

## Achtergrondinformatie presentatie 'Vogelvrij'

J. Gundelach

### Inleiding

In deze bijdrage wordt ingegaan op de tijdens de presentatie besproken Flora- en faunaregelgeving, het door het Ministerie van EL&I gehanteerde beoordelingskader en de genoemde jurisprudentie. De focus ligt daarbij op vogels en in het bijzonder de verbodsbepaling van artikel 11 Flora- en faunawet.

### 1 Ffw-verbodsbepalingen en ontheffingsystematiek

Mede ter implementatie van de Vogel- en Habitatrichtlijn bevat de Flora- en faunawet verbodsbepalingen ter bescherming van beschermde planten- en diersoorten. Voor ruimtelijke projecten zijn met name de volgende verbodsbepalingen van belang:

- plantensoorten (artikel 8 Ffw): plukken, verzamelen, afsnijden, uitsteken, vernielen, beschadigen, ontwortelen of verwijderen
- diersoorten (artikelen 9-12 Ffw)
  - \* artikel 9: doden, verwonden, vangen, bemachtigen of met oog daarop opsporen;
  - \* artikel 10: opzettelijk verontrusten
  - \* artikel 11: nesten, holen, voortplantings- of vaste rust- en verblijfplaatsen beschadigen, vernielen, uithalen, wegnemen of verstoren
  - \* artikel 12: eieren zoeken, rapen, uit nest nemen, beschadigen of vernielen.

In de Flora- en faunawet zijn verder uitzonderingen op de verbodsbepalingen opgenomen in de vorm van ontheffings-, vergunnings- en vrijstellingsbevoegdheden (zoals de vrijstelling neergelegd in artikel 16b Besluit vrijstelling beschermde diersoorten: werken conform een door de minister goedgekeurde gedragscode). Voor een ruimtelijk project is met name de (algemene) ontheffingverlening bij beschikking ingevolge artikel 75 lid 3 e.v. Flora- en faunawet van belang.

Deze ontheffingverlening valt als volgt onder te verdelen:

- A basisbeschermingsregime voor gewone soorten (artikel 75 lid 5 Ffw);  
Het gaat om een lichte toets, waarbij voor ontheffingverlening aan de eis moet worden voldaan dat aan de gunstige staat van instandhouding van de soort geen afbreuk wordt gedaan.
- B strikt beschermingsregime voor bijzondere soorten (artikel 75 lid 5 en lid 6 Ffw):  
Het gaat om een zware toets. Voor ontheffingverlening moet aan de volgende drie cumulatieve eisen worden voldaan:
  1. geen afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding van de soort (in dat verband spelen ook mitigerende en compenserende maatregelen een rol; zie AbRvS 25 juli 2007, nr. 200700485/1);
  2. geen andere bevredigende oplossing;
  3. ontheffing moet worden verleend met het oog op specifieke belangen.

De bijzondere soorten waarop het strikte beschermingsregime van toepassing is, zijn aangewezen in artikel 75 lid 6 Ffw. Het gaat om:

- soorten die zijn genoemd op bijlage IV van de Habitatrichtlijn;
- alle vogelsoorten die beschermd zijn ingevolge de Vogelrichtlijn;
- alle bij amvb aangewezen soorten (de soorten genoemd in bijlage 1 van het Besluit vrijstelling beschermde diersoorten).

## 2 Ontheffingverlening met het oog op specifieke belangen

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

- uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling (artikel 2 lid 3 sub j)
- dwingende reden van groot openbaar belang (artikel 2 lid 3 sub e).

## 3 Edam/Volendam en Park Brederode

In de uitspraken van 21 januari 2009 (Edam/Volendam, nr. 200802863/1, TBR 2009, 145, BR 2009, 48 en JM 2009, 36) en 13 mei 2009 (Park Brederode, nr. 200802624/1, TBR 2009, 147, BR 2009, 139, JM 2009, 90) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat het belang inzake de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling niet ten grondslag kan worden gelegd aan een Ffw-ontheffingverlening voor zwaar beschermde soorten, zoals vogelsoorten. Het stringente en uitputtende afwegingskader van artikel 16 lid 1 van de Habitatrichtlijn en artikel 9 lid 1 van de Vogelrichtlijn staat dat niet toe.

In de uitspraak van 13 mei 2009 heeft de Afdeling verder overwogen dat belang sub e niet aan een ontheffing ten grondslag mag worden gelegd die betrekking heeft op beschermde vogelsoorten. Dit volgt uit artikel 2d lid 1, aanhef en onder a, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten en de nota van toelichting bij dit besluit (Staatsblad 2000, 525, p. 17). Dit houdt verband met het feit dat artikel 9 van de Vogelrichtlijn ontheffingverlening ten behoeve van vogels met het oog op dwingende reden van groot openbaar belang niet toestaat.

Concreet betekent dit dat in geval van ruimtelijke projecten bij ontheffingverlening voor vogels alleen de volgende belangen in aanmerking komen:

- belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid;
- belang van de veiligheid van het luchtverkeer;
- ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren;
- ter bescherming van flora en fauna.

## 4 Problematiek jaarrond beschermde nestplaatsen/vaste rust- en verblijfplaatsen

Voor de meeste vogelsoorten wordt in de Afdelingsjurisprudentie voor wat betreft hun nestplaatsen en vaste rust- en verblijfplaatsen al jarenlang de volgende lijn aangenomen. Alleen tijdens het broedseizoen hebben vogels een vaste voortplantingsplaats/vaste rust- en verblijfplaats. Daarbuiten hebben zij dat niet. Als geen (versturende) werkzaamheden in het broedseizoen plaatsvinden, dan wordt artikel 11 Ffw niet overtreden.<sup>1</sup>

---

1. Zie bijvoorbeeld AbRvS 15 augustus 2007 (nr. 200605489/1), AbRvS 14 maart 2007 (nr. 200604201/1), AbRvS 25 februari 2008 (nr. 200903873/1), AbRvS 3 juni 2009 (nr. 200803309/1/R2), AbRvS 22 juli 2009 (nr. 200806481/1/R2) en AbRvS 2 september 2009 (nr. 200807803/1/R2), AbRvS 10 november 2010 (nr. 200902833/1/R1), AbRvS 15 december 2010 (nr. 201004004/1/H3), AbRvS 29 juni 2011 (nr. 200905904/1/R1), ABRVS 15 februari 2012 (nr. 201102546/1/T1/R4), AbRvS 7 maart 2012 (nr. 201106311/T1/R4) en AbRvS 27 juni 2012 (nr. 201108336/1/T1/R1). Uit de jurisprudentie volgt ook dat geen sprake is van schending van artikel 11 Ffw, als de werkzaamheden voorafgaand aan het broedseizoen worden gestart, waarna deze tijdens het broedseizoen zonder onderbreking worden voortgezet, zodat geen vogels tot broeden komen.

Bepaalde vogelsoorten maken ook buiten het broedseizoen gebruik van een bepaald nest als vaste rust- en verblijfplaats. Andere vogelsoorten keren ieder broedseizoen naar hetzelfde nest terug. Dit brengt mee dat deze nestplaatsen, nu zij buiten het broedseizoen als vaste rust- en verblijfplaatsen hebben te gelden, onder de reikwijdte van de verbodsbepaling van artikel 11 Ffw zijn begrepen. Deze vogelsoorten hebben aldus een op grond van de Ffw jaarrond beschermde nestplaats/vaste rust- en verblijfplaats.

Gelet op deze Edam/Volendam- en Park Brederodejurisprudentie en gelet op de in aanmerking komende belangen voor ontheffingverlening is het bij veel ruimtelijke projecten waarbij nestplaatsen van vogels die jaarrond zijn beschermd, lastig om een juridisch houdbare ontheffing verleend te krijgen.

## **5 Aangepaste beoordeling ontheffing ruimtelijke ingrepen Flora- en faunawet**

Bij brief van 26 augustus 2009 heeft de Minister van destijds LNV (thans: EL&I) de problematiek ten gevolge van de Afdelingsjurisprudentie onderkend. Bij deze brief heeft zij een nieuw beoordelingskader voor Ffw-ontheffingsaanvragen aangekondigd. De Dienst Regelingen van het Ministerie van EL&I, heeft daartoe de notitie 'Aangepaste beoordeling ontheffing ruimtelijke ingrepen Flora- en faunawet' bekendgemaakt.

In dit kader is – kort gezegd - aangegeven dat overtreding van (artikel 11 van) de Ffw zou kunnen worden voorkomen door het treffen van mitigerende maatregelen. De mitigerende maatregelen dienen erop te zijn gericht om de negatieve effecten van een ruimtelijk project op de functionaliteit van de voortplantingsplaats/vaste rust- en verblijfplaats van de betreffende soort te voorkomen.

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

Sinds de verschijning ervan wordt dit beoordelingskader standaard door de Minister/Staatssecretaris van EL&I bij de beoordeling van Ffw-aanvragen toegepast. Een initiatiefnemer kan de door hem voorgenomen ecologische maatregelen getoetst krijgen door een ontheffingsaanvraag in te dienen. Als de Minister/Staatssecretaris de maatregelen voldoende acht ter behoud van de functionaliteit van de vaste rust- en verblijfplaats, dan wordt de aanvraag afgewezen onder de motivering dat de verbodsbepaling niet wordt overtreden gelet op de voorgestelde maatregelen, de zogenaamde "positieve afwijzing".

## **6 Juridische houdbaarheid van het beoordelingskader**

Sinds het verschijnen van het beoordelingskader is getwijfeld aan de juridische houdbaarheid ervan. De vraag is of het kader verenigbaar is met de Vogel- en Habitatrichtlijn.

De Afdeling heeft zich lange tijd niet ten principale uitgelaten over de vraag of het beoordelingskader van de Dienst Regelingen juridisch houdbaar is c.q. of dit kader verenigbaar is met de Vogel- en Habitatrichtlijn. Er is een zaak aan de Voorzitter van de Afdeling voorgelegd, waarbij dit vraagstuk aan de orde is gesteld. De Voorzitter heeft de vragen in het

kader van het behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening niet willen behandelen en heeft deze doorgeschoven naar de bodemprocedure.<sup>2</sup> Tot een uitspraak in de bodemprocedure is het in deze zaak niet meer gekomen.

Meer impliciet leek de Afdeling zich wel te kunnen vinden in het beoordelingskader, althans in de aanvaardbaarheid van de systematiek om door middel van mitigerende maatregelen de functionaliteit van een vaste rust- en verblijfplaats te behouden. Zo wordt door de Afdeling in enkele bestemmingsplanzaken gewezen op ecologische onderzoeken dan wel ministeriële besluiten op Ffw-ontheffingsaanvragen waaruit zou blijken dat de functionaliteit van een vaste rust- en verblijfplaats van een bepaalde soort - mede in verband met te treffen mitigerende maatregelen - niet in het geding is. Hieraan verbindt de Afdeling (mede) de conclusie dat de Ffw niet aan de uitvoerbaarheid van het betreffende plan in de weg staat.<sup>3</sup>

Overigens was er een indicatie aan te wijzen dat de systematiek uit het beoordelingskader in relatie tot de Vogel- en Habitatrichtlijn houdbaar zou kunnen zijn. Deze indicatie kan worden gevonden in het document 'Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directieve 92/43/EEC'. Dit document is opgesteld door de Europese Commissie en in februari 2007 verschenen. Met enige regelmaat vaardigt de Europese Commissie richtsnoeren, gidsdocumenten en dergelijke uit, waarin zij uitleg geeft over de reikwijdte van bijvoorbeeld Europese richtlijnen. Alhoewel deze documenten geen eenduidige en harde juridische status hebben, wordt niet zelden door zowel het Hof van Justitie of de Afdeling naar dergelijke documenten verwezen als hulpmiddel om Europese regelgeving te interpreteren. In dat licht is het ook niet ondenkbaar dat dit Guidance document door de Afdeling zou kunnen worden gehanteerd om te oordelen over de verenigbaarheid van de beoordelingswijze met de Habitatrichtlijn en de Vogelrichtlijn. Zo heeft de Afdeling dit document in haar jurisprudentie ook gebruikt om te bepalen of de lepelaar en de grutto een vaste rust- en verblijfplaats hebben.<sup>4</sup>

In dit Guidance document is opgenomen dat het nemen van mitigerende maatregelen "that ensure the continued ecological functionality of a breeding site/resting place", ter voorkoming van een overtreding van de verboden van artikel 12 Habitatrichtlijn mogelijk moet zijn. Uit het Guidance document kan worden afgeleid dat het aanbieden van bijvoorbeeld alternatieve nestgelegenheid onder deze mitigerende maatregelen kan worden begrepen.

## **7 De 15 februari- en 11 juli-uitspraken**

Op de vraag of de systematiek uit het beoordelingskader juridisch houdbaarheid is, is in het bijzonder met de tussenuitspraken van 15 februari 2012 en de daarop volgende einduitspraken van 11 juli 2012 duidelijkheid gekomen. Ook met andere uitspraken uit deze periode wordt de duidelijkheid gegeven. Uit deze jurisprudentie (voor wat betreft artikel 11 Ffw in relatie tot vogels met jaarrond beschermde nesten) volgt dat als jaarrond beschermde nestplaatsen als gevolg van de betreffende werkzaamheden zullen verdwijnen (bijvoorbeeld als gevolg van het kappen van nestbomen) of zullen worden verstoord, daarmee dan vaststaat dat het verbod uit artikel 11

---

2 Vz. AbRvS 19 oktober 2010 (nr. 200910329/2/H3, JM 2010, 37). In de onderliggende rechtbankuitspraak van 29 december 2009 (LJN-nr. BK8650, JM 2010, 26) is de principiële vraag wel beantwoord; de rechtbank acht de aanpak verenigbaar met de Vogelrichtlijn.

3 Zie bijvoorbeeld AbRvS 9 december 2009 (nr. 200903371/1/H3), AbRvS 18 augustus 2010 (nr. 200905800/1/R3), AbRvS 15 september 2010 nr. 200902179/1/R1), Vz. AbRvS 9 november 2010 (201006688/2/R1), AbRvS 5 januari 2011 (nr. 201006688/1/R1), AbRvS 18 mei 2011 (nr. 201001013/1/R3), Vz. AbRvS 18 november 2011 (nr. 201109380/2/R3) en Vz. AbRvS 23 maart 2012 (nr. 201113347/2/R3).

<sup>4</sup> AbRvS 25 februari 2009 (nr. 200803873/1), AbRvS 15 februari 2012 (nr. 201102473/1/A3) en AbRvS 2 mei 2012 (nr. 201105967/1/R1).

Ffw is overtreden. Uit deze uitspraken volgt verder dat slechts die maatregelen die zien op het voorkómen dat de Ffw-verboden worden overtreden, mogen worden betrokken bij de beoordeling of die verboden worden overtreden. Deze maatregelen behelzen niet de realisatie van een betere biotoop, nieuw leefgebied of alternatieve nestplaatsen. Ook het feit dat de vaste functionaliteit van vaste rust- en verblijfplaatsen van vogels niet in het geding is, omdat voldoende alternatieve nestlocaties aanwezig zijn, betekent niet dat artikel 11 Ffw niet zal worden overtreden.

De uitspraken zijn (niet alleen over vogels, maar ook over andere beschermde soorten):

*Bedrijventerrein Baansteer Noord Purmerend*

AbRvS 15 februari 2012 (nr. 201104545/1/T1/A3, AB 2012, 80, JB 2012, 82, Gst. 2012, 50, BR 2012, 73)

AbRvS 11 juli 2012 (nr. 201104545/1/A3)

*Herinrichting Dwingelderveld*

AbRvS 15 februari 2012 (nr. 201104809/1/T1/A3, AB 2012, 81, TBR 2012, 54, BR 2012, 74, JM 2012, 54)

AbRvS 11 juli 2012 (nr. 201104809/1/A3)

*Rijksweg 31 Haak om Leeuwarden*

AbRvS 21 maart 2012 (nr. 201108112/1/T1/A3, JM 2012, 68)

*Tuindorp Frankendael Amsterdam*

AbRvS 2 mei 2012 (nr. 201106397/1/T1/R2)

*A2 Den Bosch-Eindhoven*

AbRvS 9 mei 2012 (nr. 201110539/1/R4)

*Woningbouw en rondweg Veldhoven*

Vz. AbRvS 27 juni 2012 (nr. 201201434/2/A3)

## **8 Foerageergebied en vliegroutes**

Tijdens de presentatie is aangegeven dat leef- en foerageergebied en migratieroutes (zoals vliegroutes) alleen tot de vaste rust- en verblijfplaats worden gerekend, als het gaat om gebied en routes in de nabijheid van de vaste rust- en verblijfplaats, die noodzakelijk zijn om de vaste rust- en verblijfplaats te kunnen laten functioneren. Zo is het vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat het aantasten van foerageergebieden en migratieroutes niet onder het verstoren van vaste rust- en verblijfplaatsen als bedoeld in artikel 11 Ffw valt, tenzij deze gebieden en routes samenvallen met vaste rust- en verblijfplaatsen.<sup>5</sup> In de uitspraak van 2 mei 2012 (gasopslag Bergermeer, nr. 201105967/1/R1, r.o. 2.56.5) overweegt de Afdeling nog dat volgens het 'Guidance document of strict protection of animal species of Community interest under de Habitats Directive (94/43/EEC)' een foerageergebied niet tot een vaste rust- of verblijfplaats wordt gerekend, tenzij het foerageergebied als zodanig samenvalt met een broed- of vaste rust- of verblijfplaats.

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld AbRvS 18 mei 2011 (nr. 201001013/1/R3, r.o. 2.10.5), AbRvS 25 maart 2009 (nr. 200800772/1, r.o. 2.7.3), AbRvS 20 januari 2010 (nr. 200900585/1/R1, r.o. 2.13.8), AbRvS 9 november 2011 (nr. 201009220/1/R4, r. o. 2.11.3), AbRvS 14 december 2011 (nr. 201009590/1/R3, r.o. 2.17.3), AbRvS 11 juli 2012 (nr. 201012113/1/R4, 2.8.3.4 en 2.8.3.6) en AbRvS 18 juli 2012 (nr. 201109200/1/R3, r.o. 2.5.2).

## 9 Jurisprudentie Ffw-ontheffing

Tijdens de presentatie zijn enkele uitspraken benoemd die zien op de Ffw-ontheffingverlening. Hierna zijn de vindplaatsen van deze uitspraken opgenomen.

*Beoordelingsvrijheid beantwoording vraag of er een andere bevredigende oplossing bestaat*

- AbRvS 4 april 2012 (nr. 201107810/1/A1, r.o. 2.16.3)

*Verwijzing naar m.e.r.-alternatievenonderzoek bij beantwoording vraag of er een andere bevredigende oplossing bestaat*

- AbRvS 24 maart 2010 (tracéomlegging Zuid-Willemsvaart Maas-Den Dongen, nr. 200806140/R1, r.o. 2.16.4)
- AbRvS 23 juli 2008 (Westelijke Randweg Beverwijk N197; nr. 200708748/1, r.o. 2.5.3)
- AbRvS 9 november 2011 (De Centrale As; nr. 201009220/1/R4, r.o. 2.11.3)
- ABRVS 21 maart 2012 (Rijksweg 31 Haak om Leeuwarden, nr. 201108112/1/T1/A3, r.o. 2.7.1)
- AbRvS 9 augustus 2012 (Groningen Airport Eelde, nr. 201105167/1/A3, r.o. 2.6.2)

*Jurisprudentie over het belang van volksgezondheid en openbare veiligheid*

- AbRvS 17 december 2003 (nr. 200302076/1): jagen op zilvermeeuwen door inzet jachtvogels; voorkomen verspreiding ziekteverwekkende bacteriën op potgrond; ook preventieve maatregelen in belang van volksgezondheid mogelijk
- AbRvS 17 november 2004 (nr. 200403680/1): doden van reeën i.v.m. voorkoming aanrijdingen (verkeersveiligheid)
- AbRvS 28 september 2011 (nr. 201012245/1/H3): doden damharten i.v.m. aanrijdingen (verkeersveiligheid)
- ABRVS 29 december 2010 (nr. 200908100/1): 20 km hoogspanningsverbinding Wateringen-Zoetermeer; veiligstellen elektriciteitsvoorziening en extra waarborgen in geval van calamiteiten; dient belang van openbare veiligheid
- AbRvS 21 maart 2012 (Rijksweg 31 Haak om Leeuwarden, nr. 201108112/1/T1/A3, JM 2012, 68): verslechtering luchtkwaliteit wordt beperkt, verkeersveiligheid wordt gediend en aantal vormen van overlast wordt voorkomen