

AANTEKENEN

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

Op voorhand per fax: 053-4818145 (zonder producties)

Op voorhand per e-mail: a.olthuis@enschede.nl (zonder producties)

AANVULLEND BEZWAARSCHRIFT

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

+31 (0)53 484 00 78

dunhof@damste.nl

Enschede, 3 augustus 2016

Geacht college, geachte burgemeester,

Namens de stichting "Lonnekerberg en omgeving (StiL)" en de stichting "het Overijssels Landschap" (Landschap Overijssel), hierna ook de stichtingen, dienen wij een aanvulling in op het bezwaarschrift van 27 juli 2016 tegen de (nieuwe) besluiten van 2 augustus 2016.

In het bezwaarschrift is reeds uitgebreid ingegaan op de strijdigheid met de Flora- en faunawet (Ffw) in het bijzonder met art. 75 lid 1 Ffw vanwege het verstoren van beschermde soorten en het ontbreken van een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) van de Staatssecretaris. Ook is gemotiveerd betoogd waarom de besluiten in strijd zijn met art. 3:2 en art. 3:46 Awb.

De opbouw van dit aanvullende bezwaarschrift is als volgt:

- A. Strijd met art. 10, 11 en 75 d lid 1 Ffw
- B. Strijd met art. 3:2 en 3:46 Awb
- C. Strijd met art. 3.11 Wabo
- D. Strijd met fair play-beginsel
- E. Conclusie.

A. STRIJD MET ART. 10, 11 EN 75D LID 1 Ffw

Inleiding

1. De stichtingen zijn van mening dat uit de onderzoeken en gegevens die op dit moment beschikbaar zijn, blijkt dat sprake is van een verstoring/verontrusting in de zin van art. 10 en 11 Ffw en dat daarom ingevolge art. 75d lid 1 Ffw een verklaring van geen bedenkingen was vereist voor het afgeven van de omgevingsvergunning.

Wat is verstoren?

2. Het college en de burgemeester zijn van mening dat geen sprake is van een overtreding van art. 10 en/of art. 11 Ffw, omdat geen sprake is van 'verstoren/verontrusten' in de zin van die bepalingen. Van belang is dat die artikelen de implementatie vormen van art. 12 lid 1 van richtlijn 92/43/EEG (hierna: Habitatrichtlijn). Dit artikel spreekt van 'verstoren', zodat het begrip 'verontrusten' in art. 10 Ffw richtlijnconform moet worden uitgelegd als 'verstoren'.
3. Om te bepalen of sprake is van een overtreding van art. 10 en/of 11 Ffw moet beoordeeld worden wat 'verstoren' is. Dit begrip wordt niet gedefinieerd in de Ffw en/of de Habitatrichtlijn. Het is een autonoom Unierechtelijk begrip en dient dus te worden uitgelegd rekening houdend met de bewoordingen van art. 12 Habitatrichtlijn, de context ervan en het doel van de regeling waarvan dat artikel deel uitmaakt.¹
4. Wat betreft allereerst de bewoordingen geldt dat 'verstoren' volgens Van Dale betekent 'een einde maken aan (een toestand van rust of harmonie)' of 'hinderen, belemmeren'. In de Engelse tekst van art. 12 Habitatrichtlijn wordt gesproken van 'disturbance'. Volgens Oxford Dictionaries betekent dit '[t]he interruption of a settled and peaceful condition' of '[a] state in which normal mental or physical functioning is disrupted'.² In de Duitse tekst staat 'Störung'. Volgens het gezaghebbende woordenboek Duden betekent 'stören' onder meer 'jemanden aus seiner Ruhe oder aus einer Tätigkeit herausreißen, einen gewünschten Zustand oder Fortgang unterbrechen'.³ Duidelijk is derhalve dat 'verstoren' een onderbreking van een rustige/vredige toestand is of een onderbreking van een normale loop der dingen of normaal functioneren.
5. Wat betreft de context en het doel van de regeling waarin het begrip 'verstoren' voorkomt, geldt dat het begrip wordt gebruikt in een bepaling die blijkens de aanhef van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn tot doel heeft een systeem van 'strikte bescherming' in te stellen. Het ligt gelet op die beschermingsdoelstelling voor de hand het begrip 'verstoren' ruim op te vatten en in ieder geval niet beperkter dan de (hiervoor genoemde) normale betekenis.

¹ Zie bijvoorbeeld HvJEU 28 juli 2016, C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610 (JZ), punt 37.

² Zie www.oxforddictionaries.com.

³ Zie www.duden.de.

6. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) ook uitgaat van een ruime opvatting over het begrip 'opzettelijk verstoren'. Zo oordeelde het in het arrest-Commissie/Griekenland 'dat het verkeer van bromfietsen op een legstrand van de schildpad *Caretta caretta* deze soort, met name als gevolg van de geluidsoverlast, stoort tijdens het leggen, het uitbroeden en het uitkomen van de eieren, alsmede tijdens het zich naar zee begeven van de jonge schildpadjes'. Op deze stranden waren borden geplaatst waarmee op de aanwezigheid van schildpadnesten werd gewezen. Het verkeer van bromfietsen op het zandstrand ten oosten van Laganas en de aanwezigheid van waterfietsen en kleine bootjes in de maritieme zone van Gerakas en Daphni vormden volgens het HvJEU derhalve handelingen die de schildpad opzettelijk verstoorde in de zin van artikel 12 lid 1 aanhef en onder b Habitatrichtlijn.⁴
7. In een ander arrest werd het toestaan van de organisatie van motorcrossen als een opzettelijke verstoring van de ringslang in de zin van art. 12 Habitatrichtlijn aangemerkt. Ook het overmatig wegpompen van water uit een gebied (habitat van de ringslang) werd door het HvJEU als een opzettelijke verstoring van de ringslang aangemerkt, nu de aanwezigheid van die slang in dat gebied algemeen bekend was. Bovendien oordeelde het HvJEU dat de onroerendgoedontwikkeling en de bestaande bouwwerken in of in de nabijheid van het Meer van Paralimni die gepaard gingen met afgravingen konden leiden tot verstoringen die die beschermde soort troffen. Ook daarin zag het een schending van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn.⁵

Wat is 'opzettelijk'?

8. Zoals uit het voorgaande al blijkt, hanteert het HvJEU een ruime definitie van het begrip 'opzettelijk' als bedoeld in art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn en dus ook als bedoeld in art. 10 Ffw. Met betrekking tot art. 12 lid 1 aanhef en onder a Habitatrichtlijn (dat over het vangen en doden van dieren gaat) heeft het geoordeeld dat aan de voorwaarde inzake opzet is voldaan, indien degene die de handeling heeft verricht de vangst of de dood van een beschermd dier heeft gewild, althans de mogelijkheid van die vangst of dood heeft aanvaard.⁶ Daaruit blijkt dat de verstoring niet doelgericht hoeft plaats te vinden. Voldoende is dat de betreffende (rechts)persoon weet dat beschermde soorten aanwezig zijn en de mogelijkheid dat zij verstoord worden als gevolg van zijn handelen heeft aanvaard.⁷

Is bij het evenement sprake van (opzettelijk) verstoren?

9. Zoals in het bezwaarschrift onder randnrs. 12 en 13 is betoogd, volgt uit de feiten en de rapporten 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 is 'verstoren' in de zin van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn. Het (al dan niet) tijdelijk een deel van het normale foerageergebied verlaten en/of daar minder

⁴ Zie HvJEG 30 januari 2002, C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (*Commissie/Griekenland*).

⁵ Zie HvJEU 15 maart 2012, C-340/10, ECLI:EU:C:2012:143 (*Commissie/Cyprus*).

⁶ Zie HvJEG 18 mei 2006, C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329 (*Commissie/Spanje*), punt 71.

⁷ Onder 'opzettelijk' in de zin van art. 10 Ffw valt volgens de ABRvS derhalve ook voorwaardelijk opzet (zie ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0446, r.o. 2.6.7.).

actief zijn als gevolg van een grote geluidsbelasting, is immers een onderbreking/belemmering van een rustige/vredige toestand en een onderbreking van de normale loop der dingen of normaal functioneren van vleermuizen.

10. 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 en art. 12 Habitatrichtlijn.
11. Zoals in het bezwaarschrift onder randnrs. 14 en 15 is uiteengezet, volgt uit de feiten en de rapporten dat het zeer aannemelijk is dat in de directe omgeving van het evenemententerrein (waaronder op de Lonnekerberg) ook rust- of verblijfplaatsen van vleermuizen aanwezig zijn (zie EcoMilieu 2015, p. 17, 30 en 37 en ook p. 7-8 van het rapport van de Zoogdiervereniging van 2 augustus 2016). In het kader van de herontwikkeling van het vliegbasisterrein zijn bovendien natuurontwikkelingsmaatregelen getroffen. Op het terrein waar het evenement gehouden zal worden zijn in dat kader ook vleermuisbunkers en vleermuiskasten geplaatst. Die kwalificeren als voortplantingsplaatsen en/of vaste rust- of verblijfplaatsen van vleermuizen in de zin van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn en art. 11 Ffw. Die vleermuisbunkers en vleermuiskasten staan zeer dicht bij de muziekbronnen (podia) van het evenement en bij de plaats waar het vuurwerk zal worden afgestoken. 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. Deze kaarten zijn als producties 9 en 10 bij het bezwaarschrift overgelegd. Het blijkt ook uit bijlage 2 ('Overzicht resultaten nestkastlocaties') bij het Monitoring Soortmanagementplan Luchthaven Twente dat door het college en de burgemeester als productie B2 is overgelegd bij het verweerschrift. Uit die bijlage blijkt immers dat vleermuiskasten 17 en 18 op zeer korte afstand van de geluidbronnen binnen de geluidcontour van 76 dB (zoals weergegeven op productie 8 bij het bezwaarschrift) staan. In deze vleermuiskasten zijn blijkens die bijlage vleermuizen aangetroffen.

Productie 13: M.J. Schillemans en A.E. Jansen 'Second opinion Vliegveld Twente. Effectenbeoordeling festival op aanwezige vleermuizen', Nijmegen: Bureau Zoogdiervereniging 2 augustus 2016 (hierna: **Zoogdiervereniging 2016**).

12. Een hoge geluidsbelasting op de rust- en/of verblijfplaatsen van beschermde diersoorten, zoals hier blijkens het voorgaande het geval is, is zonder meer een verstoring in de zin van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn en art. 10 en art. 11 Ffw. In dit verband verwijzen StiL en Landschap Overijssel ook uitdrukkelijk naar het reeds aangehaalde arrest van het HvJEU in de zaak-Commissie/Griekenland, waarin het HvJEU het verkeer van bromfietsen, met name als gevolg van de daardoor veroorzaakte geluidsoverlast, als een opzettelijke

verstoring van de schildpad aanmerkte.⁸ Volgens de deskundigen van de Zoogdierverseniging reageren vleermuizen op plotselinge harde geluiden met antipredatiegedrag (schrikreacties en wegkruipen). Gezien de korte afstand van het festivalterrein en de aanwezigheid van vleermuiskasten kan naar hun oordeel bovendien niet met zekerheid worden uitgesloten dat de vleermuizen tijdens of na het festival gaan verhuizen naar andere verblijfplaatsen in het netwerk. Volgens hen blijkt uit ervaring met vleermuiskasten dat de dieren na een zekere mate van stress een of meerdere dagen uit de vleermuiskasten wegblijven. Tauw heeft het evenement vergeleken met een regenachtige nacht. Volgens de deskundigen van de Zoogdierverseniging is deze vergelijking echter incorrect. Vleermuizen hebben dan immers een geheel andere energiehuishouding, doordat zij tijdelijk in lethargie gaan.

13. Bij het voorgaande is voorts van belang dat volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) een *tijdelijke* verstoring van een rust- of verblijfplaats ook een ingevolge art. 11 Ffw verboden verstoring is.⁹ Daarnaast is van belang dat een rust- of verblijfplaats niet op dit moment in gebruik hoeft te zijn om een rust- of verblijfplaats in de zin van art. 11 Ffw te zijn.¹⁰

B. STRIJD MET ART. 3:2 EN 3:46 AWB

Toetsingskader

14. Wat betreft de toetsing van de aanvraag om omgevingsvergunning baseert het college zich ten onrechte op de algemene toetsing 'goede ruimtelijke ordening'. Aan de orde is immers het bepaalde in art. 75d lid 1 Ffw, dat bepaalt dat de vergunning niet wordt verleend dan na verkregen verklaring van geen bedenkingen van de Staatssecretaris.

Rapport Eelerwoude 2011, monitoring 2013 en 2015

15. Het college (en de burgemeester) motiveert het besluit mede met verwijzing naar het rapport van Eelerwoude van 24 juni 2011. Dit rapport is ten aanzien van de (strikt) beschermde soorten echter niet meer geldig¹¹ en kan daarom niet als (dragende) motivering worden gehanteerd. Het Soortmanagementplan Luchthaven Twente (SMP 2013) van 6 december 2013 en het SMP 2016 borduren voort op het onderzoek uit 2011, terwijl dit rapport niet meer geldig is en de monitoring geschiedt in het kader van de verplichtingen uit de generieke ontheffing van 2014, die zoals bekend niet is verleend voor evenementen en voor diverse beschermde soorten op en in de omgeving van de Lonnekerberg.

⁸ Zie HvJEG 30 januari 2002, C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60 (*Commissie/Griekenland*), punten 34-36.

⁹ Zie ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2464, r.o. 7.3.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 147, nr. 3 p. 32 : 'Ditzelfde geldt ten aanzien van het vernielen, beschadigen, uithalen, wegnemen of opzettelijk verstoren van hun nesten, hollen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen. Daarbij is niet bepaald dat die nesten, hollen of vaste rust- of verblijfplaatsen ook daadwerkelijk in gebruik dienen te zijn. Veel dieren immers bezetten hun hol of nest slechts een bepaald gedeelte van het jaar. Het is echter van belang dat die hollen of nesten voor hen of hun soortgenoten beschikbaar blijven of in een aantal gevallen voor dieren behorend tot andere soorten.'

¹¹ Volgens § 6.9 is het rapport (t.a.v. de beschermde soorten) vervallen op 1 januari 2014 en voor de overige soorten op 1 januari 2016.

16. Het rapport van Eelerwoude van 19 februari 2015 (voor het PAB De Strip) is gebaseerd op de onderzoeken van Eelerwoude uit 2010 (veld)onderzoek, compensatie- en mitigatieplan Ffw (2012), Soortmanagementplan ten behoeve van de aanvraag van de ontheffing in december 2013, inventarisatie gebouwbewonende vleermuizen (voorjaar en zomer 2014) ten behoeve van monitoring Soortmanagementplan. Op basis hiervan is de generieke Ffw-ontheffing van 12 november 2014 verleend. Ook deze borduren alle voort op oude data.. Ten tijde van het opstellen van die rapporten waren de vleermuissoorten die in het rapport-EcoMilieu 2015 zijn beschreven nog niet in beeld. Die rapporten kunnen daarom niet worden gebruikt ter motivering van de omgevingsvergunning. Nadien is geen (veld)onderzoek gedaan volgens het vleermuisprotocol of een gelijkwaardige ecologische onderzoeksmethode.

Onderzoeken zijn incompleet

17. In opdracht van Landschap Overijssel heeft de Zoogdierverseniging de compleetheid van de rapporten die aan de besluiten ten grondslag zijn gelegd onderzocht. De Zoogdierverseniging is een onafhankelijk bureau dat, zoals het college in de omgevingsvergunning ook erkent, in Nederland als dé autoriteit op het gebied van zoogdieren, waaronder vleermuizen, te boek staat. De Zoogdierverseniging heeft beoordeeld of de effectbeoordeling van geluid op vleermuizen door het Airforce festival compleet is en of alle in redelijkheid te verwachten effecten op de flora en fauna zijn behandeld. Tevens is de Zoogdierverseniging verzocht of zij de conclusies van de gehanteerde rapporten kan onderschrijven.
18. De Zoogdierverseniging concludeert dat op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel geen goede effecttoetsing kan worden verricht, omdat sprake is van verouderde en incomplete data. Zij komt tot de eindconclusie dat de vergunningen niet hadden mogen worden verleend (Zoogdierverseniging 2016, p. 15).
19. Reeds in het rapport-EcoMilieu 2015 is geconcludeerd dat alle aangetroffen vleermuissoorten ten minste foerageerfuncties op de Lonnekerberg hebben. Van veel soorten zijn volgens dat rapport kraamverblijfplaatsen op of in de omgeving van de Lonnekerberg te verwachten. De algemene conclusie is dat door het aantonen van 11 vleermuissoorten – waarvan meerdere zeer zeldzame en bedreigde soorten – de Lonnekerberg van beduidend belang is voor vleermuizen. Het in kaart brengen van vleermuisfuncties is essentieel voor een effectieve bescherming van populaties en gebieden tegen toekomstige ontwikkelingen in de nabije omgeving. Aanbevolen wordt om, op de Lonnekerberg en in de omgeving, gericht aanvullend onderzoek uit te laten voeren naar functies van de meest zeldzame, kritische en verstoringsgevoelige soorten.
20. De Zoogdierverseniging stelt - ook na beoordeling van het aanvullende rapport van Tauw van 2 augustus 2016 (hierna: **Tauw 2016c**) – vast dat de data over het functionele ecologische netwerk van de 11 soorten vleermuizen op en nabij het vliegveldterrein, niet volledig en deels verouderd zijn en daarmee beperkt bruikbaar. Daardoor kan niet met zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden geconcludeerd dat de Ffw niet wordt overtreden.

21. Het rapport-Tauw 2016c geeft de Zoogdierverseniging dan ook geen aanleiding om haar conclusies in haar rapport-Zoogdierverseniging 2016 te wijzigen. Weliswaar zijn nu wel het lichteffect en het effect van vuurwerk beschreven, maar feit blijft dat de basisdata aan de hand waarvan is getoetst, incompleet en deels verouderd zijn. Functies op en direct naast het festivalterrein zijn onvoldoende bekend.
22. Kortom: in ogenschouw nemend dat het effect van een kortstondig evenement niet te vergelijken is met een regen- en/of onweersbui, zijn effecten op de staat van instandhouding van de (soms zeer zeldzame) dieren alleen met zekerheid uit te sluiten wanneer:
 - (1) het netwerk van vliegroutes, jachtgebieden en verschillende typen verblijfplaatsen intact is én goed functioneert, én;
 - (2) de kwaliteit en bereikbaarheid van de jachtgebieden zodanig zijn dat gemiste uren of nachten van voedselvergaring kunnen worden opgevangen ('bijgegeten' kan worden), én;
 - (3) de populatie niet al onder druk staat door verschillende verstoringen dan wel aantastingen (dus nu in een gunstige staat van instandhouding verkeert).
23. Volgens de Zoogdierverseniging kunnen enkel met zekerheid conclusies worden getrokken als de onderdelen bekend zijn uit onderzoek ter plaatse (basisdata fauna). Deze basisdata ontbreken op dit moment dan wel zijn gebrekkig en/of incompleet.

Tijdelijke verstoring

24. Volgens de Zoogdierverseniging worden vleermuizen wel degelijk tijdelijk verstoord door de korte afstand tussen het festivalterrein en de vleermuiskasten. De Zoogdierverseniging concludeert dat niet met zekerheid kan worden uitgesloten dat dieren tijdens of na het festival gaan verhuizen naar andere verblijfplaatsen in het netwerk. Dit komt omdat vleermuizen op plotseling harde geluiden met antipredatie gedrag (schrikreacties en weggelopen) reageren. Als deze stress langer duurt is het in dezelfde nacht opzoeken van een veiligere locatie niet ondenkbaar. Uit ervaring met vleermuiskasten weet de Zoogdierverseniging dat dieren na een zekere mate van stress een of meerdere dagen uit de vleermuiskasten wegblijven. De Zoogdierverseniging constateert tevens dat het monitoringsonderzoek (Eelerwoude 2015) niet in augustus is uitgevoerd. Wel is de mitigatie gecontroleerd, maar aantallen en ook vleermuissoorten in kasten kunnen sterk verschillen per twee weken. Volgens de Zoogdierverseniging zijn minimaal twee bezoeken in de nazomer-herfst nodig om een goed beeld te krijgen.
25. De vergelijking met een regenachtige nacht is volgens de Zoogdierverseniging niet correct. Vleermuizen hebben dan een geheel andere energiehuishouding, doordat zij tijdelijk in lethargie gaan in plaats van doorjagen op minder efficiënte manier.
26. De conclusie is dan ook dat het rapport-Tauw 2016c een leemte in kennis bevat. Daardoor kan de conclusie dat er geen verstoring als bedoeld in art. 10 en 11 Ffw zal plaatsvinden niet worden getrokken.

Conclusies Zoogdiervereniging

27. De Zoogdiervereniging heeft de door het college en de burgemeester gehanteerde rapporten op de volgende aspecten beoordeeld en de volgende eindconclusies getrokken:
1. Effectbeschrijving: incompleet.
 2. Aanwezigheid van beschermde soorten binnen het beïnvloedingsgebied: basisdata over aanwezige soorten en functies voor die soorten binnen het beïnvloedingsgebied, noodzakelijk voor een zorgvuldige effectbepaling en toetsing aan de Flora- en faunawet, zijn niet (volledig) aanwezig dan wel niet gebruikt.
 3. Bepaling mate van effect: effectbepaling voor geluid op de Lonnekerberg is niet volledig en niet zorgvuldig.
 4. Toetsing aan de Flora- en faunawet: op basis van de onderbouwing in de vergunning over het wel of niet overtreden van de Ffw had de vergunning niet mogen worden verleend.
28. De Zoogdiervereniging constateert derhalve veel gebreken in de onderzoeken.

Ad 1. Effectbeschrijving

29. Een groot deel van de activiteiten is niet in de effecttoetsing betrokken, zoals verkeersbewegingen en de opslag van materiaal. Het geluidsonderzoek is gebrekkig, omdat geen onderscheid is gemaakt in geluidsbelasting bij de grond en op grotere hoogte. Er is ten onrechte niet uitgegaan van de gecumuleerde geluidsbelasting en de maximale geluidsbelasting (L_{Amax}). Het beïnvloedingsgebied buiten de Lonnekerberg wordt in zijn geheel buiten beschouwing gelaten. Bij een piekbelasting van 70 dB(A) op de dichtstbijzijnde woning is het potentieel verstoorde gebied veel groter. Verwezen wordt naar het hierbij gevoegde rapport van Alcedo dat in opdracht van Landschap Overijssel is opgesteld.

Productie 14: rapport Alcedo van 29 juli 2016 (hierna: **Alcedo 2016**).

30. Het beïnvloedingsgebied zoals door Tauw gehanteerd, is kleiner dan het beïnvloedingsgebied zoals gehanteerd in het rapport-dBcontrol 2016. Dit laatste rapport is dan ook niet representatief. Na 24:00 uur is lichtverstoring door de festivalverlichting uitgesloten, maar verdere verstoring door het verlaten van het festival door bezoekers (verkeer) en het opruimen van het festivalterrein gedurende twee uur kan niet volledig worden uitgesloten.
31. Verder worden foerageergebieden niet volledig genoemd terwijl kennis over de locaties en kwaliteit van foerageergebieden van belang zijn. Evenmin worden alle voorkomende beschermde soorten buiten het voormalige vliegveldterrein en de Lonnekerberg - en binnen het beïnvloedingsgebied – benoemd. Zo benoemt Tauw niet de vale vleermuis ten westen van de landingsbanen. De noodzakelijke basisdata zijn niet (volledig) aanwezig dan wel niet zijn gebruikt.
32. De studies over een direct verjagend effect op vleermuizen in verblijfplaatsen waarop Tauw zich baseert, zijn niet bruikbaar voor dit geval en vormen geen goede onderbouwing van de

conclusies. Tauw hanteert verkeerde datumgrenzen voor het bepalen van balts- en paarverblijven.

Ad 2. Aanwezigheid beschermde soorten binnen beïnvloedingsgebied

33. Hetgeen hiervoor over de gebrekkige data is gezegd, geldt voor het gehele onderzoek. Ook het Monitoringsonderzoek van Eelerwoude uit 2015 is niet uitgevoerd conform het vleermuisprotocol of een vergelijkbare ecologische methode. De informatie over verblijfplaatsen en andere functies op het gehele terrein, inclusief het festivalterrein, is onvolledig en deels verouderd. Het college onderkent blijkens Tauw 2016c nu wel de aanwezigheid van vaste verblijfplaatsen van de 11 vleermuissoorten, maar de exacte locaties van deze plaatsen zijn niet bekend. De Zoogdiervereniging concludeert dat deze ook in de directe omgeving van het voormalig vliegveldterrein en het festivalterrein kunnen liggen. Door de aangetroffen vale vleermuis en verschillende andere Myotis-soorten in het gebied kunnen vliegroutes niet worden uitgesloten. Dit geldt ook voor de foerageergebieden, want er is een leemte in kennis over het gebruik en de kwaliteit van de foerageergebieden.

Ad 3. Bepaling mate van effect

34. Vast staat dat verlichting negatieve effecten kan hebben op verschillende (beschermde) faunasoorten.
35. Lawaai heeft negatieve effecten op vleermuizen uit alle 3 de groepen (Sovon 2016, p. 10):
1. hard roepen op lage frequentie
 2. middelmatig hard roepende soorten met hogere frequentie
 3. zacht roepende en passief luisterende soorten.
36. Er is in het gebied in ieder geval een verblijfplaats in hangar 16 (volgens mondelinge mededeling Eelerwoude) aangetroffen die buiten de 80 dB(A)-contour ligt. Gelet op de gebreken in de onderzoeken kan, anders dan in Tauw 2016c (p. 3) wordt geconcludeerd, zeker niet met zekerheid worden gesteld dat geen effect zal optreden.
37. Het is niet uitgesloten dat de vleermuiskasten en andere verblijven nabij de geluids- en lichtbronnen een aantal dagen niet gebruikt zullen worden. In Tauw 2016b worden de datumgrenzen voor paar- en baltsactiviteit verkeerd gebruikt, aangezien deze datumgrenzen gelden voor goed onderzoek en niet de data zijn voor het daadwerkelijke begin van de paarperiode. Door de slechte weersomstandigheden loopt de kraamtijd dit jaar anders dan normaal en is deze mogelijk langer. Kraamgroepen hebben een sterke territorialiteit en staan niet toe dat dieren van een andere kolonie komen jagen. Dit heeft op zijn beurt gevolgen voor het jachtgebied en naar de vraag of in de foerageergebieden van 26 ha voldoende voedsel is, is geen onderzoek gedaan. De conclusie van Tauw dat het jachtgebied voldoende alternatief biedt voor het verstoorde jachtgebied van de gewone grootoorvleermuis, vale vleermuis en Bechsteins vleermuis, is dan ook niet zorgvuldig. Mogelijk is ook dat de paar- en baltsactiviteit al zijn begonnen en er al paarverblijven in gebruik zijn genomen. Als de vleermuizen geen functioneel balts- of paargedrag kunnen vertonen, dan is dat volgens de Zoogdiervereniging een aantasting van de functionaliteit van de verblijven.

38. Vaststaat dat het onderzoek naar jachtgebieden eveneens niet compleet is. Er heeft geen (veld)onderzoek plaatsgevonden naar de kwaliteit van jachtgebieden. Ook de grootte en kwaliteit van de foerageergebieden rondom het vliegveldterrein zijn onbekend. De conclusie is dat niet met zekerheid kan worden gesteld dat alternatief jachtgebied van afdoende kwaliteit en kwantiteit voorhanden is.

Ad 4. Toetsing aan Ffw

39. Door de geconstateerde gebreken als hiervoor vermeld constateert de Zorgdiervereniging dat er geen basis is voor de ‘aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid-’ toetsing aan de Ffw, waardoor aantasting van de verblijfsplaatsen niet met zekerheid kan worden uitgesloten.
40. Er ontbreekt bovendien inzicht in de huidige lokale staat van instandhouding. Omdat cumulatieve van (nu reeds bestaande) effecten niet is uitgesloten, is ook niet inzichtelijk wat een extra effect, hoe klein dan ook, door het evenement, tot gevolg heeft voor de lokale instandhouding. Dit is niet getoetst. Er kan ook niet met zekerheid worden uitgesloten dat er geen effect is op de compenserende maatregelen (in het kader van de generieke ontheffing 2014), zoals vleermuiskasten en vleermuisbunkers, die in de invloedssfeer van het evenemententerrein liggen. De Ffw-toetsing is dan ook niet zorgvuldig en niet compleet uitgevoerd.
41. Omdat de valse vleermuis, Bechsteins vleermuis en Brandts vleermuis zeer zeldzaam (de valse vleermuis staat zelfs te boek als verdwenen uit Nederland) zijn in Nederland, treden snel effecten op de lokale staat van instandhouding op. De Zoogdiervereniging concludeert dan ook dat, mede gelet hierop, zij van mening is dat de vergunningen niet verleend hadden mogen worden.

Eindconclusie Zoogdiervereniging

42. Voor een uitgebreide toelichting wordt naar het rapport-Zoogdiervereniging 2016 verwezen. Deze tekortkomingen in de onderzoeken van Tauw (Tauw 2016a, Tauw 2016b en Tauw 2016c), op basis waarvan het college heeft besloten de vergunning te verlenen, zijn zodanig gebrekkig dat de vergunningen niet hadden mogen worden verleend.
43. Ook na kennisneming van het rapport-Tauw 2016c blijft de eindconclusie van de Zoogdiervereniging dat het niet mogelijk is om op basis van de huidige data en beschikbare informatie een zorgvuldige effectbepaling en toetsing aan de Ffw uit te voeren ongewijzigd.

Meer onvolkomenheden

44. De stichtingen hebben een uitvoerige en officiële geluidsmeting laten uitvoeren en aan de gemeente verstrekt. Hierin is de achtergrondwaarde van de Lonnekerberg berekend. Helaas weigert de gemeente dit rapport te gebruiken, terwijl het nuttige informatie bevat voor het bepalen van de effecten. Het is een 0-meting zodat de gemeente elke nieuwe activiteit kan afzetten tegen de huidige situatie.

Productie 15: rapport Alcedo 6 november 2015 (hierna: **Alcedo 2015**).

45. Volgens het deelonderzoek geluid bij het MER van 9 juni 2016 (p. 27) over effecten op ecologie moet de gecumuleerde geluidsbelasting in de beoordeling van de ecologische effecten van de geluidsbelasting enz. worden meegenomen alsmede de maximale geluidsbelasting (L_{Amax}). In de onderzoeken van Tauw wordt een gemiddelde geluidsbelasting per etmaalwaarde gehanteerd.

Twaalfde soort (Kleine dwergvleermuis) aangetroffen

46. Deze zomer is soort nummer twaalf aangetroffen op de Lonnekerberg: de Kleine dwergvleermuis. Met deze soort wordt op geen enkele wijze rekening gehouden. EcoMilieu 2015 (p. 21) heeft deze ontdekking voorspeld. Dat doet dit rapport ook voor de Bosvleermuis, de Meervleermuis en de Mopsvleermuis. Hieraan wordt in het onderzoek geen aandacht besteed.

3-trapsraket

47. Daarenboven is dit evenement het eerste in een reeks van twaalf. Er is sprake van een 3-trapsraket: de omgevingsvergunning loopt vooruit op de inwerkingtreding van de omgevingsvergunning De Strip, die op haar beurt anticipeert op het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan "Voormalige vliegbasis Twenthe".
48. De omgevingsvergunning van 11 juli 2016 is nog niet onherroepelijk omdat t/m 26 augustus a.s. hiertegen beroep kan worden ingesteld. Volgens voorschrift 9 vervalt deze vergunning zodra het bestemmingsplan Middengebied onherroepelijk is geworden. Dan neemt het bestemmingsplan de mogelijkheid om (grote) evenementen twaalf maal per jaar te houden definitief over. Hieruit volgt dat geen sprake is van een eenmalige activiteit.

Dit volgt uit de evenementenvergunning (p. 4):

"Ook is het op grond van het ontwerp bestemmingsplan dat momenteel ter inzage ligt, het in de toekomst ook toegestaan om 12 dagen per jaar evenementen te organiseren waarbij een hoger geluidsniveau ten gehore mag worden gebracht (max. 70 dB(A) op de gevel van dichtstbijzijnde woning)".

Het volgt ook uit de omgevingsvergunning van 11 juli 2016¹², voorschrift 9:

"Dit besluit vervalt wanneer het bestemmingsplan Middengebied, dat gaat gelden voor o.a. onderhavig projectgebied, onherroepelijk is geworden".

49. In de toelichting bij het ontwerpbestemmingsplan, zoals t/m 4 augustus 2016 ter visie, staat over de Ffw dat op dit moment nog niet voor alle ruimtelijke ontwikkelingen die het bestemmingsplan mogelijk maakt kan worden geconcludeerd dat de Ffw op voorhand geen belemmering vormt voor de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan. Hierover kan pas eind 2016 een uitspraak worden gedaan, wanneer het actualiserend onderzoek is afgerond.

¹² Omgevingsvergunning van 11 juli 2016 is gelinkt aan het bestemmingsplan "Voormalige vliegbasis Twenthe" (www.ruimtelijkeplannen.nl ID-nr.: NL.IMRO.0153.BP00133-0002).

50. Hieruit volgt ook dat op dit moment niet met zekerheid kan worden geconcludeerd dat de Ffw niet zal worden overtreden. Er is voor de beoordeling van de effecten op de beschermde soorten geen sprake van een eenmalig evenement en evenmin van een tijdelijke verstoring. Het college heeft de aanvraag ten onrechte slechts op haar eigen merites beoordeeld terwijl dit de start is van de herhaaldelijke verstoring van beschermde soorten. Dit evenement is het eerste in een reeks van 12 per jaar dat de gemeente mogelijk gaat maken door middel van de omgevingsvergunning De Strip van 11 juli 2016 en vervolgens het ontwerpbestemmingsplan voor het Middengebied.

C. STRIJD MET ART. 3:11 Wabo

51. Het enkele feit dat er zoveel onderzoeksrapporten worden gemaakt om aan te tonen dat overtreding van de Ffw niet in het geding kan zijn, bewijst te meer dat het college de aanvraag aan de Staatssecretaris van Economische Zaken had moeten voorleggen. Het college houdt het bevoegd gezag angstvallig buiten de deur en stelt de Staatssecretaris niet in de gelegenheid zijn wettelijke bevoegdheid aan te wenden als bedoeld in de Ffw. Het college wringt zich in alle bochten om coûte que coûte zelf te bepalen of overtreding van de Ffw aan de orde is.
52. Dit is in strijd met art. 3.11 Wabo dat bepaalt dat het bevoegd gezag (in dit geval het college) het bestuursorgaan dat bevoegd is een verklaring te geven als bedoeld in art. 2.27 (de Staatssecretaris van Economische Zaken), **onverwijld** een exemplaar van de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken zendt. Volgens A.G.A. Nijmeijer, T&C Wabo, art. 3.10., aant. 1, beoordeelt het bevoegd gezag (het college) wanneer een aanvraag is ontvangen, of er aspecten zijn waarover een ander bestuursorgaan een verklaring moet afgeven. Als dat het geval is, zendt het de aanvraag zo spoedig mogelijk aan het bevoegde orgaan dat bevoegd is de verklaring te geven. Nu het college door de worsteling met de vraag over de beschermde soorten in relatie tot de Ffw direct heeft moeten begrijpen dat er aspecten zijn waarover een ander bestuursorgaan een verklaring moet afgeven, had hij de aanvraag met de stukken direct moeten doorzenden. Niet is voorgeschreven dat het college in extenso moet oordelen of de Ffw wordt overtreden.
53. Het is de Staatssecretaris van Economische Zaken die het college moet verzoeken om toepassing te geven aan art. 4:5 Awb, voor zover dat nodig is voor de beoordeling van de onderdelen van de aanvraag waarvoor de verklaring is vereist.
54. Gelet hierop heeft het college onbevoegd de aanvraag beoordeeld op de vraag of deze in strijd is met de Ffw. De vergunning kan reeds hierom niet in stand blijven. De evenementenvergunning deelt in dit lot omdat de burgemeester naar de omgevingsvergunning verwijst.

D. STRIJD MET FAIR PLAY-BEGINSEL

55. Naast het feit dat de vergunningen op het allerlaatste moment zijn verleend en bekendgemaakt, is het rapport-Tauw 2016b van 18 juli 2016 pas op 25 juli 2016, dus slechts 1 dag voordat het college / de burgemeester de omgevings-

/evenementenvergunning hebben verleend, bij de gemeente ingediend. Alsof dat niet een ernstige schending van het fair play-beginsel op zich is, zijn de vergunningen op 2 augustus 2016 gewijzigd en is een nieuw onderzoeksrapport van Tauw van 2 augustus 2016 (Tauw 2016c) aan de besluiten ten grondslag gelegd. Hierdoor zijn de stichtingen extra bemoeilijkt in hun rechtsbeschermingsmogelijkheden en wordt het fair play beginsel flagrant geschonden. Dit te meer in het licht van het feit dat het evenement over slechts vier dagen wordt gehouden en de voorzieningenrechter zich twee dagen voor het evenement over de verzoeken om schorsing moet buigen. De stichtingen zijn amper in de gelegenheid om de onderzoeksresultaten - laat staan het nieuwe onderzoek van 2 augustus 2016 - te (laten) onderzoeken door deskundigen. Op het moment dat de stichtingen het rapport van de Zoogdiervereniging van 2 augustus 2016 - dat in opdracht van Landschap Overijssel is opgesteld – op het punt stonden het rapport in te dienen, ontvingen zij te elfder ure nieuwe stukken en een nieuw rapport.

E. CONCLUSIE

De conclusie op basis van de feiten en thans beschikbare rapporten is, dat sprake is van een verstoring in de zin van art. 12 lid 1 Habitatrichtlijn en art. 10 en art. 11 Ffw, zodat de omgevingsvergunning niet had mogen worden verleend zonder verklaring van geen bedenkingen van de minister.

Daarnaast is de conclusie dat de omgevingsvergunning en de evenementenvergunning in strijd met art. 3:2 Awb onzorgvuldig zijn voorbereid en in strijd met art. 3:46 Awb niet deugdelijk zijn gemotiveerd, omdat niet door middel van veldonderzoek voldoende de vaste rust- en verblijfplaatsen, de vliegroutes en de kwaliteit van alternatieve foerageergebieden in kaart zijn gebracht.

Hoogachtend,

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

