

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 2019. 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 beleidsregels 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.

In de lijst 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.

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 voornamelijk 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 voornamelijk 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 hanteren, 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.

¹ STB-2016-34. 19 januari 2016

² STB-2016-384. 11 oktober 2016

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

§ 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, met uitzondering van de soorten, bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn, 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
 - 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;

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

- 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);
- 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:

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.

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.

- - 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);
- 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

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

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 onthefing 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 Ffw als de Wnb. In de Wnb 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.

Uitleg LNV / RVO

RVO heeft naar aanleiding van uitspraken van de ABRvS¹⁶ bij de verlening van ontheffingen de interpretatie aangehouden dat onder een (vaste) rust- en verblijfplaats ook worden 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 gemaakt dat een soort niet meer gebruik kan maken van de rust- of verblijfplaats en deze zal verlaten, dan wordt dit volgens de werkwijze van RVO gezien als een overtreding van de verbodsbepalingen uit de Ffw. Met andere woorden, de *ecologische functionaliteit* van in gebruik zijnde nesten, rust- en verblijfplaatsen dient gewaarborgd te zijn; alle essentiële onderdelen van het leefgebied moeten aanwezig zijn om de rust- of verblijfplaats duurzaam te blijven gebruiken of om de jongen met succes groot te kunnen brengen. Deze lijn is door RVO onder de Wnb voortgezet.

Een soortgelijke interpretatie is tevens door de ABRvS gehanteerd, waarbij de Afdeling de relatie legde met artikel 12, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn¹⁷. In de uitspraak haalt de ABRvS het 'Guidance document on the strict protection of animal species'¹⁸ 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 slaapplekken van vlemmuizen 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

¹⁶ ECLI:NL:RvS:2012:BY2464 d.d. 7 november 2012 en ECLI:NL:RvS:2012:BX8942.

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

¹⁸ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC. February 2007.

de ecologische functionaliteit op geen enkel moment, ook niet tijdelijk, in het geding komt. Een foeraergegebied 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.” (r.o. 14.2)

Met betrekking tot de definitie van een nest of verblijfplaats dient dus niet alleen het nest of de verblijfplaats zelf te worden beschouwd, maar ook de essentiële onderdelen die de ecologische functionaliteit van een nest of verblijfplaats mogelijk maken. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de ABRvS wordt dan ook de werkwijze van RVO geaccepteerd. De Afdeling heeft begin 2018 aangegeven dat deze lijn ook onder de Wnb van toepassing is op de verbodsbepalingen in art. 3.5, lid 4 Wnb¹⁹. Met betrekking tot vogels beschermd conform de VRL, is in een uitspraak van de ABRvS 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 onder de Wnb niet (langer) 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 van de Wnb wordt overtreden. Deze redenering wordt ook door de Afdeling aangehouden in de hiervoor aangehaalde uitspraken (zie voetnoot 16).

Door het treffen van wetenschappelijk aangetoonde, zogenaamde ‘effectief bewezen’ maatregelen, kan het functioneren van nesten en verblijfplaatsen te allen tijde worden gewaarborgd. RVO verwijst naar de Kennisdocumenten van BIJ12 voor dergelijke effectief bewezen maatregelen. Deze kennisdocumenten zijn geënt op de soortenstandaards, die door deskundigen, onder begeleiding van RVO, zijn opgesteld en gepubliceerd onder de Ffw. Door het treffen van effectief bewezen maatregelen, waarbij het ecologisch functioneren van een nest of verblijfplaats te allen tijde kan worden gewaarborgd, is volgens RVO onder bovenstaande beleidslijn geen ontheffing nodig van art. 3.1, lid 2, 3.5, lid 4 of 3.10, lid 1 onderdeel b.

RVO hanteert deze redenering óók indien een oorspronkelijk nest of verblijfplaats wordt verwijderd, maar door tijdig uitgevoerde effectief bewezen maatregelen gezorgd is voor acceptabele alternatieven voor het nest of verblijfplaats waar de soort naar kan uitwijken. Door onder meer verstoring van het oorspronkelijke nest of de verblijfplaats of door het oorspronkelijke nest of de verblijfplaats te verwijderen buiten de periode dat de soort er gebruik van maakt, wordt de soort gedwongen om uit te wijken naar de geboden alternatieven. Aangezien de geboden alternatieven in eerdere situaties effectief bewezen zijn door deskundigen, geeft RVO aan dat er dan te allen tijde een functioneel nest of verblijfplaats kan worden gegarandeerd binnen het leefgebied van de soort. In die gevallen geeft RVO aan dat de verbodsbepalingen in art. 3.1, lid 2 (opzettelijk vernietigen van een nest of rustplaats) en art. 3.5, lid 4 (beschadigen en vernielen van voortplantings- of rustplaatsen) niet worden overtreden. Dat het nest of de verblijfplaats wellicht wordt verstoord met een zodanig resultaat dat de soort het zal verlaten (feitelijk wordt de functie van het nest of verblijfplaats dus aangetast), wordt tevens niet gezien als een overtreding van de verbodsbepalingen uit de Wnb (zie hiervoor). De ABRvS is recent nog akkoord gegaan met een dergelijke werkwijze, waarbij voorafgaand aan het vernietigen van de oorspronkelijke nestlocaties, vervangende nestkasten werden geplaatst voor de huismus conform de soortenstandaard huismus²⁰. De Afdeling overwoog hierbij dat de maatregelen, het plaatsen van nestkasten, overtreding van de Ffw kan voorkomen. Hoewel de uitspraak betrekking heeft op de Ffw, zal de Afdeling deze lijn naar verwachting doorzetten onder de Wnb.

¹⁹ ECLI:NL:RVS:2018:12

²⁰ ECLI:NL:RVS:2018:2454, onder 38, met verwijzing naar uitspraak 20 augustus 2014 ECLI:NL:RVS:2014:3060, onder 59.7

De reden voor deze wellicht wat ruime interpretatie van RVO van de verbodsbepalingen heeft haar oorsprong in de wat ongelukkige implementatie van de VRL en HRL in de voormalige Ffw. Voor ontheffingverlening van de verbodsbepalingen, dient naast de vereisten van de Ffw, ook de vereisten aangehouden te worden van de richtlijnen. Alleen indien, wanneer er tevens geen alternatief is en de staat van instandhouding kan worden gewaarborgd, een geldig wettelijk belang van toepassing is zoals genoemd in art. 9, lid 1 VRL en art. 16, lid 1 HRL, mag worden afgeweken van de verbodsbepalingen uit de Richtlijnen. Veel aanvragers konden echter geen geldig wettelijk belang opvoeren van de richtlijnen voor kleinschalige handelingen, waardoor RVO geen ontheffing kon verlenen. Om toch een ontheffing te kunnen verlenen voor kleinschalige handelingen, en te voorkomen dat Nederland op slot zou zitten, hanteerde RVO de hiervoor aangegeven beleidslijn. RVO was van mening dat een overtreding van de verbodsbepalingen van de richtlijnen voorkomen kon worden, waardoor een geldig wettelijk richtlijnbelang van de niet nodig was. In de Ffw was veelal alsnog ontheffing nodig voor het verstoren van een vaste rust- en verblijfplaats, aangezien het een verbodsbepaling was in art. 11 Ffw. De ontheffingverlening voor art. 11 Ffw voor wat betreft het verstoren van een nest of verblijfplaats was echter wel mogelijk, omdat dit geen verbodsbepaling was van de richtlijnen en er derhalve kon worden teruggevallen op de ruimere, nationale wettelijke belangen zoals genoemd in art. 2 van het Vrijstellingsbesluit. Onder de Wnb is de verstoring van een nest of voortplantings- of rustplaats geen verbodsbepaling meer, waardoor onder de hiervoor geschetste beleidslijn geen ontheffing is vereist van de Wnb. De hiervoor aangegeven beleidslijn wordt momenteel nog steeds gehanteerd door het Ministerie van LNV in de voorlichting over de wet (brochure 'Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen') en verschillende besluiten van LNV/RVO op ontheffingsaanvragen conform de Wnb²¹.

In een Conclusie van de Advocaat-Generaal Kokott uit 2011 aan het HvJ EU kan een ondersteuning worden gelezen van de beleidslijn van RVO²². Onder punt 49 van de conclusie is met betrekking tot beschadigen en vernielen aangegeven "*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 onder de beleidslijn van RVO geen sprake van overtreding van de verbodsbepalingen van de Habitatrichtlijn (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 e.v. in de aangehaalde conclusie).

Met betrekking tot vogelnesten hebben de verbodsbepalingen betrekking op een in gebruik zijnd 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 verbodsbepalingen²³. Een aantal vogelsoorten hebben echter een jaarrond beschermd nest. Van deze vogelsoorten moet het nest en de functionele leefomgeving jaarrond te worden beschermd en ook als zodanig te worden meegenomen in de toetsing volgens de hiervoor aangegeven beleidslijn van RVO.

Uitleg door de provincies

De meeste provincies geven in toelichtingsdocumenten op aanvraagformulieren en in ontheffingsbesluiten aan 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 provincies volgen hiermee voornamelijk de

²¹ Zie onder meer het Besluit d.d. 11 augustus 2017, kenmerk FF/75C/2016/0753.pos.afw.sk; Besluit d.d. 17 augustus 2017, kenmerk FF/75C/2016/0738.pos.afw.sk; Besluit d.d. 18 augustus 2017, kenmerk FF/75C/2016/0742.pos.afw.vv.

²² ECLI:EU:C:2011:23, zaak C-383/09 Kokott 2011

²³ ABRvS 15 februari 2012, zaaknr 201102473/1/A3, r.o. 2.3.1.

letterlijke interpretatie van de wettekst. Alleen de provincie Noord-Brabant heeft in verschillende besluiten de beleidslijn van RVO gevolgd, waarin de provincie heeft overwogen dat door het treffen van effectief bewezen maatregelen er geen verbodsbepalingen van de Wnb worden overtreden²⁴. Het verschil tussen de bevoegde gezagen in interpretatie met betrekking tot het beschadigen en vernielen van een nest, voortplantings- of rustplaats, heeft grote consequenties voor de toetsing aan de Wnb. Daar waar bij RVO en de provincie Noord-Brabant nog de nadruk wordt gelegd op geen noodzaak tot een ontheffing als tijdig effectief bewezen maatregelen worden getroffen en de staat van instandhouding kan worden gewaarborgd, is volgens de overige provincies voor vrijwel iedere activiteit waarbij een verblijfplaats wordt geschaad een ontheffing nodig. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat zowel RVO als de provincie Noord-Brabant desondanks zullen aandringen op een ontheffingsaanvraag. Vele aanvragen voldoen in de praktijk namelijk niet aan de vereisten om overtreding van de verbodsbepalingen, conform de beleidslijn van RVO of de provincie Noord-Brabant, te kunnen voorkomen.

Inherent aan bovenstaande uitleg van de overige provincies is dat een ontheffing is vereist voor handelingen waarbij nesten of verblijfplaatsen worden beschadigd of vernield, waardoor onder meer moet worden getoetst aan het wettelijk belang. Meerdere provincies hebben zichtbaar moeite met het vereiste belang om een ontheffing te kunnen verlenen. De provincie Groningen geeft in een recente beleidsnotitie²⁵ aan dat als er wordt gezorgd voor een 'groene plus' in een project, interpretatieruimte kan worden gezocht in de toetsing van het wettelijk belang. In meerdere besluiten op een ontheffingsaanvraag is door de provincie Groningen reeds akkoord gegaan met het door de aanvrager aangegeven wettelijk belang 'bescherming van flora en fauna' als zo'n 'groene plus' onderdeel uitmaakte van het project. De toekomst zal uitwijzen wat uiteindelijk, met inachtneming van de relevante jurisprudentie, de door alle bevoegde gezagen te volgen uitleg in deze moet zijn.

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

Onder de Ffw was het verboden om dieren opzettelijk te verontrusten, zoals aangegeven in art. 10 Ffw. De ABRvS heeft in 2012 aangegeven dat niet ieder plan dat tot gevolg heeft dat een beschermde diersoort zich moet aanpassen aan de veranderde omgeving, een opzettelijke verontrusting is in de zin van artikel 10 Ffw²⁶. Daarbij moet worden meegewogen dat verstoring wordt voorkomen door maatregelen. De beleidslijn van RVO was 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, de verbodsbepaling in art. 10 Ffw niet zou worden overtreden. Deze beleidslijn is in principe richtlijnconform, aangezien in de Hrl (art. 12, lid 1, onderdeel b) de letterlijke tekst van het verbod staat op: *'het opzettelijk verstoren van die soorten, vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijkheid van de jongen, overwintering en trek'* dat wijst op een verbod op verstoring in met name kwetsbare seizoenen.

Onder de Wnb is in art. 3.1, leden 4 en 5 opgenomen dat storing van Vogelrichtlijn-soorten verboden is indien de storing van wezenlijke invloed is op de betrokken populatie²⁷. In art. 3.5, lid 2 Wnb is aangegeven dat in het geval van het opzettelijk verstoren van soorten van bijlage IV HRL, Conventie van Bern bijlage 2 en Conventie van Bonn bijlage 1, een ontheffing is vereist, tenzij conform een door LNV

²⁴ Zie onder meer: Beschikking d.d. 30 maart 2017, onderwerp Wet natuurbescherming, onderdeel soorten, kenmerk Z/041871, betreft het slopen van voormalig restaurant Catsand in de gemeente Roosendaal. Beschikking d.d. 21 september 2017, onderwerp Wet natuurbescherming, onderdeel soorten, kenmerk Z/052504, betreft het renoveren van 202 woningen in Doornakkers.

²⁵ Beleidsnotitie fauna en flora 2018, vastgesteld door Gedeputeerde Staten van de provincie Groningen d.d. 3 oktober 2018.

²⁶ ECLI:NL:RVS:2012:BY2464

²⁷ Met betrekking tot vogels in de Conventie van Bern bijlage II en Conventie van Bonn bijlage I geldt dit volgens de wettekst niet.

goedgekeurde gedragscode soortenbescherming kan worden gewerkt²⁸. Opvallend is dat voor de nationaal beschermde soorten (bijlage 1 Wnb) geen verbodsbepaling is opgenomen met betrekking tot verstoren.

Aangezien, zoals vermeld, geen verbodsbepaling is opgenomen inzake het opzettelijk (ver)storen van nesten of rustplaatsen of voortplantings- of rustplaatsen, hebben de verbodsartikelen art. 3.1, lid 4 en art. 3.5, lid 2 betrekking op het dier zelf. Deze verbodsartikelen zijn vergelijkbaar met het bepaalde in art. 10 van de voormalige Ffw. Dit is bevestigd door de ABRvS in een uitspraak van begin dit jaar met betrekking tot art. 3.5, lid 2²⁹. Naar verwachting zal de Afdeling dezelfde mening zijn toegedaan met betrekking tot art. 3.1, lid 4. De hiervoor aangegeven beleidslijn van RVO met betrekking tot art. 10 Ffw wordt nog steeds gehanteerd in recente besluiten tot afwijzing van aanvragen van bovenstaande verbodsartikelen³⁰. De beleidslijn is in principe conform art. 12, lid 1, onderdeel b Hrl, dat aangeeft dat vooral verstoring van kwetsbare perioden (voortplantings- en overwinteringsseizoen en trekperiode) verboden is. Daarnaast dient gekeken te worden naar de intentie van de handeling, uiteraard met inachtneming van de voorwaardelijke opzet die uitgaat vanuit de Europese Vogel- en Habitatrichtlijn. Of er sprake is van een voorwaardelijke opzet bij een geconstateerde verstoring, ondanks maatregelen om verstoring te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken, is de vraag. Verder is de storing van vogels, in tegenstelling tot de oude Ffw maar wel richtlijnconform, enkel verboden indien er sprake is van een wezenlijke invloed op de vogelsoort (lees: populatie), waardoor juist ruimte is ontstaan om vogels te storen.

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 zijn tot nu toe slechts drie gedragscodes goedgekeurd die een vrijstelling geeft voor Europees beschermde soorten met betrekking tot ruimtelijke ingrepen; de gedragscode Natuurinclusief renoveren, de gedragscode Tijdelijke natuur en de gedragscode Soortenbescherming van Rijkswaterstaat. 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 gemoed, die het goedkeuren van de gedragscode rechtvaardigt. 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 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).

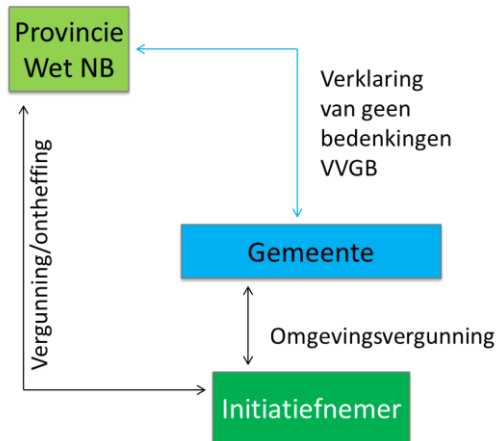
²⁸ Met betrekking tot vogels in de Conventie van Bern bijlage II en Conventie van Bonn bijlage I dient het strengste regime aangehouden te worden, gezien het feit dat deze vogels zowel in de Vogelrichtlijn worden genoemd als worden geschaard onder het regime van de Habitatrichtlijn conform art. 3.5 van 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.

²⁹ ECLI:NL:RVS:2018:12

³⁰ Zie onder meer Besluit project 'Na-isolatie Leeghwaterlaan Heemstede', d.d. 11 augustus 2017 met kenmerk FF/75C/2016/0760, waarin ontheffingsaanvraag voor art. 3.5, lid 2 is afgewezen omdat door opgenomen voorschriften in de ontheffing (voor art. 3.5, lid 4) kwetsbare perioden worden ontzien.

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 verantwoording 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.³¹ 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).

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

Zoals hiervoor aangegeven, 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. 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/RVO 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

³¹ De handelingen die vallen onder de bevoegdheid van het Rijk zijn opgenomen in art. 1.3, lid 1 van de AMvB Besluit Natuurbescherming.

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: 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 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 (zie ook uitleg hiervoor). 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 verstoring is aangegeven dat opzettelijke verstoring 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 betrokken³². Zoals hiervoor aangegeven, overweegt RVO bij de beoordeling of er sprake is van een overtreding door handelingen of er verstoring plaats vindt binnen of buiten kwetsbare perioden. 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.

3) **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 verstoring 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
9 januari 2019

³² EHvJ zaak C-103/00 en zaak C-221/04