

een dun vliesje erover. In de zomervakantie (in Zwitserland) groeide het gat weer dicht. Een medisch milieukundige kon deze aandoening niet aan de perchloorethyleen toeschrijven, aangezien de medische literatuur hiervoor geen aanknopingspunten biedt.

F.C.S. Warendorf

## M en R 2017/57

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 7 februari 2017, nr. 201609979/2/R6  
(Koeman)  
m.nt. J. Gundelach<sup>1</sup>

(Art. 11 Flora- en faunawet)

ECLI:NL:RVS:2017:288

### **Omgevingsvergunning met verklaring van geen bedenkingen in verband met Flora- en faunawet; boomvalk heeft geen jaarrond beschermd nest; verstoring is niet van wezenlijke invloed**

Met betrekking tot de boomvalken zijn door deskundigen drie rapporten en een notitie opgesteld. Allereerst het rapport "Sperwer en boomvalk in Kenniskwartier Noord te Amsterdam, mogelijke effecten van ontwikkelingen passend binnen het ontwerp bestemmingsplan" van Bureau Waardenburg van 3 oktober 2013. Voorts een notitie van Bureau Waardenburg van 18 juni 2015. Uit deze stukken komt naar voren dat de boomvalk zelf geen nesten maakt, maar gebruikmaakt van nesten van met name kraaien. De soort komt eind april naar Nederland en zoekt in een ruime omgeving van de nestplaats uit het voorgaande jaar naar een nieuwe nestplaats. Binnen een territorium van een boomvalk huizen altijd verschillende paren zwarte kraaien, zodat de boomvalk ieder jaar een keuze uit alternatieven heeft. Hoewel het territorium, zoals de rij populieren langs de A10, jaren hetzelfde kan zijn, is de plek (boom) waar een nest wordt gebruikt vrijwel jaarlijks anders. Soms worden nesten twee jaar achtereenvolgend gebruikt.

Met betrekking tot het laatste heeft Lensink, werkzaam bij Bureau Waardenburg, ter zitting toegelicht dat het broedseizoen van boomvalken aanvangt nadat het broedseizoen van kraaien is afgelopen. Boomvalken maken gebruik van net verlaten nesten uit hetzelfde jaar. Een nest uit het voorgaande jaar is veelal niet meer in goede staat en voor boomvalken alleen opnieuw te gebruiken indien kraaien dat nest hebben hersteld. Boomvalken keren dan ook in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terug. Anders dan op de 'Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten ontheffing Flora- en faunawet ruimtelijke ingreep' staat, kan bij nesten van boomvalken daarom niet van jaarronde bescherming worden gesproken.

Verder zijn de resultaten van veldonderzoeken in 2015 en 2016 in de gelijknamige rapporten "Roofvogelonderzoek Mahlerlaan Amsterdam" van Natuurbeleven van 15 juni 2015 en 29 september 2016 neergelegd. Gelet hierop, en voorgaande stukken, hebben de boomvalken in 2015 gebruikgemaakt van een nest in het plangebied. In de jaren ervoor en in 2016 hebben de boomvalken gebruikgemaakt van andere nesten in de nabije omgeving buiten het plangebied.

Onder deze omstandigheden, waarbij boomvalken in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terugkeren en dit voor de boomvalken in kwestie ook uit onderzoek is gebleken, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat nesten van boomvalken niet jaarrond beschermd zijn. Gelet hierop bestaat in het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de besluiten zijn vastgesteld in strijd met artikel 11 van de Ffw, nu in dit geval niet kan worden gesproken van het wegnemen van een nest als bedoeld in dat artikel.

Voor zover dit anders is, bestaat in het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de verleende verklaring op onjuiste gronden is verleend, nu niet gebleken is van verstoring met wezenlijke invloed. Daarbij betreft de voorzieningenrechter dat aan de verleende omgevingsvergunning onder meer het voorschrift is verbonden, dat drie kunstnesten, geschikt voor de boomvalk, voordat de boomvalk medio april terugkeert naar zijn broedgebied, dienen te worden opgehangen op een geschikte locatie, bij voorkeur binnen 1 tot maximaal 2 kilometer van het plangebied. Tenslotte acht de voorzieningenrechter van belang, dat niet is gebleken van andere bevredigende oplossingen voor de gewenste ontwikkeling op de Zuidas.

Uitspraak op een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening (artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht) in het geding tussen:

de Vereniging Vogelwerkgroep Amsterdam, gevestigd te Amsterdam, verzoekster, en het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam, verweerder.

### **Procesverloop**

Bij besluit van 8 november 2016 heeft het college het uitwerkingsplan "Kenniskwartier Noord (tweede uitwerking)" vastgesteld.

Bij besluit van 8 november 2016 heeft het college een omgevingsvergunning verleend voor het kappen van bomen. Tegen deze besluiten heeft de vereniging beroep ingesteld. De vereniging heeft de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

De voorzieningenrechter heeft het verzoek ter zitting behandeld op 24 januari 2017 (...).

### **Overwegingen**

1. Het oordeel van de voorzieningenrechter heeft een voorlopig karakter en is niet bindend in de bodemprocedure.

<sup>1</sup> J. Gundelach is advocaat bij Soppe Gundelach Witbreuk advocaten.

2. Het plan betreft de tweede uitwerking van het bestemmingsplan “Kenniskwartier Noord” van 18 december 2013. Het voorziet in een gebouw met een kantoor en hotelappartementen, met op de begane grond publiekgerichte voorzieningen. Ten behoeve van de uitvoering van het plan is een omgevingsvergunning voor het kappen van bomen verleend. Het plan en de omgevingsvergunning (hierna tezamen: de besluiten) zijn gecoördineerd voorbereid en vastgesteld. Voorts ligt een verklaring van geen bedenkingen als bedoeld in artikel 2.27 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht aan de besluiten ten grondslag. De verklaring is aangevraagd en verleend met het oog op in 2015 in het plangebied broedende boomvalken. De stichting richt zich tegen de besluiten om negatieve gevolgen voor de boomvalken te voorkomen.

3. De stichting betoogt dat de besluiten in strijd met de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) en de Vogelrichtlijn zijn vastgesteld. Hierbij voert zij aan dat een jaarrond beschermd nest van boomvalken in het plangebied aanwezig is.

Voorts is ten onrechte een verklaring van geen bedenkingen verleend, nu het ingeroepen belang van een ruimtelijke ontwikkeling daarvoor onvoldoende is en andere bevredigende oplossingen bestaan. Verder is verzuimd om in aanmerking te nemen dat het gaat om een Rode lijstsoort, aldus de stichting.

4. Op 1 januari 2017 is de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) in werking getreden en is de Ffw ingetrokken. Uit artikel 9.10 van de Wnb volgt dat dit geschil nu het plan is vastgesteld voor 1 januari 2017 moet worden beoordeeld aan de hand van het voor die datum geldende recht.

5. Ingevolge artikel 11 van de Ffw is het verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.

6. Met betrekking tot de boomvalken zijn door deskundigen drie rapporten en een notitie opgesteld. Allereerst het rapport “Sperwer en boomvalk in Kenniskwartier Noord te Amsterdam, mogelijke effecten van ontwikkelingen passend binnen het ontwerp bestemmingsplan” van Bureau Waardenburg van 3 oktober 2013. Voorts een notitie van Bureau Waardenburg van 18 juni 2015. Uit deze stukken komt naar voren dat de boomvalk zelf geen nesten maakt, maar gebruik maakt van nesten van met name kraaien. De soort komt eind april naar Nederland en zoekt in een ruime omgeving van de nestplaats uit het voorgaande jaar naar een nieuwe nestplaats. Binnen een territorium van een boomvalk huizen altijd verschillende paren zwarte kraaien, zodat de boomvalk ieder jaar een keuze uit alternatieven heeft. Hoewel het territorium, zoals de rij populieren langs de A10, jaren hetzelfde kan zijn, is de plek (boom) waar een nest wordt gebruikt vrijwel jaarlijks anders. Soms worden nesten twee jaar achtereen gebruikt.

Met betrekking tot het laatste heeft Lensink, werkzaam bij Bureau Waardenburg, ter zitting toegelicht dat het broedseizoen van boomvalken aanvangt nadat het broedseizoen van kraaien is afgelopen. Boomvalken maken gebruik van

net verlaten nesten uit hetzelfde jaar. Een nest uit het voorgaande jaar is veelal niet meer in goede staat en voor boomvalken alleen opnieuw te gebruiken indien kraaien dat nest hebben hersteld. Boomvalken keren dan ook in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terug. Anders dan op de ‘Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten ontheffing Flora- en faunawet ruimtelijke ingreep’ staat, kan bij nesten van boomvalken daarom niet van jaarronde bescherming worden gesproken.

Verder zijn de resultaten van veldonderzoeken in 2015 en 2016 in de gelijknamige rapporten “Roofvogelonderzoek Mahlerlaan Amsterdam” van Natuurbeleven van 15 juni 2015 en 29 september 2016 neergelegd. Gelet hierop, en voorgaande stukken, hebben de boomvalken in 2015 gebruik gemaakt van een nest in het plangebied. In de jaren ervoor en in 2016 hebben de boomvalken gebruik gemaakt van andere nesten in de nabije omgeving buiten het plangebied.

7. Onder deze omstandigheden, waarbij boomvalken in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terugkeren en dit voor de boomvalken in kwestie ook uit onderzoek is gebleken, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat nesten van boomvalken niet jaarrond beschermd zijn. Gelet hierop bestaat in het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de besluiten zijn vastgesteld in strijd met artikel 11 van de Ffw, nu in dit geval niet kan worden gesproken van het wegnemen van een nest als bedoeld in dat artikel.

Voor zover dit anders is, bestaat in het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de verleende verklaring op onjuiste gronden is verleend, nu niet gebleken is van verstoring met wezenlijke invloed. Daarbij betreft de voorzieningenrechter dat aan de verleende omgevingsvergunning onder meer het voorschrift is verbonden, dat drie kunstnesten, geschikt voor de boomvalk, voordat de boomvalk medio april terugkeert naar zijn broedgebied, dienen te worden opgehangen op een geschikte locatie, bij voorkeur binnen 1 tot maximaal 2 kilometer van het plangebied. Tenslotte acht de voorzieningenrechter van belang, dat niet is gebleken van andere bevredigende oplossingen voor de gewenste ontwikkeling op de Zuidas.

8. Gelet op het vorenstaande is voorshands evenmin gebleken dat onvoldoende rekening is gehouden met de omstandigheid dat het gaat om een Rode lijstsoort.

9. Gelet op het voorgaande ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding voor de verwachting dat de bestreden besluiten in de hoofdzaak niet in stand zullen kunnen blijven. Om die reden, en gelet op de belangen die zijn gemoeid met de verwezenlijking van de voorziene ontwikkelingen op de Zuidas, ziet hij aanleiding het verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening af te wijzen.

## Noot

1. In deze uitspraak heeft de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich gebogen over een omgevingsvergunning voor een kantoor- en appartementengebouw. Voor deze omgevingsver-

gunning was een verklaring van geen bedenkingen verleend met het oog op in het plangebied broedende boomvalken. De boomvalk is genoemd op de in 2009 door de Dienst Regelingen uitgebrachte "Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten". In de praktijk werd ervan uitgegaan dat aan de nesten van de vogels genoemd op deze lijst jaarronde bescherming toekwam.

2. Uit de ecologische rapporten waarop kennelijk de omgevingsvergunning was gebaseerd, kwam naar voren dat de boomvalk zelf geen nesten maakt, maar gebruikmaakt van met name kraaiennesten. Binnen een territorium van een boomvalk huizen altijd verschillende paren zwarte kraaien, zodat de boomvalk ieder een jaar een keuze heeft uit nestalternatieven. Alhoewel het territorium jaren achtereen hetzelfde kan zijn, is de plek van het nest vrijwel jaarlijks anders. Ter zitting heeft de ecooloog nog toegelicht dat boomvalken gebruikmaken van net verlaten kraaiennesten uit hetzelfde jaar. Een nest uit het voorgaande jaar is veelal niet meer in goede staat en voor boomvalken alleen opnieuw te gebruiken als kraaien het nest hebben hersteld. Boomvalken keren dan ook in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terug. Bij nesten van boomvalken kan daarom niet van jaarronde bescherming worden gesproken. Verder bleek ook uit veldonderzoeken dat de betreffende boomvalken in de jaren ervoor en in 2016 gebruik hebben gemaakt van andere nesten.

3. Onder deze omstandigheden, waarbij boomvalken in de regel niet ieder jaar naar hetzelfde nest terugkeren en dit voor de boomvalken in kwestie ook uit onderzoek is gebleken, is de voorzieningenrechter van oordeel dat nesten van boomvalken niet jaarrond beschermd zijn. Er was dan ook geen strijd met artikel 11 Flora- en faunawet (Ffw), nu in dit geval geen sprake was van het wegnemen van een nest.

4. Hierna wordt toegelicht wat de implicatie van deze uitspraak is voor de praktijk. Onder de Ffw (artikel 11) waren nestplaatsen van vogels beschermd. Dat is ook zo onder de op 1 januari 2017 in werking getreden Wet natuurbescherming (artikel 3.1 lid 2). Het aantasten van een nestplaats is – behoudens enkele uitzonderingen – verboden en ontheffingsplichtig. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat ontheffingverlening vanwege vogels slechts mogelijk is als het wettelijk belang dat aan de ontheffing ten grondslag wordt gelegd, is terug te voeren op de Vogelrichtlijn. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3701, *TBR* 2009/147, *BR* 2009/139 en *JM* 2009/90 (*Park Brederode*). Zie hierover ook J. Gundelach, Vogelvrij, Een beschouwing over vogels met jaarrondbeschermde verblijfplaatsen in relatie tot ruimtelijke ontwikkelingen, *TO* 2012/3, p. 64-74. Anders dan de Habitatrichtlijn (met "dwingende redenen van groot openbaar belang") bevat de Vogelrichtlijn nagenoeg geen belangen die aan een ontheffing voor een ruimtelijk project ten grondslag kunnen worden gelegd. Een van de belangen die de Vogelrichtlijn wel bevat, is het belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid. Tot op heden heeft de bestuursrechter voor zover het ruimtelijke projecten betreft, slechts bij enkele van die projecten aanvaard dat dit belang met die projecten werd gediend: een hoogspanningsverbin-

ding (ABRvS 29 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO9217, *Men R* 2011/92 en *BR* 2011/44 en ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:465, *M en R* 2016/78, *JM* 2016/54 en *JM* 2016/69), een dijkverlegging (ABRvS 1 april 2015, 201306623/1/R6, ECLI:NL:RVS:2015:1046, *JM* 2015/89), een rivierverruimingsproject (ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5151), aanleg van een rijksweg (ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9455, *JM* 2012/68) en aanleg van een provinciale autoweg (Rb. Noord-Nederland 18 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4503, *BR* 2013/84 en *JM* 2013/70) en een windturbinepark (ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1227, *BR* 2016/61 en *JM* 2016/99). Vooral nog werd dit belang nog niet aanwezig geacht bij ruimtelijke projecten zoals bedrijventerreinen en woningbouwontwikkelingen (zie ook ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2013:BY9256).

5. Dat zorgt ervoor dat het juridisch gezien moeilijk is om een ontheffing te verkrijgen voor aantasting van een vogelnest in verband met een ruimtelijk project. Nu is het evenzo vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat vogels alleen tijdens het broedseizoen een nestplaats hebben. Als ter realisering van een ruimtelijk project werkzaamheden buiten het broedseizoen plaatsvinden, dan wordt artikel 11 Ffw niet overtreden en is dus ook geen ontheffing benodigd. Evenwel maken bepaalde vogelsoorten ook buiten het broedseizoen gebruik van hun nestplaats of keren daarnaar ieder jaar terug. Aan nesten van vogelsoorten die ieder jaar naar hetzelfde nest terugkeren, moet jaarronde bescherming toekomen. Zie ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3985, *M en R* 2009/31K, *BR* 2009/118 en *JM* 2009/61 en het Hof van Justitie-arrest van 27 april 1988, C-252/85.

6. Door de Dienst Regelingen (die destijds namens de Minister van LNV de Ffw-ontheffingen verleende) is in 2009 de genoemde lijst uitgevaardigd, waarop 16 vogelsoorten waren genoemd waarvan de nesten sowieso jaarronde bescherming toe moest komen. Verder werden op deze lijst vogelsoorten (de zogenaamde categorie 5-vogelsoorten) genoemd waaraan onder omstandigheden jaarronde bescherming kon toekomen. Alhoewel de lijst geen wettelijke status had, werd in de praktijk (en door het bevoegd gezag) van die lijst uitgegaan. Zo werd er ook vanuit gegaan dat nesten van vogels die niet op de lijst waren genoemd, niet jaarrond beschermd waren. Zie ook ABRvS (Vzr.) 11 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4944, *JM* 2010/88. Opvallend is dat de ecologische houdbaarheid van deze lijst in beroepsprocedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak nog niet ter discussie was gesteld, tot onderhavige zaak.

7. Sinds de inwerkingtreding van de Wet natuurbescherming is niet langer de Minister van Economische Zaken, maar zijn in de meeste gevallen gedeputeerde staten bevoegd tot de verlening van een ontheffing voor de beschadiging of vernieling van een vogelnest. Naar ik heb begrepen, hebben de (meeste) provincies gekozen voor een beleidsneutrale omzetting en hebben ze de "Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten" als leidraad overgenomen.

8. Deze uitspraak laat zien dat de lijst mogelijk "vogelvrij" is. Althans, met een adequate ecologische onderbouwing kan aangetoond worden dat sommige vogels

niet thuishoren op die lijst of dat sommige vogels in beginsel daarop wel thuishoren, maar in een specifiek geval de betreffende vogel toch niet (jaarrond) gebruikmaakt van hetzelfde nest. Evenzo is het denkbaar dat sommige niet-genoemde vogels wel een jaarrond te beschermen nestplaats hebben. De vraag is welke precieze criteria van belang zullen zijn om aan te tonen dat een nestplaats jaar-ronde bescherming toekomt. Hierover zal ongetwijfeld de komende tijd veel jurisprudentie verschijnen. Deze uitspraak geeft in ieder geval een duidelijke aanwijzing dat als kan worden aangetoond dat de betrokken vogel niet ieder jaar naar precies hetzelfde nest terugkeert, aan dat nest geen jaarronde bescherming toekomt. Dit is in lijn met de vroegere grutto- en lepelaaruitspraken. Zie onder meer ABRvS 25 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3985, *M en R* 2009/31K, *BR* 2009/118, *JM* 2009/61, ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3462, ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5086 en ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4561, *Gst.* 2012/79 en *JM* 2012/74.

9. In het laatste deel van zijn uitspraak gaat de voorzieningenrechter nog in op de vraag of er mogelijk sprake is van verstoring met een wezenlijke invloed, “voor zover dit anders is”. Ik ga ervan uit dat de voorzieningenrechter met de door mij geciteerde zinsnede doelt op de situatie dat wel sprake zou zijn van het wegnemen van een nest als bedoeld in artikel 11 Ffw. De voorzieningenrechter oordeelt dat de verleende omgevingsvergunning niet op onjuiste gronden is verleend, nu niet is gebleken van verstoring van wezenlijke invloed. De voorzieningenrechter acht het daarbij van belang dat voordat de boomvalk terugkeert naar zijn broedgebied, drie kunstnesten op een geschikte locatie dienen te zijn opgehangen. Verder acht hij het van belang dat niet is gebleken van andere bevredigende oplossingen voor de gewenste ontwikkeling op de Zuidas.

10. Ik vind het oordeel van de voorzieningenrechter begrijpelijk voor zover het de door de appellante aangevoerde strijdigheid met de Ffw betreft. Op grond van artikel 2d, aanhef en lid 4 van het op de Ffw gebaseerde Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten is het mogelijk om voor vogels ontheffing te verlenen van artikel 11 van de Ffw met het oog op bijvoorbeeld het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling (een niet-Vogelrichtlijnbelang), mits ten aanzien van de vogels geen benutting of economisch gewin plaatsvindt en zorgvuldig wordt gehandeld. Ingevolge artikel 2d lid 5 van het besluit houdt zorgvuldig handelen in elk geval in dat (onder meer) van de werkzaamheden of het gebruik geen wezenlijke invloed uitgaat op de vogelsoort. Zie hierover ook ABRvS 3 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2131 (*Nimmer Dor II*).

11. Evenwel vind ik het oordeel van de voorzieningenrechter niet goed te begrijpen in het licht van de Vogelrichtlijn en gelet op de beroepsgrond van appellante dat het besluit in strijd met de Vogelrichtlijn zou zijn. Met de uitspraak van 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8942, *Gst.* 2012/121 en *JM* 2012/146 (*Nimmer Dor I*) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een bepaalde lijn uitgezet. Deze lijn houdt in dat volgens de Afdeling bestuursrechtspraak

de verstoring van essentieel foerageergebied rond een nestplaats niet onder de reikwijdte van artikel 5 onder b van de Vogelrichtlijn (verbod om opzettelijk nesten te vernielen, te beschadigen of weg te nemen), maar onder de reikwijdte van artikel 5 onder d van de Vogelrichtlijn (verbod om de vogel, met name gedurende de broedperiode, opzettelijk te storen, voor zover een dergelijke storing, gelet op de doelstellingen van de Vogelrichtlijn, van wezenlijke invloed is) kan vallen. Als vervolgens aangetoond kan worden dat de verstoring niet van wezenlijke invloed is, dan behoeft de op grond van de Flora- en faunawet te verlenen ontheffing niet langer gebaseerd te worden op een wettelijk belang dat is terug te voeren op de Vogelrichtlijn. Zie verder ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3363, *BR* 2014/133, ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4210, ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2722 en ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:163, waarin de Nimmer Dor I-lijn expliciet dan wel impliciet wordt bevestigd. Echter, anders dan in het kader van de Nimmer Dor I-lijn gaat het er bij de onderhavige zaak (vanaf de 2<sup>e</sup> alinea van rechtsoverweging 7 van de uitspraak) om dat een nestplaats en niet louter essentieel foerageergebied wordt weggenomen. Ik zou menen dat als het gaat om het wegnemen van de nestplaats zelf, de situatie wel onder de reikwijdte van artikel 5 onder b van de Vogelrichtlijn en niet onder de reikwijdte van artikel 5 onder d van de Vogelrichtlijn moet worden begrepen. Dat betekent dat gelet op de Park Brederode-uitspraak ontheffing alleen maar mogelijk is met het oog op een belang dat is terug te voeren op de Vogelrichtlijn. Mijns inziens moet artikel 2d, aanhef en lid 4 en lid 5 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten ten minste deels onverenigbaar met de Vogelrichtlijn worden geacht, nu hiermee voor het wegnemen van nesten van vogels ontheffing van artikel 11 Ffw kan worden verleend op basis van een niet-Vogelrichtlijnbelang.

12. Kortom, gaat het om het wegnemen van essentieel foerageergebied, dan kan onder vigeur van de Ffw de Nimmer Dor I-lijn uitkomst bieden. Als aangetoond kan worden dat de verstoring niet van wezenlijke invloed is op de betreffende vogelsoort, dan is onder vigeur van de Wet natuurbescherming de handeling ook niet langer verboden (artikel 3.1 lid 4 en lid 5 Wet natuurbescherming). Gaat het om het opzettelijk wegnemen, beschadigen of vernielen van het nest of de rustplaats zelf, dan valt dit mijns inziens onder de reikwijdte van artikel 11 Ffw, artikel 3.1 lid 2 Wet natuurbescherming en artikel 5 onder b van de Vogelrichtlijn. Juridisch houdbare ontheffingverlening, ook gelet op het communautaire perspectief, is alleen mogelijk als ontheffing kan worden verleend met het oog op een belang dat is terug te voeren op de Vogelrichtlijn. Een initiatiefnemer van een ruimtelijk project zal er dan ook wat aan gelegen zijn om ecologisch te laten onderbouwen dat het nest van de vogelsoort in het plangebied geen jaarronde bescherming toe moet komen.

*J. Gundelach*