

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

OnderwerpBesluit over verzoeken windpark
Bommelerwaard-A2**Inlichtingen bij**Provincieloket
026 359 99 99
post@gelderland.nl**Blad**

1 van 9

Beste,

U heeft op 6 juli en 27 juli 2021 e-mails gestuurd over Windpark Bommelerwaard-A2 (hierna: het windpark) in Bruchem (gemeente Zaltbommel). Hierin vraagt u om intrekking van de vergunningen voor de realisatie en exploitatie van het windpark. Op 15 september 2021 heeft u een ontwerpbesluit ontvangen. In dat ontwerpbesluit staat dat wij voornemens zijn uw verzoek af te wijzen. U heeft een zienswijze ingediend naar aanleiding van het ontwerpbesluit.

Deze brief bevat het definitieve besluit op uw verzoek. Ons besluit is dat wij de omgevingsvergunningen voor het windpark en de ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming niet intrekken. In het besluit leest u tevens onze reactie op uw zienswijze. Aangezien de beroepstermijn in het besluit dat u eind december ontving niet op de genoemde datum is aangevangen, is de beroepstermijn van dit besluit gewijzigd. Aan het einde van deze brief leest u over de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen dit besluit. Hier vindt u ook de nieuwe beroepstermijn.

Uw zienswijze

U schrijft dat u het niet eens bent met het ontwerpbesluit. Naar uw mening is door de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Raad van State) van 30 juni 2021 (hierna ook: Delfzijl-uitspraak) gebleken dat de vergunningen voor het windpark op onjuiste dan wel onvolledige gronden zijn verstrekt en moeten worden getoetst aan de Europese richtlijn 2001/42/EG over milieubeoordelingen van bepaalde plannen en programma's. Daarnaast volgt volgens u uit rechtsoverwegingen 83 en 84 van het Nevele-arrest van het Hof van Justitie dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen reeds vergunde windparken en nog te vergunnen windparken.

Vervolgens gaat u in op de omstandigheid dat slechts een beroepsprocedure is gevoerd, waarbij het beroep door de Raad van State niet-ontvankelijk is verklaard. De huidige wet- en regelgeving beschermen burgers volgens u onvoldoende tegen negatieve gezondheidseffecten. Het Nevele-

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

2 van 9

arrest van het Hof van Justitie laat naar uw mening zien dat de volksgezondheid mogelijk in het geding is door de verstrekte vergunningen.

U bent van mening dat omwonenden beter dienen te worden beschermd en dat de provincie de exploitant moet controleren als deze zich niet houdt aan zijn verplichtingen. De huidige (maar inmiddels verouderde) geluidsnormen worden nu al niet gehaald. Mitigerende maatregelen om overschrijding van geluidsnormen te voorkomen, zijn volgens u echter niet toegestaan. Dit zou blijken uit de Prinsenbeek-uitspraak van de Raad van State uit 2015. De vergunningen moeten om deze reden worden ingetrokken of aangepast. Er moet worden gehandhaafd, zodat de normen niet worden overschreden. U stelt verder dat de regering nu aan zet is om nieuwe normen vast te stellen.

U zegt niet te begrijpen waarom een vergunning is verleend voor het windpark ondanks dat de geluidsnormen bij voorbaat al worden overschreden. Een goede motivering voor en uitleg van de gehanteerde normen ontbreken. U zegt dat artikel 5.19, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) wel van toepassing is.

U vraagt zich af hoe en op welke manier handhaving zal plaatsvinden tijdens de exploitatie en welke controles zijn uitgevoerd tijdens de bouw van het windpark.

Ten slotte schrijft u dat u het onbegrijpelijk vindt dat het verzoek over het inpassingsplan nog niet is behandeld. Bovendien is het voor u onduidelijk wat het provinciaal belang is.

Algemeen

Provinciale Staten van Gelderland hebben het inpassingsplan Windpark Bommelerwaard-A2 op 4 juli 2018 vastgesteld. Voor de realisatie en de exploitatie van het windpark zijn bovendien twee omgevingsvergunningen verleend. Het betreft vergunningen van 5 juli 2018 en 14 november 2019. Daarnaast is op 4 juni 2018 een ontheffing verleend op grond van de Wet natuurbescherming. Tegen de besluiten uit 2018 is door één persoon beroep ingesteld. De Raad van State heeft dit beroep op 17 september 2018 niet-ontvankelijk verklaard, als gevolg waarvan deze besluiten onherroepelijk zijn geworden. Tegen de omgevingsvergunning uit 2019 is geen beroep ingesteld, zodat ook dit besluit onherroepelijk is.

Voor windparken gelden de bepalingen van paragraaf 3.2.3 van het Activiteitenbesluit milieubeheer en paragraaf 3.2.3 van de Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: windturbinebepalingen). De windturbinebepalingen hebben als doel omwonenden te beschermen tegen onevenredige hinder door geluid, slagschaduw, veiligheid en lichthinder.

Ter voorbereiding op de besluitvorming over het inpassingsplan en de omgevingsvergunning voor het windpark is een gecombineerd plan- en projectMER (hierna: MER) opgesteld. Daarin zijn verschillende alternatieven en varianten voor de inrichting van het windpark onderzocht. Hoewel in het MER aansluiting is gezocht bij de windturbinebepalingen, hebben Provinciale Staten bij de vaststelling van het inpassingsplan zelfstandig beoordeeld in hoeverre het hanteren van deze normen in de gegeven situatie ruimtelijk aanvaardbaar is (zie met name paragraaf 5.9 van de toelichting van het inpassingsplan). Dit heeft ertoe geleid dat in het inpassingsplan een strengere

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

3 van 9

norm voor slagschaduw is opgenomen. Het inpassingsplan bevat geen strengere geluidsnormen. Doordat sprake is van veel achtergrondgeluid (rijksweg A2, spoorlijn 's-Hertogenbosch – Utrecht en een bedrijventerrein), is de invloed van het windturbinegeluid op de cumulatieve geluidsbelasting op veel plekken relatief beperkt.

Exploitanten van het windpark moeten zich houden aan de wettelijke zorgplicht, het inpassingsplan en de omgevingsvergunningen. Zij mogen de instellingen van hun windturbines niet zomaar wijzigen. Exploitanten moeten de nadelige gevolgen voor het milieu tot een aanvaardbaar niveau beperken. Overheden kunnen hen daarop aanspreken en zo nodig handhavend optreden.

Op 30 juni 2021 heeft de Raad van State geoordeeld dat de windturbinebepalingen niet mogen worden gebruikt als onderbouwing voor de ruimtelijke aanvaardbaarheid van windparken, omdat voor de windturbinebepalingen geen milieubeoordeling is gemaakt. U bent van mening dat de vergunningen voor het windpark door deze uitspraak niet meer houdbaar zijn en verzoekt om intrekking daarvan.

*Reactie naar aanleiding van uw zienswijze**Mitigerende maatregelen*

In het hierboven genoemde MER is onderzoek gedaan naar de effecten van geluid en slagschaduw op de woningen in de buurt. In het MER worden ook 'mitigerende maatregelen' voorgesteld. Dit zijn maatregelen die ervoor moeten zorgen dat belangrijke milieugevolgen worden voorkomen of verminderd.

U noemt in uw zienswijze een uitspraak van de Raad van State inzake Prinsenbeek. U stelt dat het gebruik van mitigerende maatregelen om aan geluidsnormen te voldoen in strijd is met deze uitspraak. De door u genoemde rechtsoverweging gaat niet over mitigerende maatregelen, maar over middelvoorschriften. Middelvoorschriften en mitigerende maatregelen zijn verschillende termen. De overweging uit de Prinsenbeek-uitspraak is kort samengevat dat op grond van artikel 3.14a lid 3 van het Activiteitenbesluit geen mogelijkheid bestaat om bij windturbines middelvoorschriften voor geluid vast te stellen. Het is echter verplicht om in een MER te mitigerende maatregelen te onderzoeken.

Bezwaren van omwonenden

U schrijft in uw zienswijze dat wij de opvatting hadden dat maar één persoon bezwaar had tegen de windturbines. In de brief van 15 september 2021 staat: "Tegen de besluiten uit 2018 is door één persoon beroep ingesteld". Wat wij daarmee bedoelen, is dat na het verschijnen van de definitieve besluiten één beroepsschrift was binnengekomen bij de Raad van State. Wij zijn ons ervan bewust dat meerdere bewoners ongerust waren en zijn over de komst van het windpark.

Wij zijn het met u eens dat het Rijk aan zet is voor het herstellen van het gebrek in de windturbinebepalingen. Daar is het Rijk nu mee bezig. Naar verwachting zal het Rijk over anderhalf tot twee jaar met een nieuwe beoordeling (plan-MER) van de windturbinebepalingen komen.

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

4 van 9

Beoordeling intrekking omgevingsvergunningen

Er is voor het windpark sprake van omgevingsvergunningen uit 2018 en 2019 waartegen geen beroep meer kan worden ingesteld. De vergunninghouder kan op grond van de omgevingsvergunningen dan ook overgaan tot de aanleg en de exploitatie van het windpark.

De Wabo is van toepassing op de omgevingsvergunningen. Deze wet bevat enkele artikelen op grond waarvan een vergunning ingetrokken kan worden. U verzoekt om intrekking van de omgevingsvergunningen vanwege de vaststelling door de Raad van State dat voor de windturbinebepalingen ten onrechte geen milieubeoordeling is gemaakt, en om volksgezondheidsredenen. Wij gaan ervan uit dat u hiermee intrekking van de omgevingsvergunningen op grond van artikel 2.33, eerste lid, onder a en d, van de Wabo beoogt.

Naar onze opvatting worden de omgevingsvergunningen voor het windpark niet aangetast door de Delfzijl-uitspraak. Die uitspraak is gedaan in een procedure die geen betrekking heeft op Windpark Bommelerwaard-A2. De Raad van State heeft de windturbinebepalingen daarnaast niet onverbindend verklaard vanwege strijdigheid met een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie (artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo). De uitspraak is op zichzelf dus geen grond om de omgevingsvergunningen in te trekken.

Daarnaast volgt uit de uitspraak niet dat sprake is van ontoelaatbaar nadelige gevolgen voor het milieu waarvoor toepassing van artikel 2.31 redelijkerwijs geen oplossing biedt (artikel 2.33, eerste lid, onder d, van de Wabo). Ook heeft u niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een situatie waarin intrekking van de omgevingsvergunningen aan de orde zou zijn.

Voor zover u beoogt intrekking van de omgevingsvergunningen op grond van artikel 5.19, eerste lid, van de Wabo merken wij op dat de omstandigheden die in dat artikel worden genoemd zich niet voordoen.

Reactie naar aanleiding van uw zienswijze

U bent van mening dat naar aanleiding van de Delfzijl-uitspraak de vergunningen en de ontheffing op onjuiste dan wel onvolledige gronden zijn verstrekt. U vindt daarnaast dat uit het Nevele-arrest van het Hof van Justitie volgt dat geen onderscheid tussen reeds vergunde en nog te vergunnen windparken mag worden gemaakt.

Delfzijl-uitspraak

De Raad van State heeft – kort gezegd – geoordeeld dat sprake is van een gebrek in de totstandkoming van de windturbinebepalingen en dat de windturbinebepalingen om die reden niet kunnen dienen ter onderbouwing van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het bestemmingsplan. De Raad van State heeft de windturbinebepalingen in dat concrete geval buiten toepassing gelaten bij de beoordeling naar de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het bestemmingsplan.

De windturbinebepalingen zijn niet onverbindend verklaard. Dat brengt mee dat de uitspraak in beginsel geen gevolgen heeft voor andere, vergunde windparken. De Raad van State heeft niet

geoordeeld dat de bepalingen inhoudelijk gezien niet kloppen. Dat verschil is belangrijk bij de beoordeling of een vergunning zou moeten worden ingetrokken of gewijzigd.

Op dit moment staat niet vast door een plan-MER vanuit het Rijk of op basis van een rechterlijke uitspraak dat de windturbinebepalingen inhoudelijk onjuist zouden zijn. Dit is ook de reden dat volgens ons artikel 5.19 Wabo niet van toepassing is. Op dit moment kan immers niet worden gesteld dat de vergunningen en ontheffing op grond van een inhoudelijk onjuiste of onvolledige opgave is verleend.

Nevele-arrest

Uit het Nevele-arrest volgt niet dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen onherroepelijke vergunningen en vergunningen waar nog rechtsmiddelen tegen openstaan. De Europese rechter heeft al in eerdere zaken geoordeeld dat een bestuursorgaan op grond van het rechtszekerheidsbeginsel niet terug hoeft te komen op een onherroepelijk besluit, ook niet als dat besluit later in strijd blijkt met het Europees recht. Deze regel is niet vervallen door het Nevele-arrest.

Dit neemt niet weg dat een bestuursorgaan op basis van Europese jurisprudentie verplicht kan zijn om definitief geworden, met het Europese recht strijdige besluiten op verzoek te heroverwegen. In dat kader is met name het arrest Kühne & Heitz van belang.¹ Hierin heeft het Hof van Justitie bepaald dat een bestuursorgaan een definitief geworden besluit opnieuw moet onderzoeken in verband met de latere uitleg die het Hof van Justitie aan een bepaling van Europees recht heeft gegeven, als aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan.

Toepassing voorwaarden arrest Kühne & Heitz

Nationale bestuursorganen kunnen op grond van het Europese Unierecht worden verplicht om een onherroepelijk besluit te heroverwegen, omdat uit een latere uitleg van het Europese Hof van Justitie blijkt dat het nationale bestuursorgaan bij het nemen van dat besluit het Unierecht verkeerd heeft toegepast. Hiervoor moet worden voldaan aan vier voorwaarden:

- 1. het bestuursorgaan is naar nationaal recht bevoegd om op dat besluit terug te komen;*
- 2. het besluit is definitief geworden door een uitspraak van een nationale rechter;*
- 3. de uitspraak van de nationale rechter berust, gelet op latere rechtspraak van het Europese Hof, op een onjuiste uitlegging van het Unierecht, die is gegeven zonder dat hierover prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Europese Hof; en*
- 4. de betrokkene heeft zich onmiddellijk na van die rechtspraak van het Europese Hof kennis te hebben genomen, gewend tot het bestuursorgaan.*

Er is in ieder geval niet aan de derde voorwaarde voldaan. De uitspraak van de Raad van State over het windpark hield namelijk de niet-ontvankelijkverklaring in van de (enige) appellants. Er is dus geen inhoudelijke uitspraak gedaan door een nationale rechter.

Op het moment van het nemen van de besluiten van Windpark Bommelerwaard-A2 was de milieubeoordeling correct toegepast. De vergunningen en ontheffing van het windpark zijn onherroepelijk geworden voordat het Nevele-arrest werd gewezen. Daarbij is wat betreft het windpark niet aan alle vier de voorwaarden voldaan uit het Kühne & Heitz-arrest.

¹ Het arrest is via deze code online te lezen: HvJ EU 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2003:350.

Om die reden hebben wij geen verplichting, maar ook niet de bevoegdheid om de vergunningen en de ontheffing in te trekken.

U stelt verder dat het Nevele-arrest laat zien dat de volksgezondheid mogelijk in het geding is door het verstrekken van vergunningen voor het windpark. Wij zijn het niet eens met dit standpunt. Het Nevele-arrest laat volgens ons zien dat volgens het Hof van Justitie een plan-MER ten grondslag moet liggen aan (in ieder geval) de windturbinebepalingen. Wij kunnen uit deze uitspraak niet de conclusie trekken dat de volksgezondheid in het geding zou zijn door het verlenen van de vergunningen.

Onze conclusie is dat de Delfzijl-uitspraak en het Nevele-arrest geen gevolgen hebben voor de vergunningen en ontheffing van Windpark Bommelerwaard-A2.

Bouwstop

U heeft gevraagd om de bouw van de windturbines stil te leggen. Wij gaan ervan uit dat u hiermee bestuursrechtelijke handhaving op grond van artikel 5.17 van de Wabo beoogt. Dat artikel kan alleen worden toegepast als sprake is van een overtreding. Een overtreding is op grond van artikel 5:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. U heeft niet aannemelijk gemaakt dat er sprake is van een overtreding en ook hebben wij zelf geen informatie die uitwijst dat sprake zou kunnen zijn van een overtreding. Uit de Delfzijl-uitspraak volgt ook niet dat bij het windpark sprake is van een overtreding en ook overigens is die uitspraak geen reden om een bouwstop op te leggen. Wij wijzen uw verzoek daarom af.

Reactie naar aanleiding van uw zienswijze

In uw zienswijze vraagt u welke controles worden uitgevoerd tijdens de bouw. De Omgevingsdienst Rivierenland houdt toezicht op de bouw van de windturbines en op de naleving van de vergunningvoorschriften. Er zijn geen overtredingen geconstateerd. Eind november is de installatie van de windturbines afgerond, maar de turbines zijn nog niet in bedrijf.

Beoordeling intrekking ontheffing Wet natuurbescherming

Bij de verlening van de ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming is niet aangesloten bij de windturbinebepalingen. De Delfzijl-uitspraak heeft dan ook geen invloed op die ontheffing. Bovendien heeft u niet aangegeven op grond waarvan die ontheffing zou moeten worden gewijzigd of ingetrokken. Wij zullen de ontheffing daarom niet intrekken.

Reactie naar aanleiding van uw zienswijze

U heeft op dit punt aangegeven dat u van mening bent dat eventueel toekomstige stilstandsvoorzieningen op grond van dierenbescherming landelijk moeten worden bepaald. Aangezien uw standpunt over eventueel toekomstige regelgeving gaat, zien wij geen aanleiding om de ontheffing op dit moment in te trekken.

Uw vraag over provinciaal belang bij het inpassingsplan

In uw brief geeft u in verband met het inpassingsplan aan dat sprake is van een gesloten net in eigen beheer, waar geen huishoudens op worden aangesloten. Op basis hiervan stelt u de vraag of

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

7 van 9

het voor de vaststelling van een inpassingsplan vereiste provinciaal belang is komen te vervallen en daarmee sprake is van een ten onrechte vastgesteld inpassingsplan. Er is echter wel degelijk sprake van een provinciaal belang. Dat belang volgt rechtstreeks uit de Elektriciteitswet 1998 en is niet afhankelijk van het al dan niet aangesloten zijn van huishoudens op het net. Uit artikel 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 volgt dat Provinciale Staten bevoegd zijn tot vaststelling van een inpassingsplan voor een windpark met een vermogen van 5 tot 100 MW en dat zij onder omstandigheden verplicht zijn die bevoegdheid toe te passen. Daarmee wordt een provinciaal belang door de wetgever op voorhand aanwezig geacht. Het windpark valt binnen de werkingssfeer van dat artikel. De Delfzijl-uitspraak of de andere punten die u noemt in uw verzoek, brengt geen andere beoordeling mee over het provinciaal belang.

Reactie naar aanleiding van uw zienswijze

U zegt het onbegrijpelijk te vinden dat het verzoek tot intrekking van het inpassingsplan niet eerder geagendeerd is. Daarnaast is het voor u niet duidelijk wat het provinciaal belang is.

Wij vinden het vervelend dat dat de besluitvorming over het verzoek om intrekking van het inpassingsplan zo lang op zich laat wachten. Naar verwachting beslissen Provinciale Staten op 15 december aanstaande op het verzoek over het inpassingsplan. Voor wat betreft het provinciaal belang geldt dat dit rechtstreeks uit de wet volgt, namelijk artikel 9e, eerste lid, Elektriciteitswet 1998. Op grond van deze bepaling zijn (en waren) Provinciale Staten bevoegd om een provinciaal inpassingsplan vast te stellen.

Overige

U verwijst naar artikel 5:37 van het Burgerlijk Wetboek. Daarin is opgenomen dat een eigenaar van een erf niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek onrechtmatig is, aan eigenaars van naburige erven hinder mag toe brengen. Deze bepaling richt zich niet tegen de provincie en heeft geen betrekking op omgevingsvergunningen. Als u van mening bent dat rechthebbenden het windpark jegens u onrechtmatig handelen, dan kunt u hierover een civielrechtelijke procedure starten.

Voor zover u stelt dat sprake is van strijd met individuele grondrechten, merken wij op dat u niet hebt aangegeven om welke grondrechten het gaat en ook niet aannemelijk heeft gemaakt waarom de omgevingsvergunningen voor Windpark Bommelerwaard-A2 daarmee in strijd zouden zijn.

Voor het windpark is ook een vergunning verleend op grond van de Waterwet. Uw verzoek hebben wij doorgestuurd aan het Waterschap Rivierenland.

Besluit

Gelet op het bovenstaande trekken wij de omgevingsvergunningen en de ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming voor Windpark Bommelerwaard-A2 niet in. Ook leggen wij geen bouwstop op voor de bouw van de windturbines.

Beroepsclausule

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

8 van 9

Welk besluit ligt ter inzage?

Het besluit van het college van Gedeputeerde Staten van Gelderland tot afwijzing van het verzoek om het opleggen van een bouwstop en om intrekking en/of wijziging van alle omgevingsvergunningen en ontheffing van Windpark Bommelerwaard-A2 te Bruchem.

Hoe komt u aan meer informatie ?

De papieren versies van het besluit zijn tijdens de inzagetermijn in te zien op het huis der provincie: Provincie Gelderland, Markt 11, 6811 CG te Arnhem

Instellen beroep

Belanghebbenden kunnen van 18 januari 2022 tot en met 2 maart 2022 bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beroep instellen tegen het besluit.

Het beroep kan worden gericht aan:

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA Den Haag

Het beroepschrift moet worden ondertekend en dient in ieder geval de volgende informatie te bevatten:

naam en adres;
de dagtekening;
een omschrijving van het besluit waartegen het beroep gericht is; en
de redenen waarom de belanghebbende zich niet met het besluit kan verenigen.

Burgers kunnen ook digitaal beroep instellen via www.rechtspraak.nl. Hiervoor is een DigiD vereist.

Crisis- en herstelwet

De Crisis- en herstelwet is van toepassing op de omgevingsvergunning en de ontheffing. Dit betekent dat:

- de beroepsgronden in het beroepschrift moeten worden opgenomen;
- de beroepsgronden na afloop van de beroepstermijn niet meer kunnen worden aangevuld;
- de Raad van State in principe binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn uitspraak doet over eventueel ingestelde beroepen.

Datum

14 januari 2022

Zaaknummer

2017-003762

Blad

9 van 9

Griffierecht

Aan de behandeling van het beroepsschrift en een eventueel verzoek om een voorlopige voorziening zijn kosten (griffierecht) verbonden. Meer informatie hierover is te vinden op www.raadvanstate.nl.

Meer informatie

Als u meer wilt weten over dit besluit, dan kunt u contact opnemen met het Provincieloket, telefoonnummer 026 359 9999.

Met vriendelijke groet,
namens Gedeputeerde Staten van Gelderland,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'CH', with a long horizontal stroke extending to the right.

Caroline Hendriks
Plv. teammanager Vergunningverlening