

Natuurbescherming / Milieueffectrapportage

Rijksinpassingsplan
Windenergie -
Noordoostpolder

53

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2, LJN BV3215

(mr. Van Buuren, mr. Kranenburg, mr. Hoekstra)

Noot mr. J.M.I.J. Zijlmans

Noot S.M. van Velsen

Rijksinpassingsplan. Plan-MER. Alternatievenonderzoek. Significante gevolgen. Verstoring. Verdergaande maatregelen. Plan-m.e.r. Gecombineerd MER. Alternatieven. Locatiealternatieven. 'Guidance document'. Landschap.

[Wm art. 7.10 lid 1 aanhef en onder b oud; Besluit m.e.r.; SMB-Richtlijn (2001/42/EG); Richtlijn 92/43/EEG (Habitat-Richtlijn) Pb EU L 206, p. 7; Vogelrichtlijn 2009/147/EG (gecodeerde versie van richtlijn 79/409/EEG) Pb EU 2009, L 20; Ffw art. 9; Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten; NBW 1998 art. 19d e.v.; Werelderfgoedlijst UNESCO ; Nota Belvédère ; Wro]

Appellanten hebben tegen de besluiten ter uitvoering van het rijksinpassingsplan 'Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder', welke voorziet in de aanleg van vier windparken langs de Noordermeerdijk, de Westermeerdijk en de Zuidermeerdijk van de Noordoostpolder, beroep bij de Afdeling ingesteld. De betogen met betrekking tot de (plan) MER (onder andere, keuze locatie; alternatievenonderzoek; gevolgen voor het landschap rondom Urk), de Ffw (risico op aanvaring; overtreding verstoringsverbod; barrièrewerking) en de Nbw 1998 (mogelijke significante gevolgen voor de in het IJsselmeergebied aanwezige natuurwaarden, waaronder vogel- en vleermuisensoorten) slagen niet. Het betoog dat het rijksinpassingsplan ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening strekt slaagt wel, maar de Afdeling ziet aanleiding om de rechtsgevolgen van betrokken delen van het besluit in stand te laten. Ook de verleende bouwvergunningen komen voor vernietiging in

aanmerking, maar de Afdeling ziet ook hier aanleiding om de rechtsgevolgen van die besluiten in stand te laten.

Uitspraak in het geding tussen:¹
appellanten,
en
verweerders.

1. Procesverloop

In december 2010 hebben de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu met toepassing van artikel 3.28 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) het rijksinpassingsplan "Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder" vastgesteld en besloten geen exploitatieplan vast te stellen.

Verweerders hebben ter uitvoering van de in het rijksinpassingsplan voorziene windparken op grond van artikel 3.35, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro in totaal 33 uitvoeringsbesluiten genomen, die zijn vermeld in de openbare kennisgeving zoals gepubliceerd in de Staatscourant (2011, 227).

Tegen deze besluiten hebben [appellant sub 1], het college van Lemsterland, SWIJR, [appellant sub 4], [appellant sub 5], Gaasterlân, [appellant sub 7], [appellant sub 8], Erfgoed Urk, Heemschut, [appellant sub 11], [appellant sub 12], SRH, [appellant sub 14], [appellant sub 15], NKPW, [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 19], [appellant sub 20], [appellant sub 21], [appellante sub 22], SVBIJ en [appellant sub 24] tijdig beroep ingesteld. Sommigen hebben de gronden van hun beroep schriftelijk aangevuld. De ministers, het college van Flevoland, het college van Noordoostpolder en het waterschap hebben een verweerschrift ingediend.

De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening heeft desverzocht een deskundigenbericht uitgebracht.

[appellant sub 4], [appellant sub 7], [appellant sub 8], Erfgoed Urk, SRH, Heemschut, [appellant sub 11], [appellant sub 12], [appellant sub 15], NKPW, [appellant sub 17], [appellant sub 19],

[appellante sub 22], [appellant sub 24], het college van Flevoland, het college van Noordoostpolder, het waterschap, De Koepel en de ministers hebben hun zienswijze daarop naar voren gebracht.

SRH, NKPW, [appellant sub 11], [appellant sub 15], [appellant sub 20], Erfgoed Urk, SVBIJ, [appellant sub 7] en het waterschap hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 10 en 11 oktober 2011, waar een aantal partijen ter zitting is verschenen of zich heeft doen vertegenwoordigen. Ook de ministers en de andere verweerders hebben zich doen vertegenwoordigen.

2. Overwegingen

Planbeschrijving

2.1. Het rijksinpassingsplan voorziet in de aanleg van vier windparken langs de Noordermeerdijk, de Westermeerdijk en de Zuidermeerdijk van de Noordoostpolder. De initiatiefnemers van deze windparken zijn Windmolenproject Westermeerdijk binnendijks V.O.F., Essent Wind Nederland B.V. (thans: RWE Energy Windpower Netherlands B.V.), Westermeerwind B.V. en Windpark Creil B.V. (hierna gezamenlijk aangeduid als: De Koepel). Langs de drie genoemde dijken van de Noordoostpolder zullen in totaal 86 windturbines worden gebouwd, met een capaciteit van ongeveer 450 Megawatt (hierna: MW). De 50 bestaande windturbines langs de Westermeerdijk en 5 bestaande windturbines nabij de Zuidermeerdijk zullen worden afgebroken. De nieuwe windturbines variëren in hoogte van minimaal 90 meter tot maximaal 135 meter - exclusief de rotorbladen - met een onderlinge afstand van 300 tot 650 meter.

Flora- en faunawet

Wettelijk kader

2.31. Ingevolge artikel 5, aanhef en onder a, van de richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (Pb EU L20) (hierna: de Vogelrichtlijn) nemen de lidstaten onverminderd artikel 9 de nodige maatregelen voor de invoering van een algemene regeling voor de bescherming van alle in artikel 1 bedoelde vogelsoorten. Deze maatregelen omvatten onder andere het verbod om, ongeacht de gebruikte methode, opzettelijk de in artikel 1 bedoelde vogels te doden.

1 In «JM» is niet de volledige tekst van de uitspraak, die vrij omvangrijk is, opgenomen. Voor de weggelaten passages wordt verwezen naar de uitspraak zoals die op www.rechtspraak.nl is te vinden onder LJN BV3215.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, aanhef en onder a, mogen de lidstaten, indien er geen andere bevredigende oplossing bestaat, om onderstaande redenen afwijken van artikel 5:

- in het belang van de volksgezondheid en openbare veiligheid;

- in het belang van de veiligheid van het luchtverkeer;

- ter voorkoming van belangrijke schade aan gewassen, vee, bossen, visserij en wateren;

- ter bescherming van flora en fauna.

Ingevolge artikel 14 kunnen de lidstaten beschermingsmaatregelen treffen die strenger zijn dan in de richtlijn wordt voorgeschreven.

2.31.1. Ingevolge artikel 9 van de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

Ingevolge artikel 75, eerste lid, kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, voorzover niet bij of krachtens enig ander artikel van deze wet vrijstelling is of kan worden verleend, vrijstelling worden verleend van de bij of krachtens de artikelen 8 tot en met 18 bepaalde verboden.

Ingevolge het vijfde artikellid worden vrijstellingen en ontheffingen tenzij uitvoering van internationale verplichtingen of bindende besluiten van organen van de Europese Unie of andere volkenrechtelijke organisaties noodzaakt tot het verlenen van vrijstelling of ontheffing om andere redenen, slechts verleend indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort.

Ingevolge het zesde artikellid, aanhef en onder c, wordt, onverminderd het vijfde lid, voor soorten genoemd in bijlage IV van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG L 206; hierna: de Habitatrichtlijn), voor soorten vogels als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, en voor bij algemene maatregel van bestuur aangewezen beschermde inheemse dier- of plantensoorten vrijstelling of ontheffing slechts verleend wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat met het oog op andere, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, belangen.

2.31.2. Ingevolge artikel 2, derde lid, aanhef en onder d en e, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (hierna: het Vrijstel-

lingsbesluit) zijn als andere belangen als bedoeld in artikel 75, vijfde lid (lees: zesde lid), onderdeel c, van de Ffw de volksgezondheid, de openbare veiligheid en dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten aangewezen.

Ingevolge artikel 2c, eerste lid, aanhef en onder a, voor zover thans van belang, kan met betrekking tot de diersoorten genoemd in bijlage IV van de Habitatrichtlijn, van de artikelen 9 tot en met 12 van de wet slechts ontheffing worden verleend ten behoeve van de belangen, genoemd in het derde lid van artikel 2, onderdelen a, b, c, d, e of f.

Zeearend

2.32. Een aantal appellanten voert aan dat in het MER ten onrechte geen beoordeling is gemaakt van de mogelijke kans dat zeearenden in aanvaring komen met een van de windturbines van het windturbinepark langs de Noordoostpolder. Hiertoe voeren zij aan dat zeearenden zowel in de Oostvaardersplassen als het Lauwersmeergebied voorkomen en dat het volgens hen in de rede ligt dat zeearenden zich verplaatsen tussen deze twee natuurgebieden. Hierbij zullen zij logischerwijs een route kiezen die langs het windturbinepark loopt. Daarbij is volgens hen van belang dat zeearenden tot de meest kwetsbare soorten behoren wat betreft aanvaringen met windturbines, omdat deze roofvogels evolutionair niet zijn ingesteld op het zien en vermijden van de rotorbladen van de windturbines. Zij betogen dan ook dat gezien de risico's voor zeearenden ten onrechte voor deze vogelsoort geen ontheffing van de Ffw is aangevraagd.

2.32.1. De ministers stellen zich op het standpunt dat de zeearenden die nestelen in de Oostvaardersplassen vrijwel hun gehele leven doorbrengen in dat natuurgebied. De kans dat een zeearend uit de Oostvaardersplassen ver van het eigen leefgebied in aanraking komt met een windturbine bij de Noordoostpolder is verwaarloosbaar klein, aldus de ministers.

2.32.2. In paragraaf 9.5. van het MER zijn de eventuele effecten op de kwalificerende vogelsoorten beoordeeld waarvoor het Natura 2000-gebied "IJsselmeer" is aangewezen, waarbij ook is gelet op vogelsoorten in andere nabijgelegen Natura 2000-gebieden. Daarbij zijn eventuele effecten op de zeearend - in de vorm van aanvaringskansen

- niet beoordeeld, omdat het IJsselmeer en andere nabijgelegen Natura 2000-gebieden niet zijn aangewezen voor deze roofvogelsoort.

De Afdeling ziet - anders dan wordt betoogd - geen aanleiding voor het oordeel dat ten onrechte in het MER een beoordeling van de mogelijke effecten op de zeearend achterwege is gelaten. Hierbij is van belang dat niet is weersproken dat voor het huidige broedpaar in de Oostvaardersplassen voldoende voedsel in dat natuurgebied en de nabije omgeving daarvan aanwezig is. Gezien dat feit alsmede gelet op de afstand tussen de Oostvaardersplassen en het windturbinepark van hemelsbreed meer dan 20 kilometer, is niet aannemelijk gemaakt dat dit broedpaar meer dan uiterst incidenteel in de omgeving van het windturbinepark aanwezig zal zijn. Voor de stelling dat regelmatig uitwisseling van zeearenden tussen het Lauwersmeergebied en de Oostvaardersplassen plaatsvindt, is geen onderbouwing gegeven. Dat trekbewegingen van zeearenden tussen beide natuurgebieden met enige regelmaat zouden plaatsvinden is - mede gezien het deskundigenbericht op dit punt - evenmin aannemelijk gemaakt. Gezien het voorgaande hebben de ministers zich terecht op het standpunt gesteld dat in het MER een risico-inschatting van de kans op een aanvaring van een zeearend met een windturbine van het windturbinepark achterwege kon worden gelaten, nu de kans hierop gezien de hierboven geschetste omstandigheden verwaarloosbaar klein is. Gelet op de uitzonderlijk kleine sterftেকans voor de zeearenden in de Oostvaardersplassen die dit plan met zich brengt, behoefde geen ontheffing ingevolge artikel 75 van de Ffw te worden aangevraagd voor die zeearenden.

Vleermuizen en overige vogelsoorten

2.33. Een aantal appellanten betoogt dat in het MER voor een drietal vleermuissoorten - de gewone dwergvleermuis, de ruige dwergvleermuis en de tweekleurige vleermuis - wordt geconstateerd dat aanzienlijke aantallen aanvaringsslachtoffers zullen vallen door windturbines. Ook ten aanzien van vogels is in het MER vermeld dat minstens 3.500 vogels zullen worden gedood na een aanvaring met een van de windturbines van het windturbinepark. Volgens hen is dan ook ten onrechte geen ontheffing ingevolge artikel 75 van de Ffw aangevraagd voor zowel de vleermuizen als de vogels. Daarbij betwijfelen zij of, gelet op de Vogelrichtlijn, een Ffw-ontheffing zal kunnen

worden verleend voor de beschermde vogelsoorten die als gevolg van dit plan aanvaringsslachtoffers zullen worden.

2.33.1. De ministers stellen zich op het standpunt dat de minister van LNV (thans: de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie) in de brief van 2 februari 2010, kenmerk DRZW/2010-859, op basis van de uitgevoerde onderzoeken heeft meegedeeld dat geen overtreding van de verbodsbepalingen van de Ffw is te verwachten en dat derhalve geen Ffw-ontheffing benodigd is voor dit plan. In dit kader is volgens de ministers ook van belang dat De Koepel ten aanzien van vleermuizen een monitoringsvoorstel heeft opgesteld in overleg met de Dienst Regelingen en de Directie Regionale Zaken van het (voormalige) Ministerie van LNV. Minimaal drie maanden voordat het windturbinepark in gebruik wordt genomen zal De Koepel in overleg met het ministerie dit monitoringsvoorstel uitwerken. Ook heeft De Koepel aangegeven bereid te zijn mitigerende maatregelen te treffen, mocht dit nodig zijn.

2.33.2. In het MER en de passende beoordeling is vermeld dat het voorliggende plan tot de dood van aanzienlijke aantallen beschermde vleermuis- en vogelsoorten zal leiden. Het in artikel 9 van de Ffw opgenomen verbod is niet beperkt tot het opzettelijk doden van beschermde inheemse diersoorten. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling blijkt dat de wetgever bewust het opzetvereiste achterwege heeft gelaten in deze verbodsbepaling (Kamerstukken II, 1995/96, 23 147, nr. 7, p. 45). Nu voor het overtreden van de verbodsbepaling van artikel 9 van de Ffw niet van belang is of sprake is van opzettelijk doden van beschermde inheemse diersoorten, stellen de ministers zich ten onrechte op het standpunt dat het rijksinpassingsplan niet leidt tot een overtreding van artikel 9 van de Ffw ten aanzien van de diverse beschermde inheemse vogelsoorten, de gewone dwergvleermuis, de ruige dwergvleermuis en de tweekleurige vleermuis. Dat een monitoringsplan is opgesteld ten behoeve van de vleermuissoorten maakt dat niet anders.

2.33.3. Nu een ontheffing ingevolge artikel 75 van de Ffw is vereist, ziet de Afdeling zich vervolgens voor de vraag gesteld of de ministers op voorhand in redelijkheid hadden moeten inzien dat de Ffw aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

2.33.4. De gewone dwergvleermuis, de tweekleurige vleermuis en de ruige dwergvleermuis zijn vermeld in bijlage IV van de Habitatrichtlijn. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 21 januari 2009 in zaak nr. 200802863/1

2.33.5. Ten aanzien van de diverse beschermde inheemse vogelsoorten en het betoog van appellanten dat daarvoor een Ffw-ontheffing niet mogelijk is gelet op de Vogelrichtlijn, overweegt de Afdeling als volgt.

Omdat de verbodsbepaling van artikel 9 van de Ffw niet is beperkt tot opzettelijke handelingen, heeft deze verbodsbepaling een ruimere werkingssfeer dan de verbodsbepaling van artikel 5 van de Vogelrichtlijn, die wel is beperkt tot opzettelijke handelingen. Artikel 14 van de Vogelrichtlijn biedt de lidstaten daartoe de mogelijkheid. Voorts vloeien uit de Vogelrichtlijn geen beperkingen voort ten aanzien van de mogelijkheden om vrijstelling of ontheffing te verlenen van artikel 9 van de Ffw, voor zover die verbodsbepaling een ruimere werkingssfeer heeft dan artikel 5 van de Vogelrichtlijn. Naar het oordeel van de Afdeling behoeven de ministers in zoverre niet op voorhand in te zien dat geen ontheffing ingevolge artikel 75 van de Ffw kan worden verleend.

Wat betreft het betoog van appellanten dat voor het verlenen van een Ffw-ontheffing de redenen genoemd in artikel 9, eerste lid, van de Vogelrichtlijn in dit geval geen grondslag bieden om af te wijken van artikel 5 van de Vogelrichtlijn en het verlenen van ontheffing derhalve met die richtlijn in strijd zou zijn, is de Afdeling van oordeel dat de ministers belang hebben kunnen hechten aan het ter zitting aangehaalde "Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC" van de Europese Commissie van februari 2007 (zie http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/directives_en.htm), in het bijzonder hetgeen op bladzijde 49 van dit 'guidance document' is vermeld omtrent het bij toeval doden van dieren in relatie tot de aanvaringsslachtoffers van windturbines. In dit kader heeft de Afdeling acht geslagen op de waarde die blijkens het arrest van 17 juni 2007, C-342/05, Commissie tegen Finland (wolvenjacht), punt 29 (www.curia.europa.eu) door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) aan dit 'guidance document' wordt gehecht.

Hetgeen appellanten hebben aangevoerd geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de ministers op voorhand in redelijkheid hadden moeten inzien dat de Ffw, mede gelet op de artikelen 5 en 9 van de Vogelrichtlijn, aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat. De vraag op welke grondslag de Ffw-ontheffing dient te worden verleend en welk belang daartoe het meest aangewezen is staat echter niet ter beoordeling in onderhavige procedure gezien het overwogene onder 2.33.3, maar dient in een procedure op grond van artikel 75 van de Ffw ten principale aan de orde te worden gesteld.

Natuurbeschermingswet 1998

Bestreden besluit

2.34. Het college van Flevoland heeft aan De Koepel een vergunning krachtens artikel 19d van de Nbw 1998 verleend voor de aanleg en exploitatie van de vier windparken langs de Noordermeerdijk, Westermeedijk en Zuidermeerdijk van de Noordoostpolder. Die windparken liggen binnen de begrenzing dan wel in de buurt van het Natura 2000-gebied "IJsselmeer".

Wettelijk kader

2.35. Het gebied "IJsselmeer" is bij besluit van 23 december 2009, kenmerk PDN/2009-072 aangewezen als speciale beschermingszone in de zin van de Habitatrichtlijn. Tevens is daarbij het besluit van 24 maart 2000, kenmerk N/2000/333, tot aanwijzing van het gebied IJsselmeer als speciale beschermingszone in de zin van artikel 4, eerste en tweede lid, van richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (Pb EG L 103) zoals vervangen door de Vogelrichtlijn, gewijzigd.

2.35.1. Ingevolge artikel 1, onder n, van de Nbw 1998 wordt onder Natura 2000-gebied verstaan: 1°. gebied dat is aangewezen op grond van artikel 10a, eerste lid,

2°. (...)

3°. gebied dat voorkomt op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in artikel 4, tweede lid, van de Habitatrichtlijn.

2.35.2. Ingevolge artikel 19d, eerste lid, voor zover hier van belang, is het verboden zonder vergunning van het college van gedeputeerde staten projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstelling, met uitzondering van de doelstellingen, bedoeld in artikel 10a, derde lid, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de

habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige projecten of andere handelingen zijn in ieder geval projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

2.35.3. Ingevolge artikel 19e, aanhef en onder a, voor zover hier van belang, houden gedeputeerde staten bij het verlenen van een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, rekening met de gevolgen die een project of andere handeling, waarop de vergunningaanvraag betrekking heeft, gelet op de instandhoudingsdoelstelling, kan hebben voor een Natura 2000-gebied.

2.35.4. Ingevolge artikel 19f, eerste lid, voor zover hier van belang, maakt de initiatiefnemer voor projecten waarover gedeputeerde staten een besluit op een aanvraag voor een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, nemen, en die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of handelingen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied.

Ingevolge het tweede artikellid kan een passende beoordeling ten behoeve van een vergunningaanvraag als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, onderdeel uitmaken van een voor dat project voorgescreven milieueffectrapportage.

2.35.5. Ingevolge artikel 19g, eerste lid, kan, indien een passende beoordeling is voorgeschreven op grond van het eerste lid van artikel 19f, een vergunning als bedoeld in het eerste lid van artikel 19d slechts worden verleend indien gedeputeerde staten zich op grond van de passende beoordeling ervan hebben verzekerd dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.

Verricht onderzoek

2.36. Aan het MER is een aantal ecologische onderzoeken ten grondslag gelegd die tezamen de zogenoemde 'voortoets' als bedoeld in artikel 19d van de Nbw 1998 vormen. Het betreft onder andere het rapport 'Effecten van vijf windparken op vogels langs de dijken van de Noordoostpolder. Effectbeoordeling ten behoeve van het MER Windparken Noordoostpolder' van 7 september 2009, opgesteld door Bureau Waardenburg

(hierna: het Vogelrapport) en het rapport 'Vleermuizen en windturbines in de Noordoostpolder' van 22 december 2008, opgesteld door Altenburg & Wymenga ecologisch onderzoek B.V. en Zoogdierverseniging VZZ (hierna: het Vleermuizenrapport). Omdat uit de voortoets bleek dat significante gevolgen niet waren uitgesloten, is een passende beoordeling opgesteld die in het MER is verwerkt. Aangezien het vastgestelde plan ten opzichte van het ontwerpplan op een aantal punten is aangepast zijn de effecten hiervan bezien in het rapport 'Passende beoordeling Windpark Noordoostpolder' van 3 maart 2010, opgesteld door Pondera Consult en Bureau Waardenburg (hierna: de Passende beoordeling).

Bufferzone

2.37. Een aantal appellanten betoogt dat ten onrechte geen bufferzone van 1200 meter is aangehouden tussen het windturbinepark en het Natura 2000-gebied "IJsselmeer". Volgens hen hanteren Birdlife International en de Vogelbescherming als maatstaf voor afstanden tussen windturbines en vogelgebieden 10 maal de hoogte van de windturbine, met een minimumafstand van 1200 meter.

2.37.1. Aan de door Birdlife International en de Vogelbescherming gehanteerde maatstaf inzake het aanhouden van een bepaalde afstand tussen windturbines en Vogelrichtlijngebieden kan niet het belang worden gehecht dat appellanten daaraan gehecht willen zien. Uit de Vogel- en Habitatrichtlijn vloeit niet voort dat projecten - zoals de aanleg van een windturbinepark - in geen geval in of in de nabijheid van een Natura 2000-gebied kunnen worden uitgevoerd. Er bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat een vooraf bepaalde vaste afstand tussen windturbines en Natura 2000-gebieden dient te worden aangehouden, nu niet in algemene zin op voorhand kan worden vastgesteld of een project vanaf een bepaalde afstand wel of geen verslechterende of significant versturende effecten kan hebben. Aan het enkele feit dat het windturbinepark in de Noordoostpolder binnen een afstand van 1200 meter van het Natura 2000-gebied "IJsselmeer" is gelegen, komt dan ook geen doorslaggevende betekenis toe.

Verstoringsafstanden

2.38. [appellant sub 20] betoogt dat in de Passende beoordeling ten onrechte de verstoringsafstanden zijn gebruikt als vaste waarde, omdat volgens het rapport 'Verstoringsgevoeligheid van vogels' uit 2009, dat is opgesteld door Bureau Waardenburg,

deze verstoringsafstanden slechts een indicatieve waarde hebben. Het onderzoek naar de verstoring van vogels door dit plan is onvoldoende zorgvuldig gebeurd volgens [appellant sub 20].

2.38.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat het door [appellant sub 20] aangehaalde rapport van Bureau Waardenburg bekend is, maar dat dit geen reden geeft om de Passende beoordeling als onvoldoende accuraat te beschouwen. De verstoringsafstanden die voor de beoordeling van de effecten van het windturbinepark gebruikt zijn, zijn volgens het college van Flevoland gebaseerd op een groot aantal specifiek hiervoor uitgevoerde wetenschappelijke studies naar de invloed van windturbines op vogels, zowel nationaal als internationaal en onder veel verschillende omstandigheden. Aangezien uit deze studies vergelijkbare conclusies komen, bijvoorbeeld welke vogelgroepen in welke mate verstoringsgevoelig zijn, kunnen generieke uitspraken worden gedaan over de afstand waarop vogels worden verstoord. Hierbij is het maximum effect scenario gehanteerd om nuances en onderlinge verschillen te minimaliseren. Het onderzoek naar de verstoring van vogels ten gevolge van het plan is dan ook zorgvuldig uitgevoerd, aldus het college van Flevoland.

2.38.2. De Afdeling merkt op dat het rapport 'Verstoringsgevoeligheid van vogels' van 23 december 2008, opgesteld door Bureau Waardenburg, waarnaar [appellant sub 20] verwijst, uitsluitend ziet op verstoring van vogels ten gevolge van recreatieactiviteiten en dit rapport geen inzichten bevat over de verstoring van vogels ten gevolge van windturbines.

In het Vogelonderzoek is vermeld dat bij het berekenen van het verstoringseffect van het windturbinepark voor de verschillende vogelsoorten een soortspecifieke verstoringzone is bepaald rondom de windturbines, waarvan de uitkomsten zijn opgenomen in figuur 2.2 van het Vogelonderzoek. Daaruit blijkt dat de berekende verstoringsafstanden variëren van 50 meter tot 400 meter, naargelang de vogelsoort. Aan de hand van deze verstoringsafstanden is berekend dat het aantal verstoorde vogels nabij het windturbinepark op jaarbasis voor zes kwalificerende vogelsoorten enkele honderden vogels kan bedragen. Het betreft hier de toendrarietgans, de kolgans, de brandgans, de wilde eend, de kuifeend en de topper. Op basis van een deskundigenoordeel, dat in paragraaf 6.3 van het Vogelrapport nader is toegelicht, zal het

beoogde windturbinepark naar verwachting veel minder vogels verstoren en zal dit beperkt zijn tot enkele tientallen verstoorde exemplaren per vogelsoort.

De Afdeling begrijpt de gehanteerde verstoringsafstanden aldus dat daarmee een inschatting is gemaakt van een 'worst case'-scenario ten aanzien van de aantallen vogels die zullen worden verstoord door de windturbines. [appellant sub 20] heeft niet aannemelijk gemaakt dat de gebruikte verstoringsafstanden in het Vogelrapport leiden tot een onderschatting van het aantal verstoorde vogels. Gezien het voorgaande geeft hetgeen [appellant sub 20] heeft aangevoerd geen aanleiding voor het oordeel dat het college van Flevoland zich niet op het Vogelrapport en de Passende beoordeling heeft mogen baseren.

Aanvaringslachtoffers onder vogels

2.39. Een aantal appellanten voert aan dat het aantal vogels dat in aanvaring met een windturbine van het windturbinepark zal komen onderschat is. Hiertoe wordt aangevoerd dat de meeste vliegbewegingen in de vroege ochtend en avond plaatsvinden wanneer het zicht niet optimaal en de kans op aanvaringen relatief groot is. Voorts wordt aangevoerd dat de berekeningen van de aantallen aanvaringslachtoffers ten onrechte zijn gebaseerd op onderzoek bij een windpark bij Oosterbierum, omdat de feitelijke situatie bij dat windpark anders is dan bij dit windturbinepark en niet inzichtelijk is gemaakt hoe daarvoor een correctie is toegepast. Tevens is volgens hen onvoldoende onderkend dat de Noordermeerdijk, Westerbeemdijk en de Zuidermeerdijk, mede als gevolg van het effect van 'stuwing', een belangrijke trekroute vormen voor vogels. Verder is ten onrechte geen aandacht besteed in het MER aan de gevolgen voor vogelsoorten met een lage reproductie zoals roofvogels en zwanen, omdat volgens appellanten dergelijke vogelsoorten extra gevoelig zijn voor onnatuurlijke sterfte als gevolg van windturbines.

2.39.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat in het MER de effecten van het plan in beeld zijn gebracht op vogels waaronder ganzen, waarbij is uitgegaan van daadwerkelijk getelde vogels op verschillende locaties. In het MER is ook rekening gehouden met het moment van de dag waarop vliegbewegingen van ganzen en kleine zwanen plaatsvinden. In het Vogelrapport dat ten grondslag is gelegd aan het MER zijn deze aannames opgenomen en onderbouwd. Hieruit blijkt

onder meer dat een aanname is gedaan ten aanzien van het percentage ganzen dat 's nachts vliegt. Dit is gebaseerd op tellingen van deze soorten in en nabij het plangebied, waarnemingen van vliegbewegingen van ganzen en zwanen bij bestaande andere windparken - onder andere Wieringermeer, Tholen en Almere - en wetenschappelijke publicaties.

Voorts stelt het college van Flevoland zich op het standpunt dat in de Passende beoordeling is weergegeven hoeveel aanvaringsslachtoffers onder kwalificerende vogelsoorten worden verwacht en dat die getallen zijn gebaseerd op het Vogelrapport. Volgens het college van Flevoland is niet alleen informatie van het windpark bij Oosterbierum gebruikt, maar ook informatie van andere slachtofferonderzoeken bij andere bestaande windparken. Wat betreft de effecten van grote windturbines op trekvogels blijkt volgens het college van Flevoland uit onderzoek dat aanvaringsrisico's voor trekvogels zeer laag zijn. Naast het windpark bij Oosterbierum en de Westermereerdijk is ook gekeken naar de situatie langs de Jaap Rodenburgdijk en de Eemmeerdiijk. Noch uit onderzoek bij deze windparken noch uit de praktijk blijkt dat hier grote aantallen vogelslachtoffers vallen. Ten aanzien van de invloed op trekvogels is in het Vogelrapport vermeld dat sprake is van breedfronttrek waarbij vogels in lage dichtheden trekken, veelal op aanzienlijke hoogte. Overdag zal daarbij volgens het college van Flevoland sprake zijn van enige stuwing langs de IJsselmeerdijken, maar in het donker trekkende vogels vliegen hoger - veelal boven de rotorhoogte - en laten zich veel minder leiden door de topografie van het landschap. Er is volgens het college van Flevoland dan ook geen aanleiding te veronderstellen dat het aantal aanvaringsslachtoffers onder trekvogels onderschat is.

Daarnaast stelt het college van Flevoland zich op het standpunt dat ganzen, de kleine zwaan, de lepelaar en de bruine kiekendief behoren tot de vogelsoorten die een lage reproductie hebben en waarvoor het IJsselmeer is aangewezen als Natura 2000-gebied. Voor lepelaar en bruine kiekendief is in de Passende beoordeling beschreven dat deze niet of nauwelijks in of bij het plangebied voorkomen. Voor kleine zwaan en ganzen geldt dat deze zeer kleine aanvaringsrisico's kennen en dat de effecten daarvan zijn gezien in de Passende

beoordeling. Volgens het college van Flevoland zijn de risico's op populatieniveau voor soorten met een lage reproductie derhalve nihil.

2.39.2. Anders dan wordt betoogd, is in het Vogelrapport en de Passende beoordeling wel rekening gehouden met de effecten die het plan heeft op onder andere trekvogels en vogelsoorten met een lage reproductie. Zo wordt in paragraaf 5.2.3 en paragraaf 6.2.1 van het Vogelrapport het passeren van trekvogels in het voorjaar en najaar en het daarbij optredende effect van 'stuwing' beschreven. In tabel 4.5 in paragraaf 4.8 van de Passende beoordeling is vermeld dat soorten met een lage reproductie zoals de lepelaar en de bruine kiekendief hooguit sporadisch voorkomen in het plangebied.

Voor zover wordt aangevoerd dat onvoldoende rekening is gehouden met het feit dat de meeste vogels in de vroege ochtend en avond door gebrek aan zicht in aanvaring zullen komen met een van de windturbines, wijst de Afdeling erop dat daarmee wel rekening is gehouden. In paragraaf 2.2.1 van het Vogelrapport is vermeld dat in eerdere studies over vogelhinder door windturbines in Nederland is vastgesteld dat vogels zelden overdag tegen windturbines vliegen en dat de beoordeling van de effecten van het windturbinepark zich daarom richt op vogels die in het donker in of nabij het plangebied in grotere aantallen rondvliegen. Het betreft hier de soortgroepen zwanen, ganzen en eenden die in het donker tussen foerageer- en rust/slaapplaats heen en weer vliegen en dan mogelijk het windturbinepark zullen doorkruisen.

Wat betreft de gestelde onjuiste vergelijking met het windpark bij Oosterbierum overweegt de Afdeling dat uit paragraaf 2.2.1 en bijlage 1 van het Vogelrapport blijkt dat de berekeningen van de aanvaringskansen met een windturbine van het windturbinepark langs de Noordoostpolder niet uitsluitend zijn gebaseerd op onderzoek bij het windpark bij Oosterbierum, maar op in totaal 11 onderzoeken bij windparken in Nederland en België in de periode tussen 1987 en 2004. Anders dan wordt betoogd, is in bijlage 2 van het Vogelrapport inzichtelijk gemaakt op welke punten de aanvaringskansen voor dit plan zijn gecorrigeerd ten opzichte van de aanvaringskansen bij Oosterbierum. Er heeft onder andere een correctie plaatsgevonden voor de turbinegrootte en het aanbod van gestuwde seizoenstrek door vogels. De systematiek die is gebruikt voor de correctie

van het aanvaringsrisico is ook verifieerbaar, omdat deze is toegelicht en de gebruikte bronnen zijn vermeld.

2.39.3. Gezien het voorgaande ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de berekeningsmethode van het aanvaringsrisico op onjuiste uitgangspunten zou zijn gebaseerd en derhalve de aanvaringskansen van vogels zijn onderschat in het Vogelrapport en de Passende beoordeling.

Aanvaringslachtoffers onder vleermuizen

2.40. Een aantal appellanten betoogt dat in het Vleermuizenrapport ten onrechte wordt geconcludeerd dat het plan geen significant negatieve effecten heeft op de ter plaatse aanwezig vleermuissoorten. Hiertoe voeren zij aan dat ten onrechte uitsluitend naar de instandhoudingsdoelstelling voor de meervleermuis is gekeken, terwijl in het plangebied onder andere de gewone dwergvleermuis, de ruige dwergvleermuis en de tweekleurige vleermuis ook voorkomen. Verder wordt betoogd dat het onderzoek in het Vleermuizenrapport naar de meervleermuis te beperkt is geweest en is verricht in de verkeerde periode van het jaar en daarmee een onvolledig beeld geeft van de effecten op deze soort.

2.40.1. In het kader van de Nbw-vergunning is uitsluitend een beoordeling nodig van de effecten op soorten - in dit geval vleermuizen - waarvoor een instandhoudingsdoelstelling is geformuleerd in de desbetreffende aanwijzingsbesluiten. Voor het Natura 2000-gebied "IJsselmeer" is uitsluitend een instandhoudingsdoelstelling voor de meervleermuis (H1318) opgenomen en in het aanwijzingsbesluit voor het nabijgelegen Natura 2000-gebied "Ketelmeer & Vossemeer" is geen instandhoudingsdoelstelling voor een vleermuissoort opgenomen. Gelet op het voorgaande kunnen de bezwaren ten aanzien van vleermuissoorten anders dan de meervleermuis in het kader van de Nbw-vergunning niet aan de orde worden gesteld. Voor zover wordt betoogd dat in het Vleermuizenrapport ten onrechte wordt gesteld dat in het plangebied geen verblijfplaatsen - bomen en huizen - voorkomen, omdat op 300 meter van het windturbinepark boerderijen staan waar vleermuizen verblijven, stelt de Afdeling vast dat die boerderijen niet binnen de begrenzing van het plangebied liggen, zodat het Vleermuizenrapport in zoverre feitelijk juist is.

Ten aanzien van de meervleermuis is de stelling van het Vleermuisrapport niet weersproken dat deze soort altijd laag over het water foerageert en

trekt, te weten tot een hoogte van 5 meter en daarmee buiten het bereik van de rotorbladen van de windturbines blijft. Dat ten gevolge van het zogenoemde 'barotrauma'-effect meervleermuizen zullen overlijden, is niet aannemelijk gemaakt. Hierbij is van belang dat blijkens de stukken de rotorbladen van de windturbines niet lager dan ongeveer 40 meter boven de grond dan wel het wateroppervlak zullen reiken, waardoor de afstand tussen de rotorbladen en de vlieghoogte van meervleermuizen minstens 35 meter zal bedragen. Hoewel volgens het deskundigenbericht verwacht mag worden dat de drukverschillen die leiden tot het barotrauma-effect verder strekken dan de omvang van de rotorbladen, blijkt naar het oordeel van de Afdeling uit het weinige onderzoek naar dit recent ontdekte fenomeen niet dat op een afstand van minstens 35 meter van de rotorbladen nog rekening moet worden gehouden met een dodelijk barotrauma-effect bij meervleermuizen. Gelet op het voorgaande bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat in het Vleermuisrapport ten onrechte de conclusie is getrokken dat het plan niet leidt tot slachtoffers onder meervleermuizen en derhalve geen sprake is van significante gevolgen voor de meervleermuis.

Toepassing 1%-criterium

2.41. [appellant sub 20] voert aan dat ten onrechte wordt geconcludeerd dat bij het gebruik van het zogenoemde 1%-criterium significante gevolgen vanwege dit plan kunnen worden uitgesloten. Hiertoe voert hij aan dat dit criterium is ontwikkeld in het kader van de Vogelrichtlijn en niet duidelijk is of het 1%-criterium ook mag worden toegepast op soorten die worden beschermd door de Habitatrichtlijn. Bovendien is het volgens [appellant sub 20] niet uitgesloten dat het aantal aanvaringsslachtoffers meer dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte zal bedragen, hetgeen volgens jurisprudentie van het Hof wel is vereist. Bovendien houdt het 1%-criterium ten onrechte geen rekening met de staat van instandhouding van een soort en zijn significante gevolgen niet uitgesloten als een soort reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeert. In dit kader betoogt een aantal andere appellanten dat daarom het 1%-criterium niet kan worden toegepast op de topper, omdat die vogelsoort in een ongunstige staat van instandhouding verkeert op landelijk niveau.

2.41.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat bij de Passende beoordeling is uitgegaan van het door het ORNIS-comité geformu-

leerde 1%-criterium. Dit criterium houdt in dat indien het effect van het plan leidt tot minder dan 1% van de jaarlijkse natuurlijke sterfte van de soort, er geen aantoonbaar effect is op de populatieomvang van de soort en geen sprake is van significante negatieve effecten. Het criterium van minder dan 1% van de natuurlijke sterfte wordt gangbaar toegepast in Nederland, aldus het college van Flevoland.

2.41.2. Bij zijn arrest van 9 december 2004, in zaak C-79/03, punten 36 en 41, (www.curia.europa.eu), heeft het Hof geoordeeld dat het door het ORNIS-comité geformuleerde criterium, inhoudende dat iedere tol van minder dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van de betrokken populatie (gemiddelde waarden) voor de soorten die niet mogen worden gejaagd, en van 1% van de te bejagen soorten, als maatstaf kan worden gebruikt om te beoordelen of de door de lidstaat krachtens artikel 9, eerste lid, sub c, van de Vogelrichtlijn verleende afwijking van het verbod van artikel 8, eerste lid, van die richtlijn om vogels met lijmstokken te vangen voldoet aan de voorwaarde dat de betrokken vogels in kleine hoeveelheden worden gevangen.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 1 april 2009 in zaak nr. 200801465/1/R2

2.41.3. Gelet op het voorgaande bestaat ten aanzien van de aanvaringslachtoffers onder vogelsoorten die worden veroorzaakt door het plan en die worden beschermd door de Vogelrichtlijn, geen aanleiding voor het oordeel dat het 1%-criterium niet kan worden toegepast in onderhavig geval. Dit oordeel geldt - anders dan wordt betoogd - evenzeer voor de topper. In dit kader is van belang dat de in het Vogelrapport berekende aantallen aanvaringslachtoffers onder vogels noch de geschatte jaarlijkse sterfte onder deze soorten onjuist zijn gebleken. Blijkens tabel 6.1 en tabel 7.2 in het Vogelrapport is het voorziene aantal exemplaren van de soorten die met de windturbines van het windturbinepark in aanraking komen minder dan 1% van de jaarlijkse sterfte in het Natura 2000-gebied IJsselmeer. Nu de berekende cijfers niet onjuist zijn gebleken, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het college van Flevoland zich niet heeft mogen baseren op de conclusie in het Vogelrapport dat het plan op dit punt niet leidt tot significante effecten voor de desbetreffende vogelsoorten.

Ten aanzien van de topper overweegt de Afdeling dat uit de hiervoor reeds genoemde uitspraak van het Hof en uit het door [appellant sub 20] aangehaalde arrest van het Hof van 15 december 2005, in zaak C-344/03, (www.curia.europa.eu) niet volgt dat het 1%-criterium niet mag worden toegepast op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren. Nu niet is gebleken dat het aantal aanvaringslachtoffers onder topplers als gevolg van dit plan meer zal zijn dan 1% van de jaarlijkse sterfte in het IJsselmeer, bestaat derhalve geen aanleiding om het plan in zoverre in strijd met de Vogelrichtlijn te achten.

2.41.4. Ten aanzien van het betoog dat het 1%-criterium nog niet is geaccepteerd door het Hof voor soorten die worden beschermd door de Habitatrichtlijn, overweegt de Afdeling dat dit betoog miskent dat het 1%-criterium in onderhavig geval niet is toegepast op soorten die worden beschermd door de Habitatrichtlijn. Uit hetgeen hiervoor is overwogen onder 2.40.1 blijkt dat het Natura 2000-gebied "IJsselmeer" onder andere is aangewezen voor de meervleermuis en dat voor die soort het 1%-criterium niet is toegepast, aangezien door de beperkte vlieghoogte van deze soort significante effecten reeds kunnen worden uitgesloten. Voorts is niet aangevoerd dat de bouw dan wel de ingebruikname van het windturbinepark een significant verstrend effect kan hebben op andere habitatoorten waarvoor het IJsselmeer als Habitatrichtlijngebied is aangewezen.

Barrièrewerking windturbinepark

2.42. Een aantal appellanten voert aan dat de voorziene windturbines leiden tot een barrière voor vogels langs de Westermeerdijk en de Noordermeerdijk. Hiertoe voeren zij aan dat de onderlinge afstanden tussen de windturbines en de open ruimte van ongeveer 1.400 meter tussen de windturbineopstellingen langs de Westermeerdijk en de Noordermeerdijk bij de Rotterdamse Hoek volgens hen niet groot genoeg zijn om vogelsoorten waaronder ganzen, kleine zwanen en eenden te laten passeren. In dit kader voert [appellant sub 20] aan dat door het omvliegen van kleine zwanen ongeveer 10% van hun foerageergebied onbereikbaar wordt en dat dit een significant effect heeft op de instandhoudingsdoelstellingen voor deze vogelsoort.

2.42.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat de effecten van barrièrewerking zijn meegenomen in de Passende beoordeling en dat hieruit blijkt dat slechts hinder optreedt voor

een aantal vogelsoorten en met zekerheid geen significante effecten optreden voor de populatie vogels. Mede vanwege de dagelijkse trek van ganzen vanaf het gebied de Steile Bank naar de Noordoostpolder is het voorliggende plan aangepast, in de zin dat de oorspronkelijk voorziene windturbines ter hoogte van Rotterdamse Hoek zijn vervallen. Mede omdat dit gebied open wordt gelaten, worden significante gevolgen door barrièrewerking uitgesloten, aldus het college van Flevoland.

2.42.2. In paragraaf 2.3.2 van het Vogelrapport is vermeld dat sprake is van een barrière als vogels door een windparkopstelling hun voedsel- of rustgebied niet kunnen bereiken. Als barrièrewerking niet leidt tot het compleet of gedeeltelijk mijden van voedsel- of rustgebieden kan de hindernis nog dermate groot zijn dat het energieverlies dat de vogels lijden als gevolg van het omvliegen een wezenlijk effect heeft op de functie van het gebied voor de betreffende vogelsoort. Dit effect treedt op als vogelsoorten vanwege het omvliegen substantieel meer moeten eten om het energieverlies te compenseren of, als dit niet lukt binnen de gegeven tijd, substantieel in mindere conditie zijn of komen waardoor andere functies, zoals opvetten, in gevaar komen.

In paragraaf 4.5.4 van de Passende beoordeling is vermeld dat voor duikenden en zwemenden de windturbines nauwelijks hinder opleveren, mede omdat die vogelsoorten tussen de windturbines door vliegen. Er treedt geen volledige barrièrewerking op waardoor foerageer- en/of rustgebieden niet meer bereikbaar zullen zijn.

Voor ganzen en de kleine zwaan wordt blijkens de Passende beoordeling wel hinder ten gevolge van barrièrewerking verwacht door de opstelling langs de Noordermeerdijk. Die windturbines staan loodrecht op de belangrijkste vliegbewegingen van kleine zwanen en ganzen die vanuit de foerageergebieden in de Noordoostpolder naar de slaappleatsen op de Steile Bank willen vliegen. De opstellingen langs de Westermoordijk en de Zuidermoordijk liggen niet tussen dergelijke gebieden en zorgen voor deze soorten niet voor een barrièrewerking. Volgens de Passende beoordeling heeft de barrièrewerking voor ganzen relatief weinig gevolgen omdat ganzen dagelijks tot op 30 kilometer afstand van de slaappleats kunnen foerageren. Door uit te wijken door de open ruimte bij de Rotterdamse Hoek, door langs de noordzijde van de opstelling te vliegen of over de windturbines

heen te vliegen neemt de afstand van foerageergebieden in de Noordoostpolder tot de slaappleats op de Steile Bank slechts met enkele kilometers toe. Volgens de Passende beoordeling zijn de extra benodigde energiebehoefte en het areaal foerageergebied dat door barrièrewerking verloren gaat verwaarloosbaar.

Voor kleine zwanen geldt dat ze wel tot op meer dan 10 kilometer van de slaappleats foerageren, maar ze een voorkeur hebben voor foerageergebieden die dichtbij de slaappleats liggen. Uitgaande van de maximaal haalbare afstand van 15 kilometer zal volgens de Passende beoordeling een deel van de foerageergebieden in de Noordoostpolder in de loop van de winter moeilijk of helemaal niet meer bereikbaar worden door barrièrewerking. Voor de kleine zwanen die slapen op de Steile Bank en foerageren in de Noordoostpolder zal het totaal beschikbare foerageergebied in de Noordoostpolder als gevolg van dit plan met maximaal 10% verminderen. Volgens de Passende beoordeling leidt dit verlies aan areaal foerageergebied niet tot een significant negatief effect, omdat dit de verst gelegen foerageergebieden betreft die niet de voorkeursgebieden zijn en de omvang van het gebied dat mogelijk onbereikbaar wordt uit energetisch oogpunt ten opzichte van het totale areaal foerageergebied dat beschikbaar is voor de kleine zwanen rond het IJsselmeer verwaarloosbaar is. Voor de kleine zwaan blijven andere belangrijke foerageergebieden wel beschikbaar zoals de Flevopolder, de Wieringermeer, de buitendijkse gebieden in het IJsselmeer en de graslandpolders in Friesland.

In het deskundigenbericht is vermeld dat de opening bij de Rotterdamse Hoek tussen de windturbineopstellingen groot genoeg is om vogels de windturbines te laten passeren. Voorts is vermeld in het deskundigenbericht dat de plaatsing van windturbines langs de Noordoostpolder waarschijnlijk ertoe zal leiden dat de desbetreffende vogelsoorten hun vliegroutes zullen moeten aanpassen, maar dat vanwege de openingen in de windturbineopstellingen bij Urk en de Rotterdamse Hoek en het ontbreken van obstakels aan weerszijden van de windparken de barrièrewerking niet onoverkomelijk is.

2.42.3. Hetgeen appellanten hebben aangevoerd ziet de Afdeling - mede gelet op het deskundigenbericht op dit punt - geen aanleiding te oordelen dat de ruimte van ongeveer 1.400 meter bij Rotterdamse Hoek tussen de windturbineopstellingen

langs de Noordermeerdijk en Westermeerdijk niet breed genoeg is om vogels te laten passeren. Hoewel niet kan worden ontkend dat het plan leidt tot enige barrièrewerking voor in het bijzonder ganzen en kleine zwanen, is niet aannemelijk gemaakt dat deze vogelsoorten - door over of om het windturbinepark heen te vliegen - uit energetisch oogpunt niet langer in staat zullen zijn om hun foerageergebieden in de Noordoostpolder te bereiken.

Gelet hierop bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat het plan significante gevolgen heeft voor de instandhoudingsdoelstellingen die voor de kleine zwaan en de kwalificerende ganzensoorten zijn opgenomen in het aanwijzingsbesluit voor het IJsselmeer.

Winterperiode

2.43. [appellant sub 20] betoogt dat bij strenge winters de ijsvrije delen zich vooral bevinden aan de oostelijke kant van het IJsselmeer, op de plaats waar het windturbinepark is voorzien. De aanleg ervan leidt volgens [appellant sub 20] tot verlies aan beschikbaar open water voor de overwinterende watervogels van het IJsselmeer. De gevolgen van deze omstandigheid zijn volgens [appellant sub 20] ten onrechte niet beoordeeld. Daarbij dient volgens [appellant sub 20] ook rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat watervogels uit andere dichtgevoeren Natura 2000-gebieden naar het resterende open water van het IJsselmeer zullen trekken.

2.43.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat in de Passende beoordeling rekening is gehouden met de situatie van strenge winters. Uit waarnemingen door Bureau Waardenburg is gebleken dat tijdens de vorstperiode van eind december 2008 tot half januari 2009 de kustzone bij de Noordoostpolder niet dichtvoor en dat de aanwezige eenden - onder andere 12.000 kuifeenden - zich concentreerden in het aanwezige open water nabij de Rotterdamse Hoek en het gebied ten zuiden daarvan. In dezelfde periode verzamelden grote groepen toppers - meer dan 50.000 exemplaren - zich op de Waddenzee langs de Afsluitdijk. Deze soort komt in dergelijke uitzonderlijke situaties volgens het college van Flevoland dus niet of nauwelijks naar het resterende open water in het zuidelijke deel van het IJsselmeer. Volgens de huidige gegevens komen met strenge vorst geen grote aantallen watervogels voor op het open water bij het windturbinepark. Aangezien deze situatie zich weinig zal voordoen

en als deze uitzonderlijke situatie zich voor mocht doen, mitigatie van effecten mogelijk is door de windturbines tijdelijk stop te zetten, wijzigt dit de conclusie uit de Passende beoordeling niet, aldus het college van Flevoland.

2.43.2. Anders dan [appellant sub 20] betoogt, is bij de beoordeling van de effecten van het plan wel rekening gehouden met de uitzonderlijke situatie dat 's winters een deel van het IJsselmeer dichtvriest. [appellant sub 20] heeft de waarnemingen tijdens het veldonderzoek van Bureau Waardenburg met betrekking tot de locaties in het IJsselmeer waar watervogels zich ophouden gedurende strenge winters niet weersproken.

Gezien de omstandigheid dat de omvangrijke groep kuifeenden zich bevond in de buurt van de Rotterdamse Hoek en dat deel van het IJsselmeer blijkens het Vogelrapport en de Passende beoordeling buiten de verstoringzones van de toekomstige windparken valt en dat toppers zich tijdens strenge winters niet in grote groepen ophouden in de buurt van de beoogde windparken alsmede dat [appellant sub 20] niet inzichtelijk heeft gemaakt welke andere vogelsoorten zich 's winters in grote aantallen zouden verzamelen op het water in de buurt van de beoogde windparken, kan de Afdeling het betoog van [appellant sub 20] niet volgen dat het incidentele aantal keren dat in de winterperiode het IJsselmeer grotendeels dichtvriest tot noemenswaardige problemen zal leiden voor overwinterende watervogels.

Vergelijking met bestaand windpark

2.44. [appellant sub 4] betoogt dat bij het verrichte onderzoek ten onrechte geen vergelijking is gemaakt tussen de situatie bij de Westermeerdijk waar reeds windturbines staan en de situatie bij de Noordermeerdijk waar nog geen windturbines aanwezig zijn. Tevens zijn volgens [appellant sub 4] de effecten van het bestaande windpark langs de Westermeerdijk ten onrechte niet in de beoordeling betrokken.

2.44.1. Het college van Flevoland stelt zich op het standpunt dat de bestaande windturbines langs de Westermeerdijk eigendom zijn van de initiatiefnemers en dat bij realisering van het plan die 50 windturbines zullen worden gesaneerd. Voorts is de bestaande situatie met betrekking tot de windturbines langs de Westermeerdijk inzichtelijk gemaakt in het locatiespecifieke deel van de MER voor de Westermeerdijk, aldus het college van Flevoland.

2.44.2. In paragraaf 3.4.2 van het MER - locatie-specifiek deel Westermoordijk Binnendijks - is een beschrijving gegeven van de effecten van deze bestaande windturbines op beschermde soorten. Tevens is in het Vogelrapport in paragraaf 6.2.1 en in paragraaf 6.5 inzichtelijk gemaakt hoe het aantal aanvaringsslachtoffers onder vogels en de barrièrewerking voor eenden van de huidige windturbineopstelling langs de Westermoordijk zich verhoudt tot het nieuwe windturbinepark. [appellant sub 4] heeft derhalve niet aannemelijk gemaakt dat met de effecten van de bestaande windturbines op de Westermoordijk onvoldoende rekening is gehouden. Voorts blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat de effecten op vogels en vleermuizen van het oprichten van windturbines op de nu nog lege Noordermoordijk in de beoordeling zijn betrokken.

Voor zover [appellant sub 4] betoogt dat het nieuwe windturbinepark zal leiden tot cumulatieve effecten ten aanzien van aanvaringsslachtoffers en barrièrewerking is, gelet op hetgeen wordt overwogen onder 2.79.2, verzekerd dat de 50 bestaande windturbines langs de Westermoordijk zullen worden verwijderd bij realisering van dit plan en dat in zoverre geen cumulatieve effecten zullen optreden.

) kan dit criterium, bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium, gehanteerd worden als uitgangspunt om te bepalen of de te verwachten aantallen vogelslachtoffers door de windturbines de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied aantasten of een verstoringseffect kunnen hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Tevens is in die uitspraak overwogen dat de omstandigheid dat het in die zaak ging om een kleine populatie van een soort, niet tot een ander oordeel leidde, nu het criterium in een percentage van de totale te verwachten sterfte van die soort in de desbetreffende gebieden is geformuleerd.) biedt de Habitatrictlijn geen aanknopingspunten voor het oordeel dat lidstaten in de nationale wetgeving grondslagen voor het verlenen van ontheffing van aan de Habitatrictlijn ontleende verbodsbepalingen mogen hanteren die niet in die richtlijn zijn genoemd en hiervan ook niet direct zijn af te leiden. Gelet hierop ziet de Afdeling in hetgeen appellanten hebben aangevoerd geen aanleiding voor het oordeel dat de ministers op voorhand in redelijkheid hadden moeten inzien dat, gezien artikel 16 van de

Habitatrictlijn, een ontheffing voor deze vleermuissoorten op grond van artikel 2, derde lid, onder d of e, van het Vrijstellingsbesluit niet mogelijk zal zijn en de Ffw in zoverre aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart de beroepen niet-ontvankelijk:

a. van het college van burgemeester en wethouders van Lemsterland;

b. van [appellant sub 8] en anderen, voor zover dat is ingesteld door het college van burgemeester en wethouders van Urk;

c. van [appellant sub 20] en anderen, voor zover dat is ingesteld door [belanghebbende A], [belanghebbende B] uit Emmeloord, [belanghebbende C], [belanghebbende D], [belanghebbende F], [belanghebbende G] uit Utrecht, [belanghebbende H] en [belanghebbende I], [belanghebbende K] en [belanghebbende L];

d. van [appellante sub 12] en anderen, voor zover dat is ingesteld door [belanghebbende J];

II. verklaart de beroepen van [appellant sub 4], de stichting Stichting De Rotterdamse Hoek, [appellant sub 14], [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 21] en [appellante sub 22] niet-ontvankelijk voor zover die zijn gericht tegen het besluit van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu van december 2010 tot het niet vaststellen van delen van een exploitatieplan;

III. verklaart de beroepen niet-ontvankelijk:

a. van de stichting Stichting Waterrecreatie IJsselmeer en Randmeren, voor zover dat is gericht tegen de door het college van gedeputeerde staten van Flevoland verleende vergunning krachtens de Natuurbeschermingswet 1998;

b. van [appellant sub 1], [appellant sub 4], [appellant sub 7], [appellant sub 8] en anderen, de stichting Stichting Erfgoed Urk en anderen, [appellante sub 12] en anderen, de stichting Stichting De Rotterdamse Hoek, [appellant sub 14], [appellant sub 15], de stichting Nationaal Kritisch Platform Windenergie, [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 19], [appellant sub 20] en anderen, [appellant sub 21], [appellante sub 22] en [appellant sub 24A] en [appellant sub 24B], voor zover die zijn gericht tegen de voorschriften

met geluidnormen uit de vier verleende milieuvergunningen van 23 november 2010 en 30 november 2010;

c. van [appellant sub 1], [appellant sub 4], [appellant sub 7], [appellant sub 8] en anderen, de stichting Stichting Erfgoed Urk, de stichting Stichting De Rotterdamse Hoek, [appellant sub 14], [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 19], [appellant sub 21] en [appellante sub 22], voor zover die zijn gericht tegen de voorschriften ten aanzien van slagschaduw of het ontbreken daarvan in de vier verleende milieuvergunningen van 23 november 2010 en 30 november 2010;

IV. verklaart de beroepen van [appellant sub 1], [appellant sub 4], [appellant sub 7], [appellant sub 8] en anderen, de stichting Stichting Erfgoed Urk en anderen, de stichting Stichting De Rotterdamse Hoek, [appellant sub 14], [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 19], [appellant sub 21] en [appellante sub 22] gedeeltelijk gegrond voor zover die betrekking hebben op de vaststelling van het rijksinpassingsplan voor zover het betreft de plandelen die zien op het windpark Westermoordijk buitendijks en Noordermoordijk buitendijks en het windpark Westermoordijk binnendijks;

V. verklaart de beroepen van [appellant sub 4], de stichting Stichting De Rotterdamse Hoek, [appellant sub 14], [appellant sub 17], [appellant sub 18], [appellant sub 19], [appellant sub 21] en [appellante sub 22] gegrond voor zover die zijn gericht tegen de door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu alsmede de door het college van burgemeester en wethouders van Noordoostpolder verleende bouwvergunningen; VI. vernietigt het besluit van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu van december 2010 tot vaststelling van het rijksinpassingsplan, voor zover het betreft de plandelen die zien op het windpark Westermoordijk buitendijks en Noordermoordijk buitendijks en het windpark Westermoordijk binnendijks;

VII. vernietigt het besluit van:

a. de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Infrastructuur en Milieu, kenmerk 20090226, tot verlening van een bouwvergunning voor het realiseren van 6 windturbines ten behoeve van het windpark Westermoordijk buitendijks en Noordermoordijk buitendijks;

b. het college van burgemeester en wethouders van Noordoostpolder van 23 november 2010 tot verlening van een bouwvergunning voor het realiseren van 42 windturbines ten behoeve van het windpark Westermoordijk buitendijks en Noordermoordijk buitendijks;

c. het college van burgemeester en wethouders van Noordoostpolder van 23 november 2010 tot verlening van een bouwvergunning voor het realiseren van 17 windturbines ten behoeve van het windpark Westermoordijk binnendijks;

d. het college van burgemeester en wethouders van Noordoostpolder van 23 november 2010 tot verlening van een bouwvergunning voor het realiseren van 13 windturbines ten behoeve van het windpark Noordermoordijk binnendijks;

e. het college van burgemeester en wethouders van Noordoostpolder van 23 november 2010 tot verlening van een bouwvergunning voor het realiseren van 8 windturbines ten behoeve van het windpark Zuidermoordijk;

VIII. bepaalt dat de rechtsgevolgen van de onder VI. en VII. genoemde besluiten in stand blijven;

IX. verklaart de onder I.b. tot en met onder III. genoemde beroepen voor het overige, en de beroepen van [appellant sub 5], de stichting Stichting Gaasterlân Natuerlân, Bond Heemschut commissie Heemschut Flevoland, [appellant sub 11] en anderen en de stichting Stichting Verantwoord Beheer IJsselmeer geheel ongegrond;

NOOT

Natuurbescherming

Ondanks de vele bezwaren mag het windturbinepark Noordoostpolder bij Urk er dan toch komen. De Afdeling heeft (de rechtsgevolgen van) het rijksinpassingsplan 'Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder' voor de bouw van 86 windturbines langs de dijken van de Noordoostpolder in stand gelaten. Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep mogelijk. Het gaat om totaal vier windparken met een gezamenlijk vermogen van ongeveer 450 Megawatt, waarmee volgens de ministers van EL&I en I&MI meer dan 400.000 huishoudens van elektriciteit kunnen worden voorzien. Het wordt dan ook het grootste windmolenpark van Nederland.

Niet alle bezwaren worden overigens van tafel geveegd. De bezwaren inzake de (te vroeg) verleende bouwvergunningen zijn gegrond ver-

klaard, maar doordat er volgens de Afdeling inhoudelijk niks mis is met deze vergunningen worden de rechtsgevolgen ervan in stand gelaten. Ook het besluit tot vaststelling van het rijksinpassingsplan is, voor zover betrekking hebbende op het windpark Westermeerdijk buitendijks en Noordermeerdijk buitendijks en het windpark Westermeerdijk binnendijks, wegens strijd met artikel 3.28 Wro in samenhang met artikel 3.1 Wro vernietigd. Ook de rechtsgevolgen van die delen van het plan worden door de Afdeling echter in stand gelaten.

Deze noot beperkt zicht tot de betogen van appellanten met betrekking tot de Ffw en Nbw 1998. Zie voor de betogen met betrekking tot de (plan) MER de noot hieronder van Selma van Velsen.

Wat de Ffw aangaat, gaat het met name om potentiële aanvaringsslachtoffers, waaronder de zeearend. De kans dat de zeearend met de windmolens in aanvaring komt is volgens de Afdeling verwaarloosbaar klein. Wat eventuele aanvaringsslachtoffers onder overige vogelsoorten en vleermuizen aangaat, oordeelt de Afdeling dat in tegenstelling tot het standpunt van verweerders het plan wel degelijk overtreding van het al dan niet opzettelijk verontrustingsverbod in artikel 9 Ffw als gevolg heeft, maar dat de ministers niet op voorhand in redelijkheid hadden moeten inzien dat de Ffw aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat (zie r.o. 2.33.2 – 2.33.5). De in het geding zijnde vleermuisensoorten zijn allemaal bijlage IV Habitatrichtlijnsoorten waarop het regime in de artikelen 12-16 Habitatrichtlijn, zoals omgezet in de Ffw, van toepassing is. Voor een uitzondering op het beschermingsregime van de richtlijn zal enkel gebruik mogen worden gemaakt van de limitatief in artikel 16 Habitatrichtlijn opgesomde gronden (vgl. ABRvS 21 januari 2009, zaaknr 200802863/1, «JM» 2009/36). Wat de in het geding zijnde vogelsoorten aangaat, constateert de Afdeling dat artikel 9 Ffw, ook op het niet opzettelijk verstoren van toepassing is en hierdoor een ruimere werkingssfeer heeft dan artikel 5, sub d, Vogelrichtlijn dat enkel het opzettelijk verstoren verbiedt. Wat betreft die ruimere werkingssfeer en dus het verbod op het niet opzettelijk verstoren, vloeien uit de richtlijn geen beperkingen voort, aldus de Afdeling. Artikel 14 Vogelrichtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid om verdergaande maatregelen te treffen dan

voorzien in de richtlijn. Omdat artikel 5, sub d, Vogelrichtlijn enkel het niet opzettelijk verstoren verbiedt, vloeien voor het maken van een uitzondering op het niet opzettelijk verstoren uit de richtlijn geen beperkingen voort ten aanzien van de aan te voeren gronden ter rechtvaardiging van een inbreuk op dat verbod. Met andere woorden, voor het verlenen van een ontheffing op het verbod op het niet opzettelijk verstoren kan ook op andere dan de limitatief in artikel 9 Vogelrichtlijn opgesomde gronden een beroep worden gedaan. Dit is naar mijn mening een correcte, maar tegelijkertijd een 'te kort door de bocht' redenering. Dat er in dit verband uit de richtlijn nooit beperkingen kunnen voortvloeien is niet correct. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEU dienen de lidstaten bij de invulling van de bevoegdheid om verdergaande maatregelen te treffen immers rekening te houden met de in artikel 4, lid 3, VEU verankerde plicht tot 'loyale samenwerking' (voorheen de plicht gemeenschapstrouw). Dat betekent dat deze verdergaande maatregelen in ieder geval niet tegen de vier vrijheden (goederen, personen, diensten, kapitaal) mogen indruisen, maar ook dat de lidstaten de resultaten van, in dit geval, de Vogelrichtlijn niet ernstig in gevaar mogen brengen. Voor zover uit onderhavige uitspraak valt op te maken, is hiervan in dit geval zeker geen sprake. In zoverre hoefden de ministers dan ook niet op voorhand in te zien dat in dit verband geen ontheffing ingevolge artikel 75 Ffw zal kunnen worden verleend en dat de Ffw dan ook aan de realisering van het plan in de weg zal staan. De vraag welke grond in dit geval het meest aangewezen is, staat, zoals de Afdeling terecht opmerkt, in onderhavige procedure niet ter discussie. Vanwege de scheiding tussen het r.o.-spoor en het natuurspoor, zal die vraag bij de beoordeling van de Ffw-ontheffingsaanvraag beantwoord moeten worden. Toch gaat de Afdeling niet volledig voorbij aan deze vraagstelling, wat ook terecht is (zie r.o. 2.33.4). De uitvoerbaarheid van het plan hangt immers nauw samen met de vraag naar de mogelijke verkrijging van de Ffw-ontheffing. In het geval van vogels of strikt beschermde bijlage IV Habitatrichtlijnsoorten kan voor een ontheffing op de verboden in de artikelen 5-8 Vogelrichtlijn/12-15 Habitatrichtlijn, zoals vermeld, enkel een beroep worden gedaan op een van de limitatief in artikel 9 Vogelrichtlijn/artikel 16 Habitatrichtlijn opgesomde rechtvaardig-

gingsgronden. Enkel bij het maken van een uitzondering op door de lidstaten getroffen verdergaande beschermingsmaatregelen, mogen, zoals hiervoor besproken, andere gronden worden aangewend.

Wat de Nbw 1998 aangaat, worden de betogen van appellanten inzake mogelijke significante gevolgen voor de in het IJsselmeergebied (zowel een Vogelrichtlijn- als Habitatrichtlijngebied) voorkomende vogel- en vleermuisensoorten ook verworpen. Interessant is dat de Afdeling haar uitspraak van 1 april 2009 (zaaknr

200801465/1/R2, «JM» 2009/75, m.nt. Zijlmans) bevestigt dat het door het zogenoemde 1% criterium dat in het kader van de Vogelrichtlijn is ontwikkeld bij het ontbreken van een ander wetenschappelijk onderbouwd criterium, gehanteerd mag worden als uitgangspunt om te bepalen of de te verwachten aantallen vogelslachtoffers door de windturbines de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied aantasten of een verstorend effect kunnen hebben op de instandhoudingsdoelstellingen van de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Conform vaste jurisprudentie van het HvJEU mag het aantal (aanvarings)slachtoffers niet meer dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte van betrokken populatie bedragen (onder andere, HvJEU C-79/03 (Commissie/Spanje), r.o. 36 en 41). Dit criterium werd door het ORNIS-Comité ontwikkeld voor de uitleg van het begrip 'kleine hoeveelheden' in het kader van de uitzonderingsbepaling in artikel 9, lid 1, c, Vogelrichtlijn. Uit de jurisprudentie van het Hof in dit verband (onder andere, zaaknrs C-79/03 en C-344/03 (Commissie/Finland), JFF, 2006/1, p. 30-31, m.nt. Zijlmans) volgt niet dat dit criterium niet mag worden toegepast op soorten die reeds in een ongunstige staat van instandhouding verkeren, aldus de Afdeling. Ten aanzien van het betoog in deze zaak dat het 1%-criterium nog niet is geaccepteerd door het Hof voor door de Habitatrichtlijn beschermde soorten, hoefde de Afdeling niet te oordelen omdat significante effecten voor deze soorten volgens haar reeds kunnen worden uitgesloten.

Omdat er geen sprake is van mogelijke significante gevolgen voor de in het IJsselmeergebied aanwezige natuurwaarden hoeft er niet gecompenseerd te worden. Het is dan ook niet vreemd dat de Afdeling oordeelt dat de beoogde scheepvaartvoorzieningen, waardoor, onder andere, de nadelige effecten van het windturbini-

nepark op de foerageermogelijkheden van diverse eendensoorten worden ondervangen en een rustgebied voor watervogels gecreëerd wordt als mitigerende maatregelen dienen te worden aangemerkt.

Aan de hand van de passende beoordeling heeft het college van Flevoland naar het oordeel van de Afdeling terecht met zekerheid kunnen stellen dat de natuurlijke kenmerken van het IJsselmeergebied niet zullen worden aangetast. De zogeheten ADC-criteria hoefden dan ook niet doorlopen te worden.

J.M.I.J. Zijlmans

NOOT

Milieueffectrapportage

In de uitspraak over de Noordoostpolder valt een aantal relevante punten voor milieueffectrapportage (m.e.r.) te halen en dan met name over m.e.r. voor plannen. Het MER dat is opgesteld, dient als onderlegger voor het rijksinpassingsplan en de verschillende milieuvergunningen voor de windturbines. Het MER dient aldus te worden beschouwd als een zogenoemd gecombineerd MER dat tevens bedoeld is als MER voor een besluit en een MER voor een plan. De beroepsgronden, voor zover deze betrekking hebben op alternatieven, vat de Afdeling in die zin op dat appellanten menen dat het MER in strijd is met de Wm, voor zover het ziet op een m.e.r. voor plannen. Hoewel dit niet in de overwegingen wordt genoemd, lijkt het erop dat de Afdeling ervan uit gaat dat omdat het over locaties gaat, er dus op een plan-MER wordt bedoeld. Dit hoeft echter niet zo te zijn, omdat het voor een project-MER met name voor ruimtelijke besluiten (zonder voorafgaande 'trechtering' van locatie-alternatieven) ook nodig kan zijn andere locaties te beschouwen en te vergelijken. Het is niet dat de Wm spreekt over locatie-alternatieven en inrichtingsalternatieven, maar voor zowel plan- als project-MER van 'redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven'. De Afdeling verwijst naar artikel 7.10, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wm (oud) in combinatie met de SMB-richtlijn (2001/42/EG). Dus hoewel het artikel op zowel 'besluit'-m.e.r. als plan-m.e.r. zag, wordt plan-m.e.r. bedoeld, omdat de richtlijn alleen op plan-m.e.r. ziet. De Afdeling kijkt in dit

verband vervolgens naar de onderbouwing van de keuze voor de onderhavige locatie van het windturbinepark langs de dijken van de Noord-oostpolder in het MER. Als alternatieven zijn daarbij verschillende inrichtings- en uitvoeringsvarianten met elkaar vergeleken. Mede gezien het (uiteindelijke) positieve advies van de Commissie m.e.r. kan in het onderhavige geval volstaan worden met de zogenoemde 'voorkeurslocatie'. Hierbij kon terecht betrokken worden het feit dat de gekozen locatie reeds is vastgelegd in een aantal beleidsstukken, waaronder de Nota Ruimte en in het door het kabinet vastgestelde Nationale Waterplan, de verhoging van de nationale doelstellingen betreffende windenergie in 2007 en het feit dat alle geschikte windlocaties gebruikt zullen moeten worden voor energieopwekking. Allereerst overweegt de Afdeling dat nu de Europese SMB-richtlijn thans in de Nederlandse wetgeving is omgezet, de doorwerking van die richtlijn in beginsel plaats vindt via het nationale recht. De SMB-richtlijn kan niettemin van belang zijn voor de interpretatie van nationale bepalingen die strekken ter implementatie van de SMB-richtlijn. Zo valt uit artikel 5, eerste lid, van de SMB-richtlijn af te leiden dat in een MER redelijke alternatieven, die rekening houden met het doel en de geografische werkingssfeer van het plan, moeten worden bepaald, beschreven en beoordeeld. De Afdeling betreft hierbij – denkkelijk bij gebreke aan 'echte' wetsgeschiedenis zoals wij dat in ons Nederlandse systeem kennen – het 'guidance document' "Uitvoering van Richtlijn 2001/42 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's" (hierna: de Handleiding) van de Europese Commissie. Deze Handleiding is volgens de Afdeling bedoeld om de lidstaten een handleiding te verschaffen om te garanderen dat de SMB-richtlijn zo consistent mogelijk wordt geïmplementeerd en toegepast. Ze bevestigt dat, wanneer een beslissing wordt genomen over mogelijke redelijke alternatieven, allereerst moet worden gekeken naar de doelstellingen en de geografische reikwijdte van het plan of programma. Tevens staat in de Handleiding dat de gekozen alternatieven realistisch moeten zijn. Welke alternatieven in een plan-MER redelijkerwijs in beschouwing moeten worden genomen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zo overweegt de Afdeling terecht. Als uitgangspunt van het plan is het

voornemen van de initiatiefnemer een grootschalig windpark van maximaal 450 MW langs de dijken van de Noordoostpolder te realiseren genomen. In het MER staat dat het Rijk in 2007 het Windpark Noordoostpolder als een project van nationaal belang heeft betiteld. Tussen partijen is niet in geschil dat het plan een nationale geografische reikwijdte heeft. De Afdeling overweegt dat pas wanneer met de uitvoering van een bepaald alternatief kan worden beantwoord aan de doelstelling van de initiatiefnemer, sprake kan zijn van een redelijkerwijs in ogenschouw te nemen alternatief. Dat de doelstelling van de voorgenomen activiteit richtinggevend is voor de redelijkerwijs in ogenschouw te nemen alternatieven, is juist en is ook al vaker door de Afdeling overwogen (bijvoorbeeld in ABRvS 13 oktober 2010, zaaknr. 201001255/1/M2, «JM» 2010/139 m.nt. Poortinga). Dit blijkt ook uit de oorspronkelijke wetsgeschiedenis bij wat we nu project-m.e.r. en toen gewoon m.e.r. noemden (TK 1980-1981, 16 814, nr. 3, p. 40). Hierbij past – mede vanuit die zelfde wetsgeschiedenis gereceneerd – wel een kanttekening, namelijk dat de doelstelling niet zodanig restrictief mag zijn geformuleerd, dat er geen alternatieven resteren (TK 1980-1981, 16 814, nr. 3, p. 39-40). Bij plan-m.e.r. geldt mijns inziens, gezien ook dezelfde formulering van (thans) artikel 7.7, eerste lid, sub b, Wm betreffende de inhoud van een plan-MER en artikel 7.23, eerste lid, sub b, Wm over het project-MER, dezelfde restrictie. Alternatievenonderzoek is immers net zo goed een wezenlijk onderdeel van plan-m.e.r. Dat de inhoudseisen niet erg van elkaar verschillen merkt ook de wetgever bij de implementatie van plan-m.e.r. op (TK 2005-2005, 29 811, nr. 3, p. 7-8; zie ook Soppe in Tekst en Commentaar Wet milieubeheer, Kluwer, 3^e druk, p. 172; binnenkort verschijnt een 4^e druk waarin hetzelfde te lezen staat).

Voor de toets aan artikel 7.10, aanhef en onder b, Wm (oud) kijkt de Afdeling verder naar de verschillende alternatieven waarbij de ministers waarde mochten hechten aan de omstandigheid dat het initiatief specifiek is gericht op het produceren van windenergie op het land. De ministers hebben uiteindelijk genoegzaam aangetoond dat slechts een locatiealternatief, namelijk de locatie langs de dijken van de Noordoostpolder, redelijkerwijs in het MER diende te worden

beschouwd. Hoewel bij de locatieselectie dus niet slechts beleidsmatige overwegingen een rol hebben gespeeld, mocht waarde worden gehecht aan de omstandigheid dat de gekozen locatie in overeenstemming is met de Nota Ruimte en het Nationale Waterplan. Met andere woorden, er waren, rekening houdend met de doelstellingen en de geografische reikwijdte van het plan, noch op landelijk niveau noch elders in de provincie Flevoland, realistische locatiealternatieven die in het plan-MER redelijkerwijs in beschouwing hadden moeten worden genomen. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat het beschouwen van slechts één locatiealternatief in het MER in het onderhavige geval in strijd met de SMB-richtlijn dan wel de Wm is. Eerder al trok de Afdeling een dergelijke conclusie in een uitspraak over Westergouwe, ABRvS 29 juni 2011, zaaknr. 200905117/1/R1, «JM» 2011/101. Ook daarbij ging het om de zogenoemde 'trechtering' van alternatieven. Wel ging het in 'Westergouwe' om een gefaseerd m.e.r. In mijn annotatie bij die uitspraak maak ik een vergelijking met ABRvS 23 september 2009, zaaknr. 200802543/1/R1, «JM» 2009/142 (inzake Bestemmingsplan Projectvestiging glastuinbouw Deurne) en merk op dat de uitspraak inzake Westergouwe verder gaat. Waar in Deurne nog meerdere locatie-alternatieven in het MER worden beschouwd en vergeleken, is er in Westergouwe geen redelijkerwijs in beschouwing te nemen locatie-alternatief meer over. En nu dan weer een herhaling van zetten in verband met Urk. Het blijft natuurlijk wel allemaal casuïstisch, dus moet er voor worden gewaakt dat conclusies te algemeen van toepassing worden verklaard op de m.e.r.-praktijk. Daarnaast valt in dit verband nog op dat de Afdeling expliciet overweegt dat geen aanleiding wordt gezien tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie nu redelijkerwijs geen grond bestaat voor twijfel, of de uitleg van het begrip redelijke alternatieven in overeenstemming is met de SMB-richtlijn. Allereerst wordt dit niet vaak expliciet overwogen (het is afhankelijk van de omstandigheid of appellanten hierom vragen) en ten tweede is minimaal onduidelijk wat de overwegingen nou precies zijn om het niet te doen. Ik zou zeggen dat er best aanleiding toe zou kunnen zijn. Zo moeten termen in de M.e.r.-richtlijnen ruim worden uitgelegd is vaste jurispruden-

tie van het Europese Hof van Justitie en andere lidstaten stellen regelmatig prejudiciële vragen. En is de term 'redelijke alternatieven' in artikel 5, eerste lid, Smb-richtlijn nou werkelijk zo duidelijk en is het hetzelfde als de redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven in artikel 7.10 (oud). Ik zou toch wel benieuwd zijn hoe het Europese Hof hierover oordeelt.

De Afdeling overweegt ten aanzien van *alternatieve vormen van energieopwekking* het volgende. Daargelaten de omstandigheid dat de realisatie van andersoortige energiebronnen niet aansluit bij de doelstelling van de initiatiefnemer, stelt de Afdeling vast dat in de Aanvulling MER niettemin is ingegaan op de mogelijke opbrengsten van deze energiebronnen bij situering nabij de Afsluitdijk en de bijbehorende kosten. Over osmose-energie wordt opgemerkt dat de techniek zich nog in een onderzoeks- en ontwikkelingsstadium bevindt. Gelet op het gegeven dat wind voldoende beschikbaar is in Nederland (vollanduren en windsnelheid), windenergie in omvang en kostprijs het aantrekkelijkst is en gelet op de omstandigheid dat de technologie om windenergie op te wekken zich in een gevorderd stadium bevindt, is in het MER geconcludeerd dat andere bronnen dan windenergie thans geen redelijk alternatief zijn voor het initiatief. Appellanten hebben de resultaten van het uitgevoerde onderzoek naar de alternatieve vormen van energieopwekking niet betwist, noch aannemelijk gemaakt dat dit onderzoek ondeugdelijk is.

In het geval van de windmolens bij Urk betekenen de voorgaande overwegingen mijns inziens terecht dat bij het invullen van een rijksinpassingsplan voor "windmolens op land" een alternatief met windmolens op zee buiten beschouwing kon blijven. Datzelfde gold voor alternatieve manieren om op duurzame wijze energie op te wekken, nog afgezien van andere argumenten waarom deze alternatieven zouden afvallen. In feite blijkt uit deze uitspraak dat indien 'trechtering' van locatiealternatieven – de ministers verwezen naar eerdere beleidsstukken en besluiten – al heeft plaatsgevonden, het beschouwen van slechts één locatiealternatief in het MER in overeenstemming is met de SMB-richtlijn dan wel de Wm. Hoewel het hier allemaal heel zorgvuldig lijkt te zijn gebeurd, is het wel de vraag of hiermee voldaan wordt aan hetgeen is neergelegd in bijlage I, onder h, bij de SMB-

richtlijn waarin is aangegeven dat de alternatievenselectie gemotiveerd dient te worden in het plan-MER. Voorts moet er bij het plan een verklaring worden gevoegd waarin samengevat wordt aangegeven 'waarom is gekozen voor het plan of het programma zoals het is aangenomen, zulks in het licht van de andere redelijke alternatieven die zijn behandeld', zoals in artikel 9, eerste lid, aanhef en onder b, SMB-richtlijn is te vinden. Het is jammer dat dit stukje SMB-richtlijn door de Afdeling niet wordt betrokken bij de behandeling van de beroepsgronden.

Wat tot slot nog opvalt in de uitspraak is dat 'esthetische beleving' geen milieugevolg is en daarom niet aan de orde hoeft te komen in een MER. Het onderscheid tussen esthetiek en landschap lijkt een semantische. Uitgaande van een ruim milieubegrip zoals in artikel 1.1, tweede lid, Wm opgenomen, waaronder landschap gewoon als aspect staat genoemd, vind ik dit moeilijk te begrijpen. De meeste gangbare definitie die er is van landschap zoals in het door Nederland geratificeerde Verdrag van Florence (de Euopese Landschapsconventie) spreekt van "een gebied zoals dat door mensen wordt waargenomen en waarvan het karakter bepaald wordt door natuurlijke en/of menselijke factoren en de interactie daartussen". Het lijkt er dus wel degelijk op dat esthetiek in de zin van 'zintuiglijke' beleving onderdeel is van het begrip landschap en daarmee dus onderdeel van het milieubegrip. Dit moet natuurlijk wel objectiveerbaar zijn.

S.M. van Velsen