

PVDA Hollands Kroon

T.a.v. de heer F. van der Laan, Fractievoorzitter

Uitsluitend per e-mail: ftsvanderlaan@hetnet.nl

UW KENMERK :

ONS KENMERK : 11912 / JR

INZAKE : Velde, van der / Advies

UTRECHT, 17 juni 2013

IN BEHANDELING BIJ:

Mr. J. van de Riet

E-mail:

j.vanderiet@amice-advocaten.nl

Geachte heer Van der Laan,

U deed mij toekomen de notitie van LBP Sight d.d. 22 mei jl., waarbij in opdracht van de heren D. Reselman en J.J. Waiboer door voormeld bureau een beoordeling heeft plaatsgevonden van de voorliggende stukken als bijgevoegd in de bijlage 1 van die notitie. Bijlage 1 van deze notitie trof ik zelf bij de stukken niet aan, maar ik neem aan dat ter zake geen nieuwe stukken zijn bijgevoegd die ik niet reeds kende.

Voorts nam ik kennis van de Memo van de Milieudienst d.d. 28 mei 2013, naar aanleiding van de motie van de PvdA met betrekking tot geluidsoverlast door windmolens.

Hierbij treft u mijn reactie aan.

Ad LBP SIGHT

In deze notitie wordt als eindconclusie gesteld dat een vervolprocedure op grond van de uitgangspunten geen kans van slagen zou hebben en enkel en alleen zou leiden tot onnodige (procedure)kosten.

Ad Bijlage II (Overgangsregels)

LBP geeft onder meer aan dat er geen maatwerkbevoegdheid zou bestaan voor het stellen van geluidsvoorschriften anders dan in de vorm van een L_{den} – of L_{night} - waarde als gesteld in het maatwerkbevoegdheidvoorschrift 3:14a van het Activiteitenbesluit. Deze opvatting strookt niet met het bepaalde in artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit.

Immers bepaalt artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit dat het bevoegd gezag bij maatwerkvoorschrift in afwijking van de nieuwe norm uit lid 1 (47 dB L_{den} en 41 dB L_{night}) een andere norm kan vaststellen, in verband met bijzondere lokale omstandigheden. Deze tekst is leidend en niet de uitleg op websites van windenergie.nl of Agentschap NL, waar LBP naar verwijst ter onderbouwing van haar standpunt.

Recentelijk heeft de rechtbank Alkmaar een uitspraak gedaan inzake een geschil betreffende een windturbine aan de grote Sloot 158 (Zijpe)¹. Daarbij is de rechtbank van oordeel dat het derde lid van artikel 3.14a van het Activiteitenbesluit (ook wel afgekort ‘Barim’ genoemd) niet uitsluit - en dus toelaat - dat als maatwerkvoorschrift een geluidsnorm kan worden gesteld met een waarde in een andere eenheid dan dB L_{den} en dB L_{night} , zoals dB(a):”

De toelichting bij het gewijzigd Barim en artikel 3.14a daarvan (Staatsblad 201, nr. 749, blz. 7-8, 15) biedt ook geen aanknopingspunten voor verweerders beperkende uitleg van dit artikellid. De mogelijkheid om geluidsvoorschriften met normen in een andere waarde vast te stellen dan de standaardwaarden sluit juist ook aan bij de in dit artikellid geboden mogelijkheid...

De opvatting van LBP is derhalve in strijd met het oordeel van de rechtbank Alkmaar.

Daarnaast heeft de gemeente Rotterdam al in 2011² een verdergaande bescherming dan de norm van L_{night} uit het Activiteitenbesluit geboden vanwege de bijzondere lokale omstandigheden, te weten een laag referentieniveau van het omgevingsgeluid, bij de aanvraag voor 8 windturbines. Het niveau werd vastgesteld na meting, en wel in een andere eenheid: op 35 dB(A).

¹ Rb. Alkmaar d.d. 7 maart 2013, LJN: BZ3549. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld.

² Bijlage (kenmerk 430872-21197680) bij Besluit d.d. 30 augustus 2011, kenmerk: OMV.11.03.00220

De opvatting van LBP is derhalve ook in strijd met de gangbare opvatting van de gemeente Rotterdam.

De verwijzing door LBP naar diverse overgangsregels in het nieuwe Activiteitenbesluit, met vet gedrukte letters, is verwarrend. Nog verwarrender is de conclusie die vervolgens getrokken wordt. De redenering is niet te volgen. Het lijkt op een woordspel. Voorts zou, als LBP gevolgd zou moeten worden in haar opvatting, dit meebrengen dat de in vergunningsvoorschriften vastgelegde dB(A)-geluidsnormen nimmer als maatwerkvoorschriften zouden kunnen worden aangemerkt. Daarmee zou het overgangsrecht, voor zover betrekking hebbend op de geluidsnormering van windturbines, een dode letter zijn geworden. Een dergelijk standpunt zou nu juist de bedoeling van de wetgever om de in de vergunning vastgelegde op de concrete situatie toegespitste geluidsnormen nog gedurende een overgangperiode van 3 jaren hun werking te laten behouden, geweld hebben aangedaan.

De onderbouwing van het standpunt van LPB acht ik dan ook ondeugdelijk en in strijd met de wet en de bedoeling van de wetgever.

Ad Nadere uitleg maatwerk en normwaarde

LBP begint met het citeren van de tekst van artikel 3.14a alsmede een passage uit de Nota van Toelichting.

Geconcludeerd wordt dat de oude normeringsystematiek (WNC-40) is vervangen door de Lden-normering. Deze conclusie onderschrijf ik.

De daaropvolgende conclusie onderschrijf ik ten dele niet. Aldaar wordt onder meer gesteld dat als er sprake is van bijzondere lokale omstandigheden door het bevoegd gezag een andere norm (hoogte, niet de berekeningssystematiek) worden gehanteerd. Ik verwijs wederom naar de uitspraak van de rechtbank Alkmaar. Daarin heeft de rechtbank geoordeeld dat het derde lid van artikel 3.14a van het Barim niet uitsluit - en dus toelaat - dat als maatwerkvoorschrift een geluidsnorm kan worden gesteld met een waarde in een andere eenheid dan dB Lden en dB Lnight, zoals dB(a):”

De toelichting bij het gewijzigd Barim en artikel 3.14a daarvan (Staatsblad 201, nr. 749, blz. 7-8, 15) biedt ook geen aanknopingspunten voor verweerders beperkende uitleg van dit artikellid. De mogelijkheid om geluidsvoorschriften met normen in een andere waarde vast te stellen dan de standaardwaarden sluit juist ook aan bij de in dit artikellid geboden mogelijkheid...

De rechtbank heeft hierbij exact dezelfde passage onder de loep genomen als het door LBP gebezigde citaat.

Tot slot wordt niet duidelijk wat LBP precies bedoelt met ‘*gemiddelde omstandigheden rondom windturbinelocaties*’. Deze bewoordingen lijken af te wijken van de wet. De wetgever heeft immers enkel bepaald dat wanneer sprake is van ‘*bijzondere lokale omstandigheden*’, zulks bevoegdheid geeft voor het opleggen van maatwerkvoorschriften. Uiteraard dient een besluit daartoe – zoals elk besluit – gemotiveerd te worden door het bevoegd gezag.

Ab III (Overige argumenten)

Hier gaat LBP wel erg kort door de bocht door het melden van ‘flarden’ van allerlei teksten, die zij kennelijk als onderbouwing wenst te hanteren voor het standpunt dat maatwerkvoorschriften niet kunnen worden opgelegd.

Zoals vermeld bepaalt artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit zelve dat het bevoegd gezag bij maatwerkvoorschrift in afwijking van de nieuwe norm uit lid 1 (47 dB *L_{den}* en 41 dB *L_{night}*) een andere norm kan vaststellen, in verband met bijzondere lokale omstandigheden. Gemeentelijk beleid hoeft hiervoor derhalve niet perse te zijn vastgesteld. Wel kan uit vastgesteld beleid blijken dat het gebied, waarin de windturbines zijn gesitueerd, een aanzienlijk lager achtergrondgeluidsniveau heeft dan het achtergrondgeluidsniveau van bijvoorbeeld de oude WCN40 norm of de huidige norm uit het Activiteitenbesluit. Doch deze wetenschap kan ook elders uit blijken, bijvoorbeeld door eerder verrichte metingen. Vast staat dat zowel voormalige gemeente Zijpe als Anna Paulowna eensgezind van oordeel zijn dat hiervan sprake is³. Ook blijkt dit expliciet uit het windbeleidsplan van voormalig gemeente Zijpe in 2010. Mij is niet bekend of voormalige gemeente Anna Paulowna dergelijk beleid had vastgesteld, hoewel zij het beleid van Zijpe onderschreef.

³ Vgl. o.a. de brandbrief van voormalig gemeente Zijpe en Anna Paulowna aan de Tweede Kamer d.d. 29 april 2011

Voorts staat vast dat de windturbines niet zijn afgestemd op de op het referentieniveau afgestemde geluidgrenswaarden, zoals die derhalve zouden kunnen gelden voor gebieden die een laag achtergrondgeluidsniveau hebben. Het ervaren van geluidhinder is gerelateerd aan de hoogte van het achtergrondniveau. Het is een feit van algemene bekendheid dat bij een hoog achtergrondgeluidniveau de kans op geluidhinder vanwege een constante geluidbron afneemt. Er zal steeds meer maskering van het geluid van deze geluidbron optreden, tot het moment dat het achtergrondniveau zo hoog is, dat de geluidbron niet meer hoorbaar is. Voor het gewijzigde Activiteitenbesluit moest een turbine in beginsel voldoen aan de WCN40 norm, een curve gebaseerd op een gemiddeld achtergrondgeluidniveau van 40 dB(A). Het achtergrondgeluidniveau is in casu, en evenzeer in enkele andere polders, aanzienlijk lager. Voormelde norm bood dan ook reeds onvoldoende bescherming tegen geluidhinder. Ook de nieuwe (veelal minder strenge) normen van L_{den} en L_{night} bieden om die reden onvoldoende bescherming. Bij benadering bedraagt het verschil tussen het achtergrondgeluidniveau en de geluidsnorm uit het Activiteitenbesluit meer dan 10 dB(A)⁴. Ook het RIVM heeft eerder geconcludeerd dat windturbines meer hinder veroorzaken in vergelijking tot weg-, rail- of vliegverkeer bij dezelfde geluidniveaus.

De rechtbank Alkmaar oordeelde in de uitspraak inzake een geschil betreffende een windturbine aan de grote Sloot 158 (Zijpe)⁵ over ‘bijzondere lokale omstandigheid’ als volgt:”

De vraag of sprake is van bijzondere lokale omstandigheden dient aan de hand van de concrete plaatselijke feiten en omstandigheden te worden beantwoord. In de toelichting op artikel 3.14a van het Barim (Staatsblad 2010, nr. 749, blz. 8) wordt een stiltegebied slechts als voorbeeld genoemd van een bijzondere lokale omstandigheid. Naar het oordeel van de rechtbank staat het bepaalde in artikel 3.14a, derde lid, er dan ook niet aan in de weg dat een aanzienlijk lager dan gemiddeld achtergrondgeluidsniveau kan worden aangemerkt als een bijzondere lokale omstandigheid. Aangezien verweerder in de milieuvergunning rekening heeft gehouden met het lage achtergrondgeluidsniveau en in het Windbeleid is bepaald het achtergrondgeluidsniveau als grenswaarde aan te houden, is de rechtbank van oordeel dat het lage achtergrondgeluidsniveau in dit geval moet worden aangemerkt als een bijzondere lokale omstandigheden als bedoeld in artikel 3.14a, derde lid, van het Barim.

⁴ Vgl. de brandbrief van voormalig gemeente Zijpe en Anna Paulowna aan de Tweede Kamer d.d. 29 april 2011

⁵ Rb. Alkmaar d.d. 7 maart 2013, LJN: BZ3549. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld.

De verwijzing naar het onderzoek rondom windpark NOP snijdt dan ook geen hout.

De nieuwe normen van het Activiteitenbesluit moeten als een gegeven worden beschouwd. De verwijzing naar rechtspraak door LBP voegt niets toe. Het moge duidelijk zijn dat de normen uit de wet van kracht zijn en dus gelden. De uitspraken gaan echter niet over de vraag of de bevoegdheid bestaat om maatwerkvoorschriften op te leggen. Die bevoegdheid bestaat en daarvan kan gebruik worden gemaakt, mits sprake is van bijzondere lokale omstandigheden.

Tot slot merk ik op dat ik het wel opvallend vind dat LBP met geen woord rept over de uitspraak van de rechtbank Alkmaar, terwijl deze ruimschoots (7 maart 2013) voor de datum van de notitie (22 mei 2013) bekend was.

Ad Memo van de Milieudienst

Het is prettig te constateren dat het college thans van mening is, althans blijkt de memo van de Milieudienst, dat er een bevoegdheid is tot het stellen van maatwerkvoorschriften.

Ik onderschrijf niet de stelling dat uit de Nota van Toelichting zou blijken dat het gebruik van het instrument van maatwerk *beperkt* zou moeten blijven tot bijzondere lokale omstandigheden. Op pagina 6 staat:” *Aangezien lokaal specifieke omstandigheden het kunnen rechtvaardigen dat van een norm wordt afgeweken, bestaat binnen het Activiteitenbesluit de mogelijkheid voor het bevoegd gezag om maatwerk toe te passen.*”

De Milieudienst geeft voorts aan dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid, hetgeen ik onderschrijf. De gemeente neemt wel als gegeven aan dat sprake is van een laag achtergrondniveau, maar dat deze omstandigheid niet zou verplichten tot het stellen van maatwerkvoorschriften (onder verwijzing naar de uitspraak van de RvS d.d. 15 december 2010). Mijn reactie luidt dat sprake blijft van een bevoegdheid. Wanneer de gemeente zou besluiten daarvan onder de gegeven omstandigheden geen gebruik te willen maken, zal zij alsdan een daartoe strekkend besluit dienen te motiveren. De gemeente dient immers een belangenafweging te maken, waarbij alsdan uiteen gezet dient te worden om welke redenen het maatwerkvoorschrift, ondanks de zwaarwegende belangen van de gedupeerden wegens de specifieke geluidsoverlast die op grond van artikel 3.134a lid 3 Activiteitenbesluit mogen

worden meegewogen, desalniettemin niet behoeft te worden opgelegd. Alsdan zullen er kennelijk nog zwaardere belangen van de kant van de gemeente en/of exploitant van de windturbine aanwezig moeten zijn, die het weigeren van maatwerk rechtvaardigen. Ontbreken laatst bedoelde zwaardere belangen, dan is het maar de vraag in hoeverre de gemeente in redelijkheid mag overgaan tot weigeren van het verzoek om maatwerk toe te passen. De gemeente kan zich dus niet blijven verschuilen achter de enkele stelling dat zij niet verplicht is tot het stellen van maatwerkvoorschriften. Het vorenstaande dient daarbij wél in acht te worden genomen en daar schort het naar mijn mening aan. Ook in deze memo wordt deze onderbouwing en afweging van belangen niet gegeven.

Ten aanzien van het kopje 'bijzondere lokale omstandigheden' merk ik op dat onjuist is dat sprake moet zijn van een aangewezen stiltegebied. Voorts is geen vereiste dat gemeentelijk windbeleid vastgesteld moet worden, zo de milieudienst daar op zou doelen. Ook zonder beleid heeft de gemeente de bevoegdheid en wel gebaseerd op artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit. De Milieudienst geeft niet aan welk percentage volgens haar qua ernstige hinder aan de orde is, zodat niet duidelijk is welke gevolgrekking zij aan haar opmerking verbindt. Ik heb eerder aannemelijk gemaakt dat sprake is van een verschil van minstens 10 d(B)A, een aanzienlijk hogere overlast dan de genoemde 9%.

De Milieudienst haalt vervolgens de uitspraak van de rechtbank Alkmaar aan, maar geeft niet aan in hoeverre zij dat oordeel bestrijdt dan wel aanvaardt. Aansluitend wordt kennelijk een beroep gedaan op voormelde uitspraak van de RvS d.d. 15 december 2010. Zoals reeds eerder aangegeven brengt in dit geval – in tegenstelling tot voormelde uitspraak – artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit mee dat in geval van bijzondere lokale omstandigheden een maatwerkvoorschrift kan worden opgelegd. Een andere maatstaf behoeft dus niet te worden aangelegd. De conclusie van de RvS in voormelde uitspraak kan dan ook niet in zoverre worden gebezigd voor het onderhavige geval.

De Milieudienst gaat inhoudelijk niet in op het besluit dat de gemeente Rotterdam heeft genomen, of heeft zij daarvan geen kennis genomen? Heeft de Milieudienst een formeel verzoek ingediend om informatie of is slechts een telefoontje gepleegd met een wellicht onwetende medewerker van die dienst?

De conclusie van de Milieudienst ontbeert mijns inziens nog altijd een draagkrachtige motivering. Verzuimd wordt een belangenafweging te maken. Voorts is het onderzoek op punten onzorgvuldig te noemen.

De eerste 2 punten van de conclusie zijn niet van belang. Punt 3 is op geen enkele wijze onderbouwd (ook niet eerder genoemd). Punt 4 mist toepassing aangezien andere agrarische activiteiten niet vallen onder 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit. Punt 5 inzake vrees voor schade wordt niet onderbouwd. Punt 6 is onduidelijk wat de Milieudienst daarmee voor ogen heeft. De gemeente is nog altijd bevoegd gebruik te maken van artikel 3.14a lid 2. Het niet gebruik maken door de gemeente van een overweging (om rekening te houden met het achtergrondniveau) van de Milieudienst in 2007 (6 jaar geleden), is geen beletsel.

Conclusie

Gelet op het voorgaande concludeer ik dat noch LBP, noch de Milieudienst de onderbouwing levert welke nodig is voor een afwijzing voor de gemeente maatwerkvoorschriften toe te passen. Een belangenafweging ontbreekt. Vrees voor precedentwerking of schade wordt niet geconcretiseerd. Bovendien is die vrees onterecht.

Precedentwerking is niet aan de orde aangezien de afweging wordt gebaseerd op de wet (artikel 3.14a lid 3 Activiteitenbesluit).

Schadeclaims zijn niet te verwachten, aangezien sprake is van (op de wet gebaseerde) beleidsvrijheid met eventueel een marginale toetsing (door de rechter). Het treffen van rechtmatige overheidsmaatregelen dient in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling te worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de daardoor getroffen en mogen worden gelaten. Er is in beginsel uitsluitend sprake van een voor vergoeding in aanmerking komend nadeel, indien het nadeel buiten het normaal maatschappelijke risico van de benadeelde valt - de zogenaamde *abnormale last* - en de benadeelde deel uitmaakt van een beperkte groep die deze nadelen ondervindt, terwijl een grote groep baat heeft bij de voordelen van de overheidshandelingen, de zogenaamde *speciale last*.

Het is maar zeer de vraag of een rechter in een specifiek geval zou oordelen dat sprake is van een situatie waarin iemand zodanig zwaar wordt getroffen dat het daardoor ontstane nadeel redelijkerwijs niet ten laste van hem dient te blijven. Van een sanering is in het geheel geen sprake; wel van een relatieve gebruiksbeperking.

Met vriendelijke groet,
Amice Advocaten BV,

J. van de Riet