

Reregulating

Reregulering

De gevolgen van het soortenbeschermingsrecht voor het terrein- en natuurbeheer

H.M.P.M. Capelle

Alterra-rapport 957

Alterra, Wageningen, 2004

REFERAAT

H.M.P.M. Capelle, 2004. *Reregulering; De gevolgen van het soortenbeschermingsrecht voor het terrein- en natuurbeheer*. Wageningen, Alterra, Alterra-rapport 957. 62 blz.; 1. fig.; 13 ref.

De natuur- en terreinbeheerders hebben met Vogelbescherming Nederland onder regie het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit een gedragscode afgesproken. Deze is bedoeld om bij houtoogst de vogels en hun nesten te ontzien. De kern van deze afspraak is dat Vogelbescherming Nederland geen aanklacht indient tegen terreinbeheerders die bij de uitvoering van beheerwerkzaamheden vogels of nesten van vogels treffen als volgens de gedragscode is gewerkt. Het verstoren of verontrusten van vogels is op grond van de verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet verboden en strafbaar gesteld.

Naar verluidt is het de bedoeling om de gedragscode in een AMvB op te nemen en de betreffende code te laten gelden als een vrijstelling van de verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet. De vraag is echter of een dergelijke gedragscode onder de vorm van een vrijstellingsregeling in juridische zin houdbaar is. Deze vraag vormt de centrale vraag van dit onderzoek.

Omdat de grondslag voor een juridische bescherming van de soorten is verankerd in de Vogel- en Habitatrichtlijn, richt het onderzoek zich op de vraag of en hoeveel ruimte deze Richtlijnen laten voor een dergelijke gedragscode. De conclusie luidt dat de Richtlijnen zich niet verzetten tegen een vrijstellingsregeling die het natuur- en terreinbeheer mogelijk maakt, ook gedurende de broedperiode van vogels, op voorwaarde dat de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten gegarandeerd is. De Richtlijnen stellen namelijk de gunstige staat van instandhouding van de onderscheiden soorten als doelstelling centraal. Daarom is het de aanbeveling van dit onderzoek om de fluctuaties van de populaties van soorten en de invloed van het terrein – en natuurbeheer op deze populaties goed te monitoren.

Trefwoorden: Habitat- en Vogelrichtlijn - Flora- en faunawet - verstoring - verontrusting - vernieling - natuur- en terreinbeheer - gunstige staat van instandhouding

ISSN 1566-7197

Dit rapport kunt u bestellen door € 18,- over te maken op banknummer 36 70 54 612 ten name van Alterra, Wageningen, onder vermelding van Alterra-rapport 957. Dit bedrag is inclusief BTW en verzendkosten.

© 2004 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 veelevoudigd 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

Woord vooraf	7
Samenvatting	9
1 Inleiding	13
1.1 Het maatschappelijke kader van dit onderzoek	13
1.2 Aanleiding voor het onderzoek	15
1.3 Doel van het onderzoek	16
1.4 Aard en de omvang van het probleem	18
2 Onderzoeksmodel	21
2.1 Positie van het onderzoek in tijd en ruimte	21
2.2 Object en optiek van het onderzoek	22
2.3 Onderzoeksmodel	23
3 De grenzen van het speelveld	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Het doel en de middelen van de Vogel- en Habitatrichtlijn	27
3.3 Implementatie van de verbodsbepalingen van de Richtlijnen in de Ffw.	30
3.4 De verplichting rekening te houden met andere belangen	31
3.5 Mogelijkheden om van de verbodsbepalingen af te wijken	32
3.6 Implementatie van de uitzonderingsbepalingen in de Ffw.	33
3.7 De betekenis van het soortenbeschermingsrecht voor het natuur- en terreinbeheer	36
3.8 De 'landbouwclausule' in de optiek van de Richtlijnen	37
3.8.1 De interpretatie van de term 'opzettelijk'	37
3.8.2 Consequenties voor de landbouwclausule	38
3.9 Conclusie	39
4 De beschikbare ruimte zoals de actoren die zien	41
4.1 Inleiding	41
4.2 De omschrijving van het begrip 'opzettelijk' en de houdbaarheid van een landbouwclausule	41
4.3 De aanpassing van het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten	43
4.4 Populatiegerichtheid	43
4.5 Gedraglijn als compromis	45
4.6 Informatie- en kennissysteem	46
4.7 Conclusie	47
5 Conclusies en aanbevelingen	49
Literatuur	53
Bijlage 1 Lijst van geïnterviewde respondenten	55
Bijlage 2 Brief conclusies project Reregulering	57

Woord vooraf

Over het natuurbeschermingsrecht in het algemeen en het soortenbeschermingsrecht in het bijzonder is de afgelopen tijd veel gepubliceerd en aan het onderwerp zijn een groot aantal congressen en symposia gewijd.

Dat alles heeft er zeker toe bijgedragen dat bij de decentrale bestuursorganen, die voor de toepassing van belangrijke delen van dit beleid verantwoordelijk zijn de kennis over het natuurbeschermingsrecht en het soortenbeschermingsrecht sterk is toegenomen.

Niettemin blijft de vraag hoe het soortenbeschermingsrecht in de bestuurspraktijk concreet invulling moet krijgen de gemoederen bezig houden. Zo haalde deze zomer nog een broedende huismus uitgebreid de pers. Deze mus had namelijk op het dak van een huis een nest gebouwd met als gevolg dat de bewoners van het huis de door hen voorgenomen dakrenovatie dienden uit te stellen. Voor iedere werknemer die het dak zou betreden, zou een dwangsom van 1.500 euro worden verbeurd.

Dit voorbeeld illustreert dat de praktijk moeilijk uit de voeten lijkt te kunnen met de juridisch verankerde bescherming van dier- en plantensoorten. Het is en blijft lastig om de soorten binnen de besluitvorming die plek en positie te geven die hen op grond van de wet- en regelgeving toekomt. Bij het nemen van besluiten of het uitvoeren van activiteiten moet rekening worden gehouden met de gevolgen van deze besluiten en activiteiten voor de onderscheiden dier- en plantensoorten. Dit kan ertoe leiden dat voorgenomen projecten geen doorgang kunnen vinden of dat er moet worden voorzien in voldoende mitigerende en compenserende maatregelen om de gevolgen van de betreffende projecten voor de dier- en plantensoorten te verzachten of ongedaan te maken.

De juridische documenten waarin de rechten van dier- en plantensoorten zijn verankerd, zijn de Conventie van Bern en Bonn, de Vogel- en Habitatrichtlijn, de Natuurbeschermingswet en de Flora- en faunawet. Een veel gehoord geluid is dat de beschermingsbepalingen van deze documenten te rigide en te strak zijn en daarmee onuitvoerbaar. Daarbij wordt ook gewezen op het risico dat met de rigiditeit van de wetgeving ook het draagvlak voor de bescherming van soorten verloren dreigt te gaan.

De natuur- en terreinbeheerders zijn, zoals vele anderen, geconfronteerd met de vraag of en hoe hun beheersactiviteiten zich verhouden tot de bepalingen van het soortenbeschermingsrecht. Zeker in de broedperiode komt het natuur- en terreinbeheer al heel snel op gespannen voet met de verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet. Deze verbieden namelijk het vernielen, verstoren of verontrusten van vogels en hun nesten. Dit betekent dat veel beheersactiviteiten in conflict komen met deze verbodsbepalingen omdat bij het natuur- en terreinbeheer maar ook bij de uitvoering van agrarische werkzaamheden vernieling, verstoring en verontrusting van dier- en plantensoorten niet of zeker niet altijd te voorkomen is.

Deze constatering van een toenemend spanningsveld tussen de eisen vanuit het natuur- en terreinbeheer en de eisen vanuit het soortenbeschermingsrecht was voor de Begeleidingscommissie van het DWK-onderzoeksprogramma Functievervulling Natuur, Bos en Landschap aanleiding om Alterra opdracht te geven een onderzoek uit te voeren naar de gevolgen van het soortenbeschermingsrecht voor de terreinbeherende activiteiten.

Centraal staat de vraag of het soortenbeschermingsrecht ruimte laat voor de uitvoering van beheersactiviteiten, ook al worden daarbij individuen van soorten of hun hol, nest, vaste rust- en verblijfplaats verstoord, verontrust of vernield. De bij dit onderwerp betrokken actoren hebben door het afspreken van een gedragscode een praktische oplossing gevonden voor het hiervoor gesignaleerde spanningsveld. Dit onderzoek kijkt of deze gedragscode past binnen de ruimte die het soortenbeschermingsrecht laat. Hiervoor was het niet alleen nodig om de genoemde juridische teksten te analyseren maar diende ook de meningen en visies van de bij het onderwerp betrokken actoren te worden gepeild. Daarom zijn bij de uitvoering van dit onderzoek oriënterende gesprekken gevoerd met de terreinbeheerders, Vogelbescherming Nederland en met het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

In dit voorwoord willen we iedereen die als respondent aan dit onderzoek heeft meegewerkt van harte bedanken. Door hun medewerking aan het onderzoek was het mogelijk een verbinding te maken tussen hetgeen in de juridische teksten is bepaald en de visie hierop van de bij het onderwerp betrokken actoren. Door de koppeling van theorie en praktijk krijgt het onderzoek een praktijkgericht karakter en kon het binnen de doelstellingen van het hiervoor genoemde DWK-onderzoeksprogramma worden ingepast.

De conclusies van dit onderzoek zijn reeds vóór de publicatie van dit rapport aan de Begeleidingscommissie en aan de respondenten van het onderzoek toegezonden. Een kopie hiervan is bijgevoegd in bijlage 2.

Tot slot wil ik nog Dirk van Eenige en mijn collega's Rob van Apeldoorn, Dick Jonkers en Martijn van Wijk bedanken. Zij hebben een belangrijke bijdrage geleverd aan dit onderzoek.

Henk Cappelle

Samenvatting

In dit rapport wordt in opdracht van de Begeleidingscommissie van het DWK – onderzoeksprogramma Functievervulling Natuur, Bos en Landschap onderzocht wat de gevolgen zijn van het soortenbeschermingsrecht voor het natuur- en terreinbeheer. Deze vraag is actueel geworden nadat in de loop van 2002 een aantal terreinbeheerders zijn veroordeeld tot het betalen van een boete, omdat ze bij de houtoogst de nesten van vogels hadden vernield en verstoord. Het doden van dieren of de beschadiging van hun voorplanting- en rustplaatsen is namelijk op grond van de Flora- en faunawet verboden.

Het verbod op het doden en verstoren van dieren en planten is in de Conventie van Bern juridisch verankerd. Deze Conventie is omgezet in twee Europese Richtlijnen, met name de Vogel- en Habitatrichtlijn. Ingevolge het EG – Verdrag dienen deze Richtlijnen in de nationale wetgevingen van de lidstaten van de EG te worden omgezet. De Flora- en faunawet (Ffw.) is de wetgeving waarmee in Nederland deze implementatie zijn beslag heeft gekregen.

Dit onderzoek richt zich eerst op een analyse van de bepalingen van de Richtlijnen vanuit de vraag of de bescherming die deze Richtlijnen aan dieren en planten bieden nog ruimte biedt voor het natuur- en terreinbeheer in het algemeen en de houtoogst gedurende de broedperiode in het bijzonder. Vervolgens wordt gekeken hoe die bescherming vanuit de Richtlijnen is doorvertaald in de Ffw.

Hieruit volgt de conclusie dat de Vogel- en de Habitatrichtlijn zich richten op de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten en niet elk individu en ieder individuele voortplantings- en rustplaats beschermen. In artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn is zelfs expliciet bepaald dat storingen in de broedperiode niet verboden zijn, op voorwaarde en voor zover van die storingen geen wezenlijke invloed op de populaties uitgaat.

Het verbod op doden, verstoren en verontrusten van dieren en planten en van hun voortplanting en verblijfplaats zoals verankerd in de verbodsbepalingen van de Vogel- en de Habitatrichtlijn wordt vervolgens bezien in het licht van artikel 249 EG. Dit leidt tot de conclusie dat de nationale lidstaten het recht en de bevoegdheid hebben om de toepassing van deze verbodsbepalingen af te stemmen op hetgeen noodzakelijk is om de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten te garanderen. Dat kan betekenen dat van zeldzame en kwetsbare soorten elk individu moet worden beschermd, maar voor de meer algemeen voorkomende soorten zal niet ieder rust- en verblijfplaats hoeven te worden beschermd om de instandhouding van de soort te garanderen.

Deze conclusies sporen echter niet met de conclusies van het onderzoek dat door het Centrum van Omgevingsrecht en Beleid in opdracht van het VNO/NCW is

uitgevoerd.¹ In dat rapport wordt geconcludeerd dat het voor de gelding van de verbodsbepaling niet noodzakelijk is dat de populatie van de soort stabiel is en zich in een goede staat van instandhouding bevindt of dat er sprake is van een voor de desbetreffende soort bijzonder gunstig leefgebied. Zonder dit expliciet te stellen tendeert deze conclusie in de richting van de stelling dat ieder individuele voortplantings- en rustplaats bescherming moet genieten

De Flora- en faunawet beschermt ieder individu en iedere individuele voortplantings- en rustplaats, maar voorziet in de mogelijkheid om voor de belangen die limitatief zijn vermeld in het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermd dier- en plantensoorten, een vrijstelling of een ontheffing van die bescherming te verlenen. In dit Besluit zijn naast vier specifieke belangen ook dwingende redenen van groot openbaar belang vermeld als belangen die de verlening van een ontheffing of een vrijstelling kunnen rechtvaardigen, behalve ten aanzien van vogels. Omdat het natuur- en terreinbeheer niet in het betreffende Besluit is opgenomen en het beheer ook niet als een openbaar belang kan worden aangemerkt, kan bij de huidige stand van de Ffw. voor het beheer geen vrijstelling of ontheffing worden verleend. Trouwens, ook al zou het beheer als een openbaar belang worden aangemerkt, dan nog zou er voor het treffen of storen van vogels en hun nesten geen vrijstelling of ontheffing kunnen worden verleend.

Door dermate sterk de bescherming te focussen op het individu en op ieder individuele voortplantings-, rust- en verblijfplaats komt de Ffw. op gespannen voet met de Vogel- en Habitatrichtlijn die niet het individu en de individuele voortplantings-, rust- en verblijfplaats centraal stellen, maar de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten.

De systematiek van de vigerende Ffw. heeft als consequentie dat de houtoogst gedurende de broedperiode maar eigenlijk alle vormen van beheer inclusief het agrarisch beheer conflicteren met de Ffw. Dat heeft volgens de terreinbeheerders in economisch zin grote consequenties omdat houtoogst zich heeft ontwikkeld van een activiteit die alleen in de winter plaats vond tot een activiteit die het hele jaar rond plaats vindt. In de Kamer is een motie ingediend met het verzoek aan de Regering om de wetgeving zo in te richten dat het natuur- en terreinbeheer niet langer op gespannen voet staat met de bepalingen van de Ffw.

De bij het onderwerp betrokken actoren (de terreinbeheerders, Vogelbescherming Nederland en het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit) hebben de uitvoering van de motie niet afgewacht maar hebben onder de regie van het Ministerie een gedragslijn afgesproken. Deze gedragslijn omvat richtlijnen en maatregelen die de terreinbeheerders bij de houtoogst in acht moeten nemen en waarmee de vogels en hun nesten zoveel mogelijk worden ontzien. De inschatting is dat daardoor het effect op vogels zodanig gering is dat er geen sprake is van een nadelige invloed op de populaties.

¹ Ch. W. Backes en M. Rotmeijer, "Soortenbescherming in Nederland", Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/Nilos, mei 2002.

De gedragslijn houdt in dat Vogelbescherming Nederland geen klacht indient indien nesten worden beschadigd of vogels worden verstoord, voor zover daarbij volgens de gedragslijn is gewerkt.

Het is naar verluidt de bedoeling om de gedragslijn, die op dit moment een afspraak is tussen de betrokken partijen en daarom derden niet bindt, op te nemen in een AMvB. Dan geldt de gedragslijn als een vrijstelling van de wettelijke verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet.

De vraag rijst of de gedragslijn, die duidelijk tot stand is gekomen vanuit praktische overwegingen ook juridisch houdbaar is. Deze vraag vormt de centrale vraag van dit onderzoek. Om hierop een antwoord te kunnen geven is de gedragslijn bekeken in het licht van de conclusies uit de hiervoor aangehaalde vergelijking tussen de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Ffw. De conclusie luidt dat de Habitat- en Vogelrichtlijn de ruimte laten om de Flora- en faunawet zo in te richten dat de gedragslijn geldt als regeling waarbij de in de gedragslijn genoemde activiteiten zijn vrijgesteld van het verbod om dieren en planten of hun voorplanting- en rust- en verblijfplaatsen te beschadigen of te verstoren.

De vraag die blijft en die essentieel is in het licht van de Vogel- en Habitatrichtlijn is de vraag of het natuur- en terreinbeheer geen afbreuk doet aan de populaties van de onderscheiden soorten. De terreinbeheerders beweren dat dit niet het geval is. Aan deze bewering wordt door een deel van vogelbeschermend Nederland openlijk getwijfeld. Daarom wordt aanbevolen om de effecten van het terreinbeheer op de populaties te monitoren. Het verkrijgen van bewijs voorziet in een gemeenschappelijke behoefte van alle betrokken partijen.

1 Inleiding

1.1 Het maatschappelijke kader van dit onderzoek

De afgelopen jaren is duidelijk geworden dat dier- en plantensoorten op grond van de Conventie van Bern, de Habitat- en Vogelrichtlijn, de Natuurbeschermingswet en de Flora- en faunawet (Ffw.) hun positie binnen de besluitvorming hebben veroverd. Een aantal geruchtmakende rechterlijke uitspraken laat zien dat de miskennis van de rechten van dier- en plantensoorten die in het natuurbeschermingsrecht zijn verankerd, aanzienlijke consequenties kan hebben. De media hebben uitgebreid bericht over weken vertraging, omdat op de voorgenomen locatie een beschermd dier- of plantensoort voorkwam waarmee bij het nemen van het besluit geen rekening was gehouden. Het soortenbeschermingsrecht houdt in dat bij elke ruimtelijke ingreep, handeling of activiteit in Nederland moet worden gekeken of hiervan een nadelige invloed uitgaat op de soorten en hoe groot die invloed is. Besluiten waarin deze basisregel niet wordt gerespecteerd, kunnen door de bestuursrechter worden vernietigd. Stillegging of zelfs het afblazen van het hele project is dan de consequentie.

De Begeleidingscommissie van het DWK-onderzoeksprogramma Functievervulling Natuur, Bos en Landschap heeft Alterra opdracht gegeven om onderzoek te doen naar de gevolgen van het soortenbeschermingsrecht voor het terrein- en natuurbeheer. Binnen het natuurbeschermingsrecht kunnen twee categorieën van bepalingen worden onderscheiden, het gebiedsbeschermingsrecht en het soortenbeschermingsrecht. Dit onderzoek beperkt zich tot het soortenbeschermingsrecht. De kern van het soortenbeschermingsrecht is dat het verboden is planten- en diersoorten en ook hun holen, nesten, voortplantingsplaatsen en vaste rust- en verblijfplaatsen te verstoren, te verontrusten en te vernielen. Het onderzoek richt zich op de gevolgen van deze verbodsbepalingen voor het natuur- en terreinbeheer. De conclusies van het onderzoek gelden niettemin ook voor het agrarische beheer.

Het principe dat we de dier- en plantensoorten moeten ontzien, is al decennialang in internationale, Europese en nationale juridische bindende teksten verankerd. Dat zijn met name de eerder genoemde Conventie van Bern, de Vogel- en Habitatrichtlijn, de Vogelwet en de Natuurbeschermingswet en de sinds 1 april 2002 in werking getreden Flora- en faunawet.

De Vogelwet, de Jachtwet en de soortbeschermingsbepalingen van de Natuurbeschermingswet zijn sinds 1 april 2002 komen te vervallen en alle bepalingen die op de bescherming van soorten betrekking hebben, staan sinds die datum in één ‘document’, zijnde de Flora- en faunawet. De bescherming die deze teksten bieden, krijgt concreet invulling door een aantal verbodsbepalingen waarvan kan worden afgeweken indien aan de voorwaarden van de in die teksten opgenomen toetsings- en afwegingskaders is voldaan.

Bij de afweging of een ingreep, activiteit, etc. mag plaats vinden, spelen onder meer de volgende factoren een rol:

- de zeldzaamheid en de kwetsbaarheid van de soorten die door de betreffende ingreep of activiteit zullen worden getroffen;
- de omvang van de te verwachten nadelige invloed op deze soorten;
- de mogelijkheden om de nadelige invloed te compenseren en te mitigeren;
- het belang dat met de betreffende ingreep of activiteit is gemoeid;
- de vraag of er voor de betreffende ingreep of activiteit alternatieven beschikbaar zijn die minder nadelig zijn voor de soorten.

De soorten hebben een juridisch verankerde bescherming gekregen om de achteruitgang van het aantal soorten en van hun verscheidenheid tegen te gaan. Ondanks een breed draagvlak voor dit motief, wat onder meer blijkt uit het aantal landen dat het Verdrag van Bern heeft ondertekend, stuit de toepassing van het soortenbeschermingsrecht in de praktijk op heftige weerstand. Sinds een aantal jaren lijkt het besef dat met soorten rekening moet worden gehouden, overal doorgedrongen. Getuige daarvan zijn de vele publicaties, congressen en symposia die aan dit onderwerp worden gewijd. De rechterlijke uitspraken en de ridiculiserende manier waarop hierover in de media werd bericht, bracht een golf van verontwaardiging, onbegrip en weerstand teweeg.

De discussie over de rol en betekenis van de soorten binnen de besluitvorming werd een actueel thema en in korte tijd stonden de soorten hoog op de politieke agenda. Deze maatschappelijke onrust was voor de voormalige Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, mevrouw Faber, reden om de Raad voor het Landelijk Gebied te verzoeken advies uit te brengen over de vraag of het soortenbeleid daadwerkelijk een bedreiging vormt voor de economische ontwikkeling. Dit advies werd gevraagd tegen de achtergrond van de wijd verbreide opinie dat de soorten het hele economische leven zouden ontwrichten. De vraag was of de veronderstellingen waarop die opinie steunde juist waren en of dit doemscenario kon steunen op voldoende deugdelijke argumenten. De Raad kwam tot de conclusie dat dit niet het geval is.

Economische ontwikkeling en soortbescherming hoeven, zo stelt de Raad, geen tegenpolen te zijn. De soorten vormen helemaal geen bedreiging voor de economische ontwikkeling, op voorwaarde dat het soortenbeleid goed wordt gevoerd en wat dat laatste betreft heeft de Raad veel op te merken. Op dit moment is er volgens de Raad absoluut geen sprake van een goed soortenbeleid en vervolgens doet de Raad aanbevelingen² om tot een goed soortenbeleid te kunnen komen. Er worden diervriendelijke bedrijventerreinen en woonwijken aangelegd. Zelden nog worden besluiten genomen zonder eerst goed onderzoek te doen naar het voorkomen van soorten op een voorgenomen bouwlocatie. Projectontwikkelaars en bestuurders springen in de bres om de soorten te verplaatsen naar een andere locatie, die anders door hun plannen zouden worden gedood of in ieder geval ernstig zouden worden verstoord.

² Raad voor het Landelijk Gebied, 'Voorkomen is beter' Amersfoort, april 2002.

Ecologie en economie lijken op weg naar een evenwicht. Dat komt omdat het in veel gevallen goed mogelijk is om projectontwikkeling te laten samengaan met de verbetering van de leefcondities van soorten. Tussen natuurbeschermers en projectontwikkelaars ontstaan steeds meer allianties.

In haar advies stelt de Raad voor het Landelijk Gebied dat het behoud van planten- en diersoorten in Nederland goed te combineren is met de gewenste sociale en economische ontwikkelingen. Dat is volgens de Raad te realiseren zonder onevenredig hoge kosten of vertraging van bouwprojecten. Op het tijdstip waarop het advies openbaar werd, klonk dit ongeloofwaardig, maar inmiddels zijn er al diverse voorbeelden waarbij projectontwikkeling en natuurbescherming hand in hand gaan. Dat kan door bij de opzet of het ontwerpen van een plan of bij de uitvoering van een ingreep voldoende aandacht te besteden aan mitigerende en compenserende maatregelen om de nadelige invloed van het betreffende plan, of ingreep tegen te gaan. De aanleg van de A73 is een goed voorbeeld van een project waar pas groen licht voor werd gegeven nadat was verzekerd dat er voldoende tunnels en faunapassages werden aangelegd.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

De vraag hoe om te gaan met soorten is binnen het besluitvormingsproces een relevante vraag geworden. Dat geldt ook voor het terrein- en natuurbeheer en voor de agrarische sector. Alleen het maaien van een slootkant bijvoorbeeld, kan tientallen procedures, ontheffingen en bezwaarschriften opleveren.³ Voor het beheer van natuur, bos en landschap geldt, precies zoals voor alle andere activiteiten, handelingen of ingrepen, dat de beheerders zich dienen te bezinnen op de vraag welke consequenties het soortenbeschermingsrecht heeft voor hun activiteiten.

De verschillende beheersactiviteiten komen makkelijk op gespannen voet te staan met het soortenbeschermingsrecht, omdat de bepalingen van de Ffw. alle van nature in Nederland voorkomende zoogdieren en amfibieën en alle van nature op het Europees grondgebied voorkomende vogelsoorten beschermen door te verbieden dat hun holen, nesten, vaste rust- en verblijfplaatsen worden verstoord, verontrust of vernietigd.⁴ Ieder individu en de woon- en verblijfplaats van ieder individu geniet bescherming.

Alle beheersactiviteiten lijken daarmee op voorhand verboden, omdat bijna elke beheersactiviteit per definitie met zich meebrengt dat holen, nesten, rust-, verblijf- en voortplantingsplaatsen van soorten worden getroffen.

Het klinkt paradoxaal, maar veel vormen van beheer die zich juist richten op de bescherming en de ontwikkeling van de natuur zijn in strijd met de Ffw. In dit

³ J.M. Verschuren en P.C.E. van Wijmen, 'Juridisering van de besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen' Studie van het Natuurplanbureau (Planbureaustudie) nr 2, 2002

⁴ Dit is een verkorte weergave van de essentie van de betreffende bepalingen. Deze bepalingen staan in de artikelen 8 t/m 12 van de Flora- en faunawet.

onderzoek wordt de houtoogst gehanteerd als voorbeeld dat het spanningsveld tussen het beheer en de bepalingen van de Ffw. illustreert. De conclusies en de aanbevelingen van het onderzoek beperken zich echter niet tot de houtoogst, maar kunnen voor alle beheersactiviteiten (inclusief agrarisch beheer) gelden.

De aanleiding voor dit onderzoek wortelt in de onvrede van de terreinbeheerders met de verbodsbepalingen van de Ffw., omdat zij de houtoogst gedurende de broedperiode en ook veel andere beheersactiviteiten feitelijk onmogelijk maken. Ook al worden maatregelen getroffen om de verstoring, de verontrusting en de vernieling van soorten te voorkomen, het blijft onvermijdelijk dat er individuen worden getroffen.

Terreinbeheerders zijn van mening dat de verbodsbepalingen van de Ffw. hun doel voorbij schieten. Ze zetten vraagtekens bij de doelmatigheid en doeltreffendheid van de Ffw.

De wettelijke verbodsbepalingen van de Ffw. komen neer op een feitelijk en absoluut verbod van houtoogst gedurende de broedperiode van 1 april tot 1 september. Maar ook buiten de broedperiode gelden de verbodsbepalingen.

Voor commerciële bosexploitanten heeft dit grote financiële consequenties, omdat zij dan gedurende een groot deel van het jaar stil komen te liggen, terwijl hun bedrijfsvoering juist op het jaarrond oogsten is ingericht.

1.3 Doel van het onderzoek

‘Waar gehakt wordt, vallen spaanders’, is een algemeen bekend spreekwoord dat juist aan de wereld van de houtkap is ontleend. Het soortenbeschermingsrecht echter breekt met deze onaantastbaar gewaande waarheid.

Deze zomer gaf de volgende situatie aanleiding tot het stellen van Kamervragen. Een echtpaar in Geleen moest de door hen voorgenomen renovatie van het dak van hun huis uitstellen tot september omdat in de dakgoot een mus broedde die bij de uitvoering van het renovatiewerk zou worden verstoord. Voor elke bouwvakker die aan het dak zou werken, diende een boete op van EUR 1500,- te worden betaald. Aan de Minister van LNV werd onder meer gevraagd of de bepalingen van de Ffw. in deze casus juist werden toegepast en deze bepalingen er inderdaad toe moeten leiden dat de voorgenomen dakrenovatie moet worden uitgesteld. De Minister van LNV bevestigde dat er sprake was van een juiste toepassing van de Ffw. en verwees hiervoor naar de Vogelrichtlijn die het verbiedt om broedende vogels te verstoren.⁵

De verbodsbepalingen van de Ffw. zijn duidelijk. Niettemin staan de terreinbeheerders op het standpunt dat de wetgeving zo kan worden ingericht dat niet elke verstoring, vernieling of verontrusting van elk individu verboden moet zijn. Op aandringen van de terreinbeheerders is in het voorjaar van 2003 tussen de

⁵ Brief van 1 augustus 2003 (kenmerk DN.2003/3176) van Ministerie van LNV aan de Voorzitter van de Tweede Kamer; het betreft de antwoorden op vragen over door een broedende mus gedwarsboomde renovatie.

terreinbeheerders en Vogelbescherming Nederland onder de regie van het Ministerie van LNV een gedragslijn afgesproken. Deze omvat richtlijnen en maatregelen die bij de houtoogsten in acht moeten worden genomen en waarmee bij de uitvoering van de houtoogstwerkzaamheden de vogels en hun nesten worden ontzien. Naar verluidt zou die gedragslijn worden opgenomen in een AMvB. Daarmee zou de gedragslijn die nu nog het karakter heeft van een overeenkomst tussen private partijen gelden als een regeling waardoor de terreinbeheerder die volgens deze gedragslijn werkt, is vrijgesteld van de verbodsbepalingen van de Ffw. In de inleiding op dit onderzoek is gewezen op de tendens om bij het nemen van besluiten over wat voor plan of project ook voldoende aandacht te besteden aan compenserende en mitigerende maatregelen waarmee de gevolgen voor dier- en plantensoorten worden voorkomen of verzacht. Ook de terreinbeheerders lijken met de overeengekomen gedragslijn een modus te hebben gevonden waarbij ze bij de uitvoering van het terreinbeheer de soorten ontzien en daarmee voldoen aan de eisen van het soortenbeschermingsrecht. De vraag rijst echter of deze gedragslijn ook in juridische zin houdbaar is en juist het geven van een antwoord op deze vraag vormt de kern van de opdracht voor dit onderzoek. Het doel van het onderzoek richt zich op het geven van een antwoord op de volgende vragen:

Kan het vigerende juridische kader dat zich richt op de bescherming van soorten zo worden ingericht dat het natuur-, terrein-, en bosbeheer niet langer op gespannen voet staat met de juridische bepalingen die de soorten beschermen?

In het verlengde van deze vraag ligt de vraag of de gedragslijn die tussen de bij het onderwerp betrokken actoren is afgesproken juridisch houdbaar is.

Het doel van onderzoek richt zich op de vraag hoeveel speelruimte het geldende juridische kader voor het terrein- en natuurbeheer biedt. Het antwoord van de Minister van LNV op de vragen naar aanleiding van de broedende mus en de strafrechtelijke uitspraken laten zien dat bij de huidige stand van de wetgeving hiervoor geen ruimte bestaat.

Dit onderzoek gaat daarom verder dan een analyse van de verbodsbepalingen van de Ffw. Er zal ook worden gekeken naar de soortbeschermingsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn omdat deze bepalingen de kern vormen van de juridische bepalingen die de bescherming van de soorten beogen. Op grond van het EG-Verdrag moeten deze Richtlijnbevestigingen in het nationaal recht van de lidstaten van de EG worden omgezet. In Nederland is aan deze verplichting voldaan door de inwerkingtreding van de Ffw. De Ffw. is met andere woorden de wet waarmee is beoogd de soortbeschermingsbepalingen van de genoemde Richtlijnen in het Nederlands recht om te zetten. De kern van het onderzoek richt zich op een confrontatie tussen de bepalingen van de Ffw. met de Richtlijnbevestigingen waarvan de bepalingen van de Ffw. de Nederlandse vertaling zijn. Dit moet inzicht geven in de vraag of de opzet van de Ffw. spoort met de opzet en de doelstelling van de Richtlijnen.

1.4 Aard en de omvang van het probleem

Al in een eerder meer omvattend onderzoek naar de kansen en knelpunten voor de terreinbeheerders is beschreven dat de toepassing van het natuurbeschermingsrecht in de praktijk een knelpunt vormt.⁶

De oorzaak van het spanningsveld wordt toegeschreven aan de onduidelijkheid van de wet- en regelgeving en in het bijzonder de Vogel- en Habitatrichtlijn.

Een tweede oorzaak wordt gezien in het gebrek aan communicatie over de rechtsgevolgen van het natuurbeschermingsrecht door het Ministerie van LNV. Het onderhavig onderzoek zal zich daarom niet richten niet op de beschrijving van het probleem en evenmin op een analyse van de oorzaken ervan. De focus ligt geheel en al op de vraag of en hoe binnen de systematiek van de wet- en regelgeving oplossingen geformuleerd kunnen worden.

Als titel voor dit onderzoek wordt de term ‘reregulering’ gehanteerd. Dit begrip is geen alledaags begrip. Het brengt de onvrede met de vigerende regelgeving tot uitdrukking en suggereert nadrukkelijk de behoefte van de terreinbeheerders om de bestaande regels drastisch aan te pakken. Deze onvrede vindt zijn wortels in het feit dat de regelgeving veel blokkades opwerpt waar de praktijk niet mee uit de voeten kan met als gevolg dat de terreinbeheerders de doelmatigheid van de regelgeving of delen ervan ter discussie stellen. Een andere bron van ergernis is de onderlinge inconsistentie tussen de regels die soms openlijk met elkaar conflicteren.

De term ‘reregulering’ is met andere woorden een vlag die een hele brede lading dekt en daarom bruikbaar is voor ieder onderzoek dat het vizier richt op de spanning tussen de beheerspraktijk en de wetgeving. De term heeft bovendien een politiek-bestuurlijke lading. De focus van onderhavig onderzoek richt zich slechts op een klein onderdeel van de wetgeving.

Een andere vraag die opkomt is de vraag of het soortenbeschermingsrecht conflicteert met het ruimtelijke bestuursrecht ten aanzien van de vraag of de onderscheiden vormen van bos-, natuur- en landschapsbeheer acceptabel zijn. Aan het Buro Vijn is in het kader van dit onderzoek opdracht gegeven een onderzoek te doen naar de vraag hoe het terrein- en natuurbeheer in de sfeer van de ruimtelijke ordening is geregeld.⁷ De resultaten hiervan zijn in een apart rapport verwoord.

De belangrijkste conclusie van dat rapport is dat de vigerende bestemmingsplannen aan de exploitatie van het bos voorwaarden kunnen stellen die nodig zijn met het oog op de bescherming van de ecologische of landschappelijke waarden.

Tegelijkertijd wordt geconstateerd dat zolang de activiteiten zich beperken tot het normaal beheer en onderhoud er tegen deze activiteiten planologisch geen bezwaren

⁶ C.J.M. van Vliet, H. van Blitterswijk, M.A. Hoogstra, C.A. Balduk & R.J.H.G. Henkens, *Natuurbeleid in de beheerspraktijk, een onderzoek naar kansen en knelpunten tussen overheden en beheerders ten behoeve van de Natuurbalans 2001*. Alterra- rapport 463, ISSN 1566-7197, blz. 15 – 17.

⁷ Buro Vijn, “Bosbouw en Bestemmingsplannen”, een planologische regeling voor bosbouwactiviteiten en houtteelt in de gemeentelijke bestemmingsplannen.

zijn. Dat geldt ook voor bossen die vanwege hun grote natuurwaarde zijn aangewezen als kerngebied van de Ecologische Hoofdstructuur. In het rapport wordt verder heel nadrukkelijk gesignaleerd dat bosbouw en het normaal onderhoud en beheer van het bos op gespannen voet kan komen te staan met de eisen die de soortenbescherming stelt.

Als oplossing wordt gewezen op de mogelijkheid om in het bestemmingsplan een afstemmingsinstructie op te nemen.

Waar het normaal gebruik en onderhoud planologisch gezien in principe niet op bezwaren stuit, is dat vanuit het soortenbeschermingsrecht gezien duidelijk wel het geval. Dat blijkt uit een aantal strafrechtelijke uitspraken waarbij bosexploitanten zijn veroordeeld tot het betalen van een boete omdat ze bij de uitvoering van de houtoogst, zij het niet opzettelijk, nesten van vogels hebben vernield.

2 Onderzoeksmodel

2.1 Positie van het onderzoek in tijd en ruimte

Uit oriënterende gesprekken met terreinbeheerders en belangenorganisaties blijkt dat verschillend tegen het probleem wordt aangekeken. De Algemene Vereniging Inlands Hout⁸ (AVIH) is van mening dat het stilleggen van de houtoogst gedurende de gehele broedperiode de financiële draagkracht van de sector in gevaar brengt.

Voor de Vereniging Natuurmonumenten is er nauwelijks sprake van een probleem. Staatsbosbeheer neemt een tussenpositie in. Deze organisatie heeft nu namelijk al geruime tijd het beleid dat er gedurende de broedperiode niet wordt geoogst. Alleen als dat niet anders kan, bijvoorbeeld op de bospercelen waar het in de winter te nat is om te oogsten, wordt in de zomer geoogst. Staatsbosbeheer onderschrijft niettemin de stelling van de AVIH en via het Bosschap pleiten deze organisaties voor een regeling die het mogelijk maakt om ook gedurende de broedperiode te mogen oogsten.

De discussie over de vraag of houtoogst gedurende de broedperiode wel of niet moet worden toegestaan, is niet nieuw. Een artikelenreeks in het Nederlands Bosbouw Tijdschrift in 1999 geeft een goed inzicht in de argumenten van de voor- en tegenstanders. Ook de suggestie als zou de inwerkingtreding van de Ffw. op 1 april 2002 de discussie op gang hebben gebracht, is niet juist. Al sinds de Vogelwet uit 1935 en de Natuurbeschermingswet uit 1967 genieten de soorten een juridisch verankerde bescherming die vergelijkbaar is met de bescherming die hen op grond van de Ffw. wordt geboden.

De Ffw. is echter in werking getreden op het moment dat een aantal ophefmakende rechterlijke uitspraken werd geveld die duidelijkheid verschaften over de betekenis van de verbodsbepalingen. Daar komt nog bij dat in ongeveer dezelfde periode de bosexploitanten boetes zijn opgelegd wegens het verstoren van vogels en het vernielen van nesten tijdens de uitvoering van boswerkzaamheden. Deze factoren samen maken dat alle bij de beheerspraktijk betrokken actoren opnieuw zijn gaan nadenken over de vraag hoe het natuur- en terreinbeheer in overeenstemming kan worden gebracht met de eisen die de bescherming van dier- en plantensoorten aan het betreffende beheer stellen.

Het creëren van een passende oplossing stelt hoge eisen aan de bij het onderwerp betrokken actoren. Dat zijn met name de terreinbeheerders, de soortenbeschermingsorganisaties, de politiek en het Ministerie van LNV. De betrokken actoren hebben gezamenlijk gewerkt aan het opstellen van een gedragslijn voor de houtoogst gedurende de broedperiode. Hiermee is, door het voorschrijven van maatregelen die door de beheerders in acht moeten worden genomen, beoogd

⁸ In het kader van dit onderzoek wordt deze organisatie ook onder de terreinbeheerders geschaard.

concreet invulling te geven aan de eisen van het soortenbeschermingsrecht zonder dat de werkzaamheden gedurende de broedperiode moeten worden stil gelegd.

2.2 Object en optiek van het onderzoek

De terreinbeheerders staan op standpunt dat de Ffw. in haar huidige opzet veel te rigide is. Zij sturen daarom aan op een andere inrichting van de wet zodat de spanning tussen de Ffw. en de beheerspraktijk wordt weggenomen.

Zij doen op dat punt ook concrete voorstellen. In een Kamermotie is hun standpunt overgenomen met het verzoek aan de Regering om de wetgeving zo in te richten dat de bescherming van dier- en plantensoorten het natuur- en terreinbeheer niet langer in de weg staat. In hoofdstuk 4 van dit rapport wordt hun voorstel samengevat en wordt in het licht van de conclusies van hoofdstuk 3 gekeken naar de juridische houdbaarheid van dat standpunt.

De Kamermotie steunt op de overweging dat binnen de Europese Unie alleen Nederland de implementatie van de Vogel- en Habitatrictlijn in de Ffw. zodanig uitlegt dat gedurende het broedseizoen de normale terreinbeheerswerkzaamheden in bos- en natuurterreinen geen doorgang kunnen vinden. Verder wordt aangevoerd dat decennialange praktijk heeft uitgewezen dat de uitvoering van beheerswerkzaamheden, inclusief de kapwerkzaamheden, geen wezenlijke verontrusting of verstoring van populaties van de (avi-)fauna voortbrengt.

Uit een analyse van de standpunten van de terreinbeheerders blijkt dat zij uitgaan van de veronderstelling dat de Ffw. zodanig kan worden aangepast dat het normaal gebruik van de bodem voor landbouw, bosbouw en natuurbeheer wordt toegestaan zonder te stuiten op bezwaren vanuit het soortenbeschermingsrecht.

Het standpunt van de terreinbeheerders wordt echter niet door iedereen gedeeld. Er zijn namelijk mensen die juist het tegendeel beweren en stellen dat de houtoogst gedurende de broedperiode wel degelijk een nadelige invloed heeft op de populaties van de onderscheiden vogelsoorten.⁹ Volgens hen is de veronderstelling van de terreinbeheerders dat de wetgeving ruimte laat voor houtoogst gedurende de broedperiode niet juist.

Interessant uitgangspunt voor het onderzoek is dat zowel de voor- als de tegenstanders zich op de 'wet' beroepen om hun respectievelijke standpunten te onderbouwen. In hoofdstuk 4 zullen deze standpunten vanuit een juridische optiek worden bekeken en zullen conclusies worden getrokken over de juridische houdbaarheid van deze standpunten.

Het verschil in zienswijze van de betrokken actoren heeft echter niet belet dat de terreinbeheerders met Vogelbescherming Nederland onder regie van het Ministerie

⁹ Bijlsma, R.G., 'Zomervellingen desastreus voor broedvogels' Nederlands Bosbouw Tijdschrift 1999; van dezelfde auteur: 'Effect van boswerkzaamheden in het broedseizoen op broedvogels', Drentse Vogels 11, 1998;

van LNV een gedragslijn hebben afgesproken. Het is de vraag of deze gedragslijn wel of niet past binnen de ruimte die het soortenbeschermingsrecht voor het natuur- en terreinbeheer laat. Ook dat wordt in hoofdstuk 4 nader onderzocht.

Duidelijk is dat de wet- en regelgeving in de hele discussie over de toelaatbaarheid van beheersmaatregelen een bijzondere positie inneemt. Daarom neemt de beschrijving en de analyse van het vigerende juridische kader in hoofdstuk 3 in dit onderzoek een centrale positie in. Het juridisch kader is namelijk de bril en de invalshoek waarmee in de hoofdstukken 4 en 5 naar de standpunten van de actoren en naar de gedragslijn wordt gekeken.

2.3 Onderzoeksmodel

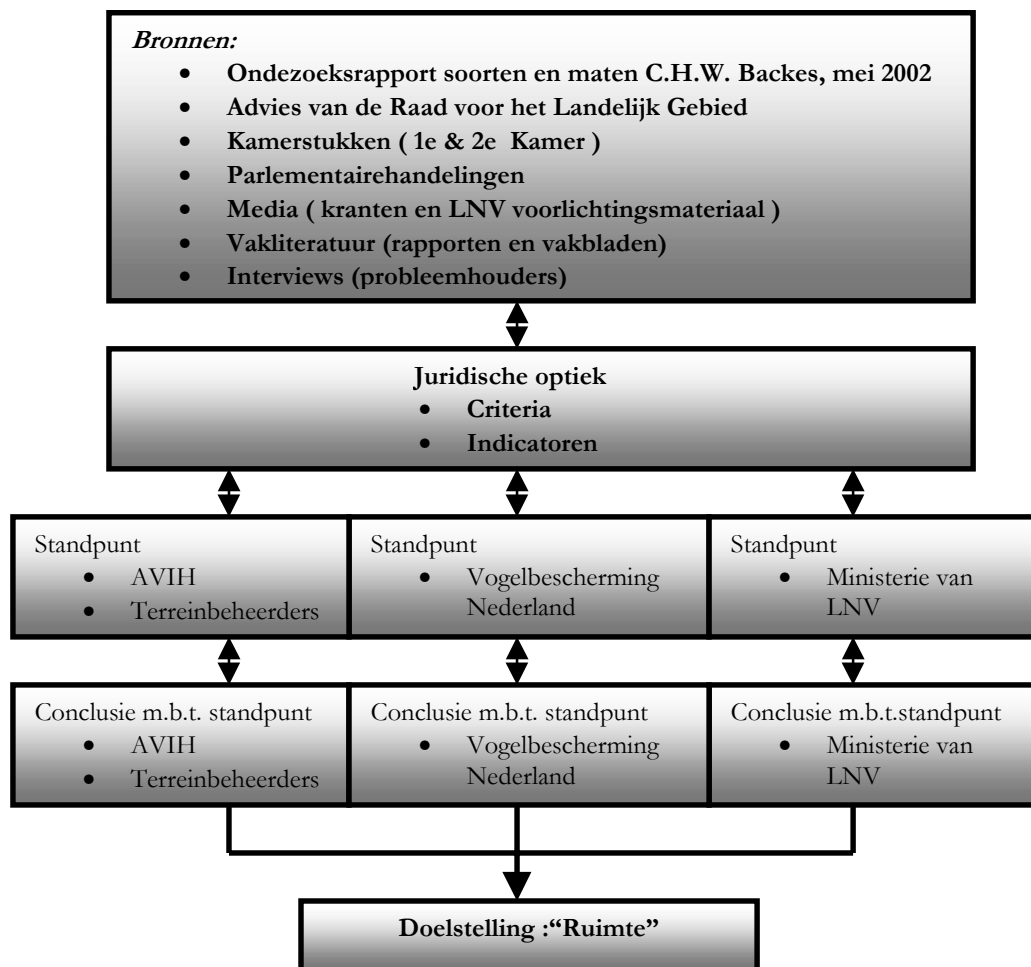
Eén van de centrale vragen van dit onderzoek is de vraag of het vigerende juridische kader de ruimte biedt voor natuur- en terreinbeheer. Hoofdstuk 3 geeft middels een analyse van de literatuur inzicht in de parameters en indicatoren die bepalen of, in welke mate en onder welke voorwaarden die ruimte wel of niet voorhanden is. Het onderzoeksrapport van het Centrum voor Omgevingsrecht opgesteld in opdracht van het VNO/NCW¹⁰ en het advies van de Raad voor het Landelijk Gebied aan de toenmalige Staatssecretaris van LNV¹¹ vormt hierbij de belangrijkste bron. Vervolgens worden de standpunten van de verschillende actoren en de tussen de betrokken actoren afgesproken gedragslijn met deze indicatoren en parameters geconfronteerd. De standpunten worden ook onderling met elkaar geconfronteerd. Deze onderzoeksstrategie moet een antwoord geven op de volgende drie vragen:

- Wat zijn de juridische criteria en indicatoren die bepalen of het vigerende soortenbeschermingsrecht wel of geen belemmering vormt voor landbouw, bosbouw en natuurbeheer?
- Wat is de sterkte en de zwakte van de standpunten van de bij het onderwerp betrokken actoren gezien in het licht van de juridische criteria?
- Is de gedragslijn, die de bij het onderwerp betrokken actoren hebben afgesproken, juridisch houdbaar?

Er is een oriënterend gesprek gevoerd met de AVIH, het Bosschap, Staatsbosbeheer, Vogelbescherming Nederland en het Ministerie van LNV. Bij het opstellen van de interviewvragen is zoveel mogelijk aangesloten bij de onderzoeksvragen van dit onderzoek.

¹⁰ Ch.W. Backes en M. Rotmeijer, 'Soortenbescherming in Nederland', Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/Nilos, mei 2002.

¹¹ Raad voor het Landelijk Gebied, 'Voorkomen is beter', Amersfoort, april 2002.



Figuur 1. Schematische voorstelling van het onderzoeksmodel

Verder is bij de uitvoering van het onderzoek de notitie ‘Bosbeheer en vogelbescherming’¹² opgesteld door de AVIH en de Handreiking ‘Ondernemen en de Flora- en faunwet’¹³ van het Ministerie van LNV betrokken. Deze documenten omvatten respectievelijk het standpunt van de AVIH en het standpunt van het Ministerie. Hoewel in de aangehaalde notitie ‘Bosbeheer en vogelbescherming’ het standpunt van de AVIH is verwoord, is uit de gesprekken gebleken dat dit standpunt door het Boschap worden onderschreven en gezien kan worden als het standpunt van de terreinbeheerders. Ook is gebruik gemaakt van een aantal publicaties in het Nederlands Bosbouw Tijdschrift uit 1999 waarin onder meer het standpunt van de Werkgroep Roofvogels, vertegenwoordigd door dhr. Bijlsma is verwoord.

¹² Algemene Vereniging van Inlands Hout en de Vereniging van Nederlandse Papier- en kartonfabrieken, ‘Bosbeheer en vogelbescherming, de knelpunten van de Flora- en faunawet’, september 2002

¹³ Ministerie van LNV, ‘Ondernemen en de Flora- en faunwet’, versie 1.0, februari 2003.

De handreiking van het Ministerie van LNV is bedoeld voor initiatiefnemers van ruimtelijke planprojecten en beoogt de ingewikkelde wetgeving toegankelijk te maken. De inhoud van die brochure wordt daarom vanzelfsprekend bij dit onderzoek betrokken. Daarbij dient wel de kanttekening dat de bruikbaarheid van deze brochure beperkt is. Dat komt omdat de brochure zich beperkt tot een algemeen beeld van de Ffw. en heel nadrukkelijk niet inzoomt op de reguliere water-, groen- en agrarische beheersactiviteiten, en niet ingaat over schadebestrijding en jacht¹⁴. Vooral de eerstgenoemde activiteiten, met name de beheersactiviteiten, zijn juist de activiteiten zijn waar dit onderzoek zich op richt.

Het was mogelijk nuttig geweest om meer organisaties voor een gesprek te benaderen. Het aantal gesprekken is echter bewust beperkt gehouden om het onderzoek qua tijd en geld beheersbaar te houden. Bovendien geven de gevoerde oriënterende gesprekken, gelet op de doelstelling van het onderzoek, een voldoende beeld.

¹⁴ blz. 2 van de betreffende brochure

3 De grenzen van het speelveld

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft en analyseert de juridische parameters en indicatoren die bepalend zijn voor de vraag of en hoeveel ruimte het soortenbeschermingsrecht biedt voor het natuur- en terreinbeheer. De conclusies worden gebruikt in de hiernavolgende hoofdstukken om te kijken of en hoe de standpunten van de betrokken actoren gebruik maken van die ruimte en of de door hen afgesproken gedragslijn binnen die ruimte past.

Centraal in dit hoofdstuk staat een vergelijking tussen de verbodsbepalingen van de Habitat- en Vogelrichtlijn en de verbodsbepalingen van Ffw.

De bepalingen van de Ffw. zijn de Nederlandse vertaling (implementatie) van de Richtlijnbeoordelingen. Daarom worden eerst de verbodsbepalingen van de Richtlijnen geanalyseerd vanuit de vraag of ze ruimte laten voor het natuur- en terreinbeheer en vervolgens wordt gekeken hoe die Richtlijnbeoordelingen in de Ffw. zijn vertaald.

3.2 Het doel en de middelen van de Vogel- en Habitatrichtlijn

Het resultaat (doel) dat de beide Richtlijnen beogen, is expliciet in de bepaling van artikel 2 van zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn verwoord. De twee Richtlijnen hebben de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden dieren en plantensoorten tot doel. Voor wat de Vogelrichtlijn betreft zijn dat de populaties van alle vogelsoorten. Voor wat de habitatrichtlijn betreft zijn dat de populaties van de soorten die in Bijlage IV van de Habitatrichtlijn zijn vermeld.

In artikel 2 van de Vogelrichtlijn is bepaald dat de Lidstaten alle nodige maatregelen moeten nemen om de populaties van de in artikel 1 van de betreffende Richtlijn bedoelde soorten op een niveau te houden of te brengen dat met name beantwoordt aan de ecologische, wetenschappelijke en culturele eisen, waarbij zij tevens rekening dienen te houden met de economische en recreatieve eisen.

In artikel 2 lid 2 van de Habitatrichtlijn is een vergelijkbare bepaling opgenomen als in artikel 2 van de Vogelrichtlijn.

Artikel 2 lid 2 van de Habitatrichtlijn bepaalt dat de Habitatrichtlijn de natuurlijke habitats en de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding beoogt te behouden of te herstellen.

Deze algemene doelstelling verwoord in artikel 2 wordt in artikel 5 van de Vogelrichtlijn en artikel 12 van de Habitatrichtlijn nader uitgewerkt en

geconcretiseerd.¹⁵ Deze uitwerking houdt een opdracht in aan de lidstaten van de EG. Zij dienen wetgeving op te stellen zodat de duurzame instandhouding van de dier- en plantensoorten gegarandeerd is. De Richtlijnen bepalen ook de maatregelen die de lidstaten in hun nationale wetgeving moeten opnemen om dat doel te bereiken. Deze maatregelen zijn een aantal verbodsbepalingen opgenomen in artikel 5 en 12 van resp. de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Zonder specifiek op deze verbodsbepalingen in te gaan, kan worden gesteld dat algemeen beschouwd deze bepalingen het verbod inhouden om dieren en planten opzettelijk te doden, te verstoren en tevens het verbod om hun holen, nesten, vaste rust-, verblijf- en voortplantingsplaatsen te vernielen, te verstoren en te verontrusten.

De verbodsbepalingen zijn in de Vogel- en Habitatrichtlijn geformuleerd als maatregelen om het doel, met name de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten te bereiken en niet als doel op zich.

In de opzet van de Richtlijnen is duidelijk een onderscheid tussen het doel dat zij beogen en de maatregelen om dat doel te bereiken, herkenbaar. De Richtlijnen stellen niet het verbod op de doding, verstoring en verontrusting van elk individu en elke individuele verblijfplaats als doel centraal. Deze verbodsbepalingen nemen in de optiek van de Richtlijnen de plaats in van de meest passende instrumenten om het doel, met name de instandhouding van de soorten, te bereiken.

Op grond van het feit dat de verbodsbepalingen in de Vogel- en Habitatrichtlijn zijn geformuleerd als maatregelen en niet als doel op zich, is de stelling verdedigbaar dat de lidstaten, die voor de implementatie van de Richtlijnen verantwoordelijk zijn de bevoegdheid hebben om bij de implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn zelf te bepalen hoe ze die verbodsbepalingen inzetten, als maar de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten gegarandeerd is. Dat betekent concreet dat voor zeldzame, kwetsbare soorten en voor soorten die met uitsterven bedreigd zijn de bescherming van elk individu en van elke individuele verblijfplaats noodzakelijk kan zijn om de overleving van de soort te garanderen. Voor meer algemeen voorkomende soorten daarentegen zal de bescherming van elk individu zijn doel voorbij schieten. De Vogel- en Habitatrichtlijn laten aan de lidstaten de ruimte om de toepassing van de verbodsbepalingen af te stemmen op hetgeen voor de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten noodzakelijk is.

Tegenover deze stelling past een kritische houding. Dat komt omdat het rapport van het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid stelt dat de strekking van het verbod tot beschadiging van voorplanting- en rustplaatsen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn de bescherming van ieder individuele voorplanting- en rustplaats impliceert.¹⁶

¹⁵ Verder in dit rapport spreken we over de soortbeschermingsbepalingen; daarmee doelen we op de bepalingen van artikel 5 en 12 van respectievelijk de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

¹⁶ Ch. W. Backes en M. Rotmeijer, 'soortenbescherming In Nederland', Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/Nilos, mei 2002, p. 22-23.

De stelling, die samengevat hierop neerkomt dat de lidstaten het verbod tot doding en verstering van dieren en planten en het verbod tot beschadiging van voortplanting- en rustplaatsen gedifferentieerd mogen inzetten naar wat de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten vereist, is een stelling die verdedigbaar wordt indien de Vogel- en Habitatrichtlijn worden bezien in het licht van 249 van het EG Verdrag. (oud artikel 189 EG- Verdrag)

Sterker nog, de betreffende stelling lijkt dit artikel 249 EG voort te vloeien.

Artikel 249 EG geeft de definitie van het Europeesrechtelijk begrip Richtlijn. Dit artikel stelt dat een richtlijn verbindende is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

De bepalingen van artikel 5 en artikel 12 van respectievelijk de Vogel- en de Habitatrichtlijn confronterend met artikel 249 EG leidt tot de conclusie dat de algemene definitie in de opzet van de Vogel- en Habitatrichtlijn duidelijk te herkennen is. Uit artikel 249 EG blijkt dat het onderscheid tussen doel en maatregelen behoort tot de wezenskenmerken van een Richtlijn.

In de structuur van zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn is de afbakening tussen doel en middelen duidelijk te herkennen. Het doel dat de Vogel- en Habitatrichtlijn beogen te bereiken, is de duurzame instandhouding van de soorten. De maatregelen waarmee dit doel dient te worden bereikt zijn de concrete verbodsbepalingen genoemd in de artikelen van de Vogel- en Habitatrichtlijn.

Uit artikel 249 EG blijkt verder dat met het onderscheid tussen doel en maatregelen ook de bevoegdheidsverdeling tussen 'Europa' en de nationale lidstaten samenhangt. 'Europa' stelt het doel en het resultaat dat moet worden bereikt, maar de lidstaten bepalen de vorm, de middelen en de maatregelen om dat doel te bereiken.

Als vanuit deze optiek naar de Vogel- en Habitatrichtlijn wordt gekeken, dan zou dat betekenen dat het bereiken van de duurzame instandhouding van de soorten verbindend is voor de lidstaten omdat dit het doel is dat met de Richtlijnen is beoogd. De verbodsbepalingen van de Richtlijnen zijn imperatief zodat de lidstaten die verbodsbepalingen ook in hun wetgeving moeten opnemen. Omdat die verbodsbepalingen echter als maatregelen zijn geformuleerd en lidstaten ten aanzien van de maatregelen zelf mogen bepalen wat ze noodzakelijk vinden, kan hieraan de conclusie worden verbonden dat de lidstaten zelf mogen bepalen hoe en wanneer en onder welke omstandigheden zij de verbodsbepalingen inzetten. Dat betekent meer concreet dat de lidstaten over de ruimte en de bevoegdheid beschikken om de toepassing van de verbodsbepalingen af te stemmen op wat een populatie nodig heeft om duurzaam in stand te kunnen blijven. Dat zal bij kwetsbare en zeldzame soorten of bij soorten die met uitsterven bedreigd zijn anders liggen dan bij soorten die algemeen voorkomen.

3.3 Implementatie van de verbodsbepalingen van de Richtlijnen in de Ffw.

De verbodsbepalingen van de Richtlijnen zijn imperatief geformuleerd. Daarom moeten de lidstaten deze verbodsbepalingen in hun wetgeving opnemen. De vraag is echter of ze deze verbodsbepalingen letterlijk moeten overnemen. Bij de implementatie van de verbodsbepalingen in de Ffw. is er namelijk voor gekozen om de verbodsbepalingen letterlijk over te nemen.

De consequentie van deze letterlijke overname is dat daarmee uit het oog verloren wordt dat in de opzet van de Vogel- en Habitatrichtlijn een onderscheid wordt gemaakt tussen het door deze Richtlijnen beoogde doel en de door de Richtlijnen voorgeschreven maatregelen. De verbodsbepalingen zijn maatregelen en geen doel op zich. In de systematiek van de Ffw. krijgen de verbodsbepalingen echter het karakter van een doel op zich. De tweede consequentie is dat elk individu en elke individuele verblijf- en voortplantingsplaats wordt beschermd.

Dat alles doet de vraag rijzen of een juiste implementatie van de verbodsbepalingen van de Richtlijnen impliceert dat deze verbodsbepalingen letterlijk worden overgenomen.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het er bij de implementatie om gaat dat de lading van de richtlijn is gedekt door nationale maatregelen en de uitoefening van de bevoegdheden geschiedt in overeenstemming met de doelstellingen van de richtlijnen.¹⁷

Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk beslist dat het bij implementatie niet noodzakelijk is dat de richtlijnbevestigingen formeel en letterlijk in een specifieke wettelijke regeling worden overgenomen. Voor het Hof kan een algemene wettelijke context voldoende zijn, wanneer de nationale regelgeving maar voldoende nauwkeurig en duidelijk is om daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren.

Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat een letterlijke overname van de verbodsbepalingen niet noodzakelijk is. In de voorgaande paragraaf is de conclusie getrokken dat een interpretatie van de verbodsbepalingen in het licht van artikel 249 EG leidt tot de stelling dat de lidstaten in hun wetgeving mogen voorzien in een gedifferentieerde toepassing van de verbodsbepalingen.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie over de vraag of Richtlijnbevestigingen wel of niet letterlijk in de nationale wetgeving dienen te worden overgenomen, spreekt deze conclusie niet tegen. Een wettelijke regeling die de toepassing van de verbodsbepalingen afstemt op hetgeen voor de onderscheiden soorten noodzakelijk is om hun duurzame instandhouding te verzekeren, lijkt niet in strijd met de eis dat de implementatie van Richtlijnbevestigingen nauwkeurig moet zijn. Sterker nog, een dergelijke toepassing van de verbodsbepalingen lijkt meer de volledige toepassing van de Vogel- en Habitatrichtlijn te verzekeren dan een generieke inzet van de

¹⁷ HvJEG gevoegde zaken 372-374/85, Traen.

verbodsbepalingen die ieder individu en iedere individuele verblijfplaats beschermt. In deze laatste situatie kan namelijk ernstig worden betwijfeld of doel en middelen in een redelijke verhouding tot elkaar staan.

Uit het antwoord van de Minister van LNV op vragen naar aanleiding van de in een dakgoot broedende huismus blijkt dat ook de Minister de mening is toegedaan dat de proportionaliteit tussen doel en middelen zoek is. Hij wijst erop dat er een algemene maatregel van bestuur in voorbereiding is die tot doel heeft om meer proportionaliteit in de regelgeving te brengen.¹⁸

Er is een opmerkelijke uitzondering op de hiervoor vermelde constatering dat in de Ffw. de verbodsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn nagenoeg letterlijk zijn overgenomen. Dat is namelijk de bepaling van artikel 5 littera d van de Vogelrichtlijn. Hierin is bepaald dat verstoringen gedurende de broedperiode verboden zijn, indien en voor zover van deze verstoringen een wezenlijke invloed op de populaties uitgaat. Dat betekent m.a.w. dat niet elke verstoring gedurende de broedperiode door de Vogelrichtlijn verboden is gesteld. Een motief waarom deze verbodsbepaling opgenomen in artikel 5 littera d van de Vogelrichtlijn niet en alle andere verbodsbepalingen van Vogel- en Habitatrichtlijn wel in de Ffw. zijn overgenomen, is nergens aangetroffen.

3.4 De verplichting rekening te houden met andere belangen

In artikel 2 van zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn is bepaald dat bij het treffen van maatregelen gericht op de bescherming van populaties rekening moet worden gehouden met economische, recreatieve en sociale vereisten en lokale en regionale bijzonderheden. Over de vraag wat deze bepaling betekent voor de aanwijzing van speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn heeft het Europees Hof van Justitie uitspraak gedaan. De vraag die in deze uitspraak centraal stond, was de vraag of bij de aanwijzing van gebieden als speciale beschermingszones rekening mag worden gehouden met andere belangen dan uitsluitend ornithologische waarden.

Het Hof heeft bepaald dat alleen met ornithologische waarden rekening mag worden gehouden. Andere belangen, zoals sociale, economische of recreatieve belangen, mogen bij de afweging of een gebied als een speciale beschermingszone wordt aangewezen niet in de afweging worden betrokken. Het Hof stelt dat de aanwijzing van gebieden een specifieke karakter heeft en juist vanwege dat specifieke karakter acht het Hof de algemene regeling opgenomen in artikel 2 van de Habitat- en Vogelrichtlijn op de aanwijzing van de gebieden niet van toepassing.

De verplichting opgenomen in artikel 5 en artikel 12 van respectievelijk de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn betreft echter niet de verplichting om gebieden als speciale beschermingszones aan te wijzen. Deze bepalingen omvatten de verplichting om een algemene regeling gericht op de bescherming van soorten uit te werken. De vraag is wat deze uitspraak van het Hof betekent voor de uitwerking van

¹⁸ Brief van 1 augustus 2003 van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselveiligheid (kenmerk DN. 2003/3176) aan de voorzitter van de Tweede Kamer

een dergelijke algemene regeling. Moet bij een dergelijke generieke regeling rekening worden gehouden met de andere belangen, zoals de sociale, de economische en de recreatieve vereisten.

Het Hof steunt haar conclusie dat bij de aanwijzing van de speciale beschermingszones niet met andere belangen rekening mag worden gehouden, expliciet op het specifieke karakter van dit instrument. Hieruit kan worden afgeleid dat bij het ontwerpen van een algemene regeling, die per definitie geen specifiek maar juist een generiek karakter heeft, juist wel met alle andere in artikel 2 genoemde belangen rekening moet worden gehouden. Dat zou dus betekenen dat bij de totstandkoming van de Ffw. met deze belangen rekening moet worden gehouden. Dat zijn de economische, sociale en recreatieve vereisten en de lokale en regionale bijzonderheden.

Uit de totstandkoming van de Ffw. Echter blijkt niet dat er ook met deze belangen rekening is gehouden en de Ffw. biedt ook nergens een expliciete bepaling waaruit blijkt dat bijvoorbeeld bij een verzoek tot ontheffing van de verbodsbepalingen met de sociale en economische en recreatieve belangen en met de lokale en regionale bijzonderheden rekening moet worden gehouden.

3.5 Mogelijkheden om van de verbodsbepalingen af te wijken

De Vogel- en Habitatrictlijn bepalen dat de lidstaten in hun wetgeving in een afwijking op de in hun wetgeving verankerde bescherming mogen voorzien. Een uitzondering is namelijk toegestaan met het oog op één of meer van de limitatief in artikel 9 en artikel 16 van resp. de Vogel- en Habitatrictlijn opgesomde belangen. Deze belangen vermeld in artikel 9 van de Vogelrichtlijn zijn: de volksgezondheid, de openbare veiligheid, de veiligheid van het luchtverkeer, ter voorkoming van belangrijke schade aan landbouwgewassen, ter voorkoming van schade aan het milieu en voor doeleinden in verband met onderzoek en onderwijs.¹⁹

De belangen genoemd in artikel 9 van de Vogelrichtlijn zijn restrictiever dan genoemd in artikel 16 van de Habitatrictlijn. Voor de Habitatrictlijn komen namelijk naast de belangen die ook in de Vogelrichtlijn zijn genoemd ook dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van sociale en economische belangen, in aanmerking als belangen die een uitzondering op de beschermingsbepalingen rechtvaardigen.

Over de rol die deze belangen spelen en over hun betekenis in de context van de Vogel- en Habitatrictlijn zijn verschillende meningen mogelijk. De betreffende belangen kunnen zo worden geïnterpreteerd dat voor het doden of verstoren van elk individu of voor het beschadigen van iedere individuele voortplanting- en rustplaats moet zijn aangetoond dat één of meer van de in artikel 9 en artikel 16 van respectievelijk de Vogel- en de Habitatrictlijn genoemde belangen in het geding is. Hiervoor is de conclusie getrokken dat de Vogel- en Habitatrictlijn niet de

¹⁹ Dat zijn de belangen die in artikel 9 van de Vogelrichtlijn zijn vermeld.

bescherming van elk individu en van ieder individuele voortplanting- en rustplaats beogen, maar de duurzame instandhouding van de populaties.

Het valt, uitgaande van het populatiegerichte karakter van de Vogel- en Habitatrichtlijn, echter niet in te zien dat voor het verstoren of doden van ieder individu of voor het beschadigen van iedere individuele voortplanting- en rustplaats moet zijn aangetoond dat één of meer belangen genoemd in artikel 9 en 16 van resp. de Vogel- en de Habitatrichtlijn in het geding zijn. Dat zou betekenen dat bijvoorbeeld het nest van een in een dakgoot broedende huismus alleen mag worden verstoord als de volksgezondheid, de openbare veiligheid of de veiligheid van het luchtverkeer in het geding is. Dit gaat veel verder dan hetgeen op grond van een duurzame instandhouding van de populaties vereist is.

Als deze interpretatie juist zou zijn en de belangen vermeld en de aangehaalde artikelen 9 en 16 van de Vogel- en Habitatrichtlijn zo moeten worden uitgelegd dat het nest van een individuele vogel alleen zou mogen worden verstoord indien de volksgezondheid, etc. in het geding is, dan valt niet in te zien hoe dat te rijmen valt met artikel 5 littera d van de Vogelrichtlijn. Deze bepaling staat juist het verstoren van vogels toe. Alleen al omdat deze interpretatie aanleiding geeft tot een inconsistentie binnen de systematiek van de Vogelrichtlijn lijkt deze, hoewel op voorhand niet uit te sluiten, niet de meest voor de hand liggende interpretatie.

Veel meer in lijn met het populatiegerichte karakter van de Vogel- en de Habitatrichtlijn is de interpretatie dat de betreffende belangen gezien en uitgelegd moeten worden als redenen die desnoods een ingreep in de stand van de populaties rechtvaardigen. De betreffende belangen kunnen een legitimatie zijn om de stand van de 'schadelijke' populatie te beperken. Deze interpretatie lijkt veel plausibeler dan de eerste interpretatie. Trouwens uit een analyse van de Ffw. blijkt dat bij de implementatie van deze belangen in de Ffw. men ook is uitgegaan van de interpretatie dat de betreffende belangen gezien moeten worden als redenen die een ingreep in de stand van de populaties kan rechtvaardigen. In de Ffw. zijn namelijk een aantal bepalingen opgenomen die toestaan dat de stand van de populaties wordt beperkt indien de volksgezondheid, de openbare veiligheid of de veiligheid van het luchtverkeer in het geding is of ter voorkoming van aanzienlijke schade aan landbouwgewassen, of aan het milieu of voor doeleinden van onderzoek en onderwijs.

3.6 Implementatie van de uitzonderingsbepalingen in de Ffw.

De Ffw. neemt de belangen van artikel 9 en artikel 16 deels over. Dit gebeurt door de opname in de Ffw. van een vrijstelling- en ontheffingstelsel waarmee vrijstelling of ontheffing wordt verleend van de verbodsbepalingen van de Ffw. om desnoods in de stand van de populaties in te grijpen als de volksgezondheid, de openbare veiligheid, de veiligheid van het luchtverkeer in het geding is, of ter voorkoming van schade aan landbouwgewassen of het milieu of voor doeleinden van onderzoek en onderwijs.

Zeer opvallend is dat de dwingende reden van groot openbaar belang die in artikel 16 van de Habitatrichtlijn naast de volksgezondheid, de openbare veiligheid en het belang ter voorkoming van schade aan de landbouwgewassen en het milieu zijn vermeld in de Ffw. niet terugkomt als een belang dat desnoods een inbreuk op de stand van de Bijlage IV soorten kunnen rechtvaardigen.

Hoewel de dwingende reden van groot openbaar belang in de context van de Habitatrichtlijn dezelfde rol speelt en dezelfde betekenis heeft als alle andere in artikel 16 van de Habitatrichtlijn vermelde belangen, en dus mag worden verwacht dat ze in de context van de Ffw. dezelfde rol en betekenis krijgt als de andere belangen van artikel 16 in de context van de Ffw. krijgen, is dat niet het geval. In het kader van de Ffw. is het groot openbaar belang geen reden op grond waarvan desnoods een beperking van de stand van een populatie van een Bijlage IV soort gerechtvaardigd is. Op de rol en betekenis van de dwingende reden van groot openbaar belang in het kader van de Ffw. wordt in deze paragraaf nader ingegaan.

Naast de mogelijkheid om een vrijstelling of een ontheffing te verlenen indien de volksgezondheid, de openbare veiligheid of de veiligheid van het luchtverkeer in het geding is of ter voorkoming van aanzienlijke schade aan landbouwgewassen en aan het milieu of voor doeleinden van onderzoek en onderwijs, slaat in de Ffw. verder nog dat ook een vrijstelling of ontheffing van de verbodsbepalingen van de Ffw. kan worden verleend voor plannen, projecten, ingrepen en activiteiten voor zover die aan de volgende voorwaarden voldoen:

- als er geen afbreuk worden gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de onderscheiden soorten;
- als er geen andere bevredigende oplossing bestaat;
- alleen met het oog op één of meer belangen vermeld in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten. Deze belangen zijn: (a) de bepalingen inzake de gemeenschappelijke markt en een vrij verkeer van goederen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap; (b) de veiligstelling van dieren behorende tot een beschermde inheemse diersoort tegen het verkeer; de opvang en verzorging van zieke of gewonde dieren behorende tot een beschermd inheemse diersoort; (c) het onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden; (d) dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten, met dien verstande dat vanwege dit belang geen ontheffing of vrijstelling kan worden verleend ten aanzien van vogels behorende tot een beschermd inheemse diersoort; (e) de bescherming van weidevogels en hun eieren tegen landbouw-werkzaamheden en vee.

Op deze in de Ffw. opgenomen mogelijkheid een vrijstelling of ontheffing te verkrijgen, is veel kritiek omdat ze niet past binnen de Vogel- en Habitatrichtlijn en sterker nog in strijd is met deze Richtlijnen. De gedachtegang hierbij is dat op grond van de Vogel- en Habitatrichtlijn de wetgeving enkel en uitsluitend een mogelijkheid tot de verkrijging van een vrijstelling of ontheffing mag voorzien indien één of meer belangen vermeld in de artikelen 9 en 16 van respectievelijk de Vogel- en de

Habitatrichtlijn in het geding zijn. Aangezien de belangen die zijn vermeld in het Besluit vrijstelling en ontheffing beschermde dier- en plantensoorten niet in de Vogel- en Habitatrichtlijn zijn vermeld, wordt de Ffw. en het betreffende Besluit in strijd gevonden met de Vogel- en Habitatrichtlijn.

Tegen deze redenering die er toe leidt dat voor iedere beschadiging geldt dat deze alleen is toegestaan als een belang vermeld in de artikelen 9 en 16 in het geding is, kan worden ingebracht dat ze indruist tegen het populatiegerichte karakter van de Vogel- en de Habitatrichtlijn. Hier is in de vorige paragraaf al ingegaan.

Uitgaande van het populatiegerichte karakter van de Vogel- en Habitatrichtlijn daarentegen is het zeer goed voor te stellen dat de Ffw. de mogelijkheid voorziet om een vrijstelling of ontheffing van de verbodsbepalingen te verkrijgen voor plannen, projecten, activiteiten en ingrepen, voor zover uiteraard hierdoor geen afbreuk wordt gedaan aan de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten. Deze voorwaarde dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de instandhouding van de soorten is expliciet als wettelijke voorwaarde in de Ffw. opgenomen. Bij een verzoek tot vrijstelling of ontheffing, moet aan deze voorwaarde worden getoetst zodat, althans juridisch gezien, de instandhouding is gewaarborgd. Daarmee is de Ffw. in lijn met de Vogel- en Habitatrichtlijn.

Door het opnemen van een mogelijkheid om vrijstellingen en ontheffingen te verlenen, wordt het meteen ook mogelijk om het verbod op vernieling, verstoring en beschadiging te differentiëren in functie van de staat van instandhouding van de onderscheiden soorten. Dat betekent dat ten aanzien van een algemeen voorkomende soort eerder een vrijstelling of een ontheffing zal kunnen worden verleend dan voor een zeldzame of kwetsbare soort omdat aan de duurzame instandhouding van de zeldzame en kwetsbare soorten eerder afbreuk wordt gedaan dan aan de instandhouding van de algemeen voorkomende soorten.

Door de vrijstellingen en ontheffingen echter te beperken tot alleen de belangen die in het Besluit vrijstelling en ontheffing beschermde dier- en plantensoorten zijn vermeld, kan slechts op zeer beperkte schaal van dit instrumentarium gebruik worden gemaakt. Deze belangen zijn namelijk dermate specifiek dat er behalve dan dat betreffende belang zelf geen andere plannen, projecten of ingrepen onder kunnen worden gebracht. Alleen voor dwingende redenen van groot openbaar belang kan een vrijstelling of ontheffing worden verkregen.

De dwingende redenen van groot openbaar belang spelen daarmee in de context van de Ffw. een andere rol dan in de context van de Habitatrichtlijn. Op grond van de Ffw. moet ook om voor de verstoring van een individu of een individuele voorplanting- of rustplaats een vrijstelling of een ontheffing te kunnen verkrijgen een dwingende reden van groot openbaar belang in het geding zijn. Daarmee is bij de implementatie in de Ffw. het openbaar belang een heel andere rol toegekend dan de rol die men zou verwachten op grond van de Habitatrichtlijn. De Habitatrichtlijn namelijk noemt het openbaar belang in één adem met de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de veiligheid van het luchtverkeer.

3.7 De betekenis van het soortenbeschermingsrecht voor het natuur- en terreinbeheer

De vraag rijst wat de voorgaande paragrafen betekenen voor het natuur- en terreinbeheer. Het natuur- en terreinbeheer is namelijk niet in de lijst van het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten vermeld. Dit beheer is verder ook niet aan te merken als een dwingende reden van groot openbaar belang. En ook al zou het natuur- en terreinbeheer als een openbaar belang zijn aan te merken, dan nog kan er ten aanzien van vogels geen ontheffing of vrijstelling worden verleend omdat in het Betreffende besluit expliciet is aangegeven dat het openbaar belang geen belang kan zijn dat ten aanzien van vogels kan worden ingeroepen om een vrijstelling of ontheffing van de verbodsbepalingen te kunnen verkrijgen. Het gevolg is dat voor het natuur- en terreinbeheer bij de huidige inrichting en systematiek van de Ffw. onder geen enkel beding een ontheffing of vrijstelling kan worden verleend. Iedere vernieling van een dier of plant en iedere beschadiging van een individuele voortplanting-, rust- en verblijfplaats is een overtreding van het wettelijk verbod dieren en planten te doden en hun voortplanting-, rust- en verblijfplaats te vernielen of te verstoren. Het natuur- en terreinbeheer staat daardoor permanent in conflict met de Ffw.

Als het wettelijk verbod van de Ffw. wordt bekeken in het licht van de Habitat- en Vogelrichtlijn, dan is de conclusie dat dit verbod veel verder reikt dan het verbod van deze Richtlijnen. In artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn is namelijk gesteld dat het verstoren van vogels gedurende de broedperiode alleen verboden is voor zover van die storingen een wezenlijke invloed uitgaat op de populaties. In deze bepaling ligt de grondslag voor het uitwerken van nationale wetgeving die onder voorwaarden het natuur- en terreinbeheer inclusief de houtoogst gedurende de broedperiode mogelijk maakt. Van deze mogelijkheid is duidelijk nog geen gebruik gemaakt overigens zonder dat hiervoor een reden of een motief is gevonden.

Bovendien biedt de Vogel- en Habitatrichtlijn, voor zover geïnterpreteerd zoals hiervoor in paragraaf 3.2 aangegeven, de ruimte om bij de implementatie van het verbod uit de Richtlijnen in de eigen wetgeving dit verbod af te stemmen op wat voor de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten noodzakelijk is. Dat houdt in dat de Ffw. niet op voorhand de beschadiging van ieder individu hoeft te verbieden, maar de verbodsbepalingen gedifferentieerd kan inzetten. In een dergelijke optiek verzetten de Vogel –en de Habitatrichtlijn er zich niet tegen dat de Ffw. zo wordt ingericht dat het natuur- en terreinbeheer en ook de houtoogst gedurende de broedperiode mogelijk is.

De harde door de beide Richtlijnen gestelde randvoorwaarde hierbij is wel dat er voldoende garanties zijn dat het beheer geen inbreuk pleegt op de duurzame instandhouding van de onderscheiden soorten. Dit betekent dat aan het beheer voorwaarden en voorschriften kunnen en wellicht ook moeten worden gekoppeld maar een principieel verbod vindt in de Richtlijnen geen steun. Zoals uit de volgende paragraaf zal blijken vindt evenmin een generieke vrijstelling steun in de Richtlijnen.

Een wettelijke bepaling die het normaal gebruik van de bodem voor landbouw-, bosbouw-, en visserijdoeleinden vrijstelt van de verbodsbepalingen wordt namelijk door het Europees Hof van Justitie niet geaccepteerd. Dat alles maakt de inrichting van de Ffw. tot een wet die het natuur- en terreinbeheer toestaat tot een complexe maar niet tot een onmogelijke opdracht.

In de huidige opzet van de Ffw. is trouwens al de wettelijke basis gelegd om vrijstellingen en ontheffingen te verlenen. Op die basis voortbouwend kan de Ffw. zo worden uitgebouwd dat het natuur- en terreinbeheer niet langer op gespannen voet staat met de Ffw. Dat druist echter in tegen de stelling dat de nationale wetgeving uitsluitend vrijstelling of ontheffing mag toestaan indien een belang in het geding is vermeld in artikel 9 en 16 van respectievelijk de Vogel- en de Habitatrichtlijn. Dat is echter een interpretatie van de betreffende bepalingen die in het kader van dit onderzoek niet wordt gedeeld. Hiervoor is uitgelegd waarom niet.

Mits de hiervoor genoemde klippen goed in de gaten worden gehouden, biedt de Vogel- en Habitatrichtlijn voldoende ruimte om de Ffw. zo in te richten dat het natuur- en terreinbeheer, en zelfs de houtoogst gedurende de broedperiode, kan worden toegestaan. Eén van die klippen waar bij de inrichting van de nationale wetgeving rekening mee moet worden gehouden en hiervoor nog niet is besproken, is de zogeheten ‘landbouwclausule’. Deze bepaling komt in de hiernavolgende paragraaf aan de orde.

3.8 De ‘landbouwclausule’ in de optiek van de Richtlijnen

3.8.1 De interpretatie van de term ‘opzettelijk’

De Richtlijnen verbieden het ‘opzettelijk’ vernielen, verstoren, verontrusten van soorten en van hun holen, nesten, vaste rust- en verblijfplaatsen en voortplantingsplaatsen. In de verbodsbepalingen van de Ffw. komt de term opzettelijk niet voor. Op grond van de Ffw. is het vernielen verstoren, verontrusten van soorten en hun vaste rust- en verblijfplaatsen en voortplantingsplaatsen verboden, ook als die vernielingen, verstoringen en verontrustingen niet opzettelijk worden toegebracht. Dat doet de vraag rijzen of de verbodsbepalingen van de Ffw. strenger zijn dan de verbodsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn en dat is afhankelijk van de manier waarop de term ‘opzettelijk’ in het kader van de Europese Richtlijnen wordt geïnterpreteerd.

De term ‘opzettelijk’ geeft aanleiding tot een belangrijk maar tegelijk lastig vraagstuk.²⁰ Opzettelijk kan namelijk betekenen dat men doelgericht moet handelen, dus de verstoring of vernietiging van de nesten, rustgebieden etc. als – tenminste een – doel van zijn handelen op het oog heeft. Een andere interpretatie is daarentegen dat opzettelijk wordt gehandeld zo gauw men weet of voor mogelijk houdt dat een bepaalde, met een andere doelstelling verrichte handeling verstoring of beschadiging

²⁰ Ch. W. Backes en M. Rotmeijer, “Soortenbescherming in Nederland”, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/Nilos, mei 2002.

van dieren, planten of hun leefomgeving tot gevolg zal hebben en dat voor lief neemt. Indien deze laatste interpretatie juist is, strekken de verbodsbepalingen van de Richtlijnen ver. Dan zijn in beginsel ook bosbouwmaatregelen en gewone landbouw verboden, zo gauw men weet of doet vermoeden dat ter plaatse een specimen van een te beschermen dier- of plantensoort gevestigd is.²¹

In het rapport “Soortenbescherming in Nederland” is beschreven hoe de Europese Commissie en het Europees Hof van Justitie de term interpreteren. Voor een uitgebreide analyse wordt naar dat rapport verwezen. De conclusie luidt dat de Commissie de term restrictief interpreteert en opzettelijk slechts betrekking heeft op doelgericht handelen.

Het Hof van Justitie daarentegen zegt dat ook handelingen die niet het verstoren of beschadigen van flora en fauna tot doel hebben, maar waarbij dat wel bewust geschiedt en voor lief wordt genomen omdat het noodzakelijk is in het kader van een ‘normaal’ gebruik van de bodem, wel onder de verboden van artikel 5 van de Vogelrichtlijn vallen. Het ging om een zaak waarin werd gesteld dat par. 22 lid 3 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) in strijd was met artikel 5 van de Vogelrichtlijn. Deze bepaling van par. 22 lid 3 BNatSchG houdt in dat de in artikel 5 van de Vogelrichtlijn opgenomen verbodsbepalingen niet gelden in het kader van een ‘normaal gebruik van de bodem voor landbouw-, bosbouw- of visserijdoeleinden’. De Duitse Regering had hierbij geargumenteed dat artikel 5 van de Vogelrichtlijn uitsluitend toe ziet op opzettelijk handelen en handelingen waarbij doelgericht soorten worden verstoord of vernietigd en dergelijke handelingen nooit als normale landbouw zouden kunnen worden aangemerkt. Het Hof van Justitie heeft de redenering van de Duitse Regering niet gevolgd en heeft de betreffende bepaling van het BNatSchG in strijd geoordeeld met artikel 5 van de Vogelrichtlijn.

3.8.2 Consequenties voor de landbouwclausule

Duidelijk is dat het Hof de term ‘opzettelijk’ ruim interpreteert. Deze interpretatie heeft een aantal consequenties. De veronderstelling dat de verbodsbepalingen van de Ffw., die niet beperkt zijn tot opzettelijke handelingen, strenger zouden zijn dan de verbodsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn is niet verdedigbaar. Evenmin is het verdedigbaar om in de nationale wetgeving een zogeheten landbouwclausule op te nemen. Een landbouwclausule is een in de wet verankerde vrijstellingsregeling waarbij het normaal gebruik van de bodem voor bosbouw-, landbouw en visserijdoeleinden van de betreffende verbodsbepalingen wordt vrijgesteld. Het bewijs hiervan wordt geleverd door het Duitse voorbeeld van par. 22 lid 3 BNatSchG dat een landbouwclausule omvatte maar bij het Europese Hof is gestrand.

²¹ Ch. W. Backes en M. Rotmeijer, o.c., blz. 18-19.

3.9 Conclusie

Dit hoofdstuk richtte zich op het onderzoek naar de parameters en indicatoren die bepalen of en hoeveel ruimte het vigerend juridisch kader laat voor het natuur- en terreinbeheer. Dit leidt tot de volgende conclusies.

- De Vogel- en Habitatrichtlijn hebben als doel het behoud en de ontwikkeling van de populaties van de onderscheiden soorten. De lidstaten van de EG zijn ertoe verplicht om wetgeving te ontwerpen zodat dit doel wordt gehaald.
- Artikel 249 EG-Verdrag laat de lidstaten in principe vrij om te bepalen wat zij noodzakelijk vinden om het door de Richtlijnen beoogde doel te bereiken. Deze vrijheid die ook geldt voor de implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn, wordt door deze Richtlijnen echter op twee punten beperkt. Bij het treffen van de nodige maatregelen moet namelijk rekening worden gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, en met regionale en lokale bijzonderheden.²² Verder schrijven de Richtlijnen zelf verbodsbepalingen voor die de lidstaten in hun wetgeving moeten opnemen.
- Deze verbodsbepalingen verbieden het opzettelijk vernielen, verstoren en verontrusten van dier- en plantensoorten en hun rust- en verblijfplaatsen. Specifiek voor de broedperiode is in de Vogelrichtlijn bepaald dat verstoringen verboden zijn indien en voor zover van die verstoringen een wezenlijke invloed uitgaat op de populaties. Dat is bepaald in artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn.
- Het verbod op het opzettelijk beschadigen houdt ook in dat handelingen en activiteiten verboden zijn zo gauw men weet of voor mogelijk houdt dat die handelingen of activiteiten een verstoring of een beschadiging van dieren, planten of hun leefomgeving tot gevolg zal hebben en men dat voor lief neemt. Daarom is ook de zogeheten landbouwclausule in strijd met de betreffende Richtlijnen. De landbouwclausule houdt in dat de verbodsbepalingen van de Richtlijnen niet gelden voor het normaal gebruik van de bodem voor bosbouw-, landbouw- en visserijdoeleinden.
- Ondanks de verplichting om de verbodsbepalingen in wetgeving op te nemen kan, in het licht van artikel 249 EG – Verdrag en gelet op de populatiegerichte doelstelling van de Richtlijnen, worden verdedigd dat de lidstaten vrij mogen bepalen waar, wanneer en hoe ze de verbodsbepalingen inzetten en dat zij naar eigen inzicht mogen bepalen onder welke omstandigheden van de verbodsbepalingen kan en mag worden afgeweken. Uiteraard voor zover de instandhouding van de populaties daarmee is gegarandeerd. Uitgaande van de populatiegerichte doelstelling van de genoemde Richtlijnen dienen de lidstaten

²² Dat is nagenoeg letterlijk de bepaling van artikel 2 van de Habitatrichtlijn. Artikel 2 van de Vogelrichtlijn stelt dat rekening moet worden gehouden met economische en recreatieve eisen en is daarmee beknopter dan de bepaling van artikel 2 van de Habitatrichtlijn maar heeft duidelijk dezelfde strekking.

het natuur- en terreinbeheer zo te regelen dat dit beheer aan de instandhouding van de populaties recht doet. De bescherming van ieder individu en van ieder individuele voortplantings- en rustplaats lijkt hiervoor niet noodzakelijk.

- De Ffw. verbiedt het beschadigen van ieder individu en iedere individuele voortplantings- en rustplaats. Beschadigingen hiervan, ook al zijn ze niet als zodanig zijn bedoeld, vormen een inbreuk op de verbodsbepalingen van de Ffw. en kunnen strafrechtelijk vervolgd worden. Het in de Ffw. opgenomen stelsel van vrijstellingen en ontheffingen waarbij van de verbodsbepalingen van de Ffw. kan worden afgeweken, laat in zijn huidige opzet niet toe dat voor het natuur- en terreinbeheer een vrijstelling of ontheffing kan worden verkregen.
- De Ffw. lijkt daardoor op gespannen voet te staan met de Vogel- en Habitatrichtlijn. Op de eerste plaats lijkt de Ffw. daarmee verder te gaan dan het doel van de Richtlijnen vereist. Bovendien gaat de Ffw. voorbij aan artikel 5 littera d van de Vogelrichtlijn die verstoringen in de broedperiode alleen verbiedt indien hiervan een wezenlijke invloed op de populaties uitgaat. Deze bepaling is namelijk niet in de Ffw. geïmplementeerd. Tenslotte lijkt de Ffw. geen rekening te houden met de sociale, economische en recreatieve vereisten en met de regionale en lokale bijzonderheden, terwijl op grond van de Richtlijnen met deze belangen en bijzonderheden wel rekening dient te worden gehouden.

4 De beschikbare ruimte zoals de actoren die zien

4.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk beschrijft de parameters en indicatoren die bepalen of het vigerende juridisch kader dat zich op de bescherming van soorten richt ook de ruimte biedt voor het natuur- en terreinbeheer. Zoals in hoofdstuk 2 aangegeven stellen de terreinbeheerders expliciet voor om de wetgeving anders in te richten zodat het terreinbeheer niet langer een inbreuk vormt op de verbodsbepalingen van de Ffw. De vraag of hun voorstel juridisch houdbaar is, wordt in dit hoofdstuk onderzocht. Dat gebeurt door dat voorstel te bezien in het licht van de conclusies van het vorige hoofdstuk. Verder wordt ook de standpunten van Vogelbescherming Nederland en het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit in dat licht bekeken. Tenslotte wordt de aandacht gericht op de tussen de betrokken partijen afgesproken gedragslijn en wordt deze gedragslijn op haar juridische houdbaarheid onderzocht. Deze gedragslijn is tussen de betrokken partijen afgesproken en is bedoeld om het stil leggen van de houtkap in de broedperiode te voorkomen.

4.2 De omschrijving van het begrip ‘opzettelijk’ en de houdbaarheid van een landbouwclausule

De terreinbeheerders wijzen er op dat de verbodsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn de handelingen en activiteiten verbieden die het opzettelijk doden, vernielen, verstoren en verontrusten beogen. In hun visie betekent dit dat handelingen en activiteiten die de vernielingen en verstoringen tot doel hebben, verboden moeten worden. Omdat beheersactiviteiten niet de beschadiging van dieren en plantsoorten als zodanig op het oog hebben, kunnen volgens hen de verbodsbepalingen van de genoemde Richtlijnen niet op de beheersactiviteiten van toepassing zijn.

Het normaal gebruik van de bodem voor het beheer van bos, natuur en landschap zou in die visie vrijgesteld kunnen worden van de verbodsbepalingen van de Ffw. Onder normaal onderhoud verstaan de terreinbeheerders een limitatieve lijst van activiteiten. Dat zijn de volgende activiteiten: dunningen, vellingen, herinplanten, het plaatsen van afrasteringen ter voorkoming van wildschade, herstel van zandwegen en trekken van uitsleppaden en al die werkzaamheden die dienen tot bosinstandhouding en bevordering van de vitaliteit van het bos. Uitgesloten daarentegen zijn tenminste strooiselroof, ontgrondingen, afgravingen, maatregelen ten behoeve van landbouwtussenbouw, stobbenrooien, diepploegen en het aanbrengen of toepassen van meststoffen die niet dienen ter verbetering van de vitaliteit of de bosinstandhouding.²³

²³ ‘Bosbeheer en vogelbescherming, de Knelpunten van de Flora- en faunawet’, AVIH en VNP, september 2002

Vogelbescherming Nederland is van mening dat het begrip ‘opzettelijk’ niet betekent dat alleen die handelingen die doelbewust het verstoren, verontrusten en vernietigen van soorten op het oog hebben verboden zijn. Er moet voor de vraag of activiteiten verenigbaar zijn met de wetgeving die zich richt op de bescherming van soorten volgens deze organisatie worden gekeken naar de effecten van deze activiteiten op de instandhouding van de soorten. Een activiteit kan pas worden toegestaan als is verzekerd dat deze activiteit geen afbreuk doet aan de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten.

Een handeling of activiteit is naar de mening van Vogelbescherming Nederland opzettelijk zo gauw men weet of voor mogelijk houdt dat deze handeling of activiteit een verstoring of een beschadiging van dieren, planten of hun leefomgeving tot gevolg zal hebben.

Dit standpunt gaat duidelijk verder dan het standpunt dat door Vogelbescherming Nederland in 1999 werd ingenomen. Toen was deze organisatie nog van mening dat er geen sprake is van opzet, indien alle redelijke maatregelen worden genomen om de vogelsoorten te ontzien²⁴. Dit laatste standpunt steunt op het feit dat er inventarisaties bestaan die een goed inzicht geven in de onderscheiden vogelsoorten die in de diverse typen bos voorkomen. Het feit dat bekend is binnen welke periode de vogels broeden, maakt dat het technisch gesproken mogelijk is om bij de planning van de oogstwerkzaamheden met de vogels rekening te houden. De auteur geeft verder concrete maatregelen, afhankelijk van het type bos waar de werkzaamheden plaatsvinden, waarmee volgens hem de vogelsoorten in voldoende mate kunnen worden ontzien. Daarmee loopt hij in feite vooruit op een gedragslijn, die in het volgende hoofdstuk wordt besproken.

Het thans door Vogelbescherming Nederland ingenomen standpunt dat ook vernielingen, verstoringen, die niet als zodanig zijn bedoeld maar die men voor lief neemt, door de Vogel- en Habitatrichtlijn verboden zijn, strookt met de uitspraak van het Europees Hof op dat punt. De visie van de terreinbeheerders daarentegen die inhoudt dat in de Ffw. een zogeheten landbouwclausule wordt opgenomen is in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof niet houdbaar.

Voor de vraag of een handeling of een activiteit wel of niet kan worden toegestaan, is het bezien vanuit de optiek van de soortbeschermingsbepalingen in het geheel niet relevant of de betreffende handeling of activiteit als een ‘normale’ handeling of activiteit kan of moet worden gekwalificeerd. Het gaat om de vraag wat de effecten zijn van de handelingen of activiteiten op de duurzame instandhouding van de populaties van de onderscheiden soorten.

²⁴ A. Fopma, Vogelbescherming Nederland, ‘De betekenis van de Vogelwet 1936 en de Jachtwet in relatie tot houtoogstwerk tijdens het broedseizoen’ Houtoogst en verstoring van vogels, in Nederlands Bosbouw Tijdschrift 1999, blz. 52 t/m 55.

4.3 De aanpassing van het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten

De terreinbeheerders doen het voorstel om in het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten het gebruik van de bodem voor land- en bosbouw en voor natuurbeheer toe te voegen aan de lijst van belangen die een uitzondering op de verbodsbepalingen van de Ffw. rechtvaardigen.

Als argument voor de onderbouwing van hun verzoek om het normaal gebruik van de bodem voor bosbouw, landbouw en natuurbeheer in het betreffende Besluit op te nemen, voeren zij aan dat slechts een beperkt aantal dieren en planten bij de uitvoering van het terreinbeheer en bij de houtoogst wordt getroffen. Terreinbeheer en houtoogst hebben volgens hen nauwelijks een nadelige invloed op de populaties. Dit veronderstelt wel dat bij de uitvoering van de beheersactiviteiten door het treffen van maatregelen de dieren en planten worden ontzien.

Het betreffende Besluit omvat een limitatieve lijst van belangen met het oog waarop een ontheffing of vrijstelling kan worden verleend. Het gebruik van de bodem voor land- en bosbouw en voor natuurbeheer komt in deze lijst niet voor. Door dat nu juist wel te doen, zouden de verbodsbepalingen van de vigerende Ffw. het terreinbeheer niet langer in de weg staan. De terreinbeheerders stellen dat zij niet zien waarom een uitbreiding van het 'lijstje' uit het Besluit met de landbouwclausule²⁵ niet zou kunnen. Zij wijzen er op dat onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden 'ook' in de lijst is vermeld. Om die reden kan volgens de terreinbeheerders ook het normaal gebruik van de bodem voor bos- en landbouw aan de lijst kan worden toegevoegd.

De door de terreinbeheerders voorgestelde wettechnische ingreep houdt in dat een vrijstelling van de verbodsbepalingen wordt verleend voor het gebruik van de bodem voor land- en bosbouw. Dit is juist hetgeen door het Hof van Justitie in strijd wordt geacht met de Vogel- en de Habitatrictlijn en daarom is de voorgestelde wettechnische ingreep juridisch gezien geen haalbare kaart.

4.4 Populatiegerichtheid

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat de Vogel- en Habitatrictlijn het behoud van de populaties als doel centraal stellen en dat artikel 5 littera d van de Vogelrichtlijn het verstoren van vogels gedurende de broedperiode niet verbiedt. Het verbod geldt slechts indien en voor zover de storingen een wezenlijke invloed hebben op de populaties van de onderscheiden vogelsoorten. De Richtlijnen hebben onmiskenbaar een populatiegericht karakter en hierover bestaat overeenstemming tussen alle betrokken partijen. De terreinbeheerders verwijzen in dit verband onder meer naar artikel 5 sub d van de Vogelrichtlijn. Ook Vogelbescherming Nederland is

²⁵ Wat onder die term wordt verstaan, is in het vorige hoofdstuk aangegeven.

van mening dat de Vogel- en Habitatrichtlijn Richtlijnen zijn die zich richten op de instandhouding van de populaties.

Dit laat onverlet dat deze organisatie vindt dat het hol, nest, vaste rust-, verblijf- en voortplantingsplaats van het individu het aangrijpingspunt moet zijn voor een wettelijke bescherming. De bescherming van het individu is nodig, zo vindt deze organisatie, omdat sommige soorten slechts een relatief beperkte reproductiecapaciteit hebben en daarom gevoelig zijn voor directe exploitatie van eieren en jongen en verminderde overleving door de jacht.

Individuele bescherming is daarom blijvend noodzakelijk voor alle vogelsoorten in Nederland.²⁶ Deze organisatie kan zich daarom helemaal vinden in de huidige opzet van de Ffw. en ziet geen enkele reden om de wet anders in te richten.

Het bovenstaande heeft niet belet dat Vogelbescherming Nederland bereid is om afspraken te maken over de condities waaronder gedurende de broedperiode toch beheersactiviteiten kunnen worden toegestaan, voor zover die condities worden afgestemd op, en gedifferentieerd naar functie van, de verschillende typen bos en de kwetsbaarheid van vogels.

Uit de brochure ‘Ondernemen en Ffw.’²⁷ blijkt dat ook voor het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit het behoud en de ontwikkeling van de populaties en niet het behoud van elk individu centraal staat. In de betreffende brochure wordt namelijk gesteld dat een ontheffing van de verbodsbepalingen van de Ffw. wordt toegestaan wanneer de populatieomvang en het verspreidingsgebied niet significant afnemen en wanneer de soort op een natuurlijke manier kan overleven. De brochure stelt dat deze effecten zoveel mogelijk moeten worden geconcretiseerd en gekwantificeerd en verwijst de initiatiefnemer van een activiteit die effecten heeft voor soorten door naar een deskundige ecoloog om de effecten te concretiseren en te kwantificeren.

In de betreffende brochure wordt gesteld dat de afname van de populatieomvang en het verspreidingsgebied bij kwetsbare soorten eerder tot significante effecten op de staat van instandhouding zal leiden dan bij algemene soorten.

Een ontheffing of vrijstelling kan, zo gaat de brochure verder, alleen worden verleend met het oog op één van de belangen vermeld in het Besluit vrijstelling en ontheffing beschermde dier- en plantensoorten. De brochure “Ondernemen en Ffw.” volgt daarmee geheel de systematiek van de Ffw. Dat houdt in dat voor het verkrijgen van een ontheffing het maatschappelijk belang van de activiteit moet worden aangetoond. Er wordt op gewezen dat Rijksnota’s en tracébesluiten een basis kunnen vormen voor de gevraagde onderbouwing. In de brochure wordt het maatschappelijk belang gepresenteerd als een voorwaarde waar aan moet zijn voldaan om ontheffing te verkrijgen. Het feit dat door deze voorwaarde voor het terrein- en natuurbeheer en het agrarisch beheer, maar ook voor talloze andere activiteiten, nooit een ontheffing kan worden verleend, omdat het maatschappelijk belang van

²⁶ van der Have, T.M. Vogelbescherming Nederland ‘Ruimte voor vogels in Nederland: van Vogelwet tot Vogelrichtlijn’, De Levende Natuur, 103 (6), 2002

²⁷ Ondernemen en de Flora- en faunawet versie 1.0, Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, blz. 9

deze activiteiten niet is aan te tonen of hard te maken, blijft in de brochure buiten beschouwing. Daarmee gaat de brochure geheel voorbij aan één van de punten waar voor de praktijk de schoen het meeste wringt.

4.5 Gedraglijn als compromis

Uit het voorgaande volgt dat de betrokken partijen het nooit met elkaar eens zullen zijn over de vraag of er vrijstelling kan worden verleend van de verbodsbepalingen van de Ffw. voor wat de terreinbeheerders benoemen als het normaal onderhoud van de bodem voor landbouw en bosbouw.

De overeenstemming tussen alle betrokken over het feit dat het soortenbeschermingsrecht een populatiegericht karakter heeft, was de basis voor een gedragslijn. De gedragslijn is een overeenkomst tussen de terreinbeheerders en Vogelbescherming Nederland en is tot stand gekomen onder de regie van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

Deze gedragslijn omvat de maatregelen die de terreinbeheerders in acht moeten nemen bij de houtoogst. De inschatting is dat door het in acht nemen van deze maatregelen de nadelige invloed van houtoogst op de vogelpopulaties beperkt zal blijven. Aangezien door het volgen van deze gedragslijn de effecten op de duurzame instandhouding van de populaties gering zullen zijn, past deze gedragslijn binnen de Vogel- en Habitatrichtlijn.

De vraag is of deze gedragslijn ook past binnen de Ffw. Gebleken is dat artikel 75 van de Ffw. de mogelijkheid biedt om bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) vrijstelling te verlenen van de verbodsbepalingen van de Ffw. Door de inwerkingtreding van het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten is van die mogelijkheid gebruik gemaakt. De Ffw. staat er dus niet aan in de weg om de gedragslijn in de vorm van een AMvB te gieten en daarmee de status te geven van een vrijstellingsregeling op grond van de Ffw. Naar verluidt is dat ook de bedoeling.

Totdat de gedragslijn in een AMvB is opgenomen heeft deze gedragslijn het karakter van een overeenkomst tussen de betrokken partijen. De terreinbeheerders gaan de verplichting aan om de in de gedragslijn opgenomen maatregelen in acht te nemen en Vogelbescherming Nederland zal geen klacht indienen tegen terreinbeheerders die, ondanks het feit dat ze volgens de gedragslijn werken, toch niet kunnen voorkomen dat ze nesten of vogels treffen. Dit neemt niet weg dat het verontrusten van soorten een strafbaar feit blijft zolang de gedragslijn niet de status van een vrijstellingsregeling heeft.

4.6 Infomatie- en kennissysteem

Als er geen wezenlijke invloed is op de populaties, dan mogen volgens de Richtlijnen de beheersactiviteiten plaatsvinden. Daarmee komt de bewijsvraag, dat is de vraag of aannemelijk kan worden gemaakt dat het terreinbeheer geen afbreuk doet aan duurzame instandhouding van de soorten, centraal te staan. De vraag of het vigerende juridische kader de ruimte biedt voor de beheersactiviteiten, hangt eigenlijk af van de vraag of de stand van wetenschap en techniek en de beschikbare ecologische expertise in staat is om aan te tonen dat het beheer geen negatieve invloed heeft op de instandhouding van de onderscheiden soorten.

Het is daarom cruciaal dat er voldoende informatie en kennis beschikbaar is om op die vraag een antwoord te geven. Er is informatie en kennis nodig over de verspreiding van de onderscheiden populaties²⁸ en de trends ten aanzien van de omvang van de populaties. De vraag is of die kennis en informatie in voldoende mate beschikbaar is. Toegesneden op de houtoogst of het bosbeheer in het algemeen betekent dat dat moet worden aangetoond wat de invloed is van houtoogst op de populaties en meer in het bijzonder of kan worden aangetoond dat er geen wezenlijke invloed is op de populaties.

De Raad voor het Landelijk Gebied heeft uitgebreid de oorzaken van de heersende onvrede naar aanleiding van het soortenbeschermingsrecht geanalyseerd. In haar advies wijst de Raad er op dat het ontbreken van adequate kennis en informatie één van de hoofdoorzaken is van de huidige onbevredigende situatie.

In het licht van het advies van de Raad is er alle reden om kritisch naar de mogelijkheden van het bestaande kennis- en informatiesysteem te kijken. De eerste aanzet voor een adequaat en toegankelijk kennis- en informatiesysteem bestaat al²⁹, maar een verdere uitbouw, verfijning en optimalisering is noodzakelijk.

In het Vakblad Natuurbeheer legt B.H. van Leeuwen een interessant dwarsverband tussen de beschikbaarheid van informatie en de toepassing van de regelgeving. Hij stelt dat in het algemeen het gebrek aan informatie over het voorkomen van soorten en hun verspreiding een goede toepassing van de wetgeving in de weg staat. De auteur onderstreept de noodzaak om te beschikken over voldoende informatie over het voorkomen van de soorten, terwijl deze informatie juist ontbreekt.³⁰ Hij ziet juist in het ontbreken van deze informatie de oorzaak waarom rechters de juridische teksten naar de letter gaan interpreteren.

In hetzelfde nummer van het Vakblad Natuurbeheer gaat een andere auteur door in dezelfde gedachtegang en hij betoogt dat alles staat of valt bij goede informatie.³¹ De auteur stelt, uitgaande van de bestaande frictie rond de huidige wetgeving, dat het verstandig is dat het Rijk de komende tijd duidelijk maakt hoe zij de wet precies wil

²⁸ Als het houtoogst betreft wordt op de eerste plaats aan populaties van vogelsoorten gedacht; maar dat geldt natuurlijk op dezelfde wijze voor alle andere dier- en plantensoorten.

²⁹ We denken daarbij aan het Natuurloket.

³⁰ B.H. van Leeuwen, 'Betere soortbescherming is economisch relevant', Vakblad Natuurbeheer nummer 7, blz. 92-93.

³¹ E. Knegtering, 'Verspreidingsgegevens voor natuurwetgeving en natuurbeleid', Vakblad Natuurbeheer nummer 7, blz. 96-97

toepassen en geeft daarmee aan dat die informatie op dit moment nog niet beschikbaar is. Hij wijst op tal van lopende initiatieven die de ambitie hebben om daar wat aan te doen.

De beschikbaarheid van informatie en kennis is een gemeenschappelijk belang van alle partijen. De terreinbeheerders kunnen hiermee hun stelling onderbouwen dat de houtoogst nauwelijks invloed heeft op de vogelstand en voor de vogelbeschermers en het Ministerie van LNV is deze informatie noodzakelijk om de juiste maatregelen met het oog op het behoud en de ontwikkeling van de vogelstand te kunnen treffen. Ondanks het feit dat alle betrokken partijen behoefte hebben aan informatie voor een goede onderbouwing van hun standpunt is bij de uitvoering van dit onderzoek niet gebleken dat de betrokken partijen deze behoefte aan informatie zien en definiëren als een gemeenschappelijke behoefte.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal of in welke mate het standpunt van de terreinbeheerders en de tussen de betrokken actoren afgesproken gedragslijn juridisch houdbaar is. De conclusie is dat het standpunt van de terreinbeheerders waar zij pleiten voor het opnemen van een zogeheten Landbouwclausule in het Besluit vrijstellingen en ontheffingen beschermde dier- en plantensoorten, juridisch niet houdbaar is. De gedragslijn daarentegen past binnen de Habitat-en Vogelrichtlijn. Verder voorziet de Ffw. in de mogelijkheid om bij AMvB een vrijstelling van de verbodsbepalingen van de Ffw. op te nemen. Daarmee kan de conclusie worden getrokken dat de gedragslijn juridisch houdbaar is.

5 Conclusies en aanbevelingen

In dit onderzoek stonden de volgende drie vragen centraal:

- Wat zijn de juridische criteria en indicatoren die bepalen of het vigerende soortenbeschermingsrecht wel of geen belemmering vormt voor het terrein- en natuurbeheer?
- Wat is de sterkte en de zwakte van de standpunten pro en contra van de bij het onderwerp betrokken actoren als ze worden gezien in het licht van de juridische criteria?
- Is de gedragslijn die de bij het onderwerp betrokken actoren hebben afgesproken juridisch houdbaar?

Ten aanzien van de vraag wat de juridische criteria en indicatoren zijn die bepalen of het soortenbeschermingsrecht wel of geen belemmering vormt voor de het natuur- en terreinbeheer luiden de conclusies als volgt:

- De Ffw. biedt hiervoor geen enkele ruimte omdat voor elke verstoring, verontrusting van elk individu een ontheffing van de verbodsbepalingen van de Ffw. moet worden gevraagd en deze ontheffing alleen wordt verleend met het oog op een dwingende reden van groot openbaar belang of een ander in het Besluit vrijstelling beschermde dier- plantensoorten vermeld belang. Dat heeft tot gevolg dat voor het terrein- en natuurbeheer nooit een ontheffing kan worden verleend en dit komt neer op een feitelijk verbod van het natuur- en terreinbeheer.
- Het feitelijk verbod van de Ffw. staat haaks op de soortenbeschermingsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn. De Richtlijnbevestigingen bieden de ruimte voor een gedifferentieerde inzet van de verbodsbepalingen. Alleen voor soorten waarvoor de instandhouding van de populatie de bescherming van elke individu noodzakelijk is dient ieder individu beschermd te worden.
- In de Richtlijnen kan geen steun worden gevonden voor het feit dat gedurende de broedperiode geen enkele verstoring zou mogen plaatsvinden. Artikel 5 sub d bepaalt namelijk expliciet dat storingen gedurende de broedperiode (alleen) verboden zijn als er van die storingen een wezenlijke invloed uitgaat op de onderscheiden vogelsoorten. Deze bepaling van artikel 5 sub d is echter niet in de Ffw. geïmplementeerd.

Ten aanzien van de vraag wat de sterkte en de zwakte is van de standpunten pro en contra gezien in het licht van de juridische criteria en indicatoren die bepalen of het soortenbeschermingsrecht een belemmering voor de beheersactiviteiten vormt, luiden de conclusies als volgt:

- De terreinbeheerders staan op het standpunt dat er geen juridische bezwaren zijn om beheersactiviteiten in het algemeen en houtoogst in de broedperiode in het bijzonder toe te staan. Voor de onderbouwing hiervan wijzen zij op het populatiegerichte karakter van de Vogel- en Habitatrictlijn en voor de onderbouwing dat bij de houtoogst gedurende de broedperiode niet elke verstoring verboden moet zijn, wijzen zij expliciet op artikel 5 sub d van de Vogelrichtlijn. Deze argumenten zijn in het licht van de conclusies ten aanzien van de eerste vraag zeer zeker steekhoudend. De door hen voorgestelde wettechnische ingreep daarentegen om in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten het normaal gebruik van de bodem voor landbouw, bosbouw en natuurbeheer toe te voegen aan de lijst van belangen met het oog waarop een ontheffing kan worden verleend, is niet steekhoudend. Dat komt omdat het Europees Hof van Justitie heeft bepaald dat gekeken moet worden naar de effecten van een ingreep, handeling of activiteit wat niet verenigbaar is met een generieke bepaling die het normaal gebruik van de bodem toestaat. Om in de ogen van het Europees Hof stand te kunnen houden zal het normaal gebruik van de bodem nader gespecificeerd en geconcretiseerd moeten worden.
- Hoewel Vogelbescherming Nederland geen reden ziet om de Ffw. anders in te richten, onder meer vanuit de overweging dat vogels gedurende de broedperiode extra kwetsbaar zijn en daarom extra bescherming behoeven, is deze organisatie toch bereid om mee te werken aan een regeling die onder strikt geclausuleerde omstandigheden houtoogst tijdens het broedseizoen toestaat. Dit is een standpunt dat naadloos aansluit bij de conclusies ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag. Het onverminderd en onverkort vasthouden aan de Ffw. in zijn huidige opzet zou namelijk geheel voorbij gaan aan de doelstelling van de Vogelrichtlijn. Het aanknopingspunt van Vogelbescherming Nederland om aan de totstandkoming van een dergelijke regeling, een zogenaamde gedragslijn, mee te werken, ligt voor deze organisatie juist in de door de Vogelrichtlijn beoogde doelstelling, met name het behoud van de populaties van de onderscheiden vogelsoorten.

Ten aanzien van de vraag of de gedragslijn die de bij het onderwerp betrokken actoren hebben afgesproken houdbaar is, luiden de conclusies als volgt:

- Uit de conclusies op de eerste onderzoeksvraag blijkt dat de Vogel- en Habitatrictlijn aan de lidstaten de ruimte laten om de in deze Richtlijnen vermelde verbodsbepalingen gedifferentieerd in te zetten, als maar voor alle onderscheiden vogelsoorten het behoud van hun populatie gegarandeerd is. Voor de soorten waarvan het behoud van de populatie vereist dat ieder individu moet worden beschermd, zal het verstoren, verontrusten en vernietigen van elk individu verboden moeten zijn. Voor de soorten waarvan de populatie in een gunstige staat verkeert, zonder dat het daarbij nodig is om elk individu te beschermen, zou het verbieden van elke verontrusting, verstoring, en vernietiging van elk individu een maatregel zijn die zijn doel voorbij schiet.

- De gedragslijn maakt bij het voorschrijven van de maatregelen die bij de houtoogst in acht moeten worden genomen een onderscheid tussen de verschillende soorten bosvogels en de verschillende typen bos. Daarmee maakt de gedragslijn gebruik van de ruimte die de Vogelrichtlijn laat. Voor zover wij kunnen zien is er voor andere beheersactiviteiten geen vergelijkbare regeling getroffen, maar zou dat naar analogie van de regeling voor de houtoogst gedurende de broedperiode wel kunnen.
- De Habitatrictlijn stelt als doel dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de gunstige staat van de instandhouding van de onderscheiden soorten en de Vogelrichtlijn stelt als doel dat de populaties niet wezenlijk mogen worden beïnvloed. De vraag is of de gedragslijn dit kan garanderen. Impliciet lijkt te zijn aangenomen dat, mits de maatregelen van de gedragslijn in acht worden genomen, de houtoogst geen wezenlijke invloed heeft op de onderscheiden vogelpopulaties. De vraag is echter of met deze impliciete bewijsvoering kan worden volstaan.
- De status van de gedragslijn is heel zwak. Naar verluidt zou de gedragslijn in een AMvB worden opgenomen en daarmee zou de gedragslijn een tekst worden waar de terreinbeheerders zich op kunnen beroepen. Onduidelijk is of de gedragslijn in een AMvB wordt opgenomen en zo ja wanneer deze in werking zal treden.

De conclusies leiden tot de volgende aanbevelingen:

- Aangezien de bepaling van artikel 5 sub d van de Vogelrichtlijn niet in de Ffw. is geïmplementeerd en deze bepaling juist de meest cruciale bepaling is voor wat betreft de vraag wat in de optiek van de Vogelrichtlijn gedurende de broedperiode is toegestaan, verdient het aanbeveling om deze bepaling van artikel 5 sub d van de Vogelrichtlijn in de Ffw. te implementeren.
- Aangezien de tussen partijen afgesproken gedragslijn een regeling omvat die voor alle partijen acceptabel is en bovendien, door gebruik te maken van de beleidsruimte die de Vogel- en Habitatrictlijn laten om de verbodsbepalingen van deze Richtlijnen te differentieren, ook precies past binnen de systematiek van deze Richtlijnen verdient het aanbeveling om de bepalingen van deze gedragslijn in een AMvB op te nemen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten. Zonder opname in een AMvB heeft de gedragslijn namelijk geen juridische betekenis. Bij het opstellen van de betreffende AMvB is het nodig om de beheersactiviteiten die zijn toegestaan concreet en specifiek te noemen omdat een generieke bepaling die het 'normaal gebruik van de bodem voor landbouw, bosbouw en natuurbeheer' toestaat, gelet op de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie niet acceptabel is.
- Aangezien de Habitatrictlijn afwijkingen van de verbodsbepalingen alleen toestaat als daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van

instandhouding van de soorten en de Vogelrichtlijn storingen gedurende de broedperiode alleen toestaat indien deze geen wezenlijke invloed hebben op de populaties van de onderscheiden soorten, verdient het aanbeveling om het bestaande kennis- en informatiesysteem zodanig in te richten dat de invloed van het beheer op de onderscheiden soorten inzichtelijk wordt. In het licht van de aanbevelingen van de Raad van het Landelijk Gebied verdient het aanbeveling om kritisch te zijn en te blijven over het bestaande kennis- en informatiesysteem en over de mogelijkheden van dit systeem.

Literatuur

- Raad voor het Landelijk Gebied, 'Voorkomen is beter', Amersfoort, april 2002
- J.M. Verschuuren en P.C.E van Wijmen, 'Juridisering van de besluitvorming over natuur en landschap als gevolg van EG-richtlijnen, Studie van het Natuurplanbureau nr 2 (2002)
- C.J.M van Vliet, e.a. 'Natuurbeleid in de beheerspraktijk, een onderzoek naar kansen en knelpunten tussen overheden en beheerders en ten behoeve van de Natuurbalans 2002', Alterra-rapport 463, ISSN 1566-7197
- R.G. Bijlsma, 'Zomervellingen desastreus voor broedvogels', Nederlands Bosbouw Tijdschrift, 1999
- R.G. Bijlsma, 'Effect van boswerkzaamheden in het broedseizoen op broedvogels' in Drentse vogels, 11.
- 'Bosbeheer en vogelbescherming, de knelpunten van de Flora- en faunawet' notitie d.d. september 2002 van de Algemene Vereniging van Inlands Hout en de Vereniging van Nederlandse Papier- en Kartonfabrieken
- Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, 'Ondernemen en de Flora- en faunawet', februari 2003
- J.H. Jans, H.G. Sevenster, H.H.B. Vedder, 'Europees milieurecht in Nederland', Boom Juridische Uitgevers, Amsterdam, 2000
- A. Fopma, 'De betekenis van de Vogelwet 1936 en de Jachtwet in relatie tot de houtoogstwerk tijdens het broedseizoen', Nederlands Bosbouw Tijdschrift 1999
- T.M. van der Have, 'Ruimte voor vogels in Nederland: van Vogelwet tot Vogelrichtlijn', De Levende Natuur, 103 (6), 2002
- B.H. van Leeuwen, 'Betere vogelsbescherming is economisch relevant', Vakblad Natuurbeheer oktober 2002
- E. Knegtering, 'Verspreidingsgegevens voor natuurwetgeving en natuurbeleid', Vakblad natuurbeheer, oktober 2002
- Ch.W. Backes en M. Rotmeijer, 'Soortenbescherming in Nederland', Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/Nilos, mei 2002

Bijlage 1 Lijst van geïnterviewde respondenten

- Dhr K. Boon, Algemene Vereniging van Inlands Hout (AVIH)
- Dhr. H.C. Beekhuis, Staatsbosbeheer
- Mevr. A.J. Durville en dhr. J. Tisse, Vogelbescherming Nederland
- Mevr. W.K.A.G. Bekelaar, Ministerie van LNV
- Mevr. G.J. Nijland, Bosschap

Bijlage 2 Brief conclusies project Reregulering

Geachte heer,

In het kader van het DWK-onderzoeksprogramma Functievervulling Natuur, Bos en Landschap is door Alterra onderzoek uitgevoerd naar de consequenties van de Flora- en Faunawet voor het beheer van bos- en natuurterreinen. De conclusies van dit onderzoek gelden echter ook voor het beheer van landbouwgronden. De projectleider van dit onderzoek is H.M.P. Cappelle

De conclusies en aanbevelingen van dit onderzoek willen wij, gelet op de politieke actualiteit, vooruitlopend op de afronding van het onderzoeksrapport aan u voorleggen.

Volgens de nieuwe Flora- en faunawet van 1 april 2002, die uitvoering geeft aan de soort-beschermingsbepalingen van de Habitat- en Vogelrichtlijn is het verboden om vogels, zoogdieren en amfibieën opzettelijk te verontrusten, te vangen en te doden alsook hun holen, nesten, vaste rust- en verblijfplaatsen en voortplantingsplaatsen te verstoren en te vernietigen.

In 2002 is een aantal Nederlandse terreinbeheerders veroordeeld tot het betalen van een boete en zijn werkzaamheden stil gelegd omdat zij bij de uitvoering van reguliere beheerswerkzaamheden (het ging om dunningswerkzaamheden in bossen) vogels hebben verontrust en nesten hebben verstoord. Omdat de betreffende beheeractiviteiten door beheerders worden gezien als normaal onderhoud dat al sinds jaar en dag plaats vindt, gaven de opgelegde boetes aanleiding tot grote twijfel over de verenigbaarheid van het bos- en natuurbeheer met de (nieuwe) wetgeving.

Onderzoeksvraag

In het onderzoek stond de vraag centraal of en zo ja welke ruimte het vigerende juridische kader biedt om het bos- en natuurbeheer te laten plaatsvinden zonder in strijd te komen met het natuurbeschermingsrecht. In meer concrete termen luidt de vraag of het natuurbeschermingsrecht individuen van een populatie beschermt (inclusief hun holen, nest, vaste rust- en verblijfplaatsen en voortplantingplaatsen) dan wel het behoud en het herstel van de instandhouding van de populatie van een soort beoogt.

Wijze van onderzoek

Omdat de soortbeschermingsbepalingen van de Vogel- en Habitatrichtlijn de grondslag voor een juridische bescherming van soorten vormen, is in de eerste plaats onderzocht wat de ruimte is die deze Richtlijnbe-palingen bieden.³² Vervolgens is de tekst van de Flora- en faunawet vergeleken met de soortbeschermingsbepalingen omdat de Flora- en fauna-wet algemeen wordt beschouwd als de implementatie van de soortbeschermingsbepalingen van beide richtlijnen in de Nederlandse wetgeving. Bij de uitvoering van het onderzoek is een aantal terreinbeheerders, Vogelbescherming Nederland en het Ministerie van LNV geïnterviewd.

Conclusies en aanbevelingen

- De Richtlijnen maken een onderscheid tussen het doel dat zij beogen en de maatregelen om het beoogde doel te halen. Dat onderscheid tussen doel en middelen (maatregelen) blijkt expliciet uit artikel 2 van zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn. Artikel 2 van de Vogelrichtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten de nodige maatregelen (moeten) treffen om de populaties van de soorten in stand te houden.³³ Hiermee is het onderscheid dat de Richtlijnen maken tussen doel en middelen duidelijk gemarkeerd. De doelstelling is het behoud en het herstel van de populaties. Aan deze doelstelling kunnen en mogen de lidstaten niet tornen. Wat daarentegen de maatregelen betreft, laten de Richtlijnen aan de lidstaten de beleidsvrijheid om zelf te bepalen welke maatregelen zij nodig vinden om het bij de Richtlijnen gestelde doel te bereiken.
- De vrijheid die de Richtlijnen aan de lidstaten laten om te beslissen welke maatregelen zij nodig vinden, wordt door de Richtlijnen op twee punten beperkt. In artikel 2 van de Richtlijnen is namelijk bepaald dat bij het treffen van de nodige maatregelen rekening moet worden gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied, en met regionale en lokale bijzonderheden.³⁴ Verder wordt de vrijheid beperkt doordat de Richtlijnen een aantal maatregelen in de vorm van verbodsbepalingen omvatten die de lidstaten in hun wetgeving moeten implementeren.
- De verbodsbepalingen zijn, gezien het licht van het door de Richtlijnen gemaakte onderscheid tussen doel en maatregelen, duidelijk geformuleerd als maatregelen en niet als doel op zich. Bovendien zijn de verbodsbepalingen heel duidelijk gerelateerd aan een doel, met name het herstel en het behoud van de populaties. Omdat de lidstaten ten aanzien van de te treffen maatregelen over vrijheid

³² De bepalingen van de Conventie van Bern zijn de grondslag voor de juridische bescherming van soorten. Deze Conventie is in het onderzoek buiten beschouwing gelaten omdat ervan is uitgegaan dat de bepalingen van deze Conventie via de Habitat- en Vogelrichtlijn tot gelding komen.

³³ Artikel 2 lid 2 van de Habitatrichtlijn bepaalt dat de op grond van de Habitatrichtlijn genomen maatregelen beogen de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen.

³⁴ Dat is nagenoeg letterlijk de bepaling van artikel 2 van de Habitatrichtlijn. Artikel 2 van de Vogelrichtlijn stelt dat rekening moet worden gehouden met economische en recreatieve eisen en is daarmee beknopter dan de bepaling van artikel 2 van de Habitatrichtlijn maar heeft duidelijk dezelfde strekking.

beschikken, mogen de lidstaten vrij en naar eigen inzicht beslissen en bepalen waar, wanneer en hoe ze de verbodsbepalingen inzetten en onder welke omstandigheden van de verbodsbepalingen kan en mag worden afgeweken, onder de voorwaarde uiteraard dat het behoud en het herstel van de populaties wordt gehaald.

De doelgerichtheid van de verbodsbepalingen houdt echter ook beperkingen van die vrijheid in. Het doelgerichte karakter van de verbodsbepalingen houdt in dat de lidstaten de holen, nesten, vaste rust- en verblijfplaatsen moeten beschermen voor zover dat nodig is om de populaties te behouden en te herstellen, maar dat betekent niet dat het hol, nest, vaste rust- en verblijfplaats van elk individu moet worden beschermd. Ver-meldenswaard in dit verband is de bepaling van artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn omdat juist die bepaling zeer duidelijk de doelgerichtheid van de betreffende verbods-bepaling tot uitdrukking brengt.³⁵

- Gelet op de voorgaande conclusies verzetten de Richtlijnen zich niet tegen de uitvoering van beheersactiviteiten in het kader van het bos- en natuurbeheer, voor zover door dat beheer het behoud en het herstel van de populaties niet in gevaar komt. Als het bos- en natuurbeheer geen afbreuk doet aan de gunstige staat van instandhouding van de populaties, dan hebben de Richtlijnen tegen het bos- en natuurbeheer geen bezwaar. In artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn is specifiek geregeld wat kan en mag in de broedperiode. Hieruit blijkt dat de Vogelrichtlijn alleen het opzettelijk verstoren van vogels in de broedperiode verbiedt, voor zover deze storing een wezenlijke invloed heeft op de populaties.
- De Flora- en faunawet implementeert de verbodsbepalingen uit de Richtlijnen door in de artikelen 8 tot en met 12 van deze wet verbodsbepalingen op te nemen die stellen dat het verboden is ieder individu evenals het hol, nest, vaste rust- en verblijfplaats en voortplantingsplaats van ieder individu te verstoren, verontrusten en te vernielen. Deze zeer sterke focus op het individu lijkt verder te gaan dat wat de Richtlijnen vereisen. Artikel 75 van de Flora- en faunawet voorziet echter in de mogelijkheid om van die verbodsbepalingen ontheffing of vrijstelling te verlenen voor handelingen of activiteiten die geen afbreuk doen aan de gunstige staat van instandhouding van de populaties van de soorten. Via dit stelsel van ontheffingen en vrijstellingen waarmee van de verbodsbepalingen kan worden afgeweken, heeft de Flora- en faunawet, precies zoals de Richtlijnen, een populatiegericht karakter en staat de Flora- en faunawet wet daarmee het bos- en natuurbeheer niet in de weg. Dit alles uiteraard onder de voorwaarde dat de beheerswerkzaamheden het beheer, het behoud en het herstel van de populaties niet in gevaar brengt.
- Aan de verlening van de ontheffing of vrijstelling koppelt de Flora- en faunawet de voorwaarde dat de vrijstelling of ontheffing alleen wordt verleend met het oog op één of meer van de zes belangen vermeld in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten.³⁶ De ruimte die de Flora- en faunawet voor

³⁵ Artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn omvat de volgende bepaling: een verbod om vogels, met name gedurende de broedperiode, opzettelijk te storen, voor zover een dergelijke storing gelet op de doelstellingen van deze richtlijn, van wezenlijke invloed is;

³⁶ Deze belangen zijn: (a) de bepalingen inzake de gemeenschappelijke markt en een vrij verkeer van goederen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap; (b) de veiligstelling van

het bos- en natuurbeheer biedt wordt daardoor in één keer geheel te niet gedaan. Het bos- en natuurbeheer valt namelijk niet onder één van die belangen. Naast de vijf specifieke belangen is in het betreffende Besluit ook de dwingende redenen van groot open-

baar belang vermeld, met dien verstande echter (en dat is uitdrukkelijk in het betreffende Besluit aangegeven) dat op deze reden geen beroep kan worden gedaan ten aanzien van vogels. Dat betekent dat voor activiteiten die de verstoring, verontrusting van individuele vogels of van hun nesten tot gevolg hebben, nooit ontheffing worden verleend. Dat komt neer op een feitelijk en absoluut verbod op het bos- en natuurbeheer en agrarisch beheer in het broedseizoen.

- Een absoluut verbod op het verstoren, verontrusten, etc. van ieder nest van ieder individu is op twee punten in strijd met de Richtlijnen. Dat is in strijd met de bepaling van artikel 2 van de beide Richtlijnen die stelt dat bij het treffen van de nodige maatregelen rekening moet worden gehouden met economische, sociale, ... eisen. Een absoluut verbod maakt het immers op voorhand onmogelijk om met die eisen rekening te houden. Een absoluut verbod is ook in strijd met de bepaling van artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn omdat deze bepaling de verstoring van vogels in het broedseizoen niet absoluut verboden is. Het verbod van artikel 5 littera (d) Vogelrichtlijn is namelijk, zoals hiervoor aangegeven, gerelateerd aan het populatiegerichte doel van de Vogelrichtlijn. Deze bepaling stelt dat het verboden is om vogels in de broedperiode te storen, voor zover van die storingen een wezenlijke invloed uitgaat op de populaties. Het absolute verbod van de Flora- en faunawet die de verstoring van ieder nest verbiedt, gaat geheel aan de finaliteit (doelgerichtheid) van artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn voorbij.
- Uit het doel en strekking van de Richtlijnen en uit de formulering van de Richtlijnen kan worden afgeleid dat een inbreuk kan en mag worden gemaakt op de stand van de Bijlage IV soorten van de Habitatrichtlijn indien er dwingende redenen van groot openbaar belang in het geding zijn. M.a.w. dwingende redenen van groot openbaar belang krijgen in de optiek van de Richtlijnen de rol en de betekenis van motieven die een inbreuk op de stand van de soorten kunnen rechtvaardigen.³⁷ Bij de implementatie in de Flora- en faunawet is aan deze dwingende redenen van groot openbaar belang (inclusief de onmogelijkheid hierop een beroep te doen als het vogels betreft) een andere rol en betekenis

dieren behorende tot een beschermde inheemse diersoort tegen het verkeer; (c) de opvang en verzorging van zieke of gewonde dieren behorende tot een beschermde inheemse diersoort; (d) het onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden; (e) dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten, met dien verstand dat vanwege dit belang geen ontheffing of vrijstelling kan worden verleend ten aanzien van vogels behorende tot een beschermde inheemse diersoort; (f) de bescherming van weidevogels en hun eieren tegen landbouwwerkzaamheden en vee.

³⁷ Dwingende reden van groot openbaar belang kunnen echter nooit een motief zijn om een inbreuk op de vogelstand te rechtvaardigen.. Dat is echter wel het geval als de volksgezondheid, de openbare veiligheid, de veiligheid van het luchtverkeer in het geding is, of ter voorkoming van belangrijke schade aan vee en gewassen. (artikel 9 Vogelrichtlijn)

toegekend dan de rol en de betekenis die ze in de optiek van de Richtlijnen hebben. Ze zijn namelijk vermeld in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten en krijgen daarmee in de systematiek van de Flora- en faunawet de betekenis van een voorwaarde waar aan moet zijn voldaan om een individu of het hol, vaste rust- en verblijfplaats of voortplantingsplaats van dat individu te mogen verstoren, verontrusten of vernietigen. Voor wat vogels betreft kunnen dwingende redenen van groot openbaar belang geen redenen zijn die een inbreuk op de vogelstand rechtvaardigen. Dit is, zoals hiervoor al aangegeven, bij de implementatie van de Richtlijnen omgezet als een absoluut verbod om elk nest van elke individuele vogel te treffen. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de dwingende redenen van groot openbaar belang (inclusief de onmogelijkheid om op deze redenen een beroep te doen als het vogels betreft) bij de implementatie in de Flora- en faunawet een volstrekt andere rol en betekenis hebben gekregen dan de rol en de betekenis die deze rekenen op grond van de Richtlijnen krijgen toebedeeld.

- Onder voorbehoud van de vorige conclusies verzet de Flora- en faunawet zich niet tegen een ontheffing of vrijstelling van de verbodsbepalingen voor bos- en natuurbeheer, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de populaties. De bewijsvoering of het bos- en natuurbeheer wel of geen afbreuk doet aan de gunstige staat van instandhouding komt daarmee dus centraal te staan. Voor een bewijsvoering is een deugdelijk informatie- en kennissysteem noodzakelijk.³⁸ Het belang van een dergelijk systeem is ook reeds eerder door de Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij erkend.³⁹ De Raad voor het Landelijk Gebied heeft zich in een vorig jaar verschenen advies kritisch uitgelaten over de mogelijkheden van het bestaande systeem om op de vraag naar de effecten op de populatie een afdoende antwoord te geven.⁴⁰ Daarom is het zinnig de mogelijkheden van het bestaande systeem kritisch te bekijken.
- Ten aanzien van de implementatie van de verbodsbepalingen uit de Richtlijnen in de Flora- en faunawet past nog een belangrijke aanbeveling. Alle verbodsbepalingen uit de Richtlijnen zijn namelijk in de Flora- en faunawet geïmplementeerd met uitzondering van de verbodsbepaling van artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn. Een motief hiervoor hebben we niet kunnen vinden. Omdat vooral in de broedperiode de spanning tussen de beheerswerkzaamheden en de bepalingen van de Flora- en faunawet sterk voelbaar is, en de bepaling van artikel 5 littera (d) van de Vogelrichtlijn juist ingaat op de vraag of en onder welke omstandigheden in het broedseizoen vogels mogen worden gestoord,⁴¹ wordt in het kader van dit onderzoek, waar met name de relatie tussen het bos- en natuurbeheer en het natuurbeschermingsrecht centraal staat, met klem aanbevolen om deze bepaling alsnog in de Flora- en faunawet te implementeren.

³⁸ Er is niet onderzocht in welke mate het bestaande informatie- en kennissysteem toereikend is om een antwoord te geven op deze centrale vraag.

³⁹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 800 XIV, nr. 86

⁴⁰ Raad voor het Landelijk Gebied, "Voorkomen is beter ...", april 2002, blz 46 en 47

⁴¹ storingen in het broedseizoen zijn verboden als ze een wezenlijke invloed hebben op populaties;

- Het feit dat het bos- en natuurbeheer een sinds jaar en dag bestaande activiteit betreft of het feit dat de betreffende beheersactiviteiten door de beheerders worden gezien als normaal onderhoud wordt vaak door de terreinbeheerders aangevoerd als argument om de betreffende activiteiten ‘ongestoord’ te mogen voortzetten. In het licht van de Richtlijnen kan dit argument echter geen stand houden.⁴² De Richtlijnen namelijk stellen het antwoord op de vraag of een activiteit kan of mag worden toegestaan, afhankelijk van de effecten op de populaties en niet van het feit of het wel of geen bestaand of bestendig gebruik betreft.

Hoogachtend,

ir. M.N. van Wijk
Programmaleider Functievervulling Natuur, Bos en Landschap

c.c.: adressenlijst en dr.ir. H.M.C. van Holsteijn (Alterra)

⁴² Deze conclusie kan worden getrokken uit: Backes Ch. en Rotmeier M.’ Soortenbescherming In Nederland’, mei 2002, blz. 20