Ontwerpbesluit tot afwijzing intrekkingsverzoek IU 20200217/IU 20200218

Verzoek tot intrekking
Op 21 december 2020 hebben wij, het college van burgemeester en wethouders van Nederweert, een verzoek ontvangen van de Stichting Behoud Leefmilieu Limburg Heythuysen, haar bestuurders in privé en haar sympathisanten (hierna: “de stichting”). Het gaat om een verzoek tot intrekking van twee omgevingsvergunningen:

- de omgevingsvergunning die wij hebben verleend voor de realisatie van twee windturbines met bijbehorende voorzieningen, gelegen aan Bientjesrandweg 3 en Zwarteboordweg 15 te Ospel, UV 20180020, en;
- de omgevingsvergunning die wij hebben verleend voor de realisatie twee windturbines met bijbehorende voorzieningen, gelegen aan Visvijversweg 4 en Vennendijk 4, UV 20180019.

De volgende stukken maken onderdeel uit van het verzoek:
- Intrekkingsverzoek, d.d. 17 december 2020, ingekomen 21 december 2020;
- Aanbiedingsbrief bij het DEI rapport, d.d. 22 januari 2021, ingekomen 22 januari 2021;
- Rapport DEI, Voorkom het windturbine syndroom, januari 2021, ingekomen 22 januari 2021.

Wij hebben de verzoeken geregistreerd onder de nummers IU 20200217 en IU 20200218.

Bevoegd gezag
Op basis van artikel 9f lid 1 Elektriciteitswet 1998 zijn Gedeputeerde Staten het bevoegd gezag voor de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie voor het opwekken van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5 maar niet meer dan 100 MW. Zij zijn gehouden de voorbereiding en bekendmaking van besluiten, met uitsluiting van het in eerste aanleg bevoegde bestuursorgaan niet zijnde het Rijk, te coördineren. Gedeputeerde Staten hebben echter op 22 augustus 2017 (kenmerk 2017/54408 en 99392) besloten dat lid 1 en lid 2 van artikel 9f Elektriciteitswet 1998 niet van toepassing zijn op de vier windturbines waarop de omgevingsvergunningen betrekking hebben. Daardoor zijn wij het bevoegd gezag voor besluiten over de vier windturbines, op grond van artikel 2.4 eerste lid van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (‘Wabo’) in samenhang met artikel 3.3 en bijlage I onderdeel C, onder categorie 20 van het Besluit omgevingsrecht (‘Bor’). Wij zijn ten aanzien van deze windturbines bevoegd tot het verlenen en intrekken van omgevingsvergunningen.

Ontvankelijkheid
Het verzoek is getoetst op ontvankelijkheid. Wij zijn van oordeel dat het verzoek voldoende informatie bevat voor een goede beoordeling. Het verzoek is dan ook ontvankelijk en verder in behandeling genomen.

Procedure
De besluitvormingsprocedure is uitgevoerd overeenkomstig het bepaalde in artikel 3.15, derde lid, in combinatie met artikel 3.10, eerste lid van de Wabo. Op grond daarvan geldt de uitgebreide voorbereidingsprocedure.

Verklaring van geen bedenkingen
Op grond van artikel 2.27 Wabo wijst het Bor of een bijzondere wet categorieën van gevallen aan waarvoor geldt dat een omgevingsvergunning niet wordt verleend dan nadat een daarbij aangewezen bestuursorgaan heeft verklaard dat het daartegen geen bedenkingen heeft. Op 3 juli 2018 heeft de gemeenteraad verklaringen afgegeven waaruit blijkt dat zij geen bedenkingen heeft tegen het verlenen van de gevraagde vergunningen voor de vier windturbines met bijbehorende voorzieningen, UV 20180019 en UV 20180020. Op datum invullen heeft de gemeenteraad verklaard niet voornemens te zijn deze afgegeven verklaringen van geen bedenkingen in ontwerp in te trekken.

Overwegingen
Het verzoek tot intrekking is beoordeeld aan de artikelen van de Wabo, het Bor, de Ministeriële regeling omgevingsrecht (‘Mor’) en het Unierecht. In de bijlage zijn de nadere inhoudelijke overwegingen opgenomen.

Ontwerpbesluit
Burgemeester en wethouders zijn voornemens (besluit van college en wethouder, in te vullen nummer), gelet op de weigeringsgronden genoemd in artikel 2.33 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de genoemde overwegingen om het intrekkingsverzoek van de omgevingsvergunningen UV 20180019 en UV 20180020 voor de bouw van vier windturbines af te wijzen.

Zienswijze
Het intrekkingsverzoek en ons voorgenomen besluit worden met bijbehorende stukken op grond van de Algemene wet bestuursrecht met ingang van **[in te vullen datum]** ter inzage gelegd. Iedereen kan binnen zes weken na start van de ter inzage termijn eventueel zienswijzen tegen of adviezen over de ontwerpbeschikking indienen bij het college van burgemeester en wethouders van Nederweert, postbus 2728, 6030 AA Nederweert.

Nederweert,
Burgemeester en wethouders van Nederweert,

De secretaris,	De burgemeester,
drs. J.C.T. (Johan) Bakens	B.M.T.J. (Birgit) Op de Laak

Bijlagen:
- Overwegingen
- Rechtsbeschermingsbijlage

1 Overwegingen

Aan het besluit liggen de volgende overwegingen ten grondslag:

1.1 Inleiding

Het verzoek heeft betrekking op het intrekken van de omgevingsvergunningen UV 20180019 en UV 20180020 en verleende verklaringen van geen bedenkingen voor de vier windturbines met bijbehorende voorzieningen. De vergunningen zijn verleend aan Burgerwindpark Ospeldijk B.V. N.V., UV 20180019 en Waterleiding Maatschappij Limburg (WML), UV 20180020. In het intrekkingsverzoek geeft de stichting een aantal argumenten, waarom het intrekkingsverzoek zou moeten worden ingewilligd. Een verzoek van derden tot intrekking van een onherroepelijke vergunning wordt beoordeeld op basis van artikel 2.33 van de Wabo. In onderstaande toetsing beoordelen wij het verzoek op basis van het wettelijk toetsingskader van de Wabo en de ingebrachte argumenten.

1.2 Situatie

De omgevingsvergunningen zijn 16 juli 2018 verleend. De vergunningen zijn verleend voor de volgende activiteiten:

- Het bouwen van een bouwwerk (artikel 2.1 lid 1 a Wabo);
- Het gebruiken van gronden in strijd met een bestemmingsplan (artikel 2.1 lid 1 c Wabo);
- Het uitvoeren van activiteiten die van invloed kunnen zijn op de fysieke leefomgeving (OBM) (artikel 2.1 lid 1 i Wabo).

Tegen de besluiten tot het verlenen van de vergunningen is beroep ingesteld. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: “de Afdeling”) heeft op 27 februari 2019 het beroep niet ontvankelijk verklaard voor de omgevingsvergunning voor twee windturbines met bijbehorende voorzieningen, gelegen aan Visvijversweg 4 en Vennendijk 4, UV 20180019 en het beroep ongegrond verklaard voor de omgevingsvergunning voor de twee windturbines met bijbehorende voorzieningen, gelegen aan Bientjesrandweg 3 en Zwarteboordweg 15 te Ospel, UV 20180020. De besluiten tot het verlenen van de omgevingsvergunningen hebben formele rechtskracht, hetgeen ook wordt erkend in het intrekkingsverzoek. Dit wil zeggen dat deze besluiten, in verband met de rechtszekerheid, onherroepelijk zijn. Van de ruimtelijke aanvaardbaarheid ervan moet in beginsel worden uitgegaan.

1.3 Toetsing intrekkingsverzoek

Grondslag intrekking

De bevoegdheid om een omgevingsvergunning in te trekken is geregeld in artikel 2.33 van de Wabo. De opsomming van de intrekkingsgronden in dit artikel is limitatief. Het intrekkingsverzoek is voornamelijk gericht op intrekking vanwege – kort samengevat – strijd met regels van het Unierecht. Het verzoek wordt daarom gezien als een intrekkingsverzoek op grond van artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo. Daarin is het volgende bepaald:

1 *Het bevoegd gezag trekt de omgevingsvergunning in, voor zover:*

a*. de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist;*

Strijd met Unierecht

De stichting stelt dat de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht tot stand zijn gekomen en daardoor geen toepassing mogen vinden. Voor zover de stichting daarmee bedoelt dat ten onrechte geen plan-m.e.r. is verricht voor de windturbinebepalingen, dan delen wij dat standpunt. Uit de uitspraak van 30 juni 2021 blijkt dat de windturbinebepalingen – voor windturbineparken – onder het begrip ‘plannen en programma’s’ uit de SMB-richtlijn vallen. Dit

betekent dat voor de windturbinebepalingen een plan-m.e.r. verricht had moeten worden op grond van de SMB-richtlijn (ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395). Omdat geen milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn is verricht voor de windturbinebepalingen, zijn deze bepalingen in strijd zijn met het Unierecht vastgesteld.

Omdat de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht zijn vastgesteld, mag een bestuursorgaan – met de kennis van nu – voor zijn standpunt, dat een windturbinepark ruimtelijk aanvaardbaar is, zich niet (meer) baseren op de veronderstelling dat bij de bouw en het gebruik van het windturbinepark voldaan moet worden aan de windturbinebepalingen. Als een bestuursorgaan zich in zijn motivering voor een toestemming ten behoeve van een windturbinepark baseert op de windturbinebepalingen, dan berust die toestemming niet op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb'). De toestemming is dan bovendien niet met de vereiste zorgvuldigheid vastgesteld als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb.

Het voorgaande brengt met zich dat wij, bij ons standpunt over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van de aanvragen voor de vier windturbines, ten onrechte zijn aangesloten bij de windturbinebepalingen (en de veronderstelling dat de vergunninghouder bij de bouw en het gebruik van het windpark zich heeft te houden aan de voor hem rechtstreeks werkende normen uit de windturbinebepalingen). De slotsom is hier dat de omgevingsvergunningen daarom niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand zijn gekomen en niet op een deugdelijke motivering berusten. Dit maakt echter (op zichzelf) niet dat de omgevingsvergunning ook ingetrokken moeten worden.

De omstandigheid dat de windturbinebepalingen in strijd met een procedureel vereiste uit het Unierecht tot stand zijn gekomen, brengt nog niet met zich dat uitvoering van het Unierecht noodzaakt tot intrekking van de omgevingsvergunningen. Niet is gebleken dat de omgevingsvergunningen zelf (los van de wijze van totstandkoming) in strijd zijn met het Unierecht. De in het intrekkingsverzoek gestelde strijd met het Unierecht van de windturbinebepalingen is daarom geen reden om de betrokken omgevingsvergunningen in te trekken.

Wij geven in dit kader mee dat het Unierecht slechts vereist dat een plan-m.e.r. wordt gemaakt voor de windturbinebepalingen om in beeld te brengen of het voldoen aan die bepalingen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu met zich brengt. De regering en de minister zullen dit nader bezien. Er zal nu alsnog een plan-m.e.r. worden verricht, waarbij zal worden bezien of de windturbinebepalingen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu met zich brengen (*Kamerstukken II* 2020/21, 33 612, nr. 76).

Als naar aanleiding van deze plan-m.e.r. de windturbinebepalingen gewijzigd zouden worden, dan geeft dat nog geen reden om de omgevingsvergunningen in te trekken. De exploitant van de windturbines zal zonder nadere besluitvorming van het gemeentebestuur al moeten voldoen aan de straks wellicht aangepaste normen omtrent de werking van windturbines.

<u>Schaarse vergunning</u>

Het verzoek tot intrekking is tevens gebaseerd op de stelling dat in dit geval sprake is van zogenoemde schaarse vergunningen. Dat wil zeggen een vergunning, waarvan van te voren vaststaat dat daarvan slechts een gelimiteerd aantal zal worden verleend. In dat geval is op grond van het Unierecht – dat wil zeggen: de Dienstenrichtlijn – vereist dat deze worden verleend na een transparante procedure die iedere potentiële aanvrager gelijke kansen biedt, en tevens een beperkte looptijd heeft.

De omgevingsvergunningen leiden echter niet tot de verdeling van schaarse rechten. Over de toedeling van schaarse rechten stelt de staatsraad advocaat-generaal dat algemene planologische besluiten, zoals onder meer een omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan, het gebruik van gronden weliswaar territoriaal of kwantitatief bindend kunnen beperken, maar zelf geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen (conclusie van 6 juni

2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847). De Afdeling is hierin meegegaan in haar uitspraak van 19 december 2018 (ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, r.o. 17.5.).

Zelfs als het om een verdeling van schaarse rechten zou gaan, dan rijst de vraag waarom de stichting een beroep op schending van de relevante normen zou kunnen doen. De stichting is niet degene die wilde meedingen naar het gestelde schaarse recht tot ontwikkeling van windturbines. Hiernaast geldt dat iedereen de mogelijkheid gekregen om initiatieven voor windenergie in te dienen. Dit is kenbaar gemaakt door middel van een publicatie. Initiatiefnemers konden voor een vastgestelde datum initiatieven indienen. Tevens zijn er criteria vastgesteld op basis waarvan een keuze is gemaakt uit de ingediende plannen. Hiermee is destijds een transparante procedure gevolgd.

Verder merken wij op dat de omgevingsvergunningen formele rechtskracht hebben gekregen. Een beroep op het Unierecht om de formele rechtskracht te doorbreken slaagt niet als de gestelde strijd met het Unierecht al bestond ten tijde van het verlenen van de omgevingsvergunningen. Sinds 7 juni 2017 volgt uit de rechtspraak van de Afdeling (ECLI:NL:RVS:2017:1520) dat een zogenoemde schaarse vergunning tot stand moet komen via een transparante procedure. Zo niet, dan kan strijd met de Dienstenrichtlijn ontstaan. De omgevingsvergunningen die volgens de stichting moeten worden ingetrokken zijn verleend op 16 juli 2018. Toen was de rechtspraak van de Afdeling dus al bekend en kon op die grond de verleende omgevingsvergunningen worden aangevochten door belanghebbenden.

Gelet op het bovenstaande is er geen reden om de betrokken omgevingsvergunningen in te trekken op basis van dit argument.

Omliggende windparken

Ten slotte wordt gesteld dat *“in aanpalende gebieden en gemeenten ook windparken worden gepland en ontwikkeld. Dat betekent dat er sprake is van het opknippen van verschillende plannen en programma's, als gevolg waarvan wordt ontkomen aan een voorafgaande integrale milieubeoordeling. Ook dat is ontoelaatbaar. Het voorgaande geldt overigens mutatis mutandis ook voor zonneparken en voor te maken plannen en programma's, zoals de Regionale Energie Strategie”.*

In juridische termen komt het er op neer dat volgens de indieners sprake zou zijn van één inrichting als bedoeld in artikel 1.1, vierde lid Wet milieubeheer. Dit is het geval als het inrichtingen betreft die in elkaars onmiddellijke nabijheid liggen alsmede technische, organisatorische en functionele bindingen hebben. In dit geval liggen de windturbines niet in elkaars onmiddellijke nabijheid. Dit nog afgezien van het ontbreken van de overige genoemde bindingen. Zie in dit kader ook de uitspraak van de Afdeling van 8 april 2020 (ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1024).

De opmerkingen over zonneparken en andere plannen en programma’s zijn geen aspecten die konden worden betrokken bij de verleende omgevingsvergunningen of het aan de orde zijnde intrekkingsverzoek. Gelet op het bovenstaande is er geen reden om de betrokken omgevingsvergunningen in te trekken op basis van dit argument.

Conclusie

Wij concluderen dat – met de kennis van toen – de omgevingsvergunningen op juiste gronden zijn verleend en deze besluiten onherroepelijk zijn. We zien thans geen gronden of redenen om de verleende omgevingsvergunningen in te trekken.

1.4 Verzoek te worden gehoord

Bij de uitgebreide voorbereidingsprocedure ontbreekt de wettelijke hoorplicht. De mogelijkheid tot het indienen van zienswijzen kan worden gezien als horen. Eventuele zienswijzen kunnen ook mondeling worden ingediend. De stichting is wel in de gelegenheid gesteld om een toelichting te geven op het intrekkingsverzoek.