



EFFECT RUIMTELIJKE INGREPEN OP SOORTEN

POSITIEVE TOETS OP DE FLORA- EN FAUNAWET

Veel ruimtelijke ingrepen zoals het bouwrijp maken van terreinen, de realisatie van nieuwe infrastructuur of de sloop van woningen kunnen effecten hebben op soorten die door de Flora- en faunawet worden beschermd. Wanneer overtreding van de verbodsbepalingen niet kan worden voorkomen, moet een ontheffing worden aangevraagd. Sinds een aantal jaren was het in de praktijk gebruikelijk om, door het toepassen van maatregelen, effecten op beschermde soorten te voorkomen. Het bevoegd gezag toetste of een ontheffing inderdaad niet nodig was, en bevestigde dit in een zogenaamde 'positieve afwijzing'. Een aantal recente uitspraken van de Raad van State (RvS) lijkt deze werkpraktijk onmogelijk te maken, wat grote gevolgen kan hebben voor de uitvoerbaarheid van projecten. In dit artikel wordt de commotie die als gevolg van deze uitspraken in het werkveld is ontstaan vanuit een ecologisch perspectief belicht.

Lidia Gerrits, Margreet ter Steege en Lennart Turlings

De werkpraktijk van de positieve afwijzing is ontstaan toen in een uitspraak van de Raad van State (RvS) in 2009 duidelijk werd dat voor soorten uit de Habitat- en Vogelrichtlijn, zoals vlermuizen, huismus, gierzwaluw en rugstreeppad alleen ontheffing kon worden verleend als sprake was van een belang dat in deze richtlijnen wordt genoemd. Het belang van ruimtelijke inrichting en ontwikkeling, dat tot die tijd in veel projecten werd toegepast, is in deze richtlijnen niet opgenomen. Een ontheffing voor deze soorten kon daarom niet worden verleend, wanneer deze aangevraagd werd 'enkel' vanwege een project leunend op het belang van ruimtelijke inrichting. Slechts wanneer er sprake was van een zwaarwegend belang kon een ontheffing worden verleend, en dit was beperkt tot situaties waarin de openbare veiligheid, de volksgezondheid, de veiligheid van het luchtverkeer, of een (andere) dwingende reden van groot openbaar belang in het geding was. In veel gevallen was het niet mogelijk om projecten te motiveren op grond van deze zwaarwegende belangen. Tegelijkertijd komen genoemde soorten veel voor in gebieden waar tal van menselijke activiteiten plaatsvinden. Zo ontstond een praktijksituatie waarin er een stevige blokkade gezet werd op ruimtelijke ontwikkelingen. Projecten konden op juridische gronden niet doorgaan, terwijl ecologen wel kans zagen om maatregelen te bedenken, waardoor er (uiteindelijk) geen schade voor de beschermde soorten optreedt.

De praktijk vanaf 2009

De oplossing die in de praktijk voor het moeilijk of niet kunnen motiveren van een wettelijk belang gevonden werd, was de zogenaamde positieve afwijzing. Bij een positieve afwijzing weigert bevoegd gezag om de aangevraagde ontheffing te verlenen, omdat uit de ontheffingsaanvraag blijkt dat zodanige maatregelen worden genomen om de schade aan de beschermde soorten te voorkomen, dat er geen sprake is van het overtreden van de verbodsbepalingen uit de Flora- en faunawet. In feite besluit het bevoegd gezag dan dat de voorgestelde maatregelen adequaat zijn ter bescherming van de soorten, die in het geding zijn. Een initiatiefnemer kan zijn project uitvoeren, mits de uitvoering van de maatregelen conform de aanvraag plaatsvindt. Immers alleen dan is gegarandeerd dat er geen overtreding van de Flora- en faunawet plaatsvindt. De figuur van de positieve afwijzing is ingegeven vanuit twee gedachten. De eerste is een ecologisch inhoudelijke: het is altijd beter om negatieve effecten voor wettelijk beschermde

soorten te voorkómen dan om deze toe te staan. De tweede gedachte is een juridische: het omzeilen van de belangenafweging, omdat het onderbouwen van een wettelijk belang voor de zwaar beschermde soorten vaak lastig is. Op basis van ecologische kennis en ervaring werden maatregelen bedacht waardoor de functionaliteit van het leefgebied voor de aanwezige beschermde dieren en planten niet verandert en soorten duurzaam in het gebied kunnen worden gehandhaafd, ondanks de uitvoering van de plannen en projecten. Er ontstonden standaarden voor tijdelijke en permanente mitigatie: het verdwijnen van een nest van huismussen kan worden gemitigeerd door het aanbieden van twee alternatieve nestplaatsen, het verdwijnen van vaste verblijfplaatsen van vlermuizen door het aanbieden van vier alternatieve verblijfplaatsen. De praktijk bewees dat maatregelen succesvol kunnen worden uitgevoerd.

Veranderingen in 2012

In 2012 concludeerde de RvS dat in een aantal gevallen weliswaar maatregelen waren voorgesteld om negatieve effecten op soorten te voorkomen, maar dat deze maatregelen niet zouden voorkomen dat een verbodsbepaling zou worden overtreden. Daarom achtte de RvS het verlenen van een positieve afwijzing niet terecht. In deze gevallen was bovendien het belang van het project niet of niet goed gemotiveerd en kan daarom een ontheffing niet worden verleend.

De uitspraak leidde tot grote onrust. Wat betekent dit in de praktijk? Is het niet meer mogelijk om met mitigerende maatregelen voorafgaand aan het project een positieve afwijzing te verkrijgen? Moet er nu voor alle projecten waar streng beschermde soorten bij betrokken zijn een ontheffing aangevraagd worden onder vermelding van het wettelijke belang? Gaat Nederland nu 'op slot'? Zijn de beschermde soorten hiermee beter af? Hoe moeten de ecologische adviesbureaus hun opdrachtgevers nu van een goed advies voorzien?

Een groot manco van de Flora- en faunawet is dat deze gericht is op bescherming van het individu en niet van de populatie. Het individuele nest van de huismus of de gierzwaluw is volgens de letter van de wet beschermd en niet het broedgebied als geheel. Dit, terwijl het ecologisch gezien voor het voortbestaan van een soort veel meer van belang is dat bescherming wordt gerealiseerd op het niveau van populaties, van functionaliteit van leefgebieden. De werkwijze die bij de positieve afwijzing wordt toegepast, sluit meer aan op het denken in bescherming op populatieniveau. Er wordt geredeneerd vanuit het behoud van functionaliteit van het leefgebied voor de beschermde soorten. Natuurlijk wordt daarbij zoveel mogelijk rekening gehouden met individuele dieren door in een tijdig stadium alternatieve verblijfplaatsen aan te bieden en er voor te zorgen dat er geen of zo weinig mogelijk individuen sneuvelen en er geen onnodige verontrusting optreedt. Het waarborgen van het voortbestaan van de populatie in het betreffende gebied met een gelijk aantal individuen of meer, is de pijler waarop de bescherming van soorten rust. Ecologisch gezien is deze aanpak van de bescherming van soorten veel krachtiger dan de bescherming op individueel (nest, verblijfplaats) niveau.

DE AUTEURS

Lidia Gerrits (0317 423969, lidia.gerrits@dgr.nl) is ecologisch adviseur bij De Groene Ruimte. Margreet ter Steege (0592 313389, margreet@burobakker.nl) is adviseur Natuurbeschermingswet bij Buro Bakker. Lennart Turlings (0570 697068, l.turlings@witteveenbos.nl) is ecooloog bij Witteveen+Bos. Alle drie zijn bestuurslid van het Netwerk Groene Bureaus.



RUDINER ZWENGER

VOORBEELDEN SUCCESVOL UITGEVOERDE MAATREGELEN.

- Door het slopen van een pand in een park in Coevorden zou een grote kolonie gewone dwergvleermuizen verdwijnen. Omdat er in een vrij wijde straal geen gebouwen aanwezig waren om kasten aan op te hangen, is er hier gekozen voor een vleermuiskast op een paal. Deze kast is direct naast het pand, midden in het park geplaatst. Binnen een jaar na het zorgvuldig slopen van het pand is al geconstateerd dat de kast door een groep vleermuizen in gebruik is.
- Door het kappen van een laan in Leek zouden vier verblijfplaatsen van ruige dwergvleermuis en gewone grootvleermuis verdwijnen. Er is gebruik gemaakt van een ruime mate van mitigatie met het aanbrengen van 24 vleermuiskasten van drie verschillende typen. De kasten zijn meer dan zes maanden voorafgaand aan de kap opgehangen. Bij twee controlerondes vier en zes maanden na de kap van de bomen is geconstateerd dat twaalf van de 24 kasten in gebruik zijn bij vleermuizen. Alle drie de typen kasten worden gebruikt. Bovendien is in meerdere kasten een kleine groep vleermuizen waargenomen. Hiermee is het gebruik van de kasten intensiever dan hetgeen is vastgesteld in de oorspronkelijke verblijfplaatsen.
- Ter mitigatie van het verlies aan verblijfplaatsen van orchideeën in de Eemshaven is een compensatiegebied ingericht. De orchideeën zijn op grote pluggen getransporteerd naar het compensatiegebied. Van alle vier de soorten, waaronder de zeer kritische groenknolorchis, is vastgesteld dat ze zich hebben weten te handhaven op de nieuwe groeiplaats. Bovendien is van alle soorten vastgesteld dat ze zich zowel op als naast de pluggen hebben weten uit te zaaien. Hierdoor is het aantal toegenomen tot boven de omvang van de oorspronkelijke populaties.
- Voor de aanleg van een nieuw tracé van de N381 in Friesland dient een sloot gedempt te worden die leefgebied is van de poelkikker. Ruim voor het dempen van de sloot is in de nabijheid een poel gegraven. Waterplanten zijn vanuit de sloot overgebracht naar de poel. Reeds na enkele weken is geconstateerd dat de poel door poelkikkers in gebruik is. Ook op langere termijn werd de aanwezigheid van poelkikkers vastgesteld. Nog voor het dempen van de oorspronkelijke sloot werd het compensatiegebied al door de poelkikkers gebruikt.

Hoe nu verder?

Vanwege de onrust heeft het Netwerk Groene Bureau's contact gezocht met Dienst Regelingen (DR) en Dienst Landelijk Gebied (DLG) van het ministerie van Economische zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I) als ook met de RvS om meer duidelijkheid over de strekking van de uitspraak te krijgen.

De RvS wijst er in haar reactie op dat er geen nieuwe lijn is ingezet ten aanzien van positieve afwijzingen. DR en DLG wijzen erop dat de aanpak met de positieve afwijzing in lijn is met de bedoeling van de Europese richtlijnen, die gericht zijn op het behoud van instandhouding van soorten, en behoud van functionaliteit van het leefgebied. DR verwijst daarbij naar het Guidance Document van de Europese Commissie waar ook de RvS belang aan hecht. Hieruit kan opgemaakt worden dat vervanging van vaste verblijfplaatsen en andere functies voorafgaand aan de ingreep een verantwoorde basis kunnen zijn voor het voorkomen van effecten.

Dit betekent dat er in een aantal gevallen nog beter onderbouwd dient te worden waarom de mitigerende maatregelen voorkomen dat planten of dieren worden verstoord of standplaatsen en verblijfplaatsen worden vernietigd. Er zal in een aantal gevallen in een breder perspectief bekeken moeten worden wat het effect van een ingreep is op de functionaliteit van een gebied voor een beschermde soort. Wanneer voldaan wordt aan deze eisen en geconcludeerd kan worden dat er dus geen verstoring plaatsvindt, kan door Dienst Regelingen nog

steeds een positieve afwijzing worden afgegeven. Een andere weg is toch een ontheffing aanvragen. Bij een ontheffingsaanvraag dient eveneens aan-gegeven te worden welke mitigerende maatregelen genomen worden, maar het is niet nodig om verstoring of verlies aan stand- en verblijfplaatsen ge-heel uit te sluiten. Schade aan beschermde soorten, die niet met de mitige-rende maatregelen te voorkomen is, kan dan door middel van compense-rende maatregelen hersteld worden. In een aantal gevallen is een ontheffing verkrijgen zeker mogelijk. Dit vergt een goede onderbouwing van het wet-telijk belang, maar is zeker niet bij voorbaat een onbegaanbare weg. Er is veel jurisprudentie beschikbaar waaruit kan worden afgeleid in welke ge-vallen een bepaald belang kan worden gemotiveerd. We gaan hier in dit artikel niet verder op in.

Conclusie

De positieve afwijzing blijft ecologisch gezien wenselijk omdat er bij toe-passing hiervan de bescherming van soorten wordt geregeld op popula-tieniveau, en op het niveau van de functionaliteit van het leefgebied. Hiermee is de bescherming van soorten beter gegarandeerd dan bij uit-sluitend bescherming op individueel niveau. Daarnaast blijft de positie-ve afwijzing wenselijk omdat door het tijds uitvoeren van adequate mitigerende maatregelen overtreding van de verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet voorkomen wordt. De positieve afwijzing is ook juri-disch wenselijk, omdat dankzij de positieve afwijzing zicht gehouden

kan worden op de wijze van mitigatie en de voorwaarden waaronder de afwijzing van de ontheffing plaatsvond controleerbaar en afdwing-baar is.

Bij ontheffingsaanvragen kunnen bureaus blijven inzetten op het voor-kómen van overtredingen. Dit kan gemotiveerd worden door het leefge-bied waarin het project is gepland als netwerk van vaste rust- en verblijf-plaatsen te beschouwen, en niet dat ene onderdeel van het netwerk waarop effecten zijn. Er dient in dat geval dus wel een goed en volledig beeld te zijn van het netwerk en er dient overtuigend beargumenteerd te worden dat er geen negatieve effecten op de functionaliteit van het leef-gebied zijn. Kern hierbij vormt dus de analyse van de (bepalende facto-ren voor) de functionaliteit van het leefgebied. Op deze wijze kan de be-scherming van soorten in lijn met de bedoelingen van de Habitat- en Vogelrichtlijn gestalte (blijven) krijgen.

Met de komst van een nieuw kabinet wordt de ‘nieuwe wet natuurbescher-ming’ opnieuw bekeken door het ministerie van EL&I. Het zou een grote verbetering zijn als de bescherming van soorten zodanig vorm wordt gegeven dat een ontheffing pas nodig is als er effecten zijn op de populatie van een soort. Hierdoor verschuift ook de focus van maatrege-len van het voorkomen van effecten op het individu naar het voorkomen van effecten op de populatie, wat ecologisch gezien veel relevanter is. Aan de betrokken juristen de uitdaging hiervoor de ruimte te zoeken die er vanuit Europese regelgeving wellicht is. ■

