



VAN DE RIET
advocatenkantoor B.V.

Utrecht : 5 januari 2021
Betreft : bezwaarschrift
Dossiernummer : 166082

Kantoor - Bezoekadres

Laan van Chartreuse 168
3552 EZ UTRECHT

Contactgegevens

Telefoon +31 (0) 30 -785 2537
Telefax +31 (0) 30 - 785 2572

Inschrijvingen

Kamer van koophandel 80171508
BTW: NL861575623B01

Internet

E-Mail: info@rietvast.nl
Internet: www.rietvast.nl

PER MAIL EN TELEFAX

College van burgemeester en wethouders van de gemeente/ Gemeenteraad
Oude IJsselstreek
Postbus 42
7080 AA GENDRINGEN

Vooruit per email: info@oude-ijsselstreek.nl

Vooruit per telefax: 0315 - 292293

Geacht College, leden van uw Gemeenteraad,

Hierdoor en derhalve tijdig maak ik namens de volgende belanghebbenden bezwaar tegen uw weigering d.d. 24 november 2020 om tot intrekking over te gaan, dan wel nietig te verklaren, dan wel op te schorten 1) het besluit van Uw College¹ d.d. 15 mei 2017 (verlening van de omgevingsvergunning aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. voor het oprichten van een windmolenpark in het gebied tussen de Omsteg en de Jonkerstraat te Netterden voor het bouwen van 9 windturbines) alsmede 2) het besluit² d.d. 23 februari 2017, waarin door uw Gemeenteraad het bestemmingsplan Windpark Den Tol Netterden 2016 werd vastgesteld. De belanghebbenden namens wie bezwaar wordt gemaakt zijn:

Stichting TegenWind(molens) Netterden en omstreken (KvK nr. 53282043), statutair gevestigd te Oude IJsselstreek, alsmede de volgende bewoners:

1. De heer/mevrouw W.Schepers, wonende te Gendringen aan de Banninkweg1;
2. De heer/mevrouw J v/d Berg, wonende te Gendringen aan de Munsterweg 2a;
3. De heer/mevrouw Rozeboom, wonende te Gerndringen aan de Hulseweg 1;
4. De heer/mevrouw F.Gilsing, wonende te Netterden aan de Acacialaan 1;
5. De heer/mevrouw R.Radstaake, wonende te Netterden aan de Acacialaan 11;
6. De heer/mevrouw M.E.H. Gilsing, wonende te Netterden aan de Emmerikseweg 19;

¹ Het eerdere besluit d.d. 13 juni 2014 inzake de oprichting van 10 windturbines was door de Raad van State vernietigd op 16 november 2016. Op 27 mei 2015 werd het bestemmingsplan dat hieraan ten grondslag lag al vernietigd door de Raad van State.

² Ibidem noot 1





7. De heer/mevrouw G.H.L Massop, wonende te Netterden aan de Acacialaan 17.

Op 11 november 2020 stelde ik uw gemeente in gebreke aangezien een inhoudelijke reactie uitbleef. Uw gemeente gaf aan dit ten verzoek ten dele gevolg, blijkens een niet ondertekende brief van het college van b&w d.d. 24 november 2020. De gemeenteraad heeft evenwel nog altijd niet gereageerd met betrekking tot het door haar genomen besluit d.d. 23 februari 2017 terzake waarvan ook voormeld verzoek werd gedaan. Uit uw brief blijkt niet dat de gemeenteraad haar bevoegdheid terzake aan het college heeft overgedragen.

Ook ontbreekt een rechtsmiddelenclausule in de brief d.d. 24 november 2020, zodat belanghebbenden er zekerheidshalve vanuit gaan dat wel sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht en daartegen dus middels deze brief bezwaar maken.

Mevrouw van Vliet van uw gemeente zond de reactie per mail aan mij vooruit en ik reageerde daar weer diezelfde dag op per mail:"

Dank voor uw reactie.

Ik lees dat helaas in de conceptreactie wordt uitgegaan van een onjuiste veronderstelling. Met 'dit besluit/regeling' verwijs ik naar het Activiteitenbesluit en Regeling, niet de door het college aangeduide besluiten. Wanneer kennis genomen wordt van de jurisprudentie waar ik naar verwijs dan blijkt zulks ook.

Kunt u het daarheen leiden dat dit misverstand bij het college hiermee wordt weggenomen en mag ik alsdan alsnog een reactie tegemoet zien?

Mevrouw van Vliet reageerde hier per mail op als volgt:"

Dank voor uw bericht. Kennelijk is hier sprake van een misverstand. U vraagt mij daarom het college uw verzoek nogmaals ter behandeling voor te leggen. Dat is mijns inziens echter onnodig. De discussie over een eventuele plan-MER-plicht voor Activiteitenbesluit en -regeling lijkt vooralsnog niet beslecht. Echter, zelfs wanneer geoordeeld zou worden dat van een dergelijke plicht sprake is, leidt dat niet tot het intrekken van onherroepelijke besluiten voor windparken. Een en ander wordt door uw vakgenoot mr. Erwin Noordover zeer helder uitgelegd in een tweetal blogs:

<https://envir-advocaten.com/nl/nieuws/activiteitenbesluit-en-regeling-toch-plan-mer-plichtig/> (8 juli 2020)

<https://envir-advocaten.com/nl/nieuws/een-plan-mer-plicht-voor-het-activiteitenbesluit-en-de-regeling-hoeft-geen-probleem-te-zijn/> (11 oktober 2020)

Een citaat uit het blog van 11 oktober:





“Moeten onherroepelijke vergunningen voor bestaande windparken worden ingetrokken of bestreden vergunningen worden vernietigd, als sprake is van een plan-MER-plicht voor het Activiteitenbesluit en de -regeling? Nee, dit is niet nodig, ook niet op basis van Europese regelgeving. De strijdigheid met het Europese recht ligt immers niet bij deze vergunningen, maar bij het Activiteitenbesluit en de -regeling. En de doorwerking van nieuwe normen in het Activiteitenbesluit en de -regeling na een plan-MER vereist geen aanpassing van vergunningen, aangezien de normen rechtstreeks doorwerken. Het beëindigen van eventuele strijd met Europese verplichtingen vereist dus geen ingrijpen in de vergunningverlening voor windparken.”

Nu de jurisprudentie die ten grondslag ligt aan uw verzoek om de onherroepelijke gemeentelijke besluiten voor windpark Den Tol in te trekken, niet van invloed blijkt te zijn op dergelijke onherroepelijke besluiten, doet zich de vraag voor in hoeverre behandeling van uw verzoek om intrekking van het bestemmingsplan door de raad nog noodzakelijk is. De (openbare) behandeling van uw verzoek door de raad is geagendeerd voor 21 januari aanstaande. Het lijkt mij het overwegen waard om uw verzoek voor die datum in te trekken.

Uit de mail blijkt niet, zodat ik daarvan dus niet kan uitgaan, dat deze reactie ook door het college is overgenomen in aanvulling op haar reactie d.d. 24 november 2020, dus voor wat betreft het door haar genomen besluit d.d. 15 mei 2017. Ik moet dan vaststellen dat het college alsdan nog steeds uitgaat van een onjuiste veronderstelling. Maar ook als het college voorgaande reactie zou overnemen dan kunnen belanghebbenden zich daarmee niet verenigen.

De redenering die in bovengenoemd citaat wordt vermeld is niet juist. Verondersteld dat in voormeld citaat als uitgangspunt is genomen dat het Activiteitenbesluit en de -regeling in strijd moeten worden geacht met het Unierecht, dan kan niet gesteld worden dat besluiten (i.e. d.d. 15 mei 2017 en d.d. 23 februari 2017) die zijn genomen op basis van dergelijke strijdige besluiten (i.e. het Activiteitenbesluit en de -regeling) daar niet door geraakt worden. De onderhavige besluiten d.d. 15 mei 2017 en d.d. 23 februari 2017 zijn daardoor immers eveneens niet in overeenstemming met de eisen die voortvloeien uit de dwingendrechtelijke regels van het Unierecht en moeten eenzelfde lot ondergaan en zijn onwettig. Bovendien zijn dergelijke besluiten daarmee ook onrechtmatig en behoort daarvan geen gebruik te worden gemaakt. Er is geen wettelijke basis meer aanwezig c.q. daar aan ontvallen.

Uit het arrest waar ik reeds naar verwees in mijn eerste brief van het Hof van Justitie van de Europese Unie d.d. 25 juni 2020 wordt onder andere (zie sub 3) voor recht verklaard (met onderstreping JM):”

Indien blijkt dat een milieubeoordeling in de zin van richtlijn 2001/42 had moeten worden verricht voorafgaand aan de vaststelling van het besluit en de omzendbrief die de grondslag vormen voor een bij een nationale rechter aangevochten vergunning voor de bouw en exploitatie van windturbines, en deze handelingen en vergunning dus niet verenigbaar zijn met het Unierecht, mag die rechter de





gevolgen van deze handelingen en vergunning slechts handhaven indien het interne recht dit toestaat in het kader van het bij hem aanhangige geding en de nietigverklaring van de vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie. Een dergelijke handhaving mag bovendien niet langer duren dan strikt noodzakelijk is om een einde te maken aan die onrechtmatigheid. Het staat in voorkomend geval aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen in het hoofdeding.

Ook in uw geval is deze grondslag dus komen te ontvallen aan de twee besluiten d.d. 15 mei 2017 en d.d. 23 februari 2017.

De gebezigde en hier bestreden redenering in de blog is tevens in strijd met het doel van de richtlijn die een hoog milieubeschermingsniveau beoogt te waarborgen en de kwaliteit van het milieu beoogt te verbeteren. Het hof gaat ook expliciet in op de vraag in hoeverre de gevolgen van de bestreden besluiten eventueel gehandhaafd mogen worden. In rechtsoverweging 83 staat te lezen (met onderstreping JM):”

Volgens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking zijn de lidstaten verplicht de onwettige gevolgen van een dergelijke schending van het Unierecht ongedaan te maken. Hieruit volgt dat de bevoegde nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechterlijke instanties waarbij beroep is ingesteld tegen een nationale handeling die in strijd met het Unierecht is vastgesteld, verplicht zijn om in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Dit kan er, voor een „plan” of „programma” dat is vastgesteld zonder rekening te houden met de verplichting een milieubeoordeling te verrichten, bijvoorbeeld in bestaan dat maatregelen tot opschorting of nietigverklaring van dit plan of programma worden vastgesteld (zie in die zin arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, punten 31 en 32) en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten [zie in die zin arrest van 12 november 2019, Commissie/Ierland (Windturbinepark te Derrybrien), C-261/18, EU:C:2019:955, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

Dus een intrekking of opschorting van de bestreden besluiten, zelfs als al begonnen is met de bouw of als de bouw al is afgerond. Rechtsoverweging 89:”

Die nietigverklaring zou volgens de in punt 83 van het onderhavige arrest aangehaalde beginselen ook moeten plaatsvinden indien blijkt dat de uitvoering van het windturbineparkproject al





VAN DE RIET
— advocatenkantoor B.V.

is gestart of zelfs al is afgerond. Ook het bepaalde in rechtsoverweging 84 is duidelijk:"

Daar moet nog aan worden toegevoegd dat enkel het Hof, bij wijze van uitzondering en om dwingende redenen van rechtszekerheid, een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een regel van het Unierecht op het daarmee strijdige nationale recht heeft, namelijk de terzijdestelling ervan. Indien de nationale rechterlijke instanties bevoegd zouden zijn om aan de nationale bepalingen voorrang te geven boven het Unierecht waarmee zij in strijd zijn, al was het maar tijdelijk, dan zou immers afbreuk worden gedaan aan de uniforme toepassing van het Unierecht (arrest van 29 juli 2019, Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17, EU:C:2019:622, punt 177 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Hieruit volgt dat de Uniforme toepassing voorop staat, waar slechts bij hoge uitzondering van kan worden afgeweken.

Een toewijzing van de onderhavige verzoeken heeft ook niet tot gevolg dat sprake is van 'aanzienlijke gevolgen voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat'.

Kortom, belanghebbenden zijn op grond van het voorgaande van mening dat hun verzoeken moeten worden gehonoreerd om te voorkomen dat sprake is van strijdigheid met het Unierecht. Belanghebbenden gaan ervan uit dat uw gemeente tot de juiste afweging zal komen door een dergelijke strijdigheid niet in stand te laten.

Namens belanghebbenden verzoek ik uw gemeente dan ook om de verzoeken alsnog te honoreren en dit bezwaar gegrond te verklaren. Ik ga ervan uit dat u dit bezwaarschrift tijdig ook onder de aandacht van de gemeenteraad zult brengen, zodat de gemeenteraad het voorgaande op 21 januari 2021 kan meenemen in hun overwegingen.

Kosten rechtens.

Met verschuldigde hoogachting,

J. van de Riet
advocaat

