

zenlijke onderdelen van het beroep, namelijk de vraag naar reële alternatieven voor doden en het effect op de staat van instandhouding, nog niet eens door de rechtbank besproken. Ook daar voorzie ik op voorhand de nodige problemen. Beleidsmatig moet er maar eens worden nagedacht of het nastreven van een nulstand voor beschermde soorten nog wel van deze tijd is.

L. Boerema

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

53

Landelijke vrijstelling voor het doden van de vos is onverbindend verklaard

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
16 februari 2022, UTR 21/1854 en UTR
21/2143, ECLI:NL:RBMNE:2022:552
(mr. Van der Linde, mr. De Meulder,
mr. Rademaker)
Noot L. Boerema

Vrijstelling. Vos. Ontheffing. Freilandbedrijven. Weidevogels. Schade aan fauna. Belangrijke schade. Exceptieve toetsing.

[Wnb art. 3.17, 3.26, 3.10; Bnb art. 3.1; Rnb art. 3.1]

Aangevochten wordt een ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming waarbij toestemming wordt verleend voor het gebruik van een geweer gedurende de nachtelijk uren voor het doden van vossen. De ontheffing is verleend in het belang van de bescherming van flora en fauna, namelijk weidevogels en daarnaast om ernstige schade aan veehouderijen namelijk Freilandbedrijven (kippen) te voorkomen. De rechtbank verklaart de Regeling natuurbescherming onverbindend, voor zover daarin een algemene vrijstelling voor het doden van vossen is opgenomen. Een bepaling in een ministeriële regeling moet uitdrukkelijk berusten op een wet of een algemene maatregel van bestuur. De rechtbank constateert dat een dergelijke grondslag in dit geval ontbreekt. Nu de vrijstelling als basis voor het beheer van de vos

wegvalt, mag een ontheffing voor het doden van deze beschermde soort slechts worden verleend na een uitgebreide en volledige toetsing aan het wettelijke kader. Volgens de rechtbank schiet de verleende ontheffing tekort omdat ontoereikend gemotiveerd is dat ontheffingverlening nodig is om schade aan Freilandbedrijven en weidevogels te voorkomen. De beslissing op bezwaar wordt vernietigd en het primaire besluit wordt geschorst in afwachting van een nieuw besluit op het bezwaar.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 16 februari 2022 in de zaak tussen
Stichting De Faunabescherming, gevestigd in Amstelveen,
(gemachtigde: mr. B.N. Kloostra),
Stichting Fauna4life, gevestigd in Amstelveen,
Stichting Animal Rights, gevestigd in Den Haag,
en
het college van gedeputeerde staten van de provincie Utrecht, verweerder,
(gemachtigden: mr. M.C. de Smidt en mr. V.A.C. de Gier).
Ook heeft als partij aan het geding deelgenomen:
Stichting Faunabeheereenheid Utrecht, gevestigd in Renswoude,
(gemachtigde: J. Nuissl).

Inleiding

1. In de provincie Utrecht komen vossen voor. De vos is een predator (natuurlijke vijand) van onder meer weidevogels en kippen. Deze zaak gaat over de ontheffing die gedeputeerde staten aan de faunabeheereenheid hebben verleend om 's nachts vossen af te schieten in weidevogelgebieden en bij agrarische bedrijven de vrije-uitloopkippen houden ('Freilandbedrijven'). De stichtingen zijn het daar niet mee eens.

2. Met het besluit van 13 augustus 2020 (het primaire besluit) hebben gedeputeerde staten de ontheffing verleend. Met het besluit van 30 maart 2021 (het bestreden besluit) hebben gedeputeerde staten als beslissing op de bezwaren van de stichtingen de ontheffing op twee punten aangepast. De stichtingen hebben daartegen beroepen ingesteld. Gedeputeerde staten hebben een verweerschrift ingediend en de stichtingen hebben daarop gereageerd.

3. De zaak is behandeld op de zitting van 14 december 2021. Stichting De Faunabescherming heeft zich laten vertegenwoordigen door haar ge-

machtigde. De stichtingen Fauna4life en Animal Rights hebben zich laten vertegenwoordigen door [A], voor Animal Rights bijgestaan door [B]. Gedeputeerde staten en de faunabeheereenheid hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Het oordeel van de rechtbank

4. De rechtbank oordeelt in deze zaak dat de landelijke vrijstellingslijst onverbindend is, omdat de wet aan de minister geen bevoegdheid geeft om die lijst in een ministeriële regeling op te nemen, zoals wel is gebeurd. Het gevolg hiervan is dat de algemene vrijstelling van het verbod om de vos te doden niet geldt en dat de verleende ontheffing in volle omvang moet worden getoetst aan alle wettelijke vereisten. De uitkomst van die toetsing door de rechtbank is dat voor zowel weidevogelgebieden als voor Freilandbedrijven onvoldoende is onderbouwd dat het doden van vossen nodig is en dat er geen goede alternatieven zijn.

5. Gedeputeerde staten moeten een nieuw besluit nemen op de bezwaren van de stichtingen. Als zij de verleende ontheffing in stand willen laten dan moeten zij beter onderbouwen dat aan de wettelijke criteria wordt voldaan. In de tussentijd wordt de ontheffing geschorst.

6. Hierna volgen de overwegingen waarin de rechtbank haar oordelen motiveert.

Overwegingen

Algemene vrijstelling en ontheffingsmogelijkheden

7. Deze zaak wordt beheerst door de bepalingen uit de Wet natuurbescherming (Wnb), het Besluit natuurbescherming (Bnb) en de Regeling natuurbescherming (Rnb).

8. De vos is een in het wild levend zoogdier waarvoor een wettelijk verbod tot opzettelijk doden geldt. Van dit verbod kan ontheffing worden verleend, als er geen andere bevredigende oplossing is en als wordt voldaan aan een van de wettelijke noodzakelijkheidscriteria. Een dergelijke ontheffing kan ook worden verleend ten behoeve van de beperking van de omvang van de vossenpopulatie. De vos is in het Bnb aangewezen als soort die niet in zijn voortbestaan wordt bedreigd of dat gevaar loopt, en die in het gehele land schade veroorzaakt. In de Rnb is een algemene vrijstelling opgenomen voor het doden van vossen. Verder geldt een wettelijke beperking voor het doden met

gebruikmaking van een geweer in de nacht. Ook van dit verbod kan ontheffing worden verleend.

Grondslag ontheffing en standpunten partijen

9. De ontheffing is in deze zaak verleend voor het doden van de vos én voor het beperken van de vossenpopulatie én voor het doden met gebruikmaking van een geweer in de nacht. In de ontheffing van 13 augustus 2020 wordt namelijk verwezen naar alle drie deze grondslagen voor ontheffingverlening: artikel 3.10, tweede lid, artikel 3.17, eerste lid en artikel 3.26, derde lid, van de Wnb. Aan hun besluitvorming hebben gedeputeerde staten ten grondslag gelegd dat er geen andere bevredigende oplossing is en dat een ontheffing nodig is in het belang van de bescherming van de wilde flora of fauna, namelijk in het belang van de bescherming van weidevogels, en daarnaast om ernstige schade aan veehouderijen, namelijk Freilandbedrijven, te voorkomen. Om te onderbouwen dat aan deze voorwaarden voor ontheffingverlening is voldaan verwijzen gedeputeerde staten in het bestreden besluit primair – en in afwijking van het advies van de bezwaarschriftencommissie – naar de aanwijzing van de vos in het Bnb en naar de algemene vrijstelling uit de Rnb. Volgens gedeputeerde staten volgt daaruit al dat ontheffingverlening nodig is om schade te voorkomen, en dat er geen andere bevredigende oplossing is. Subsidiar motiveren gedeputeerde staten de noodzaak en het ontbreken van alternatieven – nog steeds in afwijking van het advies van de bezwaarschriftencommissie – door te verwijzen naar rechtspraak over eerdere ontheffingen en naar het faunabeheerplan. In het verweerschrift zijn gedeputeerde staten hier aanvullend dieper op ingegaan.

10. De stichtingen vinden de motivering in het bestreden besluit onvoldoende om de ontheffing op te kunnen baseren. Zij voeren aan dat niet is aangetoond dat vossen zorgen voor ernstige schade op Freilandbedrijven door dode kippen, dat vossen ook niet de hoofdoorzaak zijn van de slechte staat van de weidevogels en dat er bovendien alternatieven zijn voor het afschieten van vossen. Ook de aanvullende motivering van gedeputeerde staten uit het verweerschrift vinden de stichtingen onvoldoende.

De betekenis van de algemene vrijstelling

11. De rechtbank stelt voorop dat de algemene vrijstelling uit de Rnb voor het doden van de vos

niet beperkt is tot de dag, en dat daaronder dus ook het doden van vossen in de nacht valt. Als reeds de algemene vrijstelling geldt, is het verlenen van ontheffing voor het doden van vossen niet meer nodig. Om 's nachts vossen af te mogen schieten zou dan alleen nog een ontheffing nodig zijn van het verbod op het doden met gebruikmaking van een geweer in de nacht. Voor die ontheffing op grond van artikel 3.26, derde lid, van de Wnb gelden geen specifieke vereisten, zodat gedeputeerde staten daar een grotere mate van beleidsruimte hebben dan bij ontheffingverlening op grond van artikel 3.10, tweede lid, van de Wnb met de bijbehorende vereisten over noodzaak en alternatieven.

12. In het licht hiervan is voor de door gedeputeerde staten verleende ontheffing en de toetsing daarvan door de rechtbank bepalend of op de algemene vrijstelling kan worden teruggevalen. Op de zitting is dit met partijen besproken. De rechtbank heeft daarin aanleiding gezien om de geldigheid van de aanwijzing van de vos in het Bnb en van de algemene vrijstelling te beoordelen. Dat doet zij bij wijze van exceptieve toetsing. De rechtbank oordeelt daarover als volgt.

De algemene vrijstelling voor de vos is onverbindend

13. De wetgever heeft in de Wnb een bevoegdheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur soorten van, onder meer, in het wild levende zoogdieren aan te wijzen die niet in hun voortbestaan worden bedreigd of dat gevaar lopen, en die in het gehele land schade veroorzaken. Vervolgens heeft de wetgever ten aanzien van dergelijke, bij algemene maatregel van bestuur aangewezen soorten, aan de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (inmiddels: de minister voor Natuur en Stikstof) de bevoegdheid gegeven om een vrijstelling van het verbod om te doden te geven. De wettelijke systematiek is dus dat soorten eerst worden aangewezen in een algemene maatregel van bestuur, en dat vervolgens door de minister een algemene vrijstelling wordt verleend voor het doden van die soorten.

14. Voor wat die eerste stap betreft is de hiervoor beschreven systematiek dus gevolgd, met de aanwijzing van de vos in artikel 3.1 van het Bnb als algemene maatregel van bestuur. De rechtbank overweegt dat bij de totstandkoming van deze aanwijzing is overwogen dat aan de criteria daartoe is voldaan, waarbij is verwezen naar diverse

rapporten en onderzoeken, onder andere over faunaschade en predatie bij weidevogels. In het licht hiervan vindt de rechtbank dat niet kan worden gezegd dat in het Bnb onvoldoende is gemotiveerd dat de vos in het gehele land schade veroorzaakt of dat die conclusie in redelijkheid niet juist is. De rechtbank acht de aanwijzing van de vos in het Bnb rechtmatig.

15. De minister heeft voor het doden van de vos vervolgens echter geen vrijstellingsbesluit genomen zoals de wet voorschrijft, maar heeft die vrijstelling in artikel 3.1 van de Rnb opgenomen. Een bepaling in een ministeriële regeling moet echter uitdrukkelijk berusten op een wet, of een algemene maatregel van bestuur die op zijn beurt dan op de wet moet berusten. Doorgaans blijkt dit uit de formulering "bij ministeriële regeling kan...". Die formulering staat niet in de Wnb of het Bnb ten aanzien van de algemene vrijstelling voor soorten die niet in hun voortbestaan worden bedreigd of dat gevaar lopen, en die in het gehele land schade veroorzaken. De rechtbank oordeelt dan ook dat noch de Wnb, noch het Bnb een dergelijke uitdrukkelijke grondslag geeft.

16. De rechtbank wijst daarbij op het verschil met de tot 1 januari 2017 geldende regeling uit de toenmalige Flora- en faunawet. Ook die regeling gaf een bevoegdheid tot het aanwijzen van soorten in een algemene maatregel van bestuur, maar bepaalde vervolgens uitdrukkelijk dat bij ministeriële regeling kon worden toegestaan dat de grondgebruiker ten aanzien van die soorten verboden handelingen verrichtte, waaronder het doden. De rechtbank heeft in de geschiedenis bij de totstandkoming van de Wnb geen verklaring kunnen vinden voor deze wijziging in de systematiek rondom de algemene vrijstelling. Gedeputeerde staten en de faunabescherming hebben er op de zitting terecht op gewezen dat met de overgang van de Flora- en faunawet geen beleidswijzigingen zijn beoogd. Dat betekent echter niet dat de bevoegdheid tot het geven van een ministeriële regeling kan worden 'ingelezen' in de Wnb. Dat zou zich niet verhouden tot het vereiste dat een ministeriële regeling uitdrukkelijk moet berusten op een door of krachtens de wetgever gegeven bevoegdheid.

17. De conclusie is dat de algemene vrijstelling voor het doden van de vos onbevoegd in de Rnb is opgenomen. De rechtbank verklaart deze bepaling – artikel 3.1, tweede lid, van de Rnb – onverbindend ten aanzien van de vos. Het gevolg daar-

van is dat een ontheffing enkel voor het gebruik van het geweer in de nacht onvoldoende is voor het op die wijze mogen doden van vossen in de nacht. Een 'zwaardere' ontheffing op grond van artikel 3.10, tweede lid, van de Wnb is vereist.

Motivering gebrekkig, maar later aangevuld

18. Dat de algemene vrijstelling uit de Rnb onverbindend is betekent vervolgens ook dat de primaire motivering van gedeputeerde staten – de verwijzing naar de algemene vrijstelling – geen stand kan houden. Dat de vos wel rechtmatig in het Bnb is aangewezen betekent bovendien nog niet dat gedeputeerde staten bij het verlenen van een ontheffing alleen maar daarnaar hoeven te verwijzen om te onderbouwen dat afschot van vossen nodig is. Daartoe is van belang dat als criterium voor de aanwijzing geldt het “in het gehele land veroorzaken van schade”, wat niet gelijk is te stellen met de criteria “ernstige schade aan veehouderijen” en “bescherming van flora en fauna” als reden waarvoor de ontheffing in dit geval is verleend. De rechtbank oordeelt bovendien dat de subsidiaire motivering in het licht van het uitgebreide en daaraan tegengestelde advies van de bezwaarschriftencommissie te beperkt is om te onderbouwen dat aan de vereisten over noodzaak en alternatieven wordt voldaan. Het bestreden besluit heeft een motiveringsgebrek.

19. Zoals gezegd zijn gedeputeerde staten in het verweerschrift uitgebreider ingegaan op de criteria voor ontheffingverlening. De stichtingen hebben daarop beide gereageerd en de standpunten van partijen zijn op de zitting besproken. In het licht van haar taak om het geschil zo veel mogelijk definitief te beslechten zal de rechtbank deze standpunten daarom toetsen, en beoordelen of gedeputeerde staten de ontheffing alsnog voldoende kunnen motiveren. De rechtbank zal daarvoor zowel voor de Freilandbedrijven als voor de weidevogels per geval beoordelen of aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan. Daarbij kan de aanwijzing van de vos in het Bnb wel een eerste aanknopingspunt zijn. Vervolgens zal de rechtbank voor beide gevallen beoordelen of er andere bevredigende oplossingen zijn voor afschot.

Is afschot nodig om ernstige schade aan Freilandbedrijven te voorkomen?

20. Gedeputeerde staten willen de ontheffing verlenen om 's nachts ernstige schade aan Freiland-

bedrijven te voorkomen. Met inachtneming van de beoordelingsruimte die zij bij de invulling van het begrip 'ernstige schade' hebben oordeelt de rechtbank dat zij op basis van de gegevens uit het verweerschrift in redelijkheid niet tot de conclusie kunnen komen dat aan dit criterium wordt voldaan. Hoewel op zichzelf niet in geschil is dat er bij de Freilandbedrijven enige vorm van schade is, door kippen die een prooi worden van vossen, is onvoldoende onderbouwd dat dit als ernstige schade voor deze bedrijven moet worden aangemerkt. Daartoe is in de eerste plaats van belang dat niet duidelijk is wat de omvang van de schade precies is: hoeveel kippen 's nachts een prooi worden is niet exact bekend. Bovendien is ook onduidelijk wat het aandeel van de vos daarin is. Er zijn immers ook andere prooidieren 's nachts actief. Gedeputeerde staten zullen ten minste een motivering moeten kunnen geven met een indicatie van de hoeveelheid kippen die op Freilandbedrijven 's nachts aan de vos ten prooi vallen.

21. Daar komt bij dat evenmin inzichtelijk is wat een aan de vos ten prooi gevallen kip betekent voor een gemiddeld Freilandbedrijf. Het is nodig om in te gaan op de omzet van deze bedrijven en op de bijdrage daaraan per kip, om invulling te kunnen geven aan het begrip ernstige schade. Want ook als duidelijk wordt dat er iedere nacht kippen worden gedood door vossen, wil dat nog niet per definitie zeggen dat dat ernstige schade oplevert. Het is aan gedeputeerde staten om dit beter te onderbouwen en om daarbij invulling te geven aan hun beoordelingsruimte bij het criterium “ernstige schade aan veehouderijen”.

Zijn er andere bevredigende oplossingen voor Freilandbedrijven?

22. Als alternatieve oplossing voor afschot hebben partijen het in de eerste plaats gehad over de mogelijkheid en het nut van rasters rond de buitenverblijven. Volgens gedeputeerde staten is een raster geen goed alternatief, waarbij zij zich baseert op stukken van de organisatie BIJ12, die namens de provincies faunaschade afhandelt, en op oudere stukken van het Faunafonds die daarmee voorheen belast was. Deze stukken verwijzen uiteindelijk terug naar de afweging die het Faunafonds in 2004 heeft gemaakt en die in die tijd door rechtbanken redelijk is gevonden. Het Faunafonds heeft toen verwezen naar berekeningen waaruit blijkt dat de jaarlijkse kosten van een

vossenwerend raster tussen de 10 en 35% draagt van de arbeidsopbrengst van een bedrijf.

23. In de stukken en op de zitting is verder gesproken over het 's nachts ophokken van kippen dat op Freilandbedrijven altijd plaatsvindt. Gedeputeerde staten hebben toegelicht dat dit met een geautomatiseerd systeem gebeurt, waarbij het niet te voorkomen is dat er altijd enkele kippen 's nachts buiten de stal blijven die vervolgens een prooi van de vos kunnen worden.

24. De rechtbank vindt de informatie over de vossenwerende rasters gedateerd en te algemeen. De betreffende berekeningen uit 2004 zelf zijn niet verstrekt en dus niet controleerbaar. Daarnaast kan niet zonder meer gezegd worden dat de kosten voor het plaatsen en in stand houden van een raster enerzijds en de arbeidsopbrengst van Freilandbedrijven anderzijds onverkort hetzelfde zijn als vijftien jaar geleden. De rechtbank overweegt verder dat partijen het erover eens zijn dat het ophokken met het geautomatiseerde systeem gevergd kan worden van de Freilandbedrijven. Of rasters en ophokken andere bevredigende oplossingen zijn is echter afhankelijk van de uitkomst van de nadere motivering die gedeputeerde staten moeten geven over de invulling van het begrip ernstige schade in relatie tot de kippen die buiten blijven en een prooi kunnen worden. Hoe goedkoper het raster is in relatie tot de bedrijfsomzet, hoe eerder gezegd kan worden dat dit een andere bevredigende oplossing is. Dat geldt ook voor het ophokken: hoe minder kippen gemiddeld het ophokken ontlopen, en hoe minder de bijdrage per kip is aan de omzet van het bedrijf, des te eerder gezegd kan worden dat het ophokken op deze wijze een andere bevredigende oplossing is. Dit hangt hier dus samen met het criterium van de ernstige schade.

Is afschot nodig om weidevogels te beschermen?

25. Gedeputeerde staten willen de ontheffing ook verlenen in het belang van de bescherming van weidevogels. Het gaat niet goed met de weidevogels: al jaren is sprake van een afname van de populatie. Dit komt onder andere door verandering van het landschap, intensivering van de landbouw, en volgens gedeputeerde staten ook door predatie door de vos. Omdat het aantal weidevogels is afgenomen, maar het aantal predatoren niet, neemt de relatieve predatiedruk toe. Onder verwijzing naar het faunabeheerplan en verschillende

onderzoeken stellen gedeputeerde staten dat de vos in de nachtelijke uren de belangrijkste predator is van legfels en kuikens. Volgens gedeputeerde staten volgt uit gegevens van de faunabeheereenheid dat meer afschot leidt tot een hoger percentage uitgekomen legfels. Dat betekent dat nachtelijke afschot van de vos effectief is. Afname van predatie door de vos leidt niet direct tot toename van predatie door de hermelijn of de wezel, zoals de stichtingen stellen. In het verweerschrift zijn grafieken opgenomen waarmee gedeputeerde staten inzichtelijk hebben willen maken dat er een duidelijke relatie bestaat tussen afschot en nestsucces. Deze grafieken zijn opgesteld door de faunabeheereenheid op basis van de beschikbare gegevens die worden bijgehouden in een databank. Op de zitting is toegelicht dat gepredeerde eieren en kuikens worden onderzocht. Als vastgesteld kan worden welke predator daar verantwoordelijk voor was, dan wordt dit in de juiste categorie predator in de databank opgenomen. Er is ook een categorie onbekend, voor de gevallen waarin de predator niet kan worden vastgesteld.

26. De stichtingen vinden dat de noodzaak ook met deze aanvullende motivering niet is aangetoond. Volgens de stichtingen blijkt uit onderzoeken juist dat de vos maar een klein aandeel heeft in (kuiken)predatie. Zij betwisten dat predatie een belangrijke reden is van de achteruitgang van de weidevogelstand. Deze achteruitgang wordt veroorzaakt door de intensivering van de landbouw, waardoor het bestrijden van de vos niet wezenlijk zal bijdragen aan het broedsucces van de weidevogels. Bij afschot van de vos zijn er bovendien andere predatoren die de rol van de vos zullen overnemen.

27. Wat partijen hier verdeeld houdt is ten eerste de vraag welke invloed predatie heeft op de slechte stand van de weidevogelpopulatie, en ten tweede welk aandeel de vos heeft in die predatie. De rechtbank oordeelt dat met de in het verweerschrift opgenomen grafieken onvoldoende inzichtelijk is gemaakt dat een toename van het aantal gedode vossen een hoger percentage uitgekomen legsel tot gevolg heeft. Bij dit oordeel betreft zij dat de brongegevens die ten grondslag liggen aan deze grafieken ontbreken. Als deze brongegevens wel bekend zouden zijn, dan is de vraag welk gewicht daaraan toegekend kan worden, omdat de gegevens mede zijn gebaseerd op bevindingen van vrijwilligers die mogelijk niet in alle gevallen de juiste predator zullen herkennen.

Ook de verwijzing van gedeputeerde staten naar het faunabeheerplan, het Actieplan Weidevogels en het onderzoek van Sovon vindt de rechtbank onvoldoende onderbouwing voor het standpunt dat afschot van vossen noodzakelijk is het belang van de bescherming van weidevogels. Uit deze stukken kan niet worden afgeleid dat een toename van het aantal gedode vossen tot een afname van het predatiepercentage leidt. Evenmin kan uit de stukken worden opgemaakt dat het evident is dat de vos één van de oorzaken is van de slechte weidevogelstand. Er zijn wel aanknopingspunten die in die richting wijzen, maar daar worden in de stukken ook kritische kanttekeningen bij geplaatst.

Zijn er andere bevredigende oplossingen voor weidevogelgebieden?

28. De rechtbank overweegt dat het criterium dat geen andere bevredigende oplossing bestaat, samenhangt met het noodzakelijkheidsvereiste. Het doel van de ontheffing, de bescherming van weidevogels, moet immers als uitgangspunt genomen worden bij beoordeling van de vraag of daarvoor andere bevredigende oplossingen bestaan. Het hiervoor gegeven oordeel over de motivering van de noodzaak van het doden van vossen, houdt in dat de relatie tussen de predatie door vossen en de noodzakelijke bescherming van weidevogels nog onduidelijk is. De rechtbank zal in het licht van dit oordeel niet ingaan op de vraag of er andere bevredigende oplossingen bestaan. Bij de Feilandbedrijven ligt dit anders, omdat daar duidelijk is dat de vos kippen doodt en een ander wettelijke criterium aan de ontheffing ten grondslag ligt.

Moet de verstoring van weidevogels beoordeeld worden?

29. Stichting De Faunabescherming betoogt dat gedeputeerde staten ten onrechte niet hebben beoordeeld of weidevogels zullen worden verstoord door de jacht op vossen.

30. De rechtbank oordeelt dat de gevolgen voor weidevogels buiten het bereik van de ontheffingsprocedure voor het doden van vossen vallen. De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) kent een vaste lijn over het vraagstuk van (gestelde) samenloop van het overtreden van verboden bij soortenbescherming. Deze lijn houdt in dat de diersoorten waarvoor de ontheffing is aangevraagd bepalend zijn voor de omvang van het ge-

schil. Het bevoegd gezag moet op basis van de aanvraag besluiten en de diersoorten waarvoor geen ontheffing is gevraagd, kunnen in de bezwaarfase, in beroep of in hoger beroep niet worden beoordeeld. In dit geval is de door de faunabeheereenheid gevraagde ontheffing beperkt tot de vos. Omdat voor beschermde weidevogels geen ontheffing is gevraagd, kunnen de gevolgen van het doden van vossen op de weidevogels in deze procedure niet beoordeeld worden. De vraag of beschermde weidevogels mogelijk worden verstoord door de jacht op vossen, kan in een handhavingprocedure aan de orde gesteld worden.

Conclusie en verdere afdoening

31. De algemene vrijstelling uit de Rnb is onverbindend, waardoor voor het afschieten van vossen in de nacht een ontheffing op grond van artikel 3.10, tweede lid, van de Wnb is vereist. De verleende ontheffing is gebrekkig gemotiveerd met de primaire verwijzing naar die algemene vrijstelling en de subsidiaire verwijzing naar eerdere besluiten en rechtspraak. De beroepen zijn gegrond en het bestreden besluit moet worden vernietigd omdat het in strijd is met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

32. Een dragende motivering over de noodzaak van ontheffingverlening volgt ook niet uit het verweerschrift en de toelichting daarop, zodat de rechtbank de rechtsgevolgen van het bestreden besluit niet in stand kan laten.

34. Gelet op deze uitkomst ziet de rechtbank geen reden om de beroepsgrond van Stichting De Faunabescherming over de ontoereikende motivering van het gebruik van geluiddempers, kunstlicht en lokvoer te bespreken.

35. Het is onzeker of gedeputeerde staten een ontheffing voor het nachtelijke afschieten van vossen op Freilandbedrijven en in weidevogelgebieden alsnog toereikend kunnen motiveren. Dat is afhankelijk van nader onderzoek naar schade en alternatieven. De uitkomst ligt daarmee nog te veel open. De rechtbank ziet daarom geen aanleiding om een tussenuitspraak te doen waarbij gedeputeerde staten de gelegenheid krijgen om via een bestuurlijke lus het gebrek te herstellen.

36. Gedeputeerde staten moeten na de vernietiging door de rechtbank opnieuw beslissen op de bezwaren van de stichtingen. Daarvoor geldt de reguliere beslistermijn voor bezwaarschriften.

37. De met het primaire besluit verleende ontheffing blijft in beginsel gelden in afwachting van de

nieuwe beslissing van gedeputeerde staten. Uit deze uitspraak volgt echter dat die ontheffing gebrekkig is en het is zoals gezegd onzeker of die gebreken zijn te herstellen. In het licht daarvan weegt de rechtbank het belang van de stichtingen bij het voorkomen van afschot van vossen als beschermde diersoort zwaarder dan het belang van gedeputeerde staten en de faunabeheereenheid bij het voorkomen van schade bij Freilandbedrijven en in weidevogelgebieden. De rechtbank ziet daarin aanleiding om een voorlopige voorziening te treffen, waarbij het primaire besluit wordt geschorst tot zes weken na de te nemen nieuwe beslissing op de bezwaarschriften. Dat betekent dat er tot die tijd geen gebruik mag worden gemaakt van de ontheffing.

38. Om de bij deze procedure betrokken partijen maar ook anderen voor te lichten wijst de rechtbank nog op het volgende. De onverbindendverklaring door de rechtbank werkt jegens een ieder en is niet beperkt tot deze zaak. De onverbindendverklaring van de algemene vrijstelling voor het doden van de vos betekent dat het doden van vossen zonder ontheffing niet is toegestaan, niet overdag en ook niet 's nachts.

Griffierecht en proceskostenveroordeling

39. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat gedeputeerde staten aan de stichtingen het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

40. Stichting De Faunabescherming krijgt een vergoeding voor de proceskosten die zij heeft gemaakt. Verweerder moet die vergoeding betalen. De vergoeding wordt met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht als volgt berekend. De bijstand door een gemachtigde levert 2 punten op (1 punt voor het indienen van het beroepsschrift en 1 punt voor het verschijnen op de zitting, met een waarde per punt van € 759,- en wegingsfactor 1). Toegekend wordt € 1.518,-.

41. Stichting Fauna4life en Stichting Animal Rights hebben verzocht om vergoeding van reiskosten voor het bijwonen van de zitting. Deze reiskosten komen voor vergoeding in aanmerking. De rechtbank stelt deze kosten vast op € 41,40.

Beslissing

De rechtbank

– verklaart de beroepen gegrond;

– vernietigt het bestreden besluit van 30 maart 2021;
– schorst het primaire besluit van 13 augustus 2020 tot zes weken na de datum van de nieuwe beslissing op de bezwaarschriften;
[...; red.]

NOOT

Deze uitspraak van de rechtbank over het onverbindend verklaren van de vrijstelling voor het doden van vossen heeft in de praktijk een hoop opschudding veroorzaakt. De timing is ook wel heel scherp: net voor het weidevogelbroedseizoen losbarst, wordt het instrument waarmee een belangrijke predator van weidevogels wordt 'beheerd' onverbindend verklaard. Opmerkelijk is vooral dat de vrijstelling zelf in beginsel helemaal geen onderwerp van geschil was. Dat kan in beginsel ook niet: de vrijstelling is neergelegd in een ministeriële regeling. Dat is wetgeving en wetgeving kan niet rechtstreeks via een bezwaarenprocedure bij een bestuursorgaan, of via het aanvechten bij de rechter ter discussie worden gesteld. Dat kan alleen via een kronkel, via de band, oftewel via een zogenaamde exceptieve toetsing. En dat is wat de rechtbank in dit geval doet.

De verleende ontheffing ziet enkel op het gebruik mogen maken van het geweer gedurende de nachtelijke uren. Dat staat los van het feit dat de vrijstelling het doden van een vos in de nacht in beginsel toestaat, hoewel niet goed valt in te zien hoe dit feitelijk zonder geweer zou moeten plaatsvinden, nu de overige bij vrijstelling voor de vos toegestane middelen feitelijk alleen vangmiddelen zijn en geen dodingsmiddelen.

Toestemming voor het doden van de vos is echter toegestaan op basis van de vrijstelling en de ontheffing ziet slechts op het toestaan van het gebruik van het geweer in de nacht. Die ontheffing mag worden verleend zonder de uitgebreide toetsing die wel nodig is als toestemming zou worden verleend voor het doden van de vos. Dit zo zijnde vindt de rechtbank dat de rechtmatigheid van de vrijstelling exceptief mag worden getoetst. Als er een gebrek zou zijn met de vrijstelling, dan zou de ontheffing voor alleen het gebruik van het geweer tekortschieten, omdat het doden van de vos dan ook via de ontheffing zou moeten worden geregeld. Het lijkt erop dat

de rechtbank dit uit eigen initiatief doet, zonder dat appellanten hierom hebben verzocht, maar geheel duidelijk is dit niet.

Als er een besluit is genomen met toepassing van een algemeen verbindend voorschrift dan kan dat voorschrift exceptief worden getoetst. Dan kan tegen dat besluit bezwaar en beroep worden ingediend en kan via die weg de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift (waarop het besluit is gebaseerd) ter discussie worden gesteld. De bestuursrechter toetst het algemeen verbindend voorschrift dan aan (hoger) recht, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toets wordt de exceptieve toets genoemd. Als de bestuursrechter tot de conclusie komt dat een algemeen verbindend voorschrift niet rechtmatig is, dan wordt dat algemeen verbindend voorschrift onverbindend verklaard. In dit geval komt de rechtbank tot de conclusie dat niet is voldaan aan de algemene vereiste van art. 2.117 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat een algemeen verbindend voorschrift in een ministeriële regeling enkel mag worden gebaseerd op een grondslag in de wet of een algemene maatregel van bestuur. De vrijstelling voor de vos zou in het stelsel van de Wnb in een besluit moeten zijn opgenomen en niet in een ministeriële regeling. Nu dat ten onrechte wel is gebeurd, is deze regeling onverbindend.

De exceptieve toets door de rechter is in beginsel terughoudend, maar kan intensiever zijn als een algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en als daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn (zie ABRvS van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452). De rechtbank toetst in dit geval indringend.

Dan de inhoud van deze toetsing door de rechtbank. Ook die is opmerkelijk. De rechtbank stelt dat bij de aanwijzing van de vos in het Besluit natuurbescherming (Bnb) de juiste systematiek is gevolgd. De rechtbank overweegt daarbij dat bij de totstandkoming van deze aanwijzing is overwogen dat aan de wettelijke criteria voor aanwijzing is voldaan, waarbij is verwezen naar diverse rapporten en onderzoeken, onder andere over faunaschade en predatie bij weidevogels. 'In het licht hiervan vindt de rechtbank dat niet kan worden gezegd dat in het Bnb onvoldoende is gemotiveerd dat de vos in het gehele land schade veroorzaakt of dat die conclusie in redelijkheid niet juist is.' De rechtbank acht de aanwijzing van de

vos in het Bnb rechtmatig. Juist de onderbouwing van de schade wordt in de literatuur wel als een zwak punt in de motivering van de vrijstelling gezien. Kan je op basis van een algemene redenering over schade aan weidevogels wel besluiten tot een vrijstelling voor het doden van vossen in het hele land? De rechtbank vindt van wel. Dat maakt het des te meer bijzonder dat de rechtbank óók van oordeel is dat de schade door de vos aan weidevogels in de aangevochten ontheffing *onvoldoende* is gemotiveerd: De verwijzing van gedeputeerde staten naar het fauna-beheerplan, het Actieplan Weidevogels en het onderzoek van Sovon in rapport 2018/31 'Boerenlandvogels en predatie; een update van de huidige kennis' van J. van der Wal & W. Teunissen vindt de rechtbank 'onvoldoende onderbouwing voor het standpunt dat afschot van vossen noodzakelijk is in het belang van de bescherming van weidevogels' in de provincie Utrecht. 'Uit deze stukken kan niet worden afgeleid dat een toename van het aantal gedode vossen tot een afname van het predatiepercentage leidt. Evenmin kan uit de stukken worden opgemaakt dat het evident is dat de vos één van de oorzaken is van de slechte weidevogelstand. Er zijn wel aanknopingspunten die in die richting wijzen, maar daar worden in de stukken ook kritische kanttekeningen bij geplaatst.' Ik zou echter zeggen dat deze motivering al een stuk specifiekier is dan de motivering in de toelichting van het Bnb.

De formele fout zit volgens de rechtbank in het ontbreken van een delegatiebepaling in de wet of de AMvB (Bnb) die aanwijzing voor vrijstelling in een ministeriële regeling mogelijk maakt. Daarbij verwijst de rechtbank nog naar de voorganger van de Wnb, de Flora- en faunawet, waar een en ander wel correct geregeld was. Hoe nu verder? Welke gevolgen heeft deze uitspraak? Vooropgesteld dient te worden dat een rechter slechts een oordeel kan vellen in het hem voorliggende geschil. Een andere rechter is in beginsel niet aan deze uitspraak gebonden. Er is natuurlijk wel een feitelijke 'precedent'-werking.¹ Zo is de kans groot dat een andere bestuursrechter dit voorbeeld volgt. Het is daarom van belang dat de zaak wordt voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak. Andere mogelijkheid is het

1 A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991, p. 120.

snel repareren van het gebrek door de minister van LNV, want dat zal waarschijnlijk toch moeten. Het duurt immers nog tot januari 2023 voordat de Omgevingswet in werking treedt, waar deze problematiek overigens wel correct is geregeld (zie art. 11.57 Bal ten aanzien van de vos).

L. Boerema

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

Ontgrondingen

54

In Zeewolde wordt gehandhaafd op een niet vergunde ontgroning ten behoeve van een zonnepark met een waterpartij door het opleggen van een last onder dwangsom

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

21 februari 2022, 202200639/1/R3,
ECLI:NL:RVS:2022:536

(mr. Helder)

Noot H.S. de Vries

Ontgroning. Zonnepark. Zeewolde. Illegale ontgroning. Vrijstelling. Wabo-vergunning voor bouwwerk. Handhaving. Dwangsom. Last onder dwangsom. Ontgrondingenvergunning.

[Ontgrondingenwet art. 3 lid 1, 7 lid 2; Wabo art. 2.1 lid 1, aanhef en onder a; Omgevingsverordening Flevoland art. 14.2, 14.4, onder 2, aanhef en onder d, 14.5]

Appellant beschikt over een omgevingsvergunning voor het realiseren van een tijdelijk zonnepark in Zeewolde. Voor het realiseren heeft appellant ter plaatse ontgrondingswerkzaamheden uitgevoerd. Appellant heeft hiervoor geen ontgrondingsvergunning aangevraagd.

Gedeputeerde staten van Flevoland hebben een last onder dwangsom opgelegd vanwege overtreding van de Ontgrondingenwet. De last houdt in

dat de ontgrondingswerkzaamheden per direct moeten worden gestaakt en gestaakt moeten worden gehouden onder verbeurte van een dwangsom.

Hiertegen heeft appellant bezwaar aangetekend. Tevens heeft appellant een voorlopige voorziening aangevraagd.

Appellant is van mening dat op grond van de Omgevingsverordening Flevoland geen ontgrondingsvergunning is vereist aangezien hij over een omgevingsvergunning beschikt.

Gedeputeerde staten geven aan dat de uitzondering in de provinciale Omgevingsverordening alleen van toepassing is als in de omgevingsvergunning de met de ontgroning samenhangende belangen voldoende zijn gewaarborgd. Hieraan is niet voldaan. Er is overigens volgens het college sprake van twee ontgrondingen, waaronder een waterpartij die dieper wordt dan drie meter onder maaiveld, en die in elkaars directe nabijheid liggen waardoor een samenhangend geheel wordt gevormd.

De voorzieningenrechter volgt niet het standpunt van het college dat bij toepassing van art. 14,4 lid 2, aanhef en onder d, Omgevingsverordening de toelichting daarover moet worden betrokken aangezien de bepaling op zichzelf voldoende duidelijk is.

Ook volgt de voorzieningenrechter gedeputeerde staten niet ten aanzien van de realisering van een waterpartij nu appellant heeft aangegeven dat de ontgroning ter plaatse van de waterpartij een ondergeschikt deel van het project betreft.

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is gelet hierop de opgelegde last, die betrekking heeft op het gehele project, te verstrekken. Appellant heeft ter zitting aangegeven dat de diepte van de waterpartij de drie meter onder maaiveld niet zal overschrijden.

De voorzitter schorst bij wijze van voorlopige voorziening het besluit van het college van gedeputeerde staten van Flevoland van 26 januari 2022 tot zes weken na bekendmaking van het besluit op bezwaar.

Uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening (artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht) in het geding tussen:

Harderwold Management B.V., gevestigd te Casticum,