



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**BR 2014/8, appellanten / de staatssecretaris van Economische Zaken -
Voor het tijdelijk verstoren van een vleermuis is geen ontheffing nodig**
Drahmann, A.; Onrust, F.

Citation

Drahmann, A., & Onrust, F. (2014). BR 2014/8, appellanten / de staatssecretaris van Economische Zaken - Voor het tijdelijk verstoren van een vleermuis is geen ontheffing nodig. *Bouwrecht*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68083>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68083>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Verzoek om handhaving. Tijdelijke verstoring van een vaste rust- en verblijfplaats. Art. 11 Ffw is niet overtreden, omdat er geen blijvend negatief e...

ABRVs 13-11-2013, ECLI:NL:RVS:2013:1926, m.nt. F. Onrust en A. Drahmann

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

13 november 2013

Magistraten

Mrs. M. Vlasblom, C.J. Borman en G.M.H. Hoogvliet

Zaaknummer

201202429/1/A3

Noot

F. Onrust en A. Drahmann

Vakgebied(en)

Natuurbeschermingsrecht / Soortenbescherming

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2013:1926, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13â€11â€2013

Wetgang

(Art. 11 en 75 Ffw)

Essentie

Verzoek om handhaving. Tijdelijke verstoring van een vaste rust- en verblijfplaats. Art. 11 Ffw is niet overtreden, omdat er geen blijvend negatief effect is.

Samenvatting

In notitie 1 staat dat op 12 mei 2011 het terrein, waarop het gebouw staat, grondig is onderzocht op de aanwezigheid van vleermuizen. Op grond hiervan zijn de onderzoekers tot de conclusie gekomen dat het maken van gaten in september 2009 niet heeft gefunctioneerd als middel om de vleermuizen te verjagen en dat er geen noodzaak is voor het ophangen van vleermuiskasten. In het door [appellant] gestelde ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat het standpunt van de staatssecretaris, dat de populatie ongeveer gelijk is gebleven, onjuist is. Hiervan uitgaande heeft de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het maken van de tochtgaten ineffectief is gebleken. Hoewel mogelijk tijdens het maken van de gaten de vaste rust- en verblijfplaats tijdelijk verstoord is geweest, is de Afdeling van oordeel dat de staatssecretaris, nu het maken van de tochtgaten niet heeft geleid tot het verjagen van de vleermuizen en dus niet een blijvend negatief effect heeft gehad, terecht heeft gesteld dat art. 11 Ffw niet is overtreden.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 26 januari 2012 in zaak nr. 11/2415 in het geding tussen:

[appellant]

en

de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (thans de staatssecretaris van Economische Zaken).

Uitspraak

Procesverloop

Op 11 januari 2011 heeft de staatssecretaris gereageerd op het verzoek van [appellant] om handhaving van de Flora- en

faunawet (hierna: de Ffw).

Bij besluit van 17 mei 2011 heeft de staatssecretaris het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard.

Bij uitspraak van 26 januari 2012 heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep wat betreft de vliegroute van de vleermuizen en het niet verlenen van een ontheffing voor de kamsalamander gegrond verklaard, het besluit van 17 mei 2011 in zoverre vernietigd en het bezwaar in zoverre niet-ontvankelijk verklaard en het beroep wat betreft het niet vooraf ophangen van vleermuiskasten ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 maart 2013, waar [appellant] en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.E.W. Tieleman, werkzaam bij het ministerie, zijn verschenen.

Bij tussenuitspraak van 24 april 2013, nr. 201202429/1/T1/A3, heeft de Afdeling de staatssecretaris opgedragen het bij die tussenuitspraak geconstateerde gebrek in het besluit op bezwaar van 17 mei 2011, voor zover het betreft het niet plaatsen van vleermuiskasten, binnen zes weken na de verzending van de tussenuitspraak te herstellen.

Bij uitspraak van 7 juni 2013 heeft de Afdeling deze termijn op verzoek van de staatssecretaris met vier weken verlengd tot uiterlijk 4 juli 2013.

Bij besluit van 27 juni 2013 heeft de staatssecretaris ter uitvoering van de tussenuitspraak opnieuw op het bezwaar van [appellant] beslist en dat bezwaar ongegrond verklaard.

Bij brief van 7 juli 2013 heeft [appellant] een zienswijze ingediend over het besluit van 27 juni 2013 en bij brief van 24 augustus 2013 heeft [appellant] gereageerd op de aan hem toegezonden notitie 'Vleermuiskasten RIN-locatie Schaarsbergen' van Bureau Waardenburg b.v. van 26 mei 2011 (hierna: notitie 1).

Met toepassing van artikel 8:57, tweede lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) heeft de Afdeling bepaald dat een tweede onderzoek ter zitting achterwege blijft en het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1.

Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold voor de inwerkingtreding van deze wet op dit geding van toepassing blijft.

Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ingevolge artikel 1:3, derde lid, wordt onder aanvraag verstaan een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen.

Het hoger beroep

2.

Gelet op hetgeen in de overwegingen 6 en 7 van de tussenuitspraak van 24 april 2013 is overwogen, is het hoger beroep voor zover het de vliegroutes van de vleermuizen en de kamsalamander betreft niet-ontvankelijk wegens gebrek aan belang bij het hoger beroep. Voor zover het het niet plaatsen van de vleermuiskasten betreft, is het gegrond.

Het besluit van 17 mei 2011

3.

Gelet op hetgeen onder overweging 6 van de tussenuitspraak van 24 april 2013 is overwogen, is het besluit op bezwaar van 17 mei 2011 wat betreft het niet ophangen van de vleermuiskasten in strijd met artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. Bij het opnieuw beslissen op het bezwaar van [appellant] tegen de afwijzing van het verzoek om handhaving van de Ffw voor zover dit het niet plaatsen van vleermuiskasten betreft, diende de staatssecretaris te betrekken dat na het aanbrengen van de gaten in de muur het gebouw niet is gesloopt en geen nieuwbouw heeft plaatsgevonden, zodat niet is voldaan aan de in de verleende ontheffing gestelde voorwaarden.

Het besluit van 27 juni 2013

4.

Bij het besluit van 27 juni 2013 heeft de staatssecretaris het besluit van 11 januari 2011 gehandhaafd en het bezwaar ongegrond verklaard. Hij heeft zich onder verwijzing naar notitie 1 op het standpunt gesteld dat de tochtgaten niet hebben geleid tot direct negatieve effecten op de ecologische functie van de vaste rust- en verblijfplaats van de vleermuis, omdat de vleermuizen nog steeds verblijven in het gebouw en dat niet is gebleken dat de omvang van de populatie is verminderd. Artikel 11 van de Ffw is derhalve niet overtreden en de noodzaak voor het ophangen van vleermuiskasten ontbreekt, aldus de staatssecretaris.

4.1.

[appellant] heeft hiertegen ingebracht dat de conclusie dat de populatie niet zou zijn verminderd als gevolg van het aanbrengen van de gaten in de gevel niet kan worden afgeleid uit notitie 1 en ook verder elke grond mist.

4.2.

Dit betoog slaagt niet.

In de notitie 'Vleermuiskasten RIN-locatie Schaarsbergen' van Bureau Waardenburg b.v. van 18 oktober 2006 staat dat een beperkt aantal gewone dwergvleermuizen gebruik maakt van het te slopen gebouw. In notitie 1 staat dat op 12 mei 2011 het terrein, waarop het gebouw staat, grondig is onderzocht op de aanwezigheid van vleermuizen. Op grond hiervan zijn de onderzoekers tot de conclusie gekomen dat het maken van gaten in september 2009 niet heeft gefunctioneerd als middel om de vleermuizen te verjagen en dat er geen noodzaak is voor het ophangen van vleermuiskasten. In het door [appellant] gestelde ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat het standpunt van de staatssecretaris, dat de populatie ongeveer gelijk is gebleven, onjuist is. Hiervan uitgaande heeft de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het maken van de tochtgaten ineffectief is gebleken. Hoewel mogelijk tijdens het maken van de gaten de vaste rust- en verblijfplaats tijdelijk verstoord is geweest, is de Afdeling van oordeel dat de staatssecretaris, nu het maken van de tochtgaten niet heeft geleid tot het verjagen van de vleermuizen en dus niet een blijvend negatief effect heeft gehad, terecht heeft gesteld dat artikel 11 van de Ffw niet is overtreden.

4.3.

Het beroep tegen het besluit van 27 juni 2013 is ongegrond.

5.

De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk voor zover het de vliegroutes van de vleermuizen en de kamsalamander betreft;
- II. verklaart het hoger beroep gegrond, voor zover het het niet plaatsen van de vleermuiskasten betreft;
- III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 26 januari 2012 in zaak nr. 11/2415, in zoverre;
- IV. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep in zoverre gegrond;

(Enz., enz., Red.)

Noot

Auteur: F. Onrust en A. Drahmann^[1]

Noot

1.

Bomen die gekapt moeten worden, gebouwen die verbouwd of gesloopt moeten worden of andere ruimtelijke ingrepen, terwijl in die bomen of gebouwen vleermuizen of vogels aanwezig zijn die op grond van de Flora- en faunawet (Ffw) worden beschermd. Met de kap of sloop worden veelal zogenaamde vaste woon- of verblijfplaatsen beschadigd of zelfs geheel vernietigd. Kan de kap van een boom of sloop van een gebouw waar een vleermuis of vogel woont dan niet worden uitgevoerd? De oplossing wordt veelal gevonden in het proberen de vleermuizen of vogels te laten 'verhuizen' naar een nieuw onderkomen door de te kappen boom of het te slopen gebouw ongeschikt te maken voor de vleermuizen of vogels.

Zo ook in de hier gepubliceerde uitspraak van de Afdeling. Deze noot is als volgt opgebouwd. Eerst zal kort de casus worden beschreven (onder 2). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre voor een tijdelijke verstoring van een vaste rust- of verblijfplaats van een vleermuis een ontheffing op grond van de Ffw nodig is (onder 3). Ten slotte wordt onder 4 ingegaan op alternatieve oplossingen.

2.

Wat was er aan de hand? Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (BPF) wil 56 huurappartementen, een zorgsteunpunt en ondergrondse parkeergarage in de gemeente Arnhem realiseren. Om dit project te kunnen realiseren zal de bestaande bebouwing gesloopt moeten worden. In die te slopen bebouwing zitten vleermuizen, en wel de zogenaamde gewone dwergvleermuis.

De buurman van het te slopen gebouw heeft een handhavingsverzoek ingediend bij de Staatssecretaris van Economische Zaken, omdat de Ffw zou worden overtreden.

Vooruitlopend op de sloop heeft BPF de gebouwen ongeschikt gemaakt voor vleermuizen door tochtgaten aan te brengen in de spouwmuuren, met als doel de vleermuizen aan te zetten tot een 'verhuizing'.

3.

Op grond van art. 11 Ffw is het verboden om zonder ontheffing vaste rust- of verblijfplaatsen van beschermde diersoorten te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.

In de uitspraak komt de vraag aan de orde of het aanbrengen van gaten in de muur om de vleermuizen te verjagen een verstoring is waarvoor een ontheffing moet worden aangevraagd.

In de tussenuitspraak van 24 april 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ8400, AB 2013/180, m.nt. R. Ortlep) gaf de Afdeling aan de staatssecretaris een herstelopdracht mee. Hierin overweegt de Afdeling:

"Het aanbrengen van de gaten in de muur om de vleermuizen te verjagen is naar het oordeel van de Afdeling een verstoring van de ingevolge de Ffw beschermde vaste rust- en verblijfplaats van de vleermuizen. Voor deze verstoring had BPF weliswaar een ontheffing maar blijkt de bij de ontheffing behorende specifieke voorwaarden 8 en 9 diende het verjagen minimaal één week voorafgaand aan de sloop plaats te vinden. Voorts was voorzien in alternatieve verblijfplaatsen in het kader van de te realiseren nieuwbouw. De ontheffing ziet derhalve op de situatie dat na het ongeschikt maken van het gebouw dat gebouw wordt gesloopt en nieuwbouw plaatsvindt. Nu het een noch het ander heeft plaatsgevonden en naar verwachting niet op korte termijn zal plaatsvinden, is met de ingreep aan het gebouw getreden buiten de context van de verleende ontheffing en zonder te voorzien in alternatieve verblijfsmogelijkheden. In het nieuwe besluit zal moeten worden vermeld of aldus de Ffw wordt overtreden en in hoeverre dit leidt tot een wijziging van het besluit op het handhavingsverzoek."

Hieruit volgt dus dat het maken van tochtgaten in beginsel een ontheffingsplichtige verstoring van een vaste verblijfplaats vormt en dus ontheffingsplichtig is.

In de hier gepubliceerde uitspraak is het vervolg van deze procedure aan de orde. Opvallend is dat de eindconclusie is dat in dit geval art. 11 Ffw niet is overtreden. Nadat de gaten waren gemaakt, hebben deskundigen namelijk onderzocht of er nog vleermuizen in het gebouw zaten. Uit dit onderzoek bleek dat het maken van gaten niet heeft gefunctioneerd als middel om de vleermuizen te verjagen, de vleermuizen zijn nog altijd aanwezig in de gebouwen.

Het maken van de tochtgaten is dus ineffectief gebleken. De Afdeling oordeelt dat het mogelijk is dat tijdens het maken van de gaten sprake is geweest van een tijdelijke verstoring van de vaste rust- en verblijfplaats van de vleermuizen. Nu het maken van de tochtgaten echter niet heeft geleid tot het verjagen van de vleermuizen, heeft de activiteit uiteindelijk geen blijvend negatief effect gehad en is art. 11 Ffw niet overtreden.

De vraag is of uit deze uitspraak meer algemeen kan worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat bij een tijdelijke verstoring art. 11 Ffw niet wordt overtreden. Dit zou namelijk een wijziging ten opzichte van eerdere jurisprudentie zijn. Op 7 december 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY2464) verwees de Afdeling in een uitspraak namelijk nog naar een Guidance document van de Europese Commissie waaruit bleek dat de 'ecologische functionaliteit' op geen enkel moment, ook niet tijdelijk, in het geding mag komen. Oftewel, een tijdelijke verstoring is ook een verboden verstoring.

De strafrechter oordeelde al eerder dat een tijdelijke verstoring geen overtreding van art. 11 Ffw is. Zo oordeelde het Hof Arnhem op 29 mei 2012 (ECLI:NL:GHARN:2012:BW7281, JM 2012/100, m.nt. L. Boerema) dat het met een sportvliegtuig laag over de Oostvaardersplassen vliegen slechts een zeer tijdelijke verstoring oplevert die uiteindelijk geen negatieve gevolgen heeft voor de beschermde diersoorten en daarom niet verboden is.

Kan deze uitspraak nu worden gezien als een wijziging in de jurisprudentie over tijdelijke verstoringen of is dat met deze uitspraak nog niet te zeggen? Een mogelijke verklaring voor het verschil tussen de uitspraak van de Afdeling van 7

december 2012 en deze uitspraak is wellicht het feit dat het in de andere procedure ging om de ontheffingsprocedure en hier om een handavingsprocedure. Bovendien waren hier inmiddels gegevens beschikbaar over de gevolgen van de tijdelijke verstoring, terwijl dit ten tijde van de ontheffingsverlening niet het geval zal zijn geweest. Toch is dit volgens ons onvoldoende rechtvaardiging van het verschil: deskundigen kunnen ook voorafgaand aan de ontheffingsverlening onderzoeken of sprake is van een tijdelijke verstoring die geen blijvend negatief effect zal hebben. Voorzichtig durven wij hier wel te concluderen dat op grond van deze uitspraak ook in een ontheffingsprocedure voor een tijdelijke verstoring – mits onderzocht door een deskundige – een tijdelijke verstoring soms geen overtreding van art. 11 Ffw oplevert. Terecht kijkt de Afdeling naar het effect van de tijdelijke verstoring. Als dat een blijvend effect heeft dan is een ontheffing nodig. Een andere mogelijkheid is dat er een alternatieve verblijfplaats wordt gerealiseerd. Hierop wordt in de laatste alinea van deze noot ingegaan.

De oorzaak van de problemen waar de bouwpraktijk op stuit komt grotendeels voort uit het feit dat de huidige Ffw niet goed aansluit bij de Habitat- en Vogelrichtlijn. In de tekst van art. 11 Ffw is namelijk niet expliciet opgenomen dat een tijdelijke verstoring niet onder de verbodsbepaling valt. Het Hof Arnhem baseert zijn oordeel mede op de tekst van art. 12 lid 1 aanhef en onder d Habitatrichtlijn, die in art. 11 Ffw is geïmplementeerd. Dit artikel verbiedt slechts de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen. Daarnaast is het op grond van onderdeel b van hetzelfde artikel uit de Habitatrichtlijn verboden om diersoorten opzettelijk te verstoren, vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijkheid van de jongen, overwintering en trek. Wie meer wil weten over de verschillen tussen de nationale en Europese verbodsbepalingen, verwijzen wij naar ons artikel 'Flora- en faunawet: nieuwe donkere wolken boven Nederland' (BR 2013/1). De verschillen tussen de verboden uit de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Ffw zullen naar verwachting met de Wet natuurbescherming komen te vervallen. Het is dan ook te hopen dat de behandeling van het wetsvoorstel spoedig zal worden voortgezet.

4.

Terug naar de onderhavige uitspraak. De Afdeling concludeert uiteindelijk dat het handavingsverzoek van de buurman terecht is afgewezen door de staatssecretaris. Dit lijkt dus op het eerste gezicht een 'overwinning' voor de projectontwikkelaar. Hoewel er juridisch een overwinning is geboekt, is de werkelijkheid anders. Het handavingsverzoek is immers uitsluitend afgewezen omdat de maatregel ineffectief is gebleken. Met andere woorden: de vleermuizen zitten er nog steeds. En dat betekent dat er niet gesloopt kan worden.

Bovendien is er sinds de Ffw-ontheffingsverlening in 2008 veel gebeurd. Uit de tussenuitspraak van 24 april 2013 blijkt dat de aanvraag voor de omgevingsvergunning voor het bouwplan en de bijbehorende bestemmingsplanherziening inmiddels zijn ingetrokken en dat de geldigheidsduur van de Ffw-ontheffing is verlopen. Dit betekent dat in de toekomst voor een nieuw bouwplan nieuwe vergunningen moeten worden verleend. Daarbij zal een nieuw plan gemaakt moeten worden om de vleermuizen 'vrijwillig' te laten 'verhuizen' uit het te slopen gebouw. Een mogelijke oplossing is dat er buiten het plangebied een nieuw foerageergebied voor de vleermuizen wordt gerealiseerd en er vleermuiskasten worden geplaatst voordat tot sloop wordt overgaan. Als dit nieuwe gebied volledig functioneert, kunnen de vleermuizen zo verleid worden om te verhuizen. Als deze maatregelen volledig functioneren, is het waarschijnlijk mogelijk om het gebouw te slopen zonder Ffw-ontheffing. Ter voorkoming van ieder misverstand: de vleermuizen moeten dan dus wel permanent 'verhuisd' zijn. Alsdan is er immers geen sprake meer van een 'vaste rust- en verblijfplaats' in de schuur en is overtreding van art. 11 Ffw niet aan de orde. Omdat de mitigerende maatregelen moeten worden gerealiseerd voordat tot sloop kan worden overgegaan, vergt dit wel een goede voorbereiding van de werkzaamheden.

Voetnoten

[1.]

Mr. drs. Fleur Onrust is werkzaam als advocaat bij Stibbe. Mr. Annemarie Drahmann is werkzaam bij Stibbe als senior Professional Support Lawyer en is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.