

## Memo

Aan: Provincie Overijssel – mr. R.A. Brunner  
Van: mr. drs. F. Onrust  
Datum: 1 maart 2022  
Inzake: Provincie Overijssel / Handhaving Wnb MTB route

Betreft: Advies handhaving Wnb MTB route

---

### **Vraagstelling**

Mij is gevraagd advies te geven over handhaving op grond van de Wet natuurbescherming (verder: Wnb) voor het gebruik van een MTB-route. Meer specifiek is mij de vraag gesteld of de zorgplicht uit artikel 1.11 Wnb overtreden kan worden als het gaat om specifieke diersoorten zoals de zandhagedis en hazelworm en of de zorgplicht overtreden kan worden als het over huidig gebruik gaat?

Aanleiding is een handhavingsverzoek om op te treden tegen het bestaan en gebruik van een mountainbike-route (verder: MTB-route) in Overijssel op grond van de Wnb vanwege de aanwezige hazelwormen en zandhagedissen die doodgereden worden op het traject.

Na eigen onderzoek heeft de provincie een overtreding van artikel 3.5 en 3.10 Wnb geconstateerd op een klein deel van de route en daarvoor een last onder dwangsom opgelegd. De last houdt in dat dit gedeelte van de MTB-route gesloten moet worden in de zomermaanden.

In bezwaar dient de vraag te worden beantwoord of op het noordwestelijke deel van de MTB-route handhavend opgetreden moet worden (op grond van artikel 1.11 Wnb).

### **Conclusie**

Naar mijn oordeel is sprake van een mogelijke overtreding van artikel 3.5 en artikel 3.10 Wnb voor de gehele MTB-route, dus inclusief het noordwestelijke deel. Handhaving op grond van die artikelen ligt daarmee in de rede aangezien de zorgplicht ex artikel 1.11 Wnb een aanvullende werking heeft en dient als vangnetbepaling. Wel kan tevens handhavend worden opgetreden voor schending van de zorgplicht.

Er is sprake van het doden van zandhagedissen en hazelwormen, uit de verschillende onderzoeken komen verschillende slachtofferaantallen naar voren. Die verschillen zijn mede het gevolg van de verschillen in onderzoeksintensiteit. Dat er slachtoffers vallen staat echter niet ter discussie.

Gelet op de uitleg van het opzetvereiste in de jurisprudentie kan naar mijn oordeel voor het gebruik van de onderhavige MTB-route niet worden aangenomen dat van opzet *geen* sprake is. Dat betekent dat er verbodsbepalingen uit artikel 3.5 en 3.10 Wnb worden overtreden. Hier zal handhavend tegen opgetreden moeten worden. Mogelijk zijn nadere (mitigerende) maatregelen mogelijk zodat van overtreding geen sprake meer is. Vooralsnog kan overtreding niet worden uitgesloten, ook niet voor het noordwestelijk deel. Nader onderzoek en eventuele maatregelen kunnen dit beeld wellicht veranderen.

Naar mijn oordeel zou aanvullend geoordeeld kunnen worden dat sprake is van overtreding van de zorgplicht uit artikel 1.11 Wnb. Handhaving op grond van de zorgplicht is in beginsel bedoeld als vangnet(bepaling), indien er geen sprake is van overtreding van een verbodsbepaling van hoofdstuk 3 Wnb (in casu art. 3.5 en 3.10 Wnb). Dat wil echter niet zeggen dat handhaving op grond van de zorgplicht voor deze soorten niet mogelijk is. In het onderhavige geval is vooraf geen onderzoek

verricht naar de aanleg en ingebruikname van de MTB-route. Dat het gebruik van een dergelijke route in een (Natura 2000) natuurgebied tot mogelijke overtreding kan leiden lijkt op voorhand niet onaannemelijk zodat een onderzoeksinspanning (en eventuele mitigerende maatregelen) verwacht had mogen worden.

### **Uitgangspunten**

Blijkens de adviesvraag zijn o.a. de volgende uitgangspunten gehanteerd:

- 1) Uit (literatuur-)onderzoek van ecologische adviesbureau Waardenburg blijkt het volgende. Ecologisch is niet in geschil dat de zandhagedis en de hazelworm in het gebied voorkomen. Daarnaast is (veld)onderzoek door de toezichthouder verricht.
- 2) In de door u aan mij toegestuurde adviesvraag wordt overwogen dat bekend is dat de dieren op en rond de route aanwezig zijn, maar dat dit "niet genoeg bewijs is om (voorwaardelijk) opzet aan te nemen voor de rest van de route". Gelet op dit uitgangspunt is mij de vraag gesteld of de provincie een overtreding van artikel 1.11 Wnb kunnen constateren.
- 3) Overwogen wordt bij in dezelfde adviesvraag dat de route is opgesteld zonder ecologisch onderzoek naar soortenbescherming waaruit blijkt dat de openstelling geen gevaar is voor de gunstige staat van instandhouding van de hazelworm en de zandhagedis.

Alvorens ik overga tot de beantwoording van de hoofdvraag (overtreding van de zorgplicht ex artikel 1.11 Wnb) zal ik de uitgangspunten, zoals hiervoor genoemd, kort bespreken.

Ad 1) De zandhagedis en hazelworm komen blijkens de onderzoeken in het gebied voor en daarnaast staat vast dat deze soorten worden gedood en verstoord.

Ad 2) Bij onvoldoende bewijs geldt niet dat daarmee niet van voorwaardelijke opzet kan worden gesproken. Voor voorwaardelijke opzet dient vast te staan dat een overtreding niet welbewust is aanvaard als bijkomend risico. Echter naar mijn oordeel is dat niet aan de orde. (zie verder onder het kopje 'opzettelijk').

Ad 3) Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overtreding van de verbodsbepalingen van artikel 3.5 en 3.10 Wnb dient enkel aan het verbod zoals in deze artikelen geformuleerd te worden getoetst. De toets aan de gunstige staat van instandhouding dient in het geval van een overtreding sprake is te worden uitgevoerd voor de beantwoording van de vraag of een ontheffing Wnb kan worden verleend. Deze toets vindt dus plaats op het moment dat van een overtreding reeds sprake is. Deze toets kan niet worden gebruikt om te motiveren dat van een overtreding geen sprake is. (zie verder onder het kopje 'Wanneer is sprake van een overtreding van hoofdstuk 3 Wnb?')

### **Wanneer is sprake van een overtreding van hoofdstuk 3 Wnb?**

Eerst moet worden vastgesteld of er soorten (beschermd op grond van hoofdstuk 3 Wnb) in het gebied voorkomen waar de activiteit (in dit geval gebruik MTB-route) wordt uitgevoerd. In het onderhavige geval van de MTB-route is vastgesteld door Bureau Waardenburg dat beschermde soorten in het gebied aanwezig zijn. Aangetroffen zijn de zandhagedis en de hazelworm. Deze soorten zijn beschermd op grond van artikel 3.5 Wnb (strikt beschermde soorten) en art. 3.10 Wnb (nationaal beschermde soorten).

Vervolgens is de vraag aan de orde of voor deze soorten sprake is van een overtreding van artikel 3.5 Wnb en/of 3.10 Wnb. Op grond van artikel 3.5 Wnb gelden de volgende (voor dit dossier relevante) verboden:

- 1) Het is verboden in het wild levende dieren van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel a, bij de Habitatrichtlijn, bijlage II bij het Verdrag van Bern of bijlage I bij het Verdrag

van Bonn, met uitzondering van de soorten, bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn, in hun natuurlijk verspreidingsgebied opzettelijk te doden of te vangen.

- 2) Het is verboden dieren als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te verstoren.
- 3) (...)
- 4) Het is verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren als bedoeld in het eerste lid te beschadigen of te vernielen.
- 5) (...)

Voor artikel 3.10 Wnb soorten gelden de verboden genoemd onder 1 en 4.

In het onderzoek van Bureau Waardenburg en de handhaver is het volgende vastgesteld dat van belang is voor de beantwoording van de vraag of van een overtreding sprake kan zijn. In het rapport van Bureau Waardenburg staat:

*In 2021 is door de provincie Overijssel onderzoek uitgevoerd naar aanrijdingslachtoffers onder reptielen op de MTB-route op de Sallandse Heuvelrug (Gerrevink 2021). In de periode 12 april – 14 juni zijn op de MTB-route in totaal drie aangereden zandhagedissen en vier aangereden hazelwormen aangetroffen. Overwogen wordt dat het activiteitenseizoen van de zandhagedis en hazelworm loopt tot van half april tot eind september, daarna nemen de aantallen waarnemingen snel af (Groenveld 2009; Spitzen- van der Sluijs & Creemers 2009). Geconcludeerd wordt daarnaast dat gecorrigeerd voor de waarnemingsperiode de totale aantallen slachtoffers over geheel 2021 een orde van grootte zullen hebben van 8 zandhagedissen en 11 hazelwormen.*

*Door Van Beek zijn in 2028, 2019 en 2020 gegevens verzameld over aangereden dieren op de MTB-route op de Sallandse Heuvelrug (Van Beek 2020). De waarnemingen van Van Beek maken deel uit van het handhavingsverzoek van Stichting Natuuralert. Van Beek meldt over de periode 7-04-2020 t/m 24-09-2020 24 aangereden zandhagedissen, 2 aangereden levendbarende hagedissen en 69 dode hazelwormen. Deze aantallen zijn ongeveer het dubbele van de aantallen die Van Beek over 2018 en 2019 heeft gevonden. De door Van Beek in 2020 aangetroffen aantallen aanrijdingslachtoffers op de MTB-route zijn voor zandhagedis driemaal zo hoog als bij het in 2021 uitgevoerde onderzoek. Bij de hazelworm is dit bijna zevenmaal zo hoog. In beide gevallen zijn de aantallen verzameld op het gehele tracé van de MTB-route en was de bezoekfrequentie hoog, dat wil zeggen meerdere dagen per week.*

*"Bij een periodiek sluiten of omleiden in april - mei / begin juni kan een belangrijk deel van de slachtoffers worden voorkomen." (p. 31)*

**Tussenconclusie: Er is sprake van het doden van zandhagedissen en hazelwormen, uit de verschillende onderzoeken komen verschillende slachtofferaantallen naar voren. Die verschillen zijn mede het gevolg van de verschillen in onderzoeksintensiteit. Dat er slachtoffers vallen staat echter niet ter discussie.**

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overtreding van de verbodsbepalingen van artikel 3.5 en 3.10 Wnb dient enkel aan het verbod zoals in deze artikelen geformuleerd te worden getoetst. De toets aan de gunstige staat van instandhouding dient in het geval van een overtreding sprake is te worden uitgevoerd voor de beantwoording van de vraag of een ontheffing Wnb kan worden verleend. Deze toets vindt dus plaats op het moment dat van een overtreding reeds sprake is. Deze toets kan niet worden gebruikt om te motiveren dat van een overtreding geen sprake is.

Als van een overtreding sprake is geldt dat kan worden beoordeeld of ontheffing van het verbod mogelijk is. Bij ontheffingverlening wordt getoetst aan: (i) is sprake van een andere bevredigende oplossing voor de handeling die tot overtreding leidt; (ii) wordt de handeling uitgevoerd in het kader

van een wettelijk belang als genoemd in artikel 3.8 of 3.10 Wnb; (iii) komt de gunstige staat van instandhouding van de betreffende soort in gevaar.

### **Opzettelijk**

Voor overtreding van het verbod op het doden van zandhagedissen en hazelwormen dient sprake te zijn van 'opzettelijk doden', als bedoeld in artikel 3.5 en 3.10 Wnb.

Bureau Waardenburg overweegt op pag. 12:

*"De 1%-norm wordt o.a. gebruikt voor het definiëren van 'kleine hoeveelheden'. Het is niet bedoeld voor toepassing op het begrip 'gunstige staat van instandhouding' (Kistenkas 2018). Het wordt hier gebruikt om reële risico's te duiden en niet om risico's uit te sluiten." En vervolgens op pag. 13: "In dit rapport wordt overschrijding van de 1%-norm gebruikt om reële risico's te duiden. Is het risico op sterfte ruim lager dan de 1%-norm, dan wordt de bijdrage aan de totale sterfte, inclusief de natuurlijke sterfte, als verwaarloosbaar geacht."*

De overweging dat het 1% criterium niet gebruikt kan worden voor toepassing bij het begrip 'gunstige staat van instandhouding' is naar mijn oordeel niet juist. Het begrip wordt gebruikt om 'reële risico's te duiden'. Onduidelijk is welke toets Bureau Waardenburg hier exact mee aanduidt. Gelet op de tekst van het handhavingsbesluit lijkt

In het besluit tot handhaving (1b) staat op pag. 2 het volgende:

*"Door het laten gebruiken van de MTB-route is er, op een (klein) gedeelte van de route, sprake van voorwaardelijke opzet. In dit geval bestaat de voorwaardelijke opzet uit het aanvaarden van het risico dat met zekerheid aangrenzende waarschijnlijkheid beschermde dieren (zandhagedissen) gedood zullen worden door het laten gebruiken van de MTB-route door geschikt leefgebied waar de soort ook daadwerkelijk in significante aantallen voorkomt. Dit is het geval bij het gedeelte van de single-track vanaf de Van Heekweg omhoog naar de Palthetoren tot en met de doorkruising van de heide zoals aangegeven op de kaart behorende bij de last onder dwangsom. Dit handhavingsbesluit is als bijlage bij deze gedeeltelijke weigering gevoegd. Op het betreffende gedeelte van de MTB-route is (zeer) geschikt leefgebied voor de zandhagedis aanwezig. Het met significante aantallen op deze locatie voorkomen van de zandhagedis is aannemelijk omdat in dit gedeelte, ondanks het natte voorjaar en de lage temperaturen tot 28 mei 2021, waarnemingen zijn gedaan van tientallen levende exemplaren. Naast levende exemplaren hebben wij ook enkele dode exemplaren op dit deel van de MTB-route aangetroffen. Het bewust en opzettelijk doden is, tijdens de vele uren van controles, door ons niet geconstateerd."*

(...)

*"Met de stijgende temperaturen na 28 mei 2021 worden wel op steeds meer plekken hagedissen gezien. Hoewel in het hele gebied sprake is van geschikt leefgebied van of de zandhagedis of de hazelworm of de levendbarende hagedis zijn op de gehele MTB-route niet in dezelfde mate en onder dezelfde nadelige omstandigheden constateringen gedaan van hazelwormen en levendbarende hagedissen. Ook zijn op andere locaties dan rond de Palthetoren geen vergelijkbare constateringen van zandhagedissen gedaan. Ook het aantal constateringen op het overige gedeelte van de MTB-route na 28 mei is zeer gering geweest. Daarom wordt er alleen op de hiervoor benoemde af te sluiten locatie rond de Pathetoren uitgegaan van een aanwezige significante populatie zandhagedissen waar de MTB-route kort langs of doorheen is gesitueerd. Voorwaardelijke opzet bij de hazelworm en de levendbarende hagedis is op de gehele route niet geconstateerd."*

In het handhavingsbesluit in samenhang gelezen met het rapport van Bureau Waardenburg het standpunt ingenomen te zijn dat indien sprake is van minder dan 1% (van de natuurlijke sterfte) dodelijke slachtoffers er geen sprake is van een overtreding van het verbod van artikel 3.5 of artikel

3.10 Wnb omdat van opzettelijk doden geen sprake zou zijn. Deze benadering van het 1% criterium is naar mijn oordeel niet correct.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Afdeling) overweegt in zijn uitspraak van 7 oktober 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:2384) over het 1% criterium als volgt:

*"In zijn arrest van 9 december 2004, ECLI:EU:C:2004:782, punten 36 en 41, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het door het ORNIS-comité geformuleerde criterium, inhoudende dat iedere tol van minder dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (gemiddelde waarden) voor de soorten die niet mogen worden gejaagd, en van 1% van de te bejagen soorten, als maatstaf kan worden gebruikt om te beoordelen of de door de lidstaat krachtens artikel 9, eerste lid, sub c, van de Vogelrichtlijn verleende afwijking van het verbod van artikel 8, eerste lid, van die richtlijn om vogels met lijmstokken te vangen voldoet aan de voorwaarde dat de betrokken vogels in kleine hoeveelheden worden gevangen.*

*Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438) kan dit criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium, gehanteerd worden als uitgangspunt om te bepalen of gelet op de te verwachten aantallen slachtoffers door windturbines, afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende soorten.*

(...)

*Dit criterium kan tot slot ook worden toegepast voor vleermuizen. Zie hiervoor bijvoorbeeld de uitspraak van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1160 (Windmolenpark Delfzijl)."*

Kortom het 1% criterium dient voor verleende 'afwijkingen' te worden gebruikt, oftewel in het kader van verleende of te verlenen ontheffingen van de verbodsbepalingen. Een ontheffing is aan de orde indien en voorzover sprake is van overtreding van een verbodsbepaling. In het kader van die ontheffing, kan het 1% criterium worden gebruikt als toetsingsmaatstaf aan het criterium of de gunstige staat van instandhouding al dan niet in gevaar komt.

In de memorie van toelichting bij de Wnb wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat het opzetvereiste, zoals dat voor het overgrote deel van de verbodsbepalingen binnen alle beschermingsregimes (vogels, strikt beschermde soorten en overige soorten) geldt, gelet op de Habitatrichtlijn (verder: HRL) en Vogelrichtlijn (verder: VRL), moet worden uitgelegd als "voorwaardelijke opzet". Voorwaardelijke opzet is aanzienlijk ruimer dan wat in het normaal spraakgebruik onder 'opzet' wordt verstaan. Een dergelijke ruime uitleg is aldus de wetgever in overeenstemming met de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan het begrip opzet in de verbodsbepalingen van de HRL en VRL. Van voorwaardelijke opzet is sprake als "iemand een handeling verricht en daarbij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn gedragingen schadelijke gevolgen kan hebben voor een dier of een plant." Voorbeelden van die gevolgen zijn: de vangst of de dood van een dier, het verstoren van een dier, en het afsnijden, ontwortelen of vernielen van een plan." (Kamerstukken II, 2011/12, 33348, 3, p. 137)

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen aanknopingspunten worden gevonden, voor de uitleg van het begrip 'opzet'. Het Hof van Justitie geeft in een van haar arresten de volgende definitie van 'opzet' als bedoeld in de HRL (en daarmee ook in de VRL gelet op het feit dat het criterium in de VRL hetzelfde moet worden uitgelegd): Opzettelijke acties dienen te worden opgevat als acties van een persoon die, in het licht van de relevante wetgeving die van toepassing is op de betrokken soorten en de algemene informatie geleverd aan het publiek, weet dat zijn actie waarschijnlijk zal leiden tot een overtreding van een soort, maar hij hoeft niet de intentie te hebben deze overtreding te plegen weet dat zijn actie waarschijnlijk zal leiden tot een overtreding van een soort, maar hij hoeft niet de intentie te hebben deze overtreding te plegen, maar aanvaardt wel bewust de voorzienbare gevolgen van zijn actie." Het gaat het Hof van Justitie blijkens deze uitleg dus niet

alleen om gevallen waarin degene die de handeling verricht opzet heeft om het dier te vangen of doden, maar eveneens om gevallen waarin (i) deze persoon voldoende is geïnformeerd en (ii) bewust is van de mogelijke consequenties en (iii) zijn handelingen naar alle waarschijnlijkheid tot het doden of vangen van de dieren zal leiden, maar hij of zij er (iv) desondanks voor kiest om de handeling te verrichten (als ongewenst maar wel geaccepteerd bijeffect). (zie: HvJ EG 30 januari 2002, zaak C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (Caretta Caretta), r.o. 36, 39 e.v.)

Uit dit arrest en onder verwijzing naar de conclusie van de AG wordt in het Guidance document van de Europese Commissie (Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats) de conclusie getrokken dat het begrip 'opzettelijk' moet worden uitgelegd als de bewuste acceptatie van de consequenties (zie: HvJ EU 20 oktober 2005, zaak C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626, opinie A-G par. 118.). In het Guidance document wordt vervolgens verwezen naar een ander arrest van het Hof van Justitie, waarin de redenering van het Hof van Justitie over de uitleg het opzetvereiste nog wat specifieker tot uitdrukking wordt gebracht. Het betrof een procedure waarbij de Spaanse autoriteiten toestemming hadden verleend voor de jacht met behulp van strikken (bepaalde vallen). De vraag was aan de orde of de Spaanse autoriteiten met deze toestemming wel voldoende deden ter bescherming van de otter ter plaatse, aangezien ook otters in de strikken terecht konden komen. Het Hof van Justitie verwijst naar het Griekse zeeschildpaddenarrest en overweegt dat degene die de handeling uitvoert ofwel de intentie moet hebben om het dier te doden of te vangen, dan wel in ieder geval de mogelijkheid daartoe moet hebben geaccepteerd. In deze zaak had niemand de intentie om otters te vangen of te doden, de vergunning zag op de vossenjacht. Het Hof van Justitie neemt in haar overwegingen in aanmerking dat in het betroffen gebied geen otters aanwezig waren, zodat de Spaanse autoriteiten niet (konden) weten dat zij een risico liepen dat de otters een mogelijk gevaar liepen bij deze vergunning voor vossenjacht met behulp van strikken. Het Hof kwam in deze procedure dan ook tot de conclusie dat geen sprake was van opzet. (zie: HvJ EU 18 mei 2006, zaak C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329, ro. 64.) Indien de Spaanse autoriteiten deze kennis wel hadden gehad en er otters aanwezig waren, dan was naar alle waarschijnlijkheid van voorwaardelijke opzet wel sprake geweest. Zoals in het Guidance document in het kader van het welbewust aanvaarden van de risico's van een handeling wordt overwogen: "*De nationale instanties moeten met alle passende middelen proactief informatie verspreiden over de aanwezigheid van beschermde soorten en over de bestaande regels voor de bescherming ervan. Een voorbeeld hiervan zijn de borden op de stranden in de zaak van de Caretta caretta, waarop staat dat zich op de stranden nesten van schildpadden bevinden.*" (p. 27 Guidance doc).

De Afdeling overweegt in haar uitspraak van 3 juli 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2169) als volgt:

*"Onder 'opzet' zoals bedoeld in de voormelde bepalingen valt niet alleen de situatie waarbij iemand het oogmerk heeft om een beschermd dier bijvoorbeeld te doden, maar ook de situatie waarbij iemand willens en wetens de niet te verwaarlozen kans aanvaardt dat een beschermd dier wordt gedood. Dan is sprake van zogenoemde voorwaardelijk opzet. Dat volgt onder meer uit de uitspraak van de Afdeling van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1423."*

Voor overtreding van het verbod op verstoren geldt dat dit voor artikel 3.5 Wnb soorten verboden is. In het Guidance document wordt over 'verstoren' overwogen:

*"Noch artikel 12, noch artikel 1 van de habitatrichtlijn bevat een definitie van het begrip 'verstoren'. De bepaling is niet uitdrukkelijk beperkt tot "significante" verstoringen, zoals in artikel 6, lid 2, van de richtlijn het geval is, maar de werkingssfeer van de bepaling moet worden geïnterpreteerd in het licht van de overkoepelende doelstelling van de richtlijn. Zoals hierboven reeds vermeld is de uitvoering van het bij artikel 12, lid 1, punten a) tot en met d), van de habitatrichtlijn voorgeschreven beschermingssysteem "niet afhankelijk van de voorwaarde dat bepaalde activiteiten negatieve gevolgen dreigen te hebben voor de staat van instandhouding van de betrokken diersoort" en dat "de door deze bepaling geboden bescherming ook blijft gelden voor soorten die een gunstige staat van instandhouding hebben*

bereikt". (zie: Gevoegde zaken C-473/19 en C-474/19, punten 57 en 84 en Gevoegde zaken C-473/19 en C-474/19, punt 78.) (pag. 29)

**Tussenconclusie: Gelet op de uitleg van het opzetvereiste kan naar mijn oordeel voor het gebruik van de onderhavige MTB-route niet worden aangenomen dat van opzet geen sprake is. Dat betekent dat er verbodsbepalingen uit artikel 3.5 en 3.10 Wnb worden overtreden. Hier zal handhavend tegen opgetreden moeten worden. Mogelijk zijn nadere (mitigerende) maatregelen mogelijk zodat van overtreding geen sprake meer is. Vooralsnog kan overtreding niet worden uitgesloten, ook niet voor het noordwestelijk deel. Nader onderzoek en eventuele maatregelen kunnen dit beeld wellicht veranderen.**

Zo geldt voor de winterperiode mogelijk wel dat van overtreding geen sprake is. In het rapport van Waardenburg staat hierover namelijk het volgende.

*"In de winter kan de gehele route gebruikt worden zonder effect op reptielen." (pag. 32)*

*"In het winterhalfjaar kan de gehele route zonder risico voor reptielen in gebruik worden genomen. In die periode zijn aanpassingen niet nodig." (p. 34)*

Om zeker te zijn of de conclusie kan worden getrokken dat van overtreding geen sprake is in de winterperiode, lijkt het aangewezen om navraag te doen of getoetst is aan de verbodsbepalingen of dat voor de winterperiode ook het 1% criterium is toegepast om tot deze conclusie te komen.

Overigens is van belang dat de onderzoeksinspanning om een nader oordeel van overtreding van de verbodsbepalingen en de mate van overtreding vast te kunnen stellen, op dit moment nog onvoldoende lijken te zijn. Bureau Waardenburg overweegt op pag. 26:

*"Bijdrage MTB-route*

*Het over 2021 geschatte aantal slachtoffers op de MTB-route (11) ligt op 1% van de natuurlijke sterfte voor de deelpopulatie langs de route. Ten opzichte van de natuurlijke sterfte voor totale populatie op de Sallandse Heuvelrug is dit ten hoogste 0,2%.*

*Het over 2018-2020 aantal gemelde slachtoffers op de MTB-route (20-63) ligt tussen de 2-6% van de natuurlijke sterfte voor de deelpopulatie langs de route. Ten opzichte van de natuurlijke sterfte voor totale populatie op de Sallandse Heuvelrug is dit 0,3-0,9%.*

*Het werkelijk aantal slachtoffers kan, afhankelijk van de onderzoeksinspanning, echter (ruim) boven de 1% van de natuurlijke sterfte liggen. Om het werkelijk aantal slachtoffers te schatten zullen tellingen gestandaardiseerd gedurende het gehele activiteitenseizoen moeten worden uitgevoerd en is informatie over de verdwijnsnelheid van de dode dieren nodig."*

## **Zorgplicht**

De zorgplicht houdt volgens artikel 1.11, tweede lid, van de Wnb in elk geval in, dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen kunnen worden veroorzaakt voor onder andere in het wild levende dieren:

- a. dergelijke handelingen achterwege laat, dan wel,
- b. indien dat achterwege laten redelijkerwijs niet kan worden gevergd, de noodzakelijke maatregelen treft om die gevolgen te voorkomen, of,
- c. voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk beperkt of ongedaan maakt.

Handhaving op grond van de zorgplicht is in beginsel bedoeld als vangnet(bepaling), indien er geen sprake is van overtreding van een verbodsbepaling van hoofdstuk 3 Wnb (in casu art. 3.5 en 3.10 Wnb). Zo verwoordt in de Memorie van Toelichting bij de Wnb: "Voor soorten die op grond van de Vogelrichtlijn, de Habitatrichtlijn en de Verdragen van Bern en Bonn strikt beschermd moeten worden

heeft de voorgestelde zorgplicht vooral een ondersteunende betekenis: het is in principe voldoende dat wordt voldaan aan de vereisten van dat specifieke beschermingsregime". (Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 348, nr. 3 p. 69). Dat wil echter niet zeggen dat handhaving op grond van de zorgplicht (al dan niet aanvullend) bij artikel 3.5 Wnb soorten niet mogelijk is. Handhaving voor artikel 3.5 en artikel 3.10 soorten is mogelijk.

Zoals wordt overwogen in de Memorie van Toelichting bij de Wnb:

"Het uitgangspunt van de zorgplicht is dat burgers, ondernemers en overheden alle handelingen die nadelige gevolgen kunnen hebben voor in het wild levende planten en dieren, hun directe leefomgeving of een Natura 2000-gebied achterwege laten. Dat brengt met zich dat degene die een bepaalde handeling wil verrichten die gevolgen voor natuurwaarden zou kunnen hebben zich daaraan voorafgaand op de hoogte stelt van de aanwezige natuurwaarden, de kwetsbaarheid ervan en de mogelijke gevolgen daarvoor van zijn handelen. Zo nodig raadpleegt hij een ecoloog." (Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 348, nr. 3 p. 66).

"Handhaving (van de zorgplicht; toevoeging FO) is in ieder geval mogelijk in kennelijke gevallen van onzorgvuldig handelen, bijvoorbeeld als de betrokkene zonder zich op de hoogte te stellen van de aanwezige planten en dieren in een natuurterrein graafwerkzaamheden of houtkap verricht en daar in het wild levende dieren doodt of zeldzame planten vernietigt." (Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 348, nr. 3 p. 68)

Het wordt dus van groot belang geacht dat er onderzoek vooraf wordt verricht naar aanwezige soorten en de effecten van een ingreep op die soorten. Het enkel en alleen niet uitvoeren van onderzoek is echter nog geen overtreding van de zorgplicht. Zo overweegt de rechtbank:

*"Met betrekking tot dit aspect heeft de StAB in het verslag van 26 juni 2019 onder meer te kennen gegeven dat het niet uitvoeren van vleermuisonderzoek geen overtreding betreft van de Wnb, zoals dat wel het geval zou kunnen zijn bij een ingreep of een handeling, bijvoorbeeld een evenement. Het niet uitvoeren van dat onderzoek leidt volgens de StAB evenmin met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid tot een overtreding van de Wnb. Nu geen sprake is van een (toekomstige) overtreding, bestaat in beginsel geen bevoegdheid om handhavend op te treden.*

*In hetgeen eiseres naar voren heeft gebracht, ziet de rechtbank geen aanleiding om af te wijken van de bevindingen van de StAB en de daarop gebaseerde conclusies. Dit brengt met zich dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat er aanleiding bestond om te veronderstellen dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid overtredingen van concrete bepalingen van de Wnb in het kader van de vvgb of het aanhaken zouden plaatsvinden. Dit betekent dat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen bevoegdheid tot preventief handhavend optreden bestond. Deze grond van eiseres slaagt niet. Rb Noord-Nederland 14 april 2020, (ECLI:NL:RBNNE:2020:1680).*

Anders dan in de hiervoor geciteerde rechtbankuitspraak, is in het onderhavige geval wel duidelijk dat zich overtredingen voordoen. Handhavend optreden (ook) op grond van de zorgplicht is daarmee mogelijk.

Bekendheid (of veronderstelde bekendheid) met de aanwezigheid van soorten kan reeds tot overtreding van de zorgplicht leiden. Zie hiervoor de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland 11 mei 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:2421):

*Eiseres betwist niet dat zij wist dat vleermuizen hun verblijven in spouwmuren kunnen hebben en dat isolatie van spouwmuren nadelige gevolgen kan veroorzaken voor vleermuizen. De mogelijke aanwezigheid van vleermuizen en hun verblijven in spouwmuren*



*merkt de rechtbank overigens ook aan als een feit van algemene bekendheid. Dit betekent dat eiseres in elk geval moet voldoen aan de voorwaarden die artikel 1.11, tweede lid, onder a, b en c, van de Wnb stelt.*

*De rechtbank is van oordeel dat van eiseres redelijkerwijs niet kan worden gevergd de isolatiewerkzaamheden achterwege te laten<sup>4</sup>, omdat dit nu juist de kern van haar bedrijfsvoering is. Eiseres moet dan wel de noodzakelijke maatregelen treffen om nadelige gevolgen te voorkomen.*

*De rechtbank is het eens met verweerder dat eiseres met haar eigen werkwijze niet de noodzakelijke maatregelen treft.*

In het onderhavige geval is vooraf geen onderzoek verricht naar de aanleg en ingebruikname van de MTB-route. Dat het gebruik van een dergelijke route in een (Natura 2000) natuurgebied tot mogelijke overtreding kan leiden lijkt op voorhand niet onaannemelijk zodat een onderzoeksinspanning (en eventuele mitigerende maatregelen) verwacht had mogen worden. Dat is echter nagelaten en bij het onderzoek naar aanleiding van het handhavingsverzoek blijkt dat inderdaad overtredingen plaatsvinden.

***Tussenconclusie: Naar mijn oordeel zou aanvullend geoordeeld kunnen worden dat sprake is van overtreding van de zorgplicht uit artikel 1.11 Wnb. Handhaving op grond van de zorgplicht is in beginsel bedoeld als vangnet(bepaling), indien er geen sprake is van overtreding van een verbodsbepaling van hoofdstuk 3 Wnb (in casu art. 3.5 en 3.10 Wnb). Dat wil echter niet zeggen dat handhaving op grond van de zorgplicht voor deze soorten niet mogelijk is. In het onderhavige geval is vooraf geen onderzoek verricht naar de aanleg en ingebruikname van de MTB-route. Dat het gebruik van een dergelijke route in een (Natura 2000) natuurgebied tot mogelijke overtreding kan leiden lijkt op voorhand niet onaannemelijk zodat een onderzoeksinspanning (en eventuele mitigerende maatregelen) verwacht had mogen worden.***

\*\*\*