

AANTEKENEN

Burgemeester en wethouders van Enschede
De Burgemeester van Enschede
Postbus 20
7500 AA ENSCHEDE

Praktijkgroep:

Advocaat:
Onze ref.:
Inzake:
Uw ref.:
Doorkiesnr. tel.:
E-mail rechtstreeks:

Overheidsrecht

mw. mr. I.C. Dunhof-Lampe en mr. dr. D.G.J. Sanderink
20162099
Lonnekerberg en Landschap Overijssel / Enschede
V-2016-3041 Airforce Festival Vliegveldweg 345
+31 (0)53 484 00 78
dunhof@damste.nl

Enschede, 27 juli 2016

Geacht college, geachte burgemeester,

Namens de stichting **Stichting Lonnekerberg en omgeving (StiL)** gevestigd te Lonneker, gemeente Enschede (hierna: StiL), en de stichting **Stichting het Overijssels Landschap**, gevestigd te Dalfsen (hierna: Landschap Overijssel), maken wij bezwaar tegen de volgende vergunningen voor het houden van het Airforce Festival op 6 augustus 2016 op de voormalige vliegbasis Twenthe:

- a. de omgevingsvergunning van 26 juli 2016 voor het afwijken van het bestemmingsplan (hierna: de omgevingsvergunning); en
- b. de evenementenvergunning van 26 juli 2016.

Productie 1: omgevingsvergunning van 26 juli 2016.

Productie 2: evenementenvergunning van 26 juli 2016

INLEIDING

1. Bij aanvraag van 27 mei 2016 heeft de heer E.F. van Oosterbaan een evenementenvergunning als bedoeld in art. 2.25 Algemene Plaatselijke Verordening 2009 van Enschede (hierna: APV) aangevraagd voor het Airforce Festival. Bij aanvraag van 10 juni 2016 heeft hij voor dit festival tevens een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan in de zin van art. 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) aangevraagd. Dit festival betreft blijkens de aanvraag voor de evenementenvergunning een muziek-evenement (hardcore) dat op 6 augustus 2016 van 12.00 uur tot 00.00 uur zal worden gehouden op de (voormalige) vliegbasis Twenthe.

2. Het evenement zal zowel binnen als in de openlucht plaatsvinden. Het verwachte aantal toeschouwers is 10.000. De leeftijd van de toeschouwers varieert naar verwachting tussen 16 en 65 jaar, maar het evenement is voornamelijk gericht op jongeren. Tijdens het evenement zal versterkte muziek (hardere dance- en hardcore-stijlen) ten gehore worden gebracht. Blijkens een bij besluit van 23 juni 2016 door het college van gedeputeerde staten van Overijssel op grond van het Vuurwerkbesluit verleende ontbrandingstoestemming zal tijdens het evenement ook vuurwerk tot ontploffing worden gebracht. Ook zal gebruik gemaakt worden van lichteffecten, special effects, Co2, rookmachines en stage flames.
3. StiL en Landschap Overijssel kunnen zich niet verenigen met de omgevingsvergunning en de evenementenvergunning op de navolgende gronden.

GRONDEN VAN BEZWAAR TEN AANZIEN VAN DE OMGEVINGSVERGUNNING

Bezwaargrond 1: strijd met het beginsel van fair play

4. Het beginsel van fair play houdt onder meer in 'dat het bestuur de burger geen mogelijkheden mag ontnemen om voor zijn belang op te komen door te beslissen op een in dit opzicht ongunstig gekozen moment'.¹ Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) houdt het 'fair play'-beginsel onder meer in 'dat een bestuursorgaan de burger zorgvuldig bejegt in die zin dat, voor zover relevant in het voorliggende geval, het bestuursorgaan het verkrijgen van wat een burger als zijn recht ziet niet door het uitstellen of het niet nemen van een beslissing waarbij de burger belang heeft, mag bemoeilijken of frustreren'.²
5. StiL en Landschap Overijssel zijn van mening dat uw college bij de verlening van de omgevingsvergunning in strijd heeft gehandeld met het beginsel van fair play. Het dance-evenement waarvoor de omgevingsvergunning is aangevraagd is immers op 6 augustus 2016 terwijl de opbouw van de voorzieningen voor het evenement ter plaatse al op 27 juli 2016 is begonnen. Niettemin hebben StiL en Landschap Overijssel pas op 26 juli 2016 na 19.00 uur een kopie van de omgevingsvergunning en evenementenvergunning ontvangen. Door het late tijdstip van het nemen van het besluit zijn zij ernstig bemoeilijkt in het tijdig voorbereiden en opstellen van een bezwaarschrift en een verzoek om een voorlopige voorziening tegen die omgevingsvergunning. Zij hebben dat bezwaarschrift en het verzoek moeten voorbereiden en opstellen zonder over de omgevingsvergunning te kunnen beschikken. Door zo kort voor (de opbouw van) het evenement een besluit over de aanvraag te nemen is het besluit in strijd met het beginsel van fair play genomen.

¹ Zie W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 307-308.

² Zie ABRvS 30 maart 1999, JB 1999/106.

Bezwaargrond 2: strijd met art. 75d lid 1 Ffw vanwege het ontbreken van een vvgb

6. Indien sprake is van activiteiten waarvoor op grond van de Wabo een omgevingsvergunning is vereist en die activiteiten (kort gezegd) tevens zijn aan te merken als activiteiten die op grond van art. 10 en/of 11 Flora- en faunawet (Ffw) zonder ontheffing van de minister verboden zijn vanwege het feit dat zij een beschermde inheemse diersoort verstoren/verontrusten, kan de omgevingsvergunning op grond van art. 75d lid 1 Ffw pas verleend worden nadat de minister Economische Zaken een verklaring van geen bedenkingen als bedoeld in art. 2.27 Wabo heeft afgegeven. Dit heeft ermee te maken dat art. 75c lid 1 Ffw voor zulke activiteiten bepaalt dat de aanvrager van een omgevingsvergunning ervoor moet zorgen dat de aanvraag om de omgevingsvergunning mede betrekking heeft op de activiteiten die op grond van art. 10 en/of 11 Ffw zonder ontheffing verboden zijn.
7. In deze zaak is sprake van activiteiten waarvoor op grond van de Wabo een omgevingsvergunning is vereist. Het gebruik van het terrein voor het houden van een dance-evenement is immers in strijd met het ter plaatse geldende bestemmingsplan, zoals in de omgevingsvergunning ook wordt erkend door uw college.
8. Het houden van het dance-evenement is vanwege de productie van geluid en licht ook een activiteit die op grond van art. 10 en/of 11 Ffw (zonder ontheffing van de minister) verboden is vanwege het feit dat het verschillende beschermde inheemse diersoorten (zoals verschillende soorten vleermuizen en een grote populatie boommarters) verstoort/verontrust. Dit zal hierna aangetoond worden aan de hand van de volgende deskundigen-rapporten en andere documenten.

Productie 3:	R. Gerritsen e.a. 'Vleermuisinventarisatie Lonnekerberg. Verkennend vleermuisonderzoek 2015', Vrienzerveen: EcoMilieu ecologisch onderzoek en advies 2015 (hierna: EcoMilieu 2015)
Productie 4:	H. Sierdsema en E. Jansen, 'Beoordeling geluidseffecten alternatieve inrichting van Vliegveld Twente op broedvogels en vleermuizen', Nijmegen: Sovon Vogelonderzoek Nederland 2016 (hierna: Sovon 2016)
Productie 5:	A. van Hooff, 'Airforcefestival: geluid en vleermuizen', Tauw 13 juli 2016 (hierna: Tauw 2016a)
Productie 6:	A. van Hooff, 'Airforcefestival: geluid en vleermuizen', Tauw 18 juli 2016 (hierna: Tauw 2016b)
Productie 7:	M.A. Kok, "Korte analyse geluid 'openlucht dance festival' vliegveld Twenthe, Enschede", Zwaag: dBcontrol 2016 (hierna: dBcontrol 2016)
Productie 8:	Tekeningen met geluidscontouren (hierna: Geluidscontourentekeningen).
9. Ingevolge art. 10 Ffw is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, opzettelijk te verontrusten. Op grond van art. 11 Ffw is het, voor zover hier van

belang, verboden voortplantingsplaatsen of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te verstoren.

10. Allereerst moet worden opgemerkt dat in de omgevingsvergunning en het in opdracht van de aanvrager opgestelde rapport-Tauw 2016b alleen wordt beoordeeld of de verbodsbepaling van art. 11 Ffw wordt overtreden in die zin dat slechts wordt beoordeeld of op en rond de locatie van het evenement vaste rust- en verblijfplaatsen van strikt beschermde soorten (vleermuizen) aanwezig zijn en of deze soorten als gevolg van geluid- en lichtuitstraling naar/in hun vaste rust- en verblijfplaatsen en/of foerageergebieden hun vaste rust- en verblijfplaatsen zullen verlaten. Het is juist dat de verbodsbepaling van art. 11 Ffw, voor zover hier van belang, alleen betrekking heeft op rust- en verblijfplaatsen en niet op foerageergebieden. De (ruimere) verbodsbepaling van art. 10 Ffw heeft echter wel (mede) betrekking op verontrusting van beschermde diersoorten in foerageergebieden. Nu in de omgevingsvergunning en het rapport-Tauw 2016b niet is beoordeeld of sprake is van een opzettelijke verontrusting van beschermde diersoorten in de zin van art. 10 Ffw, is de omgevingsvergunning in strijd met art. 3:2 en art. 3:46 Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet zorgvuldig voorbereid en niet deugdelijk gemotiveerd.
11. Het terrein waarop het evenement plaatsvindt (voormalige vliegbasis Twenthe), ligt in de directe nabijheid van de Lonnekerberg. Op de Lonnekerberg komen blijkens het rapport-EcoMilieu 2015 (zoals ook wordt erkend in de door de aanvrager overgelegde rapporten-Tauw 2016a en -Tauw 2016b) zeer zeldzame en op grond van de Ffw en richtlijn 92/43/EEG (hierna: Habitatrichtlijn) strikt beschermde vleermuissoorten voor. Uit dit rapport blijkt dat op de Lonnekerberg de volgende vleermuissoorten voorkomen: Bechsteins vleermuis, Vale vleermuis, Watervleermuis, Baardvleermuis, Brandts vleermuis, Franjestaart, Myotis species complex, gewone grootoorvleermuis, rosse vleermuis, laatvlieger, gewone dwergvleermuis en ruige dwergvleermuis. Deze vleermuissoorten behoren alle tot de groep 'microchiroptera' en komen als zodanig voor op de lijst van bijlage IV bij de Habitatrichtlijn, hetgeen betekent dat het gaat om soorten van communautair belang die strikt moeten worden beschermd. De Bechsteins vleermuis, de Vale vleermuis en de Brandts vleermuis zijn (zoals ook uit genoemde rapporten blijkt) in Nederland bovendien uiterst zeldzaam en worden ernstig bedreigd. De Brandts vleermuis en de Vale vleermuis hebben volgens het Ministerie van Economische Zaken kleurcode rood. Wat betreft de Vale vleermuis gaat het Ministerie van Economische Zaken er in zijn soortendatabank zelfs van uit dat zij in Nederland niet meer voorkomt.
12. De Lonnekerberg ligt binnen de contour waarin een geluidsbelasting van 60 dB en zelfs 70 dB (en meer) is te verwachten als gevolg van het evenement (zie de Geluidscontourentekeningen). Ook in het rapport-dBcontrol 2016 (p. 4), dat in opdracht van de exploitant van de evenementenlocatie is opgesteld, staat dat op de Lonnekerberg geluidsniveaus tussen circa 55 en 70 dB(A) te verwachten zijn. Vleermuizen zijn gevoelig voor geluidsbelasting. Dit blijkt uit het rapport-Sovon 2016, het rapport-Tauw 2016a en het

rapport Tauw 2016b. Volgens deze rapporten is bekend dat een belasting van meer dan 60 dB(A) een negatief effect heeft op het terreingebruik en de foerageer-efficiëntie van die vleermuizen.³ Indien deze soorten jagen op plaatsen met een dergelijke geluidsbelasting, zijn volgens het rapport-Sovon 2016 daarom effecten op de staat van instandhouding te verwachten. In de het rapport-Tauw 2016a (p. 3 en 5) het rapport-Tauw 2016b (p. 4 en 7) wordt (terecht) gesteld dat het festival zorgt voor een invloed van geluid op het foerageergebied van verschillende soorten vleermuizen en dat dat geluid ervoor kan zorgen dat vleermuizen minder aanwezig en/of actief zijn in het beïnvloede gebied. In het rapport-Tauw 2016a (p. 5) wordt geconcludeerd dat het festival ervoor kan zorgen dat vleermuizen (tijdelijk) uitwijken naar ander foerageergebied.

13. Het voorgaande laat geen andere conclusie toe dan dat de vleermuizen (beschermde inheemse diersoorten) worden verontrust/verstoord in de zin van art. 10 Ffw. Uit het voorgaande volgt immers dat de vleermuizen als gevolg van het geluid van het evenement in ieder geval een deel van hun normale foerageergebied (al dan niet) tijdelijk zullen verlaten en/of daar minder actief zullen zijn. Dat er, zoals Tauw stelt, voldoende onverstoord foerageergebied aanwezig blijft en dat het (verstorende) effect maar tijdelijk is, maakt dat niet anders. De conclusie van Tauw dat het geluid van het evenement er niet toe zal leiden dat de vleermuizen hun vaste rust- en verblijfplaats zullen verlaten (zie Tauw 2016b, p. 7) en dat geen effect op de lokale staat van instandhouding van deze vleermuissoorten zal plaatsen (zie Tauw 2016a, p. 5), maakt dat eveneens niet anders. Feit blijft immers dat de vleermuizen als gevolg van het geluid van het evenement in ieder geval een deel van hun normale foerageergebied (al dan niet) tijdelijk zullen verlaten en/of daar minder actief zullen zijn en dat dat kwalificeert als een verontrusting/verstoring in de zin van art. 10 Ffw. De verontrusting/verstoring is ook opzettelijk als bedoeld in art. 10 Ffw. Als gevolg van alle voorgaande rapporten die de aanvrager in het kader van deze procedure ter kennis zijn gekomen weet de aanvrager immers dat de vleermuizen als gevolg van het geluid van het evenement in ieder geval een deel van hun normale foerageergebied (al dan niet) tijdelijk zullen verlaten en/of daar minder actief zullen zijn. Indien hij het evenement met het daardoor veroorzaakte geluid ondanks die wetenschap toch doorzet, verstoort hij opzettelijk vleermuizen als bedoeld in art. 10 Ffw. Onder 'opzettelijk' in de zin van art. 10 Ffw valt bovendien ook voorwaardelijk opzet.⁴
14. Het voorgaande laat ook geen andere conclusie toe dan dat de voortplantingsplaatsen of vaste rust- of verblijfplaatsen van beschermde inheemse diersoorten (vleermuizen) worden verstoord in de zin van art. 11 Ffw. Uit het voorgaande volgt immers dat vleermuizen als gevolg van het geluid van het evenement het gebied met een geluidsbelasting van 60 dB(A) of meer (tijdelijk) zullen verlaten. Uit het reeds genoemde rapport-EcoMilieu 2015 (p. 17, 30 en 37) blijkt bovendien dat het aannemelijk is dat op de Lonnekerberg ook rust- of verblijfplaatsen van vleermuizen aanwezig zijn. In het kader van de herontwikkeling van het

³ Zie Sovon 2016, p. 11, Tauw 2016a, p. 3-4 en Tauw 2016b, p. 4-5.

⁴ Zie ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446, r.o. 2.6.7.

vliegbasisterrein zijn bovendien natuurontwikkelingsmaatregelen getroffen. Op het terrein waar het evenement gehouden zal worden zijn in dat kader ook vleermuisbunkers en vleermuiskasten, die kwalificeren als voortplantingsplaatsen en/of vaste rust- of verblijfplaatsen van vleermuizen in de zin van art. 11 Ffw, aangelegd zeer dicht bij de muziekbronnen (podia) van het evenement. Dit blijkt uit een vergelijking van een kaart die is opgesteld ten behoeve van de herontwikkeling van het vliegbasisterrein en een kaart die is opgesteld ten behoeve van het evenement.

Productie 9: Kaart herontwikkeling vliegbasisterrein.

Productie 10: Kaart evenement.

15. Er is dus sprake van voortplantingsplaatsen en/of vaste rust- of verblijfplaatsen van vleermuizen die bloot komen te staan aan een geluidsbelasting van meer dan 60 dB(A). Die geluidsbelasting levert zonder meer een verstoring daarvan op in de zin van art. 11 Ffw. De conclusie van Tauw dat het geluid van het evenement er niet toe zal leiden dat de vleermuizen hun vaste rust- en verblijfplaats zullen verlaten (zie Tauw 2016b, p. 7) is in dit verband overigens niet begrijpelijk, omdat zij zelf stelt dat vleermuizen foerageergebieden met een geluidsbelasting van 60 dB(A) verlaten en/of daar vanwege die geluidsbelasting minder actief zijn. Het valt dan niet in te zien waarom zij verblijfplaatsen die aan zo'n geluidsbelasting blootstaan niet zouden verlaten en/of daar niet minder actief zouden zijn. Voor zover Tauw bedoelt dat de vleermuizen die plaatsen niet permanent zullen verlaten, is dit niet relevant voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verstoring in de zin van art. 11 Ffw. Ook een tijdelijke verstoring is immers een verstoring in de zin van dat artikel. Ook de stelling van Tauw dat geen effect op de lokale staat van instandhouding van deze vleermuissoorten zal plaatsvinden (zie Tauw 2016a, p. 5), maakt niet dat er geen verstoring in de zin van dat artikel is waarvoor een ontheffing nodig is. Opzet is (anders dan onder art. 10 Ffw) geen voorwaarde voor overtreding van art. 11 Ffw.
16. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat zeer zeldzame en strikt beschermde vleermuizen (al dan niet opzettelijk) zullen worden verstoord/verontrust door het tijdens het evenement geproduceerde geluid en/of licht. Dit is (anders dan uw college en Tauw menen) wel degelijk een overtreding van art. 10 en/of 11 Ffw. De omgevingsvergunning had daarom alleen verleend kunnen worden, nadat de minister een verklaring van geen bedenkingen had afgegeven. Aangezien de minister niet zo'n verklaring heeft afgegeven, is de omgevingsvergunning in strijd met art. 75d lid 1 Ffw.

De vvqb zal bij aanvraag niet verleend kunnen worden

17. StIL en Landschap Overijssel wensen te benadrukken dat, ook als (alsnog) een verklaring van geen bedenkingen wordt aangevraagd, deze niet zal kunnen worden verleend.

18. Zoals gezegd, staan de op de Lonnekerberg voorkomende vleermuissoorten op de lijst van bijlage IV bij de Habitatrichtlijn. Dit betekent dat op grond van art. 16 Habitatrichtlijn en art. 75 in combinatie met art. 75d lid 2 Ffw een strikt en dwingend beschermingsregime van toepassing. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) en de Afdeling bepaalt art. 16 Habitatrichtlijn op uitputtende wijze onder welke voorwaarden van het verbod op verstoren/verontrusten van de in bijlage IV voorkomende diersoorten (middels een ontheffing/vergunning) mag worden afgeweken en moeten deze mogelijkheden tot afwijking van het verbod restrictief worden uitgelegd.⁵
19. Ingevolge art. 10 en 11 Ffw, die de implementatie van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn vormen, is het, kort gezegd en voor zover hier relevant, verboden om een beschermde inheemse diersoort (waaronder de in bijlage IV bij de Habitatrichtlijn voorkomende vleermuissoorten) opzettelijk te verontrusten/verstoren en om hun nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen te verstoren.
20. Ingevolge art. 16 lid 1 Habitatrichtlijn mag van die verboden slechts middels een ontheffing, vergunning of verklaring van geen bedenkingen worden afgeweken, wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en op voorwaarde dat de afwijking geen afbreuk doet aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. Bovendien mag die afwijking blijkens dat artikellid slechts plaatsvinden:
- a. in het belang van de bescherming van de wilde flora en fauna en van de instandhouding van de natuurlijke habitats;
 - b. ter voorkoming van ernstige schade aan met name de gewassen, veehouderijen, bossen, visgronden en wateren en andere vormen van eigendom;
 - c. in het belang van de volksgezondheid en de openbare veiligheid of om andere dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, en voor het milieu wezenlijke gunstige effecten;
 - d. ten behoeve van onderzoek en onderwijs, repopulatie en herintroductie van deze soorten, alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten;
 - e. ten einde het onder strikt gecontroleerde omstandigheden mogelijk te maken op selectieve wijze en binnen bepaalde grenzen een beperkt, door de bevoegde nationale instanties vastgesteld aantal van bepaalde specimens van de in bijlage IV genoemde soorten te vangen, te plukken of in bezit te hebben.
21. Art. 75 leden 5 en 6 in combinatie met art. 2 lid 3 en art. 2c Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten maken afwijking ten behoeve van meer en/of andere doelen/belangen mogelijk dan die die zijn genoemd in art. 16 lid 1 Habitatrichtlijn. Voor zover die nationale bepalingen afwijking ten behoeve van meer en/of andere doelen/belangen mogelijk maken, dienen zij derhalve wegens strijd met art. 16 lid 1

⁵ Zie HvJEU 10 mei 2007, C-508/04, ECLI:EU:C:2007:274 (Commissie/Oostenrijk), punt 109-110 en ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446, r.o. 2.6.1-2.6.6.

Habitatrichtlijn buiten toepassing te blijven. Een ontheffing, vergunning of een verklaring van geen bedenkingen kan dus niet worden verleend ten behoeve van andere doelen/belangen dan die die in art. 16 lid 1 Habitatrichtlijn zijn genoemd.⁶

22. Het is evident dat het dance-evenement dat voor 6 augustus 2016 gepland staat geen activiteit/handeling is die een of meer van de in art. 16 lid 1 (sub a tot en met e) Habitatrichtlijn genoemde belangen/doelen dient. In het bijzonder kan ook niet staande worden gehouden dat dat evenement een dwingende reden van groot openbaar belang is. Het dance-evenement is immers een kortstondig evenement dat louter gericht is op het plezier van een beperkte groep dance-liefhebbers. Er is geen openbaar belang mee gemoeid, laat staan een groot openbaar belang dat vereist dat het evenement doorgang kan vinden. In dit verband wijzen StiL en Landschap Overijssel op hetgeen de Europese Commissie over het begrip 'dwingende reden van groot openbaar belang' stelt in haar 'Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC' uit 2007 (p. 55-56):

'Firstly, it is clear from the wording that only public interests, promoted either by public or private bodies, can be balanced against the conservation aims of the Directive. Thus, projects that are entirely in the interest of companies or individuals would generally not be considered as covered.

(...) Secondly, the "overriding" character of this public interest must be underlined. This qualification implies that not every kind of public interest of a social or economic nature is sufficient, in particular when seen against the particular weight of the interests protected by the Directive. Careful balancing of interests is needed here. In this context, it also seems reasonable to assume that a public interest is in most cases likely to be overriding only if it is a long-term interest: short-term interests that would only yield short-term benefits would not be sufficient to outweigh the long-term interest of species conservation.'

23. Nu het evenement geen van de in art. 16 lid 1 (sub a tot en met e) Habitatrichtlijn genoemde belangen/doelen dient, kan voor het evenement geen ontheffing of vergunning (verklaring van geen bedenkingen) worden verleend waarbij wordt afgeweken van de in art. 10 en 11 Ffw neergelegde verboden.
24. Tauw trekt in het rapport-Tauw 2016a de conclusie dat de Ffw niet wordt overtreden, (kennelijk) omdat zij meent dat er geen effect op de lokale staat van instandhouding van de vleermuissoorten is. Deze conclusie is juridisch onjuist, omdat de voorwaarde dat een gunstige staat van instandhouding gewaarborgd blijft slechts één van de cumulatieve voorwaarden van art. 16 lid 1 Habitatrichtlijn en art. 75 Ffw is voor het afwijken van het verbod om vleermuizen te verstoren/verontrusten. Feit is dat (zoals ook blijkt uit het rapport van Tauw zelf) sprake is van een al dan niet opzettelijke verstoring/verontrusting in de zin van art. 10 en/of art. 11 Ffw en dat het evenement geen van de in art. 16 lid 1 (sub a tot en

⁶ Zie ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446, r.o. 2.6.7-2.6.8.

met e) Habitatrichtlijn genoemde belangen/doelen dient, zodat daarvoor geen ontheffing/vergunning kan worden verleend. Dat betekent dat het evenement wel degelijk in strijd is met de Ffw.

De ontheffing van de staatssecretaris van 12 november 2014

25. StIL en Landschap Overijssel zien aanleiding om in te gaan op de vraag of afdeling 2a van titel III van de Ffw (waarin art. 75d Ffw is opgenomen) van toepassing is. Ingevolge art. 75b Ffw is die afdeling namelijk niet van toepassing op handelingen/activiteiten die zijn toegestaan krachtens een ontheffing als bedoeld in art. 75 lid 3 Ffw of waarvoor een zodanige ontheffing is aangevraagd.
26. Voor het verstoren/verontrusten van de beschermde inheemse diersoorten (vleermuizen) door het houden van het evenement is door de minister geen (specifieke) ontheffing als bedoeld in art 75 lid 3 Ffw verleend. Ook is deze (voor zover StIL en Landschap Overijssel weten) niet aangevraagd. In zoverre is genoemde afdeling 2a (waaronder art. 75d Ffw) dus wel van toepassing.
27. Door de minister (staatssecretaris) is bij besluit van 12 november 2014 wel een ontheffing verleend aan Area Development Twente. Deze ontheffing heeft echter geen betrekking op het verstoren/verontrusten van de Bechsteins vleermuis, de Vale vleermuis, de Brandts vleermuis, de franjestaart en de myotis species complex die op de Lonnekerberg voorkomen. Bovendien heeft de ontheffing geen betrekking op de Lonnekerberg. Daar komt bij dat deze ontheffing alleen geldt voor werkzaamheden in het kader van het project 'Gebiedsontwikkeling Luchthaven Twente'. In de ontheffing is uitdrukkelijk bepaald dat evenementen niet onder de werking van de ontheffing vallen (zie p. 4):

'De deelgebieden "Oostkamp" en de "Strip" worden mogelijk gebruikt voor evenementen. Deze ontheffing beperkt zich echter enkel tot de werkzaamheden die voor het aanleggen en ontwikkelen van het project gepland zijn. Effecten van evenementen op de beschermde plant- en/of diersoorten zijn hierbij buiten beschouwing gelaten. Het effect van een evenement is sterk afhankelijk van de locatie, inrichting, het tijdstip en de aard en schaal van het evenement. Bij grootschalige evenementen is mogelijk alsnog een ontheffing nodig van de Flora- en faunawet.'

Productie 11: Ffw-ontheffing van 12 november 2014.

28. U bent eerder door bezwaarmakers erop gewezen dat de ontheffing van de Staatssecretaris van 12 november 2014 niet ziet op evenementen en evenmin op de Lonnekerberg. Blijkens de omgevingsvergunning deelt u dit standpunt.

Conclusie

29. De omgevingsvergunning had alleen verleend kunnen worden, nadat de minister een verklaring van geen bedenkingen had afgegeven. Aangezien de minister niet zo'n verklaring heeft afgegeven, is de omgevingsvergunning in strijd met art. 75d lid 1 Ffw. De aanvraag om omgevingsvergunning moet worden geweigerd.

Bezwaargrond 3: strijd met art. 3:2 en/of art. 3:46 Awb

30. Onder bezwaargrond 2 is betoogd dat de omgevingsvergunning in strijd met art. 3:2 en art. 3:46 Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet zorgvuldig voorbereid en niet deugdelijk is gemotiveerd, nu in de omgevingsvergunning en het rapport-Tauw 2016b niet is beoordeeld of sprake is van een opzettelijke verontrusting van beschermde diersoorten in de zin van art. 10 Ffw. Dat betoog moet hier als ingelast worden beschouwd.
31. Onder bezwaargrond 2 is ook betoogd dat de conclusie van Tauw dat het geluid van het evenement er niet toe zal leiden dat de vleermuizen hun vaste rust- en verblijfplaats zullen verlaten niet begrijpelijk is, omdat zij zelf stelt dat vleermuizen foerageergebieden met een geluidsbelasting van 60 dB(A) verlaten en/of daar vanwege die geluidsbelasting minder actief zijn. Het valt dan niet in te zien waarom zij verblijfplaatsen die aan zo'n geluidsbelasting blootstaan niet zouden verlaten en/of daar niet minder actief zouden zijn. In het rapport-Tauw 2016a, het rapport-Tauw 2016b en de omgevingsvergunning wordt bovendien ten onrechte niet ingegaan op de vleermuisbunkers die in het kader van de herontwikkeling van het vliegbasisterrein zijn geplaatst en die kwalificeren als vaste rust- of verblijfplaats in de zin van art. 11 Ffw. Aan de omgevingsvergunning is het op dit punt niet-concludente rapport van Tauw ten grondslag gelegd, zodat zij in zoverre in strijd met art. 3:2 Awb niet zorgvuldig is voorbereid.
32. De omgevingsvergunning is ook in strijd met art. 3:2 Awb voorbereid, omdat niet is onderzocht wat de effecten van het in het kader van het evenement af te steken vuurwerk en de gebruikte lichteffecten, special effects en stage flames zijn op vleermuizen en andere inheemse beschermde diersoorten. Vleermuizen zijn blijkens onderzoek immers ook gevoelig voor licht. Het door het vuurwerk geproduceerde geluid is bovendien van een andere aard dan het geluid van dance- en hardcore-muziek en kan dus andere verstorende effecten hebben. Daar komt bij dat niet duidelijk is hoe hoog het aantal dB bij de muziekbronnen en de vuurwerkbronnen is. Ook in zoverre is het besluit niet zorgvuldig voorbereid.
33. Opvallend is verder het fundamentele verschil tussen het rapport-Tauw 2016a en het rapport-Tauw 2016b. In het eerste rapport (p. 6) wordt geconcludeerd dat de Ffw niet wordt

overtreden, omdat er geen effect op de lokale staat van instandhouding van de vleermuissoorten is. De vraag of er zo'n effect op de gunstige staat van instandhouding is, komt ingevolge art. 75 lid 5 Ffw aan de orde bij het de vraag of een ontheffing kan worden verleend en dus pas nadat is vastgesteld dat een handeling/activiteit in strijd is met de verboden van (onder meer) art. 10 en/of 11 Ffw. Kennelijk was Tauw in het rapport-Tauw 2016a dus van mening dat die verboden in beginsel overtreden zouden worden bij het evenement, maar dat daarvoor een ontheffing kon worden verleend omdat volgens haar de lokale staat van instandhouding niet in het geding was. In het rapport-Tauw 2016b neemt Tauw plotseling het standpunt in dat het verbod van art. 11 Ffw bij het evenement geheel niet overtreden wordt. Mede gelet op het feit dat tussen het opstellen van het rapport-Tauw 2016a en het rapport-Tauw 2016b slechts vijf dagen zitten, ontstaat de indruk dat de aanvrager en/of uw college niet uit de voeten kon met het eerste rapport en dat daarom verzocht is om een nieuw rapport dat zodanig is geschreven dat de omgevingsvergunning zonder verklaring van geen bedenkingen kon worden afgegeven. Hierdoor wordt dit rapport echter wel onbetrouwbaar. Door het rapport-Tauw 2016b aan de omgevingsvergunning ten grondslag te leggen, is die vergunning derhalve in strijd met art. 3:2 Awb onzorgvuldig voorbereid.

34. Naar de aanwezigheid van verschillende soorten vleermuizen en de vraag of zij door het evenement (kunnen) worden verstoord is ook overigens geen deugdelijk onderzoek gedaan. In het bijzonder is geen onderzoek gedaan overeenkomstig het vleermuisprotocol (van de Gegevensautoriteit Natuur) of overeenkomstig standaarden die gelijkwaardig zijn. Dit is in het bijzonder opmerkelijk, omdat uw college in het kader van een andere procedure om een omgevingsvergunning heeft erkend dat op 'de Strip' van vliegbasis Twenthe door geluid- en lichtoverlast aantasting van de zeer zeldzame vleermuissoorten kan plaatsvinden en dat nader onderzoek nodig is (zie het antwoord op de zienswijze van Landschap Overijssel over de ontwerp-omgevingsvergunning "De Strip" (V-2014-5998) van juni 2016). Dit betekent dat het besluit is genomen in strijd met de in art. 3:2 Awb voorgeschreven zorgvuldigheid.

Productie 12: antwoord op zienswijzen.

Bezwaargrond 4: strijd met art. 3.10 Wabo

35. Zoals blijkt uit het voorgaande is voor de verlening van de omgevingsvergunning ingevolge art. 75d lid 1 Ffw een verklaring van geen bedenkingen van de minister als bedoeld in art. 2.27 Wabo vereist. Ingevolge art. 3.10 lid 1 aanhef en onder e Wabo is daarom de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing op de aanvraag om de omgevingsvergunning. Het college heeft de omgevingsvergunning voorbereid met toepassing van de reguliere voorbereidingsprocedure als bedoeld in art. 3.7 e.v. Wabo. De omgevingsvergunning is derhalve in strijd met art. 3.10 Wabo voorbereid.

GRONDEN VAN BEZWAAR TEN AANZIEN VAN DE EVENEMENTENVERGUNNING

Bezwaargrond 5: strijd met art 1.8 APV en art. 3.4 Awb

36. Op grond van art. 2.25 lid 1 APV is het verboden zonder vergunning van de burgemeester een evenement te organiseren. Ingevolge het tweede lid zorgt de organisator van een evenement ervoor dat (onder meer) de bescherming van het milieu gewaarborgd is. Volgens het derde lid kan de burgemeester te allen tijde nadere regels stellen in het belang van (onder meer) de bescherming van het milieu. Op grond van art. 1.8 APV kan de vergunning in ieder geval worden geweigerd in het belang van (onder meer) de bescherming van het milieu. Daaruit blijkt dat bij de verlening van een evenementenvergunning de gevolgen voor het milieu moeten worden betrokken en dat die gevolgen voor het milieu reden kunnen zijn om de vergunning te weigeren. Onder de bescherming van het milieu valt ook de bescherming van dieren (vergelijk art. 1.1 lid 2 Wet milieubeheer).
37. Uit hetgeen onder bezwaargrond 2 naar voren is gebracht volgt dat het evenement een verstoring/verontrusting van diverse zeer zeldzame en door de Ffw en Habitatrichtlijn strikt beschermde vleermuizen tot gevolg zal hebben. Het gaat onder meer om de Bechsteins vleermuis, de Vale vleermuis en de Brandts vleermuis, die in Nederland uiterst zeldzaam zijn en ernstig worden bedreigd. De Brandts vleermuis en de Vale vleermuis hebben volgens het Ministerie van Economische Zaken kleurcode rood. Wat betreft de Vale vleermuis gaat het Ministerie van Economische Zaken er in zijn soortendatabank zelfs van uit dat zij in Nederland niet meer voorkomt. Aan de bescherming van deze vleermuissoorten komt derhalve een groot gewicht toe. Gelet op het uiterst zeldzame karakter van de Bechsteins vleermuis, de Vale vleermuis en de Brandts vleermuis komt bij de belangenafweging bijzondere betekenis toe aan het voorzorgsbeginsel. Volgens dit beginsel dienen bij onzekerheid over het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid en/of het milieu beschermende maatregelen te worden genomen, zonder dat hoeft te worden gewacht totdat de realiteit en de ernst van deze risico's volledig zijn aangetoond. In dit verband is van belang dat het aannemelijk is dat sprake is van rust- en verblijfplaatsen van vleermuizen die door het evenement verstoord zullen worden en dat er geen wetenschappelijke zekerheid bestaat dat de vleermuizen deze plaatsen niet (definitief) zullen verlaten als gevolg van het harde geluid van het evenement.
38. Tegenover het zwaarwegende algemene belang van een preventieve bescherming van de uiterst zeldzame vleermuissoorten staat het relatief geringe belang van de organisatoren en bezoekers bij het kunnen houden en deelnemen aan een evenement voor het plezier. Voor zover het niet doorgaan van het evenement (grote) financiële gevolgen heeft voor de

organisatoren van het evenement doordat zij financiële verplichtingen zijn aangegaan, dienen die gevolgen zonder meer voor hun rekening en risico te blijven. Zij hadden de benodigde vergunningen immers eerder kunnen aanvragen om voor het aangaan van die verplichtingen zekerheid te verkrijgen over de toelaatbaarheid van het evenement. In plaats daarvan hebben zij die vergunningen slechts 2 tot 2,5 maand van tevoren aangevraagd.

39. Gezien het voorgaande dient de evenementenvergunning bij afweging van de relevante belangen in het belang van de bescherming van het milieu te worden geweigerd ingevolge art. 1.8 APV en art. 3:4 lid 2 Awb.

Bezwaargrond 6: strijd met art. 3:2 en/of art. 3:46 Awb

40. De evenementenvergunning is in strijd met art. 3:2 Awb en art. 3:46 Awb niet zorgvuldig voorbereid en niet deugdelijk gemotiveerd. Voor de onderbouwing van deze bezwaargrond wordt verwezen naar hetgeen hierover in het kader van bezwaargrond 3 is betoogd ten aanzien van de omgevingsvergunning. Dat is namelijk op overeenkomstige wijze van toepassing op de evenementenvergunning.

VERZOEK

Gelet op al het voorgaande verzoek ik het college en de burgemeester om het bezwaar tegen de omgevingsvergunning en/of de evenementenvergunning gegrond te verklaren en deze alsnog te weigeren, met vergoeding van de kosten van de bezwaarprocedure.

Hoogachtend,

mr. I.C. Dunhof-Lampe en mr. dr. D.G.J. Sanderink

