



ALTERRA

WAGENINGEN UR

Ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving

Een juridische verkenning van de mogelijkheden om ecologische en economische dynamiek in kustgebieden te combineren

H.E. Woldendorp
M.m.v. P.A. Slim



Alterra-rapport 1846, ISSN 1566-7197



Institute for
Infrastructure,
Environment and
Innovation



Ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving

Ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving

Een juridische verkenning van de mogelijkheden om ecologische en economische dynamiek in kustgebieden te combineren

**H.E. Woldendorp¹⁾
m.m.v. P.A. Slim²⁾**

¹⁾ IMI, Brussel

²⁾ Alterra, Wageningen UR

Alterra-rapport 1846

Alterra, Wageningen, 2009

REFERAAT

Woldendorp, H.E., m.m.v. P.A. Slim, 2009. *Ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving. Een juridische verkenning van de mogelijkheden om ecologische en economische dynamiek in kustgebieden te combineren*. Wageningen, Alterra, Alterra-rapport 1846. 92 blz.; 10 foto's; 1 tabel; 9 ref.

Several pioneer species in The Netherlands are not in a favourable conservation status. The size and quality of their habitats is declining all the time as a result of human activities. Nonetheless, it is a fortunate coincidence that human activities also contribute to the creation of potential habitats for these species. However, this potential is not fully made use of. Surprisingly, the main reason thereof is the legislation for nature conservation itself. Many project developers fear the application of this legislation when they remove temporary nature. The authorisation brings along obligations and restrictions that interfere with their activities. Moreover the procedures for authorisation give rise to legal proceedings that in the Netherlands can easily be instituted. Developers therefore try to minimize risks and take measures to keep away temporary nature from their terrains. Measures to prevent the development of habitats are not legally prohibited.

In this report several proposals are discussed that could contribute to the solution of the problem. Some proposals try to prevent uncertainty. So it is proposed that the removal of temporary nature is authorised even before it has developed. Instead of a case-by-case authorisation, according to Dutch legislation, also a general authorisation is possible. Individual procedures can then be avoided.

However, these solutions might be inadequate since obligations and restrictions that interfere with the implementation of the project still remain. Another, however far-going, solution could be to enter a provision in the authorisation that is needed for the implementation of the project, prohibiting measures that aim at keeping away temporary nature. Even a general legal prohibition of making unsuitable (potential) habitats is imaginable. However, political support for this solution, although effective, will be minimal since it has far-reaching consequences for other interests that are involved.

More likely are management and conservation measures, since according to the Birds Directive as well as to the Habitats Directive, member states are obliged to realize a favourable conservation status of all protected species. Part of the species is protected in Natura 2000-areas. The designation of these areas aims at the protection of about 80% of the national populations of the species, so measures in Natura 2000-areas at least are advantageous for most of the population of the species in the Netherlands. For other species, the so-called habitats-approach aims at the protection and improvement of habitats that are not in a Natura 2000-area. This approach is less effective since effective, legal instruments are lacking. The co-operation of land owners are based on voluntary agreements.

Trefwoorden: bedrijventerreinen, braakliggende terreinen, embryonale duinen, estuaria, Flora- en faunawet, Habitatrichtlijn, havens, industrieterreinen, metapopulatie, Natura 2000, Natuurbeschermingswet 1998, Pioniersoorten, Rugstreeppad, tijdelijke natuur, Visdief, Vogelrichtlijn

ISSN 1566-7197

Dit rapport is gratis te downloaden van www.alterra.wur.nl (ga naar 'Alterra-rapporten'). Alterra verstrekt geen gedrukte exemplaren van rapporten. Gedrukte exemplaren zijn verkrijgbaar via een externe leverancier. Kijk hiervoor op www.boomblad.nl/rapportenservice.

© 2009 Alterra

Postbus 47; 6700 AA Wageningen; Nederland

Tel.: (0317) 474700; fax: (0317) 419000; e-mail: info.alterra@wur.nl

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Alterra.

Alterra aanvaardt geen aansprakelijkheid voor eventuele schade voortvloeiend uit het gebruik van de resultaten van dit onderzoek of de toepassing van de adviezen.

Inhoud

Overzicht van gebruikte afkortingen	7
1 Samenvatting en conclusies	9
2 Aanleiding voor dit rapport en de onderzoeksvraag	17
3 De gevolgde aanpak	21
4 Algemene beschouwingen over natuurbescherming en dynamiek	23
4.1 Opzet van de natuurbeschermingsregelgeving	23
4.2 Verschillen tussen het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime	25
4.3 Consequenties van de verschillen tussen het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime voor ecologische dynamiek	27
4.4 Problemen bij het toestaan van ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving; de problematiek van de tijdelijke natuur	34
4.5 Enige algemene beschouwingen	37
5 Gebiedsbescherming	41
5.1 Algemeen	41
5.2 Instandhoudingsdoelstellingen	42
5.3 Verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen	51
5.4 Termijn voor de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen	57
5.5 Beheerplannen	58
5.6 Wetsvoorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998	59
5.7 De Visdief en gebiedsbescherming	61
6 Soortenbescherming	65
6.1 Beschermde soorten; doel van soortenbescherming; populatiebescherming en individuele bescherming	65
6.2 Passieve soortenbescherming	67
6.3 Actieve soortenbescherming	70
7 Stimulering van tijdelijke natuur	75
7.1 Inleiding	75
7.2 Definitie van tijdelijke natuur	76
7.3 Oplossing 1: Een ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur	77
7.4 Oplossing 2: Integreren van de ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur in de ontheffing voor het project zelf	82
7.5 Oplossing 3: Een vrijstelling voor de verwijdering van tijdelijke natuur	83
7.6 Oplossing 4: Verwijdering van tijdelijke natuur zonder ontheffing of vrijstelling	85
7.7 Oplossing 5: Verplicht toelaten van tijdelijke natuur	86
7.8 Oplossing 6: Het opnemen in de Ffwet van een verbod om (potentiële) leefgebieden ongeschikt te maken	87
7.9 Oplossing 7: Subsidieregeling	87

7.10	Oplossing 8: Actief treffen van beheer- en instandhoudings- maatregelen in Natura 2000-gebieden	88
7.11	Oplossing 9: Actief treffen van beheer- en instandhoudings- maatregelen volgens de leefgebiedenbenadering	88
7.12	Oplossing 10: Gerechtelijke procedures tegen de overheid of klacht bij de Europese Commissie	88
	Literatuur	91

Overzicht van gebruikte afkortingen

Afkringing	Voluit
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie van de EG
amvb	Algemene Maatregel van Bestuur
dynamische soort	Pioniersoort, vroege soort ¹
ecologische dynamiek	Zich vestigen van soorten en habitattypen op nieuw beschikbaar gekomen, geschikte terreinen en weer verdwijnen als de omstandigheden op deze terreinen veranderen en ongunstiger worden
economische dynamiek	Dynamiek als gevolg van menselijke activiteiten, zoals de aanleg van infrastructuur en andere ruimtelijke ingrepen
Ffwet	Flora- en faunawet
GS	Gedeputeerde Staten
HvJEG	Hof van Justitie van de EG
Hrl	Habitatrichtlijn
KRW	KaderRichtlijn Water (van de EU)
Natura 2000(-gebied)	Het Europese netwerk van SBZ's (Natura 2000-gebieden) die zijn aangewezen ter implementatie van de Vrl en de Hrl
Nbwet 1998	Natuurbeschermingswet 1998
RvS	Raad van State
SBZ	Speciale BeschermingsZone als bedoeld in de Vrl of de Hrl, in dit rapport ook aangeduid als Natura 2000-gebied
Stb	Staatsblad
Vrijstellingsbesluit	Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten
Vrl	Vogelrichtlijn
WRO	Wet ruimtelijke ordening

¹ In de zin van het advies tijdelijke natuur (Ark), waarin al deze soorten in de bijlage ook worden opgesomd.



Slangenkruid en Jacobskruid, E.ON, Europoort, Rotterdam.

1 Samenvatting en conclusies

In hoofdstuk 2 wordt de aanleiding voor dit rapport toegelicht.

1. *Onderzoeksvraag*

De onderzoeksvraag luidt:

Welke mogelijkheden en beperkingen volgen uit de huidige natuurbeschermingsregelgeving om in de kustzones in te spelen op zowel de ecologische dynamiek die kenmerkend is voor bijvoorbeeld estuaria en pioniersoorten zoals de Visdief en de Rugstreeppad, als op de economische en ruimtelijke dynamiek, bijvoorbeeld in havens?

De aanpak die bij de opstelling van het rapport is gevolgd, wordt weergegeven in hoofdstuk 3. Het rapport bouwt voort op eerdere rapporten van Alterra en een advies van het IMI over de juridische aspecten van tijdelijke natuur.

In hoofdstuk 4 wordt in algemene zin ingegaan op de wijze waarop de natuurbeschermingsregelgeving omgaat met ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving.

Gebiedsbescherming komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 5. Het beschermingsregime is enerzijds passief gericht op het tegenhouden van ontwikkelingen die tot aantasting van een aangewezen beschermd natuurgebied kunnen leiden. Anderzijds is het actief gericht op het nemen van de nodige beheer- en instandhoudingsmaatregelen waarmee een gunstige staat van instandhouding van een soort of habitatype in het aangewezen beschermde natuurgebied wordt gerealiseerd. Habitattypen kunnen alleen in het kader van gebiedsbescherming worden beschermd. Er is hiervoor geen aanvullend beschermingsregime buiten de aangewezen gebieden.

Soorten worden wel aanvullend beschermd, in het *soortenbeschermingsregime*. Daarop wordt in hoofdstuk 6 uitgebreid ingegaan. Hierbij gaat het om de bescherming van soorten buiten aangewezen beschermde natuurgebieden. Ook hier zijn een passieve en actieve component in het beleid te onderscheiden.

In hoofdstuk 7 worden enkele mogelijkheden voor een betere regeling voor tijdelijke natuur besproken.

2. *Aanleiding voor het onderzoek*

Het rapport is een juridisch vervolg op publicaties van Alterra over de Visdief en de Rugstreeppad in het kader van het EU Interreg IIIB NEW!Delta project. Het is

tevens een uitwerking van een eerder advies van het Instituut voor Infrastructuur, Milieu en Innovatie (IMI) over tijdelijke natuur, dat weer was gebaseerd op een advies tijdelijke natuur van Ark Natuurontwikkeling. Dit heeft inmiddels een vervolg gekregen in de vorm van een concept-beleidslijn tijdelijke natuur van het ministerie van LNV.

Aanleiding voor het rapport is de achteruitgang van dynamische natuur in kustgebieden als gevolg van uiteenlopende menselijke activiteiten. Zo is bijvoorbeeld in estuaria de dynamiek afgenomen door onder meer indijkingen, dijkversterkingen en verdiepingen van de vaargeul. Bepaalde dier- en plantensoorten hebben hun leefgebieden in gebieden waarin dynamische omstandigheden optreden. Als gevolg van de achteruitgang van dynamische natuur gaat ook de staat van instandhouding van een aantal van deze soorten achteruit.

Tegelijkertijd ontstaan als gevolg van menselijke activiteiten ook gebieden waar dynamische natuur, veelal tijdelijk, een kans zou kunnen krijgen, bijvoorbeeld op opgespoten terreinen die ontstaan bij onder meer de aanleg van infrastructuur, havens of woonwijken. Dergelijke terreinen kunnen voor dynamische natuurlijke leefgebieden een alternatief bieden, omdat ze min of meer vergelijkbaar zijn met hun natuurlijke omgeving. Voor een aantal pioniersoorten en andere vroege soorten neemt de relatieve betekenis van dynamische terreinen in een menselijke omgeving toe.

Toch worden de mogelijkheden die dergelijke terreinen bieden, in de praktijk nog te weinig benut. Projectontwikkelaars voelen zich namelijk vaak genooddaakt maatregelen te nemen om de vestiging van planten en dieren op hun projectterreinen te voorkomen. Deze maatregelen zijn er op gericht het projectgebied ongeschikt te maken als leefgebied voor dynamische soorten die zich daar anders tijdelijk zouden vestigen. Maatregelen zijn bijvoorbeeld het voorkomen dat waterplassen ontstaan, het asfalteren van terreinen, het plaatsen van hekwerken en andere versperringen, en het maaien of verwijderen van begroeiing. De maatregelen zijn legaal omdat geen verbodsbepalingen worden overtreden zolang er zich nog geen natuurwaarden hebben gevestigd.

De reden voor de natuurwerende maatregelen is dat projectontwikkelaars bang zijn dat de verwijdering van tijdelijke natuur bij het begin van de werkzaamheden op een braakliggend terrein tot juridische problemen en vertraging aanleiding geeft. Voor het verwijderen van de soorten die zich op een projectterrein hebben gevestigd, is vooraf toestemming nodig in de vorm van een vergunning op grond van art. 19d Natuurbeschermingswet 1998 (in het kader van gebiedsbescherming) en/of een ontheffing krachtens art. 75 Flora- en faunawet (in het kader van soortenbescherming). Ook al zou de vergunning of ontheffing zonder problemen kunnen worden verleend, dan hebben de projectontwikkelaars toch nog altijd last van de voorschriften die daaraan worden verbonden. Als gevolg hiervan kunnen de werkzaamheden bijvoorbeeld niet op elk willekeurig moment van het jaar worden uitgevoerd en moeten bepaalde maatregelen worden genomen, zoals het vangen en elders uitzetten van dieren of het aanleggen van vervangende leefgebieden.

Bovendien is er nog de kans dat belanghebbenden beroepsprocedures aanspannen. Bij gebiedsbescherming is er beroep mogelijk op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, bij soortenbescherming geschiedt de rechtsbescherming in twee instanties, omdat eerst nog beroep op de rechtbank moet worden ingesteld. Zelfs al wordt deze zaak gewonnen, dan nog is er vertraging. Het beroepsrecht kan belanghebbenden echter niet worden ontnomen. Gerechtelijke procedures zijn hierdoor nauwelijks te voorkomen indien omwonenden of andere belanghebbenden bezwaren hebben tegen een project. Belanghebbenden kunnen de natuurbeschermingsregelgeving aangrijpen om hun bezwaren kracht bij te zetten, ook als de redenen van de bezwaren niets met natuurbescherming te maken hebben. Gerechtelijke procedures leveren risico's op, vooral in de sfeer van zorgvuldige voorbereiding en toereikende motivering van een besluit, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak op deze punten streng toetst.

Hier komt bij dat in het soortenbeschermingsregime de toepassing van de verbodsbepalingen in art. 8-12 van de Flora- en faunawet niet altijd even gemakkelijk is, zodat er hierbij allicht iets fout kan gaan. Hierdoor worden de risico's nog vergroot. Het verbod van verontrusting (art. 10 van de Flora- en faunawet) is al aan de orde indien individuen van de soort in het gebied zijn gesignaleerd. Van 'verontrusting' is dan echter niet altijd sprake. Juist bij dynamische soorten als de Rugstreeppad doet zich vaak discussie voor of sprake is van voortplantingsplaatsen of vaste rust- en verblijfplaatsen. In dit geval kan sprake zijn van overtreding van art. 11 van de Flora- en faunawet. Van dit verbod wordt minder gemakkelijk ontheffing verleend dan van het verbod van art. 10 van de Flora- en faunawet. Een ingreep die leidt tot overtreding van art. 11 heeft namelijk verstrekkender gevolgen voor zowel de populatie als de individuen van een soort.

Dynamische soorten worden door de natuurwerende maatregelen beroofd van potentiële leefgebieden, die voor het duurzame voortbestaan van een metapopulatie van groot belang kunnen zijn. Hierdoor kan de natuurbeschermingsregelgeving voor dynamische soorten die baat hebben bij tijdelijke natuur contraproductief uitwerken.

3. Mogelijke oplossingen

Zowel het soortenbeschermingsregime als het gebiedsbeschermingsregime kent naast het passieve spoor van voorafgaande toestemming voor activiteiten die nadelige gevolgen voor de beschermde natuurwaarden kunnen veroorzaken, ook een actief spoor. In het actieve spoor moeten beheer- en instandhoudingsmaatregelen worden genomen, waarmee de gunstige staat van instandhouding van de beschermde natuurwaarden moet worden verzekerd. Dit is een juridische resultaatsverplichting voor de lidstaten, die voortvloeit uit de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. De lidstaten zijn dus verplicht alles te doen wat nodig is om de gunstige staat van instandhouding van Natura 2000-gebieden en beschermde soorten te realiseren. Het blijkt moeilijk te zijn in het actieve spoor maatregelen te nemen om dynamische natuurlijke omstandigheden duurzaam in stand te houden en zo nodig te versterken. Veel gebieden zijn daarvoor te klein, terwijl bovendien het intensieve ruimtegebruik

in Nederland aanleiding geeft dergelijke dynamiek alleen al vanwege de onvoorspelbare gevolgen voor andere betrokken belangen, zoveel mogelijk aan banden te leggen. Daarom maakt Nederland het zichzelf door het nemen van maatregelen in het passieve spoor die de ontwikkeling van tijdelijke natuur bevorderen, een stuk gemakkelijker.

De meeste oplossingen richten zich daarom op het wegnemen van juridische belemmeringen bij de toepassing van de Flora- en faunawet. Braakliggende terreinen ontstaan vooral buiten Natura 2000-gebieden.

In Natura 2000-gebieden vinden doorgaans geen ruimtelijke ingrepen plaats waarbij braakliggende terreinen ontstaan. Of het moeten beheer- en instandhoudingsmaatregelen zijn die er in het actieve spoor van het gebiedsbeschermingsregime op zijn gericht meer ecologische dynamiek op gang te brengen. Indien in de nabijheid van Natura 2000-gebieden vergunningplichtige ruimtelijke ingrepen plaatsvinden, kunnen deze ingrepen onder de externe werking van de gebiedsbescherming vallen. Hiervan is sprake indien de ingrepen gevolgen hebben voor de instandhoudingsdoelstellingen voor een nabijgelegen Natura 2000-gebied. Hoewel de aanwezigheid van tijdelijke leefgebieden in de omgeving van een Natura 2000-gebied dat voor dynamische soorten is aangewezen, bijdraagt aan de gunstige staat van instandhouding van de metapopulatie in het Natura 2000-gebied, beperken de instandhoudingsdoelstellingen zich doorgaans tot het gebied zelf. Zij spelen zowel in het passieve als het actieve spoor een rol. De externe werking heeft alleen betrekking op activiteiten die nadelige gevolgen voor de instandhoudingsdoelstellingen kunnen hebben en beperkt zich in beginsel tot het passieve spoor en het wegnemen van negatieve invloeden van buiten het gebied.

Oplossing 1

IMI heeft in het verleden geadviseerd om een ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur al te verlenen als een terrein nog braak ligt en de natuur zich daarop nog niet heeft gevestigd. Hierdoor wordt bevorderd dat tijdelijke natuur een kans krijgt en dat de gebruikelijke natuurwerende maatregelen achterwege blijven. Omdat tijdelijke natuur een bijdrage levert aan de instandhouding van pioniersoorten en andere vroege soorten, is ontheffingverlening in het belang van de bescherming van flora en fauna. Dit is een van de ontheffingsgronden in de Flora- en faunawet (Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten). Het ministerie van LNV heeft dit advies overgenomen en werkt aan een beleidslijn voor tijdelijke natuur. Momenteel wordt gewerkt aan een aantal *pilots* om de juridische houdbaarheid van de voorgestelde oplossing bij de rechter te toetsen. Bezwaar van deze oplossing is dat de soorten waarop de ontheffing betrekking heeft, niet in de aanvraag kunnen worden genoemd. Het is namelijk nog niet bekend welke soorten op het terrein zullen afkomen. De ervaring leert echter dat dit redelijk goed kan worden voorspeld, maar dit zou in de ogen van de rechter toch onvoldoende kunnen zijn. Indien soorten wordt vergeten moet hiervoor in dat geval een aanvullende ontheffing worden gevraagd. Dan zou deze oplossing geen zin hebben, omdat er voor de projectontwikkelaar nog steeds risico's blijven bestaan. Omdat uit onderzoek blijkt

dat tijdelijke natuur voor pionierssoorten en andere vroege soorten een positief effect op de instandhouding van de (meta)populatie heeft en voor de overige soorten geen negatief effect, is juridisch goed verdedigbaar dat de ontheffing wordt aangevraagd voor alle soorten die bij de verwijdering aanwezig blijken te zijn. Op grond van de inschatting welke soorten op het terrein zullen opduiken, kunnen aan de ontheffing voorschriften worden verbonden om ervoor te zorgen dat zorgvuldig wordt omgegaan met de individuen van de soorten die worden aangetroffen.

Het kost nu al jaren om de *pilots* van de grond te krijgen en het is ook nog maar de vraag of dit tot rechtszaken zal leiden en of daarin de juridische vragen zo duidelijk worden beantwoord dat projectontwikkelaars hun angst voor tijdelijke natuur laten varen. De inschatting is dat dit niet zonder meer het geval zal zijn en dat de voorgestelde oplossing, zelfs als zij juridisch houdbaar blijkt te zijn, in de praktijk de projectontwikkelaars toch nog niet massaal over de streep zal trekken. De projectontwikkelaar heeft namelijk al met al niets met tijdelijke natuur te winnen en moet toch nog steeds een aantal beperkingen, extra verplichtingen en risico's voor lief nemen. Bovendien doet de verwijdering van tijdelijke natuur eerder afbreuk aan zijn groene imago dan het toestaan van tijdelijke natuur op braakliggend terrein aan groen imago oplevert. Dit past niet in het streven naar risicominimalisatie dat de meeste projectontwikkelaars hanteren.

Oplossing 2

Het lijkt mogelijk om voor tijdelijke natuur ten minste een extra ontheffingprocedure uit te sparen door het integreren van de verwijdering van tijdelijke natuur in de ontheffing voor het project als geheel. Tijdelijke natuur is slechts een fase in het project. Bij de aanvraag van de ontheffing voor het totale project zou kunnen worden meegenomen dat gedurende enige tijd een braakliggend terrein aanwezig is, waarop zich tijdelijke natuur kan ontwikkelen, die ook weer moet worden verwijderd.

Oplossing 3

Meer zekerheid voor de initiatiefnemer kan worden geboden door het opnemen van een wettelijke vrijstelling voor tijdelijke natuur in het Besluit vrijstellingen beschermde dier- en plantensoorten dat op grond van de Flora- en faunawet is vastgesteld. Nadeel is dat hiervoor wijziging van dit besluit nodig is, waarmee al snel twee jaar gemoeid is. De vrijstelling is nu namelijk nog niet in het besluit opgenomen. Bovendien rijzen er enkele vragen over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van deze oplossing die alleen werkelijk een oplossing is indien er voor geen enkele soort, ook niet de Europees beschermde soorten, een afzonderlijke ontheffingprocedure moet worden gevolgd. Ook rijst net als bij oplossing 1 de vraag of een vrijstelling in dit geval kan worden verleend in het belang van de bescherming van flora en fauna. De vrijstelling zal onder voorwaarden moeten worden verleend. Deze voorwaarden kunnen worden beschouwd als een concrete invulling van de algemene zorgplicht in art. 2 Flora- en faunawet. De voorwaarden brengen beperkingen en verplichtingen voor de projectontwikkelaars mee. Ook deze oplossing kan vooraf worden getoetst, omdat over een wijziging van het Besluit vrijstellingen beschermde dier- en plantensoorten advies van de Raad van State moet worden verkregen. Ook kan

vooraf de mening van de Europese Commissie worden gevraagd. Indien Raad en Commissie positief reageren, kan de regeling definitief worden vastgesteld. Deze oplossing komt waarschijnlijk het meest tegemoet aan de vrees van projectontwikkelaars dat het toestaan van tijdelijke natuur in een projectgebied alleen maar tot problemen kan leiden. Maar omdat er toch beperkingen en verplichtingen blijven gelden, valt te vrezen dat zij nog steeds vaak hun toevlucht zullen nemen tot natuurwerende maatregelen.

Oplossing 4

Een ontheffingprocedure kan ook achterwege blijven bij verwijdering van tijdelijke natuur zonder ontheffing. Verwijdering van vegetatie is buiten de gevoelige perioden, zoals het broedseizoen van vogels, toegestaan zonder ontheffing. Of dit mogelijk is blijkt pas wanneer met het oog op de verwijdering een inventarisatie van aanwezige soorten wordt verricht. Bij deze oplossing zullen zich verrassingen kunnen voordoen. Er kunnen toch soorten zitten, waarvoor een ontheffing moet worden aangevraagd. Daarom is zij ontoereikend en riskant.

Oplossing 5

De faciliterende oplossingen die in het voorgaande zijn weergegeven, zijn waarschijnlijk onvoldoende effectief om op grote schaal de ontwikkeling van tijdelijke natuur te stimuleren. Een oplossing die in een heel andere richting gaat, is het opnemen van een voorschrift in de ontheffing voor het project krachtens art. 75 van de Flora- en faunawet en daarin de verwijdering van tijdelijke natuur te verbieden. Bij deze oplossing rijst de vraag of de Flora- en faunawet hiervoor een basis biedt en of bij het stellen van een dergelijk voorschrift geen sprake is van misbruik van bevoegdheid doordat een zich toevallig voordoende gelegenheid wordt aangegrepen om maatregelen voor te schrijven die niet tot doel hebben nadelige gevolgen van een activiteit te beperken of te voorkomen. Het weren van tijdelijke natuur heeft op zichzelf immers geen nadelige gevolgen en valt niet onder een wettelijke verbodsbepaling.

Hier kan tegenin worden gebracht dat met het voorschrift de doelstellingen van de Flora- en faunawet worden gediend en dat het dus niet 'buiten de orde van de wet' is en daarom niet is aan te merken als misbruik van bevoegdheid. Bovendien houdt het voorschrift direct verband met het project als zodanig. Ook houdt het geen verplichting in om maatregelen te nemen, maar alleen een verbod. In de ontheffing moet tevens worden opgenomen dat de tijdelijke natuur mag worden verwijderd wanneer de definitieve bestemming van het terrein wordt gerealiseerd. Ook in deze oplossing blijven er nadelen voor de initiatiefnemer, al was het maar omdat hij er in zijn planning rekening mee moet houden dat tijdelijke natuur in bepaalde perioden, bijvoorbeeld gedurende het broedseizoen, niet mag worden verwijderd.

Oplossing 6

Een nog ingrijpender oplossing is het opnemen van een verbod in de Flora- en faunawet om (potentiële) leefgebieden ongeschikt te maken of, iets minder vergaand, om maatregelen te nemen om braakliggende terreinen met een definitieve niet-natuurbestemming ongeschikt te maken voor de vestiging van tijdelijke natuur. Het gevolg is dat voor de verwijdering van tijdelijke natuur die zich vestigt, een ontheffing of vrijstelling moet worden verleend. De politieke haalbaarheid van een dergelijke vergaande oplossing lijkt uiterst gering.

Oplossing 7

Daarom moet ook worden gekeken naar oplossingen om de initiatiefnemer te verleiden tijdelijke natuur toe te staan omdat hij daar zelf baat bij heeft. Er kan worden gedacht aan een subsidieregeling. Dit neemt niet weg dat de problemen blijven bestaan en dat de beperkingen en risico's voor het project niet worden weggenomen. De subsidiemogelijkheid is waarschijnlijk in de meeste gevallen niet voldoende om initiatiefnemers over de streep te trekken.

Geconcludeerd kan worden dat het al met al lastig blijft de contraproductieve uitwerking van het passieve spoor van de Flora- en faunawet op het toestaan van tijdelijke natuur te verhelpen. Waarschijnlijk is het beste een combinatie van oplossingen te beproeven.

Het zal dus nodig zijn ook maatregelen te nemen in het actieve spoor van de gebiedsbeschermings- en soortenbeschermingsregimes.

Oplossing 8

Het meeste perspectief voor de instandhouding van pionierssoorten en andere vroege soorten biedt het treffen van beheer- en instandhoudingsmaatregelen in Natura 2000-gebieden. Veel soorten waarom het in kustgebieden gaat, zoals kustvogels, vallen niet alleen onder het soortenbeschermingsregime maar ook onder het gebiedsbeschermingsregime. Dit houdt in dat het grootste deel van de Nederlandse populatie door de aanwijzing en vervolgens bescherming van Natura 2000-gebieden in stand moet worden gehouden. 80% van de populatie van kustvogels leeft in de Natura 2000-gebieden. In dit rapport wordt verder niet ingegaan op de veelal feitelijke beheer- en instandhoudingsmaatregelen die in Natura 2000-gebieden kunnen worden getroffen. De literatuur biedt hier al overzichten van.

Oplossing 9

Via de leefgebiedenbenadering, die de eerdere soortenbeschermingsplannen vervangt, zouden, op initiatief van de Minister van LNV, ook gericht de nodige maatregelen getroffen kunnen worden om buiten de Natura 2000-gebieden een bijdrage te leveren aan de instandhouding van dynamische soorten, zoals kustvogels.

Deze maatregelen hoeven niet allemaal ook door de overheid zelf te worden genomen. De bevordering van tijdelijke natuur, zoals in het voorgaande al aan bod kwam, zou een oplossing kunnen zijn, maar even goed zouden afspraken met terreinbeherende instanties gemaakt kunnen worden dat maatregelen worden getroffen die specifiek zijn gericht op verbetering van de omstandigheden voor pioniersoorten en andere vroege soorten.

Oplossing 10

De overheid is volgens de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn verplicht om ervoor te zorgen dat beschermde soorten en habitattypen in een gunstige staat van instandhouding verkeren. Daarom zou ook het aanspannen van gerechtelijke procedures tegen de overheid een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van de staat van instandhouding van dynamische soorten die in problemen verkeren. De instandhoudingsverplichting is in Nederland echter niet uitdrukkelijk geïmplementeerd. Het zal daarom niet eenvoudig zijn de overheid hierop via de rechter aan te spreken. Het indienen van een klacht bij de Europese Commissie kan daarom eveneens worden overwogen. De bewijslast moet niet worden onderschat, maar de jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt voorbeelden waarin Ierland en Griekenland werden veroordeeld meer te doen om een gunstige staat van instandhouding van bepaalde soorten te realiseren.



Visdief (foto: Dirk van Mourik).

2 Aanleiding voor dit rapport en de onderzoeksvraag

In kustgebieden treedt in twee opzichten een grote dynamiek op.

In de eerste plaats treedt onder natuurlijke omstandigheden *ecologische* dynamiek op van soorten en habitattypen die zich snel op nieuw beschikbaar gekomen, geschikte terreinen kunnen vestigen en daar ook weer vrij snel (kunnen) verdwijnen als de omstandigheden op deze terreinen veranderen en ongunstiger worden.

In de tweede plaats is er sprake van door de mens ontwikkelde dynamiek, in de vorm van infrastructurele en andere ruimtelijke ingrepen. Deze wordt hierna samengevat onder de noemer *economische* dynamiek, maar kunnen ook een andere reden dan economische ontwikkeling hebben, zoals de Deltawerken ter vergroting van de kustveiligheid. De economische dynamiek kan de ecologische dynamiek zowel beperken als versterken.

Ecologische dynamiek komt in kustgebieden onder meer voor in estuaria en andere gebieden die onder directe invloed van de zee staan. Het gaat niet alleen om diersoorten, zoals de Visdief, de Rugstreeppad en de Oeverzwaluw, maar ook om plantensoorten, zoals de Groenknolorchis. Deze soorten vestigen zich in een meer of minder dynamische omgeving, die onder dynamische omstandigheden ontstaat en zich ook dynamisch verder ontwikkelt, en verblijven daar totdat een terrein ongeschikt voor hen wordt. De actieradius van de verschillende soorten loopt sterk uiteen. Vogels hebben uiteraard een grote actieradius, maar dat geldt minder voor een soort als de Rugstreeppad.

Voorbeelden van

- dynamische omstandigheden zijn: verandering van stroming, getij, erosie door water en wind, sedimentatie, ijsgang, wisselende waterstanden, periodieke overstroming;
- dynamische omgevingen zijn: kiezelbanken in en langs rivieren, zelden overspoelde delen van zandplaten in estuaria en in de Waddenzee, schelprijke stranden, primaire duintjes, groene stranden, strandvlakten, kwelders of schorren, aangespoelde pakketten plantenmateriaal, verstuingen²;
- dynamische ontwikkelingen zijn: snelle vegetatiesuccessie, overspoeling, vestiging van predatoren, erosie.

Hierdoor vertonen de aantallen kustvogels bijvoorbeeld door de jaren heen grote schommelingen.³ Dit is ook kenmerkend voor veel andere dynamische soorten.

Indien een terrein ongeschikt is geworden, moeten de soorten verhuizen naar een ander geschikt leefgebied. Ook sommige habitattypen komen en gaan, afhankelijk van het ontstaan en verdwijnen van gunstige omstandigheden om tot ontwikkeling te komen.

² Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ), p. 21.

³ Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ), p. 17-23.

De voor kustgebieden kenmerkende ecologische dynamiek is door menselijke ingrepen gaandeweg sterk afgenomen. Dit zijn bijvoorbeeld ingrepen ter vergroting van de veiligheid tegen overstromingen (zee, rivieren) en ruimtelijke ingrepen als gevolg van economische dynamiek. Kort gezegd, de natuur mag minder zijn gang gaan en krijgt ook minder ruimte. Estuaria zijn bijvoorbeeld door indijkingen en inpolderingen verkleind, vaargeulen voor schepen zijn steeds dieper en breder geworden en vastgelegd, en oevers zijn ‘versteend’. Hierdoor is embryonale duinvorming of het spontaan ontstaan van droogliggende zandbanken die aantrekkelijk zijn voor vogels, moeilijk geworden. Ook de dynamiek in duingebieden is afgenomen.

Bepaalde dier- en plantensoorten en habitattypen die van dynamische natuurlijke omstandigheden afhankelijk zijn, gaan hierdoor al decennia lang achteruit. Deze trend moet worden omgebogen.

Buiten kustgebieden worden al grootschalige projecten uitgevoerd, waardoor meer dynamiek ontstaat, zoals ‘Ruimte voor de Rivier’. Dit project moet leiden tot meer dynamische omstandigheden in de uiterwaarden langs de grote rivieren. De vraag is of dergelijke projecten, op grote of kleine schaal, ook in kustgebieden mogelijk zijn. De ervaringen in het estuarium van de Westerschelde leren dat dit erg moeilijk is. Er bestaat daar grote weerstand tegen ontpoldering van landbouwgebieden, die aan de rivier moeten worden ‘teruggegeven’ om natuurlijke dynamische processen te herstellen.⁴

Omdat de ruimte ook in kustgebieden beperkt is en dynamiek om allerlei redenen veelal ongewenst wordt geacht en aan banden is gelegd, komt spontane natuurontwikkeling in dynamische, natuurlijke omstandigheden nog maar moeilijk op gang.

Het is daarom een gelukkige omstandigheid dat de grote economische dynamiek in kustgebieden ook kansen biedt voor versterking van de ecologische dynamiek. Als gevolg hiervan vinden namelijk veel en vaak ook grootschalige ruimtelijke ingrepen plaats, bijvoorbeeld in havengebieden. Hierdoor ontstaan onbegroeide terreinen die voor dynamische soorten en habitattypen tijdelijk als leefgebied of vestigingsplaats kunnen dienen. Wanneer deze terreinen geleidelijk minder geschikt worden, zijn er hopelijk intussen vergelijkbare tijdelijke leefgebieden ontstaan, waar de soorten naar toe kunnen verhuizen.

Sommige soorten zijn in staat om snel in te spelen op omstandigheden die zich plotseling voordoen en die leiden tot de vorming van nieuwe, al dan niet tijdelijke, leefgebieden. Ze stellen op zich specifieke eisen aan de leefomgeving, maar onbegroeide terreinen kunnen vaak voor enige tijd een geschikt leefgebied vormen. Beschermde habitattypen lijken op het eerste gezicht vooral afhankelijk van een complex van gunstige natuurlijke omstandigheden en gerichte maatregelen die in het kader van het natuurbeschermingsbeleid worden getroffen.

Havengebieden zijn grootschalige, aaneengesloten gebieden. Hier vinden niet alleen menselijk activiteiten plaats, maar er zijn ook relatief rustige plaatsen en langdurig

⁴ Zie advies commissie Nijpels.

braakliggende terreinen die een aanzienlijke oppervlakte hebben. Dit geeft deze gebieden extra ecologische potenties. Vaak is het zelfs rustiger dan in een meer natuurlijke omgeving, doordat veel natuurgebieden tevens andere functies vervullen, zoals die voor recreatie.⁵ Uit het rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ) blijkt dat het grootste deel van de kustbroedvogels zich ophoudt in voor de mens ontoegankelijke gebieden.

Havengebieden bieden kansen voor dynamische netwerken van min of meer permanente en tijdelijke leefgebieden voor dynamische soorten die metapopulaties vormen.

Praktisch gesproken is daarbij interessant dat havengebieden vaak grotendeels in handen zijn van één eigenaar. Dit biedt goede kansen om beheer- en instandhoudingsmaatregelen gemakkelijker te organiseren dan bij een versnipperde eigendomssituatie en om netwerken van kleine leefgebieden gedurende langere tijd in stand te houden.

Doordat de ecologische dynamiek in natuurlijke omstandigheden steeds minder kansen en ruimte krijgt, wint de menselijke omgeving voor dynamische soorten en habitattypen aan belang. Zij kan alternatieven bieden voor leefgebieden en vestigingsplaatsen die niet of weinig meer onder natuurlijke omstandigheden ontstaan. Zo blijkt uit het rapport Visdief (Alterra) dat haventerreinen voor de Visdief een belangrijke aanvullende bijdrage kunnen leveren aan de instandhouding van de metapopulatie van die soort in het Deltagebied, waarvan nochtans de kernpopulatie in de meer natuurlijke omgeving zonder die bijdrage niet zou uitsterven. Maatregelen ter versterking van de kernpopulatie die in de onmiddellijke nabijheid van de kernpopulatie worden genomen zijn effectiever, maar niet altijd mogelijk.

Permanente bescherming van de kernleefgebieden voor de Visdief is noodzaak voor de instandhouding van de metapopulatie in het Deltagebied (gebiedsbescherming). Aanvullende bescherming van kleinere populaties en tijdelijke leefgebieden buiten aangewezen beschermde natuurgebieden is zeer wenselijk (soortenbescherming). Ook voor veel andere soorten is dit het geval. Daarom wordt in dit rapport zowel op *gebiedsbescherming* als *soortenbescherming* ingegaan.

Dit rapport richt zich op de juridische aspecten van de instandhouding van dynamische natuur (soorten, habitattypen) in een dynamische omgeving. De invalshoek is de bescherming van pioniersoorten in een door menselijke activiteiten gecreëerde dynamische omgeving, in het bijzonder haventerreinen. Hoe kan economische dynamiek in kustgebieden worden benut om de ecologische dynamiek te versterken, zodat een bijdrage kan worden geleverd aan de staat van instandhouding van soorten en habitattypen die van dynamiek afhankelijk zijn?

⁵ K. Vertegaal, F. Heinis & R. Goderie, Op zoek naar een nieuw evenwicht; natuur en economie in de kustzone, in Toets2005, p. 6-11. Zij geven tal van voorbeelden; Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ) p. 25 voor een overzicht van effecten van recreatie op kustbroedvogels.

De onderzoeksvraag luidt:

Welke mogelijkheden en beperkingen volgen uit de huidige natuurbeschermingsregelgeving om in de kustzones in te spelen op zowel de ecologische dynamiek die kenmerkend is voor bijvoorbeeld estuaria en pioniersoorten zoals de Visdief en de Rugstreeppad, als op de economische en ruimtelijke dynamiek, bijvoorbeeld in havens?



Rugstreeppad, deze pioniersoort is kenmerkend voor een dynamische omgeving zoals braakliggende zandige terreinen, en kustduinen (foto: Fabrice Ottburg).

3 De gevolgde aanpak

Dit rapport bouwt voort op eerdere rapporten van Alterra.

Alterra heeft in het kader van het EU Interreg IIIB NEW!Delta project⁶ onderzoek gedaan naar de dynamiek in kustgebieden, zoals in estuaria en rond havens, en zich daarbij vooral gericht op kustvogels, met name de Vissdief. Dit heeft geleid tot het rapport *Spatial relations among coastal bird populations in NEW! Delta estuaries and ports*, waarin de ecologische aspecten van de dynamiek zijn beschreven⁷. Op pagina 13 wordt opgemerkt:

“Our objective is to develop a practical tool with which to investigate and demonstrate the ecological values of different coastal birds areas that are all part of a larger network. The basic principle is to capture the metapopulation concept in a tool that can be used to reveal how ports and nature can coexist. This tool could then be used as part of a best practice management decision model.”

Er zijn volgens het rapport mogelijkheden om de dynamiek die in de kustgebieden vooral in estuaria en havens optreedt, te benutten ter verbetering van de staat van instandhouding van soorten en habitattypen van dynamische milieus.

Van belang voor het onderhavige rapport is met name de volgende opmerking:

“Because coastal environments also tend to accommodate highly dynamic economic and ecological areas and habitats, this might be a case where rigid (European) regulations turn out to be counterproductive in terms of both economy and ecology. Here, a more flexible approach could be useful” (rapport Vissdief (Alterra)).

Met deze opmerking komen we namelijk terecht bij de juridische aspecten van de problematiek.

In het kader van het NEW!Delta project is later ook nog een andere publicatie van Alterra verschenen, die voor het onderhavige rapport van belang is, getiteld

“The ‘habitat backbone’ as strategy to conserve pioneer species in dynamic port habitats: lessons from the natterjack toad (‘Bufo calamita’) in the Port of Antwerp (Belgium)” (artikel Rugstreeppad (Alterra)).

Deze publicatie gaat over maatregelen in de haven van Antwerpen ter bescherming van een populatie van de Rugstreeppad. Ook hieruit blijkt dat zich in een menselijke

⁶ <http://www.newdelta.org/navigatie/frameset.asp>.

⁷ Robbert Snep, Alex Schotman, René Jochem, Peter Schippers, Jan-Willem van Veen, Arjan Griffioen & Pieter Slim, *Spatial relations among coastal bird populations in NEW! Delta estuaries and ports; Exploration of how the metapopulation concept can provide new clues for the conservation of protected coastal bird species with the Common Tern as example*, uitgave van Alterra Wageningen, Alterra-rapport 1532, juli 2007. Zie: www.alterra.wur.nl.

omgeving kansen voordoen voor de instandhouding en ontwikkeling van dynamische natuur.

In vervolg op de eerdere samenwerking in het NEW!Delta-project en genoemde publicaties wordt in dit rapport onderzocht of de natuurbeschermingsregelgeving in Nederland op dit moment voldoende mogelijkheden biedt om in te spelen op ecologische en economische dynamiek, in het bijzonder de combinatie hiervan. Hiervan afgeleid is de vraag welke oplossingen er zijn om eventuele juridische belemmeringen die uit de huidige regelgeving voortvloeien, weg te nemen. Het gaat hierbij vooral om de problematiek van de zogenaamde ‘tijdelijke natuur’. Tijdelijke natuur op braakliggende terreinen die zijn bestemd voor bouwprojecten en infrastructurele werken, kan een bijdrage leveren aan de verbetering van de situatie voor dynamische dier- en plantensoorten.

Dit rapport is tevens een vervolg op een advies over de juridische aspecten van tijdelijke natuur dat het IMI voor het Innovatienetwerk van het ministerie van LNV heeft opgesteld (advies tijdelijke natuur (IMI)). Het advies heeft tevens een vervolg gekregen in de opstelling van de beleidslijn tijdelijke natuur (LNV). Deze moet nog definitief worden vastgesteld. Daarnaast zullen enkele *pilots* voor tijdelijke natuur worden opgezet, zoals in het advies is voorgesteld.⁸

Het onderwerp tijdelijke natuur heeft ook de nodige politieke aandacht gekregen. Vanuit de Tweede Kamer is er bij verschillende gelegenheden bij de Minister van LNV op aangedrongen snel oplossingen te vinden voor de problemen waar projectontwikkelaars tegenaan lopen wanneer zij willen gaan bouwen op braakliggende projectterreinen. Hoewel in deze discussie voor de meeste partijen niet de natuur maar de projectontwikkelaar centraal staat, biedt de discussie ook perspectieven voor tijdelijke natuur. Bovendien is dit voor de Minister van LNV een belangrijke drijfveer om beleid voor tijdelijke natuur te ontwikkelen. Het is dus zaak op deze ontwikkeling in te spelen.

Een belangrijke bouwsteen voor het advies tijdelijke natuur (IMI) was het advies tijdelijke natuur (Ark). Ook dit rapport is opgesteld voor het InnovatieNetwerk. De Beleidslijn tijdelijke natuur (LNV) is in belangrijke mate op dit rapport gebaseerd. Het rapport biedt meer inzicht in de natuurlijke successie op onbegroeide terreinen en het gedrag van pioniersoorten en andere ‘vroege soorten’.

Daarnaast is gebruik gemaakt van een publicatie over vegetatiesuccessie na de inpolderingen van het IJsselmeer⁹, het rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ) en het rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ).

⁸ Zie: www.innovatienetwerk.nl, onder concepten, bij thema ruimte creëren, naar dossier tijdelijke natuur.

⁹ J.H. Mook & J. Van den Toorn, Pionierplanten; Vegetatie-ontwikkeling in een IJsselmeerpolder, in: Komen, gaan en blijven staan, Enkele voorbeelden van oecologisch onderzoek, ISBN 90 70157268, Maastricht/Brussel, Centrale Uitgeverij en Adviesbureau B.V., 1982. Hierin wordt beschreven wat er na de drooglegging van de polders in het IJsselmeer gebeurde.

4 Algemene beschouwingen over natuurbescherming en dynamiek

4.1 Opzet van de natuurbeschermingsregelgeving

In het natuurbeschermingsbeleid wordt onderscheid gemaakt tussen gebiedsbescherming en soortenbescherming. In Nederland heeft dit geleid tot 2 afzonderlijke wetten, in Europa zijn de beide aspecten in de regelgeving verenigd.¹⁰

Gebiedsbescherming richt zich alleen op aangewezen beschermde natuurgebieden. Het gaat in Nederland vooral om Europees beschermde gebieden, d.w.z. de speciale beschermingszones die zijn aangewezen ter implementatie van de Vrl en de Hrl, doorgaans aangeduid als Natura 2000-gebieden. Samen vormen zij het Europese netwerk Natura 2000. Daarnaast kunnen op nationaal niveau beschermde natuurmonumenten worden aangewezen, maar deze spelen in de praktijk maar een beperkte aanvullende rol. In het kader van de soortenbescherming kunnen overigens ook nog beschermde leefgebieden worden aangewezen, maar van dat instrument is tot nu toe geen gebruik gemaakt.

De aanwijzing van een gebied wordt bepaald door de soorten die in het gebied hun leefgebied hebben, en door habitattypen die er voorkomen. De juridische bescherming is alleen gericht op de soorten en habitattypen die reden voor de aanwijzing vormden dan wel overigens in het besluit tot aanwijzing als beschermd natuurgebied worden vermeld.

Voor elk Natura 2000-gebied zullen instandhoudingsdoelstellingen worden vastgesteld. Hierin wordt aangegeven waarop voor de soorten en habitattypen die in het aanwijzingsbesluit zijn vermeld, de bescherming en het beheer van het gebied zijn gericht. De instandhoudingsdoelstellingen waren in 2008 nog in procedure. Zij worden vastgesteld in het kader van de definitieve vaststelling van aanwijzingsbesluiten, waarvan zij wettelijk verplicht onderdeel uitmaken.

Soortenbescherming geldt voor aangewezen beschermde dier- en plantensoorten overal waar zij voorkomen, ook indien dit buiten beschermde natuurgebieden is. Sommige soorten zijn zo dynamisch in hun gedrag, dat gebiedsbescherming minder zinvol is.

¹⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking van het natuurbeschermingsrecht: C.W. Backes, P.J.J. van Buuren & A.A. Freriks 2004. *Hoofddlijnen natuurbeschermingsrecht*. Den Haag, SDU Uitgevers; H.E. Woldendorp, Teksten en toelichting Wetgeving natuurbescherming, natuurbeschermingsaspecten van ruimtelijke ingrepen, Editie 2006-2007, SDU Uitgevers 2006; Het gebiedsbeschermingsregime is uitgebreid besproken in een serie artikelen die in *Bouwwrecht* is gepubliceerd, waarvan met name de volgende relevant zijn: H.E. Woldendorp, Wettelijk kader voor natuurbescherming, *Bouwwrecht* 2005, p. 269-280 (hierin wordt een algemeen overzicht van de natuurbeschermingsregelgeving gegeven); H.E. Woldendorp, Gebiedsbescherming volgens de Natuurbeschermingswet 1998, *Bouwwrecht* 2006, p. 199-213 (deze publicatie geeft een beschrijving van het gebiedsbeschermingsregime); H.E. Woldendorp, Het Europees Hof over natuurbescherming, *Bouwwrecht* 2007, p. 223-231; H.E. Woldendorp, De Afdeling bestuursrechtspraak over natuurbescherming, *Bouwwrecht* 2007, p. 739-755.

Er zijn ook soorten die vooral voorkomen in cultuurgebieden die in hoofdzaak een niet-natuurbestemming hebben. Hierbij kan worden gedacht aan soorten als de Rugstreeppad die overal op bouwterreinen kan opduiken, en de Hamster, die vooral in landbouwgebieden, op akkers, leeft. Het gebiedsbeschermingsbeleid is dan minder geschikt, omdat het, zoals nog zal worden toegelicht, te statisch van karakter is.

Daarnaast zijn veel soorten voor hun diverse behoeften vaak aangewezen op verschillende gebieden. Deze soorten maken met een bepaalde regelmaat van elk van de gebieden gebruik. Er zijn broedgebieden, rust- en slaapplekken, foerageergebieden en overwinteringsgebieden, waaraan de soorten verschillende eisen stellen. Het zou te ver gaan al deze gebieden te beschermen volgens het gebiedsbeschermingsregime. Er zijn ook soorten die perioden van hun leven in steeds verschillende gebieden doorbrengen. Sommige gebieden worden permanent gebruikt, andere gebieden zijn slechts gedurende gedeelten van het jaar in gebruik. In het kader van gebiedsbescherming worden vooral gebieden beschermd die voor de populatie ter plaatse een essentiële functie vervullen om zich te kunnen handhaven. Dit geldt met name voor broedgebieden. Foerageergebieden zijn vaak niet als beschermd natuurgebied aangewezen.

Voor dynamische soorten zijn leefgebieden niet zelden slechts tijdelijk geschikt. Vooral in kleine gebieden is beheer van de gebieden nodig zodat ze geschikt blijven. Voor kernleefgebieden van de metapopulatie van een dynamische soort kan dat bij gebreke van voldoende natuurlijke dynamiek een oplossing zijn. Voor het overige moet soortenbescherming in aanvullende bescherming voorzien.

Het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime kunnen voor een soort tegelijkertijd op een activiteit van toepassing zijn. Indien in of nabij een Natura 2000-gebied een activiteit wordt uitgevoerd, die nadelige gevolgen kan hebben voor een beschermde soort waarvoor dat gebied is aangewezen, moet zowel toestemming op grond van de Nbwet 1998 (gebiedsbescherming) als de Ffwet (soortenbescherming) worden verleend.

De Vissie valt zowel onder het gebiedsbeschermingsregime als het soortenbeschermingsregime. De Rugstreeppad en de Hamster vallen alleen onder het soortenbeschermingsregime.

Zowel gebiedsbescherming als soortenbescherming omvatten enerzijds een *passieve* aanpak, anderzijds een *actieve* aanpak. De passieve aanpak is gericht op bescherming van reeds aanwezige natuurwaarden tegen negatieve gevolgen van menselijke activiteiten. Bescherming van potentiële natuurwaarden is op dit moment niet of nauwelijks mogelijk. Dit is alleen het geval in het kader van het gebiedsbeschermingsregime indien het een Natura 2000-gebied betreft dat is aangewezen vanwege andere natuurwaarde die daar al wel voorkomen.

De passieve aanpak kent vooral verboden, die met name ook voor projectontwikkelaars van belang zijn. Daarentegen kent de actieve aanpak vooral geboden die voor overheidsinstanties en terreinbeherende organisaties van belang zijn, om zelf beheer- en instandhoudingsmaatregelen te treffen of te bevorderen dat

deze vrijwillig door anderen worden genomen. Het doel van deze maatregelen is dat de beschermde soorten en habitattypen in een gunstige staat van instandhouding worden gehouden of gebracht.

4.2 Verschillen tussen het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime

Op het eerste gezicht lijkt het verschil in aanpak duidelijk. Gebiedsbescherming heeft betrekking op beschermde natuurgebieden, met name de Europese Natura 2000-gebieden; soortenbescherming heeft betrekking op individuen van beschermde soorten ongeacht waar zij voorkomen, ook buiten Natura 2000-gebieden.

Bij nadere beschouwing is het echter niet zo heel duidelijk waarom onderscheid wordt gemaakt tussen gebiedsbescherming en soortenbescherming en of dit een praktisch of meer principieel onderscheid is. In de Vrl en Hrl worden gebiedsbescherming en soortenbescherming weliswaar in verschillende bepalingen geregeld, maar er zijn ook bepalingen waarin overlap tussen gebieds- en soortenbescherming bestaat. Het onderscheid lijkt in de richtlijnen daarom niet heel principieel. In Nederland wordt het onderscheid echter wel heel duidelijk gemaakt: gebiedsbescherming is in de Nbwet 1998 geregeld en soortenbescherming in de Ffwet. Tussen deze wetten bestaat geen enkele overlap.

Wat betreft soorten richt gebiedsbescherming zich op de bescherming van de belangrijkste leefgebieden van de in bijlage I Vrl en bijlage II Hrl aangewezen soorten. Het doel hiervan is de populaties van die soorten in de Natura 2000-gebieden in het bijzonder en de lidstaat in het algemeen in een gunstige staat te houden of te brengen. Uiteindelijk gaat het dus om de gunstige staat van instandhouding van de soort. Het aanwijzingsbeleid is er op gericht dat het grootste deel van de populaties van een soort van bijlage I Vrl of bijlage II Hrl onder gebiedsbescherming valt.

Soortenbescherming heeft eveneens tot doel de populaties van een soort in de lidstaat in een gunstige staat van instandhouding te houden of te brengen.

Gebiedsbescherming kan daarom in beginsel als een instrument voor soortenbescherming worden beschouwd. Er kunnen in het soortenbeschermingsregime ook andere instrumenten worden ingezet en deze hoeven niet juridisch van aard te zijn. Hiervan zijn de soortenbeschermingsplannen die de Minister van LNV heeft vastgesteld, een voorbeeld, evenals de Rode Lijsten.

Gebiedsbescherming is ruimer dan soortenbescherming in zoverre daarmee niet alleen soorten maar ook de habitattypen van bijlage I Hrl worden beschermd. Het gebiedsbeschermingsregime gaat echter minder ver dan het soortenbeschermingsregime omdat het zich beperkt tot de soorten waarvoor het desbetreffende Natura 2000-gebied is aangewezen.

Voor habitattypen buiten beschermde natuurgebieden bestaat geen specifiek beschermingsregime, zoals voor soorten het soortenbeschermingsregime.

Dynamische habitattypen kunnen daarom alleen via gebiedsbescherming juridisch worden beschermd.

Dit levert het volgende overzicht van de natuurbeschermingsregelgeving op.

	Gebiedsbescherming	Soortenbescherming	Habitatypebescherming
Soorten	Soorten bijlage I Vrl Soorten bijlage II Hrl	Soorten bijlage IV Hrl en nationaal aangewezen soorten	N.v.t.
Habitattypen	Habitattypen bijlage I Hrl	N.v.t.	Bestaat niet
Reikwijdte	Alleen soorten en habitattypen in aangewezen beschermde natuurgebieden	Geldt overal	N.v.t.
Toepasselijke nationale regeling	Nbwet 1998	Ffwet	Bestaat niet

Wat betreft soortenbeschermingsaspecten gaat het gebiedsbeschermingsregime deels verder, deels echter ook minder ver dan het soortenbeschermingsregime.

Het gaat verder in zoverre in het gebiedsbeschermingsregime ook de leefgebieden, incl. foerageergebieden, van soorten (direct) worden beschermd. Gebiedsbescherming houdt in dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de soorten en habitattypen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen, in dat gebied een gunstige staat van instandhouding komen te verkeren. Dat kan vaak niet anders dan door de bescherming van de voornaamste leefgebieden van de soorten en voorkomens van de habitattypen in het desbetreffende Natura 2000-gebied.

Leefgebieden worden zowel beschermd in de passieve aanpak (bescherming tegen negatieve gevolgen van activiteiten) als in de actieve aanpak (verplichting ervoor te zorgen dat de staat van instandhouding gunstig blijft of wordt verbeterd). Indien een activiteit tot aantasting van een leefgebied van een soort leidt, kan dat op zichzelf voldoende zijn om daarvoor toestemming te weigeren, ook als niet direct aangetoond zou kunnen worden dat voor de desbetreffende soorten gevolgen optreden als omschreven in de verboden van art. 8-12 Ffwet (zoals: verstoren, verwonden, doden).

Dit geldt via de externe werking van het gebiedsbeschermingsregime soms zelfs buiten de aangewezen Natura 2000-gebieden. Externe werking houdt in dat activiteiten die buiten het gebied worden verricht maar wel tot aantasting van de beschermde natuurwaarden kunnen leiden, onder het beschermingsregime vallen en vergunningplichtig zijn. Op zich is dit logisch, het gaat er immers om dat de natuurwaarden in het aangewezen gebied worden beschermd, ongeacht wat de reden is waarom zij worden bedreigd. Ook een buiten het Natura 2000-gebied gelegen foerageergebied kan hierdoor onder het gebiedsbeschermingsregime vallen, indien aantasting daarvan gevolgen heeft voor de soorten waarvoor het desbetreffende Natura 2000-gebied is aangewezen.

De verboden die in art. 8-12 Ffwet in het kader van de passieve aanpak in het soortenbeschermingsregime zijn gesteld, hebben, anders dat art. 6 Hrl in het kader van gebiedsbescherming, niet rechtstreeks betrekking op aantastingen van

leefgebieden. Het aangrijpingspunt voor de toepassing van deze bepaling is dat een activiteit bepaalde gevolgen heeft voor een individu van een beschermde soort. Het doel van deze bescherming is in de Ffwet niet geheel duidelijk. Dit kan zowel bescherming van het individu zijn, maar het is ook mogelijk dat bescherming van het individu alleen het middel is om lokale of regionale populaties van de desbetreffende soort te beschermen. De verwarring is ontstaan doordat in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Ffwet de ethische aspecten van dierenbescherming ook als doelstelling in de Ffwet zijn terechtgekomen. In de praktijk wordt ervan uitgegaan dat individubescherming, net als in de Vrl en in de Hrl, vooral het aangrijpingspunt is om in een toestemmingprocedure na te gaan of de gevolgen voor individuen van een soort ook relevant zijn voor de bescherming van de lokale of regionale populatie van de soort. Aantasting van leefgebieden kan onder omstandigheden tevens leiden tot overtreding van de verboden in art. 8-12 Ffwet, bijvoorbeeld indien daarbij verstoring optreedt. Feitelijk kunnen deze gebieden via soortenbescherming dan toch (enige) bescherming genieten.

Leefgebieden van soorten vallen in het soortenbeschermingsregime vooral in de passieve aanpak buiten de boot. In de actieve aanpak zijn de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat de soorten in een gunstige staat van instandhouding komen te verkeren. Dit zal kunnen betekenen dat daartoe in een soortenbeschermingsplan maatregelen worden opgenomen ter verbetering of vergroting van leefgebieden van die soorten.

4.3 Consequenties van de verschillen tussen het gebieds- beschermingsregime en het soortenbeschermingsregime voor ecologische dynamiek

Enkele verschillen tussen het gebiedsbeschermingsregime en het soortenbeschermingsregime

Zoals al werd opgemerkt is het gebiedsbeschermingsregime naar haar aard statisch van karakter. Het is gericht op behoud en bescherming van aangewezen natuurwaarden op de plaatsen waar zij aanwezig zijn. Dit geldt zowel voor soorten als voor habitattypen.

De klassieke aanpak in het gebiedsbeschermingsregime is als volgt. Indien in of in de nabijheid van een beschermd natuurgebied dat voor een habitatype of soort is aangewezen, een activiteit plaatsvindt, die voor het habitatype of de soort nadelige gevolgen kan hebben, moet daarvoor vooraf toestemming worden verleend. Dit is de *passieve* aanpak, die sinds lang voorkomt in de Nederlandse natuurbeschermingsregelgeving. De Europese regelgeving, de Vrl en de Hrl, hebben het regime uitgebreid met een *actieve* aanpak, die sindsdien (gedeeltelijk) ook in de Nederlandse natuurbeschermingsregelgeving is terecht gekomen. In feite is hierdoor voor lidstaten een juridische resultaatsverplichting geïntroduceerd om ervoor te zorgen dat alle soorten en habitattypen in de lidstaat in een gunstige staat van instandhouding (komen te) verkeren. Hoe ver deze verplichting gaat, is overigens onduidelijk. Er zijn hierover nog te weinig arresten van het HvJEG. In de jurisprudentie van de ABRvS kwam deze verplichting nog niet aan de orde. In het algemeen is het lastig om via het

bestuursrecht de nakoming van dergelijke verplichtingen af te dwingen, omdat deze verplichting niet tot besluiten leidt, waartegen beroep kan worden ingesteld.

Het gebiedsbeschermingsregime heeft betrekking op plaatsgebonden natuurwaarden. Indien natuurwaarden zich spontaan elders vestigen of binnen het Natura 2000-gebied veranderen, ontstaan er al snel juridische problemen. Dit is ook het geval indien natuurlijke processen die voor dynamiek moeten zorgen, zijn 'uitgewerkt' of te veel aan banden gelegd. Nederland dreigt dan niet te voldoen aan haar instandhoudingsverplichtingen die voor de soort of het habitatype uit de richtlijnen voortvloeien. Deze zijn in de eerste plaats gerelateerd aan de Natura 2000-gebieden. Buiten die gebieden vallen soorten vaak nog wel onder het soortenbeschermingsbeleid, maar habitattypen zijn als zodanig niet beschermd. Soms profiteren zij indirect feitelijk wel van de verbodsbepalingen in art. 8-12 Ffwet indien zij tevens als leefgebied voor beschermde soorten dienen.

Het soortenbeschermingsregime heeft individuen van beschermde soorten als aanknopingspunt. Het beperkt zich daarbij tot overtredingen van de verbodsbepalingen in art. 8-12 Ffwet. Deze hebben, zoals al werd opgemerkt, geen betrekking op de leefgebieden van soorten. Leefgebieden van soorten die niet in het kader van de gebiedsbescherming als beschermd natuurgebied zijn aangewezen, kunnen vaak volstrekt legaal worden vernietigd, vooral indien de soort waarom het gaat, op dat moment niet in het gebied aanwezig is. Zoals gezegd vervullen veel leefgebieden slechts periodiek een functie voor een soort. Dit geldt voor gebieden waar trekvogels neerstrijken en voor bomen en struiken die broedgelegenheid voor vogels bieden. Bij afwezigheid van de vogels kunnen de gebieden op de schop gaan of worden bebouwd of kan de vegetatie worden verwijderd. Potentiële leefgebieden kunnen niet of nauwelijks worden beschermd. Dit geldt ook voor gebieden waar beschermde soorten zich wisselend ophouden, zoals gebieden waar Rugstreeppadden voorkomen en vele andere gebieden in een menselijke omgeving die slechts tijdelijk voor een beperkt aantal soorten een leefgebied zijn.

Gebiedsbescherming levert in de praktijk door haar grotere voorspelbaarheid minder problemen op dan soortenbescherming. Bovendien wordt vanwege de erkende en doorgaans voor een ieder zichtbare natuurwaarden van die gebieden door betrokkenen gemakkelijker aanvaard dat voor activiteiten die schadelijk voor die natuurwaarden kunnen zijn, vooraf toestemming moet worden gevraagd en een passende beoordeling moet worden verricht. Het blijkt voor velen veel moeilijker te aanvaarden dat ook buiten beschermde natuurgebieden, waar natuurbescherming voorop staat, rekening moet worden gehouden met beschermde soorten.

Juridische regimes hebben doorgaans moeite met dynamische situaties. Hierop wordt kort ingegaan. Het volgende is niet bedoeld als een hecht doortimmerd wetenschappelijk betoog maar kan misschien wel licht werpen op problemen die zich bij bescherming van dynamische natuur voordoen.

Juridische bescherming en dynamiek

Juridische regimes worden gekenmerkt door het vastleggen van rechtsposities, voorspelbaarheid en (rechts)zekerheid en dat maakt ze in het algemeen nogal statisch. Regelgeving en uitvoeringsbesluiten zijn weliswaar niet voor de eeuwigheid bedoeld, maar er gaat een procedure aan vooraf die vaak veel tijd vergt. Het 'tempo van het recht' loop vaak achter bij het tempo waarin de feitelijke ontwikkelingen zich voltrekken. Hierdoor biedt het beschermde natuurwaarden soms geen bescherming, soms te veel of te lang en soms de verkeerde. Dit is een probleem dat zich op allerlei terreinen van het maatschappelijk leven voordoet (internet, nieuwe financiële constructies) en dat nog wordt versterkt naarmate het recht gedetailleerder en complexer is.

Dit laatste wordt weer in de hand gewerkt doordat er steeds meer behoefte bestaat aan rechtszekerheid en het duidelijk vastleggen van ieders rechtspositie en het volgen van de juiste procedures daarbij. De daarmee gemoeide belangen en financiële consequenties worden ook steeds groter. Deze problematiek kan worden vergeleken met het volbouwen van laag gelegen gebieden, waardoor overstromingen steeds grotere gevolgen hebben, risico's steeds minder aanvaardbaar worden en daarom, 'begeleid door het recht', steeds zwaardere maatregelen moeten worden genomen.

Dit leidt onder meer tot 'juridificering' van beleid. Aan de andere kant blijft beleid zonder de benodigde juridische instrumenten vaak in de grondverf steken. Zo is de vraag of de ambitieuze verplichting van de lidstaten zorg te dragen voor een gunstige staat van instandhouding van alle beschermde soorten en habitattypen wel voldoende is 'geïnstrumenteerd'.

Het beschermingsregime kan voor dynamische natuur daarom het best aan zijn doel beantwoorden in een uitgestrekt Natura 2000-gebied dat ook om andere redenen is aangewezen, zoals het estuarium van de Westerschelde, de grote rivieren en hun uiterwaarden en de Hoge Veluwe. De bescherming en instandhouding zijn daar als het ware in de normale gang van zaken 'ingepland'. Iedereen weet waar hij aan toe is, afgezien van de vage begrippen waarmee moet worden gewerkt, die tot onduidelijkheid en onzekerheid leiden, maar die toch niet door een eenduidiger toetsingskader kunnen worden vervangen.

In het soortenbeschermingsregime worden individuen van beschermde soorten ook beschermd indien de populatie niet in het geding is. Deze bescherming heeft niet primair de instandhouding van natuurwaarden tot doel, omdat daarvoor alleen de ontwikkelingen op het niveau van de populatie relevant zijn. Het gebiedsbeschermingsregime komt pas in beeld indien een activiteit gevolgen kan hebben op het niveau van de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied. Het gebiedsbeschermingsregime is dus meer dan het soortenbeschermingsregime alleen op natuurbeschermingsdoelstellingen gericht. In het soortenbeschermingsregime worden om ethische redenen individuen ook beschermd indien daarvoor geen natuurbeschermingsdoelstellingen bestaan. In zoverre heeft het soortenbeschermingsregime in Natura 2000-gebieden aanvullende betekenis op het gebiedsbeschermingsregime.

Omdat dynamische soorten overal en plotseling kunnen opduiken en het soortenbeschermingsregime ook individuen van beschermde soorten beschermt, maakt dit het soortenbeschermingsregime veel onvoorspelbaarder dan het gebiedsbeschermingsregime. Daar komt bij dat het instrumentarium in het soortenbeschermingsregime in zijn uitwerking niet al te subtiel is. Zodra ten aanzien van een individu van een soort sprake kan zijn van een overtreding van een van de verbodsbepalingen in art. 8-12 Ffwet, moet voor de activiteit een ontheffing worden aangevraagd.

Voorbeelden van problemen met dynamiek uit de jurisprudentie

Hieronder volgt enkele voorbeelden uit de jurisprudentie van de ABRvS, waaruit blijkt dat het soortbeschermingsregime vaak onduidelijk is en tot onvoorspelbare resultaten leidt.¹¹



Grondbewerking tegen broedkolonie van Kleine mantelmeeuw, E.ON, Europoort, Rotterdam.

¹¹ ABRvS 3 augustus 2005, 200409361/1. Zie ook: ABRvS 21 december 2005, 200501042/1.

Blijkens het rapport "Spaarndammerdijk Tankstation, Rugstreeppadden en Vleermuizen" is het aantal populaties Rugstreeppadden in en om Amsterdam de laatste decennia sterk afgenomen. Het aantal stabiele populaties is nu beperkt, zodat de Rugstreeppad lokaal als bedreigd wordt beschouwd. In het rapport is verder te lezen dat de voortplantingsperiode loopt van april tot juli, soms begin augustus. Voor de voortplanting worden bij voorkeur kort bestaande poelen met regenwater of resten van een overstroming gebruikt. In september begint de winterslaap, gewoonlijk in een (droog) hol in rulle grond. Als de omstandigheden het toelaten, blijven Rugstreeppadden in de buurt van het voortplantingswater, aldus het rapport. Verder is vermeld dat het plangebied zich bevindt op de rand van een gebied waarin al jaren een levenskrachtige populatie Rugstreeppadden floreert. Een plek die van belang is voor de Rugstreeppad en door de aanleg van het tankstation wordt aangetast, is volgens het rapport de vijver die als voortplantingspoel in 2003 beschikbaar was.

De Afdeling overweegt dat uit het rapport moet worden opgemaakt dat de in 2003 aanwezige voortplantingspoel in 2004 opnieuw als zodanig zou kunnen dienen. Gezien dit rapport was het ten tijde van het op 2 juni 2004 verzonden besluit dan ook niet onwaarschijnlijk dat op het terrein voortplanting van Rugstreeppadden plaatsvond en dat op het terrein in de buurt van dit voortplantingswater zou worden overwinterd. Het plangebied is immers omgeven door een gebied met een grote populatie Rugstreeppadden. Uit het door de rechtbank gevraagde onderzoek door Bureau Waardenburg BV blijkt dat in september 2004 juveniele Rugstreeppadden op het terrein zijn aangetroffen, die gedeeltelijk waren ingegraven en gereed leken voor de winterslaap. Dit onderzoek bevestigt het beeld dat uit het rapport van januari 2004 reeds kon worden opgemaakt, namelijk dat Rugstreeppadden zich ook in 2004 op plaatsen in het plangebied zouden voortplanten en daar zouden overwinteren. Ingevolge artikel 11 van de Ffw is het vernielen en verstoren van een voortplantingsplaats en vaste rust- en verblijfplaats verboden. De Afdeling kan het standpunt van de Minister, dat een ontheffing niet nodig is, dan ook niet volgen. Daarbij wordt opgemerkt dat de aanleg van het fietspad is voorzien in het projectplan dat ten grondslag ligt aan de aanvraag. Het staat de Minister niet vrij om af te wijken van de aanvraag in die zin dat hij beslist als ware het fietspad op een andere plaats gepland. Bovendien zou de aanleg van een ander fietspad, dat de voortplantingspoel zou ontzien, Rugstreeppadden die in de buurt van de poel overwinteren kunnen storen in hun winterslaap.

Het stadsdeel heeft ter zitting verklaard dat het niet betwist dat zich enkele Rugstreeppadden in het plangebied kunnen bevinden, omdat de Rugstreeppad op grote schaal voorkomt in het omliggende gebied en een mobiel beestje is. Ter zitting is van de zijde van het stadsdeel aangegeven dat de avond voor de zitting vijf Rugstreeppadden in het plangebied zijn waargenomen. De Afdeling overweegt dat, gezien de grote populatie in de nabije omgeving en de relatief grote actieradius van de Rugstreeppad, niet kan worden uitgesloten dat Rugstreeppadden tevens in het plangebied aanwezig zijn om overdag te schuilen en 's nachts te jagen. Dit was, gezien de bij de aanvraag gevoegde "Natuurtoets aanleg tankstation aan de Transformatorweg" van november 2002, waarin is vermeld dat de aanwezigheid van de Rugstreeppad tijdens de uitvoering van de werkzaamheden niet uit te sluiten is, gezien de aanwezigheid in de directe omgeving, kennelijk ook de reden om een ontheffing voor de Rugstreeppadden aan te vragen. De Minister heeft naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende gemotiveerd waarom het plangebied niet tot het leefgebied van deze Rugstreeppadden zou behoren en het verbod van artikel 10 van de Ffw ten aanzien van deze padden niet zou gelden.

In de jurisprudentie zijn nog meer voorbeelden te vinden.¹²

In deze zaak was niet duidelijk of er sprake was van een voortplantingsplaats, ook niet of sprake was van overwinteringslocatie en in die zin van een vaste rust- en verblijfplaats dan wel van een tijdelijke dagrustplaats. Het plangebied kan volgens de ABRvS niet worden aangemerkt als een vaste rust- of verblijfplaats, maar moet worden beschouwd als een tijdelijke uitbreiding van het leefgebied vanuit locaties die - anders dan het plangebied - als vaste rust- of verblijfplaats zijn aan te merken. Omdat behoudens het plangebied het leefgebied van de populatie, waaronder de vaste rust- of verblijfplaatsen op onder meer een begraafplaats, ongemoeid wordt gelaten, vormen de voorgenomen bouwwerkzaamheden geen inbreuk op het in art. 11 Ffwet neergelegde verbod, noch op het bepaalde in art. 12, lid 1, aanhef en onder d, Hrl. Er was hiervoor geen ontheffing nodig. De minister heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat de voorgenomen bouwactiviteiten niet in strijd zijn met het in art. 10 Ffwet neergelegde verbod omdat het plangebied voor de populatie van verwaarloosbare betekenis is. In dit verband heeft de minister gesteld dat het plangebied ongeschikt is als leefgebied voor Rugstreeppadden, dat voor hen in de nabijheid van het plangebied wel geschikt leefgebied beschikbaar is, en dat het plangebied eerst door Rugstreeppadden werd bezocht, nadat de door stadsnomaden wederrechtelijk achtergelaten rommel voor hen kansen bood. De ABRvS is van oordeel dat voor voorgenomen werkzaamheden in het plangebied een ontheffing van art. 10 Ffwet is vereist zodra een beschermde inheemse diersoort voorkomt in het plangebied en opzettelijk verontrust kan worden als gevolg van de uitvoering van het plan. Hierbij is het aantal exemplaren van de beschermde inheemse diersoort in het plangebied niet van belang. In dit geval kwamen Rugstreeppadden in het plangebied voor, terwijl ook aannemelijk is dat de voorgenomen bouwwerkzaamheden verstorend zullen zijn voor de ter plaatse aanwezige Rugstreeppadden. Evenmin is van belang dat het plangebied voor de Rugstreeppadden van verwaarloosbare betekenis is. Er was daarom voor de aanleg van het tankstation een ontheffing nodig van de verbodsbepaling in art. 10 Ffwet.

Hoewel art. 10 Ffwet dus al snel van toepassing lijkt, blijkt uit de jurisprudentie dat bij toepassing van die bepaling discussie kan ontstaan of sprake is van ‘verontrusting’.¹³

Het fietspad is voorzien langs de oude defensiegracht van het fort Geldersoord en langs de Lee-watergang. Het water en de oever van de gracht vormen het leefgebied van de beschermde diersoorten de waterspitsmuis, de kamsalamander en de Rugstreeppad. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de minister aannemelijk heeft gemaakt dat het fietspad op cultuurgrond, buiten het leefgebied, zal worden aangelegd en dat de verboden genoemd in de artikelen 9 en 11 van de Ffw niet zullen worden overtreden. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat niet ieder plan dat tot gevolg heeft dat een beschermde diersoort zich moet aanpassen aan de veranderde omgeving, reeds daarom moet worden aangemerkt als een opzettelijke verontrusting in de zin van artikel 10 van de Ffw. De aanleg van het fietspad zal plaatsvinden in het najaar, wat volgens de in opdracht van de DLG door Grontmij uitgevoerde natuurtoets (hierna: de Natuurtoets) de beste periode is voor de beschermde soorten.

De verbodsbepaling van art. 11 Ffwet heeft betrekking op *vaste* verblijfplaatsen. Niet elke aanwezigheid van individuen van een soort in een gebied maakt het gebied tot een vaste verblijfplaats van de soort.¹⁴ Een uitzondering van dit verbod wordt strenger getoetst dan een uitzondering op het verbod in art. 10 Ffwet omdat overtreding grotere gevolgen kan hebben voor zowel de populatie als het individu van de soort.

¹² Weergegeven wordt de uitspraak ABRvS 31 januari 2005, 200602576/1. Zie voor een ander voorbeeld: ABRvS 28 september 2005, 200500665/2.

¹³ ABRvS 21 mei 2008, 200707121/1.

¹⁴ ABRvS 23 mei 2007, 200510017/1.

Jurisprudentie van het HvJEG over dit soort vragen, is er niet of nauwelijks. Daarom is niet duidelijk of de strikte interpretatie die de ABRvS hanteert van de verbodsbepalingen in art. 8-12 Ffwet door het HvJEG ook zal worden gevolgd bij de interpretatie van de overeenkomstige verbodsbepalingen in de Vrl en de Hrl.

De enkele aanwezigheid van een beschermde soort en de mogelijkheid dat verstoring optreedt, betekent al dat een ontheffing van de verbodsbepaling in art. 10 Ffwet moet worden aangevraagd. Voor de andere verbodsbepalingen ligt de lat hoger. In feite maakt dit niet uit, omdat het kwaad voor de projectontwikkelaar al is geschiedt zodra een ontheffingprocedure moet worden gevolgd.

Uit het voorgaande blijkt bovendien dat een ontheffingprocedure voor de projectontwikkelaar de nodige risico's met zich brengt. Ook grote projecten kunnen door de aanwezigheid van individuen van een beschermde dynamische soort in de problemen komen, terwijl hiermee geen achterliggend natuurbeschermingsbelang is gemoeid op het niveau van een (meta)populatie of Natura 2000-gebied. Het is de vraag of het belang van een of enkele individuen op hetzelfde niveau ligt als de belangen die met de projecten zijn gemoeid, in aanmerking genomen dat voor die soorten de zorgplicht van toepassing blijft. Het soortenbeschermingsregime kan, doordat het zich op individubescherming richt, juist voor dynamische soorten onevenredige consequenties voor hun projecten hebben in verhouding tot het daarmee gediende natuurbeschermingsbelang. Oplossingen voor dit probleem kunnen zich beter richten op meer evenwichtige resultaten, waarbij het instrumentarium in het soortenbeschermingsregime meer op het (meta)populatie-niveau wordt gericht.

Op zichzelf is het natuurlijk een gerechtvaardigde doelstelling van de Ffwet dat ook individuen van soorten zoveel mogelijk moeten worden beschermd.¹⁵ De algemene zorgplicht voorziet echter, zonder nadere procedures, in een basisbescherming van individuen die er op populatieniveau niet toe doen. Zo nodig kan deze in het kader van een vrijstelling van de verbodsbepalingen van art. 8-12 Ffwet nader worden uitgewerkt in een gedragscode of in de vorm van voorschriften die aan de vrijstelling worden verbonden. Dit zou voldoende moeten zijn. Zie verder hoofdstuk 7.

De huidige aanpak in het soortenbeschermingsregime werkt in de hand dat voor veel activiteiten waarop het soortenbeschermingsregime van toepassing is, niet aan de wettelijke procedurele verplichtingen wordt voldaan. Dit kan worden afgeleid uit het beperkte aantal ontheffingaanvragen dat blijkens de website van het ministerie van LNV wordt ingediend. Dit aantal is voor heel Nederland veel te laag indien de Ffwet nauwgezet zou worden nageleefd en gehandhaafd. Betrokkenen lappen kennelijk òf de wet aan hun laars òf proberen in de praktijk tot een redelijke oplossing te komen, waarmee alle belangen op een evenwichtige wijze worden gediend. Dit zorgt echter wel voor een onduidelijke en onzekere rechtspositie van projectontwikkelaars. Het geeft belanghebbenden aangrijpingspunten om tegen ongewenste projecten in het geweer te komen. Het verbaast dan ook niet dat projectontwikkelaars vaak het zekere voor het onzekere nemen en bijvoorbeeld ontwikkeling van tijdelijke natuur op

¹⁵ Zie over deze problematiek uitgebreid: H.E. Woldendorp, Vogelbescherming: de wettekst als vogelverschrikker, *Milieu en Recht* 2008, p. 71-78.

projectterreinen proberen te weren om het soortenbeschermingsregime zo veel mogelijk buiten de deur te houden.

Zonder aan het voorgaande al te veel af te doen, tot besluit van deze paragraaf toch nog de opmerking dat de onvoorspelbaarheid van dynamische natuur als zodanig niet moet worden overdreven. Uit het advies tijdelijke natuur (Ark) blijkt dat voor de verschillende terreintypen de ontwikkeling van dynamische natuur in grote lijnen kan worden voorspeld. Het is bekend welke soorten op deze terreintypen afkomen en welke en habitattypen zich daar kunnen ontwikkelen. De onzekerheid van de gevolgen valt ook mee, omdat bekend is wat voor de verschillende soorten de consequenties van tijdelijke natuur zijn. Sommige soorten worden er beter van, voor andere maakt het geen verschil.

Negatieve effecten treden op populatieniveau voor geen enkele soort op. Dit biedt, zoals in hoofdstuk 7 zal worden toegelicht, aanknopingspunten voor een juridische regeling.

4.4 Problemen bij het toestaan van ecologische dynamiek in een economisch dynamische omgeving; de problematiek van de tijdelijke natuur

In havens en op andere bouwterreinen treden zowel een grote economische dynamiek als een grote ecologische dynamiek op. Bepaalde beschermde soorten (en in mindere mate beschermde habitattypen) profiteren ervan dat op terreinen die hiervoor bestemd zijn, in afwachting van de verwezenlijking van de definitieve bestemming tijdelijk nieuwe leef- of vestigingsgebieden ontstaan. Hier kunnen economische dynamiek en ecologische dynamiek, in elk geval in theorie, samengaan en elkaar zelfs versterken. Gezien de staat van instandhouding van een aantal dynamische soorten en de problemen bij het realiseren van een dynamische ecologische omgeving, is dit ‘mooi meegenomen’. Het zou daarom jammer zijn deze mogelijkheid te laten liggen.

Helaas doet zich een aantal problemen met betrekking tot tijdelijke natuur voor, die vooral een gevolg zijn van de wijze waarop de Ffwet in de praktijk doorwerkt. Projectontwikkelaars of ondernemers die dynamische (habitattypen en) soorten op hun projectterreinen toelaten, lopen namelijk het risico hiervoor te worden ‘gestraft’ wanneer zij met de uitvoering van hun project willen starten. Voor het verwijderen van de soorten die zich op een projectterrein hebben gevestigd, is vooraf toestemming nodig in de vorm van een vergunning op grond van art. 19d Nbwet 1998 (in het kader van gebiedsbescherming) en/of een ontheffing krachtens art. 75 Ffwet (in het kader van soortenbescherming). De initiatiefnemer ziet zich aldus geconfronteerd met procedures. Hierdoor loopt het project het risico van vertraging, met name indien omwonenden of natuurbeschermingsorganisaties bezwaar maken of beroep bij de rechter instellen. De natuurbeschermingsregelgeving kan als bondgenoot worden ingeroepen om het project tegen te houden of te vertragen, vaak om andere redenen dan natuurbescherming. Bij soortenbescherming, die vooral in het geding is, gaat het zelfs om beroep in 2 instanties, eerst op de rechtbank en

vervolgens op de ABRvS. De procedures en hieraan verbonden risico's kunnen tot extra kosten aanleiding geven, niet alleen doordat vertraging optreedt (de kosten hiervan kunnen oplopen), maar ook vanwege mitigatie- of compensatieverplichtingen die aanleiding kunnen geven tot het treffen van natuurbeschermingsmaatregelen. Er kunnen ook andere praktische belemmeringen optreden, zoals perioden van het jaar waarin niet gewerkt mag worden (bijvoorbeeld gedurende het broedseizoen van vogels). In uitzonderlijke gevallen bestaat het risico dat het project helemaal niet meer mag worden uitgevoerd.

In het licht van wat in paragraaf 4.3 is opgemerkt valt te begrijpen dat projectontwikkelaars er alles aan doen om dergelijke risico's te voorkomen. Daarom voelen projectontwikkelaars zich vaak genoodzaakt maatregelen te nemen om de vestiging van planten en dieren op hun projectterreinen te voorkomen. Deze maatregelen zijn er op gericht het projectgebied ongeschikt te maken als leefgebied voor dynamische soorten die zich daar anders tijdelijk zouden vestigen. Maatregelen zijn bijvoorbeeld het voorkomen dat waterplassen ontstaan, het asfalteren van terreinen, het plaatsen van hekwerken en andere versperringen en het maaien of het anderszins verwijderen van begroeiing. De maatregelen zijn legaal omdat het beschermingsregime pas intreedt op het moment dat de natuurwaarden zich feitelijk gevestigd hebben. Dynamische soorten worden hierdoor beroofd van potentiële leefgebieden, die voor het duurzame voortbestaan van een metapopulatie van groot belang kunnen zijn.

Desondanks loopt de projectontwikkelaar nog steeds enig risico dat hij het projectterrein niet 'natuurvrij' kan houden en dat de weergegeven problemen zich alsnog voordoen. Bovendien zijn er kosten gemoeid met het nemen van maatregelen om natuur te weren. Het projectterrein vergt constant beheer om het voor planten en dieren onaantrekkelijk te maken en te houden.

Veel projectontwikkelaars hebben in beginsel, vanuit de context van het project gezien, waarschijnlijk geen bezwaar hebben om tijdelijke natuur toe te staan, mits ze deze wel probleemloos mogen verwijderen.

In de beleidslijn tijdelijke natuur (LNV) wordt als nadeel van de huidige aanpak ook genoemd het negatieve imago dat het natuurvrij houden van het projectgebied oplevert. Echter, veel mensen zien een dergelijke gebied als een kaal terrein en hebben onvoldoende ecologische kennis om dit als een natuurgebied te zien, zeker als ze weten dat er gebouwd gaat worden. De kans is groot dat een negatief imago ontstaat juist indien tijdelijke natuur wordt verwijderd, omdat de meeste mensen groen en natuur op één hoop gooien en ze het terrein op dat moment wél aantrekkelijk vinden. Vaak betreft het gebieden waar weinig mensen komen; rust is voor veel pioniersoorten een belangrijke voorwaarde voor vestiging. Indien om deze reden recreatie en andere activiteiten worden geweerd of aan beperkingen onderworpen, kan dit op onbegrip stuiten. Zie de voorbeelden die worden genoemd in het rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ).

Uit het voorgaande blijkt dat de natuurbeschermingsregelgeving, onbedoeld, contraproductief kan uitpakken voor dier- en plantensoorten die baat hebben bij tijdelijke natuur. De huidige situatie is zowel ecologisch als economisch gezien

onbevredigend. De economische nadelen zitten in elk geval in de risico's dat de vestiging van tijdelijke natuur, eventueel ondanks maatregelen om het projectgebied natuurvrij te houden, risico's meebrengt dat het project niet (op tijd) kan worden uitgevoerd. Maar ook de kosten van het beheer van het terrein kunnen hoger zijn.

Het ministerie van Verkeer en Waterstaat vat de geschetste problematiek als volgt samen¹⁶:

'Tijdelijke natuur'

Het ontstaan van tijdelijke natuur op terreinen die bedoeld zijn voor functies die zich niet met natuurontwikkeling verenigen wordt in de praktijk als een lastig probleem ervaren. Het ontstaan van nieuwe natuur wordt uit angst voor een klemmend beschermingsregime regelmatig krampachtig gemeden. Zo worden haventerreinen door havenbedrijven 'ecovrij' opgeleverd en waakt ProRail in spoorbermen van tijdelijk niet gebruikte spoorlijnen voor de komst van bepaalde soorten. De Ffwet schiet hiermee haar doel voorbij."

Ook in dit rapport wordt gewezen op imagoschade voor de opdrachtgever.

Uit bestudering van de jurisprudentie van de ABRvS blijkt overigens dat vooral in de aanvangsfase van de toepassing van de natuurbeschermingsregelgeving problemen rezen. Onderzoek van activiteiten die nadelige gevolgen voor beschermde soorten zouden kunnen hebben, werd ten onrechte niet verricht of vertoonde tekortkomingen.¹⁷ Gaandeweg is er duidelijke verbetering in de voorbereiding van besluiten opgetreden. Er zijn uit de jurisprudentie geen voorbeelden bekend dat projecten niet konden doorgaan vanwege tijdelijke natuur op het projectterrein. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat jurisprudentie maar een deel van de werkelijkheid bestrijkt. Er zijn evenmin onderzoeken bekend, waarin met voorbeelden die zich daadwerkelijk in de praktijk hebben voorgedaan, is aangetoond dat tijdelijke natuur werkelijk grote problemen veroorzaakt. Het is daarom de vraag of de vrees hiervoor terecht is, in aanmerking genomen dat veel problemen in de aanvangsfase van de toepassing van de natuurbeschermingsregelgeving ontstonden door gebrekkige voorbereiding van besluiten. Er zijn wel enige voorbeelden bekend, waarin zich geen problemen voordeden. Zo is zonder problemen een ontheffing krachtens de Ffwet verleend voor de werkzaamheden ter voorbereiding van de sanering van de verontreinigde Volgermeerpolder. In afwachting van de sanering ontstond tijdelijke natuur op deze voormalige afvalstortplaats.

Dit neemt niet weg dat een afzonderlijk besluit nodig is. Dit brengt op zichzelf natuurlijk toch extra risico's op vertraging en andere ongewenste gevolgen voor een project mee, zelfs als beroepen uiteindelijk niets blijken op te leveren. In elk geval moet een ontheffingprocedure worden gevolgd en het nodige onderzoek worden gedaan. Vaak biedt de natuurbeschermingsregelgeving extra beroepsmogelijkheden voor mensen die om andere redenen dan natuurbescherming een project willen tegenhouden. Het risico dat dergelijke problemen zich voordoen, valt op zichzelf niet te weerleggen.

¹⁶ Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Verkeer, natuur en Waterstaat, uitvoering natuurnetgeving in de VenW-praktijk*, eindrapport, 12 september 2007.

¹⁷ ABRvS 19 november 2003, 200205327/1; ABRvS 19 november 2004, 200402314/1.

Zelfs als zou sprake zijn van koudwatervrees, de feiten wijzen uit dat projectontwikkelaars het zekere voor het onzekere nemen en projectgebieden natuurvrij proberen te houden. Voor dit reële dan wel imaginaire probleem moet dus een oplossing worden gevonden, want anders zal tijdelijke natuur in de meeste gevallen geen kans krijgen. In hoofdstuk 7 worden enkele mogelijke oplossingen besproken.

4.5 Enige algemene beschouwingen

De grootste problemen voor dynamische natuur hebben waarschijnlijk niet primair juridische oorzaken. Het is vooral een probleem dat er in Nederland nauwelijks nog ruimte is die geen zogenaamd nuttige, vastgelegde functie vervult. Tijdelijk is die er wel, maar daarmee zijn we meteen bij de problematiek van de tijdelijke natuur. Maximalisatie van opbrengst en nut van grond enerzijds, en minimalisatie van risico's die hiervoor een bedreiging vormen, voeren de boventoon. Daardoor moet natuur ruimtelijk worden beperkt tot de haar officieel en definitief toegewezen plaatsen. Er zijn nauwelijks nog grootschalige gebieden waarvan de inrichting door de dynamiek van de natuurlijke omstandigheden wordt bepaald. In estuaria bijvoorbeeld worden vaarwegen verdiept en 'gefixeerd', terwijl oevers en dijken steeds hardere en beperkte begrenzingsvormen van het gebied dat onder invloed van de rivier staat. Dit betekent dat natuurwaarden die op dynamiek en daarmee gepaard gaande verandering van omstandigheden zijn aangewezen, steeds verder achteruit gaan.¹⁸ Het estuarium van de Westerschelde laat hier 'goede' voorbeelden van zien, maar is nochtans een van de best bewaard gebleven grote estuaria van West-Europa.

Voor sommige soorten is het belang van de populaties in Nederland op Europese schaal van grote betekenis, zoals voor kustvogels. Voor sommige soorten kustvogels is de trend positief, voor andere negatief (rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ)). De populatie van de Kluut blijkt vooruit te zijn gegaan door de aanleg van een aantal natuurontwikkelingsgebieden in de Oosterschelde. De populaties van andere soorten zijn achteruitgegaan doordat leefgebieden die onder invloed van de Deltawerken zijn ontstaan, om allerlei redenen ongeschikt zijn geworden.

Voorts wordt opgemerkt¹⁹:

"Veel van de huidige broedplaatsen van kustbroedvogels in het Deltagebied zullen op afzienbare termijn minder geschikt worden als broedgebied. Met name in de zoete afgesloten wateren (Haringvliet, Volkerakmeer, Zoommeer, Markiezaat) zal door vegetatiesuccessie het merendeel van de huidige broedplaatsen verloren gaan. Kustbroedvogels zullen dan vooral zijn aangewezen op gebieden met zoutinvloed, zoals de Oosterschelde, Westerschelde en het Grevelingenmeer."²⁰

¹⁸ Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ), p. 23 "Veel van de (...) ontwikkelingen hadden tot gevolg dat 'verstarring' optrad. De oorspronkelijke gradiënten (tussen zoet en zout, droog en nat, hoog en laag) veranderden in abrupte overgangen en de natuurlijke dynamiek, de sturende factor bij het ontstaan en de instandhouding van broedplaatsen, verdween of verminderde sterk."

¹⁹ Citaat van p. 5 van het rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ).

²⁰ Zie ook het Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ), p. 7: "Vegetatiesuccessie is de belangrijkste oorzaak van het (vaak binnen vijf jaar) ongeschikt worden van aangelegde broedlocaties." Zie uitgebreider beschrijving van het toekomstperspectief op p. 30.

Dynamische soorten hebben een dynamische omgeving nodig. Als deze er niet is en natuurlijke successie (vegetatiesuccessie, de komst van predatoren) leefgebieden ongeschikt maakt, moeten beheer- en instandhoudingsmaatregelen worden genomen. Genoemd rapport van het RIKZ geeft een groot aantal voorbeelden dat deze maatregelen ook daadwerkelijk worden genomen.²¹ Verwijdering van struiken en andere begroeiing, maaien en omploegen van land, en uitrijden van schelpen zijn maatregelen die regelmatig worden toegepast. Er kunnen nieuwe eilandjes worden aangelegd, die geschikt zijn als broedgebied.

Suboptimale terreinen die een niet-natuurbestemming hebben, gaan voor dynamische soorten relatief steeds belangrijker uitwijkmogelijkheden bieden om zich te vestigen.²² Sommige soorten blijken hiertoe beter in staat te zijn dan andere en er zijn zelfs steeds meer soorten die zich zo weten aan te passen dat ze zich ook in een menselijke omgeving als de stad kunnen handhaven. Er kunnen dan problemen ontstaan door een botsing van het belang van natuurbescherming met de belangen die met de menselijke activiteiten zijn gemoeid. Een terrein is hierdoor wellicht niet meer geheel of niet voortdurend of op tijd beschikbaar voor menselijke activiteiten, zodat de opbrengst en het nut verminderen en de risico's dat activiteiten in gevaar komen toenemen. Dit kan feitelijk (een tijdje) goed samengaan, maar kan ook gemakkelijk problemen opleveren. De problematiek van de tijdelijke natuur is hiervan een voorbeeld. Waar een botsing van op zich gerechtvaardigde en erkende belangen kan ontstaan, moeten regelgeving en nadere besluitvorming alles in goede banen leiden. Juridificering van het natuurbeschermingsbeleid doet zijn intrede. Met alle in het geding zijnde belangen moet zo veel mogelijk rekening worden gehouden, zodat het resultaat van de afweging optimaal is. Juridificering kan, zoals gezegd, echter vaak moeilijk omgaan met dynamiek. De juridische situatie moet dan telkens opnieuw worden bepaald. Juridificering gaat vaak gepaard met het gedetailleerd vastleggen van de juridische situatie en de rechtspositie van alle partijen. Daarbij wensen partijen zoveel mogelijk duidelijkheid en zekerheid. Kortom, er ontstaan in een multifunctionele omgeving al snel juridische complicaties. Het is juridisch gezien eenvoudiger indien de natuur veilig zit 'opgeborgen' in beschermde natuurgebieden.

Het is van belang te onderkennen dat achter economische activiteiten vaak een grote *drive* zit, die er voor zorgt dat de juridische verwickelingen uiteindelijk tot een goed einde wordt gebracht zodat de activiteiten daadwerkelijk kunnen worden uitgevoerd. Het vergt bijvoorbeeld vaak al een uiterste inspanning om in onze gecompliceerde, gejuridificeerde en mondige samenleving infrastructuur aan te leggen. Voor een nadere toelichting kan worden verwezen naar het advies van de Commissie Elverding.²³ De *drive* achter natuurbeschermingsmaatregelen is echter zeer veel

²¹ Een kort overzicht van maatregelen in de verschillende belangrijke leefgebieden in de Delta wordt gegeven op p. 11-14.

²² Bijvoorbeeld voor de Visdief, rapport Visdief (Alterra), p. 23. In de periode 1991-2005 is het aandeel van de populaties in havens in de Delta is toegenomen van 25% tot 40% van de metapopulatie.

²³ Advies van de Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten, *Sneller en beter*, april 2008.

kleiner. Daardoor blijven goed bedoelde pogingen vaak steken in het moeras van bestuurlijke, politieke en maatschappelijke belangen.²⁴

Een voorbeeld is de verdieping van de vaargeul van de Westerschelde om de haven van Antwerpen voor de (nog te verwachten) grootste schepen bereikbaar te maken. Deze verdieping gaat er, net als vorige verdiepingen, uiteindelijk komen. Het verzet om de daarmee gepaard gaande compenserende natuurmaatregelen te treffen, is echter zo groot vanwege conflicterende belangen, dat de Minister van LNV tot het uiterste zal moeten gaan om dit voor elkaar te krijgen. Dit is uitgebreid toegelicht in het recente advies van de Commissie Nijpels. Voor het onderhavige rapport zijn met name de juridische beschouwingen in dit advies van belang.²⁵

Zelfs al zouden projectontwikkelaars welwillend tegenover tijdelijke natuur staan, dan is de bereidheid hiervoor extra risico's voor het project te lopen, veelal afwezig. Daarom komen de *pilots* voor tijdelijke natuur ook moeilijk van de grond (zie hoofdstuk 7).

²⁴ Zie voor een kritische bespreking van het advies van de Commissie Elverding: H.E. Woldendorp, De Habitattoets in de Nederlandse rechtspraktijk. Dit artikel is opgenomen in: Wie beschermt het natuurbeschermingsrecht?, publicatie 2008-3 van de Vereniging voor Milieurecht, verslag van de 100^e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht, georganiseerd in samenwerking met de Vlaamse Vereniging voor Omgevingsrecht op 29 mei 2008, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2008, p. 117-153. Met name p. 146-152 is hier van belang.

²⁵ Opgenomen als bijlage 5 bij advies commissie Nijpels, onder de titel Advies van het IMI over de juridische aspecten van de natuurmaatregelen in het Natura 2000-gebied Westerschelde & Saeftinge (92 p.).



Groenknolorchis (Habitatrichtlijnsoort nr. 1903), Europoort, Rotterdam.

5 Gebiedsbescherming

5.1 Algemeen

Een algemene bespreking van het gebiedsbeschermingsregime valt buiten het kader van dit rapport. Daarom wordt hier volstaan met een weergave van art. 6 Hrl.

In paragraaf 5.2 wordt ingegaan op de vraag wat er in een Natura 2000-gebied via het gebiedsbeschermingsregime moet worden beschermd. De beschermde natuurwaarden en ambities van de bescherming staan in de instandhoudingsdoelstellingen. In paragraaf 5.3 komt vervolgens de vraag aan de orde op welke wijze de instandhoudingsdoelstellingen worden gerealiseerd.

1. De Lid-Staten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheerplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.
2. De Lid-Staten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben.
3. Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.
4. Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de Lid-Staat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura2000 bewaard blijft. De Lid-Staat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen. Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijk gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.

5.2 Instandhoudingsdoelstellingen

Welke natuurwaarden van een Natura 2000-gebied zijn beschermd?

Aanleiding voor de aanwijzing van Natura 2000-gebieden is het voorkomen van bepaalde soorten en habitattypen. Voor de soorten die in de Vrl en de Hrl zijn aangewezen, moet elke lidstaat de meest geschikte leefgebieden als Natura 2000-gebied aanwijzen. Wat betreft vogels, zijn dit de soorten van bijlage I Vrl (art. 4 lid 1 Vrl) en de niet in bijlage I genoemde regelmatig voorkomende trekvogels (art. 4 lid 2 Vrl). Op deze soorten is hetzelfde beschermingsregime van toepassing.²⁶ Voor andere diersoorten en plantensoorten gaat het om de soorten die zijn vermeld in bijlage II Hrl. De habitattypen waarvoor Natura 2000-gebieden moeten worden aangewezen, zijn vermeld in bijlage I Hrl.

In deze paragraaf zal blijken dat bij nader inzien minder duidelijk is dan het lijkt wat in een Natura 2000-gebied moet worden beschermd.

Het gebiedsbeschermingsregime beperkt zich tot de soorten waarvoor het Natura 2000-gebied is aangewezen. In het aanwijzingsbesluit moeten volgens art. 10a lid 2 Nbwet 1998 tevens de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied worden vastgesteld. Zij zijn gericht op de instandhouding van alle soorten “waarvoor het Natura 2000-gebied is aangewezen”.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie:²⁷

Voor zover (appellante) betoogt dat de wijngaardslak, een aantal soorten korstmossen, de watervleermuis, de franjestaart, de boommarter, de zandhagedis, de Rugstreeppad en de hazelworm eveneens vallen onder de gebiedsbescherming van de Habitatrichtlijn overweegt de Afdeling onder verwijzing naar haar uitspraak van 28 februari 2007. no. 200506917/1, dat bij de toepassing van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn dient te worden uitgegaan van de kwalificerende waarden waarvoor een natuurgebied is aangemeld en de daarbij behorende instandhoudingsdoelstellingen. Nu natuurgebied Kennemerland-Zuid niet is aangemeld voor de hiervoor genoemde typen en soorten, treft het betoog van appellante geen doel.

Uit de geciteerde uitspraak wordt niet duidelijk of met “kwalificerende waarden waarvoor een natuurgebied is aangemeld” alleen de soorten worden bedoeld die de reden van de aanwijzing van het gebied vormden, of ook andere soorten die in het aanwijzingsbesluit en de instandhoudingsdoelstellingen zijn vermeld. Waarschijnlijk heeft de ABRvS het laatste bedoeld. Uit andere uitspraken van de ABRvS blijkt

²⁶ ABRvS 19 november 2003, 200302021/1; ABRvS 19 november 2003, 200205630/1; ABRvS 19 november 2003, 200301386/1; ABRvS 10 november 2004, 200400197/1; ABRvS 8 december 2004, 200403035/1. In ABRvS 18 juli 2007, 200608061/1 en 2006081890/1 gaat het om de weigering van een vergunning krachtens art. 12 Nbwet i.v.m. hoge achtergronddepositie, vanwege de aanwezigheid van de plantensoort *Parnassia*. Afgaande op de uitspraak lijkt dit geen kwalificerende soort voor de aanwijzing van het Natura 2000-gebied. De vraag is hoe dit straks, na definitieve aanwijzing van de Natura 2000-gebieden en de vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen, zal gaan: de soort zal dan in de instandhoudingsdoelstellingen moeten worden opgenomen, of er zullen nationale instandhoudingsdoelstellingen moeten worden toegevoegd.

²⁷ ABRvS 31 oktober 2007, 200607320/1.

namelijk dat ook soorten die geen aanleiding voor de aanwijzing waren, maar in het aanwijzingsbesluit als overige relevante soorten zijn genoemd, onder het beschermingsregime vallen.²⁸

Er moeten Natura 2000-gebieden worden aangewezen om bepaalde soorten te beschermen (vaak kwalificerende soorten genoemd, de soorten waardoor een gebied zich kwalificeert als Natura 2000-gebied), maar vervolgens blijkt dat er toch meer soorten in een aangewezen gebied zijn beschermd dan de soorten die de directe aanleiding voor de aanwijzing van het gebied waren. De redenen hiervoor worden in het hiernavolgende toegelicht. Het valt te begrijpen dat hierover ook in de praktijk verwarring is ontstaan, waarbij het met name de vraag is gerezen in hoeverre de gebiedsbescherming overeenkomstig art. 6 KRW moet worden geboden voor alle soorten die in het aanwijzingsbesluit worden genoemd.

Habitattypen die in de instandhoudingsdoelstellingen worden genoemd, kunnen tevens als leefgebied voor dynamische soorten dienen. Een estuarium is een voorbeeld van een beschermd habitatype. Kustvogels kunnen profiteren van de dynamiek in estuaria, waardoor onder natuurlijke omstandigheden nieuwe leefgebieden kunnen ontstaan. Indien het estuarium wordt beschermd, worden derhalve tevens de kustvogels beschermd.

Het beleid voor natuurherstel in het estuarium van de Westerschelde is er bijvoorbeeld op gericht verstoorde natuurlijke processen weer op gang te krijgen.²⁹ Hierdoor kunnen laag-dynamische ondiepe wateren, schorren en slikken en embryonale duintjes die kenmerkend zijn voor dit habitatype, blijven ontstaan en in stand worden gehouden. Dergelijke gebieden hebben tevens een aantrekkende werking op kustvogels. Uiteraard zijn er ook nog aanvullende maatregelen mogelijk die niet de bescherming van het habitatype als zodanig tot doel hebben, maar die vooral op de bescherming van kustvogels zijn gericht. Ook dergelijke maatregelen kunnen in de instandhoudingsdoelstellingen of het beheerplan worden genoemd. Een voorbeeld is het aanleggen van een vogeleiland, waar vogels zijn beschermd tegen grondpredatoren. Of deze natuurwaarden ook altijd onder de gebiedsbescherming van art. 6 Hrl vallen is dan echter nog een andere vraag. De bescherming is namelijk beperkt tot de soorten en habitattypen waarvoor het Natura 2000-gebied is aangewezen.

Het is niet altijd geheel duidelijk welke natuurwaarden bij de bescherming van een habitatype precies moeten worden meegenomen. In de omschrijvingen van de meeste habitattypen worden geen specifieke soorten genoemd. Dit betekent echter niet dat via de aanwijzing van een Natura 2000-gebied voor een bepaald habitatype geen soorten zijn beschermd. Aangenomen wordt dat soorten die karakteristiek zijn voor het habitatype en die daar normaal gesproken horen voor te komen, door de aanwijzing van het Natura 2000-gebied voor het habitatype eveneens onder het gebiedsbeschermingsregime vallen. De mosselbanken in de Waddenzee kunnen als voorbeeld worden genoemd. Mosselbanken worden in de Hrl niet als beschermd

²⁸ Dit kan worden afgeleid uit ABRvS 10 november 2004, 200400299/1 (aanwijzing De Gelderse Poort).

²⁹ Zie ook: Rapport herstelmaatregelen kustbroedvogels (RIKZ); K. Vertegaal, F. Heinis, R. Goderie, Op zoek naar een nieuw evenwicht; natuur en economie in de kustzone, in Toets 2005, p. 6-11.

habitattype genoemd en evenmin in de omschrijving van een ander habitattype. Rond de mosselbanken komen allerlei soorten dieren voor, die in de Hrl zelfs niet als beschermde diersoorten worden genoemd. Deze soorten worden ook niet expliciet in de instandhoudingsdoelstellingen genoemd. Desalniettemin blijken mosselbanken en alle daaromheen levende diersoorten wel onder het gebiedsbeschermingsregime van de Hrl te vallen.³⁰ Zij zijn namelijk karakteristieke elementen van de habitattypen waarvoor de Waddenzee als Natura 2000-gebied is aangewezen.

Welke leefgebieden van een soort worden als Natura 2000-gebied aangewezen?

De aanwijzing van Natura 2000-gebieden heeft vaak als aanleiding het voorkomen van een soort. Het gebied moet zich voor die soort kwalificeren als een van de belangrijkste leefgebieden in Nederland. Niet iedere aanwezigheid van vogelsoorten van bijlage I of van trekvogels of alleen al de geschiktheid van een gebied voor de instandhouding van die soorten verplicht tot aanwijzing van een gebied als Natura 2000-gebied.³¹ Indien een populatie van een soort de aanwijzing van een Natura 2000-gebied rechtvaardigt, betekent dit nog niet dat alle gebieden die voor die populatie van belang zijn, onder het gebiedsbeschermingsregime moeten worden gebracht. Dit is speciaal van belang voor een metapopulatie van een dynamische soort, die naast het kernleefgebied vaak ook gebruikt maakt van een aantal andere leefgebieden. Het statische gebiedsbeschermingsregime is niet geschikt om te voorzien in bescherming van steeds wisselende gebieden die tijdelijk van betekenis zijn.

Zoals al werd opgemerkt, zijn soorten voor hun diverse behoeften vaak aangewezen op verschillende gebieden, zoals broedgebieden, rust- en slaapplekken, foerageergebieden en overwinteringsgebieden, en maken veel soorten slechts een gedeelte van het jaar van een gebied gebruik. In het kader van gebiedsbescherming worden vooral gebieden beschermd die voor de populatie ter plaatse een essentiële functie vervullen, zonder welke het voor de populatie moeilijk wordt zich ter plaatse te handhaven. Dit geldt met name voor broedgebieden. Foerageergebieden zijn vaak niet als beschermd natuurgebied aangewezen omdat hier gemakkelijker alternatieve gebieden voor gevonden kunnen worden indien een gebied zijn waarde verliest. Het is wel essentieel dat er voldoende foerageergebieden in de omgeving zijn, maar het is minder van belang welke gebieden dat zijn. De gebieden die als foerageergebied fungeren, hoeven daarom niet als Natura 2000-gebied te worden aangewezen. Dit kan per soort verschillend zijn. Daarentegen moeten gebieden die voor trekvogels slechts een deel van het jaar van belang zijn, wel als Natura 2000-gebied worden aangewezen, omdat de vogels in de problemen komen wanneer het gebied tegen de verwachting in niet beschikbaar voor hen is.

De aanwijzing van het Natura 2000-gebied betekent dat de populaties van de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, in het gebied zelf behouden dient te blijven. Dit geldt dus ook voor dynamische soorten. Van een metapopulatie van bijvoorbeeld de

³⁰ ABRvS 27 februari 2008, 200607555/1. Deze uitspraak is met uitvoerige noot gepubliceerd in *Bouwnrecht* 2008, nr. 73.

³¹ A-G 27 oktober 2005, C-209/04 (Oostenrijk); A-G 14 september 2006, C-418/04 (Ierland).

Visdief zal ten minste het kernleefgebied beschermd en in stand gehouden moeten worden.

Dit betekent allereerst dat schadelijke activiteiten worden geweerd (de passieve aanpak). Indien de natuurlijke dynamiek die voor een dynamische soort essentieel is, het in het Natura 2000-gebied laat afweten en de natuurwaarden achteruitgaan, moet de mens een handje helpen (de actieve aanpak). Dit betekent dat in het actieve spoor de noodzakelijke beheermaatregelen moeten worden genomen waardoor een leefgebied geschikt blijft. Maatregelen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat begroeiing wordt verwijderd, indien een terrein door vegetatiesuccessie minder geschikt wordt voor bepaalde pioniersoorten.

Dit is voor de lidstaat een juridische verplichting, op grond van art. 4, lid 4, Vrl en art. 6, leden 1 en 2, Hrl. De lidstaat kan beheermaatregelen treffen, die tot doel hebben bestaande leefgebieden blijvend geschikt te houden. Zij kan echter ook andere maatregelen treffen, waardoor binnen het Natura 2000-gebied telkens nieuwe geschikte leefgebieden ontstaan. Tijdelijke natuur kan hierdoor ook een bijdrage leveren aan de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen. De populatie blijft mede hierdoor behouden voor het Natura 2000-gebied.

Indien de leefgebieden ontstaan door natuurlijke dynamiek, heeft dit de voorkeur boven uitgebreide beheermaatregelen ter bescherming van leefgebieden die eigenlijk door natuurlijke successie zouden verdwijnen. Daarom is het beleid voor het Natura 2000-gebied Westerschelde gericht op herstel van natuurlijke processen, waardoor natuurlijke dynamiek op gang komt. Als het goed is komen de dynamische soorten, zoals kustbroedvogels, er dan ‘vanzelf’ op af.

Externe werking van de aanwijzing als Natura 2000-gebied

In het kader van de externe werking moet het gebied ook worden beschermd tegen activiteiten die in de nabijheid plaatsvinden. Onder omstandigheden kan de externe werking zich zelfs uitstrekken tot gebieden buiten het Natura 2000-gebied, die voor de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, een bijzondere betekenis hebben, indien de gunstige staat van instandhouding van de soort in het Natura 2000-gebied daarvan mede afhankelijk is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien voor een buiten het gebied gelegen foerageergebied geen alternatieven bestaan.³² De afstand tot het Natura 2000-gebied is daarbij van belang, omdat de soort uit het gebied kan verdwijnen indien foerageergebieden te ver weg liggen. Wellicht kan dit, in uitzonderingssituaties, van belang zijn indien sprake is van een metapopulatie waarvan het kernleefgebied in een Natura 2000-gebied ligt, maar ook andere gebieden in en nabij het Natura 2000-gebied voor de gunstige staat van instandhouding van belang zijn.

Systematiek voor aanwijzing van Natura 2000-gebieden

Er is voor de aanwijzing van Natura 2000-gebieden een systematiek uitgewerkt, die er kort gezegd op neerkomt dat voor soorten en habitattypen waarvoor Nederland Natura 2000-gebieden moet aanwijzen, de belangrijkste 5 gebieden worden

³² Zie voor voorbeeld: ABRvS 12 december 2007, 200700371/1, gepubliceerd *Bouwnrecht* 2008, nr. 24, en de voorbeelden die in de uitvoerige noot bij deze uitspraak zijn genoemd.

aangewezen, die ten minste een oppervlakte van 100 ha hebben. Voor prioritaire soorten en habitattypen worden in principe 10 gebieden aangewezen.

Bij de aanwijzing en begrenzing van Natura 2000-gebieden mogen uitsluitend wetenschappelijke, ornithologische en andere ecologische criteria worden gehanteerd.³³ De gebieden die volgens die criteria het meest geschikt zijn om bij te dragen aan de instandhouding van de soort of het habitatype in Nederland (zie criteria bijlage III Hrl), moeten worden aangewezen.³⁴

Gebiedsaanwijzing mag niet achterwege worden gelaten om reden dat de desbetreffende gebieden op andere wijze worden beschermd.³⁵ Het argument dat zich in andere lidstaten meer en betere ‘meest geschikte’ gebieden bevinden, is niet aanvaard als reden voor een lidstaat om geen Natura 2000-gebieden aan te wijzen (de spreiding van habitattypen en soorten over de EU is ook van belang), evenmin als de omstandigheid dat vogelsoorten van bijlage I Vrl verspreid en in lage aantallen in de lidstaat voorkomen en zich niet in bepaalde gebieden concentreren.³⁶ De eigendomssituatie is voor de aanwijzing of begrenzing van Natura 2000-gebieden evenmin van belang.³⁷

De ABRvS is tot dusver steeds van mening geweest dat de Minister van LNV zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat hij bij de aanwijzing van de Natura 2000-gebieden (voor vogels) de juiste selectiecriteria heeft gehanteerd. Zij ziet geen aanleiding de methode van begrenzing onredelijk of anderszins onjuist te achten dan wel de cijfermatige onderbouwing van de aanwijzingsbeslissingen onvoldoende.³⁸ Hieraan doet niet af dat een alternatieve invulling van het begrenzingscriterium mogelijk zou zijn geweest.³⁹

Het aanwijzingsbeleid voor Natura 2000-gebieden is er verder op gericht dat van een soort waarvoor gebiedsbescherming is vereist, het grootste deel van de nationale populatie in Natura 2000-gebieden leeft. Daarom worden deze soorten niet alleen genoemd in de aanwijzingsbesluiten en instandhoudingsdoelstellingen voor de Natura 2000-gebieden die voor de soort tot de top 5(10)-gebieden behoren. Zij worden ook genoemd in de aanwijzingsbesluiten en instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden die om andere redenen zijn aangewezen, indien de soort daar ook voorkomt (tenzij in niet-relevante aantallen). De Europese Commissie heeft de aanwijzingsbesluiten op dit aspect getoetst.

Dit beleid verklaart waarom in het aanwijzingsbesluit en de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied niet alleen de soorten worden genoemd, die de reden voor de aanwijzing van het gebied waren, maar ook andere soorten. Met

³³ Voor SBZ-Vrl: HvJEG 2 augustus 1993, C-355/90 (Spanje); HvJEG 20 maart 2003, C-378/01 (Italië). Voor SBZ-Hrl: HvJEG 7 november 2000, C-371/98 (Verenigd Koninkrijk); HvJEG 11 september 2001, C-71/99 (Duitsland); HvJEG 23 maart 2006, C-209/04 (Oostenrijk); HvJEG 13 juli 2006, C-191/05 (Portugal).

³⁴ HvJEG 19 mei 1998, C-3/96 (Nederland); HvJEG 23 maart 2006, C-209/04 (Oostenrijk).

³⁵ HvJEG 19 mei 1998, C-3/96 (Nederland).

³⁶ A-G 14 september 2006, C-418/04 (Ierland).

³⁷ ABRvS 19 november 2003, 200301386/1; RvS 23 november 2005, 200505407/1.

³⁸ ABRvS 19 november 2003, 200301386/1; ABRvS 10 november 2004, 200400197/1; ABRvS 8 december 2004 200402015/1; ABRvS 23 november 2005, 200505407/1; ABRvS 8 december 2004, 200402015/1; ABRvS 18 januari 2006, 200504332/1.

³⁹ ABRvS 18 januari 2006, 200504268/1; ABRvS 18 januari 2006, 200504332/1.

de aanwijzing van alleen de 5 belangrijkste gebieden zou het dekkingspercentage voor veel soorten (veel) te laag zijn en de bescherming van de soorten via gebiedsbescherming onvoldoende zijn gewaarborgd, terwijl gebiedsbescherming voor die soorten wel het belangrijkste instrument hiervoor is.

Voor kustbroedvogels geldt inderdaad dat het grootste deel van de populatie van het Deltagebied (het kustgebied ten zuiden van Rotterdam) in Natura 2000-gebieden voorkomt⁴⁰:

“(...) wordt ingegaan op de mate van bescherming en toegankelijkheid van gebieden, waar kustbroedvogels broeden. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt van de situatie in de periode 1980-1984 en 2000-2004. Uit de vergelijking komt naar voren, dat het aandeel van alle kustbroedvogels (m.u.v. Grote Stern) dat in beschermde gebieden broedt, is toegenomen. Met uitzondering van de Bontbekplevier en een aantal meeuwensoorten ligt dit percentage bij alle soorten tegenwoordig boven de 80%. Ook blijkt bij het merendeel van alle kustbroedvogels, dat in 2000-2004 een groter aandeel van de populaties tot broeden kwam in ontoegankelijke gebieden. Alleen bij de Grote Stern en Dwergstern nam het aandeel in dergelijke gebieden af en steeg het aandeel in deels toegankelijke gebieden.”⁴¹

Systematiek voor vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden

De systematiek bij de uitwerking van de instandhoudingsdoelstellingen voor de aangewezen Natura 2000-gebieden is verwoord in het Doelendocument van het ministerie van LNV. Deze systematiek houdt in dat op nationaal niveau per soort en habitatype afhankelijk van de staat van instandhouding, instandhoudingsdoelstellingen worden geformuleerd. Zo nodig moeten actief maatregelen worden getroffen om de gunstige staat van instandhouding van een soort in elk Natura 2000-gebied dat voor die soort is aangewezen, ten minste te handhaven. Voor soorten en habitatypes die momenteel niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren, is in het Doelendocument een verbeteropgave geformuleerd, welke is toegewezen aan het Natura 2000-gebied dat hiervoor op nationaal niveau de beste perspectieven biedt (waarbij ook op voldoende spreiding over het land is gelet). De bedoeling is dat de staat van instandhouding van de soort geleidelijk zodanig wordt verbeterd dat de soort na verloop van tijd op nationaal niveau in een gunstige staat van instandhouding wordt gebracht. In paragraaf 5.6 wordt een en ander geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld Visdief.

Er vindt discussie plaats over de vraag of op nationaal niveau naar een gunstige staat van instandhouding van een soort moet worden gestreefd of per Natura 2000-gebied dat voor de soort of het habitatype is aangewezen. Het Doelendocument kijkt allereerst naar de staat van instandhouding op nationaal niveau, maar leidt voor elk

⁴⁰ Citaat van p. 5 van het Rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ).

⁴¹ Ook lijkt rust een belangrijk vereiste, het grootste deel van de populatie verblijft in afgesloten, ontoegankelijke gebieden. Rapport kustbroedvogels Deltagebied (RIKZ), p. 41-46.

gebied toch ten minste ook een behoudsdoelstelling uit de Hrl af.⁴² Overigens zijn veel gebieden te klein om zelfstandig te voldoen aan de vereisten die in de begripsbepalingen in art. 2 Hrl aan een gunstige staat van instandhouding worden gesteld.

Voorbeeld: instandhoudingsdoelstellingen voor habitatype estuaria

Estuaria zijn voorbeelden van een dynamisch habitatype. Daarvan zijn er 2 in Nederland als Natura 2000-gebied aangewezen, de Westerschelde en de Eems-Dollard. De staat van instandhouding van dit habitatype is op nationaal niveau ongunstig. Dat betekent dat er een verbeteropgave is. Deze is toegewezen aan de Westerschelde en wordt voor dat Natura 2000-gebied in de instandhoudingsdoelstellingen opgenomen.⁴³ De verbeteropgave houdt in dat de oppervlakte en de kwaliteit van de estuariene natuurwaarden moet worden vergroot en verbeterd. Momenteel vindt er veel discussie plaats wat deze verbeteropgave precies inhoudt, met name of ontpollering noodzakelijk is om aan de instandhoudingsdoelstellingen te voldoen.⁴⁴ Voor de Eems-Dollard zijn de instandhoudingsdoelstellingen vooral op behoud gericht. Het aantal (voormalige) estuaria in Nederland is van nature beperkt en herstel van aangetaste estuaria is in de praktijk moeizaam. Het zal daarom veel inspanningen vereisen om voor het habitatype estuaria een gunstige staat van instandhouding te realiseren. De instandhoudingsdoelstelling voor de Westerschelde houdt in dat er in eerste instantie 600 ha estuariene natuur terug komt, hetgeen overigens maar een klein deel is van alle estuariene natuur die in de 20^{ste} eeuw is verloren. Daarom houdt de instandhoudingsdoelstelling voor de lange termijn tot 2030 een nog verder herstel in. Een probleem hierbij is overigens dat het vaak moeilijk is te onderbouwen wanneer sprake is van een gunstige staat van instandhouding.⁴⁵ Zeker indien de instandhoudingsdoelstellingen gevolgen hebben voor (nieuwe en bestaande) activiteiten in en rond een Natura 2000-gebied kan dit een belangrijk discussiepunt worden.

Procedure voor aanwijzing van gebieden en vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen

De vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen is dus zeer wenselijk om in de praktijk enige duidelijkheid te scheppen wat er precies beschermd moet worden en waar de prioriteiten in het natuurbeleid worden gelegd.

Desondanks is er veel verzet gerezen tegen de instandhoudingsdoelstellingen in de concept-aanwijzingsbesluiten. Het belangrijkste punt van kritiek was dat de gevolgen hiervan voor activiteiten in en rond de aangewezen gebieden, die vooral door het ambitieniveau van de instandhoudingsdoelstellingen worden bepaald, niet duidelijk

⁴² Deze systematiek is getoetst en in grote lijnen juist bevonden door C.J. Bastmeijer, M.K. de Bruin & J.M. Verschuuren, Juridische toets doelensystematiek; Natura 2000 in Nederland, onderzoek in opdracht van Vogelbescherming Nederland, eindrapport, Universiteit van Tilburg, oktober 2006. Zie ook: J.M. Verschuuren & S.M.C. Erens, Juridisch advies betreffende locatie natuurherstel SBZ Westerschelde, Universiteit van Tilburg, november 2007.

⁴³ Zie: Ministerie van LNV, Natuurprogramma Westerschelde; Verantwoording realisering (minimaal) 600 hectare estuariene nieuwe natuur en de relatie met de instandhoudingsdoelstellingen Vogel- en Habitatrictlijn, 15 september 2005.

⁴⁴ Zie: advies Commissie Nijpels, met name ook bijlage 5 over de juridische aspecten.

⁴⁵ Zie: advies Commissie Nijpels, bijlage 4.

zijn. Dit blijkt pas uit het beheerplan, waarin wordt aangegeven op welke wijze de instandhoudingsdoelstellingen gerealiseerd zullen worden en wie daarvoor verantwoordelijk zijn. Met name is ook van belang wat er in de beheerplannen over bestaande activiteiten komt te staan. In de volgorde van besluitvorming volgens de Nbwet 1998 moeten eerst de aanwijzingsbesluiten, met daarin de instandhoudingsdoelstellingen, worden vastgesteld, en daarna pas de beheerplannen. In de praktijk wordt deze volgorde omgedraaid. Eerst worden de concept-beheerplannen opgesteld, daarna volgen pas de definitieve besluiten over de instandhoudingsdoelstellingen.

De aanwijzing van Natura 2000-gebieden als zodanig staat daarbij niet meer echt ter discussie. De Vrl-gebieden zijn namelijk al eerder definitief aangewezen. Ook voor de nog niet definitief aangewezen Hrl-gebieden ligt het niet voor de hand dat er nog gebieden waarvoor concept-aanwijzingsbesluiten zijn vastgesteld, zullen afvallen. De Hrl-gebieden zijn door de Europese Commissie, op voorstel van de betrokken lidstaat en in overleg met de andere lidstaten in de biogeografische regio, aangewezen als gebieden van communautair belang. Aangenomen mag worden dat hiermee de discussie welke gebieden voor welke soorten en habitattypen moeten worden aangewezen, afgesloten is.⁴⁶ Tegen de aanwijzing van de door de Commissie aangewezen gebieden van communautair belang stond rechtsbescherming open op het Gerecht van Eerste Aanleg en vervolgens op het HvJEG. Deze mogelijkheid is inmiddels verstreken en voor zover bekend is hiervan wat betreft de gebieden in Nederland geen gebruik gemaakt. Deze rechtsbescherming was er bovendien alleen voor belanghebbenden, een begrip dat in de jurisprudentie van het HvJEG zeer beperkt wordt uitgelegd. Weliswaar is er op nationaal niveau nog rechtsbescherming tegen de definitieve aanwijzingsbesluiten, maar deze lijkt zich feitelijk te beperken tot de precieze begrenzing van de gebieden. Het is niet waarschijnlijk dat de rechter door de aanwijzing zelf een streep zet, omdat bij de aanwijzing een grote discretionaire bevoegdheid voor de Europese Commissie en de lidstaten bestaat. Zij maken samen de keuze welke gebieden worden aangewezen. Daarbij moeten zij met name beoordelen welke gebieden 'het meest geschikt zijn', volgens wetenschappelijke maatstaven. Dit is inderdaad de invalshoek geweest bij de aanwijzing van de gebieden van communautair belang. De gebieden van communautair belang vallen volgens art. 4, lid 5, Hrl al meteen onder het beschermingsregime van art. 6 Hrl, ook een duidelijk signaal dat de aanwijzing van de gebieden als zodanig niet meer ter discussie staat. Overigens heeft er wel inspraak over de door Nederland voorgestelde lijst van aan te wijzen gebieden van communautair belang plaatsgevonden.

Zijn instandhoudingsdoelstellingen statisch of kunnen zij ook dynamisch zijn?

Tot besluit van deze paragraaf wordt opgemerkt dat het de vraag is in hoeverre natuurwaarden binnen een Natura 2000-gebied mogen worden veranderd. Deze vraag is juist voor dynamische natuurwaarden relevant.

Als voorbeeld kan worden genoemd het omzetten van graslanden die van belang zijn als foerageergebied voor ganzen in andere, meer dynamische, natuurwaarden in het

⁴⁶ Dit blijkt ook uit de conclusie van de advocaat-generaal bij het HvJEG van 23 oktober 2008 in zaak C-362/06. Gepubliceerd in *Bouwnrecht* 2008, nr. 187.

kader van het project 'Ruimte voor de Rivier'. Doorgaans wordt er in Nederland vanuit gegaan dat de Vrl en de Hrl statisch van karakter zijn en alles willen houden zoals het is. Dit wordt als een (principeel) probleem gezien voor plannen die meer dynamische natuurlijke omstandigheden in Nederland moeten terugbrengen.

Natura 2000-gebieden worden evenwel aangewezen met het oog op de bijdrage die zijn leveren aan de instandhouding van soorten en habitattypen in de EU, in het bijzonder in de betrokken lidstaat. Het doel van gebiedsbescherming is dat de soorten en habitattypen in Nederland in een gunstige staat van instandhouding (komen te) verkeren. Er is echter niets op tegen dat bij de invulling van het gebiedsbeschermingsregime voor een Natura 2000-gebied niet alleen wordt gekeken naar de bijdrage die het gebied aan het netwerk van Natura 2000-gebied als geheel reeds levert, maar dat daarbij ook de vraag wordt gesteld of deze bijdrage nog kan worden vergroot. Dit geldt met name voor soorten en habitattypen die nog niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren en waarvoor elders ook weinig verbeteringsmogelijkheden bestaan. Onder omstandigheden kan dit ten koste gaan van andere soorten en habitattypen waarvoor het gebied is aangewezen, maar dit hoeft geen onoverkomelijk bezwaar te zijn indien het gebied een bijdrage blijft leveren aan de instandhouding van de soort of het habitatype en de gunstige staat van instandhouding in de lidstaat hierdoor niet in gevaar komt. In de instandhoudingsdoelstellingen voor het desbetreffende Natura 2000-gebied kunnen dan andere natuurwaarden waarvoor het gebied is aangewezen, prioriteit krijgen. Er moet dan wel een causaal verband bestaan tussen de verbeteringsmaatregelen voor de ene soort en de achteruitgang voor de andere soort.



Teer guichelheil (Rode-Lijstsoort), Europoort, Rotterdam.

Als voorbeeld kunnen de instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden in het rivierengebied worden genoemd. Voor enkele ganzensoorten wordt enige teruggang van leefgebieden en aantallen ganzen aanvaard ten gunste van andere, meer dynamische natuurwaarden. Hierdoor wordt de gunstige staat van instandhouding van deze soorten in Nederland niet bedreigd, terwijl per saldo de bijdrage van de desbetreffende Natura 2000-gebieden aan het netwerk Natura 2000 waardevoller wordt. Dit is verwoord in 'ten gunste van' (instandhoudings)doelstellingen.

Het zal niet de bedoeling van de natuurbeschermingsregelgeving zijn dat dit soort veranderingen binnen een Natura 2000-gebied die de natuurwaarden van het gebied als geheel vergroten, volgens de natuurbeschermingsregelgeving niet mogelijk zouden zijn. In meer algemene zin wordt opgemerkt dat bij de interpretatie en toepassing van de natuurbeschermingsregelgeving vooral het oog moet worden gehouden op de behartiging van de belangen waarvoor deze regelgeving is opgesteld. Uit contacten met de Europese Commissie blijkt dit ook. Zoals in hoofdstuk 7 nog uitgebreider wordt toegelicht, wordt er in de praktijk ook vaak moeilijk gedaan over interpretaties die met de doelstellingen van de natuurbeschermingsregelgeving op gespannen voet staan.

Het lijkt op zichzelf geen probleem indien veranderingen van natuurwaarden binnen een Natura 2000-gebied tevens andere redenen hebben. In 'Ruimte voor de Rivier' hebben de maatregelen tevens de beveiliging van het rivierengebied tegen overstromingen tot doel. Dit is eveneens het geval in de 'Ontwikkelingsschets 2010' voor de Schelde.

Het is uiteraard niet de bedoeling dat activiteiten worden toegestaan in strijd met art. 6, leden 3 en 4, Hrl. De veranderingen moeten daarom altijd passen in de instandhoudingsdoelstellingen en in het beheerplan worden opgenomen. Dit laatste verdient alleen al aanbeveling omdat voor de maatregelen dan volgens art. 6, lid 3, Hrl geen vergunning meer vereist is.

In de instandhoudingsdoelstellingen moet een totaalbeeld van het beleid voor het Natura 2000-gebied worden gegeven en moet worden verantwoord op welke wijze het gebied een optimale bijdrage zal leveren aan de doelstellingen voor het Natura 2000-netwerk als geheel.

5.3 Verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen

Voor de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen is het van belang onderscheid te maken tussen de passieve aanpak en de actieve aanpak van gebiedsbescherming.

De passieve aanpak van gebiedsbescherming

De *passieve aanpak* bestaat vooral uit reageren op ontwikkelingen in en nabij Natura 2000-gebieden, die niet tot doel hebben een bijdrage te leveren aan de instandhoudingsdoelstellingen. Volgens art. 6, lid 3, Hrl (geïmplementeerd in de Nbwet 1998) houdt dit in dat vooraf toestemming voor een activiteit ('plan of

project') moet worden gegeven indien niet bij voorbaat zekerheid bestaat dat een activiteit geen significante gevolgen voor het gebied kan hebben. Dit blijkt uit het kokkelvisserij-arrest van het Hof van Justitie van de EG.⁴⁷

Het besluit inzake toestemming moet worden gebaseerd op wetenschappelijk verantwoord onderzoek dat voldoet aan de stand van de techniek, de zogenaamde 'passende beoordeling'. Aard, omvang en diepgang van het onderzoek hangen van vele factoren af, zoals de waarschijnlijkheid van gevolgen, de ingrijpendheid ervan voor de instandhoudingsdoelstellingen, trends die de natuurwaarden vertonen, kennisleemten en het relatieve belang van het Natura 2000-gebied voor het netwerk als geheel. Indien gevolgen optreden moeten deze zoveel mogelijk worden gemitigeerd. Dit houdt in dat het project zodanig wordt aangepast dat de gevolgen worden beperkt of voorkomen. Deze maatregelen maken deel uit van het project en moeten worden onderscheiden van de hierna te bespreken compenserende maatregelen.

Het bevoegd gezag kan voor een project slechts toestemming verlenen indien de 'passende beoordeling' hem de zekerheid heeft gegeven dat het project niet zal leiden tot aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied. Van 'zekerheid' is sprake wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het project dergelijke gevolgen niet zal hebben.⁴⁸ Het vereiste van 'zekerheid' is een uitwerking van het voorzorgbeginsel dat aan de Hrl ten grondslag ligt. Daarbij moet ook weer rekening worden gehouden met genoemde aspecten. Voor een voorbeeld van een dergelijke toetsing wordt weer verwezen naar het juridische deel van het advies Commissie Nijpels.⁴⁹

Hierop is een uitzondering mogelijk, indien is voldaan aan de vereisten van art. 6, lid 4, Hrl. Deze houden in dat er voor de activiteit een dwingende reden van groot openbaar belang moet bestaan, dat hieraan niet kan worden voldaan op alternatieve wijze en dat de gevolgen voor Natura 2000 worden gecompenseerd. Deze compensatie onderscheidt zich van mitigatie doordat het om maatregelen gaat die los staan van het project. Het is soms moeilijk te bepalen of maatregelen onderdeel zijn van het project en de bedoeling hebben nadelige gevolgen van het project te beperken of te voorkomen (mitigerende maatregelen) of een gevolg zijn van het project en bedoeld zijn om de nadelige gevolgen te compenseren. Een toetssteen hiervoor zou kunnen zijn dat compenserende maatregelen op zichzelf geen bijdrage leveren aan de realisatie van de doelstellingen van de activiteit en ook niet onlosmakelijk zijn verbonden met de activiteiten die hieraan wel bijdragen.

De actieve aanpak van gebiedsbescherming

Art. 6, lid 2, Hrl en art. 4, lid 4, Vrl verplichten lidstaten actief passende maatregelen te nemen om verslechtering van leefgebieden in SBZ-Vrl te voorkomen. Deze verplichtingen zijn vormvrij. Het komt er op neer dat het bevoegd gezag dat belast is met het beheer van het Natura 2000-gebied, in actie moet komen als er bestaand gebruik of autonome ontwikkelingen plaatsvinden waardoor de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar komen. Dit volgt uit art. 6, lid 2, Hrl.

⁴⁷ HvJEG 7 september 2004, C-127/02.

⁴⁸ HvJEG 7 september 2004, C-127/02 (Nederland).

⁴⁹ Advies Commissie Nijpels, bijlage 5.

Er is enige jurisprudentie van het HvJEG over de actieve instandhoudingsverplichtingen die de richtlijnen in het kader van gebiedsbescherming meebrengen.⁵⁰ Ierland was onvoldoende opgetreden tegen overbegrazing van heidegebieden die als leefgebied dienen voor het moerasneeuwhoen en is zijn uit art. 6, lid 2, Hrl voortvloeiende verplichtingen niet nagekomen. Griekenland had de zeeschildpad onvoldoende tegen verstoring beschermd.

Recentelijk heeft het HvJEG zijn eerdere jurisprudentie nog eens bevestigd.⁵¹ Enkele relevante overwegingen vatten de verplichtingen van de lidstaten samen.

(46) In dit verband moet eraan worden herinnerd dat artikel 4 van de vogelrichtlijn zowel voor de in bijlage I vermelde soorten als voor de trekvogels voorziet in een specifiek op deze vogels gerichte en versterkte regeling, die haar rechtvaardiging vindt in het feit dat het gaat om, respectievelijk, de meest bedreigde soorten en de soorten die tot het gemeenschappelijke erfgoed van de Gemeenschap behoren (arrest van 13 juli 2006, Commissie/Portugal, C-191/05, (...), punt 9 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Uit de negende overweging van de considerans van die richtlijn volgt overigens dat de bescherming, de instandhouding en het herstel van voldoende gediversifieerde en qua oppervlakte toereikende verblijfplaatsen onmisbaar is voor de instandhouding van alle vogelsoorten. De lidstaten zijn dus verplicht om de nodige maatregelen voor de instandhouding van die soorten te nemen (arrest van 28 juni 2007, Commissie/Spanje, C-235/04, (...), punt 23).

(150) In de eerste plaats kan volgens haar het toezicht op het voortbestaan en de voortplanting van de in de speciale beschermingszones voorkomende vogelsoorten niet alleen preventieve maatregelen noodzakelijk maken, maar ook actieve of positieve maatregelen die Ierland, op een uitzondering na, niet heeft getroffen. In de tweede plaats bestaat twijfel over de vraag of de relevante Ierse wetgeving werkelijk een rechtsgrondslag vormt op basis waarvan dergelijke maatregelen kunnen worden getroffen.⁵²

(154) Zoals de advocaat-generaal in punt 77 van haar conclusie heeft opgemerkt, mag de bescherming van de SBZ's niet beperkt blijven tot maatregelen om door de mens veroorzaakte externe aantastingen en storingen te vermijden, maar dient deze al naargelang van de situatie ook positieve maatregelen voor de instandhouding en de verbetering van de staat van het gebied te omvatten.

De instandhoudingsverplichting is niet beperkt tot gebieden waarvan de overheid eigenaar is. Zij is ook niet beperkt tot het voorkomen van achteruitgang van leefgebieden, maar omvat ook noodzakelijke herstelmaatregelen.⁵³ De verplichting achteruitgang tegen te gaan beperkt zich niet tot menselijke activiteiten, maar omvat ook natuurlijke ontwikkelingen.⁵⁴

⁵⁰ Zie voor voorbeelden dat een lidstaat deze verplichting niet had nageleefd: HvJEG 2 augustus 1993, C-355/90 (Spanje); HvJEG 25 november 1999, C-96/98 (Frankrijk); HvJEG 30 januari 2002, C-103/00 (Griekenland); HvJEG 13 juni 2002, C-117/00 (Ierland); A-G 14 september 2006, C-418/04 (Ierland). Zie: H.E. Woldendorp, Het Europese Hof over natuurbescherming, *Milieu- en Energierecht*, nummer 2007-1, p. 38-53. Dit tijdschrift is een uitgave van die Keure, Juridische uitgaven, te Brugge (003250-471272).

⁵¹ HvJEG 13 december 2007, C-418/04 (Ierland).

⁵² Dit is een stellingname van de Europese Commissie.

⁵³ HvJEG 13 juni 2002, C-117/00 (Ierland). Ierland zelf stelt dat herstelmaatregelen moeten worden genomen ter implementatie van art. 6 lid 2 Hrl, het HvJEG volstaat met de constatering dat onvoldoende maatregelen zijn genomen om verslechtering van leefgebieden te voorkomen.

⁵⁴ HvJEG 20 oktober 2005, C-6/04 (Verenigd Koninkrijk).

Art. 6, lid 1, Hrl betreft met name de beheer-, onderhouds- en instandhoudingsmaatregelen, die nodig zijn om de natuurwaarden te behouden of te herstellen. Indien er volgens de instandhoudingsdoelstellingen een verbeteropgave voor een soort of een habitatype bestaat, valt deze verplichting ook onder art. 6, lid 1, Hrl.

Zie voor een uitgebreide bespreking van de instandhoudingsverplichtingen ingevolge art. 6, leden 1 en 2, Hrl het juridische deel van het advies Commissie Nijpels.

Wie is verantwoordelijk voor de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen?

De instandhoudingsverplichtingen richten zich tot de lidstaten en niet tot particulieren, zoals de projectontwikkelaar of de eigenaar van het natuurgebied. In Nederland is dit geregeld in art. 21, lid 4, Nbwet 1998.

Omdat dit artikel minder bekend is, wordt de tekst hier weergegeven.

Art. 21 Nbwet 1998

1. Indien ten gevolge van het achterwege blijven van maatregelen het natuurschoon of de natuurwetenschappelijke betekenis van het beschermd natuurmonument in ernstige mate vermindert of dreigt te verminderen, kunnen vanwege gedeputeerde staten in het beschermd natuurmonument maatregelen worden getroffen die noodzakelijk zijn om het natuurschoon of de natuurwetenschappelijke betekenis te herstellen of te behouden.
2. De eigenaar en de gebruiker zijn verplicht het treffen van de maatregelen te gedogen.
3. (...)
4. Het eerste, tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing op een aangewezen gebied als bedoeld in artikel 10a, eerste lid,⁵⁵ (...), met dien verstande dat de noodzakelijke maatregelen worden getroffen, indien gelet op de instandhoudingsdoelstellingen de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in het aangewezen gebied verslechtert of indien er verstoringen optreden die een significant effect hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. In het geval het gebied wordt beheerd door of onder verantwoordelijkheid van Onze Minister⁵⁶ of een van Onze andere Ministers, worden zodanige maatregelen getroffen door Onze Minister onderscheidenlijk Onze andere Minister in overeenstemming met Onze Minister.

De woorden “worden getroffen” in lid 4 lijken er op te duiden dat het treffen van de noodzakelijke maatregelen verplicht is. Uit lid 1 blijkt dat dit voor (nationale) beschermde natuurmonumenten anders is (“kunnen ... maatregelen worden getroffen”). Dit verschil in formulering in lid 4 ten opzichte van lid 1 is terecht, omdat er ingevolge art. 6, leden 1 en 2, Hrl een Europese instandhoudingsverplichting voor de lidstaten geldt.

Het is niet mogelijk om particulieren voor te schrijven dat zij de nodige instandhoudingsmaatregelen treffen. Dit blijkt onder meer uit de regeling inzake het beheerplan in art. 19a, lid 1, Nbwet 1998. Het beheerplan wordt door GS, onderscheidenlijk de Minister van LNV, opgesteld “na overleg met de eigenaar, gebruiker en andere belanghebbenden”. Dit hoeft niet kennelijk tot overeenstemming te leiden, omdat de vaststelling van een beheerplan verplicht is en het bevoegd gezag dus

⁵⁵ Dit zijn de Natura 2000-gebieden.

⁵⁶ Dit is de Minister van LNV.

uiteindelijk, ook bij het ontbreken van overeenstemming, het beheerplan moet vaststellen. Dit is niet verplicht gesteld.

Dit betekent dat de overheid zo nodig de grondeigenaren en -gebruikers ervan moet overtuigen, tegen betaling, vrijwillig maatregelen te nemen. Voor maatregelen van overheidswege geldt een gedoogverplichting.

Deze regeling wijkt af van de regeling voor beheerplannen voor (nationale) beschermde natuurmonumenten in art. 17, lid 4, Nbwet 1998, luidende:

4. De eigenaar en de gebruiker zijn verplicht zorg te dragen voor de naleving van het beheerplan, ieder voorzover dat uit de aard van zijn recht voortvloeit.

In dat geval is de vaststelling van een beheerplan echter een bevoegdheid, die alleen kan worden uitgeoefend in overeenstemming met de eigenaar en de gebruiker, zoals blijkt uit art. 17, lid 1, Nbwet 1998.

Indien toestemming voor een activiteit wordt gevraagd, kan als voorschrift aan de toestemming de verplichting worden gesteld dat maatregelen worden genomen om bepaalde gevolgen van die activiteit te voorkomen of te beperken. Indien de aanvrager de maatregelen niet wil nemen, moet hij het besluit aanvechten in beroep of anders van de activiteit afzien. Dit blijkt onder meer uit de volgende uitspraak.⁵⁷

Met betrekking tot de Rugstreepad is van belang dat de diverse onderzoeksrapporten bevestigen dat de Rugstreepad ter plaatse voorkomt en dat tevens wordt aangegeven dat het leefgebied van dit dier valt in te passen in bebouwd gebied. Daartoe is nodig dat voldoende ruimte beschikbaar blijft en het landschap geschikt blijft voor de Rugstreepad.

In dit verband is van belang dat, gelet op artikel 10 van de WRO, een bestemmingsplan in beginsel slechts verbods- en geen gebodsbepalingen kan bevatten. Bezien dient te worden of de ontwikkelingen die het plan mogelijk maken, het voortbestaan van de Rugstreepad bedreigen en of in dat geval voldoende maatregelen kunnen en zullen worden getroffen om dit te voorkomen. Nu reeds voor de besluitvorming door de Minister van LNV een ontheffing van de verbodsbepalingen uit de Ff-wet ten behoeve van de Rugstreepad is verleend en in deze ontheffing voorwaarden zijn opgenomen die garanderen dat een voor de Rugstreepad geschikte biotoop behouden blijft, is verweerder er in redelijkheid vanuit kunnen gaan dat de Rugstreepad door de uitvoering van het bestemmingsplan niet in zijn voortbestaan wordt bedreigd en dat de Ff-wet, voor zover het de Rugstreepad betreft, niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

Het bevoegd gezag mag de bevoegdheid om instandhoudingsmaatregelen voor te schrijven natuurlijk niet aangrijpen om maatregelen te nemen die niets van doen hebben met de activiteit waarvoor toestemming wordt gevraagd, bijvoorbeeld om achterstallig onderhoud te verrichten. In dat geval zou sprake zijn van '*détournement de pouvoir*'.

Verhouding tussen de passieve en actieve aanpak van gebiedsbescherming

De verhouding tussen enerzijds de passieve component, anderzijds de actieve component in het gebiedsbeschermingsregime is minder duidelijk dan men op het eerste gezicht zou kunnen denken.

⁵⁷ ABRvS 21 september 2006, 200508299/1.

Het gaat hier juridisch gezien om de vraag wat de verhouding is tussen art. 6, leden 3 en 4, Hrl enerzijds en art. 6, leden 1 en 2, Hrl anderzijds.

Het Hof van Justitie van de EG (HvJEG) heeft deze vraag beantwoord in het kokkelvisserij-arrest.⁵⁸ Het ging daar om de kokkelvisserij in de Waddenzee. Voor de kokkelvisserij, een 'bestaand gebruik' dat al vele jaren plaatsvindt, is elk visseizoen opnieuw vergunning vereist. Er wordt getoetst of voor bepaalde vogelsoorten die van kokkels als hoofdvoedselbron afhankelijk zijn, dat jaar voldoende kokkels beschikbaar zijn.

Het HvJEG heeft in zijn arrest, kort gezegd, duidelijk gemaakt dat art. 6, leden 3 en 4, Hrl in feite een bijzondere regeling behelzen indien voor activiteit vooraf toestemming moet worden verleend. Indien niet bij voorbaat de zekerheid bestaat dat de activiteit geen significante gevolgen voor het Natura 2000-gebied kan veroorzaken, moet de toestemming gebaseerd zijn op een passende beoordeling. Er mag alleen toestemming worden verleend indien uit de passende beoordeling is gebleken dat, al dan niet na het treffen van mitigerende maatregelen, geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied te verwachten is. Na vergunningverlening overeenkomstig art. 6, leden 3 en 4, Hrl valt een activiteit onder art. 6, lid 2, Hrl. Indien de activiteit toch tot verslechtering of verstoring leidt en de instandhoudingsdoelstellingen voor de SBZ in gevaar brengt, moeten maatregelen worden getroffen om de achteruitgang te voorkomen.

Art. 6, lid 2, Hrl behelst een algemene beschermingsverplichting die altijd geldt, terwijl art. 6, leden 3 en 4, Hrl een bijzondere procedure van voorafgaande controle vereisen in gevallen waarin voor een project dat significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied kan veroorzaken, toestemming moet worden verleend. In feite is de regeling in art. 6, leden 3 en 4, Hrl dus een bijzondere regeling voor specifieke situaties, terwijl art. 6, leden 1 en 2, Hrl de meer algemene verplichtingen van de lidstaten omschrijven om een gebied in stand te houden en te beheren.

Met een algemene beschermingsverplichting zoals in art. 6, leden 1 en 2, Hrl is opgenomen, kan niet wordt volstaan. Het is namelijk verstandig eventuele nadelige gevolgen van een activiteit voor een Natura 2000-gebied grondig te onderzoeken voordat daarvoor toestemming wordt verleend, in plaats van achteraf nog te proberen de optredende (of opgetreden) gevolgen terug te draaien. Dat is niet alleen veel moeilijker en kostbaarder, maar ook in strijd met het beginsel van rechtszekerheid, inhoudende dat de overheid in beginsel niet terugkomt op een verleende toestemming, zeker niet als het geen nieuw overheidsbeleid betreft.

De verleende toestemming mag echter geen argument zijn dat de activiteit daarna niet meer kan worden aangepakt indien dit onverhoopt toch nodig blijkt te zijn omdat zij de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar brengt. Daarom is het volgens art. 6, lid 2, Hrl nodig dat de nationale regelgeving deze mogelijkheid biedt. Bovendien vallen onder die bepaling ook alle bestaande activiteiten waarvoor geen passende beoordeling heeft plaatsgevonden.

In Nederland werd er tot dit arrest van uitgegaan dat art. 6, leden 3 en 4, Hrl op nieuwe activiteiten ('plannen en projecten') betrekking heeft en art. 6, leden 1 en 2, op bestaande activiteiten. Dit gaat in het algemeen wel op, omdat doorgaans alleen

⁵⁸ HvJEG 7 september 2004, C-127/02 (Nederland).

voor nieuwe activiteiten toestemming moet worden verleend. Het kan echter wenselijk zijn dat ook voor een herhaling of voortzetting van activiteiten die al eerder werden verricht, voorafgaande toestemming wordt vereist. Hiervoor was aanleiding bij de kokkelvisserij, die aan de hand van de relevante ecologische omstandigheden en beleidsregels, voor elk visserijseizoen telkens opnieuw getoetst moet worden. In dat geval valt de activiteit onder art. 6, leden 3 en 4, Hrl.

5.4 Termijn voor de verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen

De Hrl noemt geen termijn waarbinnen de instandhoudingsdoelstellingen moeten zijn gerealiseerd. Er is discussie of voor de wateropgave van de instandhoudingsdoelstellingen de termijnen van de Kaderrichtlijn Water (KRW) gelden. Dat houdt in dat de doelstellingen in 2015 moeten zijn gerealiseerd, tenzij fasering tot 2021 of 2027 of, uiteindelijk, doelverlaging is toegestaan. Dit zou kunnen volgen uit art. 4, lid 1, onder c, KRW. Dit is echter bepaald niet duidelijk geregeld.

In de eerste plaats is niet duidelijk of de instandhoudingsdoelstellingen die verder gaan dan de milieudoelstellingen die uit de KRW zelf volgen, inderdaad in die bepaling worden bedoeld. De concept-amvb doelstellingen KRW, die in november 2008 in de Staatscourant voor inspraak is voorgepubliceerd, gaat ervan uit dat de Hrl dit onderwerp exclusief regelt en dat de verdergaande instandhoudingsdoelstellingen niet onder art. 4, lid 1, onder c, KRW vallen.

In de tweede plaats is het niet duidelijk of voor de doelstellingen waarop die bepaling van toepassing is, inderdaad de uitzonderingen van art. 4, leden 3 tot en met 7, KRW van toepassing zijn. In de concept-amvb wordt terecht gesteld dat dit het geval is. Hoewel dit niet heel duidelijk is geregeld, volgt dat uit de verwijzing in de uitzonderingsbepalingen naar alle milieudoelstellingen die in art. 4, lid 1, KRW worden genoemd, dus ook in onderdeel c. De verwarring hierover ontstaat omdat in art. 4, lid 1, onder c, KRW anders dan in de onderdelen a en b, niet naar de uitzonderingsbepalingen wordt verwezen. Het is wettechnisch gezien echter niet nodig en eigenlijk ook niet gewenst dat dubbelverwijzingen in bepalingen voorkomen.

In de derde plaats is onduidelijk wat de wateropgave precies inhoudt. Veelal is de wateropgave in de instandhoudingsdoelstellingen vooral bedoeld om gunstige omstandigheden voor soorten en habitattypen te scheppen. De waterkwaliteit kan een probleem zijn, maar vooral ook de waterkwantiteit in verband met verdroging. De ecologische milieudoelstellingen van de KRW hebben bovendien betrekking op organismen die in water leven, waaronder vissen. Het gaat echter om indicatoren voor de waterkwaliteit en niet om de bescherming van bijzondere soorten vissen als zodanig.

Voor vogels en andere soorten en voor habitattypen is het verband met de KRW tamelijk los gelegd. Vooralsnog vloeien uit dat uit de KRW voor het onderwerp van dit advies geen grote gevolgen voort, bijvoorbeeld niet voor de realisatie van dynamische natuur in het Natura 2000-gebied Westerschelde of voor de maatregelen in het kader van 'Ruimte voor de Rivier'.

5.5 Beheerplannen

Het belangrijkste instrument ter verwezenlijking van de instandhoudingsdoelstellingen is het beheerplan. In paragraaf 5.3 is hierover reeds het een en ander opgemerkt.

Een beheerplan heeft het behoud, het herstel of de ontwikkeling van het natuurschoon of van de natuurwetenschappelijke betekenis van het beschermde natuurmonument tot doel (art. 19a, lid 3, Nbwet 1998). Voor Natura 2000-gebieden geldt dit voor wat betreft natuurschoon indien dit in de instandhoudingsdoelstellingen staat als nationale toevoeging.

Volgens art. 19a, lid 1, Nbwet 1998 is de opstelling van een beheerplan voor elk Natura 2000-gebied verplicht.

Een beheerplan voor een Natura 2000-gebied wordt vastgesteld door GS dan wel de Minister van LNV, na overleg met eigenaren en gebruikers van het gebied. Op de vaststelling van een beheerplan is de uniforme voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing (art. 19a, lid 4, Nbwet 1998). Het beheerplan heeft rechtsgevolg, in zoverre voor activiteiten die overeenkomstig een beheerplan worden verricht, geen vergunningplicht geldt (art. 19, lid 2, Nbwet 1998). Het heeft geen rechtsgevolg in die zin dat eigenaren en gebruikers niet verplicht zijn om het beheerplan uit te voeren (zie paragraaf 5.3).

Voor Natura 2000 gebieden bevat de Nbwet 1998 een regeling (art. 21 Nbwet 1998) om te waarborgen dat in gevallen waarin de eigenaar of gebruiker van het terrein niet zelf de noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen willen nemen, deze maatregelen van overheidswege kunnen worden genomen. Deze maatregelen dienen door de eigenaar of gebruiker te worden gedoogd.

52% van de Natura 2000-gebieden die ingevolge de Hrl zijn aangewezen, is in het bezit van terreinbeherende organisaties, voor de Natura 2000-gebieden in de zin van de Vrl is dit 69%. De overige gebieden zijn in handen van een diverse groep eigenaren, onder wie particulieren. Het grootste deel van de grote wateren wordt beheerd door Rijkswaterstaat.⁵⁹ De meeste gebieden zijn in handen van meer dan één eigenaar. Zij zullen voor een gebied dus samen een beheerplan moeten opstellen.

Het ministerie van LNV heeft een uitgebreide handreiking over de opstelling van beheerplannen opgesteld.⁶⁰

Hoewel een beheerplan een juridisch instrument is, doet dit toch niet af aan de constatering dat het geen extra juridische mogelijkheden geeft om maatregelen te nemen die bijdragen aan de instandhoudingsdoelstellingen. Deze zijn sterk

⁵⁹ M.E. Sanders, W. Geertsema, M.E.A. Broekmeijer, R.I. van Dam, J.G.M. van der Gref-van Rossum & H. Blitterswijk, *Beleidsvaluatie Ecologische Hoofdstructuur en ganzenbeleid. Achtergronddocument bij Natuurbalans 2004*, Planbureau-rapport 11, Wageningen, Alterra 2004.

⁶⁰ Te vinden op de website van het ministerie www.minlnv.nl/natuurwetgeving.

afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de terreineigenaar of terreinbeherende organisatie. Omdat deze natuurbescherming vaak (mede) als doelstelling hebben, zal het doorgaans wel lukken de noodzakelijke beheer- en instandhoudingsmaatregelen in een beheerplan op te nemen, zeker als het reguliere activiteiten betreft. Zo nodig kan het bevoegd gezag de noodzakelijke maatregelen zelf nemen. Het is echter moeilijk om in te grijpen om de nadelige gevolgen van legale bestaande activiteiten te beperken, omdat hiervoor bijna geen wettelijke voorzieningen bestaan. Het is ook niet mogelijk om juridische verplichtingen om bepaalde maatregelen te nemen op te leggen aan particulieren.

De beheerplannen moeten ook monitoringsbepalingen bevatten, waarin wordt aangegeven op welke wijze wordt nagegaan in welke mate aan de instandhoudingsdoelstellingen wordt voldaan. Indien de resultaten van de getroffen maatregelen niet aan de verwachtingen blijken te voldoen, moeten zo nodig aanvullende maatregelen worden getroffen. Dit is mede afhankelijk van de reden waarom de beoogde resultaten niet zijn gerealiseerd. Indien de oorzaken hiervan buiten het Natura 2000-gebied zijn gelegen, kan dit niet worden toegerekend aan tekortschietende beheer- en instandhoudingsmaatregelen.

5.6 Wetsvoorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998

Juridische instrumenten voor de aanpak van bestaand gebruik

Uit het kokkelvisserij-arrest van het HvJEG⁶¹ moet worden geconcludeerd dat er een permanente mogelijkheid moet zijn om in te grijpen indien dit nodig is om de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied te realiseren.

Uit de jurisprudentie van het HvJEG blijkt dat de lidstaten in het soortenbeschermingsregime zich evenmin mogen beperken tot afwijzing van activiteiten waarvoor toestemming moet worden gevraagd. Het HvJEG wijst namelijk een regeling af, die inhield dat de verboden ter omzetting van de art. 12, 13 en 16 Hrl niet van toepassing waren op handelingen in het kader van rechtmatige activiteiten.⁶²

Uiteraard verdient het de voorkeur met eigenaren of gebruikers af te spreken dat zij zelf, al dan niet tegen kostenvergoeding, de benodigde maatregelen nemen, op het moment waarop en de wijze waarop dit voor hen het beste uitkomt. De Nbwet 1998 voorziet momenteel alleen in de mogelijkheid dat de overheid zelf de benodigde beheer- en instandhoudingsmaatregelen neemt, indien de eigenaar of gebruiker van het gebied niet wenst mee te werken. Het treffen van instandhoudingsmaatregelen zonder de bron van de problemen te kunnen aanpakken, is echter helaas dweilen met de kraan open.

Het voorgaande betekent dat het instrumentarium om soorten en habitattypen waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen, in een gunstige staat van instandhouding te brengen, tekortkomingen vertoont. Het is wél mogelijk om nieuwe activiteiten die nadelige gevolgen kunnen hebben, te verhinderen, maar het is niet

⁶¹ HvJEG 7 september 2004, C-127/02.

⁶² HvJEG 20 oktober 2005, C-6/04 (Verenigd Koninkrijk).

altijd mogelijk om bestaande activiteiten die op zich legaal plaatsvinden, te reguleren, wanneer dit noodzakelijk is voor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen. Het is daarom de vraag of art. 6, lid 2, Hrl wel voldoende is geïmplementeerd, tenzij de bevoegdheid dat het bevoegd gezag maatregelen neemt zo wordt geïnterpreteerd dat zij ook inhoudt dat bestaande activiteiten worden aangepakt. Dat is echter de vraag omdat die activiteiten niet door het bevoegd gezag zelf worden uitgevoerd en degene die de activiteit verricht dit op zichzelf legaal doet.

Dit is allemaal niet heel duidelijk, omdat de Vrl en de Hrl niet uitdrukkelijk vergen dat een einde wordt gemaakt aan bestaande activiteiten en dat eventueel zelfs ingrepen die in het verleden hebben plaatsgevonden, worden teruggedraaid. Voor dit laatste kan ook worden gewezen op de regeling in art. 4, lid 3, van de KRW. Hieruit blijkt dat menselijke ingrepen die een waterlichaam zodanig hebben veranderd dat daarin geen goede ecologische toestand kan worden gerealiseerd, onder bepaalde voorwaarden mogen worden gehandhaafd. Dit betekent dat de goede ecologische toestand niet kan worden gerealiseerd. Een dergelijke regeling staat niet in de Vrl of de Hrl. Indien het onder alle omstandigheden noodzakelijk is een gunstige staat van instandhouding van de soorten en habitattypen waarvoor de Natura 2000-gebieden zijn aangewezen, te realiseren, dan zouden in Nederland voor een aantal soorten en habitattypen in elk geval heel veel en heel grote ingrepen uit het verleden ongedaan gemaakt moeten worden. Dat de gunstige staat van instandhouding niet altijd even gemakkelijk wetenschappelijk is te onderbouwen, blijkt uit het advies Commissie Nijpels. In bijlage IV bij dat advies wordt aangegeven dat de verbeteropgave voor het Natura 2000-gebied Westerschelde onvoldoende is onderbouwd.

Wetsvoorstel tot wijziging van de Nbwet 1998 inzake bestaand gebruik

Bij de Tweede Kamer ligt momenteel een wetsvoorstel tot wijziging van de Nbwet 1998 voor. De procedure is in de fase van mondelinge behandeling aangekomen.

Het wetsvoorstel is er in de eerste plaats op gericht art. 4, lid 5, Hrl alsnog te implementeren. Hierin is bepaald dat de gebieden van communautair belang, overeenkomstig art. 6 Hrl moeten worden beschermd, ook al moeten zij door de lidstaten nog definitief als speciale beschermingszone worden aangewezen. Zo lang deze bepaling door Nederland nog niet is geïmplementeerd, neemt de ABRvS haar toevlucht tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht dan wel, indien dat niet mogelijk is, rechtstreekse toepassing van de Hrl.

Het belangrijkste doel van het wetsvoorstel is echter de regulering van bestaand gebruik. De vergunningplicht ingevolge art. 19d Nbwet 1998 heeft namelijk als gevolg van het kokkelvisserij-arrest van het HvJEG betrekking op alle activiteiten waarvan niet bij voorbaat duidelijk is dat zij geen significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied kunnen hebben. Dit was echter niet de bedoeling van de wetgever destijds. De wetgever had namelijk beoogd dat de vergunningplicht alleen van toepassing is op activiteiten die waarschijnlijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied hebben. Er zijn als gevolg van dit arrest veel meer bestaande activiteiten waarvoor nog niet eerder een vergunning is verleend, vergunningplichtig geworden. Dat zorgt niet alleen voor grote maatschappelijke onrust, maar is ook uit

het oogpunt van natuurbescherming niet nodig. Wel biedt dit natuurlijk een uitgelezen mogelijkheid om bestaand gebruik dat nadelige gevolgen voor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied heeft, alsnog aan te pakken. Deze mogelijkheid is enerzijds toch nog niet helemaal voldoende, omdat wel vergunde activiteiten die later de instandhoudingsdoelstellingen toch in gevaar blijken te brengen, buiten schot blijven. Anderzijds wordt met de vergunningplicht voor veel activiteiten als met een kanon op een mug geschoten.

Het wetsvoorstel introduceert gedurende een overgangsperiode waarin bestaand gebruik in afwachting van ‘regulering’ in het beheerplan tijdelijk niet vergunningplichtig is, de mogelijkheid zo nodig dat gebruik aan te pakken. Dit is nodig indien de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kan komen.

De Nbwet 1998 zal deze mogelijkheid echter niet permanent bevatten.

De vergunningplicht krachtens art. 19d Nbwet wordt opgeheven voor bestaand gebruik dat voor de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden geen significante gevolgen heeft. Activiteiten die in het beheerplan een plaats hebben gevonden, zijn volgens art. 6, lid 3, Hrl niet meer vergunningplichtig omdat ervan wordt uitgegaan dat de toetsing aan de Vrl en de Hrl al bij de opstelling van het beheerplan heeft plaatsgevonden en bij de uitvoering van het beheerplan niet meer hoeft te worden overgedaan.

In art. 19a Nbwet 1998 van het wetsvoorstel wordt de Minister van LNV de bevoegdheid toegekend om bepaalde maatregelen te treffen in situaties waarin, van de vergunningplicht ontheven, bestaand gebruik toch significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied blijkt te hebben. Deze regeling geldt in beginsel totdat de beheerplannen zijn vastgesteld. Dit moet 3 jaar nadat het aanwijzingsbesluit is genomen, gebeurd zijn.

Dynamische soorten en habitattypen onderscheiden zich voor de hier besproken problematiek niet van andere soorten en habitattypen. Dit neemt niet weg dat het juist voor dynamische soorten en habitattypen een probleem kan zijn dat de noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen niet altijd langs juridische weg kunnen worden afgedwongen. Een aantal van deze soorten en habitattypen verkeert namelijk in een ongunstige staat van instandhouding. Daarom zijn wél maatregelen nodig.

5.7 De Visdief en gebiedsbescherming

De Visdief is een van de soorten die in bijlage I Vrl worden genoemd. Voor deze soort moeten derhalve Natura 2000-gebieden worden aangewezen. Omdat alle vogelsoorten zijn aangewezen als beschermde soort, is daarnaast ook het soortenbeschermingsregime van toepassing.

In het Doelendocument wordt over de Visdief het volgende opgemerkt.⁶³

⁶³ Doelendocument, p. 169.

A 193 Visdief

Natura 2000 doel:

Behoud omvang en kwaliteit leefgebied voor herstel populatie tot 20.000 paren

Toelichting:

De visdief broedt verspreid over het grootste deel van Europa waarbij de aantallen van zuid naar noord toenemen. De dichtheid in Nederland is zeer aanzienlijk, typerend voor de delta van de grote rivieren, waardoor zich ook het hoge aandeel van de EU-populatie laat verklaren: 12%, waarmee het relatief belang zeer groot is. Na een sterke terugval tengevolge van landbouwgif in de 60er jaren vindt momenteel een voortdurend herstel plaats, *al lijkt dit momenteel te stagneren. Het areaal is daarbij echter achter gebleven.* De staat van instandhouding wordt als *matig ongunstig beoordeeld voor verspreiding, populatie en leefgebied*, maar de toekomst wordt als gunstig beoordeeld. De populatie lag in het eerste deel van de vorige eeuw op een niveau van 30.000 paren op grond waarvan een verdergaand herstel verwacht mag worden.

Ruim 80% broedt in Natura 2000-gebieden; vooral in het Waddengebied (Waddenzee (1)), de Delta (o.a. Haringvliet (109), Westerschelde & Saeftinghe (122), Oosterschelde (118)) en het IJsselmeergebied (IJsselmeer (72), Markermeer & IJmeer (73), Eemmeer & Gooimeer Zuidoever (77)).

Voor een toelichting op de criteria voor de selectie en begrenzing van Natura 2000-gebieden die voor de Visdief zijn aangewezen, kan worden verwezen naar p. 159-160 van het Doelendocument. Daar wordt een samenvatting gegeven van de aanwijzingsmethodiek voor Vrl-gebieden.⁶⁴

Tegen de achtergrond van het feit dat het grootste deel van de populatie van de Visdief in Natura 2000-gebieden leeft en de instandhoudingsdoelstellingen voor die gebieden ook de instandhouding van de soort in die gebieden moeten inhouden, zou geconcludeerd kunnen worden dat maatregelen buiten Natura 2000-gebieden voor de Visdief in beginsel niet noodzakelijk zijn om te kunnen voldoen aan art. 3 Vrl. Hierbij moet echter wel worden aangetekend dat de staat van instandhouding van de Visdief in Nederland matig ongunstig is, zodat verbetering van de situatie wenselijk is. De aanpak die in hoofdstuk 7 wordt beschreven leidt er in beginsel 'vanzelf' toe dat telkens nieuwe leefgebieden voor de Visdief ontstaan. Gezien de matige staat van instandhouding van de soort en de betekenis van Nederland voor de instandhouding van de Visdief in Europa, ligt het voor de hand van alle mogelijkheden gebruik te maken om hierin verbetering te brengen.

Bovendien lijkt bij het opstellen van het Doelendocument niet uitsluitend te zijn gekeken naar de staat van instandhouding van de soort in Natura 2000-gebieden. Ook kleinere populaties buiten die gebieden lijken te zijn meegenomen. Op p. 52 van het Doelendocument wordt voor de Visdief en een aantal andere soorten aangegeven dat in het Delta- en Waddengebied behoefte bestaat aan pionierhabitats. Deze hoeven niet per se uitsluitend binnen Natura 2000-gebieden te worden gerealiseerd. Buiten Natura 2000-gebieden zijn habitattypen en leefgebieden niet beschermd. Wel is het soortenbeschermingsregime van toepassing. Pionierhabitats worden veelal na verloop van tijd ongeschikter voor pioniersoorten doordat natuurlijke successie optreedt. Er moeten dan nieuwe pionierhabitats worden 'aangeboden'.

⁶⁴ Bron: Ministerie van LNV (2000), Nota van Antwoord Vogelrichtlijn, deel 1. Bijlage 1
Selectiecriteria en methode van begrenzing. Te vinden op de website van het ministerie van LNV.

Omdat ook binnen Natura 2000-gebieden ecologische dynamiek veelal niet meer ongestoord kan optreden, kan het nodig zijn door middel van beheer- en instandhoudingsmaatregelen te zorgen voor voldoende beschikbaarheid van geschikte leefgebieden voor pioniersoorten.

Het beleid voor de instandhouding van broedvogelsoorten zoals de Visdief, wordt beschreven op p. 58 van het Doelendocument.

Landelijke doelen broedvogels

Een bepaalde minimum omvang voor de Nederlandse populatie (een zogenoemde minimum-populatie) met een verdeling over een aantal deelpopulaties met een bepaald minimum aantal paren (zogenoemde sleutelpopulaties), is nodig voor duurzaam behoud van iedere Nederlandse broedvogel. Voor Natura 2000-soorten kunnen deze sleutelpopulaties deels binnen de Natura 2000 gebieden worden gerealiseerd. In een aantal gevallen echter is het Natura 2000 gebied te klein om een populatie van een dergelijke omvang te kunnen huisvesten. Voor deze gevallen kan met inachtneming van omliggende terreinen in de regio, wel het niveau van een sleutelpopulatie worden gehaald. Hierbij spreken we van een regionale sleutelpopulatie waaraan het Natura 2000-gebied een bijdrage levert. Voor niet alle soorten is het duurzame behoud voor Nederland een eenvoudige opgave.

Bij de formulering van de Natura 2000-doelen voor broedvogels zijn de volgende keuzes gemaakt.

(...)

Keuze bij broedvogels – matig ongunstig

Ongeveer éénzesde deel van de soorten verkeert in een matig ongunstige staat van instandhouding.

- Behoud: voor behoud van de omvang van de populaties is gekozen als de populatie in historisch perspectief gunstig afsteekt (...).
- Herstel: voor soorten waarvan het populatieniveau nog ver beneden het historisch niveau verkeert en waarvan de oorzaken door gericht natuur- en milieubeleid (verder) kunnen herstellen is een herstelopgave gewenst (... en visdief (A193)).

Samenvattend gesteld zijn er dus verschillende mogelijkheden om voor Nederland een gunstige staat van instandhouding voor de Visdief te realiseren.

- Beheer- en instandhoudingsmaatregelen binnen de Natura 2000-gebieden. De Nbwet 1998 biedt GS en de Minister van LNV de bevoegdheden die zij nodig hebben om zelf maatregelen te nemen indien de eigenaar, beheerder of gebruiker van het gebied deze maatregelen niet willen nemen. Deze laatste moeten de maatregelen dan gedogen. Indien legale activiteiten binnen of buiten het gebied de reden zijn dat de gunstige staat van instandhouding niet kan worden gerealiseerd, biedt de Nbwet 1998, zoals gezegd, in beginsel niet de mogelijkheid daar verandering in te brengen, behalve ten aanzien van bestaand gebruik in de overgangsperiode tot de vaststelling van de beheerplannen. De in hoofdstuk 7 geschetste oplossingen kunnen er ook binnen Natura 2000-gebieden toe bijdragen dat de staat van instandhouding van de Visdief wordt verbeterd. Dit kan ook een ‘compensatie’ zijn voor het probleem dat beheer- en instandhoudingsmaatregelen niet van eigenaren, beheerders of gebruikers van terreinen binnen het Natura 2000-gebied kunnen worden afgedwongen. Indien de oplossingen namelijk goed werken, zullen er voldoende geschikte leefgebieden beschikbaar zijn.
- Er kunnen aanvullende maatregelen buiten Natura 2000-gebieden worden genomen, waaraan de in hoofdstuk 7 geschetste oplossingen kunnen bijdragen.

Indien de Visdief feitelijk in een gunstige staat van instandhouding verkeert, heeft Nederland aan art. 3 Vrl voldaan. Het is hiervoor volgens het gebiedsbeschermingsregime niet nodig dat alle Visdieven in Natura 2000-gebieden leven en juridisch zijn beschermd. De bescherming die het soortenbeschermingsregime de Visdief biedt, is vergelijkbaar. Bij de ontheffingverlening op grond van art. 75 lid 5 Ffwet wordt rekening gehouden met de staat van instandhouding waarin een soort verkeert. Ook brengt art. 3 Vrl voor Nederland een verplichting mee zonodig instandhoudingsmaatregelen te treffen, zoals blijkt uit de elders in het onderhavige rapport beschreven jurisprudentie van het HvJEG.



Tijdelijke natuur met Slangenkruid en Jacobskruid, Europoort, Rotterdam.

6 Soortenbescherming

Helaas is het soortenbeschermingsrecht in het algemeen en het Vrijstellingsbesluit in het bijzonder zeer complex. De jurisprudentie van de ABRvS is bovendien casuïstisch. Voor tal van onderdelen van het beschermingsregime geldt dat bij interpretatie van vage begrippen moeilijk is te voorspellen tot welk oordeel de rechter zal komen. Voor een beschrijving van het soortenbeschermingsregime wordt verwezen naar de literatuur⁶⁵ en, vooral, naar de voorlichtingsbrochure 'Buiten aan het werk?' van het ministerie van LNV⁶⁶, die zonder meer het meest overzichtelijk is.

6.1 Beschermde soorten; doel van soortenbescherming; populatiebescherming en individuele bescherming

Enkele pioniersoorten en andere 'vroege soorten' vallen onder het Europese beschermingsregime. Het betreft soorten die zijn genoemd in bijlage IV Hrl en alle vogelsoorten, in het bijzonder vogelsoorten die zijn genoemd in bijlage I Vrl en trekvogels.

Op nationaal niveau zijn beschermde dier- en plantensoorten aangewezen bij of krachtens de Flora- en faunawet (Ffwet). Dit zijn alle soorten vogels, zoogdieren, amfibieën en reptielen, veel vissoorten, aangewezen overige diersoorten, en aangewezen plantensoorten. De aanwijzing van alle vogelsoorten is overeenkomstig de Vrl. De aanwijzing van de overige soorten gaat daarentegen verder dan het minimum dat door de Hrl wordt vereist.

De wijze waarop in Nederland in de passieve aanpak soorten worden beschermd, gaat ook in een ander opzicht waarschijnlijk verder dan Europeesrechtelijk is vereist. De Vrl is met name gericht op de bescherming van de soort als zodanig in een gunstige staat van instandhouding. Daarbij is het individu van de soort het aangrijppingspunt voor de toepasselijkheid van het juridische beschermingsregime, maar de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de gevolgen van een activiteit hangt af van de gevolgen voor lokale en regionale populaties. Indien de staat van instandhouding van de (meta)populatie niet in het geding is, kan voor de activiteit ontheffing van de desbetreffende verbodsbepaling worden verleend, ook als de activiteit nadelige gevolgen voor een individu van de soort heeft. Hierbij moet worden gelet op voor de soort relevante omstandigheden, zoals de zeldzaamheid,

⁶⁵ J.H.G. van den Broek, Bedrijvige beestjes blijven beschermd. Besluit vrijstellingen beschermde dier- en plantensoorten verruimd, *Bouwnet* 2005, p. 369-383; C. Aarts, C.J. Bastmeijer & M. van Geilswijk, Gedragcodes onder de Flora- en faunawet: een versterking van de soortenbescherming of het zwaard van Damocles?, *Milieu en Recht* 2006, nr. 8; S. van der Werf, Aansprakelijkheid en verantwoordelijkheidsverdeling binnen gedragscodes, *Journaal Flora en fauna* 2007, p. 35-46.

⁶⁶ Ministerie van LNV, *Buiten aan het werk? Houd tijdig rekening met beschermde dieren en planten; de Flora- en faunawet in de praktijk; informatie over vrijstellingen, ontheffingen en gedragscodes*, <http://www.hetlnvloket.nl/>. Deze brochure is besproken in *Journaal Flora en fauna* 2005, nr. 4/5, p. 127-128.

trend en staat van instandhouding.⁶⁷ Het is niet geheel duidelijk of de Vrl en/of de Hrl zo mag worden geïnterpreteerd dat alleen sprake is van overtreding van een verbodsbepaling indien een activiteit de lokale populatie in gevaar kan brengen. Dit staat op gespannen voet met de tekst van de richtlijnen. Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de overtreding gaat het echter niet om het individu als zodanig maar om de gevolgen voor de populatie.

De Ffwet gaat bij de passieve aanpak voorts verder dan de Vrl en de Hrl doordat het individubescherming tot doel heeft verheven, ook in situaties waarin de staat van instandhouding van de populatie niet in het geding is. Dat komt doordat tijdens de parlementaire behandeling naast populatiebescherming om ethische redenen ook individubescherming als wettelijke doelstelling is toegevoegd. In de praktijk valt dit verschil in benadering met de richtlijnen echter mee. Waarschijnlijk ontlopen de gevolgen van de verschillende benadering elkaar niet veel. Ontheffingaanvragen voor activiteit op grond van de Ffwet plegen te worden getoetst aan de hand van de gevolgen van de activiteit voor de populatie. De ethische aspecten komen vooral tot uitdrukking in de zorgplicht en in de voorschriften die aan de ontheffing worden verbonden. Dit lijkt een goede aanpak.

Volgens art. 2 Ffwet geldt een zorgplicht, waardoor onnodige gevolgen ook voor individuen moeten worden voorkomen of beperkt. Deze bepaling is in de Vrl, noch in de Hrl opgenomen. De zorgplicht houdt in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor dieren of planten en hun directe leefomgeving kan veroorzaken, dat handelen achterwege moet laten indien dat in redelijkheid van hem kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen moet nemen die in redelijkheid van hem kunnen worden gevergd zodat die gevolgen worden voorkomen of zoveel mogelijk beperkt of ongedaan gemaakt.

Het is onder omstandigheden mogelijk dat populatie- en individubescherming op gespannen voet met elkaar staan, zoals blijkt uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam⁶⁸. Hieruit blijkt dat in het kader van de zorgplicht ingevolge art. 2 Ffwet rondom een projectgebied amfibieschermen worden geplaatst om dieren die van buiten het gebied komen op te vangen en terug te zetten in het nabijgelegen voortplantingsgebied. De bedoeling is te voorkomen dat het gebied door de soort wordt gekoloniseerd. Omdat het gebied voor de soort een 'zeer geringe waarde' heeft, brengen de werkzaamheden de gunstige staat van instandhouding van de soort niet in gevaar en is er geen reden om hier vooraf een ontheffing voor aan te vragen.⁶⁹ In het algemeen zijn braakliggende bouwterreinen juist wel een belangrijk leefgebied voor de Rugstreeppad, zij het slechts tijdelijk,

⁶⁷ Zie uitgebreider: H.E. Woldendorp, Vogelbescherming: de wettekst als vogelverschrikker, *Milieu en Recht* 2008, p. 71-78.

⁶⁸ Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 7 april 2008, nr. AWB 08/1041 WET en AWB 08/1149 WET, *LJN* BC9281, en mijn noot bij deze uitspraak, gepubliceerd in *Bouwnet* 2008, nr. 170.

⁶⁹ Interessant in dit verband is de volgende publicatie: G. Smit, M. Melchers, Heeft een Rugstreeppad een vaste rust- en verblijfplaats?, *Journal Flora en fauna* 2006, 114-118. Zie ook: H.E. Woldendorp & C. Backes, Natuurontwikkeling door Tijdelijke natuur? Een dilemma: natuurbeschermings-regelgeving ontmoedigt natuurontwikkeling, *Journal Flora en fauna* 2005, 171-175.

totdat het terrein begroeid raakt. De getroffen maatregelen lijken niet gunstig voor de populatie van de Rugstreeppad. Een ontheffing voor de verwijdering voor tijdelijke natuur wordt immers onderbouwd met het belang van tijdelijke natuur voor flora en fauna. De uitspraak is zo op te vatten dat het ongeschikt maken van een potentieel leefgebied niet in strijd is met de verbodsbepalingen van art. 8-12 Ffwet en daarom is toegestaan. Voor individuele dieren is dit gunstig, voor populaties van de soort echter niet. Het is niet verplicht om tijdelijke natuur toe te staan. Er is dus niet een juridisch conflict tussen individubescherming en populatiebescherming, tenzij de zorgplicht zou worden aangegrepen als argument dat het ontstaan van tijdelijke natuur moet worden voorkomen.

6.2 Passieve soortenbescherming

Verbodsbepalingen

Het passieve beschermingsregime is voor vogels verwoord in art. 5 Vrl, voor andere beschermde dieren en voor beschermde planten in art. 12 en 13 Hrl. In Nederland zijn deze artikelen geïmplementeerd met de verbodsbepalingen in art. 8-12 van Ffwet. Art. 8-12 Ffwet verbiedt handelingen die nadelige gevolgen voor beschermde soorten kunnen veroorzaken, zoals het doden, verwonden of verstoren van dieren en het plukken of beschadigen van planten. Hierbij gaat het vooral om het weren van negatieve ontwikkelingen (passieve aanpak). Dit is vooral een juridisch beschermingsregime.

Blijkens de jurisprudentie zijn de verbodsbepalingen al van toepassing zodra één exemplaar van deze soort in het geding is.⁷⁰

Illustratief is de volgende overweging van de ABRvS.⁷¹

Op grond van (...) overweegt de Afdeling dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de bovengenoemde ontheffing niet is vereist omdat er volgens hem geen afbreuk gedaan zal worden aan de gunstige staat van instandhouding van de soort, aangezien het slechts een klein aantal Rugstreeppadden zou betreffen. Uit artikel 75, vijfde lid, van de Ffw volgt niet dat indien is aangetoond dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de soort er geen ontheffingsplicht geldt. Zodra een beschermde inheemse diersoort voorkomt in het plangebied en opzettelijk verontrust kan worden als gevolg van de uitvoering van het plan is hiervoor een ontheffing ingevolge de Ffw vereist. Hierbij is het aantal exemplaren van de beschermde inheemse diersoort in het plangebied niet van belang. De Afdeling stelt derhalve vast dat voor de aanleg van het voorziene bedrijventerrein in verband met de aanwezigheid van Rugstreeppadden in het plangebied een ontheffing ingevolge artikel 75, vijfde lid, van de Ffw is vereist van het in artikel 10 van deze wet opgenomen verbod.

Dit betekent, blijkens dezelfde uitspraak, echter niet dat voor de activiteit geen toestemming mag worden gegeven indien sprake is van schending van de verbodsbepalingen. Er zijn namelijk uitzonderingen op de verbodsbepalingen mogelijk, welke zijn opgenomen in art. 9 Vrl, onderscheidenlijk art. 16 Hrl.

⁷⁰ ABRvS 20 april 2005, 200407562/1; ABRvS 31 januari 2007, 200602576/1; ABRvS 5 april 2007, 200700281/1.

⁷¹ ABRvS 20 april 2005, 200407562/1.

Uitzonderingen op de verbodsbepalingen; vrijstelling en ontheffing

Voor dit rapport zijn vooral de uitzonderingsmogelijkheden in art. 75 Ffwet van belang. Er zijn meer uitzonderingsmogelijkheden, maar deze hebben betrekking op onder meer beheer en jacht en zijn hier minder van belang.

Een uitzondering kan de vorm van een vrijstelling of een ontheffing aannemen. Dit zijn juridische instrumenten die een verschillende werkingssfeer hebben.

Een *vrijstelling* is een algemene (categorale) uitzondering die bij amvb wordt verleend en waarop een ieder die een handeling verricht, waarvoor de vrijstelling geldt, gebruik kan maken.

Een *ontheffing* is een specifieke uitzondering voor één bepaalde handeling, waarvoor een aanvraag bij de Minister van LNV moet worden ingediend. De ontheffing geldt uitsluitend voor degene die de handeling verricht waarvoor de ontheffing is aangevraagd.

De uitzonderingen in het kader van de Ffwet gingen aanvankelijk minder ver dan de Vrl en de Hrl toestaan.

Van belang is vooral het Vrijstellingsbesluit. Het Vrijstellingsbesluit is enige tijd geleden gewijzigd.⁷² Sindsdien is het zeer ingewikkeld. Deze ingewikkeldheid wordt grotendeels veroorzaakt doordat het besluit zo veel mogelijk op de praktijk probeert in te spelen en daarbij tevens binnen de grenzen van het Europese recht probeert te blijven. De Europeesrechtelijke houdbaarheid van het besluit wordt in de juridische literatuur echter betwist.⁷³ De ABRvS heeft zich hier nog niet over uitgesproken. Er zijn wel uitspraken van lagere rechters waarin de verenigbaarheid van het Vrijstellingsbesluit met het Europese recht in twijfel wordt getrokken.⁷⁴ Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat, volgens standaardjurisprudentie van het HvJEG, de uitzonderingsgronden in de natuurbeschermingsrichtlijnen vrijwel letterlijk in het nationale recht moeten worden overgenomen en zeer strikt dienen te worden geïnterpreteerd. Van uitbreiding van de uitzonderingsgronden in de nationale regelgeving kan geen sprake zijn.⁷⁵

Verskillende soortenbeschermingsregimes

Soorten kunnen onder verschillende beschermingsregimes vallen. De zorgplicht ingevolge art. 2 Ffwet is echter voor alle soorten en in alle gevallen van kracht.

⁷² Stb. 2004, 501; inwerkingtredingsbesluit Stb. 2005, 70.

⁷³ M. van Geilswijk & A. Freriks, Wijzigingen Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten op gespannen voet met Europese natuurbeschermingsrichtlijnen, *Journal Flora en fauna* 2005, p. 63-71; B. Arentz & H.E. Woldendorp, Soortenbescherming Flora- en faunawet: complexiteit naar climax, *Milieu en Recht* 2005, p. 202-211; R. Neerhof, Het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten en de gedragscode: van de bomen en het bos, van de zoden en de dijk, *Journal Flora en fauna* 2005, p. 96-108.

⁷⁴ Voorbeeld: Voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem, 13 augustus 2007, nrs. AWB 07/4927 en AEB 07-4923, *Journal Flora en fauna* 2007, 151, met noot van L. Boerema; Rechtbank Haarlem, 11 maart 2008, nr. AWB 07-846. Zie uitvoerige noot bij de laatstgenoemde uitspraak, gepubliceerd in *Bouwnrecht* 2008, 168.

⁷⁵ Zie voor een overzicht van de jurisprudentie van het HvJEG: H.E. Woldendorp, Het Europese Hof over natuurbescherming, Milieu- en Energierecht (Vlaanderen) 2007-1, p. 38-53; zie ook de noot bij de uitspraak van de Rechtbank Haarlem, 11 maart 2008, nr. AWB 07-846, gepubliceerd in *Bouwnrecht* 2008, 168.

In de voorlichtingsbrochure 'Buiten aan het werk?' van het ministerie van LNV wordt een overzicht van de verschillende beschermingsregimes gegeven. Zonder raadpleging van deze brochure is de wetgeving inzake soortenbescherming bijna niet te begrijpen. In deze brochure worden de verschillende categorieën van beschermde soorten onderscheiden op grond van het beschermingsregime dat op grond van de Ffwet en het Vrijstellingsbesluit op elke categorie van toepassing is.

Er wordt onderscheid worden gemaakt tussen de volgende categorieën van soorten, met bijbehorende beschermingsregimes:

1. Algemeen voorkomende soorten. Hiervoor geldt volgens art. 75, lid 5, Ffwet een licht beschermingsregime. Een handeling kan worden toegestaan indien geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de soort die in het geding is. Er moet dan wel een vrijstelling of een ontheffing voor die handeling zijn verleend. In het Vrijstellingsbesluit is een vrijstelling verleend.
2. Strikt beschermde soorten. Dit zijn met name soorten van bijlage IV Hrl, alsmede bij algemene maatregel van bestuur (amvb) aangewezen soorten, die zijn te vinden in bijlage 1 bij het Vrijstellingsbesluit. Voor een activiteit waarop de verbodsbepalingen van art. 8-12 Ffwet van toepassing zijn, moet voor elk activiteit afzonderlijk een ontheffing worden verleend. Art. 75, lid 6, Ffwet bevat hiervoor een strikt beschermingsregime. Naast het vereiste van een gunstige staat van instandhouding van de soort gelden tevens de vereisten dat met de handeling een in art. 75, lid 6, Ffwet genoemd of bij amvb (art. 2 lid 3 Vrijstellingsbesluit) aangewezen (zwaarwegend) maatschappelijk belang is gemoeid en dat er niet een andere bevredigende oplossing is, waarmee dit belang kan worden verzekerd. Een ontheffing is ook vereist voor de overige soorten indien daarvoor geen gebruik kan worden gemaakt van een vrijstelling omdat deze niet op de desbetreffende activiteit betrekking heeft, er geen goedgekeurde gedragscode is opgesteld of de projectontwikkelaar zich niet houdt aan de voorwaarden waaronder deze is verleend.
3. Overige soorten. Hiervoor kan een vrijstelling gelden, dit echter alleen voor bepaalde activiteiten en op voorwaarde dat de desbetreffende sector een door de Minister van LNV goedgekeurde gedragscode heeft vastgesteld en door de projectontwikkelaar aan deze gedragscode wordt voldaan. Tot nog toe is een beperkt aantal gedragscodes vastgesteld en door de Minister van LNV goedgekeurd. Er zitten ook nog enkele gedragscodes in de 'pijplijn'. Een vrijstelling geldt alleen voor bestendig beheer en onderhoud, bestendig gebruik en/of ruimtelijke ontwikkeling en inrichting. Voor overige werkzaamheden is een ontheffing met lichte toets noodzakelijk.

De verbodsbepalingen en (potentiële) leefgebieden

Tot besluit van deze paragraaf wordt opgemerkt dat het volgens de verbodsbepalingen in art. 8-12 Ffwet niet verboden is om maatregelen te nemen om potentieel geschikte leefgebieden ongeschikt te maken. Hierdoor schiet het beschermingsregime in de Ffwet voor pioniersoorten die op braakliggende bouwterreinen zijn aangewezen, tekort.

Dit blijkt uit de jurisprudentie, bijvoorbeeld een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.⁷⁶ De rechter oordeelde dat het onaantrekkelijk of ongeschikt maken en houden van het terrein voor de vestiging van beschermde soorten niet in strijd is met de Ffwet en dat hiervoor geen ontheffing hoeft te worden aangevraagd. Tot de preventieve maatregelen die hiertoe doorgaans worden getroffen, behoort het frequent en kort maaien van het terrein. Uit de Ffwet noch de Vrl volgt volgens de voorzieningenrechter dat mogelijke vaste plekjes/kuiltjes waarnaar jaarlijks meeuwen zouden terugkeren om hun nest te bouwen en te broeden, vallen onder de in de Ffwet geboden bescherming van vaste rust- of verblijfplaatsen, nesten, eieren en de vogels zelf tijdens de broedperiode. De rechter concludeert: “Het ongeschikt maken en houden van het terrein voor broedvogels is daarom noch in strijd met de Ff-wet, noch in strijd met de Vrl en kan zonder ontheffing plaatsvinden.” Mocht er een enkel geval van broeden worden aangetroffen tijdens het zeer frequent plaatsvindende ecologisch toezicht op de bouwlocatie, dan moet hiervoor alsnog een ontheffing worden aangevraagd, welke volgens de Minister van LNV zal kunnen worden verleend.

6.3 Actieve soortenbescherming

De lidstaten hebben hiernaast een algemene verplichting om de Europees aangewezen soorten in een gunstige staat van instandhouding te houden of brengen. Omdat de overheid zelf het initiatief moeten nemen om maatregelen te nemen ter verbetering van de ongunstige staat van instandhouding van een soort, wordt in dit verband van actieve soortenbescherming gesproken (positieve ontwikkelingen bevorderen).

De leefgebiedenbenadering

De actieve aanpak is vooral een beleidsmatig beschermingsregime. Belangrijke voorbeelden hiervan uit het recente verleden zijn de soortenbeschermingsplannen die zijn opgesteld voor een aantal soorten dat momenteel in de problemen verkeert. Hiertoe behoren overigens geen kustvogels, waarop het onderhavige rapport, in navolging van het Alterra-rapport, met name betrekking heeft.

Sinds enige tijd is de Minister van LNV echter overgestapt op de leefgebiedenbenadering⁷⁷, omdat het huidige beleid⁷⁸ te geïsoleerd staat en uit een oogpunt van soortenbescherming te weinig rendement heeft. De soortenbeschermingsplannen hebben hierdoor weinig effect gesorteerd. Dit laatste verbaast overigens niet, omdat een soortenbeschermingsplan op zichzelf geen bevoegdheden of wettelijke verplichtingen schept om het plan te kunnen of moeten uitvoeren. Het falen van de plannen lag niet aan de kwaliteit van de plannen, maar aan het achterwege blijven van daadwerkelijke uitvoering van de daarin opgenomen maatregelen. Dit komt door het

⁷⁶ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam, Sector Bestuursrecht, 7 april 2008, nrs. AWB 08/1041 WET en AWB 08/1149 WET. Zie de noot bij deze uitspraak in *Bouwnrecht* 2008, 170.

⁷⁷ Dit beleid is door de Minister uiteengezet in een brief van 26 september 2005 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2005/06, 26 407, nr. 23.

⁷⁸ Zie ook Meerjarenprogramma uitvoering soortenbeleid 2000-2004.

ontbreken van voldoende financiën, maar vooral omdat het op vrijwillige medewerking van grondeigenaren en grondgebruikers is gebaseerd. Bovendien heeft de uitvoering waarschijnlijk weinig bestuurlijke en politieke prioriteit gehad.

De leefgebiedenbenadering houdt in dat de inspanningen meer op de bescherming van groepen van soorten in een gemeenschappelijk leefgebied zullen worden gericht in plaats van op individuen en individuele soorten. Deze aanpak dient vorm te krijgen door integratie van het soortenbeleid in andere beleidsterreinen, plannen en maatregelen. Daarbij dienen verantwoordelijkheden te worden verbreed, in die zin dat naast het rijk ook andere overheden en het bedrijfsleven een zekere verantwoordelijkheid voor de bescherming van soorten dragen.

De leefgebiedenbenadering wordt gekenmerkt door:

- Aanpak gericht op groepen van soorten in hun leefgebieden in plaats van individuele soorten. Maatregelen die voor één bedreigde soort worden genomen, kunnen ook ten goede komen aan andere soorten. De volgende leefgebieden worden onderscheiden: heuvelland, kustgebied, droge zandgronden, natte heide en hoogveen, beekdalen, moerassen, grote wateren, agrarisch landschap, rivierenlandschap en urbane natuur. Hierbij kan de volgende kanttekening worden geplaatst. Het leefgebied voor dynamische soorten kan wellicht tot het type 'urbane natuur' worden gerekend. Ook buiten de stedelijke invloedssfeer kunnen dergelijke leefgebieden echter voorkomen, bijvoorbeeld niet meer in gebruik zijnde landbouwgronden, en onder natuurlijke omstandigheden kan uiteraard ook sprake zijn van dynamische natuur zoals bij het type 'kustgebied'. Omdat bedoelde soorten specifieke eisen aan hun leefgebied stellen, waaraan de genoemde typen leefgebied veelal niet voldoen, verdient het aanbeveling dat terreinen met tijdelijke natuur in het beleid als een afzonderlijk type leefgebied worden onderscheiden. Hierdoor kan voor de soorten ook specifiek beleid worden ontwikkeld.
- Gebiedsgerichte aanpak en integratie in ander beleid.
- Verbreding van de verantwoordelijkheid voor het behoud van biodiversiteit. Er worden zoveel mogelijk andere partijen bij de uitvoering van het soortenbeschermingsbeleid betrokken, zoals gemeenten, waterschappen, terreinbeherende organisaties, soortenbeschermingsorganisaties, agrariërs en projectontwikkelaars.

Op zich lijkt dit een goede aanpak. De redenen waarom de soortenbeschermingsplannen niet zijn uitgevoerd, kunnen echter eveneens gelden voor de uitvoering van de leefgebiedenbenadering. De soortenbeschermingsplannen stonden een leefgebiedenbenadering niet in de weg en omgekeerd draagt de leefgebiedenbenadering bij aan de doelstellingen van de soortenbeschermingsplannen. Desondanks is er bijvoorbeeld geen gebruik gemaakt van het instrument aanwijzing van beschermde leefgebieden dat in de Ffwet wordt geboden. Het is daarom de vraag of de leefgebiedenbenadering wél gaat werken. Anders dan in het gebiedsbeschermingsregime zijn er in het soortenbeschermingsregime immers weinig juridische instrumenten voorhanden, naast de aanwijzing van beschermde leefgebieden. Zo

geldt er geen wettelijke verplichting voor grondeigenaren en grondgebruikers om beheer- en instandhoudingsmaatregelen te gedogen.

In de literatuur is voorgesteld een juridische koppeling aan te brengen tussen het passieve soortenbeschermingsbeleid en het actieve soortenbeschermingsbeleid.⁷⁹ Dit lijkt een verstandig voorstel, maar feitelijk gebeurt dit in het ontheffingsbeleid al. In de nieuwe leefgebiedenbenadering van de Minister van LNV wordt aangegeven dat de relatie tussen de wettelijke passieve bescherming en de actieve soortenbeschermingsmaatregelen zal worden verbeterd. Het is nog niet duidelijk op welke wijze die toezegging zal worden ingevuld.

Er zal waarschijnlijk meer moeten gebeuren, want welke maatregelen genomen moeten worden is op zichzelf al lang bekend. Het gaat erom dat de maatregelen ook daadwerkelijk worden genomen. Daarvoor is niet (alleen) een beleidsomslag nodig. Bovendien vraagt dit een enorme inspanning en veel bestuurlijke en politieke steun. Hieraan lijkt het vooralsnog te ontbreken.

Het is daarom van groot belang dat vrijwillige medewerking aan actieve soortenbescherming wordt gestimuleerd. Voor dynamische soorten zou het helpen indien de problematiek van de tijdelijke natuur wordt opgelost. In hoofdstuk 7 wordt daarop uitgebreider ingegaan.

Het is echter de vraag of het nog mogelijk is, als gevolg van de vergaande versnippering van leefgebieden en het gebrek aan ecologische dynamiek in Nederland, voor alle soorten een gunstige staat van instandhouding te realiseren.

Het juridische instrumentarium voor actieve soortenbescherming

De Nederlandse regelgeving biedt op het ogenblik nog onvoldoende instrumenten om te verzekeren dat alle noodzakelijke actieve maatregelen ter uitvoering van art. 3 Vrl kunnen worden genomen.⁸⁰

De ‘verplichtingen’ van art. 7 Ffwet zijn nogal vrijblijvend geformuleerd en hebben geen rechtsgevolgen, zeker niet voor particulieren. Er zijn geen wettelijke instrumenten waarmee actieve soortenbeschermingsmaatregelen kunnen worden afgedwongen, behalve, wellicht, de aanwijzing van het leefgebied van een beschermde inheemse dier- of plantensoort als beschermde leefomgeving. Dit instrument is geregeld in hoofdstuk IV Ffwet (art. 19 - 28).⁸¹

Het beleid is sterk afhankelijk van de vrijwillige medewerking van particulieren zoals grondeigenaren, beheerders en pachters van het gebied waar maatregelen moeten worden genomen.⁸² De continuïteit van de maatregelen is niet verzekerd. Er wordt een overeenkomst met de overheid gesloten, die telkens moet worden verlengd.

⁷⁹ F. Kistenkas, E. Steingröver & C. Vos, Het gebrek aan beleidsregels bij de Flora- en faunawet, *Journaal Flora en fauna* 2004, p. 121-125.

⁸⁰ In dezelfde zin de Raad voor het Landelijk Gebied: *Voorkomen is beter ...; Advies over soortenbescherming en economische ontwikkeling* (Publicatie RLG 02/5, april 2002), p. 37.

⁸¹ Voor een bespreking van dit instrument wordt verwezen naar paragraaf 1.13 van de editie 2004. Omdat in de praktijk van het instrument nog geen gebruik wordt gemaakt, is een bespreking hiervan in deze editie achterwege gelaten. Het instrument lijkt goede mogelijkheden voor soortenbescherming te bieden.

⁸² D.S. Huttenhuis, *De potentiële bijdrage van agrarisch natuurbeheer aan landschapskwaliteit*, Wageningen, 2004, Natuurplanbureau.

Opvolgende eigenaren en gebruikers van de grond zijn hieraan niet gebonden. Dit blijkt in de praktijk wel eens tot problemen te leiden. Een ander bezwaar van de vrijwillige medewerking is dat de overheid voor de uitvoering van haar soortenbeschermingsbeleid soms is aangewezen op minder geschikte terreinen die toevallig worden ‘aangeboden’ en voor de uitvoering van het soortenbeschermingsplan niet de beste terreinen kan ‘kiezen’.

Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

Er is enige jurisprudentie van het HvJEG⁸³ over het actieve soortenbeschermingsregime.⁸⁴ Deze arresten zijn uitgebreid gemotiveerd, zodat het Hof hiermee belangrijke signalen afgeeft dat de lidstaten het gemeenschapsrecht niet alleen moeten omzetten in nationaal recht maar ook daadwerkelijk de door de gemeenschapswetgever beoogde resultaten moeten verwezenlijken.

Ierland was volgens het Hof zijn uit art. 3 Vrl voortvloeiende verplichtingen niet nagekomen om voor het moerassneeuwhoen een voldoende gevarieerdheid van leefgebieden en een voldoende omvang daarvan in stand te houden of te herstellen (!). Ierland is, ook buiten SBZ's Vrl, onvoldoende opgetreden tegen overbegrazing van de heidegebieden waarvan het moerassneeuwhoen afhankelijk is. Volgens Ierland is het moerassneeuwhoen een zeer verspreide en niet bedreigde soort. De uit art. 3 Vrl voortvloeiende verplichtingen gelden echter ook reeds voordat een vermindering van het aantal vogels is vastgesteld of het gevaar van verdwijning van een beschermde soort is ingetreden, zoals het Hof al lang geleden had uitgemaakt.⁸⁵ Overigens waren een aanzienlijke achteruitgang van de populatie van het moerassneeuwhoen en een vermindering van zijn leef- en voortplantingsgebieden als gevolg van overbegrazing voldoende aannemelijk geworden. Ook binnen SBZ's Vrl is onvoldoende tegen overbegrazing opgetreden, zodat Ierland ook zijn uit art. 6, lid 2, Hrl voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen.

Naar alle waarschijnlijk zal Ierland binnenkort ook worden veroordeeld omdat het, in strijd met art. 4, leden 2 en 4, Vrl, buiten SBZ's Vrl onvoldoende bescherming biedt aan vogelsoorten als bedoeld in bijlage I Vrl, en trekvogels.⁸⁶ De A-G merkte in dit verband ook nog het volgende op: “The Commission concludes from the population falls and habitat decline that Ireland has not sought to avoid pollution and deterioration of habitats to a sufficient degree. This complaint is extremely ambitious. If the Commission's submission proves that Ireland has infringed Community law, the same complaint probably applies to many other Member States since similar developments are to be seen there.”

Griekenland was tekort geschoten in de uit art. 12, lid 1, sub b, en d Hrl voortvloeiende verplichting tot bescherming van de zeeschildpad. Een rechtskader

⁸³ Deze paragraaf is ontleend aan: H.E. Woldendorp, Het Europese Hof over natuurbescherming, *Milieu- en Energierecht*, nummer 2007-1, p. 38-53.

⁸⁴ Voor de Vrl: HvJEG 13 juni 2002, C-117/00 (Ierland). Voor de Hrl: HvJEG 30 januari 2002, C-103/00 (Griekenland).

⁸⁵ HvJEG 2 augustus 1993, C-355/90 (Spanje).

⁸⁶ A-G 14 september 2006, C-418/04 (Ierland).

dat deze soort beschermt tegen verstoring tijdens de perioden van voortplanting en tegen beschadiging of vernieling van zijn voortplantingsgebieden, was niet tijdig vastgesteld, en voorts waren niet alle concrete feitelijke maatregelen genomen en gehandhaafd die noodzakelijk waren om dit te voorkomen. Verstoringen vonden nog steeds meer dan incidenteel plaats. Het Hof merkte uitdrukkelijk op dat het niet relevant was dat, zoals Griekenland stelde, het aantal nesten van de zeeschildpad niet was verminderd.

Gedetailleerde kennis omtrent de soort en zijn leefomstandigheden en bedreigingen van zijn leefgebied zijn noodzakelijk om doeltreffende maatregelen te kunnen nemen. Ter implementatie van art. 12 lid 1 Hrl kan daarom gedetailleerde, systematische en langdurige monitoring noodzakelijk zijn, teneinde een beeld te krijgen van de staat van instandhouding waarin bijlage IV Hrl-soorten verkeren. De verplichting tot toezicht ingevolge art. 11 Hrl is fundamenteel voor de effectiviteit van de Hrl en moet daarom gedetailleerd, duidelijk en precies in nationaal recht worden omgezet.⁸⁷



Strook braakliggend industrieterrein naast broedkolonie van Kleine mantelmeeuw, E.ON, Europoort, Rotterdam.

⁸⁷ HvJEG 20 oktober 2005, C-6/04 (Verenigd Koninkrijk); A-G 21 september 2006, C-183/05 (Ierland); HvJEG 11 januari 2007, C-183/05 (Ierland).

7 Stimulering van tijdelijke natuur⁸⁸

7.1 Inleiding

In het voorgaande werd toegelicht dat de huidige (toepassing van de) natuurbeschermingsregelgeving averechts uitwerkt voor tijdelijke natuur. De wetgeving houdt in de praktijk nogal eens een aansporing in ervoor te zorgen dat zich op braakliggende terreinen in afwachting van de verwezenlijking van de definitieve bestemming geen tijdelijke natuur vestigt. Sommige soorten, met name pioniersoorten en andere ‘vroege soorten’, zijn voor hun instandhouding echter op dergelijke terreinen aangewezen als artificieel alternatief voor verloren gegane natuur met een grote natuurlijke dynamiek.

De volgende probleemstelling wordt nu in deze paragraaf besproken:
Hoe kan worden voorkomen dat eigenaren en beheerders van tijdelijk braakliggende terreinen zoals haven-, industrie- en bedrijventerreinen, door de natuurbeschermingsregelgeving worden ontmoedigd tijdelijke natuur tot ontwikkeling te laten komen?

De in deze paragraaf beschreven aanpak kan zowel van nut zijn voor soortenbescherming als voor gebiedsbescherming. In eerste instantie gaat het echter om soortenbescherming omdat het terreinen betreft, die slechts tijdelijk als leefgebieden voor pioniersoorten beschikbaar zullen zijn. Het is daarom niet de bedoeling dit leefgebied onder het gebiedsbeschermingsregime te brengen, omdat dit op een duurzame bescherming van een natuurgebied is gericht.

Ook in Natura 2000-gebieden kan de tijdelijke beschikbaarheid van steeds wisselende leefgebieden voor pioniersoorten echter bijdragen aan de verbetering van de staat van instandhouding van deze soorten. De kernleefgebieden van een metapopulatie van een dynamische soort kunnen het best via gebiedsbescherming worden beschermd. De aanpak in de haven van Antwerpen voor de Rugstreeppad, zoals beschreven in het artikel Rugstreeppad (Alterra), is hier een goed voorbeeld van.

De regeling van de soortenbescherming is gecompliceerd. Dynamische soorten vallen hierdoor onder verschillende soortenbeschermingsregimes. Niet voor alle soorten levert tijdelijke natuur een probleem op, omdat voor algemeen voorkomende soorten voor de verwijdering gebruik kan worden gemaakt van een vrijstelling. Er hoeft geen procedure voor voorafgaande toestemming te worden gevolgd en er kan door belanghebbenden geen bezwaar worden gemaakt of beroep worden ingesteld. Voor strikt beschermde soorten ligt dit anders. Hiervoor is immers altijd voorafgaande toestemming nodig en kunnen belanghebbenden beroep instellen. Vanwege het beperkte aantal gedragscodes tot nu toe, geldt dit ook voor de ‘overige soorten’.

⁸⁸ Deze paragraaf is een bewerking van: H.E. Woldendorp & C. Backes, Natuurontwikkeling door Tijdelijke natuur? Een dilemma: natuurbeschermingsregelgeving ontmoedigt natuurontwikkeling, *Journal Flora en fauna* 2005, p. 171-175.

Omdat vooraf niet bekend is welke soorten zich op een braakliggend terrein zullen vestigen en dit ook soorten kunnen zijn, waarvoor een ontheffing nodig is, maakt het in feite niet uit dat tijdelijke natuur voor algemene soorten geen probleem oplevert. Voor de andere soorten moet namelijk altijd een ontheffing worden aangevraagd.

7.2 Definitie van tijdelijke natuur

Voorwaarde voor ‘tijdelijke natuur’ is dat sprake is van een natuurvrij terrein in een niet-natuurlijke omgeving, dat in afwachting van de verwezenlijking van de definitieve niet-natuurbestemming een tijdelijke natuurbestemming krijgt. Tijdelijke natuur is een tussenfase in de bestemmingsverandering die het terrein ondergaat. Voorbeelden zijn braakliggende terreinen, zoals opgespoten land of voormalige weilanden of akkers.

Onder ‘tijdelijk’ kan worden gedacht aan een periode van ten hoogste 10 jaar. Dit is de termijn waarvoor in een bestemmingsplan een bestemming juridisch kan worden vastgelegd.⁸⁹

Een gebied met tijdelijke natuur valt als zelfstandig gebied doorgaans niet onder gebiedsbescherming, omdat alleen duurzame situaties voor aanwijzing als Natura 2000-gebied in aanmerking komen. Bij tijdelijke natuur staat het op voorhand vast dat er na verloop van enkele jaren op het terrein een andere bestemming zal worden gerealiseerd. Om die reden is het ook van belang dat de andere bestemming vaststaat op het moment dat op een braakliggend terrein natuurontwikkeling wordt toegestaan.

Van belang is dat er een natuurvrije referentiesituatie is. Op dat moment heeft de projectontwikkelaar de keuze het terrein natuurvrij te houden dan wel tijdelijk natuurontwikkeling toe te staan. Deze voorwaarde wordt hier gesteld omdat voorkomen moet worden dat allerlei onvergelykbare situaties onder het begrip tijdelijke natuur worden gebracht. Ook moet worden voorkomen dat onder de vlag van stimuleren van tijdelijke natuur in feite reeds bestaande natuurwaarden worden verwijderd zonder dat dit wordt getoetst aan de voorwaarden voor gebieds- en/of soortenbescherming. Bovendien is een natuurvrije referentiesituatie vereist, omdat een ontheffing op grond van art. 75 Ffwet, zoals in het hiernavolgende zal worden toegelicht, alleen kan worden verleend in het belang van de bescherming van de flora en fauna. Dit belang wordt in een natuurvrije situatie met ontheffingverlening gediend, omdat tijdelijke natuur door een projectontwikkelaar doorgaans alleen zal worden toegestaan indien hij zeker weet dat hij de natuurwaarden na verloop van tijd weer kan verwijderen. Uit het advies tijdelijke natuur (Ark) blijkt dat hiermee per saldo voor dynamische soorten een bijdrage wordt geleverd aan de instandhouding

⁸⁹ Meer over de 10 jaarstermijn van bestemmingsplannen in: D. Peters & M. de Bruin, Inspelen op klimaatverandering versus bestemmingsplanhorizon: een verkenning, in: *Juridische aspecten van klimaatverandering, Preadvies van de Werkgroep klimaatverandering en rechtsontwikkeling*, uitgave van de Vereniging voor Milieurecht, concept-rapport zoals gepresenteerd tijdens de studiemiddag op 26 november 2008.

van de soort. Dit rapport is tevens als uitgangspunt gehanteerd bij de opstelling van de beleidslijn tijdelijke natuur (LNV). De mogelijkheid van ontheffing heeft tot doel de projectontwikkelaar in een natuurvrije situatie over de streep te trekken om natuurontwikkeling op zijn terrein toe te staan.

Indien op een projectterrein reeds natuur aanwezig is, kan niet meer worden gesteld dat ontheffingverlening voor verwijdering van de natuur in het belang van de bescherming van flora en fauna is. In een dergelijke situatie kan ontheffingverlening geen extra tijdelijke natuur meer opleveren. Voor het verwijderen daarvan kan overigens wel gewoon een ontheffing worden aangevraagd en van een vrijstelling gebruik worden gemaakt. Doorgaans zal dit geen problemen opleveren.

Hierna wordt ingegaan op een aantal mogelijke oplossingen voor de problematiek van de tijdelijke natuur.

7.3 Oplossing 1: Een ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur

Wat houdt de oplossing in?

Oplossing 1 houdt in dat voor het verwijderen van tijdelijke natuur in een natuurvrije situatie, waarin de natuur nog tot ontwikkeling moet komen, ontheffing wordt verleend in het belang van de bescherming van flora en fauna. De redenering is dat door de verlening van deze ontheffing tijdelijke natuur ontstaat, hetgeen uit een oogpunt van natuurbescherming wenselijk is, zoals blijkt uit het advies tijdelijke natuur (Ark). De vernietiging van leefgebieden levert juist voor dynamische soorten doorgaans minder problemen op.

Deze oplossing is door het IMI voorgesteld in het advies tijdelijke natuur (IMI). Het is blijkens de beleidslijn tijdelijke natuur (LNV) de bedoeling van het ministerie van LNV om op deze weg verder te gaan. Er zullen *pilots* worden gehouden om de oplossing bij de rechter te toetsen. De bedoeling van de *pilots* is om een proefproces uit te lokken, om te toetsen of de voorgenomen beleidslijn in de praktijk werkt.⁹⁰ Het is voorts de bedoeling de problematiek tevens bij de Europese Commissie aan de orde te stellen. Daarna kan de beleidslijn definitief worden vastgesteld.

Deze aanpak is een reactie op een motie van de Tweede Kamer uit 2007. Hierin wordt de Minister van LNV verzocht om met ontheffingverlening in een aantal *pilots* een oplossing te vinden voor de problematiek van de tijdelijke natuur.⁹¹ Het gaat in deze motie over projecten waarvoor het gehele traject van besluitvorming is afgesloten en waarvan duidelijk is dat het er moet komen. Deze is een jaar later nog

⁹⁰ Brief van de Minister van LNV aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 11 juli 2008, Evaluatie Natuurwetgeving, Kamerstukken II 2007/08, 31 536, nr. 1, p. 3; brief van de minister van LNV aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 april 2007, Kamerstukken II 2006/2007, 30 690, nr. 4, Natuurbeleid; een onnodig groeiend ongenoegen.

⁹¹ Kamerstukken II 2006/07, 30 690, nr 11 (motie Jacobi c.s.).

eens herhaald. De Minister van LNV heeft hierop beide keren positief gereageerd.⁹² Wel gaf zij de laatste keer aan dat bedrijven niet zo maar in een *pilot* willen instappen zo lang de perspectieven niet helder zijn. Men wil weten of tijdelijke natuur op den duur toch niet permanente natuur zal blijken te zijn, als er zich bijzondere planten en dieren vestigen. Daarom is het volgens de minister terecht en begrijpelijk dat er nog wat aarzeling bestaat.

Het probleem van de projectontwikkelaar wordt alleen opgelost indien hem in de natuurvrije situatie zekerheid kan worden geboden dat hij tijdelijke natuur kan verwijderen zonder dat zijn project het risico van vertraging loopt. Deze zekerheid krijgt hij in oplossing 1 doordat de ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur bij de verwezenlijking van de definitieve bestemming van het terrein al wordt verleend voordat de tijdelijke natuur er is.

Complicaties die bij deze oplossing kunnen optreden

Er moet echter wel melding worden gemaakt van de volgende juridische complicaties waardoor niet zeker is dat de ABRvS oplossing 1 zal aanvaarden. Dit is juist de reden van de *pilots*. Overigens lijkt oplossing 1 juridisch goed verdedigbaar, reden om deze oplossing nog steeds voor te stellen.

In de *eerste* plaats is de verwijdering van begroeiing op zichzelf niet in het belang van de bescherming van flora en fauna. Dit zou nog wel kunnen indien de verwijdering is bedoeld om vegetatiesuccessie tegen te gaan en het terrein weer geschikt te maken voor pioniersoorten, maar dit is in dit geval juist niet de bedoeling van de verwijdering. Overigens kan ook in een dergelijk geval het belang van de bescherming van flora en fauna wel een reden voor ontheffingverlening voor de verwijdering van begroeiing zijn.

Hoewel ontheffingverlening voor de verwijdering van begroeiing vaak niet in het belang van de bescherming van flora en fauna is, ligt dit bij de definitieve verwijdering van tijdelijke natuur anders. Het belang van de bescherming van flora en fauna is hiermee gediend omdat tijdelijke natuur zonder ontheffingverlening veelal niet tot ontwikkeling zal komen en dan alle voordelen die tijdelijke natuur uit natuurbeschermingsoogpunt heeft, zouden worden misgelopen. Hierbij moet worden bedacht dat voor soorten die belang hebben bij tijdelijke natuur, een leefgebied in de meeste gevallen ook in natuurlijke omstandigheden slechts een tijdelijk leefgebied is. Deze soorten hebben zich er in bekwaamd van dergelijke voor de meeste andere soorten onaantrekkelijke leefgebieden, toch profijt te trekken.

Indien een activiteit alleen maar positieve gevolgen zou hebben voor flora en fauna is er overigens helemaal geen ontheffing vereist. De ontheffingsmogelijkheid is juist nodig omdat er door de uitvoering van de activiteit juist wel verbodsbepalingen worden overtreden.

Er zijn geen alternatieven. Er is immers sprake van een tijdelijke situatie, omdat het braakliggende terrein een definitieve niet-natuurbestemming heeft. Indien tijdelijke natuur tot ontwikkeling komt, is het onvermijdelijk dat deze op den duur ook weer moet worden verwijderd om de bestemming te kunnen verwezenlijken.

⁹² Kamerstukken II 2006/07, 30 690, nr 5; Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XIV, nr 3, p. 15.

In de *tweede* plaats zou kunnen worden gesteld dat een natuurvrij terrein alleen gedurende de eerste jaren een functie kan vervullen voor pioniersoorten en andere ‘vroege soorten’. Omdat deze soorten na kortere of langere tijd door natuurlijke successie vanzelf verdwijnen, is het niet nodig om hiervoor een ontheffing te vragen. De ontheffing heeft feitelijk juist betrekking op soorten die zich later op het terrein vestigen en die op populatieniveau weinig hebben te winnen bij tijdelijke natuur. Dit neemt niet weg dat de projectontwikkelaar de zekerheid moet hebben dat hij de tijdelijke natuur kan verwijderen en deze zekerheid kan alleen worden verkregen indien hij hier vooraf een ontheffing voor krijgt. Daarom mag de natuurwinst die met tijdelijke natuur wordt geboekt, in een dergelijk geval toch aan de ontheffingverlening worden toegerekend.

Bovendien zijn de soorten die zich later op het inmiddels begroeid geraakte terrein vestigen, veelal minder bijzondere soorten, zodat er geen gevolgen zullen zijn voor de (lokale) populatie van deze soorten. Er bestaat dan ook geen bezwaar tegen de ontheffingverlening. Veel van deze soorten zullen zelfs onder een vrijstelling vallen.

In de *derde* plaats lijkt het erop dat volgens de jurisprudentie van de ABRvS in de ontheffingaanvraag alle soorten waarvoor ontheffing wordt verleend, afzonderlijk moeten worden genoemd.⁹³ Dat is lastig, omdat nog niet met zekerheid bekend is welke soorten op het terrein afkomen. Op het moment dat er een soort over het hoofd wordt gezien, geldt de ontheffing niet voor die soort en moet daarvoor alsnog een ontheffing worden aangevraagd. In dat geval heeft de voorgestelde oplossing niet gewerkt. Dit probleem is in zoverre niet zo groot als het lijkt omdat doorgaans wel bekend is welke soorten te verwachten zijn. Maar er blijft toch een risico bestaan dat onverwachte soorten opduiken. De meeste projectontwikkelaars zullen door de oplossing ‘ontheffingverlening vooraf’ dan niet over de streep worden getrokken. Zij willen waarschijnlijk geen enkel risico aanvaarden die niet uit het project als zodanig voortvloeien.

“Initiatiefnemers staan huiverig om risico’s te nemen en de deur op een kier te laten staan voor juridisch onderlegde bezwaarmakers. Ook adviseurs en ambtenaren lijken soms verlamd door de vrees voor onverwachte wendingen, en het spelletje ‘zwartepieten’ dat daar onvermijdelijk op volgt.”⁹⁴

Bij een *vrijstelling* (voorgestelde oplossing 3) is dit in zoverre anders, omdat deze automatisch van toepassing is, zonder nadere procedures, op alle soorten die feitelijk op het terrein voorkomen. Een inventarisatie van die soorten blijft echter ook dan nodig, omdat zich daaronder ook strikt beschermde soorten kunnen bevinden, die ontheffingsplichtig zijn.

Het is de vraag of de rechter zal accepteren dat in de ontheffingaanvraag de soorten niet worden gespecificeerd. Het is in het belang van de bescherming van flora en

⁹³ ABRvS 19 november 2004, 200402314/1. In deze zaak konden de gemeente Aalsmeer en de provincie Noord-Holland zich voor de aanleg van bouwterrein niet beroepen op een ontheffing die aan hen was verleend krachtens art. 75, lid 4, Ffwet, omdat het *in casu* om de Rugstreeppad ging en die soort in de ontheffing niet was genoemd en de ontheffing bovendien uitsluitend betrekking had op de verlegging van een weg. Zie ook: ABRvS 17 maart 2005, nrs. 200410026/2, 200410027/2 en 200410028/2.

⁹⁴ K. Vertegaal, F. Heinis & R. Goderie, Op zoek naar een nieuw evenwicht; natuur en economie in de kustzone, in Toets2005, p. 10.

fauna dat de ontheffingaanvraag niet alle soorten afzonderlijk hoeft te vermelden, omdat nu eenmaal per definitie niet volledig bekend is om welke soorten het gaat. Er kunnen alleen maar soorten worden genoemd die zouden kunnen opduiken. Van geen enkele pioniersoort is aangetoond dat de lokale populatie na een tijdelijk terreingebruik slechter wordt van ontheffingverlening. Individuen van de soort worden zoveel mogelijk beschermd via de zorgplicht en aan de ontheffing te verbinden voorschriften. Mochten er desondanks individuen slachtoffer worden van de activiteit, dan is dat op populatieniveau niet relevant. De populatie heeft er meer baat bij dat tijdelijke natuur tot ontwikkeling komt dan dat elk nadelig gevolg van verwijdering van tijdelijke natuur voor een individu wordt voorkomen. Dit neemt niet weg dat om de zorgplicht en ontheffingsvoorschriften te kunnen naleven voor de verwezenlijking van de definitieve bestemming wel een inventarisatie van de aanwezige soorten moet plaatsvinden. De activiteit moet dus 'met beleid' worden uitgevoerd. De zorgplicht en de ontheffingsvoorschriften zijn ervoor om de activiteit in goede banen te leiden.

Hoewel de juridische tegenwerpingen in het voorgaande niet geheel zonder grond lijken, moeten in dit geval de zaken toch op een wat hoger abstractieniveau worden beschouwd. Met een blik op de huidige praktijk is het duidelijk dat juist vanwege mogelijke problemen bij de toepassing van de natuurbeschermingsregelgeving maatregelen worden genomen om de ontwikkeling van tijdelijke natuur te verhinderen en dat dit vanuit natuurbeschermingsoogpunt een ongunstig perspectief is. De rechter zal de ontheffingverlening in het licht van de doelstellingen van de Ffwet moeten toetsen, natuurlijk niet met voorbijgaan aan de tekst van de wet. Een zodanige interpretatie van de wet dat de doelstellingen juist niet gerealiseerd kunnen worden, ligt niet voor de hand indien er ook andere interpretaties mogelijk zijn, die beter passen bij de strekking van deze wet.

In theorie kan uit de wetsgeschiedenis een conflict in doelstellingen worden afgeleid. In dat geval zou men kunnen zeggen dat de wet niet alleen om natuurbeschermingsredenen op populatiebescherming is gericht, maar ook om ethische redenen op individubescherming. Er moet aan beide doelstellingen worden voldaan. In het geval van tijdelijke natuur wordt alleen aan de natuurbeschermingsdoelstellingen voldaan. In het licht van de Vrl en de Hrl lijkt mij voldoende duidelijk dat de regelgeving vooral op populatiebescherming is gericht en overigens nog zoveel mogelijk individubescherming probeert te bieden. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Ffwet blijkt niet erg duidelijk dat in dezelfde mate als natuurbescherming, ook individubescherming een doelstelling van de Ffwet is. De doelstelling individubescherming wordt in de aanhef van de wet genoemd, maar niet in de tekst van de wet.

Het belang van individubescherming lijkt vooral tot uiting te komen in de algemene zorgplicht van art. 2 Ffwet en overigens tot uitdrukking moet worden gebracht in de voorschriften die aan de ontheffing of vrijstelling worden verbonden, of in de gedragscode worden opgenomen.

Een voorschrift zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat het verwijderen van begroeiing bijvoorbeeld niet tijdens het broedseizoen van een soort mag plaatsvinden of dat individuen van de soort worden gevangen en elders weer uitgezet. Een

voorschrift kan ook zijn dat elders een nieuw leefgebied wordt ingericht waar dieren naar toe kunnen trekken of verplaatst kunnen worden. Dit voorbeeld wordt in een rapport van het ministerie van LNV⁹⁵ aangehaald. Daarin wordt als voorbeeld ook een proactieve benadering genoemd, waarbij maatregelen worden genomen zodat soorten algemener zullen voorkomen. Daarbij wordt gewezen op de gebiedsgerichte zorg voor de Rugstreeppad en de Moeraswespenorchis in het Rotterdams havengebied, een initiatief van het Havenbedrijf Rotterdam dat wordt meegewogen bij het verlenen van specifieke ontheffingen.

In de *vierde* plaats is het de vraag of een ontheffing al jaren voordat de activiteit waarop zij betrekking heeft, aangevraagd kan worden. Dit is normaal gesproken niet mogelijk. Ook is een toestemmingsbesluit doorgaans niet onbeperkt houdbaar. In dit geval is het echter geen probleem, omdat de activiteit waarvoor ontheffing wordt verleend met grote zekerheid zal plaatsvinden. De ontheffing kan niet op een later moment worden verleend omdat zij dan geen zin meer heeft. Bovendien is zij dan niet meer in het belang van de bescherming van flora en fauna omdat ontheffingverlening niet meer tot tijdelijke natuur kan leiden. De tekst van de Ffwet staat hieraan niet in de weg. Omdat er wel een definitieve bestemming op het terrein moet rusten, gaat het om ten hoogste 10 jaar.

De Vrl, Hrl en de Ffwet vereisen niet alleen dat er een erkend belang met de verlening van een uitzondering op de verbodsbepalingen is gemoeid, maar ook dat er 'geen andere bevredigende oplossing' bestaat. Voor de verwijdering van tijdelijke natuur bestaat doorgaans geen andere oplossing om het project te kunnen uitvoeren. Voor het project als zodanig bestaat ook geen alternatief, omdat de tijdelijke natuur zonder dat project helemaal niet tot stand komt. Op het moment waarop op de ontheffingaanvraag moet worden beslist, is er daarom geen alternatief voor toestemmingverlening voor het project of de plaats waar het project zal worden uitgevoerd.

De ontheffing kan ook betrekking hebben op soorten die door de Vrl en de Hrl worden beschermd, omdat ook deze richtlijnen het belang van de bescherming van flora en fauna als uitzonderingsgrond kennen. Overigens is uit informele contacten met DG Milieu van de Europese Commissie gebleken dat daar *überhaupt* geen bezwaren vanuit de Vrl of de Hrl worden gezien, waardoor de verwijdering van tijdelijke natuur niet vooraf, in een natuurvrije situatie, zou kunnen worden toegestaan. Ik beschouw dit echter meer als een beleidsmatig dan een juridisch oordeel. In dit rapport is geprobeerd voldoende juridische onderbouwing voor het beleidsoordeel te geven.

Ontheffingverlening voor de verwijdering van tijdelijk natuur kan ook anders worden gemotiveerd dan met een beroep op het belang van de bescherming van flora- en fauna. Gesteld zou kunnen worden dat het terrein voor pionierssoorten niet het meest geschikte leefgebied is. Deze redering werd aanvankelijk gevolgd bij het ministerie van LNV. Het probleem is echter dat de omstandigheid dat men een andere

⁹⁵ Ministerie van LNV, Doelmatigheid natuurwetgeving, Definitief rapport 10 maart 2008.

bestemming dan natuur voor het terrein voor ogen heeft, op zich geen grond is om natuur te mogen verwijderen. Ook een terrein waar menselijke activiteiten plaatsvinden, kan als leefgebied voor soorten geschikt zijn. Geschikte leefgebieden zijn niet alleen natuurgebieden. Het is juist de kern van 'tijdelijke natuur' dat deze zich ontwikkelt in een niet-natuurlijke omgeving. De omstandigheid dat een terrein geen natuurgebied is, kan daarom geen argument zijn om geen rekening te houden met natuurbeschermingsbelangen. De soorten hebben het terrein zelf als leefgebied verkozen, dus is het geschikt. Voor pioniersoorten wordt het terrein in de meeste gevallen weliswaar minder geschikt, maar tegelijkertijd wordt het geschikter voor andere soorten die wel begroeiing in hun leefgebied wensen. Voor die soorten kan het terrein dus ook een geschikt leefgebied zijn.

De tijdelijkheid speelt in het soortenbeschermingsregime dus geen rol, wel kan dit natuurlijk een reden zijn om het gebied niet als beschermd natuurgebied aan te wijzen, omdat geen sprake is van een permanent leefgebied.

7.4 Oplossing 2: Integreren van de ontheffing voor de verwijdering van tijdelijke natuur in de ontheffing voor het project zelf

Inmiddels is gebleken dat de *pilots* voor tijdelijke natuur moeilijk van de grond komen. Projectontwikkelaars willen veelal geen risico's nemen voor hun project, zoals de Minister van LNV ook al constateerde. Bovendien is het nog de vraag of de *pilots* de gewenste duidelijkheid en zekerheid gaan bieden en ook of dat voldoende is om projectontwikkelaars over de streep te trekken.

Een alternatief zou kunnen zijn om de zaken te regelen in de ontheffing die wordt verleend voor het project waarvoor activiteiten worden verricht, die tijdelijk voorzien in een leefgebied voor dynamische soorten. Dit houdt bijvoorbeeld in dat in de ontheffing die wordt verleend voor de aanleg van een woonwijk of havenuitbreiding, ook een regeling wordt getroffen voor de periode dat het projectterrein braak ligt. In de aanvraag voor het project kan tevens de verwijdering van de tijdelijke natuur die zich op het terrein vestigt, worden opgenomen. De Minister van LNV blijft dan afhankelijk van vrijwillige deelname aan deze *pilot* omdat de aanvrager in eerste instantie bepaalt waarvoor hij de aanvraag indient. Het voordeel van de integratie van de aanvraag voor de verwijdering van de tijdelijke natuur in de ontheffingaanvraag is dat er geen afzonderlijk besluit nodig is. Omdat ook voor de verwijdering van tijdelijke natuur al een ontheffing moet worden aangevraagd voordat de natuur tot ontwikkeling is gekomen, is het zelfs mogelijk dat de aanvragen toch al op ongeveer hetzelfde moment moeten worden ingediend. Ook is niet ondenkbaar dat voor het bouwrijp maken van het projectterrein zelf al een ontheffing is vereist, bijvoorbeeld voor het opspuiten van zand. Ook daarvoor zal in veel gevallen al begroeiing moeten worden verwijderd, terwijl het bestaande gebied bovendien met een laag grond wordt bedekt.

Een voordeel van deze oplossing is dat het logisch lijkt om voor het gehele project en alle tussenliggende fasen één ontheffing te verlenen.

Ook deze oplossing zou via een *pilot* kunnen worden getoetst.

7.5 Oplossing 3: Een vrijstelling voor de verwijdering van tijdelijke natuur

Een vrijstelling heeft als voordeel dat er geen procedures meer aan te pas komen wanneer tijdelijke natuur wordt verwijderd.

In het Vrijstellingsbesluit is voor gewone soorten een vrijstelling verleend. Voor overige soorten is de vrijstelling afhankelijk gesteld van een door de sector op te stellen en door de Minister van LNV goed te keuren gedragscode. Dit is op zichzelf niet een vereiste dat de Ffwet stelt. In de Ffwet wordt ervan uitgegaan dat aan een vrijstelling voorschriften worden verbonden, waaraan moet worden voldaan om van de vrijstelling gebruik te mogen maken.

Een nadeel van de vrijstelling in vergelijking met een ontheffing is dat zij waarschijnlijk niet kan worden verleend voor soorten van bijlage IV Hrl. Het is echter niet helemaal zeker of de Hrl een individuele toetsing per geval verlangt indien een individu van een soort van bijlage IV Hrl in het geding is. Voor vogels doet deze vraag zich ook voor. In het Vrijstellingsbesluit wordt voor vogels wel een (generieke) vrijstelling verleend.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de uitzonderingscriteria uitdrukkelijk moeten worden toegepast en gemotiveerd.⁹⁶ Dit zou kunnen betekenen dat de aanwezigheid van een dwingende reden en van groot openbaar belang en de afwezigheid van alternatieven aspecten zijn, die individueel moeten worden getoetst in een ontheffingprocedure. Bij de bespreking van oplossing 1 is echter al aangegeven dat er geen alternatieven zijn voor verwijdering indien tijdelijke natuur wordt gestimuleerd. Het belang van de bescherming van flora en fauna is daarnaast een voldoende reden voor vrijstelling. Alleen moet in dat geval het Vrijstellingsbesluit worden aangepast omdat dit belang daarin nu nog niet als reden voor de verlening van vrijstelling wordt genoemd.

Indien voor een soort van bijlage IV Hrl, zoals de Rugstreeppad, vooraf goed te bepalen is onder welke omstandigheden geen bezwaar tegen de vrijstelling bestaat, lijkt een vrijstelling mogelijk. Er lijkt echter onder omstandigheden toch wel een individuele toetsing nodig, bijvoorbeeld als een activiteit gevolgen heeft voor een kernleefgebied van een metapopulatie van bijvoorbeeld de Rugstreeppad. In dat geval kan niet zonder meer ontheffing worden verleend. Of sprake is van een leefgebied van een soort zoals de Rugstreeppad, of dat individuen slechts toevallig even op een terrein voorkomen, dat verder zonder wezenlijke betekenis voor de soort is, is niet altijd gemakkelijk vast te stellen, zoals in paragraaf 4.3 al is gebleken. Natuurlijke successie verloopt ook niet overal even snel.

Van dit soort onduidelijkheden mag de vrijstelling echter niet afhankelijk zijn. Zo niet, dan biedt een vrijstelling geen oplossing voor de problematiek van de tijdelijke natuur, omdat dan te laat kan blijken dat toch een ontheffing noodzakelijk was.

⁹⁶ ABRvS 30 juni 2004, 200402314/1; ABRvS 20 april 2005, 200407562/1.

Aan de andere kant kan worden gesteld dat het om tijdelijke natuur gaat op braakliggende terreinen die een andere bestemming dan natuur hebben. In wezen geldt voor vrijstelling hetzelfde verhaal als voor ontheffing. De vrijstelling is in het belang van de bescherming van flora en fauna omdat anders waarschijnlijk helemaal geen tijdelijke natuur ontstaat en de populaties van een aantal soorten er baat bij hebben, terwijl de populaties van andere soorten er geen nadelen van ondervinden. Het is Europeesrechtelijk gezien echter wel de vraag of een ontheffingprocedure als zo bezwarend wordt gezien, gesteld dat oplossing 1 zou werken, dat dit als reden voor de verlening van vrijstelling mag worden aangevoerd.

Het lijkt daarom toch goed te overwegen een vrijstelling voor tijdelijke natuur in het Vrijstellingsbesluit op te nemen, ook voor dynamische bijlage IV Hrl-soorten. Daarover kan met de Europese Commissie worden gesproken en advies worden ingewonnen bij de Raad van State. Daarmee wordt de vrijstelling voldoende Europeesrechtelijk getoetst. De rechter komt er dan in beginsel niet meer aan te pas, zodat de gewenste zekerheid kan worden geboden aan eigenaren en beheerders van tijdelijk braakliggende terreinen zoals haven-, industrie- en bedrijventerreinen.

Tijdelijke natuur is voor veel soorten positief, maar het komt er alleen van indien de vrijstelling voor alle soorten kan worden verleend. Ontheffingverlening lijkt ook een oplossing, maar deze blijkt tot nu toe in de praktijk voor projectontwikkelaars onvoldoende overtuigingskracht te hebben. De *pilots* komen bij oplossing 1 immers maar moeizaam van de grond. Daarom zou kunnen worden betoogd dat de minder ingrijpende mogelijkheid van ontheffing geen alternatief voor de vrijstelling is.

Voor de verlening van een vrijstelling in het belang van de bescherming van flora en fauna (art. 2 lid 3) moet art. 16b Vrijstellingsbesluit worden gewijzigd. Voor sommige activiteiten en soorten kan ook van vrijstellingen gebruik worden gemaakt die al wel reeds in het Vrijstellingenbesluit zijn opgenomen. Het is echter riskant er op te speculeren dat dit in alle gevallen voldoende zal zijn, omdat zich altijd soorten kunnen vestigen waarvoor geen vrijstelling is verleend of voor gebruikmaking van de vrijstelling als voorwaarde een goedgekeurde gedragscode is gesteld.

Mocht de Minister van LNV een vrijstelling in overweging willen nemen, dan kan de minister de omstandigheden waaronder van een vrijstelling gebruik kan worden gemaakt, beter meteen ook zelf regelen in voorschriften die aan de vrijstelling worden verbonden. Hij kan het echter ook aan de sector van de projectontwikkelaars overlaten om een gedragscode op te stellen teneinde van de vrijstelling gebruik te kunnen maken. Ook met de opstelling en goedkeuring van gedragscodes blijkt veel tijd gemoeid te zijn. Het is bovendien de vraag of de bouwsector er voldoende belang in ziet. Het alternatief is namelijk dat projectontwikkelaars maatregelen nemen om de vestiging van tijdelijke natuur tegen te gaan. Omdat de vrijstelling vooral in het belang van natuurontwikkeling wordt verleend, lijkt het niet onlogisch dat de Minister van LNV in dit geval zelf haar verantwoordelijkheid neemt en in de amvb de voorschriften opneemt, waaronder van de vrijstelling gebruik kan worden gemaakt. Dit kan ook bij ministeriële regeling gebeuren, vanwege het gedetailleerde karakter van de voorschriften. In art. 75, lid 1, Ffwet is namelijk bepaald dat

vrijstellingen 'bij of krachtens' amvb kunnen worden verleend. Dit houdt in dat de meer gedetailleerde of wellicht zelfs alle voorschriften bij ministeriële regeling gesteld mogen worden en dat ook de exacte reikwijdte van de vrijstelling en alle andere relevante omstandigheden op dat niveau kunnen worden geregeld. Een voorschrift zou kunnen inhouden dat in fasen wordt gewerkt of dat maatregelen worden genomen om een geschikt leefgebied (in de omgeving) te behouden.

Bij elke oplossing moet wel duidelijk zijn of een uitzondering in de vorm van een ontheffing of een vrijstelling nodig is en zo ja, of dan met een vrijstelling kan worden volstaan dan wel een ontheffing moet worden aangevraagd en van welke verbodsbepaling. Op dergelijke vragen kan nu niet altijd een eenduidig antwoord worden gegeven.



Embryonale duintjes met Gewoon kweldergras (Habitatype nr. 2110), Groene strand Ballum, Ameland.

7.6 Oplossing 4: Verwijdering van tijdelijke natuur zonder ontheffing of vrijstelling

Er is alleen een ontheffing of vrijstelling nodig voor de verwijdering van tijdelijke natuur indien een verbodsbepaling van art. 8-12 Ffwet wordt overtreden. Afhankelijk van de soorten waarom het gaat kan voor vogels begroeiing buiten het broedseizoen zonder ontheffing of vrijstelling worden verwijderd. Of deze oplossing voldoende is,

valt te betwijfelen, omdat zich ook dieren kunnen vestigen waarvoor altijd een ontheffing of vrijstelling nodig is.

7.7 Oplossing 5: Verplicht toelaten van tijdelijke natuur

In de voorgaande oplossingen bleef de Minister van LNV afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de projectontwikkelaar. Het valt echter te overwegen om in ontheffingen voor projecten zoals de aanleg van een woonwijk of bedrijfsterrein een voorschrift op te nemen dat het verbiedt om op braakliggend terrein natuurwerende maatregelen te nemen.

In dat geval moet in de ontheffingaanvraag ook de verwijdering van tijdelijke natuur worden opgenomen omdat dit een te voorzien gevolg is van de naleving van de ontheffingsvoorschriften.

Zoals uit het voorgaande al bleek kunnen particulieren niet worden verplicht om maatregelen te nemen die flora en fauna ten goede komen, bijvoorbeeld in het kader van de vaststelling van het beheerplan. Om maatregelen te kunnen voorschrijven moet een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voorhanden zijn. In de Nbwet 1998 is om die reden ook een speciale regeling voor (actieve) beheermaatregelen opgenomen, die uitgaat van vrijwilligheid van de te treffen maatregelen en vergoeding van kosten die in het algemeen belang van de natuurbescherming worden gemaakt.

In de Ffwet ontbreekt een dergelijke regeling. Het voorschrijven van maatregelen is discutabel indien zij in de aanvraag niet zijn genoemd. Er moet namelijk worden beslist op de aanvraag. Het is wel mogelijk het treffen van mitigerende of compenserende maatregelen in de ontheffing voor te schrijven. In dat geval zijn de maatregelen echter bedoeld om de nadelige gevolgen van de activiteit waarop de ontheffing betrekking heeft, te minimaliseren. Zonder deze maatregelen zou de ontheffing (wellicht) moeten worden geweigerd. Door het voorschrijven van maatregelen kan dit echter worden voorkomen. In wezen is dit niet een verplichting tot het treffen van extra instandhoudingsmaatregelen, die niet direct met de activiteit te maken hebben. De vergunningaanvrager behoudt de mogelijkheid van een dergelijke ontheffing geen gebruik te maken als deze hem niet zint. Als het bevoegd gezag al bij voorbaat weet dat de vergunningaanvrager de voorschriften niet zal naleven, kan het de ontheffing weigeren.

Tijdelijke natuur heeft echter het voordeel dat hiervoor geen maatregelen hoeven te worden genomen, maar juist ingrepen moeten worden nagelaten. Het is dus voldoende om bepaalde activiteiten te verbieden. Een dergelijk voorschrift kan in beginsel wel worden gesteld. In de Ffwet is niet duidelijk geregeld welke voorschriften aan ontheffingen of vrijstellingen mogen worden verbonden. Het is hiervoor vereist dat met het stellen van het voorschrift de belangen worden gediend, die de Ffwet beoogt te beschermen. Een voorschrift dat het verbiedt maatregelen te nemen om braakliggende terreinen die in een bepaalde fase van het project tijdelijk ontstaan, natuurvrij te houden, dient deze belangen. Een dergelijk voorschrift zou kunnen worden gesteld, nu het ook geen verplichting inhoudt om actief bepaalde maatregelen te nemen uitsluitend met het doel een bijdrage aan de instandhouding

van bepaalde soorten te leveren. Het voorschrift lijkt ook niet onnodig belastend voor de aanvrager, zeker indien de verwijdering van de tijdelijke natuur ook in de ontheffing of vrijstelling wordt geregeld. Overigens is in de Ffwet niet duidelijk geregeld om welke redenen voorschriften aan een ontheffing mogen worden verbonden, wat de strekking ervan moet zijn en evenmin wat de reikwijdte mag zijn.

Een ander bezwaar zou kunnen zijn dat het voorschrift niet direct is gerelateerd aan de overtreding van een van de verbodsbepalingen van art. 8-12 Ffwet. Door tijdelijke natuur niet toe te laten, worden deze bepalingen immers niet overtreden. Dit lijkt echter geen bezwaar. Het opspuiten van een zandlichaam is bijvoorbeeld onderdeel van het totale project waarvoor de ontheffing of vrijstelling wordt verleend, zodat de voorschriften er niet 'met de haren bij worden gesleept' terwijl ze eigenlijk niets met het project te maken hebben.

Indien het niet lukt om de in oplossing 1 voorgenomen *pilots* van de grond te krijgen zou de Minister van LNV ook de hier voorgestelde oplossing in een *pilot* kunnen uitproberen. Deze oplossing leidt in elk geval directer naar het resultaat dat er meer tijdelijke natuur komt.

7.8 Oplossing 6: Het opnemen in de Ffwet van een verbod om (potentiële) leefgebieden ongeschikt te maken

Een nog ingrijpender oplossing is het opnemen van een verbod in de Ffwet om (potentiële) leefgebieden ongeschikt te maken of, iets minder vergaand, maatregelen te nemen om braakliggende terreinen met een definitieve niet-natuurbestemming ongeschikt te maken voor de vestiging van tijdelijke natuur. Het gevolg is dat voor de verwijdering van tijdelijke natuur die zich vestigt, een ontheffing of vrijstelling moet worden verleend. De politieke haalbaarheid van een dergelijke vergaande oplossing lijkt uiterst gering.

7.9 Oplossing 7: Subsidieregeling

Er gold in Nederland voor bouwprojecten van de overheid een regeling dat een bepaald percentage van de bouwsom aan kunst zou worden besteed. Een dergelijke regeling kan bij bouwprojecten van de overheid ook voor tijdelijke natuur kunnen worden vastgesteld. Dit houdt in dat de overheid tijdelijke natuur ten minste op een gedeelte van het projectterrein tot ontwikkeling laat komen. Particuliere projectontwikkelaars zouden een beroep op een subsidieregeling kunnen doen. Of dit laatste echt nodig is, is de vraag. De kosten van tijdelijke natuur zijn het probleem niet, in feite zijn er geen extra kosten aan verbonden. De onzekerheid voor het project is voor de projectontwikkelaar waarschijnlijk belangrijker dan een kleine subsidie, waarvoor ook weer actie moet worden ondernomen die het project niet direct ten goede komt. Het toestaan van tijdelijke natuur ten minste op een gedeelte van het projectterrein zou wel imagobevorderend kunnen zijn.

7.10 Oplossing 8: Actief treffen van beheer- en instandhoudingsmaatregelen in Natura 2000-gebieden

Geconcludeerd kan worden dat het al met al lastig blijft de contraproductieve uitwerking van het passieve spoor van de Flora- en faunawet op het toestaan van tijdelijke natuur te verhelpen. Waarschijnlijk is het beste een combinatie van oplossingen te beproeven.

Het zal daarnaast ook nodig zijn maatregelen te nemen in het actieve spoor van de gebiedsbeschermings- en soortenbeschermingsregimes. Het meeste perspectief voor de instandhouding van pionierssoorten en andere vroege soorten biedt het treffen van beheer- en instandhoudingsmaatregelen in Natura 2000-gebieden. Veel soorten waarom het in kustgebieden gaat, zoals kustvogels, vallen niet alleen onder het soortenbeschermingsregime maar ook onder het gebiedsbeschermingsregime. Dit houdt in dat het grootste deel van de Nederlandse populatie door de aanwijzing en vervolgens bescherming van Natura 2000-gebieden in stand moet worden gehouden. 80% van de populatie van kustvogels leeft in de Natura 2000-gebieden. In dit rapport wordt verder niet ingegaan op de veelal feitelijke beheer- en instandhoudingsmaatregelen die in Natura 2000-gebieden kunnen worden getroffen.

7.11 Oplossing 9: Actief treffen van beheer- en instandhoudingsmaatregelen volgens de leefgebiedenbenadering

Via de leefgebiedenbenadering, die de eerdere soortenbeschermingsplannen vervangt, zouden, op initiatief van de Minister van LNV, ook gericht de nodige maatregelen getroffen kunnen worden om buiten de Natura 2000-gebieden een bijdrage te leveren aan de instandhouding van dynamische soorten, zoals kustvogels. Deze maatregelen hoeven niet allemaal ook door de overheid zelf te worden genomen. De bevordering van tijdelijke natuur, zoals in het voorgaande al aan bod kwam, zou een oplossing kunnen zijn, maar even goed zouden afspraken met terreinbeherende instanties gemaakt kunnen worden dat maatregelen worden getroffen die specifiek zijn gericht op verbetering van de omstandigheden voor pionierssoorten en andere vroege soorten.

7.12 Oplossing 10: Gerechtelijke procedures tegen de overheid of klacht bij de Europese Commissie

De overheid is volgens de Vrl en de Hrl verplicht om ervoor te zorgen dat beschermde soorten en habitattypen in een gunstige staat van instandhouding verkeren. Daarom zou ook het aanspannen van gerechtelijke procedures tegen de overheid een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van de staat van instandhouding van dynamische soorten die in problemen verkeren. De instandhoudingsverplichting is in Nederland echter niet uitdrukkelijk geïmplementeerd. Er is geen besluit genomen, waartegen rechtsbescherming openstaat. Een verzoek om handhaving van het recht lijkt daarom niet voor de hand te liggen, want er is geen nationale bestuursrechtelijke bepaling geschonden waartegen een aangewezen

bevoegd gezag handhavend kan optreden. Blijft over een civielrechtelijke procedure tot nakoming van de Europeesrechtelijke verplichtingen. Een natuurbeschermingsorganisatie als Vogelbescherming Nederland lijkt in een dergelijke procedure op het eerste gezicht ontvankelijk. Een volgende vraag is wat er precies kan worden gevorderd. Concrete maatregelen lijken niet te kunnen worden gevorderd, omdat de Europese verplichtingen te algemeen geformuleerd zijn. Daarom lijkt een vergelijkbare situatie te bestaan als in het fijn-stofdossier (luchtkwaliteit). Recentelijk heeft het HvJEG bepaald dat burgers er recht op hebben dat de overheid actie onderneemt zodat de vereiste luchtkwaliteit wordt gerealiseerd.⁹⁷ In het Nederlandse recht lijken niet alleen particulieren die vanwege hun gezondheid of als eigenaar een belang hebben, maar ook natuurorganisaties in een dergelijke vordering ontvankelijk. In een wat verder verleden heeft zo'n situatie zich ook al eens voorgedaan wegens de tekortschietende implementatie van de Europese Nitraatrichtlijn.⁹⁸

Voor gebiedsbescherming zou actie kunnen worden ondernomen die op meer concrete resultaten is gericht. De overheid is namelijk verplicht om maatregelen te nemen die nodig zijn om de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied te realiseren.

De vordering zou kunnen inhouden dat het bevoegd gezag dat het beheerplan heeft vastgesteld (GS of de Minister van LNV) de maatregelen neemt die nodig zijn om overeenkomstig het beheerplan de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied te realiseren. De Nbwet 1998 geeft het bevoegd gezag voorts de mogelijkheid bij gebrek aan vrijwillige medewerking van de eigenaar of gebruiker van het gebied de noodzakelijke instandhoudingsmaatregelen te nemen.

Het indienen van een klacht bij de Europese Commissie kan daarom eveneens worden overwogen.⁹⁹ De bewijslast moet niet worden onderschat, maar de jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt voorbeelden waarin Ierland en Griekenland werden veroordeeld meer te doen om een gunstige staat van instandhouding van bepaalde soorten te realiseren.

⁹⁷ HvJEG 25 juli 2008, C-237/07 (Janecek).

⁹⁸ HR 21 maart 2003 (JM 2003, nr. 60). Zie ook de conclusie van de A-G.

⁹⁹ Zie voor meer informatie hierover: H.E. Woldendorp, Procedurele aspecten van Europese inbreukprocedures op het terrein van het milieubeheer, *Milieu en Recht* 2002, p. 130-136; H.E. Woldendorp, The European Commission's complaint procedure, p. 227-243. Dit is Hoofdstuk 16 in: K. Lambers, L. Boerema, M. Holsink, K. Nienhuys, J. Veltman & K. van der Zwiep, *Trilateral or European Protection of the Wadden Sea?*



Jonge duinvorming met Helm, De Hon, Ameland (foto I.I. Moysiŭenko).

Literatuur

Aanduiding

Rapport Visdief
(Alterra)

Artikel
Rugstreeppad
(Alterra)

Beleidslijn tijdelijke
natuur (LNV)

Doelendocument

Advies tijdelijke
natuur (IMI)

Advies tijdelijke
natuur (Ark)

Advies Commissie
Nijpels

Rapport
herstelmaatregelen
kustbroedvogels
(RIKZ)

Rapport kustbroed-
vogels Deltagebied
(RIKZ)

Volledige gegevens

Robbert Snep, Alex Schotman, René Jochem, Peter Schippers, Jan-Willem van Veen, Arjan Griffioen & Pieter Slim, *Spatial relations among coastal bird populations in NEW! Delta estuaries and ports; Exploration of how the metapopulation concept can provide new clues for the conservation of protected coastal bird species with the Common Tern as example*, uitgave van Alterra Wageningen, Alterra-rapport 1532, juli 2007. Zie: www.alterra.wur.nl.

R.P.H. Snep & F.G.W.A. Ottburg, 'The 'habitat backbone' as strategy to conserve pioneer species in dynamic port habitats: lessons from the natterjack toad (*Bufo calamita*) in the Port of Antwerp (Belgium). Zie: www2.alterra.wur.nl/internet/webdocs/internet/landschap/CL_publicaties/Snep_Ottburg_LandEcol_2008.pdf.

J. Reker & W. Braakhekke, *Tijdelijke natuur, concept voor een beleidslijn*, definitieve versie, augustus 2007, opgesteld door het Bureau Stroming in opdracht van het ministerie van LNV. Zie: www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/316/TijdelijkeNatuurconceptvooreenbeleidslijn.

Ministerie van LNV, *Natura 2000 doelendocument; duidelijkheid bieden, richting geven en ruimte laten*, Den Haag, juni 2006.

Hans Woldendorp, *Tijdelijke natuur, advies over de juridische aspecten*, rapport in opdracht van InnovatieNetwerk opgesteld door Hans Woldendorp, Instituut voor Infrastructuur, Milieu en Innovatie, Brussel; na consultatie van Chris Backes, hoogleraar Milieurecht, Universiteit Utrecht. Zie: www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/22/TijdelijkenatuurAdviesoverdejuridischeaspecten.

Leo Linnartz & ARK Natuurontwikkeling, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst; Een ecologische onderbouwing*, InnovatieNetwerk. Zie: www.agro.nl/innovatienetwerk.

Advies Commissie Natuurherstel Westerschelde: alternatieven voor ontpoldering Hertogin Hedwigepolder, *Wennen aan de Westerschelde*, oktober 2008. Zie: www.commissienatuurherstelwesterschelde.nl.

Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat, Rijksinstituut voor Kust en Zee (RIKZ), *Leidraad ecologische herstelmaatregelen voor kustbroedvogels; Balanceren tussen natuurlijke processen en ingrijpen*, Rapport RIKZ/2002.046. Zie website van het RIKZ, onder rapporten, 2002.

R.C.W. Strucker, M.S.J. Hoekstein & P.L. Meininger, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat, Rijksinstituut voor Kust en Zee (RIKZ), *Kustbroedvogels in het Deltagebied in 2004*, Rapport RIKZ/2005.016. Zie website van het RIKZ, onder rapporten, 2005.

