

Ontwerp herstelbesluit voor de realisatie van Windpark Jacobahaven aan Jacobahaven 4, 5 en 6 te Kamperland

Inleiding

Op 16 maart 2019 hebben wij een aanvraag ontvangen van Windpark Jacobahaven B.V. om een omgevingsvergunning voor de realisatie van Windpark Jacobahaven op de percelen aan de Jacobahaven 4, 5 en 6 in Kamperland (kadastraal bekend gemeente Wissenkerke, sectie A, perceelnummers 2654, 2655 en 2656). Windpark Jacobahaven bestaat uit drie windturbines met bijbehorende voorzieningen. In de aanvraag is vermeld dat de drie windturbines een vernieuwing vormen van drie bestaande windturbines. Voor het Windpark Jacobahaven is, gezamenlijk met de windturbineparken 'Roggeplaat', 'Neeltje Jans' en 'Noordland' een milieueffectrapportage opgesteld. Naar aanleiding van de uitkomsten van deze milieueffectrapportage heeft de Commissie voor de milieueffectrapportage (hierna: "Commissie m.e.r.") aanbevelingen gedaan voor het Windpark Jacobahaven. De Commissie m.e.r. heeft concreet aanbevolen te onderzoeken of de milieubelasting (slagschaduw en geluid) verminderd kan worden.

Wij hebben de beslissing op de ingekomen aanvraag gecoördineerd voorbereid met het nieuwe bestemmingsplan 'Bestemmingsplan Windpark Jacobahaven' ("het bestemmingsplan"). Bij besluit van 24 oktober 2019 heeft onze gemeenteraad dit bestemmingsplan vastgesteld. Met het bestemmingsplan is de ontwikkeling van Windpark Jacobahaven planologisch mogelijk gemaakt. In navolging op het bestemmingsplan hebben wij bij besluit van 31 oktober 2019 een omgevingsvergunning verleend voor de bouw en exploitatie van Windpark Jacobahaven. Het raadsbesluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en ons besluit tot verlening van de omgevingsvergunning zijn gecoördineerd bekendgemaakt.

Bij uitspraak van 25 november 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:2821) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("de Afdeling") de beroepen tegen het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning ongegrond verklaard. Sindsdien zijn het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning onherroepelijk.

Bij brief van 1 april 2021 is ons college verzocht om intrekking van de omgevingsvergunning. Op 20 augustus 2021 hebben wij een ontwerpbesluit genomen om dit verzoek af te wijzen. Wij hebben de zienswijzen van verzoekers betrokken bij de definitieve besluitvorming op het verzoek van verzoekers. Op 12 november 2021 hebben wij het verzoek tot intrekking van de verleende omgevingsvergunning definitief afgewezen.

Uitspraak rechtbank

Tegen dit besluit hebben verzoekers beroep ingesteld. De rechtbank concludeert dat aan het besluit tot weigering van het verzoek een motiveringsgebrek kleeft. Wij hebben volgens de rechtbank miskend dat de schending van het Unierecht ten aanzien van de windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling ("de windturbinebepalingen") wel degelijk door kan werken naar een verleende en onherroepelijke omgevingsvergunning. In het verlengde daarvan hebben wij volgens de rechtbank ook niet onderkend dat er wel redenen kunnen zijn waarin tot opschorting of intrekking van die onherroepelijke vergunning moet worden overgegaan.

De rechtbank is van oordeel dat het bestreden besluit moet worden vernietigd en dat ons college moet onderzoeken of bij de verlening van de omgevingsvergunning is aangesloten bij de windturbinebepalingen. Als dit niet het geval is, dienen wij met een op de situatie toegesneden motivering te motiveren dat er sprake is van actuele, deugdelijke en op zichzelf staande normen. Indien wij tot de conclusie komen dat er wel is aangesloten bij de windturbinebepalingen, dan dienen wij eveneens een andere beoordeling te maken en opnieuw te beoordelen of de omgevingsvergunning moet worden opgeschort, ingetrokken of dat er nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning moeten worden verbonden.

Hoewel wij het niet eens zijn met de rechtbankuitspraak en daartegen ook hoger beroep hebben ingesteld bij de Afdeling, is ervoor gekozen – om onder het grootst mogelijke protest – toch gevolg te geven aan deze uitspraak. Wij zullen (met inachtneming van de rechtbankuitspraak) opnieuw beslissen op de bezwaren van verzoekers tegen het weigeringsbesluit van 12 november 2021. In verband daarmee hebben wij dit weigeringsbesluit heroverwogen. Onderstaand treft u het resultaat van onze heroverweging aan.

Het verzoek

In de brief van 1 april 2021 (gedateerd op 29 maart 2021) verzoeken verzoekers om intrekking van bovenvermeld besluit tot verlening van een omgevingsvergunning. Het doel van het verzoek is dat de windturbines die op grond van dit besluit zijn toegestaan, in de toekomst niet meer zullen zijn toegestaan om zo de door verzoekers ervaren hinder tegen te gaan.

De onderbouwing van het intrekkingverzoek is als volgt samen te vatten:

- verzoekers krijgen door de windturbines te maken met een verslechtering van een al overbelaste situatie;
- het toepasselijke bestemmingsplan en voornoemde omgevingsvergunning sluiten voor de gehanteerde normstelling ten aanzien van geluid en slagschaduw aan bij het Activiteitenbesluit milieubeheer (en ook de daarbij behorende Activiteitenregeling milieubeheer). Het Activiteitenbesluit milieubeheer kwalificeert als een plan of programma in de zin van artikel 2 onder a van de SMB-richtlijn. Voor het Activiteitenbesluit milieubeheer had dientengevolge een milieueffectbeoordeling moeten worden verricht. Dit is niet gebeurd en dat is in strijd met Unierecht;
- de gezondheidsschade die verzoekers ondervinden brengt met zich mee dat het besluit omtrent de windturbines in strijd is met het voorzorgsbeginsel dat in artikel 191 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is opgenomen;
- het vergunnen van de windturbines houdt een verdeling van schaarse rechten in. Deze zijn niet op een eerlijke en transparante wijze verdeeld, hetgeen in strijd is met het Unierecht;
- het arrest Kühne en Heitz (C-453/00) houdt in dat een bestuursorgaan een definitief besluit opnieuw dient te onderzoeken naar aanleiding van een nieuwe uitleg van Unierecht. Dit volgt tevens uit het arrest Byankov (ECLI:EU:C:2012:608). Op grond van het arrest C-261/18 moeten besluiten die op grond van het met Unierecht strijdige regelgeving zijn genomen aan een nieuwe milieueffectbeoordeling worden onderworpen;
- artikel 2.33 van de Wabo schrijft intrekking van een omgevingsvergunning voor als er sprake is van strijd met het Unierecht.

Ontwerp herstelbesluit

Wij zijn voornemens het verzoek d.d. 1 april 2021 om intrekking of opschorting van de omgevingsvergunning O2019127 voor de bouw van 3 windturbines, het uitvoeren van een werk geen bouwwerkzaamheden zijnde, het gebruiken van gronden of bouwwerken in afwijking van een bestemmingsplan en het oprichten en in werking hebben van een inrichting of mijnbouwwerk als bedoeld in de artikelen 2.1 lid 1 aanhef onder a, onder b, onder c en onder e Wabo op de adressen Jacobahaven 5, 6 en 7 in Kamperland te weigeren. Ook zijn wij voornemens geen nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning te verbinden. Dat lichten wij hierna verder toe.

De motivering van ons ontwerp herstelbesluit is als volgt:

Windturbinebepalingen

Bij de verlening van de omgevingsvergunning van 31 oktober 2019 is bij het verlenen van de activiteit 'milieu' uitgegaan van de windturbinebepalingen als norm voor de beoordeling van de nadelige gevolgen voor het milieu (zo blijkt uit hoofdstuk 4 van de omgevingsvergunning). Dit betekent dat de volgende normenkaders zijn toegepast:

- **Geluid:** er is sprake van een jaargemiddelde norm van Lden 47 dB en afzonderlijk voor de nachtperiode een norm van Lnight 41 dB op de gevel van geluidgevoelige objecten (hier: gebouwen met de bestemming wonen);
- **Slagschaduw:** op de gevel van gevoelige objecten (hier: gebouwen met bestemming wonen) mag maximaal 17 dagen per jaar meer dan 20 minuten slagschaduw optreden. Dit is vertaald naar maximaal 6 uur per jaar.

Omdat voor recreatieobjecten geldt dat deze niet als geluid- of slagschaduwgevoelig worden aangemerkt, wordt hiervoor niet getoetst aan dezelfde normen. Wel is in het bestemmingsplan beoordeeld of ter plaatse van de recreatieobjecten sprake is van een goed woon- en leefklimaat, teneinde te voldoen aan het criterium van een goede ruimtelijke ordening. Daarbij is onder andere meegewogen wat de huidige akoestische- en slagschaduwbelasting is, het feit dat deze objecten niet bestemd zijn voor permanente bewoning, het feit dat de slagschaduwbelasting gelijk zal blijven en de lokale situatie waarbij de huidige akoestische situatie mede wordt bepaald door wegverkeersgeluid van de N57.

Specifiek spelen daarbij vijf onderdelen een rol:

1. bij het vaststellen van het bestemmingsplan 'Recreatieparken de Banjaard' in 2013 is het volgende overwogen: *"De windturbines vormen geen belemmering voor dit bestemmingsplan en het bestemmingsplan leidt ook niet tot een beperking voor de bedrijfsvoering van de windturbines"*. Daaruit kan worden geconcludeerd dat destijds is geoordeeld dat met de bestaande milieubelasting als gevolg van de huidige windturbines sprake is van een goede ruimtelijke ordening;
2. de optredende geluidbelasting wordt na opschaling van de windturbines minimaal 2 dB lager dan in de huidige situatie. Er is dus sprake van een verbetering;
3. voor recreatieobjecten geldt dat er geen sprake is van permanente bewoning (dat is niet toegestaan op basis van het bestemmingsplan) en ook is er maar een beperkt deel van de tijd bezetting in de recreatiewoningen. Gemiddeld ligt deze op 36%;
4. voor ongeveer 50% van de recreatieobjecten binnen recreatiepark de Banjaard geldt dat sprake is van een geluidbelasting lager dan 40 dB Lden. Voor 90% van de recreatieobjecten geldt dat de belasting lager is dan 45 dB Lden. In de hoogste geluidbelastingsklassen neemt de belasting af in de toekomstige situatie, waarmee ook aannemelijk is dat het potentieel aantal gehinderden zal afnemen;
5. voor slagschaduw zal geen verslechtering optreden ten opzichte van de huidige situatie, aangezien een stilstandvoorziening wordt ingesteld die ervoor zorgt dat de optredende slagschaduw maximaal gelijk is aan de huidige situatie. Bovendien treedt de eventueel resterende slagschaduwbelasting op vóór 09.00 uur 's ochtends en bedraagt deze voor het meest maatgevende toetspunt (recreatiewoning Banjaard Noord) slechts 7:43 uur per jaar, ofwel circa 0,18% van de daglichtperiode per jaar.

Tot slot geldt dat het project voldoet aan het beleid op het gebied van windenergie van de provincie Zeeland en daaraan invulling geeft doordat de repowering van het Windpark Jacobahaven deel uitmaakt van de provinciale taakstelling. Het windpark voorziet derhalve in een maatschappelijke behoefte en taakstelling: het mede mogelijk maken van de energietransitie. Het belang van het beperken van hinder is afgewogen tegen het belang van de energietransitie.

In de memo van Pondera d.d. 13 juli 2023 met projectnummer 723118, welke memo is aangehecht aan dit besluit en hier integraal deel van uitmaakt, is bekeken welke inhoudelijke motivering ten grondslag ligt aan de afweging die destijds bij het verlenen van de omgevingsvergunning is gemaakt en of hernieuwde inzichten naar aanleiding van de uitspraak Delfzijl Zuid Uitbreiding (ECLI:NL:RVS:2023:1433) leiden tot een ander inzicht voor wat betreft de normen ten aanzien van geluid en slagschaduw, of dat deze normen nog hanteerbaar zijn.

Pondera concludeert dat de windturbinebepalingen voor Windpark Jacobahaven nog steeds hanteerbaar zijn. Daarbij is volgens Pondera van belang dat:

- de milieubelasting van het bestaande windpark hoger is dan de toekomstige situatie;
- de bestaande milieubelastingsituatie ter plaatse van de recreatiewoningen als aanvaardbaar is beschouwd ten tijde van het vaststellen van het bestemmingsplan voor de recreatiewoningen op de Banjaard, rekeninghoudend met de bestaande windturbines;
- uit de uitspraak Delfzijl Zuid Uitbreiding niet blijkt dat er nieuwe feiten of wetenschappelijke inzichten bestaan die ertoe leiden dat een andere geluid- of slagschaduwdosismaat of strengere normstelling zou moeten worden toegepast voor (recreatie)woningen;
- er mitigerende maatregelen worden toegepast door de initiatiefnemer teneinde de slagschaduw-hinder en geluidbelasting op (recreatie)woningen te beperken en in ieder geval niet meer te laten worden dan in de huidige situatie;
- er een gemotiveerd onderscheid is gemaakt tussen (geluid)gevoelige objecten (woningen) en recreatiewoningen, aangezien de laatste niet zijn bedoeld voor permanente bewoning en ook niet permanent in gebruik zijn;
- het belang van hernieuwbare energieopwekking en de energietransitie onverminderd groot is;

Op basis van de conclusies uit het rapport van Pondera – en gelet op de betrokken belangen – concluderen wij dat er geen aanleiding is om andere normen te stellen voor Windpark Jacobahaven, dan is gedaan ten tijde van de vergunningverlening. De gehanteerde normen zijn actuele, deugdelijke en op zichzelf staande normen hanteerbaar voor Windpark Jacobahaven. Gelet op het voorgaande is er geen aanleiding om tot opschorting of intrekking van de verleende omgevingsvergunning over te gaan. Noch bestaat er aanleiding om nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning te verbinden.

Gezondheidsschade

Verzoekers stellen dat zij gezondheidsschade ondervinden en dat dit met zich mee zou brengen dat de onderhavige omgevingsvergunning in strijd is met het voorzorgsbeginsel dat in artikel 191 van het

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is opgenomen en alleen al om die reden had moeten worden ingetrokken.

Dit betreft een argument dat ziet op het mogelijk ontstaan van gezondheidsschade zoals al door de Afdeling is behandeld in de volgende procedures omtrent de bestemmingsplannen voor de windturbines:

- uitspraak over het verzoek om herziening het bestemmingsplan "Windturbinepark Noord-Beveland" 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2629, r.o. 5 e.v.
- uitspraak over het bestemmingsplan "Windturbinepark Noord-Beveland" 14 november 2018 ECLI:NL:RVS:2018:3713, r.o. 16 e.v.

Gelet op het bovenstaande zien wij geen aanleiding om nu tot intrekking of opschorting van de omgevingsvergunning over te gaan wegens strijd met artikel 191 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, noch bestaat er aanleiding om nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning te verbinden.

Schaarse rechten

Voorts stellen verzoekers dat het vergunnen van de windturbines een verdeling van schaarse rechten inhoudt. Deze zijn volgens verzoekers niet op een eerlijke en transparante wijze verdeeld, hetgeen volgens verzoekers in strijd is met het Unierecht.

De gemachtigde van verzoekers heeft tijdens de zitting bij de rechtbank op 1 februari 2023 verklaard dat zijn cliënten niet zelf windmolens wilden oprichten. Het ging zijn cliënten om het creëren van een situatie waar sprake gaat zijn van een of meer aanvaardbare rechten. Ons college dient volgens verzoekers de geldende jurisprudentie in acht te nemen. Op grond van artikel 8:69a Awb kunnen verzoekers slechts opkomen tegen normschendingen die hun eigen belang raken. Nu verzoekers niet zelf windmolens wilden oprichten, dienen de normen van Unierechtelijke regels ten aanzien van aanbesteding en mededingen niet ter bescherming van de belangen van verzoekers. Zij komen immers op voor de bescherming van hun woon- en leefklimaat.

Gelet op het bovenstaande zien wij geen aanleiding om nu tot intrekking of opschorting van de omgevingsvergunning over te gaan, noch bestaat er aanleiding om nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning te verbinden.

Tot slot

Kort en goed, zien wij geen aanleiding om nu tot intrekking of opschorting van de omgevingsvergunning over te gaan, noch bestaat er aanleiding om nadere voorschriften aan de omgevingsvergunning te verbinden.

Volledigheidshalve merken wij op dat wij kennis hebben genomen van het ontwerpbesluit van de staatssecretaris van I&W tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving, het Besluit kwaliteit leefomgeving en het Omgevingsbesluit (Besluit windturbines leefomgeving), alsmede het bijbehorende plan-MER. Hierin zijn nieuwe standaardwaarden voor windparken opgenomen. Op grond van het overgangsrecht behorend bij het ontwerpbesluit zullen de nieuwe standaardwaarden niet gaan gelden voor Windpark Jacobahaven. In het overgangsrecht is genomen dat als voor vergunde windturbines andere waarden golden dan de nieuwe standaardwaarden, deze van kracht blijven totdat de windturbines of het windpark worden vervangen (zie ontwerp artikel 3.14b Bal en de specifieke artikelen over het 'overgangsrecht' en 'eerbiedigende werking' behorend bij de regels over de nieuwe standaardwaarden). In deze ontwerpregeling en de daarbij behorende plan-MER zien wij geen aanleiding om de omgevingsvergunning voor Windpark Jacobahaven op te schorten of in te trekken.

Procedure

Het ontwerp herstelbesluit leggen wij met ingang van de dagtekening van deze brief gedurende 6 weken ter inzage. De termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop deze brief aan u is verzonden. Er kan in deze periode een zienswijze worden ingediend aangaande ons voorgenomen besluit. De zienswijze kan worden gericht tot het college van de gemeente Noord-Beveland (postbus 3, 4490 AA Wissenkerke). De zienswijze dient ondertekend te worden en dient ten minste te bevatten:

- a. de naam en het adres van de indiener;
- b. de dagtekening;

- c. een omschrijving van het besluit waartegen de zienswijze is gericht;
- d. de zienswijzen.

De ingekomen zienswijzen betrekken wij bij het nemen van een definitief besluit. Het definitieve besluit zenden wij toe aan de Afdeling. Dat heeft ermee te maken dat de Afdeling ons hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak behandelt. De Afdeling zal vervolgens het nieuwe besluit in de hoger beroepsprocedure betrekken, vanwege de toepassing van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb.

Het college van burgemeester en wethouders van Noord-Beveland,

mr. B.C.C. Melis

secretaris

drs. G.L. Meeuwisse

burgemeester