

Das & Boom neemt het deze keer op voor de korhoen en de otter

Inleiding

Op 22 mei 2013 deed de Haagse rechtbank uitspraak in een door de Stichting Das & Boom en de Stichting Otterstation Nederland tegen de Nederlandse Staat aangespannen zaak voor het behoud van de otter in ons land (zaaknr. C/09/426350/HA ZA 12-1047). Op 5 juni 2013 deed dezelfde rechtbank uitspraak in een eveneens door de Stichting Das & Boom tegen de Nederlandse Staat aangespannen zaak voor het behoud van de korhoen (zaaknr. C/09/425950/HA ZA 12-1022). Beide uitspraken zijn opgenomen in deze aflevering onder «JM» 2013/102 en «JM» 2013/103.

Korhoenders zijn standvogels die het hele jaar in ons land aanwezig zijn. Hun leefgebied (habitat) bevindt zich op vochtige hoogvenen en heidevelden. Kwamen er van de wilde korhoen in de jaren '70 nog honderden exemplaren in ons land voor, dat aantal is sindsdien snel achteruitgegaan. De wilde korhoen komt in ons land enkel nog in het Natura 2000-gebied de Sallandse Heuvelrug voor. De oorzaken van hun sterk bedreigde status zijn naast klimaatverandering, ruimtegebrek, intensief landgebruik en het ontbreken van verbindingen (corridors) tussen hun leefgebieden. De door de Staat getroffen maatregelen hebben niet kunnen voorkomen dat de soort in ons land steeds verder achteruit gaat en binnen afzienbare termijn dreigt uit te sterven.

Ook de (terug van weggeweest¹) en een tiental jaren geleden met succes opnieuw uitgezette otter is (wederom) een met uitsterven bedreigde soort in ons land. Hij leeft vooral in zoetwatergebieden met voldoende bedekking, zoals rivieren, meren, kanalen, beken en moerassen. De oorzaken voor hun huidige bedreigde status is verdrinking in fuiken, watervervuiling en verkeer. De meeste exemplaren (een vijftigtal) bevinden zich momenteel voornamelijk in Noordwest-Overijssel (Weerribben) en in Friesland, Gelderland en langs de Overijsselse Vecht. Ook voor deze soort geldt dat er extra maatregelen zullen moeten worden getroffen ter voorkoming dat deze soort het loodje legt.

Uitspraak Haagse rechtbank in de korhoen-zaak

Om te beginnen, de meest recente uitspraak van de Haagse rechtbank van 5 juni jongstleden in de korhoen-zaak (zaaknr. C/09/425950/HA ZA 12-1022). Met een beroep op de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn, de Bern Conventie² en de Biodiversiteitsconventie³, vordert Das & Boom van de Nederlandse Staat dat er méér maatregelen worden getroffen om de met uitsterven en enkel nog in het Natura 2000-gebied de Sallandse Heuvelrug voorkomende en sterk bedreigde korhoen te beschermen. Naast een door de richtlijnen beschermde soort, komt de korhoen ook in bijlage III Bern Conventie voor.

De Stichting vordert verbetering en uitbreiding van het huidige leefgebied en bijplaatsing van exemplaren uit andere gebiedsdelen van Europa. De rechtbank wijst de vordering af, omdat de overheid op dit moment reeds alle mogelijke maatregelen heeft genomen en neemt ter voorkoming dat de soort in voornoemd gebied uitsterft. Pas wanneer de populatie weer gaat groeien, zal moeten worden onderzocht of en wanneer het leefgebied van de soort moet worden uitgebreid.

1 De otter was in de tachtiger jaren in ons land uitgestorven (www.zoogdiervereniging.nl).

2 *Trb.* 1980, 60.

3 *Trb.* 1992, 164.

De Sallandse Heuvelrug bevat, zoals vermeld, het laatste broedgebied/de laatste populatie van deze in ons land met uitsterven beschermde soort. De landelijke staat van instandhouding van deze soort is zeer ongunstig⁴. Uitbreiding van deze populatie is dan ook zeer gewenst. De landelijke doelstelling van deze soort is uitbreiding van de omvang en verbetering van de kwaliteit van het leefgebied voor herstel van ten minste 1 sleutelpopulatie van ten minste 40 hanen op de Sallandse Heuvelrug. De gebiedsdoelstelling van dit inmiddels definitief aangewezen Natura 2000-gebied ingevolge zowel de Vogelrichtlijn als Habitatrictlijn sluit hierbij aan. Gestreefd wordt naar meerdere metapopulaties. Voor de soort is zowel een soortbeschermingsplan (1991) als een fauna-beheerplan (2002) opgesteld, waaruit voor het behoud van de soort op lange termijn de noodzaak van verbetering en vergroting van het kernleefgebied onderstreept wordt.

Uit een rapport van Alterra (2004) blijkt genetische verarming binnen de populatie op de Sallandse Heuvelrug en wordt eveneens aanbevolen om het bestaande leefgebied te verbeteren en te vergroten. Een andere mogelijkheid is toevoeging van exemplaren uit wilde populaties of gefokte korhoenders uit de Nederlandse populatie. Doordat de Nederlandse populatie genetisch gedifferentieerd is geraakt, is er naast praktische problemen een groot risico dat de bijplaatsing niet slaagt.

Duidelijk is dat voor het duurzaam behoud meerdere metapopulaties nodig zijn. Uit een (concept) rapport van Alterra van januari 2012 blijkt dat ondanks de vele maatregelen ter bescherming van de korhoenpopulatie de soort in Nederland met uitsterven wordt bedreigd en bijplaatsing van wilde korhoenders uit andere Europese gebieden gewenst is. Hiervoor heeft het ministerie van Economische Zaken (EZ) april 2012 toestemming verleend voor deze volgens het ministerie 'juiste oplossing'.

Rekening houdende met het voorgaande, vordert Das & Boom, onder andere, dat de Staat er voor zorgt dat het bestaande leefgebied van de korhoen op een dusdanige wijze beheerd wordt dat het geschikt leefgebied blijft en waar nodig geschikt wordt gemaakt voor het korhoen; dat 115 ha grond in de provincie Overijssel (Zunasche Heide) als geschikt leefgebied wordt ingericht en dat dit door middel van een ecologische verbindingzone met het leefgebied op de Sallandse Heuvelrug wordt verbonden; dat de heideterreinen Lemel & Archemerberg, Borkeld en Wierdenseveld volgens de meest recente kennis en inzichten worden ingericht als geschikt leefgebied voor het korhoen en dat deze door middel van ecologische verbindingzones worden verbonden met het reeds bestaande leefgebied op de Sallandse Heuvelrug; dat drie andere gebieden worden ingericht als geschikte leefgebieden voor metapopulaties van elk tenminste 50 hanen, van voldoende omvang en wederom door ecologische verbindingzones met het leefgebied op de Sallandse Heuvelrug verbonden worden. Ook vorderen zij bijplaatsing en uitzetting van wilde en genetisch niet verwante exemplaren in een dusdanig aantal en op een dusdanige wijze dat acuut uitsterven en verdergaande genetische verarming van de populatie worden voorkomen.

Volgens Das & Boom handelt de Staat onrechtmatig wegens schending van de (artikelen 5 en 8, sub f, van de) Biodiversiteitsconventie, de (artikelen 2, 4, 9 en 11 van de) Bern Conventie, de (artikelen 2, 3, 4, 5 en 9 van de) Vogelrichtlijn, de (artikelen 6 en 12 van de) Habitatrictlijn, de (artikelen 2, 7, 9 en 75) Flora- en faunawet en de (artikelen 10a e.v. van de) Nbw 1998. Op grond van deze regelgeving is de Staat immers gehouden om speciale beschermingszones (Natura 2000-gebieden) voor het korhoen aan te wijzen en daarin instandhoudingsmaatregelen te nemen die nodig zijn om de soort in staat te stellen om in zijn verspreidingsgebied voort te bestaan en zich voort te planten. Ook is de Staat gehouden om maatregelen te nemen om achteruitgang van de kwaliteit van de korhoen-habitat en het optreden van storende factoren te voorkomen. De overheid, aldus Das & Boom, laat na de nodige maatregelen te nemen om het korhoen in staat te stellen in

4 Het Natura 2000 profielendocument is een achtergronddocument van het ministerie van EZ (voorheen ministerie van LNV). Dit profielendocument bevat de profieldocumenten van de habitattypen (Bijlage I Habitatrictlijn), de habitatoorten (Bijlage II Habitatrictlijn) en de vogelsoorten (Vogelrichtlijn). Het betreft in totaal 51 habitattypen, 36 habitatoorten en 95 vogelsoorten. Zie: <http://www.synbiosys.alterra.nl/natura2000/gebiedendatabase.aspx?subj=profielen>.

ons land te overleven en verzuimt (tijdig) uitvoering te geven aan de voor de staat van instandhouding van het korhoen noodzakelijke uitbreiding van het leefgebied van het korhoen. Het verweer van de Staat is dat hij niet gedwongen kan worden tot het treffen van specifieke maatregelen en zelf mag vaststellen welke maatregelen passend en noodzakelijk zijn om het korhoen in ons land in een gunstige staat van instandhouding te brengen/houden. Met de getroffen beheermaatregelen en onderzoeken zou de Staat aan zijn beschermingsplicht voldoen. De rechtbank oordeelt dat de door Das & Boom gevorderde maatregelen onder het bereik van artikel 6, lid 2, Habitatrictlijn vallen. De mede door Das & Boom aan haar vorderingen ten grondslag gelegde verdragsbepalingen laat de rechtbank buiten beschouwing, nu de ingeroepen verdragsbepalingen, voor zover daarop al een rechtstreeks beroep kan worden gedaan, met betrekking tot de gevorderde maatregelen volgens haar niet meer of andere rechten toekennen dan het bepaalde in artikel 6, lid 2, Habitatrictlijn. De rechtbank onderbouwt dit oordeel echter niet en staat niet stil bij de door Das & Boom naar voren gebrachte verdragsbepalingen. Het is dan ook de vraag of de aangehaalde artikelen van het Biodiversiteitsverdrag (artikelen 5 en 8, sub f) en de Bern Conventie (artikelen 2, 4, 9 en 11) in vergelijking met artikel 6, lid 2, Habitatrictlijn geen verdergaande of aanvullende maatregelen van partijen verlangen.

Het beroep op artikel 5 van het Biodiversiteitsverdrag kan ik niet zo goed plaatsen. Deze bepaling is gewijd aan de samenwerking tussen partijen en bevat geen een ieder verbindende⁵ bepalingen ter (directe) bescherming van, in dit geval, de korhoen. Ingevolge artikel 8 van het Biodiversiteitsverdrag dient elke Verdragsluitende Partij, voor zover mogelijk en passend, de in sub a tot en met m, opgesomde, zogenaamde 'behoud in situ'-maatregelen ter bescherming van de biologische diversiteit, te treffen. Onder 'behoud in situ' dient ingevolge artikel 2 van het verdrag te worden verstaan 'het behoud van ecosystemen en natuurlijke habitats en de instandhouding en het herstel van levensvatbare populaties van [in het wild levende] soorten in hun natuurlijke omgeving'.⁶ Door de zinsnede 'voor zover mogelijk en passend' leent deze bepaling zich naar mijn mening niet voor directe toepassing.⁷

Dan de bepalingen van de Bern Conventie. Ingevolge artikel 2 van deze Conventie nemen partijen de nodige maatregelen om de populaties van in het wild voorkomende dier- en plantensoorten te handhaven of te brengen op een niveau dat met name overeenkomt met hetgeen vanuit ecologisch, wetenschappelijk en cultureel standpunt is vereist, daarbij rekening houdend met de vereisten op economisch en recreatief gebied en met de behoeften van ondersoorten, variëteiten of vormen die plaatselijk worden bedreigd. Zoals verdedigd in mijn hiervoor aangehaald proefschrift⁸, dienen partijen ingevolge deze bepaling in ieder geval te voorkomen dat de in het wild voorkomende dier- en plantensoorten met uitsterven worden bedreigd. Ook de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn verlangen dit. Artikel 2 Bern Conventie is echter een kaderbepaling, nader uitgewerkt in de artikelen 4 (en volgende) van de Conventie. Een direct beroep voor de rechter slaagt dan ook eerder op artikel 4 van de Conventie. Ingevolge artikel 4, lid 1, Bern Conventie neemt iedere partij passende en noodzakelijke maatregelen in de vorm van wetten en voorschriften om de leefmilieus van de in het wild voorkomende dier- en plantensoorten te beschermen, in het bijzonder van de soorten genoemd in de bijlagen I en II, en om de bedreigde natuurlijke leefmilieus in stand te houden. Onder 'bescherming' dient volgens Resolutie no. 1 (1989) bij de Conventie te worden verstaan de maatregelen ter handhaving, en, waar passend, het herstel of de verbetering van de abiotische en biotische kenmerken van de

5 Zie artikelen 93-94 Grondwet.

6 Zie voor een uitgebreide bespreking en analyse van de door de Biodiversiteitsconventie (en andere door Nederland geratificeerde natuurbeschermingsverdragen, waaronder ook de Bern Conventie) geboden beschermingsregimes mijn proefschrift, *De doorwerking van natuurbeschermingsverdragen in de Europese en Nederlandse rechtsorde*, 2011 (hierna: Zijlmans 2011), uitgegeven door SDU, ISBN nr. 978 90 12 38760 6, hfd. 3.

7 Zijlmans 2011, hfd. 3, par. 6.2.1.1.

8 Zijlmans 2011, hfd. 3, par. 2.2.1.1.

habitats van soorten of natuurlijke leefmilieus, alsmede de controle op activiteiten die indirect tot aantasting van deze leefmilieus leiden, met inbegrip van leefgebieden van belang voor de trekkende soorten in bijlagen II en III, zelfs indien die leefgebieden buiten de jurisdictie van betrokken partij liggen. De zinsnede 'in het bijzonder' impliceert dat ook voor andere soorten dan genoemd in de bijlagen I en II – en dus ook soorten in bijlage III, waaronder de korhoen – passende maatregelen genomen moeten worden. Ingevolge voornoemde Resolutie zijn de te treffen maatregelen enkel 'passend' indien zij de instandhouding van de habitats van soorten en natuurlijke habitats kunnen 'verzekeren'.

Artikel 4, lid 1, van de Bern Conventie werkt via, onder andere, artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn, zoals omgezet in de Nbw 1998, door.⁹ De uitzonderingsbepaling in artikel 9 Bern Conventie waarnaar Das & Boom verwijst werkt niet via artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn, maar via de algemene uitzonderingsbepalingen in artikel 9 Vogelrichtlijn en artikel 6 Habitatrichtlijn door.¹⁰

Ten slotte het door Das & Boom naar voren gebrachte artikel 11 van de Bern Conventie. Ik ga ervan uit dat daarmee bedoeld wordt op de herintroductiebepaling in lid 2, sub a, van artikel 11. Het bepaalde in lid 1 van artikel 11 bevat namelijk een coördinatiebepaling en het bepaalde in lid 2, sub b, een exotenregeling. Ingevolge de herintroductiebepaling in artikel 11, lid 2, sub a, verbindt iedere partij zich te bevorderen dat de in het wild voorkomende inheemse dier- en plantensoorten opnieuw worden uitgezet, doch enkel wanneer deze maatregel zal bijdragen tot de instandhouding van een soort die met uitsterven wordt bedreigd en mits eerst wordt bestudeerd of een zodanige maatregel doeltreffend en aanvaardbaar is. Door het werkwoord 'bevorderen', maar ook door de voorwaarde dat eerst wordt bestudeerd of een dergelijke maatregel doeltreffend en aanvaardbaar is, biedt deze bepaling naar mijn mening te weinig houvast om voor de rechter te kunnen worden afgedwongen.¹¹

Rekening houdende met het voorgaande, klopt de redenering van de rechtbank in dit verband naar mijn mening niet. Enkel het bepaalde in artikel 4, lid 1, van de Bern Conventie is vergelijkbaar met het bepaalde in artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn, zij het dat daarmee ook aan andere soorten bescherming wordt geboden dan het bepaalde in artikel 6 Habitatrichtlijn, dat enkel op de soorten in de bijlagen I en II van de richtlijn van toepassing is, waarvoor Natura 2000-gebieden zijn aange-
wezen/aangemeld en op de communautaire lijst geplaatst.

Aangezien de overige verdragsbepalingen in deze zaak niet, althans niet direct, relevant zijn, of geen of onvoldoende houvast aan de rechter bieden, is het uiteindelijk wel terecht dat de rechtbank zich in deze zaak beperkt tot het dwingende verbod ingevolge artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn op het met passende maatregelen voorkomen van kwaliteitsverslechtering (habitats) en/of significante verstoring (soorten) in Natura 2000-gebieden. Dat neemt niet weg dat ze voor de volledigheid eerst nader had moeten stilstaan bij de door Das & Boom naar voren gebrachte verdragsbepalingen welke eveneens deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde.¹²

Zoals de rechtbank terecht opmerkt, bevat artikel 6, lid 2, een resultaatverplichting. Het is met andere woorden, niet afdoende aan te tonen dat de nodige inspanningen zijn verricht. Er wordt een bepaald resultaat verlangd. Er dienen zonodig ook positieve (beheers)maatregelen te worden getroffen ter voorkoming van, in dit geval, kwaliteitsverslechtering van de habitats van de korhoen op de Sallandse Heuvelrug, ook indien de oorzaak van de achteruitgang buiten de mens om ligt en te wijten is aan bijvoorbeeld natuurlijke ontwikkelingen als klimaatverandering.

De hamvraag is echter of Das & Boom de Staat kan verplichten tot het treffen van bepaalde concrete maatregelen. Het is aan de Staat om te beoordelen welke maatregelen in het gegeven geval passend zijn, daarbij uiteraard rekening houdende met de instandhoudingsdoelstelling van de Habitat-

9 Zijlmans 2011, hfd. 3, par. 2.2.2.1.

10 Zijlmans 2011, hfd. 3, par. 2.4.

11 Zijlmans 2011, hfd. 3, par. 2.3.1.7.

12 Zie uitgebreid over deze zogenaamde 'interne werking' van het geschreven (en ongeschreven) internationale recht, Zijlmans 2011, hfd. 2.

richtlijn/Vogelrichtlijn. 'Naarmate de staat van instandhouding ongunstiger wordt, neemt de discretionaire ruimte af', aldus de rechtbank. Een achteruitgang van de instandhouding verhoogt immers de urgentie tot het treffen van herstelmaatregelen' (r.o. 5.5). Ook moeten de maatregelen effectief zijn, zij het dat de verplichting tot het treffen van maatregelen zijn begrenzing vindt in de proportionaliteit van die maatregelen en dat dus niet het onmogelijke kan worden geveerd. Vooralsnog heeft de Staat zich toegelegd op het behoud en de uitbreiding van de aanwezige sleutelpopulatie op de Sallandse Heuvelrug en zich als doel gesteld om deze habitat geschikt te maken voor een groep van 40 hanen. Het aanwezige leefgebied biedt daarvoor blijkbaar de ruimte. De beheermaatregelen zijn dan ook op verbetering van het bestaande leefgebied gericht, zij het dat ze uiteindelijk niet het gewenste effect hebben gesorteerd. Daarom heeft de Staat besloten tot bijplaatsing en worden er maatregelen binnen het bestaande leefgebied getroffen om mogelijke oorzaken, zoals kuikensterfte, predatiedruk en menselijke verstoring, tegen te gaan.

Hiermee rekening houdende, concludeert de rechtbank dat de Staat voldoet aan de hem opgedragen verplichting tot het treffen van positieve beheermaatregelen om achteruitgang van de staat van instandhouding van de korhoen binnen het bestaande leefgebied op de Sallandse Heuvelrug tegen te gaan. Uit wetenschappelijk onderzoek en het profieldocument volgt echter dat een gunstige staat van instandhouding van het korhoen eerst kan worden bereikt wanneer er binnen Nederland minimaal vijf sleutelpopulaties bestaan van ieder tenminste 50 hanen. De vraag is dan ook of het de Staat onder de gegeven omstandigheden vrij staat om zich voornoemd beperkt doel te stellen. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend. Hoewel het op de lange termijn aangewezen is om het bestaande leefgebied van het korhoen uit te breiden om voor deze een gunstige staat van instandhouding te bereiken, kan het treffen van deze maatregel op dit moment in redelijkheid niet van de Staat worden geveerd, omdat uitbreiding van het bestaande leefgebied niet een effectieve maatregel is om het korhoen onder de huidige omstandigheden voor uitsterven te behoeden. Dat effect kan alleen worden verwacht van de maatregel van bijplaatsing. Pas wanneer de korhoenpopulatie werkelijk zal groeien, doet zich volgens de rechtbank de vraag voor op welk moment – mede voor het behoud en herstel van de populatie – een start moet worden gemaakt met de uitbreiding en inrichting van nieuw leefgebied, al dan niet gepaard gaande met uitzetting van korhoenders in die gebieden. De vorderingen van Das & Boom zijn volgens de rechtbank dan ook prematuur.

Ik ben geen ecoloog en kan niet oordelen of in dit geval het bijplaatsen van exemplaren voor de instandhouding van de korhoen de meest effectieve maatregel is, maar wordt de groei van de korhoenpopulatie niet mede bepaald door het aanbod van méér geschikte leefgebieden? Verlangt artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn niet dat de lidstaten *alle* passende (negatieve en positieve) maatregelen neemt ter voorkoming dat door kwaliteitsverslechtering van hun habitats de korhoen in ons land dreigt uit te sterven? Naast verbetering van het huidige leefgebied en bijplaatsing van wilde exemplaren, zouden er naar mijn mening ook additionele leefgebieden moeten worden gecreëerd, waar eveneens wilde exemplaren kunnen worden uitgezet. Het lijkt mij voor de hand liggen dat ter bevordering van de uitwisseling tussen de populaties er ook corridors tussen de leefgebieden worden aangelegd. Ik heb dan ook moeite met de conclusie van de rechtbank dat de wijze waarop de Staat thans uitvoering geeft aan artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn niet dwingt tot het treffen van de door Das & Boom gevorderde maatregelen. Wat de aanleg van corridors aangaat, wil ik graag wijzen op het bepaalde in artikel 8, sub e, van de Biodiversiteitsconventie, op grond waarvan partijen een ecologisch verantwoord en duurzame ontwikkeling in gebieden die grenzen aan beschermde gebieden dienen te bevorderen, teneinde de bescherming van die gebieden te verbeteren. Weliswaar gaat het hier (zoals uit het

werkwoord 'bevorderen' kan worden afgeleid) niet om een plicht tot het ontwikkelen van (robuuste) verbindingzones. Desalniettemin zal Nederland als partij en als lidstaat in ieder geval met deze verdragsbepaling rekening moeten houden.¹³

Uitspraak Haagse rechtbank in de otter-zaak

Vervolgens de enigszins vergelijkbare uitspraak van dezelfde rechtbank d.d. 22 mei 2013 in de eveneens tegen de Nederlandse Staat door Das & Boom en de Stichting Otterstation Nederland aanhangig gemaakte zaak ter bescherming van de otter (zaaknr. C/09/426350/HA ZA 12-1047). De otter, die aanvankelijk in 1988 in ons land als uitgestorven werd beschouwd, komt, na diverse (herstel)maatregelen en een herintroductieprogramma, nu weer in met name Friesland, Overijssel, Flevoland en Gelderland voor.

De otter is een bijlage II en bijlage IV Habitatrichtlijnsoort, waarop dus zowel het gebieds- als soortenbeschermingsregime van toepassing is. Ook komt de otter in bijlage II Bern Conventie voor en is ingevolge artikel 4, lid 1, Ffw een beschermde inheemse diersoort. Verder is de otter opgenomen op de (Nederlandse) doelsoortenlijst (een indicator voor natuurkwaliteit) en een rode lijst-soort (artikel 7, lid 1, Ffw). Voor de otter is vooralsnog geen Natura 2000-gebied aangewezen. Om de levensvatbaarheid van de otterpopulatie te vergroten, heeft Alterra aanbevolen om, onder andere, de verkeersknelpunten aan te passen, migratieroutes naar naburige populaties in te richten, bijplaatsing ter vergroting van genetische variatie, het creëren van een tweede kernpopulatie, monitoring en maatregelen ter voorkoming van bijvangst.

Das & Boom en Otterstation Nederland worden door de rechtbank gedeeltelijk in het gelijk gesteld. Naast monitoring van het aantal exemplaren en hun bewegingen, moet de overheid volgens de rechtbank méér doen om te voorkomen dat otters verkeersslachtoffers worden. De vorderingen van de Stichtingen inzake het treffen van maatregelen ter voorkoming van de zogenaamde bijvangst (bijvoorbeeld in visuiken) worden echter afgewezen, omdat onvoldoende is aangetoond dat de bijvangst als zodanig een groot negatieve effect op de otterstand heeft.

Het verweer in deze zaak is eveneens dat de Staat niet gedwongen kan worden tot het treffen van specifieke maatregelen/lees: een ruime beoordelingsvrijheid heeft om vast te stellen welke maatregelen passend en noodzakelijk zijn om de otter in ons land in een gunstige staat van instandhouding te brengen/houden. Met de getroffen maatregelen en onderzoeken zou de Staat aan zijn beschermingsplicht voldoen.

Ook in deze zaak leggen appellanten naast schendingen van de bepalingen van de Habitatrichtlijn, Nbw 1998 en Ffw, aan hun vorderingen schending van het Biodiversiteitsverdrag (artikelen 5 en 8, onder f) en het Verdrag van Bern (artikelen 2, 4, 6, 9 en 11) ten grondslag. Ik verwijs in dit verband naar mijn opmerkingen in paragraaf 2 hiervoor dat de rechtbank in dezen kan volstaan met een toetsing aan de relevante bepalingen van de richtlijnen, zoals omgezet in de Nbw 1998 en Ffw.

De rechtbank staat met name stil bij het bepaalde in artikel 11 en 12, lid 4, Habitatrichtlijn. Hierbij houdt zij rekening met de preambule van de richtlijn, jurisprudentie van het HvJEU en de 'Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC', van de Commissie.

Ingevolge artikel 11 Habitatrichtlijn dienen de lidstaten ten behoeve van door de richtlijn binnen en buiten Natura 2000-gebieden beschermde soorten wetenschappelijk en technische onderzoek te verrichten. Uit deze bepaling, zoals nader uitgewerkt in artikel 7, lid 2, Ffw, vloeit een stelselmattige en permanente plicht tot het monitoren van de staat van instandhouding van de habitats en soorten van communautair belang voort. Deze bepaling is nader uitgewerkt in artikel 12, lid 4, Habitatrichtlijn dat voorschrijft dat de lidstaten een systeem van toezicht instellen op het bij toeval vangen en doden van de diersoorten, genoemd in bijlage IV, letter a. Artikel 12 Habitatrichtlijn, zoals uitgewerkt in de artikelen 7 en 9 tot met 12 Ffw, verplicht de lidstaten om in het natuurlijke

13 Zie in dit verband, L. Squintani en J. Zijlmans, Milieu & Recht, 'Nationale koppen' en de doorwerking van Natuurbeschermingsverdragen, Milieu en Recht, 2013/35, par. 3.2.3.

verspreidingsgebied van een bijlage IV-diersoort, waaronder de otter, maatregelen te treffen voor de instelling van een systeem van strikte bescherming. Zoals uitgelegd door het HvJEU in de zaak C-383/09 (Commissie/Frankrijk¹⁴, verplicht artikel 12, lid 1, Habitatrichtlijn niet alleen tot het vaststellen van een volledig rechtskader, maar ook tot het tenuitvoerleggen van concrete en specifieke beschermingsmaatregelen en tevens tot het vaststellen van coherente en preventieve maatregelen. Met name de conclusies van de AG¹⁵ bij voornoemde uitspraak zijn verhelderend voor een uitleg van artikel 12, lid 1, Habitatrichtlijn: ‘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.’ (par. 37).

Rekening houdende met het voorgaande, oordeelt de rechtbank dat uit voornoemde richtlijn-bepalingen voortvloeit dat de grenzen van de aan de Staat gegeven beoordelingsvrijheid duidelijk zijn gesteld. Dat brengt mee dat de Staat gebonden is aan de verplichtingen op grond van de Habitatrichtlijn en dat de Stichtingen naleving daarvan kunnen afdwingen hetzij met een beroep op richtlijnconforme interpretatie van de Ffw, hetzij via een beroep op de rechtstreekse werking van de artikelen 11 en 12 Habitatrichtlijn.

Weliswaar is de rechtbank van oordeel dat aan de Staat in dit verband discretionaire ruimte toekomt, maar die ruimte is niet onbeperkt. Uitgangspunt is dat de Staat bijdraagt aan de verwezenlijking van de doelstelling van de Habitatrichtlijn, namelijk het behoud en herstel van de gunstige staat van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna in Europa. Het staat de Staat vrij om te bepalen welke maatregelen hij kiest voor de uitvoering van de onder de richtlijn bestaande verplichtingen, maar die vrijheid mag er niet toe leiden dat hij daarmee de grenzen van de hem gegeven beoordelingsbevoegdheid overschrijdt. Verder kan de discretionaire ruimte onder druk komen te staan door bijvoorbeeld factoren als de slechte staat van instandhouding van de soort, wat de urgentie van het treffen van maatregelen vergroot, de proportionaliteit en de effectiviteit van de mogelijke maatregelen. Tegen deze achtergrond moeten de door de Stichtingen gevorderde maatregelen dan ook worden beoordeeld, aldus de rechtbank.

Vervolgens gaat de rechtbank uitvoerig na of de Staat de door de Stichtingen aangevoerde maatregelen (waaronder monitoring, het creëren van geschikt leefgebied en bijplaatsing) al dan niet (in voldoende mate) heeft getroffen.

De Staat wordt uiteindelijk door de rechtbank geboden tot het monitoren van (de samenstelling en bewegingen van) de aantallen otters in ons land en tot het oplossen van de knelpunten in en tussen de otterleefgebieden door het realiseren van ottervriendelijke voorzieningen en tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van het doodrijden van otters door gevaarlijke verkeerspunten (‘hotspots’).

Ter afsluiting

14 «JM» 2011/98, m.nt. Zijlmans.

15 «JM» 2011/36, m.nt. Zijlmans.

Wie eenmaal de bals van de korhoen of het speelse gedrag van de otter heeft mogen aanschouwen, beseft dat hun uitsterven een heuse verarming van de toch al spaarzame natuur in ons land is. De overheid dient dan ook alle passende maatregelen te treffen voor de duurzame instandhouding van deze rode lijst-soorten.

Het is niet duidelijk waarom de met uitsterven bedreigde korhoen de rechtbank er niet toe heeft kunnen bewegen de door Das & Boom gevorderde additionele maatregelen te honoreren. Met de huidige maatregelen zal de soort het hoogstwaarschijnlijk niet redden. De otter heeft wat meer geluk, doordat de rechtbank een deel van de vorderingen wel heeft gehonoreerd.

Indien Nederland nalaat de nodige maatregelen te treffen voor de duurzame instandhouding van deze soorten, kan de Europese Commissie ons land hierop aanspreken en de zaak eventueel bij het HvJEU aanhangig maken. Indien het Hof de mening is toegedaan dat er onvoldoende maatregelen tot behoud van deze soorten zijn getroffen, en die maatregelen vervolgens wederom uitblijven, riskeert ons land een veroordeling tot het betalen van een (fikse!) dwangsom. Dergelijke dwangsommen zijn beduidend hoger dan de kosten die gepaard gaan met het treffen van de niet door de rechtbank gehonoreerde (additionele) beschermingsmaatregelen!¹⁶

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

16 De auteur is senior juridisch adviseur Europees & internationaal (natuurbeschermings)recht bij Rijkswaterstaat, Corporate Dienst, Afdeling Expertise. Dit artikel is op strikt persoonlijke titel geschreven.