

Windturbines en Ecologie: Gebiedsbescherming

mr. E.M.N. Noordover¹

1. Windturbines en ecologie (deel I): Gebiedsbescherming

1.1. Inleiding

Bij de realisatie van windturbineparken op land, veelal ongeacht de omvang daarvan, speelt de natuurregelgeving uit de Natuurbeschermingswet 1998 ('Nbw') en de Flora- en faunawet ('Ffw') een belangrijke rol. Bij een enkele windturbine kan immers al de vraag opkomen of diersoorten, en dan vooral vogels en vleermuizen, daardoor kunnen worden verstoord of misschien zelfs worden gewond of gedood. Het is dan ook zaak na te gaan welke effecten op de natuur kunnen optreden door de windturbines en of een vergunning onder de Nbw dan wel ontheffing onder de Ffw verplicht is. Dit artikel gaat in op de toepassing van de Nbw op de realisatie van windturbineparken, waarbij zowel een kort algemeen kader wordt geboden als een beschrijving van enkele relevante ontwikkelingen. In een volgende bijdrage wordt ingegaan op de Ffw.² De Nbw betreft de ecologische gebiedsbescherming. Hierna komt eerst de Europese achtergrond van de nationale regelgeving kort ter sprake. Vervolgens wordt ingegaan op de Nbw-vergunningverlening, waarbij wordt stilgestaan bij het projectbegrip, het ontstaan van de vergunningplicht, de passende beoordeling en de zogeheten ADC-toets. Daarna komt de toepassing van de Nbw bij planologische besluiten ter sprake, waaronder de borging van de resultaten van de passende beoordeling. In de daaropvolgende paragrafen wordt nader gekeken naar de passende beoordeling zelf en daarbij te betrekken mitigerende maatregelen. Dit artikel rondt af met een conclusie.

2. Europese achtergrond natuurregelgeving

Alvorens de nationale regelgeving ter bescherming van de natuur te bespreken volgt hierna eerst een korte beschrijving van de Europese achtergrond van voornoemde regelgeving. Ten behoeve van de bescherming van vogels is de Vogelrichtlijn tot stand gekomen.³ De Vogelrichtlijn betreft tegelijk de bescherming van een vogelsoort als geheel en als een individu van een soort. De bescherming van andere diersoorten (dan vogels) en habitats is geborgd met de Habitatrichtlijn, waarin zowel de gebieds- en soortenbescherming als de bescherming van individuele dieren en planten is opgenomen.⁴ De Nederlandse implementatie van beide richtlijnen heeft geleid tot een wet die ziet op de gebiedsbescherming, namelijk de Nbw, en een wet die ziet op de bescherming van individuele dieren en planten, zijnde de Ffw. De opbouw van de nationale regelgeving sluit dus niet één-op-één aan op de Europese systematiek (hetgeen niets zegt over de inhoudelijke afstemming van de nationale en Europese regelgeving). Overigens zullen de Ffw en de Nbw per 1 januari 2017 worden vervangen door de Wet natuurbescherming, waardoor de soorten- en gebiedsbescherming in één wet worden geregeld.⁵ Een schema van het voorgaande kader is bovenaan de volgende pagina weergegeven.

3. Natuurbeschermingswet 1998

In de hiernavolgende delen wordt ingegaan op de consequenties van de Nbw voor een windturbinepark. Hierna wordt eerst ingegaan op de Nbw-vergunning en daarna op de toepassing van de Nbw bij een planologisch besluit.

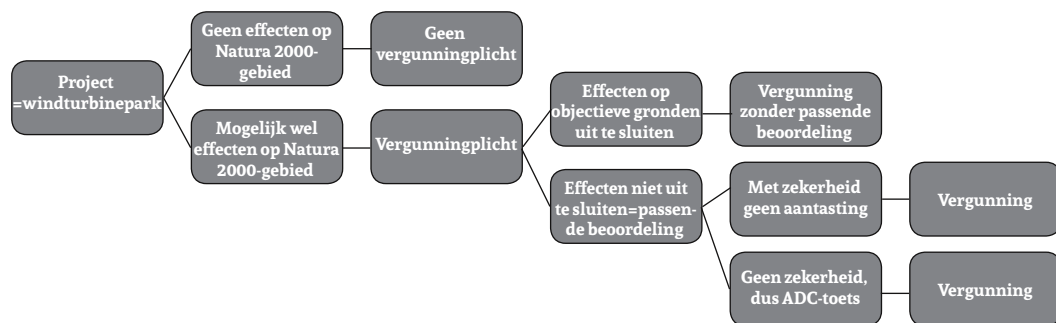
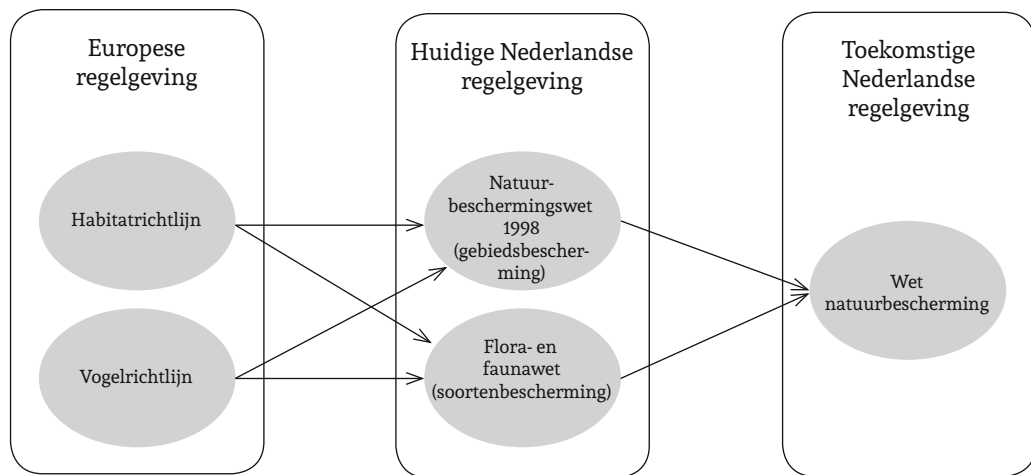
1. Erwin Noordover is advocaat bij Stibbe Advocaten en is gespecialiseerd in het omgevingsrecht. In de dagelijkse praktijk houdt hij zich bezig met onder meer het adviseren en procederen over de realisatie van windturbineparken.

2. Dit artikel gaat niet in op de specifieke regelgeving voor de realisatie van windturbineparken op zee. Zie daarvoor onder meer E.M.N. Noordover & A. Drahmman, 'Tailormade regelgeving voor windturbineparken op de Noordzee', *TO* 2014-03/04, p. 110-124; G.C.W. van der Feltz, 'Wet windenergie op zee', *MenR* 2015/16.

3. Richtlijn 76/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand.

4. Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

5. *Kamerstukken II* 2015/16, 33 348, nr. 176.



3.1. Nbw-vergunning voor een windturbinepark

De realisatie van een project (of andere handeling) dat gelet op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten kan verslechteren of een significant verstorend effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, vereist een Nbw-vergunning. Hiervan is in ieder geval sprake als de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied worden aangetast.⁶ De systematiek van de Nbw-vergunning kan systematisch als volgt worden weergegeven (zie het 2e schema op deze pagina).

Onderdelen van dit stroomschema worden hierna nader toegelicht.

3.1.1. Eén vergunning per project

De bouw en exploitatie van een windturbinepark is een project in de zin van de Nbw.⁷ Per project in de zin van de Nbw wordt een vergunning verleend. Voor hetgeen als een project kan worden aangemerkt is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('Afdeling') in lijn met het Hof van Justitie van de Europese Unie ('Hof van Justitie') gewezen op de definitie van project onder de MER-richtlijn.⁸ Op basis hiervan is het realiseren

van een project een fysieke ingreep in milieu of landschap, zoals de uitvoering van bouwwerken of de totstandbrenging van andere installaties of werken.⁹ Voor het bepalen van hetgeen als één project moet worden aangemerkt, kijkt de Afdeling naar de mate van verbondenheid.¹⁰ Voor windturbineparken kan het voorgaande worden ingevuld op een vergelijkbare wijze als de mate van samenhang tussen windturbines in het kader van de m.e.r.-beoordelingsplicht uit het Besluit milieueffectrapportage.¹¹ Voor de duidelijkheid: dit is een andere invulling dan wordt gegeven aan het inrichtingenbegrip als bedoeld in de Wet milieubeheer.¹² Kort en goed kan worden gesteld dat sprake kan zijn van een m.e.r.-beoordelingsplicht ten aanzien van meerdere inrichtingen. In vergelijkbare zin kan één Nbw-vergunning voor meerdere inrichtingen worden verleend. Het voorgaande heeft als consequentie dat ook een windturbinepark dat door meerdere initiatiefnemers wordt gerealiseerd en bestaat uit meerdere inrichtingen als één project onder de

wogen in ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3380.

9. Zie ook ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7293.

10. ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3243; ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3434.

11. Zie ter illustratie ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7245 en nader over de m.e.r.-beoordelingsplicht M.M. Kaajan & E.M.N. Noordover, 'Windparken en leefomgeving: een toelichting op enkele angelen uit de besluitvorming', BR 2013/134.

12. Art. 1.1 lid 4 Wm.

6. Art. 19d lid 1 Nbw.

7. Zie ook M.M. Kaajan & F. Onrust, 'Kroniek Natuurbeschermingsrecht en Ffw 2015 (deel 1)', BR 2015/61.

8. HvJ 7 september 2004, ECLI:EU:C:2008:133, zoals over-

Nbw kan worden vergund.¹³ Het is overigens ook mogelijk om voor meerdere projecten tegelijkertijd een vergunning aan te vragen mits per project de effecten zijn onderzocht en per project conform de Nbw een vergunning wordt verleend.¹⁴

3.1.2. Wanneer ontstaat een vergunningplicht?

Of daadwerkelijk een Nbw-vergunning voor het windturbinepark nodig is, is eerst afhankelijk van de aanwezigheid van Natura 2000-gebieden nabij de beoogde locatie van het windturbinepark en de binnen dit gebied beschermde soorten en/of habitat. Welke soorten en habitattypen zijn beschermd, blijkt uit de aanwijzingsbesluiten voor de desbetreffende gebieden. Overigens zal beschermd habitatype veelal enkel een rol spelen wanneer een windturbinepark in een Natura 2000-gebied wordt gerealiseerd dan wel als wordt gekeken naar de uitstoot van stikstof in de bouwfase door transportbewegingen. In het laatste geval moet met toepassing van AERIUS de stikstoftoename door de transportbewegingen worden bepaald.¹⁵ Als in de nabijheid van het voorziene windturbinepark Natura 2000-gebieden zijn gelegen, moet vervolgens worden bepaald welke effecten kunnen optreden. Deze effecten zijn niet beperkt tot de exploitatiefase, maar kunnen ook in de realisatiefase optreden. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan verstoring van soorten door geluid van heikwerkzaamheden.¹⁶ Een windturbinepark gelegen buiten een Natura 2000-gebied kan in ieder geval wel effecten hebben op beschermde diersoorten, waarbij veelal effecten op vogels en vleermuizen in de exploitatiefase aanleiding geven tot een vergunningplicht. Deze diersoorten voelen zich immers niet beperkt tot de grenzen van het Natura 2000-gebied. Voor deze soorten kunnen effecten optreden door verstoring, aanvaring en barrièrewerking.¹⁷ Het is niet onmogelijk om te stellen dat een windturbinepark in het geheel geen effect kan hebben op een Natura 2000-gebied. Dit is bijvoorbeeld het geval als een windturbinepark op een grote afstand van relevante Natura 2000-gebieden is gelegen en door ecologen kan worden onderbouwd dat de aanwezige soorten niet het gebied van het windturbinepark zullen aandoen.¹⁸ Kortom, er is dan geen

wetenschappelijke twijfel over de afwezigheid van enig effect voor het Natura 2000-gebied en daarmee is er ook geen sprake van een vergunningplicht onder de Nbw. Deze conclusie kan echter door derden, zoals een belangenvereniging, ter discussie worden gesteld door middel van een handhavingsverzoek tegen het windturbinepark. Dit handhavingsverzoek kan ook worden ingediend gedurende de exploitatiefase van het windturbinepark met in het ergste geval een tijdelijke stilstand van de windturbines tot gevolg. Deze uitkomst kan worden voorkomen door in overleg met het bevoegd gezag een aanvraag voor een Nbw-vergunning in te dienen, welke aanvraag vervolgens door het bevoegd gezag vanwege de afwezigheid van een vergunningplicht wordt afgewezen. Derden kunnen dit besluit vervolgens voor toetsing voorleggen aan de rechter.

3.1.3. Wel een vergunningplicht, dus ook een passende beoordeling?

Als wordt vastgesteld dat een vergunningplicht bestaat, moet vervolgens worden vastgesteld of een passende beoordeling moet worden opgesteld.¹⁹ Een passende beoordeling (waarop nog apart wordt ingegaan) is nodig als het vergunningplichtige windturbinepark, al dan niet in combinatie met andere projecten of plannen, significante gevolgen kan hebben voor de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied. Als op basis van objectieve gegevens, dus zonder nader onderzoek, kan worden vastgesteld dat er geen significante gevolgen optreden, kan de Nbw-vergunning verleend worden zonder passende beoordeling.²⁰ Wel moet bij de vergunningverlening rekening worden gehouden met de gevolgen van het windturbinepark op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied, een vastgesteld beheerplan en de vereisten op economisch, sociaal en cultureel gebied.²¹ Is wel een passende beoordeling vereist dan kan een Nbw-vergunning slechts worden verleend als het bevoegd gezag zich op grond van de passende beoordeling ervan heeft verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zullen worden aangetast. Een passende beoordeling ten behoeve van de vergunningverlening is ook nog nodig als er al een passende beoordeling voor een planologisch besluit is opgesteld. Er is dan geen sprake van een uitgewerkte verplichting ten aanzien van de passende beoordeling voor de vergunningverlening. Wel mag uiteraard worden geput uit de passende beoordeling voor het planologische besluit, voor zover deze gegevens nog actueel en bruikbaar zijn. Op de inhoud van de passende beoordeling wordt verderop in dit artikel ingegaan.

13. Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.

14. ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4431; ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4650.

15. Zie hierover meer D. Sietses & A. Drahmman, 'De programmatische aanpak stikstof: komt de PAS van pas?', BR 2015/48.

16. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215; zie voor een uitgebreide beschouwing over de geluidseffecten van windturbines anders dan in het kader natuurbescherming de bijdrage van Aerts en van der Ven in deze aflevering.

17. Zie ter illustratie ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.

18. Waarbij niet zonder meer van een bepaalde afstand moet worden afgegaan, maar per Natura 2000-gebied

moet worden gekeken, zie ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2471.

19. Art. 19f lid 1 Nbw.

20. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2245.

21. Art. 19e Nbw.

3.1.4. De ADC-toets

Als uit de passende beoordeling geen zekerheid is te verkrijgen over de afwezigheid van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied, kan een Nbw-vergunning nog worden verleend met toepassing van de zogeheten ADC-toets. Dit betekent dat voor het windturbinepark (i) geen Alternatieve oplossingen mogelijk zijn, (ii) er sprake is van een Dwingende reden van groot openbaar belang en (iii) onder het opleggen van een verplichting tot het treffen van Compenserende maatregelen.²² De ADC-toets vormt daarmee een zwaardere drempel voor verlening van een Nbw-vergunning en de ADC-toets heeft tot nog toe weinig positieve voorbeelden in Nederland gehad. In de praktijk werd ook beoogd de ADC-toets te voorkomen door met toepassing van mitigerende maatregelen tot de conclusie te komen dat geen aantasting van de natuurlijke kenmerken op zou treden. Met het hierna nog te bespreken *Briels*-arrest van het Hof van Justitie zijn de mogelijkheden om met mitigatie uit de ADC-toets te blijven beperkter geworden, waardoor het aangewezen is hier stil te staan bij de invulling van de ADC-toets.

De beperkte nationale voorbeelden van de toepassing van de ADC-toets zijn veelal besluiten die vanwege een motiveringsgebrek zijn vernietigd.²³ Recent is echter wel een succesvolle ADC-toets doorlopen voor een realisatie van een hoogwatergeul en de Reevedam.²⁴ Verder kan voor een indicatie van de invulling van de ADC-toets worden gewezen op twee richtsnoeren van de Europese Commissie, namelijk 'Beheer van "Natura 2000"-gebieden; De bepalingen van art. 6 Habitatrichtlijn' en 'Richtsnoeren voor de toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn'.

Voor een ADC-toets bij een windturbinepark kan worden gewezen op een uitspraak over het windturbinepark Westereems, waarbij de Afdeling een Nbw-vergunning vernietigde vanwege een gebrekkige onderbouwing van de gestelde afwezigheid van alternatieven en een gebrekkige onderbouwing van de dwingende reden van groot openbaar belang.²⁵ Niettemin heeft de Afdeling in deze uitspraak de deur opengezet naar de mogelijkheid om het opwekken van duurzame energie als dwingende reden van groot openbaar belang te kwalificeren

en is in een uitspraak betreffende een ontheffing van de Ffw voor vleermuizen erkend dat de realisatie van een windturbinepark een dwingende reden van groot openbaar belang is.²⁶ Het is dus in ieder geval mogelijk om de realisatie van een windturbinepark aan te merken als een dwingende reden van groot openbaar belang, maar per project moet de dwingende reden steeds weer worden afgewogen tegen de aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen.²⁷

De invulling van het alternatievenonderzoek moet zijn gericht op het vinden van alternatieven die inbreuken of aantastingen van Natura 2000-gebieden niet nodig maken.²⁸ Dit blijkt ook uit de hiervoor genoemde richtsnoer betreffende de toepassing van art. 6 lid 4 Habitatrichtlijn van de Europese Commissie. De focus moet liggen op alternatieven die minder effect hebben op de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden, waarbij ook een nuloptie moet worden onderzocht. Bij de weging van alternatieven mogen andere beoordelingscriteria, waaronder economische, niet prevaleren.²⁹ Voor de invulling van de alternatieventoets kan dan ook niet zonder meer worden teruggevallen op de alternatieventoets die in een milieueffectrapport moet zijn opgenomen, aangezien dit alternatievenonderzoek een breder palet aan milieueffecten betreft dan enkel de effecten voor de Natura 2000-gebieden.³⁰ Het gebied waarin wordt gezocht naar alternatieven moet ook niet te klein worden gemaakt.³¹

3.2. Natuurbeschermingswet 1998 bij een planologisch besluit

3.2.1. Wanneer moet rekening worden gehouden met de Nbw?

De toepassing van de Nbw bij een planologisch besluit heeft een zekere mate van overlap met de verlening van een Nbw-vergunning. Ook bij de vaststelling van een planologisch besluit voor een windturbinepark moet het bevoegd gezag rekening houden met de gevolgen voor het Natura 2000-gebied indien het plan, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kan verslechteren of een significant verstorend effect op de soorten kan hebben. Bij het rekening houden met de gevolgen van een planolo-

22. Art.19g lid 2 en art. 19h lid 1 Nbw. Let wel op als er sprake is van prioritair soorten of habitattypen, aangezien er dan enkel een vergunning kan worden verleend vanwege argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel na advies van de Europese Commissie, zie art. 19g lid 3 sub a Nbw.

23. Vz. ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5567; ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9872.

24. ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3623, en zie tussenuitspraak ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:345.

25. ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4011.

26. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438.

27. Zie ook F. Onrust & A. Drahmman, 'Dwingende redenen van groot openbaar belang in de Flora en faunawet', *TBR* 2014/112.

28. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 23.

29. Hoewel de ABRvS lijkt te accepteren dat voor de selectie van de reële alternatieven wel gekeken mag worden naar de geformuleerde doelstelling en vanwege bijvoorbeeld veiligheidsoverwegingen gekozen kan worden voor een bepaald alternatief, zie ABRvS 25 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:3623.

30. Art. 7.7, lid 1 en art. 7.23 lid 1 Wm, zie ook ABRvS 27 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6571.

31. HvJ 26 oktober 2006, C-239/04.

gisch besluit voor een Natura 2000-gebied kunnen de beperkingen uit het ter zake wettelijke voorschrift van het planologisch besluit terzijde worden geschoven.³² Deze mogelijkheid is vergelijkbaar met de verruimde beslissingsbevoegdheid bij een besluit op grond van een milieueffectrapport en biedt feitelijk de mogelijkheid om de uitkomsten van een passende beoordeling te borgen in een planologisch besluit, ondanks eventuele belemmeringen die zouden voortvloeien uit de wettelijke bevoegdheid tot het nemen van dat besluit.³³ Wederom geldt dus dat als op objectieve gronden effecten op een Natura 2000-gebied kunnen worden uitgesloten, er bij de vaststelling van het planologische besluit geen rekening hoeft te worden gehouden met het Natura 2000-gebied en de Nbw dus geen rol speelt.

3.2.2. *De passende beoordeling en de vertaling naar het planologische besluit*

Voor een planologisch besluit voor een windturbinepark dat wel significante effecten voor een Natura 2000-gebied kan hebben, maakt het bestuursorgaan een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied, waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen.³⁴ Als een passende beoordeling voor het planologisch besluit vereist is, kan het besluit enkel worden genomen nadat het bestuursorgaan op grond van de passende beoordeling zich ervan heeft verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.³⁵ Als voor een planologisch besluit een passende beoordeling moet worden gemaakt, ontstaat daarmee ook een verplichting om een plan-MER op stellen.³⁶ Het is overigens mogelijk om een gecombineerde passende beoordeling op te stellen voor zowel een planologisch besluit als een Nbw-vergunning, hetgeen wenselijk kan zijn bij gecoördineerde besluitvorming voor het windturbinepark onder een rijks-, provinciale of gemeentelijke coördinatieregeling.

De uitkomst van de passende beoordeling kan ertoe noodzaken dat in een planologisch besluit bepaalde voorschriften moeten worden opgenomen om te borgen dat de natuurlijke kenmerken van een gebied niet worden aangetast. Het is echter ook mogelijk om bij verlening van een Nbw-vergunning vergunningvoorschriften op te nemen om aantasting van de natuurlijke kenmerken te voorkomen. Aangezien beide mogelijkheden naast elkaar bestaan voor eenzelfde windturbinepark kan de vraag opkomen welke zogeheten mitigerende maatregelen (waarover later meer) in het planologische besluit en welke in een Nbw-vergunning moeten worden opgenomen.

Een illustratie van de relevantie van deze vraag biedt de vernietiging door de Afdeling van het be-

stemmingsplan voor het windturbinepark Den Tol Netterden.³⁷ De gemeenteraad stelde dat het bestemmingsplan vanwege een stilstandsregeling niet zou leiden tot significante effecten voor de vogelsoort grutto. De stilstandsregeling zou volgens de gemeenteraad via een vergunningvoorschrift worden verbonden aan een omgevingsvergunning voor de bouw en het oprichten en in gebruik nemen van het windturbinepark. De Afdeling oordeelde echter dat het in dit geval op de weg van de gemeenteraad lag de benodigde stilstandsregeling in het bestemmingsplan te waarborgen. De stilstandsregeling was volgens de Afdeling namelijk wel ruimtelijk relevant, daargelaten of het voornemen bestond om de stilstandsregeling via een vergunningvoorschrift te borgen. De ruimtelijke relevantie volgde uit de noodzaak om een windturbine gedurende de incubatieperiode van de grutto buiten werking te stellen, hetgeen een directe impact had op het planologisch mogelijk gemaakte gebruik van de windturbine. Het betoog dat de stilstandsregeling ten onrechte niet in het plan is verzekerd slaagde derhalve.

Uit voornoemde uitspraak is niet af te leiden of de Afdeling nu altijd vereist dat een stilstandsregeling via een planvoorschrift in een planologisch besluit wordt geborgd. De uitspraak rept namelijk niet over een mogelijk nog te verkrijgen Nbw-vergunning. Vooralsnog was en is de praktijk om een stilstandsregeling te borgen via een voorschrift bij een Nbw-vergunning. Aangezien in de voornoemde uitspraak niet wordt gesproken over een nog te verlenen Nbw-vergunning, is dus onduidelijk hoe de Afdeling aankijkt tegen het standpunt dat, daargelaten de ruimtelijke relevantie van een stilstandsregeling, deze regeling niet in het planologisch besluit, maar in de Nbw-vergunning wordt opgenomen.

Het voorgaande neemt niet weg dat het soms wel is aangewezen om in een planologisch besluit een voorschrift op te nemen om aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied uit te sluiten. Als voorbeeld kan worden gewezen op een voorwaardelijke verplichting in een planvoorschrift om te borgen dat een weg enkel in gebruik mag worden genomen wanneer de in een passende beoordeling genoemde maatregelen zijn getroffen.³⁸ Ook kan worden gedacht aan het realiseren van nieuw leefgebied voor een diersoort voordat bestaand leefgebied wordt weggehaald, waarbij het nieuwe leefgebied als zodanig moet worden bestemd. Bij de vertaling van de uitkomst van een passende beoordeling naar een planologisch besluit en een Nbw-vergunning moet dus stil worden gestaan bij de vraag binnen welk besluit een bepaalde maatregel het beste kan worden geborgd.

32. Art. 19j lid 1 Nbw.

33. Art. 7.35 Wm.

34. Art. 19j lid 2 Nbw.

35. Art. 19j lid 3 juncto 19g lid 1 Nbw.

36. Art. 7.2a lid 1 Wm.

37. ABRvS 25 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1621.

38. ABRvS 31 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY1743; zie ook ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3444, betreffende een voorwaardelijke verplichting tot verwijdering van exoten uit bosgebied ter mitigatie van stikstoftoename.

3.3. De passende beoordeling

3.3.1. Het belang van de passende beoordeling

De passende beoordeling vervult een essentiële rol binnen de Nbw. Het belang van de passende beoordeling is onder meer door het Hof van Justitie onderstreept in het Kokkelvisserij-arrest. Uit dit arrest volgt dat op grond van een passende beoordeling pas toestemming voor een plan of project kan worden verleend als op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van dit gebied in gevaar kunnen brengen, zijn geïnventariseerd. Er kan dan slechts toestemming voor deze activiteit worden verleend wanneer de zekerheid is verkregen dat de activiteit geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied. Dit is het geval wanneer er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat er geen schadelijke gevolgen zijn.³⁹

Het is essentieel om ten behoeve van de passende beoordeling uit te gaan van de juiste informatie. De Afdeling heeft het eerder genoemde bestemmingsplan voor het windpark Den Tol Netterden ook vernietigd, omdat voor een in Duitsland gelegen Natura 2000-gebied niet de juiste gegevens waren gebruikt.⁴⁰ Ten eerste was voor het bepalen van de instandhoudingsdoelstellingen van dit gebied uitgegaan van het verkeerde document. Ter zitting erkende de gemeenteraad dat de instandhoudingsdoelstelling ontleend moest worden aan het zogeheten *Ma nahmenkonzept für das EU-Vogelschutzgebiet Unterer Niederrhein* en dat niet de juiste, voor sommige soorten te lage, instandhoudingsdoelstellingen waren vermeld in de passende beoordeling. Ten tweede was de aangenomen afstand tussen windpark en natuurgebied onjuist. In het ecologisch onderzoek was een afstand van 500 meter tussen het windpark en het Natura 2000-gebied aangenomen, maar de Afdeling stelde deze afstand vast op 265 meter. Het gebruik van verkeerde gegevens ten behoeve van de passende beoordeling kan dus aanleiding zijn tot vernietiging van een Nbw-vergunning of planologisch besluit.

3.3.2. ONRIS-criterium

De beoordeling van de effecten voor de habitat en soorten moet steeds per geval door een ecooloog worden onderzocht, waarbij in zijn algemeenheid niet kan worden teruggevallen op bepaalde vaste criteria voor de effectenbeoordeling.⁴¹ Dit is enkel anders bij toepassing van het zogeheten 1%-criterium van het ONRIS-comité. Dit criterium houdt in dat als een windturbinepark leidt tot minder dan

1% van de jaarlijkse natuurlijke sterfte van een soort er geen aantoonbaar effect is op de populatieomvang van de soort. Er treedt daarmee geen aantasting van de natuurlijke kenmerken op, ook niet als de desbetreffende populatie in een ongunstige staat van instandhouding verkeert of bij een kleine populatie.⁴² Dit criterium wordt al enige jaren aangevaard bij vogelsoorten.⁴³ Sinds de uitspraak van de Afdeling inzake het windturbinepark Sabinapolder is het criterium ook aangevaard bij andere diersoorten.⁴⁴

3.3.3. Instandhoudings- en beheersmaatregelen

In een passende beoordeling mag ook rekening worden gehouden met autonome, feitelijke ontwikkelingen die een positief effect hebben op habitatype en soorten die door het windturbinepark worden geraakt. Onder meer de uitspraak van de Afdeling inzake de wegbreiding van de A2 illustreert deze mogelijkheid om instandhoudings- en beheersmaatregelen te betrekken bij het bepalen wat de staat van de instandhoudingsdoelstellingen is.⁴⁵ Recent is door de Afdeling bevestigd dat het betrekken van feitelijke ontwikkelingen, zoals autonome instandhoudingsmaatregelen, in de beoordeling van de effecten van een project of plan in beginsel mogelijk is indien met voldoende zekerheid vaststaat dat de maatregelen daadwerkelijk worden uitgevoerd.⁴⁶ Dergelijke maatregelen worden niet opgenomen in een Nbw-vergunning voor het project zelf en houden ook geen verband met eventuele schadelijke gevolgen van de wegbreiding. Voorgaande maatregelen vormen dus geen mitigerende of compenserende maatregelen.

3.3.4. Mitigerende maatregelen

Het hiervoor kort genoemde *Briels*-arrest vormt een nieuw ijkpunt voor de nationale invulling van hetgeen als mitigerende dan wel compenserende maatregelen kan worden aangemerkt. Het Hof van Justitie moest zich buigen over de vraag van de Afdeling of de aanleg van nieuwe blauwgraslanden kon worden aangeduid als mitigatie. Het stond vast dat het project, zijnde de wegbreiding van de A2, negatieve gevolgen voor de bestaande blauwgraslanden zou hebben en de natuurlijke kenmerken van het gebied kon aantasten. Het Hof van Justitie wees op het voorzorgsbeginsel uit art. 6 Habitatrictlijn op grond waarvan een bestuursorgaan toestemming voor een project moet weigeren, wanneer nog niet de zekerheid is verkregen dat er geen effecten zijn die de natuurlijke kenmerken

39. ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684.

40. ABRvS 25 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1621.

41. ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3434; ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9238.

42. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215; ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9250.

43. ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9250, ABRvS 7 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7591.

44. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438.

45. ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2848; ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1694.

46. ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:170.

van het gebied kunnen aantasten. Deze zekerheid is pas verkregen indien de beoordeling van het project geen leemten vertoont en volledige, precieze en definitieve conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van het project voor het betrokken beschermde gebied wegnemen. Bij de hiervoor beschreven beoordeling kunnen de beschermingsmaatregelen waarmee de schadelijke gevolgen voor een Natura 2000-gebied worden gecompenseerd niet in aanmerking worden genomen, maar mitigerende maatregelen kunnen in die beoordeling wel worden betrokken. Het Hof van Justitie concludeerde uiteindelijk dat het vervangen van de blauwgraslanden een compenserende maatregel was. Bij het oordeel dat sprake was van compenserende maatregelen achtte het Hof van Justitie van belang dat de aanleg van nieuwe blauwgraslanden geen significante effecten voorkwam, maar dergelijke effecten nadien compenseerde. Ook wees het Hof van Justitie erop dat de effecten van de aanleg achteraf pas duidelijk zouden zijn.⁴⁷

Voor windturbineparken zijn evident mitigerende maatregelen bijvoorbeeld het veranderen van de opstelling van de windturbines, lagere (of juist hogere) windturbines en het toepassen van een stilstandvoorziening. Dergelijke maatregelen voorkomen bij de bron, namelijk het windturbinepark, dat een bepaald effect zal optreden. Andersoortige maatregelen kunnen niettemin ook nog mitigatie vormen, mits op juiste wijze gerealiseerd. De hiernavolgende uitspraken illustreren deze mogelijkheid.

Door de Afdeling is aanvaard dat het verlies van foerageergebied van een soort buiten het Natura 2000-gebied kan worden gemitigeerd door aanleg van nieuw leefgebied buiten het Natura 2000-gebied.⁴⁸ Ook is door de Afdeling geaccepteerd dat verlies van leefgebied binnen een Natura 2000-gebied met nieuw leefgebied binnen hetzelfde gebied wordt gemitigeerd.⁴⁹ Laatstgenoemde uitspraak betrof een Nbw-vergunning met een mogelijke aantasting van vogelsoorten door het verdwijnen van een deel van hun leefgebieden. Een dergelijke aantasting kan leiden tot een afname van de draagkracht van het gebied voor deze soorten en daarmee tot een afname van de omvang van de populaties. Met de aanleg van nieuw leefgebied voorafgaand aan de uitbreiding van het recreatieterrein werd beoogd de omvang en draagkracht van het leefgebied te behouden. Gelet hierop was de Afdeling van oordeel dat de maatregel in dit geval als een mitigerende maatregel kan worden aangemerkt. Hiervoor was van belang dat de locaties gelegen zijn binnen hetzelfde Natura 2000-gebied.

Het is echter niet mogelijk om het verlies van leefgebied binnen een Natura 2000-gebied te mitigeren met nieuw leefgebied buiten het Natura 2000-gebied. Bij de aanleg en inrichting van een hoogwa-

tergeul ging leefgebied van de roerdomp en de grote karekiet verloren.⁵⁰ Daarbij was opgenomen dat het eerste deel van het nieuwe leefgebied functioneel moest zijn voordat een aanvang kon worden genomen met de werkzaamheden die tot een aantasting zouden leiden. De Afdeling achtte de realisatie van het vervangende leefgebied niet gericht te zijn op het voorkomen of verminderen van schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, reeds omdat de aantasting van het bestaande broed- en leefgebied plaatsvond binnen het Natura 2000-gebied en de maatregelen getroffen werden buiten dit gebied. Hiermee was geen sprake van een mitigerende maatregel. Aan het voorgaande deed niet af dat was geborgd dat het nieuwe leefgebied gereed en functioneel moest zijn voordat verlies van het bestaande leefgebied optrad.

Hoewel het voor windturbineparken minder vaak relevant zal zijn, moet er toch op worden gewezen dat het verlies van beschermd habitatype vooralsnog niet is te mitigeren. De beschikbare uitspraken van de Afdeling die zijn verschenen sinds het arrest *Briels* geven de indicatie dat verlies van habitatype altijd leidt tot de conclusie dat geen sprake is van mitigatie.⁵¹ Bij de plaatsing van windturbines binnen een Natura 2000-gebied moet dan ook rekening worden gehouden met eventueel aanwezig beschermd habitatype.

3.3.5. Cumulatieve effecten

Er moet ook worden gekeken naar mogelijke cumulatie met andere projecten of plannen. Een cumulatieve beoordeling kan echter achterwege blijven als het te vergunnen project zelf geen effecten heeft.⁵² De Afdeling heeft voorts geoordeeld dat bij de cumulatieve effectbeoordeling nog geen rekening hoeft te worden gehouden met plannen. Er hoeft slechts rekening te worden gehouden met de cumulatieve effecten van andere projecten waarvoor een Nbw-vergunning is verleend, maar welke projecten nog niet zijn gerealiseerd. Daarbij neemt de Afdeling aan dat de effecten van vergunde en gerealiseerde projecten al zijn verdisconteerd in het bepalen van de huidige situatie. Verder hoeft er geen rekening te worden gehouden met nog niet vergunde projecten, aangezien het niet zeker is dat dergelijke projecten een vergunning zullen verkrijgen en zij daarmee zijn aan te merken als een onzekere toekomstige gebeurtenis.⁵³ Deze cumulatieve verplichting is vooral van belang nu in de komende jaren een groot aantal windturbines op land (en op zee) wordt gerealiseerd.⁵⁴

50. ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:345.

51. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4632; ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4630.

52. ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:166.

53. ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1312.

54. Zie bijvoorbeeld de gebieden aangewezen in de Structuurvisie windenergie op land, *Kamerstukken II* 2013/14 33612, nr. 23; E.M.N. Noordover & A. ten Veen, 'Gaan de wiken sneller draaien met de Structuurvi-

47. HvJ 15 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:330.

48. ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3884.

49. ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3194.

3.3.6. Monitoring

In aansluiting op het voorgaande is het voor de beoordeling van de effecten van belang dat ecologen regelmatig vaststellen dat geen wetenschappelijke zekerheid bestaat over de effecten van een windpark. Dit kan het gevolg zijn van het ontbreken van voldoende onderzoeksgegevens bij bijvoorbeeld windturbineparken of bij de desbetreffende soorten. Het kan echter mogelijk zijn om deze kennislacune in te vullen, mits afdoende tijd beschikbaar is voor onderzoek. De Afdeling onderkent dit ook, door toe te staan dat gedurende de exploitatiefase onderzoek wordt verricht naar de effecten van een windturbinepark op bepaalde soorten. Deze mogelijkheid is wel beperkt tot onzekerheden die resteren nadat redelijkerwijs afdoende onderzoek is verricht om de zekerheid te verkrijgen dat geen aantasting van de natuurlijke kenmerken optreedt. Als dan nog enige marge resteert in de te verwachten gevolgen van een project, kan daarin aanleiding liggen om een monitoringsysteem voor te schrijven. Een dergelijk systeem acht de Afdeling enkel aanvaardbaar indien *'deze marge een na de beoordeling van de significantie van de te verwachten gevolgen overblijvend overzienbaar restrisico betreft, de voorgeschreven monitoring ziet op dat risico en geen andere mogelijkheid bestaat om dat risico uit te sluiten.'*⁵⁵ Voor een specifiek project kan de mogelijkheid van een monitoringsprogramma uitkomst bieden ten behoeve van de Nbw-vergunningverlening, bijvoorbeeld bij toepassing van een stilstandsregeling.⁵⁶ Het toepassen van monitoring van de effecten kan echter een negatieve consequentie hebben. Gedurende de monitoring kunnen de effecten anders, mogelijk zelfs groter, zijn dan voorzien ten tijde van vergunningverlening. Andersom is uiteraard ook mogelijk dat effecten niet of minder optreden dan voorzien bij vergunningverlening. Dergelijke uitkomsten van monitoring zouden aanleiding tot wijziging van een Nbw-vergunning kunnen zijn ten voordele dan wel ten nadele van het windturbinepark.

4. Conclusie

Bij de realisatie van windturbines moet rekening worden gehouden met eventuele effecten voor ecologie vanwege de mogelijkheid van een vergunningplicht onder de Nbw. Ook als wordt ingeschat dat een dergelijke vergunningplicht niet zou bestaan dan wel een vergunning verleend kan worden zonder een passende beoordeling, kan het aan te raden zijn toch voor een vergunning gebaseerd op een passende beoordeling te gaan. De ecologische effecten van windturbines vormen namelijk vaak een aandachtspunt in procedures tegen deze

projecten en de afwezigheid van een Nbw-vergunning leidt dan tot vraagtekens en mogelijk handhavingsverzoeken gedurende de exploitatie. Daarbij zorgen de eisen aan het ecologische onderzoek er snel voor dat twijfel ontstaat over de conclusies omtrent de afwezigheid van enige effecten voor een Natura 2000-gebied en heeft een procedure over de afwezigheid van een vergunning dus significante risico's. Dit is mede de consequentie van de blijvende ontwikkeling in dit rechtsgebied, zoals het Europese arrest *Briels* aantoont voor de mogelijkheid om maatregelen aan te duiden als mitigerend. Dit arrest en de nationale uitleg daarvan heeft tot gevolg dat de ADC-toets, meer dan voorheen, in de praktijk gebruikt moet gaan worden. Aangezien met deze toets nog weinig ervaring is opgedaan, rijst de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan. Het lijkt in ieder geval mogelijk om de opwekking van windenergie onder omstandigheden aan te duiden als een dwingende reden. Voorts biedt de Afdeling weer ruimte voor vergunningverlening zonder ADC-toets door de mogelijkheid om instandhoudings- en beheersmaatregelen te betrekken in de passende beoordeling. Verder zijn er voor windturbineparken verschillende mitigerende maatregelen denkbaar die de conclusie van de afwezigheid van aantasting van de natuurlijke kenmerken kunnen dragen, zoals een stilstandsregeling. Hier ligt echter een spanningsveld tussen hetgeen ecologisch nodig is en de mogelijke nadelige consequenties daarvan voor de exploitatie van een windturbinepark, aangezien te treffen maatregelen zullen leiden tot een verlaging van de opbrengst. Er dient dan ook gezocht te worden naar de balans tussen het beperken van de ecologische effecten en de beoogde opwekking van windenergie.

sie wind op land?', *BR* 2013/89.

55. ABRvS 30 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2174; ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684.

56. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.