

ECLI:NL:RBNNE:2017:4278

Instantie	Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak	09-11-2017
Datum publicatie	09-11-2017
Zaaknummer	C/17/157887 / KG ZA 17-291
Rechtsgebieden	Bestuursrecht Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding Op tegenspraak
Inhoudsindicatie	Windpark Kop Afsluitdijk. Vroegtijdige burgerparticipatie op grond van Verdrag van Aarhus en EU-richtlijnen. Rechtstreekse werking. Betekenis zienswijzenprocedure.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/5899 Verrijkte uitspraak

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling privaatrecht

Locatie Leeuwarden

zaaknummer / rolnummer: C/17/157887 / KG ZA 17-291

Vonnis in kort geding van 9 november 2017

in de zaak van

de stichting

STICHTING HOU FRIESLAND MOOI,

gevestigd te Schettens, gemeente Súdwest-Fryslân,

eiseres,

advocaat mr. J. Veltman te Amersfoort,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

PROVINCIE FRYSLÂN,

met zetel te Leeuwarden,

gedaagde,

advocaten mr. E.E. van der Kamp en mr. D. Sietses te Leeuwarden.

Partijen zullen hierna de Stichting en de Provincie genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 2 november 2017,
- de brief van de Stichting van 6 november 2017, met de producties 12 tot en met 15,
- de mondelinge behandeling van 8 november 2017,
- de pleitnota's van beide partijen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De Stichting heeft als doel 'het behartigen van de rechten en belangen van omwonenden van windenergieprojecten in de provincie Fryslân, het bevorderen van acties en maatregelen om te verzekeren dat overheden en initiatiefnemers die rechten en belangen respecteren en het informeren van politici en bestuurders over de voor- en nadelen van windenergie, alsmede al hetgeen daarmee verband houdt of daartoe bevorderlijk is'.

2.2. Het college van Gedeputeerde Staten van Fryslân (hierna: GS) heeft op 21 augustus 2012 het ontwerp Structuurvisie Fryslân Windstreek 2012 vastgesteld en ter inzage gelegd. Nadat daarover zienswijzen waren ingediend, heeft GS naar aanleiding van de kritiek de structuurvisie beperkt tot het zoekgebied IJsselmeer.

2.3. In september 2013 is het zogenoemde Energieakkoord gesloten. Als uitvloeisel daarvan moet de Provincie uiterlijk eind 2020 530,5 MW aan windenergie op land realiseren.

- 2.4. In 2014 hebben vertegenwoordigers van de windsector, natuur- en milieubelangen en bewoners in het kader van het initiatief Fryslân foar de Wyn (FFDW) in samenwerking met de Provincie gezocht naar mogelijkheden voor windenergie op het Friese land, die konden rekenen op een breed draagvlak. In oktober 2014 is advies uitgebracht.
- 2.5. Op basis van dat advies, de ambtelijke Adviesnotitie Wind naar Ruimte en zeven hoorzittingen heeft Provinciale Staten (hierna: PS) vervolgens op 17 december 2014 onder meer besloten voor de realisatie van 530,5 MW aan windenergie te kiezen voor een locatie in het water van 316 MW, het windpark Kop Afsluitdijk van 36 MW, het windpark Noordoostpolder van 18 MW en bestaande molens met een totaal van 160 MW.
- 2.6. Bij brief van 19 januari 2016 heeft GS aan PS aangegeven bereid te zijn de voorbereiding van het planologisch traject voor het realiseren van een windpark op de kop van de Afsluitdijk te starten. Op 20 januari 2016 hebben Nuon Wind Development BV, Brouwer Windturbines BV en Windpark A7 BV een verzoek voor het maken van een inpassingsplan voor het windpark ingediend. Op 8 juni 2016 heeft een zogenoemde statenmarkt plaatsgevonden. Op 29 juni 2016 heeft PS positief beslist over het genoemde verzoek. Een verzoek van andere initiatiefnemers is afgewezen. Op 12 oktober 2016 heeft weer een statenmarkt plaatsgevonden. Bij die gelegenheid konden belanghebbenden wensen en bedenkingen naar voren brengen.
- 2.7. Vervolgens heeft PS op 26 oktober 2016 de Startnotitie Windpark Nij Hiddum-Houw vastgesteld met betrekking tot het voornemen tot het opstellen van een provinciaal inpassingsplan ten behoeve van de realisatie van Windpark Nij Hiddum-Houw. Volgens de Startnotitie lagen het aantal windturbines, de masthoogte en de rotordiameter nog niet vast en zouden de opstellingsvarianten nog nader worden onderzocht. Onderdeel 4.2 van de Startnotitie behandelt het betrekken van omwonenden in het proces. De Startnotitie voorziet onder meer in het instellen van een Omgevingsadviesraad (OAR).
- De Stichting heeft tot oktober deel uitgemaakt van de OAR.
- 2.8. Op 23 december 2016 is een Concept Notitie Reikwijdte en Detailniveau (NRD) vastgesteld. Dat concept heeft in de periode van 16 januari 2017 tot en met 26 februari 2017 ter inzage gelegen, gedurende welke periode een ieder zienswijzen kon indienen. Op 11 april 2017 is de NRD na bespreking van zienswijzen en adviezen vastgesteld.
- 2.9. GS heeft op 9 mei 2017 conform het advies van de OAR een voorkeur uitgesproken voor de variant van negen windturbines, met een rotordiameter van 110 tot 136 meter en een ashoogte van 90 tot 140 meter.
- 2.10. GS heeft het voornemen om op 10 november 2017 het ontwerpbesluit tot vaststelling van het provinciaal inpassingsplan en de milieueffectrapportage (m.e.r.) ter inzage te leggen.

3. De vordering

- 3.1. De Stichting vordert om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
- a. de Provincie te verbieden om een ontwerp van het provinciaal inpassingsplan zoals dit thans is voorbereid, ter inzage te leggen; en
 - b. de Provincie te veroordelen in de kosten van dit geding, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na het vonnis voor het geval de betaling van het bedrag niet binnen 14 dagen na het vonnis plaatsvindt.
- 3.2. De Provincie voert verweer.
- 3.3. De voorzieningenrechter zal de stellingen van partijen hierna bespreken, voor zover die van

belang zijn voor de beslissing in dit geding.

4 De beoordeling

Bevoegdheid burgerlijke rechter

- 4.1. De vordering van de Stichting heeft als grondslag dat de Provincie onrechtmatig handelt door, kort gezegd, het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan ter inzage te leggen voordat de Stichting de mogelijkheid heeft gehad om adequaat in de besluitvorming over het windpark te participeren. De burgerlijke rechter is ingevolge art. 112 van de Grondwet bevoegd om van deze vordering kennis te nemen.

Ontvankelijkheid

- 4.2. De Stichting wil voorkomen dat het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan ter inzage wordt gelegd. Het besluit tot terinzagelegging is ingevolge art. 6:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet vatbaar voor bezwaar en beroep. Er staat dus geen met waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open. Dat brengt mee dat de Stichting in haar vordering kan worden ontvangen.

Spoedeisendheid

- 4.3. De vordering van de Stichting is voldoende spoedeisend omdat GS het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan op 10 november 2017 ter inzage wil leggen.

Toetsing

- 4.4. De Stichting voert, kort gezegd, aan dat de Provincie onvoldoende gelegenheid heeft gegeven voor vroegtijdige inspraak in de besluitvorming over het windpark, in de fase waarin alle opties nog open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden. De mogelijkheid om gedurende de termijn van terinzagelegging zienswijzen over het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan naar voren te brengen, volstaat volgens de Stichting niet, omdat in deze fase alle opties niet meer open liggen en er dus ook geen gelegenheid is om alternatieven aan te dragen. De Stichting wil door uitstel van de terinzagelegging de gelegenheid krijgen om een alternatief plan voor te bereiden.
- 4.5. Voor haar standpunt heeft de Stichting een beroep gedaan op het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden van 25 juni 1998 (hierna: het Verdrag van Aarhus) en de Europese richtlijnen die ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld. Het betreft met name de Richtlijn 2003/35/EG van 26 mei 2003, die nadien is vervangen door Richtlijn 2011/92/EU van 13 december 2011 (de MER-richtlijn). Laatstgenoemde richtlijn is gewijzigd bij Richtlijn 2014/52/EU van 16 april 2014.
- 4.6. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat een rechtstreeks beroep op de bepalingen van het Verdrag van Aarhus in dit geval niet mogelijk is, omdat de Europese Unie op dit gebied regels heeft gegeven in de genoemde richtlijnen (zie HvJ EU 11 september 2007, zaak C-431/05, *Merck Genéricos*). Voor de onderhavige zaak is met name artikel 6 van de MER-richtlijn van betekenis. Dat artikel luidt, voor zover hier van belang:

4. Het betrokken publiek dient in een vroeg stadium reële mogelijkheden tot inspraak in de in artikel 2, lid 2, bedoelde milieubesluitvormingsprocedures te krijgen en heeft daartoe het recht, wanneer alle opties open zijn, opmerkingen en meningen kenbaar te maken aan de bevoegde instantie(s) voordat het besluit over de vergunningsaanvraag wordt genomen.

(..)

6. Er wordt voor de verschillende fasen in redelijke termijnen voorzien met voldoende tijd om:

a. a) de in lid 1 bedoelde instanties en het publiek te informeren, en

b) het betrokken publiek en de in lid 1 bedoelde instanties de gelegenheid te bieden zich voor te bereiden en daadwerkelijk deel te nemen aan de milieubesluitvorming als bedoeld in dit artikel.

4.7. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State (hierna: ABRvS) kan van rechtstreekse werking van de bepalingen van de MER-richtlijn alleen sprake zijn indien de richtlijn in de nationale wetgeving niet correct is geïmplementeerd of - in het concrete geval - de volledige toepassing niet daadwerkelijk is verzekerd. De ABRvS neemt verder aan dat de richtlijn correct in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd, onder meer door de wettelijke mogelijkheid om zienswijzen tegen een ontwerpplan naar voren te brengen, voordat een besluit over het ontwerpplan is genomen (zie onder meer ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702).

4.8. Volgens de Stichting verdient dit oordeel bijstelling. Uit literatuur, uitlatingen van de Nationale Ombudsman (rapport *'We gooien het de inspraak in'*, 16 september 2009, nr. 2009/180), het Sociaal Cultureel Planbureau (rapport *'Niet buiten de burger rekenen'*, 3 februari 2016, publicatie 2016-5,) en van de wetgever zelf blijkt volgens de Stichting dat in de fase waarin zienswijzen naar voren kunnen worden gebracht, in de regel geen sprake meer is van een situatie waarin alle opties nog open zijn. De Stichting heeft er onder meer op gewezen dat de wetgever in het kader van de totstandkoming van de Omgevingswet voor complexe projecten met een publiek belang zoals windturbineparken een bijzondere projectprocedure heeft ontwikkeld, die aanvangt met een verkenningsfase waarin burgerparticipatie kan plaatsvinden (artikel 5.47 en volgende van de Omgevingswet).

In de Nota van toelichting algemeen op het ontwerp Omgevingsbesluit (Kamerstukken II 2015-2016, 33 118, bijlage 776479, p. 60) is onder meer vermeld:

Voor een aantal besluiten is voorgeschreven dat de uitgebreide procedure van afdeling 3.4 Awb wordt gevolgd. Bij toepassing van afdeling 3.4 Awb kunnen door een ieder zienswijzen naar voren worden gebracht (dit volgt uit artikel 16.23 van de wet) over een ontwerpbesluit (waarvan de gevolgen duidelijk zijn). Het gaat in deze fase niet meer zozeer over het meedenken over bijvoorbeeld alternatieven of de inhoud van een mogelijk besluit, maar om de inhoudelijke toetsing van een geformuleerd ontwerpbesluit met rechtsgevolgen. Op deze wijze wordt nog eens getoetst of er zaken of belangen over het hoofd zijn gezien en of belangen onevenredig worden geschaad.

Daar staat tegenover, en de Provincie heeft daarop gewezen, dat uit andere passages van de parlementaire geschiedenis van de Omgevingswet en de daarop gebaseerde besluiten blijkt dat de wetgever meent dat met de zienswijzenprocedures wordt voldaan aan internationale verplichtingen op grond van onder meer het Verdrag van Aarhus.

4.9. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter valt moeilijk vol te houden dat in alle gevallen de participatierechten van burgers voldoende zijn gewaarborgd door de mogelijkheden die de zienswijzenprocedure biedt. In de totstandkoming van de Omgevingswet en de daarop gebaseerde besluiten zijn, zoals hiervoor onder 4.8 is gebleken, aanwijzingen te vinden dat ook de wetgever dit onderkent. Het gaat dan met name om projecten met ingrijpende gevolgen voor de omgeving, zoals de gevallen waarop het Verdrag van Aarhus ziet. Een dergelijk project is hier aan de orde.

4.10. Het voorgaande laat dus de mogelijkheid open dat de MER-richtlijn verlangt dat in dergelijke gevallen de burgerparticipatie (ook) vóór de zienswijzenprocedure gestalte moet krijgen, namelijk als mag worden verwacht dat in de zienswijzenprocedure niet alle opties meer open zijn en er in zoverre geen doeltreffende inspraak zal plaatsvinden. Daarvan lijkt in dit geval sprake, omdat PS op 17 december 2014 een keuze heeft gemaakt voor het onderhavige windpark en PS en GS

vervolgens een proces hebben ingericht voor de uitwerking van die keuze. In zoverre zou dan niet kunnen worden gezegd dat met de wettelijke mogelijkheden voor inspraak door middel van de zienswijzenprocedure de verplichtingen uit de MER-richtlijn afdoende zijn geïmplementeerd, althans dat de volledige werking daarvan daadwerkelijk is verzekerd. Dat kan een rechtstreeks beroep op de richtlijn rechtvaardigen.

- 4.11. Waar het gaat om de fase die voorafgaat aan de wettelijke procedure (dus in dit geval de fase die voorafgaat aan de terinzagelegging van het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan), ligt er een taak voor de burgerlijke rechter, in aanmerking genomen dat de bestuursrechter het bieden van inspraak in die fase niet toetst (zie onder meer ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:1036). Het is dus zinvol om na te gaan of met het tot heden gevolgde besluitvormingsproces recht is gedaan aan de burgerparticipatie die de MER-richtlijn in dit geval vereist.
- 4.12. In de aanloop naar de keuze die PS op 17 december 2014 heeft gemaakt, is vanuit diverse invalshoeken een brede discussie gevoerd over windparken in Fryslân. De voorzieningenrechter verwijst naar onder meer de Structuurvisie Fryslân Windstreek 2012 en vooral het initiatief FFDW. Met name FFDW heeft heel Fryslân betrokken in de discussie en in die discussie zijn diverse alternatieven besproken. De fase waarin de besluitvorming zich toen bevond, maakte dat de plannen noodzakelijkerwijs globaal waren. Dat gaf ook ruimte om alternatieven naast elkaar te leggen. In zekere zin kan worden gezegd dat hier sprake is geweest van een 'verkenningfase'. PS heeft de resultaten van deze participatie in zijn afweging betrokken en vervolgens een keuze gemaakt. Dat die keuze anders is dan sommigen wenselijk vinden, betekent niet dat de burgerparticipatie onvolwaardig is of dat daaraan geen recht is gedaan. Het was de vrijheid en verantwoordelijkheid van PS om uiteindelijk tot een keuze te komen.
- 4.13. Door die keuze is de planvorming logischerwijs concreter geworden. Het ging daarna immers om de concentratie van de windparken in het IJsselmeer en bij de kop van de Afsluitdijk, wat betreft de laatste locatie met een vermogen van 36 MW (naast het al bestaande vermogen van 6 MW). De keuze brengt mee dat de participatie zich vervolgens is gaan richten op het realiseren van de windparken op die locaties. De OAR voorzag in participatie van de omgeving van het windpark bij de kop van de Afsluitdijk en de beraadslagingen van de OAR hadden dus op dat windpark betrekking. Die beperking in de reikwijdte van de participatie is eigen aan deze fase van de besluitvorming.
- 4.14. Het is mogelijk dat de ruimte voor inbreng van aanpassingen en alternatieven in deze fase beperkter is geweest dan de Stichting vooraf had verwacht, mede op basis van de Startnotitie. Maar wat daarover in dit geding is aangevoerd, kan niet de rechtvaardiging opleveren voor een verwijt aan de Provincie dat zij kennelijk onvoldoende gelegenheid heeft geboden om binnen de kaders van de voorgenomen keuze te participeren in de verdere planvorming met betrekking tot het windpark. De Stichting heeft bovendien de mogelijkheid gehad om al dan niet in samenwerking met anderen, buiten de OAR om, voorstellen voor aanpassingen en alternatieven voor te bereiden om die - ten laatste - in een zienswijze tegen het ontwerp van het provinciaal inpassingsplan naar voren te brengen. Voor dergelijke voorstellen kan de zienswijzenprocedure wel een adequate voorziening zijn. De voorzieningenrechter heeft er begrip voor dat de Stichting vraagt om meer tijd dan de zienswijzenprocedure biedt om alsnog een voorstel voor aanpassingen en alternatieven voor te bereiden en op haalbaarheid te onderzoeken, nu zij teleurgesteld is in het resultaat van de inbreng in de OAR. Er zijn goede redenen te noemen om de Stichting die tijd te gunnen, maar er is geen toereikende grondslag om de Provincie in rechte te verplichten dat te doen.
- 4.15. De conclusie is dat er zowel voor als na de keuze voor het onderhavige windpark ruimte is geboden voor burgerparticipatie die past bij de fase waarin de besluitvorming zich bevond. Er is onvoldoende reden om aan te nemen dat die ruimte beperkter is geweest dan de MER-richtlijn voorschrijft. Voorstellen tot aanpassing van de huidige plannen en voorstellen voor alternatieven

voor onderdelen daarvan, kunnen (ook nog) naar voren worden gebracht in de zienswijzenprocedure die nu aanvangt. Onder deze omstandigheden is er geen grondslag om te oordelen dat de Provincie in het tot nog toe gevolgde besluitvormingsproces onrechtmatig jegens de Stichting heeft gehandeld.

4.16. De slotsom is dat de vordering van de Stichting moet worden afgewezen.

4.17. De Stichting moet de proceskosten voor haar rekening nemen, omdat zij in het ongelijk is gesteld. De kosten aan de zijde van de Provincie worden begroot op:

- griffierecht € 618,00

- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.434,00.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vordering af,

5.2. veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, de Stichting in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van de Provincie vastgesteld op € 1.434,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. W.J.J. Los en in tegenwoordigheid van mr. A. Hut, griffier, in het openbaar uitgesproken op 9 november 2017.¹

¹ type: 780 coll:
