

Artikel

Gedragcode zorgvuldig bosbeheer en de strafrechtelijke handhaving van artikel 8-12 Flora- en faunawet

Mr. A.M.C.C. Tubbing

Sinds begin 2005 is de gedragscode als vrijstellingvoorwaarde geïntroduceerd in de regelgeving ter bescherming van de flora en fauna. De eerste 'operationele' gedragscode is die van de bosbouwsector. De strafrechtelijke handhaving van de verbodsbepalingen opgenomen in artikel 8-12 Flora- en faunawet was al niet eenvoudig, maar is sinds de komst van de gedragscode er zeker niet gemakkelijker op geworden.

1 Inleiding

Het gerechtshof te Arnhem heeft bij arrest van 14 april 2003¹ Staatsbosbeheer veroordeeld voor het meermalen opzettelijk overtreden van artikel 5 en 8 Vogelwet 1936 (thans: art. 10 resp. art. 11 Flora- en faunawet, hierna afgekort tot Ffw). In opdracht van Staatsbosbeheer was er midden in het broedseizoen van veel vogels in 2001 in het Kuinderbos in de gemeente Noordoostpolder een groot-schalige kap door middel van zogenoemde timberjacks (houtoogstmachines) uitgevoerd. Het hof achtte bewezen dat bij die werkzaamheden een aantal beschermde inheemse vogelsoorten opzettelijk was verontrust en nesten waren verstoord en opzettelijk vernield. Het hof wees het verweer van Staatsbosbeheer dat de werkzaamheden voldoende zorgvuldig waren uitgevoerd, van de hand. Daarmee kwam ook de schuld van Staatsbosbeheer vast te staan en dus bleek het handelen door Staatsbosbeheer strafrechtelijk relevant.²

* A.M.C.C. Tubbing is officier van justitie – milieu bij het Functioneel Parket te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Nr. 21-001951-02, LJN AF9100.

2. Een verdachte kan niet worden veroordeeld als hem/haar geen schuld treft: geen straf zonder schuld. In deze casus was er volgens Rechtbank Zwolle en hof sprake van voorwaardelijk opzet. Hiervan is sprake indien weliswaar niet beoogd is de Vogelwet te overtreden (er is dus geen sprake van 'boos' opzet), maar betrokkene willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat het gevolg zou zijn van de kapactiviteiten. Zie onder meer de bekende HIV-arresten van de Hoge Raad van 25 maart 2003 (LJN AE9049) en 24 juni

Sinds dat arrest is er het nodige gebeurd. Niet alleen is de Vogelwet inmiddels vervangen door de Ffw, maar sindsdien is die wet en de bijbehorende lagere regelgeving, met name het Besluit vrijstelling beschermde diersoorten, ingrijpend gewijzigd.³ Het Besluit zoals gewijzigd wordt hierna aangeduid als vrijstellingsbesluit. Diverse auteurs hebben hun licht over de wijzigingen laten schijnen en komen tot de conclusie dat de Europeesrechtelijke grenzen op sommige punten duidelijk zijn overschreden.⁴ Dit komt met name omdat een aantal belangrijke ontheffingsmogelijkheden die de regelgeving tot 23 februari 2005 bood, is omgezet in vrijstellingen, die aan ruime voorwaarden zijn verbonden. Hierdoor kan en wordt dus veel minder rekening gehouden met locatiespecifieke omstandigheden en de gevolgen van activiteiten voor de flora en fauna in een bepaald gebied. Hiermee samenhangend wordt aan de haalbaarheid van het vrijstellingsbesluit sterk getwijfeld. Die twijfel deel ik, zoals uit dit artikel blijkt.

Ik beperk mij tot het kappen van bomen in het broedseizoen van vogels. Aan de hand daarvan kan ik concreet illustreren

2003 (LJN AF8058). Voor een milieuovertreding zie HR 9 september 2003, nr. 02228/02E, M&R 2004, nr. 3 m.nt. Hendriks.

3. De zogenoemde art. 75 AMvB, Stb. 2004, 501, iwtr. 23 februari 2005.

4. Zie onder meer 'Soortenbescherming Flora- en faunawet: complexiteit naar climax' van B. Arentz en H.E. Woldendorp in M&R 2005, nr. 4 en het zeer lezenswaardige rapport van C.J. Bastmeijer en J.M. Verschuuren van maart 2004, waarin in opdracht van Vogelbescherming Nederland commentaar is geleverd op de conceptversie van de art. 75 AMvB van 11 september 2003. Het commentaar dat beide onderzoekers hebben geleverd op het concept, is zeer kritisch. Het concept is daarna nog wel gewijzigd, onder meer naar aanleiding van het rapport. Ook het advies van de Raad van State van 11 februari 2004 gaf daartoe aanleiding. Een groot deel van de kritiek is evenwel niet verwerkt in de definitieve versie van de tekst van de AMvB. Zie ook: 'Bedrijvige besties blijven beschermd' van J.H.G. van den Broek in Bouwrecht van mei 2005, die vanuit economisch belang pleit voor herformulering van de Ffw. Recentelijk is in M&R 2006, nr. 8 ook een publicatie verschenen over de gedragscodes van de Flora- en faunawet van G. Aarts, C.J. Bastmeijer en M. van Geilswijk, Gedragcodes onder de Flora- en faunawet: een versterking van de soortenbescherming of het zwaard van Damocles.

waar politie en justitie tegenaan lopen bij de strafrechtelijke handhaving van de huidige regelgeving.

Alvorens ik daaraan toekom, ga ik terug naar 2003 en 2004, naar de voorgeschiedenis van de thans door het ministerie van LNV goedgekeurde Gedragscode zorgvuldig bosbeheer.⁵ Vervolgens zal ik een korte schets geven van het wet-
telijk kader dat politie en justitie geacht worden te handhaven, en daarna volgen de knelpunten bij de handhaving. Ik sluit af met conclusies en aanbevelingen.

Flora- en faunawet

Artikel 8

Het is verboden planten, behorende tot een beschermde inheemse plantensoort, 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.

Artikel 9

Het is verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

Artikel 10

Het is verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, opzettelijk te verontrusten.

Artikel 11

Het is verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren.

Artikel 12

Het is verboden eieren van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te zoeken, te rapen, uit het nest te nemen, te beschadigen of te vernielen.

2 Situatie 2003 en 2004: voorlopers van de Gedragscode 2005

2.1 Gedragslijn boswerk in broedseizoen 2003 en de Gedragscode bosbouw 2004

De 'Gedragslijn boswerk in broedseizoen 2003' is door het Boschap, Staatsbosbeheer en Vogelbescherming Nederland op verzoek van het ministerie van LNV opgesteld en was bedoeld als een 'oplossing op de korte termijn' in verband met het komende broedseizoen (tot 15 juli 2003). Betrokken

5. In navolging van de bosbouw zijn inmiddels al meer gedragscodes bij het ministerie van LNV ingediend ter goedkeuring, bijv. de gedragscode voor waterschappen. Alle gedragscodes en de (ontwerp)goedkeuringsbesluiten zijn te raadplegen op de website van het ministerie van LNV: <www.minlnv.nl>.

partijen waren nog niet zover dat ze er al helemaal uit waren 'in verband met vragen over de uitvoering van bos- en natuurbeheer in relatie tot de Flora- en faunawet'. Het jaar daarop was de branche op tijd klaar met het opstellen van een 'volwaardige' gedragscode, die nog wel beperkt was tot het jaar 2004, omdat men in de loop van 2004 een evaluatie wilde uitvoeren om te bezien of er wellicht nog aanpassingen nodig waren. 2004 was dus een proefjaar, zoals door de minister van LNV in zijn brief van 15 april 2004 aan de Tweede Kamer wordt aangegeven.⁶ In een aantal opzichten gaat deze brief van de minister verder dan de gedragscode zelf. Beide gedragscodes zijn onder de aandacht van het College van procureurs-generaal van het OM gebracht met het verzoek om de gedragscode als uitgangspunt te nemen bij de handhaving van de Ffw. Het College heeft zowel voor 2003 als voor 2004 laten weten op voorhand geen uitspraken te doen over het opportuniteitsbeginsel⁷ in het kader van de strafrechtelijke handhaving van artikel 8 tot en met 12 Ffw. Hoofdregeel is en blijft het individuele geval waarbij alle relevante omstandigheden in aanmerking zullen worden genomen, waarbij in 2004 aan de officieren van justitie is gevraagd ook de gedragscode daarbij te betrekken. Hierbij is expliciet opgemerkt dat naleving van de gedragscode geen (automatische) vrijwaring biedt van strafrechtelijke vervolging. In een kort daarvoor verzonden brief aan minister van Justitie Donner wijst het College erop dat het aanbeveling verdient om deze 'niet-vrijwaringsclausule' in de code zelf op te nemen. Daarnaast wenst het College graag te worden betrokken bij of te worden geïnformeerd over de aangekondigde evaluatie van de gedragscode. Of dit laatste is gebeurd, is (mij) niet duidelijk.

2.2 Evaluatie van de Gedragscode 2004

De evaluatie is in opdracht van het ministerie van LNV uitgevoerd door Alterra als hoofduitvoerder met SOVON Vogelonderzoek Nederland als onderaannemer voor het veldwerk op een aantal pilotlocaties en voor nader advies betreffende vogelinventarisaties.⁸ Het evaluatieonderzoek is zeer beperkt van opzet geweest: er zijn zeven locaties geselecteerd, waar in het voorjaar van 2004 vellingen gepland stonden. De locaties bestaan ten minste voor 80% uit ongemengde naaldbossen en ongemengde populierenbossen (de Gedragscode 2004 verbiedt het vellen tijdens het broedseizoen in gemengde bossen en overige loofbossen). De eigenaren van de betrokken locaties hebben zich vrijwillig voor de pilot aangemeld. SOVON heeft deels voorafgaand aan de vellingen, maar in een enkel geval ook al tijdens de vellingen en een keer zelfs na de velling, beperkte inventarisaties uitgevoerd.⁹ Tijdens de veldbezoeken is met name gekeken naar roofvogelnesten en en passant zijn ook andere broedvogels en enkele andere beschermde diersoorten meegenomen.

6. Kamerstukken II 2003/04, 29 446, nr. 5.

7. Opportuniteit van de vervolging wil zeggen dat het OM beleidsruimte heeft in het wel of niet vervolgen van strafbare feiten (art. 167 lid 2 Sv: 'Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend').

8. Gedragscode zorgvuldig bosbeheer in de praktijk, evaluatie en optimalisatie, Alterra-rapport nr. 1036, december 2004.

9. De veldbezoeken van SOVON vonden ook laat in het broedseizoen plaats: de eerste op 10 mei 2004, de laatste op 21 juni 2004.

men (bijv. mierenhopen). Deze inventarisaties zijn vergeleken met de resultaten van de inventarisaties van de bij de vellingen betrokken inventariseerders, die daarbij gebruik hebben gemaakt van (de checklist behorend bij) de Gedragscode bosbouw 2004. Na de vellingen zijn de betreffende locaties opnieuw door de SOVON-medewerker bezocht om vast te stellen of men zich ook bij de uitvoering van de werkzaamheden aan de gedragscode gehouden had (nacontrole). Enige tijd later zijn nog telefonische enquêtes uitgevoerd onder de eigenaren en uitvoerders van de vellingen (bosaannemers) en de inventariseerders. Tevens zijn twee controleurs van de AID telefonisch benaderd.

De resultaten van de evaluatie zijn bedroevend: van drie van de zeven locaties kon direct worden vastgesteld dat men zich niet aan de gedragscode gehouden had. Van slechts één locatie was duidelijk dat men conform de gedragscode gehandeld had en van drie kon geen standpunt worden ingenomen, om de volgende redenen:

- Eén locatie bleek toch niet gekapt;¹⁰ er was wel een goede inventarisatie.
- Bij één locatie heeft de inventarisatie door SOVON pas na de dunning plaatsgevonden; alleen een haviksnest was zichtbaar gespaard.
- Eén locatie was al voor een derde deel gedund toen SOVON inventariseerde. Weliswaar werden daarbij geen nesten aangetroffen, maar in verband met gebrek aan tijd is de locatie slechts zeer beperkt geïnventariseerd.¹¹

2.3 Kritische kanttekeningen bij de evaluatie

Weliswaar is op basis van deze evaluatie een aantal aanbevelingen overgenomen in de Gedragscode zorgvuldig bosbeheer 2005 (zie ook hierna), dat bij besluit van 2 maart 2005 voor een periode van vijf jaar (tot 1 januari 2010) is goedgekeurd door het ministerie van LNV (hierna aangeduid als gedragscode 2005), maar de slechte resultaten van het proefjaar 2004 hebben kennelijk geen aanleiding gegeven om te wachten met het opnemen van de gedragscode als vrijstellingsvoorwaarde in het vrijstellingsbesluit. Mijns inziens is het onderzoek in 2004 te beperkt en onvolledig geweest (te weinig locaties, te late start en te weinig tijd per locatie) en dus niet representatief. Niet representatief voor vellingen in het broedseizoen van vogels en andere beschermde diersoorten, laat staan voor andere activiteiten in andere perioden van het jaar en andere diersoorten.¹² Bovendien waren de betrokkenen niet alleen op de hoogte van het feit dat 'hun locatie' geselecteerd was voor de evaluatie, maar zij hebben zich daarvoor vrijwillig aangemeld. Hieruit mag worden afgeleid dat deze groep vrijwilligers gemiddeld meer zorgvuldigheid bij hun werkzaamheden zal hebben betracht dan degenen die zich niet gemeld hebben. De deelnemers kun-

nen derhalve ook niet als representanten van de doelgroep worden aangemerkt. Het is onverantwoord om daar zulke verregaande gevolgen aan te verbinden.

Op basis van deze gebrekkige evaluatie zijn in een later rapport van Alterra¹³ ecologische criteria voor de beoordeling van gedragscodes (door het ministerie van LNV) opgesteld, waarbij – zoals te verwachten – de gedragscode 2005 is gebruikt ter illustratie van de concrete uitwerking van de criteria. Ik heb erg veel moeite om de door Alterra opgestelde criteria te 'herkennen' in de gedragscode 2005. Gelet op de chronologische volgorde van het uitkomen van de diverse stukken (evaluatie-gedragscode-criteria) kan ook sprake zijn van voortschrijdend inzicht bij het vaststellen van de criteria.

3 Wettelijk kader per 23 februari 2005

3.1 Wettelijke regeling

In de vakliteratuur is al gewezen op het feit dat de regelgeving bijzonder lastig is te doorgronden.¹⁴ De verbodsbepalingen zijn duidelijk: bij het kappen in de bossen (tijdens of buiten het broedseizoen) zijn artikel 8-12 Ffw van toepassing. Het overtreden van deze bepalingen is strafbaar gesteld in artikel 1a Wet op de economische delicten (Wed). Artikel 8, 9, 11 en 12 vallen in categorie 2, dat betekent dat bij het opzettelijk¹⁵ overtreden van de bepalingen er sprake is van een misdrijf (strafmaximum: twee jaar of geldboete 4^e categorie = € 16.750) en anders van een overtreding. Artikel 10 (het opzettelijk verontrusten) valt in categorie 3 en is daarmee altijd een overtreding (strafmaximum: hechtenis van zes maanden of geldboete 4^e categorie).

Alle vogelsoorten die van nature op het grondgebied van de EU leven, vallen onder het strikte beschermingsregime van artikel 75 lid 5 en 6 Ffw (voorheen: lid 4 en 5¹⁶).

Dat betekent dat vrijstellingen en ontheffingen van de verbodsbepalingen alleen worden verleend:

- indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort (lid 5, de zogenoemde lichte toets); en
- wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat (lid 6); en

10. Locatie 3, p. 47 en figuur 5: door afzien van de boswerkzaamheden in het broedseizoen zijn de dieren in dit relatief rijke bosperceel gevrijwaard van schadelijke invloeden. Of dat afzien inderdaad is ingegeven door deze invloeden of dat er andere redenen waren, wordt niet duidelijk in het rapport.

11. Zie p. 54 van de evaluatie.

12. Dat heeft Alterra zelf ook vastgesteld: zie de aanbevelingen voor nader onderzoek op p. 67 van het rapport.

13. Gedragscodes zorgvuldig handelen Flora- en faunawet, ecologische criteria voor de beoordeling van gedragscodes, Alterra-rapport nr. 1315, d.d. 29 november 2005.

14. Een handig hulpmiddel (met name voor niet-juristen) is de brochure van het ministerie van LNV: 'Buiten aan het werk? Houd tijdig rekening met beschermde dieren en planten'. Wel is het jammer dat er geen jaartal in het colofon staat.

15. Let wel: het opzetvereiste ziet op de handeling en niet op het verboden karakter van de handeling (zgn. kleurloos opzet). Iemand die dus (bewust) een bepaalde handeling pleegt, bijvoorbeeld het kappen van een boom, terwijl hij niet weet dat het is verboden, voldoet toch aan het opzetvereiste in de zin van de Wed.

16. Wet van 7 april 2006 tot wijziging van de Flora- en faunawet in verband met de verruiming van de mogelijkheden tot beheer en schadebestrijding van beschermde en inheemse diersoorten, Stb 2006, 236.

- ten behoeve van bepaalde belangen die voor een belangrijk deel zijn opgesomd in artikel 2 lid 3 van het vrijstellingsbesluit (lid 6).

Alle drie criteria bij elkaar worden de ‘uitgebreide toets’ genoemd.¹⁷

Met betrekking tot vogelsoorten kan van artikel 9 tot en met 12 Ffw vrijstelling of ontheffing worden verleend, niet alleen ten behoeve van de belangen genoemd in artikel 2 lid 3 vrijstellingsbesluit onder a tot en met d,¹⁸ maar ook van de belangen genoemd in dat artikellid onder h tot en met i, mits geen benutting of economisch gewin plaatsvindt en zorgvuldig wordt gehandeld.¹⁹ Deze uitbreiding van belangen betreft de uitvoering van werkzaamheden in het kader van bestendig beheer en onderhoud in de landbouw en bosbouw (onder h), bestendig gebruik (onder i) en de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling (onder j).²⁰

In hoofdstuk 3 (‘Overige vrijstellingen ten behoeve van het maatschappelijk verkeer’) van het vrijstellingsbesluit wordt in artikel 16b bepaald dat de verboden van artikel 8 tot en met 12 Ffw niet gelden ten aanzien van (onder andere) vogelsoorten bij de uitvoering van werkzaamheden in het kader van (onder andere) bestendig beheer of onderhoud in de landbouw en de bosbouw, mits de werkzaamheden aantoonbaar plaatsvinden overeenkomstig een door onze minister goedgekeurde gedragscode.

In artikel 16c wordt bepaald waaraan een gedragscode dient te voldoen om goedgekeurd te worden door de minister.

De gedragscode wordt getoetst aan de volgende ‘waarborgen’ ten aanzien van de betreffende planten- en diersoorten:

- Er mag geen benutting of economisch gewin plaatsvinden.
- Er dient zorgvuldig te worden gehandeld, hetgeen inhoudt dat er:
 - van de werkzaamheden geen wezenlijke invloed mag uitgaan op de soorten (eerste ‘bestanddeel’);
 - wat diersoorten betreft: er redelijkerwijs alles dient te worden gedaan om te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken dat:
 - de dieren worden gedood, verwond, gevangen, bemachtigd of met het oog daarop worden opgespoord;

17. Art. 75 Ffw is niet gewijzigd in het kader van de wijziging van het vrijstellingsbesluit. Volgens de nota van toelichting bij het besluit kunnen de wijzigingen in het besluit (nog) worden gebaseerd op de tekst van art. 75 Ffw, zoals gewijzigd bij wet van 24 april 2002 (Stb. 2002, 236; iwtr. 1 juli 2002). De wijzigingen die toen zijn aangebracht, staan in verband met een verbod op de drijfjacht. Ik deel het standpunt van de regelgever niet.

18. Dit zijn de belangen die al voor de wijziging van 23 februari 2005 waren opgenomen in het besluit, te weten (a) het EG-verdrag, (b) de bescherming van flora en fauna, (c) de veiligheid van het luchtverkeer, (d) de volksgezondheid of openbare veiligheid.

19. Voor art. 10 Ffw geldt de nog uitgebreidere vrijstelling van art. 2d lid 2 vrijstellingsbesluit, die alle belangen van art. 2 lid 3 vrijstellingsbesluit omvat, mits het opzettelijk verontrusten geen wezenlijke invloed heeft (op de beschermde vogelsoorten).

20. Art. 2d lid 1 onder a en lid 4 en 5 vrijstellingsbesluit.

- nesten, hollen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen worden beschadigd, vernield, uitgehaald, weggenomen of verstoord;
- eieren worden beschadigd of vernield (tweede ‘bestanddeel’).

Als de werkzaamheden niet aantoonbaar plaatsvinden overeenkomstig de gedragscode, kan er een *ontheffing* worden verleend volgens de ‘uitgebreide toets’, inhoudende dat:

- de werkzaamheden de gunstige staat van instandhouding van de soort niet in gevaar mogen brengen en;
- er geen alternatief is voor de activiteit; en
- de activiteit past binnen een van de genoemde belangen als genoemd in artikel 2 vrijstellingsbesluit; en dat
- de werkzaamheden zodanig worden uitgevoerd dat er sprake is van ‘zorgvuldig handelen’.

Volledigheidshalve noem ik ook nog artikel 2 Ffw: de algemene zorgplicht, die niet strafbaar is gesteld en alleen bestuursrechtelijk handhaafbaar is. Overtreding ervan kan wel indirect een rol spelen bij een strafzaak, namelijk bij de vraag of een verdachte verwijtbaar heeft gehandeld, en bij de bepaling van de strafmaat, maar daar kom ik nog op terug.

4 Kanttekeningen bij de gedragscode 2005

De gedragscode geeft invulling aan het begrip ‘zorgvuldig handelen’ in de zin van artikel 2d lid 5 van het vrijstellingsbesluit. De gedragscode zelf verwijst evenwel naar artikel 2 Ffw (de zorgplicht), zoals hiervoor reeds genoemd. Deze bepaling is alleen bestuursrechtelijk handhaafbaar. Vraag is wel of, als er zorgvuldig is gehandeld in de zin van artikel 2d lid 5 van het besluit, daarmee ook voldaan is aan de zorgplicht van artikel 2 Ffw. Met andere woorden: kan nog wel (bestuursrechtelijk) worden gehandhaafd op basis van de zorgplicht van art. 2 Ffw als de gedragscode wordt nageleefd? In theorie blijft dat mogelijk, omdat de gedragscode een vrijstellingsvoorwaarde is voor overtredingen van artikel 8-12 van de wet en niet voor artikel 2. Maar gelet op de wijze waarop het tweede ‘bestanddeel’ van het begrip zorgvuldig handelen is geformuleerd, zal daar naar verwachting niet gauw sprake van zijn. Anders dan de rest van de vrijstellingsregeling (zie hierna) is dit deel van de definitie wel gericht op het individuele dier, evenals de zorgplicht van artikel 2 van de wet.

Een tweede opmerking is dat op de checklist bij de gedragscode slechts een beperkt aantal vogelsoorten bij naam wordt genoemd. Het betreffen dertien soorten van de Rode Lijst 2004 (totaal 78 soorten) en vijf soorten van bijlage I Vogelrichtlijn (totaal 74 soorten). Weliswaar wordt in de gedragscode in punt 14 gewezen op het feit dat ook in overwegend naald- en populierenbossen in het broedseizoen vogelsoorten voorkomen die zijn opgenomen op de Rode Lijst 2004 of in bijlage I van de Vogelrichtlijn en dat in de bijgaande checklist staat aangegeven welke van deze soorten *met name* in bos voorkomen, en voorziet de checklist zelf in

een restcategorie ('andere plant- of diersoorten of elementen die bescherming behoeven'), maar mijns inziens is het risico groot dat er bij de inventarisatie onvoldoende aandacht zal worden besteed aan niet bij naam genoemde soorten. Met deze selectie is invulling gegeven aan het eerste 'bestanddeel' van het begrip 'zorgvuldig handelen', te weten dat er van de werkzaamheden geen wezenlijke invloed mag uitgaan op de soorten. Naar aanleiding van een Kamermotie is het begrip 'wezenlijke invloed' uitgelegd in de brochure 'Buiten aan het werk?'²¹ Het dient te gaan om 'wezenlijke *negatieve* invloed op de soort'. In hoeverre dit begrip dan weer overeenkomt met 'geen afbreuk aan een gunstige staat van instandhouding van de soort' van artikel 75 lid 5 van de wet is mij niet geheel duidelijk, maar uit de gehele context blijkt dat hetzelfde is bedoeld.

Mijn derde en laatste opmerking is dat de gedragscode kennelijk ook een invulling geeft aan het criterium 'wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat' (art. 75 lid 6 Ffw). Nergens in de gedragscode staat een vraag opgenomen omtrent de beslissing of het noodzakelijk is om in het broedseizoen te kappen, en zo ja, of het noodzakelijk is dat direct het hele gebied wordt gedund of gekapt. In het hiervoor genoemde goedkeuringsbesluit van het ministerie van LNV wordt ook niet gerefereerd aan het 'alternatievcriterium'. Hiertegen kan worden ingebracht dat de toets aan dit criterium in het voortraject dient plaats te vinden.²² Daar ben ik het mee eens, maar ik vrees dat het niet gebeurt: in feite staat vast dat er in overwegend naaldbossen ook in het broedseizoen gekapt mag worden. Er zal dus niet meer per locatie worden bekeken of er 'andere bevredigende oplossingen' bestaan; integendeel de prikkel om dat te onderzoeken, is met de gedragscode weggenomen.

5 Bescherming van dieren of diersoorten?

Aan dit punt besteed ik een apart hoofdstuk, omdat het van essentieel belang lijkt te zijn. Hoewel de verbodsbepalingen van de Ffw niet gewijzigd zijn, wordt er met name in het kader van de wijziging van het vrijstellingsbesluit sterke nadruk gelegd op de bescherming van planten- en diersoorten en dit lijkt in zijn uitwerking ten koste te gaan van de bescherming van de *individuele* planten en dieren. In het algemeen deel van de nota van toelichting op bovengenoemd besluit wordt op de eerste pagina's melding gemaakt van deze

'beleidswijziging'. Het komt erop neer dat voor sommige algemene planten- en diersoorten het strikte afwegingskader te strikt is en dat met name de landbouw-, bosbouw- en bouwsector daar hinder van ondervinden bij de uitvoering van reguliere werkzaamheden; reden waarom de vrijstellingen ruimer moeten worden. Deze vrijstellingen beogen vereenvoudiging van de toepassing van de wet zonder dat hiermee het belang van de instandhouding van de soorten in het gedrang komt of afbreuk wordt gedaan aan de kaders die gesteld zijn in de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn.

Deze eenzijdige gerichtheid op de bescherming van soorten is mijns inziens niet terecht. De Ffw beoogt, evenals voor wat betreft vogels haar voorganger de Vogelwet 1936 en de Vogelrichtlijn (zie art. 1 lid 2 en art. 5), (ook) de individuele vogel te beschermen. Door de bescherming van het individuele dier wordt bereikt dat soorten worden beschermd.²³ Dit volgt ook zonder meer uit de verbodsbepalingen van artikel 8-12 Ffw: het is verboden planten/dieren, behorende tot een beschermde inheemse planten-/diersoort, te ... Het gaat dus om het verbod om individuele dieren iets aan te doen. Ditzelfde standpunt wordt ingenomen door Bastmeijer/Verschuuren: 'de in de richtlijnen geformuleerde verbodsbepalingen ten behoeve van soortenbescherming zien echter in beginsel op het tegengaan van handelingen die een inbreuk betekenen op individuele planten en dieren die behoren tot een Europeesrechtelijk beschermde soort. Hieraan ligt vermoedelijk het uitgangspunt ten grondslag dat het tegengaan van bedoelde nadelige handelingen voor individuen van belang is voor het behoud van de soort.'²⁴ Ook de strafrechters die in 2002 en 2003 oordeelden over kappen in het broedseizoen, waaronder Hof Arnhem, zijn de mening toegedaan dat het bij de Vogelwet ging om bescherming van de individuele vogel. De Ffw heeft niet bedoeld om hierin verandering te brengen. Het erkennen hiervan is van groot belang, met name, zoals hierna zal blijken, voor de handhaving. Tevens wijs ik nogmaals op het tweede deel van de invulling van het begrip 'zorgvuldig handelen' in artikel 2d lid 5 van het vrijstellingsbesluit en artikel 2 Ffw (zorgplicht), waarin ook bedoeld wordt op het individuele dier.

21. Zie noot 14, p. 13.

22. Uit de nota van toelichting op de wijziging van het vrijstellingsbesluit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de alternatieventoets al is verdisconteerd in de vrijstelling: kappen in het broedseizoen van vogels is noodzakelijk (p. 2 onderaan). Zie evenwel ook p. 39 van de evaluatie 1036: 'De eerste stap bij het plannen van de vellingen is natuurlijk de vraag of vellingen in het zomerhalfjaar gewenst zijn.' Mijns inziens is 'gewenst' een te zwakke uitdrukking. Daarvoor dient 'noodzakelijk' te worden vermeld. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat de bijdrage die de bosbouwsector aan de Nederlandse economie levert, zeer gering is: de meest recente info die ik heb kunnen vinden, dateert van 2002: in dat jaar zou de bosbouw maar 0,4% uitmaken van het Bruto Nationaal Product.

23. De Raad van State omschrijft het in zijn advies van 11 februari 2004 aldus: 'Weliswaar past de gekozen opzet binnen de doelstelling van de Europese richtlijnen – behoud van de populaties van beschermde soorten – maar daarin wordt naar het oordeel van de Raad van State voorbijgegaan aan het instrumentele karakter dat de verbodsbepalingen in artikel 5 Vogelrichtlijn en de artikelen 12 en 13 van de Habitatrichtlijn hebben: de doelstellingen van deze richtlijnen zullen, waar het gaat om de in die richtlijnen meer beschermde vogel-, dier-, en plantensoorten, mede door die verboden moeten worden geëffectueerd.'

24. Zie noot 4, p. 19 onder iii sub b. Het zou volgens Bastmeijer en Verschuuren mogelijk anders kunnen zijn met betrekking tot het verbod op het opzettelijk verontrusten van vogels, omdat het verbod in de Vogelrichtlijn beperkt is tot het opzettelijk verontrusten voor zover daarmee wezenlijke gevolgen voor de populatie of soort kunnen worden veroorzaakt. Het betreffende verbod zou derhalve niet per definitie individugericht zijn (p. 20 van het rapport). Dat kan wellicht zo zijn, maar dan dient mijns inziens de verbodsbepaling in de wet zelf in die zin geformuleerd te worden en niet via het vrijstellingsbesluit (art. 2d lid 4).

6 Tussenconclusies

1. De verbodsbepalingen beogen individuele planten en dieren te beschermen, terwijl het (gewijzigde) vrijstellingsbesluit sterk de nadruk legt op bescherming van planten- en diersoorten.
2. De oude regeling voorzag met name in ontheffingen van de verbodsbepalingen; de nieuwe regeling voorziet in een algemene vrijstelling met gedragscode, waardoor geen rekening meer wordt gehouden met locatie-specifieke omstandigheden.
3. De nieuwe regeling kent ruim geformuleerde 'erkende' belangen en daaruit voortvloeiende activiteiten.
4. De gehanteerde criteria (geen wezenlijke (negatieve) invloed op de soort en geen afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding van de soort) zijn zeer ruim.
5. Het alternatievenonderzoek op locatie is verdwenen.

De punten 4 en 5 lijken reeds te zijn verwerkt in de gedragscode,²⁵ hetgeen betekent dat zij in een concreet geval niet meer ter discussie kunnen worden gesteld. Dat betekent ook dat vogels behorend tot vogelsoorten die wel vallen onder de reikwijdte van de Ffw (volgens de definitie van art. 4 lid 1 onder b), maar niet op de Rode Lijst 2004 of bijlage I Vogelrichtlijn staan, niet in de inventarisatie hoeven te worden meegenomen en er *dus* ten aanzien van die vogelsoorten geen beschermende maatregelen behoeven te worden genomen. In bossen die conform de definitie van de gedragscode overwegend uit naaldbos bestaan, komt het regelmatig voor dat er wel één of meer structuurrijke onderlagen aanwezig zijn, bijvoorbeeld bestaande uit prunus, andere struikachtigen en spontane jonge boompjes, waarvan bekend is dat deze laag gebruikt wordt als broedplaats van vele vogels.²⁶ Deze vogels behoren tot de beschermde diersoorten van de Ffw, maar staan niet op de Rode Lijst of bijlage I Vogelrichtlijn.

Met name (de nesten van) die vogels lopen gevaar bij boswerkzaamheden, omdat de machinist op de timberjack zijn werk bijna niet anders kan doen dan dwars door dit struikgewas heen te rijden. Vraag is of 'tegenbewijs' mogelijk is: als kan worden aangetoond dat deze categorie vogels wezenlijke negatieve invloed ondervindt door de werkzaamheden, is het dan nog mogelijk om vervolgd te worden voor overtreding van artikel 9-12 Ffw? De vraag is bijna een theoretische, omdat het voldoen aan die bewijslast vrijwel onmogelijk is gelet op het feit dat de werkzaamheden zich per definitie op lokaal niveau afspelen en het gaat om algemenere broedsoorten, die op dat lokale niveau niet (zeer) zeldzaam zullen zijn. Hiermee wordt dus geen rekening gehouden met de mogelijke cumulatieve effecten van alle lokale werkzaamheden bij

25. Zie ook het nader rapport van de minister van LNV van 3 september 2004 (reactie op het advies van de Raad van State): Bij de beoordeling van de gedragscode in het kader van de goedkeuring zal ik een toets verrichten omtrent de significante effecten en het zorgvuldig handelen. Die toets zal dus niet worden overgelaten aan de gebruiker van de vrijstelling of de handhaver.

26. Bijvoorbeeld vele soorten zangvogels die in onze bossen broeden, zoals winterkoning, zwartkop, appelvink, houtsnip, lijster, boomklover en kleine vliegenvanger. In de Gedragslijn boswerk in broedseizoen 2003 worden werkzaamheden uitgesloten in bospercelen met een rijke structuur (= bospercelen met twee of meer struik- en boomlagen boven de kruidlaag).

elkaar. Die effecten worden pas weer in beeld gebracht bij grootschalige onderzoeken, bijvoorbeeld in het kader van de opstelling van een nieuwe Rode Lijst.

7 Knelpunten bij de handhaving van artikel 8-12 Ffw

Welke gevolgen heeft het voorgaande voor de strafrechtelijke handhaving van de verbodsbepalingen ingevolge artikel 8-12 Ffw? Ik zal een en ander illustreren aan de hand van een casus. In de casus gaat het om vogels, dus artikel 8 Ffw komt verder niet meer aan de orde. De systematiek is overigens hetzelfde.

7.1 Casus: kappen in bossen in het broedseizoen

Er komen in april 2006 meldingen van bezoekers van een mooi bosgebied op de Utrechtse Heuvelrug binnen dat er gekapt wordt met behulp van timberjacks. De politie gaat erop af en ziet inderdaad in percelen met overwegend naaldbos gebleste (= gemarkeerde) bomen en meerdere van die machines aan het werk, alsmede pas gevelde bomen in het bos en langs de paden. Desgevraagd laat de machinist van de timberjack de checklist zien die de verbalisanten herkennen als de checklist die behoort bij de Gedragscode zorgvuldig bosbeheer.

Op de checklist staat een aantal nesten van roofvogels aangegeven en een tiental mierenhopen. De bomen waarin de nesten zich bevinden, zijn met een andere kleur geblest, dus de chauffeur van de timberjack weet welke bomen hij met rust moet laten en dat hij uit de buurt moet blijven van de mierenhopen die met rood-witte linten zijn afgezet. Ook de volgorde waarin de verschillende percelen moeten worden gedund, staat op de checklist en dat is belangrijk omdat ongeveer één week van tevoren de percelen worden geïnventariseerd om een zo actueel mogelijk beeld te hebben. Eerder heeft een dergelijke inventarisatie niet plaatsgevonden. De checklist is ingevuld door een door de bosaanpakker ingeschakelde 'ervaringsdeskundige'. De werkzaamheden worden uitgevoerd door een bosaannemer, bij wie de machinist van de timberjack in dienst is.

In onze casus dient eerst te worden vastgesteld of één of meer van de verbodsbepalingen van artikel 9-12 Ffw zijn overtreden. Als dat het geval is, dient nagegaan te worden of er een beroep kan worden gedaan op de vrijstellingsregeling (vaststaat dat er geen ontheffing is verleend). Weliswaar is er kennelijk een checklist ingevuld, maar de vraag is of die correct en volledig is ingevuld en of – indien dat het geval is – er ook conform de checklist is gewerkt.

7.2 Overtreding van artikel 9-12 Ffw

Zijn er vogels die behoren tot een beschermde vogelsoort aanwezig in het gebied waar de werkzaamheden worden uitgevoerd, waardoor er sprake zou kunnen zijn van overtreding van artikel 9-12 Ffw? Om deze vraag te beantwoorden zijn er twee mogelijkheden: het leveren van direct of indirect bewijs. De werkzaamheden vinden plaats in het broedseizoen.

zoen van een groot aantal beschermde vogelsoorten. Direct bewijs is geleverd als verbalisanten constateren dat er door de werkzaamheden met de timberjack vogels worden gedood of verwond (art. 9 Ffw), opzettelijk worden veront- rust (art. 10 Ffw), dat vogelnesten beschadigd, vernield of verstoord worden (art. 11 Ffw) of de eieren in die nesten worden beschadigd of vernield (art. 12 Ffw).

Het zou heel mooi zijn als verbalisanten één of meer overtredingen ter plekke zouden constateren, maar dat blijkt uitermate moeilijk. Vind maar eens een beschadigd nest of eieren op de grond of een dode of gewonde vogel. Het is een ravage op de grond nadat een timberjack bezig is geweest. Er wordt zelden nog wat gevonden en als dat al het geval is (een nest in een geveld boom), is de vraag of dat nest nog wel bewoond was op het moment van vellen. Pas als verbalisanten constateren dat op het moment dat de timberjack een boom velt een (bewoond) nest uit die boom op de grond valt of een vogel onder de vallende boom terecht komt en daarbij het leven laat, is het bewijs van dat ene nest en die ene vogel direct geleverd. De strafzaak die dat oplevert, doet geen recht aan de ravage die een timberjack achterlaat in het bos. Daarom heeft het Hof Arnhem in 2003 het zogenoemde indirecte bewijs geaccepteerd. In feite is *achteraf* geïnventariseerd wat er in het bos had kunnen zitten. Dit was mogelijk, omdat er veel zogenoemde ‘open bronnen’ waren waaruit geput kon worden. Zelfs in een boek dat door Staatsbosbeheer is uitgegeven, stond dat het betreffende bos als broedplaats voor veel vogels fungeerde. Uit het verzamelen van zo veel mogelijk gegevens bleek dat tijdens de werkzaamheden er heel veel (broedende) vogels in het bos aanwezig moeten zijn geweest tijdens het kappen. Bovendien was door de politie een deskundige ingeschakeld om na het kappen zijn oren te gebruiken om vast te stellen dat het veel stiller was in het geveld deel van het bos dan het normaal gesproken zou zijn. Er werd een (vermoedelijk) spech- tennest in een geveld boom aangetroffen. In combinatie met de grootschaligheid en duur van de werkzaamheden, de gebruikte methode van het vellen (de timberjack), de ravage die aangetroffen was, de getuigenverklaringen (waaruit bleek dat de zorgvuldigheid ver te zoeken was), heeft het hof over- treding van artikel 5 en 8 Vogelwet 1936 (thans resp. art. 10 en 11 Ffw) op grond van het hiervoor weergegeven indirecte bewijs bewezen verklaard.

In wezen is het voorgaande niet gewijzigd door de wijziging van het vrijstellingsbesluit: het OM dient te bewijzen dat de verboden van artikel 9-12 Ffw zijn overtreden. Wat wel op basis van het arrest van het Hof Arnhem verdedigd zou kunnen worden, is dat door het toelaten van indirect bewijs de fictie wordt geaccepteerd dat bij de combinatie van:

- grootschalige kapactiviteiten (ongeacht of de werkzaamheden nog als dunning kunnen worden aangemerkt);
- tijdens het broedseizoen;
- in bossen/locaties waarover informatie aanwezig is dat er vogels broeden;

ervan uitgegaan mag worden dat artikel 9-12 Ffw worden overtreden.

Het arrest van het Hof Arnhem is – gelet op de nota van toe- lichting – voor een belangrijk deel de aanleiding geweest

voor het vrijstellingsbesluit, dus ervan uitgaande dat de ver- dachte geen moeite zal doen om de overtreding van artikel 9- 12 Ffw te ontkennen, komen we al gauw uit bij de volgende stap, de vrijstelling.

7.3 Behoren de kapwerkzaamheden tot de activiteiten ex artikel 16b lid 1 vrijstellingsbesluit?

Deze vraag zal weinig problemen opleveren, omdat er niet veel werkzaamheden zullen zijn die niet onder de ruim geformuleerde activiteiten ex artikel 16b lid 1 vallen.²⁷ In het rapport van Alterra nr. 1315 staat het volgende over bestendig beheer: ‘Ook kan de frequentie van bestendige beheers- maatregelen sterk variëren in de tijd. Sommige maatregelen worden vrijwel wekelijks uitgevoerd (bijv. gazon maaien), andere maatregelen worden eens per eeuw uitgevoerd (bijv. bepaalde vormen van houtoogst).’ Afgezien van nieuwe vorm- en methoden van beheer, gebruik en onderhoud en grote veranderingen of grootschalige maatregelen (bijv. de kaalkap van een bos) zullen er niet veel activiteiten zijn die niet onder de vrijgestelde activiteiten vallen.²⁸

7.4 Gedragscode 2005

Voordat we teruggaan naar de casus, een korte opmerking over de situatie dat er geen ingevulde checklist aanwezig is. De checklist bevat onder andere de resultaten van de inventarisatie van het gebied voorafgaand aan het kappen. Als die er niet is, is het zeer voor de hand liggend dat de gedragscode niet is nageleefd. Dit heeft tot gevolg dat de verdachte geen beroep kan doen op de vrijstelling en dat teruggevallen wordt op de situatie dat er mogelijk andere omstandigheden zijn, die ertoe leiden dat de verdachte een beroep kan doen op het ontbreken van schuld, bijvoorbeeld omdat hij op een andere wijze dan beschreven in de gedragscode zorgvuldig heeft gehandeld. Die situatie zal zich naar verwachting niet zo vaak voordoen.

Terug naar de casus: er is een checklist aanwezig. Is dat vol- doende om aan te nemen dat de gedragscode is nageleefd en dus met succes een beroep op de vrijstelling kan worden gedaan en het strafrechtelijk onderzoek beëindigd kan worden? Mijns inziens niet: de aanwezigheid van een checklist is slechts een indicatie dat de gedragscode is nageleefd.

Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden, te weten:

1. De inventarisatie is onvoldoende uitgevoerd en dus is de checklist niet volledig.
2. De inventarisatie is wel voldoende, maar de uitvoering van de activiteiten laat te wensen over.

27. Zie p. 33-34 van de nota van toelichting: het betreft regelmatig terugkerend beheer, gebruik of onderhoud dat al langere tijd plaatsvindt zonder dat dit beheer, gebruik of onderhoud in de weg heeft gestaan aan de vestiging en het behoud van individuen van beschermde soorten in de gebieden waar het beheer, gebruik of onderhoud plaatsvindt. Het is natuurlijk maar de vraag of het beheer/gebruik/onderhoud tot dan toe niet in de weg heeft gestaan aan ..., enz.

28. Zie de brochure van het ministerie van LNV, noot 14, p. 9-10.

7.4.1 Inventarisatie voldoende?

Bij het onderzoek naar de volledigheid (waartoe ook de betrouwbaarheid behoort) van de inventarisatie zal gelet dienen te worden op de volgende punten:

- Bevat de checklist de nodige concrete informatie?
- Is er een onderbouwing met behulp van open bronnen (bijv. Natuurloket, informatie van lokale vogelwerkgroepen, historische gegevens)?
 - Wie heeft de inventarisatie uitgevoerd?
 - Hoe deskundig is betrokkene?
 - Hoeveel tijd is er voor de inventarisatie uitgetrokken?

Kortom: hoe (aantoonbaar) serieus is de checklist ingevuld?

Het is duidelijk dat naarmate de checklist (aantoonbaar) serieuzer is ingevuld, er minder tijd zal worden besteed aan het vaststellen of de inventarisatie volledig is. Als daar de nodige vraagtekens bij kunnen worden geplaatst, zoals in de casus, dan is de vraag wie aan moet tonen dat de inventarisatie wel volledig en betrouwbaar is, en hoe dat moet gebeuren.

7.4.2 Wie en hoe?

In de nota van toelichting op de wijziging van het vrijstellingsbesluit en de gedragscode zelf wordt over de handhaving opgemerkt dat de gebruiker ten genoegen van de handhaver aan dient te tonen dat hij handelt conform de goedgekeurde gedragscode.²⁹ Dit zou een soort omgekeerde bewijslast impliceren. Uit het nader rapport van de minister van LNV als reactie op het advies van de Raad van State wordt ook aangegeven dat deze omgekeerde bewijslast bedoeld is om de problemen te ondervangen die met de handhaving van het (ontwerp)besluit gepaard hadden kunnen gaan. Dit moge wellicht zo zijn voor de bestuursrechtelijke handhaving (door onder andere de AID) en in strikte zin ook voor de strafrechtelijke, omdat de verdachte een beroep doet op een vrijstelling, maar in de praktijk zal een groot deel van de bewijslast dat een gebruiker niet handelt conform de gedragscode, bij de handhaver/opsporingsambtenaar liggen.

Los van het feit dat deze omkering van de bewijslast voor het strafrecht slechts van beperkte betekenis zal zijn, is het de vraag wat de gebruiker van de gedragscode moet aantonen. Is het tonen van een checklist (hoe beperkt ook ingevuld) voldoende? Het OM zal op zijn minst 'een begin van bewijs' moeten leveren dat niet conform de gedragscode is gewerkt. Om dat te kunnen doen, zou hetzelfde gedaan kunnen worden als SOVON heeft gedaan tijdens het proefjaar 2004 (in het kader van de evaluatie van Alterra). Weliswaar waren diverse veldbezoeken door SOVON ook laat, maar in ieder geval waren de kapwerkzaamheden nog niet zover gevorderd dat een inventarisatie zinloos was.

En dat is het probleem van strafrechtelijk onderzoek: men loopt altijd achter de feiten aan. De kapwerkzaamheden zijn in volle gang of zelfs geheel of voor een groot deel reeds uitgevoerd. Dan dient op basis van open bronnen en andere informatie min of meer indirect te worden aangetoond dat er meer informatie op die checklist had behoren te staan dan er feitelijk op staat, en in wezen zijn we dan weer terug bij de

wijze van bewijsgaring zoals hiervoor is geschetst in het kader van het bewijs voor overtreding van artikel 9-12 Ffw.

Maar er is meer aan de hand. Nu de checklist slechts een beperkt aantal vogelsoorten noemt en de restcategorie ook beperkt is tot andere (dan de bij naam genoemde) vogelsoorten van de Rode Lijst en bijlage I van de Vogelrichtlijn, is niet meer van belang dat er in het betreffende gebied wel beschermde vogelsoorten broeden, die (nog) niet kwetsbaar zijn of bedreigd. Deze hoeven niet in de checklist te worden opgenomen en dus mogen ten aanzien van deze meer algemene broedvogelsoorten artikel 9-12 Ffw kennelijk wel ongestraft worden overtreden, omdat deze overtredingen *geacht* worden geen wezenlijke invloed op de soort te hebben dan wel geen afbreuk te doen aan de gunstige staat van instandhouding van de soort (zie hiervoor).

7.4.3 Naleving van de gedragscode/checklist

Los van de kwaliteit van de checklist wordt ter plekke direct nagegaan of de activiteiten zoals tot op dat moment uitgevoerd door de machinist van de timberjack, conform de checklist zijn uitgevoerd. Dat blijkt tegen te vallen. Weliswaar is de enkele boom waarin zich een roofovogelnest bevindt wel gespaard, maar de afstand van vijftig meter die om de boom in acht dient te worden genomen, is niet gerespecteerd en er zijn ook sporen van gesleepte bomen heel dicht bij mierenhopen aangetroffen. Uit de verklaring van de machinist blijkt dat hij alleen rekening houdt met de gebleste bomen en dat hij de mierenhopen met rust laat, maar dat hij geen andere maatregelen neemt. Hij zegt daarover geen instructies te hebben gehad, noch van zijn baas de bosaannemer, noch van de inventariseerder die de werkzaamheden begeleidt.

De casus is ontleend aan een van de geselecteerde locaties ten behoeve van de evaluatieopdracht van Alterra/SOVON uitgevoerd in 2004. SOVON heeft het volgende waargenomen:

- Eerste veldbezoek d.d. 15 juni 2004: aangetroffen werden: twee bezette nesten van buizerd, nest van een havik, half opgebouwd sperwernest naast een oud sperwernest, reeds uitgevlogen jonge bosuilen en ransuilen. Nesten van houtduif (5x), merel (3x), zanglijster (1), grote lijster (1), winterkoning (2), roodborst (1), koolmees (1) en gaai (3) en er werd een raaf waargenomen.
- Nacontrole d.d. 29 juli 2004: nestbomen van de buizerd waren niet geveld, maar wel was tot een afstand van 10-15 meter hout geveld en bomen waren tot binnen een afstand van 10 meter uitgesleept. Eén nest was succesvol, maar het andere mislukt in de jongenfase. Het half afgebouwde nest van de sperwer was verdwenen, evenals alle nesten van de houtduif (2) en gaai (1). Een raaf werd gehoord en een borstveer van een wespendif gevonden.

SOVON concludeert dat er niet conform de gedragscode is gewerkt.

In deze casus was het met name gelet op de naleving van de gedragscode niet zo moeilijk om tot deze conclusie te komen. Wat betreft inventarisatie en deskundigheid wel: in een deel van het gebied was er nog niet gekapt toen de voorcontrole plaatsvond en het betrof een zeer deskundig inventariseerder (een ornitholoog van SOVON).

29. P. 18 nota van toelichting; p. 1 Gedragscode.

Belangrijk ook is de constatering dat er maar twee vogelsoorten zijn die door SOVON zijn opgemerkt en die op de huidige checklist bij naam worden genoemd, namelijk de raaf en de ransuil (Rode Lijstsoorten). De andere waargenomen vogelsoorten staan niet op de checklist, noch op de Rode Lijst of bijlage I van de Vogelrichtlijn. Horstbomen en nestkasten van roofvogels zijn volgens de checklist toen en nu wel elementen die worden gespaard en ontzien, dus op grond daarvan zou het beroep op de huidige vrijstelling (die in 2004 nog niet gold) nog verworpen kunnen worden, maar het is duidelijk dat de gedragscode ruime mogelijkheden biedt.

Of er overtredingen zijn gepleegd tijdens het eerste broedseizoen na de inwerkingtreding van het vrijstellingsbesluit, dus in het voorjaar/zomer 2005, weet ik niet, maar de constatering tijdens het broedseizoen 2006 stemmen niet hoopvol. Reden om wellicht tot een snellere evaluatie van de gedragscode over te gaan.

8 Conclusies

Met de inwerkingtreding van de gewijzigde artikel 75 AMvB werd niet alleen het 'instrument' van de gedragscode als vrijstellingsvoorwaarde geïntroduceerd, maar de inmiddels door het ministerie van LNV goedgekeurde gedragscode geeft de bosbouwsector veel meer ruimte dan daarvoor. De strafrechtelijke handhavingsmogelijkheden zijn in de praktijk beperkt tot de (volledigheid van de) inventarisatie voorafgaand aan de werkzaamheden en de naleving van (de rest van) de gedragscode. Het strafrechtelijk bewijs voor beide aspecten is moeilijk te leveren, omdat de constatering altijd achteraf of tijdens de werkzaamheden plaatsvinden. De indruk bestaat dat er in de praktijk onvoldoende aandacht is voor het naleven van de gedragscode. Daarnaast brengt de regeling zelf beperkingen aan die ertoe leiden dat met name vogels die behoren tot de soorten, die niet op de Rode Lijst 2004 of bijlage I Vogelrichtlijn staan, worden uitgesloten, waardoor zij in feite geen enkele bescherming genieten (gedurende het gehele jaar door). De zorgplicht en de verbodsbepalingen in de Ffw hebben wel betrekking op individuele vogels; de voorwaarden verbonden aan de vrijstellingsregeling daarentegen richten zich primair op de bescherming van soorten. Hierdoor sluiten verboden en vrijstellingen niet op elkaar aan. Dit strookt niet met de (Europese) regelgeving en maakt ook de handhaving lastig, zo niet onmogelijk.

9 Aanbevelingen

- Hoewel de gedragscode een goed instrument is ter zelfregulering en uniformering van zorgvuldig handelen in de bosbouwsector, is de juridische status van de code als 'vrijstellingsvoorwaarde' geen goede keuze. Het al dan niet naleven van de code hoort thuis in de strafrechtelijke categorie 'verwijtbaarheid', bij ontbreken waarvan ontslag van alle rechtsvervolging volgt.
- Maak artikel 2 Ffw ook strafrechtelijk handhaafbaar, waardoor het als vangnet kan fungeren indien het bewijs

voor overtreding van artikel 8-12 Ffw moeilijk geleverd kan worden, en ter bestrijding van excessen.

- Verbeter op korte termijn de deskundigheid van inventariseerders en van inventarisaties door middel van methoden, protocollen en opleidingen,³⁰ en trek daar ook geld voor uit (eventueel gesubsidieerd³¹).
- Verbeter inhoud en beschikbaarheid van open bronnen, zodat ook handhavers een houvast hebben in het kader van de voorbereiding en bewijsvoering ten aanzien van de volledigheid van inventarisaties.

10 Afsluiting

Een belangrijk deel van het bedrijfsleven (waartoe ik ook overheden reken die direct of indirect inkomsten genereren uit bedrijfseconomische activiteiten) wil zelf verantwoordelijkheid nemen voor het naleven van regels, omdat dat deel het belang daarvan inziet. En dat is goed. De strafrechtelijke handhaving van (milieu)wetten beoogt naast uiteraard de bescherming van natuur en milieu ook om dat deel van het bedrijfsleven te beschermen tegen collega-bedrijven die het niet zo nauw nemen. Waar geld kan worden verdiend door niet of minder te investeren in maatregelen ter bescherming van milieu en natuur, zal dat gebeuren. Ik ben niet uit op het vervolgen van incidentele overtredingen, maar op het zichtbaar maken van structurele onzorgvuldigheden in de bedrijfsvoering. Het is niet de bedoeling dat het OM daarbij in zeer lastige bewijsituaties terechtkomt. Het bedrijfsleven kan zich geen kostbare inventarisaties veroorloven, maar politie en OM ook niet. ■

30. Zie ook par. 5.2 'Optimalisatie' op p. 63-64 van de evaluatie.

31. Wellicht dat de EU er (ook) financiële middelen voor beschikbaar stelt.