

# Ruimtelijke uitstraling van handeling bepalend voor belanghebbendheid bij ontheffing Flora- en faunawet

Annotatie ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:168, M en R 2018/44

## Essentie

Voor de belanghebbendheid van een omwonende bij een Ffw-ontheffing is de ruimtelijke uitstraling van de handeling waarvoor ontheffing wordt verleend, bepalend en niet de ruimtelijke uitstraling van het project.

## Samenvatting

Anders dan in haar uitspraak van 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3666, ten aanzien van de daar aan de orde zijnde ontheffing op grond van de Ffw maar in overeenstemming met haar uitspraak van onder meer 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4024, is de Afdeling van oordeel dat bij de beoordeling of een appellant belanghebbende is bij een ontheffing die op grond van de Ffw is verleend de ruimtelijke uitstraling van het project dat mede door de ontheffing mogelijk wordt gemaakt – in dit geval een windmolenpark – niet van belang is. Bepalend is of de handeling waarvoor de Ffw-ontheffing is verleend ruimtelijke uitstraling heeft op de woon- en leefomgeving van appellanten. In dit geval is de handeling waarvoor de ontheffing is verleend het doden van vogels en vleermuizen door de voorziene windturbines. Een ontheffing die op grond van de Ffw is verleend, ziet immers niet op de bescherming van gebieden, maar op de bescherming van soorten. Een Ffw-ontheffing heeft dan ook een daartoe beperkte ruimtelijke uitstraling.

## Uitspraak

ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:168, ontheffing van verbod om dieren te doden en te verwonden ten behoeve van een windmolenpark, minister EZ

## Annotatie J. Gundelach

1. Uitspraken waarin de Afdeling expliciet overweegt dat zij anders oordeelt dan in haar eerdere jurisprudentie, zijn meestal het signaleren waard. Dat geldt ook voor deze uitspraak. Centraal staat hier de vraag hoe de belanghebbendheid van een omwonende bij een besluit tot ontheffingverlening op grond van de Flora- en faunawet (Ffw) moet worden bepaald. Uit de eerdere uitspraak van 19 juni 2013, AB 2013, 240, waarnaar de Afdeling in onderhavige uitspraak verwijst, volgde dat de ruimtelijke activiteit waarvoor de Ffw-ontheffing werd verleend en de ruimtelijke uitstraling van die activiteit, bepalend waren voor het aannemen van belanghebbendheid. Dit betekende dat omwonenden uit Creil en Urk van het Windpark Noordoostpolder als belanghebbenden moesten worden aangemerkt bij de Ffw-ontheffing voor dat windpark. Dit, gezien de ruimtelijke uitstraling die de windturbines vanwege hun omvang en hun plaatsing in het open gebied hebben en de mogelijke effecten voor deze windturbines op het milieu. Deze omwonenden woonden op minimaal 700 meter afstand van de windturbines.

2. In de onderhavige uitspraak oordeelt de Afdeling anders. Zij overweegt dat de ruimtelijke uitstraling op de woon- en leefomgeving van de handeling waarvoor de Ffw-ontheffing is verleend,

bepalend is voor het al dan niet aannemen van belanghebbendheid. Dit is mijns inziens niet alleen in lijn met de door de Afdeling genoemde uitspraak van 12 november 2014, maar ook met andere uitspraken. Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969, JB 2012, 206, over de Ffw-ontheffing voor de baanverlenging van Groningen Airport Eelde. Niet de ruimtelijke uitstraling van de baanverlenging, maar de ruimtelijke uitstraling van het gebruik maken van de Ffw-ontheffing achtte de Afdeling van belang. Zij overwoog daarbij dat een op grond van artikel 11 Ffw verleende ontheffing ziet op de bescherming van soorten en niet op gebieden en een beperkte ruimtelijke uitstraling heeft. Zie ook ABRvS 15 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ7940, over de Ffw-ontheffing voor de uitvoering van het tracébesluit A50 Ewijk-Valburg. Bepalend achtte de Afdeling aldaar of het gebruikmaken van de ontheffing enige ruimtelijke uitstraling op de omwonenden zou hebben. Dat was niet het geval. De omwonenden woonden op 110 respectievelijk 410 meter afstand van het gebied waarop de ontheffing zag. Tussen hun woningen en dit gebied stonden bomen en andere woningen. Verder konden de omwonenden niet aannemelijk maken dat zij desondanks zicht hadden op de diersoorten waarop de ontheffing betrekking had. De uitspraak van 12 november 2014, BR 2015, 6, zag op een Ffw-ontheffing voor de uitvoering van een project waar woningen werden gebouwd, opstallen werden gesloopt en een natuurzone werd aangelegd. De ontheffing had betrekking op onder meer de natuurzone, die zich op 80 meter afstand van de woning van de omwonende bevond. De Afdeling oordeelde dat de verstoring van de diersoorten invloed zal hebben op de ruimtelijke uitstraling van de woon- en leefomgeving van de omwonende. Dat het ging om kleine en schuwe dieren die zich volgens de staatssecretaris nagenoeg niet laten zien en weinig ruimtelijke uitstraling hebben, werd door de Afdeling niet van betekenis gevonden. Ook in andere Afdelingsuitspraken werd voor het aannemen van belanghebbendheid bij een Ffw-ontheffing een duidelijke koppeling gelegd tussen de woon- en leefomgeving van de omwonende en de ontheffing. Daar werd bepalend geacht of het gebied waarop de ontheffing zag, deel uitmaakte van de woon- en leefomgeving van de omwonende. Zie ABRvS 28 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1113 en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8400. Al met al meen ik dat de uitspraak van 19 juni 2013 als een uitzondering moest worden gezien en niet een vaste jurisprudentie lijn aangaf.

3. Ik vind het een goede zaak dat de uitspraak van 19 juni 2013 geen navolging vindt. In die uitspraak werden de omwonenden weliswaar als belanghebbenden aangemerkt, maar stuitte hun beroepsgronden gerelateerd aan de Ffw af op het relativiteitsvereiste. Volgens vaste jurisprudentie kan een omwonende zich beroepen op de Ffw, als er een duidelijke verwevenheid is van het individuele belang bij het behoud van een goede kwaliteit van de directe woon- en leefomgeving met het algemene belang dat de Ffw beoogt te beschermen. De betreffende omwonenden woonden op geruime afstand van het windpark. De Afdeling meende dat met de bescherming van de vogels en vleermuizen door het niet verlenen van de ontheffing de kwaliteit van de directe leefomgeving van de omwonenden in concrete zin niet werd beschermd. Oftewel, er was onvoldoende verwevenheid. Met de aanpak zoals ingezet met de onderhavige uitspraak verwacht ik dat zo iets niet meer zal gebeuren. Immers, een omwonende is pas belanghebbende als de handeling waarvoor de Ffw-ontheffing verlening is verleend, ruimtelijke uitstraling heeft op zijn woon- en leefomgeving. Er is naar mijn verwachting dan ook altijd sprake van de hiervoor bedoelde voldoende duidelijke verwevenheid, zodat het relativiteitsvereiste zich niet tegen de inhoudelijke behandeling van Ffw-beroepsgronden verzet.

4. In de onderhavige zaak zag de ontheffing op het doden en verwonden van vogel- en vleermuissoorten, de zogenaamde aanvaringsslachtoffers. De door de Afdeling ingezette lijn

betekende in dit geval dat de omwonenden niet als belanghebbende bij de Ffw-ontheffing werden aangemerkt. De omwonenden woonden op 500 tot 1640 afstand tot de voor hen meest nabije windturbine. Gelet op de diameter van de rotor van de windturbine van 122 meter zouden de aanvaringen van vogels en vleermuizen met een windturbine op minimaal 439 meter afstand van de woningen van omwonenden plaatsvinden. Het totaal aantal aanvaringssslachtoffers voor tien windturbines werd geschat op circa 210 tot 220 per jaar. De Afdeling oordeelt dat het gebruikmaken van de ontheffing vanwege de afstand en het geringe aantal verwachte slachtoffers geen ruimtelijke uitstraling op de omwonenden zal hebben en niet van invloed zal zijn op hun directe woon- en leefomgeving. Nu in de regel windparken onder meer vanwege geluid- en externe veiligheidsbeperkingen op enige afstand van woningen zullen worden gesitueerd en er steeds meer hogere windturbines worden gerealiseerd, verwacht ik dat de groep omwonenden die belanghebbende is bij een Wnb-ontheffing vanwege aanvaringssslachtoffers bij windturbines klein zal zijn.

5. In de onderhavige uitspraak en de hiervoor besproken jurisprudentie ging het om een Ffw-ontheffing. Naar mijn verwachting zal de met de onderhavige uitspraak ingezette lijn ook zo worden toegepast ten aanzien van ontheffingen op grond van de Wnb. Een vraag is nog wel hoe de belanghebbendheid wordt bepaald als de "flora- en fauna-activiteit" onderdeel uitmaakt van een omgevingsvergunning. Als het verrichten van een handeling een door artikel 3.1, 3.5 of 3.10 lid 1 Wnb verboden handeling is, dan wordt deze op grond van artikel 2.2aa, aanhef en onder b, Bor aangemerkt als een activiteit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onderdeel i van de Wabo, voor zover voor die handeling geen ontheffing is aangevraagd of verleend. De omgevingsvergunning moet dan ook voor deze flora- en fauna-activiteit worden verleend. Mij lijkt dat er in zo'n geval per definitie sprake is van onlosmakelijke activiteiten als bedoeld in artikel 2.7 lid 1 Wabo. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling wordt, indien een omgevingsvergunning meer dan één toestemming als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 van de Wabo bevat, per toestemming bepaald of degene die een rechtsmiddel heeft aangewend belanghebbende is. Deze regel lijdt uitzondering voor zover de betrokken vergunning ziet op een activiteit als bedoeld in artikel 2.7 lid 1 Wabo, die behoort tot verschillende categorieën activiteiten als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2. Dit blijkt onder meer uit ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:730, ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3238 en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1081, JB 2011, 134, JM 2011, 51, M en R 2011, 135 en BR 2011, 116. Dat de hiervoor genoemde uitzondering ook zou kunnen gelden voor een bij een omgevingsvergunning aanhakende Ffw-activiteit, kan (a contrario) worden afgeleid uit ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1345. Stel, dat deze uitzondering ook zo door de Afdeling wordt toegepast voor een omgevingsvergunning die bijvoorbeeld ziet op de onlosmakelijke activiteiten bouwen, het oprichten en in werking hebben van een inrichting (milieu) en een flora-en fauna-activiteit voor een windpark, dan betekent dit het volgende. Vanwege de ruimtelijke uitstraling van de activiteiten bouwen en milieu is een omwonende die bijvoorbeeld op 600 meter afstand woont belanghebbende bij die omgevingsvergunning, zo ook voor de flora- en fauna-activiteit. Zou er een separate Wnb-ontheffing zijn verleend, dan is die omwonende daarbij evenwel geen belanghebbende. Overigens zullen de beroepsgronden die deze omwonende aanvoert voor wat betreft de Wnb, dan wel afstuiten op het relativiteitsvereiste. De vraag is of de Afdeling de uiteenlopende lijnen voor de bepaling van de belanghebbendheid bij een Wnb-ontheffing of bij een onlosmakelijke flora- en fauna-activiteit wenselijk vindt. Wellicht dat de Afdeling in de toekomst de tot nu toe gemaakte uitzondering bij onlosmakelijke activiteiten als bedoeld in artikel 2.7 lid 1 Wabo zal aanpassen.