

Milieueffectrapportage / Ruimtelijke ordening

116Bestemmingsplan
Windpark Den Tol
Netterden – Oude
IJsselstreek

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

27 mei 2015, nr. 201400754/1/R2,

ECLI:NL:RVS:2015:1621

(mr. Van Diepenbeek, mr. Helder, mr. Ravels)

Noot S.M. van Velsen

**Milieueffectrapportage. Advies Commissie m.e.r. Commissie m.e.r. Representatieve invul-
ling. Maximale mogelijkheden van het bestem-
mingsplan. Grutto. Unterer Niederrhein.**

[Wm art. 7.14, 7.37; Awb art. 3:11]

De gemeente Oude IJsselstreek is voornemens ten oosten van de kern Netterden een tweede windmolenpark mogelijk te maken. Bij besluit van 28 november 2013 heeft de gemeenteraad van Oude IJsselstreek het bestemmingsplan "Windpark Den Tol Netterden" vastgesteld en besloten geen exploitatieplan vast te stellen. Het plan voorziet in de realisatie van tien windturbines ten oosten van de kern Netterden. In de planregels zijn onder meer de maximale masthoogte en ashoogte van de voorziene windturbines vastgelegd.

Eén van de beroepsgronden betreft de terinzagelegging. De Stichting betoogt dat de raad ten onrechte bepaalde stukken noch bij het ontwerpplan, noch bij het vastgestelde plan ter inzage heeft gelegd. Zij heeft ter zitting in dit verband gewezen op de anterieure overeenkomst en de plan-schaderisicoanalyse van SAOZ. Ook heeft zij betoogd dat na de terinzagelegging van het ontwerpplan ten onrechte stukken aan het plan ten grondslag zijn gelegd zonder de indieners van een zienswijze in de gelegenheid te stellen op die stukken te reageren. Zij wijst in dit verband onder meer op het Toetsingsadvies over het milieuraap-

port en de aanvulling daarop van de Commissie voor de milieueffectrapportage van 14 oktober 2013.

De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat de ten behoeve van de grondexploitatie gesloten anterieure overeenkomst en de planschaderisico-analyse niet kunnen worden aangemerkt als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk als bedoeld in art. 3:11, eerste lid, van de Awb. De anterieure overeenkomst hoefde daarom niet met het ontwerpplan ter inzage te worden gelegd. De door initiatiefnemers ten behoeve van eigen gebruik opgestelde planschaderisicoanalyse kan in dit geval dan ook niet worden aangemerkt als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk dat de raad op grond van art. 3:11 van de Awb ter inzage had moeten leggen. Voorts overweegt de Afdeling dat het concept-toetsingsadvies voor de MER van 10 september 2013 en de overige door de Stichting genoemde stukken tot stand zijn gekomen na de terinzagelegging van het ontwerpplan. Het zijn dan ook geen op het ontwerpplan betrekking hebbende stukken als bedoeld in art. 3:11 van de Awb. Uit de Awb, de in de Wm neergelegde procedure voor de voorbereiding van een MER, noch enige andere bepaling volgt dat de raad gehouden is de indieners van zienswijzen, door toezending dan wel terinzagelegging, in kennis te stellen van stukken met betrekking tot het ontwerpplan en het MER die na de terinzagelegging van het ontwerpplan aan hem bekend worden. Onder omstandigheden kan echter uit het oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding aanleiding bestaan betrokkenen in kennis te stellen van dergelijke nadere stukken en aan hen de gelegenheid te bieden hierop te reageren. Vast staat dat de indieners van zienswijzen in dit geval niet in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op de stukken die tot stand zijn gekomen na de terinzagelegging van het plan. Naar het oordeel van de Afdeling is het (concept-)toetsingsadvies van de commissie voor de milieueffectrapportage in dit geval geen stuk waarop de raad betrokkenen in de gelegenheid had moeten stellen te reageren, mede nu het advies niet dient ter motivering van het besluit. De drie aanvullingen op de passende beoordeling zijn evenwel mede opgesteld naar aanleiding van de ingediende zienswijzen en zijn gebruikt om de ingediende zienswijzen te weerleggen. In deze aanvullingen is de conclusie uit de passende beoordeling dat het plan niet leidt tot significante effecten voor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein genuanceerd, in die zin dat uit de aanvullingen is gebleken dat mitigerende maatregelen nodig zijn om significante effecten te voorkomen. Onder deze omstan-

digheden had het naar het oordeel van de Afdeling in dit geval op de weg van de raad gelegen de indieners van zienswijzen in kennis te stellen van deze aanvullingen en hen in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Nu de raad dit heeft nagelaten, is het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in art. 3:2 van de Awb voorbereid. Dit gebrek wordt met art. 6:22 van de Awb gepasseerd.

Uit één van de aanvullingen op de passende beoordeling blijkt ook dat zonder maatregelen significante effecten voor de grutto niet zijn uitgesloten. De Afdeling concludeert dat de benodigde stilstandsregeling in het bestemmingsplan had moeten worden gewaarborgd. Er is derhalve geen zekerheid dat het bestemmingsplan de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein niet zal aantasten. Het plan is in strijd met art. 6, derde lid, Habitatrichtlijn vastgesteld. De Afdeling vernietigt het vaststellingsbesluit.

Uitspraak in het geding tussen:

1. [appellant sub 1], wonend te Netterden, gemeente Oude IJsselstreek,
2. [appellant sub 2A] en [appellant sub 2B] (hierna tezamen en in enkelvoud: [appellant sub 2]), beiden wonend te Netterden, gemeente Oude IJsselstreek,
3. de vereniging naar Duits recht NABU-Naturschutzstation Niederrhein e.V. (hierna: NABU), gevestigd te Kleef (Duitsland),
4. de stichting Stichting TegenWind(molens) Netterden en omstreken en anderen (hierna tezamen en in enkelvoud: Stichting TegenWind), gevestigd te Netterden en wonend te Netterden dan wel Gendringen, gemeente Oude IJsselstreek, en de raad van de gemeente Oude IJsselstreek, verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 28 november 2013, kenmerk 13int007410, heeft de raad het bestemmingsplan "Windpark Den Tol Netterden" vastgesteld en besloten geen exploitatieplan vast te stellen.

Tegen dit besluit hebben [appellant sub 1], [appellant sub 2], NABU en Stichting TegenWind beroep ingesteld.

De raad heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant sub 1], NABU, Stichting TegenWind, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Windpark Den Tol B.V. en de raad hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 februari 2015, waar (...; red.).

Overwegingen

Intrekkingen

1. Ter zitting heeft NABU haar beroepsgrond dat ten onrechte van het ontwerpplan en het vastgestelde plan geen kennis is gegeven in Duitsland, ingetrokken. [appellant sub 1] en Stichting Tegen-Wind hebben voorts ter zitting de beroepsgronden ingetrokken dat ten onrechte in het besluit niet is vermeld dat de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) van toepassing is en dat ten onrechte 218 ingediende intentieverklaringen niet als zienswijze tegen het ontwerpplan zijn behandeld.

Het plan

2. Het plan voorziet in de realisatie van tien windturbines ten oosten van de kern Netterden in de gemeente Oude IJsselstreek.

Toetsingskader

3. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de raad beleidsvrijheid om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven die de raad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De Afdeling toetst deze beslissing terughoudend. Dit betekent dat de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden beoordeelt of aanleiding bestaat voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Voorts beoordeelt de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.

Ontvankelijkheid

4. Windpark Den Tol B.V. bestrijdt de ontvankelijkheid van het beroep van [appellant sub 2]. Hiertoe voert zij aan dat [appellant sub 2] vanwege een nabij zijn woning gevestigd bedrijfsgebouw waarschijnlijk geen zicht heeft op de voorziene windmolens. Bovendien is uit de onderzoeken die de raad ten grondslag heeft gelegd aan het plan gebleken dat [appellant sub 2] niet hoeft te vrezen voor een onaantastbare aantasting van zijn woon- en leefklimaat.

4.1. Ingevolge artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

4.2. [appellant sub 2] woont op een afstand van ongeveer 850 m tot het voorziene windpark. De maximale ashoogte van de voorziene windturbines

bedraagt 139 m en de maximale rotordiameter mag ingevolge de planregels niet meer bedragen dan 122 m. De tiphoopte zal daardoor ongeveer 195 m bedragen.

[appellant sub 2] heeft ter zitting gesteld dat hij vanaf de bovenverdieping van zijn woning zicht zal hebben op de voorziene windturbines. Gelet op de afstand van de woning van [appellant sub 2] tot het bedrijfsgebouw en de voorziene windturbines in samenhang bezien met de hoogte van de turbines acht de Afdeling dit niet onaannemelijk. Daarbij betreft de Afdeling dat Windpark Den Tol B.V. haar vermoeden dat [appellant sub 2] geen zicht heeft op het voorziene windpark niet heeft onderbouwd. Gelet op de aard en de omvang van de ruimtelijke ontwikkeling is de afstand van de woning van [appellant sub 2] tot het voorziene windpark voorts niet zodanig groot dat is uitgesloten dat [appellant sub 2] gevolgen van het plan zou kunnen ondervinden. [appellant sub 2] is dan ook belanghebbende bij het bestreden besluit als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb. De Afdeling ziet daarom geen aanleiding voor het oordeel dat het beroep van [appellant sub 2] niet-ontvankelijk is. Het betoog faalt.

Verweerschrift

5. [appellant sub 1] stelt dat het verweerschrift wegens het overschrijden van de indieningstermijn buiten de beoordeling moet blijven. Het beroep moet reeds daarom gegrond worden verklaard.

5.1. Ingevolge artikel 8:42, eerste lid, van de Awb zendt het bestuursorgaan binnen vier weken na de dag van verzending van het beroepschrift aan het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter en dient het een verweerschrift in. Ingevolge het tweede lid, kan de bestuursrechter de in het eerste lid bedoelde termijn verlengen.

Ingevolge artikel 8:58, eerste lid, kunnen partijen tot tien dagen voor de zitting nadere stukken indienen.

5.2. Uit de stukken blijkt dat het verweerschrift op 8 april 2014 bij de Raad van State is ingekomen. Nu de termijn voor het indienen van het verweerschrift was verlengd tot 4 april 2014 is het verweerschrift buiten de in artikel 8:42 gestelde termijn ingediend. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 10 februari 2010 in zaak nr. 200903469/1/H1, betreft de in artikel 8:42 genoemde termijn, een termijn van orde. De wet verbindt er derhalve geen conse-

quenties aan dat het verweerschrift niet binnen de termijn als bedoeld in artikel 8:42 is ingezonden. Anders dan [appellant sub 1] stelt, maakt de omstandigheid dat in deze procedure de Chw van toepassing is dit niet anders. Gelet op het voorgaande en nu het verweerschrift binnen de in artikel 8:58, eerste lid, gestelde termijn is ingediend, ziet de Afdeling geen aanleiding het verweerschrift in deze procedure buiten beschouwing te laten. Het betoog faalt.

Procedure bezwaren

Terminj voor het indienen van zienswijzen

6. [appellant sub 1] betoogt dat het ontwerpplan ten onrechte acht in plaats van zes weken ter inzage heeft gelegen, waardoor ten onrechte binnen die termijn zienswijzen konden worden ingediend. De raad heeft bovendien ten onrechte een inwoner in de gelegenheid gesteld een zienswijze in te dienen, toen de zienswijzetermijn reeds was verstrekken.

6.1. Ingevolge artikel 3:16, eerste lid, van de Awb, voor zover van belang, bedraagt de termijn voor het naar voren brengen van zienswijzen zes weken, tenzij bij wettelijk voorschrift een langere termijn is bepaald.

Voor het naar voren brengen van zienswijzen tegen een ontwerpbestemmingsplan is niet bij wettelijk voorschrift bepaald dat de termijn voor het naar voren brengen van zienswijzen langer dan zes weken bedraagt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, in onder meer haar uitspraak van 13 maart 2013, zaak nr. 201201045/1/R3, staat het een bestuursorgaan niet vrij een termijn voor het indienen van zienswijzen te gunnen die de termijn van artikel 3:16, eerste lid, van de Awb overschrijdt, omdat dit in strijd is met het systeem van afdeling 3.4 van de Awb. De raad heeft derhalve in strijd met artikel 3:16, eerste lid, van de Awb gehandeld.

6.2. De Afdeling ziet evenwel aanleiding de schending van artikel 3:16, eerste lid, van de Awb met toepassing van artikel 6:22 van de Awb te passeren. Hiertoe overweegt zij als volgt.

Ingevolge artikel 6:22 van de Awb kan een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist in stand worden gelaten indien aanneemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

[appellant sub 1] en de andere appellanten hebben tijdig een zienswijze tegen het ontwerpplan naar voren gebracht. Voorts is niet aanneemelijk dat andere belanghebbenden in hun belangen zijn geschaad door het ontwerpplan acht weken ter inzage te leggen en binnen die termijn gelegenheid te bieden zienswijzen naar voren te brengen. Het betoog faalt.

6.3. De raad heeft verder uiteengezet dat één inwoner in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze tegen het ontwerpplan binnen twee weken nader toe te lichten. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, in onder meer haar uitspraak van 13 augustus 2008 in zaak nr. 200706451/1, brengt het zorgvuldigheidsbeginsel met zich dat, indien een besluit met de in afdeling 3.4 van de Awb neergelegde uniforme openbare voorbereidingsprocedure is voorbereid, zoals in dit geval, de indiener van de binnen de wettelijke termijn ingebrachte niet nader toegelichte bezwaren onverwijld in de gelegenheid wordt gesteld om deze binnen twee weken van gronden te voorzien. De raad heeft in dit geval betrokkene dan ook terecht gelegenheid geboden de tijdig ingebrachte zienswijze alsnog binnen de gestelde termijn van een motivering voorzien.

Terinzagelegging

7. Stichting Tegenwind betoogt dat de raad ten onrechte bepaalde stukken noch bij het ontwerpplan, noch bij het vastgestelde plan ter inzage heeft gelegd. Zij heeft ter zitting in dit verband gewezen op de anterieure overeenkomst en de planschaderisicoanalyse van SAOZ.

[appellant sub 1] en Stichting TegenWind betogen daarnaast dat de raad na de terinzagelegging van het ontwerpplan ten onrechte stukken aan het plan ten grondslag heeft gelegd zonder de indieners van een zienswijze in de gelegenheid te stellen op die stukken te reageren. [appellant sub 1] en Stichting TegenWind hebben ter zitting in dit verband gewezen op het Toetsingsadvies over het milieurapport en de aanvulling daarop van de Commissie voor de milieueffectrapportage van 14 oktober 2013. Stichting Tegenwind heeft daarnaast nog gewezen op de aanvullingen op de passende beoordeling die zijn gedateerd op 3 oktober 2013.

7.1. Ingevolge artikel 3:11, eerste lid, van de Awb, legt het bestuursorgaan het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, ter inzage.

7.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 30 maart 2011 in zaak nr. 201007248/1/R1), kan een ten behoeve van de grondexploitatie gesloten antieure overeenkomst niet worden aangemerkt als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk als bedoeld in artikel 3:11, eerste lid, van de Awb. De antieure overeenkomst hoefde daarom niet met het ontwerpplan ter inzage te worden gelegd.

Voorts blijkt uit de stukken en het verhandelde ter zitting dat de initiatiefnemers ten behoeve van eigen gebruik een planschaderisicoanalyse hebben opgesteld, maar dat de raad geen inzage heeft gekregen in de inhoud van deze planschaderisicoanalyse. De planschaderisicoanalyse is dan ook niet aan het besluit ten grondslag gelegd. De planschaderisicoanalyse kan in dit geval dan ook niet worden aangemerkt als een op het ontwerpplan betrekking hebbend stuk dat de raad op grond van artikel 3:11 van de Awb ter inzage had moeten leggen. Voor het antwoord op de vraag of de raad ter onderbouwing van de financiële uitvoerbaarheid van het plan een planschaderisicoanalyse aan zijn besluit ten grondslag had moeten leggen, verwijst de Afdeling naar overweging 28.1.

7.3. Het concept-toetsingsadvies voor de MER van 10 september 2013 en de overige door [appellant sub 1] en Stichting TegenWind genoemde stukken zijn tot stand gekomen na de terinzagelegging van het ontwerpplan. Het zijn dan ook geen op het ontwerpplan betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 3:11 van de Awb. Uit de Awb, de in de Wm neergelegde procedure voor de voorbereiding van een MER, noch enige andere bepaling volgt dat de raad gehouden is de indieners van zienswijzen, door toezending dan wel terinzagelegging, in kennis te stellen van stukken met betrekking tot het ontwerpplan en het MER die na de terinzagelegging van het ontwerpplan aan hem bekend worden. Onder omstandigheden kan echter uit het oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding aanleiding bestaan betrokkenen in kennis te stellen van dergelijke nadere stukken en aan hen de gelegenheid te bieden hierop te reageren. Vast staat dat de indieners van zienswijzen in dit geval niet in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op de stukken die tot stand zijn gekomen na de terinzagelegging van het plan. Naar het oordeel van de Afdeling is het (concept)toetsingsadvies van de commissie voor de milieueffectrapportage in dit geval geen stuk

waarop de raad betrokkenen in de gelegenheid had moeten stellen te reageren, mede nu het advies niet dient ter motivering van het besluit. De drie aanvullingen op de passende beoordeling zijn evenwel mede opgesteld naar aanleiding van de ingediende zienswijzen en zijn gebruikt om de ingediende zienswijzen te weerleggen. In deze aanvullingen is de conclusie uit de passende beoordeling dat het plan niet leidt tot significante effecten voor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein genuanceerd, in die zin dat uit de aanvullingen is gebleken dat mitigerende maatregelen nodig zijn om significante effecten te voorkomen. Onder deze omstandigheden had het naar het oordeel van de Afdeling in dit geval op de weg van de raad gelegen de indieners van zienswijzen in kennis te stellen van deze aanvullingen en hen in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Nu de raad dit heeft nagelaten, is het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb voorbereid.

7.4. De Afdeling ziet evenwel, mede gelet op de aard en de inhoud van de stukken, aanleiding dit gebrek in dit geval met toepassing van artikel 6:22 van de Awb te passeren. Hiertoe overweegt zij als volgt.

Stichting TegenWind en de overige appellanten zijn alsnog in de gelegenheid gesteld de aanvullingen op de passende beoordeling in te zien en hebben hierover in deze procedure hun bezwaren kenbaar kunnen maken. Voorts is niet aannemelijk dat andere belanghebbenden in hun belangen zijn geschaad doordat de raad de indieners van zienswijzen niet in kennis heeft gesteld van de aanvullingen op de passende beoordeling en hen niet in de gelegenheid heeft gesteld hierop te reageren. Daarbij betreft de Afdeling dat de aanvullingen op de passende beoordeling met het vastgestelde plan ter inzage hebben gelegen. Aangenomen mag worden dat indien een indiener van een zienswijze, na kennis te hebben genomen van de aanvullingen op de passende beoordeling, zijn bezwaren over de inhoud van de aanvullingen kenbaar had willen maken, hij beroep had ingesteld. Het betoog faalt.

(...)

Natura 2000

22. [appellant sub 1], [appellant sub 2], NABU en Stichting TegenWind betogen dat het plan zal leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de nabij het voorziene windturbinepark gelegen Natura 2000-gebieden. Zij vrezen in

het bijzonder dat het plan zal leiden tot een verslechtering van de staat van instandhouding van de vogelsoorten waarvoor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein is aangewezen. NABU stelt dat de raad op basis van onjuiste feiten heeft vastgesteld voor welke soorten het gebied Unterer Niederrhein is aangewezen. Volgens NABU mist de raad daardoor dat het gebied is aangewezen voor onder meer de wulp, de tureluur en enkele andere vogelsoorten. Daarbij komt dat in de passende beoordeling niet de juiste instandhoudingsdoelstellingen zijn vermeld. Volgens NABU had de raad dienen uit te gaan van de instandhoudingsdoelstellingen die zijn neergelegd in het Maßnahmenkonzept für das EU-Vogelschutzgebiet Unterer Niederrhein, gedateerd februari 2011 (hierna: het Mako).

NABU en Stichting TegenWind betogen voorts dat de raad er ten onrechte van uit is gegaan dat het Duitse Natura 2000-gebied op een afstand ligt van 500 m van het voorziene windturbinepark. Volgens hen zijn de windmolens op een afstand van 265 m van het Natura 2000-gebied voorzien. Nu in de rapporten op dit punt van een onjuist uitgangspunt is uitgaan, heeft de raad niet inzichtelijk gemaakt dat het plan niet leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein.

22.1. Ingevolge artikel 6, derde lid, 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 (PB 1992 L 206; hierna: de Habitatrichtlijn) wordt voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een dergelijk gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.

Ingevolge artikel 19j, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) houdt een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit tot het vaststellen van een plan dat, gelet op de instandhoudingsdoelstelling voor een Natura 2000-gebied, de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in dat gebied kan verslechteren of een significant verstoring effect kan hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, ongeacht de beperkingen die ter zake in het wettelijk voorschrift waarop het berust, zijn gesteld, rekening met de gevolgen die het inpassingsplan kan hebben voor het gebied.

Ingevolge het tweede lid maakt het bestuursorgaan voor plannen als bedoeld in het eerste lid, 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 plannen of projecten significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, alvorens het inpassingsplan vast te stellen een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied.

Ingevolge het derde lid wordt het besluit, bedoeld in het eerste lid, in de gevallen, bedoeld in het tweede lid, alleen genomen indien is voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 19g.

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

22.2. In de passende beoordeling is bezien of het plan significante effecten heeft op drie Natura 2000-gebieden, te weten het Natura 2000-gebied Gelderse Poort, het Natura 2000-gebied Uiterwaarden IJssel en het Duitse Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. In de passende beoordeling is geconcludeerd dat effecten op de vogelpopulaties waarvoor de Natura 2000-gebieden Uiterwaarden IJssel en Gelderse Poort zijn aangewezen is uitgesloten. De passende beoordeling is op dit punt niet gemotiveerd bestreden. Hetgeen is aangevoerd geeft daarom geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet op grond van de passende beoordeling ervan heeft kunnen verzekeren dat de natuurlijke kenmerken van de Natura

2000-gebieden Gelderse Poort en Uiterwaarden IJssel ten gevolge van het plan niet zullen worden aangetast.

22.3. In de passende beoordeling is voorts geconcludeerd dat het plan wel leidt tot effecten voor vogelsoorten waarvoor het Duitse Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein is aangewezen. Het plan zal evenwel niet leiden tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van dit Natura 2000-gebied, zo is in de passende beoordeling geconcludeerd.

22.4. Het gebied "Unterer Niederrhein" is bij besluit van 17 december 2004 aangewezen 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 (PbEG L 103) zoals vervangen door 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). Voor het Duitse Natura 2000-gebied is niet het beschermingsregime van artikel 19j van de Natuurbeschermingswet 1998 van toepassing, maar dat van artikel 6 van de Habitatrictlijn.

22.5. In tabel 2 van de passende beoordeling is weergegeven voor welke soorten het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein is aangewezen. In tabel 2 staan onder meer de wulp en de tureluur genoemd. De stelling van NABU dat de raad ten onrechte niet heeft onderkend dat het gebied onder meer voor de wulp en de tureluur is aangewezen, mist daarom feitelijke grondslag. Voor zover NABU heeft gesteld dat de raad heeft miskend dat het gebied eveneens voor de vogelsoorten zeearend, lepelaar, visarend, steltkluut, kluut, velduil, ooievaar, buidelmee, oeverloper, aalscholver, gekraagde roodstaart, geoorde fuut, kuifeend en stormmeeuw is aangewezen, overweegt de Afdeling het volgende. In het beheerplan waarnaar NABU in dit verband verwijst, is weliswaar vermeld dat de genoemde vogelsoorten in het Natura 2000-gebied voorkomen, maar is eveneens vermeld dat blijkens het aanwijzingsbesluit van 17 december 2004 het gebied niet is aangewezen voor de genoemde soorten en dat deze soorten ook niet zijn vermeld op de Duitse standaardgegevensformulieren, de formulieren die als communicatiemiddel dienen tussen een lidstaat en de Europese Commissie en waarmee informatie over de aan te wijzen gebieden naar de Europese Commissie worden verstuurd. De raad heeft dan ook terecht

bij de beoordeling van de effecten voor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein deze vogelsoorten buiten beschouwing gelaten.

22.6. In tabel 2 van de passende beoordeling is eveneens weergegeven wat de instandhoudingsdoelstellingen zijn voor de vogelsoorten waarvoor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein is aangewezen. De gegevens in de tabel zijn gestoeld op het rapport "Ecologische beoordeling windpark Den Tol te Netterden" van Brenninkmeijer en Biezenaar, gedateerd 17 november 2011 (hierna: de ecologische quickscan). Uit de ecologische quickscan blijkt dat de weergegeven instandhoudingsdoelstellingen zijn ontleend aan het standaardgegevensformulier van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein dat dient als communicatiemiddel tussen de lidstaat en de Europese Commissie. Ter zitting heeft de raad uiteengezet dat NABU terecht stelt dat de instandhoudingsdoelstellingen niet hadden moeten worden ontleend aan het standaardgegevensformulier, maar aan het Mako. De raad heeft erkend dat in de passende beoordeling dan ook niet de juiste, voor sommige soorten te lage, instandhoudingsdoelstellingen zijn vermeld. De raad en Windpark Den Tol B.V. hebben gesteld dat de doelstellingen in het Mako evenwel wel bij de beoordeling van het plan zijn betrokken. De Afdeling stelt echter vast dat dit noch uit de passende beoordeling, noch uit de aanvullingen op de passende beoordeling blijkt. De raad heeft derhalve niet inzichtelijk gemaakt dat zijn conclusie dat het plan niet leidt tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein stand houdt, indien rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen uit het Mako.

22.7. In de ecologische quickscan is vermeld dat de dichtstbijzijnde windturbines van het beoogde windturbinepark zijn voorzien op een afstand van ruim 500 m van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. De Afdeling stelt evenwel vast dat het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein op een afstand van ongeveer 265 m van de dichtstbijzijnde voorziene windturbine ligt. De raad heeft ter zitting uitgelegd dat het plan na het opstellen van de ecologische quickscan nog is gewijzigd, waardoor de afstand tussen de voorziene windturbines en het Natura 2000-gebied is verkleind. In de ecologische quickscan is derhalve uitgegaan van een onjuiste afstand. Dit klemmt, nu uit de ecologische quickscan blijkt dat de veronderstelde

afstand tot het betrokken Natura 2000-gebied mede bepalend is geweest voor de conclusie dat voor een groot aantal vogelsoorten op voorhand significante effecten konden worden uitgesloten. Deze conclusie is, zonder nader onderzoek, met een enkele verwijzing naar de ecologische quickscan in de passende beoordeling overgenomen. In de passende beoordeling is aldus op onjuiste gronden gesteld dat het plan geen significante effecten heeft op de desbetreffende vogelsoorten. De raad heeft dit niet onderkend.

22.8. Voor de vogelsoorten waarvoor in de ecologische quickscan niet op voorhand significante effecten konden worden uitgesloten is in de passende beoordeling wel nader onderzoek verricht. Niet inzichtelijk is evenwel of bij dit onderzoek wel is uitgegaan van de juiste afstand tot het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. In de passende beoordeling is namelijk evenals in de quickscan foutief vermeld dat de dichtstbijzijnde windturbines van het beoogde windturbinepark zijn voorzien op een afstand van ruim 500 m tot het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. Hoewel in de passende beoordeling afbeeldingen zijn gevoegd, waarop de voorziene windmolens en het Natura 2000-gebied op een juiste schaal zijn weergegeven, kan uit de passende beoordeling, anders dan de raad stelt, niet met zekerheid worden afgeleid dat bij de passende beoordeling is betrokken dat het Natura 2000-gebied op een afstand van ongeveer 265 m van het windpark ligt. De tekst van de passende beoordeling geeft daar namelijk geen blijk van. Gelet hierop staat niet vast dat bij de beoordeling of het plan leidt tot significante effecten voor de vogelsoorten waarvoor in de quickscan significante effecten niet op voorhand konden worden uitgesloten, is uitgegaan van de juiste feitelijke uitgangspunten. Ook dit heeft de raad niet onderkend.

23. NABU twijfelt voorts aan het uitgangspunt in de passende beoordeling dat buiten een afstand van 200 m van de windturbines geen effecten zijn te verwachten van het voorziene windturbinepark. Zij wijst in dit verband op het beheerplan waarin is vermeld dat op een afstand van minder dan 1000 m van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein geen windturbines mogen worden geplaatst. NABU vreest in het bijzonder dat het plan zal leiden tot significante effecten voor de weidevogelsoorten grutto, kievit, wulp, watersnip en tureluur. Onder verwijzing naar het in haar opdracht door Alterra Wageningen opgestelde

rapport “Contra-expertise van de ecologische beoordelingen Windpark Den Tol bij Netterden” (hierna: de contra-expertise) stelt NABU dat er in de passende beoordeling ten onrechte van is uitgegaan dat de verstoringafstand voor de steltlopers, zoals de grutto en de tureluur, 200 m en voor de grasetende watervogels en de wulp 450 m bedraagt. Volgens NABU geldt voor de weidevogelsoorten grutto, kievit, wulp, watersnip en tureluur een grotere verstoringafstand. Daarnaast heeft de raad volgens NABU de risico’s van aanvaringen met windturbines voor de andere weidevogelsoorten dan de grutto onderschat.

23.1. In de passende beoordeling is vermeld dat verschillende wetenschappelijke studies zijn uitgevoerd naar het effect en de verstoringafstanden van windmolens en windparken. Er is een overzicht in de passende beoordeling gevoegd waarbij de resultaten van deze studies zijn weergegeven. In de passende beoordeling staat dat de resultaten van de studies niet eenduidig zijn. Volgens de passende beoordeling kan op basis van een onderzoek van Ketzenberg et al. (2002) evenwel worden afgeleid dat de verstoringafstand voor de steltlopers, zoals de grutto en de tureluur, 200 m bedraagt. Gelet op de publicatie van Voslamber en Liefing (2011) wordt in de passende beoordeling geconcludeerd dat voor de grasetende watervogels en de wulp de verstoringafstand in dit geval 450 m bedraagt. Verder staat in de passende beoordeling dat het potentieel aantal aanvaringslachtoffers onder de vogelsoorten waarvoor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein is aangewezen, minder is dan 1% van de natuurlijke jaarlijkse sterfte van de aanwezige populatie. Significante effecten voor vogels ten gevolge van aanvaringen met de windturbines zijn daarom uitgesloten. In de aanvulling op de passende beoordeling van Bureau Waardenburg van 3 oktober 2013 zijn de resultaten neergelegd van een aanvullend onderzoek naar de gevolgen van aanvaringen met de windturbines voor de grutto.

23.2. In de contra-expertise is vermeld dat de weidevogelpopulaties in het Natura 2000-gebied zich sterk concentreren in de noordelijke randzone van het Natura 2000-gebied op een afstand van ongeveer 265 m van de voorziene windturbines. Volgens de contra-expertise blijkt uit onderzoeken dat opgaande landschapselementen, zoals bomen, gebouwen en hoogspanningsmasten, op grotere afstand dan de genoemde 200 m en 450 m tot een ecologisch significante verlaging van de vestigings-

dichtheid van vogels leidt. Stilstaande windturbines zullen daarom ook als opgaand landschapselement tot dit effect leiden, zo staat in de contra-expertise. Draaiende windturbines produceren daarnaast veel geluid en kunnen voor aanvullende verstoring zorgen. In de passende beoordeling voor de vaststelling van de verstoringsafstanden ten gevolge van de draaiende windturbines is echter uitgegaan van verouderde rapporten waarin bovendien de effecten van veel kleinere windturbines zijn onderzocht dan de voorziene windturbines. In de contra-expertise staat dat de meest recente studies suggereren dat actieve windparken de vestiging van weidevogelterritoria (met name de grutto, wulp en watersnip), op afstanden van 430 m tot 500 m significant negatief kan beïnvloeden. Bovendien is volgens de contra-expertise in de passende beoordeling en de aanvullingen daarop ten onrechte uitsluitend onderzoek gedaan naar de gevolgen van aanvaringen van de grutto met de voorziene windturbines. De balts- en paniekvluchten van de Kievit, de tureluur, maar vooral de wulp en de watersnip kunnen evenzeer een verhoogd mortaliteitsrisico opleveren, zo staat in de contra-expertise.

23.3. In de memo "Reactie op de contra-expertise van Alterra n.a.v. PB Windpark Den Tol" van Arcadis, gedateerd 5 februari 2015, (hierna: de memo van Arcadis) is een inhoudelijke reactie gegeven op de contra-expertise. In deze memo is gesteld dat op basis van de uitkomsten van de genoemde studies in de contra-expertise niet zonder meer kan worden vastgesteld dat windturbines op dezelfde manier verstorend werken als een bosrand of andere opgaande elementen. Volgens de memo blijkt uit onderzoek dat een deel van de populatie van vogels wel degelijk nabij hoog opgaande structuren gaat broeden. De windturbines zullen dan ook niet tot lagere aantallen dichtheden van vogels hoeven leiden. In de memo staat verder dat er wetenschappelijke bronnen zijn die aangeven dat de hoogte van de turbine niet bepalend is voor de mate van verstoring. Dat het onderzoek waarnaar is verwezen in de passende beoordeling betrekking heeft op kleinere turbines, is daarom geen reden dat het onderzoek niet kan worden gebruikt. Daarnaast is volgens de memo in de contra-expertise miskend dat de verstoringsafstand mede wordt bepaald door de omgeving en het landschap. Volgens de memo zal vanwege de nabijgelegen autosnelweg de geluidverstoring door het windpark geen negatieve effecten hebben

op het broedgebied van de grutto. Wat de aanvaringen met de windturbines betreft, is er geen aanleiding te veronderstellen dat de wulp tijdens baltsvluchten een grotere afstand aflegt dan de grutto. Dit betekent dat de conclusies die zijn getrokken voor de grutto en de maatregelen die in dit verband zijn getroffen ook volstaan om significante effecten voor de wulp te voorkomen. Voor de andere weidevogelsoorten, waarvan de baltsvluchten over een kortere afstand en minder vaak door het plangebied plaatsvinden, geldt dit des te meer, zo staat in de memo.

23.4. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft meermaals geoordeeld dat in het bij artikel 6, lid 3, tweede volzin, van de Habitatrichtlijn vastgestelde toestemmingscriterium het voorzorgsbeginsel ligt besloten, aangezien de bevoegde nationale instantie de toestemming voor het voorgedragen plan of project moet weigeren wanneer zij nog niet de zekerheid heeft verkregen dat het plan of project geen effecten heeft die de natuurlijke kenmerken van dat gebied zullen aantasten. Op die manier kan volgens het Hof op efficiënte wijze worden voorkomen dat de natuurlijke kenmerken van de beschermde gebieden worden aangetast als gevolg van plannen of projecten. Met een minder streng toestemmingscriterium zou de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming van de gebieden waartoe deze bepaling strekt, niet even goed kunnen worden gegarandeerd. Een overeenkomstig artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn uitgevoerde beoordeling mag dus geen leemten vertonen en moet volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies bevatten die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor het betrokken beschermde gebied kunnen wegnemen (arrest van 15 mei 2014, C-521/12 (ECLI:EU:C:2014:330) Briels en arrest van 11 april 2013, C-258/11 (ECLI:EU:C:2013:220) Sweetman, www.curia.europa.eu)

23.5. De raad stelt terecht dat bij de beoordeling of de voorziene windmolens leiden tot significante effecten voor het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein geen doorslaggevend gewicht hoeft te worden toegekend aan het Mako waarin een afstand wordt aanbevolen van 1000 m tussen windturbines en een vogelrichtlijngebied. Deze aanbeveling in het Mako heeft immers betrekking op vogelrichtlijngebieden in het algemeen, terwijl

de passende beoordeling ziet op de specifieke situatie in het plangebied en het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein.

De contra-expertise die NABU heeft overgelegd heeft wel specifiek betrekking op het onderhavige plan. Uit de contra-expertise blijkt dat uit de in de literatuur beschreven onderzoeken naar de gevolgen van opgaande landschapselementen in het algemeen en windturbines in het bijzonder, kan worden afgeleid dat de in de passende beoordeling aangehouden verstoringsafstand van 200 onderscheidenlijk 450 m niet zonder meer voldoende is om significante effecten voor weidevogels uit te sluiten. Bovendien blijkt uit de contra-expertise dat de Kievit, de Tureluur, de Wulp en de Watersnip ook balts- en paniekvluchten uitvoeren die, evenals de vluchten van de grutto, een verhoogd mortaliteitsrisico kunnen opleveren. De inhoud van de contra-expertise die NABU heeft overgelegd geeft dan ook aanleiding om te twifelen aan de juistheid van de passende beoordeling, voor zover het betreft de effecten van het plan voor weidevogels. Naar het oordeel van de Afdeling nemen de memo en het verhandelde ter zitting deze twijfel niet weg. Daartoe wordt overwogen dat uit de passende beoordeling, de contra-expertise en de memo blijkt dat uit de in de literatuur beschreven onderzoeken naar de gevolgen van windmolens voor vogels geen eenduidige resultaten zijn af te leiden. Door enkel te verwijzen naar onderzoeken met andere conclusies dan de onderzoeken waarnaar NABU heeft verwezen, zoals op het punt van de verstoring door opgaande landschapselementen, heeft de raad dan ook niet in het licht van het in artikel 6 lid 3 neergelegde voorzorgsbeginsel aangetoond dat aan de resultaten van de door hemzelf genoemde onderzoeken een doorslaggevend gewicht moet worden toegekend. De memo en het verhandelde ter zitting zijn aldus onvoldoende om de inhoud van de passende beoordeling te ondersteunen. Derhalve is niet zeker dat de effecten van het plan voor de vogelsoorten grutto, Kievit, Wulp, Watersnip en Tureluur in de passende beoordeling en de aanvullingen volledig in beeld zijn gebracht. De conclusie in de passende beoordeling dat het plan niet leidt tot significante effecten voor de vogelsoorten Kievit, Wulp, Watersnip en Tureluur en de conclusie in de aanvulling op de passende beoordeling dat het plan alleen ten gevolge van aanvaringen met de windturbines leidt tot significante effecten voor

de grutto, heeft de raad dan ook niet aan zijn besluit ten grondslag mogen leggen. Het betoog slaagt.

24. [appellant sub 1], NABU en Stichting Tegenwind kunnen zich voorts niet verenigen met het standpunt van de raad dat het plan vanwege een zogenoemde stilstandsregeling niet zal leiden tot significante effecten voor de grutto. Volgens hen is ten onrechte de mitigerende maatregel niet in het plan verzekerd. Volgens [appellant sub 1] en NABU is de stilstandsregeling bovendien niet afdoende om significante effecten voor de grutto te voorkomen. NABU stelt in dit verband onder verwijzing naar de contra-expertise dat ook stilstaande windturbines de kwaliteit van de broedbiotoop van de grutto aanzienlijk zullen verminderen.

24.1. De raad stelt zich op het standpunt dat de mitigerende maatregel die in de passende beoordeling is voorgesteld voor de grutto niet in het plan kan worden neergelegd, omdat de maatregel niet ruimtelijk relevant is. Een voorschrift tot het stilzetten van enkele turbines gedurende een bepaalde periode zal volgens de raad worden opgenomen in de omgevingsvergunning voor de bouw en het oprichten en in gebruik nemen van de windturbine.

24.2. Op 3 oktober 2013 is door Arcadis een memo "Aanvullende informatie Passende Beoordeling Windpark Den Tol" opgesteld (hierna: de aanvulling op de passende beoordeling van Arcadis). In de aanvulling op de passende beoordeling van Arcadis staat dat zonder maatregelen significante effecten voor de grutto niet zijn uitgesloten. Vermeld is dat door het niet in werking hebben van de vier zuidelijkste windmolens tijdens de zogenoemde kritische maanden – waarin grutto's balts- en paniekvluchten over lange afstanden uitvoeren – het effect niet langer significant is. In het rapport "Vlieggedrag van grutto's in plangebied windpark Den Tol" van Bureau Waardenburg, gedateerd 2 oktober 2014 (hierna: het rapport Vlieggedrag van grutto's), zijn de resultaten neergelegd van nader onderzoek naar het aantal aanvaringslachtoffers onder de grutto ten gevolge van de voorziene windturbines. In het rapport Vlieggedrag van grutto's is gesteld dat indien de meest zuidoostelijke windturbine in de incubatieperiode van de grutto's (april) gedurende de daglichtperiode wordt stilgezet de additionele sterfte zal worden gereduceerd tot 1 slachtoffer per 8 jaar. Met een dergelijke mitigatie kunnen signifi-

cante effecten op de broedpopulatie van het Natura 2000-gebied met zekerheid worden uitgesloten, zo is in het rapport Vlieggedrag van grutto's geconcludeerd.

24.3. Naar het oordeel van de Afdeling had het in dit geval op de weg van de raad gelegen de benodigde stilstandsregeling in het bestemmingsplan te waarborgen. Dat ten tijde van het nemen van het besluit het voornemen bestond om een stilstandsregeling in de voorschriften van de omgevingsvergunning op te nemen, doet er namelijk niet aan af dat de mitigerende maatregel zich naar zijn aard leent om te worden gewaarborgd in het bestemmingsplan. Daartoe is van belang dat de verplichting om de meest zuidelijke windturbine gedurende de incubatieperiode van de grutto buiten werking te stellen direct ertoe leidt dat het in het plan toegelaten gebruik, het opwekken van windenergie, gedurende een bepaalde periode niet mogelijk is. Nu de maatregel naar het oordeel van de raad noodzakelijk is om te verzekeren dat het plan de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein niet aantast, heeft de maatregel ruimtelijke relevantie. Het betoog van [appellant sub 1], NABU en Stichting TegenWind dat de stilstandsregeling ten onrechte niet in het plan is verzekerd slaagt derhalve. De Afdeling merkt hierbij op dat, gelet op het overwogene onder 23.5, de stelling van de raad dat de in het rapport Vlieggedrag van grutto's voorgestelde stilstandsregeling voldoende is om significante effecten voor de grutto te voorkomen, niet zonder meer kan worden gevolgd. Het betoog slaagt.

25. NABU stelt voorts dat de raad niet inzichtelijk heeft gemaakt dat de voorziene windturbines niet zullen leiden tot significante effecten voor de kolgans. Volgens haar is de extra sterfte onder kolganzen ten gevolge van aanvaringen met windturbines ten onrechte gerelateerd aan de totale populatie van het hele Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein en niet aan de totale populatie in het deelgebied Hetter-Millingerbruch. NABU wijst er op dat in de aanvullingen op de passende beoordeling van Pondera Consult en Arcadis van 3 oktober 2013 is aanbevolen om mitigerende maatregelen te treffen in de vorm van het creëren van nieuw leefgebied voor de kolgans. Deze maatregelen hadden in het plan moeten worden verzekerd, zo stelt NABU.

25.1. De raad heeft uitgelegd dat in de aanvulling van de passende beoordeling, op verzoek van de Commissie voor de milieueffectrapportage, is

vermeld welke mitigerende maatregelen eventueel mogelijk zouden zijn. Nu evenwel in het plan is gekozen voor een uitvoering van het windpark die niet leidt tot significante effecten voor de kolgans, is het niet nodig mitigerende maatregelen te treffen voor deze soort, zo stelt de raad.

25.2. In de passende beoordeling staat dat voor de beoordeling of zich ten gevolge van aanvaringen van vogels met de windturbines significante effecten kunnen voordoen, het zogenoemde 1%-mortaliteitscriterium is toegepast. Dit criterium houdt in dat bij een verwachte sterfte van minder dan 1% van de natuurlijke jaarlijkse sterfte van de aanwezige populatie wordt aangenomen dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet worden aangetast. In de passende beoordeling staat dat in het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein 150.000 kolganzen voorkomen, waarvan er gemiddeld jaarlijks 30% een natuurlijke dood sterft. De 1%-mortaliteitsnorm bedraagt daarom 450 kolganzen per jaar. In de passende beoordeling staat dat jaarlijks 92 kolganzen zullen omkomen ten gevolge van aanvaringen met de voorziene windturbines. Nu de 1%-mortaliteitsnorm niet wordt overschreden, zijn significante effecten voor de kolgans uitgesloten, zo is in de passende beoordeling vermeld.

25.3. NABU heeft niet bestreden dat ten gevolge van het plan jaarlijks 92 kolganzen zullen omkomen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 1 april 2009 in zaak nr. 200801465/1/R2, kan het 1%-mortaliteitscriterium worden gehanteerd 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 soorten voor de instandhouding waarvoor het gebied is aangewezen. De Afdeling ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat bij het toepassen van het 1%-mortaliteitscriterium niet kan worden uitgegaan van de populatie van het gehele Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. De raad heeft dan ook terecht op basis van de passende beoordeling gesteld dat het plan niet leidt tot significante effecten voor de kolgans. De raad heeft daarom geen noodzaak hoeven zien de in de aanvullingen op de passende beoordeling genoemde mitigerende maatregelen voor de kolgans te treffen. Het betoog faalt.

26. [appellant sub 1] en Stichting TegenWind stellen verder dat ten onrechte geen onderzoek is verricht naar de cumulatieve effecten van het plan met het windpark aan de Papenkampseweg.

26.1. In de passende beoordeling is vermeld dat het windturbinepark aan de Papenkampseweg in noord-zuidelijke richting is gesitueerd. Deze windmolens hebben vooral een effect op vogels die vanaf de plassen naar het oosten vliegen. De windmolens aan de Papenkampseweg belemmeren de vliegroutes vanaf de plassen naar het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein niet. Cumulatieve effecten van het onderhavige plan met het windturbinepark aan de Papenkampseweg op het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein worden daarom niet verwacht, zo staat in de passende beoordeling.

Gezien het voorgaande zijn de cumulatieve effecten van het plan onderzocht. [appellant sub 1] en Stichting TegenWind hebben de passende beoordeling op dit punt niet gemotiveerd bestreden. Het betoog faalt derhalve.

27. Gelet op al het voorgaande, in het bijzonder het overwogene onder 22.6, 22.7, 22.8, 23.5 en 24.3, geeft hetgeen is aangevoerd aanleiding voor het oordeel dat de raad niet de zekerheid heeft verkregen dat het plan de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein niet zal aantasten. Het betoog dat het plan in strijd is met artikel 6, lid 3, van de Habitatrichtlijn slaagt.

(...)

Conclusie bestemmingsplan

30. In hetgeen [appellant sub 1], [appellant sub 2], NABU en Stichting TegenWind hebben aangevoerd ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan is genomen in strijd met artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn. De beroepen zijn gegrond, zodat het besluit dient te worden vernietigd.

Besluit tot het niet vaststellen van een exploitatieplan

31. Stichting TegenWind kan zich niet verenigen met het besluit van de raad om geen exploitatieplan vast te stellen. De raad heeft volgens haar niet inzichtelijk gemaakt dat het verhaal van de kosten van de grondexploitatie over de in het plan begrepen gronden anderszins is verzekerd, nu de raad de inhoud van de anterieure overeenkomst niet kenbaar heeft gemaakt.

31.1. Ingevolge artikel 8:1, in samenhang gelezen met artikel 8:6 van de Awb en artikel 2 van bijlage 2 bij de Awb, kan een belanghebbende bij de Afdeling beroep instellen tegen een besluit omtrent vaststelling van een exploitatieplan voor gronden, begrepen in een gelijktijdig bekendgemaakt bestemmingsplan.

Ingevolge artikel 8.2, vierde lid, van de Wro, wordt als belanghebbende bij een besluit als bedoeld in de artikelen 6.12, eerste en tweede lid, in elk geval aangemerkt degene die een grondexploitatieovereenkomst heeft gesloten met betrekking tot in het desbetreffende besluit opgenomen gronden, of die eigenaar is van die gronden.

31.2. Het beroep van Stichting TegenWind is gericht tegen het niet vaststellen van financiële delen van een exploitatieplan als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid, en artikel 6.18 van de Wro. Indien de raad in dit geval een exploitatieplan zou hebben vastgesteld, zou Stichting TegenWind niet als belanghebbende kunnen worden aangemerkt bij de desbetreffende onderdelen van het exploitatieplan. Daartoe is van belang dat Stichting TegenWind geen grondexploitatieovereenkomst als bedoeld in artikel 8.2, vierde lid, van de Wro heeft gesloten met betrekking tot gronden in het plangebied, Stichting TegenWind en anderen geen eigenaar zijn van gronden in dat gebied en ook anderszins niet is gebleken van belangen van Stichting TegenWind die rechtstreeks betrokken zouden zijn bij de vaststelling van de genoemde onderdelen van een exploitatieplan. Gelet hierop kan Stichting TegenWind evenmin worden aangemerkt als belanghebbende bij het niet vaststellen van financiële delen van een exploitatieplan als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid, en artikel 6.18 van de Wro. Het beroep van Stichting TegenWind tegen het besluit omtrent vaststelling van een exploitatieplan is niet-ontvankelijk.

Opdracht

32. Uit oogpunt van rechtszekerheid en gelet op artikel 1.2.3 van het Bro, ziet de Afdeling aanleiding de raad op te dragen het hierna in de beslissing nader aangeduide onderdeel van deze uitspraak binnen vier weken na verzending van de uitspraak te verwerken op de landelijke voorziening, www.ruimtelijkeplannen.nl.

Proceskosten

33. Ten aanzien van [appellant sub 2], NABU en Stichting TegenWind dient de raad op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld. Over de door NABU gevraagde vergoeding

van het in haar opdracht opgestelde rapport van een deskundige overweegt de Afdeling dat deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen, nu NABU desgevraagd niet heeft onderbouwd hoeveel uren aan het opstellen van het deskundigenrapport zijn besteed.

Ten aanzien van [appellant sub 1] is niet gebleken van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het beroep van de stichting Stichting Tegen Wind(molens) Netterden en omstreken en anderen tegen het besluit omtrent vaststelling van het exploitatieplan van 28 november 2013 niet-ontvankelijk;

II. verklaart de beroepen tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan van 28 november 2013, kenmerk 13int007410 gegrond;

III. vernietigt het besluit van de raad van de gemeente Oude IJsselstreek van 28 november 2013, kenmerk 13int007410;

IV. draagt de raad van de gemeente Oude IJsselstreek op om binnen vier weken na verzending van deze uitspraak ervoor zorg te dragen dat het hiervoor vermelde onderdeel III wordt verwerkt in het elektronisch vastgestelde plan dat te raadplegen is op de landelijke voorziening, www.ruimtelijkeplannen.nl;

V. veroordeelt de raad van de gemeente Oude IJsselstreek tot vergoeding van bij partijen in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten:

(...)

NOOT

In casu was een gecombineerd MER gemaakt voor enerzijds de omgevingsvergunning voor het initiatief om windmolens te realiseren en anderzijds een plan-m.e.r. voor het bestemmingsplan. Dit laatste vanwege het vereiste om een passende beoordeling te maken. Zoals in het toetsingsadvies van de Commissie voor de m.e.r. te lezen is (www.commissiemer.nl, rapportnr. 2578–95) kleefden aan het MER zoals zij dat ter toetsing voorgelegd had gekregen, essentiële gebreken. Zo ontbrak een beschrijving van de effecten van het windturbinepark op de

grutto's van het Duitse Natura 2000-gebied Unterer Niederrhein. De praktijk is dan aldus dat de Commissie voor de m.e.r. een voorlopig toetsingsadvies uitbrengt. Het bevoegd gezag wordt dan in de gelegenheid gesteld een aanvulling op het MER op te stellen en deze nogmaals aan de Commissie voor advies voor te leggen. Dat dit laatste niet per se hoeft, blijkt bijvoorbeeld uit ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3191.

Deze uitspraak heb ik geselecteerd omdat één zinsnede uit rechtsoverweging 7.3 mij in hoge mate interesseert, namelijk: "(...), mede nu het advies niet dient ter motivering van het besluit." Hier wordt het toetsingsadvies van de Commissie m.e.r. bedoeld. Dat het (concept-)toetsingsadvies conform de vaste lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak niet ter inzage hoefde te liggen bij het ontwerpbestemmingsplan op grond van art.1 3.11 Awb is te begrijpen. De stukken waren er toen eenvoudigweg nog niet. Ik kan mij zelfs voorstellen dat het niet nodig is om betrokkenen op de hoogte te stellen van deze nadere stukken – hoewel op dit aspect van de vaste lijn mijns inziens soms wel wat af te dingen is –, maar dat het advies van de Commissie niet dient ter motivering van het besluit, is mijns inziens onjuist.

Voor plan-m.e.r. geldt dat art. 7.14, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wm vereist dat in of bij het plan in ieder geval wordt vermeld wat is overwogen over het advies van de Commissie m.e.r. Ingevolge het eerste lid, aanhef en onder d, wordt in of bij het plan in ieder geval vermeld hetgeen is overwogen omtrent het door de Commissie overeengekomen art. 7.12 uitgebrachte advies. Hetzelfde geldt voor project-m.e.r. op grond van art. 7.37 Wm. Ik kan dit niet anders lezen dan een expliciete motiveringsplicht. Het gaat erom dat het bevoegd gezag in (of bij) het besluit gemotiveerd aangeeft op welke wijze in de besluitvorming rekening is gehouden met de informatie uit het project-MER alsmede onder meer met het advies van de Commissie m.e.r. Dat het vereiste van art. 7.14 Wm belangrijk genoeg is om tot vernietiging van het vaststellingsbesluit te concluderen, blijkt uit ABRvS 13 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4011, «JM» 2013/54, m.nt. Hoevenaars. Ik kan de genoemde zinsnede hiermee niet rijmen.

Tot slot zij opgemerkt dat het opvalt dat de Afdeling noch zelf in de zaak voorziet, noch een tussenuitspraak doet om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen het inhoudelijke gebrek vanwege de effecten voor grutto's te herstellen. Het lijkt mij niet zo heel ingewikkeld om een bestemmingsplanregel te maken waarin de stilstandsregeling bijvoorbeeld door middel van een voorwaardelijke verplichting wordt gewaarborgd. Uit de uitspraak zelf is niet af te leiden waarom die gelegenheid niet wordt geboden. Uit de uitspraak blijkt, mijns inziens terecht, zonneklaar dat een dergelijke stilstandsregeling ruimtelijk relevant is (zie r.o. 24.3). Dat in casu ten tijde van het nemen van het vaststellingsbesluit het voornemen bestond om een stilstandsregeling in de voorschriften van de omgevingsvergunning op te nemen, deed er volgens de Afdeling niet aan af dat de mitigerende maatregel zich naar zijn aard leent om te worden gewaarborgd in het bestemmingsplan. En met name dit laatste dienen bestemmingsplanmakers zich goed in te prenten.

S.M. van Velsen