

## LEGAL UPDATE

### Windpark Den Tol: na 6 jaar procederen eindelijk alle vergunningen onherroepelijk

Datum: 22 oktober 2020

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) heeft op 7 oktober 2020 [uitspraak](#) gedaan over een ontheffing in het kader van de Wet natuurbescherming (Wnb-ontheffing) voor windpark Den Tol. De Afdeling wijdt enkele interessante en duidelijke overwegingen aan onder andere de ontvankelijkheid van partijen, het 1%-mortaliteitscriterium en de stilstandvoorziening. Wij bespreken die in deze Legal Update.

#### Wat was er aan de hand?

Windpark Den Tol is voorzien nabij het dorp Netterden in de gemeente Oude IJsselstreek. Jaarlijks worden mogelijk verschillende vogel- en vleermuizensoorten gedood als zij in aanraking komen met de wieken van de windmolens. Dit is verboden op grond van de Wnb, tenzij hiervoor ontheffing of vrijstelling wordt verleend. De minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: de minister) heeft het windpark ontheffing verleend op grond van artikel 3.3 en 3.8 Wnb.

Verschillende belangenverenigingen en individuele bewoners zijn het niet eens met die ontheffing en hebben daartegen bezwaar en beroep ingesteld. De rechtbank heeft de beslissing op bezwaar vernietigd, waarna de minister een nieuwe beslissing op bezwaar heeft genomen en daarin onder andere de motivering verbetert. Deze nieuwe beslissing op bezwaar is van rechtswege onderdeel geworden van het geding en staat ter discussie in de procedure bij de Afdeling.

#### Ontvankelijkheid

Het windpark vindt dat de stichtingen geen belanghebbende zijn bij het bestreden besluit en dat de rechtbank ze daarom niet-ontvankelijk had moeten verklaren.

Het windpark betoogt onder andere dat NABU Naturschutzstation Niederrhein (hierna: NABU) alleen feitelijke werkzaamheden verricht in het oostelijke deel van het Natura 2000-gebied waar haar statuten op zien en niet in het westelijke deel dat dichterbij het beoogde windpark ligt. De relevante afstand zou daarom minimaal 540 meter bedragen. Als wordt aangesloten bij de jurisprudentie over de belanghebbendheid van omwonenden bij Wnb-ontheffingen, is deze afstand te groot om aan te nemen dat aanvaringssslachtoffers ter hoogte van de turbines ruimtelijke gevolgen van enige betekenis zullen hebben voor het woon- en leefklimaat in het werkgebied van NABU.

De Afdeling gaat daar echter niet in mee. Zij constateert allereerst dat NABU zich volgens haar statutaire doelstelling richt op de bescherming van natuur en milieu in het Natura 2000-gebied (er is dus ook territoriale begrenzing). Vervolgens overweegt de Afdeling dat *"niet van belang is of en in hoeverre NABU feitelijke werkzaamheden verricht in het oostelijke en meest nabij het windpark gelegen deel het Natura 2000-gebied. Voor deze beoordeling is van belang dát feitelijke werkzaamheden worden verricht, de exacte locatie van de feitelijke werkzaamheden is niet van belang."*

Het is volgens de Afdeling dus niet nodig dat de feitelijke werkzaamheden in het hele Natura 2000-gebied plaatsvinden of in het deel dat het dichtst bij het geplande windpark ligt.

De Afdeling overweegt verder: *"Omdat het belang van NABU niet gerelateerd is aan een goede ruimtelijke ordening of goed woon- en leefklimaat is de afstand van het plangebied tot het werkgebied van NABU in relatie tot de ruimtelijke uitstraling van het windpark ook geen criterium om de belanghebbendheid aan af te meten."* Aangezien de meest nabije mast van het windpark op ongeveer

285 meter van het Natura 2000-gebied komt te staan en het Natura 2000-gebied is aangewezen als beschermingsgebied voor diersoorten waar de Wnb-ontheffing betrekking op heeft, vindt de Afdeling aannemelijk dat exemplaren van die diersoorten die voorkomen in het Natura 2000-gebied ook door de windturbine getroffen kunnen worden. NABU is belanghebbende bij de ontheffing vanwege haar statutaire doelstelling en de afstand. De rechtbank heeft dit terecht onderkend.

## **1%-mortaliteitscriterium**

Het 1%-mortaliteitscriterium (ook wel: ORNIS-criterium) wordt in de praktijk gebruikt om de gevolgen voor de natuur te beoordelen. Het houdt kort gezegd in dat als het effect van een initiatief leidt tot minder dan 1% van de jaarlijkse natuurlijke sterfte van de soort, er geen aantoonbaar effect is op de populatieomvang van de soort. Daardoor is dus ook geen aantasting van de gunstige staat van instandhouding van de soort en kan een initiatief in principe doorgaan.

Appellanten betwijfelen echter dat het criterium kan worden toegepast om de staat van instandhouding te beoordelen. Zij wijzen er onder meer op dat uit arresten van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het criterium niet geldt als populaties van vogels en vleermuizen zich al in een ongunstige staat van instandhouding bevinden of waarvan de populatie al afneemt (kortweg: onder druk staan).

De Afdeling volgt dit betoog niet. Zij overweegt:

- Uit vaste rechtspraak volgt dat het criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium ('wetenschappelijk tegenbewijs'), gehanteerd kan worden als uitgangspunt om te bepalen of gelet op de te verwachten aantallen slachtoffers door windturbines, afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende soorten. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van State van [18 februari 2015](#);
- Het criterium geldt óók als sprake is van een kleine populatie van een soort. Het criterium is immers als een percentage van de totale sterfte geformuleerd. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van State van [1 april 2009](#);
- Uit arresten van het Hof blijkt niet dat het criterium niet mag worden toegepast op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van State van [8 februari 2012](#);
- Het criterium kan niet alleen voor vogels maar ook voor vleermuizen worden toegepast. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van State van [29 april 2020](#).

Een door appellanten ingebracht (wetenschappelijk) artikel brengt de Afdeling niet op andere gedachten: het artikel concludeert niet dat het criterium niet kan worden gebruikt. Wel bevestigt het artikel dat het criterium omzichtig moet worden gehanteerd bij populaties die onder druk staan.

## **Stilstandvoorziening**

Aan een ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden, zoals een stilstandvoorziening ingevolge artikel 5.3, lid 1, Wnb. Dit kan nodig zijn om te voorkomen dat de windturbines leiden tot meer sterfgevallen dan de 1%- natuurlijke sterfte van de soorten. Een stilstandvoorziening is echter ook mogelijk als géén afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de soort (zie bijvoorbeeld ook de uitspraak van de Raad van State van [16 augustus 2017](#)). Er is dan wel een belangenafweging vereist, waarbij wordt ingegaan op de verhouding tussen de kosten van een stilstandvoorziening en de opbrengst in de zin van slachtofferreductie.

In het onderhavige geval heeft de minister overwogen dat het opleggen van een stilstandvoorziening onevenredig is. De Afdeling vindt dat de door de minister gegeven motivering die conclusie kan dragen.

**Tot slot**

Deze uitspraak verduidelijkt bestaande jurisprudentie en is al met al het lezen waard. Heeft u vragen over het voorgaande of heeft u andere vragen over natuur in relatie tot uw project? Wij helpen u graag.

Dit is een Legal Update van Mathilde van Velzen-de Boer en Monique Rus.

Voor meer informatie:

Mathilde van Velzen-de Boer

+31 30 25 95 521

[mathildevanvelzen@vbk.nl](mailto:mathildevanvelzen@vbk.nl)

Monique Rus

+31 30 25 95 521

[moniquerus@vbk.nl](mailto:moniquerus@vbk.nl)