



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Flora- en faunawet: nieuwe donkere wolken boven Nederland?

Drahmann, A.; Onrust, F.

Citation

Drahmann, A., & Onrust, F. (2013). Flora- en faunawet: nieuwe donkere wolken boven Nederland? *Bouwrecht*, 2013(1), 1-12. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68086>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68086>

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

Flora- en faunawet: nieuwe donkere wolken boven Nederland?

1

1. Inleiding

Voor het uitvoeren van projecten en werkzaamheden kan op grond van de Flora- en faunawet (verder ook: Ffw) een ontheffing zijn vereist. Dat is het geval indien er – kort gezegd – (individuele) beschermde dieren of planten in het gebied voorkomen waar de ontwikkeling of werkzaamheid zal plaatsvinden en er mogelijk verbodsbepalingen worden overtreden.

Ongeveer 500 (dier- of planten)soorten – van de 36.000 soorten die in Nederland voorkomen – vallen onder de bescherming van de Ffw.² Het uitgangspunt van de Ffw is dat geen schade mag worden toegebracht aan beschermde dieren of planten, tenzij dit uitdrukkelijk is toegestaan. Dit wordt wel het 'nee, tenzij'-principe genoemd. De Ffw gaat daarom uit van een aantal verbodsbepalingen, zoals het verbod op het doden of verontrusten van dieren of het verbod om planten te plukken. Deze verbodsbepalingen worden in de Ffw gekoppeld aan een ontheffingsstelsel. De Ffw geeft geen uitsluitsel over de vraag welke concrete activiteiten wel en niet zijn toegestaan. Als er een beschermde dier- of plantensoort voorkomt in het gebied waar de werkzaamheden zijn gepland, dan dient in de praktijk steeds het effect van die activiteiten op beschermde soorten te worden beoordeeld. Of, beter gezegd er moet beoordeeld worden of een verbodsbepaling uit de Ffw wordt overtreden door het uitvoeren van de bedoelde werkzaamheid of activiteit. Voor de beantwoording van de vraag of in een specifiek geval een ontheffing op grond van de Ffw is vereist (en kan worden verkregen) heeft EL&I voor de praktijk een stappenschema opgesteld.

Aanleiding voor dit artikel is een serie recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder ook: de Afdeling) waaruit blijkt dat het stappenschema van EL&I nuancering behoeft.³ In dit artikel zetten wij uiteen op welke wijze het bestaande stappenschema kan worden uitgebreid en aangepast om zo voor de praktijk weer als een handig hulpmiddel voor het doorlopen van de verschillende stappen in de Ffw te kunnen dienen bij de beantwoording van de vraag of een ontheffing op grond van art. 75 Ffw is vereist. Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt een korte achtergrond van de totstand-

koming van het huidige stappenschema van EL&I gegeven. Vervolgens wordt in paragraaf 3 stap voor stap het stappenschema doorlopen en wordt ingegaan op de recente Afdelingsjurisprudentie. Waar mogelijk zal tevens vooruitgeblikt worden op de gevolgen van het Wetsvoorstel Natuurbescherming.⁴ Paragraaf 4 bevat een afronding waarin een aanpast stappenschema wordt gegeven.

2. Achtergrond stappenschema

De Ffw bleek in de praktijk niet eenvoudig een antwoord te geven op de vraag of voor een specifiek project of activiteit een ontheffing op grond van de Ffw was vereist. Het toenmalige Ministerie van LNV ontwikkelde daarom al in 2005 voor de praktijk een stappenschema (*stappenschema 1*).⁵ De Ffw is voor een deel een implementatie van de Vogelrichtlijn⁶ (verder ook: Vrl) en Habitatrichtlijn⁷ (verder ook: Hrl). In 2009 deed de Afdeling twee uitspraken waaruit bleek dat dit stappenschema een uitleg gaf van de Ffw die in strijd was met deze Richtlijnen.⁸ Kort gezegd oordeelde de Afdeling dat nationale ontheffingsgronden die niet tevens in de Vrl en Hrl zijn genoemd niet ten grondslag aan een ontheffing kunnen worden gelegd, indien sprake is van dieren- en planten die op grond van de Richtlijnen als beschermde dieren en/of planten zijn aangewezen. Naar aanleiding van deze uitspraken van de Afdeling bestond de vrees dat voor op grond van de Richtlijnen beschermde dieren en planten geen ontheffing meer zou kunnen worden verleend en dat de Nederlandse bouwsector 'op slot' zou komen.⁹ Vervolgens heeft de Staatssecretaris van LNV (thans EZ) in augustus 2009 zijn beoordeling van Ffw-ontheffingsaanvragen voor (met name) ruimtelijke ingrepen aangepast. Ook heeft de staatssecretaris een nieuw beoordelingskader en stappenschema gepubliceerd (*stappenschema 2*). Dit stappenschema ziet er als volgt uit:

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

2 Bron: Ministerie van EL&I (<http://minEL&I.nederlandsesoorten.nl/>).

3 ABRvS 11 juli 2012, BR 2012/158, m.nt. H.E. Woldendorp (*Purmerend*); ABRvS 11 juli 2012, JM 2012/132, m.nt. L. Boerema (*De Woudreus*); ABRvS 8 februari 2012, JM 2012/53, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en S.M. van Velsen (*Noordoostpolder*); ABRvS 3 oktober 2012, JM 2012/146, m.nt. L. Boerema (*IVN*) en ABRvS 3 oktober 2012, LJN BX8989.

4 Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 1-3. Zie ook H.E. Woldendorp, 'De Wet natuur. Over de golven, niet die enorme diepte daaronder', BR 2012/50.

5 Het stappenschema werd gepubliceerd in de brochure *Buiten aan het werk? Houd tijdig rekening met beschermde dieren en planten*, een uitgave van het Ministerie van LNV.

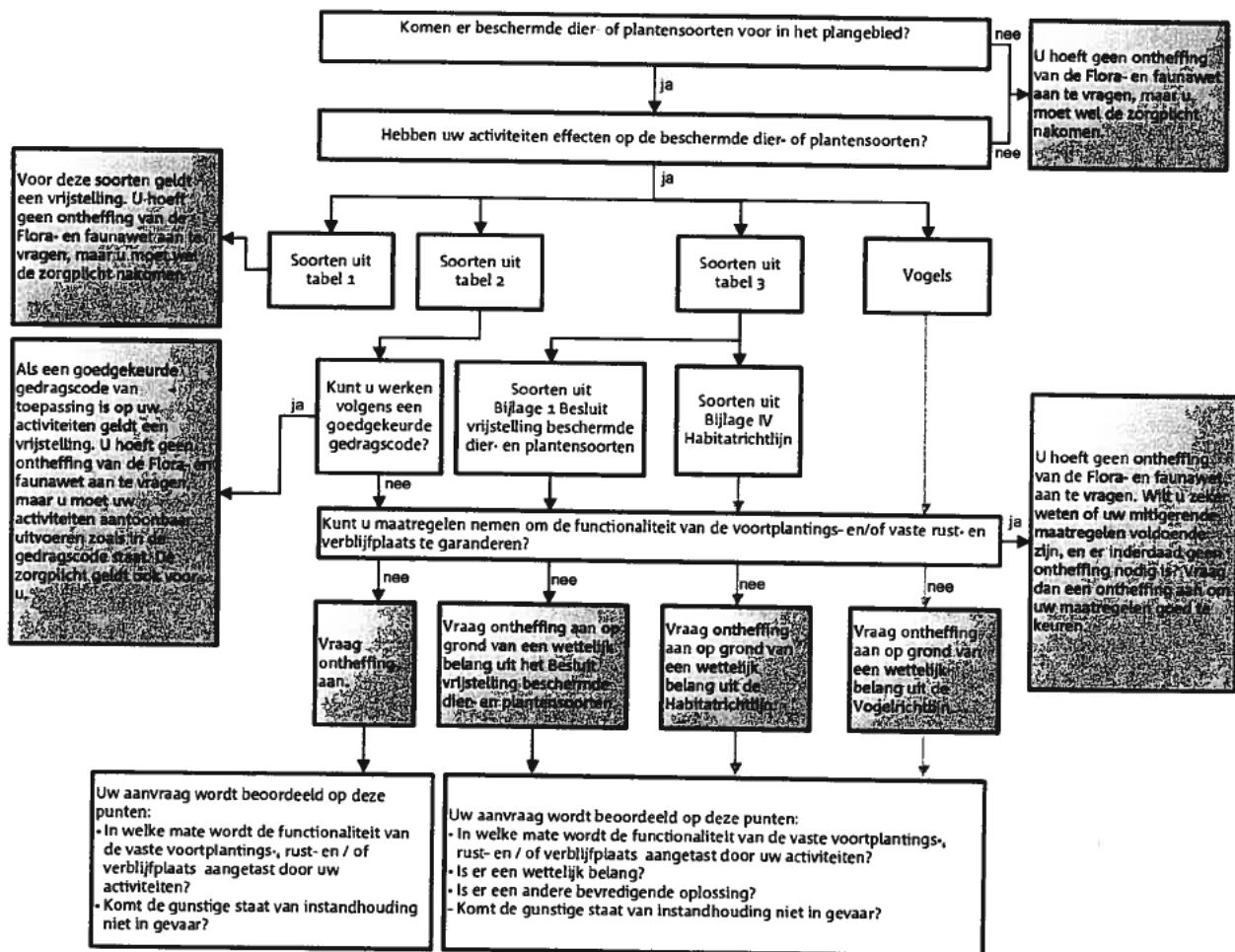
6 Richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand.

7 Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

8 ABRvS 21 januari 2009, BR 2009/48, m.nt. H.E. Woldendorp, en ABRvS 13 mei 2009, BR 2009/139, m.nt. R. Reede.

9 Zie o.a. M. van Geilswijk, 'Ruimtelijke ontwikkeling onder de Flora- en faunawet: terug bij af?', BR 2009/56.

Stappenschema 2



Anders dan in stappenschema 1 werd de vraag of er mitigerende maatregelen kunnen worden getroffen bij de beoordeling van de vraag of een ontheffing is vereist naar voren gehaald. Hierdoor bleek in de praktijk dat er in meer gevallen dan voorheen de uitkomst van de vraag of een ontheffing vereist was, ontkennend werd beantwoord. Omdat dit evenwel tot rechtonzekere situaties zou kunnen leiden ontwikkelde zich een praktijk waarbij in die gevallen wel een ontheffing werd aangevraagd, maar deze door de staatssecretaris werd geweigerd. Deze weigering wordt (in afwijking van het systeem van de Awb) als een appellabel besluit gezien en wordt in de praktijk wel aangeduid als een 'positieve afwijzing'. Reeds bij de introductie van het nieuwe stappenschema (stappenschema 2) werd de vraag opgeworpen of het stappenschema met de doorgevoerde wijzigingen nu wel in overeenstemming met de Vrl en Hrl zou zijn.¹⁰ De recente uitspraken van de Afdeling geven reden om (ten minste) een nuancering bij het stappenschema aan te brengen. Hierna zullen wij de gevolgen van de recente uitspraken op stappenschema 2 beschrijven en vervolgens een nieuw stappenschema presenteren (stappenschema 3).

3. Naar een vernieuwd stappenschema

In het hiernavolgende zullen wij de te doorlopen stappen (aan de hand van stappenschema 2) beschrijven voor de beantwoording van de vraag of een ontheffing op grond van de Ffw is vereist en kan worden verkregen. Waar nodig op grond van de huidige jurisprudentie worden nuanceringen en aanvullingen op dit schema gedaan. Daarbij komen wij tot een nieuw stappenschema (stappenschema 3).

3.1 Stap 1: Komen er beschermde dier- of plantensoorten voor in het plangebied?

Een ecooloog zal moeten onderzoeken in hoeverre er in het plangebied beschermde dier- of plantensoorten voorkomen. Het gaat daarbij om dieren en planten die op enigerlei wijze zijn beschermd. Dat kan zijn op grond van Europees recht (Vrl, Hrl) of op grond van nationaal recht (Ffw). Het plangebied waarin de beschermde dieren of planten voor moeten komen, betreft het gebied waarbinnen de activiteit zich afspeelt.¹¹

¹⁰ O.a. R.M. Fieten & A. Drahmman, 'Nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingen: probleem opgelost?', BR 2010/32.

¹¹ Het begrip plangebied heeft met het bestemmingsplangebied geen relatie. Weliswaar kan het plangebied waar de activiteit zich afspeelt samenvallen met een bepaald bestemmingsplangebied, maar het plangebied kan even zo goed ook niet samenvallen.

3.2 Stap 2: Hebben uw activiteiten effecten op de beschermde dier- of plantensoorten?

De tweede stap betreft de vraag of de activiteiten effecten op de beschermde dier- of plantensoorten hebben. Hier moet worden beoordeeld of er een verbodsbepaling uit de Ffw zal worden overtreden als gevolg van de activiteit. Voor de afweging of daarvan sprake is, is wederom deskundigenadvies van bijvoorbeeld een ecoloog nodig. In de Ffw zijn verschillende verboden opgenomen. Het uitgangspunt is immers dat geen schade aan beschermde dier- of plantensoorten mag worden toegebracht, tenzij er een ontheffing¹² kan worden verleend.

3.2.1 Wat is er verboden?

De verbodsbepalingen zijn neergelegd in art. 8-11 Ffw. Een deel van de verbodsbepalingen komt uit de Vrl en Hrl en zijn

in de Ffw geïmplementeerd. De nationale en Europese verbodsbepalingen zijn echter niet gelijklopend. Uit recente jurisprudentie blijkt dat dit voor de Afdeling aanleiding is om voor strikt beschermde diersoorten (Bijlage IV Hrl) en vogels rechtstreeks te toetsen aan de tekst van de verbodsbepalingen van de Richtlijnen.¹³

Hieronder (overzicht 1) zullen de diverse verbodsbepalingen uit de Ffw vergeleken worden met de verbodsbepalingen uit de Vrl en Hrl, zodat kan worden beoordeeld waar sprake is van zogenaamde Europese verplichtingen en waar sprake is van een zogenaamde 'nationale kop'. Daarnaast zal ook direct worden aangegeven hoe de verbodsbepalingen in het Wetsvoorstel Natuurbescherming zijn geformuleerd, zodat bezien kan worden of deze wet een 'betere' implementatie van de verbodsbepalingen in de Richtlijnen vormt.¹⁴

Overzicht 1

	Dier-, plant en/of vogel	Vogel	Dier en/of plant (bijlage IV Hrl)	Vogel	Dier en/of plant
Grondslag	Flora- en faunawet	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn	Wet natuurbescherming (vogel)	Wet natuurbescherming (bijlage IV dier/plant) ¹⁵
Verbodsbepaling	Het is verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort/planten, behorende tot een beschermde inheemse plantensoort, te:	Op grond van de Vogelrichtlijn moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen voor de invoering van een algemene regeling voor de bescherming van vogelsoorten, waaronder de volgende verbodsbepaling: een verbod om:	Op grond van de Habitatrichtlijn moeten de lidstaten de nodige maatregelen treffen voor de instelling van een systeem van strikte bescherming van de in bijlage IV, letter a), vermelde diersoorten/specimens van de genoemde soorten in de natuur, in hun natuurlijk verspreidingsgebied, waarbij een verbod wordt ingesteld op:	Het is verboden van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in art. 1 Vogelrichtlijn	Het is verboden in het wild levende dieren van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel a bij de Habitatrichtlijn/planten van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel b, bij de Habitatrichtlijn in hun natuurlijk verspreidingsgebied
Verbod om te doden	'doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen'. ¹⁶	'ongeacht de gebruikte methode, opzettelijk (...) te doden of te vangen'. ¹⁷	'het opzettelijk vangen of doden van in het wild levende specimens van die soorten'. ¹⁸	'opzettelijk (...) te doden of te vangen'. ¹⁹	

¹² Dan wel een vrijstelling op grond van art. 75 lid 1 Ffw. In dit artikel staan de ontheffingen van art. 75 lid 3 Ffw echter centraal en worden de verschillende vrijstellingsbepalingen uit de Ffw en het Bvbs niet besproken. Ook andere ontheffings- en vrijstellingsmogelijkheden, bijvoorbeeld in het kader van beheer en schadebestrijding komen in dit artikel niet aan de orde. Wij verwijzen naar M. van Geilswijk, 'Artikel 68 Flora- en Faunawet', *M en R* 2004, p. 608.

¹³ Met name ABRvS 3 oktober 2012, *JM* 2012/146, m.nt. L. Boerema (IVN).

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 1-3.

¹⁵ Art. 3.10 van het Wetsvoorstel betreft daarnaast nog het beschermingsregime voor andere soorten. Dit zijn dus de soorten die niet onder de Vrl en Hrl vallen, maar volgens de wetgever desondanks beschermd moeten worden. Uit de MvT volgt dat het daarbij met name gaat om soorten die in Nederland in hun voortbestaan zijn bedreigd en daarom zijn geplaatst op de zogenaamde rode lijsten (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 68). De verbodsbepaling is ruimer geformuleerd dan de verbodsbepalingen voor de strikt beschermde soorten.

¹⁶ Art. 9 Ffw.

¹⁷ Art. 5 aanhef en onder a Vrl.

¹⁸ Art. 12 lid 1 aanhef en onder a Hrl.

¹⁹ Art. 3.1 lid 1 Wetsvoorstel Natuurbescherming (vogels) en art. 3.5 lid 1 Wetsvoorstel Natuurbescherming (dieren).

Overzicht 1

	<i>Dier-, plant en/of vogel</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant (bijlage IV Hrl)</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant</i>
Grondslag	Flora- en faunawet	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn	Wet natuur- bescherming (vogel)	Wet natuur- bescherming (bijlage IV dier/ plant)
Verbod om te plukken	'te plukken, te verzamelen, af te snijden, uit te stekken, te vernielen, te beschadigen, te ontwortelen of op enigerlei andere wijze van hun groeiplaats te verwijderen'. ²⁰		'het opzettelijk plukken en verzamelen, afsnijden, ontwortelen of vernielen'. ²¹		'opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen'. ²²
Verbod om te veront-rusten	'opzettelijk te veront-rusten'. ²³	'met name gedurende de broedperiode, opzettelijk te storen, voor zover een dergelijke storing, gelet op de doelstellingen van deze Richtlijn, van wezenlijke invloed is'. ²⁴	'het opzettelijk verstoren van die soorten, vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijkheid van de jongen, overwintering en trek'. ²⁵	'opzettelijk te storen'. ²⁶ 'Het verbod (...) is niet van toepassing indien de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort'. ²⁷	'opzettelijk te verstoren'. ²⁸
Verboden nesten en vaste rust- en verblijfplaatsen te vernielen, verstoren enzovoort	'het is verboden nesten, hopen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren (...) te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren'. ²⁹	'opzettelijk hun nesten en eieren te vernielen of te beschadigen of hun nesten weg te nemen'. ³⁰	'de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen'. ³¹	'opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren (...) te vernielen of te beschadigen, of nesten (...) weg te nemen'. ³²	'het is verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren (...) te beschadigen of te vernielen'. ³³

20 Art. 8 Ffw.

21 Art. 13 lid 1 aanhef en onder a Hrl.

22 Art. 3.5 lid 5 Wetsvoorstel Natuurbescherming.

23 Art. 10 Ffw.

24 Art. 5 aanhef en onder d Vrl.

25 Art. 12 lid 1 aanhef en onder b Hrl. In de MvT bij de Wet natuurbescherming wordt over dit artikellid nog gesteld: 'De Commissie gaat in haar richtsnoer in op het verbod op verstoringen zoals opgenomen in artikel 12, eerste lid, onder b, van de Habitatrichtlijn. (Zie het hiervoor aangehaalde Guidance document, blz. 37-38.) Verstoringen moeten per soort worden beoordeeld in het licht van de intensiteit, duur en frequentie van herhaling van de verstoring. De Commissie geeft tevens aan dat de verstoring moet worden beoordeeld in het licht van het effect op de staat van instandhouding van de soort. Sporadische verstoringen zonder waarschijnlijke negatieve invloed vallen daarmee niet onder de reikwijdte van deze bepaling.' (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 137-138).

26 Art. 3.1 lid 4 Wetsvoorstel Natuurbescherming.

27 Art. 3.1 lid 5 Wetsvoorstel Natuurbescherming (vogels).

28 Art. 3.5 lid 2 Wetsvoorstel Natuurbescherming.

29 Art. 11 Ffw.

30 Art. 5 aanhef en onder b Vrl.

31 Art. 12 lid 1 aanhef en onder d Hrl.

32 Art. 3.1 lid 2 Wetsvoorstel Natuurbescherming.

33 Art. 3.5 lid 4 Wetsvoorstel Natuurbescherming.

In overzicht 1 valt direct op dat er verschillen zijn tussen de Richtlijnverboden en de Ffw-verboden. Hierna zal nog ingegaan worden op de Afdelingsjurisprudentie waaruit blijkt dat dit gevolgen heeft voor de mogelijkheden om ontheffing te krijgen. In essentie volgt uit deze jurisprudentie dat van een 'nationaal' verbod makkelijker ontheffing gekregen kan worden dan van een 'Europees' verbod. De belangrijkste verschillen tussen de verbodsbepalingen zijn de volgende. Voor wat betreft het verbod om te doden, vallen bij vergelijking twee zaken op. Ten eerste bevatten de Europese verbodsbepalingen een opzetvereiste dat in de Nederlandse bepaling ontbreekt.³⁴ Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat bij uitleg van de Ffw-bepaling sprake moet zijn van voorwaardelijk opzet.³⁵ De Nederlandse wettekst heeft daarmee een ruimer toepassingsbereik dan de Richtlijnen. Ten tweede heeft de Ffw het niet alleen over 'doden of vangen', maar ook over verwonden, bemachtigen en opsporen. Deze begrippen komen in de Richtlijnteksten niet terug. Ook op dit punt lijkt de Ffw een ruimer toepassingsbereik te hebben. Immers 'verwonden en bemachtigen' houdt niet per definitie het doden van dieren in. Het Wetsvoorstel Natuurbescherming sluit beter aan bij de verbodsbepalingen uit de Richtlijnen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de huidige toevoegingen in de Ffw gekwalificeerd kunnen worden als ofwel een 'poging' om een verbodsbepaling te overtreden en daarom ook verboden zijn, ofwel als overtreding van het verbod op dierenmishandeling.³⁶ Ook bij het plukverbod bevat de Europese verbodsbepaling een opzetvereiste die in de nationale Ffw-bepaling ontbreekt. Daarnaast zijn de in de Ffw opgenomen verboden handelingen (tekstueel) niet volledig gelijk aan de verboden handelingen zoals opgenomen in de Vrl en Hrl. In de Ffw zijn de volgende 'extra' handelingen verboden: steken, beschadigen, of op enigerlei andere wijze van hun groeiplaats verwijderen. Uit de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Natuurbescherming volgt dat hiermee geen verruiming ten opzichte van de Richtlijnteksten is beoogd, maar een vergemakkelijking van de handhaving in de praktijk.³⁷ Of hiermee ook geen verruiming ten opzichte van de Hrl tot stand is gebracht, kan betwijfeld worden. In het wetsvoorstel komen deze toevoegingen te vervallen en wordt (inclusief opzetvereiste) aangesloten bij de bepaling uit de Hrl.

Bij het verbod om – kort gezegd – te 'verontrusten', zien we dat het opzetvereiste hier wel is opgenomen in de Ffw. Er zijn echter wel een paar andere verschillen tussen de Ffw-tekst en de Richtlijnteksten te noemen. Ten eerste spreken de Vrl en Hrl over 'verstoren' en de Ffw over 'verontrusten'. Wij vermoeden dat met dit verschil in begrippen geen verschil in reikwijdte van de verbodsbepaling is beoogd.³⁸ Daarnaast bepalen de Vrl en Hrl dat het verstoringverbod 'met name tijdens de broedperiode' respectievelijk 'tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijk van de jongen, overwintering en trek' geldt. Deze nuancering is in de Ffw niet aangebracht, maar dit verklaart wel de huidige praktijk waarin met betrekking tot vogelnesten ervan wordt uitgegaan dat het verrichten van werkzaamheden buiten het broedseizoen in beginsel geen probleem oplevert, tenzij sprake is van een zogenaamd jaarrond beschermd nest. Ten slotte wordt in de Vrl het verbod beperkt tot een storing die 'van wezenlijke invloed' is. Deze beperking is in de tekst van de Ffw niet opgenomen. In paragraaf 3.6 bespreken wij de uitspraak van de Afdeling van 3 oktober 2012³⁹ waarin de Ffw wordt uitgelegd aan de hand van het begrip wezenlijke invloed. Het lijkt er derhalve op dat de verschillende nuancering uit beide Richtlijnen wel degelijk van invloed zijn op de uitleg van de Ffw-verbodsbepalingen door de Afdeling. Het Wetsvoorstel Natuurbescherming sluit slechts gedeeltelijk beter bij de Richtlijnen aan. Het wetsvoorstel bevat zowel het opzetvereiste als, voor vogels, het wezenlijke invloedcriterium. Nog altijd is de zinsnede dat het verbod 'met name tijdens de broedperiode' respectievelijk 'vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijk van de jongen, overwintering en trek' geldt niet opgenomen. Indien de wetgever beter wil aansluiten bij de Richtlijnverbodsbepalingen dan zou dit volgens ons wel in de rede liggen. De memorie van toelichting geeft hier ook geen verklaring voor. Ten slotte geldt voor het verbod met betrekking tot nesten van vogels en rust- en verblijfplaatsen van andere dieren op dat het opzetvereiste wel is opgenomen in de Vrl, maar niet in de Hrl en Ffw.⁴⁰ De Ffw lijkt derhalve een ruimer toepassingsbereik aan dit verbod toe te kennen, voor zover het de nesten van vogels betreft. Daarnaast zijn er ook hier kleine terminologische verschillen tussen de Ffw en de Richtlijnen. Ook hier sluit het Wetsvoorstel Natuurbescherming beter aan bij de Richtlijnen.

3.2.2 Tussenconclusie

Om te bepalen of een verbodsbepaling wordt overtreden kan niet alleen worden gekeken naar de tekst van de

34 Zie o.a. ABRvS 21 januari 2009, BR 2009/48, m.nt. H.E. Woldendorp, waarin verwezen wordt naar HvJ EG 17 september 1987, nr. C-412/85, alsmede HvJ EG 11 mei 2002, nr. C-103/00, JM 2002/64, m.nt. Douma (Griekse zeeschildpadden).

35 In de MvT bij het Wetsvoorstel Natuurbescherming wordt het begrip voorwaardelijk opzet als volgt beschreven: 'Daarvan is sprake als iemand een handeling verricht en daarbij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn gedragingen schadelijke gevolgen hebben voor een dier of een plant, zoals de vangst of de dood van een dier, het verstoren van een dier, en het afsnijden, ontwortelen of vernielen van een plant.' (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 137).

36 Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 259.

37 In de MvT bij het Wetsvoorstel Natuurbescherming wordt gesteld: 'Ook zijn in de Flora- en Faunawet handelingen verboden ter vergemakkelijking van de handhaving. Materieel vallen sommige van de in de Flora- en faunawet verboden handelingen onder de verboden van onderhavige artikelen. Zo valt het uitsteken en beschadigen van planten onder het verbod op plukken en vernielen van planten.' (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 259).

38 De MvT (Kamerstukken II 1992/93, 23 147, nr. 3, p. 32) geeft geen inzicht in de vraag waarom voor het begrip 'verontrusten' is gekozen in afwijking van het begrip 'verstoren' uit de Richtlijnteksten.

39 ABRvS 3 oktober 2012, JM 2012/146, m.nt. L. Boerema.

40 In de MvT bij het Wetsvoorstel Natuurbescherming wordt over het ontbreken van een opzetvereiste in de Hrl het volgende gesteld: 'Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat art. 12 lid 1 onder d, van de Habitatrichtlijn ook ziet op onopzettelijke beschadiging of vernietiging van voortplantings- of rustplaatsen. (HvJ 10 januari 2006, zaak C-98/03 (Commissie tegen Duitsland), ro 55.) De Commissie interpreteert deze bepaling in haar richtsnoer zodanig dat het verbod ziet op de ecologische functionaliteit van de voortplantings- en rustplaatsen. (Zie het hiervoor aangehaalde Guidance document, blz. 41.)' (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 138).

verbodsbepalingen zoals opgenomen in de Ffw. Voor de beantwoording van de vraag op welke gronden ontheffing kan worden verkregen (in par. 3.6 wordt hier nader op ingegaan), is het van belang om te onderscheiden in hoeverre de handeling is verboden op grond van de Vrl of Hrl, of dat er sprake is van een 'nationale kop' in aanvulling op de Richtlijnverboden. Zoals we hiervoor hebben kunnen zien kan die nationale kop, bij de verbodsbepalingen zowel een 'extra' handeling betreffen (zoals verwonden bij het verbod om te doden), alsmede de situatie waarin het verbod in de Ffw zich tevens uitstrekt over niet opzettelijke handelingen.

3.3 *Stap 3: Welke soorten zijn er aanwezig? Soorten uit tabel 1, 2, 3 en/of vogels*

In stappenschema 2 is de derde stap, de vraag naar de aanwezige soorten. Wij zullen in dit artikel niet uitgebreid stilstaan bij de verschillen tussen de beschermde soorten, maar willen nog kort wijzen op het volgende.

In de praktijk wordt over het algemeen niet verwezen naar het Besluit vrijstelling beschermde soorten (Bvbs) of de Regeling beschermde soorten (Rvbs) als het onderscheid tussen de verschillende beschermingsregimes die gelden voor de verschillende soorten wordt bedoeld. De staatssecretaris heeft 3 tabellen gemaakt waarin de beschermde soorten zijn opgenomen. In de praktijk wordt gesproken over tabel 1-soorten, tabel 2-soorten en tabel 3-soorten. Deze tabellen hebben geen wettelijke status, maar geven een praktische indeling van de verschillende beschermde soorten weer. Tabel 1 bevat de zogenaamde 'algemene soorten' (zoals te vinden in bijlage 4 Rvbs). Deze soorten zijn in Nederland aangewezen zonder dat daarvoor een verplichting op grond van een Europese Richtlijn bestaat. De tabel 1-soorten vallen onder een vrijstellingsregime en hiervoor behoeft geen ontheffing op grond van art. 75 Ffw te worden verkregen.⁴¹ In tabel 3 zijn de soorten opgenomen als bedoeld in bijlage IV Hrl en bijlage 1 Bvbs. De tabel 3-soorten die alleen op grond van bijlage 1 Bvbs zijn aangewezen dienen te worden onderscheiden van de bijlage IV Hrl-soorten, omdat voor de bescherming en aanwijzing van deze bijlage 1 Bvbs-soorten geldt dat dit niet is geschied op grond van een Europese verplichting. Ook dit betreft een zogenaamde nationale kop. Voor deze nationale kopsoorten gelden nog altijd de nationale ontheffingsgronden, zoals 'ruimtelijke ontwikkeling'. Voor de Bijlage IV Hrl-soorten kunnen slechts de ontheffingsgronden uit de Hrl worden gebruikt.⁴² Tabel 2 bevat vervolgens alle soorten overige soorten, die niet in tabel 1 of 3 voorkomen, met uitzondering van vogels. Voor tabel 2-soorten kan eventueel met een goedgekeurde gedragscode worden gewerkt zodat een ontheffing niet is vereist.⁴³ Vogels vallen niet in één tabellen, maar betreffen een aparte categorie, waaronder alle vogels in Nederland dienen te worden begrepen.

In het hiernavolgende zullen wij de tabel 1- en 2-soorten verder onbesproken laten en ons concentreren op de soorten die onder het zwaardere beschermingsregime van de Ffw vallen.

3.4 *Stap 4: Kunt u maatregelen nemen om de functionaliteit van de voortplantings- en/of de vaste rust- en verblijfplaats te garanderen?*

Na inventarisatie van de aanwezige soorten, dient te worden bekeken of er mitigerende maatregelen kunnen worden getroffen waardoor van een overtreding van één van de verbodsbepalingen van de Ffw geen sprake meer is. Recente uitspraken van de Afdeling⁴⁴ maken dat – naar onze mening – bij deze stap in het stappenschema een nadere nuancering ten opzichte van de huidige uitvoeringspraktijk is vereist.

Uit stappenschema 2 volgt dat *als* door middel van het treffen van mitigerende maatregelen overtreding van de Ffw kan worden voorkomen, er geen ontheffing vereist is. Dit uitgangspunt kan echter, blijkens jurisprudentie van de Afdeling, niet zonder nadere nuancering worden toegepast. De Afdeling stelt niet zozeer dat deze stelling van de staatssecretaris onjuist is, maar kijkt zeer indringend naar de aard van de te treffen maatregelen en beoordeelt in hoeverre een maatregel daadwerkelijk een mitigerend effect heeft. Uit de uitspraken volgt dat de staatssecretaris een te ruime uitleg gaf aan het begrip 'mitigerende maatregel' en te veel maatregelen als mitigerend kwalificeerde.

In een uitspraak van de Afdeling van 3 oktober 2012 was de vraag aan de orde of ontheffing moest worden verleend voor een buizerd en een sperwer.⁴⁵ De Afdeling oordeelt dat slechts die maatregelen die zien op het voorkómen dat de in art. 10 en 11 Ffw opgenomen verboden worden overtreden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of één van die verboden wordt overtreden. Het nest van de buizerd en het aangetroffen sperwernest zal als gevolg van de geplande werkzaamheden verdwijnen. Met het vernielen dan wel wegnemen van deze jaarrond beschermde nesten wordt art. 11 Ffw overtreden. Het weghalen van de jaarrond beschermde nesten en het *vervolgens* creëren van nieuw leefgebied dat geschikt is voor de buizerd en de sperwer, zijn géén maatregelen die erop gericht zijn om overtreding van de in art. 11 Ffw neergelegde verboden te voorkómen, zo oordeelt de Afdeling.⁴⁶

41 Tenzij sprake is van een overtreding van de zorgplicht als bedoeld in art. 2 Ffw.

42 Zie de eerdergenoemde uitspraken uit 2009: ABRvS 21 januari 2009, BR 2009/48, m.nt. H.E. Woldendorp, en ABRvS 13 mei 2009, BR 2009/139, m.nt. R. Reede.

43 Wie meer wil weten over gedragscodes verwijzen wij naar M. van Geilswijk, 'Gedragscodes onder de Flora- en faunawet: exit of doorstart?', BR 2010/18.

44 ABRvS 11 juli 2012, BR 2012/158, m.nt. H.E. Woldendorp (Purmerend); ABRvS 11 juli 2012, JM 2012/132, m.nt. L. Boerema (De Woudreus); ABRvS 8 februari 2012, JM 2012/53, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en S.M. van Velsen (Noordoostpolder); ABRvS 3 oktober 2012, JM 2012/146, m.nt. L. Boerema (IVN) en ABRvS 3 oktober 2012, LJN BX8989.

45 ABRvS 3 oktober 2012, LJN BX8989 (Haak om Leeuwarden). Deze uitspraak is een vervolg op de tussenuitspraak van 21 maart 2012, JM 2012/68, m.nt. L. Boerema.

46 Zie over jaarrond beschermde nesten en deze jurisprudentie tevens: J. Gundelach, 'Vogelvrij. Een beschouwing over vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen in relatie tot ruimtelijke ontwikkelingen', TO 2012, nr. 3, p. 64-74.

In een tweetal uitspraken van 11 juli 2012 was een vergelijkbare vraag aan de orde.⁴⁷ In de uitspraak over het realiseren van een bedrijventerrein in Purmerend betrof het de vraag of een ontheffing nodig was voor het verstoren van vaste rust- of verblijfplaatsen van de steenuil en de kerkuil. De mitigerende maatregelen die getroffen zouden worden waren de volgende: de werkzaamheden buiten het broedseizoen uitvoeren, gebouwen voor sloop inspecteren, een groenzone van ruim 60 hectare optimaal geschikt maken en voor de kerkuil een alternatieve nestplaats aanleggen. De Afdeling oordeelt wederom dat slechts die maatregelen die zien op het voorkómen dat de in de art. 10 en 11 Ffw opgenomen verboden worden overtreden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of één van die verboden wordt overtreden. Het uitvoeren van de werkzaamheden buiten het broedseizoen en het inspecteren van de gebouwen, ziet de Afdeling als mitigerende maatregelen. De overige maatregelen zien naar het oordeel van de Afdeling niet op het voorkómen dat de verboden worden overtreden en kunnen niet bij de beoordeling worden betrokken.

De tweede uitspraak van 11 juli 2012 is interessant, omdat hier niet alleen sprake is van een mogelijke verstoring van nesten van vogels (in casu de zwarte specht), maar ook van verblijfplaatsen van vleermuizen die beschermd zijn op grond van Bijlage IV Hrl. De door de staatssecretaris als mitigerend gekwalificeerde maatregelen met betrekking tot de zwarte specht bestonden er in dit geval uit dat de werkzaamheden zo veel mogelijk buiten het broedseizoen zou worden uitgevoerd, na de aanleg van een aarden wal zou een rustiger biotoop ontstaan en een weg zou worden afgesloten voor gemotoriseerd verkeer, hierdoor zou het gebied rond de parkeerplaats na de aanleg ervan rustiger worden. Naar het oordeel van de Afdeling strekken deze maatregelen niet tot het voorkómen van overtreding van de verbodsbepaling van art. 11 Ffw. Het feit dat na de uitvoering van de werkzaamheden een kwalitatief betere maar ongelijksoortige biotoop zal ontstaan voor de zwarte specht voorkomt niet dat daarvoor eerst de vaste rust- en verblijfplaats van de zwarte specht wordt verstoord. Met betrekking tot de vleermuizen bestonden de (gestelde) mitigerende maatregelen eruit dat de gaten tussen de bomen niet groter zouden worden gemaakt dan dertig meter, zodat de vliegroutes door de lijnvormige structuren in het landschap behouden zouden blijven en tijdens de kap zou een alternatieve vliegroute beschikbaar komen. Ook deze maatregelen strekken volgens de Afdeling niet tot het voorkómen van overtreding van de verbodsbepaling van art. 11 Ffw, omdat de vaste rust- en verblijfplaats van de vleermuis tijdelijk verstoord zal worden.⁴⁸

Een maatregel waarbij een nieuw foerageergebied voor vleermuizen wordt gerealiseerd kan wel als mitigerende maatregel worden betrokken bij de beoordeling, zo volgt

uit jurisprudentie van de Afdeling.⁴⁹ Als met de werkzaamheden wordt gewacht totdat de voorgestelde fysieke maatregelen functioneren (en de vleermuizen reeds de nieuwe foerageerplaats in gebruik hebben genomen) dan kan wel degelijk van mitigerende maatregelen in voornoemde zin worden gesproken. Ook bij jaar rond beschermde nesten zou het derhalve mogelijk kunnen zijn dat als de vogel reeds is verhuisd, de mitigerende maatregel (nieuwe nestkast) zorgt dat geen verbod wordt overtreden.

De staatssecretaris nam ook aan dat bij het verplaatsen van planten en dieren in het kader van het uitvoeren van een mitigerende maatregel geen verbodsbepalingen werden overtreden. Uit een recente uitspraak van de Afdeling blijkt dat deze uitleg van de Ffw onjuist is.⁵⁰ In de uitspraak oordeelt de Afdeling dat met het uitsteken en verplaatsen van beschermde planten ter uitvoering van een mitigerende maatregel wel degelijk sprake kan zijn van een overtreding van art. 8 Ffw. In de Ffw-ontheffing had de staatssecretaris het standpunt ingenomen dat geen ontheffing voor de lange ereprijs en de steenanjer nodig was, omdat het niet de bedoeling was deze planten definitief aan de natuur te onttrekken. De soorten mogen volgens de staatssecretaris over kleine afstanden en binnen korte tijd verplaatst worden om ze te beschermen tegen de nadelen van het project. De Afdeling oordeelt echter dat uit de formulering van de verboden neergelegd in art. 8 Ffw voortvloeit dat slechts maatregelen die zien op het voorkómen dat de in art. 8 Ffw opgenomen verboden worden overtreden, kunnen worden betrokken bij de beoordeling of één van de in die artikelen opgenomen verboden wordt overtreden. Met het uitsteken en verplaatsen van de planten zal, naar het oordeel van de Afdeling, art. 8 Ffw worden overtreden. De Afdeling zoekt dus aansluiting bij de letterlijke tekst van de Ffw en kijkt niet naar het doel van de verplaatsing van de planten.

Uit het voorgaande volgt dat het nog altijd mogelijk is om aan de hand van mitigerende maatregelen aan te tonen dat voorkómen wordt dat een verbodsbepaling wordt overtreden en dus geen ontheffing hoeft te worden aangevraagd.⁵¹ De Afdeling toetst echter streng of sprake is van een mitigerende maatregel en kijkt bij de beantwoording van de vraag of met de maatregel de overtreding van een verbod wordt voorkómen naar de letterlijke tekst van de verbodsbepalingen. Andere maatregelen die overtreding van het verbod niet voorkómen mogen niet bij de beoordeling worden betrokken.⁵²

49 ABRvS 7 november 2012, LJN BY2464.

50 ABRvS 9 mei 2012, JM 2012/99, m.nt. L. Boerema.

51 Ook in de memorie van toelichting bij de Wet natuurbescherming wordt ingegaan op de rol van mitigerende maatregelen bij het voorkomen dat een verbodsbepaling wordt overtreden. (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 138).

52 Naar aanleiding van de twee uitspraken van 11 juli 2012 heeft de Dienst Regelingen op 7 augustus 2012 het nieuwsbericht 'Aanscherpen beoordeling van voorgestelde maatregelen' op haar website geplaatst. Daarin wordt overwogen: 'Dienst Regelingen zal bij de beoordeling extra aandacht besteden aan de maatregelen die de aanvrager voorstelt om overtreding van de Flora- en faunawet te voorkomen. De functies van een gebied voor aanwezige dieren moeten volledig in kaart zijn gebracht en moeten altijd behouden blijven. Maatregelen die de effecten voor dieren slechts verzachten zijn onvoldoende.' (www.hetinvloket.nl/xmlpages/page/invloket/actueel/nieuwsitem/nieuwsbericht/2025001).

47 ABRvS 11 juli 2012, BR 2012/158, m.nt. H.E. Woldendorp (Purmerend) en ABRvS 11 juli 2012, JM 2012/132, m.nt. L. Boerema (De Woudreus). Deze uitspraken zijn een vervolg op twee tussenuitspraken van 15 februari 2012, BR 2012/73 en BR 2012/74, beide m.nt. H.E. Woldendorp.

48 Terzijde merken wij op dat de strafrechter een soepelere uitleg lijkt te geven aan het begrip 'verontrusten' dan de bestuursrechter. Zie bijv. Hof Arnhem 29 mei 2012, JM 2012/100, m.nt. L. Boerema. Zie ook P. Mendelits, 'Strafrechtelijke handhaving van de Flora- en faunawet', JM 2011/78.

3.5 Stap 5 en 6: Vraag ontheffing aan op grond van een belang uit het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, een wettelijk belang uit de HR of een wettelijk belang op grond van de Vrl

In stap 5 van het stappenschema 2 komen we bij de ontheffing aan. Op grond van art. 75 Ffw kan voor een vogel, dier of plant die wordt beschermd op grond van de Vrl/Hrl een ontheffing worden verleend als 1. geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding; 2. er geen andere bevredigende oplossing bestaat; en 3. met het oog op bepaalde bij algemene maatregel van bestuur genoemde belangen. Deze derde voorwaarde heeft tot gevolg dat een ontheffing slechts kan worden verleend indien de activiteit

of het project wordt uitgevoerd in het kader van een wettelijk belang genoemd in de Ffw (en het daarop gebaseerde Bvbs), Hrl of Vrl. Welke belangen aan de ontheffing ten grondslag mogen worden gelegd, is afhankelijk van de soorten die zijn aangetroffen. In het hiernavolgende worden de verschillende ontheffingsgronden besproken.

3.6 Ontheffingsgronden

Net als bij de verbodsbepalingen, kunnen ook de ontheffingsgronden schematisch worden weergegeven en onderscheiden naar de bron waar deze uitkomen (te weten Ffw, Vrl, Hrl en Wet natuurbescherming), zie overzicht 2:

	<i>Dier-, plant en/of vogel</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant (bijlage IV Hrl)</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant</i>
Ontheffingsgronden	Ffw en Bvbs	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn	Wet natuurbescherming (vogel)	Wet natuurbescherming (bijlage IV dier/plant)
Volksgezondheid en dwingende redenen van groot openbaar belang	de volksgezondheid of openbare veiligheid ⁵³ dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten ⁵⁴	de volksgezondheid en openbare veiligheid ⁵⁵	de volksgezondheid en de openbare veiligheid of om andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en voor het milieu wezenlijke gunstige effecten ⁵⁶	de volksgezondheid of de openbare veiligheid ⁵⁷	de volksgezondheid, de openbare veiligheid of andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en met inbegrip van voor het milieu wezenlijke gunstige effecten ⁵⁸
Veiligheid van het luchtverkeer	de veiligheid van het luchtverkeer ⁵⁹	de veiligheid van het luchtverkeer ⁶⁰		veiligheid van het luchtverkeer ⁶¹	
Schade	het voorkomen van ernstige schade aan vormen van eigendom, anders dan gewassen, vee, bossen, bedrijfsmatige visserij en wateren ⁶²	ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren ⁶³	ter voorkoming van ernstige schade aan met name de gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom ⁶⁴	ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij of wateren ⁶⁵	ter voorkoming van ernstige schade aan met name de gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden, wateren of andere vormen van eigendom ⁶⁶

53 Art. 75 lid 6 onder c, Ffw jo. art. 2 lid 3 onder d (Bvbs).

54 Art. 75 lid 6 onder c Ffw jo. art. 2 lid 3 onder e (Bvbs).

55 Art. 9 onder a Vrl.

56 Art. 16 onder c Hrl.

57 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 1° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

58 Art. 3.8 lid 5 aanhef en onder b onder 3° Wetsvoorstel Natuurbescherming (jo. art. 3.10 lid 2 Wetsvoorstel voor de nationaal beschermde dieren).

59 Art. 75 lid 6 onder c Ffw jo. art. 2 lid 3 onder c (Bvbs).

60 Art. 9 onder a Vrl.

61 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 2° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

62 Art. 75 lid 6 onder c Ffw jo. art. 2 lid 3 onder f (Bvbs).

63 Art. 9 onder a Vrl.

64 Art. 16 onder b Hrl.

65 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 3° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

66 Art. 3.8 lid 5 aanhef en onder b onder 2° Wetsvoorstel Natuurbescherming (jo. art. 3.10 lid 2 Wetsvoorstel voor de nationaal beschermde dieren).

	<i>Dier-, plant en/of vogel</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant (bijlage IV Hrl)</i>	<i>Vogel</i>	<i>Dier en/of plant</i>
Ontheffingsgronden	Ffw en Bvbs	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn	Wet natuurbescherming (vogel)	Wet natuurbescherming (bijlage IV dier/plant)
Bescherming van flora en fauna	de bescherming van flora en fauna ⁶⁷	ter bescherming van flora en fauna ⁶⁸	de bescherming van de wilde flora en fauna en van de instandhouding van de natuurlijke habitats ⁶⁹	ter bescherming van flora of fauna ⁷⁰	de bescherming van de wilde flora of fauna, of in het belang van de instandhouding van de natuurlijke habitats ⁷¹
Onderzoek en onderwijs, reproductie	ten behoeve van onderzoek en onderwijs, reproductie en herintroductie, alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten ⁷²	voor doeleinden in verband met onderzoek en onderwijs, het uitzetten en herinvoeren van soorten en voor de met deze doeleinden samenhangende teelt ⁷³	ten behoeve van onderzoek en onderwijs, reproductie en herintroductie van deze soorten, alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten ⁷⁴	voor onderzoek of onderwijs, het uitzetten of herinvoeren van soorten, of voor de daarmee samenhangende teelt ⁷⁵	voor onderzoek en onderwijs, reproductie of herintroductie van deze soorten, of voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten ⁷⁶
Op selectieve wijze	teneinde het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal van bij die maatregel aan te wijzen soorten te vangen, te plukken of in bezit te hebben ⁷⁷	teneinde het vangen, het houden of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan. ⁷⁸	ten einde het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, door de bevoegde nationale instanties vastgesteld aantal van bepaalde specimens van de in bijlage IV genoemde soorten te vangen, te plukken of in bezit te hebben ⁷⁹	om het vangen, het onder zich hebben of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan ⁸⁰	om het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, bij de ontheffing of vrijstelling vastgesteld aantal van bepaalde dieren van de aangewezen soort te vangen of onder zich te hebben, onderscheidenlijk een beperkt bij de ontheffing of vrijstelling vastgesteld aantal van bepaalde planten van de aangewezen soort te plukken of onder zich te hebben ⁸¹

67 Art. 75 lid 6 onder c Ffw jo. art. 2 lid 3 onder b (Bvbs).

68 Art. 9 onder a Vrl.

69 Art. 16 onder a Hrl.

70 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 4° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

71 Art. 3.8 lid 5 aanhef en onder b onder 1° Wetsvoorstel Natuurbescherming (jo. art. 3.10 lid 2 Wetsvoorstel voor de nationaal beschermde dieren).

72 Art. 75 lid 6 onder a Ffw.

73 Art. 9 onder b Vrl.

74 Art. 16 onder d Hrl.

75 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 5° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

76 Art. 3.8 lid 5 aanhef en onder b onder 4° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

77 Art. 75 lid 6 onder b Ffw.

78 Art. 9 onder c Vrl.

79 Art. 16 onder e Hrl.

80 Art. 3.3 lid 4 aanhef en onder b onder 6° Wetsvoorstel Natuurbescherming.

81 Art. 3.8 lid 5 aanhef en onder b onder 5° Wetsvoorstel Natuurbescherming (jo. art. 3.10 lid 2 Wetsvoorstel voor de nationaal beschermde dieren).

Het Bvbs bevat aanvullende ontheffingsgronden die niet voorkomen in de Richtlijnen.⁸² In de eerdergenoemde twee uitspraken uit 2009⁸³ oordeelde de Afdeling dat de in het Bvbs neergelegde grondslag voor het verlenen van ontheffing, een ruimere strekking heeft dan de grondslagen voor ontheffing die zijn neergelegd in de Vrl en Hrl. Daarom kan niet worden uitgesloten dat toepassing van deze gronden ten aanzien van vogels en Bijlage IV Hrl-soorten, het verlenen van ontheffing van de in de Ffw neergelegde verbodsbepalingen mogelijk maakt om andere redenen dan die welke op uitputtende wijze in de Vrl en Hrl zijn genoemd.⁸⁴

Uit deze uitspraken werd lange tijd afgeleid dat als ontheffing nodig was voor een op grond van de Vrl/Hrl-soort uitsluitend de ontheffingsgronden uit de Richtlijnen konden worden toegepast. Hierbij was ook van belang dat de Afdeling in 2009 oordeelde dat het betoog dat het verbodstelsel uit de Ffw strenger is dan dat uit de Vrl/Hrl, omdat niet in alle nationale verbodsbepalingen het begrip 'opzettelijk' is overgenomen.⁸⁵ Het ontbreken van het opzetvereiste laat strijdigheid met de Richtlijnen volgens de Afdeling onverlet. Volgens de Afdeling was door de ruimere ontheffingsgronden niet uitgesloten dat in strijd met de Hrl ontheffing zou kunnen worden verleend voor het (opzettelijk) overtreden van de verbodsbepalingen die gelden ten aanzien van door de Richtlijnen beschermde soorten.

In een tweetal uitspraken van de Afdeling wordt het bovenstaande genuanceerd. De Afdeling maakt in deze uitspraken namelijk onderscheid tussen een verbod op grond van de Vrl en Hrl en een zuiver nationaal verbod (niet opzettelijk daar waar de Richtlijnen wel over opzettelijk spreken).

Hier is de uitspraak van de Afdeling van 3 oktober 2012 van belang.⁸⁶ Volgens de Afdeling is een ontheffing op grond van art. 75 Ffw vereist, omdat sprake is van een verstoring van de vaste rust- en verblijfplaats van een steenuilenpaartje. Vervolgens verwijst de Afdeling naar de uitspraak van 13 mei 2009 waarin is overwogen dat de ontheffingsgronden van het Bvbs zich niet verdragen met art. 9 Vrl. Tot zover niets nieuws. De Afdeling vervolgt haar oordeel echter met de overweging dat het voorgaande met zich brengt dat als art. 9 Vrl op deze zaak van toepassing is, de staatssecretaris de j-grond niet aan de ontheffingverlening ten grondslag mag leggen. Naar het oordeel van de Afdeling valt echter niet op voorhand uit te sluiten dat het vernielen van foerageergebied, als gevolg waarvan vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels worden verstoord, valt onder het verbod, als

bedoeld in art. 5 onder d Vrl. Dit brengt mee dat, indien de verstoring niet van wezenlijke invloed is, aan art. 9 Vrl niet wordt toegekomen. In dat geval is niet uitgesloten dat de staatssecretaris de j-grond aan de ontheffingverlening ten grondslag mag leggen.⁸⁷ Kortom: als niet voldaan wordt het wezenlijke invloedcriterium, wordt de Vrl niet overtreden. Voor zover de Ffw dan wel wordt overtreden is dat dus slechts een 'nationale kop' op de verbodsbepalingen uit de Richtlijnen en is het toegestaan om ook nationale ontheffingsgronden te hanteren.

Een enigszins vergelijkbaar oordeel heeft de Afdeling gegeven in de uitspraak over het realiseren van een windpark in de Noordoostpolder.⁸⁸ De Afdeling overweegt allereerst dat de verbodsbepaling van art. 9 Ffw niet is beperkt tot opzettelijke handelingen. Deze bepaling heeft dan ook een ruimere werkingssfeer dan de verbodsbepaling van art. 5 Vrl die wel is beperkt tot opzettelijke handelingen. Art. 14 Vrl biedt de lidstaten daartoe de mogelijkheid. Voorts vloeien volgens de Afdeling uit de Vrl geen beperkingen voort ten aanzien van de mogelijkheden om ontheffing te verlenen van art. 9 Ffw, voor zover die verbodsbepaling een ruimere werkingssfeer heeft dan art. 5 Vrl.

Bovenstaande uitspraken hebben betrekking op de Vogelrichtlijn. Het is nog niet zeker of eenzelfde redenering kan worden gevolgd voor Hrl-soorten. Een aanwijzing dat dit niet mogelijk zou zijn, is de eerdergenoemde uitspraak over de Noordoostpolder.⁸⁹ Met betrekking tot vleermuizen overweegt de Afdeling daarin namelijk het volgende. Het in art. 9 Ffw neergelegde verbod is niet beperkt tot het opzettelijk doden van beschermde inheemse diersoorten. Ook voor het niet-opzettelijk doden van vleermuizen is dan ook ontheffing vereist. Vervolgens overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar de uitspraak van 21 januari 2009, dat de Hrl geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat lidstaten in de nationale wetgeving grondslagen voor het verlenen van ontheffing van aan de Hrl ontleende verbodsbepalingen mogen hanteren die niet in die Richtlijn zijn genoemd en hiervan ook niet direct zijn af te leiden. De Afdeling vervolgt haar uitspraak niet met een overweging die lijkt op de overweging in de uitspraak van 3 oktober 2012, te weten dat aan een nationale verbodsbepaling een nationale ontheffingsgrond ten grondslag mag worden gelegd. Dit valt nog meer

82 Dit zijn: de bepalingen inzake de gemeenschappelijke markt en een vrij verkeer van goederen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (art. 2 lid 3 onder a Bvbs), belangrijke overlast veroorzaakt door dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort (art. 2 lid 3 onder g Bvbs), de uitvoering van werkzaamheden in het kader van bestendig beheer en onderhoud in de landbouw en in de bosbouw (art. 2 lid 3 onder h Bvbs), bestendig gebruik (art. 2 lid 3 onder i Bvbs) en de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling (art. 2 lid 3 onder j Bvbs).

83 ABRvS 21 januari 2009, BR 2009/48, m.nt. H.E. Woldendorp, en ABRvS 13 mei 2009, BR 2009/139, m.nt. R. Reede.

84 Voor de nationaal beschermde dieren bevat art. 3.10 Wetsvoorstel, naast een zelfstandige verbodsbepaling, ook aanvullende ontheffingsgronden.

85 Zie verder par. 3.2 van dit artikel.

86 ABRvS 3 oktober 2012, JM 2012/146, m.nt. L. Boerema (IVN).

87 De Afdeling gaat daarnaast ook in op de verhouding tussen art. 9 Vrl en art. 5 onder b en d Vrl. De Afdeling overweegt dat als art. 9 Vrl op deze zaak van toepassing is, de staatssecretaris de j-grond niet aan de ontheffingverlening ten grondslag mag leggen. Ingevolge art. 5 onder b Vrl, geldt een verbod op het opzettelijk vernielen, beschadigen en wegnemen van nesten. Ingevolge art. 5 onder d Vrl geldt een verbod op het opzettelijk storen van vogels, met name gedurende de broedperiode, voor zover een dergelijke storing, gelet op de doelstellingen van deze Richtlijn, van wezenlijke invloed is. Naar het oordeel van de Afdeling valt niet op voorhand uit te sluiten dat het vernielen van foerageergebied, als gevolg waarvan vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels worden verstoord, in dit geval niet onder het verbod als bedoeld in art. 5 onder b Vrl valt, maar onder het verbod, als bedoeld onder d. Dit brengt mee dat, indien de verstoring niet van wezenlijke invloed is, aan art. 9 Vrl niet wordt toegekomen. In dat geval is niet uitgesloten dat de staatssecretaris het in art. 2 lid 3 aanhef en onder j, Vrijstellingsbesluit neergelegde belang aan de ontheffingverlening ten grondslag mag leggen.

88 ABRvS 8 februari 2012, IJN BV3215 en JM 2012/53, m.nt. J.M.I.J. Zijlman en S.M. van Velsen (Noordoostpolder).

89 ABRvS 8 februari 2012, IJN BV3215 en JM 2012/53, m.nt. J.M.I.J. Zijlman en S.M. van Velsen (Noordoostpolder).

op nu de Afdeling in deze uitspraak, onder verwijzing naar art. 14 Vrl, wel overweegt dat uit de Vrl geen beperkingen voortvloeien ten aanzien van de mogelijkheden om ontheffing te verlenen van art. 9 Ffw, voor zover die verbodsbepaling een ruimere werkingssfeer heeft dan art. 5 Vrl.

Een belangrijke aanwijzing dat het toepassen van de nationale ontheffingsgronden bij de nationale verbodsbepalingen ook voor Hrl-soorten mogelijk is, zou kunnen worden gevonden in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 juli 2011.⁹⁰ In dit arrest overweegt het Hof dat krachtens art. 14 Vrl de lidstaten beschermingsmaatregelen kunnen treffen die strenger zijn dan daarin wordt voorgeschreven. De Hrl bevat geen soortgelijke bepaling. Maar aangezien de Hrl op grondslag van art. 192 VWEU is vastgesteld, kunnen de lidstaten ingevolge art. 193 VWEU niettemin verdergaande beschermingsmaatregelen treffen.⁹¹ Indien wij deze lijn toepassen op de situatie waarin in Nederland tevens niet-opzettelijke handelingen worden verboden voor Bijlage IV Hrl-soorten dan dient te worden geconcludeerd dat als die strengere bepaling (ook niet opzettelijk) mogelijk is, niet valt in te zien waarom voor dat nationaal strengere deel, niet tevens nationale ontheffingsgronden gebruikt zouden kunnen worden.

De algemene lijn zou dan zijn, dat als sprake is van een zuiver nationaal verbod, ook zuiver nationale ontheffingsgronden (zoals de j-grond van het Bvbs) kunnen worden toegepast. Dat dit geldt voor vogels leidt, gelet op voornoemde Afdelingsuitspraak, geen twijfel, maar onduidelijk is nog of dit ook geldt voor Hrl-soorten. Gelet op het genoemde arrest van het Hof, zien wij echter geen goede reden waarom dit niet het geval zou zijn. In stappenschema 3 gaan wij uit van deze uitleg.

4. Afronding

Gelet op de recente jurisprudentie van de Afdeling is het volgende in de praktijk van groot belang bij het aanvragen van een Ffw-ontheffing.

Als een ontheffing op grond van de Ffw moet worden aangevraagd, dan moet duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de diverse verbodsbepalingen. Als een verbodsbepaling voortvloeit uit de Vrl/Hrl dan is ontheffing alleen mogelijk op grond van in de Richtlijn genoemde gronden. Is echter sprake van een nationale kop op een verbodsbepaling, dan staat in ieder geval bij vogels, niets eraan in de weg om nationale ontheffingsgronden te hanteren.⁹²

Het Wetsvoorstel Natuurbescherming bevat een implementatie van de Vrl en Hrl die meer aansluit bij de Richtlijntek-

sten. Deze wet zal reeds daarmee een hoop onduidelijkheden voor de juridische praktijk kunnen oplossen.

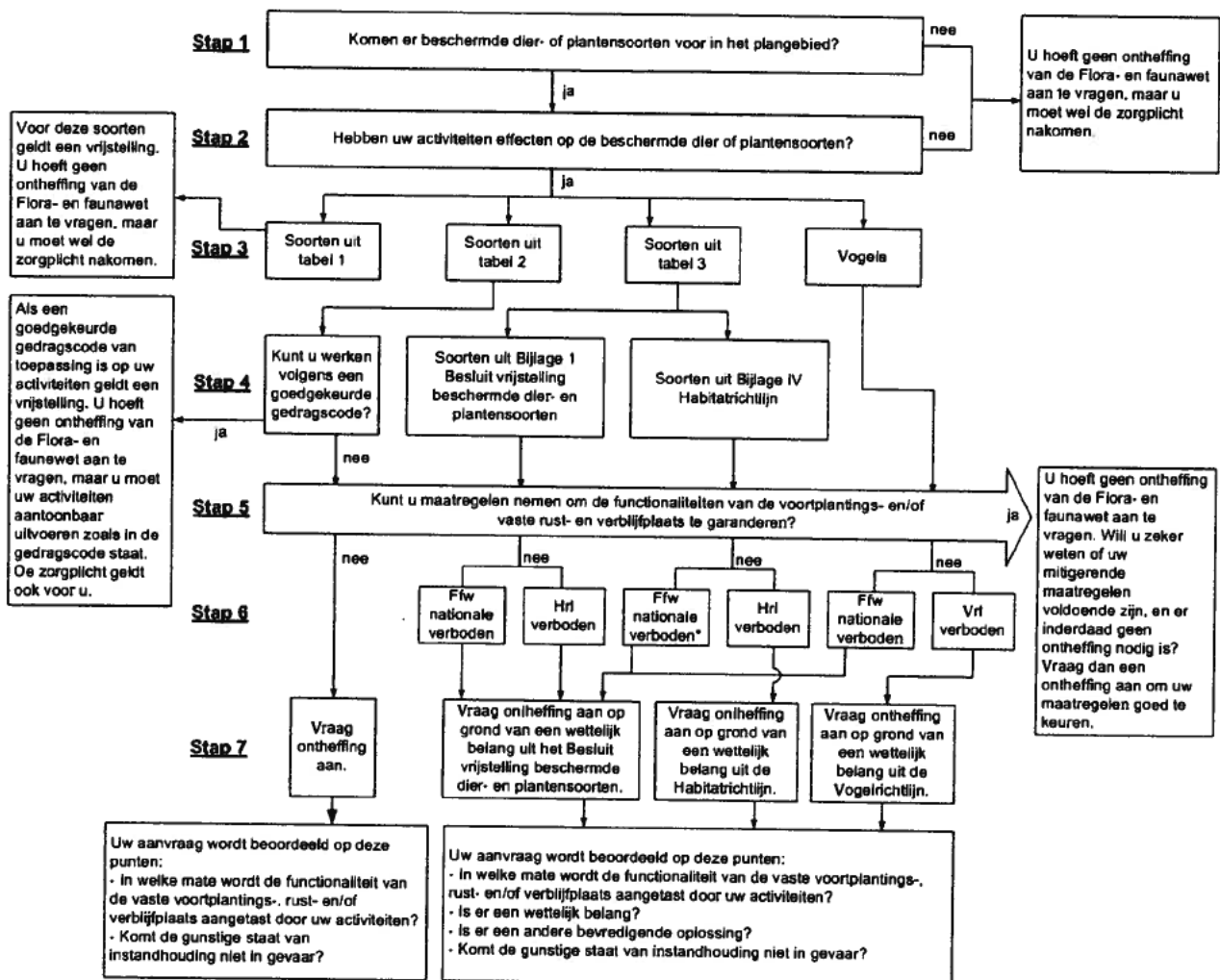
Totdat de Wet natuurbescherming van kracht is, zal echter gewerkt moeten worden met de Ffw. In die periode kan het stappenschema van EL&I gebruikt worden, mits de hierboven beschreven nuances in acht worden genomen. Hiertoe hebben wij het stappenschema enigszins aangepast. Stappenschema 3 ziet er als volgt uit:

⁹⁰ HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-2/10.

⁹¹ In het arrest wordt verder overwogen dat een absoluut verbod op de bouw van nieuwe windmolens in bepaalde gebieden, dezelfde doelen nastreeft als de Hrl. Voor zover daarbij een strikter regime wordt ingesteld dan dat van art. 6 van die Richtlijn, vormt zij een verdergaande beschermingsmaatregel in de zin van art. 193 VWEU.

⁹² Hier merken we op dat er nog geen duidelijkheid bestaat over nationale koppen in de zin van extra handelingen, omdat de jurisprudentie betrekking heeft op nationale koppen in de zin van niet-opzettelijke handelingen in afwijking van de Richtlijnverboden. Ook is er nog geen heldere uitspraak over de Hrl.

Stappenschema 3



* Voor Hrl-soorten is nog geen Afdelingsjurisprudentie beschikbaar waaruit de conclusie kan worden getrokken dat deze vervolgstap geldt. De uitspraak van de Afdeling van 8 februari 2012 (Noordoostpolder) is een aanwijzing dat dit niet zou kunnen, maar de uitspraak het Hof van Justitie van 21 juli 2011 biedt wel een aanknopingspunt voor deze uitleg.