

Toelichting Stroomschema's soortbescherming Wet natuurbescherming

Deze toelichting hoort bij de door Ecologica gepubliceerde Stroomschema's soortbescherming Wet natuurbescherming artikel 3.1, 3.5 en 3.10 van januari 2018. De toelichting behandelt de uitgangspunten voor de schema's, de afbakening en toelichting op onderdelen en is gebaseerd op de wettekst zoals gepubliceerd op 19 januari 2016¹, het inwerkingsbesluit², de brochure 'Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen' van het Ministerie van LNV (versie 1.3, december 2016), provinciale verordeningen en toelichtingen vanuit provincies behorende bij aanvraagformulieren en besluiten. De stroomschema's dienen dan ook te worden gebruikt in samenhang met deze toelichting.

Lijst beschermde soorten Wnb

In een apart document is de Lijst beschermde soorten opgenomen. Hierin zijn alle Europees beschermde soorten opgenomen van de Vogelrichtlijn, Habitatrictlijn, de Conventie van Bern Appendix II en de Conventie van Bonn Appendix I. Tevens is de lijst met 'andere beschermde soorten' opgenomen, conform bijlage A en B van de wettekst. Bij het opstellen van de lijst is ervan uitgegaan dat de vogelsoorten die worden genoemd in de Conventie van Bern Appendix II en de Conventie van Bonn Appendix I, worden beschermd conform art 3.5 van de wet. Alle overige vogelsoorten vallen onder de Vogelrichtlijn conform art 3.1 van de wet. Hoewel de wettekst voorgaande dicteert, heeft het Ministerie van LNV en enkele provincies aangegeven dat zij de wet zo interpreteren dat alle vogels, incl. de vogels op Appendix II van de Conventie van Bern en Appendix I van de Conventie van Bonn, worden beschermd volgens het strengste regime: conform art. 3.1 van de Wnb (verbodsbepalingen Vogelrichtlijn). Er is dus een verschil in uitleg van de bevoegde gezagen van de Wnb hoe de wet te interpreteren. Onlangs is een voorstel gepubliceerd van een verzamelwet waarin is aangegeven dat art. 3.5 wordt gewijzigd en dat het artikel niet van toepassing is op soorten, bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn (voorstel wet, dossiernr. 34860). Indien het voorstel van de wet wordt aangenomen en in werking treedt, betekent dit dat vogelsoorten definitief alleen zijn beschermd conform paragraaf 3.1 van de wet. De genoemde soorten in Appendix II van de Conventie van Bern en Appendix I van de Conventie van Bonn zijn derhalve relevant, totdat de verzamelwet in werking treedt en voor de bescherming van vogels kan worden verwezen naar art. 3.1.

Vooralsnog houdt Ecologica beide opties open vanwege de praktische implicatie van de interpretatie, dat wil zeggen: bescherming van vogels conform de verbodsbepalingen onder beide verbodsartikelen (art. 3.1 en 3.5: geen verstoringen in het broedseizoen, ook niet als er geen wezenlijke invloed uitgaat op populaties van een vogelsoort). Vanwege de verschillen in mogelijkheden voor ontheffingsverlening onder art. 3.1 of 3.5, is wel inzicht gewenst in de vogelsoorten genoemd in de Conventie van Bern Appendix II en de Conventie van Bonn Appendix I. Om deze reden is een selectie van de hiervoor genoemde vogelsoorten opgenomen in het overzicht van beschermde vogels. De selectie betreft alle vogelsoorten die in Nederland standvogel zijn of waarvan Nederland onderdeel uit maakt van het natuurlijk verspreidingsgebied (geen zwervers).

Daarnaast zijn enkele correcties opgenomen ten aanzien van verschillende overzichten van beschermde soorten in Kamerstukken behorende bij het wetsvoorstel (dossier 33 348). Ook is op de laatste bladzijde een overzicht opgenomen van de algemeen vrijgestelde soorten door de verschillende provincies, op basis van de door PS vastgestelde verordeningen ten tijde van het opstellen van dit document. Inmiddels hebben alle provincies de relevante verordeningen definitief vastgesteld. Het Rijk heeft tevens een vrijstellingsregeling opgenomen voor soorten in de AMvB Regeling Natuurbescherming, artikel 3.31 en de bijbehorende bijlage 15.

¹ STB-2016-34. 19 januari 2016

² STB-2016-384. 11 oktober 2016

De voormalige benadering van jaarrond beschermde nesten van vogels blijft onveranderd volgens de brochure van het Ministerie van LNV en enkele toelichtingen op aanvraagformulieren van provincies. Het fenomeen ‘vogels met jaarrond beschermde nesten’ volgt uit uitspraken van het Europees Hof³. Of en hoe de provincies de voormalige lijst blijven hanteren, is vooralsnog onduidelijk. Alleen provincie Limburg heeft recent een andere lijst van vogelsoorten met jaarrond beschermde nesten opgenomen in haar beleidsregels. De lijst jaarrond beschermde nesten is vooralsnog wel opgenomen in de Lijst beschermde soorten, maar deze kan nog wijzigen naar voorbeeld van provincie Limburg. Indien provincies of het rijk een andere lijst met vogels met jaarrond beschermde nesten gaat hanteleren, zal het document hierop worden aangepast.

Verbodsbepalingen Wnb

§ 3.1. Beschermingsregime soorten Vogelrichtlijn

Artikel 3.1

- lid 1) Het is verboden opzettelijk van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn te doden of te vangen.
- lid 2) Het is verboden opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.
- lid 3) Het is verboden eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te rapen en deze onder zich te hebben.
- lid 4) Het is verboden vogels als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te storen.
- lid 5) Het verbod, bedoeld in het vierde lid, is niet van toepassing indien de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort.

§ 3.2. Beschermingsregime soorten Habitatrichtlijn

Artikel 3.5

- lid 1) Het is verboden in het wild levende dieren van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel a, bij de Habitatrichtlijn, bijlage II bij het Verdrag van Bern of bijlage I bij het Verdrag van Bonn, in hun natuurlijk verspreidingsgebied opzettelijk te doden of te vangen.
- lid 2) Het is verboden dieren als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te verstoren.
- lid 3) Het is verboden eieren van dieren als bedoeld in het eerste lid in de natuur opzettelijk te vernielen of te rapen.
- lid 4) Het is verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren als bedoeld in het eerste lid te beschadigen of te vernielen.
- lid 5) Het is verboden planten van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel b, bij de Habitatrichtlijn of bijlage I bij het Verdrag van Bern, in hun natuurlijke verspreidingsgebied opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen.

§ 3.3. Beschermingsregime andere soorten

Artikel 3.10

- lid 1) Onverminderd artikel 3.5, eerste, vierde en vijfde lid, is het verboden:
 - onderdeel a. in het wild levende zoogdieren, amfibieën, reptielen, vissen, dagvlinders, libellen en kevers van de soorten, genoemd in de bijlage, onderdeel A, bij deze wet, opzettelijk te doden of te vangen;
 - onderdeel b. de vaste voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren als bedoeld in onderdeel a opzettelijk te beschadigen of te vernielen, of

³ HvJ 27 april 1988, zaak C-252/85 (Commissie tegen Frankrijk), r.o. 9.

- onderdeel c. vaatplanten van de soorten, genoemd in de bijlage, onderdeel B, bij deze wet, in hun natuurlijke verspreidingsgebied opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen.

Toelichting wettelijke belangen

Wettelijke belangen art 3.1 (Vogels Vogelrichtlijn):

De genoemde wettelijke belangen zijn overgenomen uit art. 3.3, lid 4, onderdeel b van de Wnb.

Wettelijke belangen art 3.5 (Soorten Habitatrichtlijn Bijlage IV, Conventie van Bern Bijlage II en Conventie van Bonn Bijlage I):

De genoemde wettelijke belangen zijn overgenomen uit art 3.8, lid 5, onderdeel b van de Wnb.

Wettelijke belangen art 3.10 (Andere (nationaal) beschermde soorten):

De genoemde wettelijke belangen zijn conform art 3.10, lid 2 overgenomen uit art 3.8, lid 5, onderdeel b en aanvullend hierop de wettelijke belangen genoemd in art 3.10, lid 2.

Voorbeelden van projecten met goedgekeurde wettelijke belangen uit jurisprudentie (overgenomen uit diverse toelichtingen bij aanvraagformulieren van provincie Drenthe, Groningen en Fryslân):

Volksgezondheid en openbare veiligheid:

- reconstructie van een autoweg met als gevolg een beperking van de verslechtering van de luchtkwaliteit, een beperking van de verkeersveiligheid en voorkoming van een aantal vormen van overlast⁴;
- beveiliging tegen overstromingen⁵ of wateroverlast;
- windmolenparken in het kader van de klimaatverandering en elektriciteitsvoorziening⁶
- de realisatie van een hoogspanningsverbinding⁷;
- de aanleg van een weg in verband met o.a. de leefbaarheid van de dorpskernen (volksgezondheid)⁸.

Bescherming van flora en fauna:

- Natuurontwikkelingsprojecten;
- het aanleggen van een ecoduct.

Dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten:

Deze belangen hebben betrekking op activiteiten die van algemeen, breed maatschappelijk belang zijn. Het betreft hier dus geen activiteiten die enkel ten goede komen aan een particulier, aan enkelen of aan een beperkte regio⁹. Voorbeelden uit jurisprudentie waarin dit belang is geaccepteerd zijn:

- aanleg van de autosnelweg A20 door Duitsland (werkgelegenheid en economie);

⁴ ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:3654, r.o. 2.7.1.

⁵ ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4074, r.o. 27.3.

⁶ ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1227.

⁷ ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2016:465.

⁸ ABRvS 18 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4503 r.o. 9.4.

⁹ Tenzij het om werkgelegenheid gaat, zie ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872 en ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:425.

- het open houden en uitbreiden van een kolenmijn in Duitsland (energievoorziening en economie);
- hogesnelheidslijn (infrastructuur);
- mainportontwikkeling Rotterdam (economie en voor het milieu gunstige effecten);
- de aanleg van een waterreservoir in Spanje voor de watervoorziening;
- irrigatie, wanneer dit wezenlijke gunstige effecten voor het milieu heeft (irrigatie staat niet in verhouding tot het belang van de menselijke gezondheid of openbare veiligheid);
- drinkwatervoorziening als niet op een andere wijze in deze behoefte kan worden voorzien (menselijke gezondheid en economie);
- aanleg A73 in Limburg;
- aanleg van grensoverschrijdend bedrijventerrein Heerlen/Aken;
- windparken (de omvang van het windpark speelt hierbij geen rol)¹⁰;
- saneringen ten behoeve van het milieu;
- baanverlenging op een luchthaven (versterking infrastructuur, bereikbaarheid regio en regionale economie)¹¹;
- heropening/aanleg van een kanaal (werkgelegenheid)¹²;
- De aanleg van een weg in verband met o.a. verbetering van de bereikbaarheid, verkeersveiligheid, leefbaarheid en sociaaleconomische structuur¹³;
- initiatieven ter instandhouding en daarmee het behoud van cultuurhistorisch erfgoed¹⁴.

Voorbeeld waarin dit belang niet is geaccepteerd:

- - De bouw van een motelcomplex¹⁵.

Ruimtelijke inrichting of ontwikkeling van gebieden

Vrijwel de meeste nieuwe activiteiten in zowel het stedelijk gebied als daarbuiten, kunnen worden beschouwd als een ruimtelijke inrichting of ontwikkeling. Gaat het om beheer- of onderhoudswerkzaamheden, dan zijn deze te beschouwen als *bestendig beheer en onderhoud* als hier een cyclus aan ten grondslag ligt. De cyclus zorgt voor de instandhouding van een bepaald biotoop, waardoor er soorten zich kunnen vestigen of handhaven. Als er geen sprake is van een bestendig beheer, bijvoorbeeld bij achterstallig beheer of onderhoud, wordt gesproken van een nieuwe activiteit (het biotoop wordt drastisch gewijzigd of aangetast) en dus een ruimtelijke inrichting of ontwikkeling. Voorbeelden zijn hieronder te vinden:

- aanleg van een stadswijk of een bedrijvenpark;
- realisatie van een natuurontwikkelingsproject;
- bouw of verbouw van een gebouw;
- het verdubbelen van de omvang van een wateronttrekking;
- verrichten van achterstallig onderhoud;
- woningbouw;
- aanleg van infrastructuur;
- realisatie van een bedrijventerrein;
- natuurontwikkeling; sloop van woningen; slootdemping;
- incidentele kap van bomen of bosschages (dus niet regulier afzetten van een houtwal);

¹⁰ ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438.

¹¹ ABRvS 5 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8741.

¹² ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:112 en ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:425.

¹³ ABRvS 18 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4503 r.o. 9.6.

¹⁴ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2788.

¹⁵ Rechtbank Haarlem, 28 november 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AN9193.

- verwijderen van vegetatie;
- achterstallig onderhoud aan watergangen;
- toepassen van nieuwe beheermaatregelen (zoals het verhogen van een maaifrequentie);
- oprichten van windmolens;
- geplande werkzaamheden aan waterkeringen; aanleg van gas- of elektriciteitsleidingen; landwinning;
- aanleg van een golfterrein;
- renovatiewerkzaamheden aan kades of gebouwen.

Toelichting toetsing overtreding verbodsartikelen

Toetsing overtreding art. 3.1, lid 1, art. 3.5, lid 1 en art. 3.10, lid 1 onderdeel a (opzettelijk doden of vangen van vogels of andere dieren)

Indien het de intentie van de handeling is om opzettelijk dieren te doden, worden de verbodsbepalingen uit deze artikelen overtreden. Ook indien er geen intentie is, maar er wel sprake is van een aanvaardbaar risico dat er slachtoffers vallen door de ingreep, worden de verbodsbepalingen in principe overtreden (voorwaardelijke opzet). Dan is een ontheffing nodig als er geen geldige gedragscode kan worden gevolgd. De voormalige werkwijze van RVO is, dat, als er voldoende rekening wordt gehouden met de kwetsbare perioden van dieren en maatregelen genomen worden om doden zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken, deze verbodsbepaling niet wordt overtreden. Het is namelijk niet de intentie van de handeling om opzettelijk dieren te doden. Bovendien worden juist maatregelen genomen om effecten te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken, waardoor gesteld kan worden dat er geen sprake is van een voorwaardelijke opzet om deze verbodsbepalingen te overtreden. De meeste provincies geven echter aan dat er bij het risico op meer dan incidentele slachtoffers (ondanks mitigatie), de verbodsbepalingen worden overtreden en een ontheffing nodig is. Hierbij wordt door sommige provincies gewezen op het ORNIS-criterium: indien er door de handeling sprake is van een mortaliteit hoger dan 1% van de natuurlijke sterfte van een populatie, is er geen sprake van incidentele slachtoffers en is er sprake van een overtreding van de verbodsbepalingen. Voor het opzettelijk vangen van vogels of andere dieren (met de hiervoor wettelijk toegestane middelen) is uiteraard een ontheffing nodig.

Toetsing overtreding art. 3.1, lid 2, 3.5, lid 4 en 3.10, lid 1 onderdeel b (opzettelijk beschadigen of vernielen nest, rust- of verblijfplaats)

Of de verbodsbepalingen worden overtreden met betrekking tot verblijfplaatsen, is een belangrijke vraag in zowel de voormalige Flora- en faunawet als de Wet natuurbescherming. In de Wet natuurbescherming is er geen verbod opgenomen van het *verstoren* van nesten of verblijfplaatsen van vogels of andere dieren. De vraag rijst dan of de verbodsbepalingen met betrekking tot nesten en verblijfplaatsen enkel zien op het *fysiek* beschadigen of vernielen in enge zin of dat er een meer ruime interpretatie moet worden aangehouden.

Interpretatie Ministerie van LNV en RVO

Het voormalige DR heeft naar aanleiding van uitspraken van de ABRvS¹⁶ de interpretatie aangehouden dat onder een (vaste) rust- en verblijfplaats ook wordt verstaan alle essentiële onderdelen om het nest of verblijfplaats te laten functioneren. Dat wil zeggen, alle foerageergebieden, vliegroutes, jachtgebieden en andere onderdelen van een leefgebied die noodzakelijk zijn voor het gebruik van een verblijfplaats en/of grootbrengen van jongen, worden beschouwd als het functioneel leefgebied dat als zodanig beschermd is volgens de verbodsbepalingen. Wordt een essentieel onderdeel beschadigd of vernield of op zo'n manier onbruikbaar (verstoring) dat een soort niet meer gebruik kan

¹⁶ ECLI:NL:RvS:2012:BY2464 en ECLI:NL:RvS:2012:BX8942

maken van de verblijfplaats en deze zal verlaten, dan wordt dit volgens de voormalige werkwijze van RVO gezien als een overtreding van de verbodsbepalingen uit de Flora- en faunawet. Met andere woorden, de ecologische functionaliteit van in gebruik zijnde nesten, rust- en verblijfplaatsen dient gewaarborgd te zijn doordat alle essentiële onderdelen van het leefgebied aanwezig is om de rust- of verblijfplaats duurzaam te gebruiken of om de jongen met succes groot te brengen.

Een soortgelijke interpretatie is tevens door de ABRvS gehanteerd, waarbij de ABRvS de relatie legde met artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn¹⁷. In de uitspraak haalt de ABRvS het Guidance document aan, waarin de interpretatie staat aangegeven van de verbodsbepalingen uit de Habitatrichtlijn:

'In paragraaf II.3.4. van het Guidance document heeft de Europese Commissie een uitleg gegeven over artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn. Volgens het Guidance document is die bepaling gericht op het waarborgen van de ecologische functionaliteit van broed- en rustplaatsen, dat wil zeggen het verzekeren dat deze plaatsen een diersoort alle elementen blijven bieden die nodig zijn om succesvol te kunnen broeden of rusten. Andere gebieden van de habitat van een diersoort, zoals foerageergebieden, worden niet beschermd door artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn, tenzij deze samenvallen met broed- of rustplaatsen. Voorts adviseert het Guidance document om voor diersoorten die in een groter gebied activiteiten ontplooiën, de definitie van rustplaats te beperken tot een plaats die duidelijk is afgebakend. Als voorbeeld hiervan worden de slaapplaatsen van vleermuizen genoemd. Ten slotte wordt artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn volgens het Guidance document niet overtreden, indien maatregelen worden genomen die de blijvende ecologische functionaliteit van een broed- of rustplaats garanderen. Hierbij is van belang dat de ecologische functionaliteit op geen enkel moment, ook niet tijdelijk, in het geding komt. Een foerageergebied of vaste vliegroute wordt niet gerekend tot een vaste rust- of verblijfplaats die op grond van artikel 11 van de Ffw bescherming geniet, tenzij deze als zodanig samenvalt met een vaste rust- of verblijfplaats. Deze uitleg komt overeen met de in het Guidance document voorgestane benadering.'

Met betrekking tot de definitie van een nest of verblijfplaats dient dan niet alleen het nest of verblijfplaats zelf te worden beschouwd, maar ook de essentiële onderdelen die de ecologische functionaliteit van een nest of verblijfplaats mogelijk maakt. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Raad van State wordt dan ook de werkwijze van RVO geaccepteerd. Met betrekking tot vogels beschermd conform de Vogelrichtlijn, is in een uitspraak van de Raad van State een soortgelijke interpretatie aangehouden. Een zodanige verstoring van (essentiële onderdelen van) een nest of verblijfplaats dat deze wordt verlaten, dient dan ook te worden meegenomen in de toetsing of de verbodsbepalingen met betrekking tot een nest of verblijfplaats worden overtreden. Aangezien het verstoren van een nest of verblijfplaats niet is opgenomen als een verbodsbepaling, volgt dat indien een nest of verblijfplaats niet fysiek wordt aangetast én de functionaliteit van een nest of verblijfplaats kan worden gegarandeerd, geen verbodsbepaling wordt overtreden. Deze conclusie volgt ook de Raad van State in de hiervoor aangehaalde uitspraken die deze uitleg met betrekking tot mogelijke overtreding van de Habitatrichtlijn en Vogelrichtlijn heeft opgemerkt richting het Ministerie van LNV (zie voetnoot 16). Dat nesten en verblijfplaatsen te allen tijde kunnen functioneren kan worden gewaarborgd door het treffen van zogenaamde effectief bewezen maatregelen, d.w.z. maatregelen die door verscheidene deskundigen zijn erkend als effectief. Het bevoegd gezag verwijst naar de kennisdocumenten van BIJ12 voor de effectief bewezen maatregelen. De kennisdocumenten zijn geënt op de soortenstandaards, die zijn opgesteld onder de Flora- en faunawet door een selectie aan deskundigen onder begeleiding van en gepubliceerd door RVO. Door het treffen van effectief bewezen maatregelen

¹⁷ ECLI:NL:RVS:2014:4024, verder ook in uitspraken ECLI:NL:RvS:2014:1392 en ECLI:NL:RvS:2014:4438

len waarbij het ecologisch functioneren van een nest of verblijfplaats te allen tijde kan worden gewaarborgd, is onder bovenstaande werkwijze geen ontheffing nodig van art. 3.1, lid 2, 3.5, lid 4 of 3.10, lid 1 onderdeel b. De hiervoor aangegeven werkwijze wordt momenteel gehanteerd door het Ministerie van LNV in de voorlichting over de wet (brochure Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen) en verschillende besluiten van RVO op ontheffingsaanvragen.

Ook een relatief recent advies van de Advocaat-Generaal aan het Europees Hof van Justitie volgt deze werkwijze (uitspraak C-383/09 Kokott 2011). In het advies kan een ondersteuning worden gelezen van de werkwijze van RVO, waarbij door tijdige mitigerende maatregelen, de ecologische functionaliteit van rustplaatsen behouden blijft en de gunstige staat van instandhouding kan worden gewaarborgd. Onder punt 49 van de uitspraak is met betrekking tot beschadigen en vernielen aangegeven dat *'hiervoor moet de blijvende ecologische functionaliteit van de voortplantings- en rustplaatsen de maatstaf zijn. Derhalve moet gedrag dat deze functionaliteit aantast of opheft, als beschadiging of vernieling worden beschouwd'*. Er is naar mening van Ecologica onder de werkwijze van RVO (zoals aangegeven in haar besluiten tot eind 2017) dan geen sprake van overtreding van de verbodsbepalingen uit de Habitatrictlijn art. 12, lid 1, onderdeel d of Wnb art. 3.1, lid 2 / art. 3.5, lid 4, wanneer effectief bewezen maatregelen worden toegepast om te zorgen voor de blijvende aanwezigheid van functionele verblijfplaatsen. Zodoende kan worden gewaarborgd dat verblijfplaatsen bijdragen aan het behoud of herstel van een gunstige staat van instandhouding van de betrokken soort (zie ook punt 34 ev in de aangehaalde uitspraak). Inmiddels heeft provincie Noord-Brabant deze interpretatie aangehouden in een recent besluit tot een positieve afwijzing op een ontheffingsaanvraag, waarin de provincie overwoog dat door het treffen van maatregelen er geen verbodsbepalingen van de Wet natuurbescherming wordt overtreden¹⁸.

Met betrekking tot vogelnesten hebben de verbodsbepalingen betrekking op een in gebruik zijnde nest, dus vanaf de aanzet tot een nest tot het moment dat jongen zijn uitgevlogen. Buiten de periode dat vogels een nest in gebruik hebben, vallen deze nesten niet onder de verbodsbepalingen¹⁹. Hiervoor is al aangegeven dat een aantal vogelsoorten een jaarrond beschermd nest hebben. Van deze vogelsoorten dient het nest en de functionele leefomgeving jaarrond te worden beschermd en ook als zodanig te worden meegenomen in de toetsing.

Interpretatie van de provincies

De meeste provincies (met uitzondering van Noord-Brabant) geven aan in toelichtingsdocumenten op aanvraagformulieren en in ontheffingsbesluiten dat het fysiek beschadigen en vernielen van een nest – ondanks het treffen van tijdige effectief bewezen maatregelen om de aanwezigheid van ecologisch functionele verblijfplaatsen te waarborgen – wel degelijk ontheffingsplichtig is. De consequentie is dat vaker een ontheffing nodig is en dat de wettelijke belangen moeten worden aangetoond om een ontheffing te verkrijgen. Juist het aantonen van een geldig wettelijk belang met betrekking tot een ontheffing voor de Europese beschermde soorten, is voornamelijk voor particulieren en kleine ondernemers erg lastig. De nabije toekomst zal uitmaken wat de te volgen werkwijze moet zijn van het bevoegd gezag als gevolg van jurisprudentie, waarbij wordt gehoopt op een overeenkomstige werkwijze van alle bevoegde gezagen van de Wet natuurbescherming.

¹⁸ Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant (2017a). Beschikking d.d. 30 maart 2017, onderwerp Wet natuurbescherming, onderdeel soorten, kenmerk Z/041871, betreft het slopen van voormalig restaurant Catszand in de gemeente Roosendaal. Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant (2017b). Beschikking d.d. 21 september 2017, onderwerp Wet natuurbescherming, onderdeel soorten, kenmerk Z/052504, betreft het renoveren van 202 woningen in Doornakkers.

¹⁹ ABRvS 15 februari 2012, zaaknr 201102473/1/A3, r.o. 2.3.1.

Toelichting overtreding art. 3.1, lid 4 en 5, art. 3.5, lid 2 (opzettelijk verstoren vogels of andere dieren)

Aangezien geen verbodsbepaling is opgenomen van het opzettelijk verstoren van nesten, rust- of verblijfplaatsen (zie hiervoor), hebben deze verbodsartikelen betrekking op het dier zelf. De verbodsartikelen zijn vergelijkbaar met art. 10 van de voormalige Flora- en faunawet. Indien de werkwijze van RVO op dit artikel wordt gehanteerd, moet wederom gekeken worden naar de intentie van de handeling. Indien het de intentie van de handeling is om opzettelijk dieren te verstoren, wordt de verbodsbepaling uit deze artikelen overtreden. Bij vogels wordt daarnaast de verbodsbepaling pas overtreden indien de verstoring een wezenlijke invloed heeft op een populatie²⁰. Dan is een ontheffing nodig als er geen geldige gedragscode kan worden gevolgd²¹. De voormalige werkwijze van RVO is dat als er voldoende rekening wordt gehouden met de kwetsbare perioden van dieren en maatregelen worden genomen om effecten zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken, deze verbodsbepaling niet wordt overtreden. Deze werkwijze wordt nog steeds gehanteerd door LNV in recente besluiten tot afwijzing van aanvragen van bovenstaande verbodsartikelen²². Bovendien is het doel van de hiervoor aangegeven maatregelen juist om effecten te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken, waardoor er gesteld kan worden dat er geen sprake is van een voorwaardelijke opzet om deze verbodsbepalingen te overtreden. Het is namelijk niet de intentie van de handeling om opzettelijk vogels of andere dieren te verstoren. Enkele provincies geven echter aan dat ondanks de voorzorgsmaatregelen toch een ontheffing dient te worden aangevraagd voor bovenstaande verbodsartikelen als er mogelijk sprake is van verstoring door de handelingen.

Gedragscodes

In de Wet natuurbescherming is de mogelijkheid opgenomen om een vrijstelling te verkrijgen indien wordt gewerkt volgens een goedgekeurde gedragscode (art 3.31). In de mogelijkheid die de wet biedt, wordt ook aangegeven dat er met betrekking tot de Europees beschermde soorten een gedragscode kan worden goedgekeurd voor ruimtelijke ontwikkelingen (naast beheer en onderhoud, waarvoor in de voormalige Flora- en faunawet reeds een vrijstelling gold als werd gewerkt conform een goedgekeurde gedragscode). Een gedragscode voor ruimtelijke ingrepen kan alleen vrijstelling geven voor Europees beschermde soorten, als er sprake is van een geldig wettelijk belang die is aangegeven in de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn. Er is tot nu toe slechts één gedragscode goedgekeurd die een vrijstelling geeft voor Europees beschermde soorten met betrekking tot ruimtelijke ingrepen; de gedragscode Natuurinclusief renoveren. In dat geval is in het goedkeuringsbesluit aangegeven dat de geldige wettelijke belangen 'bescherming van flora en fauna', 'volksgezondheid en openbare veiligheid' en 'dwingende redenen van groot openbaar belang' zijn gemoeid, die het goedkeuren van de gedragscode rechtvaardigt. Naast deze gedragscode, zijn er recent twee gedragscodes in ontwerp goedgekeurd: een gedragscode voor Tijdelijke natuur en een gedragscode Soortenbescherming voor Rijkswaterstaat. Beide gedragscodes geven straks bij definitieve goedkeuring eveneens een vrijstelling van de verbodsbepalingen voor Europees beschermde soorten. Verder geldt er een overgangsrecht, waardoor de gedragscodes die onder de Flora- en faunawet waren goedgekeurd, ook geldig zijn onder de Wet natuurbescherming. Er heeft echter nog geen overweging

²⁰ Met betrekking tot vogels in de Conventie van Bern Appendix II en Conventie van Bonn Appendix I geldt dit volgens de wettekst niet.

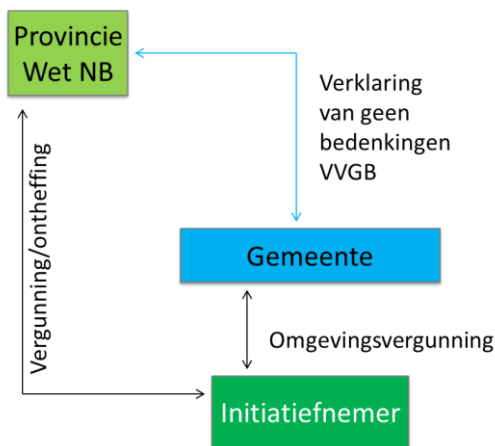
²¹ Met betrekking tot vogels in de Conventie van Bern Appendix II en Conventie van Bonn Appendix I dient het strengste regime aangehouden te worden, gezien het feit dat deze vogels zowel in de Vogelrichtlijn worden genoemd als worden geschaard onder het regime van de Habitatrichtlijn conform art. 3.5 van de Wnb. Het strengste regime is in dit geval de Vogelrichtlijn (dus ontheffing conform art 3.1 Wnb), aangezien deze minder wettelijke belangen opgeeft om een ontheffing te kunnen verlenen.

²² Zie onder meer Besluit project 'Stroomlijn Deelgebied 5, tranche 4' d.d. 30 augustus 2017 met kenmerk WNB/2017/002.(pos)afw.vv.

plaatsgevonden van de effecten van de gedragscode op nieuwe beschermde soorten (waaronder veel libellen, dagvlinders en plantensoorten). Hier dient rekening mee te worden gehouden bij de bepaling of een gedragscode van toepassing is voor de type ingreep en de voorkomende beschermde soorten. De goedgekeurde gedragscodes staan vermeld op de website van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), van het Ministerie van LNV (www.rvo.nl).

Ontheffing of omgevingsvergunning

De stroomschema's geven antwoord op de vraag of een ontheffing moet worden aangevraagd bij het bevoegd gezag. Een ontheffing moet in de meeste gevallen worden aangevraagd bij de provincie, indien er geen sprake is van de noodzaak van een omgevingsvergunning of als de aanvraag voor een omgevingsvergunning niet al is ingediend. Het Rijk behoudt echter het bevoegd gezag en de verantwoordelijkheid voor het verlenen van een ontheffing voor handelingen en projecten in gebruik, beheer of aanleg door het rijk, zoals hoofdwegen, spoorwegen, hoofdvaarwegen Tracéwet, waterkeringen, militaire terreinen, gastransportnet, hoogspanningsleidingen, delfstoffen, kustlijn, bepaalde visserij, activiteiten Koninklijk Huis, etc.²³ Een ontheffing moet dan worden aangevraagd bij de RVO.



Hoewel in de schema's staat aangegeven dat een ontheffing nodig is, kan hier ook worden gelezen: een omgevingsvergunning. Een initiatiefnemer kan ervoor kiezen een vergunning aan te vragen via de gemeente, indien voor de handeling of activiteit een omgevingsvergunning nodig is. In dat geval heeft de initiatiefnemer alleen de gemeente als aanspreekpunt. De gemeente wordt dan ook het bevoegd gezag. Achter de schermen is de procedure vergelijkbaar met een losse aanvraag voor een ontheffing bij de provincie. De gemeente stuurt de aanvraag door naar de Provincie, die de toestemming verlenen door middel van een 'Verklaring van geen bedenkingen' (vvgb).

Afbakening stroomschema's

Bij het opstellen van de stroomschema's is voornamelijk voortgeborduurd op de voormalige werkwijze van de RVO, aangezien vrijwel alle provincies hebben aangegeven de Wet natuurbescherming voorlopig beleidsarm te implementeren en de voormalige werkwijze zoveel mogelijk aan te houden. Toch heeft het verschil in interpretatie met betrekking tot het beschadigen en vernielen van een nest, voortplantings- of rustplaats tussen de bevoegde gezagen, grote consequenties voor de toetsing aan de Wet natuurbescherming. Daar waar bij LNV nog de nadruk wordt gelegd op geen ontheffing als tijdig effectief bewezen maatregelen worden getroffen en de staat van instandhouding kan worden gewaarborgd, is volgens vele provincies voor vrijwel iedere activiteit waarbij een verblijfplaats wordt geschaad een ontheffing nodig. Alleen provincie Noord-Brabant heeft in verschillende besluiten de interpretatie van LNV gevolgd (zie voetnoot 18). Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de bevoegde gezagen zullen aandringen op een ontheffingsaanvraag. Vele aanvragen voldoen in de praktijk namelijk niet aan de vereisten om verbodsbepalingen te kunnen voorkomen conform de werkwijze van LNV of Noord-Brabant. Met betrekking tot de werkwijze van de overige provincies, vraag ik me hardop af of voornamelijk de toetsing aan het wettelijk belang zorgt voor een juridisch zwak besluit als de huidige jurisprudentie met betrekking tot de wettelijke belangen niet in het oog

²³ De handelingen die vallen onder de bevoegdheid van het Rijk zijn opgenomen in art. 1.3, lid 1 van de AMvB Besluit Natuurbescherming.

worden gehouden. Omdat er globaal gezien twee verschillende werkwijzen door de bevoegde gezagen worden aangehouden, zijn twee stroomschema's gemaakt: één voor aanvragen bij het Ministerie van LNV en provincie Noord-Brabant en één voor aanvragen bij de overige provincies. Indien de interpretatie van de bevoegde gezagen op elkaar worden afgestemd, zullen de stroomschema's worden aangepast.

Tevens zijn daarnaast de volgende aantekeningen te maken:

1) **art 3.1: Verstoring:** In de Vogelrichtlijn is aangegeven dat verstoring (van vogels) niet leidt tot een overtreding van een verbodsbepaling, als deze verstoring geen wezenlijke invloed heeft op de staat van instandhouding van een populatie. Dit is in de Wnb direct overgenomen in art. 3.1, lid 4 en lid 5, waardoor bij geen wezenlijke invloed op de populatie en er alleen sprake is van verstoring, er geen ontheffing nodig is. Deze verbodsartikelen dienen apart te worden gezien van art. 3.1, lid 2. In dit verbodsartikel is verstoring van een nest niet opgenomen als een verbodsbepaling. Wel dient dit verbodsartikel zodanig te worden geïnterpreteerd dat onder beschadigen en vernielen van een nest, ook wordt geschaard een zodanige verstoring dat een vogel niet meer terugkeert naar het nest. Verder zou een verstoring ook kunnen leiden tot de aantasting van het functioneel leefgebied, waardoor een vogel een nest met jongen niet meer kan onderhouden en daardoor het nest zal verlaten. Dit laatste is de interpretatie van de RVO, onder meer op basis van de hiervoor aangegeven uitspraken van de Raad van State, en om deze reden is deze afweging meegenomen in de stroomschema's.

2) **art 3.5, verwijzing naar de Conventie van Bern en Conventie van Bonn:** Diverse bevoegde gezagen beschouwen de vogels zoals genoemd in de Conventie van Bern Appendix II en de Conventie van Bonn Appendix I als beschermd conform art 3.5. Daarmee worden de verbodsbepalingen van de Habitatrichtlijn van toepassing verklaard voor deze lijst vogelsoorten. Hoewel de wetgever in de Memorie van Toelichting heeft aangegeven dat vogelsoorten in principe zijn beschermd conform de Vogelrichtlijn (en dit is ook de interpretatie van het Ministerie van LNV in haar brochure 'Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen'), heeft zij wel in de wettekst onder art 3.5 verwezen naar deze Conventies zonder uitzondering op te nemen voor vogels. Daarmee is het juridisch gezien twijfelachtig of de interpretatie van het Ministerie en de provincies houdbaar is voor de rechter, die veelal de letterlijke wettekst aanhoudt. Ook uit diverse provinciale verordeningen blijkt dat provincies van mening zijn dat de vogels die zijn genoemd in de Conventies van Bern en Bonn zijn beschermd conform art 3.5. Onlangs is een voorstel gepubliceerd van een verzamelwet waarin is aangegeven dat art. 3.5 wordt gewijzigd en dat het artikel niet van toepassing is op soorten, bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn (voorstel wet, dossiernr. 34860). Indien het voorstel van de wet wordt aangenomen en in werking treedt, betekent dit dat vogelsoorten definitief alleen zijn beschermd conform paragraaf 3.1 van de wet. De genoemde soorten in Appendix II van de Conventie van Bern en Appendix I van de Conventie van Bonn zijn derhalve relevant, totdat de verzamelwet in werking treedt en voor de bescherming van vogels kan worden verwezen naar art. 3.1. Om deze reden is op de Lijst beschermde soorten een selectie opgenomen van stand- en broedvogels van de lijst uit de Conventie van Bern en Bonn. Zwerwers en incidentele waarnemingen van vogelsoorten zijn niet opgenomen. Voor de volledige lijst wordt verwezen naar de Conventie van Bern Appendix II en de Conventie van Bonn Appendix I.

3) **art 3.5: Interpretatie verbodsbepalingen:** Naast de omgang met vogelsoorten, is het stroomschema van LNV/RVO en provincie Noord-Brabant geconformeerd aan de uitspraken van de Raad van State in 2012 en 2014 met betrekking tot de interpretatie van de verbodsbepalingen uit de Habitatrichtlijn, Vogelrichtlijn en de voormalige werkwijze van de RVO. Hierbij is aangegeven dat, indien men een verblijfplaats zodanig verstoort dat deze verstoring NIET leidt tot schade of vernieling van een verblijfplaats, de verbodsbepalingen uit de Habitatrichtlijn (en daarmee de verbodsbepalingen uit art 3.5) niet worden overtreden en er geen ontheffing nodig is. Daar de meeste provincies de

letter van de wettekst volgen en deze interpretatie niet hanteren, is er in het stroomschema voor de overige provincies geen uiteenzetting opgenomen wat de effecten zijn van effectief bewezen maatregelen op het ecologisch functioneren van een nest of verblijfplaats.

Bij de stroomschema's moet verder de kanttekening worden geplaatst dat er in de Wet natuurbescherming met betrekking tot versterking is aangegeven dat opzettelijke versterking verboden is (art 3.5, lid 2). Hoewel er bij een opzettelijke handeling wordt uitgegaan van de intentie om deze handeling te doen, moet ook de 'voorwaardelijke opzet' worden betrokken²⁴. De RVO geeft in de voormalige situatie aan dat er alleen sprake is van overtreden van een verbodsbepaling (bijv. opzettelijk verontrusten) als het project tot doel heeft (m.a.w. de intentie heeft) die handeling te verrichten. In recente besluiten van LNV in 2017 wordt deze werkwijze voortgezet (zie voetnoot 22). Het is nog onduidelijk hoe de RVO tegenover de 'voorwaardelijke opzet' staat en deze heeft meegewogen in de interpretatie. Provincies geven veelal aan dat er ondanks voorzorgsmaatregelen toch een ontheffing nodig is van de verbodsbepaling met betrekking tot het verstoren van dieren. Om deze reden is zekerheidshalve de interpretatie van de provincies aangehouden bij het opstellen van de stroomschema's.

4) **art 3.10**: In de verbodsbepalingen onder art 3.10, lid 1, is geen verbodsbepaling opgenomen voor het verstoren van exemplaren of verblijfplaatsen van beschermde soorten. Wel wordt in de voormalige situatie aangegeven dat indien men een zodanige versterking heeft op een verblijfplaats, zonder deze te beschadigen of vernielen, en een soort geen gebruik meer zal maken van een verblijfplaats, dit leidt tot de aantasting van (essentiële onderdelen van) het functioneel leefgebied van een verblijfplaats. De RVO hanteert in deze gevallen de interpretatie dat de verblijfplaats wordt aangetast, waarvoor een ontheffing nodig is. Overige bevoegde gezagen gaan hierin mee, zodat deze werkwijze in de stroomschema's is overgenomen.

Sander Hunink
22 februari 2018

²⁴ EHVJ zaak C-103/00 en zaak C-221/04