017;

Boerema 2017:

Luuk Boerema, 'Soortenbescherming en windturbines: stilstand of achteruitgang?', 1 *Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht*, maart 2017, 11-19;

Charles-Hubert Born en Hendrik Schoukens 2015:

Charles-Hubert Born en Hendrik Schoukens, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015;

Cliquet et al. 2015:

An Cliquet, Kris Decler en Hendrik Schoukens, 'Restoring nature in the EU', In: Charles-Hubert Born en Hendrik Schoukens, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, pp. 265-284;

Epstein et al. 2016:

Yaffa Epstein, José Vicente López-Bao and Guillaume Chapron, A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe, *Conservation Letters*, March/April 2016, 9(2), 81-88;

Linnell et al. 2008:

J. Linnell V. Salvatori en L. Boitani, /Large Carnivore Initiative for Europe, 'Guidelines for Population Level Management Plans for Large Carnivores', Report prepared for the European Commission, Rome, 1 juli 2008,

[http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/pdf/guidelines\\_for\\_population\\_level\\_management.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/carnivores/pdf/guidelines_for_population_level_management.pdf);

Kaajan 2017:

Marieke Kaajan, 'Baanbrekende uitspraak voor Nbw- en Ffw-zaken', beschikbaar op:

<https://envir-advocaten.com/nl/nieuws/baanbrekende-uitspraak-nbw-en-ffw-zaken/>

Kaajan 2016:

Marieke Kaajan bij de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1711 (staatssecretaris ELI/omgevingsvergunning), [http://www.ogr-updates.nl/commentaar/OGR\\_2016\\_0095.pdf](http://www.ogr-updates.nl/commentaar/OGR_2016_0095.pdf).

McConville en Tucker 2015:

A.J. McConville and G.M. Tucker, Review of Favourable Conservation Status and Birds Directive Article 2 interpretation within the European Union, Natural England Commissioned Reports, Number 176, 2015;

Mehtälä and Vuorisalo 2007:

J. Mehtälä and T. Vuorisalo, 'Conservation Policy and the EU Habitats Directive: Favourable Conservation Status as a Measure of Conservation Success', *European Environment Eur. Env.* 17 (2007): 363-375;

Moser et al. 2016:

D. Moser, T. Ellmauer, D. Evans, K.P. Zulka, M. Adam, S. Dullinger, F. Ess, 'Weak agreement between the species conservation status assessments of the European Habitats Directive and Red Lists', *Biological Conservation* 198 (2016): 1-8;

Ottburg et al. 2014:

F.G.W.A. Ottburg en C.A.M. van Swaay (red.), Gunstige referentiewaarden voor populatieomvang en verspreidingsgebied van soorten van bijlage II, IV en V van de Habitatrichtlijn. Wageningen, 2014, Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu, WO-rapport 124, <http://library.wur.nl/WebQuery/wurpubs/fulltext/359115>;

Schekkerman en Koffijberg 2014:

Hans Schekkerman & Kees Koffijberg, 'Evaluatie van de berekening van 'toelaatbaar afschot' in het Faunabeheerplan Smient Zuid-Holland 2014 - 2019', SOVON, in opdracht van Vogelbescherming Nederland, 12 januari 2016; BIJ12, 'Bever -Castor ber', Kennisdocument, Versie 1.0 Juli 2017, <https://www.bij12.nl/assets/BIJ12-2017-001-Kennisdocument-Bever-1.0.pdf>

Telesetsky et al. 2016:

Anastasia Telesetsky, An Cliquet en Afshin Akhtar-Khavari, *Ecological Restoration in International Environmental Law*, Routledge, New York, 2016;

Trouwborst et al. 2017:

Arie Trouwborst, Luigi Boitani en John D. C. Linnell, 'Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted?', *Biodiversity Conservation* 199 (2017)26: 37-61;

## **Beleidsdocumenten:**

*Europese Commissie:*

Europese Commissie, 'Actieplan voor het verminderen van incidentele vangsten van zeevogels in vistuig', COM/2012/0665 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0665>;

Europese Commissie, 'Gidsdocument voor de jacht in het kader van Richtlijn 79/409/EEG van de Raad inzake het behoud van de vogelstand. De Vogelrichtlijn', Februari 2008,  
[http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/wildbirds/hunting/docs/hunting\\_guide\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/wildbirds/hunting/docs/hunting_guide_nl.pdf);

European Commission, 'Managing Natura 2000 Sites. The provisions of Article 6 of the 'Habitats' Directive 92/43/CEE', Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000,  
[http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision\\_of\\_art6\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_en.pdf);

European Commission, Richtsnoeren inzake strikte soortenbescherming: Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the 'Habitats' Directive 92/43/EEC, Finale versie 2007 ),  
[http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf);

Europese Commissie, 'Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, De stand van de natuur in de Europese Unie Verslag over de staat van en trends voor typen habitats en soorten die onder de habitat- en de vogelrichtlijn vallen, in de periode 2007-2012 zoals vereist krachtens artikel 17 van de habitatrichtlijn en artikel 12 van de vogelrichtlijn', COM(2015) 219 final, Brussel, 20 mei 2015, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0219>;

European Commission, 'Reporting under Article 12 of the Birds Directive. Explanatory Notes and Guidelines for the period 2013–2018', final version, Brussels, May 2017 (in de tekst ook aangeduid als de rapportagerichtsnoeren voor vogels)

*European Topic Centre on Biological Diversity:*

Evans and Arvela 2011 (in de tekst ook aangeduid als de rapportagerichtsnoeren voor habitatrichtlijnsoorten)

Douglas Evans and Marita Arvela, Assessment and reporting under Article 17 of the Habitats Directive, Explanatory Notes & Guidelines for the period 2007-2012, European Topic Centre on Biological Diversity, July 2011,  
[http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference\\_portal](http://bd.eionet.europa.eu/article17/reference_portal),

European Topic Centre on Biological Diversity voor de Europese Commissie (DG Environment), 'Article 17 Technical Report (2001-2006)',  
[https://forum.eionet.europa.eu/habitat-art17report/library/2001-2006-reporting/papers\\_technical/overview\\_conservation\\_1/download/en/1/i\\_Overview%20of%20conservation%20status\\_version%201.pdf?action=view](https://forum.eionet.europa.eu/habitat-art17report/library/2001-2006-reporting/papers_technical/overview_conservation_1/download/en/1/i_Overview%20of%20conservation%20status_version%201.pdf?action=view), Parijs, 2008;

*Ministerie van Economische Zaken:*

Fiche betreffende het Whitepaper van de Europese Commissie 'Een actieplan voor de natuur, de mensen en de economie', opgesteld door het Ministerie van Economische Zaken voor de Commissie Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC);

Ministerie EZ, Directeur Natuur en Biodiversiteit, Memo 'Toelichting bij rapport Gunstige referentiewaarden voor soorten van de Habitatrictlijn, Den Haag, 9 juni 2015, p. 1.

Planbureau voor de Leefomgeving (PBL):

PBL, Lerende evaluatie van het Natuurpact. Naar nieuwe verbindingen tussen natuur, beleid en samenleving, PBL Planbureau voor de Leefomgeving, PBL-publicatienummer: 1769, Den Haag, 2017, <http://www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2017-lerende-evaluatie-van-het-natuurpact-1769.pdf>;

-----\*-----\*

Tilburg  
Januari 2018

Kees Bastmeijer  
Legal Advice for Nature  
Lunterenstraat 26, 5045 WH  
Tilburg  
Email: kees@legaladvicefornature.nl  
Tel: +31 6 18499003

#### **Disclaimer aansprakelijkheid**

Het onderzoek zal met de grootste zorgvuldigheid worden uitgevoerd. Desondanks kunnen aan de uitkomsten geen rechten worden ontleend. Kees Bastmeijer aanvaardt geen aansprakelijkheid voor enige schade die direct of indirect ontstaat als gevolg van het gebruik van het onderzoeksrapport of anderszins verstrekte informatie.

