

COMMENTAAR AIRCRAFT OWNERS & PILOTS ASSOCIATION (AOPA) en de Netherlands Association for Commercial Aviation (NACA)

NAAR AANLEIDING VAN HET WETSVORSTEL 'WET NATUUR'

behandeld door Mr. M. Rademaker en A. Stigter AOPA secretary@aopa.nl

Lelystad, 16 november 2011

AOPA en de NACA vertegenwoordigen samen de gehele gemotoriseerde General Aviation, zowel de recreatieve als de commerciële luchtvaart.

Onze opmerkingen betreffen voornamelijk de onverenigbare in luchtvaartwetgeving en de huidige natuurbescherming wetten, maar helaas ook de nieuwe Natuurwet.
Verdere details van onze bezwaren zijn hieronder beschreven.

Op 3 november 2009 zijn twee vliegers veroordeeld tot betaling van een boete wegens overtreding van artikel 11 van de Flora- en faunawet. De betreffende vliegers hadden zich met hun vliegactiviteiten in de buurt van de Oostvaardersplassen schuldig gemaakt aan verstoring van beschermde inheemse diersoorten, aldus de rechter. De oorspronkelijk opgelegde boetes werden door de rechter wel gehalveerd op grond van het feit dat beide vliegers zich wel aan de luchtverkeersregels hadden gehouden.

Met deze uitspraak is duidelijk geworden dat de Flora- en faunawet en het luchtverkeersreglement onverenigbaar zijn.

Op Kamervragen die naar aanleiding van bovenbedoelde kwestie zijn gesteld, heeft de toenmalige Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, mevrouw Verburg, mede namens de heer Eurlings, het volgende geantwoord (brief d.d. 20 januari 2010 (BIJLAGE 1):

"Ik zal de uitspraak van de beroepsrechter afwachten voordat ik een definitieve reactie naar de Tweede Kamer stuur. Vooruitlopend hierop wil ik het volgende aangeven. Indien inderdaad blijkt dat er sprake is van onduidelijkheid ten aanzien van de regelgeving voor de bescherming van de natuur en die voor de luchtvaart, dan zal deze onduidelijkheid moeten worden weggenomen. In overleg met mijn ambtgenoot van Verkeer en Waterstaat zal ik dit onderzoeken en nagaan of aanvullend beleid of aanpassing van de regelgeving nodig is opdat ook in de toekomst het bestaand gebruik van het luchtruim door de kleine luchtvaart kan worden bestendigd".

De betrokken vliegers zijn in beroep gegaan. Op moment van schrijven is er nog geen zicht op een onherroepelijke uitspraak. De veroordeling treft niet alleen de betrokken vliegers, maar alle gebruikers van het Nederlandse luchtruim. Deze gebruikers verkeren in onzekerheid over de reikwijdte van de Flora- en faunawet en/of de Natuurbeschermingswet. De voorgenomen wetwijziging biedt de mogelijkheid deze onzekerheid weg te nemen. De rechter zal gegeven de onverenigbare regelgeving niet verder komen dan tot een afgewogen oordeel ten aanzien van de strafbaarheid en de mogelijke sanctie, maar zeker niet tot aanpassing van de wet.

AOPA verwijst in dit verband verder naar het (het volgende) door Mr. H.Faber ingediende commentaar ('Reactie Ontwerp wetsvoorstel natuur 0.2b'; BIJLAGE 2). Overigens dient het volledige commentaar van Mr. Faber naar aanleiding van het concept als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

"De afgelopen jaren is frequent discussie ontstaan over verstoring van dieren door overvliegende luchtvaartuigen. Door natuurbeschermers werd dan met een beroep op de externe werking de strafbaarheid ingeroepen terwijl luchtvarenden zich van geen kwaad bewust zijn omdat ze zich strikt aan de vliegprocedures hielden. Deze spanning

is met het huidige ontwerp Natuurwet niet weggenomen. Het introduceren van het begrip wederrechtelijk verstoren kan aan deze discussie een einde maken, temeer nu in het verleden de minister van LNV geen beperkingen voor de luchtvaart wilde opnemen”.

En:

“Ook in het onderhavige wetsvoorstel is geen nadere aandacht voor de 3e dimensie, waardoor luchtvaarders nog steeds in de kou blijven staan. Veel natuurgebieden, waaronder de Oostvaardersplassen, hebben zich ontwikkeld op de huidige locatie tot gekwalificeerd natuurgebied. Deze ontwikkeling heeft zich ondanks de vliegbewegingen van Schiphol en Lelystad rondom en boven het gebied, de spoorlijn en de omringende wegen door kunnen zetten. Externe werking is een lastig begrip, waar houdt de externe werking op en hoe werkt die uit, vooral in de 3e dimensie: hoe hoog reikt deze? Geldt dat vervolgens dan voor het hele gebied of alleen voor hot-spots waar bepaalde populaties verblijven (kolonies) en alleen als er significant effect te verwachten is?”

Uit onderzoek uitgevoerd door Bureau Waardenburg in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur & Milieu (‘Bestaand gebruik kleine burgerluchtvaart in Natura 2000 beheerplannen’) blijkt dat van verstoring van beschermde inheemse diersoorten door overvliegende vliegtuigen niet of nauwelijks sprake is. Dit legitimeert dat vliegers, die zich tijdens het vliegen keurig aan de luchtverkeersregels houden, niet worden vervolgd wegens vermeende verstoring, behoudens in die gevallen waarin het klip en klaar is dat de betreffende vliegers (ook al hielden zij zich aan de luchtverkeersregels) de intentie hadden om te verstoren.

In de Memorie van Toelichting is bepaald dat het wetsvoorstel op slechts één onderdeel samenhangt met de Wet luchtvaart, te weten het beperkingengebied ten behoeve van de luchtvaartveiligheid rond Schiphol. Op samenhang met andere regelgeving op het gebied van luchtverkeer wordt in de Memorie niet geduid. Het zal op grond van het bovenstaande duidelijk zijn dat die samenhang er wel degelijk is, meer in het bijzonder met het Luchtverkeersreglement.

Blijkens de Memorie van Toelichting bestaat het voornemen om in de algemene maatregel van bestuur in ieder geval te regelen dat het Rijk bevoegd is voor besluiten ten aanzien van (o.a.):

[...]

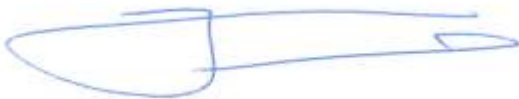
- activiteiten met betrekking tot militaire luchthavens, de luchthaven Schiphol en overige burgerluchthavens van nationale betekenis als bedoeld in artikel 8.1, tweede lid, van de Wet luchtvaart;
- militaire vliegoperaties en vlieg oefeningen;
- vluchten met opsporings- en reddingshelikopters buiten de reguliere routes;

[...]

– PM.

AOPA pleit voor een eenduidige regeling voor alle soorten luchtverkeer die recht doet aan het hierboven gestelde.

Met vriendelijke groet,



Jan G. de Vries Voorzitter AOPA, mede namens Herman Vonk, voorzitter NACA

Twee Bijlagen zijn onder dit document opgenomen

Bijlage 1

Brief aan minister C Eurlings dd 17 nov 2009, welke werd beantwoord door beantwoord door
Minister Verburg op dd 20 jan 2010 zie citaat hierboven

AANTEKENEN

Aan de Minister van Verkeer en Waterstaat Ir. C.M.P.S. Eurlings
Postbus 20901
2500 EX Den Haag

Lelystad, 17 november 2009

Excellentie,

Op 3 november 2009 zijn twee privévliegers veroordeeld door de Economische
Politierechter te Lelystad tot betaling van een boete van (ieder) € 250 wegens overtreding
van artikel 11 van de Flora- en faunawet en van artikel 19d lid 1 van de
Natuurbeschermingswet. Bijgaand treft u een kopie van de dagvaarding gericht aan één
van beide vliegers aan.

De betreffende vliegers hadden zich keurig gehouden aan de luchtvaartregelgeving, zo was
ook het oordeel van de rechter. Tevens moest de rechter vaststellen dat de
luchtvaartregelgeving enerzijds en de Natuurbeschermingswet en Flora- en faunawet
anderzijds op gespannen voet staan met elkaar. Niettemin zag de rechter hierin geen
aanleiding van het bestraffen van beide vliegers af te zien.

Het oordeel van de rechter heeft ingrijpende gevolgen voor alle luchtvaarders die volgens
de luchtvaartregelgeving legitiem van het luchtruim boven Nederland gebruik maken.
Immers, er zijn vele gebieden in Nederland waarop de betreffende bepalingen van de
Natuurbeschermingswet en/of van de Flora- en faunawet van toepassing zijn.

Uiteraard respecteren ook wij de belangen die krachtens de Natuurbeschermingswet en de
Flora- en faunawet worden beschermd. Voor een vlieger is echter onmogelijk om vast te
stellen of hij of zij zich schuldig maakt aan overtreding van de Natuurbeschermingswet
en/of de Flora- en faunawet. Zekerheid dat men geen overtreding begaat heeft men alleen
als de betreffende gebieden in het geheel worden gemeden. Dat kan in redelijkheid niet
van vliegers worden verlangd aangezien, zoals gesteld, het aantal betreffende gebieden in
Nederland zeer talrijk is. Daarnaast neemt de kans op aanvaringen in de lucht toe omdat
het luchtverkeer in Nederland (ook door andere maatregelen) in een steeds kleinere ruimte
wordt geperst en de complexiteit van het luchtruim verder toeneemt.

Namens de leden van AOPA en de deelnemers aan het Overlegplatform General Aviation
verzoeken wij u vriendelijk, doch dringend op aan deze onduidelijke situatie zo snel
mogelijk een einde te maken. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door op zeer korte termijn de
gedragscode voor vliegers algemeen van toepassing te verklaren voor de betreffende
gebieden. Het Natura 2000-beheerplan Voordelta zou hierbij als voorbeeld kunnen dienen.

Secretariaat: AOPA-NL, Golfpark 147, 8241 AC Lelystad
tel. +31 (0)320 260566, fax +31 (0)84 2296569
E-mail: Secretary@AOPA.nl URL: <http://www.AOPA.nl>
ING 4323502, KvK A'dam 40531009
IBAN NL54INGB0004323502 BIC INGBNL2A

De algemene lijn die door de luchtvaartsector wordt gehanteerd voor de gemotoriseerde en ongemotoriseerde luchtvaart boven aangewezen Natura 2000-gebieden, is dat deze gebieden zoveel mogelijk worden vermeden. Indien het overvliegen van die gebieden niet valt te vermijden, wordt een vlieghoogte van ten minste 1000 voet (ca. 300 m) aangehouden, behoudens situaties waarin lager overvliegen vanuit operationeel of veiligheidsoogpunt noodzakelijk is.

Specifiek voor de recreatieve luchtvaart is de 'Gedragscode Verantwoord Vliegen' opgesteld, onder meer voor het vliegen boven natuurbeschermingsgebieden. Deze gedragscode heeft ten aanzien van de minimumvlieghoogte boven natuurbeschermingsgebieden dezelfde strekking als de hierboven geformuleerde algemene lijn.

Gaarne vernemen wij.

Hoogachtend,

AOPA-NL

J.G. de Vries Voorzitter

Namens deze A. Stigter

Een brief met identieke inhoud werd ook verzonden aan:
De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit mevrouw Drs G. Verburg
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Bijlage 2

Reactie Mr H. Faber op dit wetvoorstel waar wij ons bij aansluiten.

Reactie Ontwerp wetsvoorstel natuur 0.2b

Hierbij ontvangt u mijn reactie aangaande het bovengenoemde wetsvoorstel.

Vogel en Habitatrichtlijn

In de VR/HR zijn heel concrete verbodsbepalingen opgenomen. Het is echter een richtlijn die in het Nederlandse rechtssysteem moet worden geïmplementeerd. Dit houdt niet in dat deze rechtstreeks vertaald kan worden overgenomen; het moet worden geïmplementeerd naar ons Nederlands rechtsbestel.

In de Guidance Document on the strict protection of animal species of Community interest wordt als lijn neergezet dat "accidental" verstoring moet worden geaccepteerd.

Strafrechtssysteem Nederland

Schuld en opzet

In het Nederlandse strafrecht is het bestanddeel *opzettelijk* een veel voorkomend *subjectief* bestanddeel en heeft doorgaans de functie van wettelijke strafverzwarringsgrond. Een (strafbaar) feit is veelal strafbaar gesteld zowel als overtreding (door schuld of onopzettelijk begaan, culpoos) en als misdrijf (opzettelijk begaan, doleus), met als doel strafverzwaring van de opzettelijke variant. In een dagvaarding zal de misdrijfvariant dan ook vaak als primair worden ten laste gelegd en de overtredingvariant als subsidiair. Het bestanddeel opzet moet met zoveel woorden ook in de tenlastelegging zijn verwoord.

In het huidige voorstel Natuurwet ontbreekt deze nuancerings.

In de Ff-wet zelf was ook geen tweedeling van *doleus* en *culpoos* verstoren opgenomen, wel is op grond van art. 2 Wet Economische Delicten (WED) het overtreden van de art. 8, 9 en 11 Ff-wet een misdrijf voor zover opzettelijk begaan. Overtreding van art. 10 Ff-wet (verontrusten) is *altijd* een overtreding (art. 2 lid 4 WED), maar wel met het bestanddeel *opzet*. Daar is dus kennelijk geen misdrijfvariant van, in lijn met het HR *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest*, wat onder meer aangeeft dat:

*.....the disturbance under Article 12(1)(b) must be deliberate (see chapter II.3.1) and not accidental.....*¹

Kleurloze opzet

In de huidige praktijk leidt dit vrij gemakkelijk tot het aannemen van voorwaardelijke *casu quo* kleurloze opzet: *Indien men zich willens en wetens blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat, wordt opzet aangenomen.*

Het Hof van Europa heeft dat ook al eens gepropageerd in haar arrest van 30 januari 2002. Uit deze uitspraak blijkt dat volgens het Hof reeds aan het vereiste *opzet* is voldaan als degene die de handeling verricht, *weet of kan weten* dat deze handeling nadelige gevolgen voor beschermde soorten planten en dieren kan veroorzaken. Echter deze uitspraak is niet ontwikkeld door een strafrechter, er is *geen* sprake van strafrechtelijke handhaving, maar van ruimtelijk bestuursrecht, dan wel milieurecht.

Ontbreekt de (strafverzwarende) opzet in de aanklacht dan moet de rechter aannemendat uitsluitend de overtredingvariant is ten laste gelegd. Dit hoort in de wet al duidelijk te zijn.

Opzet tot verontrusten moet dus altijd expliciet bewezen worden omdat alleen artikel 10 Ff-wet bevat de term "opzettelijk" bevat. Dat alleen *opzettelijk* verontrusten is verboden sluit aan bij de Vogelrichtlijn, omdat de daarin opgenomen plicht, om het storen van vogels te verbieden, is beperkt tot *opzettelijk* storen. Dit zou mijns inziens echter moeten gelden voor meerdere verboden in de Ff-wet. De wetgever heeft zich echter door een Europese richtlijn laten inspireren om af te wijken van het uitgangspunt van het Wetboek van Strafrecht, dat voor *overtredingen geen subjectieve bestanddelen* zijn vereist.

Hiertoe was de wetgever namelijk niet verplicht. De bestanddelen zijn de kenmerken van een delict(omschrijving); het vormt de grondslag van de dagvaarding ter vervolging. Dit heeft mijns inziens dan ook als consequentie dat de *opzet gericht moet zijn op de*

¹ EC Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC; Feb 2007.

verontrusting/verstoring, wil het kwalificeerbaar zijn als overtreding van art.10 Ff-wet; ditzelfde dient te worden opgenomen in de Natuurwet. Het *onopzettelijk* (lees: *accidental*) verontrusten is dan ook niet strafbaar.

In zijn proefschrift *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten*, stelt M. Kessler (RUG, 2001):

*Het Verdrag van Bern, de Europese Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn kennen bepalingen met subjectieve voorwaarden. Ik beperk me nu even tot de twee richtlijnen. De richtlijnen verplichten tot het verbieden van bepaalde handelingen met vogels (bijv.: verkopen), waarbij de gebodsverplichting bij sommige van die handelingen is ingesnoerd tot opzettelijke handelingen (bijv.: opzettelijk verstoren). Het is mij niet duidelijk, waarom in het ene geval een handeling dient te worden verboden, waarbij het niet uitmaakt of die opzettelijk is verricht, en in het andere geval uitsluitend de opzettelijke handeling. Voor de vraag of bepaalde activiteiten aan een **bestuursrechtelijk systeem van vergunningen** en ontheffingen moeten worden onderworpen, maakt het m.i. **niet uit of die activiteit al dan niet opzettelijk** is (Strafrechtelijk echter wel degelijk! Toevoeging H. Faber). Daarnaast is het opvallend dat met name de internationale regelingen die uitsluitend verplichten tot verbieden subjectieve voorwaarden bevatten en de internationale regelingen die verplichten tot strafbaarstelling niet. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken, dat de internationale regelingen op het terrein van flora en fauna wat het opzet betreft weinig doordacht zijn.*

Luchtruim in relatie tot Natuurwet

De afgelopen jaren is frequent discussie ontstaan over verstoring van dieren door overvliegende luchtvaartuigen. Door natuurbeschermers werd dan met een beroep op de externe werking de strafbaarheid ingeroepen terwijl luchtvaarders zich van geen kwaad bewust zijn omdat ze zich strikt aan de vliegprocedures hielden. Deze spanning is met het huidige ontwerp Natuurwet niet weggenomen. Het introduceren van het begrip wederrechtelijk verstoren kan aan deze discussie een einde maken, temeer nu in het verleden de minister van LNV geen beperkingen voor de luchtvaart wilde opnemen. In de Nota van Antwoord (inzake de hoofdlijnen het te voeren beleid Natura 2000-gebieden, 2007) stelt de minister van LNV dat ze geen beperkingen aan de luchtvaart wil opleggen. Hier uit kan geconcludeerd worden dat er geen doorwerking is vanuit de Nbwet naar de Luchtvaartwet. Ook de nieuwe Wet luchtvaart spreekt niet over doorwerking naar de Nbwet en de Natura 2000-gebieden.

De minister van LNV is geen voorstander van het opnemen van een minimale vlieghoogte in de Natura 2000-aanwijzingsbesluiten. Wel moet gewaarborgd zijn dat vliegbewegingen in de omgeving van Natura 2000-gebieden niet tot aantasting van natuurlijke kenmerken leiden.²

Ook in het onderhavige wetsvoorstel is nadere aandacht voor de 3^e dimensie vergeten, waardoor luchtvaarders nog steeds in de kou blijven staan. Veel natuurgebieden, waaronder de Oostvaardersplassen, hebben zich ontwikkeld op de huidige locatie tot gekwalificeerd natuurgebied. Deze ontwikkeling heeft zich ondanks de vliegbewegingen van Schiphol en Lelystad rondom en boven het gebied, de spoorlijn en de omringende wegen

²Ministerie van LNV: Nota van Antwoord. Inspraakprocedure aanwijzing Natura 2000-gebieden, d.d. 21 november 2007, par. 2.2.9, p. 50.

door kunnen zetten. Externe werking is een lastig begrip, waar houdt de externe werking op en hoe werkt die uit, vooral in de 3^e dimensie: hoe *hoog* reikt deze? Geldt dat vervolgens dan voor het hele gebied of alleen voor *hot-spots* waar bepaalde populaties verblijven (kolonies) en alleen als er significant effect te verwachten is?

Handhaafbaarheid

Regelgeving dient in de praktijk handhaafbaar te zijn. Door het rechtstreeks opnemen van de eis van significantie in de verbodsbepalingen ontstaat er een niet te handhaven situatie. Op de eerste plaats moet een opsporingsambtenaar (waaronder BOA's) dus al constateren of iets significant is, wat wellicht pas na jaren is vast te stellen, maar daarna ontstaat voor de rechter een nog groter probleem om deze significantie aan te tonen. Er zullen vele wetenschappers gevonden worden die elkaar tegenspreken, al was het maar op de aspecten van verstoring zoals: schaal, populatie, gebied, periode, etc.

Bij de relatie van luchtvaart met natuurverstoring zijn verschillende aspecten van verstoring te onderkennen, welk onderscheid niet specifiek wordt onderkend in het wetsvoorstel. Er dient mijns inziens onderscheid te worden gemaakt tussen directe en indirecte verstoring en de effecten ervan, ook in relatie tot bestaand gebruik en het seizoen.

Directe verstoring: gevolgen plaatselijk en tijdelijk

- opvliegen van vogels, vluchten van zoogdieren
- onderbreken van fourageren

Indirecte verstoring: gevolgen langere termijn

- verdrijven van soort uit gebied
- verlaten nest en/of nestgebied

Verstoringseffecten: significantie van verstoring

- effect op leefomgeving (aanpassen is niet per definitie verstoring)
- effect op de populatie
- effect op de instandhoudingsdoelstellingen
- effecten van bestaand gebruik

Is het van een BOA te verwachten dat hij al deze afwegingen betreft voor hij een Proces Verbaal opmaakt?

Wederrechtelijkheid.

Nu *accidental* verstoring niet direct zou moeten leiden tot het aannemen van voorwaardelijke opzet (respectievelijk kleurloze opzet) lijkt het mij verstandiger te spreken over "opzettelijk wederrechtelijke" verstoring waarbij de opzet moet zijn gericht op de wederrechtelijkheid van de gedraging en niet op de voorwaardelijkheid/kleurloosheid van de verstoring.

Wanneer dus wordt verstoord met in acht neming van overige regels zoals: maximum snelheid in het (weg, spoor, water)verkeer, minimum vlieghoogtes voor de luchtvaart, gedragscodes voor werkzaamheden, wandelen op de paden, etc, is dus geen sprake van wederrechtelijkheid en dient dan ook geen vervolging te worden ingesteld, dan wel een veroordeling volgen. Gelet op het bioritme van de natuur kan hier zelfs ook nog een tijdsplanning aan worden gekoppeld, zoals broed, rui of trekseizoen van de diverse soorten.

Dit sluit ook aan bij de EU richtlijn strafrechtelijke handhaving Milieurecht (waaronder het natuurbeschermingsrecht kan worden begrepen) zoals door Nederland is geïmplementeerd in het regime van de Wet Economische Delicten en de implementatie van de EU-Richtlijn per 26 december 2010. In het licht van de doelen van de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht – normbevestiging met het oog op de te beschermen belangen en herstel of beperking van hieraan aangebrachte schade – meent het OM dat het strafrecht in hoofdzaak dient te worden ingezet bij overtredingen van *kernbepalingen* binnen het milieu(hygiene)recht.³ Onder kernbepalingen verstaat het die bepalingen die binnen de regeling of vergunning waarvan zij deel uitmaken, de kern vormen van de bescherming van de belangen waartoe die regeling of vergunning strekt.⁴

De keuze van het OM dat bij de inzet van het strafrecht het accent moet worden gelegd op overtredingen van kernbepalingen brengt mee dat bij constatering van een overtreding van een *kernbepaling* direct proces-verbaal behoort te worden opgemaakt, tenzij naar het oordeel van de officier van justitie op basis van de onderzoeksbevindingen moet worden aangenomen, dat:

de overtreding:

- niet doelbewust is begaan;
- een kennelijk incident betreft;
- gering van omvang is;
- sprake is van een overigens goed nalevende overtreder die onverwijld afdoende maatregelen heeft getroffen.

Slot

Ik hoop dat voorgaande argumenten zullen leiden tot een meer pragmatisch wetsvoorstel in relatie tot de handhaafbaarheid en afstemming tussen de drie dimensies: lengte, breedte en hoogte. Daar waar mogelijk kan zelfs in de 4^e dimensie (tijd) worden gedifferentieerd, wat ook al is verwerkt in de diverse gedragscodes die ons land rijk is.

Juridisch Advies Kalenberg
Mr. H.Faber
Postbus 65
4190 CB Geldermalsen

³ Richtlijn 2008/99/EG inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (PbEU L328/28 6-12-2008). Deze richtlijn is per 26 december 2010 in Nederland geïmplementeerd, *Stcrt.* 2010, 19612.

⁴ Aanwijzing Handhaving Milieurecht, College van procureursgeneraal, registratienummer: 2005A027, d.d. 29 november 2005. *Stcrt.* 2005, 253.