

# Windturbines en ecologie: soortenbescherming (II)

mr. E.M.N. Noordover & mr. C.M. Walgemoed<sup>1</sup>

De realisatie en exploitatie van windturbineparken op land kunnen effecten hebben op beschermde dier- en plantensoorten. In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift is ingegaan op de consequenties van het gebiedsbeschermingsregime van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw) voor windturbineparken.<sup>2</sup> In deze bijdrage wordt het soortenbeschermingsregime van de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) besproken. Waar de gebiedsbescherming uit de Nbw ziet op de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden, betreft de soortenbescherming van de Ffw de mogelijke gevolgen van een activiteit voor individuele dieren en planten.

Dit artikel biedt zowel een kort algemeen kader van de verkrijging van een ontheffing onder de Ffw als een overzicht van voor windturbineparken relevante ontwikkelingen. Eerst wordt ingegaan op de vaststelling van bij windturbineparken mogelijke overtredingen en de ontheffingverlening daarvoor. Vervolgens komt de ingevoerde vrijstelling voor windturbines van het verbod op niet-opzettelijk doden en verwonden ter sprake. Daarna komen de mogelijke mitigerende en compenserende maatregelen in het kader van de Ffw aan bod, waarna wordt gekeken naar de gevolgen van de Ffw voor planologische besluiten. Vanwege de aanstaande inwerkingtreding van de nieuwe Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) per 1 januari 2017 wordt kort gekeken naar voor windturbineparken relevante veranderingen in de soortenbescherming. Dit artikel rondt af met een conclusie.

## 1. Flora- en faunawet

In de hiernavolgende onderdelen wordt ingegaan op de consequenties van de Ffw voor een windturbinepark. Eerst wordt het ontstaan van een ontheffingsplicht besproken en daarna de mogelijkheid ontheffing te verlenen.

### 1.1. Ontheffing voor een windturbinepark

Zowel de aanleg als het in gebruik hebben van een windturbinepark kan een overtreding van een verbodsbepaling uit de Ffw veroorzaken. In dat geval is een ontheffing voor het windturbinepark noodzakelijk, tenzij een vrijstelling bestaat.<sup>3</sup> Deze systematiek van de Ffw kan vereenvoudigd schematisch worden weergegeven:

Onderdelen van dit stroomschema worden hierna nader uiteengezet (zie bovenaan pagina 187).

#### 1.1.1. Wanneer kan een overtreding plaatsvinden?

Voor een overtreding moet eerst sprake zijn van een plantensoort of diersoort beschermd onder de Ffw. Een plantensoort is beschermd onder de Ffw als deze soort, kort gezegd, als zodanig is aangewezen bij het Besluit aanwijzing dier- en plantensoorten Flora- en faunawet (hierna: Aanwijzingsbesluit).<sup>4</sup> Als beschermde diersoort zijn aangewezen, wederom kort gezegd, alle van nature voorkomende zoogdieren en vogels, behoudens gedomesticeerde dieren, amfibieën, reptielen en vissen, tenzij vallende onder de Visserijwet 1963.<sup>5</sup> Verder zijn in het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (hierna: Vrijstellingsbesluit) nog andere soorten aangewezen als beschermd, onder andere vlinders en mieren.<sup>6</sup> Een dier- of plantensoort die valt binnen voornoemde aanwijzingen, is dus beschermd onder de Ffw.

Niettemin biedt de zogeheten zorgplicht uit de Ffw een aanvullende bescherming voor alle in Nederland aanwezige soorten. Op grond van deze plicht neemt eenieder voldoende zorg in acht voor de in het wild levende dieren en planten, waaronder voor hun directe leefomgeving.<sup>7</sup> Deze zorg houdt in ieder geval in dat, verkort weergegeven, elk handelen of nalaten met nadelige gevolgen voor flora en fauna

1. Erwin Noordover en Neeltje Walgemoed zijn advocaat bij Stibbe Advocaten en gespecialiseerd in het omgevingsrecht. In de dagelijkse praktijk houden zij zich onder meer bezig met het adviseren van en procederen over de realisatie van windturbineparken.  
2. E.M.N. Noordover, 'Windturbines en Ecologie: Gebiedsbescherming', *NTE* 2016, nr. 1, p. 4-11.  
3. Hetgeen kan bij zowel het lichte als het uitgebreide beschermingsregime.

4. Art. 3, lid 1 Ffw juncto art. 2 Aanwijzingsbesluit.  
5. Art. 4, lid 1 Ffw.  
6. Art. 4, lid 2 Ffw juncto art. 4 Aanwijzingsbesluit juncto bijlage 2 Aanwijzingsbesluit.  
7. Art. 2, lid 1 Ffw.



achterwege moet worden gelaten, dan wel maatregelen moeten worden genomen om de gevolgen te beperken of te voorkomen.<sup>8</sup> Deze zorgplicht is dus niet beperkt tot de als beschermd aangewezen planten- en diersoort. Verder is het niet mogelijk van dit verbod een ontheffing te verlenen. Bij de ontheffingverlening voor andere verboden wordt vanuit het bevoegd gezag in de praktijk weleens naar voren gebracht dat de zorgplicht ook blijft gelden voor handelingen waarvoor een ontheffing is verleend. Ook is in de praktijk weleens het standpunt ingenomen dat vanwege de zorgplicht verdergaande maatregelen noodzakelijk zijn dan strikt nodig voor verlening van een ontheffing, omdat anders toch nog een overtreding van de zorgplicht zou optreden. Uit het wettelijk kader voor de ontheffingverlening volgt echter niet dat de zorgplicht betrokken moet worden. Ook geeft de wetsgeschiedenis bij de Wnb aanleiding voor het standpunt dat de zorgplicht niet moet worden betrokken in de ontheffingverlening.<sup>9</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) heeft zich voornamelijk niet uitgelaten over de wijze waarop de zorgplicht doorwerkt in een ontheffing dan wel een handeling waarvoor ontheffing is verleend.

Of een handeling kan leiden tot een overtreding is dus eerst afhankelijk van de aanwezigheid van beschermde soorten. Deze aanwezigheid dient door deskundigen te worden bepaald, hetgeen veelal gebeurt door bezoek ter plaatse van het gebied en bureauonderzoek.<sup>10</sup> Ter illustratie wordt gewezen op de uitspraak inzake windturbinepark Noord-oostpolder.<sup>11</sup> Volgens appellanten zouden zeearenden vanwege migratie tussen twee natuurgebieden ook het windturbinepark doorkruisen. De Afdeling gaat daar niet in mee, omdat (i) het gebied waarin de zeearenden leven afdoende voedsel heeft en (ii) het windturbinepark op ruim 20 kilometer van dit gebied ligt. Vanwege deze omstandigheden is 'niet aannemelijk dat dit broedpaar meer dan uiterst incidenteel in de omgeving van het windturbinepark' komt. Mede hierdoor is de aanvaringskans verwaarloosbaar klein, waarmee een uitzonderlijk kleine sterftekans bestaat en geen ontheffing hoeft te worden aangevraagd. Oftewel, als een soort niet

voorkomt in een gebied en dus geen overtreding kan plaatsvinden, is er ook geen ontheffing nodig.

### 1.1.2. Overtreding van het verbod op doden of verwonden

Het meest sprekende verbod dat door de exploitatie van windturbines kan worden overtreden, is het verbod op het doden of verwonden van beschermde inheemse diersoorten. Van dit verbod dient vaak een ontheffing te worden verkregen vanwege mogelijke slachtoffers onder vogel- en vleermuissoorten.

In procedures tegen ontheffingen wordt regelmatig beoordeeld of op juiste wijze is omgegaan met een mogelijke overtreding van het verbod op doden of verwonden. De ontheffing voor het windpark Wieringermeer is bijvoorbeeld door de Afdeling vernietigd, omdat de staatssecretaris ten onrechte had geweigerd een ontheffing te verlenen voor het doden van trekvogels.<sup>12</sup> Bij de beoordeling van de aanvraag is door de staatssecretaris onderscheid gemaakt tussen vogels die een binding hebben met de Wieringermeer en trekvogels. Voor trekvogels heeft de staatssecretaris verschillende omstandigheden naar voren gebracht op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat voor trekvogels geen ontheffing nodig zou zijn. De Afdeling gaat niet mee in het standpunt van de staatssecretaris. Uit de aanvraag blijkt de hoeveelheid jaarlijkse aanvaringslachtoffers en de door de staatssecretaris genoemde omstandigheden vormen geen grond om minder slachtoffers aan te nemen.

Vervolgens wijst de Afdeling op de uitspraak inzake windpark Sabinapolder.<sup>13</sup> Uit deze uitspraak volgt dat elke doding van een beschermde inheemse diersoort, al dan niet voorzienbaar dan wel incidenteel, een overtreding van de Ffw betreft waarvoor een ontheffing moet worden verkregen. In het licht van deze uitspraak is de staatssecretaris ten onrechte tot de conclusie gekomen dat ten aanzien van de trekvogels geen overtreding plaats zal vinden. De Afdeling concludeert dan ook dat de weigering van de ontheffing onterecht was.

Uit voornoemde uitspraken blijkt dat bij de vaststelling of een overtreding optreedt het er niet toe

8. Art. 2, lid 2 Ffw.

9. Kamerstukken II 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 68 en 69.

10. Zie bijv. ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702.

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

12. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228.

13. ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1284.

doet of een doding voorzienbaar dan wel incidenteel is. Elke doding veroorzaakt door een windturbine vormt een overtreding van het verbod en is dus ontheffingsplichtig.<sup>14</sup>

### 1.1.3. Andere relevante overtredingen

Hoewel bij de realisatie van windturbineparken vooral overtredingen gedurende de exploitatiefase onder de loep liggen, moet niet worden vergeten dat ook gedurende de bouwfase overtredingen kunnen optreden. Voor de bouw van een windturbinepark en bijbehorende voorzieningen dient bijvoorbeeld rekening te worden gehouden met beschermde plantensoorten. Het is namelijk verboden om beschermde inheemse plantensoorten onder andere te vernielen, beschadigen of op enigerlei andere wijze van hun groeiplaats te verwijderen.<sup>15</sup> Voor de realisatie van een windturbinepark moet dan ook worden nagegaan of op plekken waar grondwerkzaamheden plaats gaan vinden beschermde planten aanwezig zijn. Als deze planten aanwezig zijn en verwijderd (moeten) worden voor de realisatie van het windturbinepark, is sprake van een overtreding. Ook het uitsteken van planten met het doel ze te verplaatsen is namelijk een overtreding.<sup>16</sup> Ook het verbod op beschadigen of vernielen van nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen speelt regelmatig bij de realisatie van windturbineparken.<sup>17</sup> Volgens jurisprudentie valt onder het verstoren van vaste rust- of verblijfplaatsen niet het aantasten van foerageergebieden, tenzij deze gebieden samen vallen met de genoemde rust- of verblijfplaatsen.<sup>18</sup> Niettemin wordt een aantasting van foerageergebied tevens aangemerkt als het verstoren van vaste rust- of verblijfplaatsen als de ecologische functionaliteit van vaste rust- of verblijfplaatsen zodanig wordt verstoord, dat de desbetreffende soorten deze plaatsen om die reden zullen verlaten.<sup>19</sup> Voor vleermuizen kan dit het geval zijn als vliegroutes of foerageergebieden zodanig worden aangetast door de plaatsing van windturbines dat kort gezegd de vaste rust- of verblijfplaats wordt verlaten.<sup>20</sup>

## 1.2. De toetsingscriteria voor ontheffingverlening

Als een ontheffing nodig is voor een overtreding, is de mogelijkheid deze ontheffing te verlenen mede afhankelijk van het toepasselijk beschermingsregime. Een ontheffing kan sowieso enkel worden verleend als geen afbreuk wordt gedaan aan de

gunstige staat van instandhouding.<sup>21</sup> Als vervolgens sprake is van een soort die is genoemd in bijlage IV van de Habitatrichtlijn, beschermde vogels of soorten aangewezen via het Vrijstellingsbesluit, kan de ontheffing enkel worden verleend wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en met toepassing van één van de daartoe aangewezen belangen.<sup>22</sup> Door de Afdeling is overwogen dat bij de beoordeling van de verlening van een ontheffing sprake is van een dwingend en beperkt toetsingskader.<sup>23</sup> Deze drie criteria voor ontheffingverlening worden hierna nader uiteengezet.

### 1.2.1. Effecten op de gunstige staat van instandhouding

Voor het bepalen van de gevolgen voor de staat van instandhouding onder de Ffw kan het zogeheten 1%-criterium worden gebruikt. In het artikel over gebiedsbescherming is ook al ingegaan op dit criterium. Dit criterium houdt in dat een aanvullende doding van minder dan 1% van de jaarlijkse natuurlijke sterfte van de soort zodanig gering is dat aangenomen kan worden dat geen negatieve gevolgen voor de gunstige staat van instandhouding optreden. Dit criterium kan onder de Ffw worden toegepast voor zowel vogels als overige soorten, zoals vleermuizen.<sup>24</sup> Overigens is een overschrijding van het 1%-criterium niet zonder meer aan te duiden als een aantasting van een gunstige staat van instandhouding. In dat geval dient echter een nadere onderbouwing te worden gegeven van de gevolgen voor de staat van instandhouding.

Om de gevolgen voor de gunstige staat van instandhouding te kunnen bepalen, moet eerst de populatie van de soort in kaart worden gebracht. Ter illustratie is bijvoorbeeld ten aanzien van drie meeuwsorten de populatie op landelijk niveau bekeken. Dit was namelijk het leefgebied van deze soorten met een actieradius van 200 kilometer.<sup>25</sup> Bij het bepalen van de gevolgen voor een soort kan de trend van de populatie van belang zijn, maar een dalende trend leidt op zichzelf nog niet tot een ongunstige staat van instandhouding van de soorten.<sup>26</sup>

Voor het opschalen van een windturbinepark kan worden gekeken naar een uitspraak van de Afdeling over een ontheffing voor een hoogspanningsverbinding, waarbij een bestaande verbinding wordt vervangen. Voor de gevolgen voor de staat van instandhouding is gekeken naar de additionele draadslachtoffers door de nieuwe verbinding. De

14. ABRvS 17 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438.

15. Art. 8 Ffw.

16. ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5277.

17. Art. 11 Ffw.

18. ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4908.

19. ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1099; ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2464.

20. ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2938.

21. Art. 75, lid 5 Ffw; zie definitie art. 1, sub i Habitatrichtlijn en ABRvS 1 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7500 voor toepassing Vogelrichtlijn.

22. Art. 75, lid 6 Ffw; zie bijv. ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5277 waarin dit beschermingsregime niet van toepassing was op de betrokken soorten.

23. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9455.

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

25. Rb. Noord-Holland 11 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2774.

26. ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2266.

Afdeling aanvaardt deze systematiek en stelt dat de staat van instandhouding van de betrokken soorten ten tijde van de aanvraag om ontheffing mede wordt bepaald door de gevolgen die de bestaande verbinding voor de vogelsoorten heeft.<sup>27</sup> Bij de opschaling van een bestaand windturbinepark mag dan worden aangenomen dat slachtoffers die vallen in het bestaande park verdisconteerd zijn in de staat van instandhouding en er enkel hoeft te worden gekeken naar een eventuele toename van de slachtoffers.

### 1.2.2. Geen andere bevredigende oplossing

Een ontheffing voor een windturbinepark kan enkel worden verleend indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat met het oog op de daartoe aangewezen belangen. Op de belangen wordt in het volgende onderdeel ingegaan. Ten aanzien van alternatieve oplossingen moet worden gekeken naar alternatieven voor hetgeen met het uit te voeren project wordt beoogd. De Afdeling heeft aanvaard dat het bepalen van een andere bevredigende oplossing moet worden afgezet tegen het doel van de ingreep.<sup>28</sup> Bij een project ten behoeve van een werkgelegenheidsbelang werd bijvoorbeeld gekeken naar het doel om bestaande kanalen voor turfvaart weer bevaarbaar te maken. Het graven van een nieuw kanaal sloot niet aan bij deze doelstelling en vormde daarom geen andere bevredigende oplossing.<sup>29</sup> Door de Afdeling is bij de verlening van een ontheffing voor drie windturbines ook gekeken naar mogelijke alternatieve oplossingen voor de gekozen locatie. Mede vanwege het beleidsmatig aanwijzen van de gekozen locatie, de windrijke omstandigheden aldaar, een hogere kostprijs voor windenergie op andere locaties en het ontbreken van ecologisch betere alternatieve locaties voor exploitatie blijft de ontheffing voor de gekozen locatie in stand. De door de appellatant nog aangewezen locaties in een notitie betreffen geen alternatieve locaties, maar locaties die ook ten behoeve van windenergie gerealiseerd gaan worden.<sup>30</sup>

### 1.2.3. Grondslag voor de ontheffing

Om een ontheffing te verlenen moet uiteindelijk één van de daartoe aangewezen belangen van toepassing zijn.<sup>31</sup> Welke belangen kunnen worden gebruikt, is afhankelijk van de soort waarvoor ontheffing wordt verleend. De Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn bevatten namelijk geen gelijklopende bepalingen ten aanzien van de te gebruiken belangen voor ontheffingverlening.<sup>32</sup> Voorheen

heeft Nederland meer belangen aanvaard om ontheffing te verlenen, maar enkele jaren geleden is voor Vogelrichtlijnsoorten een aantal belangen komen te vervallen. Voorts moet onderscheid worden gemaakt tussen nationale verbodsbepalingen en verbodsbepalingen uit Europese richtlijnen. Voor een nationaal verbod kunnen ook belangen die niet zijn opgenomen in de richtlijnen worden gebruikt. Andersom mogen nationale belangen niet gebruikt worden voor het verlenen van ontheffing van Europese verboden.<sup>33</sup>

Bij de verlening van een ontheffing voor drie windturbines voor het doden of verwonden van vleermuizen is als belang aangevoerd een dwingende reden van groot openbaar belang, met inbegrip van sociale of economische aard. Dit betreft dus de toepassing van een belang onder de Habitatrichtlijn. De Afdeling heeft eerder overwogen dat de mogelijkheid om ontheffing te verlenen van de verbodsbepalingen bij soortenbescherming uit de Habitatrichtlijn restrictief moet worden uitgelegd. In het licht van deze restrictieve uitleg moet de toepassing van een dwingende reden van groot openbaar belang overtuigend worden aangetoond.<sup>34</sup> Voorts dient dit belang te worden afgewogen tegen het belang tot behoud van de desbetreffende soort.<sup>35</sup> De Afdeling heeft uiteindelijk aanvaard dat dit belang wordt gebruikt voor verlening van een ontheffing voor een windturbinepark.

Ter motivering van de dwingende reden van groot openbaar belang is gewezen op het behalen van de Europese en nationale doelstellingen voor duurzame energieproductie en de vermindering van afhankelijkheid van fossiele brandstoffen die uit politiek instabiele regio's komen.<sup>36</sup> Gezien deze motivering moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat doelstellingen voor duurzame energieproductie worden behaald en als motivering komen te vervallen. De realisatie van windturbines kan dan nog steeds een dwingende reden van groot openbaar belang zijn, bijvoorbeeld vanwege een regionaal werkgelegenheidsbelang dan wel het leveren van een bijdrage aan de Nederlandse economie een dwingende reden van groot openbaar belang kan zijn.<sup>37</sup>

Bij de ontheffing voor het windturbinepark Wieringermeer van het verbod om vogels te doden zijn de belangen van volksgezondheid en openbare veiligheid, de dwingende redenen van groot openbaar belang en is de bescherming van flora en fauna aangevoerd. Dit betreft de toepassing van deze be-

---

van groot openbaar belang in de Flora en faunawet. Een analyse van deze ontheffingsgrond naar aanleiding van recente jurisprudentie', *TBR* 2014/7.

33. ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215; ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446.

34. ABRvS 15 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AA9523.

35. Zie ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2231 met verwijzing naar HvJ 10 mei 2007, ECLI:NL:XX:2007:BG2468.

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

37. ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2231; ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3968.

27. ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:465.

28. ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:335.

29. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:425.

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

31. Art. 2 Vrijstellingsbesluit.

32. Zie ook F. Onrust, A. Drahmman, 'Dwingende redenen

langen uit de Vogelrichtlijn bij een ontheffing voor een windturbinepark. Als motivering is aangevoerd dat de realisatie van windturbines klimaatverandering voorkomt en de elektriciteitsvoorziening borgt. De Afdeling heeft dit aanvaard.<sup>38</sup> Kortom, zowel voor vogels als andere beschermde soorten is het mogelijk om ontheffingen voor windturbines te verlenen met toepassing van de daartoe aangewezen belangen.

### 1.3. Vrijstelling voor windturbineparken en hoogspanningsverbindingen

Het nationale verbod op doden en verwonden is breder geformuleerd dan het verbod in de Europese richtlijnen.<sup>39</sup> De Europese richtlijnen verbieden namelijk enkel het opzettelijk doden en verwonden, terwijl het nationale verbod geen onderscheid maakt tussen al dan niet opzettelijk doden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het opzetsvereiste bewust niet is opgenomen in de verbodsbepaling.<sup>40</sup> Het onderscheid tussen opzettelijk en niet-opzettelijk overtreden van het verbod om te doden wordt ook bevestigd door de strafbaarstelling van dit verbod.<sup>41</sup> Sinds november 2015 is er een algemene vrijstelling in werking getreden voor het niet-opzettelijk doden of verwonden van beschermde inheemse diersoorten voor windparken en hoogspanningsverbindingen.<sup>42</sup> Het opzettelijk doden of verwonden van dieren is nog wel verboden.

Dit doet dus de vraag rijzen wanneer er sprake is van opzettelijk doden en dus wel een ontheffing nodig is. Bij de beantwoording van deze vraag speelt mee dat onder opzet ook voorwaardelijk opzet valt. Van voorwaardelijk opzet is sprake wanneer 'iemand zich willens en wetens de geenszins te verwaarlozen kans aanvaardt dat er dieren worden gedood'.<sup>43</sup> De werking van de vrijstelling kan als volgt schematisch worden weergegeven (zie schema bovenaan pagina 191):

Overigens heeft de Afdeling al een enkele keer een invulling moeten geven van het opzets-criterium. Bij de toepassing van elektrovisserij op aal oordeelde de Afdeling dat het onvermijdelijk was dat ook andere vissen door het elektrovisseren werden verdoofd en boven kwamen drijven. Hieraan deed niet af dat de verdoving slechts tijdelijk was, aangezien ook een tijdelijke verdoving leidt tot verontrusting van de vissen.<sup>44</sup> Bij de invulling van voorwaardelijk opzet kan ook worden gekeken naar de jurisprudentie daarover, waarbij de Hoge Raad aangeeft dat

voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig is als 'de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat dat gevolg zal intreden. Het zal dan gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten'.<sup>45</sup> Kortom, voor de bruikbaarheid van de vrijstelling is een nadere afbakening van het (voorwaardelijk) opzets-criterium noodzakelijk. In de literatuur is al geopperd om het zekere voor het onzekere te nemen en bij aannemelijke slachtoffers ontheffing te verlenen en niet een positieve afwijzing te geven dan wel te verwijzen naar de vrijstelling.<sup>46</sup> Dit is ook van belang, aangezien onder de nieuwe Wnb ook het opzetscriterium gaat gelden (zie verderop in dit artikel).

### 1.4. Mitigatie & compensatie

Om een overtreding te voorkomen dan wel geen afbreuk te doen aan de gunstige staat van instandhouding kunnen mitigerende of compenserende maatregelen als voorschrift worden verbonden aan een ontheffing. Een overtreding wordt bijvoorbeeld voorkomen als conform een ecologisch werkprotocol wordt gehandeld.<sup>47</sup> Er moet overigens onderscheid worden gemaakt tussen mitigerende en compenserende maatregelen ten behoeve van de Ffw of de Nbw. Met toepassing van mitigerende maatregelen kan een overtreding onder de Ffw worden voorkomen, zodat geen ontheffingsplicht bestaat. Onder de Nbw worden mitigerende maatregelen betrokken bij de verlening van een Nbw-vergunning. Bij de Ffw-ontheffing kunnen vervolgens compenserende maatregelen worden getroffen om een gunstige staat van instandhouding te borgen, terwijl bij de Nbw-vergunning pas aan compensatie wordt toegekomen bij de zogeheten ADC-toets.<sup>48</sup> Kortom, weliswaar kennen beide regimes mitigerende en compenserende maatregelen, maar de toepassing is niet gelijk.

Het is van belang de maatregelen goed te borgen. Ter illustratie een uitspraak over een ontheffing van het verbod om nesten van de steenuil te verstoren, waarin de Afdeling oordeelt dat niet met alle aanwezige nesten rekening is gehouden. Het wel aan de ontheffing verbonden voorschrift is onvoldoende, doordat maar één nest wordt beschermd en het andere aanwezige nest deze bescherming niet heeft. Ook is niet geborgd dat te treffen maatregelen worden gerealiseerd voordat wordt begonnen met de woningbouw. De Afdeling voorziet vervolgens zelf in de zaak door aan de ontheffing voorschriften te verbinden ter voorkoming van de mogelijke overtredingen.<sup>49</sup>

38. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1227.

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

40. *Kamerstukken II* 1995/96, 23 147 nr. 7, p. 45.

41. Art. 1a, sub 2 juncto art. 2, lid 1 Wet economische delicten, zie ook ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1284.

42. Art. 16ga Vrijstellingsbesluit.

43. *Stb.* 2015, 324.

44. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438; ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4207.

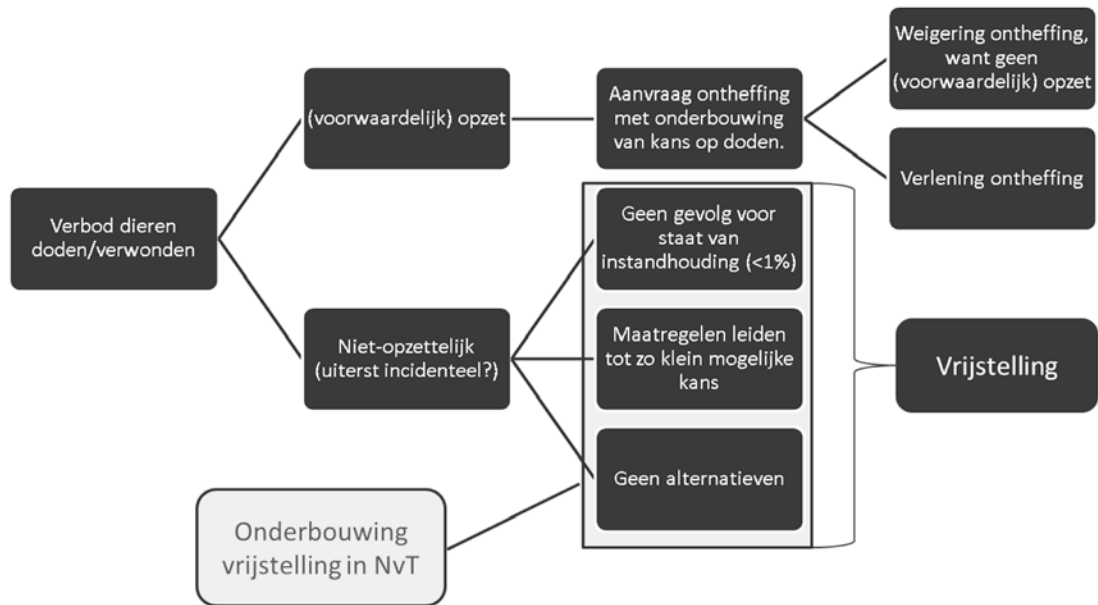
45. HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:657.

46. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1227, *JM* 2016/99 m.nt. L. Boerema.

47. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4024.

48. Zie over de ADC-toets E.M.N. Noordover, 'Windturbines en Ecologie: Gebiedsbescherming', *NTE* 2016/1, par. 3.1.4.

49. ABRvS 3 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2131.



Een overtreding kan dus voorkomen worden door het treffen van mitigerende maatregelen. Enkel maatregelen die zien op het voorkomen van overtredingen van een verbod kunnen worden betrokken bij de beoordeling of dat verbod wordt overtreden.<sup>50</sup> Een mogelijke mitigerende maatregel voor een windturbinepark is het instellen van een corridor voor specifieke soorten.<sup>51</sup> Andere mitigerende maatregelen kunnen zijn een stilstandvoorziening, al dan niet gecombineerd met een monitoringsverplichting.

Als ondanks het treffen van mitigerende maatregelen toch nog een overtreding optreedt, is nog steeds een ontheffing nodig.<sup>52</sup> Bij het verlenen van een ontheffing kunnen compenserende maatregelen worden om de gunstige staat van instandhouding te borgen. Met behulp van een compensatiegebied voorgeschreven in een ontheffing kan de gunstige staat van instandhouding van een soort worden geborgd.<sup>53</sup> De effectiviteit van de te treffen maatregel moet uiteraard wel afdoende worden onderbouwd.<sup>54</sup>

## 15. De Ffw bij een planologisch besluit

De Ffw is strikt genomen niet van toepassing bij de vaststelling van een planologisch besluit, zoals een bestemmingsplan of een inpassingsplan. Niettemin is in de jurisprudentie wel een standaardtoets ontwikkeld van de eventuele gevolgen van de Ffw voor de uitvoering van het bestemmingsplan of inpassingsplan:

*'De vragen of voor de uitvoering van het bestemmingsplan een vrijstelling geldt dan wel een ontheffing op grond van de Ffw nodig is en zo ja, of deze ontheffing kan worden verleend, komen in beginsel pas aan de orde in een procedure op grond van de Ffw. Dat doet er niet aan af dat de raad het plan niet heeft kunnen vaststellen, indien en voor zover hij op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat de Ffw aan de uitvoerbaarheid in de weg staat.'*<sup>55</sup>

Kort gezegd moet dus bij de vaststelling van een planologisch besluit rekenschap worden gegeven van de mogelijke noodzaak een ontheffing te verkrijgen en ook te kunnen verkrijgen. Hiervoor dient in ieder geval inzicht te bestaan in de aanwezigheid van beschermde soorten en de mogelijke overtredingen die kunnen plaatsvinden.<sup>56</sup> Bij de uitvoerbaarheidstoets heeft de Afdeling zelf ook gekeken naar de mogelijke toepasbaarheid van aan te voeren belangen, bijvoorbeeld vanwege jaarrond beschermde nesten.<sup>57</sup> Er is echter geen onderzoek nodig naar de mogelijke aanwezigheid van niet beschermde soorten waarvoor een algehele vrijstelling geldt.<sup>58</sup> Het is ook mogelijk om via een voorwaardelijke verplichting bij het bestemmingsplan te borgen dat bij de realisatie geen overtredingen plaatsvinden.<sup>59</sup>

## 2. De nieuwe Wet natuurbescherming

Op 1 januari 2017 treedt de nieuwe Wnb naar verwachting in werking. Deze wet vervangt de Ffw, de

50. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:438; ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8942.

51. ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1227.

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

53. ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2231.

54. ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:425.

55. ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1099; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702.

56. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1936.

57. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1936.

58. ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1099.

59. ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2722.

Nbw en de Boswet. Met de Wnb moeten de regels ter bescherming van de natuur worden vereenvoudigd waardoor deze makkelijker zijn toe te passen. In de volgende onderdelen wordt op hoofdlijnen ingegaan op relevante veranderingen van de soortenbescherming, het opzetvereiste en de overgang van bevoegdheid tot ontheffingverlening.

### 2.1. Wat verandert voor soortenbescherming ten opzichte van de Ffw?

De soortenbescherming onder de Wnb is in drieën verdeeld: ten eerste de soorten die beschermd worden door de Vogelrichtlijn,<sup>60</sup> ten tweede de soorten die beschermd worden door de Habitatrictlijn, het Verdrag van Bern en het Verdrag van Bonn<sup>61</sup> en tot slot de andere soorten.<sup>62</sup> Voor deze verschillende soorten hanteert de wet verschillende terminologieën en een verschillend beschermingsregime. Vooral de opzet en de plaatsing van deze soorten in verschillende paragrafen is anders. Hiervoor is gekozen omdat dit zou bijdragen aan de eenheid en transparantie van de wet.<sup>63</sup> Dit onderscheid heeft ook gevolgen voor de criteria op grond waarvan ontheffing verleend kan worden, waarmee wordt aangesloten bij de ontheffingscriteria uit de richtlijnen.

Het aantal soorten dat door de Wnb wordt beschermd neemt toe ten opzichte van het aantal dat door de Ffw beschermd wordt. Delen van de Verdragen van Bern en Bonn worden niet gedekt door de Richtlijnen en hierom heeft de wetgever deze delen nadrukkelijk in de Wnb geïmplementeerd.<sup>64</sup>

### 2.2. Wijzigingen in verboden

Het verbod op het beschadigen, vernielen, uithalen, wegnemen of verstoren van voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren<sup>65</sup> komt in de Wnb in uitgekledede vorm terug. De Wnb bepaalt voor vogels dat het verboden is opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.<sup>66</sup> Ten aanzien van de Habitatrictlijnsoorten is het verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van beschermde dieren te beschadigen of te vernielen.<sup>67</sup> Ten aanzien van de andere soorten komt dit verbod terug in de vorm van een verbod de vaste voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van deze dieren opzettelijk te beschadigen of te vernielen.<sup>68</sup> De verblijfplaatsen van dieren worden niet meer beschermd blijkt uit de genoemde artikelen, terwijl deze wel beschermd waren onder de Ffw. Op

dit uitgekledede verbod is al wat commentaar gekomen.<sup>69</sup>

Onder de Wnb is niet langer elke opzettelijke verstoring van een vogel verboden, maar alleen een opzettelijke verstoring die van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de vogelsoort in kwestie. Met deze wijziging ten opzichte van de huidige regelgeving is aangesloten bij de Vogelrichtlijn, waardoor minder snel sprake zal zijn van een overtreding.<sup>70</sup> Per geval kan het lastig zijn om te bepalen of een verstoring van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding.<sup>71</sup> De wetgever hoopt de kennis hierover te vergroten bij bedrijven, burgers en overheden zodat voor hen helder is wanneer sprake is van een verstoring die van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding.<sup>72</sup>

### 2.3. Andere soorten

De overige soorten genieten geen internationale bescherming. In onderdeel A van de bijlage bij de wet wordt opgesomd welke soorten beschermd zijn, een voorbeeld hiervan is de das.<sup>73</sup> Voor deze soorten zal geen verbod gelden om ze (opzettelijk) te verontrusten, wat onder de Ffw wel verboden was. Internationaal beschermde soorten genieten wel deze bescherming. Tevens is de grondslag voor ontheffingverlening voor de andere soorten anders dan die voor internationaal beschermde soorten. Ten aanzien van de andere soorten geeft de wet eerder de mogelijkheid om aan te nemen dat er noodzaak is een ontheffing of vrijstelling te verlenen. Deze noodzaak kan bijvoorbeeld ingegeven worden door de ruimtelijke inrichting of ontwikkelingen van gebieden.<sup>74</sup> Dit is een breed geformuleerde grond, waaronder ook de aanleg van een windpark begrepen kan worden.

### 2.4. Formulering van opzet

Om de verbodsbepalingen goed te laten aansluiten bij de formulering van de verboden in de richtlijnen wordt in de Wnb in bepaalde verbodsbepalingen een opzetvereiste opgenomen.<sup>75</sup>

De term 'opzet' is in de wet niet gedefinieerd. Wel wordt in de Memorie van Toelichting verwezen naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin is bepaald dat onder opzet ook voorwaardelijk opzet moet worden verstaan.<sup>76</sup> Dit betekent dat

60. Art. 3.1-3.4 Wnb.

61. Art. 3.5-3.9 Wnb.

62. Art. 3.10 en 3.11 Wnb.

63. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 348, nr. 3, p. 147.

64. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 348, nr. 3, p. 140-141.

65. Art. 11 Ffw.

66. Art. 3.1, tweede lid Wnb.

67. Art. 3.5, vierde lid Wnb.

68. Art. 3.10, eerste lid aanhef en onder b Wnb.

69. L. Boerema, 'Soortenbescherming in het wetsvoorstel Wet natuurbescherming', *JFF 2012-07*, p. 252.

70. Art. 5 sub d Vogelrichtlijn.

71. L. Boerema, 'Soortenbescherming in het wetsvoorstel Wet natuurbescherming', *JFF 2012-07*, p. 248.

72. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 348, nr. 3, p. 260.

73. ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:335, *JM 2016/71*, m.nt. L. Boerema.

74. Art. 3.10, tweede lid aanhef en onder a Wnb.

75. Art. 3.1, eerste lid, art. 3.5, eerste lid, en art. 3.10, eerste lid, aanhef en onder a Wnb; Art. 3.1, tweede lid en art. 3.10, eerste lid aanhef en onder b Wnb.

76. HvJ 30 januari 2002, zaak C-103/00 (Commissie tegen Griekenland), ro 36, 39, 43 e.v.; HvJ 18 mei 2006, zaak

iemand bij het verrichten van een handeling daarbij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat zijn gedragingen schadelijke gevolgen hebben voor een dier of een plant.<sup>77</sup> De wetgever lijkt bij deze vorm van opzet te willen aansluiten, maar dit is niet letterlijk uit de wet en de toelichting op te maken. In de Memorie van Antwoord schrijft de Minister dat onder opzet ook voorwaardelijk opzet moet worden begrepen.<sup>78</sup> Hoe dit begrip precies ingevuld moet worden zal de nodige discussie met zich brengen.<sup>79</sup> In het kader van het oprichten en in werking hebben van windturbines kan bediscussieerd worden wanneer de aanmerkelijke kans aanvaard wordt dat gedragingen schadelijke gevolgen hebben als onderzoek is verricht en maatregelen worden genomen. Onduidelijkheid over de invulling van het opzetbegrip zal er zeker zijn wanneer dit opzetvereiste ten aanzien van vogels gezien moet worden in combinatie met de staat van instandhouding van de soort. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft hierop dan ook de nodige kritiek geuit.<sup>80</sup>

effecten die deze soorten kunnen ondergaan. Bij windturbineparken is vooral aandacht voor het doden en verwonden van vogels en vleermuizen, waarbij thans alleen het (voorwaardelijk) opzettelijk doden en verwonden nog ontheffingsplichtig is. Ontheffingen zijn te verkrijgen door een beroep te doen op de verschillende daarvoor bestaande belangen uit de Habitat- en Vogelrichtlijn, mits de gunstige staat van instandhouding is geborgd en geen alternatieven aanwezig zijn. De bestaande systematiek wordt onder de nieuwe Wnb aan de ene kant versimpeld doordat geen nationale koppen meer bestaan bij de verbodsbepalingen, maar anderzijds ontstaan nieuwe vragen over het moment waarop overtredingen plaatsvinden. De praktijk moet straks leren werken met nieuwe verbodsbepalingen, waarvoor de provincies voor het eerst bevoegd gezag zijn. Gezien deze ontwikkelingen is aan te raden tijdig het traject voor verkrijging van een ontheffing te starten.

## 2.5. Overdracht bevoegdheid

In de Wnb worden de taken en bevoegdheden voor een groot deel neergelegd bij de provincies, waaronder de ontheffingverlening voor de soortenbescherming.<sup>81</sup> Gedeputeerde Staten van de provincie waar het project of de handeling wordt gerealiseerd of verricht zijn in beginsel bevoegd gezag. Voor gebiedsbescherming leidt deze bevoegdheidsverdeling niet tot een aanmerkelijke wijziging.<sup>82</sup> De Minister is ondanks deze overgang van bevoegdheid voor de genoemde ontheffing nog enige tijd bevoegd gezag.<sup>83</sup> De Minister blijft namelijk bevoegd tot het nemen van een besluit op aanvragen van ontheffingen van de Ffw die zijn ingediend voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Wnb en tot het beslissen op bezwaarschriften die betrekking hebben op die besluiten. De Minister zal wel op grond van het nieuwe recht de aanvraag of het bezwaarschrift beoordelen.

## 3. Conclusie

De realisatie en exploitatie van een windturbinepark kan leiden tot een overtreding onder de Ffw, waarvoor een ontheffing moet worden gekregen. Welke overtredingen optreden, is afhankelijk van de aanwezige beschermde soorten en de mogelijke

C-221/04 (Commissie tegen Spanje), ro. 71.

77. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 348, nr. 3, p. 137.

78. *Kamerstukken I* 2015/16, 33 348, D, p. 13.

79. M. Baneke, 'Ontwerp Wet natuurbescherming aangepast na forse kritiek Raad van State', *Vastgoedrecht* 2012-5, p. 120-121.

80. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 348, nr. 4, par.3.3.2.

81. Art. 1.3 Wnb.

82. M.M. Kaajan, 'Gebiedsbescherming in het wetsvoorstel natuur: oude wijn in nieuwe zakken?!', *M en R* 2011/181.

83. Art. 9.10, vierde lid Wnb.