

3. Soortenbescherming en windturbines: stilstand of achteruitgang?

LUUK BOEREMA

Over de ontheffingverlening voor vogels bij aanvragen voor het oprichten en in werking hebben van windturbines onder de Wet natuurbescherming.

Inleiding

Op 1 januari 2017 is de Wet natuurbescherming (verder: Wnb) in werking getreden. In deze wet zijn verbodsbepalingen opgenomen ten aanzien van verschillende soorten, waarbij de beschermingskaders van vogels en van 'strikt beschermde soorten' (als vleermuizen) zijn neergelegd in respectievelijk artikel 3.1 en 3.5 Wnb. De soortenbeschermingsbepalingen uit de Wnb verbieden minder handelingen dan de corresponderende bepalingen van de (oude) Flora- en faunawet (art. 8 t/m 12). De bredere reikwijdte van de Flora- en faunawet (Ffw) is mede het gevolg van het feit dat de verbodsbepalingen van de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijnen in die wet waren samengevoegd.

Het oprichten en in werking hebben van windturbines heeft effect op populaties van beschermde vogelsoorten of vleermuizen. In de artikelen 3.5 en 3.1 van de Wnb, is onder andere een verbod op het opzettelijk doden van deze en andere (strikt) te beschermen soorten opgenomen.¹ Daarom moet voor het in werking hebben van een turbine veelal een toestemming op grond van het soortenbeschermingsrecht worden aangevraagd. Dat was zo onder de Ffw en dat zal niet anders zijn onder de Wnb.

In het kader van de bescherming van Natura 2000-gebieden geldt een ander afwegingskader. Ook daarbij wordt gekeken naar effecten op populaties van soorten, doch slechts op zogenaamde kwalificerende (en begrenzings-) soorten,² waarvoor instandhoudingsdoelen in voor deze soorten aangewezen gebieden zijn vastgesteld. In dat kader moet bij vergunningverlening ex artikel 2.7 van de Wnb naar mogelijk significante effecten op het al dan niet kunnen realiseren van de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen voor deze kwalificerende soorten worden gekeken. Dat

vindt plaats in een passende beoordeling. Onderdeel van deze passende beoordeling is een toetsing van effecten in samenhang met effecten van andere projecten en plannen (cumulatietoets).

In dit artikel staat de afweging die moet worden gemaakt bij ontheffingverlening op grond van de soortenbeschermingsbepalingen in de Wnb voor het oprichten en in werking hebben van windturbines centraal. Aangezien de Colleges van GS in de meerderheid van de gevallen het nieuwe bevoegd gezag zullen worden voor deze ontheffingverlening, is de problematiek actueel. De vraag daarbij is hoe de afweging in het licht van het Europese recht en de jurisprudentie moet plaatsvinden en welke plek moet worden toegekend aan het in samenhang beoordelen van effecten. Ook wordt aandacht besteed aan het meewegen van mitigerende maatregelen, zoals een stilstandvoorziening. Mitigerende maatregelen zijn maatregelen die een negatief effect verminderen of wegnemen.³ De stilstandvoorziening schakelt de turbine uit als er een extra risicovolle situatie ontstaat voor een aanvaring met vogels of vleermuizen. Deze voorziening kan als mitigerende maatregel een belangrijke rol spelen. Als aanvaringen in zijn geheel zouden kunnen worden voorkomen door het treffen van een dergelijke voorziening, zou zelfs geen sprake meer zijn van een ontheffingsplicht: er zou dan immers geen verbod worden overtreden.

Vogels

In de Wnb wordt voor soortenbescherming teruggegrepen op de in het kader van de Europese en internationale natuurwetgeving verplichte bescherming die aan strikt beschermde soorten⁴ moet worden geboden. Voor vogels is daarbij de EU Vogelrichtlijn als uitgangspunt genomen. In artikel 3.1 van de Wnb is de bescherming van vogels

1 Dat mogelijk ook art. 3.5 Wnb voor vogels relevant is vanwege een plaatsing op de bijlage II van het Verdrag van Bern of bijlage I van het verdrag van Bonn blijft voor nu even buiten beschouwing.

2 ABRvS 15 augustus 2007, nr. 200605732/1, ECLI:NL:RVS:2007:BB1777, «JM» 2007/138 m.nt. Zijlmans.

3 Zie o.a. J. Zijlmans, 'Mitigerende of compenserende maatregelen?', «JM» 2014/4, 18 april 2014.

4 Vogels, soorten geplaatst op bijlage IV van de Habitatrichtlijn, bijlage II van het Verdrag van Bern en bijlage I van het Verdrag van Bonn.

als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn vastgelegd. Ze ziet daarmee op de bescherming van alle natuurlijk in het wild levende vogelsoorten op het Europese grondgebied van de lidstaten waarop het EG Verdrag van toepassing is. Voor een groot deel betreft het hier trekvogels. Trekvogels vormen een “gemeenschappelijk erfgoed en de doeltreffende bescherming van de vogels is een typisch grensoverschrijdend milieuvraagstuk dat een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid impliceert” (derde overweging van de considerans bij de Vogelrichtlijn). Deze overweging verdient met name aandacht in de context van aan windenergie gerelateerde voorzieningen. Zowel op zee als op het land worden vogels in het kader van de energietransitie geconfronteerd met steeds meer energie gerelateerde obstakels binnen hun *flyway*. Dit is door de Europese Commissie erkend in die zin dat speciaal voor de oprichting van windparken een gidsdocument tot stand is gekomen, waarin de aandacht wordt gevraagd voor de nauwkeurige beoordeling van effecten op strikt beschermde soorten.⁵ Op dit gidsdocument kom ik verderop in dit artikel nog terug.

Voor vogels gelden de navolgende verbodsbepalingen (art. 3.1 Wnb):

- Het is verboden opzettelijk van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn te doden of te vangen.
- Het is verboden opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.
- Het is verboden eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te rapen en deze onder zich te hebben.
- Het is verboden vogels als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te storen.
- Het verbod, bedoeld in het vierde lid, is niet van toepassing indien de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort.

De verboden in de Wnb zijn vrij letterlijk overgenomen uit artikel 5 van de Vogelrichtlijn. Net als in de Vogelrichtlijn zijn de verboden beperkt tot opzettelijke handelingen. Dit is een verschil met de regeling in de Ffw, waarin deels ook niet opzettelijke handelingen verboden waren. Uit Europese rechtspraak⁶ blijkt dat opzet tevens voorwaardelijk opzet omvat, waardoor nog altijd een groot aantal handelingen onder de verbodsbepalingen blijft vallen.⁷ Wie het – als redelijk groot te achten – risico neemt dat vogels worden geraakt door een handeling, pleegt een voorwaardelijk opzettelijke handeling in de zin van de Wnb en de onderliggende Vogelrichtlijn. Van ‘voorwaardelijk opzet’ is bijvoor-

beeld sprake als de opzet op zich niet gericht is op het vangen van een beschermde vogel, maar als de overtreder door zijn handelen een aanmerkelijke kans aanvaardt dat een vogel gevangen wordt, door bijvoorbeeld het gebruik van een vangkooi voor verwilderde katten.

Oprichting en in werking hebben windturbines

Oprichting en in werking stellen van een turbine kan aldus worden gezien als een handeling waarmee in potentie een voorzienbaar risico wordt genomen op het doden van beschermde vogels (en vleermuizen). Daarom zal uit ecologisch onderzoek moeten blijken dat geen sprake is van het doden van vogels, of vleermuizen, anders zal al snel zijn voldaan aan voorwaardelijk opzet in de uitleg van het Hof van Justitie. In beginsel zal de verbodsbepaling op het doden van vogels snel worden overtreden, zowel bij het plaatsen van turbines, als bij de daarmee samenhangende aanleg van hoogspanningsleidingen. Van dit verbod kan ingevolge artikel 3.3 Wnb een ontheffing worden verleend. Het College van GS is (in beginsel) bevoegd voor ontheffingverlening.

Een ontheffing kan ingevolge artikel 3.3 Wnb (en het onderliggende art. 9 van de Vogelrichtlijn) enkel worden verkregen indien wordt voldaan aan de volgende drie voorwaarden:⁸

- er is geen andere bevredigende oplossing voorhanden;
- er is geen sprake van verslechtering van de staat van instandhouding van de soort; en
- er kan een van de limitatief opgesomde ontheffingsgronden aan de ontheffing ten grondslag worden gelegd.

In een ontheffing voor vogels moeten op grond van het vijfde lid van artikel 3.3 Wnb in elk geval voorschriften worden opgenomen over:

- de middelen, installaties of methoden voor het vangen of doden, waarbij enkel het gebruik wordt toegestaan van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen middelen, installaties of methoden;
- de tijd en plaats waarvoor de ontheffing of vrijstelling geldt, en
- de wijze waarop het risico voor het behoud van de vogelstand wordt beperkt.

De eisen die nu in het vijfde lid van artikel 3.3 een plekje in de Wnb hebben gekregen zijn nieuw ten opzichte van de Flora- en faunawet. Ze komen uit artikel 9 lid 2 van de Vogelrichtlijn, waarover het Hof van Justitie al meerdere malen oordeelde dat de omzetting van deze bepaling in het nationale recht van de lidstaten moet voldoen aan nauwkeurig omschreven vormvoorwaarden.⁹ Het gaat immers

5 *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation*, Europese Unie, 2011, ISBN 978-92-79-18647-9.

6 HvJ EG 30 januari 2002, zaak C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (*Commissie/Griekenland*); HvJ EU 18 mei 2006, zaak C-221/04 (*Commissie/Spanje*). Zie met betrekking tot deze uitspraken Jacqueline Zijlmans, *De doorwerking van natuurbeschermingsverdragen in de Europese en Nederlandse rechtsorde*, Den Haag: Sdu 2011 (handelseditie proefschrift), hfd. 2, par. 2.2.2.2.

7 A. Tubbing, ‘Het opzetvereiste in de nieuwe Wet natuurbescherming’, *JfF* 2015/3, p. 71-77.

8 Voor strikt beschermde soorten zoals vleermuizen wordt de ontheffing geregeld in art. 3.8 Wnb. Daarin wordt in het vijfde lid benoemd dat ontheffing slechts kan worden verleend na het doorlopen van vergelijkbare stappen als in art. 3.3 voor vogels, met uitzondering van de eisen genoemd in het vijfde lid van art. 3.3 Wnb.

9 O.a. HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-118/94, ECLI:EU:C:1996:86 (*Associazione*

om het toestaan van ‘afwijkende maatregelen’, het toestaan van inbreuken op de door de richtlijn geboden generieke bescherming van vogelwaarden, die een uitzondering op de als hoofdregel geldende bescherming moeten rechtvaardigen. Een dergelijke afwijking moet gedegen worden onderbouwd, waarbij ook aandacht moet worden besteed aan mogelijkheden voor mitigatie van de negatieve effecten. Deze kunnen immers een rol spelen in het beperken van het risico voor het behoud van de vogelstand.

De Wet natuurbescherming vormt een implementatie van de Europeesrechtelijke verplichtingen, waaraan ook onder de Flora- en faunawet moest worden voldaan. Het is daarom van belang te onderzoeken in hoeverre bestaande jurisprudentie relevant is voor de beoordeling van toekomstige aanvragen voor ontheffing onder de Wnb.

Ontheffingverlening voor windturbines in het licht van de Europeesrechtelijke en nationale jurisprudentie

Wanneer is een ontheffing nodig?

Slechts indien het gaat om een zodanig kleine kans dat een beschermde vogel zal worden gedood dat sprake is van een *incidenteel geval*, zou mogelijk kunnen worden gesproken van niet-opzettelijke doding. In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over het windturbinepark Noord-oostpolder is een voorbeeld te vinden van het uiterst incidenteel voorkomen van een vogelsoort, hetgeen aanleiding geeft tot de conclusie dat geen overtreding van het verbod plaatsvindt.¹⁰ Er mag van worden uitgegaan dat hetzelfde geldt voor een mogelijk incidenteel voorkomende strikt beschermde soort als de vleermuis.

De vraag, wanneer een ontheffing voor het oprichten van windturbines noodzakelijk is, lijkt als volgt te kunnen worden beantwoord: indien er een aanmerkelijke, niet te verwaarlozen kans bestaat dat strikt beschermde soorten of vogels zullen worden gedood.

Wanneer kan een ontheffing worden verleend?

De ontheffing kan slechts worden verleend indien er geen andere bevredigende oplossing is en indien geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de betrokken soort. Dit wordt in de hiernavolgende paragraaf verder toegelicht.

De overige eisen die de wet aan ontheffingverlening stelt, worden verderop in dit artikel besproken. Dit betreft het onderzoek naar het bestaan van een ‘andere bevredigende oplossing’ (onder 2) en het kunnen voldoen aan een wettelijk belang voor de derogatie (3). Tevens zal worden stilge-

staan bij de verplichting om te komen tot het minimaliseren van effecten en de rol van mitigerende en compenserende maatregelen daarbij (4). Ten slotte wordt een conclusie getrokken (5).

De gunstige staat van instandhouding

In de Habitatrictlijn wordt de staat van instandhouding voor soorten in artikel 1 als volgt gedefinieerd. Staat van instandhouding van een soort: “het effect van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het in artikel 2 bedoelde grondgebied”. Deze definitie is in de Wnb overgenomen.

De staat van instandhouding van een soort wordt als ‘gunstig’ beschouwd wanneer:

- “uit populatiedynamische gegevens blijkt dat de betrokken soort nog steeds een levensvatbare component is van de natuurlijke habitat waarin deze voorkomt, en dat vermoedelijk op lange termijn zal blijven, en
- het natuurlijk verspreidingsgebied van die soort niet kleiner wordt of binnen afzienbare tijd lijkt te zullen worden, en
- er een voldoende grote habitat bestaat en waarschijnlijk zal blijven bestaan om de populaties van die soort op lange termijn in stand te houden”.

Voor soortenbescherming betekent dit dat het effect op de gunstige staat van instandhouding moet worden beoordeeld in het licht van de jaarlijkse sterfte van de ecologisch relevante populatie, waarbij rekening moet worden gehouden met de ‘som van invloeden die op de soort inwerken’, waaronder cumulatieve effecten. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft overwogen dat het zogenaamde ORNIS-criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium, gehanteerd kan worden als uitgangspunt om te bepalen of de te verwachten aantallen vogelslachtoffers door de windturbines aanvaardbaar zijn te achten, of niet.^{11,12} Het bedoelde door het ORNIS-comité geformuleerde criterium houdt in dat iedere tol van minder dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (gemiddelde waarden) voor de soorten die niet mogen worden bejaagd, en van 1% van de te bejagen soorten, “als maatstaf kan worden gebruikt om te beoordelen of de door de lidstaat krachtens artikel 9, eerste lid, sub c, van de Vogelrichtlijn verleende afwijking van het verbod van artikel 8, eerste lid, van die richtlijn om vogels met lijmstokken te vangen voldoet aan de voorwaarde dat de betrokken vogels in kleine hoeveelheden worden gevangen.”¹³

Italiana/WWF).

10 ABRvS 8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215 (*Zeearend Oostvaardersplassen*), «JM» 2012/53 m.nt Van Velsen en Zijlmans.

11 ABRvS 1 april 2009, nr. 200801465/1/R2, ECLI:NL:RVS:2009:BH9250, «JM» 2009/75, m.nt. Zijlmans, «JOM» 2009/319, BR 2009/103 m.nt. Woldendorp, M&R 2009/61 m.nt. Verschuuren.

12 Het ORNIS-criterium mag ook voor de effectbeoordeling van vleermuizen worden gebruikt, zie ABRvS 18 februari 2015, nr. 201402971/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:438.

13 HvJ EG 9 december 2004, zaak C-79/03 (*Commissie/Spanje*); vgl. zaak C-344/03 (*Commissie/Finland*), JfF 2006/1, p. 30-31, m.nt. Zijlmans.

Dergelijke kleine verliezen zou een populatie moeten kunnen verdragen, zonder negatieve consequenties voor de mogelijkheid van overleving te ondervinden, zo is de theorie. Bij toepassing van dit criterium moet echter steeds zorgvuldig worden gekeken of het voor de beoordeelde situatie passend is om deze norm onverkort te hanteren. Het is op zich opmerkelijk dat met een statische maatstaf als de 1%-norm van het ORNIS-criterium de aanvaardbaarheid van verliezen wordt bepaald, terwijl feitelijk op grond van de norm naar 'populatiodynamische gegevens' moet worden gekeken. Daaraan moet ook bij toepassing van deze norm invulling worden gegeven. Voor de beoordeelde populatie zou, bijvoorbeeld, moeten worden gecheckt of incidenten tot risico's kunnen leiden die zich niet verdragen met het gebruik van gemiddelden, of de populatie onder druk staat en deze extra drukfactor wellicht niet kan verdragen, en of voor de betreffende soort een specifieke populatiedynamiek van toepassing is.

Verder heeft de Afdeling overwogen dat het ORNIS-criterium ook kan worden toegepast op populaties van geringe omvang, nu het criterium in een percentage van de totale te verwachten sterfte van die soort is geformuleerd. Uit een recente uitspraak van de Afdeling blijkt dat voor toepassing van het ORNIS-criterium uitgegaan mag worden van de jaarlijkse sterfte, niet van de jaarlijkse natuurlijke sterfte.¹⁴ Uit een andere recente uitspraak volgt echter volgens de Afdeling juist dat de 1%-mortaliteitsnorm betrekking heeft op 1% van de natuurlijke sterfte van een soort en niet op 1% van de totale populatie.¹⁵ Waarschijnlijk bedoelt de Afdeling dat de gemiddelde jaarlijkse sterfte van de adulte en subadulte levensfase in de beoordeling moet worden betrokken, waarbij de oorzaak van die sterfte (natuurlijk, of niet natuurlijk) er feitelijk niet toe doet.

De Afdeling ging er verder van uit dat uit jurisprudentie van het HvJ EU niet volgde dat het 1%-criterium niet mocht worden toegepast op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren.¹⁶ De Afdeling heeft dit standpunt intussen wel genuanceerd: Indien een soort in ongunstige staat van instandhouding verkeert en de populatieontwikkeling een negatieve trend laat zien, dan kan nader onderzoek nodig zijn om te beoordelen of en onder welke voorwaarden ontheffing kan worden verleend. De populatie van de betrokken soort moet immers vanwege de Europese natuurrichtlijnen op een bevredigend niveau worden gehandhaafd.¹⁷

14 ABRvS 24 februari 2016, nr. 201504697/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:465, OGR-Updates.nl 2016-0040 m.nt. Kaajan, «JBO» 2016/60 m.nt. Van der Meijden, OGR-Updates.nl 2016-0048 m.nt. Kaajan, «JOM» 2016/188, «JM» 2016/54 m.nt. Arents, «JM» 2016/69 m.nt. Wagenmakers, *M&R* 2016/78 m.nt. Soppe.

15 ABRvS 4 mei 2016, nr. 201508490/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:1227, «JM» 2016/99 m.nt. Boerema, *BR* 2016/61 m.nt. Woldendorp.

16 ABRvS 8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215, «JM» 2012/53 m.nt. Zijlmans en Van Velsen, «JOM» 2012/308.

17 ABRvS 4 januari 2015, nr. 201405449/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:73, «JM» 2015/55 m.nt. Boerema, *AB* 2015/180 m.nt. Mendelts.

Aanvullend op de 1%-norm wordt door ecologische adviesbureaus vaak de *Potential Biological Removal* (PBR) als norm gehanteerd, vooral in die gevallen waarin niet kan worden voldaan aan de 1%-norm en er dus meer aanvaringsslachtoffers worden voorspeld dan op grond van deze norm aanvaardbaar wordt geacht. De PBR is een maat voor het aantal exemplaren van een soort dat jaarlijks 'extra' aan de populatie onttrokken kan worden door cumulatieve effecten, zonder dat die populatie achteruit gaat. Informatie over sterfte, reproductie, populatieomvang en populatietrends is in deze maat verdisconteerd. Het actueel houden van deze norm zal een opgave op zich zijn, omdat de redelijkheid van de PBR steeds zal moeten worden gebaseerd op nieuwe input door effecten van nieuwe ontwikkelingen, over alle bij de normering betrokken aspecten.

Een andere methode om te staven dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de staat van instandhouding van een soort is het toepassen van een rekenmethodiek die is opgenomen in het door de Europese Commissie opgestelde *Gidsdocument voor de jacht in het kader van richtlijn 79/409/EEG van de Raad inzake het behoud van de vogelstand* (het *Gidsdocument*). Deze methode gaat ervan uit dat bij populatiestabilisatie geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding. De jaarlijkse sterfte onder een soort en de benodigde aanvulling om op een gelijke populatieomvang te blijven moeten aldus in een onderzoek worden bezien. Deze methode lijkt uit te gaan van een tamelijk eenvoudig model, waarvan het de vraag is of het recht doet aan de complexe ecologische werkelijkheid. De Afdeling heeft haar echter wel geaccepteerd in een recente uitspraak.¹⁸

De gunstige staat van instandhouding en mogelijke effecten daarop laten zich slechts afleiden uit een beoordeling aan de hand van meerdere aspecten:

- omvang van de betrokken populatie en de functie van het betrokken gebied voor de betrokken populatie;
- belang van de populatie in relatie tot de nationale populatie en de populatiodynamische ontwikkelingen van zowel de betrokken als de nationale populatie;
- verlies dan wel behoud van voldoende functioneel habitat binnen het natuurlijke verspreidingsgebied van die soort.

Het belang van het kunnen borgen van de gunstige staat van instandhouding voor de mogelijkheid om ontheffing te verlenen is evident: de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat er geen aanleiding bestaat om aan te nemen dat er geen ontheffing kan worden verleend voor vogelsoorten indien uit onderzoek blijkt dat de gunstige staat van instandhouding van deze soorten niet zal worden aangetast.¹⁹

18 ABRvS 17 augustus 2016, nr. 201504105/1/A3, ECLI:NL:RVS:2016:2266, «JM» 2016/143 m.nt. Boerema, «JOM» 2016/832.

19 ABRvS 4 mei 2016, nr. 201504506/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:1228, *M&R* 2016/101 m.nt. K.J. de Graaf en D.C.E. de Haas, «JOM» 2016/379, «JNA» 2016/27.

Rekening houden met cumulatieve effecten

De Habitatrichtlijn benadrukt dat de gunstige staat van instandhouding moet worden bepaald aan de hand van het effect van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het in artikel 2 bedoelde grondgebied. Dit is het grondgebied van de lidstaat. In de rechtspraak van de Afdeling is al aanvaard dat bij de beoordeling van een effect op soortenbescherming op grond van de Habitatrichtlijn kan worden aangesloten bij de rechtspraak over gebiedsbescherming, nu daar veelal dezelfde begrippen worden gebruikt.²⁰ Dit lijkt verder logisch omdat zowel de soorten- als gebiedsbescherming in het kader van de Habitatrichtlijn tot doel hebben om het behoud van de biologische diversiteit te bevorderen.²¹

Met deze wijze van beoordelen wordt feitelijk geaccepteerd dat de achtergrondsterfte zonder nadere consequentie in de beoordeling van nieuwe projecten kan toenemen

Voor soortenbescherming betekent dit dat het effect op de gunstige staat van instandhouding moet worden beoordeeld in het licht van de jaarlijkse sterfte in de ecologisch relevante populatie, waarbij rekening moet worden gehouden met ‘de som van invloeden die op de betrokken soort inwerken’: de cumulatieve effecten. Dit geldt ook voor vogels, nu in de Wnb de definities m.b.t. de staat van instandhouding uit de Habitatrichtlijn zijn overgenomen en daarmee ook van toepassing zijn geworden op afwegingen over vogels. In de recent door het Ministerie van EZ gepubliceerde brochure over de Wet natuurbescherming *Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen* wordt ook uitgegaan van een beoordeling van cumulatieve effecten: “Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met cumulatieve effecten, dus ook met reeds verleende ontheffingen voor dezelfde populaties van de soort.”²²

20 In een uitspraak (18 februari 2015, nr. 201402971/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:438) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen dat, nu art. 16 lid 1 van de Habitatrichtlijn voor de soortenbescherming vergelijkbare begrippen kent als art. 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn ter regeling van de gebiedsbescherming, voor de uitleg en toepassing van de begrippen uit art. 16 aansluiting wordt gezocht bij het arrest van het HvJ EU van 20 september 2007, zaak C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532 (*Commissie/Italië*), punt 83, Richtlijn 92/43/EEG, waarin met betrekking tot art. 6 lid 4 van de Habitatrichtlijn wordt overwogen dat de beoordeling van eventuele dwingende redenen van groot openbaar belang en het onderzoek naar het bestaan van minder schadelijke alternatieven vereisen dat deze belangen worden afgewogen tegen de aantasting van het gebied door het onderzochte plan of project. Voorts berust, zoals de Europese Commissie heeft vermeld in de richtsnoeren, de taak om alternatieve oplossingen te beoordelen bij de bevoegde nationale instanties.

21 Preambule Habitatrichtlijn.

22 *Soortenbescherming bij ruimtelijke ingrepen*, versie 1.3, december 2016, p.

Indien de lijn van de Afdeling zou moeten worden doorgetrokken, in die zin, dat voor de beoordeling van cumulatieve effecten in het soortenbeschermingspoot op een vergelijkbare wijze als in het kader van de gebiedsbescherming moet worden getoetst, dan is de volgende jurisprudentie (over gebiedsbescherming en cumulatie) relevant. De Afdeling hanteert als vaste jurisprudentie met betrekking tot de cumulatieve beoordeling van projecten, dat in het geval van projecten waarvoor een Nbw-vergunning is verleend ten tijde van het nemen van het besluit en die ook reeds zijn uitgevoerd, dan wel bestaande activiteiten waarvoor geen Nbw-vergunning benodigd is, de gevolgen van die activiteiten *in de meeste gevallen* kunnen worden geacht in de omgeving te zijn verdisconteerd en derhalve *in beginsel* niet meer afzonderlijk in de beoordeling van de cumulatieve effecten hoeven te worden betrokken. De effecten van deze projecten zijn dan verdisconteerd in de huidige (achtergrond) situatie, die het vertrekpunt is voor het opstellen van de passende beoordeling.²³ Met deze wijze van beoordelen wordt feitelijk geaccepteerd dat de achtergrondsterfte zonder nadere consequentie in de beoordeling van nieuwe projecten kan toenemen. De vraag is of dat in het licht van de Europese natuurrichtlijnen acceptabel is.

Lijn rechtspraak Afdeling voldoende richtlijn-proof?

Met betrekking tot de beoordeling van cumulatieve effecten van windmolenparken zijn over deze lijn van jurisprudentie vraagtekens te zetten. In de eerste plaats is er de vraag of deze jurisprudentie van de Afdeling in overeenstemming is met de bedoeling van de Habitatrichtlijn, omdat ook projecten zouden moeten worden meegenomen in de cumulatietoets “indien zij chronische of duurzame gevolgen voor het gebied hebben en er aanwijzingen bestaan voor een patroon van geleidelijke teloorgang van de natuurlijke kenmerken van het beschermde gebied”.²⁴ In het gidsdocument van de EU over beoordeling van windenergieprojecten aan natuurwetgeving, *The EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation* (Europese Commissie, 2011) is verder het volgende aangegeven:

“Cumulative effects may arise when several wind farms and their associated structures are present within an area or along a flyway corridor, or as the result of the combined impacts of wind farms and other types of activity (e.g. forestry or other industrial developments). The cumulative

20, Ministerie van Economische Zaken, 2016.

23 ABRvS 30 oktober 2013, nr. 201203812/1, ECLI:NL:RVS:2013:1694, «JM» 2013/165 m.nt. Zijlmans, «JB» 2013/253 m.nt. Frins, BR 2014/7 m.nt. Woldendorp, AB 2014/23 m.nt. Backes, M&R 2014/24 m.nt. Woldendorp, TBR 2014/63 m.nt. Kole; ABRvS 16 april 2014, nr. 201304768/1, ECLI:NL:RVS:2014:1312, «JM» 2014/80 m.nt. Zijlmans en Hoevenaars, BR 2014/92 m.nt. Woldendorp, M&R 2014/111 m.nt. Kaajan, TBR 2014/123 m.nt. Frins, «JOM» 2014/460, NJB 2014/991.

24 *Gidsdocument voor het Beheer van Natura2000 gebieden* (de bepalingen van art. 6 van de Habitatrichtlijn) Europese Commissie, 2000, p. 35.

effect is the combined effect of all developments taken together but this does not mean that it is simply a sum of the effect of one wind farm plus the effect of a second wind farm. It may be more, it may be less.”

En:

“The effect of a single plan or project may be insignificant but when combined with other plans or projects the cumulative effect may turn out to be significant. Habitat fragmentation may also need to be considered during the assessment of cumulative effects as this can have a deleterious impact on population structure and dynamics among a wide range of species.”

In de tweede plaats kan worden betwist dat in alle gevallen de gevolgen van vergunde en uitgevoerde projecten daadwerkelijk *verdisconteerd* zijn in de achtergrondconcentraties of -belasting. Dat hangt van een aantal factoren af.

Eén van die factoren is het tijdsverloop van het ontstaan van de effecten. Als de effecten pas na vijf jaar ontstaan, dan kan pas vanaf dat moment geacht worden dat de gevolgen verdisconteerd zijn in de omgeving. Grote meeuwen, bijvoorbeeld, gaan pas na enkele jaren broeden en hebben een lage reproductie (ca. 0,5 vliegvlug jong/paar/jaar). Dit komt omdat grote meeuwen lang leven en bijgevolg een lage jaarlijkse natuurlijke sterfte hebben. Indien de additionele sterfte onder volwassen vogels, het ‘broedkapitaal’, door aanvaringen met windturbines te hoog wordt, kan dit (zonder mitigatie) door de lage reproductie mogelijk niet gecompenseerd worden, waardoor populaties in omvang kunnen afnemen.²⁵ Bij toepassing van het 1%-criterium moeten deze soort-gerelateerde aspecten worden verdisconteerd.

Hoe en of mogelijk getroffen mitigerende (of compenserende) maatregelen werken, of mogelijk zelfs aanvullend noodzakelijk zijn, is een stap waar vaak niet aan toegekomen wordt als geen monitoringsverplichting aan het besluit wordt verbonden. Hoewel het aantal aanvaringslachtoffers in onderzoek meestal lijkt te worden overschat (veelal ‘worst-case’ aannames), blijkt uit onderzoek tevens dat de voorspelling van mogelijke aanvaringslachtoffers sterk kan afwijken van gevonden aanvaringslachtoffers, zowel qua soorten als aantallen.²⁶ Daarom zou in ieder geval aan besluiten een monitoringsverplichting moeten worden verbonden en zouden de resultaten bij de beoordeling van nieuwe projecten moeten worden betrokken.

Daarnaast is de actualiteit van de populatiegegevens van belang. Als deze onderzoeken eens in de drie jaar worden geactualiseerd, dan kan binnen deze tijd er niet van worden uitgegaan dat de effecten reeds in de achtergrondsituatie verdisconteerd zijn. Het is relevant een onderscheid te maken tussen tijdelijke en permanente (rest)effecten.

Een aantal windparken functioneert zonder actuele onthefing soortenbescherming voor het gebruik, of onthefingsplicht is zelfs actief ontkend door het bevoegd gezag, ondanks dat aanvaringslachtoffers aannemelijk waren.²⁷ Mogelijke aanvaringslachtoffers worden dus niet meegeteld in de beoordeling van effecten van nieuwe projecten.

Zo is de vraag wanneer een permanent effect (bijv. aanvaringslachtoffers) geacht kan worden verdisconteerd te zijn in de achtergrondsituatie niet eenvoudig te beantwoorden. De redenering van de Afdeling die wordt gehanteerd in het gebiedsbeschermingspoot schiet in ieder geval te kort. Indien de projecten langdurig van aard zijn en chronische of duurzame gevolgen hebben, dan moeten de gevolgen inzichtelijk worden gemaakt en worden meegenomen in de cumulatieve effectbeoordeling.

Hetzelfde geldt voor negatieve resteffecten die nog altijd hun invloed op de beschermde soorten en habitats hebben. Ook als wordt aangenomen dat vogels slechts bij toeval zouden worden gedood, kan dat aanleiding zijn om instandhoudingsmaatregelen te treffen die nodig zijn om te verzekeren dat het ‘bij toeval doden’ van vogels geen significante neerslag heeft op de betrokken soorten. Dit is bepaald in artikel 12 lid 4 van de Habitatrichtlijn. In het *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC* van de Europese Commissie van februari 2007²⁸ wordt op bladzijde 49 vermeld dat deze provisie in artikel 12 lid 4 van de Habitatrichtlijn ook kan slaan op het bij toeval doden van dieren in relatie tot de aanvaringslachtoffers van windturbines.²⁹

Hoe lastig het rekening houden met cumulatieve effecten bij windparken is, blijkt ook uit de studie *Effect studies Offshore Wind Egmond aan Zee: cumulative effects on seabirds. A modelling approach to estimate effects on population levels in seabirds*.³⁰ In het rapport wordt gewezen op het gebrek aan kennis over populatieontwikkeling van diverse vogels in Nederland, zodat buitenlandse bronnen moesten worden gehanteerd. Ook werd als belangrijke kennislacune gezien het ontbreken van kennis over

25 Cie. MER, *Kavelbesluiten I en II offshore windenergie windparken Borssele*, Toetsingsadvies over het milieueffectrapport 13 oktober 2015, projectnummer 2965.

26 *Monitoring aanvaringslachtoffers Windpark Eemshaven 2009-2014*, Eindrapportage vijf jaar monitoring, A&W-rapport 1975, Altenburg & Wymenga ecologisch onderzoek, Feanwâlden.

27 Zie bijv. Ontheffingsbesluit minister van LNV van 4 april 2007, kenmerk ff55c.06.toek.0299.sw.

28 Zie http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/directives_en.htm.

29 Zie ook: ABRv5 8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2,

ECLI:NL:RVS:2012:BV3215, «JM» 2012/53 m.nt. Van Velsen en Zijlmans.

30 M.J.M. Poot, P.W. van Horssen, M.P. Collier, R. Lensink, Dirksen, 2011, *Effect studies Offshore Wind Egmond aan Zee: cumulative effects on seabirds. A modelling approach to estimate effects on population levels in seabirds*, Bureau Waardenburg report 11-026, p. 24.

hoe effecten van offshore windparken zullen doorwerken op populaties vogels in buitenlandse wateren die op enig moment binnen de territoriale wateren van Nederland kunnen voorkomen. Een dergelijke exercitie is, volgens de onderzoekers, wel noodzakelijk, waarbij voor een brede internationale aanpak zou moeten worden gekozen.

Minder schadelijke alternatieven oftewel de 'andere bevredigende oplossing'

Standaard behoort bij ontheffingverlening te worden overwogen of met een alternatief hetzelfde doel kan worden bereikt, zonder inbreuk op een wettelijk verbod, of met geringere effecten op beschermde soorten (of habitats). In geval van het plaatsen van windmolens is dit geen sinecure. Er is vaak sprake van een behoorlijke ruimtelijke impact van het plaatsen en niet zelden stuiten de plannende overheden op maatschappelijk verzet. Het is dan ook niet onlogisch dat in ruimtelijke procedures zoveel mogelijk invulling wordt gegeven aan de beoordeling van de locatie en opstelling van de turbines. Ook in deze fase behoort op een adequate wijze rekening te worden gehouden met de soortenbescherming, via de zogenaamde uitvoerbaarheids-toets.³¹ In de veelal op een later moment plaatsvindende ontheffingverlening staat de locatie en opstelling van de turbines vaak al vast. Gezien het grote belang van windenergie wordt er daarom al snel van uitgegaan dat er voor de oprichting van de turbines 'geen andere bevredigende oplossing is'. De ontheffingverlener wordt dus feitelijk geconfronteerd met een opgave om dit zo goed mogelijk te beargumenteren.

Wettelijke belangen

De ontheffingsgronden zijn opgenomen in artikel 3.3 lid 4 van de Wnb. Een ontheffing kan worden verleend:

- in het belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid;
- in het belang van de veiligheid van het luchtverkeer;
- ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren;
- ter bescherming van flora en fauna;
- voor doeleinden in verband met onderzoek en onderwijs, en het uitzetten en herinvoeren van soorten en voor de met deze doeleinden samenhangende teelt; en
- teneinde het vangen, het houden of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan.

De vraag naar de te hanteren ontheffingsgrondslag als onderbouwing voor de oprichting van windturbines lijkt, gezien recente jurisprudentie van de Afdeling, zowel voor

vogels als strikt beschermde soorten weinig problemen op te leveren. De oprichting en het in werking hebben van windturbines dient het openbaar belang, de openbare veiligheid en het belang van de flora en fauna, omdat energie uit windmolens klimaatverandering tegengaat.³² Belangrijke vraag is dus of, en zo ja op welke wijze, gevolgen kunnen worden beperkt of voorkomen, zodat het aantal aanvragingslactoffers wordt beperkt. De belangrijkste hinderenis voor ontheffingverlening blijft dan de invloed op de gunstige staat van instandhouding. In de toepassing van dit criterium ligt besloten onder welke omstandigheden zou moeten worden besloten tot het opleggen van een mitigerende maatregel, zoals een stilstandvoorziening.

Minimalisering van negatieve effecten door mitigerende of compenserende maatregelen

Hoewel bij de soortenbeschermingsbepalingen uit de Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn mitigatie en compensatie niet specifiek worden genoemd, is het treffen van mitigerende of compenserende maatregelen bij uitstek van belang om een negatief effect van de te beoordelen activiteit op de gunstige staat van instandhouding te voorkomen, verminderen of te herstellen. Uit artikel 1 van de Vogelrichtlijn volgt dat de richtlijn niet slechts ziet op bescherming van de vogelsoorten, maar ook op het beheer, de regulering en de exploitatie van die soorten. Ter bescherming van de soorten zijn bijvoorbeeld in artikel 5 van de richtlijn verbodsbepalingen opgenomen. Zoals uit punt 12 van de preambule volgt, dient evenwel wegens het belang dat bepaalde specifieke situaties kunnen hebben, de mogelijkheid tot ontheffing van die verboden te bestaan. Uit rechtspraak volgt echter dat alleen in specifieke situaties en onder nauwkeurige vereisten middels ontheffing van de bescherming mag worden afgeweken.³³ Daarbij geldt dat de afwijking 'tot het strikt noodzakelijke' moet worden beperkt en besluiten tot afwijking dienen te steunen op een nauwkeurige en trefende motivering.³⁴

Voor vogels geldt dit in het bijzonder nu ook de wet, conform de Vogelrichtlijn, voorschrijft dat in een ontheffing voorschriften moeten worden opgenomen over "de wijze

31 Zie bijv. ABRvS 4 mei 2016, nr. 201504506/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:1228, M&R 2016/101 m.nt. De Graaf en De Haas, «JOM» 2016/379, «JNA» 2016/27.

32 ABRvS 18 februari 2015, nr. 201402971/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:438, «JOM» 2015/272, M&R 2015/58 m.nt. Kaajan en Onrust, «JM» 2015/56 m.nt. Boerema, TBR 2015/85, AB 2015/329 m.nt. Tolsma, «JNA» 2015/3 en ABRvS 4 maart 2016, nr. 201508490/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:1227, «JNA» 2016/23 m.nt. Boerema, «JM» 2016/99 m.nt. Boerema, BR 2016/61 m.nt. Woldendorp, «JOM» 2016/381.

33 In zijn arrest van 7 maart 1996 in zaak C-118/94, ECLI:EU:C:1996:86 (*Associazione Italiana per il WWF e.a.*) heeft het Hof van Justitie overwogen dat de afwijking van de in de Vogelrichtlijn neergelegde verbodsbepalingen moet voldoen aan nauwkeurig omschreven vormvoorwaarden, die tot doel hebben de afwijkingen tot het strikt noodzakelijke te beperken. Of schoon art. 9 van de Vogelrichtlijn een ruime afwijking van de algemene beschermingsregeling toestaat, moet het niettemin een concrete en gerichte toepassing vinden teneinde tegemoet te komen aan nauwkeurige vereisten en specifieke situaties.

34 ABRvS 17 augustus 2016, nr. 201504105/1/A3, ECLI:NL:RVS:2016:2266, «JM» 2016/13 m.nt. Boerema.

waarop het risico voor het behoud van de vogelstand wordt beperkt” (art. 3.3 lid 5 en onder c Wnb).

Met betrekking tot trekvogels heeft het Hof er in een arrest nogmaals op gewezen dat, gelijk de derde overweging van de richtlijn aangeeft, de bescherming van trekvogels een typisch grensoverschrijdend milieuvraagstuk is, dat een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van de lidstaten impliceert.³⁵ Ook voor de bescherming van trekvogels dienen aldus maatregelen te worden getroffen, indien de staat van instandhouding van soorten van trekvogels in het geding is en het treffen van maatregelen redelijkerwijs mogelijk is. Het gaat hierbij niet alleen om kwalificerende soorten in het kader van de gebiedsbescherming, maar om alle trekvogels waarop de bescherming van de Vogelrichtlijn ziet.

Indien een soort in ongunstige staat van instandhouding verkeert, kan nader onderzoek nodig zijn om te beoordelen of en onder welke voorwaarden ontheffing kan worden verleend. De populatie van de betrokken soort moet immers vanwege de Europese natuurrichtlijnen op een bevredigend niveau worden gehandhaafd.³⁶ Indien in een concreet geval uit onderzoek zou blijken dat het voorschrijven van een mitigerende maatregel (bijv. een stilstandvoorziening) borgt dat de gunstige staat niet verdergaand negatief zal worden beïnvloed door ontheffingverlening, dan zal ze als mitigerend voorschrift aan de ontheffing moeten worden verbonden, tenzij met een andere mitigerende maatregel hetzelfde effect kan worden bereikt.

Als een soort in een ongunstige staat van instandhouding verkeert en bovendien een negatieve trend laat zien, dan zal moeten worden beargumenteerd waarom ontheffingverlening toch mogelijk is. Een nadere analyse van het effect van ontheffingverlening op de staat van instandhouding zal een diepgaande studie op de aspecten moeten omvatten die daarbij van belang zijn (zie onder kopje: *Wanneer kan een ontheffing worden verleend?*). Ondergrens voor ontheffingverlening in een dergelijke situatie is dat moet worden aangetoond dat het verlenen van de ontheffing de ongunstige staat van instandhouding van de betrokken populatie niet kan verslechteren, of niet kan verhinderen dat deze in een gunstige staat van instandhouding wordt hersteld.³⁷

Indien zou worden besloten om in een dergelijke situatie (ongunstige staat van instandhouding, dalende trend) over te gaan tot ontheffingverlening, dan dient al het nodige te worden gedaan om te borgen dat het doden van exemplaren van de betreffende soort tot het uiterste minimum wordt beperkt. Dat impliceert dat het bevoegd gezag feitelijk geen andere keuze heeft dan het voorschrijven van een daadwerkelijk werkende mitigerende maatregel, of dat de ontheffing

moet worden geweigerd. Uit de wet blijkt immers dat de ontheffing niet kan worden verleend indien (het behoud of herstel van) de gunstige staat van instandhouding van de soort niet is gewaarborgd. Bij soorten is er niet de mogelijkheid om via een zogenaamde ADC-toets te komen tot toestemmingverlening.³⁸

Als in een dergelijke situatie toch zou worden gekozen voor ontheffingverlening dan zou, indachtig de rechtspraak van het Hof van Justitie, ontheffingverlening er niet aan in de weg mogen staan dat een gunstige staat van instandhouding wordt hersteld. Die opgave impliceert dat met actieve soortbeschermingsmaatregelen of compenserende maatregelen het tij voor de betrokken soort in positieve zin zou moeten kunnen worden gekeerd. De eerste positieve resultaten van die actieve soortenbeschermingsmaatregelen zouden dan al tastbaar moeten zijn, ervan uitgaande dat het Hof van Justitie zijn rechtspraak over het niet mee mogen wegen van toekomstige positieve effecten van natuurmaatregelen in een beoordeling van een aantasting, ook in het soortenbeschermingspoot hanteert.³⁹

Het is uiteraard steeds de vraag wie bepaalt wat ‘redelijkerwijs’ kan worden gevraagd

Zeker waar de staat van instandhouding niet op voorhand kan worden gegarandeerd, moet een inspanning volgen om die te borgen. Dit volgt niet alleen uit rechtspraak, maar voor vogels ook uit artikel 3.3 lid 5 en onder c van de Wnb, en (aanvullend) uit de in de wet opgenomen zorgplicht (art. 1.11 Wnb), waarin een inspanningsverplichting tot het minimaliseren van nadelige effecten kan worden gelezen. Voor soorten die op grond van de Vogelrichtlijn, de Habitatrictlijn en de Verdragen van Bern en Bonn strikt beschermd moeten worden heeft de zorgplicht, volgens de MvT, vooral een aanvullende betekenis: het is in principe voldoende dat wordt voldaan aan de vereisten van dat specifieke beschermingsregime. De toegevoegde waarde van de zorgplicht is er voor de bescherming van individuen van deze soorten in de eerste plaats in gelegen dat – zoals tot uitdrukking komt in de zorgplichtbepaling – ook bij de voorbereiding van handelingen al de nodige zorgvuldigheid in acht moet worden genomen, maar ook bij de daadwerkelijke verrichting van de handeling is steeds alertheid geboden om nadelige effecten zoveel mogelijk te voorkomen.⁴⁰ Onder de woorden ‘zoveel mogelijk’ in artikel 1.11 tweede lid, onderdeel c, moet niet alleen worden verstaan hetgeen fysisch qua resultaat mogelijk is, maar ook hetgeen redelijkerwijs van degene die de schade veroorzaakt kan worden

35 HvJ EG 8 juli 1987, zaak 262/85 (*Commissie/Italië*), *Jurispr.* 1987, p. 3073.

36 ABRvS 4 januari 2015, nr. 201405449/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:73, «JM» 2015/55 m.nt. Boerema, AB 2015/180 m.nt. Mendelts.

37 HvJ EG 14 juni 2007, zaak C-342/05 (*Wolvenjacht/Finland*) overweging 29.

38 Zie: art. 2.8 lid 4 Wnb.

39 HvJ EU 21 juli 2016, zaak C-387/15 en C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583, «JM» 2016/116 m.nt. Zijlmans.

40 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 348, nr. 3 (MvT), p. 66-67.

gevergd.⁴¹ Het is uiteraard steeds de vraag wie bepaalt wat ‘redelijkerwijs’ kan worden gevraagd. Steun voor deze redenering is verder te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin de Afdeling met betrekking tot het opnemen van een stilstandvoorziening in een ontheffing overwoog dat het in een voorschrift opnemen van een dergelijke voorziening gezien het belang van bescherming van de betrokken vleermuissoorten niet onredelijk beperkend was.⁴²

Zelfs als wordt aangenomen dat vogels, of strikt beschermde soorten, slechts bij toeval zouden worden gedood, dan kan dat aanleiding zijn om instandhoudingsmaatregelen te treffen die nodig zijn om te verzekeren dat het ‘bij toeval doden’ van vogels geen significante neerslag heeft op de betrokken populatie. Dit kan ook impliceren dat, indien uit monitoring zou blijken dat er meer of andere aanvaringsslachtoffers vallen dan in het ecologisch onderzoek werd voorspeld, er alsnog mitigerende maatregelen zouden moeten worden verbonden aan een besluit.

Conclusie

Ontheffing voor het oprichten en in werking hebben van een windturbine, of een windturbinepark kan slechts worden verleend onder de premisse dat er geen negatief effect zal zijn op de gunstige staat van instandhouding van populaties van soorten. Indien slachtoffers aannemelijk zijn, dan zal onderzoek moeten worden gedaan naar het effect van dit verlies op de gunstige staat van instandhouding van de soort. Dit kan door toepassing van het ORNIS (1%)-criterium als eerste check, waarbij altijd kritisch moet worden gekeken of die norm in deze situatie passend is. Verder moet worden uitgegaan van de beoordeling van het effect *van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken* (cumulatieve effecten). Dit gebeurt in de praktijk volstrekt onvoldoende en daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de doelen die de Europese natuurrichtlijnen stellen.

In beginsel geldt bij ontheffingverlening voor strikt beschermde soorten (inclusief vogels) een opgave om negatieve effecten te mitigeren (verzachten) door het stellen van voorschriften en beperkingen. Voor strikt beschermde soorten is er bovendien een verplichting om de afwijking van het beschermingsregiem tot een minimum te beperken. Voor vogels geldt dat de ontheffing voorschriften dient te bevatten over de wijze waarop het risico voor het behoud van de vogelstand wordt beperkt.

Voor vogels geldt dat de ontheffing voorschriften dient te bevatten over de wijze waarop het risico voor het behoud van de vogelstand wordt beperkt

Indien een negatief effect op de staat van instandhouding van een strikt beschermde soort (waaronder vogels) niet kan worden uitgesloten, dan kan in beginsel geen ontheffing worden verleend. Indien door middel van een mitigerende maatregel (zoals een stilstandvoorziening) een dergelijk effect kan worden uitgesloten, dan kan ontheffingverlening alsnog plaatsvinden, mits ook aan de twee andere voorwaarden voor ontheffingverlening wordt voldaan. Monitoring dient uitsluitend te geven over de effectiviteit van de mitigerende of compenserende maatregelen.

Over de auteur

Mr. drs. Boerema is juridisch adviseur bij Boerema&VandenBrink BV juridisch en ecologisch adviseurs natuur en leefomgeving en lid van de redactie van NBR. Hij schrijft deze bijdrage op eigen titel en dankt de heren Wymenga en Brenninkmeijer, werkzaam bij Altenburg&Wymenga ecologisch onderzoek te Veenwouden en Van der Winden van Van der Winden ecology research & consultancy te Utrecht voor hun commentaar op het concept van dit artikel.

41 Idem, p. 254.

42 ABRvS 18 februari 2015, nr. 201402971/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:438, «JM» 2015/56 m.nt. Boerema.