

**Verslag van de hoorzitting van de commissie Rechtsbescherming op 10 oktober 2023**

**Onderwerp**

Het bezwaar, d.d. 8 december 2022, van [5.1.2e] van Kuken Beheer B.V., gevestigd aan de Zelhemseweg 45A in Hengelo (GLD) (hierna: bezwaarde), vertegenwoordigd door [5.1.2e] van Stichting Achmea Rechtsbijstand, met zaaknummer 2022-017257, bij Gedeputeerde Staten (hierna: GS) ingekomen op 8 december 2022 en aangevuld op 5 januari 2023, en gericht tegen het besluit van 28 oktober 2022, zaaknummer 2022-001682, waarin aan bezwaarde een last onder dwangsom is opgelegd voor overtredingen van de verbodsbepalingen in de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) op het perceel Zelhemseweg 45a te Hengelo (Gld), vanwege het in gebruik hebben en nemen van twee windmolens zonder de benodigde ontheffing.

**De commissie Rechtsbescherming is ter zitting als volgt samengesteld:**

Voorzitter:

[5.1.2e]

[5.1.2e]

Secretaris:

[5.1.2e]

[5.1.2e]

**Voorts aanwezig:**

Aanwezig namens bezwaarde:

[5.1.2e]

Namens GS:

[5.1.2e]

**Datum**

13 november 2023

**Zaaknummer**

2022-017257

**Blad**

2 van 4

**Verslag**

**De voorzitter** opent de zitting, stelt de aanwezigen voor en licht de procedure toe. Hij geeft aan dat er geen geluidsopnames gemaakt mogen worden. De voorzitter schetst de kern van de zaak. Hij geeft het woord aan bezwaarde.

**5.1.2e** wil reageren op het aanvullend verweer van GS van 28 september jl. Hij stelt dat GS een denkfout maken omdat zij stellen dat het gaat om een ontheffing. Het gaat echter om een last onder dwangsom. De vraag die voorligt is of er sprake is van een overtreding. GS stellen dat sprake is van voorwaardelijke opzet, en dat dit gaat om elke kans op het doden van een vleermuis of vogel. Dit is niet in overeenstemming met Europese rechtspraak en de rechtspraak van de RvS. Het niet opzettelijk doden van een vleermuis of vogel valt niet onder de Wnb. De kans dat er een vleermuis sneuvelt is vrijwel te verwaarlozen. Dit wordt door GS ook niet bestreden. De beschrijving van de omgeving wordt door GS niet bestreden. Er is geen sprake van opzet. GS wijzen naar onderzoeken in Groningen. Die zijn niet relevant want de omstandigheden waaronder ze zijn uitgevoerd zijn niet bekend. Deze kunnen alleen daarom al niet worden gebruikt. Benadrukt wordt dat het om voorwaardelijke opzet gaat. Het niet opzettelijk sneuvelen valt niet onder voorwaardelijke opzet.

**5.1.2e** geeft aan dat de kern is of er wel of geen sprake is van opzet. De effecten dienen vooraf beoordeeld te worden en niet achteraf zoals GS stellen. Er wordt geen ontheffing aangevraagd omdat er geen sprake is van een overtreding. Gekeken moet worden wat de kans is dat er iets in de molen vliegt. De provincie Noord-Brabant verleent geen ontheffing voor dit soort gevallen. Op de locatie, die kaal is, vliegen geen vleermuizen. Ten aanzien van het onderzoek in Groningen wordt gesteld dat het daar gaat over een onderzoek met twee slachtoffers. Er wordt geciteerd uit een lopend onderzoek dat nog niet gepubliceerd is. GS kunnen niet stellen dat er gemiddeld twee slachtoffers per molen zijn, omdat het om een andere situatie gaat. De molen uit het onderzoek staat op een andere locatie. Op de onderhavige locatie vliegen geen vleermuizen. De kans dat vogels in de windturbine vliegen is heel gering.

**De voorzitter** vraagt naar de belanghebbendheid van de verzoekers om handhaving en hoe GS dit beoordeeld hebben.

**5.1.2e** geeft aan dat het perceel van verzoekers grenzend is aan het perceel van bezwaarden en dat daarom ervan uit is gegaan dat zij belanghebbend zijn.

**5.1.2e** geeft aan dat er een uitspraak is dat als je dicht genoeg bij de ontwikkeling woont je ook belanghebbende bent, omdat de vogels ook over jouw perceel vliegen. Er geldt een afstandscriterium van ongeveer 400 meter.

**De voorzitter** vraagt naar de aard van het besluit. Hij vraagt hoe de last gekwalificeerd moet worden.

**5.1.2e** geeft aan dat op de effecten een oordeel moet worden gegeven in relatie tot de instandhouding. In de wet staan enkele verboden. Als dat verbod in het geding komt, dan zal vanuit een effectbeoordeling een beoordeling plaats moeten vinden. Je spreekt van een verbod. Beoordeeld moet worden hoe groot het belang is dat het acceptabel is dat die wet overtreden wordt. Er zal een geldend belang moeten zijn. Er moet ook gekeken worden naar eventuele preventieve maatregelen. Je komt tot een beoordeling of een ontheffing nodig is of dat een overtreding wordt begaan. Dit is lastig. Er is een quickscan en een nader onderzoek. Met de quickscan kan de potentie van het leefgebied worden beoordeeld. Als effecten kunnen worden uitgesloten dan is een quickscan voldoende. Als dit niet kan dan is nader onderzoek noodzakelijk. Er worden vereisten gesteld aan dit nader onderzoek. Met dit onderzoek wordt dan een ontheffing aangevraagd.

**5.1.2e** vraagt waar de last op ziet.

**5.1.2e** geeft aan dat dit per soort verschilt. Er zijn bijvoorbeeld habitatrichtlijnen of vogelrichtlijnen. Bij alle soorten geldt het ten aanzien van het doden. Ten aanzien van vleermuizen gelden ook

**Datum**

13 november 2023

**Zaaknummer**

2022-017257

**Blad**

3 van 4

migratieroutes en fourageerroutes. Er zijn ook jaarronde vogelsoorten, waarbij het leefgebied ook extra beschermd wordt.

5.1.2e vraagt of er al dodelijke slachtoffers zijn aangetroffen. Zij vraagt hoe GS de aanmerkelijke kans zien of moet er volgens GS sprake zijn van een geringe kans.

5.1.2e geeft aan dat dit lastig is. Het grote verschil met erfmolens is dat normale ontheffingen over een eenmalige ingreep gaan. Dat is een andere beredenering dan een langdurige ingreep.

5.1.2e geeft aan dat het om een last gaat, terwijl er nog geen overtreding is geconstateerd.

5.1.2e geeft aan dat gekeken wordt naar de aannemelijkheid op het opzettelijk doden en de kans dat er een slachtoffer gemaakt kan worden. Het is duidelijk dat er slachtoffers gaan vallen.

5.1.2e vraagt waar dit op is gebaseerd.

5.1.2e geeft aan dat het gebaseerd is op het onderzoek dat in het verweerschrift is aangehaald en dat er binnen twee meter vleermuizen en vogels van de wieken worden waargenomen. Het risico is groot.

**De voorzitter** vraagt naar de kans op slachtoffers.

5.1.2e geeft aan dat er binnen twee meter van windmolens slachtoffers vallen.

**De voorzitter** vraagt hoe dit zit bij de kleine windmolens.

5.1.2e geeft aan dat er geen onderzoeken zijn die zien op de kleine windmolens zijn. Er is een aanmerkelijke kans dat binnen twee meter van de molen slachtoffers vallen. Het gaat om een windmolen die draait en je mag aannemen dat er dan slachtoffers gaan vallen. De mate waarin is nog niet duidelijk.

5.1.2e vraagt of het aantal slachtoffers een rol speelt en of er ergens een grens is.

5.1.2e geeft aan dat er slachtoffers gaan vallen. Bij kleine en bij grote windmolens gaan slachtoffers vallen verwachten GS. Bezwaarde gaat iets doen waar risico's op slachtoffers bij zijn te verwachten. Het kunnen er 10 per jaar zijn, maar dat weet je niet.

5.1.2e geeft aan dat er een hele berekening achter zit, gebaseerd op aannames en dat houdt juridisch stand.

**De voorzitter** vraagt of de onderzoeken naar grote windmolens hierbij betrokken worden.

5.1.2e geeft aan dat bezwaarden dat zelf hebben gedaan. GS moeten beoordelen of er effecten zijn.

5.1.2e geeft aan dat er dingen door elkaar worden gehaald. Het gaat niet om een belangenafweging. Die doe je in het kader van de ontheffing. Het gaat om de vraag of er slachtoffers gaan vallen. Iedere vogel is beschermd. Het maakt wettelijk niet uit welke soort het is. De staat van instandhouding bepaal je alleen bij de ontheffing. Er wordt niet ontkent dat er een vogel in kan vliegen. Maar de kans is dusdanig gering op deze plek dat er geen ontheffing nodig is en dus geen sprake is van een overtreding.

5.1.2e geeft aan dat verwezen wordt naar onderzoeken die nog lopen. Er wordt een rookgordijn opgeworpen. Er zijn vier onderzoeken uitgevoerd. Hij vraagt hoe specifiek het voor deze locatie moet worden.

5.1.2e vraagt hoe de last moet worden gekwalificeerd. Zij vraagt of er sprake is van een preventieve last onder dwangsom.

5.1.2e geeft aan dat het gaat om een preventieve last onder dwangsom.

5.1.2e geeft aan dat dan voldaan moet worden aan het klaarblijkelijkheidscriterium.

5.1.2e geeft aan dat het niet onwaarschijnlijk is dat er een keer een dodelijke vogel in 25 jaar in de windmolen zal vliegen.

5.1.2e geeft aan dat de verwachting is dat er vaker per jaar vogels in gaan vliegen. Er is geen veldonderzoek gedaan. Er wordt voorgesorteerd op een ontheffing.

5.1.2e geeft aan dat er geen voorwaardelijke opzet is.

**Datum**

13 november 2023

**Zaaknummer**

2022-017257

**Blad**

4 van 4

5.1.2e geeft aan dat de molens niet draaien als het windstil is en de vogels dan niet in de molen kunnen vliegen.

**De voorzitter** constateert dat de commissie geen vragen meer heeft.

5.1.2e geeft aan dat er geen onderzoek ligt waar slachtoffers op worden uitgesloten. In de quickscan die gedaan is wordt niet gekeken naar de NDFF, maar dat hoort daar wel in een thuis. De quickscan was onvolledig. Het handhavingsverzoek heeft aanleiding gegeven om te verzoeken tot aanvullend onderzoek.

5.1.2e geeft aan dat verwezen wordt naar de NDFF. Niemand voegt algemene soorten toe aan de NDFF. Er worden alleen bijzondere soorten toegevoegd. Het bekijken van een NDFF is goed om de bijzondere soorten te bekijken. Als het gaat om kansen moet je juist kijken naar de algemene soorten.

**De voorzitter** geeft aan, dat de Commissie voldoende geïnformeerd is en sluit de zitting af. Onder dankzegging voor eenieders aanwezigheid en inbreng ter zitting wordt de hoorzitting gesloten.

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

Voorzitter

Secretaris