

Aan het college van
burgemeester en wethouders
van 's-Hertogenbosch
Postbus 12345
3500 GZ 'S-HERTOGENBOSCH

Per e-mail (f.snel@s-hertogenbosch.nl) en per gewone post

Barendrecht, 27 april 2021

Dossier : D20200240
Inzake : **Actiecomité Windpark Rietvelden Nee / Advies**
Uw ref : Afdeling SO/VTH – WB00056810 / zaaknummer 10673258
Betreft : Zienswijze op ontwerpbeschikking

Geacht college,

Bij schrijven van 4 januari 2021 heb ik namens mijn cliënten, Vereniging Actiecomité Windpark Rietvelden NEE gevestigd te 's-Hertogenbosch, alsmede haar bestuursleden in privé en diverse ondersteuners en sympathisanten, intrekking van de voor realisatie en exploitatie van het windpark De Rietvelden benodigde vergunningen verzocht.

Bij brief van 5 maart 2021 hebt u een kennisgeving ontwerpbeschikking gestuurd, houdende de voorgenomen weigering aan de verzochte intrekking te voldoen. De ontwerpbeschikking is ter inzage gelegd. Er kan tot en met maandag 26 april 2021 een zienswijze op worden ingediend. Dat doe ik derhalve tijdig bij deze.

U geeft aan dat de verleende vergunning na de uitspraak van de Raad van State d.d. 7 augustus 2019 onherroepelijk is geworden. Dat is evenwel slechts in beginsel juist.

Allereerst volgt alleen al uit het Nevele-arrest dat in strijd met het Unierecht verleende vergunningen nietig zijn. De onderhavige vergunning moet op grond daarvan worden geacht nimmer te zijn verleend, want rechtstreeks in strijd met dwingende regels van het Unierecht, die in de regelhiërarchie bovenaan staan en waarvoor andere regels

verplicht moeten wijken. Op grond daarvan moeten ook de gevolgen van de nietige vergunning ongedaan worden gemaakt.

Daar is zelfs geen verzoek van cliënten voor nodig. U bent zonder meer eigenstandig gehouden strijd met het Unierecht op te heffen en u aan dwingende wet- en regelgeving te houden.

Het voorgaande klemt des te meer omdat in casu niet vooraf is getoetst of de onderhavige plannen en programma's (het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling) met aanzienlijke milieugevolgen bijdragen aan de bescherming of verbetering van de gezondheid van de mens en diens leefomgeving als bedoeld in de SMB-richtlijn. Het Europese Hof verbindt in vergelijkbare gevallen daar de sanctie van nietigheid aan. Deze raakt rechtstreeks de milieuregels en de ruimtelijke vergunning met nietigheid als gevolg. Dat staat voorop.

Dat er een verband is tussen windturbines en mogelijke gezondheidsschade is niet alleen in het verleden al expliciet aangegeven door het RIVM, maar ook recent in bijgaande publicaties (voorkom het windturbinesyndroom en het raadsadres). De bescherming van gezondheid en leefomgeving is bovendien een grondwettelijke overheidsplicht, zowel naar Unierecht als naar nationaal recht. De nadelige gevolgen voor mens en milieu zijn ontoelaatbaar en dus niet toegestaan.

Om u te faciliteren hebben cliënten een intrekingsverzoek ingediend. Tegen de achtergrond van het voorgaande is dat verzoek als het ware als voorwaardelijk en subsidiair aan te merken, dus voor zover al nodig.

De (procedurele) grondslag voor het intrekingsverzoek ligt primair in het arrest Kühne & Heitz van 13 januari 2004 (ECLI:EU:C:2004:17). Daaruit volgt dat om intrekking van een onherroepelijk besluit kan worden verzocht indien aan de volgende vier vereisten wordt voldaan:

1. op grond van nationaal recht heeft het betreffende bestuursorgaan de bevoegdheid om op het besluit terug te komen;
2. het betreffende besluit is definitief geworden door een uitspraak van een nationale rechtelijke instantie. Deze besluiten zijn niet voor beroep vatbaar;
3. de onherroepelijke uitspraak van de rechterlijke instantie berust op een onjuiste uitlegging van het Unierecht, zonder dat het Europese Hof van Justitie (op voet van artikel 267 VWEU) is verzocht om een prejudiciële beslissing;
4. betrokkenen hebben na kennisgenomen te hebben van het Nevele-arrest van 25 juni 2020 zich onmiddellijk met een intrekingsverzoek tot het bestuursorgaan gewend.

Aan deze vereisten is voldaan. Het niet naleven van Unierechtelijke regels met doorwerking en/of rechtstreekse toepassing in het nationale recht (schaarse

vergunning / verdrag van Aarhus) maakt ook dat die regels vereisen dat in casu intrekking van de vergunning volgt.

De overweging dat de gronden voor intrekking louter en alleen hun grondslag kunnen vinden in de limitatieve opsomming van artikel 2.33 lid 1 van de Wabo is op grond van het voorgaande eveneens onjuist en onhoudbaar. Die regeling moet immers wijken voor hogere dwingende regels en juist daar hebt u zich voor alles aan te houden. Het intrekkingverzoek is overigens naar doel en strekking van die bepaling wel inpasbaar te maken, dus de discussie is als zodanig verder weinig relevant.

U verwijst in de beoordeling van het intrekkingverzoek naar mijn zaak uit 2019 inzake vroegere vaste jurisprudentie inzake Battenoord. Daarin heeft de Afdeling kortgezegd overwogen dat er een onvoldoende relatie is van de regels met een concreet project. Die uitspraak is in de rechtsliteratuur en in praktijk lopende zaken sterk omstreden. In die zaak gestoeld op de zaak uit Wallonië (d'Oultremont) was immers evenmin sprake van enige directe relatie met een concreet project. Een deugdelijke feitelijke grondslag van de uitspraak van de Afdeling ontbrak mitsdien. Bovendien heeft het Europese Hof in het Nevele-arrest duidelijk gemaakt dat de uitleg van het Unierechtelijk begrip 'plan' of 'programma' is voorbehouden aan het Europese Hof en niet naar nationaal recht mag worden uitgelegd. De SMB-richtlijn moet met het oog op de inhoud en beschermingsdoel ruim en integraal worden uitgelegd, dit mede om ontwijking tegen te gaan.

Zoals u ongetwijfeld bekend heeft de Afdeling in verband met het Nevele-arrest de behandeling van lopende windturbinezaken aangehouden en een extra en bijzondere behandeling gelast over de mogelijke gevolgen van het Nevele-arrest voor de situatie hier te lande. Die behandeling heeft plaatsgevonden op 6 april 2021. De livestream kunt u terugkijken via YouTube. Een uitspraakdatum is nog niet gegeven.

Uit het voorgaande volgt dat uw beroep op de vaste jurisprudentie van de Afdeling gebaseerd op Battenoord is achterhaald en geen steek houdt. Battenoord is feitelijk en juridisch van meet af aan al als ondeugdelijk aan te merken.

U hebt in casu vergund omdat aan de regels van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling zou zijn voldaan. Die vergunning zou er niet zijn gekomen als daaraan niet zou kunnen zijn voldaan. Als de gehanteerde regels in strijd zijn met het Unierecht volgt daaruit dat er sprake is van een nietige vergunning. Milieuregels en ruimtelijke regels zijn immers wel te onderscheiden, maar zeker niet te scheiden. De milieuregels zijn een harde en onlosmakelijke eis voor het überhaupt kunnen afgeven van een omgevingsvergunning. Het één kan per definitie niet zonder het ander. Als de één wegvalt, dan valt ook de ander weg.

Dat het wegvallen van de milieuregels geen gevolgen zou hebben voor de rechtmatigheid van de verleende omgevingsvergunning blijkt nergens uit en volgt in

geen geval uit de toepassing van het Unierecht en de jurisprudentie van het Europese Hof. Het tegendeel is het geval.

Dat het vigerend toetsingskader is gevolgd maakt het voorgaande niet anders. Dat toetsingskader is immers niet rechtsgeldig, want juist in strijd met dwingende regels van het Unierecht. Het kader zelf is immers nimmer voorafgaand MER-getoetst. De normen zijn dus als het ware niet geijkt en daarmee volstrekt ondeugdelijk. Dat is nu juist de kern van de zaak.

Ook Aarhus is niet, althans niet juist toegepast. Ook op dit punt heeft de Afdeling inmiddels vastgesteld dat ook hier sprake was van strijd met het Unierecht en is sinds deze week daarom ook de eis van voorafgaande indiening van een zienswijze als eis om als belanghebbende in een juridische procedure aangemerkt te kunnen worden komen te vervallen. De Afdeling is derhalve omgegaan. Dat kan ook niet zonder gevolgen blijven voor de onderhavige casus. Er bestaat immers rechtstreeks strijd met het Verdrag van Aarhus.

Dat belangrijke nadelige milieugevolgen in dit geval zouden ontbreken is niet het geval. Dat u de feitelijke vaststelling van het RIVM dat ten minste 9% van omwonenden van een windpark ernstig gehinderd zijn en gezondheidsschade ondervinden niet deelt maakt dat niet anders. Die vaststelling is geen mening, maar een wetenschappelijk deskundigheidsoordeel. Daarmee staat vast dat dergelijke schade optreedt. Dat uit uw eigen onderzoek iets anders volgt doet daaraan niets af. Dat onderzoek is immers gebaseerd op normen die zelf niet vooraf MER-getoetst zijn en dus ondeugdelijk zijn. Dat onderzoek is welbeschouwd van nul en generlei waarde.

Artikel 5:37 BW verbiedt onrechtmatig hinder en overlast toe te brengen. Zoals aangegeven is die hinder en overlast met de komst van het windpark gegeven. De leer van de formele rechtskracht doet niets af aan de verplichting tot loyale samenwerking en toepassing van dwingende Unierechtelijke normen. Bovendien is in casu om intrekking verzocht, zodat ook zo bezien van onherroepelijkheid en onaantastbaarheid in werkelijkheid geen sprake is.

Ik constateer verder dat u niet ingaat op de rechtstreekse werking van het achterwege laten van toepassing van de rechtstreekse werking van mededingingsrechtelijke regels zoals die volgen uit de rechtsfiguur van de schaarse vergunning. Dat is een motiveringsgebrek en neemt de ontoelaatbaarheid van het achterwege laten van dergelijke procedures niet weg.

Uw voorgenomen weigering van de verzochte intrekking mist derhalve juiste feitelijke en juridische grondslag, is onhoudbaar in het licht van dwingende bepalingen van Unie- en nationaalrecht. U bent verplicht dat verzoek toe te wijzen, althans de vergunning in te trekken. Ik verzoek u dan ook dienovereenkomstig te besluiten.

Tot slot wijs ik u er ook nog even op dat uit uw (gewijzigd) raadsvoorstel van 8 september 2020 blijkt dat er ten minste 1.000 meter in acht zou worden genomen tussen het zoekgebied voor windenergie en de bebouwde kom van omliggende kernen. Daar blijkt nu niet mee te worden gerekend.

Met vriendelijke groet,

P.A. de Lange