

# Inhoudstafel

Voorwoord .....	2
Managementsamenvatting .....	3
1 • Inleidend.....	8
2 • Situering van het concept 'tijdelijke natuur' .....	10
1. Omlijning van het concept 'tijdelijke natuur' .....	10
2. Ecologische voordelen van werken met tijdelijke natuur .....	12
3 • De verenigbaarheid van tijdelijke natuur met het natuurbehoudsrecht .....	13
Probleemstelling .....	13
1. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich met de algemene beginselen en instrumenten natuurbehoudsrecht? .....	13
2. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot de toepassing van het Europese en regionale soortenbeschermingsrecht? .....	17
3. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot het regime uit het Milieuschadedecreet? .....	27
4. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot de regelgeving inzake biotoopbescherming? .....	29
5. Hoe verhoudt het gebiedsgericht natuurbehoudsrecht (Natura 2000) zich tot tijdelijke natuur? .....	33
6. Globale conclusie .....	38
4 • Concrete oplossingsrichtingen voor tijdelijke natuur binnen de <i>bestaande</i> regelgeving .....	39
1. Een gebiedsgerichte programmatorische aanpak van tijdelijke natuur .....	39
2. Case by case-aanpak van tijdelijke natuur (afwijking vooraf) .....	45
3. Globale conclusie .....	48
5 • Mogelijke aanpassingen van de bestaande natuurbehoudsregelgeving in functie van tijdelijke natuur .....	49
1. Naar een (voorwaardelijke) vrijstelling voor tijdelijke natuur? .....	49
2. Bestaande regelgeving meer in functie van tijdelijke natuur formuleren? .....	53
6 • Besluit .....	54

## Voorwoord

Tijdelijke natuur is een relatief nieuw concept uit de sector van het natuurbehoud, dat vooral in gebieden met een grote dynamiek een praktische relevantie bezit. Het gaat dan meer in het bijzonder over haven- en ontginningsgebieden waar op gezette tijdstippen opgespoten bouwterreinen, tijdelijke zanddepots en dergelijke meer tijdelijk beschikbaar worden. Dergelijke terreinen, die meestal nog enkele jaren op de definitieve realisatie van hun ruimtelijke bestemming wachten, oefenen een grote aantrekkingskracht uit op bepaalde zeldzame pioniersoorten (rugstreeppad, visdief, stern, enz.). In plaats van de vestiging van natuurwaarden reeds van meet af aan onmogelijk te maken (door dergelijke terreinen op gezette tijdstippen om te ploegen, enz.) kan men ervoor opteren op deze percelen tijdelijke natuur tot ontwikkeling te laten komen. Deze –weliswaar slechts tijdelijk beschikbare - natuur kan immers een nuttige aanvulling vormen op de reeds bestaande permanente ecologische infrastructuur binnen bv. het bestaande havengebied. Het bestaande juridische kader lijkt tijdelijke natuur echter eerder in de weg te staan dan te helpen. Finaal zal men immers steeds de tijdelijke natuur wegnemen, met name wanneer wordt overgegaan tot de definitieve stedenbouwkundige ontwikkeling van het terrein.

Het vooruitzicht van verschillende afwijkingsprocedures te doorlopen bij het uiteindelijke wegnemen van tijdelijke natuur zal de meeste ontwikkelaars en eigenaars ertoe aanzetten eerder natuurwerende maatregelen te nemen dan hun terreinen open te stellen voor tijdelijke natuurontwikkeling. Zij zullen immers niet het risico willen lopen dat de definitieve stedenbouwkundige ontwikkeling net door de aanwezigheid van de natuurwaarden onmogelijk of heel moeilijk realiseerbaar wordt (bijvoorbeeld wanneer de benodigde afwijking net zou worden geweigerd omwille van redenen in verband met natuurbehoud). Op het eerste zicht lijkt deze vrees gerechtvaardigd. Het bestaande natuurbehoudsrecht blinkt niet uit in flexibiliteit en vertrekt veelal van strikte beschadigingsverboden, die het bijvoorbeeld in beginsel onmogelijk maken een tijdelijke leefplaats van een beschermde soort zomaar weg te nemen. In voorliggend onderzoek wordt nagegaan in hoeverre dit eerste aanvoelen juist is. Er wordt bekeken welke marge in het bestaande natuurbehoudsrecht aanwezig is voor tijdelijke natuur én in hoeverre de noodzakelijke rechtszekerheid kan worden geboden aan de bij tijdelijke natuur betrokken actoren.

# Managementsamenvatting

## Nieuw concept

Tijdelijke natuur is een relatief nieuw concept uit de sector van het natuurbehoud, dat vooral in gebieden met een grote dynamiek een praktische relevantie bezit. Het gaat dan meer in het bijzonder over haven- en ontginningsgebieden waar op gezette tijdstippen opgespoten bouwterreinen, tijdelijke zanddepots en dergelijke meer tijdelijk beschikbaar worden. Dergelijke terreinen, die meestal nog enkele jaren op de definitieve realisatie van hun ruimtelijke bestemming wachten, oefenen een grote aantrekkingskracht uit op bepaalde zeldzame pioniersoorten (rugstreeppad, visdief, stern, enz.). In plaats van de vestiging van natuurwaarden reeds van meet af aan onmogelijk te maken (door dergelijke terreinen op gezette tijdstippen om te ploegen, enz.) kan men ervoor opteren op deze percelen tijdelijke natuur tot ontwikkeling te laten komen. Deze –weliswaar slechts tijdelijk beschikbare - natuur kan immers een nuttige aanvulling vormen op de reeds bestaande permanente ecologische infrastructuur binnen bv. het bestaande havengebied.

Nederlands ecologisch onderzoek heeft alvast aangetoond dat werken met tijdelijke natuur in elk geval een gunstig netto-effect impliceert op de staat van instandhouding van pioniersoorten, hoewel één en ander wel (logischerwijs) samenhangt met een adequaat gebiedsgericht natuurbeleid. Niettemin kan men bepaalde hypothesen bedenken waarin het wegnemen van tijdelijke natuur zou kunnen leiden tot een negatief effect op de populatie van een beschermde soort en/of een beschermd biotooptype. In voorliggend onderzoek wordt dan ook niet zonder meer vertrokken van de vaststelling dat tijdelijke natuur in geen enkel geval een negatief effect teweeg kan brengen op de soorten die ermee in aanraking komen.

## Juridische vragen

Juridisch gezien rijzen er echter nogal wat vragen bij de aanwending van het concept tijdelijke natuur, bijvoorbeeld in havengebieden. Na verloop van tijd zal immers onherroepelijk moeten worden overgegaan tot het wegnemen ervan, wanneer men het terrein bijvoorbeeld zijn definitieve bestemming als industriegebied wil geven. Dit handelen lijkt op een eerste zicht in strijd met het *standstill*beginsel en de conservatiegedachte die traditioneel worden gekoppeld aan de toepassing van het natuurbeschermingsrecht.

In voorliggend onderzoek is op basis van een uitgebreide analyse van de wetgeving inzake natuurbehoud en de aanwezige rechtspraak en rechtsleer nagegaan tot welke resultaten de toepassing van het huidige natuurbeschermingsrecht op een situatie van tijdelijke natuur zou kunnen leiden.

### **algemene beschermingsinstrumenten**

Het eerste deel van het voorliggende onderzoek heeft aangetoond dat de toepassing van de algemene beschermingsinstrumenten uit het natuurbehoudsrecht in beginsel niet op gespannen voet staat met het wegnemen van tijdelijke natuur. Mits afdoende omkadering hoeft het verwijderen van tijdelijke natuurwaarden niet te sneuvelen op de toepassing van de natuur- en/of watertoets bij het afleveren van de nodige vergunningen, afwijkingen en/of ontheffingen. Ook de toepassing van het *standstill*beginsel en de natuurzorgplicht hoeven, mits de nodige vergunningen en/of afwijkingen worden aangevraagd, niet te leiden tot additionele knelpunten. Wel is duidelijk dat in elk geval een planmatige omkadering, waarin het beheer en de ontwikkeling van tijdelijke natuur, hoewel strikt genomen niet vereist, wellicht zal leiden tot een soepelere toepassing van dit beschermingsinstrumentarium.

### **soortenbescherming**

De aanwezigheid van *beschermde soorten* op de terreinen waarop tijdelijke natuur zich ontwikkelt, impliceert noodzakelijkerwijs de toepasselijkheid van een strikt beschermingsregime, dat o.m. vervat zit in het Soortenbesluit. Gezien het vernietigen van leefplaatsen van beschermde soorten in beginsel verboden is gesteld, is er dan ook sprake van een principiële strijdigheid van tijdelijke natuur met het beschermingsregime uit het soortenbeschermingsregime. Deze strijdigheid is echter op zich niet problematisch aangezien mits afdoende motivering een beroep kan worden gedaan op de inhoudelijke uitzonderingsgronden uit het soortenbeschermingsrecht. Teneinde te vermijden dat het wegnemen van de tijdelijke natuurwaarden toch nog steeds een schadelijke impact zou impliceren op de betrokken soorten, wordt tijdelijke natuur best planmatig of programmatorisch gekaderd. Een aanpak waarbij het wegnemen van terreinen met tijdelijke natuur als het ware planmatig wordt ondervangen door het vrijkomen van andere percelen waarop wel tijdelijke natuur tot ontwikkeling kan komen en wordt gekaderd in de op gebiedsgericht niveau opgemaakte instandhoudingsdoelstellingen, lijkt verzoenbaar met de afwijkingmarges uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen. Dergelijke planmatige aanpak kan ook goed worden gekaderd in de Milieuschaderichtlijn, zoals recent omgezet in het Milieuschadedecreet.

Als dan meer in het bijzonder wordt gekeken naar de voor handen zijnde beschermingsinstrumenten in het regionale (Vlaamse) soortenbeschermingsrecht, lijkt een *soortenbeschermingsprogramma* dat (o.m.) specifiek bedoeld is om in economische gebieden een – mits het naleven van strikte voorwaarden – soepelere toepassing van het soortenbeschermingsregime te vragen, een nuttig aanknopingspunt.

### **beschermde biotopen**

Naast de mogelijke aanwezigheid van beschermde soorten op terreinen waarop men tijdelijke natuur tot ontwikkeling heeft laten komen, kunnen zich ook bepaalde *beschermde biotopen* op dergelijke sites ontwikkelen. Hoewel er inzake biotoopbescherming sprake is van een minder strikt kader op Europees niveau (in vergelijking met de strikte verbodsbepalingen inzake soortenbescherming uit de Habitatrichtlijn), kan vooral de toepassing van de wetgeving inzake vegetatiewijzigingen in dit verband een belangrijk inhoudelijk en/of formeel knelpunt vormen. De voorliggende rechtspraak vormt een goede illustratie van tot welke negatieve economische gevolgen een lakse toepassing van de wetgeving inzake vegetatiewijziging kan leiden. Verder blijkt ook dat de vergunningsverlenende overheid niet steeds zal overgaan tot het afleveren van de benodigde vergunning en/of afwijkingen voor het wegnemen van waardevolle vegetatietypen. Noch in het Natuurbesluit, noch in het Bosdecreet is een expliciete vrijstellingsgrond beschikbaar voor tijdelijke natuur.

Niettemin heeft het voorliggend onderzoek aangetoond dat er de nodige integratiesporen bestaan met de regelgeving inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening. De mogelijke aanwezigheid van beschermde biotopen hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te leiden tot grote inhoudelijke en/of procedurele knelpunten inzake tijdelijke natuur. Teneinde een vlotte toepassing van de toepasselijke afwijkingsregeling te bekomen kiest men ook in dit kader echter best voor een planmatige aanpak. Op die manier maakt men tevens gebruik van de marge die aanwezig is binnen het regime van de Milieuschaderichtlijn, zoals omgezet in het Milieuschadedecreet.

In vergelijking met het kader inzake soortenbescherming, lijken er minder geschikte planinstrumenten aanwezig inzake biotoopbescherming op gebiedsniveau. Weliswaar kan één en ander geregeld worden in het kader van de opmaak van een natuurrichtplan (inclusief vrijstellingen in functie van natuurbeheerdoelstellingen), maar dergelijke logge planvorm lijkt in elk geval een minder adequaat instrument in vergelijking met een soortenbeschermingsprogramma.

### **gebiedsgericht natuurbehoudsrecht**

Wat de mogelijke interferenties met de *regelgeving inzake speciale beschermingszones* betreft, moet worden vastgesteld dat met name de relatie met de strikte aanwijzingsverplichtingen wel eens moeilijk zou kunnen liggen. Op zich verplicht zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn immers op gezette tijdstippen de meest geschikte gebieden voor de desbetreffende soorten aan te duiden, louter en alleen op basis van ecologische criteria. Een strikte toepassing van deze aanwijzingsverplichting kan ertoe leiden dat men ook dient over te gaan tot het aanwijzen van tijdelijke natuurterreinen. De beschikbare rechtspraak toont aan dat het wellicht niet zo'n vaart hoeft te lopen. Niettemin is een strikte ecologische argumentatie hiervoor vereist, die eventueel best planmatig (bv. op havenniveau) wordt gekaderd. Eenzelfde planmatige of programmatorische omkadering dringt zich eveneens teneinde te vermijden dat het wegnemen van tijdelijke natuur binnen of in de buurt van speciale beschermingszones aanleiding geeft tot een negatief uitvallende habitattoets.

### **Naar een planmatig of programmatorisch kader..**

Globaal gesproken leidt voorliggend onderzoek tot de vaststelling dat het werken met tijdelijke natuur best wordt gekaderd in een juridisch afdwingbaar *planmatig of programmatorisch kader* op gebiedsniveau (bijvoorbeeld het niveau van een havengebied). Dergelijke benadering is in elk geval verenigbaar met de aanwezige afwijkmarges binnen het Europese soortenbeschermingsrecht (Vogel- en Habitatrichtlijn, Milieuschaderichtlijn) Dit omhelst op zijn minst de opmaak van een gebiedsgericht beheerplan waarin een kader wordt geschetst voor de biotopen, soorten en habitats die binnen een bepaald gebied (bv. havengebied) in aanmerking komen voor tijdelijke natuur. De nodige vrijstellingen en/of afwijkingen die vereist zijn kunnen hierin op voorhand worden voorzien, hoewel dit strikt genomen niet vereist is. In elk geval kan dit wel een aanzienlijke verlichting van de administratieve lasten met zich mee zal brengen voor de betrokken actoren (geen bijkomende afwijkingprocedures). Dergelijke planmatige aanpak zal hoe dan ook de toepassing van de natuurtoets –en/of andere beoordelingskaders in het kader van bijvoorbeeld de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag aanzienlijk verlichten. Wel zal een planmatige of programmatorische omkadering steeds moeten garanderen dat de gunstige staat van instandhouding van de betrokken lokale populaties op havenniveau wordt gevrijwaard. Dit zal in voorkomend geval het voorzien van de nodige milderende dan wel compenserende maatregelen op gebiedsniveau noodzaken.

### **Soortenbeschermingsprogramma**

Vraag is welk planinstrumentarium uit het regionale natuurbeschermingsrecht aan de hoger vernoemde vereisten voldoet. Nader onderzoek heeft uitgewezen dat het natuurrichtplan wellicht een iets te log en te zeer gebiedsgericht instrument vormt om aan te wenden voor tijdelijke natuur. Het Soortenbesluit voert anderzijds wel een zeer geschikt planinstrument in voor tijdelijke natuur. Hetzelfde Soortenbesluit geeft aan externen – waaronder ook havenautoriteiten dienen te worden begrepen – de mogelijkheid om een soortenbeschermingsprogramma op te maken (screening door ANB en finale goedkeuring door de bevoegde minister zijn wel nog steeds vereist). Hoewel dit planinstrument, zoals reeds is aangegeven, veeleer gericht is op het soortenbeleid, lijkt ook een globale (integrale) benadering van tijdelijke natuur (inclusief biotoop- en gebiedsgerichte aspecten) niet uitgesloten. Ook de nodige maatregelen inzake gebieds- en biotoop(habitat-)bescherming die moeten (kunnen) garanderen dat de ingrepen bij tijdelijke natuur kunnen worden gecounterd, kunnen hierin hun weerslag vinden.

Dergelijke proactieve planmatige aanpak vormt dan ook op heden het beste juridische mechanisme om met tijdelijke natuur om te gaan in een havengebied. Niet alleen kan planmatig worden gegarandeerd dat de ingrepen bij tijdelijke natuur nooit een significant effect op de staat van instandhouding van de lokale

populaties soorten (en habitattypen) op havenniveau teweeg zullen brengen, het schenkt aan de betrokken actoren ook voldoende rechtszekerheid. In het plan zelf kunnen zelf immers reeds de nodige afwijkingen op het soortenbeschermingsrecht in functie van de beoogde tijdelijke natuur worden voorzien. Een dergelijk plan zal immers steeds in nauw overleg met de administratie die bevoegd is voor natuurbehoud worden opgemaakt, hetgeen in elk geval een soepele toepassing van eventuele latere afwijkingsprocedures lijkt te garanderen, mits de nodige milderende en/of compenserende voorwaarden worden voorzien (bv. uitwijkingsgebieden).

Een soortenbeschermingsprogramma wordt best gericht op Europees beschermde soorten en habitats die op havengebied in aanraking zullen komen met tijdelijke natuur. De tijdelijke natuur zal moeten worden gekaderd binnen de (instandhoudings-)doelstellingen en maatregelen die hiervoor op gebiedsgericht niveau in het soortenbeschermingsprogramma worden voorzien. De aanwezige vrijstellingsgronden voor louter regionaal beschermde soorten, maken het werken met tijdelijke natuur eenvoudiger nu hiervoor geen afwijking vereist zal zijn. De (eventueel zijdelingse) effecten op overige Europees beschermde soorten – met name de soorten die de aanwijzing van speciale beschermingszones vereisen – kunnen worden meegenomen in de passende beoordeling en/of bij de opmaak van een natuurrichtplan. Het opmaken van instandhoudingsdoelstellingen voor laatstgenoemde soorten is op zich niet noodzakelijk, althans niet in het kader van een soortenbeschermingsprogramma op havenniveau. Dit neemt niet weg dat men voor zeldzame regionale beschermde soorten en/of biotopen best ook de nodige compenserende maatregelen voorziet. Voor de overige Europees beschermde soorten – i.e. de soorten die niet worden aanzien als target-soorten – zullen de (mogelijke) effecten worden meegenomen in de passende beoordeling.

Zelfs indien het niet mogelijk zou zijn om de ingrepen in tijdelijke natuur specifiek te omschrijven (en dus vrij te stellen van de strikte beschermingsverplichtingen uit het soortenbeschermingsrecht), lijkt het nuttig de krachtlijnen inzake tijdelijke natuur daarom planmatig te omkaderen. Men zal bij latere vergunnings- en/of afwijkingsprocedures immers steeds nuttig kunnen terugvallen op dit planmatig kader.

### Afwijkingen vooraf?

Een proactieve projectmatige aanpak (het indienen van afwijkingen voor de tijdelijke natuur tot ontwikkeling is gekomen – ‘afwijkingen vooraf’), lijkt op zich niet uitgesloten binnen het natuurbehoudsrecht, maar is binnen de Vlaamse context toch minder wenselijk dan binnen de Nederlandse context. Wellicht kan dergelijke manier van werken veeleer dienen als vangnetscenario, in het geval niet kan worden gehandeld binnen een bestaande planmatige of programmatorische context (bv. plots vrijkomen van nieuwe terreinen). Indien dergelijke proactieve afwijkingspolitiek zou stuiten op een ‘njet’ vanwege de overheid, dan kan met een beroep op het voorliggende soortenbeschermingsprogramma, nog steeds worden verwacht dat latere afwijkings- of vergunningsprocedures niet al te veel moeilijkheden zullen bieden (voor zover de nodige compenserende of milderende maatregelen worden voorzien op planniveau). In elk geval voorziet het Soortenbesluit in de nodige afstemming met de regelgeving inzake stedenbouw. Mits een goede coördinatie en planmatige omkadering zal dus het doorlopen van cumulatieve vergunningsprocedure voor een groot deel kunnen worden vermeden.

## Meer generieke oplossing?

Een meer generieke oplossing voor tijdelijke natuur lijkt een ingreep in het bestaande regelgevend kader te vergen. De meest in het oogspringende oplossingsrichting is het voorzien van een specifieke vrijstellingsgrond voor tijdelijke natuur, mits wordt gehandeld overeenkomstig een vastgestelde gedragscode. Dit belooft echter een moeilijke juridische evenwichtsoefening te worden gelet op het strikte Europese kader waarin dient te worden gehandeld, zeker op het vlak van de beschermde soorten. Ondertussen kunnen enkele relatief beperkte wijzigingen aan het bestaande regelgevende kader reeds een grote stap voorwaarts betekenen voor tijdelijke natuur. De tijd lijkt hoe dan ook rijp voor een expliciete standpuntinname vanwege de betrokken, bevoegde overheden. Naar Nederlands voorbeeld zou het opstellen van een expliciete beleidslijn een eerste stap in de goede richting betekenen. Tijdelijke natuur belooft in ieder geval een eerste serieuze *test case* te worden voor de inhoudelijke en procedurele flexibiliteit van het natuurbehoudsrecht.

## 1 • Inleidend

Het gebeurt nogal eens dat industrie-, bouw- en landbouwgronden in afwachting van de realisatie van hun definitieve bestemming enige tijd braak liggen. Braakliggende gronden, opgespoten bouwterreinen, tijdelijke zanddepots, afgegraven terreinen, oefenen vaak door hun ligging of kenmerken een grote aantrekkingskracht uit op heel wat – vaak beschermde en zeldzame – dier- en plantensoorten. Uit een recent onderzoek in Nederland is alvast gebleken dat het kan gaan om vele tienduizenden hectaren grond<sup>1</sup>. Hoewel geen exacte cijfers beschikbaar zijn voor Vlaanderen, kan wellicht worden aangenomen dat dit ook hier het geval is. Deze vaststelling gaat in het bijzonder op voor economisch dynamische gebieden, zoals havengebieden en – in zekere mate – ook voor ontginningsgebieden. Ecologisch onderzoek wijst uit dat het creëren van “tijdelijke” natuur op deze terreinen van groot belang kan zijn voor het voortbestaan van een groot aantal zogenaamde beschermde en/of bedreigde soorten. Het gaat dan onder meer over de rugstreeppad, strandplevier, ... Ook voor verschillende habitattypen bieden tijdelijke beschikbare gronden een nuttige wijkplaats. Tijdelijke natuur kan permanente winst zijn.

Ondanks de ecologische winst die er hier te rapen valt, bleek er tot voor kort maar weinig animo te bestaan voor tijdelijke natuur. Tijdelijke natuur houdt immers ook steeds het verwijderen van de natuur in bij de definitieve realisatie van de bestemming. Net het wegnemen van tijdelijke natuur houdt het risico in van lang aanslepende administratieve procedures teneinde de benodigde vergunningen, afwijkingen en toestemmingen te verkrijgen van de overheid. Op dit punt haken de meeste projectontwikkelaars en grondeigenaars af. In plaats van op braakliggende terreinen tijdelijke natuurontwikkeling toe te laten, zal men dan ook veeleer geneigd zijn om de betrokken terreinen preventief *natuurvrij* te houden (onder meer door het gebruik pesticiden, veelvuldig maaien,...). De mogelijkheden die bestaan om de bestaande economische dynamiek bijvoorbeeld in havengebieden te benutten voor de instandhouding van dynamische soorten blijven daardoor grotendeels onderbenut.

De juridische vraag in hoeverre werken met tijdelijke natuur verzoenbaar is met het natuurbehoudsrecht is in dit verband cruciaal. Het inrichten van tijdelijke natuur op terreinen om deze dan in een volgende fase – bij de definitieve stedenbouwkundige ontwikkeling van het betrokken terrein – te vernietigen lijkt strijdig te zijn met de uitgangspunten van het natuurbehoudsrecht, dat net gericht is op de duurzame instandhouding en ontwikkeling van ecosystemen<sup>2</sup>. In elk geval bevat het bestaande natuurbehoudsrecht heel wat strikte beschadigings- en verstoringsverboden ten aanzien van beschermde biotopen en soorten, die net haaks lijken te staan op een ingrijpen in tijdelijke natuur. De slaagkansen van tijdelijke natuur zullen dan ook in grote mate afhangen van de ruimte die het natuurbehoudsrecht hier kan bieden. Het gaat dan niet alleen om de mogelijke *inhoudelijke* onverenigbaarheden maar ook om de bijkomende *procedurele* knelpunten waarmee het wegnemen van tijdelijke natuur gepaard kan gaan. Het vooruitzicht van het doorlopen van verschillende afwijkingprocedures voor het wegnemen van tijdelijke natuur op een braakliggend terrein klinkt niet echt aantrekkelijk voor projectontwikkelaars en/of grondeigenaars.

---

1 Voor een samenvatting van dit onderzoek: J. REKER (ed.), W. HELMER, W. BRAAKHEKKEN, L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur, permanente winst, augustus 2006, rapportnr. 06.2.133, 42p. raadpleegbaar op: [www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/](http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/)*.

2 *Dit komt het sterkst tot uiting in de gebiedsbescherming, waarbij bepaalde gebieden aangewezen en beschermd moeten worden in min of meer de situatie waarin ze zich bevonden op het moment van aanwijzing (of in een verbeterde situatie in overeenstemming met het betrokken beheerplan).*

Over de juridische verenigbaarheid van tijdelijke natuur met het natuurbehoudsrecht is reeds een Nederlands onderzoek gevoerd<sup>3</sup>. Dit Nederlandse onderzoek is echter slechts gedeeltelijk transposeerbaar op de Vlaamse context omdat de regelgeving inzake natuurbehoud nogal van mekaar verschilt. In een door het *Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen* en de *Maatschappij van Brugse Zeevaartinrichtingen (MBZ)* aangevraagd juridisch onderzoek is nagegaan welke concrete procedurele en inhoudelijke knelpunten er in Vlaanderen kunnen rijzen bij het werken met tijdelijke natuur. Het onderzoek beperkte zich niet alleen tot het oplijsten van de mogelijke hinderpalen. In functie van de opgedoken knelpunten werden ook concrete oplossingen uitgewerkt die moeten toelaten om binnen een flexibel juridisch kader te werken met tijdelijke natuur. Tot slot werden ook enkele verbeterpunten aan de bestaande regelgeving in functie van tijdelijke natuur gesuggereerd. Deze bijdrage omvat een weergave van dit onderzoek.

---

3 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, augustus 2006, rapportnr. 06.2.136, 111p, raadpleegbaar op: [www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/](http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/) (hierna: H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*).

## 2 • Situering van het concept 'tijdelijke natuur'

Tijdelijke natuur is een relatief recent natuurbeheerconcept, dat vooral in Nederland reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van nader ecologisch<sup>4</sup> en juridisch onderzoek<sup>5</sup>. Sinds kort lopen ook de eerste proefprojecten, onder meer in de haven van Amsterdam<sup>6</sup>. Tijdelijke natuur is echter niet gekoppeld aan één bepaald soort terrein. In eerste instantie wordt inderdaad gedacht aan pas opgespoten of opgehoogde terreinen, tijdelijke gronddepots en gebieden waar net zand- of grindwinning heeft plaatsgevonden. Op dergelijke terreinen vinden immers vele pionierssoorten snel hun gading. Het kan echter ook gaan om tot moerasland verruigd weiland of akkerland of zelfs om oude bedrijfsgebouwen die blijven leegstaan in afwachting van hun afbraak of een nieuwe bestemming en op die manier een nuttige, tijdelijke halte vormen voor heel wat vleermuissoorten.

### 1. Omlijning van het concept 'tijdelijke natuur'

Teneinde consequent gebruik te kunnen maken van het begrip *tijdelijke natuur*, wordt getracht te komen tot een welomlijnde werkdefinitie. Voor tijdelijke natuur<sup>7</sup> lijken op het eerste zicht de volgende twee aspecten cruciaal te zijn:

- de natuur is van *nature* tijdelijk (met andere woorden deze heeft in hoofdzaak betrekking op pionierssoorten en vroege soorten);
- het terrein waarop de natuur is gevestigd, is slechts tijdelijk beschikbaar.

Bij tijdelijke natuur gaat het dus in de eerste plaats om *dynamische* soorten en/of biotopen. Wat de soorten betreft, duidt men deze categorie in de ecologische terminologie meestal aan als *pionierssoorten*<sup>8</sup> en *vroege soorten*<sup>9</sup>. Deze soorten zijn voor hun voortbestaan immers vaak aangewezen op beschikbaarheid van voldoende geschikte of spaarzaam begroeide terreinen in havengebieden, ontginningsterreinen langs rivieren, enzovoort. Hoewel tijdelijke natuur ook een nuttige aanvulling kan vormen voor zogenaamde *latere soorten*, heeft het bij voorkeur betrekking op pionier- en vroege soorten en biotopen.

---

4 BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 2006, augustus 2006, rapportnr. 06.2.134, 90p, raadpleegbaar op: [www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/](http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/) (hierna: BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*).

5 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, 111p.; H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, "Natuurontwikkeling door Tijdelijke natuur? Een dilemma: natuurbeschermingsregelgeving ontmoedigt natuurontwikkeling", *Journaal Fauna en Flora* 2005, 171-175; H.E. WOLDENDORP, "Dynamische natuur in een statische rechtsorde", *M en R* 2009, 134-137.

6 Voor een overzicht, zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/detail/1/1-1-5-N-38/>.

7 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, 15.

8 Pionierssoorten verschijnen snel als de omstandigheden goed zijn en verdwijnen na verloop van tijd sowieso door natuurlijke successie. Hun groot reproductie- en verspreidingsvermogen stelt hen in staat om nieuwe gebieden te vinden en te koloniseren. BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 19.

9 Vroege soorten zijn eveneens gebonden aan jonge successiestadia maar onderscheiden zich van pionierssoorten doordat zij niet zo snel kunnen reageren vanwege een lagere reproductiesnelheid of een geringere mobiliteit. BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 20.

Essentieel is verder dat het concept *tijdelijke natuur* wordt onderscheiden van zogenaamde *permanente natuur*. Het *doelbewust* (laten) ontwikkelen van tijdelijke natuur zal immers enkel plaatsvinden op terreinen die slechts tijdelijk beschikbaar zijn, zoals bijvoorbeeld opgespoten bouwterreinen en tijdelijke zanddepots. Dit sluit niet uit dat ook met tijdelijke natuur wordt gewerkt op terreinen die permanent beschikbaar zijn. Zo zou men het creëren van pioniersituaties kunnen kaderen binnen een bepaalde beheersvisie voor een beschermd natuurgebied. Maar in dergelijke gevallen staat de natuurbestemming van het terrein al vast, waardoor een ingebruikname ervan (in een tweede fase) bijvoorbeeld als industrieterrein niet aan de orde is.

In Nederland lijkt men tijdelijke natuur in hoofdzaak te willen beperken tot gebieden die op heden geen beschermde status bezitten op grond van de regelgeving inzake natuurbehoud (bijvoorbeeld speciale beschermingszones) of op basis van de regelgeving inzake ruimtelijke ordening (groene en/of geelgroene bestemming). Hoewel er binnen dergelijke gebieden een (eventueel nog) strikter beschermingsregime zal spelen, wordt er in voorliggend onderzoek niet voor geopteerd tijdelijke natuur te beperken tot gebieden die geen enkel beschermingsstatuut bezitten. In bepaalde haven- en/of ontginningsgebieden zijn immers in reeds dermate grote zones aangeduid als speciale (vogel)beschermingszone<sup>10</sup>, dat het wellicht onvermijdelijk is dat in bepaalde gevallen ook met tijdelijke natuur zal gewerkt worden binnen of in de onmiddellijke nabijheid van dergelijke beschermde gebieden.

Aangezien tijdelijke natuur in beginsel echter betrekking heeft op terreinen die slechts tijdelijk beschikbaar zijn, wordt in voorliggend onderzoek niet ingegaan op het werken met tijdelijke natuur binnen gebieden die reeds een groene bestemming hebben gekregen op de ruimtelijke bestemmingsplannen. Het wegnemen van de tijdelijke natuur zal immers hoe dan ook strijdig zijn met de betrokken groene stedenbouwkundige bestemmingsvoorschriften, tenzij expliciete uitzonderingsmogelijkheden zouden zijn voorzien in functie van tijdelijke natuur.

In Vlaanderen zijn vandaag overigens slechts twee gewestelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen (GRUP's) bekend waarin expliciet aandacht wordt geschonken aan de stedenbouwkundige implicaties van tijdelijke natuur. Het creëren van tijdelijke natuur kan op zich immers ook op gespannen voet staan met bijvoorbeeld de industriële bestemming van een terrein. In het GRUP Zeehavengebied Antwerpen Waaslandhaven (fase 1), dat definitief is vastgesteld door de Vlaamse regering bij besluit van 16 december 2005<sup>11</sup>, wordt een expliciete overdruk voorzien voor tijdelijke compensatiegebied in artikel 16. Deze overdruk laat toe om de voor de aanleg van het Deurganckdok benodigde (deels) tijdelijke compensatie te realiseren binnen de harde bestemming van het zeehavengebied<sup>12</sup>. Ook in de stedenbouwkundige voorschriften van het GRUP Afbakening Zeehavengebied Gent – Inrichting R4-Oost R4-West, dat definitief is vastgesteld op 15 juli 2005<sup>13</sup>, wordt aandacht geschonken aan tijdelijke ecologische infrastructuur. Zo zal binnen een stedenbouwkundige vergunningsaanvraag binnen een zone voor zeehaven en watergebonden activiteiten steeds moeten worden afgetoetst rekening houdende met de impact op de permanente en tijdelijke

.....

10 *Bij de afbakening van speciale beschermingszones mag in beginsel niet worden gekeken naar de ruimtelijke bestemming van het gebied, maar enkel naar wetenschappelijk onderbouwde ecologische criteria. Ook industrie- en havengebieden kunnen dus worden aangeduid als speciale beschermingszone (zie ook verder).*

11 *BS 6 januari 2006.*

12 *Alle werken, handelingen voorzieningen en inrichtingen die gericht zijn op de instandhouding, de vervanging, het herstel of de ontwikkeling van de natuur en het natuurlijk milieu en van de landschapswaarden die ingevolge de bepalingen over de speciale beschermingszones in het decreet natuurbehoud nodig zijn om de bestemming zone voor zeehaven- en watergebonden bedrijven en waterwegeninfrastructuur te kunnen realiseren, zijn toegelaten. Op het ogenblik dat alle voorwaarden voldaan zijn om de tijdelijke natuurcompensatie te vervangen door een natuurcompensatie op een andere plaats, vervalt de overdruk tijdelijke natuurcompensatie voor dit gebied.*

13 *BS 10 augustus 2005.*

ecologische infrastructuur. In bepaalde reservatiezones is ook de inrichting van tijdelijke ecologische infrastructuur expliciet toegestaan.

## 2. Ecologische voordelen van werken met tijdelijke natuur

Werken met tijdelijke natuur impliceert noodzakelijkerwijs het wegnemen en/of vernietigen ervan na een bepaalde periode. Men zou dan ook vermoeden dat een dergelijke ingreep een negatieve impact zal hebben op de aanwezige natuurwaarden. Ecologisch onderzoek wijst echter uit dat dit niet noodzakelijk het geval hoeft te zijn<sup>14</sup>. Afhankelijk van de bestaansperiode van een tijdelijk natuurgebied kunnen tal van soorten, waaronder in de eerste plaats de pioniersoorten, reeds geruime tijd verdwenen zijn. Zelfs zo'n kort verblijf kan voor de betrokken populatie als geheel immers van grote betekenis zijn, bijvoorbeeld als steppingstone voor de betrokken populaties. Ditzelfde onderzoek heeft ook aangetoond dat werken met tijdelijke natuur voor heel wat soorten een merkbaar positief effect op de staat van instandhouding kan uitoefenen, temeer nu deze gebieden kunnen dienen als nuttige *stepping stones* tussen verschillende van mekaar gescheiden populaties. Omdat dit positief effect voornamelijk geldt voor pioniers- en vroege soorten zal tijdelijke natuur best gericht zijn op deze soorten, zonder echter daartoe beperkt te zijn.

Er zijn nochtans scenario's denkbaar waarin het wegnemen van tijdelijke natuur wel kan leiden tot een significant (negatief) effect op (bijvoorbeeld lokale) populaties van beschermde soorten. Wat bijvoorbeeld indien zich op het betrokken terrein een bedreigde diersoort vestigt waarvan er slechts enkele andere restpopulaties aanwezig zijn? De populatie die zich bevindt op de terreinen met tijdelijke natuur kan in bepaalde gevallen een cruciale rol spelen in het voortbestaan of het bereiken van een goede staat van instandhouding van de soort. Het reeds vermelde Nederlandse onderzoek beperkt zich in dat verband tot de vaststelling dat dit enkel het geval zal zijn wanneer een goed uitgewerkt ondersteunend gebiedgericht beleid ontbreekt én er geen of onvoldoende uitwijkmogelijkheden voorhanden zijn. In dergelijk geval zou de oorzaak van het negatieve effect niet zozeer bij het wegnemen van tijdelijke natuur liggen, maar wel bij de afwezigheid van een adequaat ondersteunend beleid en/of beheer. In de praktijk zal dergelijk verweer (bijvoorbeeld naar de bevoegde overheidsinstanties toe) echter weinig overtuigend zijn. Indien de soorten en/of habitats zich in een ongunstige staat van instandhouding bevinden valt er immers te verwachten dat de bevoegde overheid minder snel geneigd zal zijn om de benodigde afwijkingen en/of vergunningen af te leveren. In voorliggend onderzoek wordt dan ook niet uitgesloten dat het wegnemen van tijdelijke natuur op zich beschouwd wel degelijk een negatief effect kan hebben op de ondertussen ontstane natuurwaarden. Er wordt met andere woorden niet *a priori* het standpunt ingenomen dat tijdelijke natuur per definitie gunstige netto-effecten voor de betrokken soorten kan impliceren: dit zal in voorkomend geval het ten uitvoer leggen van mitigerende dan wel compenserende maatregelen vergen.

---

14 Zie: BUREAU STROMING en L. LINNARTZ, *Tijdelijke natuur en beschermde soorten: permanente winst. Een ecologische onderbouwing*, 90p.

## 3 • De verenigbaarheid van tijdelijke natuur met het natuurbehoudsrecht

### Probleemstelling

Ondanks de gunstige milieueffecten die blijken uit te gaan van het werken met tijdelijke natuurwaarden, lijkt het wegnemen ervan haaks te staan op de uitgangspunten van het natuurbehoudsrecht. Het natuurbehoudsrecht<sup>15</sup> is immers gericht op de duurzame instandhouding en ontwikkeling van ecosystemen. Er is op vandaag een manifest gebrek aan wet- en/of regelgevende omkadering. Dit neemt niet weg dat tijdelijke natuur wel degelijk inpasbaar is in de in het Decreet Natuurbehoud gegeven definitie van de begrippen *natuur* en *natuurlijk milieu*<sup>16</sup>. Beide definities vereisen niet dat het om permanente natuur gaat. Ook in de rechtspraak is men reeds tot de conclusie gekomen dat natuur die ontstaat door het ‘verwaarlozen’ van een braak industrieterrein eveneens onder de reikwijdte van het natuurbehoudsrecht valt<sup>17</sup>.

Het komt er dus op aan na te gaan op welke punten werken met tijdelijke natuur zou worden gehinderd door een te starre wetgeving. Bedoeling is om op algemene wijze te onderzoeken waar de mogelijke juridische knelpunten liggen. Op de eerste plaats wordt bekeken welke invloed de *algemene beschermingsbeginselen en –instrumenten* op het werken met het concept *tijdelijke natuur* kunnen uitoefenen. Dit zijn instrumenten die over het ganse grondgebied moeten worden toegepast, ongeacht de omstandigheid of er zich nu al dan niet specifiek beschermde soorten of biotopen op de betrokken terreinen hebben gevestigd of ontwikkeld.

Het kan niet worden uitgesloten dat zich beschermde soorten of biotopen op de betrokken terreinen (zouden kunnen) vestigen of ontwikkelen. De bijkomende vraag rijst dan ook in welke mate tijdelijke natuur verzoenbaar is met de beschermingsvoorschriften en afwijkingsmarges binnen de regelgeving inzake soorten- en biotoopbescherming. Ook de relatie van tijdelijke natuur tot het regime inzake milieuschade wordt bekeken. Aangezien in havengebieden grote zones reeds zijn aangewezen als *speciale beschermingszone*, moet ook worden geanalyseerd in welke mate dit beschermingsregime kan interfereren met tijdelijke natuur. Bovendien is van cruciaal belang na te gaan in welke mate een terrein bedoeld voor tijdelijke natuur niet zelf dient te worden aangewezen als speciale beschermingszone op basis van de Vogel- en Habitatrichtlijnen.

### 1. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich met de algemene beginselen en instrumenten natuurbehoudsrecht?

Bij het wegnemen van tijdelijke natuur zal steeds rekening dienen te worden gehouden met de algemene beginselen en beschermingsinstrumenten uit het natuurbehoudsrecht. Het gaat dan niet alleen om het *standstill* beginsel, dat een belangrijk uitgangspunt vormt bij de toepassing van het natuurbehoudsrecht,

.....

15 De basisregels van het Vlaamse natuurbehoudsrecht zijn terug te vinden in het Decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, BS 10 januari 1998 (zoals gewijzigd, hierna: Decreet Natuurbehoud). In uitvoering van het Decreet Natuurbehoud zijn ook enkele voor de praktijk belangrijke uitvoeringsbesluiten genomen. Deze zullen later in dit onderzoek aan bod komen.

16 Zie artikel 2, 7° en 2, 15° Decreet Natuurbehoud.

17 Antwerpen 24 juni 2002, NjW 2003, 17, 60, noot L. LAVRYSEN en TMR 2003, 396-400.

maar ook om de van toepassing zijnde zorgplicht en toetsingsinstrumenten. Dit zijn *horizontale* beschermingsinstrumenten die in beginsel over het ganze grondgebied moeten worden gerespecteerd en/of toegepast, ongeacht de bestemming van het gebied<sup>18</sup>.

### *a. standstillbeginsel*

Het *standstill*beginsel uit artikel 1.2.1 §§2-3 van het Decreet Algemene Bepalingen Milieubeleid (hierna: DABM) en artikel 8 van het Decreet Natuurbehoud houdt in dat, gezien het feit dat de huidige toestand van het milieu slecht is, alleszins een verdere achteruitgang moet worden tegengegaan. Hoewel nergens in de betrokken wet- en/of regelgeving uitdrukkelijk de toepassing van het *standstill*beginsel verplicht wordt gesteld, moet dit beginsel zowel door de planopmakende<sup>19</sup> als de vergunningsverlenende overheid in acht worden genomen<sup>20</sup>.

Hoewel het (uiteindelijke) vernietigen van tijdelijke natuur in eerste instantie strijdig lijkt met het *standstill*beginsel, lijkt de juridische draagwijdte die aan dit beginsel binnen onze rechtsorde wordt toegekend voldoende ruimte te laten voor tijdelijke natuur. Recente rechtspraak van de Raad van State geeft aan dat het *standstill*beginsel met de nodige soepelheid kan worden toegepast, zowel op vergunningen- als op planniveau. De Raad van State erkent dat het in beginsel een ruime appreciatiemarge laat aan de betrokken overheid<sup>21 22</sup>. Zo is de Raad van State reeds tot de conclusie gekomen dat de loutere opheffing van een groene bestemming door de aanneming van een ruimtelijk uitvoeringsplan of het afleveren van een stedenbouwkundige vergunning voor een weg door een waardevol grasland niet in strijd hoeft te zijn met het *standstill*beginsel<sup>23</sup>. Op zich zou men dus al kunnen voorhouden dat het wegnemen van natuur sowieso niet strijdig hoeft te zijn met het *standstill*beginsel. Er zal enkel een schending van het *standstill*beginsel voorliggen indien kan worden aangetoond dat er sprake is van een *kennelijke schending* van het *standstill*beginsel – *i.e.* een *aanzienlijke achteruitgang* van de aanwezige natuurwaarden. Dit is echter bij het werken met tijdelijke natuur weinig evident, temeer nu men met tijdelijke natuur juist positieve milieueffecten voor bedreigde pioniersoorten beoogt. Er kan dan ook moeilijk worden voorgehouden dat tijdelijke natuur strijdig is met het *standstill*beginsel aangezien het net gericht is op de instandhouding van bepaalde pioniersoorten.

### *b. natuurtoets*

Op basis van de natuurtoets uit artikel 16 van het Decreet Natuurbehoud moet elke vergunningverlenende overheid er zorg voor dragen dat door het toelaten van een activiteit geen *vermijdbare schade* aan de natuur kan ontstaan. Het wegnemen van tijdelijke natuur zal nochtans onvermijdelijk schade aan de aanwezige natuurwaarden met zich meebrengen, waardoor het logisch lijkt dat de toepassing van een natuurtoets bij het verlenen van vergunning negatief zal uitvallen én er bijgevolg geen vergunning en/of

18 De horizontale toepassing van de natuurtoets is in een recent arrest van de Raad van State nogmaals bevestigd. RvS 27 januari 2009, nr. 189.801, 27 januari 2009, Caignie.

19 RvS 9 april 2004, nr. 130.211, Vzw Red de Erpe- en Siesegemkouter, TBP 2005, 619, TMR 2004, 552, TROS 2004, 296.

20 Zie omzendbrief LNW/98/01 van 10 november 1998 betreffende algemene maatregelen inzake natuurbehoud en wat de voorwaarden voor het wijzigen van vegetatie en kleine landschapselementen betreft volgens het besluit van de Vlaamse regering van 23 juli 1998 tot vaststelling van nadere regels ter uitvoering van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, BS 17 februari 1999.

21 RvS 24 februari 2005, nr. 141.217, 24 februari 2005, Van Keymolen; RvS 9 januari 2007, nr. 166.439, Apers; RvS 26 mei 2008, nr. 183.356, Peirs.

22 Parl. St. VI. Parl. 1996-97, nr. 690/1, 7.

23 RvS 26 mei 2008, nr. 183.356, Peirs.

afwijking kan worden verleend. Niettemin lijkt ook bij de toepassing van de natuurtoets enige marge aanwezig te zijn voor tijdelijke natuur. De reikwijdte van de natuurtoets is immers in grote mate afhankelijk van de inhoudelijke draagwijdte van het beoordelingscriterium *vermijdbare schade* uit artikel 16 van het Decreet Natuurbehoud. Recente rechtspraak van de Raad van State lijkt uit te sluiten dat een vergunning voor het wegnemen van spontaan ontstane natuurwaarden in functie van het definitief realiseren van de (harde) ruimtelijke bestemming van bepaalde percelen wordt geweigerd *louter en alleen* omwille van het feit dat natuurwaarden verloren zullen gaan<sup>24</sup>. Schade die onvermijdelijk het gevolg is van de (ruimtelijke) ontwikkeling van een betrokken terrein waarop zich tijdelijke natuur bevindt, lijkt immers niet kwalificeerbaar als vermijdbare schade, maar wel als *onvermijdbare schade*<sup>25</sup>. Bijgevolg kan een vergunning om deze reden in beginsel al niet worden geweigerd.

De administratieve praktijk kan echter verschillen van de toepassing van de natuurtoets in de rechtspraak. Ook de nieuwe toetsingscriteria uit artikel 4.3.3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening<sup>26</sup> lijken een striktere toepassing van de natuurtoets te vereisen. Zij vereisen onder meer dat een stedenbouwkundige vergunning moet worden geweigerd of (op zijn minst) moet onderworpen worden aan specifieke voorwaarden indien uit de verplicht in te winnen adviezen blijkt dat het aangevraagde op gespannen voet staat met de natuurtoets, of indien dergelijke strijdigheid manifest reeds uit het aanvraagdossier blijkt<sup>27</sup>. De hoger weergegeven – deels *semantische* – benadering van de natuurtoets zal hoe dan ook minder succes hebben indien zich waardevolle natuurwaarden op de betrokken site hebben ontwikkeld. Om een negatief uitvallende natuurtoets in dergelijke omstandigheden toch nog uit te sluiten, voorziet de vergunnings- of afwijkingaanvrager best zelf reeds de nodige milderende en/of compenserende maatregelen, eventueel op planniveau. Mits enige omkadering herleidt men het risico op een negatief uitvallende natuurtoets tot een (aanvaardbaar) minimum. Ook uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt in elk geval aan dat het wegnemen van (eventueel tijdelijke) natuurwaarden sowieso de natuurtoets zal doorstaan, mits de (mogelijk) negatieve effecten ervan worden opgevangen door maatregelen die worden voorzien in een compensatiedossier<sup>28</sup>. In dergelijke omstandigheden een vergunning alsnog weigeren of negatief adviseren zou een schending van het redelijkheidsbeginsel inhouden.

### *c. natuurzorgplicht*

Iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die manueel, met mechanische middelen of bestrijdingsmiddelen en met vaste of mobiele geluidsbronnen ingrijpt op of in de onmiddellijke omgeving van natuurlijke en deels *natuurlijke habitats of ecosystemen, op waterrijke gebieden, op natuurlijke en halfnatuurlijke vegetaties, op wilde inheemse fauna of flora of trekkende wilde diersoorten of hun respectieve habitats of leefgebieden, of op kleine landschapselementen*, en die weet of redelijkerwijze kan vermoeden dat deze habitats, ecosystemen, waterrijke gebieden, vegetaties, fauna, flora of kleine landschapselementen daardoor kunnen worden vernietigd of ernstig geschaad, is op basis van de natuurzorgplicht uit artikel 14 Decreet Natuurbehoud verplicht om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijze van hem kunnen worden gevergd om de vernietiging of de schade te voorkomen, te

24 RvS 7 december 2006, nr. 165.664, bvba Belgicaplant, voor een nadere bespreking, zie H. SCHOUKENS, "Het natuurbehoud en de ruimtelijke ordening: living apart together?", TROS 2007, 110-111.

25 RvS 7 december, nr. 165.664, bvba Belgicaplant.

26 Decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid, BS 15 mei 2009.

27 De natuurtoets wordt als voorbeeld aanzien van een 'direct werkend norm' zoals bedoeld in artikel 4.3.3 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. Parl. St. VI. Parl. 2008-2009, nr. 2011/1, 129.

28 RvS 26 mei 2008, nr. 183.359, Angenon.

beperken, of indien dit niet mogelijk is, te herstellen<sup>29</sup>. Recente rechtspraak lijkt aan te geven dat ook de algemeen geldende natuurzorgplicht een cruciale rol kan spelen bij tijdelijke natuur. Zo oordeelde het Antwerpse Hof van Beroep dat het wegnemen van op een kunstmatige wijze ontstane moerasvegetatie in een industriegebied strijdig was met de natuurzorgplicht<sup>30</sup>.

Toch is een en ander minder problematisch dan het op het eerste zicht lijkt, zeker niet indien men in ogenschouw neemt dat bij het wegnemen van tijdelijke natuur steeds één of meer vergunningsprocedures moeten worden ingeleid (bijvoorbeeld een stedenbouwkundige vergunningsprocedure voor het bebouwen van een terrein). Het is weinig waarschijnlijk dat, indien het wegnemen van de tijdelijke natuur plaatsvindt in overeenstemming met de in het kader van de natuurtoets opgelegde (milderende) voorwaarden uit de desbetreffende stedenbouwkundige vergunning en/of afwijking<sup>31</sup>, nog steeds een schending van de natuurzorgplicht zou kunnen worden opgeworpen. Dezelfde conclusie is gewettigd indien het wegnemen van tijdelijke natuur op een zorgvuldige wijze planmatig is omkaderd, bijvoorbeeld op gebiedsniveau. De natuurzorgplicht wordt in hoofde van de vergunningverlenende overheid geconcretiseerd door de (verplichte) toepassing van de natuurtoets en de daaruit voortvloeiende mitigerende voorwaarden<sup>32</sup>. Het wegnemen van tijdelijke natuur gaan verbieden op basis van de natuurzorgplicht lijkt een brug te ver. Wel zal de zorgplicht steeds ook in acht moeten worden genomen in de fase van het verwijderen van de natuurwaarden. De natuurzorgplicht zal bij tijdelijke natuur dan ook eerder een aanvullende rol te spelen. Dit kan ertoe leiden dat de natuurwaarden niet op eender welk moment botweg mogen worden vernietigd. De betrokken beschermde soorten zullen steeds zorgvuldig moeten worden verwijderd (zij zullen bijvoorbeeld moeten worden weggevangen en verplaatst naar nabijgelegen uitwijkerreinen)<sup>33</sup>.

#### *d. watertoets*

Ook de regelgeving inzake integraal waterbeleid kan interfereren met tijdelijke natuur. Er bestaat weliswaar geen algemene *waterzorgplicht* maar de *watertoets* uit artikel 8 van het Decreet Integraal Waterbeleid<sup>34</sup> zal in bepaalde gevallen wel een belangrijke rol spelen bij het definitief inrichten van terreinen met tijdelijke natuur. De toepassing van de watertoets bij vergunningverlening of planopmaak is gekoppeld aan het begrip schadelijke effect, zoals gedefinieerd in artikel 3, §2, 17° van het Decreet Integraal Waterbeleid<sup>35</sup>, waaronder onder meer mogelijke schade aan natte, watergebonden natuur valt. De watertoets zal dus steeds moeten toegepast worden wanneer wordt overgegaan tot het wegnemen van watergebonden

29 Artikel 14 Decreet Natuurbehoud zoals gewijzigd door artikel 124 van het Decreet van 30 april 2009 tot wijziging van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en tot wijziging aan diverse bepalingen inzake milieubeleid, BS 25 juni 2009. Zie: P. DE SMEDT en H. SCHOUKENS, "Natuurzorgplicht. Is er leven na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 mei 2008", NjW 2009, 738-758.

30 Zie: Antwerpen, 24 juni 2002. Zie uitgebreid: H. SCHOUKENS, "Het natuurbehoud en de ruimtelijke ordening: living apart together?", TROS 2007, 109.

31 RvS 24 februari 2006, nr. 155.602, Philips.

32 E. DE PUE, L. LAVRYSEN en P. STRYCKERS, Milieuzakboekje 2007, Kluwer, Mechelen, 2007, 562.

33 In de eerste Nederlandse ontheffing op basis van de Flora- en Faunawet voor tijdelijke natuurontwikkeling in de haven van Amsterdam worden volgende mitigerende maatregelen opgenomen voortvloeiende uit de zorgplicht ex artikel 2 van de Flora- en Faunawet: De kwetsbare perioden van eventueel voorkomende soorten dienen te worden vermeden. Daarnaast dienen eventueel aanwezige exemplaren te worden weggevangen en uitgezet in (indien mogelijk: nabijgelegen) geschikte habitat. Om deze maatregelen te kunnen uitvoeren dient vooraf geïnventariseerd te worden welke soorten aanwezig zijn in het plangebied. Ook voor de soorten waarvoor geen ontheffing is gevraagd dient op grond van de zorgplicht zoveel als redelijkerwijs mogelijk is schade aan deze soorten te worden voorkomen. Voor de tekst van de ontheffing van 15 juli 2009, zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/375/Julij2009EersteontheffingTijdelijkeNatuur>.

34 Decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, BS 14 november 2003 (zoals gewijzigd).

35 Artikel 3, §2, 17° Decreet Integraal Waterbeleid.

tijdelijke natuur<sup>36</sup>. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om het dempen van spontaan ontstane plassen<sup>37</sup>. De toepassing van de watertoets houdt een beoordeling in verschillende stappen in<sup>38</sup>. Zo moet eerst worden nagegaan in hoeverre een schadelijk effect kan worden vermeden door het opleggen van beperkende voorwaarden.

Hoewel uit de bewoordingen van artikel 8, §1 van het Decreet Integraal Waterbeleid blijkt dat een bepaalde aantasting aanvaard dient te worden<sup>39</sup>, lijkt op dit punt toch niet zoveel marge aanwezig voor tijdelijke natuur. Meestal zal wellicht moeten worden bekeken welke herstel- of compenserende maatregelen mogelijk zijn. Pas wanneer het schadelijk effect aan het watersysteem en de watergebonden natuurwaarden niet kan worden vermeden of beperkt, en evenmin herstel of, in voorkomend geval, compensatie mogelijk blijkt te zijn, moet de betrokken vergunning worden geweigerd. Of het wegnemen van een tijdelijke poel al dan niet een betekenisvol schadelijk effect zal uitmaken, blijft natuurlijk voor een stuk een feitenkwesitie, die steeds geval per geval zal moeten worden nagegaan. Indien men de nodige uitwijkmogelijkheden of compensatiemaatregelen reeds op gebiedsniveau voorziet en hieraan de toepassing van de watertoets vastkoppelt, hoeft de watertoets wellicht niet negatief uit te vallen op vergunningsniveau. Op deze manier kan men dus het risico op een negatief uitvallende watertoets tot een (aanvaardbaar) minimum beperken. Door de wijziging van artikel 8 Decreet Integraal Waterbeleid in 2007<sup>40</sup> kan een overheid die beslist over een vergunning voor een activiteit die al het voorwerp heeft uitgemaakt van een andere vergunning en/of gekaderd is binnen een plan dat aan de watertoets werd onderworpen, overigens eveneens oordelen dat die watertoets volstaat in het kader van de vergunning waarover ze heeft beslist. In elk geval sluit de toepassing van de watertoets op een hoger plan- of programmaniveau wellicht uit dat men in een latere vergunningsfase – mits men binnen het uitgetekende kader blijft – nog zal worden geconfronteerd met een negatief uitvallende watertoets.

## 2. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot de toepassing van het Europese en regionale soortenbeschermingsrecht?

### *a. kader*

Waar werken met tijdelijke natuur slechts op onrechtstreekse manier met de algemene beschermingsinstrumenten in aanraking komt, is de interactie tussen het wegnemen van tijdelijke natuur en het *soortenbeschermingsrecht* directer van aard. Voor zover tijdelijke natuur al niet gericht is op het aantrekken van pioniersoorten, dan is het in elk geval waarschijnlijk dat zich op terreinen bedoeld voor tijdelijke natuur beschermde soorten komen vestigen. Het Vlaamse soortenbeschermingsrecht zat tot voor kort vervat in enkele oude en in de praktijk weinig toegepaste en star geformuleerde Koninklijke

36 Zie: RvS 11 april 2006, nr. 157.464, Ooghe.

37 Artikel 8, §3 Decreet Integraal Waterbeleid legt aan de betrokken vergunningverlenende en planopmakende overheden overigens een expliciete motiveringsplicht op. Bovendien zal door de vergunning en/of ontheffingverlenende overheid ook toepassing dienen te worden gemaakt van de inhoudelijke beoordelingsrichtlijnen uit het Watertoetsbesluit uit 2006.

38 Zie tevens artikel 2, §1 Watertoetsbesluit (Besluit van 20 juli 2006 tot vaststelling van nadere regels voor de toepassing van de watertoets, tot aanwijzing van de adviesinstantie en tot vaststelling van nadere regels voor de adviesprocedure bij de watertoets, vermeld in artikel 8 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, BS 31 oktober 2006).

39 P. DE SMEDT, "De watertoets: breekijzer van de watersector?" in: F.C.M.A. MICHIELS en L. LAVRYSEN, *Milieurecht in de lage landen*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2004, 191.

40 Decreet van 25 mei 2007 houdende diverse bepalingen inzake leefmilieu, energie en openbare werken, BS 19 juni 2007.

Besluiten<sup>41</sup>. Dit regelgevend kader vormde op verschillende punten een niet-correcte of volledige implementatie van het soortenbeschermingsregime uit de Europese Vogel<sup>42</sup>- en Habitatrichtlijn<sup>43</sup> en de door België geratificeerde verdragen<sup>44</sup>. Met het Soortenbesluit van 15 mei 2009<sup>45</sup> ligt een nieuw regelgevend kader inzake soortenbescherming voor, dat beter afgestemd is op de Europese en internationale eisen én bovendien een actievere aanpak van soortenbescherming mogelijk maakt. Ook het Soortenbesluit bevat echter op de eerste plaats een reeks strikte verbodsbepalingen die haaks lijken te staan op (het wegnemen van) tijdelijke natuur.

### **b. toepassingsgebied**

Het Soortenbesluit werkt met lijsten van soorten. Bijlage I bij het Soortenbesluit bevat vijf categorieën van beschermde soorten<sup>46</sup>. Voor tijdelijke natuur lijken enkel de eerste drie categorieën van belang.

- *Categorie 1* bevat de soorten die vroeger stonden opgelijst in de bijlagen bij het KB Beschermde Diersoorten of het KB Beschermde Planten, maar waarvoor strikt genomen geen Europeesrechtelijke verplichting tot bescherming bestaat (bv. egel, eekhoorn, rode bosmier, enz.).
- *Categorie 2* bevat *alle* vogelsoorten die van nature voorkomen op het Europese grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie. In totaal gaat het (voor Vlaanderen) om een 300-tal soorten.
- *Categorie 3* bevat de dier- en plantensoorten die figureren op Bijlage IV van de Habitatrichtlijn (bv. wilde hamster, rugstreeppad, kamsalamander).

### **Per categorie geldt een verschillend beschermingsniveau.**

- Ten aanzien van de in wild levende specimens<sup>47</sup> van de diersoorten van categorie 1 geldt een basisbeschermingsregime. Het is verboden deze soorten opzettelijk te doden, opzettelijk te vangen, opzettelijk en betekenisvol te verstoren, in het bijzonder tijdens de perioden van de voortplanting, de afhankelijkheid van de jongen, de overwintering en tijdens de trek<sup>48</sup>. Op hun beurt zijn de specimens van de plantensoorten vermeld in categorie 1 bij het Soortenbesluit beschermd tegen opzettelijk plukken en verzamelen, opzettelijk afsnijden, opzettelijk ontwortelen,

41 *Het gaat om volgende drie KB's: Koninklijk besluit van 22 december 1980 houdende maatregelen van toepassing in het Vlaamse Gewest ter bescherming van bepaalde in het wild levende inheemse soorten, die niet onder de toepassing vallen van de wetten en besluiten op de jacht, de riviervisserij en de vogelbescherming, BS 31 oktober 1980; Koninklijk besluit van 9 september 1981 betreffend de bescherming van vogels in het Vlaamse Gewest, BS 31 oktober 1981; Koninklijk besluit van 16 februari 1976 houdende maatregelen ter bescherming van bepaalde in het wild groeiende plantensoorten, BS 24 maart 1976.*

42 *Richtlijn nr. 79/409 van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, PB L 103 van 25 april 1979, 1-18.*

43 *Richtlijn nr. 92/43 van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde fauna en flora, PB L 206 van 21 mei 1992, 7-50.*

44 *Er kan dan onder meer worden gedacht aan het Verdrag van Bern: Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, Bern, 19 september 1979, UKTS (1982) 56. België ondertekende het verdrag op 19 september 1979, het werd echter pas tien jaar later goedgekeurd (Wet van 24 april 1989, BS 29 december 1990).*

45 *Besluit van de Vlaamse regering met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer van 15 mei 2009, BS 13 augustus 2009.*

46 *Zie meer uitgebreid: Besluit van de Vlaamse Regering met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer - Verslag aan de Regering, 83 e.v. (hierna: Verslag aan de Regering).*

47 *Conform artikel 9, derde lid, Soortenbesluit gelden deze verbodsbepalingen ongeacht de levensfase waarin de bedoelde dieren zich bevinden.*

48 *Artikel 10, §1 Soortenbesluit.*

opzettelijk vernielen en het verplanten ervan<sup>49</sup>. Tot slot zijn de nesten, de voortplantingsplaatsen en de rustplaatsen van deze soorten beschermd tegen het opzettelijk vernielen, beschadigen en wegnemen ervan<sup>50</sup>. Op dit beschermingsregime bestaan echter enkele bijzondere vrijstellingsgronden, onder meer in functie van de ruimtelijke ontwikkeling van een gebied.

- Een gelijkaardig beschermingsregime speelt ook voor alle vogelsoorten uit categorie 2 van bijlage 1 bij het Soortenbesluit. Deze soorten mogen tevens niet opzettelijk en betekenisvol worden verstoord, in het bijzonder tijdens de perioden van de voortplanting, de afhankelijkheid van de jongen, de overwintering en tijdens de trek<sup>51</sup>. Er bestaan geen bijzondere vrijstellingsmogelijkheden voor beschermde vogelsoorten.
- Voor de soorten uit categorie 3 van bijlage I bevat het Soortenbesluit in beginsel een gelijkkludend beschermingsregime als voor de soorten uit categorie 1 en 2 van bijlage I van het Soortenbesluit. Wel verbiedt artikel 14, §2, tweede lid van het Soortenbesluit ook uitdrukkelijk het *onopzettelijk* vernielen en beschadigen van leefplaatsen<sup>52</sup> van deze strikt beschermde soorten. Hier bestaan eveneens geen bijzondere vrijstellingsmogelijkheden.

### *c. welke marge voor tijdelijke natuur binnen de beschermingsvoorschriften?*

De vraag hoe strikt de beschermingsvoorschriften voor de hoger vermelde soorten moeten worden toegepast is van essentieel belang voor tijdelijke natuur.

Het wegnemen van tijdelijke natuur lijkt op een eerste zicht inherent strijdig te zijn met de basisvoorschriften uit het soortenbeschermingsrecht. Deze vaststelling is echter niet steeds zo eenduidig. Zo zou men kunnen voorhouden dat een zekere schadedrempel moet worden overschreden of een bijzondere opzetvereiste moet zijn vervuld alvorens er sprake is van een verboden gedraging. Of men zou kunnen argumenteren dat het beschermingsregime slechts op een hoger geografisch niveau moet worden toegepast, zodat het wegnemen van een beperkt aantal tijdelijke leefplaatsen of het verstoren van enkele individuen hiermee niet steeds strijdig hoeft te zijn. Er dient dan ook te worden onderzocht in welke mate men de voorschriften die gericht zijn op het behalen van een goede staat van instandhouding van de betrokken soorten eerder kan toepassen op populatieniveau dan op individuniveau? Indien dat het geval zou zijn, zou dit betekenen dat bij het wegnemen van tijdelijke leefplaatsen van beschermde soorten geen acht meer zou moeten worden geslagen op de strikte afwijkingsvoorwaarden uit het soortenbeschermingsrecht, hetgeen een aanzienlijke vermindering van de administratieve lasten voor de betrokken ontwikkelaars zou inhouden.

#### *- opzettelijke schade of verstoring?*

Heel wat van de hoger weergegeven beschermingsvoorschriften verbieden enkel bepaalde *opzettelijke* gedragingen ten aanzien van deze soorten. Men zou dan ook kunnen opwerpen dat het wegnemen van tijdelijke natuur in het kader van een stedenbouwkundige ontwikkeling niet kan worden aanzien als een *opzettelijke* verstoring of vernieling van de beschermde soorten én bijgevolg niet op gespannen voet hoeft te staan met het soortenbeschermingsrecht. Hoewel de lagere Belgische rechtspraak hierover anders lijkt te

49 Artikel 10, §2 Soortenbesluit.

50 Artikel 14, §1 Soortenbesluit.

51 Artikel 10, §1 Soortenbesluit.

52 Het gaat meer specifiek over nesten, voortplantingsplaatsen en rustplaatsen van beschermde soorten. Een definitie van deze begrippen kan worden teruggevonden in artikel 1 Soortenbesluit.

oordelen<sup>53</sup>, moet in navolging van de rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>54</sup> echter worden gesteld dat er sprake is van een *opzettelijk* vernielen (of verstoren) wanneer die vernieling voortvloeit uit een handeling waarbij diegene die handelde de implicaties voor de beschermde vogelsoorten kende en aanvaardde. Hier speelt dus de interpretatie conform het zogenaamd *rechtstreeks algemeen opzet* uit het Belgische strafrecht<sup>55</sup>. Met andere woorden: ook een beschadiging die wordt aanvaard als het onvermijdelijke correlarium van een bepaalde activiteit, zoals bijvoorbeeld het wegnemen van tijdelijke natuur voor de stedenbouwkundige ontwikkeling van een terrein, is dus in beginsel verboden gesteld door het Soortenbesluit. Ten aanzien Europees beschermde diersoorten zoals de rugstreepad is overigens ook het *onopzettelijk* vernielen of beschadigen van de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen verboden gesteld<sup>56</sup>.

Niettemin kan de (specifieke) verbodsbepaling voor beschermde vogels wellicht gedeeltelijk worden omzeild door de werken (bv. het wegnemen van de tijdelijke verblijfplaats of nestgelegenheid) te laten plaatsvinden buiten het broedseizoen. Deze uitweg lijkt echter niet mogelijk indien het nesten betreft die op het moment van de aantasting niet bewoond zijn, maar in een volgend seizoen waarschijnlijk weer bewoond zullen worden<sup>57</sup>. Bovendien ligt een en ander ook moeilijk voor vogels die het hele jaar door op dezelfde plek verblijven<sup>58</sup>. Laatstgenoemde visie lijkt ook te worden bevestigd in artikel 14, tweede lid van het Soortenbesluit. Onder nesten worden immers begrepen *de bewoonde nesten, de nesten die in aanbouw zij als voorbereiding op het komende broedseizoen, alsook de nesten die in de regel jaar na jaar tijdens het broedseizoen hergebruikt worden*. Een consequent beroep op de afwezigheid van een bijzonder opzet bij het wegnemen van tijdelijke natuur lijkt de toepassing van het beschermingsregime dan ook niet te kunnen vermijden.

#### - schadedrempel?

Op het eerste zicht lijkt de toepassing van het soortenbeschermingsrecht niet het overschrijden van een bepaalde schadedrempel te vereisen. Nochtans zal het wegnemen van tijdelijke natuur wellicht niet steeds hoeven teleiden tot een *betekenisvolle* aantasting van een populatie van een beschermde soort. In bepaalde gevallen zal wellicht, mits het nemen van bepaalde milderende maatregelen, het duurzaam ecologisch functioneren (*the continued ecological functionality*) van de woon- en schuilplaatsen van de betrokken soorten gehandhaafd kunnen blijven<sup>59</sup>, waardoor men ook volgens de Europese Commissie *niet* onder de strikteverbodsbepalingen uit het soortenbeschermingsrecht zou vallen<sup>60</sup>. Ook het Soortenbesluit bevat enkele aanwijzingen naar de toepassing van een eventuele schadedrempel bij de toepassing van de basisvoorschriften. Zo stelt het bijvoorbeeld enkel een *betekenisvolle* verstoring van beschermde diersoorten verboden. In het bij het Soortenbesluit gepubliceerde Verslag aan de Regering stelt men dat *het verstoren van een exemplaar of een kleine groep van exemplaren geen verboden handeling (is), het*

53 Corr. Dendermonde 21 december 2007, Juristenkrant 2008 (weergave SCHOUKENS, H.), 7; TMR 2008, afl. 5, 674, noot SCHOUKENS, H.

54 HvJ EG 20 oktober 2005, zaak nr. C-6/04, par.79; HvJ EG 10 januari 2006, zaak nr. 98/03, par. 55.

55 Verslag aan de Regering, 25.

56 Artikel 14, §2, tweede lid Soortenbesluit.

57 C. BACKES, P.J.J. VAN BUUREN en A.A. FRERIKS, Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2004 173.

58 Ibid, 161.

59 EUROPEAN COMMISSION, Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, 2007, 47-48 (hierna: EUROPEAN COMMISSION, Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC).

60 RvS 28 juni 2007, nr. 172.856, Vzw Milieuwerkgroep "Ons Streven".

verstoren van een grote groep exemplaren in een belangrijk gebied voor de soort wel<sup>61</sup>. Het lijkt dus aannemelijk dat enkel significante verstoringen (bijvoorbeeld met effecten op populatieniveau en/of indien het een zeer zeldzame soort betreft) meetellen. Een kleine, betekenisloze verstoring dient in dit verband dus niet te worden weerhouden.

Bij het wegnemen van tijdelijke natuur zal echter niet op een systematische wijze een beroep kunnen worden gedaan op deze ontsnappingsroute. Het wegnemen van tijdelijke natuur zal immers meestal moeten worden aanzien als een aanzienlijke ingreep in het natuurlijke milieu. Bovendien bevatten niet alle van de hoger vermelde voorschriften een (expliciete) schadedrempel. Zo is het vernielen van rust- en voortplantingsplaatsen van beschermde soorten *tout court* verboden gesteld. Zo men al zou kunnen opwerpen dat ook hier een (impliciete) schadedrempel zou spelen, dan zullen op dit punt enkel milderende maatregelen *sensu stricto* in aanmerking worden genomen. Compenserende maatregelen, *i.e.* maatregelen die los staan van het project, kunnen volgens de Europese Commissie niet meespelen om te stellen dat slechts sprake zou zijn van een beperkte aantasting<sup>62</sup>. Het creëren van nieuwe leefplaatsen voor de betrokken soorten in functie van tijdelijke natuur kan immers niet worden beschouwd als een milderende maatregel *sensu stricto*. In het kader van een afwijkingsprocedure kunnen dergelijke compenserende maatregelen natuurlijk wel een rol spelen, maar de toepassing van het afwijkingskader zal er dus niet mee kunnen worden vermeden. Een gebiedsgerichte aanpak waar bijvoorbeeld op havenniveau wordt gegarandeerd dat bij de definitieve stedenbouwkundige inrichting van bepaalde terreinen met tijdelijke natuur nieuwe leefplaatsen worden gecreëerd als compensatie, zal dus nog steeds dienen te worden afgetoetst aan de voorwaarden van het afwijkingsregime (zie *verder*).

#### - toepassing van het beschermingsregime op een hoger niveau?

Soms wordt beweerd dat de voorschriften inzake de bescherming van voortplantings- en rustplaatsen niet van toepassing zouden zijn indien een soort in ruime mate in de lidstaat voorkomt en in een zogenaamde goede staat van instandhouding is en blijft. Dergelijke interpretatie wordt in de meeste rechtsleer (terecht) afgewezen. Globaal gesproken moet worden vastgesteld dat de hoger vermelde bepalingen uit het Soortenbesluit duidelijk zijn geformuleerd in functie van individubescherming. Ook al heeft deze regelgeving – net als het Europese kader – duidelijk het bereiken van een afdoende staat van instandhouding van de opgesomde beschermde soorten als doel, neemt dit niet weg dat de beschermingsvoorschriften duidelijk op individuniveau moeten worden toegepast. Ook de strikte rechtspraak van het Hof van Justitie, onder meer met betrekking tot het ontbreken van het criterium van opzet bij artikel 12, lid 1, d) van de Habitatrichtlijn<sup>63</sup>, wijst in die zin. Het feit dat door een goed beheer een bepaalde populatie zich in een goede staat van instandhouding zou bevinden op lokaal of bovenlokaal niveau, verhindert dus niet dat het wegnemen van de *tijdelijke* leefplaatsen van de betrokken soorten wel degelijk onder de desbetreffende verbodsbepalingen zal vallen. Er zal dan steeds rekening moeten worden gehouden met de inhoudelijke voorwaarden uit het afwijkingsregime.

61 Verslag aan de Regering, 26.

62 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 47-48.

63 HvJ EG 10 januari 2006, zaak nr. C-98/03, par. 55.

#### *d. vrijstellingsmogelijkheden voor tijdelijke natuur?*

Het Soortenbesluit bevat een aantal *vrijstellingsgronden* voor bepaalde werken en/of handelingen. Dit zijn omstandigheden waarin de hoger vermelde verbodsbepalingen niet van toepassing zijn. In deze gevallen zal geen aparte afwijkingsprocedure moeten worden doorlopen, ook niet in het kader van het werken met tijdelijke natuur.

- Zo voorziet de vrijstellingsgrond uit artikel 11, eerste lid en artikel 15 van het Soortenbesluit dat de verbodsbepalingen geen beperkingen kunnen opleggen die *absoluut* werken of handelingen verbieden of onmogelijk maken die overeenstemmen met de plannen van aanleg of de ruimtelijke uitvoeringsplannen, noch de realisatie van die plannen en hun bestemmingsvoorschriften verhinderen. Op deze vrijstellingsclausule kan zeker een beroep worden gedaan voor tijdelijke natuur. De vrijstelling lijkt evenwel niet uit te sluiten dat alsnog *bijkomende beperkingen* worden opgelegd in functie van de bebouwbaarheid van een perceel (bijvoorbeeld de vrijwaring van enkele poelen op het betrokken perceel). Er wordt enkel gewaarborgd dat de beschermingsvoorschriften niet *absoluut* de realisatie van de bestemming verhinderen. Deze vrijstellingsgrond speelt bovendien enkel maar voor de soorten van regionaal belang (categorie 1 van Bijlage I van het Soortenbesluit). In de meeste gevallen zal de aanwezigheid van andere beschermde soorten niet kunnen worden uitgesloten, zodat deze vrijstellingsgrond sowieso slechts een beperkt nut in functie van tijdelijke natuur heeft.
- De verbodsbepalingen inzake beschermde *planten* zijn eveneens niet toepasselijk in afgesloten ruimten, tuinen, parken of akkers<sup>64</sup> en in het kader van activiteiten die te maken hebben met beheerwerkzaamheden<sup>65</sup>. Deze vrijstellingsgrond lijkt op het eerste zicht minder dienstig voor tijdelijke natuur en geldt bovendien tevens niet voor de op basis van de Habitatrichtlijn strikt beschermde plantensoorten, waardoor deze sowieso ook maar een beperkt nut heeft.

#### *e. welke marge voor tijdelijke natuur binnen het bestaande afwijkingsregime?*

Een beroep op de aanwezige marge binnen de basisvoorschriften of op de vrijstellingsgronden in functie van tijdelijke natuur lijkt dus niet mogelijk, of is op zijn minst weinig evident. Het soortenbeschermingsrecht bevat echter verschillende afwijkingsmogelijkheden op de aanwezige strikte beschermingsvoorschriften. In een volgende fase wordt onderzocht in welke mate tijdelijke natuur kwalificeerbaar is binnen dit afwijkingskader.

#### *- basisvoorwaarden voor het bekomen van een afwijking*

Het afwijkingsregime uit het Soortenbesluit vertrekt van twee basisvoorwaarden voor het toelaten van schadelijke ingrepen: de instandhoudingstest enerzijds en de alternatievenafweging anderzijds. Beide tests zullen – ongeacht de redenen waarop men zich beroept om van het soortenbeschermingsrecht af te wijken – steeds moeten worden doorlopen.

- De *instandhoudingstest* houdt in dat bij het verlenen van een afwijking steeds zal moeten worden gegarandeerd dat geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten

64 Artikel 11, §3 Soortenbesluit.

65 Artikel 11, §3 Soortenbesluit.

voortbestaan. De Commissie wijst er in haar Leidraad terecht op dat de beoordeling van de impact van een specifieke afwijking in bijna alle gevallen zal moeten plaatsvinden op een lager niveau dan de biogeografische regio om betekenisvol te zijn<sup>66</sup>. De staat van instandhouding op biogeografisch niveau kan immers verschillen van de staat van instandhouding op populatieniveau. Zo kan een soort zich op biogeografisch niveau in een gunstige staat van instandhouding bevinden, terwijl een (deel)populatie zich in een bepaald gebied zich door welbepaalde omstandigheden in een ongunstige staat van instandhouding bevinden. Een afwijking – ook voor tijdelijke natuur - kan enkel worden toegestaan indien het nettoresultaat ook op lokaal niveau neutraal of positief is<sup>67</sup>.

Afwijkingen ten aanzien van een zeer zeldzame, sterk gelokaliseerde soort zullen deze test minder vlot zullen doorstaan, ook indien in functie van tijdelijke natuur. In dat geval voorziet men best de nodige compenserende maatregelen (aanleggen van nieuwe plassen,...). Men zou in dit kader natuurlijk ook een beroep kunnen doen op de door wetenschappelijk onderzoek geduide gunstige milieueffecten van tijdelijke natuur op pioniersoorten en vroege soorten en kunnen stellen dat het verbeteren van de situatie van deze soorten van zodanig belang is dat de negatieve effecten op beschermde dier- en plantensoorten die als gevolg van de opruiming van tijdelijke natuur optreden, gerechtvaardigd worden<sup>68</sup>. Het is echter verre van zeker of dergelijke motivering door de Vlaamse bevoegde instanties zal worden aanvaard, bij gebrek aan planmatige of programmatorische omkadering met mitigerende en compenserende maatregelen op gebiedsniveau.

- Ook de *alternatievenafweging* zal steeds nauwgezet dienen te gebeuren bij het verlenen van afwijkingen voor tijdelijke natuur. De maatstaven die worden gebruikt bij het vergelijken van de alternatieve oplossingen, kunnen enkel betrekking hebben op objectief verifieerbare factoren, zoals wetenschappelijk onderzoek<sup>69</sup>. Economische criteria zullen in beginsel niet automatisch voorrang hebben boven ecologische criteria<sup>70</sup>. In de eerste Nederlandse ontheffing voor tijdelijke natuur past men deze alternatievenafweging met enige soeplesse toe. Men laat de alternatievenafweging hier eerder ingrijpen op het uitvoeringsniveau, met name de maatregelen die worden genomen in het kader van de zorgplicht. Het is evenwel betwifelbaar of deze toepassing van de alternatieventoets wel verenigbaar is met het Europees recht. Een alternatieventoets behelst niet alleen de vraag hoe en/of wanneer een activiteit kan worden uitgevoerd maar ook of de activiteit wel op de desbetreffende locatie moet worden uitgevoerd. Deze test wordt dan ook best uitgevoerd op gebiedsniveau, waarbij een globale afweging van verschillende locaties zinvol kan plaatsvinden.

.....

66 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 61.

67 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 62.

68 Deze argumentatielijn werd gehanteerd in de eerste Nederlandse ontheffing op basis van de Flora- en Faunawet. Voor de tekst van de ontheffing van 15 juli 2009, zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/375/Juli2009EersteontheffingTijdelijkeNatuur>.

69 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 2007, 59.

70 Zie ook: Parl. St. VI. Parl. 2001-02, nr. 967/1, 38; EUROPESE COMMISSIE, *Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 6, lid 4, van de Habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43)*, 2007, 7.

## - inhoudelijke omkadering

De algemene toepassingsvoorwaarden van het afwijkmarge vormen in beginsel geen onoverkoombare horde voor tijdelijke natuur. Er dient dus te worden bekeken of men zich voor het wegnemen van tijdelijke natuur ook kan beroepen op één van de inhoudelijke redenen uit het afwijkmarge uit de soortenregelgeving<sup>71</sup>. In principe is het steeds mogelijk om een afwijking van de beschermingsvoorschriften te verkrijgen omwille van zogenaamde *zwaarwegende economische motieven* (dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale en economische aard)<sup>72</sup>. Bij tijdelijke natuur zal het echter niet altijd voor de hand liggend zijn om aan te tonen dat het wegnemen ervan kadert in dergelijk belang, tenzij men tijdelijke natuur steeds zou koppelen aan grote infrastructuurprojecten. Voor regionaal beschermde soorten kan reeds van het beschermingsregime worden afgeweken omwille van *redenen van sociale of economische aard of wanneer maatregelen van algemeen of plaatselijk belang noodzakelijk zijn*<sup>73</sup>. De ontwikkeling van een bedrijventerrein in een havengebied lijkt hier in de meeste gevallen onder te vallen. Vele dynamische economische gebieden worden echter geconfronteerd met de aanwezigheid van strikt beschermde Europese soorten zoals bijvoorbeeld rugstreeppadden, zodat ook deze afwijkmarge geen globale oplossingsrichting kan aanreiken. De overige inhoudelijke uitzonderingsgronden bieden echter wel ruimte voor tijdelijke natuur.

## bescherming van de flora en fauna?

Het Nederlandse juridische onderzoek suggereert om tijdelijke natuur te kaderen in de afwijkmarge *belang van de bescherming van de flora en fauna*<sup>74</sup>. Deze piste wordt in Nederland ook gehanteerd in het ontwerp van beleidslijn van de Minister bevoegd voor Natuur<sup>75</sup> én voor de eerste pilootprojecten die recent zijn opgestart (zie *verder*). Men steunt deze benadering op de vaststelling dat uit het hoger vermelde ecologisch onderzoek volgt dat tijdelijke natuur voor alle soorten per saldo gunstige gevolgen voor de staat van instandhouding heeft, ook indien de tijdelijke natuur op een gegeven moment wordt verwijderd ten behoeve van de verwezenlijking van de definitieve bestemming die op het terrein rust. Er blijken immers geen situaties voorhanden waarin de gevolgen voor bepaalde soorten negatief zouden zijn<sup>76</sup>. De Europese Commissie geeft in haar recente Leidraad over de toepassing van het Europese soortenbeschermingsrecht anderzijds weinig bijkomende duiding over de invulling die kan worden gegeven aan deze eerste uitzonderingsgrond uit de Habitat- en Vogelrichtlijnen<sup>77 78</sup>. Wel kan, zoals hoger reeds gesteld, niet worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden het wegnemen van tijdelijke natuur toch nog een negatieve impact op de aanwezige beschermde soorten heeft, zeker als men dit op lokaal niveau bekijkt. In dergelijke omstandigheden lijkt bovenstaande redenering dan ook minder goed houdbaar. In het Verslag aan de Regering bij het Soortenbesluit wordt zijdelings wel aangegeven dat deze uitzonderingsgrond – die in

71 Deze uitzonderingsgronden kunnen worden teruggevonden in artikel 9, lid 1 Vogelrichtlijn en artikel 16, lid 1 Habitatrichtlijn. Ze zijn geïmplementeerd in artikel 20, §1 Soortenbesluit.

72 Artikel 20, §1, 2° Soortenbesluit.

73 Artikel 19, §2 Soortenbesluit.

74 H. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur, Advies over de juridische aspecten*, 46.

75 J. REKER en W. BRAAKHEKKE, *Tijdelijke natuur, concept voor beleidslijn, definitieve versie, augustus 2007, opgesteld door het Bureau Strooming in opdracht van het ministerie van LNV*. Zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/316/TijdelijkeNatuurconceptvooreenbeleidslijn>.

76 H. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur, Advies over de juridische aspecten*, 47.

77 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 2007, 54.

78 *Ibid.*

Vlaanderen vervat zit in artikel 20, §1, 5° Soortenbesluit – ook dienstig kan zijn voor het verlenen van afwijkingen in functie van bijkomende initiatieven inzake soortenbehoud<sup>79</sup>. Er lijkt dan toch enige ruimte aanwezig te zijn voor tijdelijke natuur binnen deze afwijkingsgrond, hoewel één en ander niet echt een globale rechtszekere oplossingsgarantie biedt voor tijdelijke natuur. Men zal immers nog steeds een bijkomende afwijkingsprocedure moeten doorlopen wanneer men wil overgaan tot de stedenbouwkundige inrichting van het terrein (tenzij men deze afwijking zou aanvragen *vooraleer* men werk maakt van tijdelijke natuur, zie *verder*).

### planmatige of programmatorische aanpak?

Er kan van de strikte verbodsbepalingen echter ook worden afgeweken om het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, door de bevoegde instanties vastgesteld aantal van bepaalde speciemens te vangen, te plukken of in bezit te hebben. Ook deze Europeesrechtelijke inhoudelijke uitzonderingsgrond op het beschermingsregime is geïmplementeerd in het Soortenbesluit<sup>80</sup>. Om deze ietwat vaag omschreven uitzonderingsgrond in de praktijk te brengen, wordt volgens de Europese Commissie best overgegaan tot het opstellen van specifieke *soortenbeschermingsplannen*, waarin een specifiek beheer van de populaties van een bepaalde soort (of soorten) is uitgewerkt. De noodzakelijke afwijkingen zouden kunnen worden voorzien in deze soortenbeschermingsplannen, zodat reeds op een hoger niveau reeds kan worden gegarandeerd dat deze geen negatieve beïnvloeding van de staat van instandhouding van de betrokken soort te hoeven impliceren<sup>81</sup>. Ook de recente rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>82</sup> en de rechtsleer<sup>83</sup> lijkt aan te wijzen dat het in elk geval steeds mogelijk moet zijn om afwijkingen te geven van het Europese beschermingsregime indien uit onderzoek zou blijken dat er geen gevolgen zijn te verwachten voor de lokale populatie.

Aangezien de Europese Commissie zelf beheerplannen voor grote roofdieren waarin een beperkte vorm van bejaging wordt toegestaan onder deze uitzonderingsgrond kwalificeert<sup>84</sup>, kan *a fortiori* ook worden geargumenteed dat soortenbeschermingsplannen bijvoorbeeld op het niveau van havengebieden waarin het werken met tijdelijke natuur wordt voorzien, hieronder (kunnen) vallen. De *strikt gecontroleerde omstandigheden, de selectieve wijze en de bepaalde grenzen* waarbinnen bepaalde soorten binnen gebieden voor tijdelijke natuur kunnen worden verwijderd en/of verplaatst na verloop van een bepaalde tijd, kunnen immers worden geregeld in dit gebiedsgerichte soortenbeschermingsplan of -programma. Ook in het Verslag aan de Vlaamse regering bij het Soortenbesluit vermeldt men uitdrukkelijk het gebruik van deze planmatige afwijkingsmogelijkheid in situaties waarbij Europees beschermde soorten voorkomen in gebieden met economische belangen. In dat verband wordt zelfs expliciet verwezen naar het voorkomen van de strikt beschermde rugstreeppad in de haven van Antwerpen<sup>85</sup>. Het wegnemen of vernielen van poelen met rugstreeppadden is mogelijk voor zover wordt gegarandeerd dat de populatie er in haar geheel op vooruitgaat. Een planmatige of programmatorische aanpak van tijdelijke natuur wordt binnen de context

79 Verslag aan de Regering, 51.

80 Artikel 20, §1, 7° Soortenbesluit.

81 EUROPEAN COMMISSION, *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC*, 2007, 57-58.

82 HvJ EG 14 juni 2007, zaak nr. C-342/05. *Het doden van een beperkt aantal dieren dat geen invloed heeft op het doel van artikel 16, lid 1, Habitatrichtlijn wordt beschouwd als een afwijking beschouwd die neutraal is voor de betrokken soort.*

83 H. WOLDENDORP, "Vogelbescherming: de wettekst als vogelverschrikker", *M en R* 2008, 78.

84 H. SCHOUKENS, "Wie is er bang voor de grote boze wolf? De terugkeer van de wolf, de bruine beer en de lynx juridisch gekaderd", *TMR* 2007, 392.

85 Verslag aan de Regering, 50.

van het Soortenbesluit mogelijk in een zogenaamd soortenbeschermingsprogramma. Het Soortenbesluit omschrijft dit nieuwe planinstrument als *een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat met name gericht is op het behouden of verkrijgen van een gunstige staat van instandhouding van een inheemse soort of een groep van soorten in het gebied waarop het programma van toepassing is*<sup>86</sup>. De in voorkomend geval gunstige milieueffecten waarmee tijdelijke natuur gepaard zou kunnen gaan, kunnen hierin ook nader worden omschreven en zullen inhoudelijk gezien het bekomen van een afwijking ondersteunen.

#### - procedurele lasten?

Het blijkt dus mogelijk om tijdelijke natuur te kaderen binnen de inhoudelijke afwijkingsmarges uit het Europese en Vlaamse soortenbeschermingsrecht. Hieraan zijn echter wel procedurele consequenties gekoppeld. Artikel 22, §1 van het Soortenbesluit stelt dat aanvragen tot afwijkingen dienen te worden gericht aan het ANB, door middel van een aangetekend schrijven. De afwijkingprocedure zelf wordt omschreven in artikel 22, §2 van het Soortenbesluit<sup>87</sup>. De normale behandelingstermijn bedraagt 30 dagen (éénmaal verlengbaar met 30 dagen). In gevallen van hoogdringendheid kan het ANB binnen een termijn van 5 kalenderdagen een beslissing nemen voor aanvragen tot afwijkingen van het hoger vermelde beschermingsregime. Dit vormt al bij al geen zware administratieve procedure, hoewel men natuurlijk nooit op voorhand zeker is dat men de afwijking effectief zal toegekend krijgen.

Er zal echter niet steeds een aparte afwijkingprocedure op basis van het Soortenbesluit dienen te worden doorlopen voor tijdelijke natuur. Twee 'ontsnappingsroutes' kunnen zich aandienen:

- Men kan vooreerst gebruik maken van de *integratiemogelijkheden* voorzien in artikel 23 van het Soortenbesluit. Indien men hiervan gebruik maakt dan zal afwijkingprocedure uit het Soortenbesluit worden geïntegreerd in een andere vergunningsprocedure zodat een cumul van procedures wordt vermeden. In dat geval zal men dus niet verschillende vergunningsprocedures moeten initiëren voor de stedenbouwkundige ontwikkeling van één bepaald terrein. De specifieke vereisten inzake soortenbescherming kunnen bijvoorbeeld worden meegenomen in de stedenbouwkundige vergunningsprocedure, die overigens sowieso dient te worden doorlopen bij de ontwikkeling van het terrein. Niettemin blijft het risicovol om zich louter en alleen op deze integratieprocedure te beroepen en aldus te wachten met het opwerpen van de soortenproblematiek tot het aanvragen van de stedenbouwkundige vergunning die vereist is voor de definitieve inrichting van het terrein. In dat geval is het risico niet onaanzienlijk dat het ANB alsnog negatief zou adviseren, hetgeen meteen de gehele stedenbouwkundige (of andere) vergunningsprocedure op de helling zou kunnen zetten<sup>88</sup>.
- Een tweede manier om een aparte afwijkingprocedure te omzeilen, is (proactief) over te gaan tot de opmaak een soortenbeschermingsprogramma. Eén of meer afwijkingaanvragen voor het wegnemen van tijdelijke natuur kunnen immers worden gekaderd in een *soortenbeschermingsprogramma*. Ook dergelijke afwijkingen zullen steeds de hoger vermelde algemene voorwaarden inzake soortenbescherming dienen in acht te nemen<sup>89</sup>. Bovendien zal men

86 Artikel 1, 11° Soortenbesluit; artikel 26 Soortenbesluit.

87 In gevallen van hoogdringendheid kan het ANB binnen een termijn van 5 kalenderdagen een beslissing nemen voor aanvragen tot afwijkingen van het hoger vermelde beschermingsregime. De normale behandelingstermijn bedraagt 30 dagen (éénmaal verlengbaar met 30 dagen).

88 De betrokken vergunning zal steeds het algemene beoordelingskader voor afwijkingen dienen in acht te nemen en er zal bovendien ook rekening dienen te worden gehouden met het advies van ANB. Zie artikel 23, eerste lid Soortenbesluit.

89 Artikel 26, tweede lid Soortenbesluit.

ook in een soortenbeschermingsprogramma duidelijk de omstandigheden van *plaats en tijd* waaronder de afwijkingen kunnen worden toegestaan dienen aan te geven, hetgeen (logischerwijs) impliceert dat men de gebieden met tijdelijke leefplaatsen zo concreet mogelijk in kaart probeert te brengen.

### 3. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot het regime uit het Milieuschadedecreet?

#### *a. schade aan beschermde soorten en habitats*

De Richtlijn Milieuschade<sup>90</sup>, die in Vlaanderen is geïmplementeerd in de vorm van het Milieuschadedecreet<sup>91</sup>, heeft onder meer als doel een additioneel beschermingsregime te creëren voor bepaalde vormen van biodiversiteitschade door bepaalde preventie- en herstelplichten op te leggen aan de exploitant van de schade verwekkende Bijlage III activiteit<sup>92</sup> en/of de veroorzaker van de schade. Dit beschermingsregime zal mogelijks ook interfereren met tijdelijke natuur. *Schade aan beschermde (Europese) soorten*<sup>93</sup> en *beschermde (Europese) habitats*<sup>94</sup> wordt immers als biodiversiteitschade weerhouden, ongeacht de ligging ervan. In het merendeel van de rechtsleer wordt overigens aangenomen dat de toepassing van het regime inzake milieuschade – ook inzake natuurlijke habitats – sowieso geografisch niet is beperkt tot de afgebakende speciale beschermingszones<sup>95</sup>. Ook de Europese Commissie neemt dit standpunt in<sup>96</sup>.

De toepassing van het Milieuschadedecreet is in beginsel gelimiteerd tot milieuschade veroorzaakt door beroepsactiviteiten<sup>97</sup> bedoeld in Bijlage III. Voor de toepassing van dit regime is in beginsel geen fout vereist. In beginsel zal het wegnemen van tijdelijke natuur meestal niet het gevolg zijn van activiteiten die in deze bijlage worden opgesomd, tenzij er bijvoorbeeld een wateronttrekking zoals bedoeld in de Kaderrichtlijn Water mee zou gepaard gaan. Wat betreft schade aan beschermde soorten en habitats geldt het milieuschaderegime echter ook voor andere beroepsactiviteiten dan genoemd in Bijlage III, maar dan dient wel sprake te zijn van een foutief of nalatig handelen<sup>98</sup>. Het wegnemen van tijdelijke natuur voor de creatie van industrieterreinen zal in bepaalde gevallen wellicht kunnen worden gekwalificeerd als een

90 Richtlijn 2004/35/EG van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, PB L 143, 56-76.

91 Decreet tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met en titel XV Milieuschade, tot omzetting van de richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, B.S. 12 februari 2008. Zie ook : Parl. St. VI. Parl. 2006-2007, nr. 1252/1.

92 Het gaat hier in hoofdzaak om industriële activiteiten. Zie meer uitgebreid: L LAVRYSEN, "Toepassingsgebied: geïsoleerde exploitant – milieuschade en schadedrempel – uitsluitingen" in: H. BOCKEN en R. SLABBINCK (eds.), *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Kluwer, 2007, 76-91.

93 Het gaat om (1) de vogelsoorten uit bijlage I van de Vogelrichtlijn, (2) de dier- en plantensoorten uit bijlage II van de Habitatrichtlijn; (3) de dier – en plantensoorten uit bijlage IV van de Habitatrichtlijn.

94 Het gaat om habitats die voorkomen op bijlage I van de Habitatrichtlijn.

95 C. PIROTTE, "La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale: premiers commentaires" in : G. VINEY en B. DUBUISSON (eds.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, Brussel, 2006, 661-664.

96 C. PIROTTE, 'La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale: premiers commentaires', in : G. VINEY en B. DUBUISSON (eds.), o.c., 661-664.

97 Een beroepsactiviteit wordt omschreven als een in het kader van een economische activiteit, een bedrijf of een onderneming verrichte activiteit, ongeacht het particuliere, openbare, winstgevende of niet-winstgevende karakter daarvan. Zie: artikel 15.1.1, 18° Milieuschadedecreet

98 Artikel 15.1.2, tweede lid, Milieuschadedecreet.

*beroepsactiviteit* in de zin van het Milieuschadedecreet. In dat geval dient echter nog steeds te worden nagegaan of er sprake kan zijn van *nalatig* handelen, hetgeen minder evident is indien bijvoorbeeld een afwijking en/of een planmatig kader voorligt. Anderzijds maakt het feit dat men een administratieve vergunning of afwijking naleeft, in beginsel geen grond van rechtvaardiging uit. De zorgvuldigheidsnorm staat immers naast en boven de administratieve reglementering en vergunningen. Enkel inzetten op het al dan niet nalatig karakter van het wegnemen van tijdelijke natuur biedt dan ook op zich niet voldoende zekerheid voor tijdelijke natuur.

### ***b. marge voor tijdelijke natuur***

Indien men het beschermingsregime inzake milieuschade nader bestudeert, komt men tot de vaststelling dat dit verrassend veel ruimte lijkt te bevatten voor tijdelijke natuur. Dit hangt samen met het feit dat het regime van de Milieuschadedecreet vertrekt van een expliciete schadedrempel. Enkel *aanmerkelijke* schade valt onder het toepassingsgebied van de Milieuschadedecreet. Schade wordt op zich omschreven als een *meetbare negatieve verandering in de natuurlijke rijkdommen of een meetbare aantasting van een ecosysteemfunctie, die direct of indirect optreedt*. Of schade al dan niet aanmerkelijk is, wordt bepaald aan de hand van de zogenaamde *referentietoestand*, rekening houdend met de criteria uit de bijlagen bij het Milieuschadedecreet. Hoewel men zou kunnen stellen dat werken met tijdelijke natuur op een terrein sowieso beter is dan het terrein gedurende de beschikbare periode natuurvrij te houden (een soortement nulalternatief), zal, zoals hoger aangegeven, wellicht in de meeste gevallen niet kunnen worden ontkend dat het wegnemen van tijdelijke natuur in beginsel zal leiden tot een aantasting van de –weliswaar tijdelijk bedoelde – leefplaatsen van de beschermde soorten en/of habitats die er zich ondertussen hebben gevestigd. Mits wordt voorzien in de nodige uitwijkmogelijkheden voor de betrokken soorten, kan wellicht wel worden gegarandeerd dat deze soorten zich binnen een relatief korte periode herstellen tot een toestand die, uitsluitend op basis van de dynamiek van de betrokken soort, op zijn minst gelijkwaardig moet worden geacht aan de referentietoestand<sup>99</sup>. Aangezien zulke schade net door Bijlage I Milieuschadedecreet expliciet wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van het milieuschaderegime, zou men om deze reden kunnen voorhouden dat het werken met tijdelijke natuur niet kwalificeert als *biodiversiteitschade* in het licht van het Milieuschadedecreet.

Bijlage I van het Milieuschadedecreet geeft echter een andere interessante, bijkomende hint voor tijdelijke natuur. Zo worden onder meer *negatieve schommelingen als gevolg van ingrijpen in verband met het normale beheer van gebieden, zoals vastgesteld in documenten waarin de doelen zijn uiteengezet* expliciet aanzien als niet-aanmerkelijke schade. De opmaak van een gebiedsgericht beheerplan of – programma op lokaal of sublokaal niveau vormt, mits afdoende motivering, bijgevolg een goede manier om te verzekeren dat men bij tijdelijke natuur niet of zo weinig mogelijk interfereert met het milieuschaderegime. Men kan de toepassing van de Milieuschadedecreet ook op een andere manier (al dan niet op planniveau) ontlopen. Met schade aan beschermde soorten en natuurlijke habitats wordt immers niet bedoeld de vooraf vastgestelde negatieve effecten van handelingen van een exploitant waarvoor de betrokken instanties uitdrukkelijk toestemming hebben gegeven in overeenstemming met de afwijkingsregimes uit artikel 36ter, §§3-6 van het Decreet Natuurbehoud (habitattoets) of het soortenbeschermingsrecht. Voor zover toepassing is gemaakt van de desbetreffende afwijkingsregimes op plan- en/of vergunningsniveau zal men eveneens niet onder het toepassingsgebied van het milieuschaderegime vallen. Beide oplossingsrichtingen kunnen wellicht in de praktijk worden geconcretiseerd door toepassing te maken van de habitattoets bij de opmaak van een planmatige of programmatorisch kader.

.....

99 Zie Bijlage I Milieuschadedecreet.

## 4. Hoe verhoudt tijdelijke natuur zich tot de regelgeving inzake biotoopbescherming?

### a. kader

De (eventuele) ontwikkeling van beschermde biotopen kan de zaken voor tijdelijke natuur nog complexer maken. Werken met tijdelijke natuur zal in bepaalde gevallen de ontwikkeling en/of inrichting van bepaalde beschermde biotooptypen (bijvoorbeeld moerasvegetaties, graslanden,...) impliceren. Het wegnemen van deze biotopen lijkt in beginsel dan ook op gespannen voet te staan met de specifieke regelgeving inzake biotoopbescherming.

### b. aanwezigheid van beschermde tijdelijke vegetatietypen

#### - welke vegetatietypen zijn beschermd?

Tijdelijke natuur kan interfereren met het beschermingsregime aanwezig in het Natuurbesluit uit 1998<sup>100</sup>. Artikel 7 van het Natuurbesluit verbiedt onder meer het wijzigen van bepaalde typen van vegetatie en kleine landschapselementen over het ganse grondgebied, behoudens met een afwijking van de Minister bevoegd voor leefmilieu conform artikel 10 van het Natuurbesluit<sup>101</sup>. Deze verbodsbepaling speelt evenzeer in industrie- en agrarische gebieden op de ruimtelijke plannen. Het gaat meer in het bijzonder over volgende vegetatietypen en kleine landschapselementen:

- holle wegen
- graften
- bronnen
- historisch permanente graslanden (binnen bepaalde groene en geelgroene bestemmingsgebieden op de ruimtelijke bestemmingsplannen)
- vennen en heiden
- moerassen en waterrijke gebieden
- duinvegetaties

De praktijk leert ons dat bepaalde biotooptypen vermeld in artikel 7 van het Natuurbesluit zich makkelijk ontwikkelen op braakliggende terreinen. Zo is 'waterrijke gebieden en moerassen'<sup>102</sup> een biotooptype dat nogal eens (al dan niet op spontane wijze) kan voorkomen bij tijdelijke natuurontwikkeling. Indien men tijdelijke natuur dan ook nog eens zou willen realiseren binnen de contouren van een speciale beschermingszone zal men eveneens rekening dienen te houden met de natuurvergunningsplicht die binnen dergelijke gebieden speelt. Dit vergunningsstelsel zit vervat in artikel 8, §1 en §2 van het Natuurbesluit voor elke vorm van vegetatie- en/of reliëfwijziging<sup>103</sup>. Veel marge voor tijdelijke natuur is binnen deze strikte beschermingsvoorschriften niet aanwezig. Meer nog, deze voorschriften vereisen geenszins het bestaan van een duurzaam biotoop, ook spontaan opgeschoten vegetatie kan onder de reikwijdte van dit regime vallen<sup>104</sup>.

100 Besluit van 23 juli 1998 tot vaststelling van nadere regels ter uitvoering van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, BS 10 september 1998 (zoals gewijzigd).

101 Zie RvS 27 januari 2000, nr. 84.964, CV WVI.

102 Artikel 2, 2° Decreet Natuurbehoud.

103 Er speelt ook in bepaalde gevallen een natuurvergunningsplicht voor het wijzigen van historisch permanent grasland in een speciale beschermingszone, met name indien het grasland is aangemeld als habitat. Zie artikel 8, §1, 5° Natuurbesluit.

104 H. SCHOUKENS, "Het natuurbehoud en de ruimtelijke ordening: living apart together?", TROS 2007, 113.

## - tijdelijke natuur in het kader van de vrijstellingsmogelijkheden en/of afwijkingsprocedure(s)?

Wanneer men wil overgaan tot het wegnemen van deze in tussentijd ontstane beschermde vegetaties, zal men een afwijking en/of natuurvergunning nodig hebben<sup>105</sup>. De procedures voor het bekomen van een afwijking en/of natuurvergunning staan nader omschreven in het Natuurbesluit. Een afwijking wordt in beginsel verleend door de Minister<sup>106</sup>, terwijl een natuurvergunning normaal gesproken wordt afgeleverd door het territoriaal bevoegde college voor burgemeester en schepenen. Deze procedures vallen zwaarder uit dan degene die zijn voorzien in het Soortenbesluit (langere termijnen<sup>107</sup>). In sommige gevallen zal zelfs een openbaar onderzoek moeten worden georganiseerd<sup>108</sup>.

Het Natuurbesluit voorziet echter bepaalde gevallen waarin de hoger vermelde voorschriften niet spelen. Dit is met name het geval wanneer de handelingen:

- worden uitgevoerd op huiskavels van een vergunde woning en/of bedrijfsgebouw en gelegen binnen een straal van maximum 100 meters rondom de vergunde woning en/of bedrijfsgebouw voor zover ze respectievelijk bewoond of in gebruik zijn;
- worden uitgevoerd op basis van een regelmatige stedenbouwkundige vergunning na advies van het ANB;
- worden uitgevoerd op basis van een regelmatige machtiging of vergunning op basis van het Bosdecreet;
- expliciet zijn opgenomen in beheersplannen voor natuurreservaten of bossen; inrichtingsplannen; ruilverkavelingsplannen; beheersplannen in het kader van de landschapszorg; natuurrichtplannen;
- normale onderhoudswerken in de zin van artikel 13, § 6, 4° van het Decreet Natuurbehoud betreffen;
- vallen onder en voldoen aan de beschermingsbepalingen van het VEN.

De eerste vrijstellingsgrond lijkt (enkel) nuttig voor de creatie van tijdelijke natuur in de onmiddellijke nabijheid van bedrijventerreinen. Hoewel de vrijstellingsmogelijkheden van de basisbeschermingsvoorschriften ook het uitvoeren van werken die expliciet zijn opgenomen in bepaalde beheersplannen omvatten<sup>109</sup>, is niets specifiek voorzien voor werken met tijdelijke natuur die planmatig of programmatorisch worden gekaderd en ruimer gaan dan de onmiddellijke omgeving van een bedrijventerrein. Wel lijkt het mogelijk om aspecten van tijdelijke natuur mee te nemen bij de opmaak van een natuurrichtplan, voor zover de tijdelijke natuur kan worden gesitueerd in de omgeving van een speciale beschermingszone. Deze optie kan echter geen globale oplossingspiste aanreiken voor de aanpak van beschermde biotopen en tijdelijke natuur.

Het gebrek aan specifieke vrijstellingsclausules hoeft echter niet problematisch te zijn. Er zal immers geen aparte afwijking op basis van het Natuurbesluit moeten worden gevraagd wanneer de activiteiten worden uitgevoerd op basis van een regelmatige stedenbouwkundige vergunning na het advies van het Agentschap

105 Antwerpen, 24 juni 2002, TMR 2003, 396-400.

106 De afwijkingsaanvraag zelf dient wel te worden ingediend bij het ANB.

107 Er speelt een beslissingstermijn van drie maanden. Zie artikelen 10 e.v. Natuurbesluit.

108 Dit is het geval indien sprake is van een wijziging van de waterhuishouding zoals bedoeld in artikel 8, §1, 4° van het Natuurbesluit.

109 Artikel 9, 4° Natuurbesluit.

voor *Natuur en Bos*<sup>110</sup>. Indien in het kader van de stedenbouwkundige procedure een advies is gevraagd aan het ANB én toepassing is gemaakt van de natuurtoets, moeten bijgevolg geen twee aparte vergunningsprocedures worden doorlopen<sup>111</sup>. Dit kan een (meer dan) aanzienlijke vermindering betekenen van de administratieve lasten voor de betrokken projectontwikkelaars. Niettemin is enige terughoudendheid op zijn plaats. Ondanks de aanwezige integratiesporen met andere vergunningsregimes en de ruimtelijke voorrangsclausule uit artikel 9, §1 van het Decreet Natuurbehoud<sup>112</sup> is het immers niet uitgesloten dat het ANB voor dergelijke ingreep negatief zal adviseren<sup>113</sup>, dan wel zal weigeren hiervoor een afwijking te verlenen. Illustratief hiervoor is een arrest van de Raad van State van 15 februari 2007 inzake het opvullen met niet-verontreinigde bodem van een groeve waarin zich op spontane wijze waardevolle natuurelementen hebben ontwikkeld<sup>114</sup>. In dat geval had het ANB de ontwikkeling alsnog negatief geadviseerd en de Raad van State de verleende vergunning geschorst. Hoewel deze zaak betrekking had op een gebied met een *groene nabestemming*, toont zij niettemin aan dat geenszins mag worden geconcludeerd dat in alle omstandigheden steeds een (geldige) afwijking en/of positief advies zal worden verleend voor het wegnemen van tijdelijke natuurwaarden<sup>115</sup>.

### - planmatige/programmatorische omkadering

Hoewel het voorzien van een plan- of programmakader geen uitzonderingsgrond biedt voor tijdelijke natuur blijft het nuttig deze omkadering ook te voorzien voor de mogelijk aanwezige beschermde biotopen. Op die manier zal men de toepassing van de afwijkingsprocedures uit het Natuurbesluit en/of de stedenbouwwetgeving (indien men gebruik maakt van het integratiespoor) vlotter kunnen laten verlopen. Men kan immers in dat geval in een latere vergunningsprocedure steeds terugvallen op een met ANB teruggekoppeld planmatig kader<sup>116</sup>. Het lijkt op zijn minst weinig waarschijnlijk dat de betrokken overheidsinstanties op dat moment nog een negatief advies zullen verlenen. De planmatige omkadering kan, zoals hoger aangehaald, plaatsvinden in een soortenbeschermingsprogramma. Het soortenbeschermingsprogramma kan echter enkel afwijkingen voorzien in functie van de specifieke voorschriften uit de *soortenbescherming*. Specifieke vrijstellingen voor beschermde biotopen zijn hier voorsnog niet mogelijk. Binnen een natuurrichtplan is dit wel mogelijk<sup>117</sup>.

110 Zie artikel 9, 2° Natuurbesluit. Voor een recent toepassingsgeval, zie: Brussel, 6 juni 2007, TMR 2007, 444.

111 De rechtspraak kijkt wel zeer strikt na of beide voorwaarden zijn vervuld. Zie o.m. Corr. Oudenaarde, 9 oktober 2003, TMR 2005, 420-426.

112 Artikel 9, §1, lid 1 Decreet Natuurbehoud stelt dat o.m. een regeling inzake vegetatiewijzigingen geen beperkingen mag vaststellen die absoluut werken of handelingen verbieden of onmogelijk maken die overeenstemmen met de plannen van aanleg of de ruimtelijke uitvoeringsplannen van kracht in de ruimtelijke ordening, noch de realisatie van die plannen en hun bestemmingsvoorschriften verhinderen.

113 Strikt genomen is dit advies niet-bindend, maar in de praktijk zal een negatief advies van ANB de realisatie van een stedenbouwkundige ontwikkeling sterk bemoeilijken. Zo zal een stedenbouwkundige vergunning conform artikel 4.3.3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening moeten worden geweigerd of er zullen specifieke voorwaarden dienen te worden opgelegd indien uit de verplicht in te winnen adviezen blijkt dat het aangevraagde op gespannen voet staat met de natuurtoets, of indien dergelijk strijdigheid manifest reeds uit het aanvraagdossier blijkt.

114 RvS 15 februar 2007, nr. 167.889, Vzw Milieufront Omer Wattez.

115 Zie ook bv. RvS 12 juli 2007, nr. 173.394, Leyman; RvS 16 november 2006, nr. 164.816, Gemeente Zuienkerke.

116 Zie ook artikel 4.3.4 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

117 Artikel 49, §2 Decreet Natuurbehoud.

### c. wegnemen van tijdelijke bosvegetaties?

#### - tijdelijke bosvegetaties?

De regelgeving inzake ontbossing is van toepassing wanneer het gaat om een terrein dat onder het Bosdecreet valt<sup>118</sup>. Bossen worden door artikel 3, §1 van het Bosdecreet omschreven als *grondoppervlakten waarvan de bomen en de houtachtige struikvegetaties het belangrijkste bestanddeel uitmaken, waartoe een eigen fauna en flora behoren en die één of meer functies vervullen*. Een oppervlakte met een voldoende aantal kleine boompjes, zoals bijvoorbeeld spontane berken- en wilgenopslag, valt onder deze definitie<sup>119</sup>. In de ANB-Richtlijn met betrekking tot de definitie van bos stelt men dat een voorheen niet bebost terrein reeds te beschouwen valt als bos zodra het beplant is met jong bosplantsoen of er een voldoende aantal jonge zaailingen is opgeschoten<sup>120</sup>. Hier wordt overigens ook aangegeven dat ook de struwelen, waarbij enkel houtachtige struikvegetaties worden aangetroffen en geen bomen, als bos worden beschouwd en dus onder de toepassing van het Bosdecreet vallen.

In bepaalde gevallen komt men bij tijdelijke natuur bijgevolg in aanraking met de regelgeving inzake bosbescherming. Naargelang de bestemming van de betrokken terreinen zal bij het wegnemen van eventueel aanwezige bosvegetaties in elk geval eerst een ontheffing op het verbod tot ontbossing bij de Vlaamse Minister bevoegd voor leefmilieu moeten worden aangevraagd. *Iedere handeling waardoor een bos geheel of gedeeltelijk verdwijnt en aan de grond een andere bestemming of gebruik wordt gegeven wordt immers aanzien als een (in beginsel verboden) ontbossing op basis van het Bosdecreet*. Er zal steeds een aparte ontheffing moeten worden gevraagd voor ontbossingen die *niet* onder de hieronder vermelde gevallen vallen<sup>121</sup>:

- ontbossing met het oog op werken van handelingen van algemeen belang;
- ontbossing of verkaveling in zones met de bestemmingen woongebied of industriegebied in de ruime zin;
- ontbossing of verkaveling in zones die volgens de geldende plannen van aanleg of de ruimtelijke uitvoeringsplannen gelijk te stellen zijn met de bestemmingen woongebied of industriegebied in de ruime zin;
- ontbossing van de uitvoerbare delen in een niet-vervallen vergunde verkaveling;
- ontbossing in functie van vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen, opgemaakt voor speciale beschermingszones of voor de soorten, vermeld in bijlage II, III en IV van het Decreet Natuurbehoud.

Voor handelingen die onder de hoger vermelde categorieën vallen, dient geen ontheffing te worden aangevraagd op het principiële ontbossingsverbod. Het ontbossen is echter ook nog onderworpen aan een stedenbouwkundige vergunningsplicht. Er zal dus nog steeds een stedenbouwkundige vergunning dienen te worden aangevraagd. Dit laatste zal overigens ook steeds het geval zijn voor handelingen en/of werken die zijn vrijgesteld via een ontheffing van het principiële ontbossingsverbod.

.....

118 Bosdecreet van 13 juni 1990, BS 28 september 1990.

119 A.M. DE BRABANDER, "Toepassingsgebied van het Bosdecreet" in: D. MEULEMANS, *De grondige hervorming van het Bosdecreet, die keure*, 2000, Brugge, 27.

120 Zie ANB-Richtlijn voor definitie bos, ontbossen en open plekken in het bos. Deze richtlijn is raadpleegbaar op: [http://www.natuurenbos.be/nl-BE/Thema/Bos/Wetgeving\\_en\\_vergunning/Bosdecreet.aspx](http://www.natuurenbos.be/nl-BE/Thema/Bos/Wetgeving_en_vergunning/Bosdecreet.aspx).

121 Artikel 4.3.1, §4, tweede lid, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

## - vrijstellingen in functie van tijdelijke natuur?

In het Bosdecreet en de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening zijn geen uitzonderings- of vrijstellingsgronden voorhanden die nuttig kunnen zijn voor tijdelijke natuur. Er is geen algemene uitzonderingsgrond op het ontbossingsverbod beschikbaar voor ontbossingen die worden voorzien in (eventueel facultatief op te maken) beheerplannen voor tijdelijke natuur<sup>122</sup>, tenzij één en ander zou kaderen in de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen. Nochtans lijkt de regelgeving inzake ontbossing geen onoverkomelijke inhoudelijke hinderpalen te bevatten voor tijdelijke natuur. Indien sprake van spontane bosvorming binnen industrie- en/of woongebieden zullen immers weinig bijkomende administratieve formaliteiten van toepassing zijn buiten de stedenbouwkundige vergunningsplicht. In dat geval zal men de ontbossing van tijdelijke bosvegetaties overigens ook nog eens kunnen integreren in een *globale* stedenbouwkundige vergunningsaanvraag, die sowieso nodig is voor de stedenbouwkundige ontwikkeling van het betrokken terrein. Wel zal steeds rekening dienen te worden gehouden met een mogelijke compensatieplicht (*in natura* en/of storten bosbehoudbijdrage). Deze compensatieplicht speelt echter niet voor gronden die spontaan bebost zijn na het in werking treden van het Bosdecreet van 13 juni 1990, voorzover deze *spontane* bebossing de leeftijd van tweeëntwintig jaar niet heeft bereikt<sup>123</sup>.

## 5. Hoe verhoudt het gebiedsgericht natuurbehoudsrecht (Natura 2000) zich tot tijdelijke natuur?

Het *gebiedsgerichte* natuurbeschermingsrecht is gericht op het afbakenen, beschermen en beheren van relatief grote oppervlakten met waardevolle natuurelementen. In bepaalde gevallen zal men bij tijdelijke natuur alsnog in aanraking komen met het gebiedsgerichte natuurbeschermingsrecht. Zo is niet steeds duidelijk in welke mate de betrokken overheden zijn verplicht een gebied met tijdelijke natuur aan te duiden als een Europese speciale beschermingszone op basis van de Vogel-en/of Habitatrichtlijn. Het kan ook voorkomen dat het gebied dat men wil inrichten met tijdelijke natuur zelf gelegen is *binnen* of in de onmiddellijke nabijheid van een speciale beschermingszone<sup>124</sup>. De toepassing van de habitattoets uit artikel 36ter, §§3-6 van het Decreet Natuurbehoud kan dan stokken in de wielen steken. Een terrein met tijdelijke natuur kan daarnaast onder bepaalde voorwaarden dienst doen als compensatiemaatregel in de zin van artikel 36ter, §5 van het Decreet Natuurbehoud.

### *a. dient men gebieden met tijdelijke natuur aan te duiden als speciale beschermingszone?*

#### - draagwijdte van de aanwijzingsverplichting uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen

Zowel de Vogel- als de Habitatrichtlijn schrijven strikte aanwijzingsverplichtingen voor in hoofde van de lidstaten. In het Europese natuurbehoudsrecht spelen twee verschillende aanwijzingsverplichtingen. De Vogelrichtlijn verplicht de lidstaten om speciale *vogel*/beschermingszones aan te duiden voor de bescherming van de op Bijlage I bij de Vogelrichtlijn opgenomen vogelsoorten (bijvoorbeeld ijsduiker, de kwak,...), alsmede voor de niet in die Bijlage genoemde maar geregeld voorkomende trekvogels. Artikel 4,

122 In natuurreservaten is er voor een ontbossingen voorzien in het op basis van het Decreet Natuurbehoud goedgekeurd beheerplan, geen stedenbouwkundige vergunning meer vereist, doch enkel een eenvoudige melding aan de woudmeester. Zie: artikel 47, lid 2 Bosdecreet.

123 Artikel 4.2.19, elfde lid Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

124 Zie bijvoorbeeld: RvS 20 december 2007, nr. 178.067, NV De Dijcker.

eerste lid van de Vogelrichtlijn verplicht de lidstaten de *naar aantal en oppervlakte* voor de instandhouding van de vernoemde soorten *meest geschikte* gebieden aan te wijzen. Wat betreft de trekvogels zijn in dat verband de broed-, rui- en overwinteringsgebieden en de rustplaatsen in de trekzones mede van belang<sup>125</sup>. De Habitatrictlijn verplicht op zijn beurt de lidstaten om speciale *habitat*beschermingszones aan te duiden voor de habitats en/of soorten die in Bijlage I en Bijlage II van de Habitatrictlijn kunnen worden teruggevonden<sup>126</sup>. Of een gebied van communautair belang is, hangt af van de bijdrage die het levert aan het in de gunstige staat van instandhouding behouden of herstellen van een natuurlijke habitat en/of soort en/of de coherentie van het Natura 2000-Netwerk. De aangeduide vogel- en habitatbeschermingszones geven vorm aan het Natura 2000-Netwerk.

Bij de toepassing van de aanwijzingsverplichtingen mogen enkel wetenschappelijke, ornithologische en andere ecologische criteria worden gehanteerd<sup>127</sup>. Deze criteria zijn voor wat betreft de Habitatrictlijn terug te vinden in Bijlage III. Door het Hof van Justitie wordt – wat betreft de aanwijzingsverplichting op basis van de Vogelrichtlijn – een sterke bewijswaarde toegekend aan de zogenaamde IBA-lijst (*Important Bird Areas*)<sup>128</sup>. Het Hof stelt dat, bij ontstentenis van wetenschappelijke studies die de resultaten van de IBA 2000 kunnen tegenspreken, die inventaris de meest actuele en meest nauwkeurige maatstaf vormt voor de identificatie van de naar aantal en oppervlakte voor de instandhouding van de in bijlage I van de Vogelrichtlijn vermelde soorten en van de niet in die bijlage genoemde trekvogels<sup>129</sup>. Het Hof van Justitie kent aan de IBA-lijst dus een *vermoeden van bewijs* toe<sup>130</sup>: de door de lidstaat aangeduide speciale *vogel*beschermingszones zullen worden afgewogen tegen de beschermenswaardige gebieden die in de IBA zijn weerhouden. De aanwijzingsverplichting is echter niet beperkt tot gebieden die voorkomen op de IBA. In het arrest C-209/04 wees het Hof er op dat de aanwijzing van een speciale beschermingszone moet worden opgevat als een dynamisch proces<sup>131</sup>. In deze zaak kwam het Hof tot de conclusie dat de aanwezigheid van 4 broedparen voor de watersnip, 9 broedparen voor de Kievit en 8 broedparen voor de wulp, de aanwijzing van het gebied in kwestie rechtvaardigen.

#### - marge voor tijdelijke natuur?

Het spreekt voor zich dat een ontwikkelaar die ruimte voorziet voor tijdelijke natuur op terreinen die hij uiteindelijk wil ontwikkelen als industriegebied, dit niet geneigd zal te doen indien hieruit een aanwijzingsverplichting zou voortvloeien. Hoewel het Hof van Justitie in het arrest C-209/04 de aanwijzing van een speciale beschermingszone als een zeer dynamisch proces opvatte, noopt niet iedere aanwezigheid van de in Bijlage I van de Vogelrichtlijn genoemde vogels of trekvogels of alleen al de geschiktheid van een gebied voor de instandhouding van dergelijke soorten uit de Habitatrictlijn tot de aanwijzing van een

125 Artikel 4, tweede lid Vogelrichtlijn.

126 De aanwijzingsprocedure op basis van de Habitatrictlijn is uitgebreid omschreven in artikel 4 en bevat verschillende fasen. De eerste fase van de aanwijzingsprocedure omvat de aanmelding bij de Europese Commissie van de gebieden waaraan de lidstaten de status van speciale beschermingszone zouden willen toekennen. De tweede fase van de aanwijzingsprocedure betreft de vaststelling door de Europese Commissie van een lijst van gebieden die van communautair belang zijn. Deze gebieden dienen dan in een laatste fase definitief te worden aangewezen door de betrokken lidstaten, alsmede dient te worden overgegaan tot het vaststellen van de nodige prioriteiten en instandhoudingsdoelen voor deze gebieden.

127 HvJ EG, 2 augustus 1993, zaak nr. C-335/90; HvJ EG, 11 juli 1996, zaak nr. C-44/95; HvJ EG, 19 mei 1998, zaak nr. C-3/96 (speciale vogelbeschermingszones) en HvJ EG 7 november 2000, zaak nr. C-371/98 (speciale habitatbeschermingszones).

128 Zie o.m. HvJ EG, 19 mei 1998, zaak nr. C-3/96, paras. 68-70; HvJ EG, 20 maart 2003, zaak nr. C-378/01; HvJ EG, 28 juni 2007, zaak nr. 235/04, para. 26.

129 HvJ EG, 25 oktober 2007, zaak nr. C-334/04, par. 28.

130 HvJ EG, 28 juni 2007, zaak nr. C-235/04, par. 35 (het ging hier in concreto om IBA 98).

131 HvJ EG, 23 maart 2006, zaak nr. C-209/04.

gebied als speciale beschermingszone. Ook de Raad van State lijkt op dit standpunt te zitten. Enkel in een Waalse zaak werd reeds vastgesteld dat de overheid onterecht een geschikt gebied niet had aangewezen als speciale beschermingszone<sup>132</sup>. In enkele recente Vlaamse zaken verwierp de Raad van State daarentegen categoriek zulke argumentatie<sup>133</sup>. De Raad van State benadrukte in een principiële arrest uit 2005 dat het niet zo is dat elke zone waar bepaalde vogelsoorten voorkomen of doorheen trekken moet worden afgebakend, vermits dit tot zeer omvangrijke beschermde gebieden zou leiden<sup>134</sup>. Volgens de Raad van State houdt een correcte toepassing van de Vogelrichtlijn in dat indien een gebied duidelijk veel meer in aanmerking komt om van een beschermde status te genieten, bijvoorbeeld omwille van het aantal vogels of de ecologische kenmerken van het gebied, men dit gebied en niet een ander dat veel minder in aanmerking komt voor bescherming zal dienen af te bakenen. Ook inzake Habitatrichtlijngebieden neemt de Raad van State het standpunt in dat de bevoegde overheid enkel de *meest geschikte* gebieden dient aan te wijzen<sup>135</sup>.

Alles bij mekaar lijkt er dus voldoende appreciatiemarge voorhanden om gebieden met tijdelijke natuurwaarden te onttrekken aan de aanwijzingsverplichtingen op basis van de Vogel- en Habitatrichtlijnen. Het feit dat de Raad van State niet snel zal oordelen dat een gebied onterecht niet is aangewezen als speciale beschermingszone, neemt natuurlijk niet weg dat de aanwijzingsplicht in bepaalde gevallen wel degelijk een rol kan spelen, bijvoorbeeld wanneer onomstotelijk de aanwezigheid van een groot aantal van de soorten uit de bijlagen van de Vogel- en Habitatrichtlijnen is vastgesteld op de percelen met tijdelijke natuur. Ook in dergelijke hypothese zit men niet vast met tijdelijke natuur. Zo zou men bijvoorbeeld kunnen wijzen op het relatief beperkte belang van de aanwezige populatie. In Nederland speelt slechts een aanwijzingsplicht indien minstens 1% van de bio geografische populatie van een (trekkende) watervogelsoort in het gebied geregeld broedt, foerageert, rust en/of ruit. Recente Duitse rechtsleer suggereert verder dat met name het tweede criterium (*naar oppervlakte meest geschikte gebied*) uit artikel 4, lid 1 Vogelrichtlijn tevens vanuit een kwalitatief oogpunt moet worden bekeken<sup>136</sup>. Ook de Duitse rechtspraak lijkt dit standpunt genegen, hoewel men zich de vraag kan stellen of zij wel compatibel is met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo aanvaardde Federale *Bundesverwaltungsgericht* in een zaak uit 2004 vrij verrassend de niet-aanwijzing van een grindgroeve aangezien de soort waarvoor de groeve zou kunnen worden aangewezen een pioniersoort betrof, en de natuurlijke successie in deze zone het habitat voor de betrokken soort aanzienlijk zou reduceren<sup>137</sup>. Hoewel deze enigszins soepele rechtspraak op gespannen voet kan staan met de strikte aanwijzingsverplichtingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen, kan men deze argumentatie wellicht ook kaderen in de beoordelingsmarge die de Raad van State erkent in hoofde van de bevoegde overheden bij de tenuitvoerlegging van de hoger vermelde aanwijzingsplicht. In elk geval zal het niet-aanwijzen van een gebied enkel aanvaardbaar zijn voor zover zij gesteund is op een deugdelijk onderbouwde ecologische motivering. Een enkele verwijzing naar de beperkte oppervlakte van het gebied<sup>138</sup> zal niet voldoen.

132 RvS 4 april 2001, nr. 94.527, Vzw L'Erablière. Zie uitgebreider: H. SCHOUKENS, "Het natuurbehoud en de ruimtelijke ordening: living apart together?", TROS 2007, 119.

133 RvS 10 januari 2007, nr. 166.511, De Briey.

134 RvS 30 juni 2005, nr. 147.047, Soete. In een recent heeft de Raad van State een aanwijzingsbesluit van een speciale beschermingszone vernietigd omdat onvoldoende wetenschappelijke gegevens voorlagen. RvS 1 februari 2008, nr. 179.254, nv Electrabel.

135 Ibid.

136 G. VON DANIELS en M. APPEL, "SPAs and SACs in Conversion Areas?", JEEPL 2007, 101-109 en de aldaar geciteerde auteurs.

137 BVerwG NVwZ 2004, 732 e.v., zoals weergegeven in: G. VON DANIELS en M. APPEL, "SPAs and SACs in Conversion Areas?", JEEPL 2007, 102.

138 Zie ook: A.F.F. GOEDHART en E.R. OSIECK, "Intrekking van de status en wijziging van de begrenzing van de gebieden onder de Vogelrichtlijn", in: VMR, Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 122-123.

De grootste problemen zullen in de praktijk overigens kunnen worden vermeden door tijdelijke natuur niet te voorzien op een locatie die figureert op de IBA (en onterecht niet is aangewezen als speciale vogelbeschermingszone). Voor de Habitatrichtlijn kan een beroep worden gedaan op de Biologische Waarderingskaart of andere relevante wetenschappelijke gegevens die de betrokken overheden ter beschikking hebben. Een planmatige of programmatorische omkadering van een gebied, waarin wordt vertrokken van een permanente ecologische infrastructuur, zal vermijden dat door natuurverenigingen alsnog een beschermd statuut voor dergelijk gebied zal worden geclaimd.

### *b. werken met tijdelijke natuur binnen bestaande speciale beschermingszones*

#### *- basiskader*

Indien de percelen bedoeld voor tijdelijke natuur gelegen zijn binnen of in de nabijheid van een speciale beschermingszone zal minder gemakkelijk een vergunning kunnen worden bekomen voor het wegnemen van deze natuurwaarden. Er zal immers steeds toepassing moeten worden gemaakt van de *habitattoets* uit artikel 36ter, §§3-6 van het Decreet Natuurbehoud. De *habitattoets* houdt een specifiek beoordelingstraject in waaraan projecten<sup>139</sup>, plannen en programma's met een mogelijke impact op de milieukeurmerken van een speciale beschermingszone moeten worden onderworpen. Deze beoordeling zal meestal de vorm aannemen van een passende beoordeling, dit is een soort natuureffectenrapport. Bij het nagaan of een vergunningsplichtige activiteit en/of plan/programma al dan niet een betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone impliceert, moet in het bijzonder worden gekeken naar de instandhoudingdoelstellingen van de soorten en/of habitats waarvoor het betrokken gebied is aangewezen<sup>140</sup>. De toepassing van de *habitattoets* is niet uitsluitend gekoppeld aan de zekerheid dat een activiteit een betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone impliceert. Deze omkering van de bewijslast is volgens het Hof van Justitie zowel vereist in de fase van de *screening* (waarin wordt nagegaan of al dan niet een *passende beoordeling* moet worden opgemaakt) als bij de inhoudelijke toets van de betrokken ingreep door de bevoegde overheid aan de hand van de uitgevoerde *passende beoordeling*<sup>141</sup>. Indien deze *passende beoordeling* negatief uitvalt, zal dit project of plan/programma in beginsel geen doorgang kunnen vinden. Enkel indien wordt voldaan aan de strikte afwijkingregeling uit artikel 36ter, §5 van het Decreet Natuurbehoud (*alternatievenafweging; dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van economische en sociale redenen; actieve compenserende maatregelen*), zullen de werken alsnog doorgang kunnen vinden. Deze compenserende maatregelen dienen in beginsel te zijn gerealiseerd vooraleer de schadelijke ingreep alsnog doorgang kan vinden.

#### *- marge voor tijdelijke natuur?*

Hoewel wegnemen van tijdelijke natuur binnen of in de nabijheid van een speciale beschermingszone niet per definitie verboden is gesteld, zal de toepassing van de *habitattoets* de betrokken projectontwikkelaars toch tot meer voorzichtigheid aanzetten. Om een moeizame toepassing van de *habitattoets* op vergunningsniveau te vermijden, lijkt het aanbevelenswaardig om deze zo vroeg mogelijk in het besluitvormingsproces toe te passen, bij voorkeur op een hoger planniveau. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden bij de opmaak van een specifiek gebiedsgericht beheerplan voor tijdelijke natuur (bijvoorbeeld

139 In het Decreet Natuurbehoud verstaat men onder projecten vergunningsplichtige activiteiten (zie artikel 2, 40° Decreet Natuurbehoud).

140 HvJ EG 7 september 2004, zaak nr. C-127/02, par. 49.

141 HvJ EG 7 september 2004, zaak nr. C-127/02, par. 56.

een soortenbeschermingsprogramma)<sup>142</sup>. Hierdoor vermijdt men pas in de vergunningsfase voor het eerst te worden geconfronteerd met de (administratief belastende) verplichting tot opmaak van een passende beoordeling. De mogelijke negatieve effecten die uitgaan van een ingrijpen op tijdelijke habitats worden binnen dit planmatig of programmatorisch kader reeds beoordeeld en, in voorkomend geval, gemilderd.

Of het wegnemen van tijdelijke natuur binnen of in de buurt van een speciale beschermingszone effectief een betekenisvolle aantasting kan impliceren van de betrokken soorten en/of habitats, zal in grote mate een feitenkwesie blijven. Indien de nodige milderende maatregelen voorzien worden op gebiedsgericht planniveau, zal men wellicht kunnen bekomen dat de ingrepen niet boven de schadedrempel van de betekenisvolle aantasting uitkomen. Dit zou men kunnen aanzien als een vorm van salderen<sup>143</sup>. In elk geval kan door het nemen van deze salderingsmaatregelen worden geargumenteed dat de oppervlakte en populaties van de betrokken habitats en soorten stabiel blijven (bijvoorbeeld op havenniveau)<sup>144</sup>.

Aangezien de gebiedsgerichte instandhoudingsdoelstellingen die worden vastgesteld conform artikel 36ter, §1 Decreet Natuurbehoud<sup>145</sup>, zullen gelden als bindend criterium bij de toepassing van de habitattoets, lijkt het wenselijk bij de opmaak ervan reeds rekening te houden met de creatie van tijdelijke natuur. De maatregelen die moeten worden genomen in functie van de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen zullen vervat zitten in een verplicht op te maken natuurrichtplan (zie verder). Ook hier worden aspecten van tijdelijke natuur dus best proactief meegenomen.

### *c. tijdelijke natuur als compensatiemaatregel?*

Tijdelijke natuur kan ook op andere vlakken opportuniteiten bieden. Teneinde grote projecten doorheen de afwijkingsprocedure uit artikel 36ter, §§3-6 Decreet Natuurbehoud te helpen kan ook een beroep worden gedaan op tijdelijke natuur als compensatiemaatregel. De problematiek van tijdelijke compensatiegebieden kwam recent aan bod in het arrest APERS van 9 januari 2007<sup>146</sup>. In dit arrest moest de Raad van State zich uitspreken over de vraag of de in het kader van de vaststelling van het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan 'Waaslandhaven fase 1 en omgeving' bepaalde compensatiemaatregelen voldeden aan de vereisten van artikel 6 Habitatrictlijn. De verzoekende partijen waren immers van oordeel dat gelet op de tijdelijke aard van enkele compensaties, een strijdigheid met de hoger genoemde bepalingen van de Habitatrictlijn voorlag. De Raad van State kwam op basis van een analyse van de toelichtingsnota en de stedenbouwkundige voorschriften tot de conclusie dat deze tijdelijke natuurcompensaties niet onzeker of

.....

142 *Men zou kunnen stellen dat beheerplannen voor tijdelijke natuur (bijvoorbeeld soortenbeschermingsprogramma's) op zich niet dienen te worden onderworpen aan een passende beoordeling aangezien deze er definitie ook gericht zullen zijn op het bereiken van een goede staat van instandhouding voor de target-soorten. Dit standpunt lijkt niet alleen strijdig met de strikte interpretatie van de vrijstelling van de passende beoordelingsplicht voor beheerplannen door de Europese Commissie (zie: EUROPESE COMMISSIE, Beheer van "Natura 2000"-gebieden – De bepalingen van artikel 6 van de habitatrictlijn (Richtlijn 92/43/EEG), Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2000, 33-34) maar ook weinig zinvol in het kader van een goede samenwerking met de bevoegde overheidsinstanties.*

143 *Saldering wordt hier opgevat als saldering van effecten bij het ontwerp van projecten en/of plannen zodanig dat er op gebiedsniveau een behoud en/of verbetering van de natuurwaarden aanwezig is. Dergelijke vorm van saldering (natuurinclusief ontwerpen) zou men kunnen aanzien als een variant op het nemen van mitigerende maatregelen. Er rijzen op vandaag echter nogal wat juridische vragen bij een ruime hantering van deze salderingsbenadering. Zie: A. BOSSENBROECK en M. DE THEIJE, Toets (Nederlands vakblad over effectrapportage), januari 2006, 10 e.v.*

144 *In een Nederlands rapport haalt men dergelijke programmatorische benadering aan om meer dynamiek bij de uitvoering van de Europese en nationale natuurwetgeving te krijgen. Zie: Adviesgroep Huys, Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving, rapport 19 juni 2009, 4-5. Raadpleegbaar op: [http://www.minlnv.nl/portal/page?\\_pageid=116,1640321&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&p\\_file\\_id=39682](http://www.minlnv.nl/portal/page?_pageid=116,1640321&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_file_id=39682).*

145 *Voor de procedure voor de aanneming van instandhoudingsdoelen, zie: Besluit van 3 april 2009 van de Vlaamse Regering betreffende de aanwijzing van speciale beschermingszones en de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen, BS 28 mei 2009.*

146 *RvS 9 januari 2007, nr. 166.439, Apers.*

precair waren en aldus verenigbaar met de Habitatrichtlijn. Onder deze voorwaarden kan tijdelijke natuur een handig hulpmiddel betekenen om bepaalde grootschalige projecten en/of plannen in een havengebied te realiseren.

## 6. Globale conclusie

Hoewel zowel het Europese als regionale natuurbehoudsrecht veelal vertrekken van strikte beschadigingverboden, bevatten zij op zich wel voldoende ruimte voor tijdelijke natuur. Wel zal werken met tijdelijke natuur in bepaalde gevallen aanleiding geven tot bijkomende administratieve lasten en juridische risico's. Dit uit zich meestal in het bekomen van een bijkomende afwijking en/of vergunning, waartegen dan ook nog in beroep kan worden gegaan, bijvoorbeeld door natuurverenigingen. Hoewel de afwijkingsprocedure uit het Soortenbesluit op zich niet overdreven zwaar is, kan dit dus steeds de nodige juridische risico's met zich meebrengen (beroep, weigering, enz.). In bepaalde gevallen zijn wel de nodige integratiesporen voorzien tussen de verschillende vergunningsprocedures (een afwijking op basis van het Soortenbesluit kan immers worden geïntegreerd in de stedenbouwkundige vergunningsprocedure), maar dit neemt de juridische onzekerheid bij de projectontwikkelaars niet weg. Problematisch blijft in elk geval de minder adequate afstemming van het bestaande natuurbehoudsrecht op tijdelijke natuur. Nergens worden immers expliciete vrijstellingen en/of afwijkingsmogelijkheden voorzien in functie van tijdelijke natuur. Ook de bestaande vrijstellingsmogelijkheden voldoen niet altijd.

Het Soortenbesluit komt hieraan meer tegemoet. Niet alleen wordt het mogelijk om afwijkingen in functie van tijdelijke natuur te kaderen een soortenbeschermingsprogramma, ook zijn – in navolging van het Natuurbesluit – verdere integratiesporen voorzien naar de bestaande vergunningsprocedures uit de wetgeving inzake biotoopbescherming en ruimtelijke ordening. Naast deze planmatige of programmatorische omkadering is het ook niet uitgesloten om afwijkingen van de natuurbehoudsregelgeving te verkrijgen in functie van tijdelijke natuur, waarbij men zich dan kan beroepen op de gunstige milieueffecten die hiermee gepaard kunnen gaan. De meest rechtszekere manier om tijdelijke natuur te kaderen binnen de hoger besproken deelelementen van het natuurbehoudsrecht lijkt er evenwel in te bestaan een planmatige of programmatorische omkadering op gebiedsniveau te voorzien die *enerzijds* de benodigde afwijkingen voor tijdelijke natuur op dit niveau te voorzien maar *anderzijds* meteen ook de nodige milderende en compenserende maatregelen te voorzien om de gunstige staat van instandhouding van de betrokken targetsoorten en -habitats te bereiken en/of behouden. De ingrepen in tijdelijke natuur worden aanvaardbaar juist doordat ze gekoppeld zijn aan andere algemene en/of specifieke herstel- en/of behoudsmaatregelen. Deze planmatige of programmatorische omkadering garandeert ook een soepelere toepassing van de overige toetsingsinstrumenten (bijvoorbeeld de natuur- en habitattoets) en zal ook een meer flexibele invulling van de aanwijzingsverplichtingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen aanvaardbaar maken<sup>147</sup>.

---

147 In elk geval is hoger gebleken dat de natuurtoetsen en zorgplichten eerder als omkaderende instrumenten functioneren dan dat zij werkelijk zullen fungeren als inhoudelijke weigeringsgrond voor vergunnings- en/of afwijkingsaanvragen voor tijdelijke natuur.

## 4 • Concrete oplossingsrichtingen voor tijdelijke natuur binnen de *bestaande* regelgeving

Een planmatige of programmatorische omkadering van tijdelijke natuur biedt op vandaag de beste garanties voor tijdelijke natuur. Dit neemt niet weg dat de opmaak van een gebiedsgericht plan of programma in bepaalde constellaties wellicht minder is vereist. Dit kan het geval zijn indien men kan vermoeden dat enkel en alleen beschermde vegetaties en/of enkel regionaal beschermde soorten op het betrokken terrein (zullen) voorkomen. In dergelijke gevallen kan een beroep worden gedaan op het integratiespoor uit het Natuur- en Soortenbesluit (stedenbouwkundige vergunning geldt als afwijking) én op de vrijstellingsmarges aanwezig in het Soortenbesluit voor soorten van louter regionaal belang in functie van tijdelijke natuur. In andere gevallen zal de opmaak van een gebiedsgericht plan praktisch gezien niet zinvol zijn en/of worden ervaren als een administratieve overkill (bijvoorbeeld gelet op de beperkte oppervlakte van het betrokken terrein). In het beschikbare Nederlandse onderzoek staat men dan ook veeleer een projectgelieerde aanpak voor, waarbij ontheffingen worden verleend in een natuurvrije situatie. Er wordt aan de ontwikkelaar een ontheffing gegeven voor het wegnemen van tijdelijke natuur vooraleer hij de ruimte aan tijdelijke natuur biedt. Op die manier beoogt men de rechtszekerheid van de betrokken projectontwikkelaars te verhogen. Beide oplossingsrichtingen hebben hun voor- en nadelen. Hieronder worden deze opgelijst én wordt ook concreet aangegeven op welke manier deze oplossingsrichtingen vorm kunnen krijgen binnen de context van het bestaande natuurbehoudsrecht.

### 1. Een gebiedsgerichte programmatorische aanpak van tijdelijke natuur

Bij de analyse van de regelgeving inzake soorten- en biotoopbescherming is reeds kort melding gemaakt van twee specifieke planinstrumenten, met name het soortenbeschermingsprogramma en het natuurrichtplan. In wat volgt zal worden aangegeven welk planinstrument juist de meeste kansen biedt voor tijdelijke natuur.

#### *a. soortenbeschermingsprogramma als kapstok voor tijdelijke natuur?*

- algemeen

Het Verslag voor de Regering bij het Soortenbesluit bevestigt dat het soortenbeschermingsprogramma het tool bij uitstek vormt voor een flexibel omgaan met tijdelijke natuur, zeker in haven- en ontginningsgebieden. Een soortenbeschermingsprogramma is een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat gericht is op het verkrijgen van de gunstige staat van instandhouding van één inheemse soort of een groep van soorten in een gebied waarop het programma van toepassing is<sup>148</sup>. Het moet conform artikel 25 van het Soortenbesluit worden opgevat als een samenhangende verzameling van acties, opgemaakt op basis van een uitgebreid wetenschappelijk rapport. Dit rapport dient onder meer de concrete instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken soorten te omvatten alsmede een beschrijving van de concrete maatregelen die kunnen worden ondernomen om bij te dragen tot een gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie in het Vlaamse Gewest<sup>149</sup>.

---

148 Artikel 1, 11° Soortenbesluit.

149 Artikel 26 Soortenbesluit.

Werken met tijdelijke natuur kan zonder twijfel worden gekaderd binnen een soortenbeschermingsprogramma. Het kan deel uitmaken van de concrete maatregelen die bijdragen tot het behalen en/of behoud van de gunstige staat van instandhouding van de betrokken soort. Er dient in dit verband op enkele bijzonderheden te worden gewezen:

- Van groot praktisch belang is dat soortenbeschermingsprogramma's afwijkingen kunnen bevatten van de verbodsbepalingen inzake soortenbescherming<sup>150</sup>. Men kan aldus bij de opmaak van deze programma's op voorhand een afwijking geven van de voorschriften die kunnen spelen op de terreinen waarop men tijdelijke natuur zal voorzien, bijvoorbeeld gedurende een periode van tien jaar. Op basis van de bestaande monitoringsinstrumenten moet het mogelijk zijn met enige nauwkeurigheid te voorspellen welke soorten zich op een bepaalde locatie kunnen vestigen<sup>151</sup>. De afwijking wordt dan best ook gegeven voor alle beschermde soorten waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat ze zich op de betrokken locatie kunnen vestigen en waarvoor geen beroep kan worden gedaan op de beschikbare vrijstellingsgronden uit het Soortenbesluit.
- Een soortenbeschermingsprogramma kan niet alleen worden opgestart vanuit de overheid (het ANB). Het kan ook van particulieren of andere administratieve overheden uitgaan. Een beschermingsinitiatief van (andere) administratieve overheden, rechtsonderhorigen, organisaties of verenigingen kan immers onder bepaalde voorwaarden worden opgewaardeerd tot een ontwerp van soortenbeschermingsprogramma (bijvoorbeeld een havenbedrijf of een groep bedrijven). Dit beschermingsinitiatief kan enkel worden beschouwd als een ontwerp van soortenbeschermingsprogramma, op voorwaarde dat het gebaseerd is op een rapport zoals hoger omschreven én op voorwaarde dat het beschermingsinitiatief betrekking heeft op tenminste een functionele ecologische eenheid. Het is de bevoegde minister die dan finaal het soortenbeschermingsprogramma vast stelt, daarbij rekening houdende met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied en met relevante regionale en lokale bijzonderheden<sup>152</sup>.
- De territoriale reikwijdte van een soortenbeschermingsprogramma is niet nader bepaald in het Soortenbesluit. Een particulier beschermingsinitiatief kan echter enkel worden beschouwd als een ontwerp van soortenbeschermingsprogramma indien het betrekking heeft op een functionele ecologische eenheid. Een functionele ecologische eenheid is een gebied dat nodig is voor het in stand houden van een levensvatbare populatie van een bepaalde soort, wat impliceert dat het gebied over de vereiste kwalitatieve en kwantitatieve garanties beschikt om op lange termijn een populatie in stand te houden, zonder dat het noodzakelijk is dat de populatie in verbinding staat met andere populaties om zich in stand te houden. Hoe groot een functionele ecologische eenheid is, dient soort per soort te worden bekeken, maar het is duidelijk dat in de meeste gevallen een haven- of ontginningsgebied aan deze kenmerken zal voldoen. De beschermde soorten die zich zouden kunnen vestigen op terreinen met tijdelijke natuur, maken meestal deel uit van één of meer levensvatbare populaties op dit gebiedsniveau. De meeste haven- en ontginningsgebieden beschikken wellicht over de vereiste kwalitatieve en kwantitatieve garanties om op lange termijn dergelijke populaties van beschermde soorten (bijvoorbeeld de rugstreeppad) in stand te houden. Deze populaties zijn net erg afhankelijk van de kunstmatige dynamiek en de pionierssituaties die eigen zijn aan dergelijke gebieden.

150 Afdeling 2, onderafdelingen 1 tot en met 4, Soortenbesluit.

151 Het Soortenbesluit bevat meer specifieke bepalingen inzake inventarisatie, zie de artikelen 6 e.v. Soortenbesluit.

152 Artikel 27 Soortenbesluit.

### - voordelen gekoppeld aan de opmaak van soortenbeschermingsprogramma's

Het kaderen van tijdelijke natuur binnen een soortenbeschermingsprogramma biedt aan de betrokken actoren enkele onmiskenbare voordelen. De aanpak van tijdelijke natuur in een soortenbeschermingsprogramma vormt immers een relatief rechtszeker kader waarbinnen op relatief soepele wijze kan worden gewerkt aan tijdelijke natuur op gebiedsniveau. Het planinstrument lijkt geschikt voor tijdelijke natuur in hoogdynamische samenhangende gebieden, zoals bijvoorbeeld haven- en/of ontginningsgebieden, waar voldoende ruimte voorhanden is om werk te maken van een robuuste ecologische infrastructuur, waarin dan ook tijdelijke natuur kan worden gekaderd.

Er kan meer specifiek op volgende pluspunten worden gewezen:

#### **Rechtszekerheid**

Tijdelijke natuur kaderen in een soortenbeschermingsprogramma schenkt een grote mate van rechtszekerheid aan de betrokken actoren (projectontwikkelaars, havenbedrijven, grondeigenaars). De terreinen die in aanmerking komen voor tijdelijke natuur worden immers op voorhand in kaart gebracht in het desbetreffende soortenbeschermingsprogramma. De afwijkingen die op basis van het soortenbeschermingsrecht nodig zijn voor de ontwikkeling van de tijdelijke beschikbare terreinen waarop zich beschermde soorten zullen/kunnen vestigen, kunnen reeds worden voorzien in dit soortenbeschermingsprogramma, waardoor geen aparte afwijkingsaanvraag op het moment zelf van het wegnemen van de tijdelijke natuur zal moeten worden ingediend. Op die manier verkleinen de juridische risico's van deze actoren gevoelig (risico op weigering afwijking, beroep bij de Raad van State door een natuurvereniging,...).

#### **Verminderde administratieve lasten**

Doordat de afwijkingen reeds in het soortenbeschermingsprogramma zelf worden verleend worden de procedurekosten en proceduretijd die gepaard kan gaan met de toepassing van de bestaande afwijkingsprocedures uit het natuurbehoudsrecht danig gereduceerd. Dit neemt niet weg dat men wel steeds een soortenbeschermingsprogramma zal moeten opmaken, hetgeen op zich ook een belangrijke – weze het eenmalige – administratieve last kan vormen. Eens deze klip genomen, lijkt er zich een belangrijke winst op procedureel en administratief vlak te realiseren aangezien men niet meer wordt geconfronteerd met juridische onzekerheid over het al dan niet bekomen van afwijkingen in een latere fase.

#### **Betere én vlottere toepassing van de natuurtoetsen**

De toepassing van de natuurtoetsen vindt beter op planniveau plaats. Hier is immers meer marge is voor het nemen van milderende maatregelen. Bovendien zal hierdoor de toepassing van deze toetsen op het moment van de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag ontegensprekelijk vlotter doorgang kunnen vinden. Hetzelfde kan worden gesteld voor het beoordelingskader uit het Soortenbesluit (alternatievenafweging, instandhoudingstoets,...). Mits men binnen de omschrijvingen uit het soortenbeschermingsprogramma blijft, lijkt het weinig waarschijnlijk dat de betrokken overheden – die het soortenbeschermingsprogramma eerst hebben goedgekeurd – in een latere fase het wegnemen van tijdelijke natuur alsnog negatief zouden adviseren. Ook indien de concrete omstandigheden waarin wordt gewerkt met tijdelijke natuur niet afdoende (ruimtelijk of temporeel) precies kunnen worden omschreven in het soortenbeschermingsprogramma én er bijgevolg geen afwijkingen op voorhand kunnen worden verleend, lijkt een programmatorische omkadering voor tijdelijke natuur nuttig te zijn. Een reeds door het ANB goed bevonden gebiedsgerichte beleidsvisie op tijdelijke natuur in een havengebied zal wellicht met zich mee brengen dat latere afwijkings- en vergunningsprocedures soepeler zullen verlopen.

### **Ontlopen van de toepassing van het milieuschaderegime en aanwijzingsverplichtingen**

Door tijdelijke natuur planmatig in te kaderen vermijdt men ook met tijdelijke natuur onder het toepassingsgebied van de preventie- en herstelplichten uit het Milieuschadedecreet te komen. De schade aan de beschermde soorten die ontstaat door zulk planmatig ingrijpen valt immers buiten het toepassingsgebied van dit regime. Indien tijdelijke natuur op gebiedsniveau wordt gekaderd binnen een (deels) permanente ecologische infrastructuur zal men eveneens niet snel onder de strikte aanwijzingsverplichtingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen vallen.

### **- randvoorwaarden en (mogelijke) beperkingen**

Ondanks het feit dat de Vlaamse regering met het soortenbeschermingsprogramma uitdrukkelijk een instrument voor ogen had om met situaties als tijdelijke natuur in economisch dynamische gebieden om te springen, dient wel te worden gewezen op bepaalde randvoorwaarden, beperkingen en nadelen die hiermee gepaard kunnen gaan.

### **Alsnog een administratieve last?**

Het opstellen van een soortenbeschermingsprogramma zal op zich steeds een administratieve last uitmaken in hoofde van de betrokken grondeigenaars- en projectontwikkelaars. Het heeft dan ook enkel zin te kiezen voor deze planmatige oplossingsrichting indien de tijdelijke natuur zich situeert in relatief grote, homogene en dynamische gebieden, die kunnen worden aanzien als functionele ecologische eenheid voor één of meer soorten of habitats en plaats bieden voor de nodige mitigerende maatregelen (bijvoorbeeld de creatie van uitwijkterreinen). In andere omstandigheden zal veeleer voor een afwijkingspiste moeten worden gekozen (aparte afwijkingsaanvraag indienen voor een bepaald terrein).

### **Opstellen van een specifiek instandhoudingsdoelenkader**

Een soortenbeschermingsprogramma dient specifieke (instandhoudings-)doelstellingen te bevatten voor het bereiken van de gunstige staat van instandhouding van de Europees beschermde soorten uit categorie 2 en 3 van het Soortenbesluit waarvoor de tijdelijke natuur is bedoeld<sup>153</sup>. Deze instandhoudingsdoelstellingen dienen voor zover als mogelijk te worden afgestemd op de reeds vastgestelde gewestelijke en/of gebiedspecifieke instandhoudingsdoelstellingen die zijn opgemaakt op basis van het Instandhoudingsdoelenbesluit van 3 april 2009. Het voorzien van tijdelijke natuur kan deel uitmaken van één of meer instandhoudingsdoelstellingen voor bepaalde soorten. Voor de overige soorten is het vaststellen van specifieke instandhoudingsdoelstellingen strikt genomen niet noodzakelijk. De effecten van tijdelijke natuur op de overige beschermde soorten (en habitats) zullen grotendeels worden meegenomen in de passende beoordeling (indien sprake is van de aanwezigheid van speciale beschermingszones in het betrokken havengebied) en/of bij de toepassing van de natuurtoets.

### **De nodige milderende en/of compenserende maatregelen moeten worden voorzien**

Het soortenbeschermingsprogramma dient te garanderen dat er op elk moment in de toekomst voldoende leefgebied voorhanden is om de gunstige staat van instandhouding te behouden of te herstellen<sup>154</sup>. Daarvoor dient men in het soortenbeschermingsprogramma de nodige compenserende en verzachtende maatregelen (bijvoorbeeld uitwijkmogelijkheden op nabijgelegen terreinen in het havengebied) te voorzien. Men kan deze maatregelen omschrijven als saldering van de negatieve effecten die gepaard kunnen gaan met het wegnemen van tijdelijke natuur. Er zal dan ook geen breed geformuleerde afwijking voor het

153 Artikel 26, eerste lid, 2° Soortenbesluit.

154 Verslag aan de Regering, 50-51.

wegnemen van tijdelijke natuur kunnen worden gegeven in een soortenbeschermingsprogramma<sup>155</sup>. Ook dient een monitoringssysteem op poten te worden gezet om de evolutie van de staat van instandhouding van de targetsoorten te meten<sup>156</sup>.

### Geen carte blanche-afwijkingen

De (wellicht) vereiste detailleringgraad lijkt een bijkomende potentiële belemmering te kunnen vormen voor tijdelijke natuur. Hoewel enige praktijkervaring op heden nog ontbreekt, lijkt de regelgeving te vereisen dat de afwijkingen in functie van tijdelijke natuur zo strikt en gedetailleerd mogelijk omschreven worden (ruimtelijk en ook temporeel). Het spreekt voor zich dat dit in een economische hoogdynamische omgeving niet steeds even eenvoudig is. In bepaalde gevallen zal immers niet lange tijd op voorhand kunnen worden uitgemaakt of een terrein al dan niet in aanmerking kan komen voor tijdelijke natuur. Het is dan van belang de nodige flexibiliteit in de soortenbeschermingsprogramma's in te bouwen. Zo kan een herzieningsclausule worden ingevoegd die binnen een welomschreven kader moet toelaten om de verleende afwijkingen aan te passen in functie van de economische ontwikkelingen, zonder hierbij afbreuk te doen aan de betrokken instandhoudingsdoelstellingen.

### Geen globale aanpak?

Het soortenbeschermingsprogramma vormt een goed aanknopingspunt voor de soortengerelateerde aspecten van tijdelijke natuur. Ook aspecten inzake biotoop- en gebiedsbescherming kunnen in een soortenbeschermingsprogramma aan bod komen. Bij het wegnemen van beschermde vegetaties zullen echter nog steeds de procedurele en inhoudelijke vereisten uit het Natuurbesluit moeten worden gevolgd. Het soortenbeschermingsprogramma kan geen vrijstellingen op dit punt voorzien.

## *b. natuurrichtplan als (bijkomende) kapstok voor tijdelijke natuur?*

### *- algemeen kader*

Dat tijdelijke natuur – binnen bepaalde randvoorwaarden – goed inpasbaar lijkt binnen een soortenbeschermingsprogramma, neemt niet weg dat ook in het kader van een natuurrichtplan de nodige aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor tijdelijke natuur, zeker indien de terreinen in kwestie gelegen zijn binnen of in de nabijheid van een speciale beschermingszone. Het natuurrichtplan<sup>157</sup> is een planinstrument dat op de eerste plaats bedoeld is om de doelstellingen van het *gebiedsgericht natuurbeleid* – en dan vooral de gebiedspecifieke instandhoudingsdoelstellingen die worden vastgesteld op basis van het Instandhoudingsdoelstellingenbesluit – te vertalen op het terrein<sup>158</sup>. Voor elke speciale beschermingszone dient een (gewestelijk) natuurrichtplan te worden vastgesteld. In artikel 49, §§2-3 van het Decreet Natuurbehoud vindt men een opsomming van de maatregelen die een natuurrichtplan kan bevatten. Met de recente decreetwijziging wordt het natuurrichtplan nu vooral gezien als een coördinerend instrument dat enerzijds een eenduidige visie voor een gebied dient te bevatten en anderzijds een goede afstemming

155 Op pagina 46 van het Verslag aan de Regering wordt aangegeven dat alleszins geen allesomvattende afwijkingen mogen worden gegeven aangezien een afwijking steeds voldoende specifiek dient te zijn, gericht op een specifiek probleem of situatie, zodat er ook op afdoende wijze controle kan worden op uitgeoefend.

156 Artikel 26, eerste lid, 10° Soortenbesluit.

157 Zie meer in detail: H. SCHOUKENS, "De uitwerking van een instrumentarium inzake het gebiedsgerichte natuurbeleid. Hoe groen is het Vlaamse natuurbeschermingsrecht?", MER 2006, 166 e.v.

158 Voor zover een natuurrichtplan betrekking heeft op een speciale beschermingszone gelden de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied als gebiedsvisie (artikel 49, §1 Decreet Natuurbehoud).

dient te voorzien tussen de verschillende natuur-, bos-, jacht- en visserij-instrumenten die in een bepaald gebied worden ingezet.

#### - geïntegreerde aanpak met beperkingen

Een (gewestelijk) natuurrichtplan kan in beginsel een nuttig instrument vormen voor tijdelijke natuur. Er kunnen immers specifieke maatregelen in functie van tijdelijke natuur worden in voorzien, zowel op het gebied van soortenbeleid als inzake waardevolle biotopen (bijvoorbeeld zanderige pionierssituaties met plasjes, schrale, open habitats, enzovoort). Belangrijk voor tijdelijke natuur is dat in een natuurrichtplan *ontheffingen* mogen worden gegeven van alle verbodsbepalingen van het Decreet Natuurbehoud en haar uitvoeringsbesluiten<sup>159</sup>. Er kunnen dus ook op voorhand afwijkingen worden voorzien voor tijdelijke natuur, zowel naar beschermde biotopen als naar beschermde soorten toe. Dit was niet het geval bij het soortenbeschermingsprogramma, dat enkel afwijkingen toeliet in functie van beschermde soorten. De vastgestelde gebiedsspecifieke instandhoudingdoelstellingen fungeren steeds als bindend uitgangspunt voor het vast te stellen natuurrichtplan.

Nochtans lijkt het niet verkieslijk om bij de planmatige omkadering van tijdelijke natuur prioritair in te zetten op het instrument van het natuurrichtplan. De volgende redenen kunnen hiervoor worden aangehaald:

#### **Enkel inzetbaar bij speciale beschermingszones**

Een natuurrichtplan is als gebiedsgericht planinstrument enkel inzetbaar binnen de context van een speciale beschermingszone, terwijl tijdelijke natuur net veeleer bedoeld lijkt voor gebieden die op heden geen beschermd statuut bezitten. Deze territoriale beperking speelt niet bij een soortenbeschermingsprogramma.

#### **Lange totstandkomingsprocedure**

De opmaakprocedure van een natuurrichtplan<sup>160</sup> is lang en uiterst omslachtig. De opmaak van een (gewestelijk) natuurrichtplan neemt gemiddeld twee jaar en drie maanden in beslag<sup>161</sup>. Op heden is voorzien in een uitgebreide inspraak- en consultatiemodaliteiten. Ook een wijziging van een natuurrichtplan zal in beginsel dezelfde procedure te dienen doorlopen.

#### **Afhankelijk van overheidsinitiatief**

Waar soortenbeschermingsprogramma's nog op basis van een particulier initiatief kunnen worden opgestart, worden natuurrichtplannen enkel van overheidswege geïnitieerd. Het trage tempo waarmee de natuurrichtplannen tot op heden zijn vastgesteld, maakt duidelijk dat dit (althans tot op heden) niet meteen de grootste prioriteit vormt voor de overheid, zelfs niet indien er bindende termijnen zijn vastgesteld<sup>162</sup>. In haar beleidsnota Leefmilieu en Natuur 2009-2014 geeft Vlaams minister Schauvliege echter wel aan dat de

159 Artikel 49, §2 Decreet Natuurbehoud.

160 Zie: Besluit van de Vlaamse regering van 28 februari 2003 betreffende natuurrichtplannen, BS 27 maart 2003.

161 Parl. St. VI. Parl. 2007-2008, nr. 1816/1, 13.

162 Het Decreet Natuurbehoud bevatte tot voor kort geen termijn voor de vaststelling van natuurrichtplannen voor de speciale beschermingszones. De nieuwe termijn die het decreet van 12 december 2008 heeft ingevoerd in artikel 48, geldt ook voor de vaststelling van natuurrichtplannen voor speciale beschermingszones. Deze termijn is – omwille van de juridische onzekerheid die was ontstaan omtrent het al dan niet bindende karakter van termijn bepalingen in het Decreet Natuurbehoud – geschrapt bij decreet van 3 april 2009. Zie: Decreet van 3 april 2009 houdende interpretatie van artikel 17 en houdende wijziging van artikel 48 van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijke milieu, BS 20 april 2009.

totstandkoming van de (vernieuwde) natuurrichtplannen (tegen 2015) een bijzonder aandachtspunt vormt bij de uitvoering van een degelijk instandhoudingsbeleid voor de speciale beschermingszones<sup>163</sup>.

### Louter coördinerend instrument

Het natuurrichtplan wordt na de decreetswijziging van 2008 ook veeleer opgevat als een coördinerend instrument, zodat de creatie van een nieuw kader inzake tijdelijke natuur wellicht niet als prioritair aandachtspunt zal gelden. Dit neemt echter niet weg dat bij de opmaak van natuurrichtplannen aspecten van tijdelijke natuur worden meegenomen, voor zover men in de context van een speciale beschermingszone werkt. Tijdelijke natuur kan dan worden onderscheiden als instandhoudingsmaatregel voor soorten en habitats die bijvoorbeeld afhangen van pionierssituaties (bijvoorbeeld voor de rugstreepdier, zwartkopmeeuw,...).

## 2. Case by case-aanpak van tijdelijke natuur (afwijking vooraf)

### a. 'afwijking vooraf'

De juridische risico's die gepaard gaan met het doorlopen van één of meer afwijkingsprocedures bij de definitieve stedenbouwkundige ontwikkeling van een terrein met tijdelijke natuur kunnen binnen de bestaande regelgeving in grote mate worden gecounterd door een planmatige of programmatorische aanpak. Zoals hoger reeds aangehaald, zal opmaak van een gebiedsgericht planningskader in bepaalde situaties echter niet mogelijk en/of nuttig zijn. Dit kan het geval zijn indien zich plots – buiten elke planningscontext – opportuniteiten voordoen voor tijdelijke natuur op een relatief kleinschalig bedrijventerrein. In deze hypothese zou men kunnen stellen dat de betrokken grondeigenaar er maar vanuit moet gaan dat hij de nodige afwijkingen zal bekomen. Aangezien tijdelijke natuur verenigbaar is met de inhoudelijke afwijkingmarges van het natuurbehoudsrecht kan dit in beginsel geen probleem vormen. Dit scenario kan men echter beschouwen als een soort *nulalternatief* aangezien de juridische risico's en onzekerheden die gepaard gaan met het verplicht doorlopen van een afwijkingsprocedure hierdoor niet worden vermeden.

Een veeleer *proactieve* variant hiervan houdt in dat men eerst een afwijking aanvraagt op basis van de regelgeving inzake soorten- en biotoopbescherming voor de beschermde soorten en/of vegetatietypen én pas dan overgaat tot het (al dan niet actief) inrichten van een terrein met tijdelijke natuur. Indien men de afwijking niet verkrijgt op voorhand, kan men nog altijd opteren om niet over te gaan tot het laten ontwikkelen van tijdelijke natuur<sup>164</sup>. Er zal bijgevolg pas effectief worden overgaan tot het inrichten van één of meer percelen als tijdelijk natuurgebied wanneer de betrokken afwijkingsaanvraag is toegekend. De betrokken grondeigenaar of projectontwikkelaar zal dan bij het ANB dienen aan te kloppen en aangeven dat hij op het betreffende terrein ruimte wil bieden aan de ontwikkeling van tijdelijke natuur, tot het moment waarop hij start met de realisatie van het project (*i.e.* de realisatie van de bestemming). Door vooraf een afwijkingsaanvraag in te dienen vraagt hij het ANB om voordat hij deze ruimte aan de natuur biedt, in te stemmen met het verwijderen van deze natuur (inclusief beschermde soorten en vegetaties die op het terrein zullen voorkomen) op het moment dat hij met de uitvoering van zijn project begint.

163 Vlaams minister Joke SCHAUVLIEGE, Beleidsnota leefmilieu en natuur 2009-2014, 34.

164 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten, 47.

## *b. juridische bezwaren tegen het verlenen van een 'afwijking vooraf'?*

Hoewel het verlenen van een afwijking vooraleer aan tijdelijke natuurontwikkeling wordt gedaan een aantrekkelijke oplossingsrichting lijkt voor grondeigenaars en bouwpromotoren omwille van de geboden rechtszekerheid, lijken er hierbij toch heel wat juridische bedenkingen mogelijk, zeker indien dit plaatsvindt buiten een planmatig kader. Hieronder worden de voornaamste opgelijst.

### **Welke verboden gestelde handeling geldt als aanknopingspunt?**

Het is niet duidelijk of het verlenen van dergelijke 'afwijkingen vooraf' binnen de context van het bestaande Soortenbesluit wel mogelijk is. De vraag rijst immers waarvoor men juist een afwijking zou kunnen vragen nu de *creatie van ruimte voor tijdelijke natuur* op zich geen verboden gestelde handeling vormt in het Soortenbesluit. Als men de regelgeving heel strikt leest zou men ook kunnen opwerpen dat op zich genomen de verwijdering van tijdelijke natuur ook niet het natuurbehoud dient<sup>165</sup>. Het belang van de natuurbescherming is immers veeleer gediend met het tegengaan van natuurwerende maatregelen dan het wegnemen van de tijdelijke natuur zelf.

### **Welke soorten zullen zich vestigen?**

Een ander praktisch bezwaar luidt dat in een natuurvrije situatie niet steeds goed kan worden ingeschat welke soorten zich op een bepaald terrein kunnen vestigen<sup>166</sup>. In bepaalde gevallen zal wellicht wel een goede inschatting kunnen worden gemaakt van de soorten die zich op een bepaalde locatie zullen vestigen, maar het risico speelt toch steeds dat er zich toch nog andere soorten vestigen dat aanvankelijk kon worden verwacht. Dit zal vooral het geval zijn op locaties waarover weinig of geen monitorings- en/of inventarisatiegegevens bestaan – en er dus ook per definitie een gebrek is aan enige planmatige omkadering. Een deel van deze problematiek kan wellicht worden gecounterd door een beroep op de bestaande vrijstellingsgronden uit het Soortenbesluit (bijvoorbeeld voor niet-Europees beschermde soorten). Indien zich echter onverwacht Europees beschermde soorten vestigen (bijvoorbeeld bepaalde vogelsoorten) dan zal de betrokken grondeigenaar hiervoor alsnog een extra afwijking dienen aan te vragen. Het enige alternatief lijkt het vragen van een afwijking voor *alle* beschermde soorten, maar dit lijkt dan weer een *in concreto*-beoordeling te bemoeilijken, hetgeen nochtans is vereist op basis van het Europese soortenbeschermingsrecht.

### **Is een *in concreto*-beoordeling mogelijk?**

Het verlenen van dergelijke afwijking ligt ook Europeesrechtelijk gezien moeilijk. De Europese Commissie onderstreepte in haar Leidraad inzake soortenbescherming reeds duidelijk het *in concreto*-karakter van het afwijkingsregime uit artikel 16, lid 1 van de Habitatrichtlijn. In het kader van de beoordelingsplicht uit artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn heeft het Hof van Justitie in elk geval reeds geoordeeld dat een regeling die een voorafgaande, algemene beoordeling van de potentiële risico's van activiteiten op een gebied instelt, in strijd is met de Habitatrichtlijn omdat dergelijke regeling het risico inhoudt dat bepaalde projecten die dit gebied kunnen schaden wegens hun specifieke kenmerken, buiten deze regeling vallen<sup>167</sup>. In het Verslag van de Regering bij het Soortenbesluit wordt overigens ook aangegeven dat het niet mogelijk is om een allesomvattende, weinig concrete afwijking te verkrijgen<sup>168</sup>. Overigens dienen in een afwijkingsaanvraag niet alleen de beschermde soorten te worden aangegeven t.a.v. waarvan mag worden afgeweken, maar

165 H.E. WOLDENDORP, "Dynamische natuur in een statische rechtsorde", *M en R* 2009, 137.

166 Wellicht speelt dit bezwaar minder naar biotopen toe aangezien men a.d.h.v. karakteristieken van een terrein normaal gezien goed moet kunnen inschatten welke biotopen zich daar kunnen ontwikkelen.

167 HvJ EG 20 oktober 2005, zaak nr. C-6/04, par. 47.

168 Verslag aan de Regering, 46.

eveneens de omstandigheden van tijd en plaats waaronder de afwijking mag plaatsvinden<sup>169</sup>. Het lijkt inderdaad moeilijk om de concrete impact van het wegnemen van tijdelijke natuur op bepaalde soorten bijvoorbeeld vijf of tien jaar op voorhand te beoordelen, indien men bijvoorbeeld nog niet zeker weet welke soorten er zich in de loop der jaren effectief zullen vestigen. Het is overigens niet ondenkbeeldig dat de staat van instandhouding van een bepaalde soort op lokaal en/of bovenlokaal niveau binnen een aantal jaar na het toekennen van een voorafgaande afwijking in de negatieve zin gewijzigd is, zodat de reeds gegeven afwijking niet meer zou kunnen worden gerechtvaardigd.

Een gelijkaardige kritiek lijkt eveneens mogelijk bij het op voorhand voorzien van afwijkingen in een soortenbeschermingsplan, maar klinkt daar minder overtuigend. Binnen een programmatorisch kader zullen immers de instandhoudingsdoelen als uitgangspunt gelden én in functie van de (tussentijdse) monitoringsresultaten steeds de nodige mitigerende en compenserende maatregelen worden voorzien.

### **Alsnog beperkende voorwaarden?**

Dat vooraf een afwijking wordt gevraagd, verhindert niet dat hierbij sowieso de nodige voorwaarden zullen worden bepaald. De vaststelling dat sowieso een afwijking wordt verleend voor het finale wegnemen van tijdelijke natuur ontslaat de betrokken ontwikkelaar er niet van hierbij op een zorgvuldige wijze te werk te gaan (bijvoorbeeld door het weglokken van de rugstreeppadden door de aanleg van een nieuwe poel in de omgeving, werken plaatsen buiten het broedseizoen). Dit soort voorwaarden hoeft inderdaad niet als een hinderpaal te worden ervaren aangezien deze reeds lang van tevoren bekend zijn<sup>170</sup>.

### *c. de eerste 'Nederlandse' ervaringen*

In Nederland kiest men voorlopig voor deze oplossingsroute om het werken met tijdelijke natuur aantrekkelijker te maken. Men werkt overigens aan de creatie van een beleidslijn tijdelijke natuur, waarin dit ontheffingspoor voorlopig naar voren wordt geschoven<sup>171</sup>. In functie daarvan zijn enkele pilots inzake tijdelijke natuur uit de grond gestampt. Op 19 februari 2009 heeft Haven Amsterdam formeel een verzoek ingediend bij de Minister van LNV om een ontheffing Tijdelijke Natuur<sup>172</sup>. Er werd meer specifiek ontheffing gevraagd voor een periode van 10 jaar van de verbodsbepalingen ten aanzien van de *groenknolorchis*, *noordse woelmuis*, *waterspitsmuis*, *heikikker*, *kamsalamander*, *bittervoorn*, *grote modderkruiper*, *ringslang*, *rugstreeppad*, *zandhagedis*, *gevlekte witsnuitlibel*, *groene glazenmaker*, *heideblauwtje* en de *noordse winterjuffer*. De aanvraag werd aangevraagd in functie van het bouwrijp maken van braakliggende terreinen op haventerreinen van Amsterdam (met als bestemming bedrijventerrein). Op 15 juli 2009 werd door de Minister bevoegd voor Natuur een ontheffing op basis van artikel 75, lid 5 en 6 van de Flora- en Faunawet verleend voor het merendeel van deze beschermde soorten<sup>173</sup>. Aangezien op basis van de inventarisatie- en monitoringsgegevens voor de betrokken locatie kon worden vastgesteld dat een zestal soorten niet op de betrokken locatie voorkwam en – gelet op de te verwachten ecologische ontwikkelingen – wellicht daar ook niet de komende 10 jaar zou voorkomen, werd hiervoor geen ontheffing noodzakelijk geacht. Het beroep op de gunstige milieueffecten werd aldus aanvaard. Aan de ontheffing werden wel een hele rits voorwaarden gekoppeld. Zo dient bij de uiteindelijke ontruiming van het plangebied een inventarisatie te

169 Artikel 22, §3, 4° Soortenbesluit.

170 Zie J. REKER en W. BRAAKHEKKE, *Tijdelijke natuur, concept voor een beleidslijn, definitieve versie, augustus 2007*, 17. Deze beleidslijn kan worden geraadpleegd op: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/rapporten/316/TijdelijkeNatuurconceptvooreenbeleidslijn>.

171 Ibid.

172 Zie: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/377/Februari2009HavenAmsterdamvraagtontheffingaan.html>

173 De tekst van de ontheffing kan worden geraadpleegd op: <http://www.innovatienetwerk.org/nl/bibliotheek/nieuws/375/Juli2009EersteontheffingTijdelijkeNatuur.html>.

worden uitgevoerd van de eventueel in het gebied voorkomende soorten waarvoor ontheffing wordt verleend. Bovendien dient de ontheffinghouder bij de planning van de werkzaamheden ook rekening te houden met de seizoensactiviteiten van de soorten die in het gebied verwacht worden of aangetroffen zijn, om verstoring in de meest kwetsbare perioden (voortplanting, winterrust) te voorkomen. Anderzijds moeten maatregelen die ertoe leiden dat de kans op kolonisatie, door de soorten waarvoor ontheffing wordt verleend, wordt verkleind, zoveel mogelijk achter te worden gelaten vanaf het begin van de ontheffingsperiode tot het moment van ingebruikname van het gebied. Hetzelfde geldt voor maatregelen die ertoe leiden dat de kans op verspreiding vanuit het plangebied naar de omgeving, van de soorten waarvoor de ontheffing wordt verleend, wordt verkleind.

### 3. Globale conclusie

Op basis van de hoger weergegeven *pro's* en *contra's* van de verschillende oplossingsrichtingen voor tijdelijke natuur moet worden geconcludeerd dat een programmatorische aanpak in het kader van een *soortenbeschermingsprogramma* de meest rechtszekere aanpak vormt voor grondeigenaars en projectontwikkelaars. Deze aanpak geeft meteen ook aan de betrokken overheden de noodzakelijke garanties op het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen. Dit planinstrument – dat in voorkomend geval wordt aangevuld met een planmatige omkadering binnen een natuurrichtplan (in de context van een speciale beschermingszone) – lijkt een nuttig en enigzins soepel kader te bieden voor tijdelijke natuur in hoogdynamische gebieden (haven- en ontginningsgebieden), waar de nodige salderingsmaatregelen in functie van tijdelijke natuur kunnen worden voorzien. Het verlenen van een afwijking vooraf, buiten elke planmatige of programmatorische omkadering, ligt binnen de Vlaamse context moeilijker. Hoewel deze oplossingsrichting de meest rechtszekere optie vormt voor de grondeigenaars en projectontwikkelaars, lijken er heel wat juridische bezwaren mogelijk. Het belangrijkste bezwaar is dat een *in concreto*-beoordeling voor het effectief verwijderen van de tijdelijke natuur heel moeilijk wordt. Eén en ander zou kunnen worden opgevangen door strikte (eventueel herzienings)voorwaarden aan dergelijke afwijkingen te koppelen, maar op die manier wordt het meteen ook minder aantrekkelijker voor de betrokken actoren. Op korte termijn is het dan ook aanbevelenswaardig de opname van tijdelijke natuur in een soortenbeschermingsprogramma op havenniveau te overwegen. Indien zich buiten dergelijke hoogdynamische gebieden ook opportuniteiten voordoen voor tijdelijke natuur, kan men het indienen van een afwijking op voorhand als proefproject overwegen. Het is in ieder geval wenselijk dat het ANB op dit punt een beleidslijn uitwerkt, zoals dit ook in Nederland is gebeurd.

## 5 • Mogelijke aanpassingen van de bestaande natuurbehoudsregelgeving in functie van tijdelijke natuur

Hoewel hoger is vastgesteld dat werken met tijdelijke natuur principieel te verenigen valt met het bestaande natuurbehoudsrecht, werd reeds gewezen op mogelijke verbeterpunten. Op vandaag lijkt inderdaad nood te zijn aan een betere en globale omkadering voor tijdelijke natuur in de bestaande regelgeving. Hieronder worden enkele eerste aanzetten in die zin gegeven, zonder evenwel een exhaustieve bespreking op dit punt te beogen.

### 1. Naar een (voorwaardelijke) vrijstelling voor tijdelijke natuur?

#### a. *vrijstelling versus ontheffing/afwijking*

Het verschil tussen een beroep op een vrijstelling en een afwijking (ontheffing) is nochtans van belang voor de praktijk. Een *afwijking* moet in beginsel geval per geval worden gevraagd, tenzij deze zou worden gekaderd in een soortenbeschermingsprogramma. Tegen het afwijkingsbesluit staat dan ook nog eens een beroep bij de Raad van State open. Een *vrijstelling* geldt daarentegen voor alle gevallen die behoren tot de categorie van gevallen waarvoor de vrijstelling is verleend. Er hoeft geen aanvraag te worden ingediend en er hoeft dan ook geen afzonderlijk besluit te worden genomen<sup>174</sup>. Voordeel van een vrijstelling in functie van tijdelijke natuur is dat helemaal geen procedures meer nodig zijn en dat projectontwikkelaars weten waar ze aan toe zij indien zij tijdelijke natuur op hun terrein laten<sup>175</sup>.

#### b. *(opnieuw) het Nederlandse spoor?*

Binnen de context van de Nederlandse Flora- en Faunawet<sup>176</sup> – waarin voor bepaalde soorten onder bepaalde voorwaarden reeds een vrijstelling geldt – wordt geopperd om een *vrijstelling mits gedragscode* te creëren voor tijdelijke natuur<sup>177</sup>. Dergelijke vrijstellingsoptie is echter vooralsnog niet aan de orde aangezien een vrijstelling voor een projectontwikkelaar pas zin heeft indien hij hiervan gebruik kan maken voor *alle* soorten<sup>178</sup>. Net als in het Vlaamse Soortenbesluit is binnen de Nederlandse soortenregelgeving niet voor alle soorten een vrijstellingsoptie voorzien. Voor de zogenaamde bijlage 3-soorten (het gaat onder meer over de soorten uit Bijlage IV van de Habitatrichtlijn) geldt op heden geen enkele vrijstellingsmogelijkheid. Hier zal dus steeds een aparte ontheffing moeten worden gevraagd. Er geldt voor de overige soorten enkel een vrijstelling indien wordt voldaan aan de voorschriften van een goedgekeurde gedragscode. Dergelijke vrijstelling is mogelijk in functie van werkzaamheden in het kader van bestendig beheer en onderhoud in de landbouw en het bosbeheer, het bestendig gebruik en de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling. De gedragscodes vormen een soort zelfregulerend instrument. Zij worden opgesteld door de initiatiefnemer die gebruik wil maken van de betrokken vrijstellingsgronden. De betrokken initiatiefnemer of sector, organisatie of bedrijf schap kan deze

174 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, 33.

175 H.E. WOLDENDORP, “Dynamische natuur in een statische rechtsorde”, *M en R* 2009, 137.

176 Voor een overzicht van het Nederlandse soortenbeschermingsrecht, zie o.m.: C. BACKES, P.J.J. VAN BUUREN en A.A. FRERIKS, *Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2004, 151-205.

177 H.E. WOLDENDORP en C. BACKES, *Tijdelijke natuur – Advies over de juridische aspecten*, 42-45.

178 *Ibid.*

zelf opstellen en ter goedkeuring voorleggen aan de bevoegde minister. In een gedragscode moet beschreven worden hoe bij de planning en uitvoering van werkzaamheden schade aan de beschermde dieren en planten voorkomen zal worden of tot een minimum beperkt. Een gedragscode moet steeds voldoende concreet zijn, een waarborg bevatten dat de werkzaamheden geen *wezenlijke invloed* hebben op de beschermde soorten en de nodige voorzorgsmaatregelen voorschrijven die schade aan beschermde soorten door werkzaamheden zoveel mogelijk voorkomen. In Nederland zijn er al gedragscodes voor zorgvuldig bosbeheer, recreatie en voor waterschappen goedgekeurd<sup>179</sup>. Ook het havenbedrijf van Rotterdam heeft recent een gedragscode laten goedkeuren<sup>180</sup>.

Ondanks de hoger vernoemde beperkingen wordt in de Nederlandse (concept-) beleidslijn inzake tijdelijke natuur gesteld dat een gedragscode tijdelijke natuur veel voordelen lijkt te bieden, zelfs in vergelijking met een voorafgaande ontheffing<sup>181</sup>. Voor de betrokken overheid zou een dergelijke gedragscode tot voordeel hebben dat ze niet steeds afzonderlijke ontheffingen dient te verlenen voor tijdelijke natuur, terwijl voor de initiatiefnemer een hele procedurelast wegvalt. Niettemin zijn er ook wat kritische geluiden te horen bij de (mogelijke) toepassing van dergelijke vrijstelling mits gedragscode voor tijdelijke natuur.

- Zo rijst de vraag of het voorzien van een algemene vrijstelling – eventueel mits gedragscode – in overeenstemming is met de vereisten uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen. In de Nederlandse rechtsleer geeft men aan dat een sectorgewijze vrijstelling op basis van een gedragscode een beoordeling in concrete gevallen moeilijk maakt en bijgevolg niet in overeenstemming is met de strikte afwijkingsvoorwaarden uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen<sup>182</sup>. Vooral het ontbreken van de nochtans Europeesrechtelijk verplicht gestelde alternatieventoets én de nogal soepele toepassing van de instandhoudingstoets lijken zwaar door te wegen<sup>183</sup>. Ook het Hof van Justitie lijkt een algemene afwijking af te keuren omdat op die manier de afwijkingen niet worden beperkt tot een specifiek geval waarvoor de oplossing zonder alternatief is<sup>184</sup>.

Woldendorp suggereert in een recente bijdrage dat de richtlijnen zich principieel niet verzetten tegen een algemene uitzondering op overtredingen van verbodsbepalingen indien verzekerd is dat aan alle vereisten van de Richtlijn wordt voldaan<sup>185</sup>. Met dit standpunt kan slechts ten dele worden ingestemd, aangezien de verplichting van een concrete beoordeling hierdoor wel heel moeilijk te realiseren wordt. In elk geval kan men niet volstaan met een verwijzing naar zogenaamde globale positieve impact van tijdelijke natuur op de gunstige staat van instandhouding van de targetsoorten. De meer specifieke bepalingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijnen kunnen in elk geval niet worden omzeild door te verwijzen naar het doel van de richtlijnen (behalen van een

---

179 Voor een overzicht van de goedgekeurde en in voorbereiding zijnde gedragscodes, zie: [http://www.minlnv.nl/portal/page?\\_pageid=116,1640898&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&p\\_document\\_id=110637&p\\_node\\_id=2131847&p\\_mode=BROWSE](http://www.minlnv.nl/portal/page?_pageid=116,1640898&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_document_id=110637&p_node_id=2131847&p_mode=BROWSE).

180 Deze gedragscode is raadpleegbaar op: [http://www.minlnv.nl/portal/page?\\_pageid=116,1640321&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&p\\_file\\_id=37205](http://www.minlnv.nl/portal/page?_pageid=116,1640321&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_file_id=37205).

181 J. REKER en W. BRAAKHEKKE, *Tijdelijke natuur, concept voor een beleidslijn, definitieve versie, augustus 2007*, 13.

182 Zie o.m.: G. AARTS, C.J. BASTMEIJER, "Gedragscodes onder de Flora- en Faunawet: een versterking van de soortenbescherming of het zwaard van Damocles", *M en R* 2006, 482.

183 G. AARTS, C.J. BASTMEIJER, "Gedragscodes onder de Flora- en Faunawet: een versterking van de soortenbescherming of het zwaard van Damocles", *M en R* 2006, 483; B. ARENTZ en H.E. WOLDENDORP, "Soortenbescherming Flora- en faunawet: complexiteit naar climax", *M en R* 2005, 202-211.

184 HvJ EG 8 juli 1987, zaak nr. C-247/85.

185 H.E. WOLDENDORP, "Dynamische natuur in een statische rechtsorde", *M en R* 2009, 137.

gunstige staat van instandhouding)<sup>186</sup>. Het zal er dus op aan komen een sluitend regelgevend kader te voorzien dat garandeert dat bij de opmaak, goedkeuring en toepassing van de gedragscode wordt gehandeld binnen de grenzen van het Europese recht. In dat geval lijkt men te handelen binnen de marge die aanwezig is in de rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>187</sup>.

- Een ander belangrijk punt betreft de inhoud van de gedragscode zelf. Aangezien steeds binnen het Europese kader dient te worden gehandeld, zal moeten gegarandeerd worden dat de gedragscodes inhoudelijk gezien sterk uitvallen. Het zal in elk geval zaak zijn om de verscheidenheid van situaties inzake tijdelijke natuur te vatten in een duidelijke voorwaardenkader. Zo zal steeds rekening moeten worden gehouden met de broed- en voortplantingsseizoenen van de betrokken soorten en met de op het moment van de stedenbouwkundige ontwikkeling aanwezige soorten.  
Praktisch gezien dient ook te worden nagegaan wie zal overgaan tot het opstellen van dergelijke gedragscode. In het beste geval zullen de geïnteresseerde economische actoren (bv. havenbedrijven) en natuurverenigingen elk hun deskundigen afvaardigen om dergelijke code te laten opmaken.

### *c. binnen de Vlaamse context...*

Het voorzien van een expliciete vrijstellingsgrond mits toepassing van een gedragscode lijkt ook binnen de context van het Vlaamse natuurbehoudsrecht nuttig. Het werken met tijdelijke natuur wordt op die manier immers generieker benaderd, waar een soortenbeschermingsprogramma steeds een gebiedspecifieke regeling betreft.

Hierbij dient wel eerst en vooral te worden opgemerkt dat op heden het instrument van de zelfregulerende gedragscode afwezig lijkt binnen het Vlaamse natuurbehoudsrecht. In artikel 14 van het Decreet Natuurbehoud gaf men aan de Vlaamse regering oorspronkelijk de bevoegdheid om een code van goede natuurpraktijken uit te werken die de natuurzorgplicht diende te verduidelijken. Omdat een en ander problematisch was in het licht van het legaliteitsbeginsel<sup>188</sup> gaf de decreetgever in 2009 aan deze codes van goede natuurpraktijken een autonoom statuut<sup>189</sup>. Die codes zullen in beginsel enkel vrijwillig toe te passen zijn, maar door verwijzing ernaar in bindende bepalingen kan er wel een verplichtend karakter worden aan gegeven. Ook binnen het nieuwe decretale kader zal het de overheid zijn die (wellicht) zal dienen over te gaan tot het vaststellen van deze codes. Het is niet duidelijk of de Vlaamse regering kan overgaan tot het vaststellen van codes die in de praktijk worden opgemaakt door projectontwikkelaars en grondeigenaars die worden 'geconfronteerd' met tijdelijke natuur. Een decretale verduidelijking op dit punt lijkt in ieder

.....  
186 G. AARTS, C.J. BASTMEIJER, "Gedragscodes onder de Flora- en Faunawet: een versterking van de soortenbescherming of het zwaard van Damocles", *M en R* 2006, 482.

187 Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat het verlenen van een algemene afwijking om de verwijdering toe te laten van nesten die tegen huizen worden gebouwd (bv. omwille van brandgevaar) niet verenigbaar is met het Europese natuurbehoudsrecht. Er kan immers niet worden vanuit gegaan dat alle nesten bij alle huizen een brandgevaar vormen, waardoor het verlenen van een algemene afwijking niet mogelijk is. Er dient steeds te worden aangegeven onder welke voorwaarden met betrekking tot het risico en onder welke omstandigheden van tijd en plaats de afwijkende maatregelen mogen worden genomen, samen met de controles die zullen worden uitgevoerd. HvJ EG 8 juli 1987, zaak nr. C-247/85, par. 28.

188 GwH 27 mei 2008, nr. 2008/82, NjW 2009, 769. Zie uitgebreid: P. DE SMEDT en H. SCHOUKENS, "Natuurzorgplicht. Is er leven na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 mei 2008", NjW 2009, 738-758.

189 Decreet van 30 april 2009 tot wijziging van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en tot wijziging van diverse bepalingen inzake het milieubeleid, BS 25 juni 2009. Zie ook: L. DE RIDDER, "Arresten met ongeziene gevolgen voor de natuurzorgplicht en de afbakening van het Vlaams Ecologisch Netwerk", in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Milieurecht 2008, die Keure*, 2009, 61-62.

geval noodzakelijk. Dat er een mogelijke aanknopingsgrond zou bestaan voor het werken met (zelfregulerende) gedragscodes neemt niet weg dat op vandaag de regelgeving geen vrijstelling voorziet in functie van tijdelijke natuur. Om een vrijstelling inzake tijdelijke natuur te voorzien in het Natuur- en/of Soortenbesluit is een decreetale grondslag onontbeerlijk. Er kan wellicht een beroep worden gedaan op de algemene afwijkingsclausule uit artikel 56 van het Decreet Natuurbehoud, die de Vlaamse regering machtigt af te wijken van de verbodsbepalingen van het decreet of zijn uitvoeringsbepalingen ten behoeve van het natuurbeheer, de natuureducatie in het belang van de bescherming van de natuur en van de instandhouding van de habitats (gunstige milieueffecten van tijdelijke natuur).

Een specifieke vrijstellingsregeling voor tijdelijke natuur lijkt best te worden toegevoegd aan de bestaande vrijstellings- en afwijkingsregelingen in het Natuur- en Soortenbesluit. In elk geval lijkt het wenselijk dit expliciet afhankelijk te maken van het naleven van een vastgestelde gedragscode.

- Het voorzien van een bijkomende vrijstellingsgrond inzake beschermde biotopen en vegetaties vergt een aanpassing van artikel 9 van het Natuurbesluit, dat op vandaag alle bestaande vrijstellingen en uitzonderingen bevat. Bij het formuleren van de vrijstelling zal men in het Natuurbesluit op zich minder gehouden zijn door Europeesrechtelijke randvoorwaarden. Inzake beschermde vegetaties bevat het Europese recht geen bijkomende randvoorwaarden, behoudens in de context van een speciale beschermingszone en bij milieuschade (zie *hoger*). Men kan een gelijkaardige vrijstellingsgrond ook in de decreetale regeling omtrent het ontbossingsverbod in artikel 4.2.19 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening invoegen.
- In het Soortenbesluit zitten reeds enkele vrijstellingsgronden (bijvoorbeeld de realisatie van de bestemmingsvoorschriften<sup>190</sup>). Het lijkt niettemin verkieslijk een vrijstelling voor tijdelijke natuur specifiek te kaderen in het reeds aanwezige afwijkingskader<sup>191</sup>. Gelet op het dwingende Europese kader zal men bij het omschrijven van deze vrijstellingsgrond steeds moeten garanderen dat de betrokken overheid bij het vaststellen van een gedragscode voor tijdelijke natuur steeds het voorwaardenkader uit het Europees natuurbehoudsrecht dient te respecteren. Gedragscodes die niet garanderen dat het wegnemen van de tijdelijke natuur een schadelijke impact op de staat van instandhouding zal hebben en/of die geen afdoende alternatievenafweging installeren mogen niet worden weerhouden. Het lijkt wenselijk om in voorkomend geval het nemen van milderende en/of compenserende maatregelen voor te schrijven. Indien geen goedgekeurde gedragscode voorligt en/of men niet handelt overeenkomstig de voorschriften van de code speelt de vrijstelling niet en zal men een afwijking dienen aan te vragen en/of zich dienen te confirmeren aan een goedgekeurd soortenbeschermingsprogramma.

---

190 Zie bijvoorbeeld artikel 15 Soortenbesluit.

191 Artikel 19 e.v. Soortenbesluit.

## 2. Bestaande regelgeving meer in functie van tijdelijke natuur formuleren?

Het voorzien van een voorwaardelijke vrijstelling vergt een globale ingreep in de bestaande decretale en reglementaire regelgeving inzake natuurbehoud. Er lijken echter enkele andere puntsgewijze verbeteringen aan de bestaande regelgeving mogelijk in functie van tijdelijke natuur, die op een relatief eenvoudige wijze kunnen worden doorgevoerd.

- Het is zinvol een definitie van het concept 'tijdelijke natuur' in de bestaande regelgeving op te nemen. Hierbij zou kunnen worden aangesloten bij de hoger vermelde kenmerken van tijdelijke natuur.
- Teneinde een *integrale* aanpak van tijdelijke natuur binnen een soortenbeschermingsprogramma mogelijk te maken lijkt het wenselijk ook in artikel 26 van het Soortenbesluit te bepalen dat hierin niet alleen afwijkingen kunnen worden gegeven van de bepalingen inzake soortenbescherming maar eveneens van de verbods- en afwijkingsbepalingen inzake beschermde biotopen en vegetaties uit het Natuurbesluit.
- Binnen het bestaande vrijstellingskader uit het Natuurbesluit kan ook probleemloos een spiegelbeeldclausule worden opgenomen. Men kan in artikel 9, 4° van het Natuurbesluit eveneens opnemen dat werken die worden opgenomen in een soortenbeschermingsprogramma vrijgesteld zijn van de vermelde verbods- en afwijkingsbepalingen. Op vandaag bevat deze uitzonderingsgrond een exhaustieve opsomming van de beheersplannen. Soortenbeschermingsprogramma's worden hier niet vermeld, natuurrichtplannen wel.

## 6 • Besluit

Werken met tijdelijke natuur lijkt op ecologisch vlak enkel maar voordelen te bieden. Het alternatief is immers dat elke vorm van natuurontwikkeling op braakliggende gronden wordt geweerd uit vrees voor bijkomende problemen bij de definitieve stedenbouwkundige ontwikkeling ervan. Uit het doorgevoerde onderzoek is gebleken dat, hoewel het bestaande natuurbehoudsrecht vertrekt van strikte beschadigingsverboden voor beschermde soorten en vegetaties, er voor tijdelijke natuur wel enige marge voorhanden is binnen de bestaande afwijkingsregimes. De meeste rechtszekerheid lijkt binnen het bestaande regelgevende kader te worden gevonden in een gebiedsgerichte planmatige of programmatorische omkadering van tijdelijke natuur binnen een soortenbeschermingsprogramma. Hierin kunnen reeds op voorhand afwijkingen inzake tijdelijke natuur worden verleend, zodat projectontwikkelaars en grondeigenaars de nodige zekerheid wordt verleend vooraleer zij overgaan tot het toelaten van tijdelijke natuur op hun perceel. Anderzijds zullen de betrokken overheden ook de nodige garanties bekomen dat het wegnemen van de tijdelijke natuur de gunstige staat van instandhouding van de targetsoorten niet in het gedrang brengt. De betrokken instandhoudingsdoelstellingen, die specifiek kunnen afgestemd zijn op tijdelijke natuur, gelden hier immers als dwingend uitgangspunt. In functie daarvan zullen de nodige compenserende en/of milderende maatregelen op gebiedsniveau moeten worden voorzien. Deze programmatorische omkadering lijkt vooral nuttig voor relatief grote, homogene gebieden zoals haven- en ontginningsgebieden. In andere gevallen zal men steeds een afwijkingsprocedure dienen te doorlopen. In navolging van de Nederlandse praktijk kan er worden aan gedacht om een afwijking aan te vragen *vooraleer* men een terrein inricht voor tijdelijke natuur. Hoewel hierbij enige juridische kanttekeningen worden bij gemaakt, valt het voor gevallen van tijdelijke natuur die relatief geïsoleerd zijn gelegen zeker te overwegen. Ook in Vlaanderen kunnen de nodige proefprojecten worden uitgedacht inzake tijdelijke natuur, al dan niet binnen de context van een soortenbeschermingsprogramma.

Een meer generieke oplossing voor tijdelijke natuur lijkt een ingreep in het bestaande regelgevend kader te vergen. De meest in het oogspringende oplossingsrichting is het voorzien van een specifieke vrijstellingsgrond voor tijdelijke natuur, mits wordt gehandeld overeenkomstig een vastgestelde gedragscode. Dit belooft echter een moeilijke juridische evenwichtsoefening te worden gelet op het strikte Europese kader waarin dient te worden gehandeld, zeker op het vlak van de beschermde soorten. Ondertussen kunnen enkele relatief beperkte wijzigingen aan het bestaande regelgevende kader reeds een grote stap voorwaarts betekenen voor tijdelijke natuur. De tijd lijkt hoe dan ook rijp voor een expliciete standpuntinname vanwege de betrokken, bevoegde overheden. Naar Nederlands voorbeeld zou het opstellen van een expliciete beleidslijn een eerste stap in de goede richting betekenen. Tijdelijke natuur belooft in ieder geval een eerste serieuze *test case* te worden voor de inhoudelijke en procedurele flexibiliteit van het natuurbehoudsrecht.