

# Artikel

## Vogelvrij

Een beschouwing over vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen in relatie tot ruimtelijke ontwikkelingen

Mr. J. Gundelach\*

Vogels. Ze zijn leuk als je 's ochtends wakker wordt van vrolijk getjilp, of als je door een bos wandelt en het getik van een specht hoort. Ben je initiatiefnemer van een ruimtelijke ontwikkeling en zijn er verblijfplaatsen van vogels in je projectgebied, dan vormen vogels niet zelden een ecologische en juridische uitdaging. Een en ander overigens afhankelijk van de vogelsoort waar het om gaat. Zo kun je in een te slopen boerderij beter boerenwaluwen dan gierzwaluwen hebben en leveren huismussen meer juridische hoofdbreken op dan koolmezen. De juridische problematiek rond vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen in relatie tot ruimtelijke ontwikkelingen staat in deze bijdrage centraal. Er wordt in vogelvlucht een beschouwing gegeven over de redenen van en de mogelijke oplossingen voor deze problematiek.

## Verbodsbepalingen en ontheffingssystematiek Flora- en faunawet

Mede ter implementatie van het soortenbeschermingsrecht uit de Europese Vogelrichtlijn<sup>1</sup> (hierna: Vrl) en Habitatrichtlijn<sup>2</sup> (hierna: Hrl) bevat de Flora- en faunawet (Ffw) verbodsbepalingen voor beschermde planten- en diersoorten. Voor ruimtelijke projecten in relatie tot nest- en verblijfplaatsen van vogels is de verbodsbepaling uit artikel 11 Ffw relevant. Ingevolge deze bepaling is het verboden om nesten, hollen 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.

In de Ffw zijn uitzonderingen op de verbodsbepalingen opgenomen in de vorm van ontheffings-, vergunnings- en vrijstellingsbevoegdheden. Voor een ruimtelijk project in relatie tot vogels is met name de ontheffingsmogelijkheid ingevolge artikel 75 lid 3 e.v. Ffw van belang. Het stelsel van ontheffingsverlening behelst het volgende:

- a. basisbeschermingsregime voor gewone soorten (art. 75 lid 5 Ffw): het gaat om een lichte toets, waarbij voor ontheffingsverlening aan de eis moet worden

\* Mr. J. (Jade) Gundelach is advocaat bestuursrecht bij Soppe Gundelach Witbreuk advocaten te Almelo. Deze bijdrage is grotendeels een weergave van een door de auteur gegeven presentatie tijdens het symposium 'Het licht staat op groen' op 14 september 2012 ter gelegenheid van de opening van voornoemd advocatenkantoor.

1. Richtlijn 2009/147/EG van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (voorheen: Richtlijn 79/409/EEG van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand).
2. Richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

voldaan dat aan de gunstige staat van instandhouding van de soort geen afbreuk wordt gedaan;

b. strikt beschermingsregime voor bijzondere soorten (art. 75 lid 5 en 6 Ffw): het gaat om een zware toets. Voor ontheffingsverlening moet aan de volgende drie cumulatieve eisen worden voldaan:

1. geen afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding van de soort;<sup>3</sup>
2. geen andere bevredigende oplossing;
3. ontheffing moet worden verleend met het oog op specifieke belangen.

De bijzondere soorten waarop het strikte beschermingsregime van toepassing is, zijn aangewezen in artikel 75 lid 6 Ffw. Het gaat om soorten die zijn genoemd op bijlage IV van de Hrl, alle van nature op het Europese grondgebied van de Europese Unie voorkomende soorten vogels (met uitzondering van aangewezen gedomesticeerde vogels) en de soorten die zijn genoemd op bijlage 1 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten.

De specifieke belangen met het oog waarop ontheffing kan worden verleend, zijn aangegeven in artikel 75 lid 6 Ffw in samenhang met artikel 2 lid 3 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten. Voor veel ruimtelijke projecten werd in de praktijk ontheffingsverlening gebaseerd op de volgende twee belangen:

1. uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling;<sup>4</sup>
  2. dwingende redenen van groot openbaar belang.<sup>5</sup>
- Zo ook voor projecten waarbij vogels waren betrokken.

## De jurisprudentie inzake Edam/Volendam en Park Brederode

Met de Afdelingsjurisprudentie over de ontheffingsverlening voor de woningbouwprojecten in Edam/Volendam en in Park Brederode werd duidelijk dat de tot dan toe ontstane ontheffingspraktijk juridisch niet geheel door de beugel kon. In de uitspraken van 21 januari 2009<sup>6</sup> en 13 mei 2009<sup>7</sup> heeft de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) geoordeeld dat het belang inzake de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling niet ten grondslag kan worden gelegd aan een ontheffingsverlening voor zwaar beschermde soorten, zoals vogelsoorten. Het stringente en uitputten-

3. Om te voorkomen dat afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding wordt gedaan, kunnen mitigerende en compenserende maatregelen worden voorgeschreven. Zie ABRvS 25 juli 2007, nr. 200700485/1, r.o. 2.4.1.
4. Neergelegd in art. 2 lid 3 sub j Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten.
5. Neergelegd in art. 2 lid 3 sub e Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten.
6. ABRvS 21 januari 2009, nr. 200802863/1, TBR 2009, 145, BR 2009, 48 en JM 2009, 36 (Edam/Volendam).
7. ABRvS 13 mei 2009, nr. 200802624/1, TBR 2009, 147, BR 2009, 139, JM 2009, 90 (Park Brederode).

de afwegingskader van artikel 16 lid 1 Hrl en artikel 9 lid 1 Vrl staat dat niet toe.

In de uitspraak van 13 mei 2009 heeft de Afdeling verder overwogen dat dwingende redenen van groot openbaar belang niet aan een ontheffing ten grondslag mogen worden gelegd die betrekking heeft op beschermde vogelsoorten. Dit is bepaald in artikel 2d lid 1 aanhef en onder a van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten en de nota van toelichting bij dit besluit.<sup>8</sup> Dit houdt verband met het feit dat artikel 9 Vrl ontheffingsverlening ten behoeve van vogels met het oog op dwingende redenen van groot openbaar belang niet toestaat.

De belangen die wel in artikel 9 Vrl<sup>9</sup> worden genoemd en die bij ontheffingsverlening in geval van ruimtelijke projecten in aanmerking komen, zijn:

- het belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid;<sup>10</sup>
- het belang van de veiligheid van het luchtverkeer;<sup>11</sup>
- ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren;<sup>12</sup>
- ter bescherming van flora en fauna.<sup>13</sup>

## Problematiek jaarrond beschermde verblijfplaatsen

De hiervoor besproken jurisprudentie leverde voor ruimtelijke projecten in relatie tot (nest- en verblijfplaatsen van) veel vogelsoorten geen onoverkomelijke problemen op. Immers, tot ontheffingsverlening wordt pas toegekomen als daadwerkelijk de verbodsbepaling van artikel 11 Ffw wordt overtreden. Van een dergelijke overtreding is bij vogels in veel gevallen geen sprake, althans kan deze overtreding adequaat worden vermeden. Immers, voor de meeste vogelsoorten werd en wordt in de Afdelingsjurisprudentie voor wat betreft hun nestplaatsen en vaste rust- en verblijfplaatsen al jarenlang de lijn aangenomen dat vogels alleen tijdens het broedseizoen een nest c.q. een vaste voortplantings-, rust- of verblijfplaats hebben. Buiten het broedseizoen hebben zij dat niet. Als ter realisatie van het ruimtelijk project geen (versturende) werkzaamheden in het broed-

8. Stb. 2000, 525, p. 17.
9. Gelet op art. 9 Vrl mag ook ontheffing worden verleend voor doeleinden in verband met onderzoek en onderwijs, het uitzetten en herinvoeren van soorten en voor de met deze doeleinden samenhangende teelt en teneinde het vangen, het houden of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan. Deze belangen zullen zich bij ruimtelijke ontwikkelingen evenwel niet voordoen.
10. Neergelegd in art. 2 lid 3 sub d Besluit vrijstelling dier- en plantensoorten.
11. Neergelegd in art. 2 lid 3 sub c Besluit vrijstelling dier- en plantensoorten.
12. Niet een-op-een overgenomen in art. 2 lid 3 Besluit vrijstelling dier- en plantensoorten.
13. Neergelegd in art. 2 lid 3 sub b Besluit vrijstelling dier- en plantensoorten.

seizoen plaatsvinden, dan wordt artikel 11 Ffw niet overtreden en is dus ook geen ontheffing benodigd.<sup>14</sup> Evenwel maken bepaalde vogelsoorten ook buiten het broedseizoen gebruik van hun nestplaats. Deze nestplaats heeft aldus buiten het broedseizoen te gelden als vaste rust- en verblijfplaats van die vogelsoorten. Dit brengt mee dat deze plaatsen ook buiten het broedseizoen onder de reikwijdte van de verbodsbepaling van artikel 11 Ffw zijn begrepen (jaarronde bescherming). Gelet op de Edam/Volendam- en Park Brederode-jurisprudentie en gelet op de in aanmerking komende belangen voor ontheffingsverlening is het bij veel ruimtelijke projecten zeer lastig om met betrekking tot de aantasting van jaarrond beschermde vogelverblijfplaatsen een juridisch houdbare ontheffing verleend te krijgen. Immers, in veel gevallen zullen de in aanmerking komende specifieke belangen met het concrete ruimtelijke project niet worden gediend.

## Aangepaste beoordeling ontheffing ruimtelijke ingrepen Flora- en faunawet

Bij brief van 26 augustus 2009 heeft de minister van destijds Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) (thans: Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I)) de problematiek ten gevolge van de Afdelingsjurisprudentie onderkend.<sup>15</sup> Als oplossing heeft de minister een nieuw beoordelingskader voor ontheffingsaanvragen voorgesteld. De Dienst Regelingen van het ministerie van EL&I heeft daartoe de notitie 'Aangepaste beoordeling ontheffing ruimtelijke ingrepen Flora- en faunawet' uitgebracht.<sup>16</sup>

In dit beoordelingskader is – kort gezegd – aangegeven dat overtreding van de Ffw (art. 11) zou kunnen worden voorkomen door het treffen van mitigerende maatregelen.

Maatregelen worden in dit beoordelingskader als mitigerend aangemerkt als zij erop zijn gericht om negatieve effecten van een ruimtelijk project op de *functionaliteit van de voortplantingsplaats/vaste rust- en verblijfplaats* van de betreffende soort te voorkomen.

Ter illustratie: als door een ruimtelijke ontwikkeling een nestplaats verloren gaat, dan hoeft dit niet te leiden tot overtreding van artikel 11 Ffw als binnen de functionele leefomgeving van de betreffende vogelsoort alternatieve nestplaatsen worden aangeboden, waardoor de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats behouden blijft. Alhoewel het begrip 'functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats' niet wordt gedefinieerd, kan uit het beoordelingskader wel worden afgeleid wat hiermee is bedoeld. Het gaat erom dat de plek of het gebied blijft voorzien in alles wat nodig is voor een specifiek individu dier in dat gebied en voor alle exemplaren van de populatie ter plekke, om ongestoord te rusten of zich voort te planten. De kwantiteit en de kwaliteit van de functies die een gebied voor de soort heeft, moeten behouden blijven.

Sinds de verschijning ervan wordt dit beoordelingskader standaard door de staatssecretaris van EL&I bij de beoordeling van ontheffingsaanvragen toegepast. Een initiatiefnemer kan de door hem voorgenomen ecologische maatregelen getoetst krijgen door een ontheffingsaanvraag in te dienen. Als de staatssecretaris de maatregelen voldoende acht ter behoud van de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats, dan wordt de aanvraag afgewezen onder de motivering dat de verbodsbepaling gelet op de voorgestelde maatregelen niet wordt overtreden, de zogenoemde 'positieve afwijzing'. In de jurisprudentie is aanvaard dat de afwijzing van de aanvraag, ook voor derden, vatbaar is voor bezwaar en beroep.<sup>17</sup>

Tezamen met het beoordelingskader is ook de 'Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten ontheffing Flora- en faunawet ruimtelijke ingreep'<sup>18</sup> verschenen. Op deze lijst zijn (overigens zonder een uitgebreide ecologische onderbouwing) 16 vogelsoorten opgenomen waarvan de Dienst Regelingen meent dat deze een jaarrond beschermde verblijfplaats hebben, zoals de eerder-

14. Zie bijv.

- ABRvS 15 augustus 2007, nr. 200605489/1, r.o. 2.20.2 en 2.21.2,
- ABRvS 14 maart 2007, nr. 200604201/1, r.o. 2.3.3,
- ABRvS 25 februari 2009, nr. 200803873/1, r.o. 2.4.1,
- ABRvS 22 juli 2009, nr. 200806481/1/R2, r.o. 2.4.3,
- ABRvS 2 september 2009, nr. 200807803/1/R2, r.o. 2.5,
- ABRvS 10 november 2010, nr. 200902833/1/R1, r.o. 2.4.5,
- ABRvS 15 december 2010, nr. 201004004/1/H3, r.o. 2.3.1 en 2.3.2,
- ABRvS 29 juni 2011, nr. 200905904/1/R1, r.o. 2.11.9,
- ABRvS 15 februari 2012, nr. 201102546/1/T1/R4, r.o. 2.10.4,
- ABRvS 7 maart 2012, nr. 201106311/T1/R4, r.o. 2.13 en
- ABRvS 27 juni 2012, nr. 201108336/1/T1/R1, r.o. 2.16.11.

Uit de jurisprudentie volgt ook dat geen sprake is van schending van art. 11 Ffw als de werkzaamheden voorafgaand aan het broedseizoen worden gestart, waarna deze tijdens het broedseizoen zonder onderbreking worden voortgezet, zodat geen vogels tot broeden komen.

15. Zie <[http://florafaanawet.stowa.nl/Publicaties/Aangepaste\\_beoordeling\\_ontheffing\\_ruimtelijke\\_ingrepen.aspx?pld=84](http://florafaanawet.stowa.nl/Publicaties/Aangepaste_beoordeling_ontheffing_ruimtelijke_ingrepen.aspx?pld=84)>. Deze brief is niet langer te vinden op een website van (of onder verantwoordelijkheid van) het ministerie van EL&I, zoals <[www.hetlnvloknet.nl](http://www.hetlnvloknet.nl)>.

16. Zie <[http://florafaanawet.stowa.nl/Publicaties/Aangepaste\\_beoordeling\\_ontheffing\\_ruimtelijke\\_ingrepen.aspx?pld=84](http://florafaanawet.stowa.nl/Publicaties/Aangepaste_beoordeling_ontheffing_ruimtelijke_ingrepen.aspx?pld=84)>. Dit beoordelingskader is niet langer te vinden op een website van (of onder verantwoordelijkheid van) het ministerie van EL&I, zoals <[www.hetlnvloknet.nl](http://www.hetlnvloknet.nl)>.

17. ABRvS 3 augustus 2005, nr. 200409361/1, r.o. 2.5, JB 2005, 279, AB 2006, 26. In deze uitspraak komt de Afdeling tot de conclusie dat de afwijzing van de aanvraag onder verwijzing naar art. 7:1 en 1:3 lid 1 en 2 Awb vatbaar is voor bezwaar. Waarom dat ook het geval is voor de betrokken stichting, die niet de indiener van de Ffw-aanvraag was, wordt door de Afdeling niet toegelicht. Zie voorts Rb. Utrecht 29 december 2009, LJN BK8650, r.o. 2.3, JM 2010, 26, Vz. ABRvS 19 januari 2010, nr. 200910329/2/H3, JM 2010, 37 en Rb. Den Bosch 22 december 2011, LJN BU 9601, r.o. 8, JM 2012, 23. In de laatstgenoemde uitspraak acht de Rechtbank Den Bosch de afwijzing van de aanvraag ook voor derdebelanghebbenden vatbaar voor bezwaar en beroep. De afwijzing moet volgens de rechtbank worden beschouwd als een bestuurlijk rechtsoordeel. Dit oordeel moet in dit geval als besluit worden aangemerkt, nu in de ogen van de rechtbank het verkrijgen van een oordeel over de interpretatie van de rechtsregels via een handhavingstraject te onevenredig bezwarend is voor de betrokkenen. Ik acht deze verklaring de enige logische verklaring waarom een afwijzing van de aanvraag voor derden (niet zijnde de indiener van de Ffw-aanvraag) voor bezwaar en beroep vatbaar is.

18. Zie <[www.hetlnvloknet.nl/actueel/document/fileitem/2202021/lijst-met-jaarrond-beschermde-vogelnesten](http://www.hetlnvloknet.nl/actueel/document/fileitem/2202021/lijst-met-jaarrond-beschermde-vogelnesten)>.

genoemde gierzwaluw en de huismus. Voorts zijn nog eens 34 vogelsoorten benoemd die volgens de Dienst Regelingen een jaarrond beschermde verblijfplaats hebben als zwaarwegende feiten of ecologische omstandigheden dat rechtvaardigen. Alhoewel deze lijst door de Dienst Regelingen is aangemerkt als indicatief en niet uitputtend, wordt in de ontheffingenpraktijk en de praktijk van het ecologisch onderzoek standaard van deze lijst uitgegaan.<sup>19</sup>

## Juridische houdbaarheid van het beoordelingskader

Sinds het verschijnen van het beoordelingskader is getwijfeld aan de juridische houdbaarheid ervan.<sup>20</sup> De vraag is of het kader verenigbaar is met de Vrl en de Hrl.

De Afdeling heeft zich lange tijd niet ten principale uitgelaten (c.q. hoeven uit te laten) over de vraag of het beoordelingskader van de Dienst Regelingen juridisch houdbaar is c.q. of dit kader verenigbaar is met de Vrl en de Hrl. Er is een zaak aan de voorzitter van de Afdeling voorgelegd, waarbij dit vraagstuk aan de orde is gesteld. De voorzitter heeft de vragen in het kader van de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening niet willen behandelen en heeft deze doorgeschoven naar de bodemprocedure.<sup>21</sup> Tot een uitspraak in de bodemprocedure is het in deze zaak niet meer gekomen (naar zeggen omdat de steenuil eieren voor zijn geld had gekozen en het projectgebied inmiddels had verlaten).

Meer impliciet leek de Afdeling zich wel te kunnen vinden in het beoordelingskader, althans in de aanvaardbaarheid van de systematiek om door middel van mitigerende maatregelen de functionaliteit van een vaste rust- en verblijfplaats te behouden. Zo wordt door de Afdeling in enkele bestemmingsplanzaken gewezen op ecologische onderzoeken dan wel besluiten op ontheffingsaanvragen waaruit zou blijken dat de functionaliteit van een vaste rust- en verblijfplaats van een bepaalde soort – mede in verband met te treffen mitigerende maatregelen met het oog op het behoud van deze functionaliteit – niet in het geding is. Hieraan verbindt de

Afdeling (mede) de conclusie dat de Ffw niet aan de uitvoerbaarheid van het betreffende plan in de weg staat.<sup>22</sup> Overigens is er een indicatie dat de systematiek uit het beoordelingskader in relatie tot de Vrl en de Hrl houdbaar zou kunnen zijn. Deze indicatie kan worden gevonden in het document ‘Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC’. Hierin is opgenomen dat het nemen van mitigerende maatregelen ‘that ensure the continued ecological functionality of a breeding site/resting place’ ter voorkoming van een overtreding van de verboden van artikel 12 Hrl mogelijk moet zijn. Uit het Guidance-document kan worden afgeleid dat het aanbieden van bijvoorbeeld alternatieve nestgelegenheid onder deze mitigerende maatregelen kan worden begrepen.<sup>23</sup>

Het Guidance-document is opgesteld door de Europese Commissie en in februari van 2007 verschenen. Met enige regelmaat vaardigt de Europese Commissie richtsnoeren, gidsdocumenten en dergelijke uit, waarin zij uitleg geeft over de reikwijdte van bijvoorbeeld Europese richtlijnen. Alhoewel deze documenten geen eenduidige en harde juridische status hebben, wordt niet zelden door zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>24</sup> als de Afdeling naar dergelijke documenten verwezen als hulpmiddel om Europese regelgeving te interpreteren. In dat licht zou het ook niet ondenkbaar zijn dat dit Guidance-document door de Afdeling zou kunnen worden gehanteerd om te oordelen over de verenigbaarheid van het beoordelingskader met de Vrl en de Hrl. Alhoewel het Guidance-document ziet op de interpretatie van (begrippen uit) de Hrl, heeft de Afdeling dit document ook gebruikt om te bepalen of de lepelaar en de grutto een vaste rust- en verblijfplaats hebben in de zin van de Vrl.<sup>25</sup> Dit is in zoverre niet onbegrijpelijk, nu in het Guidance-document op de Vrl wordt gewezen, arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de Vrl worden aangehaald ter uitlegging van begrippen en in het Guidance-document over bepaalde begrippen uit de Hrl wordt aangegeven dat vergelijkbare begrippen ook in de Vrl worden gehanteerd.

19. Ook de Afdeling kent betekenis toe aan deze lijst. Zie Vz. ABRvS 11 mei 2010, nr. 201000583/2/R2, r.o. 2.10.2.

20. Zie bijv. R.M. Fieten & A. Drahmman, Nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingen: probleem opgelost?, BR 2010, p. 181-186.

21. Vz. ABRvS 19 oktober 2010, nr. 200910329/2/H3, JM 2010, 37. In de onderliggende rechtbankuitspraak van 29 december 2009, LJN BK8650, r.o. 2.9, JM 2010, 26 is de principiële vraag wel beantwoord. De Rechtbank Utrecht acht de aanpak verenigbaar met de Vrl. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem twijfelt wel aan de verenigbaarheid van het beoordelingskader met de Vrl. Zie Vzr. Rb. Arnhem 7 oktober 2009, LJN BJ9447, r.o. 2.8, BR 2009, 195. De Rechtbank Den Bosch heeft zich – ondanks een beroepsgrond dienaangaande – niet over het vraagstuk uitgelaten. Zie Rb. Den Bosch 22 december 2011, LJN BU9601, r.o. 2.5, JM 2012, 23.

22. Zie bijv. ABRvS 18 augustus 2010, nr. 200905800/1/R3, r.o. 2.8, ABRvS 15 september 2010, nr. 200902179/1/R1, r.o. 2.15, Vz. ABRvS 9 november 2010, nr. 201006688/2/R1, r.o. 2.8.1, ABRvS 5 januari 2011, nr. 201006688/1/R1, r.o. 2.8.3, ABRvS 18 mei 2011, nr. 201001013/1/R3, r.o. 2.10 en Vz. ABRvS 23 maart 2012, nr. 201113347/2/R3, r.o. 2.5.3.

23. Guidance-document, p. 47-49. Zie ook de MvT van het wetsvoorstel Wet natuurbescherming (Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 138), waarin deze wijze van interpretatie van het Guidance-document door de regering wordt aangehouden.

24. HvJ EU 14 juni 2007, C-342/05, r.o. 29.

25. ABRvS 25 februari 2009, nr. 200803873/1, r.o. 2.4.1, BR 2009, 118, JM 2009, 61, ABRvS 15 februari 2012, nr. 201102473/1/A3 en ABRvS 2 mei 2012, nr. 201105967/1/R1, r.o. 2.56 en 2.58, Gst. 2012, 79, JM 2012, 74.

## Duidelijkheid met de 15 februari-uitspraken

Op de vraag of het beoordelingskader zoals dit tot nu toe door het ministerie van EL&I is toegepast juridisch houdbaar is, is in het bijzonder met de tussenuitspraken van 15 februari 2012 en 21 maart 2012 en de daaropvolgende einduitspraken van 11 juli 2012 en 3 oktober 2012 duidelijkheid gekomen.<sup>26</sup> Ook met andere uitspraken uit deze periode wordt die duidelijkheid gegeven.<sup>27</sup>

Uit deze jurisprudentie – voor wat betreft artikel 11 Ffw in relatie tot vogels met jaarrond beschermde nesten – volgt dat als jaarrond beschermde verblijfplaatsen als gevolg van (de werkzaamheden ten behoeve van) een ruimtelijke ontwikkeling zullen verdwijnen (bijvoorbeeld als gevolg van het kappen van nestbomen) of zullen worden verstoord, daarmee vaststaat dat het verbod uit artikel 11 Ffw is overtreden. Uit deze uitspraken volgt verder dat slechts die maatregelen die zien op het voorkómen dat de verboden uit de Ffw worden overtreden, mogen worden betrokken bij de beoordeling of die verboden worden overtreden. Deze maatregelen behelzen niet de realisatie van een betere biotoop, nieuw leefgebied of alternatieve nestplaatsen.<sup>28</sup> Ook het feit dat de functionaliteit van vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels niet in het geding is, omdat voldoende alternatieve nestlocaties aanwezig zijn, betekent niet dat er geen overtreding plaatsvindt van de verbodsbepaling uit artikel 11 Ffw.<sup>29</sup>

In alle Afdelingsjurisprudentie over deze kwestie vanaf de 15 februari-uitspraken wordt het door het ministerie van EL&I genoemde beoordelingskader niet met naam en toenaam genoemd. Door deze jurisprudentie wordt echter wel duidelijk dat de kern van dit systeem, het via de positieve afwijzing goedkeuren van het weghalen van nestplaatsen of van daarmee samenvallend leefgebied als daarvoor alternatieve nestplaatsen of nieuw leefgebied worden aangeboden, niet langer houdbaar is. Dat het de Afdeling menens is met haar uitgezette jurisprudentielijn in de twee tussenuitspraken van 15 februari 2012 en

de tussenuitspraak van 21 maart 2012, blijkt in het bijzonder uit de twee einduitspraken van 11 juli 2012 en einduitspraak van 3 oktober 2012. In de tussenuitspraken heeft de Afdeling onder toepassing van de bestuurlijke lus de staatssecretaris van EL&I opgedragen om opnieuw te beslissen op de bezwaren. In alle drie de zaken heeft de staatssecretaris ertoe besloten om zijn eerdere positieve afwijzing met dezelfde ‘mitigerende’ maatregelen te handhaven. Deze aanpak kan de goedkeuring van de Afdeling beslist niet wegdragen. De Afdeling oordeelt dat de staatssecretaris in strijd heeft gehandeld met haar opdracht en met artikel 11 Ffw, dat voor zover de staatssecretaris zich tegen de overwegingen van de tussenuitspraak heeft gekeerd, daaraan voorbij diende te worden gegaan, omdat de tussenuitspraak voor partijen bindend was. De Afdeling draagt de staatssecretaris vervolgens op om – onder last van een rechterlijke dwangsom (hetgeen door de Afdeling zelden wordt opgelegd) – binnen zes weken opnieuw op de bezwaren te beslissen (in de twee uitspraken van 11 juli 2012), respectievelijk om het eerder genomen besluit te wijzigen dan wel in plaats daarvan een ander besluit te nemen (in de uitspraak van 3 oktober 2012).

## Hoe nu verder?

De vraag is hoe de praktijk naar aanleiding van deze jurisprudentie verder moet. Hierna zal ik enkele oplossingsrichtingen bespreken. Daartoe zal ik eerst ingaan op de reactie van het ministerie van EL&I en vervolgens op het belang van een adequaat ecologisch onderzoek, de mogelijkheden om daadwerkelijk een overtreding te voorkomen, het belang van de duiding van een nest, een verblijfplaats en leef- en foerageergebied, de mogelijkheid van ontheffingsverlening en tot slot het afwijken van de lijst met jaarrond beschermde vogelnesten.

## De reactie van het ministerie van EL&I

Nu de ontheffingsverlening plaatsvindt door het ministerie van EL&I is het van belang om te weten wat de reactie van dit ministerie op de Afdelingsjurisprudentie zal zijn. Via een persbericht van 7 augustus 2012 heeft het ministerie op de einduitspraken van 11 juli 2012 gereageerd.<sup>30</sup> Uit dit persbericht blijkt dat het ministerie weliswaar overgaat tot een aanscherping van zijn beoordelingskader, maar daarvan ten principale (nog) geen afstand doet. De aanscherping is gelegen in het feit dat de Dienst Regelingen extra kritisch zal kijken naar de maatregelen die de aanvrager voorstelt om overtreding van de Ffw te voorkomen. Daartoe moeten de functies van een gebied voor aanwezig dieren volledig in kaart

26. De uitspraken van de Afdeling van 15 februari 2012 en 11 juli 2012 zien op het bedrijventerrein Baansteede-Noord (nr. 201104545/1/T1/A3, AB 2012, 80, JB 2012, 82, Gst. 2012, 50, BR 2012, 73 en nr. 201104545/1/A3) en de herinrichting van het Dwingelderveld (nr. 201104809/1/T1/A3, AB 2012, 81, TBR 2012, 54, BR 2012, 74, JM 2012, 54 en nr. 201104809/1/A3, JM 2012, 132). De uitspraken van de Afdeling van 21 maart 2012 en 3 oktober 2012 hebben betrekking op de Rijksweg 31/Haak om Leeuwarden (nr. 201108112/1/T1/A3, JM 2012, 68 en 201108112/1/A3). Zie voor een bespreking van de uitspraken van 15 februari en 21 maart 2012 ook J.M.I.J. Zijlmans, Voorkomen is beter dan mitigeren, JM 2012, nr. 5, p. 449-461.

27. ABRvS 2 mei 2012, nr. 201106397/1/T1/R1, ABRvS 9 mei 2012, nr. 201110539/1/R4, JM 2012, 99, Vz. ABRvS 27 juni 2012, nr. 201201434/2/A3, ABRvS 12 september 2012, nr. 201107142/1/R4 en ABRvS 3 oktober 2012, nr. 201107056/1/T1/A3. Overigens baseert de Afdeling haar oordeel over de juridische houdbaarheid van het systeem op de Nederlandse regelgeving zelf en doet zij dat niet aan de hand van de Vrl en de Hrl.

28. ABRvS 15 februari 2012, nr. 201104545/1/T1/A3, r.o. 2.13.3, ABRvS 15 februari 2012, nr. 201104809/1/T1/A3, r.o. 2.14.1 en ABRvS 21 maart 2012, nr. 201108112/1/T1/A3, r.o. 2.8.2.

29. ABRvS 21 maart 2012, nr. 201108112/1/T1/A3, r.o. 2.8.2.

30. Zie <[www.hetnvluket.nl/actueel/nieuwsitem/nieuwsbericht/2025001/aanscherping-beoordeling-ontheffing-ruimtelijke-ingrepen](http://www.hetnvluket.nl/actueel/nieuwsitem/nieuwsbericht/2025001/aanscherping-beoordeling-ontheffing-ruimtelijke-ingrepen)>.

zijn gebracht en moeten deze altijd behouden blijven. Hieruit kan worden afgeleid dat het ministerie het afgeven van positieve afwijzingen als door maatregelen de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats behouden blijft, nog altijd mogelijk acht.

Het – wellicht tegen beter weten in – willen vasthouden aan het beoordelingskader en het instrument van de positieve afwijzing is deels begrijpelijk. Het leidt er immers toe dat ontheffingsverlening kan worden voorkomen. Dat laatste is met name voor kleinschalige ruimtelijke projecten van belang, zoals bijvoorbeeld de sloop en herbouw van een boerenschuur waarin zich een verblijfplaats van een huismussenpaar bevindt. Voor een project als dit is ontheffingsverlening op een juridisch houdbare manier in bijna alle gevallen niet mogelijk, nu de eerdergenoemde belangen met het oog waarop (voor vogels) ontheffing kan worden verleend in de regel niet bij een dergelijk project aanwezig zijn. Bovendien biedt het instrument van de positieve afwijzing een mogelijkheid voor het ministerie om vooraf controle uit te oefenen op de door de initiatiefnemer voorgenomen mitigerende maatregelen. Deels is de wens van het ministerie onbegrijpelijk, in zoverre dat een positieve afwijzing ten behoeve van de sloop van die boerenschuur op de wijze zoals die positieve afwijzing tot nu toe is toegepast, in het kader van een eventuele beroepsprocedure, gelet op de eenduidige lijn in de Afdelingsjurisprudentie, zal sneuvelen.

## De ecooloog

Of de problematiek van jaarrond beschermde vaste rust- en verblijfplaatsen zich in een dossier voordoet, hangt in eerste instantie af van de ecologische inventarisatie. Nu de positieve afwijzing in de vorm zoals deze door het ministerie van EL&I de afgelopen jaren is gehanteerd, niet langer juridisch houdbaar is, is het belang van een adequaat ecologisch onderzoek waarin heldere conclusies worden getrokken, nog groter. Niet zelden kom je in de praktijk ecologisch onderzoek tegen waarbij wordt uitgegaan van een quickscan of een ‘zekerheidshalve’ benadering: ecologische onderzoeken waarin wordt geconstateerd dat een bepaald gebied *in potentie* geschikt is om als verblijfplaats voor vogels met een jaarrond beschermde verblijfplaats te dienen of onderzoeken waarin vanwege de geconstateerde aanwezigheid van vogels in het plangebied zekerheidshalve wordt aangenomen dat deze vogels tevens in het plangebied hun vaste rust- en verblijfplaats hebben. Soms beperkt ecologisch onderzoek zich tot de beschrijving van de ecologische situatie binnen het gehele plangebied zonder dat nader wordt geduïd of de ingrepen die in het plangebied zullen plaatsvinden ook daadwerkelijk zullen leiden tot vernietiging of verstoring van jaarrond beschermde verblijfplaatsen van vogels. In het ecologische onderzoek wordt niet zelden zekerheidshalve geconcludeerd dat ontheffing voor de geconstateerde vogels nodig is.

Ten behoeve van de juridische houdbaarheid van een ruimtelijk project voor wat betreft de vogels met jaarrond beschermde nestplaatsen is het van belang dat helder is of zich in het plangebied daadwerkelijk een in gebruik zijnde jaarrond beschermde verblijfplaats van een vogel bevindt en of door de voorgenomen ingreep deze verblijfplaats ook daadwerkelijk moeten worden vernietigd. Door een onderzoeksdetaileringsslag te maken zal in een eerder stadium (en niet pas bij de uitvoering) kunnen blijken dat bijvoorbeeld een nestboom bij nader inzien toch kan worden behouden, ook al gaat het (potentieel) leef- of foerageergebied verloren. Dat het van belang is om precies te weten wat qua verblijfplaats verstoord of vernietigd zal worden, wordt later in deze bijdrage toegelicht.

Ook andere ecologische duidingen zijn van belang. Zoals later in deze bijdrage eveneens nader wordt toegelicht, is verstoring of vernietiging van leef- of foerageergebied alleen ontheffingsplichtig, als dit leef- of foerageergebied met vaste rust- en verblijfplaatsen samenvalt. Voor het antwoord op de vraag of van dergelijk leef- of foerageergebied sprake is, zijn geen wettelijke of jurisprudentiële criteria voorhanden. Het is aan de ecooloog om in zijn ecologisch rapport te onderbouwen of al dan niet van een dergelijk gebied sprake is.

Verder is het aan de ecooloog om te onderbouwen dat bepaalde ecologische maatregelen daadwerkelijk functioneren.

## Daadwerkelijk een overtreding voorkomen

Een vraag is of er met betrekking tot vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen maatregelen denkbaar zijn waarmee overtreding van de verbodsbepaling uit artikel 11 Ffw kan worden voorkomen en die door de Afdeling zullen worden geaccordeerd. Mijns inziens staat de in deze bijdrage besproken Afdelingsjurisprudentie niet in de weg aan zowel preventieve maatregelen die voorkomen dat een bepaald gebied een vaste verblijfplaats wordt, als mitigerende maatregelen die voorafgaand aan de ingreep functioneren en die tot wijziging van de vaste verblijfplaats van een vogel leiden.

Een aanwijzing dat de genoemde preventieve maatregelen volgens de Afdeling toelaatbaar zijn, kan worden gevonden in de uitspraak over een bezoekerscentrum te Schiermonnikoog.<sup>31</sup> In het ecologisch rapport was aangegeven dat maatregelen kunnen worden getroffen, waardoor wordt voorkomen dat rugstreeppadden het plangebied intrekken, zodat geen ontheffing nodig is voor het leegvangen van rugstreeppadden in het plange-

31. ABRvS 12 september 2012, nr. 201107142/1/R4, r.o. 10.2.

bied.<sup>32</sup> Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat de Afdeling deze maatregelen accepteert als maatregelen die zien op het voorkomen van de in artikelen 10 en 11 Ffw opgenomen verboden. Een vergelijkbare aanpak is ook denkbaar bij vogels. Zo zouden in een plangebied reeds voortijdig potentiële nestbomen kunnen worden gekapt om te voorkomen dat deze bomen in een later stadium daadwerkelijk verblijfplaatsen voor vogels zullen gaan worden.

Ook verwacht ik dat bepaalde mitigerende maatregelen die voorafgaand aan de ingreep functioneren, door de Afdeling worden aanvaard. Het gaat er dan om dat bijvoorbeeld alternatieve nestplaatsen op een dusdanige wijze functioneren, dat de betrokken vogel er feitelijk en vrijwillig naartoe is verhuisd en aldus zijn oude nestplaats heeft verlaten. (Met 'vrijwillig' zij erop bedoeld dat die vogel tot verhuizing wordt aangespoord zonder dat daarbij alsnog een overtreding van art. 11 Ffw optreedt.) Die oude nestplaats heeft dan niet meer te gelden als jaarrond beschermde verblijfplaats, nu deze niet meer door de vogel in gebruik is. Een ingreep waardoor die oude nestplaats verloren gaat, behelst dan geen overtreding van artikel 11 Ffw. Ik meen dat een positieve afwijzing die deze wijze van mitigatie omvat, waarbij verzekerd is dat de vogel naar zijn nieuwe nestplaats zal verhuizen en de oude nestplaats pas na die verhuizing door de ingreep wordt aangetast, door de Afdeling zal worden goedgekeurd. In zoverre meen ik dat het systeem van positieve afwijzingen niet in zijn geheel door de Afdeling onmogelijk wordt geacht. De meest relevante vraag in dezen kan evenwel niet door juristen, maar slechts door ecologen worden beantwoord, en dat is de vraag of deze wijze van mitigatie *met zekerheid* ecologisch kan functioneren. De geluiden daarover uit de ecologische onderzoekspraktijk zijn tot nu toe nog niet zo hoopgevend. Met name monitoringsgegevens ontbreken om voor deze wijze van mitigatie een adequate ecologische onderbouwing te geven.

## Nest, verblijfplaats en samenvallend leef- en foerageergebied

Het is denkbaar dat bij de realisatie van een ruimtelijke ontwikkeling een nestplaats/vaste rust- of verblijfplaats behouden kan blijven, maar dat het omliggende leef- en foerageergebied van de vogelsoort wel wordt aangetast. Dit hoeft niet problematisch te zijn. Uit de Afdelingsjurisprudentie volgt dat aantasting van leef- en foerageer-

gebied van vogels niet ontheffingsplichtig is, tenzij dit leef- en foerageergebied essentieel is. Zo is door de Afdeling overwogen – onder verwijzing naar het eerder in deze bijdrage genoemde Europese Guidance-document – dat een foerageergebied niet tot een vaste rust- of verblijfplaats wordt gerekend, tenzij het foerageergebied samenvalt met een broed- of vaste rust- of verblijfplaats.<sup>33</sup> Door een nauwgezette ecologische inventarisatie dienaangaande kan in sommige gevallen aldus de noodzaak voor ontheffingsverlening worden voorkomen. Is overigens wel sprake van vernieling van essentieel foerageer- of leefgebied, als gevolg waarvan vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels worden verstoord en vogels het leefgebied gaan verlaten, dan is de ontheffingsverlening hiervoor mogelijk minder juridisch problematisch dan de ontheffingsverlening voor het weg nemen/vernietigen van nestplaatsen. Een belangrijke aanwijzing daarvoor kan worden gevonden in de Afdelingsuitspraak van 3 oktober 2012 over een woningbouwproject te Rheden.<sup>34</sup> In deze uitspraak stond de verlening van een positieve afwijzing ten behoeve van twee steenuilenparen centraal. Duidelijk was dat door de realisatie van het woningbouwproject de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaatsen van de steenuilenpaartjes aan de rand van het plangebied in het geding was, nu een belangrijk deel van het foerageergebied zou worden beschadigd en vernield en onvoldoende foerageergebied voor de twee steenuilenparen zou overblijven. Naar het oordeel van de Afdeling brengt de aantasting van het foerageergebied aldus een verstoring van de vaste rust- en verblijfplaats van het ene steenuilenpaartje mee dat die plaats moet verlaten. In lijn met de eerdere jurisprudentie overweegt de Afdeling dat het geschikt maken van een andere locatie voor steenuilen niet voorkomt dat het betrokken foerageergebied niet wordt beschadigd en vernield. Ontheffing van artikel 11 Ffw is in dit geval noodzakelijk. Met betrekking tot het tweede steenuilenpaartje constateert de Afdeling dat de staatssecretaris te weinig onderzoek had gedaan. Afhankelijk van de uitkomsten van het nog te verrichten onderzoek is het denkbaar dat ook vanwege het tweede steenuilenpaartje een ontheffing is vereist.

De Afdeling draagt de staatssecretaris op om de geconstateerde gebreken aan het besluit te herstellen. Daarbij neemt zij alvast een voorschot op de ontheffingsverlening. De Afdeling wijst daartoe op de Park Brederode-uitspraak en overweegt dat het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling zich niet verdraagt met artikel 9 Vrl. Dit brengt naar het oordeel van de Afdeling mee dat als artikel 9 Vrl op deze zaak van toepassing is, de staatssecretaris dat belang niet aan de ontheffing ten grondslag mag leggen.

De relevante vraag is vervolgens of artikel 9 Vrl op deze zaak van toepassing is. Ook deze vraag wordt in rich-

32. Maatregelen om te voorkomen dat dieren een plangebied intrekken, zijn bijvoorbeeld faunaschermen. In zijn uitspraak van 24 december 2008, nr. 200802624/3, r.o. 2.6, heeft de voorzitter van de Afdeling aan het feit dat om locaties in het plangebied van Park Brederode faunaschermen waren geplaatst, betekenis toegekend om een verzoek om voorlopige voorziening met betrekking tot hazelwormen af te wijzen. De faunaschermen zorgden ervoor dat de hazelwormen de desbetreffende locaties niet konden bereiken.

33. ABRvS 25 februari 2009, nr. 200803873/1, r.o. 2.5.1, BR 2009, 118, JM 2009, 61, ABRvS 2 mei 2012, nr. 201105967/1/R1, r.o. 2.56.5, Gst. 2012, 79, JM 2012, 74 en ABRvS 18 juli 2012, nr. 201109200/1/R3, r.o. 2.5.2.

34. ABRvS 3 oktober 2012, nr. 201107056/1/T1/A3, r.o. 6.

tingevende zin door de Afdeling beantwoord. Daartoe gaat de Afdeling in op de reikwijdte van artikel 5 Vrl. Dit is begrijpelijk, nu aan artikel 9 Vrl, waarin de afwijkingmogelijkheden voor de verbodsbepalingen zijn opgenomen, pas wordt toegekomen als een van de verbodsbepalingen uit artikel 5 Vrl wordt overtreden. De Afdeling overweegt:

‘De Afdeling merkt in dit verband op dat ingevolge artikel 5, onder b, van de Vrl, een verbod geldt op het opzettelijk vernielen, beschadigen en wegnemen van nesten. Ingevolge artikel 5, onder d, van die richtlijn geldt een verbod op het opzettelijk storen van vogels, met name gedurende de broedperiode, voor zover een dergelijke storing, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn, van wezenlijke invloed is. Naar het oordeel van de Afdeling valt niet op voorhand uit te sluiten dat het vernielen van foerageergebied, als gevolg waarvan vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels worden verstoord, in dit geval niet onder het verbod als bedoeld in artikel 5, onder b, van de Vrl valt, maar onder het verbod, als bedoeld onder d. Dit brengt mee dat, indien de verstoring niet van wezenlijke invloed is, aan artikel 9 van de Vrl niet wordt toegekomen. In dat geval is niet uitgesloten dat de staatssecretaris het in artikel 2, derde lid, aanhef en onder j, van het Vrijstellingsbesluit neergelegde belang [belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling; toevoeging JG) aan de ontheffingverlening ten grondslag mag leggen.’<sup>35</sup>

In deze overweging wijst de Afdeling uitdrukkelijk op het vernielen van foerageergebied, als gevolg waarvan vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels worden verstoord (essentieel foerageergebied). Daarmee wekt de Afdeling de suggestie dat als het zou gaan om het vernielen van nestplaatsen/vaste rust- en verblijfplaatsen (in enge zin, zoals bijvoorbeeld het kappen van de nestboom of het weghalen van de nestkast) dit zou vallen onder het verbod van artikel 5 onder b Vrl. Gaat het evenwel om het vernielen van essentieel foerageer- of leefgebied (niet zijnde de daadwerkelijke vaste rust- en verblijfplaats in enge zin), dan zou dit aldus onder het verbod van artikel 5 onder d Vrl vallen. Wat betreft de wezenlijke invloed gaat het gelet op de doelstellingen van de Vrl om de invloed op het populatieniveau van de vogels. Als de staatssecretaris kan aantonen dat van een negatieve invloed op het populatieniveau van de steenuilen geen sprake is, dan is het aldus mogelijk dat met het vernielen van foerageer- of leefgebied de verbodsbepaling uit artikel 5 onder d Vrl niet wordt overtreden, daardoor niet aan artikel 9 Vrl wordt toegekomen en aldus andere belangen dan de belangen genoemd in dit artikel 9 aan de ontheffingsverlening ten grondslag kunnen worden gelegd, zoals het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling.

35. ABRvS 3 oktober 2012, nr. 201107056/1/T1/A3, r.o. 6.

Met deze benadering geeft de Afdeling blijk uit te willen gaan van een enge benadering van het begrip ‘nest’ uit artikel 5 onder b Vrl. Dat de Afdeling daartoe eerder genegen was, blijkt uit de jurisprudentie over de reikwijdte van het nest van de grutto en de lepelaar.<sup>36</sup> In deze jurisprudentie heeft de Afdeling onder meer overwogen dat de broedplek van de grutto buiten het broedseizoen niet onder de reikwijdte van het begrip nest valt, nu de grutto niet elk jaar specifiek naar hetzelfde nest terugkeert en de term ‘breeding site’, zoals neergelegd in het eerdergenoemde Guidance-document, niet het gebied omvat waarnaar de grutto jaarlijks terugkeert.

Gelet op het Guidance-document valt er wat voor te zeggen dat het begrip ‘nest’ beperkt zou kunnen worden opgevat, gelet op de relatief beperkte ecologische functies die aan het begrip ‘breeding site’ in dit document worden toegekend.<sup>37</sup> De interpretatie die de Afdeling in de gruttogejurisprudentie aan het begrip nest heeft gegeven, kon overigens ook de goedkeuring van het Directoraat-Generaal Milieu van de Europese Commissie wegdragen. Dit heeft bij brief van 3 november 2009 in reactie op een klacht aangegeven dat niet is gesteld of bewezen dat Nederland de Vrl onjuist heeft omgezet in de Ffw. De uitleg van de Afdeling van artikel 11 Ffw in de uitspraak van 25 februari 2009 wordt door het Directoraat-Generaal Milieu niet onredelijk geacht.<sup>38</sup>

Anderzijds is in het Guidance-document ook aangegeven dat het dient te gaan om het waarborgen van de ecologische functionaliteit van de voortplantingsplaats. In dat licht is het ook verdedigbaar dat als het verdwijnen van essentieel foerageer- en leefgebied ertoe leidt dat een nestplaats als zodanig niet meer kan functioneren, dat essentieel foerageer- en leefgebied ook onder het begrip nest en onder de reikwijdte van de verbodsbepaling van artikel 5 onder b Vrl zou moeten worden begrepen.

Wat daarvan ook zij, de uitspraak van 3 oktober 2012 biedt voor de ruimtelijke-ontwikkelingspraktijk vooralsnog een oplossingsrichting. Zolang de nestplaats zelf behouden blijft en de vernietiging of verstoring van het essentieel leef- en foerageergebied niet tot een negatieve invloed op het populatieniveau leidt (en ook hier ligt een belangrijke taak voor de ecooloog om daar in zijn onderzoek invulling aan te geven), is het mogelijk om een ontheffing verleend te krijgen met het oog op andere belangen dan die zijn genoemd in artikel 9 Vrl. Dit betekent dat ontheffingsverlening mogelijk is met het oog op het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling. Dit belang wordt bij alle ruimtelijke ontwikkelingen, ook kleinschalige projecten, gediend. Ontheffingsverlening

36. ABRvS 25 februari 2009, nr. 200803873/1, r.o. 2.4.1, BR 2009, 118, JM 2009, 61, ABRvS 10 november 2010, nr. 200903009/1/R1, r.o. 2.4.5, ABRvS 10 november 2010, nr. 200902833/1/R1, r.o. 2.4.5, ABRvS 15 december 2010, nr. 201004004/1/H3, r.o. 2.3.1 en 2.3.2, M en R 2011, 37, ABRvS 15 februari 2012, nr. 201102473/1/A3, r.o. 2.3.1 en ABRvS 2 mei 2012, nr. 201105967/1/R1, r.o. 2.56.5, Gst. 2012, 79, JM 2012, 74.

37. Guidance-document, p. 42.

38. ABRvS 15 december 2010, nr. 201004004/1/H3, r.o. 2.3, M en R 2011, 37.



voor kleinschalige projecten zou dan voor vogels met een jaarrond beschermde vaste rust- en verblijfplaats (voor zover het niet om beschadiging van de nest-/verblijfplaatsen zelf gaat) juridisch gezien weer mogelijk zijn.

## Koersen op ontheffingsverlening; ruimere invulling belang van de volksgezondheid of openbare veiligheid

Als overtreding van de verbodsbepaling van artikel 11 Ffw niet kan worden voorkomen, dan zal tot ontheffingsverlening moeten worden overgegaan. Ontheffingsverlening vanwege vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen hoeft bij wat meer grootschalige ruimtelijke projecten niet onmogelijk te zijn.

Zo is het denkbaar dat bij deze projecten het belang van de volksgezondheid of openbare veiligheid kan zijn gediend. Tot de reeds genoemde tussenuitspraak van de Afdeling van 21 maart 2012 over de Rijksweg 31/Haak om Leeuwarden was het enige tijd niet duidelijk of dit belang bij ruimtelijke projecten aan de orde kon zijn. Over de invulling van dit belang is weinig jurisprudentie verschenen en in de regel niet in relatie tot ruimtelijke projecten.<sup>39</sup> Een uitzondering hierop vormt de uitspraak van 29 december 2010 over de hoogspanningsverbinding tussen Wateringen en Zoetermeer.<sup>40</sup> De Afdeling oordeelde dat een hoogspanningsverbinding een voorziening is in het belang van de openbare veiligheid vanwege onder meer het veiligstellen van de elektriciteitsvoorziening in de Randstad en het voorzien in extra waarborgen in geval van grootschalige calamiteiten in verbindingen of stations. Om die reden kon het belang van de openbare veiligheid aan de ontheffingsverlening ten grondslag worden gelegd.

De uitspraak van 21 maart 2012 zag op een besluit waarbij ten behoeve van de aanleg van een rijksweg aan de west- en zuidkant van Leeuwarden (de Haak om Leeuwarden) deels een aanvraag om ontheffing was afgewezen (positieve afwijzing) en deels ontheffing was verleend.<sup>41</sup> De staatssecretaris had zich daarbij op het standpunt gesteld dat met dit project het belang van de volksgezondheid of openbare veiligheid wordt gediend, nu met de aanleg van de rijksweg de verslechtering van de luchtkwaliteit wordt beperkt, de verkeersveiligheid wordt gediend en een aantal vormen van overlast wordt voorkomen. Dit wordt door de Afdeling aanvaard. Een dergelijke vrij ruime benadering van het belang van volksgezondheid of openbare veiligheid was tot aan deze

uitspraak nog niet in de Afdelingsjurisprudentie geaccepteerd. Niet ondenkbaar is dat ook voor andere ruimtelijke projecten dan wegprojecten – met enige creativiteit – kan worden gemotiveerd dat hiermee het belang van volksgezondheid of openbare veiligheid wordt gediend. Zo zou wellicht met de aanleg van een regionaal bedrijventerrein dit belang kunnen worden gediend, bijvoorbeeld om redenen dat milieuhinderlijke en gevaarlijke bedrijfsactiviteiten op grotere afstand van woonbebouwing worden geconcentreerd.

Uit de uitspraak wordt ook duidelijk dat het niet noodzakelijk is dat een project specifiek moet zijn gericht op het dienen van het belang van de volksgezondheid of openbare veiligheid, om dit belang aan de ontheffingsverlening ten grondslag te kunnen leggen. Zo overweegt de Afdeling dat het feit dat uitsluitend de bereikbaarheid van Leeuwarden, de regionale economische ontwikkeling en de verstedelijkingsopgave van Leeuwarden de belangen zijn die ten grondslag liggen aan het tracébesluit, niet betekent dat met de aanleg van de rijksweg het belang van de volksgezondheid of openbare veiligheid niet zou zijn gediend.<sup>42</sup>

Over het criterium voor ontheffingsverlening dat aan de gunstige staat van instandhouding van de soort geen afbreuk mag worden gedaan, kan worden opgemerkt dat uit de praktijk blijkt dat het niet zoveel uitmaakt of gewerkt wordt met een positieve afwijzing dan wel met een ontheffingsverlening. Niet zelden zullen in beide gevallen dezelfde mitigerende en compenserende maatregelen worden voorgeschreven.

Over het criterium voor ontheffingsverlening inhoudende dat er geen andere bevredigende oplossing is, kan worden opgemerkt dat de invulling van dit criterium mede afhangt van het onderliggende probleem en de daaruit voortvloeiende doelstellingen voor een project. In het Guidance-document wordt aangegeven dat de analyse of er geen andere bevredigende oplossing is, uit drie delen bestaat:<sup>43</sup> wat is het probleem of de specifieke situatie die het hoofd moet worden geboden; zijn er andere oplossingen, en zo ja, lossen deze andere oplossingen het probleem of de specifieke situatie op waarvoor de ontheffing is aangevraagd? Oftewel, er hoeft niet altijd voor het (in de meeste gevallen) nulalternatief te worden gekozen indien dit beter is voor de soortenbescherming, als dit nulalternatief het onderliggende probleem niet oplost. Dit betekent dat het met het oog op een juridisch succesvolle ontheffingsverlening van belang is dat een adequate probleemanalyse wordt verricht. Aan de hand van die probleemanalyse en de te bereiken doelen voor een ruimtelijk project kan ook worden aangegeven waarom bepaalde voorgedragen oplossingen geen bevredigende oplossingen zijn. Voor meer grootschalige projecten zal een dergelijke probleemanalyse en alternatievenafweging in de regel plaatsvinden in het kader van de milieueffectrapportage (m.e.r.). Uit de jurisprudentie blijkt dat de Afdeling het accepteert dat naar het verrichte m.e.r.-alternatievenon-

39. ABRvS 17 december 2003, nr. 200302076/1, r.o. 2.3 en ABRvS 17 november 2004, nr. 200403680/1, r.o. 2.2.

40. Nr. 200908100/1/R1, r.o. 2.116, BR 2001, 44, M en R 2011, 92.

41. Nr. 201108112/1/T1/A3, JM 2012, 68.

42. R.o. 2.7.1.

43. Guidance-document, p. 58.

derzoek wordt verwezen om tot de conclusie te komen dat geen andere bevredigende oplossing voorhanden is.<sup>44</sup> Overigens heeft het bevoegd gezag ter bepaling of er een andere bevredigende oplossing is beoordelingsvrijheid.<sup>45</sup>

## Afwijking van de lijst jaarrond beschermde vogelnesten

Zoals eerder in deze bijdrage is opgemerkt, wordt tot nu toe in de ontheffingenpraktijk en in de praktijk van het ecologisch onderzoek standaard van de ‘Aangepaste lijst jaarrond beschermde vogelnesten ontheffing Flora- en faunawet ruimtelijke ingreep’ uitgegaan. Dit is in zoverre opmerkelijk, nu deze lijst niet gepaard gaat met een ecologische onderbouwing waarom de verblijfplaatsen van de daarin genoemde vogelsoorten jaarrond moeten worden beschermd. Het wekt dan ook geen verbazing dat de lijst onder ecologen zeker niet onomstreden is. Tot op heden is nog geen jurisprudentie verschenen over ecologisch onderzoek waarbij van deze lijst op ecologische gronden wordt afgeweken, in zoverre dat ecologisch wordt onderbouwd waarom (een van) de zestien genoemde vogelsoorten geen jaarrond vaste verblijfplaats hebben. Als een van de voorgaande oplossingsrichtingen geen soelaas heeft geboden, dan zou dit nog kunnen worden uitgeprobeerd.

## Vooruitblik nieuwe Wet natuurbescherming

Op 20 augustus 2012 is het wetsvoorstel Wet natuurbescherming aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>46</sup> Dit wetsvoorstel bestrijkt de onderwerpen die nu worden geregeld in de Natuurbeschermingswet 1998, de Ffw en de Boswet. In hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel wordt het soortenbeschermingsrecht geregeld. Daartoe omvat het hoofdstuk onder meer drie algemene beschermingsregimes:

1. regels ter bescherming van vogels, ter implementatie van artikel 5 t/m 9 Vrl;
2. regels ter bescherming van dieren en planten, ter implementatie van artikel 12 t/m 16 Hrl, alsmede van het Verdrag van Bern en het Verdrag van Bonn; en
3. regels ter bescherming van niet onder b vallende en in artikel 3.10 van het wetsvoorstel aangeduide soorten.<sup>47</sup>

Artikel 3.1 t/m 3.4 van het wetsvoorstel zien op de bescherming van vogels. De verbodsbepalingen uit artikel 5 Vrl zijn nagenoeg een-op-een overgenomen in artikel 3.1 van het wetsvoorstel. In artikel 3.1 lid 2 van het wetsvoorstel is wel het begrip ‘rustplaatsen’ opgenomen, alhoewel dit niet voortvloeit uit artikel 5 onder b Vrl. De regering is daartoe overgegaan om hiermee uitvoering te geven aan artikel 6 van het Verdrag van Bern.<sup>48</sup> Ontheffingsverlening zal in de toekomst anders dan nu in handen zijn van gedeputeerde staten.<sup>49</sup>

De voorwaarden onder welke ontheffing kan worden verleend, zijn opgenomen in artikel 3.3 lid 4 van het wetsvoorstel. In sub a, b en c van dit lid zijn de drie cumulatieve ontheffingscriteria opgenomen. Onder de nummers 1 tot en met 6 van sub b zijn de specifieke belangen benoemd met het oog waarop ontheffing kan worden verleend. Deze zijn nagenoeg woordelijk overgenomen uit artikel 9 lid 1 Vrl.

Een voordeel van de in het wetsvoorstel neergelegde regeling voor de bescherming van vogels is dat deze systematisch en tekstueel veel beter aansluit op de beschermingsregeling uit de Vrl. Dat laat onverlet dat de problematiek rond vogels met jaarrond beschermd verblijfplaatsen in relatie tot ruimtelijke ontwikkelingen materieel gezien onveranderd blijft, in zoverre dat als de nest-/verblijfplaatsen (in enge zin) door een ruimtelijke ontwikkeling worden vernield, ontheffingsverlening gelet op de ontheffingscriteria dan nog altijd een uitdaging blijft.

Wel zal aan ontheffingsverlening voor aantasting van essentieel leef- en foerageergebied waarbij geen sprake is van een wezenlijke invloed op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort, uitgaande van de eerder besproken Afdelingsuitspraak van 3 oktober 2012, niet langer behoeven te worden toegekomen.<sup>50</sup> Immers, in dat geval wordt de verbodsbepaling uit artikel 5 onder d Vrl respectievelijk de verbodsbepaling uit artikel 3.1 lid 4 jo. lid 5 van het wetsvoorstel niet overtreden. Dit zou slechts anders zijn als de Afdeling ertoe zou besluiten om dit essentieel leef- en foerageergebied onder het begrip ‘rustplaatsen’ uit de verbodsbepaling van artikel 3.1 lid 2 van het wetsvoorstel te scharen.

## Slotopmerking: betere bescherming van vogels?

Bij het bezien van de regelgeving, de Afdelingsjurisprudentie en het zoeken naar oplossingsrichtingen bekruipt mij de vraag of dit alles nu leidt tot een betere bescherming van de vogels. Daar is het toch allemaal om te

44. ABRvS 24 maart 2010, nr. 200806140/R1, r.o. 2.16.4, JM 2010, 86, ABRvS 23 juli 2008, nr. 200708748/1, r.o. 2.5.3, ABRvS 9 november 2011, nr. 201009220/1/R4, r.o. 2.11.3, ABRvS 21 maart 2012, nr. 201108112/1/T1/A3, r.o. 2.7.1, JM 2012, 68 en ABRvS 8 augustus 2012, nr. 201105167/1/A3, r.o. 2.6.2.

45. ABRvS 4 april 2012, nr. 201107810/1/A1, r.o. 2.16.3.

46. Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 2.

47. Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 133.

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

49. Art. 3.3 lid 1 van het wetsvoorstel. Overigens zal van de mogelijkheid tot afzonderlijke ontheffingsverlening bij (omgevingsvergunningplichtige) ruimtelijke projecten geen sprake meer zijn, gelet op de in art. 10.7 van het wetsvoorstel voorziene aanpassing van de Wabo. Gedeputeerde staten zullen in dat geval een verklaring van geen bedenkingen afgeven.

50. ABRvS 3 oktober 2012, nr. 201107056/1/T1/A3, r.o. 6.

doen. Leidt een ontheffingsverlening nu tot een betere ecologische afweging en betere ecologische maatregelen dan een positieve afwijzing? Zorgt het daadwerkelijk voorkomen dat verbodsbepalingen worden overtreden in de vorm dat potentieel leefgebied of potentiële verblijfplaatsen voortijdig ongeschikt worden gemaakt, er nu voor dat de verblijfplaatsen en het leefgebied van vogels in ruime zin beter worden beschermd?

Feit is – alle creatieve oplossingsrichtingen ten spijt – dat zolang de Vrl niet wordt aangepast, ontheffingsverlening bij de huidige stand van zaken in regelgeving en jurisprudentie voor de sloop en herbouw van een boerenschuur met een verblijfplaats van een gierzwaluwenpaar niet mogelijk is, tenzij de sloop uiteraard geschiedt met het oog op belangen die zijn terug te voeren op de Vrl, hetgeen bij veel kleinschalige ruimtelijke projecten zelden het geval zal zijn. Ook met de nieuwe Wet natuurbescherming wordt dit niet anders. Ik kan mij zo voorstellen dat dit het enthousiasme bij die boer niet zal aanwakkeren om zijn nieuwe schuur zo geschikt te maken dat deze in de toekomst niet als verblijfplaats voor één maar voor vier gierzwaluwenparen kan dienen. Het vasthouden aan een stringent juridisch kader voor individuele soortenbescherming, op Europees en daardoor nationaal niveau, zou nog wel eens een negatief effect kunnen hebben op het maatschappelijk draagvlak voor dat kader. Het zou er wellicht toe kunnen leiden dat vogels met jaarrond beschermde verblijfplaatsen in de weerbarstige praktijk zo nu en dan vogelvrij worden verklaard.