

Vrijstelling van Flora- en faunawetverboden door gebruik van goedgekeurde gedragscodes wordt in de Wet natuurbescherming voortgezet

Blog advkantoor Stibbe [02/01/2017](#)

De mogelijkheid die het regime van de [Flora- en faunawet](#) (Ffw) sinds 2005 bood om met behulp van een goedgekeurde gedragscode vrijstelling te krijgen van de verboden in artikel 8 tot en met 12 Ffw, blijft ook onder het regime van de per 1 januari 2017 in werking getreden [Wet natuurbescherming](#) (Wnb) bestaan. Om mogelijke verschillen te identificeren volgt hierna een beschrijving van het oude en het nieuwe wettelijk kader voor het gebruik van gedragscodes.

Wettelijk kader tot 1 januari 2017

De artikelen 8 tot en met 12 Ffw hielden verschillende verboden in om beschermde dier- en plantsoorten te beschadigen, vangen, doden, opzettelijk verstoren, etc. Van deze verboden kon ingevolge artikel 75 Ffw bij algemene maatregel van bestuur (amvb) vrijstelling worden verleend. De hier bedoelde amvb betrof het [Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantsoorten](#) (Vrijstellingsbesluit Ffw). Artikel 16b van het Vrijstellingsbesluit Ffw voorzag in een vrijstelling voor andere dan bij ministeriële regeling aangewezen in het wild levende beschermde inheemse dier- en plantensoorten ten behoeve van:

1. de uitvoering van werkzaamheden in het kader van bestendig beheer of onderhoud van vaarwegen, watergangen, waterkeringen, oevers, vliegvelden, wegen, spoorwegen en bermen en in het kader van natuurbeheer;
2. de uitvoering van werkzaamheden in het kader van bestendig beheer of onderhoud in de landbouw en de bosbouw;
3. bestendig gebruik;
4. de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke ontwikkeling en inrichting.

mits de werkzaamheden en het gebruik aantoonbaar plaatsvonden overeenkomstig een door de Minister van Economische Zaken (de Minister) goedgekeurde gedragscode.

Ingevolge artikel 16c Vrijstellingsbesluit Ffw moest de gedragscode in ieder geval een beschrijving bevatten van de wijze van uitvoering van de werkzaamheden of het gebruik die naar het oordeel van de Minister voldoende waarborgde dat geen benutting of economisch gewin plaatsvond en zorgvuldig werd gehandeld ten aanzien van de in artikel 16d, lid 2, onder b, Ffw bedoelde soorten (bedoelde soorten). Zorgvuldig handelen hield in ieder geval in dat slechts werkzaamheden werden verricht of gebruik plaatsvond waarvan geen wezenlijke invloed uitging op de bedoelde soorten en dat voorafgaand en tijdens de werkzaamheden of het gebruik in redelijkheid alles werd verricht of gelaten om te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken dat

1. de bedoelde dieren werden gedood, verwond, gevangen, bemachtigd of met het oog daarop werden opgespoord;
2. nesten holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van de bedoelde dieren werden beschadigd, vernield, uitgehaald, weggenomen of verstoord;
3. eieren van de bedoelde dieren werden beschadigd of vernield.

In de gedragscode werd dus beschreven welke maatregelen werden getroffen in het geval dat beschermde soorten of hun leefgebied door bepaalde werkzaamheden of door bepaald gebruik werden aangetast. Daarbij diende ingevolge de wetsgeschiedenis aandacht te worden besteed aan alle beschermde inheemse dier- en plantensoorten als bedoeld in artikel 16b, lid 2 onder b, Vrijstellingsbesluit Ffw ([Stb. 2004, 501](#)). Uitzondering gold voor de soorten genoemd in lid 3 en 4 van artikel 16b Vrijstellingsbesluit Ffw omdat vrijstelling hiervoor niet kon worden verleend. De gedragscode diende met deze uitgebreide beschrijving te waarborgen dat de werkzaamheden en het gebruik in overeenstemming met de zorgplicht van artikel 2 Ffw geschieden.

De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) was door de Minister belast met de goedkeuring van gedragscodes. Voorbeelden van gedragscodes en goedkeuringsbesluiten zijn te vinden op de [website](#) van de RVO. Zo maken [19 gemeenten](#) gebruik van een goedgekeurde gedragscode, waaronder [Amsterdam](#) en [Utrecht](#). Daarnaast maken [14 overige organisaties](#) gebruik van een goedgekeurde gedragscode, zoals de [Unie van Waterschappen](#) en het [Havenbedrijf Rotterdam](#).

Een besluit tot goedkeuring van een gedragscode kon worden ingetrokken indien naar het oordeel van de Minister de staat van instandhouding van de bedoelde soorten of de trend in de staat van instandhouding daartoe noodzaakte.

Wettelijk kader vanaf 1 januari 2017

De verboden die in artikel 8 tot en met 12 Ffw waren opgenomen, zijn in de Wnb terug te vinden in de paragrafen 3.1 tot en met 3.3 (zie hierover ook de Stibbeblog "[Soortenbescherming onder de Wet natuurbescherming: drie verschillende beschermingsregimes](#)"). Met soortgelijke bewoordingen als artikel 16b en 16c Vrijstellingsbesluit Ffw, bepaalt in artikel 3.31 Wnb dat de verboden bedoeld in de artikelen 3.1, 3.2, lid 6, 3.5, 3.6 lid 2, of 3.10, en de krachtens artikel 3.11, lid 1, Wnb geldende verplichting tot melding, niet van toepassing zijn op handelingen die zijn beschreven in en aantoonbaar worden uitgevoerd overeenkomstig een door de Minister goedgekeurde gedragscode en die plaatsvinden in het kader van de in artikel 3.31 Wnb genoemde activiteiten. Deze activiteiten zijn grotendeels gelijk aan artikel 16b, lid 1, Vrijstellingsbesluit Ffw, met als enige toevoeging bestendig beheer of onderhoud aan "waterstaatswerken" in artikel 3.31 lid 1 onder a Wnb. Nieuw is de verplichting voor de Minister om overleg te voeren met gedeputeerde staten van de provincie (artikel 3.31 lid 4 Wnb). Deze overlegverplichting wordt hierna nader besproken in de paragraaf over het bevoegd gezag. De mogelijkheid om goedkeuring van een gedragscode in te trekken is opgenomen in artikel 5.4, lid 9, Wnb.

Nieuw is ook dat in artikel 4.4 Wnb het instrument van de gedragscode generiek wordt toegepast voor de meldplicht en herplantplicht die gelden op grond van artikel 4.2 en 4.3 Wnb (voorheen artikel 2 en 3 van de Boswet, zie over het opgaan van de Boswet in de Wnb ook de Stibbeblogs "[Bescherming van houtopstanden onder de Wet Natuurbescherming: deel 1 en deel 2](#)"). De Boswet kende de toepassing van een gedragscode niet als zodanig maar voorzag in artikel 6 Boswet wel in een soortgelijke vrijstelling of ontheffing onder voorwaarden. Een dergelijke [ontheffing](#) is bijvoorbeeld aan Rijkswaterstaat verleend. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de gedragscode voor het vellen van houtopstanden deel kan uitmaken van een gedragscode voor soorten ([Kst II, 2011-2012, 33384, nr. 3, p. 194](#)). Het valt op dat de Wnb

niet lijkt te voorzien in een expliciete intrekingsbevoegdheid voor goedkeuring als bedoeld in artikel 4.4 Wnb.

Overgangsrecht

Artikel 9.6, lid 5, Wnb voorziet in overgangsrecht voor de krachtens de Ffw goedgekeurde gedragscodes. Gedurende de periode waarvoor een gedragscode krachtens het oude regime door de Minister is goedgekeurd, zijn de verboden bedoeld in de artikelen 3.1, 3.5, 3.6 en 3.10, lid 1 en lid 2, Wnb, niet van toepassing op handelingen die aantoonbaar plaatsvinden overeenkomstig die gedragscode en voor zover de desbetreffende handelingen dientengevolge onder het oude regime waren vrijgesteld. Uit de goedkeuringsbesluiten op de website van de RVO volgt dat de goedkeuring geldt voor een periode van vijf jaar.

Het overgangsrecht voor de vrijstellingen en ontheffingen die op grond van artikel 6 Boswet zijn verleend is neergelegd in artikel 9.9, lid 5 en 6, Wnb. Deze vrijstellingen en ontheffingen blijven van kracht onder de Wnb als vrijstelling of ontheffing als bedoeld in artikel 4.5 lid 4, respectievelijk lid 3 Wnb, waarvoor gedeputeerde staten bevoegd gezag zijn. Let wel, de ontheffing voor Rijkswaterstaat geldt dus niet nu als gedragscode als bedoeld in artikel 4.4 Wnb (zie hierover ook de toelichting in [Stcrt. 2016, 67668](#)) maar als een ontheffing als bedoeld in artikel 4.5, lid 3, Wnb.

Bevoegd gezag

In de consultatieversie van het wetsvoorstel van de Wnb waren gedeputeerde staten aangewezen als bevoegd gezag voor de goedkeuring van een gedragscode, in lijn met de hoofdregel en decentralisatiegedachte die in de Wnb worden gehanteerd. Verschillende organisaties hebben tijdens de consultatie echter laten weten het onwenselijk te achten dat de beoordeling van gedragscodes, die vaak een landelijke reikwijdte hebben, door twaalf afzonderlijke provincies wordt uitgevoerd. Er is daarom voor gekozen om de Minister bevoegd gezag te laten zijn voor de goedkeuring van gedragscodes. Op voorstel van de Afdeling advisering van de Raad van State is daar de eerder genoemde overlegverplichting met gedeputeerde staten aan toegevoegd. De gedachte daarbij is dat de overlegverplichting moet voorkomen dat een landelijke gedragscode het natuurbeleid op provinciaal niveau, zoals bijvoorbeeld neergelegd in beheerplannen, kan doorkruisen ([Kst. II 2013/14, 33 348, nr. 5, p. 56](#)). Het ligt voor de hand dat de overlegverplichting ziet op overleg met gedeputeerde staten van de provincie(s) waar het gebruik en de werkzaamheden die onderwerp zijn van de gedragscode plaatsvinden maar dit volgt niet duidelijk uit de wettekst of wetsgeschiedenis.

De provincies hebben voorts een rol in de systematiek van de gedragscodes bij de beoordeling van de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan vergunning- en ontheffingsvoorschriften voor de vaststelling of in dat kader wordt voldaan aan gedragscodes en werkprotocollen. Alleen als in overeenstemming met de goedgekeurde gedragscode wordt gehandeld kan immers aanspraak worden gemaakt op de daaraan verbonden wettelijke vrijstelling ([Kst. II 2011/12, 33 384, nr. 3, p. 153, 222 en 237](#)).

Voordelen gedragscode

Evident voordeel van een goedgekeurde gedragscode is dat minder vaak voor specifieke gevallen een ontheffing behoeft te worden aangevraagd. Zeker in het geval van een gedragscode met landelijke reikwijdte kan dit veel tijd en procedures schelen. Dit voordeel

wordt ook benoemd in de evaluatie van de natuurwetgeving ([Kst. II 2007/08, 31 536, nr. 1, bijlage 1](#)). Volgens de evaluatie biedt de gedragscode via algemene voorschriften vooraf duidelijkheid aan uitvoerders, voorkomt het instrument dat tijdrovende aanvraagprocedures moeten worden gevolgd en wordt met zelfregulering de eigen verantwoordelijkheid van sectoren aangesproken. In reactie op deze positieve evaluatie heeft het kabinet toegezegd een handreiking te zullen maken voor het opstellen van gedragscodes om het gebruik verder te stimuleren. Voor zover bekend is er (nog) niet een dergelijke handreiking beschikbaar.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) benoemde in een uitspraak van 30 juni 2010 ([ECLI:NL:RVS:2010:BM9649](#)) de voordelen dat gedragscodes naar hun aard een collectief karakter hebben en een sectorbreed handelingskader kunnen bieden, in welk licht niet alle denkbare situaties vooraf concreet behoeven te worden ingevuld. In gedragscodes kan volgens de ABRvS worden volstaan met het voorschrijven van minimumnormen waaraan individuele deelnemers in concrete gevallen aantoonbaar moeten voldoen.

Nadelen gedragscode

Een beperking voor vrijstelling van het beschermingsregime mits wordt gehandeld conform een goedgekeurde gedragscode volgt uit de jurisprudentie van de ABRvS. In artikel 2, lid 3 onder j, Vrijstellingsbesluit Ffw is het belang van de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling aangewezen als een belang ten behoeve waarvan op grond van artikel 75 Ffw vrijstelling kon worden verleend. Deze bepaling is nu terug te vinden in artikel 3.31, lid 1 onder d, Wnb. In een uitspraak van 21 januari 2009 ([ECLI:NL:RVS:2009:BH0446](#)) oordeelde de ABRvS dat het in strijd is met de Habitatrictlijn ([Richtlijn 92/43/EEG](#)) om vrijstelling of ontheffing te verlenen ten aanzien van soorten op bijlage IV van de Habitatrictlijn in het belang van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling omdat dit geen belang is dat wordt genoemd in artikel 16 van de Habitatrictlijn. Tot een soortgelijk oordeel kwam de ABRvS in de eerder genoemde uitspraak van 30 juni 2010. In deze uitspraak lag de gedragscode van de Unie van Waterschappen ter toetsing voor. Het belang van ruimtelijke inrichting en ontwikkeling wordt ook niet genoemd in artikel 9 Vogelrichtlijn ([Richtlijn 79/409/EEG](#)) zodat voor soorten die op grond van de Vogelrichtlijn ter bescherming zijn aangewezen geen vrijstelling kan worden verleend middels een goedgekeurde gedragscode in het belang van ruimtelijke ontwikkeling of inrichting. Een gedragscode kan dus niet worden goedgekeurd voor zover deze ziet op een belang dat niet in de Vogel- en Habitatrictlijn wordt genoemd of daaruit is af te leiden. Zie hierover ook artikel 2c en 16b, lid 3 en 4, Vrijstellingsbesluit Ffw.

In de Wnb vindt geen grote wijziging plaats van de vrijstellingsregeling met gebruik van goedgekeurde gedragscodes, zodat voornoemde jurisprudentie naar alle waarschijnlijkheid onverminderd van toepassing zal blijven. Bij het opstellen en de goedkeuring van een gedragscode ten behoeve van vrijstelling voor soorten die onder het beschermingsregime van de vogel- en/of Habitatrictlijn vallen, zal dus goed moeten worden beoordeeld of het gaat om een belang dat in de desbetreffende richtlijn wordt erkend. In de goedkeuringsbesluiten op de website van RVO is deze afweging terug te zien, waarbij wordt uitgegaan van de reikwijdte die in de desbetreffende gedragscode is beschreven.

Afronding

De toepassing van vrijstelling op basis van een goedgekeurde gedragscode zal naar verwachting niet veel anders zijn na inwerkingtreding van de Wnb. De overlegverplichting voor de Minister met gedeputeerde staten zal een goede afstemming met het verder gedecentraliseerde flora- en faunabeleid moeten waarborgen. Belangrijk blijft in de praktijk om goed in kaart te brengen welke werkzaamheden ten aanzien van welke soorten wel en welke niet onder een goedgekeurde gedragscode vallen. Dit begint bij de reikwijdte die de opsteller van de gedragscode daaraan in tekst en toelichting geeft.