

## Jurisprudentie – I. Milieurecht

### TBR 2021/109

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 21 april 2021, No. 201900294/1/R2, ECLI:NL:RVS:2021:853 (Gedragscode natuurinclusief renoveren bestemd voor projecten met het NOM keur)**

(Mr. R. Uylenburg, mr. H.G. Sevenster en mr. W. den Ouden)

**Wnb: art. 3.31**

Soortenbescherming. Vleermuizen. NOM-renovatie. Gedragscode verenigbaar met Habitatrichtlijn?

**Met gastnoot W. Zwier, Red.<sup>1</sup>**

#### Overwegingen

##### Inleiding

**1.** De Brede Stroomversnelling is een vereniging die zich inzet voor de energietransitie van woningen en wijken in Nederland. Zij heeft in samenwerking met diverse andere partijen de Gedragscode opgesteld. Zij wil met de Gedragscode een standaardaanpak aanbieden die initiatiefnemers kunnen gebruiken bij het uitvoeren van verduurzamingsconcepten voor woningen met een zogenaamd Nul op de Meter-keurmerk (hierna: NOM-renovaties). Dit moet bijdragen aan een efficiënte uitvoering van de energietransitie. Die transitie is van belang voor het behalen van de doelstellingen van het Energieakkoord, waarin de overheid en private partijen onder meer afspraken hebben gemaakt over het verduurzamen van de bestaande woningvoorraad.

**1.1.** Bij een NOM-renovatie wekt een woning na de renovatie evenveel duurzame energie op als er op jaarbasis wordt verbruikt. Volgens de oplegnotitie die bij de Gedragscode hoort, kunnen in heel Nederland per jaar 50.000 tot 200.000 woningen op deze manier worden gerenoveerd.

**1.2.** In woningen die gerenoveerd worden, kunnen beschermde diersoorten voorkomen. Volgens de Gedragscode kan het gaan om twaalf soorten vleermuizen, de huismus, de gierzwaluw, de steenmarter en zogenoemde algemene soorten. De partijen zijn het erover eens dat het zonder maatregelen verrichten van NOM-renovaties ertoe kan leiden dat deze dieren worden gedood, gestoord en dat hun verblijfplaatsen worden vernield. Zo kunnen vleermuizen en huismussen en hun verblijfplaatsen en nesten aanwezig zijn onder dakpannen of in spouwmuren. Het aanbrengen van

isolatie kan ertoe leiden dat deze dieren ingesloten raken, of dat zij hun nesten en verblijfplaatsen niet meer kunnen bereiken.

**1.3.** De Gedragscode bevat een werkwijze die onder meer voorschrijft hoe projectlocaties moeten worden geïnventariseerd en welke beschermde maatregelen voor dieren kunnen worden getroffen. Volgens De Brede Stroomversnelling handelen initiatiefnemers die deze werkwijze volgen, zorgvuldig ten aanzien van de beschermde diersoorten.

**1.4.** In paragraaf 1.4 van de Gedragscode staat welke specifieke handelingen onder de reikwijdte van de Gedragscode vallen. Het betreft het verwijderen van zelf aangebrachte voorzieningen, dakpannen, latten, kozijnen met ramen en cv-ketels, het aanbrengen van muurankers, het uitgraven van grond om de woning, het ophangen van gevelementen, het plaatsen van dak-elementen, panelen en installaties als zonnepanelen en luchtwarmtepompen en het aftimmeren van de binnenkant van de woning. Deze werkzaamheden moeten bovendien worden verricht in het kader van de hiervoor bedoelde NOM-renovaties van rijwoningen en flats die tussen 1945 en 1990 zijn gebouwd.

(...)

#### Besluitvorming

**3.** De Brede Stroomversnelling heeft aan de minister gevraagd of hij de Gedragscode wil goedkeuren. De minister heeft beoordeeld of de Gedragscode voldoet aan de voorwaarden voor goedkeuring die voortvloeien uit artikel 3.31, tweede lid, van de Wnb en de Vogel- en Habitatrichtlijn. Voor zover hier van belang heeft de minister het volgende overwogen.

**3.1.** De verduurzaming van woningen door NOM-renovaties draagt volgens de minister bij aan het tegengaan van klimaatverandering en het verbeteren van het leefklimaat in woningen. Voor zover de handelingen waarover de Gedragscode gaat invloed kunnen hebben op vogels, zijn zij volgens de minister daarom nodig ter bescherming van flora of fauna en in het belang van de volksgezondheid en de openbare veiligheid. Voor zover de handelingen invloed kunnen hebben op vleermuizen, zijn zij volgens de minister nodig ter bescherming van flora of fauna, in het belang van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en andere dwingende redenen van groot openbaar belang. Gelet op het vorenstaande is volgens de minister

<sup>1</sup> Wienke Zwier is advocaat bij AKD.

overtreden en geen beperkingen stelt aan die handelingen, is de onderzoekslast om aan de benodigde informatie te komen, zeer groot.

De initiatiefnemer kan echter ook in overweging nemen om te kiezen voor een werkwijze die geheel of gedeeltelijk voorkomt dat de verbodsbepalingen van de artikelen 3.1 en 3.5 van de Wnb worden overtreden. De minister hoeft immers alleen aan de hand van de Vogel- en Habitatrichtlijn te beoordelen of geen bevredigende alternatieven bestaan voor zover een gedragscode voorziet in overtredingen van deze verbodsbepalingen.

Verder kan de initiatiefnemer in overweging nemen om te kiezen voor het beperken van de reikwijdte van de gedragscode, bijvoorbeeld door grenzen te stellen aan de aantallen en de locaties van de handelingen en/of de overtredingen. Met bijvoorbeeld gedragscodes per gebied kan de vereiste informatie over de aanwezigheid van soorten en de gecumuleerde gevolgen van de handelingen voor die soorten gedetailleerder in kaart worden gebracht, terwijl een gestandaardiseerde aanpak van de renovaties daarmee niet op voorhand onmogelijk wordt. (*Enz., enz., Red.*).

## NOOT

**1.** Deze uitspraak is interessant, omdat de Afdeling hierin ingaat op de eisen waaraan een gedragscode moet voldoen om deze te mogen goedkeuren en op de Europeesrechtelijke aanvaardbaarheid van een gedragscode. Ter beoordeling lag voor de 'Gedragscode natuurinclusief renoveren bestemd voor projecten met het NOM keur', die in 2017 werd goedgekeurd door de minister van LNV. Met deze gedragscode werd beoogd te voorzien in een gestandaardiseerde aanpak voor het renoveren van woningen met een zogenoemd Nul op de Meter-keurmerk (NOM-renovaties). Door woningen te verduurzamen wordt de CO<sub>2</sub>-uitstoot verminderd en wordt bijgedragen aan het halen van de klimaatdoelstellingen. Hoewel het verduurzamen van de woningvoorraad een relevante bijdrage kan leveren aan het tegengaan van klimaatverandering, kan het juist negatief uitpakken voor de bestrijding van die andere grote crisis van onze tijd, de biodiversiteitscrisis. Illustratief is het artikel van Nature Today<sup>2</sup> van augustus 2020 dat de tragische beelden toont van een groep vleermuizen die, onbedoeld, levend werd begraven in isolatiemateriaal. En ook andere gebouw-bewonende soorten, zoals huismussen, kunnen hun habitat kwijtraken als gevolg van renovatiewerkzaamheden.

**2.** Een dilemma dus. En ook een juridisch dilemma. Alle 17 vleermuissoorten die in Nederland voorkomen zijn beschermd. Ingevolge artikel 3.5 van de Wet natuurbescherming ('Wnb') is het onder meer verboden om vleermuizen opzettelijk te doden of verstoren en om hun voortplantingsplaatsen of rustplaatsen te beschadigen of te vernielen. Deze verbodsbepalingen zijn overgenomen uit artikel 12

van de Habitatrichtlijn. Voor vogels zoals de huismus gelden vergelijkbare verbodsbepalingen die voortvloeien uit artikel 5 van de Vogelrichtlijn en die zijn opgenomen in artikel 3.1 van de Wnb. Artikel 3.10 Wnb bevat verbodsbepalingen ten aanzien van andere, slechts nationaal beschermde soorten. Omdat van 'opzet' niet alleen sprake is indien iemand het oogmerk heeft om bijvoorbeeld een dier te doden of te verstoren, maar ook indien hij willens en wetens de niet te verwaarlozen kans aanvaardt dat dat gebeurt (voorwaardelijk opzet)<sup>3</sup>, kunnen de verbodsbepalingen ook van toepassing zijn op activiteiten zoals NOM-renovaties waarmee duidelijk een ander doel wordt nagestreefd dan doden, verstoren etc.<sup>4</sup> Ook de zorgplicht uit artikel 1.11 Wnb speelt een rol. Zo oordeelde bijvoorbeeld de Rechtbank Midden-Nederland dat een isolatiebedrijf de zorgplicht had overtreden door isolatiewerkzaamheden in (spouw)muren en daken uit te voeren terwijl onvoldoende onderzoek was verricht naar de aanwezigheid van vleermuizen.<sup>5</sup>

## Voorwaarden voor afwijken

**3.** Van de verbodsbepalingen kan onder voorwaarden ontheffing of vrijstelling worden verleend. Deze voorwaarden zijn overgenomen uit artikel 16 van de Habitatrichtlijn en de artikelen 9 en 13 van de Vogelrichtlijn. Kort samengevat kan een ontheffing of vrijstelling worden verleend indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat, sprake is van een wettelijk belang, en de staat van instandhouding van de betreffende soort niet in het geding komt.

## Gedragscode

**4.** Een vrijstelling kan onder meer worden verleend in de vorm van een gedragscode. Deze figuur bestond ook al onder vigeur van de Flora- en faunawet en in de afgelopen jaren is een groot aantal gedragscodes tot stand gekomen. Inmiddels wordt toegewerkt naar één gedragscode per sector, waarmee het aantal gedragscodes weer wordt teruggedrongen. De grondslag voor de gedragscode is gelegen in artikel 3.31 Wnb. Dit artikel biedt zowel een grondslag voor gedragscodes die zien op het voorkomen van overtreding van verbodsbepalingen, als voor gedragscodes voor activiteiten die wel tot een overtreding leiden en waarvoor het goedkeuringsbesluit van de minister tot een vrijstelling leidt. Het gevolg van werken conform een goedgekeurde gedragscode is namelijk dat diverse verbodsbepalingen uit de Wnb niet van toepassing zijn. Voor activiteiten die op grote schaal worden verricht, zoals NOM-renovaties, is dat interessant, omdat dan niet meer voor elk (deel)project een aparte ontheffing hoeft te worden aangevraagd.

**5.** Met de gedragscode natuurinclusief renoveren werd voorzien in een vrijstelling voor diverse verduurzamingswerkzaamheden ten aanzien van onder meer twaalf vleermuissoorten en de huismus. Op de gedragscode was veel kritiek, bijvoorbeeld door het Netwerk Groene Bureaus

**2** <<https://www.naturetoday.com/intl/nl/nature-reports/message/?msg=26536>>.

**3** Vb. ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2169, r.o. 5.2.

**4** Vgl. HvJEU 4 maart 2021, gevoegde zaken C473/19 en C474/19, ECLI:EU:C:2021:166, punt 51 e.v.

**5** Rb. Midden-Nederland 11 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2421.

dat zijn leden een alternatieve handelwijze aanraade bij toepassing van de gedragscode om de instandhouding van beschermde soorten beter te borgen.<sup>6</sup> Twee natuurorganisaties, Sevon en Witte Mus, stelden beroep in tegen het goedkeuringsbesluit vanwege zorgen over de effecten op vleermuis- en huismuspopulaties. De Rechtbank Noord-Holland verklaarde de beroepen ongegrond. De natuurorganisaties wendden zich tot de Afdeling, die hen in het gelijk stelde.

### Reikwijdte van de vrijstelling

**6.** De Afdeling verduidelijkt in deze uitspraak allereerst dat de vrijstelling die met een gedragscode wordt werkstelligd geldt ongeacht met welke soorten en met welke verbodsbepalingen bij het opstellen van de gedragscode rekening is gehouden, ongeacht hoe de in de gedragscode opgenomen werkwijze in de praktijk uitpakt en ongeacht of door de handelingen de verbodsbepalingen worden overtreden.<sup>7</sup> De Afdeling maakt aldus een scherp onderscheid tussen de handeling enerzijds en het effect van die handeling anderzijds. De handeling wordt vrijgesteld ongeacht het daadwerkelijke effect daarvan. Tegen de handeling kan na goedkeuring van de gedragscode niet handhavend worden opgetreden, ook niet als de voorgeschreven werkwijze niet het beoogde effect blijkt te hebben.

**7.** De minister had dit niet onderkend. Uitgangspunt van de gedragscode was namelijk dat met de voorgeschreven werkwijze opzettelijk doden of verstoren van vleermuizen zou worden voorkomen en dat alsnog een ontheffing nodig zou zijn, mocht die situatie zich toch voordoen. Van 'alsnog een ontheffing nodig hebben' voor handelingen die onder een gedragscode vallen kan echter geen sprake zijn. De vraag was derhalve of opzettelijk doden en verstoren daadwerkelijk zou worden voorkomen. Dat was volgens de Afdeling niet het geval. Het volgens de gedragscode uit te voeren onderzoek betrof namelijk slechts een quick scan, waarmee onvoldoende verzekerd was dat er geen vleermuizen en verblijfplaatsen zouden worden gemist. Daarmee kon niet uitgesloten worden dat er toch vleermuizen zouden worden ingesloten en gedood. Dat de gedragscode voorschreef dat slaapplekken voorafgaand aan de werkzaamheden ongeschikt gemaakt moesten worden maakte dit niet anders, omdat deze maatregel mogelijk niet op alle relevante plekken zou worden getroffen (lees: niet bij niet ontdekte verblijfplaatsen) en de keuze voor en invulling van de maatregel ook niet bindend was voorgeschreven maar werd overgelaten aan de door de initiatiefnemer in te huren ecooloog. De voorgeschreven controle van het werkgebied door de ecooloog voorafgaand aan de werkzaamheden bood evenmin soelaas, omdat deze controle niet het hele werkgebied hoefde te omvatten, waarmee niet verzekerd was dat eerder gemiste vleermuizen alsnog zouden worden gedetecteerd. Om uit te kunnen sluiten dat beschermde soorten worden gedood is, kortom, uitgebreid onderzoek nodig.

**8.** Opzettelijk verstoren kon evenmin worden uitgesloten, omdat de gedragscode niet bindend voorschreef dat het ongeschikt maken van verblijfplaatsen van vleermuizen alleen buiten de winterperiode mocht plaatsvinden. Van belang om op te merken is dat het buitensluiten van vleermuizen in de winterperiode dus moet worden aangemerkt als opzettelijk verstoren. Uitgangspunt uit de jurisprudentie is dat niet ieder initiatief dat tot gevolg heeft dat een beschermde diersoort zich moet aanpassen aan de veranderde omgeving een opzettelijke verontrusting is.<sup>8</sup> Er wordt in de praktijk een behoorlijke mate van flexibiliteit van diersoorten verwacht en er moet best wat aan de hand zijn wil aangenomen worden dat sprake is van een overtreding op dit punt. Het buitensluiten van vleermuizen in de winterperiode is in ieder geval wel een overtreding, omdat deze dieren dan in een lethargische staat verkeren.

### Onjuiste implementatie

**9.** Ook op andere punten ging het mis. Sevon en Witte Mus betoogden dat niet werd voldaan aan de voorwaarden om een afwijking van de verbodsbepalingen toe te mogen staan. Zij beriepen zich daarbij rechtstreeks op de voorwaarden voor afwijken uit artikel 16 van de Habitatrichtlijn en artikelen 9 en 13 van de Vogelrichtlijn. De Afdeling zag zich daardoor allereerst gesteld voor de vraag of deze voorwaarden juist zijn geïmplementeerd in artikel 3.31 Wnb. Deze voorwaarden staan namelijk niet letterlijk genoemd in artikel 3.31 Wnb als voorwaarden voor goedkeuring van een gedragscode. Dat sprake moet zijn van een wettelijk belang volgt wel vrij letterlijk uit artikel 3.31 Wnb. Voor het overige geldt volgens artikel 3.31 Wnb dat geen benutting of economisch gewin mag plaatsvinden van beschermde soorten en dat zorgvuldig moet worden gehandeld. Van zorgvuldig handelen is sprake indien geen wezenlijke invloed uitgaat op beschermde soorten en in redelijkheid alles wordt verricht of gelaten om te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken dat, kortgezegd, beschermde dieren worden gedood of dat nesten, voortplantings- en rustplaatsen of eieren van beschermde dieren worden beschadigd. Onder verwijzing naar een eerdere uitspraak over een gedragscode onder vigeur van de Flora- en faunawet<sup>9</sup> overwoog de Afdeling dat uit het vereiste dat geen wezenlijke invloed mag uitgaan op beschermde soorten ook onder de Wnb voortvloeit dat de staat van instandhouding niet in het geding mag komen. Ook op dat punt is derhalve sprake van een correcte implementatie.

**10.** Dat ligt anders voor de eis dat geen andere bevredigende oplossing bestaat. Deze eis wordt volgens de Afdeling in de Wnb niet gesteld aan de goedkeuring van een gedragscode en kan ook niet via richtlijnconforme uitleg van enig onderdeel in artikel 3.31 Wnb worden ingelezen. Daarom kwam appellanten op dit punt een rechtstreeks beroep toe op de Vogel- en Habitatrichtlijn. Opmerking verdient dat in de Nota van Toelichting bij het Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet, dat voorziet in de continuering van de re-

<sup>6</sup> <<https://www.netwerkgroenebureaus.nl/tekortkoming-gedragscode-natuurinclusief-renoveren-herstellen-bij-toepassing>>.

<sup>7</sup> R.o. 7.3.

<sup>8</sup> Vb. ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2169.

<sup>9</sup> ABRvS 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9649.

geling voor gedragscodes, staat dat het vereiste dat geen andere bevredigende oplossing bestaat uitwerking heeft gevonden in het criterium dat in redelijkheid alles wordt gedaan of gelaten om te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken dat schadelijke effecten voor de soorten optreden en in het criterium dat geen benutting of economisch gewin mag plaatsvinden.<sup>10</sup> Uit de uitspraak blijkt niet of dit argument in deze procedure ook werd aangevoerd. Het voorgaande roept in ieder geval wel de vraag op of het Aanvullingsbesluit natuur Omgevingswet op dit punt aangepast gaat worden.

### Categorale uitzondering naar zijn aard ongeschikt?

**11.** Het meest verstrekkende argument dat door Sevon naar voren werd gebracht was dat een gedragscode geen geschikt instrument is voor ingrijpende handelingen die niet naar locatie of aantal zijn beperkt. Met een dergelijke categorale vrijstelling zou niet kunnen worden beoordeeld of per ingreep aan de drie voorwaarden voor afwijken wordt voldaan. Sevon verzocht de Afdeling daarom om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van gedragscodes met artikel 16 van de Habitatrichtlijn. In de literatuur werd eerder ook al de vraag gesteld of het verlenen van toestemming voor inbreuken op de strikte bescherming van vogels en andere beschermde soorten in de vorm van een generieke vrijstelling wel mogelijk is.<sup>11</sup> De Afdeling ziet echter geen reden om te betwijfelen dat artikel 16 van de Habitatrichtlijn ruimte biedt voor een categorale uitzondering op de verbodsbepalingen, als maar aan de drie voorwaarden voor afwijken wordt voldaan.

**12.** De Afdeling verwijst in dit verband onder meer naar het PAS-arrest<sup>12</sup> en merkt op dat het Hof in dit arrest in vergelijkbare zin heeft geoordeeld over artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn. Of deze vergelijking helemaal trefend is vraag ik mij af. In het PAS-arrest oordeelde het Hof onder meer dat artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn niet in de weg staat aan het verlenen van vergunningen op basis van een toereikende algemene (niet individuele) passende beoordeling<sup>13</sup> en dat het ook mogelijk is om projecten onder een bepaalde drempel- of grenswaarde uit te zonderen (vrij te stellen) van de vergunningplicht als hieraan een toereikende passende beoordeling ten grondslag ligt.<sup>14</sup> De systematiek van een gedragscode sluit hier in zoverre bij aan dat daarbij ook gebruik wordt gemaakt van een algemene effectbeoordeling in plaats van een individuele beoordeling per ingreep en dat op basis van die algemene beoordeling activiteiten worden vrijgesteld van verbodsbepalingen. Het Hof oordeelde echter ook dat het niet verenigbaar is met artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn om een bepaalde categorie van projecten uit te zonderen van de vergunningplicht zonder een individuele passende beoordeling van de

gevolgen.<sup>15</sup> De Afdeling verklaarde dit verschil in benadering door het Hof als volgt: *“Een relevant verschil tussen de beide regelingen is dat de uitzondering op de vergunningplicht voor de zogenoemde grens- of drempelwaardegevallen, niet een bepaalde categorie van projecten uitzondert van de vergunningplicht waarvan op voorhand niet duidelijk is welke gevolgen deze hebben voor de natuurwaarden in Natura 2000-gebieden. De uitzondering op de vergunningplicht voor de grens- en drempelwaardegevallen ziet uitsluitend op de gevolgen van stikstofdepositie door projecten die passen binnen de depositieruimte die in het kader van het PAS passend is beoordeeld. Een belangrijk verschil is derhalve dat de toepassing van de uitzondering op de vergunningplicht voor grens- en drempelwaardegevallen begrensd is tot die projecten die binnen de vooraf beoordeelde depositieruimte vallen. Onder de voorwaarden dat de passende beoordeling die aan de regeling ten grondslag ligt voldoet aan de eisen die artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn stelt en dat de regeling waarborgt dat het gebruik ervan daadwerkelijk is begrensd tot de eerder beoordeelde gevolgen, biedt artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn ruimte voor zo'n regeling. Een categorale uitzondering op de vergunningplicht voor projecten, ongeacht waar en in welke omvang of intensiteit deze zullen plaatsvinden, biedt een dergelijke waarborg niet.”*<sup>16</sup> Deze overwegingen roepen de vraag op of een gedragscode voor ingrijpende handelingen die niet naar locatie of aantal zijn beperkt niet méér vergelijkbaar is met de categorale uitzondering die volgens het Hof en de Afdeling juist niet verenigbaar is met de Habitatrichtlijn. Dan zou aan een vergelijking met het PAS-arrest juist de tegenovergestelde conclusie kunnen worden ontleend.

**13.** Op zichzelf vind ik het overigens wel positief dat een categorale uitzondering in de vorm van een gedragscode mogelijk wordt geacht. Niet alleen vanwege de praktische voordelen in de uitvoering voor initiatiefnemers, maar ook omdat de natuur daarbij volgens mij gebaat kan zijn. Bijvoorbeeld omdat fasering een groter verzachtend effect kan hebben door een groter gebied in de planning te betrekken, omdat op grotere schaal kan worden beoordeeld wat de gecumuleerde effecten zijn op populaties, en omdat het aanbieden van een gestandaardiseerde aanpak het makkelijker kan maken om preventieve maatregelen te nemen waarmee het draagvlak voor die maatregelen mogelijk wordt vergroot. Zoals uit de uitspraak blijkt, is het opstellen van een goede gedragscode echter geen sinecure.

### Rechtszekerheid

**14.** Als gebruik wordt gemaakt van het instrument gedragscode, dan mag met het oog op de rechtszekerheid geen onduidelijkheid bestaan over de vraag of een bepaalde handeling er al dan niet onder valt. Deze onduidelijkheid bestond in dit geval wel. In de eerste plaats was onduidelijk of zogenoemde bijzondere situaties onder de gedragscode vielen, waarmee wordt bedoeld op de situatie waarin massawinterverblijfplaatsen of grote kraamverblijf-

<sup>10</sup> Stb. 2021, 22, p. 462.

<sup>11</sup> Ch.W. Backes, L. Boerema, A.A. Freriks, M.M. Kaajan, *Natuurbeschermingsrecht*, Editie 2017, Sdu Uitgevers bv, 2017, p. 249.

<sup>12</sup> HvJEU 7 november 2018, C-293/17 EN C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882.

<sup>13</sup> Punten 87-104.

<sup>14</sup> Punten 105-112.

<sup>15</sup> Punten 113-120.

<sup>16</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, r.o. 75.

plaatsen van drie soorten veel voorkomende vleermuizen of verblijfplaatsen van negen soorten zeldzame vleermuizen worden aangetroffen. De gedachte was dat in zo'n situatie zou moeten worden bezien of aanvullend onderzoek en eventueel een ontheffing nodig was. Dat was te onduidelijk. Ook de lerende werkwijze, waarbij in de loop van de tijd alsdan goedgekeurde typen alternatieve verblijfplaatsen zouden kunnen worden toegevoegd aan de gedragscode, kon niet door de beugel, omdat op het moment van het goedkeuringsbesluit nog niet kon worden beoordeeld of daarmee zou blijven worden voldaan aan de voorwaarden. Ook waren twee categorieën verduurzamingshandelingen onvoldoende duidelijk omschreven om vrijgesteld te kunnen worden in de gedragscode.

### Staat van instandhouding

**15.** Wat resteerde was de vraag of de minister terecht tot het oordeel was gekomen dat de categorale uitzondering in dit geval voldeed aan de drie voorwaarden voor afwijken. Dat was niet zo.

**16.** Om te kunnen bepalen of de gunstige staat van instandhouding in het geding komt, moet eerst een nulmeting worden gedaan. Op het relevante lokale, regionale, landelijke of grensoverschrijdende niveau of niveaus moet worden vastgesteld wat de staat van instandhouding van de betrokken populatie is. Vervolgens moet worden bepaald wat de geografische en demografische impact is die de overtredingen daarop kunnen hebben. De impact moet in beginsel worden beoordeeld op het niveau van het grondgebied van een plaatselijke populatie om vast te stellen wat het - cumulatieve - effect ervan is op de staat van instandhouding van de betrokken populatie op grotere schaal. In dit geval was geen onderzoek gedaan naar de staat van instandhouding van de betrokken vleermuispopulaties en was ook niet bekend hoeveel verblijfplaatsen zouden worden vernield noch was hieraan een maximum gesteld. Er was (dan ook) geen beoordeling gemaakt van de impact van het onbekende aantal afwijkingen op het niveau van lokale populaties vleermuizen en evenmin van het - cumulatieve - effect van deze impact op de staat van instandhouding op grotere schaal. De beoordeling schoot daarmee te kort. Dat gold ook voor de beoordeling ten aanzien van de huismus.

**17.** Volgens de minister werd de gunstige staat van instandhouding desalniettemin gewaarborgd, vanwege de in de gedragscode voorgeschreven werkwijze en overcompensatie van verblijfplaatsen. De Afdeling ging hier om een aantal redenen niet in mee. Zo was niet uitgesloten dat de beoogde overcompensatie op bepaalde plaatsen toch tekort zou schieten, omdat deze was gebaseerd op het aantal te renoveren woningen en niet op het aantal verblijfplaatsen dat zou worden vernield. Dat aantal was immers niet bekend. Ook was ten tijde van het goedkeuringsbesluit nog onzeker welke bevindingen en maatregelen de activiteitenplannen zouden opleveren, of deze bevindingen wel juist zouden zijn omdat deze slechts op quick scans zouden worden gebaseerd en of de omgevingsplannen voor de individuele projecten samen de conclusie zouden kunnen dragen

dat geen afbreuk zou worden gedaan aan de gunstige staat van instandhouding.

**18.** Van belang voor de praktijk is dat het ontbreken van onderzoek ook niet kon worden ondervangen door de voorgeschreven monitoring. De Afdeling signaleerde een aantal tekortkomingen in de monitoring die volgens mij - in ieder geval in theorie - ondervangen zouden kunnen worden, namelijk dat niet alle projecten werden gemonitord en dat de uitkomsten van de monitoring niet leidend hoefden te zijn voor de activiteitenplannen. Van groter belang lijkt mij de overweging dat de monitoring (ook) niet voldeed, omdat deze als doel heeft om achteraf in kaart te brengen wat het effect is van de werkzaamheden en dat bij het nemen van het goedkeuringsbesluit derhalve nog niet vaststond dat geen afbreuk zou worden gedaan aan het streven naar een gunstige staat van instandhouding.<sup>17</sup> Dit doet denken aan de overweging in de PAS-uitspraak, waarin de Afdeling oordeelde dat maatregelen alleen in een passende beoordeling kunnen worden betrokken als de verwachte voordelen daarvan ten tijde van die beoordeling vaststaan en dat dit niet afhankelijk mag zijn van monitoring.<sup>18</sup> In het soortenbeschermingsregime geldt een dergelijke beperking dus ook.

**19.** Door het aantal voortplantings- en rustplaatsen dat mag worden vernield te maximaliseren of door de toegestane overtredingen te beperken tot bepaalde populaties, regio's of seizoenen zou mogelijk wel geborgd kunnen worden dat het gecumuleerde effect van individuele afwijkingen geen afbreuk doet aan de staat van instandhouding van de betreffende soorten.

### Alternatieven

**20.** Ook de alternatieventoets schoot tekort. De alternatieventoets houdt in dat nauwkeurig en toereikend wordt gemotiveerd dat er geen alternatieve maatregel bestaat waarmee de nagestreefde doelstelling op een bevredigende manier kan worden bereikt en die geen of een geringere overtreding van de verbodsbepalingen betekent. De werkwijze van het activiteitenplan moet daarbij worden afgewogen tegen het effect op de staat van instandhouding van de betrokken diersoorten. Een dergelijke afweging was in dit geval niet gemaakt. Dat kon ook niet, omdat niet bekend was hoeveel verblijfplaatsen zouden worden geraakt en wat het effect daarvan zou zijn op de betrokken populaties. Daarmee was het niet mogelijk om een vergelijking te maken van de effecten van de gekozen werkwijze met die van andere werkwijzen, zoals het isoleren van woningen van binnenuit.

### Belang

**21.** Het gebrek aan informatie over de aantallen verblijfplaatsen, effecten op de staat van instandhouding en noodzaak voor de gekozen werkwijze, leidde er ook toe dat de motivering op het punt van het belang tekortschoot.

<sup>17</sup> R.o. 12.6.

<sup>18</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, r.o. 18 en 20.15.

In dit verband moet namelijk niet alleen worden gemotiveerd dat met de beoogde ingrepen een wettelijk belang gemoeid is, maar dit belang moeten ook worden afgewogen tegen het belang van het voorkomen van de aantasting van de verblijfplaatsen. Omdat informatie over de (omvang van de) aantasting in dit geval ontbrak, kon deze afweging niet worden gemaakt.

### Een nieuwe gedragscode?

**22.** Het was met name het gebrek aan ecologische informatie dat de gedragscode de das omdeed. De vraag is natuurlijk of het mogelijk is om een gedragscode voor NOM-renovaties op te stellen die wel aan de voorwaarden voldoet. De Afdeling ziet daarvoor wel mogelijkheden. De in de uitspraak gesignaleerde tekortkomingen geven aanknopingspunten voor het opstellen van een dergelijke gedragscode. De Afdeling geeft nog wat meer handvatten. Centraal staat dat de minister bij het nemen van het goedkeuringsbesluit moet beschikken over de informatie die nodig is om te kunnen beoordelen of de gedragscode voldoet aan de eisen van de Wnb en de Vogel- en Habitatrichtlijn. Wanneer een gedragscode voorziet in een werkwijze die niet uitsluit dat één of meer van de verbodsbepalingen van de artikelen 3.1 en 3.5 van de Wnb worden overtreden en geen beperkingen stelt aan die handelingen, dan is de onderzoekslast, zo geeft de Afdeling aan, zeer groot. De initia-

tiefnemer kan ook in overweging nemen om te kiezen voor een werkwijze die geheel of gedeeltelijk voorkomt dat de verbodsbepalingen van de artikelen 3.1 en 3.5 van de Wnb worden overtreden. Of een werkwijze mogelijk is waarmee de duurzaamheidsambities worden gerealiseerd en aantasting van beschermde dieren en hun verblijfplaatsen wordt voorkomen is echter de vraag. Ik vraag me ook af of de onderzoeksinspanning in dat geval veel kleiner is. Ook dan moet immers duidelijk zijn waar zich welke natuurwaarden bevinden, om de maatregelen daarop af te kunnen stemmen. De Afdeling geeft tot slot mee dat de initiatiefnemer ook in overweging kan nemen om te kiezen voor het beperken van de reikwijdte van de gedragscode, bijvoorbeeld door grenzen te stellen aan de aantallen en de locaties van de handelingen en/of de overtredingen. De Afdeling noemt daarbij expliciet de mogelijkheid van een gedragscode per gebied. Het lijkt mij inderdaad zinvol om deze mogelijkheid te onderzoeken. Daarmee zou namelijk wel kunnen worden voorzien in een gestandaardiseerde aanpak van de renovaties (uit te rollen in meerdere gedragscodes voor meerdere gebieden), terwijl de onderzoekslast beter behapbaar wordt. Hiermee wordt overigens wederom een link gelegd met het Natura 2000-regime, waarin de gebiedsgerichte aanpak ook centraal staat. Wellicht dat hierin ook voor de gedragscode de oplossing ligt.

W. Zwier

## TBR 2021/110

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 30 juni 2021, No. 202003882/1/R3, ECLI:NL:RVS:2021:1395 (Bestemmingsplan Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020)**

(Mr. W.D.M. van Diepenbeek, mr. G.T.J.M. Jurgens en mr. J. Gundelach)

**Activiteitenbesluit milieubeheer: art. 2.17; SMB-richtlijn: art. 2, onder a, art.3, tweede lid, aanhef en onder a**

Bestemmingsplan, windturbinebepalingen, plan of programma, Activiteitenbesluit, milieubeoordeling, exceptieve toetsing

**Met gastnoot R. Benhadi, Red.<sup>1</sup>**

### Overwegingen

#### INLEIDING

**1.** De besluiten van 25 juni 2020 en 30 juni 2020 zijn met toepassing van de gemeentelijke coördinatieregeling uit artikel 3.30 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) gecoördineerd voorbereid en bekend gemaakt. Op de bestreden besluiten is de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) van toepassing.

**2.** De besluiten maken de oprichting van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding mogelijk. Het windpark bestaat uit 16 windturbines, met een maximale ashoogte van 136 m en een maximale rotordiameter van 136 m. Het plaatsingsgebied voor de windturbines ligt direct ten zuiden van en aansluitend op het bestaande windpark Delfzijl Zuid in de gemeente Eemdelta. Het plaatsingsgebied wordt globaal omsloten door de provinciale weg N362 aan de westzijde, het Termunterzijldiep aan de oostzijde en het bestaande windpark Delfzijl Zuid aan de noordzijde.

Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding kent initiatiefnemers die samenwerken via een gezamenlijke entiteit, dat is Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding.

#### OPZET UITSPRAAK

**3.** De Afdeling zal hierna eerst ingaan op de algemene beroepsgronden die gaan over zowel het bestemmingsplan als de omgevingsvergunning. Daarna zullen de beroepsgronden worden besproken die tegen het besluit waarbij het bestemmingsplan is vastgesteld zijn aangevoerd. Vervolgens komt het besluit waarbij een omgevingsvergunning voor het windpark is verleend aan de orde. Daarna zal worden ingegaan op de mogelijkheden om het

<sup>1</sup> Rachid Benhadi is advocaat bij Hekkelman.