

ECLI	ECLI:NL:RVS:2020:2384
Datum uitspraak	7 oktober 2020
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 17 maart 2016 is aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. voor dertien diersoorten ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden. Windpark Den Tol wil een windmolenpark bouwen ten oosten van het dorp Netterden en ten noorden van het Natura 2000-gebied "Unterer Niederrhein" in Duitsland. Van dit Natura 2000-gebied is Hetter-Millingerbrug een deelgebied (ook wel "De Hetter" genoemd). Dit gebied ligt direct ten zuiden van het windpark. Bij besluit van 11 oktober 2018 op de bezwaren van NABU, TegenWind en Windpark Den Tol heeft de minister aan Windpark Den Tol voor 99 diersoorten een ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden. Dit besluit is door de rechtbank op 9 april 2019 vernietigd. Bij besluit van 18 juni 2019 heeft de minister naar aanleiding van de vernietiging door de rechtbank een nieuw besluit genomen waarin de minister, kort gezegd, heeft beoogd de motivering van de ontheffing te verbeteren.

Volledige tekst

201903599/1/R2.

Datum uitspraak: 7 oktober 2020

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Windpark Den Tol Exploitatie B.V., gevestigd te Netterden, gemeente Oude IJsselstreek,
 2. de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit,
 3. Stichting TegenWind(molens) Netterden en omgeving,
- appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 9 april 2019 in zaken nrs. 18/4674 en 18/3934 in het geding tussen:

1. NABU Naturschutzstation Niederrhein e.V.,
2. Stichting TegenWind(molens) Netterden en omgeving,

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 17 maart 2016 is aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. voor dertien diersoorten ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden.

Bij besluit van 14 juni 2018 heeft de minister de bezwaren van Nabu, TegenWind en Windpark Den Tol tegen het besluit van 17 maart 2016 gedeeltelijk gegrond verklaard. Het besluit van 17 maart 2016 is herroepen en aan Windpark Den Tol is voor 99 diersoorten een gewijzigde ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden.

Bij besluit van 11 oktober 2018 heeft de minister een herziene beslissing op bezwaar genomen. Daarbij is het besluit van 14 juni 2018 ingetrokken. De bezwaren van NABU en Windpark Den Tol zijn gedeeltelijk gegrond verklaard, de bezwaren van TegenWind ongegrond. Tevens is bij dat besluit aan Windpark Den Tol voor 99 diersoorten een ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden.

Bij uitspraak van 9 april 2019 heeft de rechtbank de door NABU en TegenWind daartegen ingestelde beroepen gegrond verklaard en het besluit van 11 oktober 2018 vernietigd. Bepaald is dat de minister een nieuw besluit neemt met inachtneming van deze uitspraak. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Windpark Den Tol en de minister hoger beroep ingesteld.

TegenWind heeft incidenteel hoger beroep ingediend.

Bij besluit van 18 juni 2019, kenmerk 494-34444, heeft de minister (opnieuw) een beslissing op bezwaar genomen. Aan Windpark Den Tol is voor 99 diersoorten een ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden. De motivering is gewijzigd en voorschriften over een stilstandvoorziening zijn opgenomen voor 3 windturbines (T1, T5, T9).

Windpark Den Tol, NABU en TegenWind hebben een zienswijze ingediend.

Windpark Den Tol, NABU en TegenWind hebben gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheid te repliceren. De minister heeft gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheid te dupliceren.

Windpark Den Tol heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 7 juli 2020, waar zijn verschenen:

- Windpark Den Tol, vertegenwoordigd door mr. W.G.B. van de Ven, advocaat te Rotterdam, bijgestaan door [gemachtigden];
- de minister, vertegenwoordigd door mr. R.D. Reinders, advocaat te den Haag, bijgestaan door J.A. Verheul;

- NABU, vertegenwoordigd door [gemachtigde];

- TegenWind, vertegenwoordigd door J.M.M. van den Berg, bijgestaan door mr. J. van de Riet, advocaat te Utrecht;

Verder is ter zitting het college van gedeputeerde staten van Gelderland, vertegenwoordigd door mr. R.D. Reinders, advocaat te Den Haag, bijgestaan door ir. I.R.P. van Es, als belanghebbende partij gehoord.

Overwegingen

1. Windpark Den Tol wil een windmolenpark bouwen ten oosten van het dorp Netterden en ten noorden van het Natura 2000-gebied "Unterer Niederrhein" in Duitsland. Van dit Natura 2000-gebied is Hetter-Millingerbrug een deelgebied (ook wel "De Hetter" genoemd). Dit gebied ligt direct ten zuiden van het windpark.

Bij besluit van 11 oktober 2018 op de bezwaren van NABU, TegenWind en Windpark Den Tol heeft de minister aan Windpark Den Tol voor 99 diersoorten een ontheffing verleend van het verbod om die dieren te doden en te verwonden.

Dit besluit is door de rechtbank op 9 april 2019 vernietigd. Bij besluit van 18 juni 2019 heeft de minister naar aanleiding van de vernietiging door de rechtbank een nieuw besluit genomen waarin de minister, kort gezegd, heeft beoogd de motivering van de ontheffing te verbeteren. Ook is een stilstandvoorziening in verband met vleermuizen verbonden aan 3 windturbines (T1, T5, T9).

2. Het besluit van 18 juni 2019 is ingevolge artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), gelezen in samenhang met artikel 6:24 van die wet, mede onderwerp van dit geding. De (incidenteel) hoger beroepen worden geacht mede te zijn gericht tegen dit besluit.

De uitspraak van de rechtbank

3. De rechtbank heeft NABU en TegenWind ontvankelijk geacht in hun beroepen. Vervolgens heeft zij de beroepsgronden over de ontheffing inhoudelijk beoordeeld. Hierbij is de rechtbank eerst ingegaan op de vraag of bij het verlenen van de ontheffing terecht kon worden geoordeeld dat de staat van instandhouding van vogelsoorten en vleermuissoorten die door de turbines kunnen worden geraakt niet in gevaar zal worden gebracht. Bij deze beoordeling is het zogenoemde 1%-mortaliteitscriterium toegepast. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit criterium juist is toegepast en dat de staat van instandhouding niet in gevaar wordt gebracht.

Vervolgens heeft de rechtbank beoordeeld of terecht kon worden afgezien van het verbinden van voorschriften aan de ontheffing die regelen dat de turbines onder - voor vogels en vleermuizen gevaarlijke - omstandigheden stil gaan staan: de stilstandvoorziening en het monitoren van de gevolgen van windturbines voor vogels en vleermuizen. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit niet deugdelijk is gemotiveerd.

Wettelijk kader

4. De ontheffing is verleend krachtens artikel 3.3, eerste lid, en artikel 3.8, eerste lid, van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb), op grond waarvan ontheffing kan worden verleend van verboden als bedoeld in artikel 3.1, respectievelijk artikel 3.5 van de Wnb. Deze artikelen zijn opgenomen in de bijlage die deel uitmaakt van deze uitspraak.

Opzet van de uitspraak

5. In deze uitspraak zijn door verschillende partijen verschillende (hoger) beroepsgronden ingebracht die voor een deel een tegengestelde strekking hebben. De minister en Windpark Den Tol zijn het niet eens met de vernietiging van het besluit van 11 oktober 2018 door de rechtbank. Windpark Den Tol is het wel eens met het besluit van 18 juni 2019, met uitzondering van de looptijd die hieraan is verbonden. Windpark Den Tol stelt verder dat NABU en TegenWind niet ontvankelijk zijn bij de rechtbank en bij de Afdeling.

NABU en TegenWind zijn het daarentegen wel eens met de vernietiging van het besluit van 11 oktober 2018, hoewel zij zich niet met alle overwegingen van de rechtbank kunnen verenigen. Verder zijn zij het niet eens met het (herziene) besluit van 18 juni 2019, omdat niet voldaan is aan de eisen om een ontheffing te mogen verlenen.

Gelet op deze tegengestelde strekking, zal de Afdeling zich bij de behandeling van de beroepen eerst richten op gronden die de meest verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de besluiten die aan de orde zijn. De Afdeling zal daarom beginnen met het behandelen van de formele aspecten in deze zaak: de vraag of de minister ontvankelijk is in zijn hoger beroep en de vraag of NABU en TegenWind bij de rechtbank en bij de Afdeling ontvankelijk zijn.

Daarna worden de betogen van NABU en TegenWind over het toepassen van het zogenoemde 1 %-mortaliteitscriterium door de rechtbank behandeld. Als deze beroepsgronden namelijk slagen, had de rechtbank niet toe hoeven te komen aan een beoordeling van de overige aspecten van de ontheffing. In verband met de toepassing van dit criterium worden ook de betogen over het op de juiste wijze betrekken van de cumulatie van gevolgen behandeld.

Daarna worden de gronden in hoger beroep van Windpark Den Tol behandeld over de rechtbankoverwegingen over de stilstandvoorziening en het monitoren.

Tot slot worden de gronden in beroep van NABU en TegenWind over de stilstandvoorziening in het besluit van 18 juni 2019 behandeld.

Ontvankelijkheid

6. TegenWind stelt dat het hoger beroep van de minister niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de minister pas na afloop van de hoger beroepstermijn inhoudelijke beroepsgronden heeft ingediend. Omdat de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) van toepassing is op deze ontheffing en op grond van artikel 1.6a van de Chw na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd, moet de conclusie luiden dat de minister geen inhoudelijke gronden heeft aangevoerd in het hoger beroep. Daarom dient het hoger beroep niet-ontvankelijk te worden verklaard op grond van artikel 6:6 van de Awb.

6.1. In afwijking van het stelsel neergelegd in de artikelen 6:5 en 6:6 van de Awb, bepaalt artikel 1.6a van de Chw dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd. Vast staat dat de minister pas na afloop van de hoger beroepstermijn inhoudelijke beroepsgronden heeft ingediend.

De Afdeling stelt vast dat de rechtsmiddelenverwijzing in de uitspraak van de rechtbank in strijd met artikel 12 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (hierna: BuChw) niet vermeldt dat de Chw van toepassing is. Omdat de Chw afwijkt van het stelsel neergelegd in de artikelen 6:5 en 6:6 Awb, kan bij een schending van artikel 12 van het BuChw een

belanghebbende in beginsel niet worden tegengeworpen dat hij de gronden van het beroep niet binnen de beroepstermijn heeft aangevoerd. Dit is slechts anders indien aannemelijk is dat de belanghebbende anderszins wist of kon weten dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen gronden meer kunnen worden aangevoerd en aangevuld. Overweging 2.2 van de uitspraak van de rechtbank waartegen de minister hoger beroep heeft ingesteld, vermeldt dat de Crisis- en herstelwet van toepassing is. Daarover bestond verder ook geen onduidelijkheid. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat de minister niet bekend is met de consequenties daarvan. Daarom is aannemelijk dat de minister anderszins wist of kon weten dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen gronden meer kunnen worden aangevoerd en aangevuld.

Omdat niet voldaan is aan de vereisten, gesteld in artikel 6:5 van de Awb, verklaart de Afdeling het hoger beroep van de minister niet-ontvankelijk.

7. Windpark Den Tol stelt dat de rechtbank het beroep van NABU niet ontvankelijk had moeten verklaren, omdat zij geen belanghebbende is bij het bestreden besluit. Zij stelt dat uit de statuten van NABU volgt dat de doelstelling van NABU territoriaal begrensd is tot het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. Voor zover de statuten aanleiding zouden geven om de doelstelling ruimer te trekken, dan is deze dermate ruim dat zij onvoldoende onderscheidend is om NABU als belanghebbende aan te merken. Voor zover NABU een beroep doet op de gevolgen die het windpark zou kunnen hebben voor (de natuurlijke kenmerken van) het Natura 2000-gebied, waaronder het deelgebied "De Hetter", dan moet men aansluiten bij de jurisprudentie over de belanghebbendheid van omwonenden bij een ontheffing. Omdat NABU alleen feitelijke werkzaamheden verricht in het oostelijke deel van het genoemde deelgebied en niet in het westelijke deel dat dichterbij het beoogde windpark ligt, betreft de relevante afstand minimaal 540 meter. Deze afstand is te groot om aan te nemen dat aanvaringsslachtoffers ter hoogte van de turbines ruimtelijke gevolgen van enige betekenis zullen hebben voor het woon- en leefklimaat in het werkgebied van NABU.

7.1. Voor de vraag of een rechtspersoon belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste en derde lid, van de Awb, is bepalend of de rechtspersoon krachtens zijn statutaire doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden een rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken algemeen of collectief belang in het bijzonder behartigt.

NABU richt zich volgens haar statutaire doelstelling op de bescherming van natuur en milieu. Zij zet zich in voor het behoud van biodiversiteit, onder andere door waar nodig natuurlijke habitats en het landschap te beschermen tegen menselijke ingrepen. Verder houdt NABU zich volgens de statuten bezig met onderzoek, voorlichting, gebiedsbeheer en beleidsbeïnvloeding.

7.2. Niet in geschil is dat het werkgebied van NABU territoriaal is begrensd tot het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein en dat zij feitelijke werkzaamheden verricht om deze doelen te bereiken. Er bestaat dan ook geen aanleiding om te oordelen dat de doelstelling van NABU te ruim is om daar een (rechtstreeks) belang aan te kunnen ontleen. Dat NABU zich in deze zaak beroept op bescherming tegen een ontwikkeling buiten dat gebied doet daar niet aan af.

Ook is voor deze beoordeling niet van belang of en in hoeverre NABU feitelijke werkzaamheden verricht in het oostelijke en meest nabij het windpark gelegen deel van De Hetter. Voor deze beoordeling is van belang dát feitelijke werkzaamheden worden verricht, de exacte locatie van de feitelijke werkzaamheden is niet van belang.

Omdat het belang van NABU niet gerelateerd is aan een goede ruimtelijke ordening of goed

woon- en leefklimaat is de afstand van het plangebied tot het werkgebied van NABU in relatie tot de ruimtelijke uitstraling van het windpark ook geen criterium om de belanghebbendheid aan af te meten. Windpark Den Tol wijst op de uitspraak van de Afdeling van 13 februari 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:296](#), waarin dit criterium werd gehanteerd bij een rechtspersoon, maar die rechtspersoon behartigde de belangen van bewoners die verband hielden met een goed woon- en leefklimaat. Die uitspraak is dus niet toepasbaar in deze situatie.

7.3. Gebleken is dat soorten waarvoor de ontheffing is verleend, voorkomen in het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein en dat dit gebied voor deze soorten als Natura 2000-gebied is aangewezen. Deze soorten kunnen gevolgen ondervinden van de windturbines waarvoor de ontheffing is verleend. De meest nabije mast van een windturbine komt op ongeveer 285 meter afstand te staan van dit gebied, zodat aannemelijk is dat exemplaren die voorkomen in het Natura 2000-gebied ook door de windturbine getroffen kunnen worden. Gelet op de statutaire doelstelling van NABU en deze afstand is NABU belanghebbende bij deze ontheffing. De rechtbank heeft NABU terecht in haar beroep ontvangen.

8. Windpark Den Tol stelt dat de rechtbank ook TegenWind ten onrechte ontvankelijk heeft geacht in haar beroep. De rechtbank heeft namelijk niet onderzocht of TegenWind (nog steeds) feitelijke werkzaamheden verricht ter behartiging van haar statutaire doel, met name of die ook plaatsvinden in de nabijheid van de voorziene windturbines. Weliswaar heeft de Afdeling in de uitspraak van 24 januari 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:217](#), over TegenWind geoordeeld dat zij relevante feitelijke werkzaamheden verricht, maar de gegevens die hiervoor zijn gebruikt dateren van 18 december 2017.

Als de rechtbank een eigen beoordeling zou hebben uitgevoerd, dan had zij tot de conclusie moeten komen dat feitelijke werkzaamheden van TegenWind niet plaatsvinden in het gebied rond de windturbines waarvoor de ontheffing is verleend. TegenWind heeft de initiatiefnemers van Windpark Den Tol in ieder geval nooit benaderd met de vraag of zij de gronden rond de toekomstige turbines mag betreden om daar activiteiten uit te voeren. Ook vanaf de openbare wegen tot een afstand vanaf 500 meter vanaf de turbines worden geen feitelijke werkzaamheden uitgevoerd door TegenWind. Windpark Den Tol wijst ook op de uitspraak van de Afdeling van 13 februari 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:296](#), waaruit volgens haar volgt dat de belangen van TegenWind niet rechtstreeks worden geraakt.

Windpark Den Tol stelt dat TegenWind ook niet-ontvankelijk is in haar incidenteel hoger beroep. Inmiddels is er een nog langere periode verstreken waarin TegenWind geen feitelijke werkzaamheden verricht of niet duidelijk is dat dit wel gebeurt en voor zover dit gebeurt, zeker niet binnen een straal van 500 meter rond het beoogde windpark.

8.1. De Afdeling stelt voorop dat de belanghebbendheid wordt bepaald aan de hand van de doelstelling en het werkgebied zoals deze in de statuten staan vermeld. Vaststaat dat het werkgebied de gemeente Oude IJsselstreek omvat, waarvan Netterden, en meer in het bijzonder de locaties van de beoogde windturbines, deel uitmaakt. Voor de beoordeling van de belanghebbendheid is weliswaar van belang dat TegenWind feitelijke werkzaamheden verricht, maar niet van belang is of deze zich ook uitstrekken tot binnen een afstand van 500 meter van de beoogde windturbines. De exacte locatie van feitelijke werkzaamheden is op zichzelf genomen geen criterium voor de belanghebbendheid.

Windpark Den Tol heeft wel gelijk met de stelling dat de vraag of TegenWind nog steeds als belanghebbende kan worden aangemerkt op een zeker moment mogelijk anders dan voorheen moet worden beoordeeld, bijvoorbeeld omdat geruime tijd geen relevante feitelijke

werkzaamheden meer worden verricht (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 december 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:4736](#), onder 8.1). Zoals echter ook in die uitspraak is geoordeeld, kunnen bij de beoordeling van de feitelijke werkzaamheden ook werkzaamheden langer dan een jaar geleden van belang zijn, omdat de continuïteit van de activiteiten van TegenWind, een organisatie die gedurende langere tijd actief is, ter beoordeling voorligt. Gelet op de omstandigheid dat het overzicht waar de Afdeling zich in haar uitspraak van 24 januari 2018 op heeft gebaseerd, en daarmee dus ook de rechtbank, dateert van 18 december 2017 en het beroep in 2018 is ingediend, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten om opnieuw te onderzoeken of TegenWind nog steeds feitelijke werkzaamheden verricht.

De rechtbank heeft terecht de uitspraak van de Afdeling van 24 januari 2018 als uitgangspunt genomen voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van TegenWind in haar beroep. Het betoog van Windpark Den Tol slaagt niet.

8.2. De Afdeling ziet ook geen aanleiding om te oordelen dat TegenWind niet langer zonder bewijs van de feitelijke werkzaamheden belanghebbend kan worden geacht bij deze procedure in hoger beroep. Als eiseres bij de rechtbank en partij bij de uitspraak kan zij tegen deze uitspraak hoger beroep instellen. Het eventueel ontbreken van actuele, feitelijke werkzaamheden kan dus niet aan ontvankelijkheid in hoger beroep in de weg staan.

TegenWind is ontvankelijk in haar incidenteel hoger beroep.

Mag het 1%-mortaliteitscriterium worden gebruikt?

9. TegenWind stelt dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat het 1%-mortaliteitscriterium mocht worden toegepast bij de beoordeling van de gevolgen voor de staat van instandhouding van de soorten waarvoor de ontheffing is verleend (zoals bedoeld in artikel 3.3, vierde lid, onder c, en artikel 3.8, vijfde lid, onder c, van de Wnb).

In de eerste plaats wijst zij op de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 9 december 2004 en van 15 december 2005 ([ECLI:EU:C:2004:782](#) en [ECLI:EU:C:2005:770](#)). Volgens TegenWind kan uit deze arresten niet worden afgeleid dat het 1%-mortaliteitscriterium onverkort kan worden toegepast in situaties waarin populaties van vogels en vleermuizen zich al in een ongunstige staat van instandhouding bevinden of waarvan de populatie al afneemt (kortweg: "onder druk staan"). In de uitspraak van het Hof van Justitie van 15 december 2005 staat bijvoorbeeld onder punt 57 dat de populatie van de desbetreffende soort (de kuifeend) toenam. Dit was volgens haar relevant voor de uitkomst van die zaak.

In de tweede plaats onderbouwt zij dit standpunt met een aantal rapporten en een artikel:

- a. Een rapport van Bureau Econatura: "Rapport Contra-expertise Windpark Den Tol Netterden" van 16 september 2016;
- b. Een reactie van van Bureau Econatura: "Reactie op notitie (17-0653) van Waardenburg inzake de RVO beoordeling Windpark Den Tol Netterden" van 17 april 2018;
- c. Een rapport van R. Buij en anderen (Wageningen environmental research): "Do assessment thresholds underestimate the mortality impact of wind farms on bird populations?" van februari 2017 (hierna: het WER-rapport);
- d. Een artikel van Schippers en anderen: "Mortality limits used in wind energy impact assessment underestimate impacts of wind farms on bird populations", verschenen in *Ecology and evolution* op 30 maart 2020.

Deze stukken bevestigen volgens TegenWind het standpunt dat ten minste twijfel bestaat dat het 1%-mortaliteitscriterium kan worden toegepast om de gevolgen voor de staat van instandhouding te beoordelen.

9.1. Over het eerste punt van TegenWind overweegt de Afdeling als volgt. In zijn arrest van 9 december 2004, [ECLI:EU:C:2004:782](#), punten 36 en 41, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het door het ORNIS-comité geformuleerde criterium, inhoudende dat iedere tol van minder dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (gemiddelde waarden) voor de soorten die niet mogen worden gejaagd, en van 1% van de te bejagen soorten, als maatstaf kan worden gebruikt om te beoordelen of de door de lidstaat krachtens artikel 9, eerste lid, sub c, van de Vogelrichtlijn verleende afwijking van het verbod van artikel 8, eerste lid, van die richtlijn om vogels met lijmstokken te vangen voldoet aan de voorwaarde dat de betrokken vogels in kleine hoeveelheden worden gevangen.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 februari 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:438](#)) kan dit criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium, gehanteerd worden als uitgangspunt om te bepalen of gelet op de te verwachten aantallen slachtoffers door windturbines, afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de desbetreffende soorten. Overigens merkt de Afdeling in dit verband op dat het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium moet worden begrepen in het licht van de uitspraak van het Hof van Justitie van 9 december 2004, waarin wordt gesproken van het overleggen van enig wetenschappelijk tegenbewijs.

In de uitspraak van 1 april 2009, [ECLI:NL:RVS:2009:BH9250](#), is overwogen dat de omstandigheid dat het in die zaak ging om een kleine populatie van een soort, niet tot een ander oordeel leidde, nu het criterium in een percentage van de totale te verwachten sterfte van die soort in de desbetreffende gebieden is geformuleerd. Uit de hiervoor genoemde uitspraak van het Hof van Justitie volgt ook niet dat het 1%-mortaliteitscriterium niet mag worden toegepast op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren. De Afdeling heeft dit eerder geoordeeld in haar uitspraak van 8 februari 2012, [ECLI:NL:RVS:2012:BV3215](#). In die uitspraak is ook al ingegaan op de uitspraak van het Hof van Justitie van 15 december 2005 waar TegenWind op wijst. Het betoog van TegenWind over onder druk staande populaties geeft geen aanleiding om van dit oordeel terug te komen.

Dit criterium kan tot slot ook worden toegepast voor vleermuizen. Zie hiervoor bijvoorbeeld de uitspraak van 29 april 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1160](#) (Windmolenpark Delfzijl).

9.2. Over het tweede punt van TegenWind overweegt de Afdeling als volgt. De twee stukken van Bureau Ecnatura uit 2016 en 2018 zijn door de rechtbank in haar oordeel betrokken. De rechtbank is terecht tot de conclusie gekomen dat deze rapporten weliswaar elementen van twijfel benoemen over de toepasbaarheid van het 1%-mortaliteitscriterium, maar dat deze elementen niet concreet genoeg zijn om tot het oordeel te komen dat dit criterium niet langer mag worden gebruikt.

Op het WER-rapport is in de uitspraak van de Afdeling van 11 juli 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2339](#) (windpark Fryslân, onder 25 en verder) al ingegaan. De Stichting advisering bestuursrechtspraak (hierna: de STAB) heeft voor die zaak een deskundigenverslag gemaakt en daarin ook dit rapport beoordeeld. In de uitspraak is, onder meer op grond van dit deskundigenverslag, geconcludeerd dat het WER-rapport geen aanleiding geeft om te oordelen dat het criterium moet worden losgelaten, maar wel dat dit criterium omzichtig gehanteerd moet worden. Daarnaast is in de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1160](#), onder 9.2, mede aan de

hand van een deskundigenverslag van de STAB geoordeeld dat bij de toepassing van dit criterium rekening gehouden kan worden met populaties die onder druk staan. De rechtbank heeft terecht geconcludeerd dat het WER-rapport onvoldoende reden geeft voor de conclusie dat het 1%-mortaliteitscriterium in dit geval niet mocht worden toegepast.

Het artikel van Schippers en anderen van 30 maart 2020 is nog niet eerder bij de beoordeling van de toepasbaarheid van het 1%-mortaliteitscriterium betrokken. Dit artikel biedt naar het oordeel van de Afdeling wederom aanknopingspunten voor de conclusie in het voornoemde deskundigenverslag van de STAB dat het criterium omzichtig moet worden gehanteerd bij populaties die onder druk staan. Dit artikel concludeert echter niet dat het criterium niet kan worden gebruikt: weliswaar blijkt binnen een specifieke modelstudie dat een kleine sterfte kan leiden tot een relatief grote afname van een populatie, maar dit artikel trekt niet de conclusie dat daarmee noodzakelijkerwijs de staat van instandhouding wordt beïnvloed. Zoals de minister ter zitting ook heeft uiteengezet, concentreert dit artikel zich op slechts één factor voor de omvang van de populatie: (een toename van) de sterfte. Andere factoren, zoals positieve neveneffecten van de afname van een populatie, zijn buiten beschouwing gelaten.

De Afdeling kan uit dit artikel dan ook niet concluderen dat het 1%-mortaliteitscriterium moet worden losgelaten. Wetenschappelijk tegenbewijs voor het hanteren van dit criterium in verband met de staat van instandhouding is er niet, afgezien van een bevestiging van de conclusie dat dit criterium omzichtig moet worden gebruikt.

9.3. De conclusie is dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het 1%-mortaliteitscriterium ook mocht worden toegepast bij de beoordeling van de gevolgen van de windturbines voor de staat van instandhouding van de populaties van de betrokken soorten die onder druk staan.

Is het 1%-mortaliteitscriterium correct gebruikt?

10. TegenWind betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat gebleken is dat in dit geval de 1% van de natuurlijke mortaliteit voor de hier betrokken diersoorten niet wordt overschreden. De onderzoeken waarop de conclusie is gebaseerd dat de verwachte sterfte ruim onder dit criterium blijven, bevatten gebreken. Zij verwijst ter onderbouwing in de eerste plaats naar de rapporten van Bureau Econatura (zie hiervoor onder 9).

Daarnaast wijst zij op een brief van 6 oktober 2017 van ecoloog R. Buij, werkzaam bij de Universiteit van Wageningen. In deze brief wordt gewezen op de passende beoordeling die is gemaakt voor het bestemmingsplan voor dit windpark. Uit deze passende beoordeling zou volgen dat de additionele sterfte door aanvaringen voor de grutto en de wulp net beneden de 1% van de natuurlijke mortaliteit blijft. Voor de grutto is die mortaliteit namelijk vastgesteld op 0,14 vogels, terwijl de geschatte additionele sterfte door de windturbines 0,13 vogels betreft. Voor de wulp is de mortaliteit 0,04 vogels en worden 0,03 aanvaringsslachtoffers geschat. Het onderzoek voor deze ontheffing stelt dan ook ten onrechte dat de additionele sterfte ruim onder de natuurlijke mortaliteit blijft.

Verder stelt TegenWind dat bij het bepalen van de sterfte van vogels niet op de juiste wijze de cumulatie van de gevolgen van deze windturbines met andere ontwikkelingen die vogelsterfte tot gevolg hebben, is betrokken. Er is namelijk onvoldoende rekening gehouden met ontwikkelingen in de buurt van Emmerich en Azewijn. Daarnaast is geen rekening gehouden met activiteiten langs de gehele flyway van de relevante vogelpopulaties. Met een flyway wordt een pad bedoeld dat grote aantallen vogels gebruiken tijdens de trek van broedgronden naar overwinteringsplaatsen; voor de vogels die geraakt kunnen worden door deze windturbines lopen die flyways van noord-Scandinavië en Siberië tot in Afrika.

10.1. De Afdeling overweegt als volgt over de wijze van toepassen van het 1%-mortaliteitscriterium in het besluit van 11 oktober 2018. In het rapport van M. Boonman en anderen (Bureau Waardenburg): "Effecten en maatregelen beschermde soorten windpark Den Tol", van 24 februari 2014 is rekening gehouden met sterfte van vogels als gevolg van de windturbines. Dit rapport is, naast andere rapporten, ten grondslag gelegd aan het besluit. In dit rapport staat dat bij de trekvogelsoort in de meest ongunstige staat, de gierzwaluw, een sterfte zal optreden van een tiental exemplaren. 1% van de natuurlijke mortaliteit is afgerond 173. Dat wil zeggen dat de sterfte minder zal zijn dan 10% van 1% van de natuurlijke mortaliteit.

Over vogels met een lokale populatie is in het rapport beschreven dat de grutto de meest kritische soort is, met enkele tot een tiental aanvaringsslachtoffers. 1% van de natuurlijke mortaliteit is afgerond 74 vogels. Dat wil zeggen dat de sterfte tussen de 10 en 20% van 1% van de natuurlijke mortaliteit ligt.

10.2. Voor zover TegenWind op basis van de rapporten van Econatura stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de onderzoeken die aan het bestreden besluit ten grondslag zijn gelegd dit besluit kunnen dragen, overweegt de Afdeling als volgt. De rapporten van Econatura bevatten weliswaar aanwijzingen dat een andere beoordeling en weging van het aantal aanvaringsslachtoffers kan worden gemaakt, maar zij geven geen concrete aanknopingspunten dat de voor het besluit gebruikte rapporten zodanige leemten of gebreken bevatten dat de minister zich daarop niet mocht baseren. In zijn hoger beroep heeft de minister nogmaals een toelichting gegeven op deze onderzoeken. TegenWind heeft desgevraagd niet nader onderbouwd waarom de rapporten van Econatura de gevolgen zouden moeten hebben die TegenWind daaraan toekent.

10.3. Over de brief van 6 oktober 2017 van ecooloog R. Buij overweegt de Afdeling als volgt. De passende beoordeling die wordt aangehaald in deze brief is gemaakt voor het bestemmingsplan en de vergunning krachtens artikel 19d van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw-vergunning) voor dit Windpark. Die passende beoordeling heeft betrekking op de gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden, waaronder het gebied Unterer Niederrhein. De ontheffing die hier aan de orde is, is niet (alleen) op dit Natura 2000-gebied gericht. Over de passende beoordeling heeft de Afdeling al een oordeel gegeven in haar uitspraken van 14 maart 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:860](#) (bestemmingsplan), [ECLI:NL:RVS:2018:794](#) (Nbw-vergunning). Gelet op dit andere doel en gebied waarop de passende beoordeling is gericht, ziet de Afdeling geen aanleiding om de gegevens die in de brief staan benoemd relevant te achten voor de beoordeling van het onderzoek dat aan deze ontheffing ten grondslag is gelegd.

10.4. Over de cumulatie overweegt de Afdeling als volgt. Voor vogels kan, zoals blijkt uit artikel 3.3, vierde lid, onder c, van de Wnb, enkel ontheffing worden verleend als deze ontheffing niet leidt tot verslechtering van de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort. Voor vleermuizen kan, zoals blijkt uit artikel 3.8, vijfde lid, onder c, van de Wnb, enkel ontheffing worden verleend als dit geen afbreuk doet aan het streven de populaties van die soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.

Voor zowel vogels als vleermuizen dient derhalve de staat van instandhouding te worden bepaald. Vervolgens moet aan de hand van het effect van de activiteit waarvoor ontheffing wordt aangevraagd óp die staat van instandhouding worden bepaald of die ontheffing ook kan worden verleend. Om de staat van instandhouding te bepalen dient, zoals is vastgelegd

in de begripsbepaling in artikel 1.1 van de Wnb, het effect van de som van de invloeden die op de betrokken soort inwerken en op lange termijn een verandering kunnen bewerkstelligen in de verspreiding en de grootte van de populaties van die soort op het grondgebied, bedoeld in artikel 2 van de Habitatrichtlijn, te worden vastgesteld. Gelet op deze begripsbepaling heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat mogelijke cumulatieve effecten deel uitmaken van de staat van instandhouding en in die zin bij het verlenen van een ontheffing moeten worden betrokken.

De minister heeft om het effect van bovengenoemde som van invloeden op de betrokken vogel- en vleermuissoorten vast te stellen, de effecten van al bestaande en van reeds vergunde, maar nog niet gerealiseerde projecten die negatieve gevolgen kunnen hebben voor vogel- en vleermuissoorten rond Windpark den Tol betrokken. Over de door TegenWind genoemde ontwikkeling bij Emmerich waarmee geen rekening zou zijn gehouden, heeft de minister onweersproken gesteld dat er geen actuele plannen zijn voor een ontwikkeling. In zoverre is die ontwikkeling een onzekere toekomstige gebeurtenis die niet in een cumulatietoets hoeft te worden betrokken.

In het besluit van 11 oktober 2018 staat op welke wijze rekening is gehouden met de (cumulatieve) effecten van het windpark Netterden-Azewijn. Ook cumulatief valt niet te verwachten dat de additionele sterfte boven de 1% van de natuurlijke mortaliteit komt. Desgevraagd heeft TegenWind niet onderbouwd waarom deze conclusie niet getrokken kan worden.

10.5. Over de cumulatieve effecten op trekvogels binnen de gehele flyway overweegt de Afdeling als volgt. Zoals hiervoor overwogen, zijn in de cumulatietoets projecten rond Windpark den Tol betrokken om de effecten van de ontheffing te beoordelen op de staat van instandhouding van de populatie vogel- en vleermuissoorten waarop de soortenbeschermingsontheffing ziet. De minister heeft daarmee gezien welke activiteiten op lokaal niveau dezelfde soort effecten kunnen hebben op de betrokken populaties. Zoals in de uitspraak van 29 april 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1160](#), onder 16.2, is overwogen, en zoals het Hof van Justitie in het arrest van 10 oktober 2019, [ECLI:EU:C:2019:851](#), in punt 59 heeft benadrukt, is door te kijken naar de effecten van de soortenbeschermingsontheffing in het lokale gebied van de betrokken vogel- en vleermuissoorten, gekeken naar het gebied waarin de effecten van de ontheffing het meest merkbaar zijn.

Over het standpunt van TegenWind dat bij trekvogels naar de hele flyway gekeken moet worden om de effecten van de ontheffing op de staat van instandhouding van de betrokken vogelsoortenpopulatie te beoordelen, omdat alleen op die manier de volledige cumulatie van effecten in beeld kan komen, overweegt de Afdeling als volgt. Zoals hiervoor overwogen, heeft de minister de effecten van al bestaande en van reeds vergunde, maar nog niet gerealiseerde projecten die negatieve gevolgen kunnen hebben in de omgeving van het windpark bij de beoordeling betrokken. De minister kan met dat onderzoek naar lokale cumulatieve effecten volstaan, wanneer uit dit onderzoek volgt dat de soortenbeschermingsontheffing geen of geringe gevolgen op lokaal niveau heeft en daarmee ook geen impact heeft op de staat van instandhouding van de betrokken vogelsoortenpopulatie.

Daarbij moet voor trekvogels voor het bepalen van de populatie worden uitgegaan van de populatie van de regio's waaruit de voornaamste groepen afkomstig zijn die door de regio trekken waar het project dat negatieve effecten op die populatie kan hebben, is gelegen. Een overschatting van de populatie moet worden vermeden en er moeten berekeningsmethoden worden gehanteerd die het zeker mogelijk maken om onder een grens van 1% van de

jaarlijkse sterfte te blijven (zie punten 90 en 91 uit het arrest van het Hof van 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:291).

De Afdeling stelt vast dat bij het bepalen van de staat van instandhouding van de trekvogels waarop het besluit ziet, van een populatieomvang is uitgegaan gebaseerd op de vogels die twee keer per jaar door de regio van het windpark trekken en dat daarbij van objectieve, recente gegevens is uitgegaan. Daarbij zijn - zo is ter zitting toegelicht - voor het bepalen van de jaarlijkse sterfte de effecten van projecten in de gehele flyway betrokken. In de onderzoeken die aan het besluit ten grondslag zijn gelegd, is geconcludeerd dat de sterfte als gevolg van het project inclusief de lokale cumulatieve effecten tussen de 10 en 20% van 1% van de jaarlijkse sterfte bedraagt. De geringe effecten van het windpark in combinatie met projecten in de omgeving van het windpark betekenen dat in dit geval volstaan kon worden met deze reikwijdte van het onderzoek naar cumulatieve effecten.

10.6. De conclusie op grond van het hiervoor overwogene is dat de toepassing van het 1%-criterium op juiste wijze heeft plaatsgevonden. Het criterium is gelet op de verhouding tussen de natuurlijke mortaliteit en het daadwerkelijk verwachte aantal sterfgevallen omzichtig gebruikt en de cumulatieve effecten van al wel vergunde, maar nog niet gerealiseerde projecten zijn daar op een juiste wijze bij betrokken. De rechtbank heeft daarom naar het oordeel van de Afdeling terecht overwogen dat de minister zich met toepassing van het 1%-mortaliteitscriterium op het standpunt heeft mogen stellen dat de staat van instandhouding van de betrokken diersoorten niet verslechtert. Het incidenteel hoger beroep van TegenWind is ongegrond.

Het hoger beroep van Windpark Den Tol

11. Ter zitting heeft Windpark Den Tol de hoger beroepsgrond dat de rechtbank ten onrechte het schrappen van de monitoringsverplichting en de stilstandvoorziening voor vleermuizen heeft beoordeeld als zijnde in strijd met het verbod op reformatio in peius ingetrokken.

12. Windpark Den Tol betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het schrappen van de stilstandvoorziening voor vogels niet volgt uit de zogenoemde Slufter II-uitspraak van de Afdeling van 22 augustus 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2772](#). Volgens haar is de situatie bij Windpark Den Tol wel vergelijkbaar met de situatie die in die uitspraak speelde, maar sowieso dient aan het verbinden van een voorschrift zoals een stilstandvoorziening in de situatie dat de sterfte beneden de 1% blijft, expliciet te worden gemotiveerd waarom een voorziening nodig is. Dat was in het oorspronkelijke besluit niet gedaan, zodat in het herziene besluit van 11 oktober 2018 het voorschrift terecht was geschrapt. Dat heeft de rechtbank echter niet onderkend. Windpark Den Tol stelt in dit verband dat de minister mede aan de hand van een toelichting van een deskundige van Bureau Waardenburg gemotiveerd heeft waarom een stilstandvoorziening weinig effect zou sorteren en tot een groot verlies aan opbrengst met hoge kosten zou leiden.

12.1. De Afdeling overweegt dat de rechtbank zich voor haar oordeel op dit punt heeft gebaseerd op twee vraagstukken. Ten eerste op de vraag in hoeverre de Slufter II-uitspraak gebruikt kan worden om het schrappen van het voorschrift te rechtvaardigen. Ten tweede op de vraag in hoeverre die uitspraak tot het schrappen noopt. Ongeacht waar de beoordeling van het betoog van Windpark Den Tol over de vergelijkbaarheid van de situaties op het gebied van vogeltrek (kortweg: de omstandigheid dat in beide situaties sprake is van breedfronttrek in plaats van gestuwde trek) toe moet leiden, betekent vergelijkbaarheid op dit punt nog niet dat het ontbreken van de noodzaak van een stilstandvoorziening daarmee ook is gegeven. Zoals Windpark Den Tol ook erkent, is hiervoor een afweging van belangen

vereist waarbij de kosten en de baten voor een afzonderlijk windpark in kaart moeten worden gebracht.

In het besluit van 11 oktober 2018 heeft de minister slechts overwogen dat uit de Slufter II-uitspraak volgt dat de in dat geval gebruikte radarmodellen een beperkt nut hebben en erg duur zijn. Naar het oordeel van de Afdeling is daarmee niet een afweging gemaakt waarbij alle betrokken belangen zijn gewogen.

De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat het schrappen van de stilstandvoorziening in het besluit van 11 oktober 2018 onvoldoende is gemotiveerd.

Het hoger beroep van Windpark Den Tol is ongegrond.

Het besluit van 18 juni 2019

13. Bij besluit van 18 juni 2019 heeft de minister (opnieuw) een beslissing op bezwaar genomen. De motivering van het besluit is gewijzigd en voorschriften over een stilstandvoorziening ten behoeve van vleermuizen zijn opgenomen voor 3 windturbines (T1, T5, T9).

14. TegenWind en NABU betogen, kort gezegd, dat in dit besluit opnieuw ten onrechte het 1%-mortaliteitscriterium is toegepast. Omdat in dit verband geen nieuwe of andere argumenten, feiten en omstandigheden zijn ingebracht ten opzichte van deze beroepsgrond over de uitspraak van de rechtbank, verwijst de Afdeling naar haar conclusie hierover onder 9.3 en 10.6. De betogen slagen niet.

15. TegenWind en NABU betogen dat voorschriften over een stilstandvoorziening voor vogels in het besluit hadden moeten worden opgenomen. Volgens hen kan de aangevulde motivering nog steeds niet de conclusie dragen dat geen voorschriften over een stilstandvoorziening voor vogels aan de ontheffing hoeven te worden verbonden, afgezet tegen de eerdere argumenten om wel een stilstandvoorziening op te nemen in het besluit van 17 maart 2016.

Zij stellen dat nog steeds niet onder verwijzing naar de Slufter II-uitspraak gesteld kan worden dat een stilstandvoorziening niet gerechtvaardigd is. Daarnaast is de afweging die (inmiddels) wel is opgenomen in het besluit van 18 juni 2019 nog niet dragend. Zij wijzen hierbij met name op de omstandigheid dat de minister erkent dat een stilstandvoorziening aanvaringsslachtoffers kan helpen voorkomen. In het licht van het uitgangspunt van de vogelrichtlijn dat individuele exemplaren van vogels beschermenswaardig zijn en afwijkingen van de verbodsbepalingen tot het strikt noodzakelijke moeten worden beperkt, zoals ook het Hof van Justitie meermaals heeft geoordeeld, moet een stilstandvoorziening in beginsel ook worden voorgeschreven. Dit kan hooguit anders zijn als de verhouding tussen de kosten ervan en de opbrengst in de zin van slachtofferreductie onevenredig uitpakt. Daarvan is volgens hen niet gebleken. Onder meer hoeven de kosten die de minister noemt niet zo hoog en de opbrengsten niet zo laag te zijn als waarvan hij uitgaat. Er zijn bijvoorbeeld andere radars of systemen beschikbaar dan waarnaar is gekeken, zoals lokale vogelradars en camerasystemen.

15.1. In het bestreden besluit heeft de minister gemotiveerd waarom een stilstandvoorziening voor vogels niet nodig is. Omdat de staat van instandhouding niet in gevaar komt, is een voorziening voor dat doel niet noodzakelijk. Het opnemen van een voorziening is in dat geval wel mogelijk, maar gelet op de Slufter II-uitspraak is hiervoor een belangenafweging vereist. Deze belangenafweging heeft de minister in het besluit van 11 oktober 2018 gemaakt en in het besluit van 18 juni 2019 aangevuld. De minister acht de

verhouding tussen de kosten van een stilstandvoorziening en de opbrengst in de zin van slachtofferreductie om de volgende redenen onevenredig.

Eenzijds zijn er kosten verbonden aan een stilstandvoorziening. Een vogelradar kost rond de €700.000 en het opbrengstverlies van de windturbines wordt geschat op ongeveer 3,4% (ongeveer €285.000) per jaar. Daar komt bij dat deze opbrengstvermindering niet ten bate komt van het klimaat, wat een ongewenst maatschappelijk effect geeft. Windpark Den Tol stelt dat de bovengenoemde kosten nog hoger uitvallen. Een radar is op zichzelf nog geen stilstandvoorziening: de software hiervoor moet worden ontwikkeld en geïnstalleerd. Dit is ook een grote kostenpost. Over de mogelijkheid van alternatieve systemen stelt de minister zich op het standpunt dat geen systemen bekend zijn die geen hoge kosten en vergelijkbare opbrengstverliezen met zich brengen.

Tegenover deze financiële en maatschappelijke kosten staat volgens de minister een gering effect van een stilstandvoorziening. Een voorziening kan een vrij groot effect hebben bij de gestuwde trek van trekvogels. Maar bij dit windpark is sprake van breedfronttrek (zoals aan de orde was in de situatie waar de Slufter II-uitspraak over gaat). Daarnaast is bij deze situatie het bestaande Flysafe-model - een model voor het voorspellen van vogeltrek van de Koninklijke Luchtmacht - niet bruikbaar voor een stilstandvoorziening.

Hiermee acht de minister de verhouding tussen de kosten van een stilstandvoorziening en de opbrengst in de zin van slachtofferreductie onevenredig. Voor meer lokale populaties zijn ook de gevolgen van mitigerende maatregelen dermate gering ten opzichte van de genoemde kosten, dat de minister het opleggen van een stilstandvoorziening onevenredig acht.

Overigens stelt de minister dat weliswaar op dit moment gelet op de afweging van voor- en nadelen geen voorschriften opgelegd worden met betrekking tot stilstand en monitoring voor vogels, maar dat in de toekomst wellicht een andere afweging wordt gemaakt. In zo'n geval kan de ontheffing worden gewijzigd.

15.2. TegenWind en NABU hebben niet concreet gemaakt welke feiten en omstandigheden in de bovenvermelde afweging onvolledig of onjuist zijn. Weliswaar stellen ze dat er alternatieven beschikbaar zijn met andere kosten en hogere opbrengsten dan waarvan de minister is uitgegaan, maar niet is gebleken van concrete systemen met wezenlijke andere kosten en opbrengsten.

De Afdeling is van oordeel dat de door de minister gegeven motivering in het besluit de conclusie dat een stilstandvoorziening opleggen onevenredig is, kan dragen.

Ook kon de minister in redelijkheid erop wijzen dat het (wetenschappelijke) onderzoek de komende tijd doorgaat en dat, mocht daar aanleiding voor zijn in de toekomst, alsnog stilstand- en monitoringsverplichtingen kunnen worden opgelegd. De omstandigheid dat de looptijd van de ontheffing meer dan 20 jaar is, betekent op zichzelf niet dat zo'n verplichting nu al moet worden opgelegd, zoals TegenWind en NABU wensen, maar de wet biedt juist de mogelijkheid om bij gewijzigde omstandigheden alsnog de ontheffing te wijzigen (artikel 5.4 van de Wnb).

De betogen slagen niet.

16. TegenWind en NABU menen dat de minister ten onrechte stelt dat een monitoringsverplichting niet nodig is. Het argument dat een monitoringsverplichting alleen zinvol is bij een stilstandvoorziening, gaat niet op, omdat ook zonder stilstandvoorziening monitoren nuttig kan zijn, met het oog op wijzigingen van de ontheffing.

16.1. Ter zitting is gebleken dat de minister, onder meer ook op basis van de opvatting van de houder van de ontheffing Windpark Den Tol, zich inmiddels op een ander standpunt over het monitoren stelt dan bij het nemen van het bestreden besluit. Een monitoringsverplichting kan bij nader inzien volgens de minister wel nuttig zijn. Omdat gewijzigde omstandigheden hiertoe geen aanleiding gaven, ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit op dit punt is genomen in strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit dient in zoverre wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb te worden vernietigd.

Geldigheidsduur van de ontheffing

17. Windpark Den Tol stelt dat de geldigheidsduur van de ontheffing van 18 juni 2019 te kort is. In het besluit van 17 maart 2016 was de geldigheidsduur ongeveer 24 jaar en 6 maanden (van 17 maart 2016 tot en met 30 september 2040). Omdat in het nieuwe besluit de einddatum niet is gewijzigd, is de geldigheidsduur nog maar ruim 21 jaar.

17.1. De minister heeft ter zitting gezegd geen bezwaar te hebben tegen het vaststellen van een geldigheidsduur van 24 jaar en 6 maanden. Dat dit in het besluit niet is gebeurd was een vergissing. TegenWind en NABU hebben hierover geen bezwaren naar voren gebracht.

Omdat de minister zich hierover inmiddels op een ander standpunt stelt, zonder dat gewijzigde omstandigheden hiertoe aanleiding geven, ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit is genomen in strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid, voor zover dit de geldigheidsduur van de ontheffing betreft. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit dient in zoverre wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb te worden vernietigd.

Finale geschilbeslechting

18. Met het oog op een definitieve beëindiging van het geschil ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb zelf in de zaak te voorzien. Niet is gebleken dat belangen van derden hierdoor geschaad zullen worden.

18.1. Ter zitting zijn partijen tot overeenstemming gekomen over een formulering voor een monitoringsverplichting. De tekst die ter zitting is voorgedragen door de minister en als voorschrift 12 aan de ontheffing zal worden verbonden luidt als volgt:

"U dient op basis van een door een ter zake kundige ecooloog opgesteld monitoringsplan gedurende de eerste twee volle jaren dat het windpark in gebruik is de aantallen aanvaringsslachtoffers te monitoren van de hierna te melden vogelsoorten, in de periode november tot en met februari minimaal 1 maal per week en in de periode maart tot en met mei minimaal 2 maal per week. De resultaten van de monitoring worden jaarlijks gerapporteerd aan het bevoegd gezag. Vogelsoorten:

Knobbelswaan

Kolgans

Wilde eend

Grauwe gans

Smient

Kokmeeuw

Stormmeeuw

Grutto

Wulp"

NABU heeft te kennen gegeven akkoord te kunnen gaan met bovenstaande tekst, maar ook de wens te hebben om hierbij een reactiedrempel op te nemen. De Afdeling acht dit echter niet noodzakelijk, nu handhavend optreden ook mogelijk is zonder een in een voorschrift opgenomen reactiedrempel.

18.2. Verder is ter zitting gebleken dat aan de ontheffing een geldigheidsduur van 24 jaar en 6 maanden kan worden verbonden. De Afdeling zal daarom bepalen dat de ontheffing zal gelden voor het tijdvak van 10 juni 2019 tot en met 10 december 2043.

19. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit, voor zover dit is vernietigd.

Proceskostenveroordeling

20. De minister dient ten aanzien van TegenWind, NABU en Windpark den Tol op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit niet-ontvankelijk;

II. bevestigt de aangevallen uitspraak;

III. verklaart de beroepen van Windpark Den Tol, TegenWind en NABU tegen het besluit van 18 juni 2019 gegrond;

IV. vernietigt het besluit van 18 juni 2019, kenmerk 494-34444, waarbij de minister (opnieuw) een beslissing op bezwaar heeft genomen over de ontheffing van de verbodsbepalingen genoemd in artikel 3.1, eerste lid, en artikel 3.5, eerste lid, van de Wet natuurbescherming voor zover:

a. geen monitoringsverplichting is opgenomen voor de volgende vogelsoorten: Knobbelswaan, Kogans, Wilde eend, Grauwe gans, Smient, Kokmeeuw, Stormmeeuw, Grutto, Wulp;

b. de duur van de ontheffing eindigt op 30 september 2040;

V. bepaalt dat

a. een voorschrift 12 wordt verbonden aan de ontheffing, luidende: "U dient op basis van een door een ter zake kundige ecoloog opgesteld monitoringsplan gedurende de eerste twee volle jaren dat het windpark in gebruik is de aantallen aanvaringsslachtoffers te monitoren van de hierna te melden vogelsoorten, in de periode november tot en met februari minimaal 1 maal per week en in de periode maart tot en met mei minimaal 2 maal per week. De resultaten van de monitoring worden jaarlijks gerapporteerd aan het bevoegd gezag. Vogelsoorten:

Knobbelzwaan

Kolgans

Wilde eend

Grauwe gans

Smient

Kokmeeuw

Stormmeeuw

Grutto

Wulp";

b. de zin: "Ontheffing voor het tijdvak van: 10 juni 2019 tot en met 30 september 2040" wordt gewijzigd in: "Ontheffing voor het tijdvak van: 10 juni 2019 tot en met 10 december 2043";

VI. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit, zoals dit onder IV is vernietigd;

VII. veroordeelt de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit tot vergoeding van bij Windpark Den Tol Exploitatie B.V. in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 787,50 (zegge: zevenhonderdzevenentachtig euro en vijftig cent), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

veroordeelt de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit tot vergoeding van bij NABU Naturschutzstation Niederrhein e.V. in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 262,50 (zegge: tweehonderdtweeënzestig euro en vijftig cent), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

veroordeelt de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit tot vergoeding van bij Stichting TegenWind(molens) Netterden en omgeving in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 787,50 (zegge: zevenhonderdzevenentachtig euro en vijftig cent), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. bepaalt dat van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit een griffierecht van € 519,00 (zegge: vijfhonderdnegentien euro) wordt geheven.

Aldus vastgesteld door mr. J.A. Hagen, voorzitter, en mr. R. Uylenburg en mr. G.M.H. Hoogvliet, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Scheele, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

Uitgesproken in het openbaar op 7 oktober 2020

723.

Bijlage

Wet natuurbescherming

Artikel 3.1

1. 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.
2. Het is verboden opzettelijk nesten, rustplaatsen en eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te vernielen of te beschadigen, of nesten van vogels weg te nemen.
3. Het is verboden eieren van vogels als bedoeld in het eerste lid te rapen en deze onder zich te hebben.
4. Het is verboden vogels als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te storen.
5. Het verbod, bedoeld in het vierde lid, is niet van toepassing indien de storing niet van wezenlijke invloed is op de staat van instandhouding van de desbetreffende vogelsoort.

Artikel 3.3

1. 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.

(...)

4. Een ontheffing of een vrijstelling wordt uitsluitend verleend, indien is voldaan aan elk van de volgende voorwaarden:

a. er bestaat geen andere bevredigende oplossing;

b. zij is nodig:

1°. in het belang van de volksgezondheid of de openbare veiligheid;

2°. in het belang van de veiligheid van het luchtverkeer;

3°. ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij of wateren;

4°. ter bescherming van flora of fauna;

5°. voor onderzoek of onderwijs, het uitzetten of herinvoeren van soorten, of voor de daarmee samenhangende teelt, of

6°. om het vangen, het onder zich hebben of elke andere wijze van verstandig gebruik van bepaalde vogels in kleine hoeveelheden selectief en onder strikt gecontroleerde omstandigheden toe te staan;

c. de maatregelen leiden niet tot verslechtering van de staat van instandhouding van de desbetreffende soort.

Artikel 3.5

1. Het is verboden in het wild levende dieren van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel a, bij de Habitatrichtlijn, bijlage II bij het Verdrag van Bern of bijlage I bij het Verdrag van Bonn, met uitzondering van de soorten, bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn, in hun natuurlijk verspreidingsgebied opzettelijk te doden of te vangen.

2. Het is verboden dieren als bedoeld in het eerste lid opzettelijk te verstoren.
3. Het is verboden eieren van dieren als bedoeld in het eerste lid in de natuur opzettelijk te vernielen of te rapen.
4. Het is verboden de voortplantingsplaatsen of rustplaatsen van dieren als bedoeld in het eerste lid te beschadigen of te vernielen.
5. Het is verboden planten van soorten, genoemd in bijlage IV, onderdeel b, bij de Habitatrichtlijn of bijlage I bij het Verdrag van Bern, in hun natuurlijke verspreidingsgebied opzettelijk te plukken en te verzamelen, af te snijden, te ontwortelen of te vernielen.

Artikel 3.8

1. Gedeputeerde staten kunnen ontheffing verlenen van een of meer van de verboden, bedoeld in de artikelen 3.5 en 3.6, tweede lid, ten aanzien van dieren of planten van daarbij aangewezen soorten, dan wel ten aanzien van de voortplantingsplaatsen, rustplaatsen of eieren van dieren van daarbij aangewezen soorten.

(...)

5. Een ontheffing of een vrijstelling wordt uitsluitend verleend, indien is voldaan aan elk van de volgende voorwaarden:

a. er bestaat geen andere bevredigende oplossing;

b. zij is nodig:

1°. in het belang van de bescherming van de wilde flora of fauna, of in het belang van de instandhouding van de natuurlijke habitats;

2°. ter voorkoming van ernstige schade aan met name de gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden, wateren of andere vormen van eigendom;

3°. in het belang van de volksgezondheid, de openbare veiligheid of andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en met inbegrip van voor het milieu wezenlijke gunstige effecten;

4°. voor onderzoek en onderwijs, repopulatie of herintroductie van deze soorten, of voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten, of

5°. om het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, bij de ontheffing of vrijstelling vastgesteld aantal van bepaalde dieren van de aangewezen soort te vangen of onder zich te hebben, onderscheidenlijk een beperkt bij de ontheffing of vrijstelling vastgesteld aantal van bepaalde planten van de aangewezen soort te plukken of onder zich te hebben;

c. er wordt geen afbreuk gedaan aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.