

Hans Erik Woldendorp, Instituut voor Infrastructuur, Milieu en Innovatie te Brussel

Deze notitie is een onderdeel van een boek over de stand van zaken in het natuurbeschermingsrecht in Nederland dat aan het eind van dit jaar door de Staatsuitgeverij in Den Haag zal worden uitgegeven.

SOORTENBESCHERMING

in de Flora- en faunawet en soortenbescherming in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn

Gebruikte afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
AMvB	algemene maatregel van bestuur
AbRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ArRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
Commissie	Europese Commissie
Ffwet	Flora- en faunawet
g.s.	college van gedeputeerde staten
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HRI	Habitatrichtlijn
JM	Jurisprudentie Milieurecht
M en R	Milieu en Recht
MvA	memorie van antwoord
Minister van LNV	Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
Nbwet	Natuurbeschermingswet
Nbwet 1998	Natuurbeschermingswet 1998
Nieuwsbrief	Nieuwsbrief van de Stichting advisering bestuursrechtspraak
N n.a.v. V	nota naar aanleiding van het verslag
N n.a.v. EV	nota naar aanleiding van het eindverslag
Rb.	arrondissementsrechtbank
SBZ	speciale beschermingszone
SBZ HRI	speciale beschermingszone in de zin van de Habitatrichtlijn
SBZ VRI	speciale beschermingszone in de zin van de Vogelrichtlijn
Staatssecretaris van LNV	Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Trb.	Tractatenblad
VRI	Vogelrichtlijn
Vz. AbRvS	voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State



006569 2002 PZDB-N-02058

ificatSoortenbescherming in de flora- en faunawet en sc

Soortenbescherming

1. De Flora- en faunawet en soortenbescherming in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn

1.1 Algemeen

De uitvoering van een infrastructureel werk of een andere bouwactiviteit zal in veel gevallen nadelige gevolgen kunnen hebben voor dieren en planten die tot een beschermde soort behoren. In een dergelijk geval moet een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet worden verkregen voordat de activiteit mag worden uitgevoerd.

In de Flora- en faunawet zijn de voormalige Vogelwet 1936, Jachtwet, Natuurbeschermingswet (gedeelte soortenbescherming), de Nuttige Dierenwet 1914, de Wet bedreigde en uitheemse dier- en plantensoorten en daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving geïntegreerd. Alle regels inzake de bescherming van in het wild levende dier- en plantensoorten zijn nu in beginsel in één wet samengebracht. De wet is met ingang van 1 april 2002 in werking getreden¹. Met ingang van 1 juli 2002 is een belangrijke wijziging van kracht geworden².

De Flora- en faunawet betreft de **soortenbescherming**. Hiermee wordt bedoeld dat de Flora- en faunawet een algemeen beschermingsregime bevat voor beschermde dier- en plantensoorten, ongeacht waar dieren en planten van deze soorten voorkomen. De beschermde soorten dieren en planten profiteren uiteraard ook van de **gebiedsbescherming** die door de Natuurbeschermingswet (1998) wordt geboden en reeds ter sprake kwam in Hoofdstuk 1.

Omdat dieren en planten van beschermde soorten niet alleen voorkomen in gebieden waarop gebiedsbescherming van toepassing is, bestaat er uit een oogpunt van natuurbescherming naast gebiedsbescherming behoefte aan een algemeen beschermingsregime voor dieren en planten die behoren tot beschermde soorten.

De Flora- en faunawet heeft vergaande gevolgen voor infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten. Vreemd genoeg hebben deze gevolgen tijdens de totstandkoming van de wet op geen enkel moment een rol gespeeld, ook niet tijdens de 5 jaar durende parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Kennelijk zijn deze gevolgen toen in het geheel niet onderkend. Dit is vooral vreemd omdat de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn toevallig juist vanaf het moment van bekendmaking van de Flora- en faunawet in het Staatsblad niet meer uit de pers zijn 'weg te branden' omdat ze zo grote gevolgen voor de praktijk (zouden) hebben. Daarbij staan niet alleen de gebiedsbescherming maar zeker ook de soortenbescherming in het brandpunt van de aandacht.

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de relevante bepalingen van de Flora- en faunawet, met name de bepalingen over de aanwijzing van beschermde dier- en plantensoorten, de algemene verbodsbepalingen met betrekking tot dieren en planten die behoren tot beschermde dier- en plantensoorten en de bepalingen over de verlening van vrijstellingen en ontheffingen. De meeste andere bepalingen van de wet zijn voor het

¹ Besluit van 12 december 2001 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van een aantal artikelen van de Flora- en faunawet en een aantal daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur, alsmede vaststelling van de datum van het vervallen van een aantal artikelen van de Jachtwet en de Natuurbeschermingswet en het intrekken van de Nuttige dierenwet 1914, de Vogelwet 1936 en de Wet bedreigde uitheemse dier- en plantensoorten, Staatsblad 2001, 656.

² pm

onderwerp van dit boek niet relevant. Voor een algemene bespreking van de Flora- en faunawet wordt naar de (nog niet zo overvloedige) literatuur verwezen³.

In twee tabellen wordt een overzicht gegeven van de relevante bepalingen inzake de aanwijzing van beschermde dier- en plantensoorten, onderscheidenlijk van de algemene verbodsbepalingen met betrekking tot dieren en planten van beschermde soorten en de mogelijkheden voor verlening van vrijstelling en ontheffing van deze verboden, in zowel de Flora- en faunawet als de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Vervolgens wordt het Nederlandse soortenbeschermingsregime inhoudelijk vergeleken met het soortenbeschermingsregime van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn.

Tot besluit van dit hoofdstuk worden de belangrijkste knelpunten aangegeven, die de bepalingen van de Flora- en faunawet inzake soortenbescherming en de achterliggende bepalingen van de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn in de praktijk oproepen. Tevens worden deze knelpunten besproken vanuit een algemener perspectief van soortenbescherming versus individubescherming, zoals uitgewerkt in de wetgeving op nationaal, onderscheidenlijk Europees niveau.

De Conventie van Bern⁴ wordt in dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten omdat deze in de praktijk (op dit moment) niet relevant lijkt. De EU, eveneens partij bij het Verdrag van Bern, heeft aan het Verdrag uitvoering gegeven door middel van de Habitatrichtlijn. Volgens de AbRvS is de Conventie van Bern voor de praktijk in Nederland niet relevant⁵. In de literatuur is kritiek geleverd op deze conclusie.

AbRvS 27 april 2000⁶

Ingevolge art. 6 van het Verdrag van Bern dient iedere Verdragsluitende Partij passende en noodzakelijke maatregelen te nemen in de vorm van wetten en voorschriften om te zorgen voor bijzondere bescherming van de in het wild voorkomende diersoorten, genoemd in bijlage II. In dit artikel is voorts een aantal verboden opgenomen met betrekking tot deze soorten. Het Verdrag is ondertekend door de EG en door de lidstaten afzonderlijk, waaronder Nederland. De EG heeft aan het Verdrag door middel van de Habitatrichtlijn uitvoering gegeven.

De Afdeling oordeelde dat voorzover de Habitatrichtlijn in overeenstemming is met het Verdrag van Bern, het Verdrag binnen de EU via de Habitatrichtlijn tot gelding komt. De rechtsgevolgen van het Verdrag worden binnen de EU door de richtlijn beheerst. Gelet op het belang van een uniforme uitleg van het gemeenschapsrecht is er derhalve in zoverre geen aanleiding besluiten van Nederlandse bestuursorganen rechtstreeks te toetsen aan het Verdrag van Bern.

Art. 12 en art. 16, lid 1, HRI stemmen overeen met art. 6 en art. 9, lid 1, van het Verdrag van Bern.

³ F. Toot, Bescherming van dieren en planten in de Flora- en faunawet, M en R 1995, p. 197-201. Over het onderwerp soortenbescherming is een belangrijk advies uitgebracht door de Raad voor het Landelijk Gebied verschenen: Voorkomen is beter ...; Advies over soortenbescherming en economische ontwikkeling (Publicatie RLG 02/5, april 2002). Een ander belangrijk rapport is: Soortenbescherming in Nederland, uitgegeven voor VNO-NCW juli 2002, met daarin een beleidsvisie van deze organisatie alsmede en onderzoeksrapport van de Universiteit Utrecht (Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS), mei 2002, opgesteld door Ch.W. Backes en M Rotmeijer. Met het advies van de RLG en het rapport van de Universiteit Utrecht is een grote stap vooruit gezet in het denken over soortenbescherming en is een gat in de literatuur eindelijk gevuld. Tot voor kort had de literatuur over natuurbescherming vrijwel uitsluitend betrekking op gebiedsbescherming.

⁴ Verdrag van Bern inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijke leefmilieu in Europa, 19 september 1979 (Trb. 1980, nr. 60). De tekst van het Verdrag is opgenomen in: Ch.W. Backes en J.Verchuuren, Natuurbeschermingsrecht 2001/2002, zie noot pm.

⁵ Voor een bespreking van de Conventie van Bern en de betekenis daarvan voor de Nederlandse praktijk kan worden verwezen naar het uitstekende artikel van H.J.P. Knot, Verdrag van Bern: grote broer van de Habitatrichtlijn?, in: C.J. Bastmeijer e.a., Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland, Vereniging voor Milieurecht, BJU 2001-1, p. 35-63. Knot betoogt hierin dat er geen aanleiding is om zo luchtig over het Verdrag van Bern te doen en dat dit verdrag voor de Nederlandse praktijk wel degelijk gevolgen zou moeten hebben omdat het verdrag op belangrijke punten met de Habitatrichtlijn niet goed is geïmplementeerd. Zie ook: Ch.W. Backes in zijn noot bij Rb. Leeuwarden 17 juli 1998, nrs. 97/40 t/m 45 WET (M en R 1998, 89) en bij AbRvS 27 april 2000, nr. 199001039/1 (AB 2000, 303); J. Verschuuren in zijn noot bij AbRvS 15 januari 2001, nr. 200004163/1 (M en R 2001, 29).

⁶ AbRvS 27 april 2000, nr. 199901039/1 (M en R 2000, 74; AB 2000, 303); AbRvS 1 augustus 2001, nrs. E03.98.1485/1 en E03.98.1495/1 (JM 2001, 126).

[]

De AbRvS vond het kennelijk niet nodig om over de verhouding tussen de Habitatrictlijn enerzijds en Verdrag van Bern anderzijds prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEG. Juist nu het belang van een uniforme uitleg van het gemeenschapsrecht in de uitspraak wordt benadrukt, lijkt er aanleiding te bestaan voor het stellen van vragen. Dit instrument is immers bedoeld om de uniforme uitleg van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

1.2 Aanwijzing van beschermde diersoorten

Op grond van de Flora- en faunawet is een groot aantal soorten dieren als beschermde inheemse diersoorten aangewezen (de beschermde uitheemse soorten blijven hier buiten beschouwing).

Volgens art. 4, lid 1, Ffwet zijn dit alle van nature in Nederland voorkomende soorten:

- zoogdieren, met uitzondering van gedomesticeerde dieren die behoren tot bij AMvB (AMvB) aangewezen soorten, alsmede de zwarte rat, de bruine rat en de huismuis;
- amfibieën en reptielen;
- vissen, met uitzondering van soorten waarop de Visserijwet 1963 van toepassing is.

Voorts zijn aangewezen alle van nature op het Europese grondgebied van de lid-staten van de EU voorkomende soorten vogels, met uitzondering van gedomesticeerde vogels die behoren tot bij AMvB aangewezen soorten. De geografische uitbreiding houdt verband met de uitvoering van de Vogelrichtlijn. Deze uitbreiding heeft echter voor het hier behandelde onderwerp geen praktische gevolgen, omdat het alleen gaat om soorten die nadelige gevolgen kunnen ondervinden van de uitvoering van infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten die plaatsvinden in Nederland⁷.

Ingevolge art. 4, lid 4, moet de Minister van LNV in de Staatscourant een lijst publiceren van de diersoorten die ingevolge het eerste lid zijn beschermd. Dit is gebeurd met de Bekendmaking lijsten beschermde inheemse diersoorten⁸. Bij deze bekendmaking horen vier bijlagen, waarin lijsten zijn opgenomen van de diersoorten bedoeld in art. 4, lid 1, onder a (bijlage 1), b (bijlage 2), c (bijlage 3) en d (bijlage 4). De opneming van een diersoort in een van deze lijsten heeft geen zelfstandige rechtsgevolg⁹. De desbetreffende diersoorten zijn namelijk al rechtstreeks bij wet als beschermde diersoorten aangewezen.

Op grond van art. 4, lid 2, kunnen bij AMvB andere van nature in Nederland voorkomende diersoorten als beschermde inheemse diersoorten worden aangewezen. Het gaat hierbij om:

- soorten die in hun voortbestaan worden bedreigd;
- soorten die het gevaar lopen in hun voortbestaan te worden bedreigd;
- soorten die dit niet zijn maar ter voorkoming overmatige benutting dienen te worden beschermd;
- soorten die uit Nederland zijn verdwenen maar die hier weer kunnen terugkeren;
- soorten die met de eerder bedoelde soorten zodanige gelijkenis vertonen dat zij ter bescherming van die andere soorten eveneens moeten worden beschermd.

⁷ Hier wordt niet ingegaan op de vraag of ook in de buurlanden van Nederland levende vogels de bescherming van de Flora- en faunawet genieten. Op zich zou een activiteit hiervoor gevolgen kunnen hebben. Deze vraag hangt niet direct samen met het voorkomen van een soort op het Europese grondgebied van de lid-staten dan wel in Nederland. Zij speelt bijvoorbeeld ook meer algemeen voor buiten Nederland levende dieren en planten die behoren tot soorten die wel in het wild in Nederland voorkomen.

⁸ Bekendmaking van 7 november 2001, Stcrt. 2001, 220.

⁹ Kamerstukken II 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 43.

De desbetreffende AMvB is het Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet, met name bijlage 2¹⁰. Dit besluit is net als de wet met ingang van 1 april 2002 in werking getreden.

In afwijking van art. 4, lid 2, kunnen diersoorten op grond van art. 4, lid 3, ook bij ministeriële regeling als beschermde inheemse diersoort worden aangewezen, indien de aanwijzing noodzakelijk is ter uitvoering van internationale verplichtingen.

1.3 Aanwijzing van beschermde plantensoorten

Anders dan beschermde inheemse diersoorten kunnen beschermde inheemse plantensoorten (de beschermde uitheemse soorten blijven hier buiten beschouwing) uitsluitend worden aangewezen bij AMvB en zijn in de wet zelf geen plantensoorten als zodanig aangewezen. Art. 3, lid 2, Ffwet biedt de wettelijke basis voor deze AMvB. De criteria voor de aanwijzing van beschermde inheemse plantensoorten komen overeen met de criteria voor de aanwijzing van beschermde inheemse diersoorten op grond van art. 4, lid 2, welke reeds zijn weergegeven in paragraaf 7.2. Onder planten worden ook (korst)mossen en paddestoelen verstaan¹¹.

De desbetreffende AMvB is weer het Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet, met name bijlage 1.

1.4 Rode lijsten

Op grond van art. 7 Ffwet stelt de Minister van LNV lijsten vast van dier- en plantensoorten die met uitroeiing worden bedreigd of van nature in Nederland voorkomende soorten, die speciaal gevaar lopen. Dit zijn de zogenaamde Rode Lijsten, die overigens al langer bestonden. Zij worden in de Staatscourant bekendgemaakt. **Pm al gebeurd?** Het voorkomen van een soort op de Rode Lijst heeft geen rechtsgevolgen. Wel moet de Minister van LNV bevorderen dat onderzoek en werkzaamheden plaatsvinden, die nodig zijn voor bescherming en beheer, waaronder het opstellen van soortenbeschermingsplannen. Het Hamsterbeschermingsplan 2000-2004 is hiervan een voorbeeld. Ook voor andere diersoorten zijn of worden soortenbeschermingsplannen opgesteld. Het is de bedoeling dat er uiteindelijk voor in totaal ongeveer 30 diersoorten soortenbeschermingsplannen zullen worden vastgesteld. De uitvoering van deze plannen zal geschieden in samenwerking met provincies, natuurbeschermingsorganisaties, uitvoerende diensten en particulieren¹².

De opstelling van Rode Lijsten maakt deel uit van het actieve soortenbeschermingsbeleid, terwijl de nog te bespreken verbodsbepalingen deel uitmaken van het passieve soortenbeschermingsbeleid.

1.5 Tabel met overzicht van beschermde dier-en plantensoorten

In de hiernavolgende tabel wordt een overzicht gegeven van de beschermde dier- en plantensoorten in de nationale regelgeving (de Flora- en faunawet en het daarop gebaseerde Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet), onderscheidenlijk de Europese regelgeving (de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn).

¹⁰ Besluit van 28 november 2000, Stb 2000, 523.

¹¹ Kamerstukken II, 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 41.

¹² Kamerstukken II 1996/97, 23 147, nr. 12. De Minister van LNV kondigde toen nog aan dat de soortbeschermingsplannen in een tijdsbestek van 5 jaar zouden worden opgesteld. Hier is echter vrijwel niets van terechtgekomen, want op dit moment is er nog pas een handjevol soortbeschermingsplannen (in voorbereiding).

Wat betreft de richtlijnen wordt opgemerkt dat de tabel alleen de algemene soortenbescherming betreft, waaronder wordt verstaan het beschermingsregime voor beschermde soorten dieren en planten, ongeacht waar dieren en planten van deze soorten voorkomen.

Er zijn ingevolge de richtlijnen ook dier- en plantensoorten aangewezen waarvoor specifieke gebiedsbescherming moet worden geboden. Wat betreft vogelsoorten, waarop de Vogelrichtlijn van toepassing is, gaat het hierbij om een selectie van de in algemene zin beschermde soorten vogels. Wat betreft andere dier- en plantensoorten, waarop de Habitatrichtlijn van toepassing is, gaat het ten dele om een selectie van de in algemene zin beschermde dier- en plantensoorten, maar ten dele geldt de specifieke gebiedsbescherming ook voor andere dier- en plantensoorten. Bovendien profiteren de in algemene zin beschermde soorten planten en dieren en de soorten planten en dieren die specifieke gebiedsbescherming genieten, ook van de gebiedsbescherming die in de Habitatrichtlijn aangewezen typen habitat genieten, waarin deze soorten voorkomen.

De vogelsoorten en andere diersoorten en plantensoorten, die gebiedsbescherming genieten of profiteren van de gebiedsbescherming van beschermde typen habitats, zijn in de tabel - dit voor alle duidelijkheid - dus niet meegenomen.

In Nederland genieten dieren en planten van beschermde soorten uiteraard ook van gebiedsbescherming indien zij voorkomen in een beschermd natuurmonument, staatsnatuurmonument of gebied dat deel uitmaakt van de EHS.

AbRvS 3 oktober 2001¹³

In de toelichting op de aanwijzing als staatsnatuurmonument Kievitsbloemterreinen onder Hasselt en Zwolle en langs de Overijsselse Vecht wordt vermeld dat het gebied als zodanig onder meer is aangewezen om zijn vegetatiekundige en floristische rijkdom. Een zeer grote waarde ontleent het gebied aan het massaal voorkomen van de Kievitsbloem. In geding is de aanleg van een wandelpad. De vergunning is onder meer verleend onder de voorwaarde dat het niet is toegestaan af te wijken van de route die is aangegeven met paaltjes in het terrein en dat de routepaaltjes zodanig geplaatst dienen te worden dat de groeiplaatsen van de Kievitsbloem niet worden doorsneden. Voorts moet de nul-situatie in het gebied te worden beschreven, onder andere ten aanzien van de groeiplaatsen van de Kievitsbloem. Ten slotte is het gebied niet toegankelijk voor het publiek gedurende de periode van 15 maart tot 15 juni (de bloeitijd van de Kievitsbloem).

De AbRvS is van oordeel dat appellanten niet aannemelijk hebben gemaakt dat de aan de vergunning verbonden voorwaarden ontoereikend zouden zijn om de betreding van de groeiplaatsen van de Kievitsbloem en de aantasting van de vegetatiekundige waarden van het gebied zoveel mogelijk te voorkomen.

De Afdeling is voorts van oordeel dat verweerder bij de afweging van het belang van het behoud van de wezenlijke kenmerken van het natuurmonument tegen het belang van het mogelijk maken van het recreatief medegebruik van natuurgebieden in redelijkheid een zwaarder gewicht heeft kunnen toekennen aan laatstgenoemd belang.

Gebiedsbescherming en soortenbescherming kunnen gemakkelijk worden verward doordat er een overlap kan bestaan. Dieren of planten van een beschermde soort die onder de algemene soortbescherming vallen, kunnen voorkomen in een gebied dat specifieke gebiedsbescherming geniet.

AbRvS 1 augustus 2001¹⁴

De Strabrechtse Heide is aangemeld als SBZ HRI. Hierin komt de boomkikker voor, die is vermeld in bijlage IV van de Habitatrichtlijn. De Afdeling laat toetsing aan art. 6 HRI achterwege omdat dit artikel voor SBZ's HRI nog niet van kracht is. In het verlengde hiervan toetst zij indirect aan art. 10 van het EG-Verdrag.

De Afdeling lijkt hiermee echter ten onrechte voorbij te gaan aan art. 12. Dit artikel is namelijk al wel van kracht voor zover het soorten betreft, die in bijlage IV van de Habitatrichtlijn zijn vermeld.

De reden dat hieraan geen aandacht wordt besteed is waarschijnlijk dat appellanten volgens de Afdeling in hun onderzoeksrapport niet hebben aangetoond dat in de omgeving van de inrichting (een groothandel in ferro-metalen) boomkikkers voorkomen en dit ook anderszins onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt.

¹³ AbRvS 3 oktober 2001, nr. 200005629/1.

¹⁴ AbRvS 1 augustus 2001, nrs. E03.98.1485/1 en E03.98.1495/1 (JM 2001, 126).

De bewijslast van het voorkomen van dieren en planten van een beschermde soort ligt dus in eerste instantie bij de appellanten. Onder omstandigheden moet echter het bevoegd gezag aannemelijk maken dat er geen dieren van een beschermde soort zitten, met name indien appellanten in eerste instantie hebben aangetoond dat ze er wel zitten en het bevoegd gezag beweert dat dit niet (langer) het geval is¹⁵.

AbRvS 27 maart 2001¹⁶.

In deze zaak toetst de AbRvS een het plan tot uitbreiding van haven van Velsen alleen aan (de externe werking van) art. 12 Nbwet met betrekking tot beschermde natuurmonumenten, in dit geval de Duinen van Velsen, dat deel uitmaakt van de als SBZ HRI aangemelde gebied Kennemerduinen en Amsterdamse Waterleidingduinen. Dit gebied moet volgens de Afdeling worden beschermd op grond van art. 10 van het EG-Verdrag (impliciete verwijzing).

In het gebied komt wellicht de zandhagedis voor. In de uitspraak wordt geen melding gemaakt van het feit dat deze soort wordt vermeld in bijlage IV van de Habitatrichtlijn en moet worden beschermd op grond van art. 12 HRI en art. 24 en 25 Nbwet (thans de Flora- en faunawet). Dit heeft er waarschijnlijk weer mee te maken dat appellanten volgens de Afdeling geen onderzoeksrapport of andere stukken ter onderbouwing van hun betoog hebben overgelegd en ook anderszins niet aannemelijk hebben gemaakt dat de zandhagedis feitelijk ter plaatse voorkomt.

Toelichting bij de tabel

In de eerste kolom worden de beschermde dier- en plantensoorten genoemd.

In de tweede en derde kolom wordt aangegeven in welke regeling de aanwijzing van de soort als beschermde soort op nationaal niveau heeft plaatsgevonden. Er zijn twee mogelijkheden. De soort kan in de Flora- en faunawet zelf zijn aangewezen (tweede kolom). Het is echter ook mogelijk dat de soort is aangewezen bij het op de Flora- en faunawet gebaseerde Besluit aanwijzing beschermde dier- en plantensoorten Flora- en faunawet.

In de vierde en vijfde kolom is aangegeven of de in Nederland beschermde soorten ook als zodanig zijn aangewezen op Europees niveau. De vierde kolom heeft uitsluitend betrekking op vogelsoorten (Vogelrichtlijn). De vijfde kolom heeft betrekking op alle andere diersoorten en op plantensoorten.

Op gelijke hoogten in de verschillende kolommen worden steeds dezelfde of met elkaar corresponderende onderwerpen behandeld. Indien in de eerste kolom bijvoorbeeld is aangewezen dat aangewezen gedomesticeerde zoogdieren niet als een beschermde diersoort gelden, kan men op dezelfde hoogte zien dat in kolom 3 is aangegeven dat de aanwijzing heeft plaatsgevonden in het op de Flora- en faunawet gebaseerde Besluit aanwijzing beschermde dier- en plantensoorten Flora- en faunawet.

De meest markante woorden die in de tekst speciaal worden toegelicht, zijn vet gedrukt.

¹⁵ Vz. AbRvS 11 mei 1999, nr. F0199.0097 (JM 1999, 109); AbRvS 15 januari 2001, nr. 200004163/1 (M en R 2001, 29; JM 2001, 44); Vz. AbRvS 14 mei 2001, nr. 20010858/1 (JM 2001, 100). In zijn noot bij deze laatste uitspraak geeft D. van der Meijden een praktisch overzicht van alle jurisprudentie rond het gerucht makende grensoverschrijdende bedrijventerrein Heerlen-Aken waar de hamster zijn leefgebied had. Deze zaak is ook onderwerp van een nog lopende inbreukprocedure die de Europese Commissie tegen Nederland heeft aangespannen in verband met de ontoereikende bescherming van de hamster in Nederland. Zie uitgebreid over de hamster-zaak M. van der Zouwen en J.P.M. van Tatenhove, Implementatie van Europees natuurbeleid in Nederland, Planbureaustudies nr. 1, juni 2002, uitgave van het Natuurplanbureau – vestiging Wageningen (ISBN 90-807205-1-8), p. 29-48.

¹⁶ AbRvS 27 maart 2001, nr. E01.99.0035 (Milieurechtspraak 2001, 32).

Beschermde soorten planten en dieren				
In Nederland	Flora- en faunawet	Krachtens de Flora- en faunawet	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn
Beschermde diersoorten				
<p>Alle van nature in Nederland voorkomende soorten zoogdieren</p> <p>Uitgezonderd:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Aangewezen gedomesticeerde dieren 2. Zwarte rat 3. Bruine rat 4. Huismuis 	<p>Art. 4, lid 1, onder a</p> <p>Opgesomd in bijlage 1 Bekendmaking lijsten beschermde inheemse diersoorten</p>	<p>Aangewezen in: Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet (art. 4, lid 1, onder a)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bunzing 2. Konijn 3. Varken 		<p>Aangewezen soorten dieren in hun natuurlijke verspreidingsgebied</p> <p>Aangewezen in:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bijlage IV, letter a 2. Bijlage V (beperkte bescherming¹⁷)
<p>Alle van nature op het Europese grondgebied van de lid-staten van de EU voorkomende soorten vogels</p> <p>Uitgezonderd: Aangewezen gedomesticeerde vogels</p>	<p>Art. 4, lid 1, onder b</p> <p>Opgesomd in bijlage 2 Bekendmaking lijsten beschermde inheemse diersoorten</p>	<p>Aangewezen in: Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet (art. 4, lid 1, onder b):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Grauwe gans 2. Europese kanarie 3. Rotsduif 4. Wilde eend 	<p>Alle natuurlijke op het Europese grondgebied van de lid-staten in het wild levende soorten vogels (art. 1, lid 1, en 5)</p>	
<p>Alle van nature in Nederland voorkomende soorten amfibieën en reptielen</p>	<p>Art. 4, lid 1, onder c</p> <p>Opgesomd in bijlage 3 Bekendmaking lijsten beschermde inheemse diersoorten</p>			
<p>Alle van nature in Nederland voorkomende soorten vissen</p> <p>Uitgezonderd: Soorten vissen waarop de Visserijwet 1963 van toepassing is</p>	<p>Art. 4, lid 1, onder d</p> <p>Opgesomd in bijlage 4 Bekendmaking lijsten beschermde inheemse diersoorten</p>			

¹⁷ Hierop wordt in dit boek niet ingegaan.

Aangewezen andere soorten dieren		Aangewezen in: 1. Besluit aanwijzing dieren plantensoorten Flora- en faunawet (art. 4, lid 2) 2. Ministeriële regeling ter uitvoering van internationale verplichtingen (art. 4, lid 3)		
Beschermde plantensoorten				
Aangewezen soorten planten		Aangewezen in: 1. Besluit aanwijzing dieren plantensoorten Flora- en faunawet (art. 3, lid 1) 2. Ministeriële regeling ter uitvoering internationale verplichtingen (art. 3, lid 2)		Aangewezen soorten planten in hun natuurlijke verspreidingsgebied Aangewezen in: 1. Bijlage IV, letter b 2. Bijlage V (beperkte bescherming)

1.6 Verschillen in aanpak tussen de Nederlandse en Europese regelgeving inzake de aanwijzing van beschermde dier- en plantensoorten

Voor het onderwerp van dit boek is het op zich niet zinvol de Nederlandse en Europese regelgeving inzake soortenbescherming uitvoerig te vergelijken. De Nederlandse regelgeving inzake soortenbescherming is, enkele details daargelaten, in overeenstemming met de Europese regelgeving. Dit wordt toegelicht in paragraaf 7.10.1.

Dit betekent dat in de praktijk kan worden volstaan met toepassing van de Nederlandse regelgeving en dat er in het algemeen geen reden is voor rechtstreekse toepassing van de Europese regelgeving dan wel richtlijnconforme uitleg van de Nederlandse regelgeving.

Voor het goede begrip is het echter zinvol om wel te wijzen op voor de praktijk belangrijke en ook ronduit opmerkelijke verschillen in aanpak tussen de Flora- en faunawet, de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn. In deze paragraaf wordt alleen ingegaan op de aanwijzing van beschermde dier- en plantensoorten. In paragraaf 7.10 wordt ingegaan op de verschillen tussen de beschermingsregimes.

In de Flora- en faunawet en het daarop gebaseerde Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet is er voor gekozen om in beginsel **alle** soorten zoogdieren, vogels, amfibieën en reptielen en vissen te beschermen. Daarnaast zijn **aangewezen** soorten andere dieren en planten beschermd.

Ingevolge de Vogelrichtlijn zijn **alle** soorten vogels beschermd.

De Habitatrictlijn daarentegen beperkt zich tot **aangewezen** soorten andere dieren en planten.

Volgens de AbRvS¹⁸ verzet de Habitatrictlijn zich er niet tegen dat in Nederland nog andere soorten worden beschermd dan alleen de soorten die in de bijlagen van de richtlijn worden vermeld.

Indien van een categorie van dieren alle soorten zijn aangewezen, is het al dan niet talrijk of zeldzaam voorkomen van die soorten in Nederland, onderscheidenlijk de EU, voor de wetgever kennelijk niet relevant geacht voor de toepassing van het algemene soortenbeschermingsregime.

Dit is, zoals in paragraaf 7.12 nog zal worden toegelicht, een uitgangspunt waarover zeker valt te twisten, met name omdat het doel dat de wetgever voor ogen stond bij het van toepassing verklaren van een strikt beschermingsregime op een zo groot aantal beschermde soorten, niet geheel duidelijk is en de soortenbescherming juis hierdoor zeer vergaande gevolgen heeft voor de praktijk.

1.7 Verbodsbepalingen

¹⁸ AbRvS 22 mei 2002, nr. 200001109/1.

De Flora- en faunawet bevat een aantal verboden waarmee wordt beoogd dieren en planten te beschermen, die tot een beschermde soort behoren. Zoals in paragraaf 7.10.4 nog zal worden toegelicht, is niet duidelijk of met deze bescherming wordt beoogd elk individueel dier en elke individuele plant van een beschermde soort te beschermen dan wel de populatie van dieren of planten van een beschermde soort op een bepaalde plaats veilig te stellen dan wel de beschermde soort als zodanig voor Nederland te behouden.

Wat betreft dieren van beschermde soorten kunnen de volgende verboden worden genoemd:

- art. 9: Verbod om dieren te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop te sporen.
- art. 10: Verbod om dieren opzettelijk te verontrusten.
- art. 11: Verbod om nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.
- Art. 12: Verbod om eieren van dieren te zoeken, te rapen, uit het nest te nemen, te beschadigen of te vernielen.

Wat betreft planten van beschermde soorten gaat het om de volgende verboden:

- art. 8: Verbod om planten te plukken, te verzamelen, af te snijden, uit te steken, te vernielen, te beschadigen, te ontwortelen of op enigerlei andere wijze van hun groeiplaats te verwijderen.

De andere verbodsbepalingen, die onder meer de handel, het uitzetten of uitzaaien in de vrije natuur en het de jacht betreffen, worden hier buiten beschouwing gelaten omdat zij voor infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten doorgaans niet van belang zijn.

1.8 Vrijstelling en ontheffing van de verbodsbepalingen

In de Flora- en faunawet komen drie mogelijkheden voor om van de verbodsbepalingen af te wijken¹⁹, te weten:

- a) jacht;
- b) vrijstelling voor grondgebruikers in verband met schade;
- c) ontheffing voor incidentele of bijzondere gevallen bij overige soorten.

In het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten zijn enkele vrijstellingen opgenomen.

Art. 65 Ffwet maakt het mogelijk vrijstelling te verlenen is voorzien in verband met de bestrijding van schade door dieren van beschermde soorten. Een dergelijke vrijstelling kan worden verleend bij ministeriële regeling of bij provinciale verordening ten aanzien van bij AMvB aan te wijzen beschermde diersoorten. Ook kunnen g.s. in het kader van beheer aan bepaalde personen toestaan dat de stand van bepaalde diersoorten kan worden beperkt met het oog op de bescherming van bepaalde belangen. Dit is geregeld in art. 67 Ffwet en min of meer als opdracht aan die personen bedoeld²⁰.

Bij schade gaat het om schade die door beschermde diersoorten wordt aangericht, waaronder schade aan flora en fauna. Wat het laatste betreft gaat het vooral om schade die dieren van een bepaalde soort aanrichten bij andere soorten, bijvoorbeeld ongewenste verdringing of in het kader van de voortplanting (mogelijkheid van door g.s. te verlenen vrijstellingen op grond van

¹⁹ Kamerstukken I 1997/98, 23 147, nr. 104b, p. 12.

²⁰ Kamerstukken II 1996/97, 23 147, nr. 12, p. 32.

art. 67, lid 1, onder d, of eveneens door hen te verlenen ontheffingen op grond van art. 68, lid 1, onder d)²¹.

Bij beheer gaat het om overwegingen die te maken hebben met de soort zelf, met name de opbouw van en het evenwicht in de populatie.

Voor infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten lijken de juist weergegeven mogelijkheden van vrijstelling niet relevant. Het valt echter niet geheel uit te sluiten dat creatieve oplossingen voor de in het hiernavolgende te bespreken problemen bij de toepassing van de verbodsbepalingen in het kader van art. 65-67 kunnen worden gevonden. Op voorhand lijkt dit echter nogal geforceerd. De Minister van LNV heeft opgemerkt dat landelijke en provinciale vrijstellingen als bedoeld in art. 63 (thans 65) Ffwet zijn opgenomen met het oog op een doelmatige schadebestrijding²². De enige redenering om in dit kader nog mogelijkheden voor het maken van uitzonderingen op de verbodsbepalingen ten behoeve van infrastructurele en andere bouwactiviteiten te vinden zou kunnen zijn dat deze problematiek tijdens de totstandkoming van de Flora- en faunawet helemaal niet aan de orde is geweest en de wetgever hierover derhalve geen uitspraken heeft gedaan. Daarom zou bij het zoeken naar oplossingen kunnen worden aangesloten bij de oplossingen die zijn getroffen voor onderwerpen die wel in de wet zijn geregeld. Inhoudelijk is er echter geen enkel verband tussen schade en beheer enerzijds en infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten anderzijds. Dit maakt het minder logisch aansluiting te zoeken bij de regeling inzake schade en beheer. Het lijkt beter om de wet of de daarop gebaseerde uitvoeringsregeling aan te passen en vrijstelling en ontheffing voor infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten te regelen in een algemene regeling inzake vrijstelling en ontheffing naar het voorbeeld van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn.

De onderwerpen jacht en schadebestrijding hebben tijdens de totstandkoming van de Flora- en faunawet zo veel aandacht gekregen in vergelijking met andere belangen die voor een uitzondering op de verbodsbepalingen in aanmerking kwamen, dat die andere belangen het moeten doen met het hierna te bespreken art. 75 Ffwet, terwijl de jacht en de schadebestrijding uitgebreid zijn geregeld (en veilig gesteld). De Minister van LNV merkte hierover op dat het naar zijn mening de duidelijkheid ten goede komt om de schadebestrijdingsmogelijkheden afzonderlijk bij elkaar te groeperen. Daarom zijn de mogelijkheden van ontheffing in verband met schade en beheer in een afzonderlijk artikel opgenomen. Dit valt ook op in de hierna opgenomen tabel. Schadebestrijding is in de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn opgenomen in algemene opsommingen van uitzonderingsgronden en veel minder benadrukt. Daardoor vertonen de richtlijnen een evenwichtiger beeld dan de Flora- en faunawet, zeker in het licht van de huidige discussies die vooral over infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten gaan.

Art. 75 Ffwet is de algemene bepaling ter zake van verlening van vrijstelling of ontheffing van onder meer de bij of krachtens art. 8 – 12 gestelde verboden.

Art. 75, lid 1, biedt de wettelijke basis voor verlening van vrijstelling. Dit is een uitzondering met een algemene reikwijdte. Vrijstelling wordt bij of krachtens AMvB verleend. Ingevolge art. 75, lid 2, kan dit bij ministeriële regeling geschieden indien een vrijstelling strekt tot uitvoering van internationale verplichtingen.

²¹ Brief van de Minister van LNV van 7 oktober 1997 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1997/98, 23 147, nr. 123, p. 2.

²² Kamerstukken 1992/93, 23 147, nr. 3, p. 45; Kamerstukken II 1996/97, 23 147, nr. 12, p. 32 en 35; brief van de Minister van LNV van 16 oktober 1997 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1997/98, 23 147, nr. 124, p. 1.

Art. 75, lid 3, biedt een basis voor verlening van ontheffingen. Dit is een specifieke uitzondering waarvan de reikwijdte is beperkt tot het geval waarvoor ontheffing is gevraagd. Het bevoegde gezag is de Minister van LNV (in de praktijk de staatssecretaris). In art. 75, lid 4 en lid 5, wordt omschreven in welke gevallen een ontheffing kan worden verleend²³.

Art. 75, lid 4, heeft betrekking op 'gewone' beschermde soorten dieren en planten. Soorten die VRI of de Habitatrichtlijn moeten worden beschermd, behoren hier niet toe. Deze vallen onder art. 75, lid 5.

Op grond van art. 75, lid 4, juncto art. 75, lid 1, Ffwet kan ontheffing worden verleend 'indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort'.

Art. 75, lid 5, heeft, zoals gezegd, betrekking op beschermde soorten dieren en planten die in bijlage IV van de Habitatrichtlijn worden genoemd, alsmede op alle (ingevolge de Vogelrichtlijn beschermde) vogelsoorten.

Op grond van art. 75, lid 4, juncto art. 75, lid 1, Ffwet kan alleen ontheffing worden verleend - 'tenzij uitvoering van internationale verplichtingen (...) noodzaakt tot het verlenen van vrijstelling of ontheffing om andere redenen' - (1) wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en (2) indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort:

- a. ten behoeve van onderzoek en onderwijs, repopulatie en herintroductie alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van kunstmatige vermeerdering van planten,
- b. teneinde het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een bij AMvB te bepalen aantal van daarbij aan te wijzen soorten te vangen, te plukken of in bezit te hebben, of
- c. met het oog op andere, bij AMvB aan te wijzen, belangen.

Onderdeel c is voor het onderwerp dat hier aan de orde is, verreweg de belangrijkste bepaling. De in dat onderdeel bedoelde AMvB is het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten²⁴. Dit besluit heeft, anders dan de citeertitel doet vermoeden, ook betrekking op de verlening van ontheffingen.

In art. 2, onder e, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten worden als andere, bij AMvB aan te wijzen, belangen als bedoeld in art. 75, lid 5, onder c, van de wet onder meer genoemd dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten. Er kan geen vrijstelling of ontheffing op deze gronden worden verleend met betrekking tot vogels die behoren tot een beschermde inheemse soort.

Opmerkelijk is dat voorts als belang is aangewezen 'het onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden'. Het gaat hier om activiteiten op wateren, waterkanten, oevers of graslanden, die worden gebruikt in het kader van normale agrarische bedrijfsvoering. Voor activiteiten op wateren waterkanten, oevers of graslanden, die niet worden gebruikt in het kader van normale agrarische bedrijfsvoering, geldt een vrijstelling (dus een algemene uitzondering) op grond van art. 15 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten.

Als belang is voorts aangewezen 'de bescherming van weidevogels en hun eieren tegen landbouwwerkzaamheden en vee'. Deze ontheffingsgrond houdt verband met maatregelen die

²³ De wijziging van de Flora- en faunawet, Stb. pm, met ingang van 1 juli 2002 had onder meer op art. 75 betrekking.

²⁴ Besluit van 28 november 2000 (Stb. 2000, 525), gewijzigd bij Besluit van 23 oktober 2001 (Stb. 2001, 499).

bijvoorbeeld bij wijze van nazorg in het kader van het rapen van kievitseieren worden getroffen om legfels van weidevogels te beschermen.

De andere ontheffingsgronden die in art. 2 van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten worden genoemd, zijn in dit verband niet relevant.

Aan een ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden. Een ontheffing kan tevens onder beperkingen worden verleend of slechts voor een bepaalde tijd. Het is verboden te handelen in strijd met de bij een ontheffing gestelde voorschriften en beperkingen. Dit alles is te vinden in art. 79 Ffwet.

1.9 Tabel met overzicht van het geldende regime inzake soortenbescherming

In de hiernavolgende tabel wordt een overzicht gegeven van het beschermingsregime van beschermde soorten planten en dieren in de nationale regelgeving (de Flora- en faunawet en het daarop gebaseerde Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten) en de Europese regelgeving (de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn).

Wat betreft de richtlijnen wordt opgemerkt dat de tabel alleen de **soortenbescherming** betreft, waaronder wordt verstaan het algemene beschermingsregime voor beschermde soorten planten en dieren, ongeacht waar planten en dieren van deze soorten voorkomen.

Toelichting bij de tabel

De tabel kent drie gedeelten en vijf kolommen. De eerste drie kolommen betreffen de Nederlandse situatie, de vierde en vijfde kolom de Europese. Omdat in de Nederlandse regelgeving de soortenbeschermingsbepalingen van de Europese richtlijnen in het algemeen op juiste wijze zijn geïmplementeerd, zijn de vierde en vijfde kolom in de praktijk niet direct van belang. Zij bieden echter wel interessant vergelijkingsmateriaal.

De meest markante woorden die in de tekst worden besproken, zijn vet gedrukt.

Op gelijke hoogten in de verschillende kolommen worden steeds dezelfde of met elkaar corresponderende onderwerpen behandeld. Indien in de eerste kolom bijvoorbeeld is aangewezen dat aangewezen gedomesticeerde zoogdieren niet als een beschermde diersoort gelden, kan men op dezelfde hoogte zien dat in kolom 3 is aangegeven dat de aanwijzing heeft plaatsgevonden in het op de Flora- en faunawet gebaseerde Besluit aanwijzing beschermde dier- en plantensoorten Flora- en faunawet.

Eerste gedeelte

In het eerste gedeelte van de tabel worden de verbodsbepalingen op nationaal niveau, onderscheidenlijk Europese niveau, behandeld.

In de eerste kolom worden de in Nederland geldende verbodsbepalingen ter zake van dieren en planten van beschermde soorten inhoudelijke weergegeven.

In de tweede en derde kolom wordt aangegeven in welke regeling de verbodsbepaling op nationaal niveau is opgenomen. Er zijn twee mogelijkheden. De bepaling kan in de Flora- en faunawet zelf zijn opgenomen (tweede kolom). Het is echter ook mogelijk dat de bepaling is opgenomen in een op de Flora- en faunawet gebaseerde uitvoeringsregeling. Dit is in de derde kolom aangegeven, met dien verstande dat de wettelijke grondslag van de uitvoeringsregeling in de Flora- en faunawet in de tweede kolom is vermeld. In de vierde en vijfde kolom zijn de verbodsbepalingen in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn weergegeven. De vierde kolom heeft uitsluitend betrekking op vogelsoorten. De vijfde kolom heeft betrekking op alle andere diersoorten en op plantensoorten. In de vierde en vijfde kolom worden de inhoud van de verbodsbepaling en de vindplaats in de desbetreffende richtlijn in dezelfde kolom weergegeven, om de tabel niet al te uitgebreid te maken.

Tweede en derde gedeelte

In het tweede en derde gedeelte van de tabel worden de uitzonderingen op de verbodsbepalingen op nationaal niveau, onderscheidenlijk Europese niveau, weergegeven.

Het tweede gedeelte heeft uitsluitend betrekking op uitzonderingen in verband met beheer en bestrijding van schade. Omdat de jacht voor infrastructurele projecten en andere bouwprojecten niet relevant is, worden de uitzonderingen ten behoeve van de jacht in de tabel buiten beschouwing gelaten. De uitzonderingen die verband houden met beheer en bestrijding van schade zijn op zich in overeenstemming met de Europese regelgeving, maar de uitvoerige regeling van deze uitzonderingen kent in de Europese regelgeving niet direct een equivalent. De Europese regelgeving kent alleen een algemene regeling van vrijstellingen en ontheffingen, die in het derde gedeelte van de tabel is weergegeven. In het tweede gedeelte van de tabel wordt wat betreft de Europese regelgeving derhalve verwezen naar het derde gedeelte van de tabel.

Het derde gedeelte betreft uitzonderingen die geen verband houden met beheer en bestrijding van schade en is daarom aangeduid als 'overige vrijstellingen en ontheffingen'.

In de eerste kolom is aangegeven waarop de nationale uitzonderingsmogelijkheid betrekking heeft. In de tweede en derde kolom is aangegeven of de uitzonderingsmogelijkheid uit de Flora- en faunawet voortvloeit, onderscheidenlijk uit een op de Flora- en faunawet gebaseerde uitvoeringsregeling. In de vierde en vijfde kolom wordt de situatie in de Vogelrichtlijn, onderscheidenlijk Habitatrichtlijn, weergegeven.

Verboden, vrijstellingen en ontheffingen				
In Nederland	Ffwet	Krachtens Ffwet	Vogelrichtlijn	Habitatrichtlijn²⁵
Verboden met betrekking tot planten en dieren die behoren tot een beschermde soort				
Planten: 1. te plukken 2. te verzamelen 3. af te snijden 4. uit te steken 5. te beschadigen 6. te ontwortelen 7. van hun groeiplaatste verwijderen	art. 8			Planten opzettelijk : 1. te plukken 2. te verzamelen 3. af te snijden 4. te vernielen 5. te ontwortelen art. 13
Dieren: 1. te doden 2. te verwonden 3. te vangen 4. te bemachtigen 5. op te sporen	art. 9		Vogels opzettelijk : 1. te doden 2. te vangen art. 5	Dieren opzettelijk : 1. te doden 2. te vangen art. 12, lid 1 Instellen van systeem van toezicht op het bij toeval vangen en doden van dieren art. 12, lid 4 de noodzakelijke onderzoekswerkzaam- heden en instandhou- dingsmaatregelen
Dieren opzettelijk te verontrusten	art. 10		Vogels opzettelijk te storen, voor zover van wezenlijke invloed Art. 5	Dieren opzettelijk te verstoren art. 12, lid 1
Nesten, holen of andere voortplantings-, vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren: 1. te beschadigen 2. te vernielen 3. uit te halen 4. weg te nemen 5. te verstoren	art. 11		Nesten opzettelijk : 1. te beschadigen 2. te vernielen 3. weg te nemen art. 5	Voortplantings- of rustplaatsen van dieren: 1. te beschadigen 2. te vernielen art. 12, lid 1
Eieren van dieren: 1. te zoeken 2. te rapen 3. uit het nest te nemen 4. te beschadigen 5. te vernielen			Eieren te rapen Opzettelijk : 1. te beschadigen 2. te vernielen	Eieren van dieren opzettelijk : 1. te rapen 2. te vernielen

²⁵ In de tabel gaat het om de beschermde soorten planten en dieren die in bijlage IV van de Habitatrichtlijn worden genoemd, behalve waar specifiek wordt aangegeven dat het gaat om de in bijlage V van de richtlijn aangewezen beschermde soorten.

	art. 12		art. 5	art. 12, lid 1
Verboden i.v.m. het bezit, het vervoer en de handel van planten en dieren van beschermde soorten	art. 13		1. Eieren in bezit te hebben 2. Vogels te houden Art. 5 Zie voorts art. 6	Planten: Zie art 13 Dieren: Zie art. 12, lid 2
Verboden i.v.m. het uitzetten en uitzaaien	art. 14		art. 11	art. 22
Verboden i.v.m. de jacht en soortgelijke activiteiten	art. 15-16		Zie art. 8 Uitzondering op verboden art. 5 en 6 in verband met de jacht (art. 7)	Zie art. 15
Verboden i.v.m. andere handelingen die een ernstige bedreiging kunnen vormen voor planten en dieren van beschermde soorten	Indien bij AmvB gesteld art. 17	Er is nog geen AmvB		
Verboden i.v.m. handelingen als bedoeld in art. 8-16	Indien bij AmvB gesteld, alleen ter uitvoering van internationale verplichtingen art. 18, lid 1	Er is nog geen AmvB		
				Beperkende maatregelen i.v.m. het aan de natuur onttrekken of exploiteren van beschermde soorten planten en dieren, aangewezen in bijlage V teneinde die soorten in gunstige staat van instandhouding te behouden
Uitzonderingen op verboden in verband met beheer en bestrijding van schade				
Niet in hun voortbestaan bedreigde diersoorten die in het gehele land of in delen van het land veelvuldig belangrijke schade aanrichten	1. voor het gehele land 2. voor delen van het land Aangewezen bij AmvB art. 65, lid 1	AMvB: Besluit beheer en schadebestrijding dieren		
Uitzondering voor handelingen art. 9-12 ten behoeve van de gebruiker van grond en/of opstallen	1. Voor het gehele land Indien bij ministeriële regeling toegestaan Art. 65, lid 3, en art. 66 2. Voor delen van het land Indien bij provinciale verordening toegestaan Art. 65, lid 4, en art. 66	Pm	Zie onder: Overige vrijstellingen en ontheffingen	Zie onder: Overige vrijstellingen en ontheffingen
Beperking van verboden o.a. art. 9; 11	Bevoegd gezag: g.s.		Zie onder: Overige vrijstellingen en	Zie onder: Overige vrijstellingen en

en 12 kan worden toegestaan ²⁶ ter beperking van de stand van aangewezen diersoorten	Soorten aangewezen bij ministeriële regeling	Pm	ontheffingen	ontheffingen
ten behoeve van aangewezen personen	Personen aangewezen door g.s.			
op aangewezen gronden	Gronden aangewezen door g.s.			
	Art. 67			
Ontheffing van verboden o.a. 9-12 t.a.v. diersoorten ²⁷ aan faunabeheereenheid op basis van een faunabeheerplan	Bevoegd gezag: g.s. Art. 68		Zie onder: Overige vrijstellingen en ontheffingen	Zie onder: Overige vrijstellingen en ontheffingen
Overige vrijstellingen en ontheffingen				
Vrijstelling van de verboden art. 8-12 ²⁸	Indien bij of krachtens AmvB verleend art. 75, lid 1 Indien bij ministeriële regeling bepaald, Alleen ter uitvoering van internationale verplichtingen art. 75, lid 2	Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten: 1. Gekweekte planten art. 9 2. planten ten behoeve van onderhoud van wateren, waterkanten, oevers of graslanden, anders dan in kader normale agrarische bedrijfsvoering art. 15	Betreft o.a. verbod van art. 5	Betreft verboden van art. 12 en 13
Ontheffing van de verboden o.a. art. 8-18	Bevoegd gezag: minister van LNV (tenzij ontheffing op grond van art. 68 door g.s.) art. 75, lid 3			
Voorwaarden voor vrijstelling en ontheffing voor 'gewone' beschermde soorten Geen afbreuk doen aan gunstige staat van instandhouding van de soort	art. 75, lid 4			

²⁶ De details van deze regeling worden hier buiten beschouwing gelaten.

²⁷ Zie vorige noot **pm**

²⁸ De verboden die in de art. 13-18 zijn gesteld worden hier buiten beschouwing gelaten omdat ze voor het onderwerp van het boek minder relevant zijn.

<p>Voorwaarden voor vrijstelling en ontheffing voor Europees beschermde soorten</p> <p>Noodzakelijk ter uitvoering van internationale verplichtingen</p> <p>of</p> <p>1. Geen andere bevredigende oplossing</p> <p>en</p> <p>2. Geen afbreuk doen aan gunstige staat van instandhouding van de soort</p> <p>en</p> <p>3. Ten behoeve van:</p> <p>a. onderzoek</p> <p>of</p> <p>b. onderwijs</p> <p>of</p> <p>c. repopulatie</p> <p>of</p> <p>d. herintroductie</p> <p>of</p> <p>e. voor het vangen, plukken of in bezit hebben van bepaald aantal dieren of planten van aangewezen soorten</p> <p>1°. Onder strikt gecontroleerde omstandigheden</p> <p>en</p> <p>2° op selectieve wijze</p> <p>en</p> <p>3° binnen bepaalde grenzen</p> <p>of</p> <p>f. met het oog op andere aangewezen belangen</p>	<p>Aantal dieren en planten bepaald bij AMvB</p> <p>Soorten aangewezen bij AMvB</p> <p>Belangen aangewezen bij AmvB</p>	<p>Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten</p> <p>Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten</p> <p>Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten o.a.</p>	<p>1. Geen andere bevredigende oplossing</p> <p>En</p> <p>2. Ten behoeve van:</p> <p>a. onderzoek</p> <p>of</p> <p>b. onderwijs</p> <p>of</p> <p>c. het uitzetten</p> <p>of</p> <p>d. het herinvoeren</p> <p>of</p> <p>e. voor het vangen, het houden of elke andere wijze van verstandig gebruik van vogels</p> <p>1°. in kleine hoeveelheden</p> <p>2°. onder strikt gecontroleerde omstandigheden</p> <p>en</p> <p>3°. selectief</p>	<p>1. Geen andere bevredigende oplossing</p> <p>en</p> <p>2. Geen afbreuk doen aan streven naar voortbestaan van de populaties van de soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding</p> <p>en</p> <p>3. Ten behoeve van:</p> <p>a. onderzoek</p> <p>of</p> <p>b. onderwijs</p> <p>of</p> <p>c. repopulatie</p> <p>of</p> <p>d. herintroductie</p> <p>of</p> <p>e. voor het vangen, plukken of in bezit hebben van</p> <p>1°. beperkt aantal dieren of planten van aangewezen soorten</p> <p>2°. onder strikt gecontroleerde omstandigheden =</p> <p>en</p> <p>3°. op selectieve wijze</p> <p>en</p> <p>4°. binnen bepaalde grenzen</p>
---	---	---	---	---

²⁹ In art. 9, lid 2, VRI worden een aantal bijkomende vereisten genoemd met betrekking tot de nationale regeling inzake het toestaan van afwijkingen.

	art. 75, lid 5, onder c	<p>1. onderhoud van wateren, waterkanten, oevers en graslanden</p> <p>2. dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard,</p> <p>en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten (geldt niet voor vogels)</p> <p>3. bescherming van weidevogels en hun eieren tegen landbouwwerkzaamheden en vee</p>	<p>of</p> <p>f. ter bescherming van flora en fauna</p> <p>of</p> <p>g. ter voorkoming van ernstige schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren</p> <p>of</p> <p>h. in het belang van volksgezondheid</p> <p>of</p> <p>i. in het belang van de openbare veiligheid</p> <p>Of</p> <p>j. in het belang van de veiligheid van het luchtverkeer</p> <p>art. 9²⁹</p>	<p>of</p> <p>f. in belang van bescherming wilde flora en fauna en instandhouding natuurlijke habitats</p> <p>of</p> <p>g. ter voorkoming ernstige schade aan gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom</p> <p>of</p> <p>h. in het belang van de volksgezondheid</p> <p>of</p> <p>i. in het belang van de openbare veiligheid</p> <p>of</p> <p>j. om andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard</p> <p>of</p> <p>k. voor het milieu wezenlijke gunstige effecten</p> <p>art. 16</p>
--	-------------------------	---	---	---

1.10 Verschillen in aanpak tussen de Nederlandse en Europese regelgeving bij de aanwijzing beschermde dier- en plantensoorten

1.10.1 Algemeen

De Nederlandse regelgeving inzake soortenbescherming is in grote lijnen in overeenstemming met de Europese regelgeving,

AbRvS 15 januari 2001³⁰

³⁰ AbRvS 27 april 2000, nr. 199901039/1 (M en R 2000, 74; AB 2000, 303); AbRvS 15 januari 2001, nr. 200004163/1 (M en R 2001, 29; JM 2001, 44).

Art. 16, lid 1, aanhef en onder c, HRI is praktisch letterlijk overgenomen in art. 2, aanhef en onder c, van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet. Deze bepaling moet dan ook worden geacht correct te zijn geïmplementeerd. Gelet hierop wordt:

- het bezwaar van appellanten dat door het verlenen van de ontheffing afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan, als bedoeld in art. 2, aanhef, van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet en in art. 16, lid 1, aanhef, HRI, beoordeeld aan de hand van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet;

- het bezwaar van appellanten dat een dwingende reden van groot openbaar belang, als bedoeld art. 2, aanhef en onder c, van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet en in art. 16, lid 1, aanhef en onder c, HRI niet aanwezig is, eveneens beoordeeld aan de hand van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet.

Appellanten zijn voorts van mening dat moet worden aangesloten bij de criteria die in art. 1, onder i, HRI worden genoemd en dat hieraan niet wordt voldaan. In deze bepaling wordt een omschrijving gegeven van het begrip 'staat van instandhouding van een soort'. De Afdeling overweegt dat volgens vaste jurisprudentie van het HvJEG bij de toepassing van nationaal recht, de nationale rechter dit recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken. Gelet hierop zal bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gunstige staat van instandhouding, als bedoeld in art. 2, aanhef, van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in art. 1, onder i, HRI.

In deze paragraaf wordt alleen gewezen op voor de praktijk belangrijke, opmerkelijke verschillen in aanpak tussen de Flora- en faunawet, de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn, zoals deze uit de tabel naar voren komen.

1.10.2 Het vereiste 'opzettelijk'

In de verschillende verbodsbepalingen wordt nu eens wel en dan weer niet het vereiste gehanteerd dat de handelingen 'opzettelijk' moeten geschieden. In de Flora- en faunawet komt dit vereiste alleen voor wat betreft het verontrusten van dieren. In de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn is de situatie juist omgekeerd: daar komt het vereiste slechts één keer niet voor, namelijk in de Habitatrictlijn wat betreft het beschadigen van voortplantings- of rustplaatsen van dieren. Wel moet er ingevolge art. 12, lid 4, HRI een systeem van toezicht zijn op het bij toeval vangen en doden van dieren van soorten die in bijlage IV worden genoemd. Hieraan is ook weer een (beperkt) beschermingsregime gekoppeld. De lid-staten moten in het licht van de verkregen gegevens de verdere onderzoekswerkzaamheden verrichten of instandhoudingsmaatregelen treffen, die nodig zijn om te verzekeren dat het bij toeval vangen en doden geen significante negatieve weerslag heeft op de betrokken soorten.

Het is niet geheel duidelijk wat dit verschil in aanpak voor de praktijk betekent. De Flora- en faunawet is strenger dan de richtlijnen, omdat in de Flora- en faunawet, anders dan in de richtlijnen, niet het vereiste voorkomt dat een handeling die nadelige gevolgen voor beschermde soorten dieren of planten veroorzaakt, opzettelijk heeft plaatsgevonden. Dit is op zich niet in strijd met de richtlijnen, die een verdergaande bescherming van (meer) beschermde soorten planten en dieren niet uitsluiten.

In de praktijk moet in Nederland dus gewoon de Flora- en faunawet worden toegepast en spelen de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn ten aanzien van soortenbescherming alleen een rol op de achtergrond.

Het is echter interessant te weten of de Nederlandse bepalingen inderdaad (veel) verder gaan dan de bepalingen van de richtlijnen. Waarschijnlijk is het verschil minder groot dan het lijkt, omdat het begrip 'opzettelijk' volgens de Commissie en het HvJEG ruim moet worden uitgelegd. Het is voldoende dat degene die de handeling verricht, weet of kan weten dat deze nadelige gevolgen voor beschermde soorten planten en dieren kan veroorzaken. Het vereiste 'opzettelijk' houdt dus niet in dat een handeling slechts verboden is indien degene die de handeling verricht, daarmee het oogmerk heeft gehad nadelige gevolgen voor beschermde soorten planten en dieren te veroorzaken. De bewijslast om aan te tonen dat een handeling gericht is geweest op het veroorzaken van nadelige gevolgen zou het vrijwel onmogelijk maken het beschermingsregime van de richtlijnen te handhaven.

Het HvJEG heeft over deze problematiek recentelijk een belangrijk en verstrekkend arrest gewezen.

HvJEG 30 januari 2002³¹

Ingevolge art. 12, lid 1, sub b en d, HRL moeten de nodige maatregelen worden getroffen voor de instelling van een systeem van strikte bescherming van de in bijlage IV vermelde diersoorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied, waarbij een verbod wordt ingesteld op het opzettelijk verstoren van die soorten, vooral tijdens de perioden van voortplanting, afhankelijkheid van de jongen, overwintering en trek, alsmede op de beschadiging of de vernieling van de voortplantings- of rustplaatsen. Dienaangaande staat vast dat het desbetreffende gebied aan de kust van Griekenland een zeer belangrijk voortplantingsgebied is van de beschermde soort zeeschildpad. (...) Voorts stelt het HvJEG vast dat Griekenland niet binnen de gestelde termijn een rechtskader heeft vastgesteld ter verzekering van een strikte bescherming van de zeeschildpad tegen elk opzettelijk verstoren tijdens de perioden van voortplanting en tegen elke beschadiging of vernieling van de voortplantingsgebieden. De omstandigheid dat niet blijkt dat het aantal nesten van deze soort gedurende de laatste 15 jaar is verminderd, kan op zich niet afdoen aan deze vaststelling.

De diensten van de Commissie hebben bij een inspectie van de legstranden van de zeeschildpad met name het verkeer van bromfietsen op het strand en van waterfietsen en kleine bootjes in de maritieme zone vastgesteld, alsmede de aanwezigheid van illegale bouwwerken op het strand. Vast staat dat het verkeer van bromfietsen op een legstrand van de zeeschildpad deze soort, met name als gevolg van de geluidsoverlast, stoort tijdens het leggen, het uitbroeden en het uitkomen van de eieren, alsmede tijdens het zich naar zee begeven van de jonge schildpadjes. Voorts is gebleken dat de aanwezigheid van bootjes in de nabijheid van de legstranden een gevaar vormt voor het leven en de lichamelijke integriteit van individuele exemplaren.

Ten tijde van de door de diensten van de Commissie vastgestelde feiten, was het verkeer van bromfietsen op de legstranden verboden en waren er borden geplaatst waarmee op de aanwezigheid van schildpadnesten op deze stranden werd gewezen. Wat de maritieme zone betreft, deze was aangewezen als absolute beschermingszone en was voorzien van speciale borden.

Het verkeer van bromfietsen op het strand en de aanwezigheid van kleine bootjes in de maritieme zone vormen bijgevolg handelingen die de betrokken soort opzettelijk verstoren tijdens de perioden van voortplanting, in de zin van art. 2, lid 1, sub b, HRL.

Bovendien gaat het niet om incidentele handelingen. Wat betreft het verkeer van bromfietsen op de legstranden heeft de Griekse regering immers verklaard dat ten tijde van de feiten het nachtelijk toezicht op het strand, gelet op de uitgestrektheid ervan, de vele toegangspunten en het kleine aantal bewakers, bijzonder moeilijk kon worden verzekerd. (...).

Ten slotte lijdt het geen twijfel dat de aanwezigheid van bouwwerken op een legstrand leidt tot beschadiging of vernieling van de voortplantingsplaats, in de zin van art. 12, lid 1, sub d, HRL.

Bijgevolg moet worden vastgesteld dat Griekenland niet binnen de gestelde termijn alle concrete maatregelen heeft getroffen die noodzakelijk waren om te voorkomen dat de zeeschildpad tijdens de periode van voortplanting opzettelijk wordt verstoord en dat de voortplantingsplaatsen worden beschadigd of vernield.

Bij deze uitspraak kan worden aangetekend dat art. 12, lid 1, HRL dus een resultaatsverplichting inhoudt en niet alleen een (redelijke) inspanningsverplichting.

De Minister van LNV merkte tijdens de parlementaire behandelingen van de Flora- en faunawet over het 'opzet-vereiste' op³²: Door in alle bepalingen een opzetvereiste op te nemen zou onnodig afbreuk gedaan worden aan het uitgangspunt van bescherming van soorten. De minister verwees in dit verband alleen naar de Wet op de economische delicten, dus kennelijk dacht hij hierbij aan strafrechtelijke handhaving. Voorts merkte de minister op dat bij een opzettelijke handeling sprake is van een misdrijf en dat overigens sprake is van een overtreding. Indien opzet bewezen kan worden leidt dit dus wel tot een zwaardere straf.

Naar aanleiding hiervan kan worden geconcludeerd dat de wetgever met het schrappen van 'opzettelijk' waarschijnlijk een heel andere bedoeling heeft gehad dan het uitbreiden van de reikwijdte van het verbod ten opzichte van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Het ging er veel meer om uit de delictomschrijvingen een element te schrappen, waarvan de bewijslast in de praktijk naar verwachting dermate grote problemen zou opleveren dat dit de strafrechtelijke handhaving van de verbodsbepalingen heel moeilijk zou maken. Er zou dan moeten worden bewezen dat degene die de handeling verrichtten de opzet had om nadelige gevolgen te veroorzaken voor dieren of planten van beschermde soorten. De minister was van mening dat het aan de praktijk kan worden overgelaten in hoeverre zal worden opgetreden tegen overtredingen van de wettelijke bepalingen. Het strafrechtelijk opportuniteitsbeginsel biedt hier alle mogelijkheid toe. De minister merkte voorts op niet te

³¹ HvJEG 30 januari 2002 in zaak C-103/00 (M en R 2002, 68), met interessante noot van J. Verschuuren.

³² Kamerstukken II 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 45.

verwachten dat incidentele verstoringen of beschadigingen van nesten en holen als gevolg van bijvoorbeeld landbouwwerkzaamheden in de praktijk tot vervolging zullen leiden³³.

Deze opmerkingen van de minister zijn voor het onderwerp van dit boek bijzonder interessant. Zij maken nog eens duidelijk dat de problemen die de verbodsbepalingen meebrengen voor infrastructurele werken en bouwactiviteiten tijdens de totstandkoming van de Flora- en faunawet volstrekt over het hoofd zijn gezien. Geen moment heeft wie dan ook zich druk gemaakt over de administratieve lasten die zijn gemoeid met de verplichting tot het aanvragen van een ontheffing van de verbodsbepalingen, laat staan de gereede kans dat de ontheffing niet zou kunnen worden verkregen of de mogelijkheid dat tegen beslissingen inzake de verlening van ontheffing beroep zou kunnen worden ingesteld, met alle risico's van vernietiging van besluiten en vertraging van dien³⁴. De minister is helemaal gefocust op de strafrechtelijke kant van de verbodsbepalingen en laat de bestuursrechtelijke kant buiten beschouwing.

Op dit punt is ook onthullend de bespreking in de memorie van toelichting bij het wetvoorstel van de gevolgen voor sociaal-economische ontwikkelingen en voor bedrijfsleven, burgers en non-profit-instellingen. Hierin is de problematiek waarover thans zoveel te doen is, niet eens als bespreekpunt opgevoerd. Er wordt wel vermeld dat voor ontheffingverlening bij of krachtens AMvB als voorwaarde kan worden gesteld dat een bedrag als kostenvergoeding wordt betaald. Dit is wel het minste waarmee projectontwikkelaars mee zitten.

Het lijkt er op dat men tijdens de totstandkoming van de Flora- en faunawet, bijvoorbeeld in de discussie over het opzetvereiste, vooral heeft gedacht aan situaties waarin degene die een handeling verricht zich er van bewust is dat door dat handelen nadelige gevolgen voor dieren kunnen ontstaan. In dat verband wilde men vanwege bewijsrechtelijke problemen af van het opzet-vereiste. Deze discussie krijgt echter een heel andere dimensie als het gaat om handelingen waarbij als min of meer toevallig nevengevolg nadelige gevolgen voor dieren kunnen ontstaan, zoals bij infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten.

Doordat het vereiste van opzet in de Flora- en faunawet ontbreekt, heeft de regeling van de soortenbescherming in deze wet grote gevolgen voor de praktijk. Zodra de in de wet aangegeven nadelige gevolgen voor beschermde soorten planten en dieren zich voordoen, geldt ingevolge de Flora- en faunawet een verbod op het verrichten van de handeling die daarvan de oorzaak is, tenzij daarvoor een ontheffing wordt verkregen. Deze ontheffing moet worden aangevraagd bij de Minister van LNV.

Zoals gezegd komt het opzet-vereiste in de Habitatrichtlijn niet voor wat betreft het verbod voortplantings- of rustplaatsen van dieren te beschadigen en te vernielen (evenmin als in de Flora- en faunawet). Dit is opmerkelijk omdat dit verbod hierdoor een zeer grote uitstraling krijgt. Het is bijna onmogelijk om infrastructurele werken of bouwwerkzaamheden te verrichten zonder het verbod te overtreden.

In de Flora- en faunawet is het verbod in zoverre beperkt dat het vereiste is opgenomen dat het om vaste rust- of verblijfplaatsen gaat. Dit is (wellicht) niet in overeenstemming met de bepaling van de richtlijn, maar lijkt toch terecht te zijn opgenomen om de gevolgen voor de praktijk nog enigszins binnen de perken te houden. Bij een strikte uitleg zou elke plek waar een dier zich tijdelijk even ophoudt, moeten worden beschermd. Het is gezien de onaanvaardbare gevolgen die het verbod dan zou hebben niet zeker dat het HvJEG de bepaling van de richtlijn inderdaad zo strikt zal interpreteren indien daarover zijn mening zou worden gevraagd. Daarom lijkt het vooralsnog niet direct nodig om de Flora- en faunawet op dit punt richtlijnconform te interpreteren of de richtlijn direct toe te passen.

Vanwege het ontbreken van het opzet-vereiste in combinatie met het grote aantal beschermde soorten dieren is de reikwijdte van het beschermingsregime van de Flora- en faunawet ook met de beperking tot vaste rust- of verblijfplaatsen nog altijd ruim genoeg om in de praktijk

³³ Kamerstukken II, 1996/97, 23 147, nr. 12, p. 44.

³⁴ MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 147, nr. 3, p. 63-64.

waarschijnlijk als 'niet toepasbaar' te worden gekwalificeerd. Het is voor degene die een handeling verricht, die nadelige gevolgen voor beschermde soorten dieren en planten kan veroorzaken, zelfs als hij van goede wil zou zijn zich aan de wet te houden, vrijwel onmogelijk om aan de Flora- en faunawet te voldoen, zelfs indien hij zijn eigen belangen volstrekt naar het tweede plan zou schuiven. Zodra een gerede kans bestaat dat hij door zijn handeling nadelige gevolgen veroorzaakt, moet al een ontheffing worden aangevraagd, waarvan het nog maar de vraag is of hij deze weet te verkrijgen, omdat de gronden voor verlening van ontheffing, zoals in het hiernavolgende zal worden toegelicht, in een aantal opzichten te beperkt lijken te zijn.

1.10.3 Gronden voor verlening van vrijstelling en ontheffing van de verbodsbepalingen

Opvallend is allereerst dat in de Flora- en faunawet een aantal gronden voor verlening van vrijstellingen en ontheffingen ontbreken, die wel in de Habitatrichtlijn voorkomen. Om de reeds eerder genoemde redenen betekent dit niet dat de Flora- en faunawet met de richtlijnen in strijd is. Een verdergaande bescherming van dieren en planten van beschermde soorten is toegestaan. De verschillen zijn vooral relevant voor zover het de bescherming van vogels betreft. De Flora- en faunawet is hierdoor nog aanzienlijk strenger dan de ook al strenge Vogelrichtlijn.

Als 'andere aangewezen belangen' die verlening van ontheffingen kunnen rechtvaardigen, worden in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, in afwijking van de Habitatrichtlijn, niet expliciet genoemd 'het belang van bescherming van de wilde flora en fauna en van de instandhouding van de natuurlijke habitats' en 'voorkoming van ernstige schade aan gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom'. Twee andere gronden die in afwijking van de Habitatrichtlijn niet expliciet worden genoemd, te weten 'het belang van de volksgezondheid' en 'het belang van de openbare veiligheid' gaan waarschijnlijk schuil in de verzamelgrond 'dwingende redenen van groot openbaar belang'.

Wellicht is het de bedoeling van de wetgever geweest dat het belang van de bescherming van de wilde flora en fauna en van de instandhouding van de natuurlijke habitats onder de grond 'voor het milieu wezenlijk gunstige effecten' valt. Het ontbreken van deze grond in de Flora- en faunawet zou daarmee dan zijn verklaard en geen praktische betekenis hebben.

De grond 'ter voorkoming van ernstige schade aan gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom' lijkt te zijn verwerkt in de uitgebreide regeling in de Flora- en faunawet in verband met beheer en bestrijding van schade (zie de tabel) en in de algemene vrijstelling voor onderhoud van wateren, waterkanten, oevers of graslanden, anders dan in het kader van de normale agrarische bedrijfsvoering (art. 15). Indien dergelijke handelingen wel in het kader van de normale agrarische bedrijfsvoering worden verricht, moet hiervoor een ontheffing worden aangevraagd, waarbij het van de soort afhangt welk beschermingsregime van toepassing is (art. 75, lid 4 of 5, Ffwet).

Wat betreft de regeling in verband met beheer en bestrijding van schade kan worden opgemerkt dat hierin het vereiste 'geen andere bevredigende oplossing' dat in art. 16 HRI wordt genoemd, ontbreekt. Dit is in strijd met de richtlijn. Overigens laat het begrip 'geen andere bevredigende oplossing' op zich aan duidelijkheid te wensen over. Het is niet duidelijk welke aspecten een rol mogen spelen bij de beoordeling of een bevredigende oplossing bestaat.

In art. 15 Ffwet is zelfs geen enkele van de in art. 16 HRI gestelde vereisten voor de verlening van vrijstellingen opgenomen, zodat deze vrijstellingsmogelijkheid zeker met de Habitatrichtlijn in strijd is.

Wat betreft het vereiste 'geen andere bevredigende oplossing' bestaat er jurisprudentie, waarin hieraan een nadere invulling wordt gegeven.

AbRvS 27 april 2000³⁵

Uit een alternatievenonderzoek is gebleken dat de gekozen locatie van het grensoverschrijdende bedrijventerrein Heerlen-Aken de meest geschikte is. Dit komt de Afdeling op zichzelf niet onaannemelijk voor. De Afdeling is echter niet gebleken dat de locatie de enig geschikte is. Voorts is in het kader van het bestemmingsplan een milieu-effectrapport opgesteld. In dit milieu-effectrapport zijn de milieu-effecten van de aanleg van het bedrijventerrein bezien. Niet zijn in het kader van dit milieu-effectrapport de milieu-effecten van alternatieve locaties onderzocht. Voorts is de Afdeling van oordeel dat niet van belang is de vraag of de gekozen locaties de meest geschikte zijn, maar dat, gelet op de tekst van art. 2, aanhef van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet, bepalend is of geen andere bevredigende oplossing bestaat. De Staatssecretaris van LNV heeft in zijn besluit tot verlening van ontheffing voor het grensoverschrijdende bedrijvenpark Heerlen-Aken op grond van art. 25 Nbwet niet aangegeven om welke reden hij van mening is dat geen andere bevredigende oplossing bestaat. Door zich aan te sluiten bij de voorbereiding in het kader van de ruimtelijke ordening heeft verweerder miskend dat een alternatievenonderzoek ten behoeve van de zorgvuldige voorbereiding van een bestemmingsplan op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, met als doel te komen tot een goede ruimtelijke ordening, niet zonder meer kan worden gelijkgesteld aan een onderzoek naar een andere bevredigende oplossing in het kader van een ontheffing op grond van de Natuurbeschermingswet, waarbij als doelstelling heeft te gelden de bescherming van daartoe aangewezen diersoorten (in dit geval de hamster). Naar het oordeel van de AbRvS had verweerder dan ook een eigen onderzoek moeten verrichten ten aanzien van de vraag of een andere bevredigende oplossing bestaat voor het voorzien in uitbreiding van de werkgelegenheid in de regio Heerlen-Aken, waarbij rekening zou zijn gehouden met het doel van de Natuurbeschermingswet.

Opmerkelijker en in de praktijk veel belangrijker dan verschillen tussen de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn enerzijds en de Flora- en faunawet anderzijds een verschil tussen de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn, dat ook in de Flora- en faunawet doorwerkt.

In de Vogelrichtlijn wordt namelijk niet de grond 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard' genoemd, die wel voorkomt in de Habitatrictlijn. In het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten moeten vogels noodgedwongen worden uitgezonderd van deze grond voor verlening van ontheffingen.

Volgens de Vogelrichtlijn hadden nog wel als afwijkingsgrond kunnen worden opgenomen de gronden 'ter bescherming van flora en fauna', 'het belang van de volksgezondheid' en 'het belang van de openbare veiligheid'. Deze gronden zijn namelijk genoemd in art. 9 VRl. De oorzaak dat deze gronden in de Flora- en faunawet voor vogels niet worden genoemd, kan een vergissing zijn geweest. In de Flora- en faunawet is een aantal gronden voor ontheffing namelijk samengevoegd onder de algemene grond 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang (...)'. Deze algemene grond moest worden geschrapt voor vogels, aangezien zij niet voorkomt in de Vogelrichtlijn. Hierdoor zijn ook de hieronder geschaarde (volksgezondheid; openbare veiligheid) of hiermee in één adem genoemde (milieu) specifieke uitzonderingsgronden geschrapt.

Het strengere regime van de Flora- en faunawet ten opzichte van de Vogelrichtlijn kan consequenties hebben voor de praktijk. Als voorbeeld wordt hier genoemd een bodemsaneringsproject, waarvoor op grond van de Flora- en faunawet, voor zover het vogels betreft, waarschijnlijk geen ontheffing kan worden verleend, terwijl dit volgens de Vogelrichtlijn wèl mogelijk is.

Het ontbreken van de grond 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang (...) ' voor verlening van ontheffingen met betrekking tot vogels is in de praktijk een belangrijk gemis. De meeste infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten komen in beginsel alleen op deze grond voor een ontheffing in aanmerking. Gezien de reikwijdte van de verbodsbepalingen betekent dit dat voor dergelijke projecten veelal geen ontheffing kan worden verleend.

In deze vervelende situatie kan alleen verandering worden gebracht door wijziging van de Vogelrichtlijn. De wijziging zou inhouden dat de Vogelrichtlijn alsnog met de Habitatrictlijn in overeenstemming wordt gebracht en dat ook in deze richtlijn de grond 'andere dwingende redenen van groot openbaar belang (...) ' wordt opgenomen.

³⁵ AbRvS 27 april 2000, nr. 199901039/1 (M en R 2000, 74; AB 2000, 303).

1.10.4 Individuen, populaties of soorten?

Een belangrijke vraag voor de praktijk is of de verbodsbepalingen betrekking hebben op individuen, populaties of soorten. Moet al een ontheffing worden aangevraagd indien een handeling nadelige gevolgen kan veroorzaken voor één enkel individu van een dier of plant van een beschermde soort, of pas wanneer er op populatieniveau, ter plaatse dan wel in de bredere omgeving, nadelige gevolgen optreden of wellicht zelfs alleen in die gevallen waarin de gunstige staat van instandhouding van de beschermde soort in Nederland in het geding is?

Ingevolge art. 12 en 13 worden de lid-staten verplicht om de 'nodige maatregelen' te treffen voor een systeem van strikte bescherming van de in bijlage IV genoemde dier- en plantensoorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied.

Hiertoe behoren een aantal verbodsbepalingen in art. 12 HRI, die betrekking hebben op het vangen of doden van specimina van die soorten, het verstoren van die soorten of het rapen van eieren. Art. 13 betreffende planten komt hiermee overeen, zij het dat de formulering op een aantal punten anders is.

Uit dit samenstel van bepalingen zou kunnen worden afgeleid dat de verbodsbepalingen niet hoeven te worden toegepast met betrekking tot één enkel individu van een dier of plant van een beschermde soort, tenzij de handeling hierdoor tevens nadelige gevolgen kan hebben voor de bescherming van de beschermde soort in zijn natuurlijke verspreidingsgebied. Hiermee is slechts bedoeld te zeggen dat het niet om één enkel individu gaat, maar niet dat art. 12 en art. 13 niet op de bescherming van individuele dieren en planten zou zijn gericht. Er wordt in deze bepalingen immers gesproken van 'specimens', waarmee duidelijk individuele dieren en planten worden bedoeld. Het meervoud 'specimens' lijkt echter voldoende ruimte te bieden om deze bepalingen, mede in het licht van de doelstelling 'bescherming van in bijlage IV vermelde soorten', niet al te hoeven toepassen indien slechts één enkel individu in het geding is, maar alleen indien de gevolgen die voor één of meer individuen kunnen optreden, ook relevant zijn voor de bescherming van de soort in zijn natuurlijk verspreidingsgebied.

In dit verband rijst de vraag wat onder 'natuurlijk verspreidingsgebied' wordt verstaan, met name of hiermee de populatie ter plaatse wordt bedoeld.

Aangenomen moet worden dat het gaat om het vóórkomen van de diersoort ter plaatse (een populatie). Indien dit niet zo zou zijn maar 'de instandhouding van de soort' het criterium zou zijn, zou vrijwel altijd ontheffing moeten worden verleend indien aan de overige criteria voor ontheffingverlening is voldaan. Er zijn namelijk verhoudingsgewijs maar weinig beschermde soorten die in Nederland op dit moment als soort niet in een gunstige staat van instandhouding verkeren. Dit geldt zelfs voor zeldzame soorten, waarvan veelal op een paar plaatsen nog wel een populatie in een gunstige staat van instandhouding voorkomt. Slechts een klein gedeelte van de beschermde diersoorten wordt onmiddellijk met uitsterven bedreigd. Voor die andere soorten, waarvoor dit niet geldt, zou het beschermingsregime geen betekenis hebben indien dit alleen zou zijn gericht op de instandhouding van de soort in Nederland.

Deze interpretatie wordt gesteund door de formulering van art. 16 HRI, waarin is bepaald dat een afwijking van art. 12 geen 'afbreuk doet aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan'. Het begrip 'populaties' (meervoud) in combinatie met het begrip 'soort' (enkelvoud) zou er op kunnen duiden dat het gaat om de populatie ter plaatse waar de handeling wordt verricht.

De Vogelrichtlijn kent een vergelijkbare opzet. In art. 5 is sprake van de 'nodige maatregelen (...) voor de bescherming van (...) vogelsoorten'. Verder wordt steeds in meervoud over 'vogels' en 'eieren' gesproken, hetgeen er, in combinatie met de doelstelling ter bescherming van vogelsoorten, op duidt dat het niet gaat om de bescherming van één enkel individu van een dier of plant van een beschermde soort indien de staat van de instandhouding van de populatie van de soort ter plaatse niet in het geding is.

De in het voorgaande getrokken conclusie dat alleen de populatie van een beschermde soort ter plaatse hoeft te worden beschermd, roept wel de vraag op welke verplichting tot

bescherming er geldt indien de populatie ter plaatse al niet meer in een gunstige staat van instandhouding verkeert op het moment dat de handeling die nadelige gevolgen voor dieren of planten van de soort kan veroorzaken, nog niet heeft plaatsgevonden. Het zou vreemd zijn indien populaties die dit juist het hardst nodig hebben omdat ze toch al in hun voortbestaan worden bedreigd, geen bescherming zouden genieten. Aan de andere kant is het niet altijd zinvol dergelijke zwakke populaties te beschermen. De Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn kennen ook een aantal actieve instandhoudingsverplichtingen. Zo zijn de lid-staten ingevolge art. 2 HRI verplicht om de wilde dier- en plantensoorten van communautair belang in een gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen. Ook moeten de lid-staten ingevolge art. 11 HRI toezien op de staat van instandhouding van deze soorten. Waarschijnlijk moet de mate van bescherming die individuele dieren en planten en populaties moet worden geboden ook worden gezien tegen de achtergrond van de staat van instandhouding van de soort in de lid-staat. Indien het dieren of planten van een soort betreft waarvan de gunstige staat van instandhouding in Nederland bedreigd is, is het beschermingsregime van een populatie op een plek, die niet in een gunstige staat van instandhouding verkeert, mag men aannemen strenger dan voor een populatie van een soort waarvan de gunstige staat van instandhouding in Nederland niet wordt bedreigd, maar waarvan de populatie ter plekke niet in een gunstige staat van instandhouding verkeert.

Waarschijnlijk is het alles bij elkaar het beste, gezien de precieze betekenis van de desbetreffende bepalingen van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn, zich bij de toepassing van deze richtlijnen in de praktijk, rekening houdend met de doelstellingen van de richtlijnen, vooral door het gezonde verstand te laten leiden.

Het is jammer dat de Commissie met betrekking tot de soortenbescherming in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn nog niet een vergelijkbare handleiding heeft uitgegeven als zij met betrekking tot art. 6 HRI voor de gebiedsbescherming heeft uitgegeven.

Het soortenbeschermingsregime van de Flora- en faunawet lijkt duidelijk uit te gaan van bescherming van elk individu van een dier of plant van een beschermde soort. Dit komt allereerst doordat het met het beschermingsregime beoogde doel niet is aangegeven. Alleen indien in art. 8-12 de woorden '(nesten, hollen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van) dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort' zeer letterlijk zouden worden uitgelegd, zou aan deze verbodsbepalingen dezelfde uitleg kunnen worden gegeven als in het voorgaande is gegeven voor de verbodsbepalingen van de richtlijn, inhoudende dat de bescherming van individuen van dieren en planten in verband staat met het behoud van de gunstige staat van instandhouding van de populatie ter plaatse. Het aantal dieren dat bepalend is voor het ontstaan van een vergunningplicht zou echter volstrekt onduidelijk zijn, vanwege het ontbreken van een toetsingskader in de soortenbeschermingsbepalingen van de Flora- en faunawet, zoals dat wel voorkomt in de Habitatrichtlijn.

Vz. AbRvS 11 juni 2001³⁶

Het ging om de bouw van een bungalowcomplex op een terrein in de gemeente Noordwijkerhout op een terrein waar de zandhagedis is waargenomen. De bouwactiviteiten zouden volgens de Staatssecretaris van LNV leiden tot het verontrusten of het verstoren van de zandhagedis dan wel het beschadigen of vernielen van het hol of de voortplantings- of rustplaats van de zandhagedis, en derhalve tot overtreding van het verbod in art. 24 Nbwet om zandhagedissen te verontrusten of verstoren dan wel hollen of voortplantings- of rustplaatsen van zandhagedissen te beschadigen of vernielen. Daarom had de minister de projectontwikkelaar aangeschreven om de bouwactiviteiten te staken. Er was weliswaar een aanvraag om ontheffing op grond van art. 25 Nbwet ingediend, maar deze aanvraag was door het ontbreken van de benodigde gegevens onvolledig en was door de minister derhalve buiten behandeling gelaten.

De Vz. AbRvS constateert niet op voorhand vaststaat dat voor de bouwactiviteiten geen ontheffing nodig is. De zandhagedis is een zeer storingsgevoelige soort. De bouwactiviteiten zullen, mede gelet op de mogelijke uitstralingseffecten die dergelijke activiteiten met zich kunnen brengen, leiden tot aantasting, verstoring dan wel

³⁶ Vz. AbRvS 11 juni 2001, nr. 200101756/1 (JM 2001, 101).

verontrusting van de aanwezige zandhagedissenpopulatie dan wel van hun natuurlijke habitat en derhalve tot overtreding van art. 24 Nbwet. Het feit dat om het bouwterrein een hek is geplaatst, doet hieraan niet af.

De Staatssecretaris van LNV heeft derhalve op goede gronden geconcludeerd dat de bouwactiviteiten zullen leiden tot overtreding van art. 24 Nbwet en zich, bij gebreke van een ontheffing op basis van art. 25 Nbwet, terecht bevoegd geacht tot handhavend optreden.

De Vz. AbRvS tekent hierbij nog aan dat het gaat om een diersoort die is genoemd in bijlage IV van de Habitatrictlijn en derhalve strikt moet worden beschermd. Daarom is hij van oordeel dat verweerder in redelijkheid van zijn bevoegdheid op grond van art. 29 Nbwet gebruik heeft kunnen maken.

Het is de vraag hoeveel betekenis aan het verschil in aanpak tussen de Flora- en faunawet enerzijds en de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn anderzijds moet worden gehecht. De verschillende manier van wetgeven, waarbij in de Flora- en faunawet niet alleen de doelstellingen van de verschillende bepalingen niet zijn aangegeven maar ook enkele belangrijke begrippen en begripsomschrijvingen (zoals 'staat van instandhouding', 'gunstige staat van instandhouding') niet uit de richtlijn zijn overgenomen, heeft wellicht onbedoeld tot gevolg dat de Flora- en faunawet in zijn toepassing zeer rigide is, zeker in combinatie met het grote aantal soorten dieren dat als beschermde diersoort is aangewezen. De desbetreffende begrippen en bepalingen waarin zij voorkomen, moeten overigens richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Een redelijke wetsuitleg rechtvaardigt wellicht een wat soepeler interpretatie, die in de buurt komt van de interpretatie van de vergelijkbare bepalingen in de richtlijnen. Dit is ook de huidige praktijk van ontheffingverlening op grond van de Nbwet. Er wordt gekeken naar de gevolgen van een schadelijke activiteit voor de populatie van de soort ter plaatse en niet of er wellicht één individu van een soort is, dat schadelijke gevolgen ondervindt. Er zijn geen aanknopingspunten in de wetgeschiedenis te vinden dat de wetgever met deze benadering heeft willen breken.

AbRvS 15 januari 2001³⁷

Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEG moet bij de toepassing van nationaal recht de nationale rechter dit recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken. Gelet hierop zal bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een gunstige staat van instandhouding, als bedoeld in art. 2, aanhef van het Besluit ontheffingen en vrijstellingen Natuurbeschermingswet, aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in art. 1, onder i, HRI.

De Staatssecretaris van LNV heeft niet inzichtelijk gemaakt dat aan de criteria van art. 1, onder i, is voldaan. In dit verband is van belang dat niet zonder meer begrijpelijk is hoe, ondanks het onttrekken van de twee gebieden waarop de ontheffing betrekking heeft aan het gebied waarin de hamster van nature voorkomt, althans zou kunnen voorkomen, de conclusie kan worden bereikt dat het natuurlijke verspreidingsgebied van de soort niet kleiner wordt.

Evenmin is duidelijk hoe in de opvatting van verweerder ondanks het ontbreken van beide gebieden toch kan worden geoordeeld dat er een voldoende grote habitat bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van de soort op lange termijn in stand te houden. Ook heeft de Afdeling niet kunnen vaststellen of verweerder beschikt over populatiedynamische gegevens waaruit blijkt dat de betrokken soort nog steeds een levensvatbare component is van de natuurlijke habitat waarin hij voorkomt, en dat vermoedelijk op lange termijn zal blijven.

Het gestelde in het Hamsterbeschermingsplan 2000-2004 doet geen afbreuk aan het voorgaande, aangezien dat plan beoogt verschuivingen aan te brengen die de verkleining van het natuurlijke verspreidingsgebied niet ongedaan kunnen maken.

Voorts is het in dit verband de vraag of met kleine verschillen in formulering van bepalingen ook bedoeld is dat tussen deze bepalingen vergaande verschillen in betekenis bestaan. Het is jammer dat tijdens de totstandkoming erg weinig is gerefereerd aan de soortenbeschermingsbepalingen van de Vogelrichtlijn en de Habitatrictlijn en dat verschillen in formulering tussen wet en richtlijnen veelal niet zijn toegelicht, zodat de bedoeling en betekenis van de verschillen onduidelijk zijn.

AbRvS 15 januari 2001³⁸

Het begrip gunstige staat van instandhouding in de Natuurbeschermingswet moet richtlijnconform worden uitgelegd. Er moet aansluiting worden gezocht bij art. 1, onder i, HRI. De AbRvS was van oordeel dat de

³⁷ AbRvS 15 januari 2001, nr. 200004163/1 (M en R 2001, 29; JM 2001, 44).

³⁸ AbRvS 15 januari 2001, nr. 200004163/1 (M en R 2001, 29; JM 2001, 44).

Staatssecretaris van LNV in deze zaak niet inzichtelijk heeft gemaakt dat ten aanzien van de hamster is voldaan aan de criteria die in art. 1, onder i, worden genoemd. De AbRvS stelde dat evenmin duidelijk was hoe in de opvatting van de staatssecretaris ondanks het ontbreken van de gebieden waarin een bedrijventerrein is gepland, toch kan worden geoordeeld dat er een voldoende grote habitat bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van de soort op lange termijn in stand te houden. Ook heeft de AbRvS niet kunnen vaststellen of de staatssecretaris beschikt over populatie-dynamische gegevens waaruit blijkt dat de betrokken soort nog steeds een levensvatbare component is van de natuurlijke habitat waarin hij voorkomt, en dat vermoedelijk op lange termijn zal blijven.

Verder valt op dat in art. 16 HRI als criterium voor verlening van ontheffingen onder meer wordt genoemd dat dit geen afbreuk doet aan het streven de **populaties** van de soort in hun **natuurlijke verspreidingsgebied** in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.

In de Flora- en faunawet wordt gesproken van 'geen afbreuk doen aan de gunstige staat van instandhouding van de soort'. Terwijl enerzijds op grond van de Flora- en faunawet vaker een ontheffing zal moeten worden aangevraagd, namelijk ook voor zeer kleine aantallen dieren en planten van beschermde soorten, lijkt het er anderzijds op dat de grond voor verlening van ontheffingen volgens de Flora- en faunawet ruimer is dan ingevolge de Habitatrichtlijn de bedoeling is. Het gaat in de Flora- en faunawet op het eerste gezicht niet om het behoud van de gunstige staat van instandhouding van de populatie ter plaatse. De Flora- en faunawet zal hier richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd, hetgeen inhoudt dat de populatie van de beschermde soort ter plaatse moet worden beschermd en niet slechts de gunstige staat van instandhouding van de beschermde soort in Nederland.

Alles bij elkaar zou voorzichtig kunnen worden geconcludeerd dat de wetgever met de Flora- en faunawet niet heeft beoogd af te wijken van de benadering van de soortenbescherming in de richtlijnen, namelijk de bescherming van individuen voor zover nodig voor het behoud van de populatie van de soort ter plaatse in een gunstige staat van instandhouding.

Ten slotte kan er nog op worden gewezen dat de Minister van LNV zowel aan het begin als aan het eind van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in het kader van de soortenbescherming zowel het aspect van de bescherming van diersoorten als zodanig als het aspect van de bescherming van individuele dieren heeft benadrukt, zodat eigenlijk steeds onduidelijk is gebleven hoe deze aspecten zich tot elkaar verhouden.

Aan het begin van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel merkte hij op³⁹: Het belangrijkste punt van het wetsvoorstel is de bescherming van soorten. De bescherming vertaalt zich in algemene verbodsbepalingen (...). Tevens is de intrinsieke waarde (mede) uitgangspunt voor het soortenbeleid. Met het begrip intrinsieke waarde wordt bedoeld dat elk dier een eigen waarde heeft onafhankelijk van het nut of het belang ervan voor de mens. Dit is een belangrijk uitgangspunt bij de afweging met andere belangen. Dit betekent niet dat niet langer inbreuken op de bescherming van het dier zouden kunnen worden toegestaan en dat derhalve andere belangen niet zouden kunnen prevaleren. Mits voor een redelijk doel, kan, de onderscheiden belangen afwegend, tot dergelijke inbreuken worden besloten. Dergelijk redelijk doel is niet alleen schadebestrijding, maar ook bijvoorbeeld benutting door jacht en handel. Daarbij dient dan uiteraard wel met belangen van **individuele** dieren rekening te worden gehouden.

Dit is zeker in het licht van de vragen waarvoor we ons op dit moment gesteld zien, een zeer onduidelijke passage, waarin alleen helder naar voren komt dat over de doelstellingen van de Flora- en faunawet niet helder is nagedacht. De doelstelling van de soortenbeschermingsbepalingen zijn uiteindelijk onduidelijk gebleven, met name hoe de beide genoemde doelstellingen zich tot elkaar verhouden, evenals de criteria voor

³⁹ Kamerstukken II 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 4.

onthefingverlening. Genoemde doelstellingen zijn zo verschillend dat, althans zo zou men mogen veronderstellen, niet met dezelfde toetsingscriteria kan worden volstaan.

Aan het eind van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel merkte de Minister van LNV op⁴⁰: Het wetsvoorstel is een instrument van natuurbescherming en stelt de bescherming van de soort voorop. Dat neemt niet weg dat het wetsvoorstel ook ziet op aspecten die het individuele dier raken. De minister wijst bijvoorbeeld op de bepalingen inzake jacht en schadebestrijding. De minister ontkent in dit verband dat er sprake is geweest van een verschuiving van een meer algemene benadering van de bescherming van diersoorten naar een benadering die de bescherming van het individuele dier benadrukt.

Geconcludeerd kan worden dat de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel niet duidelijk heeft gemaakt of de bescherming van het individuele dier in het licht staat van de bescherming van de soort. Waarschijnlijk is dit niet het geval. Verder is de bescherming van de populatie van een soort op een bepaalde plaats als doelstelling buiten beeld gebleven, terwijl dit waarschijnlijk juist de doelstelling van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn is.

1.11 Knelpunten in de praktijk

Het belangrijkste knelpunt in de praktijk lijkt te zijn dat het in de meeste gevallen strikt juridisch gesproken onmogelijk is een ontheffing te verlenen die op vogels betrekking heeft. Hiervoor is in de Flora- en faunawet vaak geen toepasselijke ontheffingsgrond te vinden. De reden hiervan is niet duidelijk. Het is nauwelijks voor te stellen dat willekeurig welke beschermde vogel willekeurig welk infrastructureel werk, hoe belangrijk ook, kan 'platleggen'. Toch valt aan deze conclusie bij bestudering van de Flora- en faunawet bijna niet ontkomen. De bepalingen van de Flora- en faunawet zijn op dit punt bovendien in een aantal opzichten onduidelijk en hebben consequenties die door de wetgever wellicht niet zijn bedoeld. Het moet echter niet worden uitgesloten dat de wetgever de consequenties van zijn verreichende ambities (bescherming van individuele dieren omwille van 'de intrinsieke waarde van het dier') niet heeft onderkend. Problemen zoals die op dit moment bij de soortenbescherming aan de orde van de dag zijn, zijn waarschijnlijk over het hoofd gezien. Dit neemt niet weg dat wet luidt zoals hij luidt.

De vraag is hoe in de praktijk met dit probleem moet worden omgegaan.

Het proberen waard kan zijn om in sommige gevallen rechtstreeks beroep te doen op de ontheffingsgronden in de Vogelrichtlijn, als die in het voorliggende geval wel uitkomst zouden bieden. Juridisch is dit echter een bedenkelijke constructie. De richtlijn heeft namelijk geen rechtstreekse werking indien zij in het nationale recht is omgezet en het nationale recht uit een oogpunt van omzetting geen gebreken vertoont. Dat is hier niet het geval, want de nationale wetgever kan een strengere regeling voor de verlening van ontheffingen treffen dan is opgenomen in de Vogelrichtlijn. Of dit de bedoeling van de wetgever is geweest, is niet duidelijk. Wellicht dat de AbRvS toch aanknopingspunten in de nationale regelgeving kan vinden om in elk geval de onbedoelde consequenties van een te vergaande bescherming van individuele vogels te voorkomen. Zelfs indien 'slechts' de populatie van de beschermde soort ter plaatse in een gunstige staat van instandhouding moet worden behouden, heeft dit vergaande consequenties. Hieraan zal niet altijd kunnen worden voldaan en voor talrijk en op tal van plaatsen voorkomende beschermde soorten is dit waarschijnlijk ook niet nodig.

Voorts zou een beroep kunnen worden gedaan op een 'algemeen belang van hogere orde dan het belang dat met de Vogelrichtlijn wordt gediend'. Van deze juridisch eveneens bedenkelijke constructie heeft het HvJEG zich meermalen bediend⁴¹. Wellicht voelt ook de

⁴⁰ Kamerstukken I 1997/98, 23 147, nr. 104b, p. 5.

⁴¹ Arresten van het Hof van 28 februari 1991 in zaak C-57/89 en van 2 augustus 1993 in zaak C-355/90.

AbRvS er voor om deze ontheffingsgrond toe te passen als 'Deus ex machina', al was het maar bij de interpretatie van wetbepalingen in gevallen waarin deze bij een strikte uitleg tot onredelijke resultaten zouden leiden. Gedacht kan worden aan het 'wegvallen' in de Flora- en faunawet van de ontheffingsgronden 'in het belang van de volksgezondheid' en 'in het belang van de openbare veiligheid'.

In sommige gevallen kan wellicht nog een beroep worden gedaan op de clausule in art. 75, lid 4 en lid 5, 'uitvoering van internationale verplichtingen'. Ook dit is juridisch gesproken nogal geforceerd. Er kan dan bijvoorbeeld een beroep worden gedaan op de verplichting in de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn om ter uitvoering van deze richtlijnen SBZ's en beschermde dier- en plantensoorten te beschermen en instandhoudingsmaatregelen te nemen. Wellicht kan op deze grond ontheffing worden verleend voor bijvoorbeeld een bodemsaneringsproject of een natuurontwikkelingsproject.

Waarschijnlijk is het een betere oplossing om het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten nogmaals te wijzigen en daarin ook enkele andere in art. 9 VRI genoemde, in het voorgaande reeds aangegeven, gronden voor verlening van ontheffing uitdrukkelijk op te nemen. De redelijkheid van deze gronden voor ontheffingverlening lijkt nauwelijks voor betwisting vatbaar.

Voor 'normale' infrastructurele werken en andere bouwactiviteiten blijft echter een probleem bestaan. De gronden voor verlening van ontheffingen blijven, bij gebreke aan een grond 'dwingende redenen van groot openbaar belang' hoe dan ook te beperkt om voor dergelijke activiteiten ontheffing te verlenen. Hieraan kan weinig worden veranderd omdat dit nu eenmaal voortvloeit uit de Vogelrichtlijn.

Eigenlijk zou daarom moeten worden overwogen art. 9 VRI in overeenstemming te brengen met art. 16 HRI. Dit is echter niet in alle opzichten een aantrekkelijke optie. Zodra een lidstaat voorstelt de Vogelrichtlijn of de Habitatrichtlijn te wijzigen, ontstaat het risico dat andere lid-staten daarin ook allerlei veranderingen wensen door te voeren en dat het beschermingsregime in 'een vrije val' terechtkomt. Onder de huidige omstandigheden, waarin de richtlijnen in de praktijk hebben bewezen voor activiteiten met nadelige gevolgen voor de natuur aanzienlijk belemmeringen te kunnen opwerpen, zou dit dan wel eens kunnen betekenen dat het kind (soortenbescherming) met het badwater (praktische problemen) wordt weggespoeld. Aan de andere kant moet worden geconcludeerd dat met het huidige beschermingsregime van de Vogelrichtlijn en de Flora- en faunawet in de praktijk niet of nauwelijks valt te werken als men deze regelingen strikt overeenkomstig de tekst zou toepassen. Het verdient ook geen aanbeveling om regelgeving niet toe te passen of wettelijke bepalingen in strijd met de letterlijke tekst ervan te gaan interpreteren.

Afgezien van het in het voorgaande geconstateerde probleem, is er nog een ander probleem bij de toepassing van art. 75, lid 5, Ffwet en de achterliggende bepalingen van de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Om inbreuk te mogen maken op de soortenbeschermingsbepalingen dient een 'dwingende reden van groot openbaar belang' of een andere grond aanwezig te zijn. Indien een dergelijk grond er niet is kan voor een project geen ontheffing worden verleend, ook al heeft het geen enkel significant gevolg voor de gunstige staat voor instandhouding van de soort. Juist voor allerlei kleinschalige projecten en door particulieren ondernomen projecten kan dus geen ontheffing worden verleend. Ook dit is waarschijnlijk een gevolg dat noch door de Nederlandse wetgever noch door de Europese wetgever is beoogd. In elk geval lijkt het belang van de natuurbescherming hiermee niet te worden gediend, zo dit al aanwezig is. 'natuurbescherming' staat gelijk aan

'soortbescherming' en (meestal) niet aan 'individubescherming'. Indien met de verbodsbepalingen geen redelijk belang wordt gediend, zijn de belemmeringen die hieruit voor de desbetreffende activiteiten voortvloeien, ook niet aanvaardbaar.

Wellicht is het in het kader van de Europese richtlijnen nog het makkelijkst dit probleem op te lossen. Indien de desbetreffende verbodsbepalingen zo worden uitgelegd dat een activiteit die nadelige gevolgen voor dieren of planten van beschermde soorten heeft, alleen onder het soortenbeschermingsregime valt indien deze gevolgen ook nadelig kunnen zijn voor de gunstige staat van instandhouding van de soort ter plaatse, vallen in elk geval kleine projecten met onbetekenende gevolgen hierbuiten. Indien een klein project daarentegen wel nadelige gevolgen heeft voor de gunstige staat van instandhouding van de soort te plaatse, is het wél te rechtvaardigen dat deze activiteit onder het beschermingsregime valt en dat hiervoor vanwege het ontbreken van dwingende redenen van groot openbaar belang geen toestemming kan worden verleend.

1.12 Algemene beschouwingen over soortenbescherming, individubescherming en populatiebescherming

De in het voorgaande geconstateerde problemen voor de praktijk kunnen een gevolg zijn van de verwarring die lijkt te zijn opgetreden tussen individubescherming en populatiebescherming en wat populatiebescherming betreft, in het bijzonder over de vraag welke populatie moet worden beschermd. Individubescherming en populatiebescherming zijn twee verschillende aspecten van de soortenbescherming⁴². Individubescherming en populatiebescherming kunnen echter geheel verschillende doelstellingen hebben.

Bij individubescherming gaat het om de bescherming van elk individu van een beschermde soort die van nature in Nederland voorkomt (passief). Zoals in paragraaf 7.10.4 reeds werd toegelicht, zijn de verbodsbepalingen in art. 8-18 Ffwet gericht op individubescherming. Aan individubescherming doet men in de meeste gevallen om ethische redenen, maar uit een oogpunt van de handhaving van de goede staat van instandhouding van de soort is individubescherming voor de meeste soorten niet nodig, behoudens in gevallen waarin sprake is van individuen van een populatie van een soort, die in haar voortbestaan wordt bedreigd. Individubescherming draagt dus meestal niet bij aan het belang van de bescherming van de soort, uit het oogpunt van natuurbescherming. In dit verband is wel relevant wat onder 'instandhouding van de populatie' wordt verstaan, in die zin dat niet duidelijk is wat onder populatie wordt verstaan. Hiermee kan de populatie van de soort worden verstaan in het gebied waar het project plaatsvindt, maar ook de populatie in de regio, in de lid-staat of in de EU. Ook kan hieronder worden verstaan de als eenheid te onderscheiden populatie, waarbinnen uitwisseling van individuele dieren kan plaatsvinden. Zo kan de populatie van de hamster in Zuid-Limburg en de aangrenzende gebieden van Duitsland en België als één populatie worden gezien in plaats van als drie populaties. Dit lijkt op zich zinvol, zij het dat lid-staten zich aan hun verplichtingen kunnen onttrekken door te wijzen op de verplichting tot instandhouding die voor een andere lid-staat geldt en waarmee volstaan zou kunnen worden voor het behoud van de soort in een gunstige staat van instandhouding. Lid-staten zouden zich dan op eenvoudige wijze aan hun verplichtingen kunnen onttrekken door naar elkaar te wijzen. Het is niet zinvol om hamsters in het desbetreffende gebied van Duitsland en hamsters in ver weg gelegen andere gebieden in Duitsland als één populatie te beschouwen. Al met al is onduidelijk wat onder 'populatie' wordt verstaan en ook wat men daaronder zou willen verstaan. Het behoeft geen betoog dat het voor de praktijk juist erg belangrijk is om dit te

⁴² Zie F. Toot (noot pm).

weten. Het maakt nogal wat uit of de instandhoudingsverplichting betrekking heeft op de populatie van een diersoort op een bepaalde plaats, in de regio, in Nederland of zelfs in de EU. In het voorgaande is ervan uitgegaan dat de bescherming van individuele dieren en planten van beschermde soorten in het kader van de Europese richtlijnen is gericht op het behoud in een goede staat van instandhouding van een populatie ter plaatse. Het beschermingsregime zou uit een oogpunt van natuurbescherming tekort schieten indien alle populaties in een lid-staat niet beschermd zouden hoeven te worden zo lang zich maar ergens in de lid-staat een populatie in een gunstige staat van instandhouding bevindt.

Bij populatiebescherming gaat het om de instandhouding en het herstel in een gunstige staat van instandhouding van de populatie van een beschermde soort ter plaatse, in de regio, in Nederland of in de EU (actief). Dit gebeurt om redenen van natuurbescherming.

Dit actieve aspect van de soortenbescherming komt wat in de Flora- en faunawet niet goed uit de verf. De Minister van LNV moet lijsten van bedreigde inheemse planten- en diersoorten vaststellen, de zogenaamde Rode Lijsten, en onderzoek en werkzaamheden bevorderen, die nodig zijn voor bescherming en beheer, waartoe het opstellen van soortenbeschermingsplannen kan behoren (art. 7). Deze 'verplichtingen' zijn echter nogal vrijblijvend geformuleerd en hebben geen rechtgevolgen, zeker niet voor particulieren. Er zijn geen andere wettelijke instrumenten waarmee actieve soortenbeschermingsmaatregelen kunnen worden afgedwongen.

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 komen dergelijke bepalingen wel voor wat betreft de gebiedsbescherming, zoals bij de bespreking van dat wetsvoorstel in paragraaf 4 reeds is toegelicht. Inmiddels is gebleken dat aan deze bepalingen behoefte is om te kunnen verzekeren dat soortenbeschermingsplannen, zoals het hamsterbeschermingsplan, daadwerkelijk in de praktijk worden uitgevoerd en geen 'tekentafel-plannen' blijven. Zo is er een hamsterbeschermingsplan 2000-2004 waarin actieve maatregelen ter bescherming van de hamster worden aangekondigd. Of deze (kunnen) worden getroffen is echter afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de eigenaren en gebruikers van het gebied dat hiervoor in aanmerking komt. De continuïteit van de maatregelen is niet verzekerd. Medewerking geschiedt op vrijwillige basis. Er wordt een overeenkomst met de overheid gesloten, die telkens moet worden verlengd. Opvolgende eigenaren en gebruikers van de grond zijn hieraan niet gebonden. Een ander bezwaar van de vrijwillige medewerking is dat de overheid voor de uitvoering van haar soortenbeschermingsbeleid is aangewezen op minder geschikte terreinen die toevallig worden 'aangeboden' en voor de uitvoering van het soortenbeschermingsplan niet de beste terreinen kan 'kiezen'.

Hierdoor lijkt het soortenbeschermingsbeleid in het algemeen en een soortenbeschermingsplan in het bijzonder in de praktijk te weinig effect te sorteren. Zo lijkt ondanks het hamsterbeschermingsplan in de dramatische situatie van de hamster in Nederland (en elders in West-Europa) geen verbetering te kunnen worden gebracht. Afgezien van welk wettelijke instrumentarium dan ook, is dit al bij voorbaat een moeilijk opgave. De achteruitgang van de hamster in West-Europa is voornamelijk te wijten aan veranderingen in de agrarische bedrijfsvoering. De Nederlandse wetgeving biedt geen enkel grondslag om hier doelgericht tegen op te treden en waarschijnlijk is het ook niet erg realistisch om te veronderstellen dat men vanwege alleen de benarde positie van de hamster dergelijke ontwikkelingen zou kunnen keren, als dat al wenselijk wordt geacht. Er moeten daarom wettelijke instrumenten bestaan om gericht beschermingsmaatregelen te kunnen nemen. Dit doet niet af aan het uitgangspunt dat er naar wordt gestreeft dat deze maatregelen op basis van vrijwilligheid worden genomen, bijvoorbeeld in de vorm van beheersovereenkomsten of doordat de overheid als eigenaar van een (aangekocht) gebied zelf instandhoudingsmaatregelen neemt.

HvJEG 25 november 1999⁴³

De Franse regering voert aan, dat tussen de staat en de landbouwers contracten worden gesloten ter bevordering van milieuvriendelijke landbouwmethodes, onder meer bestaande in beperking van het gebruik van stikstofhoudende meststoffen en van het aantal keren dat wordt gemaaid. Deze contracten dragen bij tot het behoud van de extensieve veehouderij, verhinderen het omploegen van drassig grasland, drainage en wijzigingen in de waterhuishouding, en waarborgen aldus het voortbestaan van de watergebieden en de natuurlijke woongebieden van vogels.

Het HvJEG merkt op dat deze zogenaamde agro-milieumaatregelen een vrijwillig karakter hebben en zuiver als aansporing zijn bedoeld voor de landbouwers die in het moeras van de Poitou gelegen percelen exploiteren. Deze maatregelen vormen geen doeltreffende aanvulling van de beschermingsmaatregelen voor de aangewezen SBZ's.

Mitsdien moet worden vastgesteld dat Frankrijk de krachtens art. 4, leden 1 en 2, VRI op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door geen maatregelen vast te stellen die de in het moeras van de Poitou aangewezen SBZ's een toereikende beschermingsstatus verlenen.

Bij de toepassing van de bepalingen inzake individubescherming, met name de verlening van ontheffing op grond van art. 75, speelt het populatiebeschermingsaspect ('gunstige staat van instandhouding van de soort') een belangrijke rol.

Zo lang de gunstige staat van instandhouding van de soort (populatiebescherming) niet in het geding is, worden, afgezien van 'het probleem van de beschermde vogels en het probleem van de kleine gevallen' inbreuken op de individubescherming toelaatbaar geacht. Ontheffing wordt in het algemeen voor mogelijk gehouden zolang de soort op populatieniveau geen gevaar loopt in zijn voortbestaan.

Indien het mogen maken van een uitzondering op de individubescherming wordt gekoppeld aan de bescherming van de populatie in Nederland, zoals in art. 75 het geval lijkt te zijn, houdt de soortenbescherming weinig in. De meeste beschermde soorten zijn op dat niveau namelijk niet in hun voortbestaan bedreigd. Het ontheffingvereiste heeft dan nog weinig zin maar leidt in de praktijk zowel aan overheidszijde als de zijde van de particulier wel tot veel 'bureaucratie. Enig redelijk belang uit een oogpunt van natuurbescherming lijkt hiermee niet gediend te zijn. Dit geldt zeker voor gevallen als bedoeld in art. 75, lid 4, Ffwet, waarin wel ontheffing moet worden aangevraagd maar niets ontheffingverlening in de weg kan staan.

In paragraaf 2.2.8 is echter betoogd dat art. 75 Ffwet waarschijnlijk richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd in die zin dat de populatie van een soort ter plaatse moet worden beschermd.

Het voorgaande overziende ontstaat de indruk dat de bepalingen in de Vogelrichtlijn, de Habitatrichtlijn en de nationale regelgeving wat betreft de soortenbescherming niet goed op hun consequenties zijn doordacht en evenmin goed op elkaar zijn afgestemd en met elkaar in overeenstemming zijn gebracht. Of beter gezegd, dat de zowel de Nederlandse wetgever als de Europese wetgever de ingewikkeldheid van de problematiek van de soortenbescherming heeft onderschat. De vraag is wat nu eigenlijk de doelstellingen van beleid en regelgeving zijn. Gaat het om de instandhouding van de populatie (doelstelling natuurbescherming) en zo ja, welke populatie, of gaat het om individubescherming (ethische doelstellingen).

In het eerste geval lijkt te kunnen worden volstaan met een veel beperkter lijst van bedreigde soorten dieren en planten dan nu is opgenomen in de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn en bij of krachtens de Flora- en faunawet. Deze soorten zouden strategisch moeten worden gekozen. Er zouden alleen soorten als beschermde diersoort moeten worden aangewezen, die in hun voortbestaan worden bedreigd of dat risico lopen (de criteria voor aanwijzing in art. 3, lid 1, en 4, lid 2, Ffwet), of soorten die kenmerkend zijn voor een bepaalde leefgemeenschap als geheel. Bescherming van laatstbedoelde soorten heeft een 'olievlekwerking' voor andere soorten van de leefgemeenschap.

⁴³ HvJEG 25 november 1999, zaak C-96/98.

Indien bescherming van de populatie van een beschermde soort op nationaal niveau het uitgangspunt bij individubescherming zou zijn, zou kunnen worden volstaan met strafrechtelijke handhaving. De controleerbaarheid en handhaafbaarheid van de naleving van art. 8-12 Ffwet lijkt dan in verband met de zware bewijslast overigens nog een moeilijk punt. Er zal waarschijnlijk slechts incidenteel (kunnen) worden opgetreden tegen excessen.