



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingen: probleem opgelost?

Drahmann, A.; Fieten, R.M.

Citation

Drahmann, A., & Fieten, R. M. (2010). Nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingen: probleem opgelost? *Bouwrecht*, 2010(3), 31-47. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68113>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68113>

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

Nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingen: probleem opgelost?

Mr. R.M. Fieten, mr. A. Drahmman, datum 01-03-2010

Datum

01-03-2010

Auteur

Mr. R.M. Fieten, mr. A. Drahmman^[1]

Vakgebied(en)

EU-recht / Bijzondere onderwerpen

Natuurbeschermingsrecht / Soortenbescherming

Bestuursrecht algemeen / Algemeen

Wetgeving

Ffw art. 68; Ffw art. 75; Ffw art. 8;

'Uit een tweetal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat het ontheffingsstelsel van de Flora- en faunawet in strijd is met zowel de Vogel- als Habitatrichtlijn. Met name de constatering dat de toepassing van de ontheffingsgrond voor ruimtelijke ingrepen en inrichting niet toelaatbaar is, dreigt grote gevolgen voor de praktijk te hebben. Door de uitspraken moest het Ministerie van LNV haar beoordeling van ontheffingsaanvragen aanpassen. Inmiddels heeft het ministerie een nieuw beoordelingskader bekendgemaakt. De vraag is of dit nieuwe kader een geschikt instrument is om de gevolgen van de uitspraken te beperken.'

1 Inleiding

Het is verboden om in Nederland beschermde dier- en plantsoorten te vernielen, doden, verontrusten, enz. ^[1] Eenieder die dit toch wil doen, bijvoorbeeld in het kader van een bouwplan, zal hiervoor in beginsel een ontheffing van de verbodsbepaling(en) moeten verkrijgen. ^[2] In dit artikel wordt uitsluitend ingegaan op de ontheffingsmogelijkheid voor vogels die zijn beschermd op grond van de Vogelrichtlijn^[3] (Vr) en voor diersoorten die zijn beschermd op grond van de Habitatrichtlijn^[4] (Hr). Beide richtlijnen zullen hierna gezamenlijk worden aangehaald als 'VHR'. Deze dieren zijn de zwaarst beschermde soorten. Aan een ontheffing voor verstoring van deze soorten worden dan ook strengere eisen gesteld dan aan een ontheffing voor minder zwaar beschermde soorten. De ontheffingsmogelijkheid is neergelegd in art. 75 Flora- en faunawet (Ffw) en uitgewerkt in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantsoorten (Bvbs). Uit een tweetal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) blijkt dat dit ontheffingsstelsel in strijd is met de VHR. Met name de constatering dat de ontheffingsgrond voor ruimtelijke ingrepen en inrichting niet toelaatbaar is, dreigt de bouwsector te raken. Naar aanleiding van de uitspraken heeft het Ministerie van LNV een nieuw beoordelingskader voor ontheffingen in het kader van de Ffw bekendgemaakt. De vraag is of dit nieuwe kader een geschikt instrument is om de gevolgen van de uitspraken te beperken.

Hierna zullen wij eerst kort het ontheffingsstelsel van de Ffw beschrijven zoals dat door de minister werd gehanteerd tot de uitspraken van de ABRvS en de twee uitspraken zelf (paragraaf 2). Vervolgens zullen we het nieuwe beoordelingskader beschrijven (paragraaf 3) en zullen we bezien of dit nieuwe kader een oplossing biedt voor de ontstane situatie (paragraaf 4). Afgesloten zal worden met een slotbeschouwing (paragraaf 5).

2 Het 'oude' systeem en de uitspraken van de ABRvS

Zoals gesteld heeft dit artikel uitsluitend betrekking op vogels en de soorten van Bijlage IV Hr. Voorbeelden van Bijlage IV-dieren zijn de rugstreeppad en de zandhagedis. Op grond van art. 75 Ffw kan slechts ontheffing worden verleend als aan drie voorwaarden is voldaan. Allereerst mag geen afbreuk worden gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de soort. Ten tweede mag er geen andere bevredigende oplossing bestaan. Ten slotte kan slechts ontheffing worden verleend op grond van bepaalde belangen. Over deze belangen gaan de twee uitspraken van de ABRvS van 21 januari en 13 mei 2009. ^[5]

In de uitspraak van 21 januari 2009 wilde de gemeente Edam-Volendam een woningbouwproject realiseren in een gebied waar de rugstreeppad was aangetroffen. De minister had voor het project vrijstelling verleend voor het verstoren van vaste rust- en verblijfplaatsen van deze rugstreeppad. Er werd geen afbreuk gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de rugstreeppad en er waren geen alternatieven voor het project. Daarnaast had de minister aan dit besluit het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling ten grondslag gelegd. De Ffw

bepaalt dat bij AMvB belangen mogen worden aangewezen die ten grondslag aan ontheffingverlening kunnen worden gelegd. Deze belangen staan in art. 2 Bvbs. Het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling staat vermeld in art. 2 lid 3 onder j Bvbs en wordt daarom ook vaak aangeduid als de 'j-grond'. In de Hrl worden ook belangen genoemd op grond waarvan van verbodsbepalingen uit de Hrl mag worden afgeweken. De ABRvS oordeelde in deze uitspraak dat de Hrl geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat Nederland ontheffingsgrondslagen mag hanteren die niet in de Hrl worden genoemd. De j-grond heeft volgens de ABRvS een ruimere strekking dan de gronden genoemd in de Hrl. De ontheffing die was verleend op grond van de j-grond was dan ook in strijd met de Hrl en werd daarom vernietigd.

De uitspraak van de ABRvS van 13 mei 2009 was een logisch vervolg op deze uitspraak. In deze uitspraak wilde Park Brederode CV een woningbouwproject realiseren in de gemeenten Bloemendaal en Velsen. Ook hier had de minister ontheffing verleend. Ontheffing werd verleend onder verwijzing naar de j-grond (ruimtelijke ingrepen) en de e-grond (dwingende reden van groot openbaar belang). In het plangebied kwam een aantal vleermuissoorten voor die opgenomen zijn in Bijlage IV Hrl. In de uitspraak herhaalt de ABRvS haar overwegingen uit de uitspraak van 21 januari 2009. De j-grond kon dan ook niet ten grondslag gelegd worden aan de ontheffingverlening voor de vleermuissoorten. De e-grond wordt wel genoemd in de Hrl. Voor dit belang kon de minister dan ook wel ontheffing verlenen.

Naast de vleermuissoorten kwamen in het plangebied daarnaast twee spechtsoorten voor. Daardoor kwam ook de vraag aan de orde of het ontheffingsstelsel van de Ffw overeenstemt met de Vrl. De ABRvS constateert dat zowel de j-grond als de e-grond niet in de Vrl zijn opgenomen. In lijn met de eerste uitspraak, oordeelt de ABRvS dat ook de Vrl geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat Nederland ontheffingsgrondslagen mag hanteren die niet in de Vrl worden genoemd.

Ten slotte bevond zich in het plangebied de hazelworm. De hazelworm is niet opgenomen in de Hrl. De ABRvS oordeelt dat de Hrl zich niet verzet tegen toepassing van de j-grond voor diersoorten die niet op Bijlage IV Hrl staan.

Op basis van deze twee uitspraken leek de conclusie gerechtvaardigd dat voor overtreding van verbodsbepalingen voor Bijlage IV-diersoorten en voor vogelsoorten nog slechts ontheffing verleend zou worden op de gronden genoemd in de VHR. Voor ruimtelijke ingrepen zijn slechts een aantal gronden van belang. Uit de Hrl zijn dit: bescherming van flora en fauna (de b-grond), volksgezondheid of openbare veiligheid (de d-grond) of dwingende redenen van groot openbaar belang (de e-grond). Uit de Vrl zijn slechts de volgende gronden van belang: bescherming van flora en fauna (de b-grond), veiligheid van het luchtverkeer (de c-grond) of volksgezondheid of openbare veiligheid (de d-grond). [\[6\]](#)

Naar aanleiding van de uitspraken rees de vraag of deze beperkte gronden wel voldoende zouden zijn om ontheffing te kunnen krijgen ten behoeve van ruimtelijke ontwikkelingen. [\[7\]](#) Zouden ruimtelijke ontwikkelingen in een gebied waar Bijlage IV-soorten aanwezig zijn nog slechts mogelijk zijn in het kader van een 'dwingende reden van groot openbaar belang' (de 'e-grond')? En wat te doen als een vogel in het gebied voorkomt? Bij brief van 26 augustus 2009 heeft de Minister van LNV haar nieuwe beoordelingskader bekendgemaakt die op deze vragen een antwoord zou moeten geven. [\[8\]](#)

3 Het nieuwe beoordelingskader

Het nieuwe beoordelingskader heeft met name betrekking op de gevolgen van bovenstaande uitspraken van de ABRvS. Grondgedachte van het nieuwe beoordelingskader lijkt te zijn: probeer zo veel mogelijk te voorkomen dat een ontheffing nodig is, zodat ook niet getoetst hoeft te worden aan de beperkte overgebleven gronden.

Hierna zal het nieuwe beoordelingskader van de minister nader worden toegelicht. Allereerst echter een korte opmerking over de status van het beoordelingskader. Benadrukt wordt dat geen enkele wettelijke regeling is gewijzigd. De tekst van de Ffw en het Bvbs zijn ongewijzigd. Dat betekent dat in het Bvbs alle gronden, zoals de e-grond en j-grond, nog staan en dat niet (expliciet) staat vermeld dat deze voor Bijlage IV-soorten en vogels niet toegepast kunnen worden. De minister heeft naar een aantal bedrijven en instellingen een brief gezonden waarin wordt aangekondigd dat de minister ontheffingsaanvragen anders zal gaan beoordelen naar aanleiding van bovenstaande uitspraken. De brief is niet gepubliceerd op de website van LNV. Het is echter verdedigbaar dat de brief moet worden aangemerkt als een beleidsregel in de zin van art. 1:3 Awb. De brief is immers een bij besluit vastgestelde algemene regel omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Het verdient niet de schoonheidsprijs om een nieuw beoordelingskader over de toepassing van wettelijke regelingen slechts bekend te maken aan een beperkte groep belanghebbenden en de wettelijke regelingen ongewijzigd te laten. Aan de andere kant is het beleid hierdoor wel snel en efficiënt tot stand gebracht. Het verdient echter aanbeveling dat LNV de brief met bijlagen spoedig op de website plaatst, zodat deze direct bekend raakt. Daarnaast dienen de brochures die thans wel te downloaden zijn van de website aangepast te worden aan zowel de uitspraken van de ABRvS als het nieuwe beoordelingskader.

Belangrijker dan de vorm, is de vraag of het nieuwe beoordelingskader tegemoetkomt aan de gevolgen van de uitspraken van de ABRvS. Zoals gesteld lijkt de grondgedachte van het kader te zijn: probeer zo veel mogelijk te voorkomen dat ontheffing nodig is. Een ontheffing is immers niet vereist als er geen sprake is van overtreding van verbodsbepalingen. In de brief noemt de minister twee manieren waarop overtreding van verbodsbepalingen kan worden voorkomen.

Allereerst lijkt de minister een ruimere uitleg van de verbodsbepalingen te hanteren dan voorheen. De minister zal 'een

betere uitleg' geven aan het verbod op het vangen en vervoeren van planten en dieren. Als voor het uitvoeren van mitigerende maatregelen dieren moeten worden gevangen en verplaatst dan is hiervoor geen ontheffing nodig. Er zou geen verbodsbepaling worden overtreden, omdat het niet de bedoeling is om de dieren definitief uit de natuur te verwijderen. Deze beschermde dieren mogen dan over kleine afstanden en voor korte tijd verplaatst worden om ze te beschermen tegen de gevolgen van de uitvoering van het project. De minister stelt dat deze uitleg beter zou passen bij de bedoeling van de wet. [\[9\]](#) Feit blijft echter wel dat de tekst van de wet absoluut geformuleerd lijkt en niet deze 'uitzondering' lijkt te bevatten. De ABRvS heeft wel eerder geoordeeld dat het tijdelijk verstoren van een diersoort tijdens de werkzaamheden niet hoeft te worden aangemerkt als 'opzettelijk verontrusten' in de zin van art. 10 Ffw. [\[10\]](#) Over de vraag of met een dergelijke tijdelijke verstoring door een dier te vangen (art. 9 Ffw) of een plant van zijn groeiplaats te verwijderen (art. 8 Ffw) evenmin een verbodsbepaling wordt overtreden, is ons geen jurisprudentie bekend.

Ten tweede stelt de minister dat als mitigerende maatregelen kunnen worden getroffen evenmin verbodsbepalingen worden overtreden. Uitgangspunt van de minister is dat een ontheffing niet langer noodzakelijk is wanneer de functionaliteit van de vaste verblijfplaats/nestlocatie door het uitvoeren van mitigerende maatregelen gewaarborgd blijft. Dit betekent dat de functies van het leefgebied - als rustplaats, voortplantingsgebied, foerageergebied of migratieroute - in tact moeten blijven. Het is een criterium dat voor het eerst in dit beleid haar intrede doet, en niet overgenomen is uit de VHR en ook niet terug te vinden is in de Ffw. [\[11\]](#)

Als een projectontwikkelaar van mening is dat door de getroffen mitigerende maatregelen geen verbodsbepalingen worden overtreden, hoeft dus niet langer een aanvraag om ontheffing te worden ingediend. In de praktijk kan het prettig zijn om van de minister de bevestiging te krijgen dat inderdaad geen ontheffing nodig is. Hiermee kan immers ten opzichte van derden worden aangetoond dat volgens de minister geen verbodsbepalingen uit de Ffw worden overtreden. De minister heeft deze behoefte onderkend. Het is daarom mogelijk om een aanvraag om ontheffing in te dienen waarbij in de aanvraag wordt aangegeven dat volgens de initiatiefnemer geen ontheffing nodig is. De Dienst Regelingen (DR) zal beoordelen of de mitigerende maatregelen voldoende zijn en of een ontheffing noodzakelijk is. In dat geval wordt een besluit genomen in de vorm van een afwijzing van de ontheffing. Zijn mitigerende maatregelen niet mogelijk, dan volgt een volledige beoordeling van de ontheffing, die alleen kan worden verleend op grond van een wettelijk belang uit de VHR. De brief van de minister dat geen ontheffing nodig is, is feitelijk de afwijzing van een aanvraag om ontheffing. Op grond van art. 1:3 lid 2 Awb, moet ook de afwijzing van een aanvraag onder het begrip 'beschikking' worden verstaan. Dit heeft tot gevolg dat de brief dat geen ontheffing nodig is, een besluit in de zin van de Awb is waartegen bezwaar en beroep kan worden ingediend. Dit zou anders zijn als de brief van de minister dat geen ontheffing vereist is, aangemerkt zou kunnen worden als een bestuurlijk rechtsoordeel. Een dergelijk rechtsoordeel is blijkens vaste jurisprudentie in beginsel geen besluit. De minister heeft in haar nieuwe beoordelingskader echter expliciet aangegeven dat de minister slechts zal beoordelen of de voorgestelde mitigerende maatregelen voldoende zijn, en dus geen ontheffing nodig is, als een aanvraag om ontheffing wordt ingediend. Hierdoor zal sprake zijn van een geweigerde aanvraag en dus een appellabel besluit.

Ten slotte wordt in de brief van de minister erop gewezen dat er een nieuwe lijst met jaarrond beschermde vogelnesten is. Het aantal vogelsoorten waarvan de nesten jaarrond beschermd zijn, is toegenomen. Bij het inventariseren van de natuurwaarden in een plangebied kan deze lijst gebruikt worden. Als in een plangebied een vogelnest aanwezig is dat jaarrond beschermd is, is waarschijnlijk een ontheffing nodig. Deze ontheffing kan slechts verleend worden voor een van de belangen genoemd in de Vrl. In dit verband zijn ook de reeds goedgekeurde gedragscodes van belang. Voor sommige ruimtelijke ingrepen is geen ontheffing vereist, mits de ingrepen verricht worden conform een goedgekeurde gedragscode. In de in het verleden goedgekeurde gedragscodes zijn echter ook vrijstellingen voor vogels verleend op grond van de e- en j-grond. Gelet op de uitspraak van de ABRvS van 13 mei 2009 gelden deze vrijstellingen voor deze belangen dus niet meer als het een ruimtelijke ingreep betreft. Deze vrijstellingen zijn komen te vervallen waardoor voor deze werkzaamheden alsnog weer een ontheffing nodig is. [\[12\]](#)

4 Beoordeling van het nieuwe kader

De praktische insteek die de minister met dit beleid heeft gekozen, is lovenswaardig, maar er zijn ook wat kanttekeningen bij te plaatsen.

Allereerst heeft het nieuwe beleid tot gevolg dat minder gereguleerd wordt: er zijn minder vaak ontheffingsaanvragen nodig. Het doet vreemd aan dat de jurisprudentie die tot een strengere, meer in lijn met de Europese regelgeving, liggende lijn moest leiden nu resulteert in een situatie die aanstuurt op het vervallen van de ontheffingsplicht.

In het nieuwe beleid is opgenomen dat een initiatiefnemer zijn plan van aanpak vrijwillig kan voorleggen om te laten bepalen of een ontheffing noodzakelijk is. Het zij herhaald, dit is vrijwillig. Als een initiatiefnemer zelfstandig concludeert dat zijn plan inclusief mitigerende maatregelen geen gevolgen heeft voor de functionaliteit van het leefgebied, dan staat niets hem in de weg om deze 'ontheffingstoets' over te slaan. Slechts een handnavingsverzoek van een derde-belanghebbende zal in dit geval tot bemoeienis van LNV leiden. Daarmee is deze figuur minder 'hard' dan een meldingsplicht.

Bovendien heeft het nieuwe beleid gevolgen voor de positie van derde-belanghebbenden. Hun rechtsbeschermingsmogelijkheden worden aangetast. Het bepalen of middels mitigerende maatregelen aan de

ontheftingsplicht kan worden ontkomen, zal door derde-belanghebbenden worden gezien als een een-tweetje tussen initiatiefnemer en DR. De ontheffingprocedure wordt immers vervangen door een van de welwillendheid van de initiatiefnemer afhankelijke beoordeling van de DR. Voor een derde-belanghebbende rest niets anders dan een handhavingsverzoek op het moment dat hij ziet dat de werkzaamheden beginnen, doorgaans niet het ideale moment van heroverweging, voor zowel initiatiefnemer, belanghebbende als de aanwezige flora en fauna.

Daarnaast dringen zich uiteraard vragen over conformiteit met de VHR op. Het beleid van LNV is inmiddels ook al in jurisprudentie aan de orde gekomen. ^[13] De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem had reeds eerder een bouwvergunning en vrijstelling (op grond van de 'oude' WRO) geschorst wegens mogelijke strijd met de Ffw. Naar aanleiding van het nieuwe beleid van LNV werd verzocht tot opheffing van deze schorsing. Dit verzoek werd afgewezen, omdat de Voorzieningenrechter van oordeel was dat een beoordeling van de vraag of het nieuwe beleid de rechterlijke toets aan de VHR kan doorstaan, te ver voert voor een voorlopige voorzieningprocedure. De Voorzieningenrechter oordeelt wel: 'Gelet op de mogelijke spanning met het ontheffingenstelsel van de Flora- en faunawet, met de Vogelrichtlijn en gelet op de vragen die mogelijk rijzen bij de effectiviteit van de rechtsbescherming van derde-belanghebbenden bij afwijzende beschikkingen op een ontheffingsverzoek, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij dit aangepaste beleid.'

Een schot voor de boeg?

Parallellen kunnen in dit verband ook gemaakt worden met het systeem van de Natuurbeschermingswet 1998 (NB-wet). Een aanvraag om een NB-wet-vergunning is (kort samengevat) vereist indien een project een significant verstoring effect kan hebben op de soorten waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Volgens jurisprudentie moet bij de vraag (in de voortoets) of een project significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, mitigerende maatregelen buiten beschouwing blijven. ^[14] Het is in vergelijking met het gebiedsbeschermingsregime opmerkelijk te noemen dat de mitigerende maatregelen bij de soortenbescherming al aan de 'voorkant' van de ontheffing in stelling gebracht mogen worden, terwijl bij de gebiedsbescherming is bepaald dat mitigerende maatregelen nu juist niet mogen worden meegenomen bij de beoordeling van de NB-wet-vergunningplicht van een handeling.

Een gevolg van het nieuwe beoordelingskader van de minister is bovendien dat het verschil tussen 'mitigerende' en 'compenserende' maatregelen van belang wordt. Wanneer mag een maatregel nog wel worden meegenomen om overtreding van een verbodsbepaling te voorkomen en wanneer niet? De minister stelt dat mitigerende maatregelen zijn gericht op het voorkomen van de negatieve gevolgen van een activiteit. De maatregelen moeten worden genomen binnen het plangebied en voor de soorten die daar voorkomen. Compensatie komt in beeld als leefgebiedfuncties (tijdelijk) onherstelbaar beschadigd of vernield zijn en kan plaatsvinden binnen of buiten het plangebied om een andere (deel)populatie te versterken. Voor veel maatregelen zal direct duidelijk zijn of zij mitigerend of compenserend zijn, maar dit is niet altijd het geval. Gelet op het belang van de kwalificatie van deze maatregelen voor de vraag of een ontheffing vereist is, kan dit nog voor complicaties zorgen. ^[15]

Ook is de vraag of met het beleid de mitigerende maatregelen wel voldoende gewaarborgd zijn. Indien een plan van aanpak ter beoordeling wordt voorgelegd, kan op basis daarvan geoordeeld worden dat met inachtneming van de mitigerende maatregelen uit het plan van aanpak geen ontheffing nodig is. Als vervolgens afgeweken wordt van dit plan van aanpak, zou de minister handhavend kunnen opgetreden. De minister zou in dat geval moeten stellen dat in strijd met de Ffw wordt gehandeld, omdat een verbodsbepaling wordt overtreden en er geen ontheffing is verleend. Handhavend optreden wegens overtreding van een voorwaarde van de verleende ontheffing, namelijk handelen in overeenstemming met het plan van aanpak, is niet meer mogelijk. Nu er echter geen meldingsplicht is, en er derhalve ook plannen van aanpak zullen zijn die niet vooraf ter toetsing zijn voorgelegd, zal LNV vaak onwetend blijven over de uitvoering van de werkzaamheden. De waakzaamheid op het uitvoeren van de mitigerende maatregelen wordt in dat geval 'uitbesteed' aan derde-belanghebbenden.

Al met al is het maar de vraag of met het nieuwe beleid de problemen ten aanzien van ontheffingen ten behoeve van ruimtelijke ontwikkelingen zijn opgelost. Feit blijft immers dat de tekst van de Ffw en het Bvbs niet gewijzigd zijn. Het is dan ook te hopen dat de minister vaart zal zetten achter haar voornemen om te komen tot één integrale Natuurwet. De meest recente planning geeft echter aan dat het wetsvoorstel niet voor 2011 aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden.

5 Slotbeschouwing

Uit het voorgaande kan afgeleid worden dat wij positief staan ten aanzien van de intentie van de minister om de natuurbeschermingswetgeving vooral praktisch toepasbaar te houden. In het verwerken van deze intentie in de besproken beleidslijn heeft men echter onvoldoende oog gehad voor de Europeesrechtelijke basis van de Ffw en de rechten van derde-belanghebbenden.

De vraag is dan ook of het doel de middelen rechtvaardigt. Een schoonheidsprijs verdient het niet, en ondanks de beperkte jurisprudentie over deze beleidslijn kan niet uitgesloten worden dat de ABRvS dezelfde mening is toegedaan. ^[16] De vraag is dan op welke manier de minister de huidige situatie wel kan aanpakken. Uitgangspunt bij deze hersteloperatie moet in ieder geval zijn de ontheffingsgronden zoals genoemd in de VHR. Dit zijn nu juist de gronden die als knellend worden

ervaren. Het zou in ieder geval zuiver zijn als in de Ffw en de onderliggende regelgeving de ontheffingssystematiek uit de VHR zou worden overgenomen. Zowel de formulering van de verboden als de ontheffingsgronden zou een op een uit de VHR overgenomen moeten worden. Door een betere formulering van de verbodsbepalingen en de ontheffingsgronden lijken een aantal problemen al opgelost te worden. Daarnaast zou een meldingsplicht kunnen worden gecreëerd zodat de vrijwilligheid aan de beoordeling van de plannen van aanpak komt te ontvallen. Op die manier houdt de minister de vinger beter aan de pols en zijn ook de rechten van derde-belanghebbenden beter geborgd.

Hiermee zijn echter nog niet alle problemen opgelost. De initiatiefnemer van de ruimtelijke ontwikkeling zal, als geen mitigerende maatregelen genomen kunnen worden, nog altijd stuiten op een set ontheffingsgronden waar hij maar beperkt mee uit de voeten kan. Dit 'probleem' vloeit echter rechtstreeks voort uit de VHR en is dus Europeesrechtelijk van aard. Een brief van minister-president Balkenende aan Barosso met een verzoek de VHR te wijzigen lijkt noodzakelijk om dit probleem werkelijk aan te pakken. ^[17] Het toevoegen van ontheffingsgronden aan de VHR kan een optie zijn. Het (al dan niet uitsluitend voor Nederland) laten vervallen van een aantal soorten op Bijlage IV Hrl die veel voorkomen in Nederland is een andere optie. Met een dergelijke lobby in Brussel is echter veel tijd gemoeid. Wijziging van de Nederlandse wet- en regelgeving is in ieder geval nodig. Tot die tijd brengt dit nieuwe beoordelingskader (gedeeltelijk) uitkomst. Een algemene bekendmaking van het beoordelingskader op de website van LNV (alsmede aanpassing van de bestaande informatie op de website van de uitspraken van de ABRvS en het beoordelingskader) is dan ook wenselijk.

Voetnoten

^[1]

Door Rinske Fieten (juridisch adviseur bedrijfsstrategie bij ProRail) en Annemarie Drahmman (juridisch adviseur bij de Provincie Noord-Holland). Zij hebben dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

^[1]

Art. 8 e.v. Ffw.

^[2]

De Ffw kent naast de ontheffingen waarop dit artikel betrekking heeft ook een aantal generieke vrijstellingen. Deze zijn opgenomen in de Ffw en in diverse algemene maatregelen van bestuur (het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, Flora- en faunawet en het Besluit beheer en schadebestrijding dieren) en ministeriële regelingen (de Regeling vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, Flora- en faunawet en de Regeling beheer en schadebestrijding dieren). Daarnaast zijn ook nog diverse andere ontheffingsmogelijkheden in de Ffw opgenomen. Zo kunnen gedeputeerde staten bijvoorbeeld ontheffing verlenen voor bepaalde beschermde diersoorten ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen (art. 68 Ffw).

^[3]

Richtlijn van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (79/409/EEG).

^[4]

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

^[5]

BR 2009, p. 254 en BR 2009, p. 697.

^[6]

In de VHR staan nog andere ontheffingsgronden genoemd. Deze zijn voor ruimtelijke ontwikkelingen echter niet relevant. Het gaat dan bijvoorbeeld om onderzoek- en onderwijsdoeleinden.

^[7]

Zie hierover onder meer M. van Geilswijk, 'Ruimtelijke ontwikkeling onder de Flora- en faunawet: terug bij af?', BR 2009, p. 296.

^[8]

De brief is rechtstreeks toegezonden aan een beperkte groep geadresseerden en is niet gepubliceerd op www.minInv.nl, maar is onder meer te vinden op www.neprom.nl (in het dossier natuur en milieu).

^[9]

In de beleidsbrief staan de verbodsbepalingen uit art. 9 en 13 lid 1 Ffw specifiek genoemd als verbodsbepalingen die door de verplaatsing niet overtreden worden. Art. 13 lid 1 Ffw heeft echter slechts beperkt - voor zover het vervoer betreft - betrekking op de beschreven handelingen, terwijl het relevantere art. 8 Ffw (het van de groeiplaats verwijderen van planten) niet eens genoemd is als potentieel in het geding zijnde verbod.

^[10]

O.a. de eerdergenoemde uitspraak van ABRvS 13 mei 2009, BR 2009, p. 697.

^[11]

Art. 12 lid 1 onder d Hrl bepaalt dat lidstaten een verbod moeten instellen op 'de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen'.

^[12]

Zie eveneens M. van Geilswijk, 'Gedragscodes onder de Flora- en faunawet: exit of doorstart?', BR 2010, p. 94.

[13]

Rb. Arnhem (vz.) 7 oktober 2009, *BR* 2009, p. 1052.

[14]

O.a. ABRvS (vz.) 31 augustus 2009, *BR* 2010, p. 35.

[15]

Ook in procedures rond de NB-wet heeft de kwalificatie van maatregelen als mitigerend dan wel compenserend een rol gespeeld; o.a. ABRvS 29 augustus 2007, nr. 200606028/1.

[16]

Zie ook Vz. Rb. Utrecht 29 december 2009, *JM* 2010/26, voor een ander geluid.

[17]

Zie www.vk.nl/natura.