

Verschenen in:

Wetgevingscommentaar Flora- en Faunawet (Band 6-F05), thema 8.8, Sdu Den Haag 2010

Natuur en duurzame energieproductie

Windturbines in natuurgebieden

Mr. dr. F.H. Kistenkas¹

“The magnitude of (...) threatened climate change, apparently tip the scales, or create a presumption in favour of the development of renewable energy sources including wind farms obviously.”

(J. Jones, *Global or local interests? The significance of the Taralga wind farm case*, Sydney 2007, p. 271)

1 Inleiding

Windturbines middenin natuurgebieden lijken in Nederland thans nog ver weg en is nog een beetje *thinking the unthinkable*. In rechtsliteratuur en jurisprudentie van sommige Angelsaksische landen is het evenwel reeds breed geaccepteerd. Zo hebben windturbines in natuur volgens de Australische rechtsliteratuur en rechtspraak zelfs een voorrangpositie boven natuur- en landschapsbelangen. Het wereldwijde probleem van klimaatverandering zorgt er aldaar voor dat duurzame energieproductie in natuurgebieden een vooronderstelling van voorrang (*presumptum of priority*) heeft boven natuur- en landschapsbescherming: *global interests* gaan immers boven de *local environmental agenda*.

Zover is het Europese en nationale natuur- en klimaatrecht nog lang niet, maar er zijn intussen wel benaderingen die windturbines in natuur ook in Nederland reeds mogelijk maken.

Hieronder zal eerst ingegaan worden op de nieuwste jurisprudentiële ontwikkelingen en mogelijkheden binnen het natuurbeschermingsrecht van Natura 2000 (hfst 2) en vervolgens of ook de natuurbeschermingsrechtelijke en klimaatrechtelijke rechtsliteratuur nog vernieuwende denkrichtingen zou kunnen bieden voor duurzame energieproductie in of nabij een Natura 2000-gebied (hfst 3). Afgesloten wordt met conclusies (hfst 4).

¹ Mr. dr. F.H. (Fred) Kistenkas is universitair hoofddocent natuurbeschermingsrecht bij de leerstoelgroep Bos- en Natuurbeleid van Wageningen Universiteit en senior onderzoeker bij Alterra, onderzoeksinstituut van Wageningen Universiteit en Researchcentrum (Wageningen UR). Dit rechtsvergelijkend onderzoek kwam mede tot stand dankzij SenterNovem (Agentschap NL) van het ministerie van Economische Zaken.

2 Jurisprudentie

2.1 Nieuwe jurisprudentie: hand aan de kraan

Er dient zich vanaf 2007 een nieuwe jurisprudentiële lijn aan die kansen zou kunnen bieden voor de plaatsing van windturbines ook middenin de Nederlandse natuur. Deze lijn is ingezet met de geruchtmakende gaswinningszaak (ABRS 29 augustus 2007, 200606028), waarbij immers ook sprake was van een project (gaswinning) in de natuur, namelijk de Waddenzee. Omdat via een monitoringsprotocol hand-aan-de-kraan werd gehouden liet de bestuursrechter deze activiteit in de natuur doorgaan.

In deze gaswinningszaak wordt naast monitoring (hand aan de kraan) ook nog aandacht besteed aan mitigatie en investeren in ecologische veerkracht van habitatype en/of kwalificerende soorten (zogenoemde *resilience*). In rechtsoverweging (rov) 2.17.3/4 wordt op de onzekerheid met betrekking tot de bodemdaling het hand-aan-de-kraan principe losgelaten. Daardoor is er weliswaar onzekerheid over bodemdaling, maar is er weer wel zekerheid dat significantie zich niet zal voordoen.

2.17.3. De Afdeling stelt voorop dat de omstandigheid dat de wijze en mate van bodemdaling niet met volledige zekerheid kunnen worden voorspeld, op zichzelf onvoldoende aanleiding vormt voor het oordeel dat reeds om die reden moet worden afgezien van de voorgenomen activiteit. Het bestaan van enige marge in de te verwachten gevolgen betekent niet dat niet de vereiste zekerheid kan worden geboden dat er geen schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de gebieden zullen optreden. Eventueel ongunstiger uitvallen van de veronderstelde prognoses betekent evenmin dat bij voorbaat sprake zal zijn van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de gebieden. In dat kader is voorts van belang dat in het rijksproject de mogelijkheid is ingebouwd met het principe "hand aan de kraan" de gevolgen van de gaswinning bij te sturen.

2.17.4. De omstandigheid dat de Minister van EZ aanleiding heeft gezien toepassing te geven aan het in de besluiten nader uitgewerkte principe "hand aan de kraan" betekent ook niet dat reeds daarom aan de in 2.17.2. bedoelde zekerheid zou moeten worden getwijfeld. Het betreft in dit geval een langdurig project waarvan de gevolgen zich gedurende verscheidene decennia zullen kunnen openbaren. De Afdeling verstaat de toepassing van het principe "hand aan de kraan" aldus, dat het hiermee mogelijk is de gevolgen van de gaswinning voortdurend en direct te volgen en de winning bij te stellen indien hiertoe aanleiding zou bestaan. Het is daarmee een belangrijk controlemechanisme dat, mede gelet op de lange duur van de winning, kan dienen als een borging van de vereiste zekerheid. De Afdeling zal dit principe dan ook betrekken bij de beantwoording van de vraag of de Ministers van EZ en LNV zich terecht op het standpunt hebben gesteld dat er redelijkerwijs geen twijfel bestaat over het uitblijven van schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de desbetreffende Natura 2000-gebieden.

Daarmee was het mogelijke probleem van verzilting nog niet opgelost. Hierover wordt echter overwogen "dat de mogelijkheid bestaat de gevolgen te beperken door het treffen van maatregelen zoals het doorspoelen met zoet water" (rov 2.17.19). In deze rov vermijdt de bestuursrechter de term mitigatie, maar in rov 2.16.32 wordt dit doorspoelen toch weer "een mitigerende maatregel" genoemd.

Vervolgens lijkt de bestuursrechter in rov 2.17.16 als relevant voor significantie te accepteren dat door investeringen in de veerkracht van habitatype 1140 de thans nog matig ongunstige staat van instandhouding in de toekomst "door maatregelen tegen de schelpdiervisserij gunstig zal worden beïnvloed".

2.17.16. Over de door appellanten gestelde ongunstige staat van instandhouding van verschillende soorten en habitattypen in de Waddenzee en de daarmee verband houdende herstelopgaven overweegt de Afdeling het volgende. Het beroep van appellanten richt zich op dit punt met name op de (tijdelijke) afname in hoogteligging en areaal van de bij eb droogvallende slikwadden en zandplaten (habitatype 1140) en de gevolgen voor de soorten die hiervan afhankelijk zijn, zoals de Scholekster en de Kanoetstrandloper. De Ministers van EZ en LNV hebben bij hun beoordeling aansluiting kunnen zoeken bij het Natura 2000 doelendocument.

Naar uit dit document kan worden afgeleid, wordt voor habitatype 1140 in de Waddenzee vanwege de matig ongunstige staat van instandhouding gestreefd naar kwaliteitsverbetering. Hiermee wordt met name bedoeld op een verbetering van de kwaliteit van de slik- en zandplaten door maatregelen tegen de schelpdiervisserij ten behoeve van een vergroting van de diversiteit en behoud van platen voor rustende en foeragerende niet-broedvogels en zeehonden. De Ministers van EZ en LNV hebben zich naar het oordeel van de Afdeling op het standpunt kunnen stellen dat de kwaliteit van het habitatype en sommige soorten primair onder druk is komen te staan door de schelpdiervisserij.

Een dergelijke ongunstige staat van instandhouding speelt wel vaker in de Nederlandse natuur. Op zichzelf hoeft dit dus niet tot weigering van de Nbw-vergunning te leiden.

Omdat er door deze trits van monitoring, mitigatie en veerkracht sprake was van wel een negatief effect, maar met zekerheid geen significant negatief effect, kon i.c. de zware ADC-toets (i.e. de laatste stappen uit de habitattoets: (A) alternatievenonderzoek, (D) dwingende redenen-onderzoek en (C) compensatie) vermeden worden en zou bij de Nbw-vergunning volstaan kunnen worden met een lichte verslechterings- en verstoringsstoets (ook wel V2-toets genoemd). Dit lijkt faciliterend naar economische ontwikkelingen zoals ook de ontwikkeling van windmolenparken toe, zonder dat de instandhoudingsdoelstellingen uit het oog worden verloren.

In deze gaswinningszaak was overigens wel reeds sprake geweest van een passende beoordeling (p.b.). Na de passende beoordeling (de tweede stap uit de habitattoets) kon geconcludeerd worden dat er met zekerheid geen significant negatieve effecten zouden optreden.



Men vergelijkte in dit verband ook ABRIS 7 mei 2008 (200604924/1) inzake het bestemmingsplan “De Zuiderklip” van de gemeente Drimmelen. In rov 2.10.8 wordt geïmpliceerd dat pas bij de *passende beoordeling* voorgenomen mitigatie kan worden betrokken en niet in een eerdere fase van de habitattoets: “Bij het beoordelen of sprake kan zijn van significante gevolgen gaat het er immers om te bezien of het plan als zodanig niet leidt tot significante gevolgen. Nu bij deze beoordeling de voorgenomen mitigerende maatregelen zijn betrokken, kan reeds hierom niet worden uitgesloten dat significante gevolgen zullen optreden”.

Aldus blijft onverlet dat onzekerheid aangaande significantie conform het gaswinningsarrest kan worden weggevangen door (eventueel een cocktail van) drie pro-actieve maatregelen als monitoring met een overheidshand-aan-de-kraan, mitigatie c.q. “de gevolgen te beperken” (cf. rov 2.17.19 uit de gaswinningszaak) en investeren in *resilience* (ecologische veerkracht). Weliswaar lijkt een passende beoordeling alsdan onontkoombaar, maar vervolgens bleek een zware ADC-toets te vermijden.

2.2 Adaptive licensing

Alhoewel de natuurjurisprudentie nog geenszins is uitgekristalliseerd, lijkt de gaswinningszaak omzichtig toch een nieuwe lijn in te zetten waardoor men via monitoring en eventueel ook via mitigatie en via een *resilience strategy* uit de significantiezone kan blijven. Dit is wellicht ook verdedigbaar vanuit het communautaire voorzorgsbeginsel (ex art. 174 EG-Verdrag) dat ook leidend is geweest bij het kokkelvisserij-arrest van het Hof van Justitie (HvJEG 7 september 2004, C-127/02) en mitsdien ook leidend dient te zijn bij de uitleg van de habitattoets. De zekerheid die door het HvJEG geëist wordt, wordt in de gaswinningszaak immers geboden via hand-aan-de-kraan.

Een Nbw-vergunningweigering is dan niet langer noodzakelijk te achten. Dit klopt ook met wat de Europese Commissie eerder over het voorzorgsprincipe had uitgewerkt: “...a total ban may not be a proportional response to a potential risk” en daarom kunnen ook

risk reduction measures voldoende zijn (European Commission, *Communication from the Commission on the precautionary principle*, COM 2000-1). Hand-aan-de-kraan en gefaseerd bouwen, vroegtijdige mitigatie en inzetten op (extra) veerkracht kunnen zo'n *risk reduction* zijn².

De vergunningverlening krijgt dan een adaptief element en het bevoegd gezag kan naar aanleiding van de monitoringsresultaten en het eventueel gefaseerd plaatsen van de turbines voortdurend ingrijpen: hand aan de kraan betekent immers ook een tijdige overheidsvoet op de rem³. Men zou dit *adaptive licensing* kunnen noemen.

Waar voorheen de Nbw-vergunning geweigerd werd, zou thans met behulp van dit adaptieve instrumentarium wel een Nbw-vergunning kunnen worden afgegeven. Voorzorg betekent dat risico's zoveel mogelijk gereduceerd moeten worden (*risk reduction*), maar niet uitgesloten hoeven te worden; er mag dus een rest-onzekerheid blijven bestaan gaandeweg de vergunninglooptijd. Vanuit het voorzorgsprincipe geredeneerd, accepteert men onzekerheden en staat men risico-reductie als vergunningvoorwaarden toe en komt men aldus uit op *adaptive management* van instandhoudingsdoelstellingen met bouwmogelijkheden voor bijvoorbeeld windmolens. Risico-reductie behoeft ingevolge het EU-voorzorgsprincipe niet te doelen op *zero risk*⁴.

Ook zou men eventueel nog kunnen denken aan het wegmitigeren van eventuele significantie door middel van investeren in verhoogde veerkracht van de ecosystemen, bijvoorbeeld door extra rust- en fourageergebieden voor vogels en/of vleermuissoorten⁵. Uit de bestuurspraktijk zijn dergelijke pro-actieve maatregelen inmiddels bekend. Zo was de aanleg van een (extra) strekdam ten behoeve van vogels in het Veluwemeer genoeg om significantie uit te sluiten en over te kunnen gaan tot de bouw van een nieuwe woonwijk in Zeewolde⁶. Ook kon in een andere casus de aanleg van een vernattingszone (Strandgaperbeek) langs datzelfde Veluwemeer als een soort bufferzone fungeren en uitbreiding mogelijk maken van een nabij gelegen outdoorcentrum annex golfbaan⁷.

² Zie F.H. Kistenkas, M.E.A. Broekmeyer, 2007. *Gaswinning Waddenzee. Hand aan de kraan of voet op de rem?*. Nederlands Juristenblad 82(37): 2376.

³ J.E. Winkelman, F.H. Kistenkas, M.J. Epe, *Ecologische en natuurbeschermingsrechtelijke aspecten van windturbines op land*, Alterra Wageningen 2008.

⁴ P.F.M. Opdam, M.E.A. Broekmeyer, F.H. Kistenkas, *Identifying uncertainties in judging the significance of human impacts on Natura 2000 sites*, Environmental Science & Policy 12-7 (November 2009), p. 912-921.

⁵ M.E.A. Broekmeyer, P.F.M. Opdam, F.H. Kistenkas, *Het bepalen van significante effecten: omgaan met onzekerheden*, Alterra Wageningen 2008; J.E. Winkelman, F.H. Kistenkas, M.J. Epe, *Ecologische en natuurbeschermingsrechtelijke aspecten van windturbines op land*, Alterra Wageningen 2008 en Ch.W. Backes, M.J. Bogaardt, T. Nijmeijer & J. Vader, *De habitattoets getoetst*. LEI, Den Haag 2007.

⁶ Ch.W. Backes, M.J. Bogaardt, T. Nijmeijer & J. Vader, *De habitattoets getoetst*. LEI, Den Haag 2007.

⁷ A.J. van der Linden, *Beek in Flevopolder aangelegd van bron tot monding*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2008 5(5), p. 24-25

Ecologie en economie profiteren zo beide van elkaar. Het is een soort voor wat hoort wat benadering; als je iets wilt ontwikkelen in de natuur, moet je er ook iets voor terug doen. De concrete instandhoudingsdoelstellingen zullen daarbij leidend moeten zijn.

Toegespitst op de windmolenproblematiek zou deze pro-actieve benadering wellicht kunnen betekenen dat men bijvoorbeeld het aantal broedparen van een soort waarvoor in de SBZ instandhoudingsdoelstellingen zijn geformuleerd dusdanig omhoog brengt dat de concrete SBZ-instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar komen door toekomstige aanvaringsslachtoffers. Er ontstaat door een dergelijke pro-actieve overmitigatie (strategie van het ‘ecologisch surplus’) een zodanige gunstige staat van instandhouding dat men meer aanvaringsslachtoffers kan riskeren en desalniettemin toch uit de significantiezone blijft. Een dergelijke pro-actieve benadering lijkt bij de hierboven beschreven invulling van de habitattoets zowel ecologisch als juridisch niet onverdedigbaar.

Dat deze nieuwe jurisprudentie inmiddels doorzet, zou kunnen blijken uit een uitspraak als ABRS 27 februari 2008 (200607555/1) inzake mosselvisserij waarbij hand-aan-de-kraan onvoldoende was uitgewerkt, maar dus wederom erkend wordt als oplossingsrichting en vooral ook uit de recente uitspraak inzake windmolens nabij de Wieden en Weerribben van ABRS 1 april 2009 (200801465/1/R2).

2.3 Windmolens Weerribben: leren van fouten

In ABRS 1 april 2009 (200801465/1/R2) wordt immers zelfs al gesteld dat een hand-aan-de-kraan vergunningsvoorwaarde niet had mogen ontbreken bij de voorgenomen plaatsing van 4 windmolens nabij De Wieden en Weerribben. Hier had een ecologisch deugdelijk monitoringsprotocol dus de oplossing kunnen zijn voor de plaatsing van de windmolens.

De zaak spitste zich toe op het aantal aanvaringsslachtoffers onder de purperreigerpopulatie. Gezien de nieuwe jurisprudentie had men de zaak voor zeker kunnen redden door in te zetten op ecologisch surplus en *resilience*: door bijvoorbeeld extra vernatting en vermoerassing zorgen voor meer purperreigers dan de instandhoudingsdoelstelling aangeeft, zodat men meer slachtoffers kan riskeren zonder dat men in de significantiezone terecht komt. Ook had men een gefaseerde aanpak met hand aan de kraan kunnen cq. moeten voorstellen zodat nog tijdig bijstelling door de vergunningverlener mogelijk zou zijn geweest (*adaptive licensing*).

Kortom: in deze windmolen-zaak is kennelijk onvoldoende rekening gehouden met de nieuwste jurisprudentiële mogelijkheden, daardoor zijn deze vier windmolens door de rechter afgeblazen en mist men bovendien de lichte toets (habitattoets zonder de ADC-toets).

Uit deze uitspraak kan men evenwel niet concluderen dat windmolens nabij Natura 2000 en *a fortiori* dus al helemaal niet in Natura 2000 zouden kunnen. De nieuwe hand-aan-de-kraan benadering zou daarentegen juist als een jurisprudentiële trouvaille gezien kunnen worden die de oude rigiditeit van Nbw-vergunningverlening versoepelt.

3 Rechtsliteratuur

3.1 Nationaal

In het Alterra-rapport van Winkelman, Kistenkas en Epe uit 2008⁸ werd reeds geconcludeerd dat windturbineparken zeker nog mogelijk zijn ingevolge de natuurwetgeving. Natuurwetgeving stelt weliswaar stringente eisen aan projecten, plannen en activiteiten die mogelijk schade kunnen toebrengen aan beschermde natuurwaarden, maar toch zijn windturbineparken in Nederland zeker nog te realiseren. Wel moet er tijdig voldoende aandacht zijn voor met name locatiekeuze en ecologisch onderzoek. In dit rapport werd evenwel niet specifiek gekeken naar windturbineparken *in* natuur en op nearshore locaties. In het Alterra-rapport van Henkens en Spijker uit 2008⁹ werd wel weer ingegaan op windturbines in natuur, maar hier bleven de juridische aspecten buiten beschouwing.

Op 19 juni 2009 verscheen er een i.c. relevant rapport van de Adviesgroep Huys aan de minister van LNV getiteld *Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving*¹⁰. Voorstellen uit dit rapport werden overgenomen in de brief van de minister van LNV aan de Tweede Kamer (brief van 30 juni 2009, PDN.2009.56) en kwamen uiteindelijk ook terecht in het voorstel voor een Crisis- en Herstelwet (W01.09.0253). In de brief van de minister van LNV van 30 juni 2009 wordt in zijn algemeenheid op p. 11 gesteld dat het bij projecten gaat om een evenwicht tussen “realisatie van doelen en het behouden van ontwikkelingsperspectief voor andere gebruiksfuncties *in* de gebieden (people, planet, profit)” (curs. FHK). Niet valt in te zien waarom dat niet ook windenergie *in* het natuurgebied zou kunnen zijn.

Voorts merkt de minister op dat activiteiten met ‘een nationaal belang’ in beheerplannen opgenomen zouden moeten worden. Daarmee wordt bereikt dat deze activiteiten vergunningvrij (niet: habitattoetsvrij, want beheerplan kan ook weer habitattoetsplichtig zijn) zijn ‘en dat de in het geding zijnde natuurbelangen integraal kunnen worden afgewogen tegen dit type projecten en activiteiten’. Er zal een voorstel gedaan worden tot wettelijke borging (zie p. 12 LNV-brief). Niet valt uit te sluiten dat duurzame energieproductie ook zo’n ‘nationaal belang’ is.

De duurzaamheidsstrits ‘people, planet, profit’ (triple P) is niet alleen beleidsmatig maar ook juridisch relevant. Het komt mijns inziens voort uit art. 2 van het EG Verdrag en is dus van hoge, verdragsrechtelijke aard. Dat verdrag is juridisch-hiërarchisch hoger dan de EU-richtlijnen en de nationale wetgeving en zou dus leidend moeten zijn bij een (her) interpretatie van de habitattoets. Het duurzaamheidsbeginsel van art.2 EG-Verdrag is van primair communautair recht: art. 2 EG-Verdrag is juridisch immers hoger dan de Habitatrichtlijn¹¹. Niet onverdedigbaar lijkt het m.i. om naast (en zelfs boven) het voorzorgsbeginsel van art. 174 EG-Verdrag ook het duurzaamheidsbeginsel van art. 2

⁸ J.E. Winkelman, F.H. Kistenkas, M.J. Epe, *Ecologische en natuurbeschermingsrechtelijke aspecten van windturbines op land*, Alterra Wageningen 2008.

⁹ R.J.H.G. Henkens, J. Spijker, *Windturbines in bossen. Verkenning van kansen en knelpunten*, Alterra, Wageningen 2008

¹⁰ Huys (adviesgroep/commissie Huys), *Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving*, Den Haag 19 juni 2009

¹¹ F.H. Kistenkas, *Recht voor de groene ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2008

EG-Verdrag *interpretatieve werking* te geven bij toepassing van de habitattoets. Omdat art. 2 een algemeen communautair beginsel betreft en art. 174 ‘slechts’ een milieubeginsel, is onder omstandigheden zelfs ook *derogerende werking* niet op voorhand onaannemelijk te achten.

Dit leidt dan tot voorrang van duurzame energieproductie boven plaatselijke landschaps- en/of natuurbehoudswaarden zoals bijvoorbeeld in het klimaatrecht van Australië. Duurzaamheid is in elk geval een primaire EU-doelstelling (art. 2 EG-Verdrag). Inmiddels verwijst ook de regering in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het Advies van de Raad van State bij de Crisis- en Herstelwet naar deze duurzaamheidsstrits (*triple P*) en spreekt zij ook reeds van het uiteindelijke doel van “een goede balans ... tussen duurzaamheidsaspecten people, planet en profit” (zie paragraaf e.6 bij Advies RvS W01.09.0253).

Via *adaptive licensing* krijgen profit en people m.i. meer kans en wordt een Nbw-vergunning niet langer bij onzekerheid met betrekking tot planet-aspecten geweigerd.

De minister van LNV stelt zich in de brief van 30 juni 2009 op achter het advies van de Commissie-Huys, die had voorgesteld een meer programmatische en planmatige benadering te volgen bij botsing tussen *people, planet, profit*. De commissie en ook de minister merken hierbij op dat de Habitat- en Vogelrichtlijnen geen fatale termijn stellen waarbinnen de gunstige staat van instandhouding moet zijn bereikt. Er zijn i.c. geen deadlines. Er kan dus een windmolenplan worden gemaakt met betrekking tot een bepaald Natura 2000-gebied dat gericht is op het bereiken van in de tijd gefaseerde instandhoudingsdoelstellingen. Via extra *resilience*-maatregelen (binnen een dus zelf te bepalen termijn) kan er hand-aan-de-kraan-matig worden uitgefaseerd en omzichtig worden geëxperimenteerd onder voorwaarde van een ecologisch deugdelijk monitoringsprotocol.

Overigens geldt ingevolge de nieuwe Wet ruimtelijke ordening (Wro 2008) dat vooral nu ook provincies aan ruimtelijke ordening kunnen gaan doen. Zij hebben daartoe uitdrukkelijk de bevoegdheid gekregen, waar dat onder het oude regime niet het geval was. De ruimtelijke ordening (RO) kan zich (anders dan onder de oude WRO die sterk georiënteerd was op het gemeentelijke bestemmingsplan) provincialiseren cq. regionaliseren wanneer provincies hun nieuwe instrumenten ook daadwerkelijk gaan gebruiken. Het is RO-rechtelijk aldus denkbaar dat er een PRV (provinciale ruimtelijke verordening) of een bindend provinciaal inpassingsplan wordt opgesteld over windmolenlocaties. Deze provinciale instrumenten *overrulen* dan de gemeentelijke RO-instrumenten en aan provinciale windmolenlocaties contraire gemeentelijke bestemmingen en/of regels¹².

In het voorstel voor een Crisis- en Herstelwet wordt overigens verplichte vaststelling van een provinciaal inpassingsplan bij middelgrote windmolenparken (15-100 MW) voorgesteld (MvT, p. 53). In art. 3.2 van de Crisis- en Herstelwet wordt een nieuw art. 9e voor de Electriciteitswet 1998 voorgesteld waarin de provincie een inpassingsplan ex art. 3.26 Wro moet opstellen voor deze 15-100 MW-windparken waarbij de gemeentelijke bestemmingsplannen uitdrukkelijk overruled worden (wetsontwerp, p. 8/9).

3.2 Internationale rechtsliteratuur: de Taralga-benadering

¹² F.H. Kistenkas, *Recht voor de groene ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2008

Anders dan in sommige andere delen van de westerse wereld bestaat er in Nederland en ook binnen de EU geen wettelijke of rechterlijke *presumptie van voorrang* van duurzame energieproductie boven natuur, landschap of andere lokale (milieu)belangen. Zo is er geen normatieve Europese klimaatrichtlijn en is er in Nederland ook (nog) geen Klimaatwet met een rangorde van botsende belangen. Daardoor blijft duurzame energiewinning in concrete gevallen concurreren en mogelijk zelfs botsen met natuur- en landschapsregelgeving. Deze korte juridische studie kan dat gebrek niet oplossen. Een legislatieve (EU of nationale regelgeving) of een jurisprudentiële rangorde van belangen zou dit probleem wel kunnen oplossen.

Zo geldt in Australië (deelstaat New South Wales) een rechterlijke vooronderstelling (in juridisch Latijn: *presumptio*) van voorrang voor duurzame energieproductie. Duurzame energie (*renewable energy*) zoals *windfarming* en schone biomassa kan (presumptief; dus niet altijd en overal) boven *local interests* zoals natuur, geluid en landschap worden gesteld: *renewable energy* kan in concrete gevallen worden aangemerkt als een zwaar(der)wegend *global interest*, terwijl daaraan contraire belangen slechts van lokale aard kunnen zijn en mitsdien onder omstandigheden ondergeschikt zouden kunnen zijn.

In de Australische rechtsliteratuur wordt de windmolen-uitspraak van de Land and Environment Court van de deelstaat New South Wales gezien als doorbraak en voorbeeld-uitspraak en inmiddels ook breed geaccepteerd als de benadering van de toekomst¹³. In deze uitspraak (*Taralga Landscape Guardians v Minister for planning* [2007] NSWLEC 59) wordt het publieke belang van 62 windturbines middenin de natuur boven het plaatstelijke belang van uitzicht, natuur- en landschapsbeleving, geluid en andere minder zwaarwegende belangen geoordeeld. Natuur zoals dichte bebossing en zee zou zich juist bij uitstek lenen voor windturbines nu de zicht- en geluidshinder voor omwonenden daardoor minder is. In dicht bos bijvoorbeeld zie je de rotorbladen en mast niet, hooguit een stukje fundering en de (meestentijds ook nog groen-bruin geverfde) onderkant van de paal. In de rechtsliteratuur over klimaatrecht wordt opgemerkt dat duurzame energieproductie aldus een voorrangspositie zou kunnen toekomen: ‘favouring public and global environmental interests over (...) local interests’, maar ook wordt opgemerkt dat deze nieuwe benadering (nog) niet aangeeft ‘how to balance that global interest against a local interest of any magnitude’. Een *presumptie*¹⁴ van voorrang wil niet zeggen dat er per definitie altijd en overal voorrang is: van geval tot geval moet dit worden uitgemaakt (‘leaves the judgment to the decision-maker on a case-to-case basis’), waarbij wellicht toplocaties minder geschikt zijn en zogenoemde *less iconic locations* zich wel lenen voor ‘the broader public good’ van duurzame energieproductie. Dus niet in het Groot Barriere Rif, maar mogelijk wel tussen gewone ‘rows of poplar trees’¹⁵. Of, naar Nederlandse voorbeelden vertaald: wellicht niet in natuuricoon de Waddenzee, maar mogelijk wel op bepaalde locaties op de Noordzee.

¹³ T. Bonyhady, P. Christoff, *Climate law in Australia*, Federation Press Sydney 2007

¹⁴ J. Jones, *Global or local interests? The significance of the Taralga wind farm case*, in: Bonyhady/Christoff, Sydney 2007, p. 271 spreekt van ‘a **presumption** in favour of the development of renewable energy sources’. *Presumptie* betekent taalkundig: vermoeden of veronderstelling; i.c. dus een **vermoeden van voorrang**.

¹⁵ T. Bonyhady, P. Christoff, *Climate law in Australia*, Federation Press Sydney 2007, met name p. 274.

Op basis van dit doorbraakarrest zou naar de Nederlandse situatie vertaald bijvoorbeeld hoge windturbines in dichte naaldbossen of windturbines op zee denkbaar kunnen zijn. De Taralga-benadering gaat er immers vanuit dat je windmolens niet in de dichtbevolkte suburbs neerzet waar iedereen er uitzicht op heeft, maar juist in de natuur waar minder of geen omwonenden zijn of waar althans de zichthinder door bebossing of afstand buitendijks veel minder is. Natuur krijgt daardoor bovendien een extra duurzaamheidsbestemming en ook extra duurzame bescherming als leverancier van *renewable energy*.

Zo'n dubbelbestemming natuur + duurzame energieproductie kan de natuur extra beschermen tegen ruimteclaims. De natuur krijgt een extra functie. Dat geldt ook voor windmolens op zee. Ze zouden bovendien tegelijk de ecologische veerkracht (*resilience*) vergroten als tussen de clusteropstelling van windturbines geen boomkorvisserij meer mogelijk is (de zogenoemde *refugium*-werking¹⁶) en rond de fundamentblokken zich nieuwe soorten vestigen en er een spontaan zeereservaat ontstaat (*kunstmatige rif*-werking). Gefaseerde en gemonitorde bouw met gebruik ook van zgn. *pingers* (belsignalen om bruinvissen en andere zeedieren alvast te verjagen en aldus te beschermen tegen het heien) zou hier als *risk reduction measure* kunnen gelden.

De Taralga-benadering wordt in de Australische rechtsliteratuur wel naar voren geschoven als het toekomstige ijkpunt voor het klimaat- en duurzaamheidsrecht, maar in Nederland en Europa zijn we klaarblijkelijk nog lang niet zover. De nieuw voorgestelde *EU-richtlijn duurzame energie 2008/0016 (COD)* voorziet immers slechts in nationale actieplannen, bevat 'streefcijfers' en een 'indicatief traject' voor de ontwikkeling van duurzame energie. Ook het recente EU-witboek *Whitepaper on adapting to climate change (COM(2009) 147, Brussel 2009)* behelst weer te werken "naar een Europees actiekader" en verschaft uiteindelijk hooguit een aanpassingsstrategie met actiepunten. Preferentie en juridische hardheid zoals bij de Taralga-benadering ontbreken (nog).

Australië heeft uiteraard juridisch niets met de EU-Habitatrichtlijn of andere EU-richtlijnen te maken en lijkt zo (alhoewel ook Australië harde natuurwetgeving kent¹⁷) ongehinderd klimaat en duurzame energie boven natuur te kunnen zetten. Lidstaat Nederland kan dit op eigen kracht niet, nu EU-recht boven nationaal recht gaat. Een nationale klimaatwet kan dus in verband met de juridisch hoge status van de Habitatrichtlijn niet zonder meer een rangorde tussen windenergie en Natura 2000 scheppen en voorrang geven aan windenergie. Vanuit de EU kan dat echter wel. Bijvoorbeeld door een meer normatieve en meer dwingende EU-klimaatrichtlijn. Zoals gezegd is hiervan zowel in het witboek als de voorgestelde duurzame energierichtlijn vooralsnog geen sprake.

4 Conclusies

¹⁶ Vgl. bijvoorbeeld: Arcadis, *Quickscan nearshore windpark bij Maasvlakte 2*, mei 2009

¹⁷ Er geldt immers wel een *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* (EPBC Act 1999), zie Bonyhady/Christoff, p. 230.

Een Nbw-vergunning voor windmolens in Natura 2000-gebied is juridisch gezien niet ondenkbaar, *a fortiori* wanneer dit geschiedt via *adaptive licensing* met hand-aan-de-kraan (i.e. ecologisch verantwoord monitoringsprotocol en mogelijkheid van tijdige overheidsvoet op de rem cf. de gaswinningszaak ABRS 29 augustus 2007) en eventueel gefaseerde uitvoering met pro-actieve vergroting van de ecologische veerkracht (*resilience*) van het gebied (cf. gaswinningszaak). Dat past ook binnen het EU-voorzorgsprincipe (art. 174 EG Verdrag) dat *adaptive management* gedurende de vergunningsperiode toestaat en niet doelt op *zero risk* (cf. hfst 2).

De vernieuwende Taralga-benadering geeft aan windmolenparken een presumptie van voorrang. Tegengaan van *global warming* door middel van duurzame energieproductie zou in veel gevallen immers lokale belangen als landschap en/of natuurbehoud kunnen overstijgen. Een dergelijk begin van een zich nieuw ontwikkelend rechtsgebied van het klimaat- en duurzaamheidsrecht kent evenwel de Europese Unie en lidstaat Nederland (nog) niet. Wel zou bij toepassing van de habitattoets mogelijkserwijs vooralsnog een beroep kunnen worden gedaan op interpreterende werking van het communautaire duurzaamheidsprincipe van art. 2 EG Verdrag (cf. hfst 3).

Literatuur

AMvB Ruimte en Toelichting op AMvB Ruimte (29 mei 2009), www.vrom.nl

Arcadis, *Quickscan nearshore windpark bij Maasvlakte 2*, mei 2009

Backes, Ch.W. et al., *Milieurecht*, Deventer 2006

Backes, Ch.W., M.J. Bogaardt, T. Nijmeijer & J. Vader, *De habitattoets getoetst*. Den Haag, LEI, 2007.

Bonyhady, T., P. Christoff, *Climate law in Australia*, 315 p., Federation Press 2007

Broekmeyer, M.E.A., F.H. Kistenkas, *Bouwen en natuur: Europese natuurwaarden op het ruimtelijk ordeningsspoor*, WOT-rapport 44, Wageningen 2006

Crisis- en Herstelwet, wetsontwerp W01.09.0253

EC Richtlijn ter bevordering gebruik energie uit hernieuwbare bronnen, COM (2008) 19 def. 2008/0016 (COD)

English Nature, RSPB, WWF-UK & BWEA, *Wind farm development and nature conservation. A guidance document for nature conservation organizations and developers when consulting over wind farm proposals in England*. Position document, WWF-UK, 2001.

European Commission. *Communication from the Commission on the precautionary principle*. Brussel, EC. COM (2000)1.

EU-witboek *Whitepaper on adapting to climate change* (COM(2009) 147, Brussel 2009

Henkens, R.J.H.G., J. Spijker, *Windturbines in bossen. Verkenning van kansen en knelpunten*, Alterra, Wageningen 2008

Huys (adviesgroep/commissie Huys), *Meer dynamiek bij de uitvoering van nationale en Europese natuurwetgeving*, Den Haag 19 juni 2009

Jones, J., *Global or local interests? The significance of the Taralga wind farm case*, in: Bonyady/Christoff, Sydney 2007

Kistenkas, F.H., *Recht voor de groene ruimte*, Wageningen Academic Publishers 2008

Kistenkas, F.H., T. Hermans, A. van Doorn, *Trends in het Europese landbouwbeleid: liberalisering en vermaatschappelijking*, Openbaar Bestuur 2009-5

Kistenkas, F.H., M.E.A. Broekmeyer. *Gaswinning Waddenzee. Hand aan de kraan of voet op de rem?*. Nederlands Juristenblad 2007 82(37): 2376.

Kistenkas, F.H. & W. Kuindersma, *Europees en nationaal natuurbeschermingsrecht*, Planbureau-rapport 21, Wageningen 2004.

Kistenkas, F.H. & W. Kuindersma, *Soorten en gebieden: het groene milieurecht in 2005*, WOt-rapport 7, Wageningen 2005.

Kistenkas, F.H. & W. Kuindersma, *Jurisprudentiemonitor natuur 2005-2007. Rechtsontwikkelingen Natura 2000 en EHS*. Wageningen, WOt Natuur & Milieu. WOt-werkdocument 82, Wageningen 2008.

Linden, A.J. van der, *Beek in Flevopolder aangelegd van bron tot monding*, Vakblad Natuur Bos Landschap 2008 5(5): 24-25

LNV, brief aan TK dd 30 juni 2009 (PDN.2009.56)

Opdam, P.F.M., M.E.A. Broekmeyer, F.H. Kistenkas, *Identifying uncertainties in judging the significance of human impacts on Natura 2000 sites*, Environmental Science & Policy 2009, article accepted and in press

Royal Haskoning, *Nearshore ruimte voor windenergie*, eindrapport 24 maart 2009

Winkelman, J.E., F.H. Kistenkas, M.J. Epe, *Ecologische en natuurbeschermingsrechtelijke aspecten van windturbines op land*, Alterra Wageningen 2008.

Jurisprudentie

ABRS-uitspraken (Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State) zijn te vinden op: www.raadvanstate.nl

Taralga-zaak, (*Taralga Landscape Guardians v Minister for planning* [2007] NSWLEC 59) is te vinden op: www.austlii.edu.au

Afkortingen

ABRS	- Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
AMvB	- Algemene Maatregel van Bestuur
Art.	- artikel
EU	- Europese Unie
Ffw	- Flora- en faunawet
HvJEG-	Hof van Justitie Europese Gemeenschappen
LNV	- ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
Nbw	- Natuurbeschermingswet
PRV	- Provinciale Ruimtelijke Verordening
RvS	- Raad van State
Rov	- rechtsoverweging
SBZ	- Speciale Beschermingszone
VROM	- ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu
WRO	- Wet Ruimtelijke Ordening (oud)
Wro	- Wet ruimtelijke ordening (nieuw)