

Redactioneel

Vleermuizen en de vrienden van de rechter

Prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen*

Op 2 augustus 2023 haalde de Afdeling bestuursrecht-spraak wederom grote nationale media. Bij het na-isole- ren van spouwmuren moeten serieuze maatregelen worden getroffen om nadelige effecten voor bescherm- de soorten vleermuizen te voorkomen. Het in de uit- spraak spelende eenvoudige endoscopische onderzoek naar de aan- of afwezigheid van vleermuizen is onvol- doende. Met alleen zo'n onderzoek wordt niet voldaan aan de zorgplicht van art. 1.11, eerste lid, van de Wet natuurbescherming (Wnb). Die behelst dat eenieder vol- doende zorg in acht neemt voor Natura 2000-gebieden, bijzondere nationale natuurgebieden en voor in het wild levende dieren en planten en hun directe leefomgeving. Als een handeling met mogelijk nadelige gevolgen rede- lijkerwijs niet kan worden nagelaten, behelst de zorg onder meer het treffen van noodzakelijke maatregelen om die gevolgen te voorkomen.

In de pers werden vooral de effecten van de uitspraak breed uitgemeten. Zo zou de uitspraak de plannen voor de energietransitie van het kabinet op de helling zetten. De uit de uitspraak blijkende eis van beter onderzoek naar vleermuizen in spouwmuren kan de bouw flink ver- tragen. Met die vertraging hebben we dan wel, zou ik menen, de (her)bevestiging welk onderzoek moet wor- den gedaan naar de aan- of afwezigheid van vleermui- zen in spouwmuren.

Ik wil het hier hebben over een andere vertraging die de uitspraak toont. Dat is de vertraging die de Afdeling heeft bewerkstelligd door de toepassing van art. 8:12b van de Awb. Heeft die vertraging nu echt geloond?

* Prof. mr. G.A. van der Veen is partner en advocaat bij AKD, hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, arbiter bij het Nederlands Arbitrage Instituut en lid van de redactie van het Tijdschrift voor Omgevingsrecht.

In art. 8:12b van de Awb is de *amicus curiae* vervat. Deze interessante, vrij nieuwe, maar nogal algemeen gehou- den regeling is opgenomen in titel 8.1 van de Awb, waar- in algemene bepalingen over het beroep in eerste aanleg zijn opgenomen. Desondanks geeft het artikel alleen aan de hoogste bestuursrechters, met uitzondering van de Hoge Raad in fiscale zaken, de discretionaire be- voegdheid om in zaken die bij hun college in behande- ling zijn bij een meervoudige of grote kamer, anderen dan partijen in de gelegenheid te stellen binnen een door het college te bepalen termijn schriftelijke opmer- kingen te maken. Met welk oogmerk de colleges de fi- guur kunnen inzetten en waarover de anderen dan op- merkingen kunnen maken, laat de tekst van de bepaling in het midden. Borman haalt in Tekst & Commentaar de memorie van toelichting bij het artikel aan:

‘De gedachte hierachter is dat “meedenkers” door hun inbreng in een procedure voor de rechter een bij- drage kunnen leveren aan de rechtsontwikkeling. Door de inbreng van anderen dan partijen kan de rechter een beter, breder zicht krijgen op de mogelij- ke maatschappelijke gevolgen van een te nemen bes- lissing. Ook de bevordering van de rechtseenheid is een doelstelling. De *amicus curiae*procedure stelt de bestuursrechter in staat om een zo compleet moge- lijk beeld te krijgen van de juridische en maatschap- pelijke context van het geschil.’

Dat zijn dus: een bijdrage aan de rechtsontwikkeling, een zicht op mogelijke maatschappelijke ontwikkelin- gen, bevordering van de rechtseenheid en – min of meer afsluitend – een breed zicht op de juridische en maat- schappelijke context.

In de uitspraak benut de Afdeling deze nogal ruime mo- gelijkheid. Ik citeer uit de uitspraak overweging 1.3:

‘In deze zaak spelen potentieel conflicterende belan- gen: aan de ene kant het belang van het behalen van

klimaatdoelen en de financieel-economische belangen van woningeigenaren en ondernemingen, die zich richten op na-isolatie, en aan de andere kant het belang van soortenbescherming. Gelet op deze potentieel conflicterende belangen, de wens om inzicht te krijgen in de gevolgen van na-isolatie van spouwmuuren voor vleermuizen, de gevolgen van de aan de orde zijnde onderzoeksverplichting voor in het bijzonder particulieren die hun woning willen na-isoleren en het mogelijk bestaan van alternatieve methoden, heeft de Afdeling toepassing gegeven aan de *amicus curiae*-procedure.’

Wat levert dat dan vervolgens op in de bijna veertien maanden tussen de (eerste) zitting van 8 juni 2022 en de uitspraak van 2 augustus 2023? Er zijn 46 schriftelijke reacties binnengekomen die op zich veel wijsheid hebben gebracht. Ik haal uit overweging 2 van de uitspraak het volgende:

‘Het algemene beeld is dat alle meedenkers de conflicterende belangen, die eerder zijn geschetst, onderkennen en hiermee ook worstelen. Daarbij onderkent iedere meedenker het belang van het beschermen van vleermuizen. De meeste meedenkers hebben antwoord gegeven op alle vragen. Uit die antwoorden is een tamelijk eenduidig beeld naar voren gekomen over de (on)geschiktheid van endoscopisch onderzoek om de aanwezigheid van vleermuizen te kunnen uitsluiten. Ook zijn er mogelijk toekomstige onderzoeksmethoden benoemd.’

32

De op zich nuttige vergaring van wijsheid heeft dus inzicht gebracht in (1) conflicterende belangen, (2) een worsteling met die belangen, (3) ontoereikendheid van endoscopisch onderzoek en (4) de mogelijkheid van toekomstige onderzoeksmethoden. Alleen het derde inzicht is relevant voor de rechtsvraag die in de uitspraak speelt, namelijk of de zorgplicht van art. 1.11 van de Wnb nu wel of niet is geschonden. Ik zie in dat artikel geen opsomming van of verwijzing naar belangen. Ik zie daarom evenmin ruimte voor afweging van belangen als bedoeld in art. 3:4 van de Awb. Op dat artikel zou de Afdeling immers gedoeld kunnen hebben met de vermelding van de worsteling, al zullen bestuursorganen zelf hun belangenafwegingen wellicht soms wel als worsteling ervaren, maar toch nooit zo afficheren. Ook de uitspraak toont geen rechtens relevante belangenafweging. De toekomstige onderzoeksmethoden, ten slotte, serveert de Afdeling tegen het slot van de uitspraak af. Ze dateren van na het bestreden besluit.

Enfin, er blijft dus alleen over een vrij technisch te beantwoorden vraag of het endoscopisch onderzoek toereikend is om aan de zorgplicht te voldoen. Dat zien we dan ook verder in de uitspraak, onder punt 9. Daar behandelt de Afdeling vrij rechttoe rechtaan of hier een overtreding heeft plaatsgevonden. Het antwoord ligt blijkbaar voor het oprapen. De Afdeling constateert namelijk vooral dat actuele ecologische kennis uit 2007 en 2017 voorhanden is. Daaruit blijkt een door bestuursor-

ganen en ecologische deskundigen breedgedragen opvatting, die met name is verwoord in het Vleermuisprotocol. Dat protocol moet worden gevolgd. Dat protocol leidt tot het opstellen van een quickscan en zo nodig een onderzoek dat op verschillende momenten gedurende het jaar plaatsvindt. De Afdeling memoreert dat verschillende meedenkers ook op het Vleermuisprotocol hadden gewezen. Dat mocht men toch eigenlijk als minimum wel van serieuze meedenkers verlangen, als dat protocol blijkbaar al breedgedragen was en werd onderschreven door bestuursorganen en ecologische deskundigen. Het Vleermuisprotocol figureerde bovendien ook al in tientallen eerdere Afdelingsuitspraken. Had de Afdeling overigens op basis van alleen dat Vleermuisprotocol en andere actuele ecologische kennis toch nog twijfel gehad, dan had zij wellicht STAB kunnen inschakelen en haar een korte termijn voor een analyse kunnen geven. Nu heeft de zaak heel lang geduurd en is er een uitkomst uit gekomen die van begin af aan met het Vleermuisprotocol te voorspellen was. Het lijkt er dus op dat de Afdeling wel een interessante nieuwe procedure heeft toegepast, maar dat die is uitgemond in een *circus curiae* dat de zaak zelf nogal weinig materieels gebracht heeft. Het is dat het bedrijf blijkens de uitspraak al gestopt was met de gewraakte methode, anders hadden de vrienden van de rechter niet alleen geleid tot een opvallende toepassing van art. 8:12b van de Awb, maar ook tot onnodige extra maanden onvoldoende onderzoek ten detrimente van de vleermuis.