

ECLI	ECLI:NL:RVS:2017:2742
Datum uitspraak	11 oktober 2017
Inhoudsindicatie	Bij besluit, waarvan op 16 maart 2017 is kennis gegeven in de Staatscourant, heeft de staatssecretaris aan Windcollectief en anderen ontheffingen verleend van het verbod in artikel 3.1 van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) om opzettelijk van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn te doden, met betrekking tot nader in het besluit aangegeven trekvogelsoorten.

Volledige tekst

201703352/1/R6.

Datum uitspraak: 11 oktober 2017

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak in het geding tussen:

Windcollectief Wieringermeer B.V., gevestigd te Middenmeer, gemeente Hollands Kroon, en
anderen
appellanten,

en

de staatssecretaris van Economische Zaken,
verweerder.

Procesverloop

Bij besluit, waarvan op 16 maart 2017 is kennis gegeven in de Staatscourant, heeft de staatssecretaris aan Windcollectief en anderen ontheffingen verleend van het verbod in artikel 3.1 van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) om opzettelijk van nature in Nederland in het wild levende vogels van soorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn te doden, met betrekking tot nader in het besluit aangegeven trekvogelsoorten.

Tegen dit besluit hebben Windcollectief en anderen beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 4 september 2017, waar Windcollectief en anderen, vertegenwoordigd door mr. M.M. Kaajan, advocaat te Amsterdam, [gemachtigden], en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. K.H. Klaver-Oldenbandringh, J.P.H. van der Sneppen en C.F.T. van Aalst, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Bij uitspraak van 4 mei 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:1227](#), heeft de Afdeling het besluit van de staatssecretaris van 8 oktober 2015, voor zover daarbij de aanvraag om ontheffing van de verbodsbepaling in artikel 9 van de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) voor de op pagina 5 van dat besluit genoemde vogelsoorten is geweigerd, vernietigd. Het bestreden besluit strekt tot herstel van het in die uitspraak geconstateerde gebrek.

Bevoegdheid staatssecretaris

2. De staatssecretaris betwist bij nader inzien, gelet op het overgangsrecht in de op 1 januari 2017 in werking getreden Wnb, dat hij bevoegd was om het bestreden besluit te nemen.

2.1. Artikel 3.1, eerste lid van de Wnb luidt:

"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."

Artikel 3.3, eerste lid, luidt:

"Gedeputeerde staten kunnen ontheffing verlenen van verboden als bedoeld in artikel 3.1 of artikel 3.2, zesde lid, ten aanzien van vogels van daarbij aangewezen soorten, dan wel ten aanzien van hun nesten, rustplaatsen of eieren."

Artikel 9.10 luidt:

"1. De op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet aanhangige procedures tot het nemen van een besluit krachtens de Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet of de Boswet, zijn aanhangig in de staat waarin zij zich op dat moment bevinden en worden vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens deze wet behandeld.

2. De op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet aanhangige bezwaarschriften die betrekking hebben op het nemen van een besluit krachtens de Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet of de Boswet, zijn aanhangig in de staat waarin zij zich op dat moment bevinden en worden vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens deze wet behandeld.

3. Beroepszaken, gericht tegen besluiten krachtens de Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en faunawet of de Boswet die zijn bekendgemaakt voor het tijdstip van

inwerkingtreding van deze wet, worden behandeld en beslist overeenkomstig de bepalingen van die desbetreffende wetten.

4. In zoverre in afwijking van het eerste en het tweede lid is Onze Minister bevoegd tot het nemen van een besluit over aanvragen van ontheffingen als bedoeld in artikel 75, derde lid, van de Flora- en faunawet die zijn ingediend voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet en tot het beslissen op bezwaarschriften die betrekking hebben op die besluiten."

2.2. De aanvraag, gedaan op 23 juli 2014, strekt tot het verlenen van ontheffing, als bedoeld in artikel 75, derde lid, van de Flora- en faunawet. Gelet op de uitspraak van 4 mei 2016 diende voor de desbetreffende vogelsoorten daarop opnieuw te worden beslist. De procedure was ten tijde van de inwerkingtreding van de Wnb op 1 januari 2017 nog aanhangig. Gelet op artikel 9.10, eerste lid, van de Wnb is de procedure na de inwerkingtreding van de Wnb behandeld overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens die wet en vindt de ontheffing zijn grondslag in de Wnb. Het college van gedeputeerde staten is bevoegd om ontheffing te verlenen op grond van artikel 3.3, eerste lid, in samenhang met artikel 3.1, eerste lid, van de Wnb. In artikel 9.10, vierde lid, is daarop echter een uitzondering gemaakt voor het nemen van een besluit op aanvragen van ontheffingen als bedoeld in artikel 75, derde lid, van de Flora- en faunawet die zijn ingediend voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet. Nu het hier gaat om zodanige, vóór 1 januari 2017 ingediende, aanvraag is de staatssecretaris op grond van artikel 9.10, vierde lid, van de Wnb bevoegd tot het nemen van het bestreden besluit.

Termijn

3. Windcollectief en anderen betogen dat de termijn waarvoor de ontheffing aan ECN Wind Energy Facilities B.V. is verleend korter is dan de termijn voor de andere twee initiatiefnemers van het project voor het windpark. Deze termijn is korter dan 25 jaar, omdat het besluit pas op 16 maart 2017 is bekend gemaakt, terwijl de startdatum waarop de ontheffing zou gaan gelden voor ECN 24 februari 2017 was.

3.1. De staatssecretaris stelt dat, omdat een ontheffing niet met terugwerkende kracht kan worden verleend, het tijdvak waarvoor aan ECN Wind Energy Facilities B.V. ontheffing is verleend moet worden aangepast. Door een late publicatie bedraagt deze geen 25 jaar. Ter zitting heeft de staatssecretaris verklaard dat nog niet is overgegaan tot een aanpassing van de ontheffing in zoverre.

3.2. De Afdeling overweegt gelet op het vorenstaande dat het bestreden besluit voor zover daarin het tijdvak is vastgelegd waarvoor de ontheffing aan ECN Wind Energy Facilities B.V. is verleend, niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid.

Het betoog slaagt.

Monitoring

4. Windcollectief en anderen betogen dat in de ontheffingen ten onrechte voorschriften zijn gesteld op grond waarvan zij verplicht zijn tot monitoring van de vogelsterfte. Van hen kan een dergelijke inspanning niet worden verlangd. De staatssecretaris heeft alleen het gebruik van het zogeheten flux-collision-model aangevoerd ter onderbouwing van de

monitoringsverplichting. Dit model is evenwel niet toegepast voor de soorten waarvoor ontheffing is verleend. Er is een inschatting van de jaarlijkse sterfte gemaakt, waarbij steeds het worst-case-scenario is gehanteerd, waardoor met zekerheid kan worden gesteld dat de werkelijke sterfte niet hoger uit zal vallen dan de voorspelde sterfte. Voor een onderschatting van het verwachte aantal slachtoffers bestaat geen aanleiding.

4.1. De staatssecretaris stelt dat hij in redelijkheid van zijn bevoegdheid om voor de desbetreffende vogelsoorten ontheffing te verlenen gebruik heeft kunnen maken door voorschriften g tot en met k over monitoring aan de ontheffingen voor het windpark te verbinden.

In het bestreden besluit staat dat de voorspelling van het aantal slachtoffers op grond van onderzoek van Bureau Waardenburg is opgenomen in de aanvraag. De genoemde aantallen slachtoffers vormden bij de beoordeling van de aanvraag de bovengrens. Het gebruik van een theoretisch model brengt volgens de staatssecretaris echter met zich dat het daadwerkelijke aantal slachtoffers dat in Windpark Wieringermeer in de praktijk valt, kan afwijken van het aantal slachtoffers dat is aangevraagd. Extra slachtoffers zijn niet toegestaan, zodat inzichtelijk gemaakt moet worden in hoeverre de voorspelling aansluit bij de werkelijke situatie.

Wat betreft de noodzaak om de vogelsterfte te monitoren, heeft de staatssecretaris ter zitting uiteengezet dat de reden om in dit geval een monitoringsverplichting op te leggen uitsluitend is gelegen in de behoefte om kennis te vergaren over de sterfte onder de desbetreffende trekvogels, omdat de verwachting bestaat dat de aantallen slachtoffers bij de diverse soorten lager zullen zijn dan waar in het eerdere onderzoek van Bureau Waardenburg vanuit is gegaan. Deze te vergaren kennis acht de staatssecretaris relevant met het oog op het verlenen van ontheffingen in de toekomst, ook in verband met het realiseren van andere windparken.

4.2. De aan de ontheffing verbonden voorschriften g t/m k luiden:

"g. U dient het effect van de exploitatie van de windturbines op de vogels te monitoren om het navolgende meer in het specifiek te kunnen bepalen:

- Waar vogels locatie specifiek actief zijn;
- In welke aantallen aanvaringsslachtoffers optreden;
- Op welke locaties aanvaringsslachtoffers optreden;
- Onder welke omstandigheden aanvaringsslachtoffers optreden.

h. Deze monitoring dient te worden uitgevoerd tijdens de broedperiode en tijdens de trekperiode.

i. U dient binnen een halfjaar na afgifte van dit besluit een nader uitgewerkt monitoringsplan ter goedkeuring aan het bevoegd gezag te overleggen. Hierin dient u tevens aan te geven op basis van welke frequentie u de tussentijdse resultaten wenst voor te leggen en te bespreken. Gezien het tegengaan van (onnodige) slachtoffers, dient deze termijn - binnen alle

redelijkheid - zo kort mogelijk te zijn zodat de stilstand voorziening indien nodig zo spoedig mogelijk kan worden bijgesteld.

j. De monitoring naar het specifieke gebruik van, en effecten op, vogels dient aan te vangen vanaf het moment dat de eerste turbine(s) in gebruik wordt (worden) genomen tot 5 jaar nadat de laatste turbines in gebruik zijn genomen. Deze rapportage dient ieder jaar, uiterlijk in december, ter beoordeling aan het bevoegd gezag te worden voorgelegd. Het bevoegd gezag behoudt zich het recht voor eventueel aanvullende maatregelen op te leggen.

k. De monitoring dient door een deskundige op het gebied van vogels te worden uitgevoerd."

4.3. De staatssecretaris komt beleidsruimte toe bij de beantwoording van de vraag of, en op welke wijze, hij gebruik zal maken van de bevoegdheid om voorschriften te stellen. De rechter toetst of alle in aanmerking komende belangen zijn meegewogen en of het resultaat van de afweging daarvan door het bestuur niet onredelijk is.

4.4. De Afdeling overweegt dat de staatssecretaris blijkens het verhandelde ter zitting aan de monitoringsvoorschriften uitsluitend ten grondslag heeft gelegd dat de verwachting bestaat dat het aantal slachtoffers bij de in de ontheffingen genoemde trekvogelsoorten lager zal zijn dan op grond van eerder onderzoek van Bureau Waardenburg is voorspeld en het daarom uit beleidsmatig oogpunt van belang is, met het oog op de handelwijze bij toekomstige te verlenen ontheffingen, de trekvogelsterfte in de omgeving van de windturbines te monitoren.

De in de ontheffingen voorgeschreven monitoring heeft betrekking op 64 vogelsoorten, gedurende zowel het broed- als het trekseizoen, voor een periode die zich uitstrekt tot 5 jaar nadat de laatste turbine in gebruik is genomen. Windcollectief en anderen hebben een door Bureau Waardenburg opgestelde indicatie van de jaarlijkse kosten voor monitoring gedurende alleen het trekseizoen, geraamd op ten minste € 211.200,-, overgelegd. De staatssecretaris heeft daarover ter zitting verklaard geen zicht te hebben op de aan monitoring voor appellanten verbonden kosten.

Gelet op het voorgaande heeft de staatssecretaris zich naar het oordeel van de Afdeling niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het noodzakelijk is om aan de ontheffingen een verplichting tot monitoring te verbinden. De enkele, ter zitting uitgesproken, verwachting dat het aantal slachtoffers lager zal zijn dan verwacht, is daarvoor onvoldoende. In dit verband komt onvoldoende gewicht toe aan de bij de staatssecretaris bestaande behoefte aan kennisvergaring met het oog op toekomstige te verlenen ontheffingen.

Het betoog slaagt.

5. Hetgeen Windcollectief en anderen overigens hebben aangevoerd, kan gelet op het vorenstaande buiten bespreking blijven.

Conclusie

6. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit dient wegens strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) te worden vernietigd voor zover het betreft het tijdvak waarvoor de ontheffing aan ECN Wind Energy Facilities B.V. is verleend. Voorts dient het bestreden besluit wegens strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb te worden

vernietigd voor zover aan de ontheffingen de voorschriften g tot en met k zijn verbonden.

7. Tussen partijen is niet in geschil dat het ontheffingstijdvak voor ECN Wind Energy Facilities B.V. dient te worden bepaald op de periode van 17 maart 2017 tot en met 16 maart 2042. Nu niet aannemelijk is dat derdebelanghebbenden in hun belangen zouden kunnen worden geschaad, ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb op na te melden wijze in zoverre zelf in de zaak te voorzien.

Proceskosten

8. De staatssecretaris dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van de staatssecretaris van Economische Zaken, waarvan op 16 maart 2017 is kennis gegeven in de Staatscourant, waarbij aan Windcollectief Wieringermeer B.V. en anderen ontheffing is verleend van artikel 3.1 van de Wnb voor nader in het besluit aangegeven trekvogelsoorten, voor zover het betreft:

a. het tijdvak waarvoor de ontheffing is verleend aan ECN Wind Energy Facilities B.V. van 24 februari 2017 tot en met 31 oktober 2041;

b. de aan de ontheffingen verbonden voorschriften g tot en met k;

III. bepaalt dat de ontheffing aan ECN Wind Energy Facilities B.V. geldt voor het tijdvak van 17 maart 2017 tot en met 16 maart 2042;

IV. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit voor zover vernietigd onder II.a.;

V. veroordeelt de staatssecretaris van Economische Zaken tot vergoeding van bij Windcollectief Wieringermeer B.V. en anderen in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 990,00 (zegge: negenhonderdnegentig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, met dien verstande dat bij betaling van genoemd bedrag aan een van hen het bestuursorgaan aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan;

VI. gelast dat de staatssecretaris van Economische Zaken aan Windcollectief Wieringermeer B.V. en anderen het door hen voor de behandeling van het beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 333,00 (zegge: driehonderddrieëndertig euro) vergoedt, met dien verstande dat bij betaling van genoemd bedrag aan een van hen het bestuursorgaan aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. Th.C. van Sloten en mr.

R.J.J.M. Pans, leden, in tegenwoordigheid van mr. S. Zwemstra, griffier.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Zwemstra
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 11 oktober 2017

91.