

Ontwerpbesluit tot afwijzing van het intrekkingverzoek van de Stichting Behoud Leefmilieu Limburg Heythuysen,

Verzoek tot intrekking

Op 17 december 2020 hebben wij, het college van burgemeester en wethouders alsook de gemeenteraad van Leudal, een verzoek ontvangen van de Stichting Behoud Leefmilieu Limburg Heythuysen, haar bestuurders in privé en haar sympathisanten, om:

a. de bij besluit van 29 augustus 2018 verleende omgevingsvergunning in te trekken voor drie turbines met bijbehorende voorzieningen op de kadastrale percelen NEE00J246, NEE00J522 en NEE00H153 gelegen tussen de Heldenseweg en de Kanaaldijk in Neer. De omgevingsvergunning ziet op de afwijking van het bestemmingsplan ex artikel 2.12, eerste lid, onder 3 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo). De omgevingsvergunning heeft tevens de bouw en het gebruik mogelijk gemaakt van Windpark de Kookepan B.V.

b. voor zover van toepassing, het vastgestelde bestemmingsplan of de wijziging daarvan ongedaan te maken, althans de verleende verklaring van geen bedenkingen in te trekken.

Bevoegd gezag

Voor de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie voor de opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van tenminste 5 maar niet meer dan 100MW, zijn provinciale staten bevoegd gronden aan te wijzen en daarvoor een inpassingsplan als bedoeld in artikel 3.26, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening vast te stellen (artikel 9e Elektriciteitswet 1998). In dat geval zijn Gedeputeerde Staten bevoegd gezag voor beslissingen op aanvragen ten behoeve van de aanleg of uitbreiding van die productie-installatie (artikel 9f lid 1 en lid 2 Elektriciteitswet 1998). Gedeputeerde Staten van Limburg hebben echter op 23 augustus 2017 (kenmerk 2017/54383) besloten dat lid 1 en lid 2 van artikel 9f Elektriciteitswet niet van toepassing is op deze productie-installatie. Daarmee is, mede gelet op artikel 3.3 van het Besluit omgevingsrecht (Bor), de bevoegdheid voor de besluitvorming bij de gemeente Leudal komen te liggen. Volgens categorie 20.5 van onderdeel C van Bijlage 1 BOR is de gemeente bevoegd gezag voor inrichtingen voor het omzetten van windenergie in mechanische elektrische of thermische energie.

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 hiervan geldt de uitgebreide voorbereidingsprocedure

Verklaring van geen bedenkingen

Op 3 juli 2018 heeft de gemeenteraad een verklaring afgegeven als bedoeld in artikel 2.27 Wabo waaruit blijkt dat zij geen bedenkingen heeft tegen de verlening van de gevraagde vergunning voor de drie windturbines met bijbehorende voorzieningen.

Op **DATUM** heeft de gemeenteraad verklaard niet voornemens te zijn deze afgegeven verklaring van geen bedenkingen in ontwerp in te trekken.

Overwegingen

Het verzoek tot intrekking is beoordeeld aan de hand van de Wet Algemene bepalingen omgevingsrecht, het Besluit regeling omgevingsrecht, de Ministeriële regeling omgevingsrecht en het Unierecht. De inhoudelijke overwegingen zijn opgenomen in de bijlage "Overwegingen".

Ontwerpbesluit

Burgemeester en wethouders zijn voornemens het intrekkingverzoek af te wijzen. Dit gelet op de weigeringsgronden van artikel 2.33 van de Wabo en de overwegingen zoals opgenomen in de bijlage.

Zienswijze

Ons voorgenomen besluit met bijlagen wordt op grond van de Algemene wet bestuursrecht met ingang van **DATUM** ter inzage gelegd. Binnen deze termijn kan door eenieder zienswijzen tegen de ontwerpbeschikking indienen bij het college van burgemeester en wethouders van Leudal.

Burgemeester en wethouders van Leudal,
De secretaris, De burgemeester,

mr. drs. J.J.Th.L. Geraedts

D.H. Schmalschläger

Overwegingen

Aan het besluit liggen de volgende overwegingen ten grondslag.

Verzoek

Het verzoek tot intrekking heeft betrekking op de omgevingsvergunning en de verleende verklaring van geen bedenkingen waarmee de bouw en de exploitatie van Windpark de kookepan B.V. voor drie windturbines aan de Kookepan in Neer mogelijk is gemaakt.

Tegen het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning is beroep en hoger beroep ingesteld. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bij uitspraak van 8 april 2020 (ABRvS 8 april 20200, ECLI:NL:RVS:2020:1024) het hoger beroep ongegrond verklaard.

Het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning heeft dan ook formele rechtskracht. Dat wil zeggen dat deze in beginsel niet meer in rechte kan worden aangetast.

De Stichting doet een beroep op de uitzonderingsmogelijkheid. Hiervan kan sprake zijn in geval van strijd met het Unierecht. Daarvoor is wel vereist dat de strijd op het moment van het bestreden besluit nog niet bestond.

Beoordeling

In artikel 2.33 Wabo is de bevoegdheid opgenomen om een omgevingsvergunning in te trekken. De opsomming is limitatief. In het artikel is onder andere opgenomen dat het bevoegd gezag een omgevingsvergunning intrekt voor zover de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist. Hierna wordt ingegaan op de drie argumenten die ten grondslag liggen aan het verzoek van de Stichting.

Strijd met Unierecht

De Stichting stelt dat de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht tot stand zijn gekomen en daardoor geen toepassing mogen vinden. De Stichting baseert zich daarbij op een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in een Belgische kwestie over de vraag of voor algemene regels die gelden voor windmolenparken op grond van het Unierecht een milieueffectbeoordeling moet worden gemaakt. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak voor de Nederlandse rechtspraak een uitspraak gedaan. Van belang is om deze laatste uitspraak bij de beoordeling van het intrekkingverzoek van de Stichting te betrekken.

De Europese rechter oordeelde dat op grond van de Europese richtlijn voor Strategische Milieubeoordeling (SMB richtlijn) een milieubeoordeling dient te worden gemaakt voorafgaand aan de vaststelling van algemene regels voor windturbines. Dit omdat deze algemene regels zijn aan te merken als plan of programma in de zin van de richtlijn.

De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde naar aanleiding van deze uitspraak van de Europese rechter vervolgens dat de windturbinebepalingen van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling zijn aan te merken als plan of richtlijn in de zin van de SMB richtlijn waarvoor derhalve een milieubeoordeling is vereist. Omdat deze milieubeoordeling niet is verricht zijn de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht vastgesteld. Om deze reden kunnen deze bepalingen ook niet meer worden toegepast.

De omstandigheid dat de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht tot stand zijn gekomen, wil echter nog niet zeggen dat de windturbinebepalingen ook zelf in strijd zijn met het Unierecht. En dat geldt ook voor de verleende omgevingsvergunning.

Naar aanleiding van de uitspraken dient namelijk ten behoeve van de windturbinebepalingen alsnog een plan-MER te worden verricht om te kunnen beoordelen of die bepalingen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu met zich meebrengen. Inmiddels is door de rijksoverheid aangegeven dat dit ook daadwerkelijk zal worden gedaan.

Als naar aanleiding van deze plan-MER de windturbinebepalingen gewijzigd moeten worden dan dienen de exploitanten, omdat het rechtstreeks werkende regels betreffen, zich vanaf dat moment aan die gewijzigde regels te houden.

Ook dan is er dus geen reden om de omgevingsvergunning in te trekken. Er is vanaf dat moment immers geen strijd (meer) met het Europees recht.

Schaarse vergunning

Het intrekkingverzoek is tevens gebaseerd op de stelling dat sprake is van een zogenoemde schaarse vergunning. 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.

Deze intrekkingreden is hier echter om drie redenen niet aan de orde.

1. De Dienstenrichtlijn bestond al ten tijde van de besluitvorming in primo;
2. Een omgevingsvergunning leidt – op grond van vaste jurisprudentie – niet tot een schaarse vergunning;
3. Door toepassing van het relativiteitsvereiste is de Stichting niet belanghebbend.

De omgevingsvergunning die zou moeten worden ingetrokken, heeft formele rechtskracht. 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 omgevingsvergunning. 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 omgevingsvergunning die volgens de Stichting moet worden ingetrokken is verleend op 29 augustus 2018. Toen was de rechtspraak van de Afdeling dus al bekend en kon op die grond de verleende omgevingsvergunning worden aangevochten door belanghebbenden.

In geval van beroep tegen de weigering van het intrekkingbesluit zal dit argument overigens ook oplopen tegen het zogenoemde relativiteitsbeginsel (artikel 8:69a Awb). Dit beginsel komt er kort gezegd op neer dat een beroepsgrond niet slaagt als degene die deze aanvoert, daar geen belang bij heeft. In dit geval zijn de verzoekers zelf geen exploitant van windmolen(parken). Daarom hebben zij geen belang bij de transparante procedure die er in dit geval alleen is ten gunste van mogelijke bouwers en exploitanten van de windmolens.

De gestelde strijd met het Unierecht op dit punt is daarom geen reden om de betrokken omgevingsvergunning in te trekken.

Gelet op het bovenstaande kan de inhoudelijke beoordeling van deze intrekkinggrond achterwege blijven.

Omliggende windmolenparken

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 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 windmolenparken niet in elkaars onmiddellijke nabijheid. Dit nog afgezien van het ontbreken van de overige genoemde bindingen.

Verzoek om te worden gehoord

Bij de uitgebreide voorbereidingsprocedure ontbreekt een wettelijke hoorplicht. De mogelijkheid tot het geven van zienswijzen kan gezien worden als horen.

Conclusie

Geconcludeerd wordt dat hetgeen door de stichting is gesteld geen redenen opleveren om de verleende omgevingsvergunning in te trekken.