

Advies van de Commissie bezwaarschriften (Kamer Algemeen) over twee door de heer mr. J.M. van de Riet (Van de Riet Advocaten) namens de Stichting TegenWind(molens) Netterden e.o. en namens zeven inwoners van Gendringen en Netterden ingediende bezwaarschriften d.d. 5 januari 2021 respectievelijk 1 maart 2021 gericht tegen:

1. het besluit van burgemeester en wethouders d.d. 24 november 2020, verzonden op dezelfde dag, tot het afwijzen van een verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van de op 15 mei 2017 aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. verleende omgevingsvergunning respectievelijk;
2. het besluit van de gemeenteraad van 21 januari 2021, verzonden op 8 februari 2021, tot het afwijzen van een verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van het op 23 februari 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Windpark Den Tol Netterden 2016'.

De feiten en omstandigheden

Bij brief van 17 juli 2020 heeft de heer mr. J.M. van de Riet (destijds nog Amice Advocaten) aan burgemeester en wethouders respectievelijk de gemeenteraad gevraagd om de op 15 mei 2017 aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. verleende omgevingsvergunning in te trekken dan wel nietig te verklaren dan wel op te schorten respectievelijk het op 23 februari 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Windpark Den Tol Netterden 2016' in te trekken dan wel nietig te verklaren dan wel op te schorten.

Op 11 november 2020 stelt de heer mr. J.M. van de Riet de gemeente in gebreke, omdat er nog steeds geen beslissing op zijn verzoek is genomen.

Op 24 november 2020 is door burgemeester en wethouders besloten om het verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van de op 15 mei 2017 aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. verleende omgevingsvergunning af te wijzen. Dit besluit is op dezelfde dag verzonden aan de aanvrager.

Tegen dit besluit dient de heer mr. J.M. van de Riet (hierna: gemachtigde) namens de volgende stichting en personen (hierna: bezwaarden) bij brief van 5 januari 2021, ontvangen op dezelfde dag, een bezwaarschrift in:

1. Stichting TegenWind(Molens) Netterden en omstreken;
2. W. Schepers;
3. J. van den Berg;
4. Rozeboom;
5. F. Gilsing;
6. R. Radstaake;
7. M.E.H. Gilsing;
8. G.H.L. Massop.

Gemachtigde maakt door middel van het bezwaarschrift d.d. 5 januari 2021 tevens bezwaar tegen het afwijzen van zijn verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van het op 23 februari 2017 vastgestelde bestemmingplan 'Windpark Den Tol Netterden 2016'. Dit gedeelte van het bezwaarschrift is echter prematuur, omdat de gemeenteraad nog geen besluit had genomen.

Op 21 januari 2021 is door de gemeenteraad besloten om het verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van het op 23 februari 2017 vastgestelde bestemmingsplan 'Windpark Den Tol Netterden 2016' af te wijzen. Dit besluit is op 8 februari 2021 verzonden aan de aanvrager.

Tegen dit besluit dient gemachtigde namens dezelfde hiervoor genoemde stichting en personen bij brief van 1 maart 2021, ontvangen op dezelfde dag, een bezwaarschrift in.

Hoorzitting

Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Verordening commissie bezwaarschriften zijn de bezwaarschriften voorgelegd aan de Commissie bezwaarschriften (Kamer Algemeen).

Gemachtigde en bezwaarden zijn uitgenodigd om op 13 april 2021 hun bezwaarschriften mondeling toe te lichten. De heer mr. J.M. van de Riet heeft samen met de heer J. van den Berg en de heer R. Radstaake gebruik gemaakt van deze uitnodiging en is verschenen.

Namens burgemeester en wethouders en namens de gemeenteraad zijn mevrouw M. Nijman en mevrouw S. van Vliet verschenen.

Ook Windpark Den Tol Exploitatie B.V. (hierna: het Windpark) is uitgenodigd. Namens het Windpark was de heer F. Simmes aanwezig.

Wat op de hoorzitting is besproken staat in het meegestuurde verslag.

Ontvankelijkheid

De bestreden besluiten zijn een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

De commissie heeft eerst beoordeeld of het bezwaarschrift ontvankelijk kan worden verklaard. Dat is belangrijk, omdat alleen een ontvankelijk bezwaarschrift inhoudelijk behandeld kan worden.

In artikel 8:1, eerste lid, van de Awb gelezen in combinatie met artikel 7:1, eerste lid, van de Awb is immers bepaald dat alleen een *belanghebbende* tegen een besluit bezwaar kan maken.

In artikel 1:2, eerste lid, van de Awb is vastgelegd dat onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. In zijn algemeenheid dient een in aanmerking te nemen belang hierbij aan een aantal eisen te voldoen: het dient een eigen, objectief bepaalbaar, persoonlijk, actueel en rechtstreeks belang bij het betrokken besluit te zijn.

Op grond van artikel 1:2, derde lid, van de Awb worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Volgens de statuten heeft de Stichting TegenWind(Molens) Netterden en omstreken ten doel:

- a) het verbeteren en behouden van de leefbaarheid, veiligheid en een goed woon- en leefklimaat in de gemeente Oude IJsselstreek en directe omgeving;
- b) het verbeteren en behouden van de kernen in de gemeente Oude IJsselstreek en de directe omgeving, waaronder ook begrepen de flora en fauna, de lucht, de bodem, het water en de gezondheid van de mensen en een goede ruimtelijke ordening.

De commissie is van mening dat de Stichting TegenWind(Molens) Netterden en omstreken ontvankelijk is in haar bezwaar. De overige personen wonen in de nabije omgeving van Windpark Den Tol en zijn ook belanghebbende. De bezwaarschriften voldoen verder aan de eisen van artikel 6:5 van de Awb. De bezwaarschriften kunnen inhoudelijk worden behandeld.

De gronden van het bezwaarschrift d.d. 5 januari 2021

De in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting aangevoerde argumenten worden als volgt samengevat:

- Gemachtigde stelt zich op het standpunt dat de besluiten van 15 mei 2017 en 23 februari 2017 niet in overeenstemming zijn met de eisen die voortvloeien uit de dwingendrechtelijke regels van het Unierecht en om die reden onwettig zijn.
- Bovendien zijn de besluiten onrechtmatig en behoort er geen gebruik van te worden gemaakt. De wettelijke basis is aan de besluiten ontvallen. Een bestuursorgaan moet de besluiten opnieuw onderzoeken als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Naar de mening van de gemachtigde wordt aan die criteria voldaan. De onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht moeten ongedaan gemaakt worden.
- Gemachtigde verwijst naar een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJEU) d.d. 25 juni 2020. Daarin heeft het Hof een uitleg gegeven over de zogenaamde SMB Richtlijn met betrekking tot de beoordeling van de gevolgen van het milieu van bepaalde plannen en programma's in Vlaanderen. Vertaald naar de Nederlandse situatie gaat het dan concreet over de voorschriften uit het Activiteitenbesluit, specifiek voor windturbines, de normen over slagschaduw, veiligheidsvoorschriften en geluidsemissies.
- Het Activiteitenbesluit en de regeling vallen onder 'plannen en programma's' als bedoeld in de SMB Richtlijn. Volgens gemachtigde hoeven plannen en programma's niet (meer) betrekking te hebben op een specifiek gebied. Doorslaggevend is of er sprake is van een pakket aan criteria, modaliteiten en voorwaarden voor de goedkeuring en uitvoering van een project die milieugevolgen heeft. Het Activiteitenbesluit en de regeling hadden ook zelf aan een Milieu Effectrapportage (hierna: MER) onderworpen moeten zijn. Dat is niet gebeurd.
- Ook de bestreden besluiten hadden getoetst moeten worden aan een MER, hetgeen niet is gebeurd. Om die reden is het Unierecht geschonden. De bestreden besluiten dienen te worden ingetrokken dan wel nietig te worden verklaard dan wel te worden opgeschort totdat alsnog een MER-beoordeling heeft plaatsgevonden. Het feit dat de besluiten inmiddels formele rechtskracht hebben gekregen staat hier niet aan in de weg. Ook niet als al met de bouw van het windpark is begonnen.
- Naar de mening van gemachtigde is vaste jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) hiermee in strijd en kan niet langer worden gevolgd.
- Gemachtigde wijst er op dat de Afdeling op 6 april 2021 vier soortgelijke zaken met betrekking tot windmolens heeft behandeld. Het is nog wachten op een uitspraak van de Afdeling.

De gronden van het bezwaarschrift d.d. 1 maart 2021

De in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting aangevoerde argumenten worden als volgt samengevat:

- Het verzoek van gemachtigde wordt in het bestreden besluit afgewezen met een beroep op een kennelijke uitspraak van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, zonder een bronvermelding. Het is voor gemachtigde dan ook niet duidelijk waarom de nieuwste uitspraak van het HvJEU geen breuk zou laten zien in de jurisprudentie.
- Volgens gemachtigde moeten plannen en programma's voor de toepassing van de richtlijn voldoen aan twee cumulatieve voorwaarden namelijk dat (1) zij door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden vastgesteld of door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld en dat (2) zij door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven.

- Door de uitspraak van het HvJEU d.d. 25 juni 2020 is de wettelijke basis ontvallen aan de Activiteitenregeling d.d. 9 november 2007 en het Activiteitenbesluit d.d. 19 oktober 2007.

Beoordeling van de gronden

Wettelijk kader

Op grond van artikel 2.33, eerste lid sub a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) trekt het bevoegd gezag de omgevingsvergunning in voor zover de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist.

In artikel 3.8 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) zijn bepalingen opgenomen over de voorbereiding van een bestemmingsplan, de kennisgeving, de zienswijzen, de terinzagelgging, de vaststelling en de bekendmaking.

Overwegingen van de commissie

Ter discussie staan de volgende besluiten:

1. Het besluit van burgemeester en wethouders d.d. 24 november 2020 tot het afwijzen van het verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van de op 15 mei 2017 aan Windpark Den Tol Exploitatie B.V. verleende omgevingsvergunning;
2. Het besluit van de gemeenteraad d.d. 21 januari 2021 tot het afwijzen van het verzoek tot intrekking dan wel nietig verklaring dan wel opschorting van het op 23 februari 2017 vastgestelde bestemmingsplan Windpark Den Tol.

Burgemeester en wethouders motiveren het afwijzen van het verzoek in het besluit d.d. 24 november 2020 als volgt: De MER-procedure is wel degelijk doorlopen, met als gevolg een gecombineerde project MER en plan MER: het MER Windpark Den Tol juni 2013. Mede naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling d.d. 27 mei 2015 is het MER aangevuld. Dit heeft geresulteerd in de oplegnotitie MER Windpark Den Tol d.d. 30 november 2015. Het MER uit 2013 en de oplegnotitie uit 2015 liggen samen ten grondslag aan de bestemmingsplanherziening en de omgevingsvergunning voor Windpark Den Tol.

De gemeenteraad motiveert het afwijzen van het verzoek in het besluit d.d. 8 februari 2021 met een verwijzing naar een uitspraak van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat: In Nederland heeft de Afdeling in 2019 geoordeeld dat voor de Nederlandse algemene regels geen plan MER-plicht bestaat. Deze algemene regels hebben geen planmatig karakter. Dit oordeel is gebaseerd op jurisprudentie van het HvJEU. De nieuwste uitspraak van het HvJEU laat geen breuk in de jurisprudentie zien. De algemene regels van het Activiteitenbesluit blijven dan ook onverminderd van toepassing.

De commissie overweegt dat het bezwaar draait om de overwegingen in de uitspraak van het HvJEU d.d. 25 juni 2020 (ECLI:EU:C:2020:503). Het HvJEU oordeelt hierin over de uitleg van de zogenaamde SMB-richtlijn inzake de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's. De overwegingen van het HvJEU betreffen echter niet het Nederlandse Activiteitenbesluit, maar de Belgische algemene milieuregels in het zogenaamde Vlarem II en in de Omzendbrief d.d. 12 mei 2006. In het Vlarem II en in de Omzendbrief staan regels over geluid, veiligheid en slagschaduw van windturbines en tevens elementen waarmee bij de keuze van locaties voor windturbines rekening moet worden gehouden.

De commissie heeft in de stukken gelezen dat het HvJEU is gevraagd om zich uit te spreken over de vraag of het Vlarem II en de Omzendbrief zijn te kwalificeren als 'plannen

en projecten' in de zin van de SMB-richtlijn en zo ja, of voor het Vlare II en de Omzendbrief een MER-beoordeling verplicht is.

Het HvJEU overweegt dat het begrip plannen en projecten twee cumulatieve elementen kent, namelijk:

- (1) zij moeten door een nationale, regionale of lokale instantie zijn vastgesteld of door parlement en regering gezamenlijk in een wetgevingsprocedure zijn bepaald en
- (2) zij zijn door wettelijke of bestuursrechtelijke procedures voorgeschreven.

Het HvJEU overweegt dat het Vlare II aan de twee cumulatieve elementen voldoet, omdat het als nationale regeling een zekere mate van abstractie vertoont en een doel van transformatie van een geografische zone nastreeft. De Omzendbrief zou ook aan de criterium plannen en projecten kunnen voldoen. Plannen en programma's moeten aan een MER-beoordeling worden onderworpen.

Voor de beoordeling van de bezwaarschriften is het volgende van belang. Het Activiteitenbesluit is weliswaar vastgesteld op nationaal niveau, maar nergens in het besluit is het doel neergelegd om door middel van de algemene regels die hierin ten aanzien van het gebruik van windturbines zijn neergelegd een bepaald geografisch begrensd gebied aan te wijzen of te reserveren voor de bouw van één of meer windturbines. Zo'n transformatiedoel wordt naar Nederlands recht niet neergelegd in het Activiteitenbesluit of andere op nationaal niveau vastgelegde algemeen verbindende voorschriften. Voor Windpark Den Tol is de geografische aanwijzing van het gebied voor de bouw van windturbines na afweging van alle ruimtelijk relevante belangen in het bestemmingsplan Windpark Den Tol Netterden 2016 vastgelegd.

Uit het bovenstaande volgt naar de mening van de commissie dat het Activiteitenbesluit zelf niet MER-beoordelingsplichtig is op grond van de SMB-richtlijn. De in het Activiteitenbesluit opgenomen bepalingen voor het in werking hebben van een windturbine hoeven niet vanwege strijd met hoger recht buiten toepassing gelaten te worden. Dit volgt ook uit een uitspraak van de Afdeling uit 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:1064). Naar het oordeel van de commissie is het voldoende dat er voor het bestemmingsplan Windpark Den Tol Netterden 2016 en voor de omgevingsvergunning een MER is gemaakt. Gemachtigde heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt waarom de omgevingsvergunning en het bestemmingsplan ingetrokken dan wel nietig verklaard dan wel opgeschort zouden moeten worden.

Conclusie

Op basis van hetgeen op de hoorzitting naar voren is gekomen en de beschikbare informatie hebben burgemeester en wethouders en de gemeenteraad naar het oordeel van de commissie de juiste beslissingen genomen.

Advies

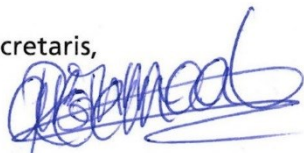
De Commissie bezwaarschriften (Kamer Algemeen) adviseert:

1. burgemeester en wethouders om het bezwaarschrift wat betreft de omgevingsvergunning ongegrond te verklaren en de bestreden beslissing in stand te laten;
2. de gemeenteraad om het bezwaarschrift wat betreft het bestemmingsplan ongegrond te verklaren en de bestreden beslissing in stand te laten.

Doetinchem, 3 mei 2021

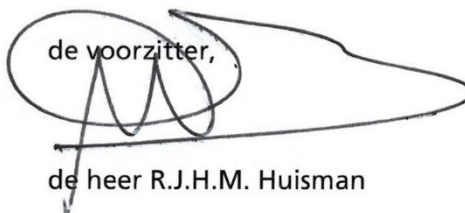
Commissie bezwaarschriften (Kamer Algemeen)

de secretaris,



mevrouw mr. A.B.T.M. Roemaat

de voorzitter,



de heer R.J.H.M. Huisman