

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

zypp
advocaten

ZYPP advocaten
De la Reijstraat 2
6814 AE Arnhem
Postbus 911
6800 AX Arnhem

T 026 - 702 47 87
F 026 - 845 00 99
E info@zypp.nl
www.zypp.nl

KvK: 57 55 32 54
BTW: NL852629552B01

Arnhem, 16 november 2017

Ons kenmerk : 20170082/EJ/ej
Inzake : Windpark Bijvanck/advies
E-mail : eelco@zypp.nl

Hoogedelgestreng college,

Bij besluit van 26 september 2017 is door het college van Gedeputeerde Staten ontheffing voor Wet natuurbescherming verleend voor Windpark Bijvanck. Met deze ontheffing kunnen de heer J. Looman, wonende aan de Broekzijdsestraat 3 te Angerlo, de heer R. Lamers, wonende aan de Broekzijdsestraat 4 te Angerlo, de heer J.J. Tiemersma en Tiemersma Square B.V. wonende, resp. gevestigd aan de Broekzijdsestraat 6 te Angerlo, de heer J.C. Stolk, wonende aan de Kruisstraat 3 te Angerlo en de heer P.J.M.C. Wijlhuizen, wonende aan de Kruisstraat 5 te Angerlo zich niet verenigen. Reden om beroep in te stellen bij uw Afdeling en uw Afdeling te verzoeken het bestreden besluit te vernietigen.

Feiten

1. De besloten vennootschap Raedhuys Groep B.V. heeft de wens vier windturbines te realiseren op de locatie Bijvanck. Nadat de gemeenteraad van Zevenaar planologische medewerking had geweigerd, hebben Provinciale Staten van Gelderland in de veronderstelling daartoe gehouden te zijn op grond van de Elektriciteitswet 1998, een inpassingsplan vastgesteld. Tegen het vaststellingsbesluit van het inpassingsplan is beroep ingesteld. Dit beroep is bij uw Afdeling bekend onder nummer 201705691/1/R6.
2. Ingevolge het inpassingsplan is het mogelijk ten zuiden van Angerlo vier windturbines in een lijnopstelling te bouwen langs de Didamsche Wetering. De onderlinge afstand tussen de turbines bedraagt circa 445 meter. De ashoogte bedraagt tussen de 99 en 124 meter en de rotordiameter is 100-122 meter. De windturbines zijn voorzien op zo'n 60 meter van de Didamsche Wetering.

3. Door de besloten vennootschap Raedhuys Windenergie B.V. is een ontheffing aangevraagd voor het opzettelijk doden van zowel de gewone dwergvleermuis als de rosse vleermuis.
4. Door Van Vliet en Princen is onderzoek gedaan naar – onder meer – vleermuizen. Naast de twee genoemde soorten waar de ontheffing op ziet, is ook – in geringere aantallen – de aanwezigheid van de ruige dwergvleermuis, watervleermuis en de laatvlieger waargenomen (p. 15 van rapport Van Vliet en Princen). De waarnemingen zijn gedaan binnen en buiten 200 meter van de geplande windturbines.
5. Onderzoekers concluderen ook – pagina 14 – dat de randen van het plangebied, nl. de Didamsche Wetering en de houtwallen daarlangs, geschikt foerageergebied biedt voor vleermuizen. En dat de Didamsche Wetering en de Ganzepoelweg de opvallendste lijnvormige landschappelijke elementen in het landschap vormen die ‘in de regel’ door vleermuizen worden gebruikt als oriëntatiemiddel.
6. Ook naar de gevolgen voor vogels is onderzoek gedaan. Onderzoekers concluderen dat in het plangebied verschillende soorten vogels broeden (p. 17). De effecten van verstoring van bouwwerkzaamheden in het kader van de aanleg van windpark zijn echter niet onderzocht, omdat overtreding van verboden van de Flora- en faunawet kan worden voorkomen door ‘bouwwerkzaamheden buiten het broedseizoen uit te voeren.’
7. In de gebruiksfase (p. 18) verwachten onderzoekers een risico op aanvaringsslachtoffers onder vogels. Dat kan – aldus onderzoekers – leiden tot sterfte van vogels, onder andere tijdens seizoenstrek en van lokale vogels, zoals eenden, meeuwen en de spreeuw. Daarbij stellen onderzoekers wel dat nu bij de locatie Bijvanck geen sprake is van *gestuwde* trek en dus onder soorten die op deze wijze naar overwinteringsgebieden trekken (en vice versa), het aantal slachtoffers laag zal zijn.
8. Ten aanzien van vogels concluderen onderzoekers dan ook dat indien geen bouwwerkzaamheden worden verricht gedurende het broedseizoen, effecten op broedende vogels (aantasting van nesten) is te voorkomen. In de gebruiksfase verwachten onderzoekers – in afwijking van hetgeen uit studies blijkt – maximaal een tiental slachtoffers per turbine per jaar (derhalve maximaal 40). Daarbij onderscheiden zij geen verschillende soortgroepen. Slechtoffers verwachten onderzoekers ‘vooral’ onder meeuwen en zangvogels.

Omvang van de aanvraag

9. Door de besloten vennootschap Raedhuys Windenergie B.V. is een aanvraag ingediend voor ontheffing voor enkel de gewone dwergvleermuis en de rosse vleermuis, en enkel in verband met het overtreden van het verbod opzettelijk doden (artikel 3.5 Wnb).
10. In de zienswijze is door appellanten reeds aangegeven dat sprake is van een onvolledige aanvraag. Vaststaat immers dat naast deze twee vleermuissoorten ook de ruige dwergvleermuis, watervleermuis en de laatvlieger in het plangebied zijn aangetroffen en, belangrijker, slachtoffer zullen worden van de windturbines. Daarnaast zullen ook diverse vogels die in het plangebied voorkomen slachtoffer worden van aanvaring met de windturbines.
11. Door het college van Gedeputeerde Staten is in het besluit gereageerd op de ingebrachte zienswijze. De weerlegging van het onderdeel over de onvolledigheid van de aanvraag in de zienswijze heeft enigszins fragmentarisch plaatsgevonden, maar als appellanten het goed zien stelt het college van Gedeputeerde Staten zich op het volgende standpunt. Ten aanzien van de vleermuizen wordt, met betrekking tot de door appellanten genoemde soorten, een geringe sterftekans verwacht en derhalve is geen ontheffing in verband met overtreding van de verbodsbepalingen voor deze vleermuissoorten noodzakelijk. Ten aanzien van vogels stelt het college van Gedeputeerde Staten zich op standpunt dat alleen de kokmeeuw en de stormmeeuw binding hebben met het gebied, maar voor deze soorten ook een zeer geringe additionele sterfte wordt verwacht. Ook hier is geen aanvraag om ontheffing nodig.
12. Appellanten kunnen het college van Gedeputeerde Staten in deze beoordeling niet volgen. Voor wat betreft de vleermuizen niet omdat uit de wijze waarop onderzoekers het onderzoek hebben uitgevoerd, zij zelf de conclusie trekken dat een voorbehoud op zijn plaats is. Tijdens de beide veldbezoeken hebben zij de mate van activiteit geregistreerd en niet – automatisch – aantallen vleermuizen vastgesteld. De conclusie dat voor genoemde vleermuissoorten aanvaringsslachtoffers kunnen worden uitgesloten, dan wel als niet voorzienbaar incident dienen te worden beschouwd, kan niet worden getrokken op basis van het onderzoek zoals dit is uitgevoerd.
13. Bovendien wordt de conclusie dat indien sprake is van minder dan één verwacht slachtoffer per jaar, er geen sprake is van een aanmerkelijke kans omdat er geen sprake zou zijn van voorwaardelijk opzet, niet gedeeld door appellanten. Voor een dergelijke stelling is naar het oordeel van appellanten noch in de tekst van de Wet natuurbescherming, noch in uw rechtspraak, steun te vinden.

14. Nu – met andere woorden – naar het oordeel van appellanten sprake is van een onvolledige aanvraag had het op de weg van het college van Gedeputeerde Staten gelegen aanvrager te verzoeken de aanvraag aan te vullen. Nu dit ten onrechte niet is geschied is het besluit onzorgvuldig voorbereid. Dat ziet – voor de goede orde – in ieder geval op twee aspecten. Het had op de weg van het college van Gedeputeerde Staten gelegen aanvrager nader te bevragen over de aantallen in het plangebied voorkomende vleermuizen en vleermuissoorten (en geen genoegen te nemen met de aantallen geregistreerde vleermuizen tijdens twee veldbezoeken), en het college van Gedeputeerde Staten had – gelet op de geregistreerde vleermuizen – een aanvulling dienen te verlangen voor zover de aanvraag niet ziet op de geregistreerde soorten.
15. Ten aanzien van vogels geldt het vorengaande, wellicht, in nog in sterkere mate. Allereerst stellen onderzoekers vast dat geen onderzoek is gedaan naar de effecten op broedvogels gedurende de aanlegfase. Dat onderzoek is niet gedaan omdat de effecten op broedvogels tijdens de aanlegfase door middel van het verbinden van een voorschrift aan de ontheffing kunnen worden weggenomen. Ten onrechte is echter – nu effecten op voorhand niet kunnen worden uitgesloten – geen ontheffing voor de effecten op broedvogels aangevraagd. Bovendien is het voorschrift zoals onderzoekers dit voorstellen niet aan de ontheffing verbonden.
16. Voor zover het betreft de gebruiksfase, leidt – kort gezegd – een zorgvuldige lezing van het door aanvrager verrichte onderzoek tot andere conclusies dan waar het college van Gedeputeerde Staten in het bestreden besluit vanuit is gegaan. Onderzoekers komen – in afwijking van hetgeen gebruikelijk is – tot ongeveer 10 aanvaringslachtoffers per turbine per jaar. Vooral onder meeuwen en zangvogels. De aanvraag ziet niet op sterfte onder vogels en – zo stelt het college van Gedeputeerde Staten – dat is terecht omdat enkel voor de stormmeeuw en kokmeeuw een additionele sterfte is te verwachten van minder dan 1 exemplaar per jaar. Over andere soorten waar onderzoekers nadrukkelijk wel aandacht voor hebben rept het bestreden besluit niet.
17. De stelling van het college van Gedeputeerde Staten dat er voor het doden van vogels geen ontheffing nodig is omdat er sprake is van incidentele sterfte, wordt door appellanten niet gedeeld. Ook in zoverre had het college van Gedeputeerde Staten de aanvrager in de gelegenheid moeten stellen, de aanvraag aan te vullen. Door dit niet te doen is het besluit onzorgvuldig voorbereid.

Verboden van artikel 3.1 Wnb

18. Naar het oordeel van appellanten had de aanvraag mede betrekking dienen te hebben op beschermde vogels. De tekst van artikel 3.1, lid 1, Wnb is duidelijk: het opzettelijk doden van vogelsoorten als bedoeld in artikel 1 van de Vogelrichtlijn is verboden. Derhalve had een ontheffing dienen te worden verkregen op grond van artikel 3.3, lid 4 Wnb. Deze is ten onrechte niet aangevraagd en derhalve ook niet verkregen.

Verboden van artikel 3.5 Wnb

19. Naar het oordeel van appellanten had de aanvraag mede betrekking dienen te hebben op beschermde vleermuizen die nu niet in de aanvraag zijn meegenomen. De tekst van artikel 3.5, lid 1, Wnb is duidelijk: het opzettelijk doden van strikt beschermde soorten is verboden. Derhalve had een ontheffing dienen te worden verkregen op grond van artikel 3.8, lid 4 Wnb. Deze is ten onrechte niet aangevraagd en derhalve ook niet verkregen.
20. Voor zover de aanvraag wel ingediend – voor de gewone dwergvleermuis en voor de rosse vleermuis – is ten onrechte door het college van Gedeputeerde Staten positief beschikt op de aanvraag. Vaststaat dat – ondanks de mitigerende maatregel – er aanvaringsslachtoffers onder strikt beschermde vleermuizen zullen vallen. Over de aantallen slachtoffers verschillen appellanten en verzoeker van oordeel. In het onderzoek van verzoeker is enkel gekeken naar de geregistreerde aantallen en niet naar de aanwezige aantallen. Ook voor het college van Gedeputeerde Staten kan derhalve het effect op de vleermuizen niet duidelijk.
21. Naar het oordeel van appellanten had – nu ontheffing noodzakelijk is – ook nadrukkelijk beoordeeld dienen te worden of sprake is van een andere bevredigende oplossing, een bijzonder belang, en ten slotte, of sprake is van een afbreuk aan de gunstige staat van instandhouding.
22. Opmerkelijk genoeg start het college van Gedeputeerde Staten met de weerlegging van de zienswijzen met het onderdeel 'nut en noodzaak'. De vraag welke soorten in het projectgebied voorkomen en of een verbod wordt overtreden, had een meer voor hand liggende start van de zienswijzennota geweest. En daar zit ook meteen de pijn voor appellanten: ook voor appellanten staat vast dat een verduurzaming en een transitie naar een andere energievoorziening van groot belang is voor ons land. Het college van Gedeputeerde Staten, en het proces van de totstandkoming van het inpassingsplan geeft daar een ontluisterend beeld van, lijkt elk argument dat hem niet past ter zijde te schuiven zonder goed te kijken naar wat het argument behelst. De doelstelling van 230,5 MW is heilig. Het hoe en wat, is daaraan ondergeschikt gemaakt.

23. Dat geldt ook hier. Indien doelstelling is het opwekken van duurzame energie, zou de beoordeling van de vraag of dat dient te gebeuren door het plaatsen van windturbines of anderszins, uitdrukkelijk aan de orde dienen te komen. En indien, het doel is windenergie te genereren zou uitdrukkelijk gekeken dienen te worden naar de locatiekeuze. In het kader van het beroep van het inpassingsplan wordt dit punt ook aangevoerd. Indien uw Afdeling van oordeel zou zijn dat enkel naar het huidige projectgebied moet worden gekeken, voor de bepaling of er sprake is van een andere bevredigende oplossing, dan is de beoogde locatie van de windturbines opvallend. Uit het onderzoek volgt dat door onderzoekers veel vleermuizen zijn waargenomen. Uit het onderzoek volgt evenzeer dat met name de Didamsche Wetering van belang is voor de vleermuizen en dat windturbines op een afstand van minimaal 200 meter afstand van voor vleermuizen aantrekkelijke landschapselementen moeten worden geplaatst (p. 15). Hier zijn de windturbines beoogd op een afstand van slechts 60 meter. Met andere woorden, de kans op (extra) slachtoffers is eenvoudig te verkleinen door de beoogde locatie van de windturbines te veranderen. Ook naar een andere voor de hand liggende optie is niet gekeken: waarom vier windturbines? Minder windturbines leidt ook naar waarschijnlijkheid tot minder slachtoffers.
24. Appellanten zijn het met het college van Gedeputeerde Staten eens dat het duurzaam opwekken van energie een dwingende reden van groot openbaar belang kan vormen.
25. Ten slotte. Noch in het onderzoek, noch in het bestreden besluit, worden aandacht besteed aan de vraag of sprake is van een inbreuk op de gunstige staat van instandhouding van de soorten waar de ontheffing op ziet. Op deze vraag wordt – wellicht – impliciet een antwoord gegeven met de verwijzing naar het geringe aantal slachtoffers, en dat het stadpunt ingenomen dat dus geen sprake is van een inbreuk op een gunstige instandhouding van de soort. Naar het oordeel van appellanten wordt deze conclusie te snel getrokken. Op veel locaties – met name ook langs de Rijksweg A15, maar ook dichterbij de locatie Bijvanck – worden windturbineparken opgericht. Bij elk van de genoemde parken zou kunnen worden geoordeeld dat geen sprake is van een inbreuk op de gunstige instandhouding van de soort vanwege het in absolute zin voor die locatie geringe aantal slachtoffers. Cumulatief is een effect wel degelijk voor de hand liggend.

Conclusie

Namens appellanten verzoek ik uw Afdeling het beroep gegrond te verklaren, het bestreden besluit te vernietigen en het college van Gedeputeerde Staten te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Hoogachtend,
ZYPP advocaten | Vastgoed en Overheid

E.T. de Jong

