Bosch & van Rijn
experts in duurzame energie

Titel MER en gevolgen Nevele arrest Windturbine Hoge Zijpolder

Datum 15-7-2021

Auteur Mr. dr. Robin Hoenkamp

Inleiding

Het voorgenomen initiatief Windturbine Hoge Zijpolder wordt aan verschillende kaders en regelgeving getoetst en beoordeeld. Voor een correcte toetsing en beoordeling is het van belang hoe het voorgenomen initiatief gekwalificeerd wordt; betreft het initiatief een solitaire windturbine of maakt het onderdeel uit van een bestaand windturbinepark. De kwalificering is daarbij ook afhankelijk van het kader waarbinnen het initiatief wordt beoordeeld. In voorliggend memo wordt ingegaan op de kaders en regelgeving waarvoor de kwalificatie van het initiatief van belang is:

- Wet milieubeheer en Besluit m.e.r.
- Interim omgevingsverordening Noord-Brabant

Tevens wordt ingegaan op de recente uitspraak van de ABRvS in Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding (ECLI:NL:RVS:2021:1395) tegen de achtergrond van het 'Nevele-arrest' van het Europees Hof.

Samenvatting

- In het geval van windturbine Hoge Zijpolder is sprake van een nieuwe, separate inrichting in de zin van de Wet milieubeheer en daarmee een nieuwe losstaande activiteit in de zin van het Besluit m.e.r.

- Oprichting van één windturbine is niet m.e.r.-beoordelingsplichting.

- Provincie tracht verrommeling in het Landelijk Gebied tegen te gaan en opteert voor clustering van windturbines. In de geest van artikel 3.37 lid 1 onder b van de Interim omgevingsverordening Noord-Brabant dient de windturbine Hoge Zijpolder als onderdeel van een cluster windturbines (minimaal 3 windturbines) te worden gezien. De provincie Noord-Brabant geeft in haar schrijven van 17 februari 2021 aan dat het plan in overeenstemming is met haar provinciale belangen.

- Zoals bevestigd door de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat in haar schrijven van 6 juli 2021 aan de Tweede Kamer blijven de windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit en -regeling wel gelden voor één of twee losse windturbines.

Omdat de windturbine Hoge Zijpolder in lijn staat met een reeds bestaand windturbinepark van drie turbines (Windpark Groene Dijk II), is de vraag of de nieuwe windturbine m.e.r.-beoordeling plichtig is.

Separate inrichting
Voor het bepalen of sprake is van een (vormvrije) m.e.r.-beoordelingsplicht dient geredeneerd te worden vanuit de activiteit waarvoor een dergelijke procedure voor moet worden doorlopen. De activiteit die is voorgenomen betreft het oprichten van één windturbine, te weten windturbine Hoge Zijpolder. De activiteit betreft niet een uitbreiding of wijziging van het bestaande windturbinepark Windpark Groene Dijk II. Het bestaande windturbinepark en de windturbine Hoge Zijpolder zijn namelijk twee separate inrichtingen in de zin van artikel 1.1 lid 4 van de Wet milieubeheer, waarbij sprake wanneer de installaties onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben. Het bestaande windturbinepark heeft een andere eigenaar met eigen zeggenschap (Windpark Etten-Leur B.V.) dan windturbine Hoge Zijpolder waarmee er geen organisatorische binding is. Bovendien wordt de turbine middels eigen inkoopstation met een eigen netaansluitingskabel verbonden met het regionale elektriciteitsnetwerk waarmee er geen technische binding is met het bestaande windturbinepark. Ook is er geen sprake van uitwisseling van goederen, diensten, personeel of bedrijfsmiddelen waarmee tevens van geen functionele binding sprake is. Er is dan ook geen technische, organisatorische of functionele binding tussen de bestaande turbines en windturbine Hoge Zijpolder. Zie ook ro. 39.2 in de uitspraak van de Raad van State in Windpark Veenwieken (ECLI:NL:RVS:2017:3504), waarin bevestigd wordt dat er in een dergelijke situatie sprake is van twee inrichtingen.
De beoogde activiteit in het geval van windturbine Hoge Zijpolder is dus het oprichten van één windturbine.

Windturbine Hoge Zijpolder i.r.t. Besluit m.e.r.
Op basis van het Besluit MER, onderdeel D 22.2 geldt een (vormvrije) m.e.r.-beoordelingsplicht voor windturbineparken.

Volgens het Besluit MER bijlage A, artikel 1 is vanaf 3 windturbines sprake van een *windturbinepark.* Omdat het hier gaat om slechts één windturbine, is geen sprake van een *windturbinepark* in de zin van het Besluit MER. De drie bestaande windturbines zijn reeds vergund, waardoor de solitaire nieuwe turbine los beschouwd moet worden. Een kanttekening van het los beschouwen is uiteraard dat geen m.e.r.-beoordeling uitgevoerd wordt, terwijl dit wel het geval zou zijn wanneer er in één keer een windpark met vier turbines vergund zou worden en deze tot dezelfde inrichting behoorden. Er zou dan ook gesteld kunnen worden dat door het opknippen in twee aparte vergunningen en inrichtingen de m.e.r.-beoordelingsplicht oneigenlijk omzeild wordt. Hiervan is echter geen sprake, nu voor dit bestaande windturbinepark in 2017 reeds een m.e.r.-beoordeling heeft plaatsgevonden. In 2017 was er ook geen kennis van of zicht op het initiatief windturbine Hoge Zijpolder, waarmee deze ontwikkeling destijds niet voorzienbaar was en dus ook niet in de destijds uitgevoerde m.e.r.-beoordeling kon worden meewogen.

Ruimtelijk (op enkele milieuaspecten) zal het initiatief wel in combinatie met de bestaande turbines opgetelde effecten kunnen veroorzaken. Vanuit een goede

ruimtelijke ordening zijn dan ook naast de op zichzelf staande effecten van de solitaire turbine tevens de milieueffecten in samenhang met de bestaande windturbines te beschouwd. Dit is gedaan in het kader van een goede ruimtelijke ordening en staat los van een eventuele m.e.r.-beoordelingsplicht. Daarom zijn dan ook naast de drie turbines van windpark Groene Dijk II ook de cumulatieve effecten van andere nabijgelegen windparken (Windpark Zwartenbergseweg, Windpark Van Gogh, Windpark Laaksche Vaart en Windpark Hoevensche Beemden) beschouwd. Ook die windparken maken geen onderdeel uit van windturbine Hoge Zijpolder.

Windturbine Hoge Zijpolder i.r.t. Interim omgevingsverordening Noord-Brabant

In de ruimtelijke onderbouwing van het initiatief wordt op een bepaald aspect juist weer wel uitgegaan van één windpark. Dit is aan de orde wanneer het gaat om de clustering van windturbines in het Landelijk Gebied. De provinciale Interim omgevingsverordening vereist namelijk dat windturbines in landelijk gebied een bepaalde mate van clustering kennen (ex. art. 3.37 lid 1 onder b). Toelichting op dit artikel luidt:

'Om verrommeling tegen te gaan zijn er geen mogelijkheden voor de ontwikkeling van solitaire windturbines. Er moet minimaal sprake zijn van drie windturbines in een lijn- of clusteropstelling. De realisatie van de windturbines kan gefaseerd en door meerdere exploitanten geschieden.'

Hieruit blijkt zeer nadrukkelijk dat ruimtelijke kwaliteit en landschap de motivering zijn voor het niet wensen van solitaire windturbines, maar geclusterde windturbines in opstellingen van minimaal 3 windturbines. Vanwege de onderlinge plaatsingsafstand en ritmiek in deze plaatsingsafstand tussen de windturbine Hoge Zijpolder en het bestaande windturbinepark Groene Dijk II is de beleving in het landschappelijke dat windturbine Hoge Zijpolder in lijn kan worden gezien met de windturbines van het bestaande windturbinepark Groene Dijk II. Hiermee wordt recht gedaan aan de geest van art. 3.37 lid 1 onder b van de provinciale Interim omgevingsverordening. De provincie Noord-Brabant geeft in haar schrijven van 17 februari 2021 aan dat het plan in overeenstemming is met haar provinciale belangen.

Gevolgen uitspraak ABRvS inzake 'Nevele arrest'

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft recentelijk uitspraak gedaan in Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding (ECLI:NL:RVS:2021:1395) tegen de achtergrond van het 'Nevele-arrest' van het Europees Hof. De uitspraak oordeelt dat algemene regels voor windturbines in het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm) en de bijbehorende Activiteitenregeling milieubeheer (Arm) voor windturbineparken (windturbinebepalingen) buiten toepassing moeten worden gelaten. Voor deze windturbinebepalingen had op basis van EU-recht een milieubeoordeling moeten worden gemaakt, omdat zij kaderstellend zijn voor de toekenning van toekomstige vergunningen. Met de uitspraak zijn de windturbinebepalingen zelf niet vernietigd, deze bestaan nog steeds. Ook wordt in de uitspraak niets gezegd over de inhoudelijke juistheid van de normen. Om deze procedurele fout te herstellen moet het Rijk

nu alsnog een plan-m.e.r. doorlopen voor de windturbinebepalingen uit het Abm en Arm.
De hierboven genoemde windturbinebepalingen betreffen de algemene regels voor windturbines uit het Abm en Arm voor *windturbineparken*. Deze algemene regels mogen dan ook niet meer worden toegepast voor windturbineparken totdat deze regels zijn voorzien van een milieubeoordeling. Wel is het het bevoegd gezag toegestaan om in afwachting van nationale regelgeving vergunningspecifieke normen te stellen die in plaats komen van de windturbinebepalingen uit het Abm en Arm.
Zoals hierboven is toegelicht is in dit geval geen sprake van een windturbinepark. Uit de uitspraak blijkt dat de windturbinebepalingen niet volledig onverbindend verklaard zijn. In rechtsoverweging 18.1 van de uitspraak wordt dit als volgt toegelicht:

"*Vooropgesteld wordt dat een exceptieve toetsing van de windturbinebepalingen aan de SMB-richtlijn met zich kan brengen dat deze bepalingen vanwege een geconstateerd gebrek buiten toepassing moeten worden gelaten. Van algehele onverbindendheid van de betrokken bepalingen kan geen sprake zijn, omdat deze bepalingen ook van toepassing zijn op windturbineprojecten die niet vallen onder bijlage II van de Mer-richtlijn onder i van punt 3, waarnaar artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn verwijst. In punt 3 gaat het namelijk om windturbineparken en* ***niet alle windturbineprojecten zijn windturbineparken****."*

De staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat bevestigt in haar schrijven van 6 juli 2021 aan de Tweede Kamer '*Gevolgen van de uitspraak van de Raad van State over milieubeoordeling voor windturbinenormen*' (DGKE-WO / 21177649) dat voor één of twee losse windturbines de windturbinebepalingen wel blijven gelden.

Bosch & Van Rijn
Franz-Lisztplantsoen 220
3533 JG Utrecht

Tel: 030 - 677 64 66
Mail: info@boschenvanrijn.nl
Web: www.boschenvanrijn.nl

© Bosch & Van Rijn 2020
Behoudens hetgeen met de opdrachtgever is overeengekomen, mag in dit rapport vervatte informatie niet aan derden worden bekendgemaakt. Bosch & Van Rijn BV is niet aansprakelijk voor schade door het gebruik van deze informatie.