STAB OGR
OMGEVINGSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

De Habitatrichtlijn en de rustende veldhamster

mr. drs. Fleur Onrust

Annotatie bij European Court of Justice (ECJ), 02-07-2020, ECLI:EU:C:2020:517 (OGR-2020-0164)

Annotatie bij HvJEU 2 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:517.

Op 2 juli 2020 heeft het Hof van Justitie van de EU een interessant arrest gewezen. In dit arrest wordt nadere invulling gegeven aan het begrip 'rustplaatsen' als bedoeld in artikel 12 van de Habitatrichtlijn (Hrl). Eigenlijk is er over de juridische uitleg van dat begrip maar weinig bekend. En aangezien Nederland in de Wet natuurbescherming (Wnb) hetzelfde begrip 'rustplaats' (art. 3.5 lid 2 Wnb) kent, is deze uitleg ook voor Nederland relevant.

Spoiler: Het Hof overweegt dat wanneer de kans voldoende groot is dat een soort zal terugkeren naar de rustplaatsen, de bescherming van 'rustplaatsen' in artikel 12 van de Hrl ook ziet op rustplaatsen die niet meer worden bewoond.

Wat was er aan de hand?

De eigenaar van het terrein in Oostenrijk was bekend met de aanwezigheid van veldhamsters op zijn terrein. Voordat de bouwactiviteiten werden aangevangen, heeft een milieukundige daarom de ingangen van de hamsterburchten in kaart gebracht en in een welbepaalde zone aangegeven of deze holen al dan niet bewoond werden. Vervolgens heeft de projectontwikkelaar vóór de uitvoering van de werkzaamheden de vegetatielaag laten weghalen, de bouwplaats laten vrijmaken en vlak bij de ingangen van de hamsterburchten een bouwwerfpad laten aanleggen. Met het verwijderen van de vegetatielaag hoopte men dat de veldhamster zou vertrekken van die terreindelen. Voor het weghalen van de vegetatie en het

vrijmaken van de bouwplaats was vooraf geen toestemming bij de bevoegde autoriteit aangevraagd. Bij de werkzaamheden werden minstens twee burchtingangen vernield. Vervolgens krijgt een werknemer van de projectontwikkelaar een geldboete opgelegd in een administratieve procedure, omdat hij in het kader van een bouwproject voortplantings- of rustplaatsen zou hebben beschadigd of vernield van de veldhamster (*Cricetus cricetus*), die op de lijst staat van beschermde diersoorten in Bijlage IV, onder a van de Hrl.

Welke vraag stond er centraal?

Artikel 12, eerste lid, onder d van de Hrl verbiedt de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen van beschermde soorten. De verwijzende rechter heeft (onder meer) de vraag voorgelegd of artikel 12, eerste lid, onder d van de Hrl, aldus moet worden uitgelegd dat het begrip 'rustplaatsen' in deze bepaling ook ziet op rustplaatsen die niet meer worden bewoond door – in dit geval – de veldhamster. Door het weghalen van de vegetatie waren de veldhamsters immers vertrokken. Binnen de Wnb betreft dit dus een diersoort, beschermd op grond van artikel 3.5 van de Wnb e.v., en overtreding van het verbod zoals neergelegd in artikel 3.5, vierde lid van de Wnb. Het vierde lid van artikel 3.5 luidt: 'Het is verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren als bedoeld in het eerste lid te beschadigen of te vernielen.'

En wat overweegt het Hof?

Het Hof overweegt dat wanneer de kans voldoende groot is dat een soort zal terugkeren naar de rustplaatsen, de bescherming van 'rustplaatsen' in artikel 12 van de Hrl ook ziet op rustplaatsen die niet meer worden bewoond. Kortom, hier zien we in feite een uitspraak vergelijkbaar met de jurisprudentielijn die wordt gehanteerd bij vogels met jaarrond beschermde nesten, maar nu voor soorten, beschermd op grond van Bijlage IV van de Hrl (art. 3.5 e.v. Wnb soorten).

Hoe komt het Hof tot haar oordeel?

Het Hof merkt op dat niet alleen opzettelijke handelingen zijn verboden, maar ook niet-opzettelijke handelingen. Daarbij wordt verwezen naar het HvJ EU-arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C|6/04, EU:C:2005:626, punten 77|79. Het verbod is opgenomen in artikel 12, vierde lid van de Hrl.

Dit is in Nederland niet anders. Het woord 'opzettelijk' is uitdrukkelijk niet opgenomen in het verbod op het beschadigen of vernielen van voortplantingsplaatsen of rustplaatsen voor soorten, beschermd op grond van artikel 3.5 van de Wnb (Bijlage IV van de Hrl).

Een groot deel van de andere verbodsbepalingen uit de Hrl en de Vogelrichtlijn (Vrl) (en Wnb) ziet alleen op opzettelijke handelingen. Al moet wel worden opgemerkt dat 'opzet' hier 'voorwaardelijke opzet betreft'. Voorwaardelijke opzet is uitdrukkelijk niet gelijk aan de uitleg van het begrip 'opzet' in het normale spraakgebruik. Bij voorwaardelijke opzet verricht iemand een handeling waarbij hij/zij welbewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn/haar gedraging leidt tot overtreding van het verbod, zonder zelfs maar de intentie te hebben om dat effect op te laten treden. Bijvoorbeeld het laten draaien van een windmolen kan soms als voorwaardelijke opzet van het verbod op het doden van sommige vogelsoorten worden beschouwd.

Het Hof stelt vast dat de Hrl geen definitie van het begrip 'rustplaats' bevat (ook de Wnb kent geen definitie). Het Hof overweegt dat het verbod waarin artikel 12, eerste lid, onder d van de Hrl voorziet, niet rechtstreeks betrekking heeft op de diersoorten maar op de bescherming van belangrijke delen van hun habitat. Het Hof meent dat strikte bescherming waarvan de Hrl uitgaat, ertoe strekt het behoud van belangrijke delen van de habitat van beschermde diersoorten te verzekeren, zodat zij in de essentiële voorwaarden verkeren om onder meer te rusten.

Het Hof betrekt bij haar oordeel de richtsnoeren van de Commissie, waarin duidelijk wordt dat rustplaatsen, 'voor het bestaan van een dier of groep van dieren essentiële zones (...) 'moeten worden beschermd, zelfs wanneer [ze] niet worden gebruikt maar er redelijkerwijs een grote kans bestaat dat de betrokken soort terugkeert naar deze (...) zones'. [tekst tussen haakjes toevoeging FO]

Het Hof oordeelt daarom dat uit de context van artikel 12, eerste lid, onder d van de Hrl blijkt dat rustplaatsen die niet meer worden ingenomen door een beschermde diersoort, niet mogen worden beschadigd of vernield wanneer die soorten *kunnen* terugkeren naar die plaatsen.

Vogels met een jaarrond beschermd nest vergelijkbaar met de rustplaats van de veldhamster?

De overweging van het Hof dat een rustplaats ook bescherming geniet als deze is verlaten, maar er redelijkerwijs een grote kans bestaat dat de soort terugkeert doet, zoals gezegd, denken aan de overwegingen van het Hof en de Nederlandse bestuursrechter over jaarrond beschermde nesten. Dit oordeel over rustplaatsen van - in dit geval - de veldhamster geldt ook voor andere Bijlage IV Hrl soorten, zoals in Nederland aangewezen op grond van artikel 3.5 Wnb. Overigens is dit oordeel over de status van rustplaatsen als bedoeld in artikel 12 Hrl nooit eerder zo duidelijk neergelegd in een uitspraak.

Wat zijn de verschillen en overeenkomsten, tussen het oordeel in dit arrest over de (tijdelijk)

verlaten 'rustplaats' en de jurisprudentie over jaarrond beschermde nesten?

Reeds langere tijd zien we dat bij vogels voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overtreding van het verbod om nesten te vernielen of beschadigen (art. 3.1 lid 2 Wnb), van belang wordt geacht of de betreffende vogelsoort jaarlijks terugkeert naar datzelfde nest. Indien dat het geval is, geniet het nest namelijk jaarrond bescherming op grond van de Vrl (en Wnb). Dit werd voor het eerst uitgemaakt in het arrest van het HvJ EG van 27 april 1988 (zaak C-252/85). In dit arrest stond een Franse regeling centraal waarin nesten van bepaalde vogels slechts buiten het jachtseizoen werden beschermd, omdat de betrokken soorten niet tijdens het jachtseizoen zouden nestelen. Het Hof overwoog hierover dat de verboden van artikel 5, aanhef en onder b en c van de Vrl zonder beperking in de tijd dienen te gelden. Volgens het Hof is een ononderbroken bescherming van het leefgebied van vogels noodzakelijk, omdat veel soorten de in vorige jaren gebouwde nesten jaarlijks opnieuw benutten. De opheffing van deze bescherming gedurende een hele periode van het jaar kan dus niet verenigbaar met die verboden worden geacht.

Maar hoe weet een initiatiefnemer of het bevoegd gezag of een vogel voornemens is om in het volgende jaar weer gebruik te maken van hetzelfde nest? Daarvoor is ecologisch advies/onderzoek nodig. Maar daarnaast is er voor vogels ook enig houvast voor de beantwoording van de vraag of de betreffende vogelsoort een jaarrond beschermd nest kent, namelijk in de vorm van de zogenoemde 'lijst met jaarrond beschermde vogels'. Al in 2009 werd door de Dienst Regelingen (namens de minister van LNV, later door EZ) een lijst bekendgemaakt waarop vogelsoorten stonden waarvan de nesten in ieder geval jaarronde bescherming toekwam. Ook werden op deze lijst vogels genoemd waarvan de nesten 'onder omstandigheden jaarronde bescherming' genoten (de zogenoemde categorie 5). Deze lijst had geen wettelijke status, maar tot de uitspraak van de Afdeling van 7 februari 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:288) was nog nooit geoordeeld dat een vogel die wel op de lijst stond geen jaarronde bescherming kende en omgekeerd. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling dat de boomvalk weliswaar op de aangepaste lijst met jaarrond beschermde soorten staat, maar dat uit de drie deskundigenrapporten en een notitie van een deskundige onder meer blijkt dat de boomvalken gebruikmaken van net verlaten nesten uit hetzelfde jaar. Een nest uit het voorgaande jaar is veelal niet meer in goede staat en voor boomvalken alleen opnieuw te gebruiken indien kraaien dat nest hebben hersteld. Boomvalken keren dan ook in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terug. Daarmee staat vast dat de lijst van jaarrond beschermde nesten niet langer als wetmatigheid bruikbaar is, maar dat gemotiveerd en goed onderbouwd van de lijst kan worden afgeweken. Dat betekent niet dat als van een vogel eenmaal is uitgesproken dat het nest in dat geval een jaarronde bescherming toekomt, er geen gevallen of omstandigheden mogelijk zijn waarbij voor dezelfde vogelsoort wordt aangetoond dat het nest

in dat geval niet jaarrond beschermd moet worden.

Onder de Wnb hebben de verschillende provincies allemaal een lijst vastgesteld met daarop vogels met jaarrond beschermde nesten. Alleen de lijsten van de provincie Limburg en Overijssel wijken af van de lijst die eerder door het ministerie van EZ was vastgesteld. Deze lijsten kennen inmiddels verschillende soorten 'jaarrond beschermde nesten'. Er zijn 5 categorieën, te weten: (1) jaarrond gebruikte nesten (zoals de steenuil); (2) zeer honkvaste koloniebroeders of afhankelijk van de bebouwing (3) zeer honkvaste broeders of afhankelijk van de bebouwing (geen kolonie) (4) vogels die ieder jaar terugkeren naar een specifiek nest en (5) honkvaste broeders, maar voldoende flexibel.

Conclusies jaarrond beschermd nest

Voor vogels is duidelijk dat (of de vogelsoort nu wel of niet op de lijst staat) aangetoond moet worden dat de betrokken vogel ieder jaar naar *precies hetzelfde* nest terugkeert, om aan het nest jaarronde bescherming toe te moeten kennen. (zie ook: ABRS 25 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3985, ABRS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3462, ABRS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5086 en ABRS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4561)

Verschillen jaarrond beschermd nest en beschermde rustplaats

Een belangrijk eerste verschil waarop ik wil wijzen, is dat de jurisprudentie met betrekking tot vogels ziet op 'nesten'. Het verbod van artikel 3.1, tweede lid van de Wnb ziet echter ook op rustplaatsen, maar de jurisprudentie waarop ik wijs, gaat daar uitdrukkelijk niet over. In het arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 2020 gaat het echter wel over rustplaatsen.

Een tweede verschil is dat het Hof inzake de rustplaatsen van de veldhamster niets opmerkt over jaarronde bescherming. Het Hof overweegt dat de rustplaats beschermd is 'zelfs wanneer [ze] niet worden gebruikt maar er redelijkerwijs een grote kans bestaat dat de betrokken soort terugkeert naar deze (...) zones'. Dit wil niet zeggen dat de rustplaats van de veldhamster hiermee het gehele jaar door bescherming geniet. Zodra aangetoond kan worden dat de veldhamster redelijkerwijs niet meer zal terugkeren, geniet de rustplaats geen bescherming en wordt het verbod niet overtreden.

Een derde verschil is ten slotte dat dit de eerste uitspraak is over de bescherming van rustplaatsen van Bijlage IV Hrl-soorten die (tijdelijk) verlaten zijn. Er is daarmee nog geen zicht op de omvang en exacte implicaties van dit arrest. In de jurisprudentie zal zich ongetwijfeld een lijn gaan vormen over de lengte van de bescherming van (tijdelijk) verlaten rustplaatsen en een antwoord op de vraag voor welke Bijlage IV Hrl-soort (art 3.5 Wnb) dit kan gelden. Kortom, werk aan de winkel voor ecologen om dit in kaart te brengen.

Beschadigen en vernielen van voortplantings- en rustplaatsen

De verwijzende rechter had naast de vraag naar de duur van de bescherming van een rustplaats ook een aantal andere interessante vragen aan het Hof voorgelegd. Aan de beantwoording van die vragen komt het Hof echter helaas niet toe.

Zo waren onder meer prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van de begrippen 'beschadiging' en 'vernieling' in de zin van artikel 12, eerste lid, onder d van de Hrl. Volgens de Commissie zijn deze vragen evenwel hypothetisch, omdat vaststaat dat er burchten van veldhamsters zijn beschadigd, zodat hierop geen antwoord volgt.