

102. De (te?) beperkte bescherming van soorten op grond van artikel 3.10 Wnb

LUUK BOEREMA, SANDER HUNINK, NIELS JEURINK

De Wet natuurbescherming kent verschillende beschermingsregimes voor dier- en plantensoorten. De wet maakt onderscheid tussen verschillende categorieën soorten, namelijk vogels, strikt beschermde soorten en andere soorten.¹ De bescherming van vogels en strikt beschermde soorten wordt gedomineerd door de doorwerking van het (internationale en Europese) natuurbeschermingsrecht. De verbodsbepalingen die zien op deze soorten zijn min of meer een letterlijke vertaling van artikel 5 van de Vogelrichtlijn en artikel 12 van de Habitatrichtlijn.

Inleiding

De bescherming van de ‘andere soorten’ is eveneens gebaseerd op verplichtingen vanuit verschillende verdragen waarbij Nederland partij is. Er vloeien algemene verplichtingen tot instandhouding van in het wild voorkomende dier- en plantensoorten en de daarbij behorende leefmilieus voort uit bijvoorbeeld het Biodiversiteitsverdrag.² Dit verdrag verplicht partijen om wetgeving of andere regelgeving te ontwikkelen en te handhaven die nodig is voor de bescherming van bedreigde soorten en populaties (art. 8 onderdeel k). Het Verdrag van Bern verplicht partijen om de nodige maatregelen te nemen om de populaties van in het wild levende dier- en plantensoorten te handhaven of te brengen op een niveau dat met name overeenkomt met hetgeen vanuit ecologisch, wetenschappelijk en cultureel standpunt is vereist (art. 2).³ Volgens de memorie van toelichting bij de Wnb wordt aan deze verplichtingen invulling gegeven met verschillende instrumenten. Zo worden in het kader van de natuurvisie rode lijsten opgesteld met bedreigde dier- en plantensoorten, en is er het Natuur Netwerk Nederland.⁴ Ook geldt (onder andere) vanuit deze verplichtingen de zorgplicht, genoemd in artikel 1.11 Wnb.

De hiervoor genoemde beschermingsverplichtingen werden echter niet voldoende geacht door de wetgever, hetgeen aanleiding vormde om een aantal soorten via artikel 3.10 Wnb van extra bescherming te voorzien. Het gaat daarbij in het bijzonder om (een deel van de) soorten die in Neder-

land in hun voortbestaan worden bedreigd en daarom op de rode lijsten zijn geplaatst. Daarnaast gaat het – in het licht van hun intrinsieke waarde – om dieren, ongeacht of het om bedreigde soorten gaat, of niet.

Alle onder het beschermingsregime voor andere soorten vallende dieren en planten worden genoemd in de onderdelen A en B van de bijlage bij de Wnb. Een eventuele uitbreiding van de rode lijst leidt er dus niet toe dat de toegevoegde soorten daarmee onder de werking van de verbodsbepaling voor andere soorten vallen. Alleen met een wetswijziging kan de bijlage bij de Wnb worden aangepast. Het feit dat het beschermingsregime van de Wnb niet onmiddellijk van toepassing wordt op nieuwe rodelijstsoorten is naar onze mening in strijd met de verplichtingen die Nederland op grond van het Biodiversiteitsverdrag en het Verdrag van Bern is aangegaan, zeker in een situatie waarin de biodiversiteit schrikbarend terugloopt.⁵

Voor de in onderdeel A van de bijlage opgenomen diersoorten geldt een verbod op het opzettelijk doden, of vangen, en op het opzettelijk beschadigen of vernielen van vaste voortplantingsplaatsen, of rustplaatsen. Uit de memorie van toelichting volgt dat vanuit maatschappelijke organisaties is aangedrongen op een goede wettelijke bescherming van de voortplantings- en rustplaatsen van deze soorten, bijvoorbeeld dassenburchten.⁶ Ook een aantal vaatplantensoorten wordt voorzien van een wettelijke bescherming op grond waarvan het verboden is ze te plukken, te vernielen, af te snijden of te verzamelen. Deze soorten zijn opgenomen in onderdeel B van de bijlage bij de wet.

Recent hebben twee rechtbanken geoordeeld over de bescherming van de functionele leefomgeving van de das,

1 Resp. art. 3.1 e.v., art. 3.5 e.v. en art. 3.10.

2 Verdrag inzake Biologische Diversiteit, Convention on Biological Diversity (CBD), *Trb.* 1993, 54.

3 Verdrag inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijke leefmilieu in Europa, laatstelijk gewijzigd *Trb.* 2018, 54.

4 Voorheen ecologische hoofdstructuur genoemd. *Kamerstukken II* 2011/12, 33348, nr. 3, p. 149.

5 Global Ecosystem Assessment 2019, Intergouvernementeel Platform voor Biodiversiteit en Ecosysteemdiensten (IPBES). <https://www.ipbes.net/news/Media-Release-Global-Assessment>.

6 Vindplaats: zie vorige noot.

één van de soorten die worden beschermd via artikel 3.10 Wnb. Deze uitspraken zijn elders in dit nummer opgenomen. De rechtbanken lijken verschillend te oordelen over de uitleg van het verbod op het opzettelijk beschadigen of vernielen van de vaste voortplantingsplaatsen of rustplaatsen, zoals bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder b, Wnb. In dit artikel gaan wij nader in op beide uitspraken om de verschillende redeneerlijnen over de interpretatie van deze wettelijke bepaling te commentariëren. Wij doen dit vanuit juridisch en ecologisch perspectief, vanuit het besef dat (het instrumentarium van) de wet uiteindelijk dienstbaar moet zijn aan het doel van de wet, zoals neergelegd in artikel 1.10 Wnb. Het belangrijkste doel van de wet is immers het beschermen en ontwikkelen van de natuur, mede vanwege de intrinsieke waarde, en het behouden en herstellen van de biologische diversiteit.⁷ Daarom gaan we ook kort in op de verschillen tussen de beschermingskaders voor ‘strikt beschermde soorten’ op grond van artikel 3.5 Wnb en de bescherming van ‘andere soorten’ als bedoeld in artikel 3.10 Wnb. Hoe gerechtvaardigd zijn verschillen in de mate van bescherming? Ook de bescherming van planten krijgt daarbij aandacht. We sluiten af met een conclusie.

Discussie over dassen

In Amersfoort woedt een geschil over bomenkap ten behoeve van de aanleg van een ringweg rond deze stad. In dat kader is een procedure gevoerd over de handhaving van de Wnb, nu voor bepaalde soorten ten onrechte geen ontheffing zou zijn aangevraagd. Daarom sprak de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland op 4 februari 2019 een ordemaatregel uit inhoudende dat tot de datum van bekendmaking van de beslissing op bezwaar geen (kap)werkzaamheden mochten worden uitgevoerd.⁸ Vervolgens heeft de voorzieningenrechter het verzoek op 8 februari 2019 ter zitting behandeld, en op dezelfde dag mondeling uitspraak gedaan, en daarbij de schorsing opgeheven.⁹ De voorzieningenrechter vond dat de belangenafweging nu in het voordeel van de gemeente Amersfoort moest uitvallen en dat er geen zwaarwegende reden was om de bomenkap verder uit te stellen. Daarbij speelt de overweging dat de das onder de Wnb een beperktere bescherming toekomt dan voorheen onder de Flora- en faunawet een belangrijke rol. De voorzieningenrechter overweegt dat de wetgever met de Wnb een wijziging heeft beoogd in de wettelijke systematiek van soortenbescherming. In de Wnb wordt nu onderscheid gemaakt tussen de bescherming van soorten die voortvloeit uit de Habitatrichtlijn enerzijds en de bescherming van (inheemse) soorten anderzijds. Daarbij geldt dat de mate van bescherming van inheemse soorten minder omvangrijk is dan de bescherming van ‘strikt beschermde soorten’. Dit betekent volgens de voorzieningenrechter (en hij verwijst daarbij naar de memorie van toelichting bij de Wnb) dat diersoorten en plantensoorten

op grond van artikel 3.10 Wnb beschermd worden door enkele zeer gerichte verboden, naast de algemeen geldende zorgplicht. Dit brengt de voorzieningenrechter ertoe om het wettelijk verbod op het vernielen of beschadigen van ‘vaste voortplantingsplaatsen of rustplaatsen’ van artikel 3.10-soorten beperkt uit te leggen ten opzichte van het verbod, genoemd in artikel 3.5, vierde lid, Wnb dat geldt voor ‘strikt beschermde soorten’. Binnen de reikwijdte van het verbod voor het vernielen en beschadigen voortplantingsplaatsen en rustplaatsen van ‘strikt beschermde soorten’ valt wel de aantasting van essentieel foerageergebied. Voor nationaal beschermde soorten geldt deze uitbreiding van de bescherming van ‘functioneel leefgebied’ in beginsel niet. Dit, omdat deze uitgebreidere bescherming van het leefgebied van deze soorten voortvloeit uit Europese rechtspraak, gebaseerd op de Habitatrichtlijn. En de nationale soorten worden niet beschermd omdat een noodzaak daartoe voortvloeit uit de Habitatrichtlijn, dus mag die bescherming beperkter zijn.

De kern van deze uitspraak staat in rechtsoverweging 20, waarin de voorzieningenrechter aangeeft dat: ‘... *de wetswijziging tot gevolg [heeft] dat het uit de Habitatrichtlijn voortvloeiende toetsingscriterium van de ABRvS dat gold voor de Ffu, niet moet worden toegepast bij zaken die gaan over de toepassing van artikel 3.10, eerste lid, van de Wnb. Het is daarom niet relevant of het foerageergebied van de das samenvalt met (een van) de dassenburcht(en).*’

Uit deze overweging van de voorzieningenrechter volgt dat het niet relevant is of het foerageergebied samenvalt met de dassenburcht, omdat deze niet conform de eerdere lijn als beschermd moet worden beschouwd als deze van essentieel belang is voor het functioneren van de verblijfplaats. De voorzieningenrechter geeft met betrekking tot de nationaal beschermde soorten in artikel 3.10 lid 1 een nieuw toetsingscriterium in overweging 21. Daarin stelt de voorzieningenrechter dat er pas sprake is van het opzettelijk beschadigen of vernielen van de burcht, als door een ingreep in het foerageergebied de das zijn burcht zal verlaten. Verder geeft de voorzieningenrechter aan dat wordt getoetst of de handeling ‘met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid’ of ‘vrij zeker’ zal leiden tot het verlaten van de burcht. Deze uitleg in overweging 21 heeft dan alleen in ‘enge’ zin betrekking op het functioneren van een verblijfplaats zelf en de directe koppeling tussen een handeling en het niet meer kunnen functioneren van de verblijfplaats (in de zin dat deze ten gevolge van de voorgenomen activiteit wordt verlaten).

Het is opvallend dat de Rechtbank Overijssel op 13 maart 2019 een ander standpunt innam.¹⁰ Volgens de rechtbank worden foerageergebieden en migratieroutes niet gerekend tot de vaste voortplantingsplaatsen of rustplaatsen die op grond van artikel 3.10 bescherming genieten, tenzij deze als zodanig samenvallen met een vaste rust- of verblijfplaats. Echter, dit neemt niet weg dat artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wnb wordt overtreden, indien door het verdwijnen van het foerageergebied of migratie-

7 Art. 1.10, lid 1, onderdeel a, Wnb.

8 ECLI:NL:RBMNE:2019:380, gepubliceerd in «JM» 2019/42.

9 ECLI:NL:RBMNE:2019:748.

10 ECLI:NL:RBOVE:2019:860.

routes de ecologische functionaliteit van een vaste voortplantingsplaats of rustplaats zodanig wordt verstoord, dat deze plaats om die reden zal worden verlaten. Deze ‘leer’ is afgeleid van de uitleg van de Europese Commissie van de verbodsbepalingen van artikel 12 Hrl, zoals neergelegd in het zogenoemde Guidance-document¹¹ waar ook de rechtbank Midden-Nederland naar verwijst.

De aanname dat voor ontheffing-verlening voor nationale soorten méér ecologisch onderzoek zou moeten worden verricht dan voor ‘strikt beschermde soorten’ zal de wetgever zeer onwelgevallig zijn

De Commissie wijst er in het Guidance-document op dat artikel 12, eerste lid, sub d, Hrl tot doel heeft om de ecologische functionaliteit van voortplantings- en rustplaatsen te beschermen. Datzelfde doel ligt ten grondslag aan artikel 5 Vrl. Daartoe kunnen ook vaste vliegroutes en het foerageergebied worden gerekend als deze samenvallen met de rust- of verblijfplaatsen en deze van essentieel belang zijn voor de functionaliteit van die verblijfplaatsen.¹² Het criterium van ecologische functionaliteit komt ook terug in jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹³

Artikel 3.5 en 3.10 Wnb vergeleken

De verschillende opvattingen van beide rechtbanken over de bescherming van voortplantingsplaatsen en rustplaatsen geeft aanleiding tot een nadere analyse. Maakt de voorzieningenrechter Midden-Nederland al dan niet terecht een onderscheid tussen de bescherming van dergelijke locaties op grond van het beschermingsregime voor ‘andere’ soorten? Kan dit onderscheid ecologisch (en juridisch) worden gerechtvaardigd? Welke verschillen zijn er verder tussen de bescherming van ‘strikt beschermde soorten’ en ‘andere soorten’?

De beschermingskaders van voortplantings- en rustplaatsen vergeleken

Het Guidance-document over de strikte bescherming van soorten, waar beide rechters naar verwijzen, heeft in beginsel alleen betrekking op ‘strikt beschermde soorten’ waarop artikel 12 Hrl ziet. Het is bovendien geen juridisch bindend document, maar bevat slechts de visie van de Europese Commissie. Op de bescherming van strikt beschermde soorten ziet artikel 3.5 Wnb, niet artikel 3.10 Wnb. En de

das en een aantal andere soorten worden alleen beschermd onder artikel 3.10, de nationale lijst van beschermde soorten (andere soorten). De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland constateert onzes inziens terecht dat de bescherming van soorten onder artikel 3.10 beperkter is dan de bescherming van ‘strikt beschermde soorten’ en dat deze beperking in bescherming ook door de wetgever bedoeld is. Maar hoe ver moet die bescherming dan gaan?

Wie artikel 3.10, eerste lid en onder b, Wnb nauwkeurig leest, zal het opvallen dat het opzettelijk beschadigen en vernielen van ‘vaste’ voortplantingsplaatsen en rustplaatsen verboden is. Voor strikt beschermde soorten, ontbreekt in artikel 3.5 lid 4 Wnb het woord ‘vaste’ voor voortplantingsplaatsen en rustplaatsen. Is met het woord ‘vaste’ in artikel 3.10 Wnb beoogd om aan te geven dat enkel en alleen de verblijfplaats en niet de omgeving van die verblijfplaats moet worden beschermd? Of is het de bedoeling geweest om aan te geven dat het gebruik van de verblijfplaats door de diersoort een zekere bestendigheid moet vertonen, zodat bijvoorbeeld niet iedere ligplek van een ree behoeft te worden beschermd? Wij verwachten dat laatste. Zoals ook aangegeven in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland, heeft de wetgever beoogd ‘enkele zeer gerichte verboden’ op te nemen met betrekking tot de nationaal beschermde soorten.¹⁴ Met betrekking tot de term ‘vaste’, gaat het onzes inziens met name om de bestendigheid van een bepaalde plaats voor de functie als voortplantings- of rustplaats. De plaats hoeft hierbij niet in een aaneengesloten periode te functioneren. Het gaat er voornamelijk om of de plaats bestendig wordt gebruikt voor de functie als voortplantingsplaats of rustplaats, waarbij er rekening moet worden gehouden met bepaalde seizoenen. Als voorbeeld dient de functie als voortplantingsplaats; de plaats is bestendig in gebruik als de soort er ieder aaneengesloten jaar aantoonbaar naar terugkeert en de plaats gebruikt als voortplantingsplaats. Dat de plaats niet in gebruik is buiten het voortplantingsseizoen, doet niet af aan het jaarlijks terugkeren van de diersoort naar dezelfde plaats om de plaats te gebruiken. Indien deze bestendigheid van het gebruik als voortplantings- of rustplaats kan worden aangetoond, is sprake van een ‘vaste’ voortplantings- of rustplaats.

Als bovenstaand criterium, de aantoonbaarheid van het bestendig gebruik van een plaats als voortplantings- of rustplaats, wordt toegepast op de bescherming van verblijfplaatsen van nationaal beschermde soorten, heeft dit tot gevolg dat intensiever en langduriger onderzoek moet worden verricht dan noodzakelijk is om een al dan niet tijdelijke voortplantings- en rustplaats aan te tonen of uit te sluiten voor Europees beschermde soorten. Immers, er dient dan aantoonbaar uit een reeks waarnemingen in verschillende onderzoeksrondes te blijken dat een bepaalde soort steeds van dezelfde plaats gebruik maakt als voortplantings- of rustplaats in opeenvolgende seizoenen. Voor Europees beschermde soorten zijn de reguliere onder-

11 Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, February 2007.

12 Zie bijv. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4024, «JM» 2015/27, m.nt. L. Boerema.

13 Zie bijv. ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1814, «JM» 2016/114, m.nt. S.M. van Velsen.

14 Kamerstukken II 2011/12, 33348, nr. 3, p. 153-154.

zoeksprotocollen veelal gericht op het aantonen van een verblijfplaats en het kunnen uitsluiten dat een soort een verblijfplaats heeft binnen één seizoen. Deze protocollen zijn niet gericht op het aantonen van het bestendige gebruik van de verblijfplaats; een aanname van de bestendigheid van de verblijfplaats en daarmee een aanname van de mate van belang voor de populatie, wordt in de regel als voldoende beschouwd. Meerjarig onderzoek wordt vanuit deze redenering ook niet redelijk geacht; een dergelijk onderzoek vergt een zodanige planning, tijd en budget dat dit niet als redelijk kan worden beschouwd vanuit de zorgplicht waaruit de onderzoeksplicht naar voren komt. Daar komt bij dat ieder type verblijfplaats van een Europees beschermde soort beschermd is en handelingen die de functie zullen aantasten leiden tot de overtreding van de verbodsbepaling.

De consequentie dat voor ontheffingverlening voor nationale soorten méér ecologisch onderzoek zou moeten worden verricht dan voor 'strikt beschermde soorten' zal de wetgever zeer onwelgevallig zijn: het was immers de bedoeling om voor deze soorten een 'beperkter' beschermingskader te creëren. Een uitgebreidere onderzoeksverplichting is strijdig met deze gedachte.

Veelal zal een initiatiefnemer ook geen groter budget willen vrijmaken voor onderzoek naar vaste verblijfplaatsen van nationaal beschermde soorten. Aangezien er bij de toepassing van de reguliere onderzoeksprotocollen geen uitspraak kan worden gedaan over de bestendigheid van de verblijfplaats, wordt er in de praktijk uit voorzorg van uitgegaan dat een aangetroffen verblijfplaats van een nationaal beschermde soort 'bestendig' is en derhalve beschermd. Hiermee wordt ook een juridisch risico over het trekken van een onduidelijke conclusie in het ecologische rapport voorkomen. Daar is natuurlijk wat voor te zeggen; als een onderzoek naar nationaal beschermde soorten grootschaliger en duurder wordt dan het onderzoek naar Europees beschermde soorten, wordt de nationale bescherming als minder soepel ervaren. Bovendien vraagt de zorgplicht tevens om een bepaalde mate van zorgvuldigheid, waarmee het gerechtvaardigd is om een verblijfplaats als beschermd te beschouwen, tot het tegendeel bewezen is dat het niet om een vaste verblijfplaats gaat.

Daarmee is er echter geen aantoonbaar bewijs dat een nationaal beschermde soort daadwerkelijk een vaste voortplantings- of rustplaats heeft. Het woord 'vaste' zorgt met name bij rechtszaken en handhaving tot het mogelijke knelpunt dat de bestendigheid veelal niet kan worden aangetoond zonder meerjarig onderzoek. Dit juridisch risico weegt echter op tegen de zorgvuldigheid om iedere verblijfplaats te beschouwen als beschermd en ook als zodanig om te gaan met verblijfplaatsen van nationaal beschermde soorten. Met deze handelwijze kan aan de praktijk en aan de wens van de wetgever tegemoet worden gekomen dat er geen extra onderzoeksinzet noodzakelijk is voor 'nationale soorten'. Verder wordt op deze manier feitelijk invulling gegeven aan het voorzorgbeginsel, waarmee ze ook juridisch te verantwoorden is.

Maar waarom worden voortplantings- of rustplaatsen ecologisch gezien eigenlijk beschermd? Wat is de ratio? En is er ecologisch gezien aanleiding om een verschil in bescherming te relateren aan het beschermingsregime dat op een soort van toepassing is? Ecologisch gezien is een voortplantingsplaats of rustplaats van een soort alleen relevant als die soort er ook daadwerkelijk gebruik van kan maken. Daarvoor is de beschermingsstatus van het dier niet van belang. En als het wettelijk verbod ziet op het 'vernietelen of beschadigen' van een verblijfplaats, dan kan de ratio daarvan alleen maar zijn dat de soort er gebruik van moet kunnen blijven maken. Met andere woorden: als iemand door ultrasoon geluid een dier uit zijn verblijfplaats drijft, dan vernietigt of beschadigt diegene de verblijfplaats niet in strikte zin, maar wel in ecologische zin. Daarmee is de verblijfplaats in functionele zin beschadigd. Los daarvan zou het naar ons oordeel ook niet zo mogen zijn dat, doordat in art. 3.10 een verbod ontbreekt op het verstoren van dieren van Bijlage A van de wet, verstoring ook zou mogen leiden tot het verlaten van verblijfplaatsen door soorten. Uiteraard zou dergelijk handelen ook strijdig zijn met de zorgplicht, neergelegd in artikel 1.11 Wnb.

De ondergrens in de bescherming voortvloeiend uit het verbod op beschadigen of vernietigen van voortplantings- of rustplaatsen is naar onze smaak feitelijk bepaald op de garantie dat het dier de plek moet kunnen blijven gebruiken. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland toetst daarom terecht of het waarschijnlijk is dat de das zijn burcht zal verlaten ten gevolge van de bomkap. Maar hoe lang blijft de dassenburcht functioneel als er geen eten of drinken beschikbaar is? Of een partner kan worden bereikt? Met betrekking tot het aangegeven onderscheid tussen de bescherming van verblijfplaatsen van Europees beschermde en nationaal beschermde soorten, is het de vraag wat dit onderscheid exact inhoudt en welke gevolgen het onderscheid heeft in de praktijk. Wie de nuance opzoekt komt tot het oordeel dat het verschil in toetsing neerkomt op de aannemelijkheid van een direct dan wel spoedig te verwachten vertrek van de das, of het ongeschikt worden van de burcht (art. 3.10 Wnb), of een gereede kans op vertrek van de das of ongeschikt worden van de burcht door een verlies aan functionaliteit van de leefomgeving van de burcht (art. 3.5 Wnb).

Het door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland aangegeven criterium dat de verbodsbepaling uit artikel 3.10 lid 1 onderdeel b alleen wordt overtreden indien een verblijfplaats met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal worden verlaten door een bepaalde handeling, is onzes inziens een niet haalbaar en onredelijk criterium, dat geen recht doet aan de ecologische noodzaak dat een dier naast een verblijfplaats een geschikte leefomgeving nodig heeft. De uitleg van de voorzieningenrechter zou tot gevolg hebben dat vrijwel nooit een overtreding kan worden aangetoond als alleen het leefgebied wordt aangetast door een handeling.

Tussenconclusie

Naar ons oordeel is de essentie van een verbod op vernielen of beschadigen van een verblijfplaats van een soort niet het verbod op beschadigen of vernielen van de plek op zichzelf, maar het niet meer kunnen functioneren van een plek als verblijfplaats. Dat betekent dat een soort de mogelijkheid moet worden geboden om te kunnen blijven voortbestaan. Verder wordt vanuit de zorgplicht gevraagd om naar redelijkheid te handelen, waaruit een bepaalde mate van voorzorg spreekt. Vanuit deze voorzorg zou men ook bij minder eenduidige gevallen de bescherming van de soort moeten laten prevaleren. Dit pleit, naast de hierboven beschreven uiteenzetting van de ecologische gevolgen van de uitspraak, voor het handhaven van de jurisprudentielijn die ook geldt voor 'strikt beschermde soorten'. Dat impliceert, ook voor soorten die worden beschermd op grond van artikel 3.10 Wnb, dat de ecologische functionaliteit van de verblijfplaats dient te worden beschermd. Dit klemt te meer omdat in beginsel de plaatsing op de 'rode lijsten' van bedreigde of ernstig bedreigde soorten de aanleiding is geweest voor het opnemen van soorten op bijlage A bij de wet en daarmee tot bescherming door artikel 3.10 Wnb.¹⁵ Het gaat niet alleen om de das, maar ook om soorten die het slecht doen en bedreigd worden in hun voorkomen, zoals bijvoorbeeld de boomarter, benoemd als 'kwetsbaar' op de rode lijst. Het uithollen van de wettelijke bescherming van verblijfplaatsen van 'andere' soorten is ook in strijd met de uitgangspunten van het Biodiversiteitsverdrag. Daarmee verdient de door de Rechtbank Overijssel gekozen lijn over de bescherming van de verblijfplaats van de das (en daarmee andere soorten op bijlage A bij de wet) navolging.

Overige verschillen tussen artikel 3.5 en artikel 3.10 Wnb.

Er zijn meer verschillen tussen artikel 3.5 en artikel 3.10 Wnb die leiden tot een verschil in beschermingsniveau van beide categorieën soorten. In artikel 3.5 Wnb is geen opzetvereiste opgenomen in de verbodsbepaling die ziet op het beschadigen en vernielen van voortplantingsplaatsen, of rustplaatsen, in tegenstelling tot artikel 3.10, eerste lid en onder b, Wnb. Verblijfplaatsen van 'strikt beschermde soorten' zijn daarmee strikter beschermd, opdat 'opzet' niet hoeft te worden aangetoond. In dat geval is dus eerder sprake van overtreding van het wettelijk verbod. Dit verschil is met name relevant in het kader van de handhaving.¹⁶ Een andere beperking in de bescherming van artikel 3.10-soorten, is dat een verbod op het opzettelijk verstoren van die soorten ontbreekt. In artikel 3.5, tweede lid, Wnb is een dergelijk verbod wel van toepassing op 'strikt beschermde soorten'. Het ontbreken van een verbod op (opzettelijk) verstoren levert problemen en frustraties op voor handhavers van de groene regelgeving. Zij zien in de praktijk dat sommige soorten opzettelijk worden verstoord, maar

kunnen daar niet tegen optreden. De minister van LNV draait in haar beantwoording van Kamervragen handig om de problemen heen die de handhavers op de Wadden in de praktijk ervaren door het ontbreken van een verbod op verstoren in artikel 3.10 Wnb. Ze wijst op de zorgplicht, die van toepassing is op activiteiten die de grijze zeehond of gewone zeehond (beide opgenomen in onderdeel A van de bijlage bij de Wnb) verstoren, aangezien de Wnb zelf niet voorziet in een expliciet verbod. 'Door middel van actieve voorlichting kan aan bezoekers duidelijk worden gemaakt dat in het Waddengebied de zorgplicht met zich brengt dat zij op afstand moeten blijven van rustende dieren als zeehonden en vogels', aldus de minister.¹⁷ Daarmee worden de handhavers met een kluitje in het riet gestuurd, nu de zorgplicht zich eigenlijk niet leent voor optreden tegen verstoren en alleen bestuursrechtelijk te handhaven is en niet strafrechtelijk.

Verder speelt uiteraard een verschil in de mate waarin uitzonderingen kunnen worden toegestaan op de wettelijke bescherming van 'strikt beschermde' en nationaal beschermde soorten, door ontheffingverlening of vrijstellingen. Daarvoor is van belang dat voor nationaal beschermde soorten meer belangen kunnen worden aangevoerd om een uitzondering op de verbodsbepaling te maken dan voor strikt beschermde soorten. Zie hiervoor artikel 3.8, lid 5, en 3.10, lid 2, Wnb.

De bescherming van planten onder artikel 3.10 Wnb.

Voor niet onder de bescherming van de artikelen 3.5 tot en met 3.9 vallende plantensoorten die in hun voortbestaan worden bedreigd en daarom op de rode lijsten zijn geplaatst, voorziet artikel 3.10, eerste lid, onderdeel c, Wnb in een verbod om deze in hun natuurlijke verspreidingsgebied opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen. Het gaat daarbij meer specifiek om bepaalde vaatplantensoorten die zijn opgenomen in onderdeel B van de bijlage bij de wet. Artikel 3.5, vijfde lid, Wnb bevat eenzelfde verbodsbepaling als artikel 3.10 Wnb. Er is in die zin, anders dan bij de diersoorten, geen verschil in de mate van wettelijke bescherming van nationaal beschermde of strikt beschermde soorten. Alleen de gronden waarop een uitzondering op de bescherming via ontheffingverlening of vrijstelling kan worden gemaakt, verschillen, zoals hierboven al toegelicht.

De Wet natuurbescherming beschermt – naast de vier via artikel 3.5 op grond van de Habitatrichtlijn aangewezen beschermde plantensoorten¹⁸ – via artikel 3.10, lid 1, onderdeel c, ook in totaal 76 verschillende soorten vaatplanten. De

15 Zie voor toelichting totstandkoming lijst bijlage A en B, *Kamerstukken II* 2014/15, 348 nr. 9, p. 78-81, antwoord 162, 163, 166 en 169.

16 Zie ook: A. Tubbing, 'Handhaving van natuurregelgeving door gemeenten', *NBR* 2018/5-6.

17 Antwoord van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) mede namens de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (IenW) op Kamervragen van het lid Wassenberg (PvdD) van 30 april 2019, DGN-VLG / 19030187

18 Van die vier beschermde plantensoorten is er één, de zomerschroeforchis (*Spiranthes aestivalis*) al sinds 1936 in Nederland uitgestorven. De overige drie soorten zijn kruipend moerasscherm (*Apium repens*), groenknolorchis (*Liparis loeselii*) en drijvende waterweegbree (*Luronium natans*).

namen van de soorten zijn vermeld in onderdeel B van de bijlage bij de Wnb. Dat aantal is dus kleiner dan de 102 soorten die de Flora- en faunawet tot 1 januari 2017 beschermde. Van die 102 soorten¹⁹ viel bij de inwerkingtreding van de Wnb een aantal soorten af, waaronder veel van de inheemse orchideeën, klokjes en muurplanten. De resterende soorten bleven beschermd en aan die lijst werden diverse ernstig bedreigde plantensoorten toegevoegd. De door de Wnb beschermde plantensoorten zijn in Nederland dan ook voor het overgrote deel zodanig zeldzaam dat het aantal populaties dat beschermd wordt, ondanks de slechts beperkte afname van het aantal beschermde soorten, fors is afgenomen. Momenteel worden onder meer diverse soorten van akkers beschermd, maar dan alleen die akkers waarop op een zeer extensieve wijze gewassen worden geteeld, zonder gebruik van kunstmest of bestrijdingsmiddelen. Het zijn akkers, veelal kleine natuurreservaatjes, waar niet de gewasopbrengst maar veeleer het behoud van de bijzondere akkeronkruiden het hoofddoel is. Het uit de Nationale Databank Flora en Fauna bekende aantal populaties, is per soort vrijwel steeds kleiner dan tien. Daardoor is de trefkans gering en zijn er in de praktijk ook maar weinig botanici die deze plantensoorten met zekerheid kunnen herkennen. Dit vergroot de kans op onbedoelde wetsovertredingen.

Bij wilde (vaat)planten is het volgens artikel 3.10 Wnb verboden de planten ‘in hun natuurlijke verspreidingsgebied opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen.’ De verbodsbepaling gaat dus over de planten zelf en niet over de groeiplaats. Dat is opmerkelijk, omdat de groeiplaats zeer belangrijk, zo niet allesbepalend is voor het voortbestaan van een plant. Kennelijk is het zonder de wet te overtreden mogelijk om de groeiplaats te laten verdrogen (door bemaling bijv.) of te bemesten en wordt de verbodsbepaling pas overtreden wanneer men de planten zou willen verplaatsen (ontwortelen immers) naar een minder kwetsbare groeiplaats.

Een tweede belangrijke beperking is de toevoeging ‘in hun natuurlijke verspreidingsgebied’. Dat roept uiteraard meteen de vraag op wat dat ‘natuurlijke verspreidingsgebied’ is. Het gaat kennelijk om een deel van Nederland, anders zou men niet voor deze formulering kiezen in een wet die alleen geldig is binnen het Nederlandse grondgebied. Maar welk deel dan? Het lijkt redelijk daarvoor een botanische insteek te kiezen, zoals die van de ‘floradistricten’ waarin Nederland is ingedeeld op grond van plantensoorten met vergelijkbare verspreidingsbeelden. Door daaraan een referentiejaar te koppelen, zeg 1950, zouden alle floradistricten waarbinnen die soort toen voorkwam,

als het natuurlijke verspreidingsgebied beschouwd kunnen worden.

Mogelijk kan worden aangesloten bij de redenering uit het Guidance-document voor strikt beschermde soorten. Het begrip ‘natuurlijk verspreidingsgebied’ komt ook voor in de wetsbepaling voor de bescherming van ‘strikt beschermde planten’ op grond van artikel 3.5 Wnb en is ontleend aan de Habitatrictlijn. De Habitatrictlijn gebruikt dit begrip ook bij de bepaling van de zogenaamde ‘gunstige staat van instandhouding’. In het Guidance-document wordt op pagina 11 ingegaan op het begrip ‘natuurlijk verspreidingsgebied’. Hieruit blijkt dat onder dit begrip gebieden vallen waar een soort van nature voorkomt, of zich naartoe verspreidt. Bij herintroductie geldt dat, indien werd geherintroduceerd in een gebied waar de soort ook in het verleden voorkwam, dit gebied behoort tot het natuurlijke verspreidingsgebied. Ook als een soort zich verspreidt door beheer van natuurgebieden of bepaalde landbouwpraktijken dan wordt het natuurlijk verspreidingsgebied van de soort groter. Als ergens individuele exemplaren opduiken die opzettelijk lijken te zijn uitgezet, of per ongeluk verschijnen op plekken waar ze eerder niet voorkwamen en waar ze in de voorzienbare toekomst ook niet verwacht zouden worden, dan moet men er van uitgaan dat ze niet binnen het natuurlijk verspreidingsgebied voorkomen. Dat geldt ook voor de enkele toevallige waarneming van een soort.

Als een onderzoek naar nationaal beschermde soorten grootschaliger en duurder wordt dan het onderzoek naar Europees beschermde soorten, wordt de nationale bescherming als minder soepel ervaren

Omdat op de lijst van beschermde plantensoorten vrijwel alleen ernstig bedreigde plantensoorten staan (en die soorten alleen ernstig bedreigd worden genoemd wanneer ze sinds 1950 zeer sterk zijn afgenomen), betekent dat dat de planten ook binnen hun natuurlijke verspreidingsgebied – in tegenstelling tot 1950 – nog maar sporadisch voorkomen. Soms vinden daarom herintroducties plaats, waarbij ernstig bedreigde soorten op lang geleden verloren gegane groeiplaatsen worden geherintroduceerd. Voorbeelden zijn de muurbloem of (al dan niet door verspreiding van hooi met zaden) diverse soorten van stroomdalgraslanden, natte schraalgraslanden of akkerplanten. Hoewel dat soort herintroducties – als ze goed worden voorbereid – altijd binnen het natuurlijke verspreidingsgebied van die plantensoorten plaatsvinden, roept dat wel de vraag op of de geherintroduceerde plantensoorten op de ‘nieuwe’ groeiplaatsen beschermd zijn. Na verloop van jaren zal, zeker wanneer de herintroductie spaarzaam is gedocumenteerd, de geherintroduceerde plant zich niet meer goed van de wilde planten laten onderscheiden. Uit voorzorg lijkt het ons daarom

19 Van deze 102 soorten werden er dertien vermeld in ‘tabel 1’, soorten waarvoor bij ruimtelijke ontwikkelingen een vrijstelling gold. 84 soorten werden vermeld in ‘tabel 2’ en nog eens vijf in ‘tabel 3’. Die laatste vijf soorten golden als ‘strikt beschermd’, het betrof de ook nu nog Europeesrechtelijk beschermde vier plantensoorten plus groot zee gras (*Zostera marina*), een soort waarvan, achteraf ten onrechte, werd aangenomen dat ook deze soort strikt moest worden beschermd, nu door de vermelding in de Conventie van Bern.

verstandig ook de (groeiplaatsen van) geherintroduceerde planten te beschermen. Dit zou ook stroken met de hierboven aangegeven lijn uit het Guidance-document.

Conclusie

Hoewel de wetgever voor wat betreft de wettelijke bescherming van diersoorten opgenomen in onderdeel A van de bijlage, in artikel 3.10 Wnb heeft gekozen voor een (ten opzichte van – met name – art. 3.5 Wnb) beperkter beschermingskader, is de bescherming van deze soorten niet minder van belang. Juist omdat een aantal ernstig bedreigde ‘rode-lijstsoorten’ wordt beschermd door deze bepaling, is ze van cruciaal belang voor de adequate implementatie van het Biodiversiteitsverdrag en het Verdrag van Bern. Een beperktere uitleg van de bewoordingen van artikel 3.10 Wnb ten opzichte van artikel 3.5 Wnb is daarmee, naar ons oordeel, niet gerechtvaardigd.

Voor de bescherming van planten geldt, dat feitelijk slechts sporadisch voorkomende planten door plaatsing op onderdeel B van de bijlage onder de wettelijke bescherming van

artikel 3.10 Wnb zijn gebracht. Dat vinden wij wel heel mager, zeker in het licht van bovenstaande Verdragsverplichtingen. Bovendien zou een betere bescherming van de groeiplaats van de plant op zijn plek zijn, nu feitelijk een plant kan worden gedood als de omstandigheden van zijn groeiplaats op voor hem nadelige wijze worden beïnvloed zonder de wettelijke verbodsbepaling te overtreden. We zouden verder willen pleiten voor een betere uitleg van het begrip ‘natuurlijk verspreidingsgebied’.

Over de auteurs

Mr. drs. L. Boerema

Juridisch adviseur bij Boerema & Van den Brink BV, adviseurs ecologie en natuurwetgeving. Lid van de redactie van *NBR*.

S. Hunink BSc.

Ecoloog en adviseur natuurwetgeving bij het ecologisch adviesbureau Ecologica. Lid van de redactie van *NBR*.

Ir. N. Jeurink

Senior specialist natuurbescherming bij Tauw. Lid van de redactie van *NBR*.