Besluit tot afwijzing intrekkingsverzoek 2023-011494

Verzoek tot intrekking
Op 10 november 2022 is een verzoek ingediend voor het intrekken van de onderstaande vergunningen:

- 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 van 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. 10 november 2022, ingekomen 10 november 2022;
- Aanbiedingsbrief bij het DEI rapport, d.d. 22 januari 2021, ingekomen 10 november 2022;
- Rapport DEI, Voorkom het windturbine syndroom, januari 2021, ingekomen 10 november 2022.

Wij hebben het verzoek geregistreerd onder nummer 2023-011494.

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. Dit 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 de 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 ……..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.

Ter inzage legging
Van 6 oktober 2023 tot en met 16 november 2023 heeft een ontwerp van deze beschikking ter inzage gelegen. Tijdens deze periode konden zienswijze worden ingediend. Van deze gelegenheid is gebruik gemaakt. Voor de behandeling van de zienswijzen verwijzen we naar de bijlage "Nota van antwoord zienswijzen". Geen van de ingediende zienswijzen geeft aanleiding om de beschikking te wijzigen.

Besluit
Burgemeester en wethouders besluiten (besluit van college en wethouder, …….)
, 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.

Beroep
Tegen het besluit kan binnen zes weken na de dag van terinzagelegging beroep worden ingesteld. Het beroepsschrift moet in tweevoud worden ingediend bij de sector bestuursrecht van de Rechtbank Limburg locatie Roermond. De beschikking treedt in werking nadat de termijn voor het indienen van een beroepschrift is verstreken.
Het indienen van een beroepschrift schorst de werking van het besluit niet. Hebben u of derde belanghebbenden er veel belang bij dat dit besluit niet in werking treedt, dan kan een voorlopige voorziening worden gevraagd bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Roermond. Wanneer een voorlopige voorziening wordt aangevraagd treedt de beschikking pas in werking nadat hierover een beslissing is genomen.
U kunt ook digitaal beroep instellen of voorlopige voorziening vragen bij genoemde rechtbank via http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). De rechtbank brengt voor het behandelen van een beroepschrift en ook van een verzoek om een voorlopige voorziening kosten (griffierecht) in rekening. Meer informatie kunt u inwinnen bij de rechtbank in Roermond.

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
- Nota van antwoord zienswijzen

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 wordt aangegeven 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, waarop het intrekkingsverzoek betrekking heeft, zijn op 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

<u>Grondslag intrekking</u>
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;*

<u>Strijd met Unierecht</u>

Het Nevele-arrest, de Delfzijl-uitspraak en de herstelacties
Op 25 juni 2020 heeft het Hof van Justitie van het Europese Unie (het Hof van Justitie) het Nevele-arrest[1] gewezen, over een windpark in Vlaanderen. Het Hof van Justitie heeft daarin kort gezegd geoordeeld dat de in Vlaanderen destijds geldende algemene regels voor windturbines, plannen en programma’s vormen waarvoor een milieubeoordeling moet worden verricht in de zin van de Europese richtlijn voor strategische milieubeoordeling (SMB-richtlijn).

[1] Uitspraak 25 juni 2020, C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503 (Nevele)

Op 30 juni 2021 heeft de Afdeling in een tussenuitspraak over een windpark in Delfzijl[2] geoordeeld over de consequenties van het Nevele-arrest voor de Nederlandse situatie. Uit deze uitspraak volgt dat de Nederlandse windturbinebepalingen, net als de Vlaamse, plannen en programma's vormen waarvoor op grond van de SMB-richtlijn een milieubeoordeling moet worden verricht. Aan de windturbinebepalingen ligt echter geen milieubeoordeling ten grondslag, zodat deze in die zaak buiten toepassing moesten worden gelaten.

De regering beoogt dit gebrek in de windturbinebepalingen te herstellen met het interdepartementale 'Actieprogramma Verankering milieubescherming na Nevele'. In het kader daarvan wordt alsnog een milieubeoordeling gemaakt, waarna nieuwe algemene milieunormen voor windturbines worden bepaald. In afwachting van die milieubeoordeling en van nieuwe normen is op 1 juli 2022 een tijdelijke overbruggingsregeling voor bestaande windturbineparken in werking getreden.

De Swifterbant-uitspraak
In de Swiferbant-uitspraak[3] heeft de rechtbank Midden Nederland bepaald dat uit het Nevele-arrest moet worden afgeleid dat het intrekken van een vergunning een instrument kán zijn om de onwettige gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan te maken. De inzet van dit instrument moet worden beoordeeld met inachtneming van de Unierechtelijke beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarbij moet een evenwicht worden gevonden tussen de rechtszekerheid van de exploitant en het vereiste om te komen tot een in het licht van de SMB-richtlijn rechtmatige situatie.

Uit het voorgaande volgt dat schending van het Unierecht die in het Nevele-arrest en de Delfzijl-uitspraak zijn vastgesteld kunnen doorwerken naar de omgevingsvergunningen van Windpark Ospeldijk, dat er omstandigheden kunnen zijn waarin tot opschorting of intrekking moet worden overgegaan.

Procedurele autonomie, gelijkwaardigheid, doeltreffendheid én rechtszekerheid
De opschorting of intrekking van een in rechte vaststaande vergunning voor een windpark is niet in het Unierecht geregeld. Uit het beginsel van de procedurele autonomie volgt dat het dan aan de Nederlandse interne rechtsorde is om de procedure en de voorwaarden daarvoor te regelen, mits zo'n regeling niet ongunstiger is dan in een puur nationale aangelegenheid en zij de uitoefening van het Unierecht niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Het verzoek van de omwonenden van windpark Ospeldijk moet in de eerste plaats worden beoordeeld op basis van deze uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgende beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

Verder is belangrijk dat de rechtszekerheid behoort tot de in het Unierecht erkende algemene beginselen. Het feit dat een overheidsbesluit definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, draagt bij tot die rechtszekerheid en het Unierecht vereist niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een dergelijk definitief administratief besluit. Ook dit volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.
In die rechtspraak is echter ook gepreciseerd dat een nationaal bestuursorgaan in bijzondere omstandigheden op grond van de beginselen van doeltreffendheid en loyale samenwerking gehouden kan zijn een onherroepelijk geworden besluit opnieuw te onderzoeken. In het arrest Derrybrien[4] is het Hof van Justitie onder meer ingegaan op de mogelijkheid van een lidstaat om een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten, om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen en om zo te voldoen aan de verplichting om onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht ongedaan te maken. Het Hof van Justitie verwijst naar dit arrest in overweging 84 van het Nevele-arrest. Hoewel het arrest Derrybrien niet ging om het beoordelen van plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn, maar om het beoordelen van een project in de zin van de m.e.r.-richtlijn, leidt de rechtbank uit die verwijzing af dat de overwegingen uit dat arrest relevant zijn bij het beoordelen van de vraag of de schending van de SMB-richtlijn moet leiden tot het opschorten of intrekken van een eerder vergund project waarin die schending doorwerkt.

[2] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395 (Delfzijl)
[3] Rechtbank Midden Nederland 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627 (Swifterbant)
[4] Arrest van 12 november 2019, EU:C:2019:955 (Derrybrien), overweging 75 en verder.

Uit overwegingen 92 en 93 van het arrest Derrybrien en de daar aangehaalde eerdere rechtspraak moet worden afgeleid dat het in beginsel is toegestaan om een aan een beheerder van een windturbinepark in strijd met het Unierecht verleende vergunning in te trekken. Daarbij gelden de voorwaarden dat die intrekking binnen een redelijke termijn plaatsvindt en rekening wordt gehouden met de mate waarin een betrokkene eventueel op de rechtmatigheid van de vergunning heeft kunnen vertrouwen. Een lidstaat kan zich daarom niet beroepen op de rechtszekerheid en op het gewettigd vertrouwen van de betrokken ondernemer in de verworven rechten om zich te verzetten tegen de gevolgen van de objectieve vaststelling dat het zijn verplichtingen niet is nagekomen die het Unierecht oplegt.

In deze context moet dan ook rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de situaties en van de in het geding zijnde belangen, om zo een evenwicht te vinden tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht. Ook dit is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.

Op dit moment, nu dat windpark Ospeldijk al langere tijd in gebruik is en met inachtneming van de planning van de regering voor de milieubeoordeling, zien we geen grondslag om tot opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen over te gaan. Bij deze stand van zaken gaat het om een relatief korte periode waarna het procedurele gebrek, dat voortkomt uit de Unierechtelijke schending, gerepareerd kan zijn.

Nevele arrest van toepassing?

Het is van belang om te bepalen of er sprake is van een windturbinepark. Immers alleen dan is het Nevele-arrest van toepassing is. Hieronder gaan we daar op in. Er zijn twee omgevingsvergunningen verleend, er is sprake van twee inrichtingen. Indien geen sprake is van een windturbinepark in de zin van de m.e.r.-richtlijn dan zijn de normen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling altijd van toepassing gebleven. Hiermee bestaat geen reden tot intrekking op grond van strijd met Unierecht.
Echter twee inrichtingen als bedoeld in de Wet milieubeheer betekent niet dat geen sprake kan zijn van een windturbinepark in de zin van de m.e.r.-richtlijn. (ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6096). Dat de windturbines gezamenlijk niet één inrichting in de zin van de Wet milieubeheer vormen, doet daar niet aan af. Van belang is dat de vier windturbines zo zijn geplaatst dat zij tezamen een eenheid vormen. De samenhang uit zich in de onderlinge gelijkmatige afstand, het type, de hoogte en het vermogen van de vier windturbines in Ospeldijk. Verder zijn de windturbines alle vier aangesloten op één onderstation, waarbij een allocatiepunt en een secundair allocatiepunt is gerealiseerd. De vier windturbines worden aangestuurd met één SCADA systeem. Subsidiair zou gemotiveerd kunnen worden dat als er toch sprake zou zijn van één inrichting, er geen andere conclusie volgt. In dit geval is ook sprake van een windturbinepark en blijft gelden dat de omgevingsvergunningen niet hoeven te worden ingetrokken. Bij één inrichting is tevens sprake van een windturbinepark in de zin van de sinds 1 juli 2022 geldende “tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken”. Door toepassing van deze overbruggingsregeling gelden dezelfde normen voor de exploitatie van de windturbines als waarvan is uitgegaan bij het verlenen van de omgevingsvergunningen.

Transparante procedure en schaarse vergunningen

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 die 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 omwonenden een beroep op schending van de relevante normen zouden kunnen doen. Ze zijn niet degene die wilden meedingen naar het gestelde schaarse recht tot ontwikkeling van windturbines. Hiernaast geldt dat iedereen de mogelijkheid gekregen heeft 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.

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.

<u>Ontoelaatbare nadelige gevolgen voor het milieu</u>
In het verzoek wordt gesteld dat de gezondheid van de mens en diens leefomgeving wordt aangetast. De bevoegdheid tot het intrekken van de omgevingsvergunningen is beperkt tot de in artikel 2.33 van de Wabo genoemde gronden. Wij gaan ervan uit dat indiener een beroep wil doen op de intrekkingsgrond in artikel 2.33, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wabo. Op grond van deze bepaling trekt het bevoegd gezag de omgevingsvergunning in voor zover de inrichting ontoelaatbaar nadelige gevolgen voor het milieu veroorzaakt en toepassing van artikel 2.31 daarvoor redelijkerwijs geen oplossing biedt. Deze intrekkingsgrond is alleen van toepassing op een inrichting als bedoeld in artikel 1.1, eerste en derde lid, van de Wabo. Dat is een inrichting waarvoor een omgevingsvergunning milieu in de zin van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo nodig is. Dat is een inrichting type C in de zin van het Activiteitenbesluit. Windpark Ospeldijk Oost en West zijn inrichtingen type B in de zin van het Activiteitenbesluit. Daarom is geen omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid onder e, van de Wabo vereist. Voor het windpark zijn op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder i, van de Wabo OBM's verleend. Daar geldt deze intrekkingsgrond niet voor. Artikel 2.33, tweede lid, aanhef en onder f, van de Wabo biedt de mogelijkheid om intrekkingsgronden voor een OBM op te nemen in een AMvB. De wetgever heeft deze mogelijkheid echter niet benut. In het Besluit omgevingsrecht noch enige andere AMvB zijn intrekkingsgronden opgenomen voor een OBM.
Het intrekkingsverzoek gaat verder in op de 9% omwonenden van windparken die ernstige hinder ervaren. Bij de huidige Nederlandse etmaal norm (47 dB Lden) zal ongeveer 8 á 9% van de bewoners in huis ernstige hinder ondervinden. Bij de Nederlandse norm voor windturbinegeluid wordt een bepaald percentage ernstig gehinderden aanvaardbaar geacht. Dat is ook het geval bij andere geluidbronnen. Het is een beleidsmatige waarde, waarbij een afweging is gemaakt tussen de voordelen van de geluidbron en de hinder die omwonenden ondervinden.

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

<u>Strijd met het burenrecht</u>
De strijd met het burenrecht waarnaar verwezen wordt valt onder het privaatrecht en niet onder het bestuursrecht. Het betreft een privaatrechtelijke aangelegenheid waarbinnen de gemeente geen bevoegdheden heeft. Voor meer informatie over de bevoegdheden en verplichtingen uit het burenrecht wordt verwezen naar boek 5 van het Burgerlijk Wetboek.

<u>Conclusie</u>
We zien op dit moment geen gronden of redenen om de verleende omgevingsvergunningen in te trekken.