



Onderwerp: ontwerpbesluit voornemen tot weigering intrekking omgevingsvergunning voor drie windturbines met bijbehorende kraanopstelplaatsen en bekabeling in het Windpark Oude Maas

Verzoek intrekken omgevingsvergunning

Op 1 december 2020 hebben wij een verzoek ontvangen voor het intrekken van het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning voor de bouw van drie windturbines en het oprichten en in werking treden van een inrichting (met kenmerk Z17/32750/3003699).

Besluit

Gelet op hetgeen wij hieronder hebben overwogen, zijn wij voornemens om niet tot intrekking van het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning voor de bouw van de drie windturbines en het oprichten en in werking treden van een inrichting over te gaan.

Procedure

De besluitvormingsprocedure is uitgevoerd volgens het bepaalde in afdeling 3.4 (uitgebreide voorbereidingsprocedure) van de Algemene wet bestuursrecht. De verplichting daarvoor leiden wij af uit artikel 3.15 van paragraaf 3.3 (uitgebreide voorbereidingsprocedure) van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ("Wabo").

Overwegingen

1. Feiten

Het college van burgemeester en wethouders van de voormalig gemeente Binnenmaas heeft op 2 oktober 2017 aan Renewable Energy Factory B.V. een omgevingsvergunning verleend voor:

- Het oprichten en in werking hebben van drie windturbines (nummer 3, 4 en 5 van Windpark Oude Maas) op de bijbehorende fundamenteën (als onderdeel van "Windpark Oude Maas", aan de oostzijde van de Heinenoordtunnel);
- De aanleg van een kraanopstelplaats per windturbine (inclusief eventueel benodigde hulpconstructies);
- De aanleg van windparkbekabeling die is verbonden met het inkoopstation.

De omgevingsvergunning is gecoördineerd voorbereid met het bestemmingsplan "Windpark Oude Maas".

Aan het verzoek tot intrekking is ten grondslag gelegd dat er sprake zou zijn van ontoelaatbare strijd met dwingendrechtelijke regels van het Unierecht, waarbij is verwezen naar de uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503 (Nevele) en 27 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:816 (D'Oultremont).

2. Beoordeling

Grondslag verzoek

Verzoekers hebben niet uiteengezet met welke dwingendrechtelijke bepalingen van het Unierecht de omgevingsvergunning in strijd zou zijn. Gelet op de verwijzingen naar de arresten van het Hof van Justitie begrijpt het college het verzoek aldus dat de windturbinebepalingen van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling moeten worden beschouwd als een plan of programma zoals bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2001/42 (hierna: de SMB-richtlijn).

Volgens verzoekers hebben de in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling opgenomen bepalingen voor windturbines aanzienlijke milieugevolgen, zodat op grond van artikel 3 van de SMB-richtlijn een milieueffectrapport met betrekking tot deze bepalingen had moeten worden gemaakt. Dat is volgens hen ten onrechte achterwege gebleven.

Status omgevingsvergunning

Allereerst wordt opgemerkt dat ten behoeve van het bestemmingsplan en de verleende omgevingsvergunning voor de bouw en het oprichten en in werking hebben van een inrichting een gecombineerde plan- en projectMER is opgesteld, waarin is beoordeeld of er belangrijke nadelige gevolgen op het milieu kunnen zijn. De combi-MER heeft destijds samen met het ontwerpbestemmingsplan en de ontwerp omgevingsvergunningen ter inzage gelegen.

Tegen onder meer de omgevingsvergunning is door diverse partijen beroep ingesteld. De Afdeling heeft alle beroepen tegen de omgevingsvergunning ongegrond verklaard en de omgevingsvergunning is daarmee onherroepelijk geworden.

Wettelijk kader

De Wabo voorziet in een wettelijke grondslag om (onherroepelijke) omgevingsvergunningen in te trekken, namelijk artikel 2.33 Wabo. In dit artikel staan de intrekkinggronden limitatief opgesomd. Andere gronden voor intrekking – voor zover niet bedoeld als sanctie – zijn uitgesloten (zie onder meer: Raad van State 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:839).

Eén van de intrekkinggronden van artikel 2.33 Wabo is het intrekken van een omgevingsvergunning voor zover de uitvoering van een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist (artikel 2.33 lid 1 onder 1 Wabo). Wij begrijpen het verzoek tot intrekking aldus dat aan deze intrekkinggrond getoetst moet worden, hetgeen hieronder wordt gedaan.

Uitspraak van Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 30 juni 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1368)

De Afdeling heeft recent (op 30 juni jl.) geoordeeld dat de windturbinebepalingen (afdeling 3.2.3) in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling kwalificeren als ‘plannen en programma’s’ in de zin van artikel 2 onder a van de SMB richtlijn. Volgens de Afdeling vormen de windturbinebepalingen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlage II van de Mer-richtlijn genoemde windturbineparken het kader. Dit betekent dat voor de betrokken bepalingen een milieubeoordeling had moeten worden gemaakt. Om die laat de Afdeling in deze zaak de windturbinebepalingen vanwege strijd met het Unierecht buiten toepassing.

Voor het bestemmingsplan “Windpark Delfzijl Zuid uitbreiding” uitbreiding dat in voornoemde uitspraak aan de orde was, had de gemeenteraad de ruimtelijke aanvaardbaar gebaseerd op de veronderstelling dat de initiatiefnemer bij de bouw en het gebruik van het windturbinepark zich heeft te houden aan de voor haar rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. Deze veronderstelling lag ook ten grondslag aan de voor het bestemmingsplan verrichte milieuonderzoeken. Nu voor de windturbinebepalingen geen milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn is verricht en deze bepalingen daarom in strijd zijn met het Unierecht, had de raad niet van die veronderstelling mogen uitgaan.

De Afdeling komt in deze uitspraak dan ook tot de slotsom dat de vaststelling van het bestemmingsplan in zoverre in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb heeft plaatsgevonden en niet berust op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 3:46 van de Awb.

Omdat de windturbinebepalingen vanwege strijd met het Unierecht in de zaak Delfzijl buiten toepassing moeten worden gelaten, is het college er aldus de Afdeling voor de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo ten onrechte van uitgegaan dat die windturbinebepalingen golden. Daarom is ten onrechte geen beoordeling verricht als bedoeld in artikel 2.14 van de Wabo voor de in de windturbinebepalingen geregelde milieuaspecten.

Ook is niet beoordeeld of aan die omgevingsvergunning voorschriften als bedoeld in artikel 2.22, tweede lid, van de Wabo hadden moeten worden verbonden. De verlening van de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo is in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb en berust niet op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 3:46 van de Awb.

Het ontbreken van een milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn voor de windturbinebepalingen betekent niet dat aanpassing van voornoemd bestemmingsplan niet meer aan

de orde kan zijn. De Afdeling heeft overwogen dat als de regering en de minister voor de windturbinebepalingen alsnog een deugdelijke planmilieueffectrapportage verrichten en de windturbinebepalingen handhaven of aanpassen, dan kan en mag de raad voor zijn standpunt over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het bestemmingsplan opnieuw bij die (aangepaste) bepalingen aansluiten. De Afdeling wijst erop dat er ook andere mogelijkheden zijn. De raad is namelijk niet verplicht om bij zijn beslissing over de goede ruimtelijke ordening bij de windturbinebepalingen aan te sluiten. Hij kan er ook voor kiezen om door hem gekozen normen te hanteren. Die normen moeten dan wel zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering.

Voor de omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, en onder e, van de Wabo geldt dat het college vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling niet meer kan terugvallen op de rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. Deze bepalingen moeten hier vanwege het geconstateerde gebrek buiten toepassing worden gelaten. Dit betekent dat de betrokken milieuaspecten waarop de windturbinebepalingen betrekking hadden, moeten worden beoordeeld met inachtneming van artikel 2.14, eerste lid, van de Wabo. Voor zover het belang van de bescherming van het milieu dat vereist, moeten over die milieuaspecten voorschriften in de omgevingsvergunning worden opgenomen of moet de omgevingsvergunning worden geweigerd. Zolang de milieubeoordeling van de windturbinebepalingen niet heeft plaatsgevonden en de (aangepaste) windturbinebepalingen hier niet mogen worden toegepast, staat artikel 2.22, vijfde lid, van de Wabo niet aan het opnemen van voorschriften in de omgevingsvergunning in de weg.

Gevolgen uitspraak van 30 juni 2021

Bovenstaande uitspraak zal gevolgen hebben voor nog in voorbereiding zijnde of niet onherroepelijke besluiten voor de realisatie van windturbineparken, nu er door de bevoegde gezagen niet kan worden teruggevallen op de rechtstreeks werkende windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteiten, totdat (i) een milieubeoordeling is verricht en op basis daarvan de windturbinebepalingen worden gehandhaafd of aangepast of (ii) de bevoegde gezagen zelf normen voor windturbines vaststellen en deze normen voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de lokale situatie toegesneden motivering.

De uitspraak van 30 juni jl. van de Afdeling heeft – anders dan verzoeken beogen – echter niet tot gevolg dat onherroepelijke vergunningen en bestemmingsplannen niet meer geldig zouden zijn of dat het bevoegd gezag die besluiten moet intrekken. Op basis van voornoemde uitspraak van de Raad van State kunnen bestaande windturbineparken in bedrijf blijven of nog worden opgericht, mits zij beschikken over een onherroepelijke omgevingsvergunning. Dit lichten wij hieronder toe.

Primair: Activiteitenbesluit staat formeel los van omgevingsvergunning

Verzoekers gaan er aan voorbij dat het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling rechtstreeks werkende regels bevatten ten aanzien van het in werking hebben van windturbines. Voor het in werking hebben van de windturbines moeten – ongeacht de (inhoud van de) omgevingsvergunning – de regels uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling gevolgd worden. Oftewel, er bestaat een (juridische) scheiding tussen het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling enerzijds en de omgevingsvergunning anderzijds. Dit is als zodanig ook in de procedurele overwegingen (milieu) in de omgevingsvergunning opgenomen:

“In het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: Activiteitenbesluit) zijn voor bepaalde activiteiten die binnen inrichtingen plaats kunnen vinden, algemene regels opgenomen. Deze regels zijn direct werkend en mogen niet in de omgevingsvergunning worden opgenomen.”

In het geval dat ook ten aanzien van het Windpark Oude Maas de windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling buiten toepassing zouden moeten worden gelaten, heeft dit dus geen invloed op de onherroepelijke omgevingsvergunning zelf omdat deze formeel los staat van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. De omgevingsvergunning zelf is – ook als het Activiteitenbesluit buiten toepassing moet worden gelaten – dus niet in strijd met het Unierecht verleend waardoor het college niet gehouden (en dus ook niet bevoegd is om) tot intrekking van de omgevingsvergunning over te gaan.

De uitspraak van 30 juni jl. van de Afdeling verandert niks aan het bovenstaande. Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat – ook indien de windturbinebepalingen buiten toepassing worden gelaten – vergunninghouder dient te (blijven) voldoen aan de op haar rustende wettelijke zorgplicht waaruit

volgt dat zij de nadelige gevolgen voor het milieu zoveel mogelijk moet voorkomen of beperkt (voor zover voorkomen niet mogelijk is), waaronder in elk geval wordt verstaan:

- het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van geluidhinder;
- het voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van trillinghinder.

Ook gelet op de zorgplicht bestaat er geen aanleiding om de omgevingsvergunning in te trekken.

Subsidiar: Kuhne en Heitz

Indien er geen scheiding wordt aangenomen tussen het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling enerzijds en de omgevingsvergunning anderzijds, wordt subsidiair het volgende aan het besluit ten grondslag gelegd.

Uit diverse arresten van het Hof van Justitie volgt dat er ingevolge het Unierecht geen *verplichting* is tot intrekken van een onherroepelijk besluit. Ook niet als dat besluit blijkt een latere uitspraak van het Hof van Justitie in strijd is met het EU-recht.

Het bestuursorgaan dient – indien het bevoegd is om op dat besluit terug te komen – wel het betreffende besluit opnieuw te beoordelen, mits aan de voorwaarden is voldaan zoals geformuleerd in het arrest Kühne en Heitz (ECLI:EU:C:2004:17). In dit arrest heeft het Hof van Justitie als volgt geoordeeld:

“Ingevolge het in artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel moet een bestuursorgaan een definitief geworden besluit desgevraagd opnieuw onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van gemeenschapsrecht heeft gegeven, wanneer:

- hij naar nationaal recht bevoegd is om op dat besluit terug te komen;*
- het in geding zijnde besluit definitief is geworden ten gevolge van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep;*
- voormelde uitspraak, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berust op een onjuiste uitlegging van het gemeenschapsrecht, gegeven zonder dat het Hof overeenkomstig artikel 234, derde alinea, EG is verzocht om een prejudiciële beslissing, en*
- de betrokkene zich tot het bestuursorgaan heeft gewend onmiddellijk na van die rechtspraak kennis te hebben genomen.”*

Aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek zal het bestuursorgaan moeten bepalen, in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit dient terug te komen.

Aan de hierboven geformuleerde criteria lijkt te zijn voldaan. Reden waarom het college heeft geïnventariseerd, welke belangen zijn betrokken bij het verzoek tot intrekking. Naast de belangen van verzoekers dient het college rekening te houden met de belangen van vergunninghouder. In onderhavig geval is van belang dat de vergunninghouder reeds op basis van deze omgevingsvergunning met de werkzaamheden is gestart om het windpark te realiseren. Daarnaast draagt het windpark bij aan de energietransitie.

De belangen van vergunninghouder wegen gelet op de rechtszekerheid in dit geval zwaarder dan het belang van verzoekers bij de intrekking van de omgevingsvergunning.

Andere intrekkingsgronden

Verzoekers hebben in het verzoek aangegeven dat de omgevingsvergunning moet worden ingetrokken wegens strijd met dwingendrechtelijke regels van het Unierecht. Doordat door verzoekers is verzocht om intrekking wegens strijd met Unierecht, is getoetst aan artikel 2.33 lid 1 onder a Wabo. Er is door verzoekers niet verzocht om intrekking van de omgevingsvergunning op andere gronden en in het intrekkingsverzoek zijn geen omstandigheden aangevoerd die zijn aan te merken als een situatie als bedoeld in artikel 2.33 Wabo, anders dan artikel 2.33 lid 1 onder a Wabo. Wij hebben dan ook niet getoetst aan de andere intrekkingsgronden in artikel 2.33 Wabo.

3. Conclusie

Gelet op het vorenstaande zijn wij voornemens om niet tot intrekking van het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning voor de bouw van drie windturbines en het oprichten en in werking treden van een inrichting over te gaan.

Ondertekening en verzending

"Dit document is nog geen definitief besluit en is daarom nog niet ondertekend".

Rechtsmiddelen

Bekendmaking

De kennisgeving en het ontwerpbesluit zijn gepubliceerd in de Staatscourant. Daarnaast is de kennisgeving gepubliceerd op de gemeentelijke website en het huis-aan-huisblad.

Wanneer u het ontwerpbesluit en alle bijbehorende stukken wilt inzien, kunt u een afspraak maken met Paul Kaiser, bereikbaar via het e-mailadres: paul.kaiser@gemeentehw.nl.

Ter inzage

Het ontwerpbesluit ligt met ingang van 25 augustus 2021 tot en met 6 oktober 2021 ter inzage.

Indienen zienswijzen

Iedereen kan een zienswijze (bij voorkeur schriftelijk) indienen tijdens de periode dat het ontwerp besluit ter inzage ligt.

Schriftelijke zienswijzen kunt u indienen bij:

Het college van burgemeester en wethouders van gemeente Hoeksche Waard

Postbus 2003

3260 EA Oud-Beijerland

onder vermelding van "zienswijze ontwerpbesluit voornemen tot weigering intrekking omgevingsvergunning voor drie windturbines met bijbehorende kraanopstelplaatsen en bekabeling in het Windpark Oude Maas".

Tot slot

Voor vragen over het ontwerpbesluit kunt u terecht bij Paul Kaiser, team VTH, bereikbaar via e-mailadres: paul.kaiser@gemeentehw.nl.