

Vertegenwoordiging v/d Europese Commissie in Nederland
Korte Vijverberg 5-6
2513 AB Den Haag
Postbus 30465, 2500 GL Den Haag

Gieterveen, 2 oktober 2016

Betreft: Klacht aan de Europese Commissie van Stichting WindNEE over de verdeling van schaarse publieke rechten in combinatie met staatssteun.

L.s.,

De Nederlandse Staat, meer specifiek het rijk, handelt in strijd met EU verplichtingen bij het verdelen van schaarse publieke rechten voor de windturbines van het windpark De Drentse Monden en Oostermoer (DMOM). Dit handelen, is in strijd met art. 101 en 102 VWEU. Het rijk dwingt de gemeenten Aa en Hunze en Borger-Odoorn en de provincie Drenthe met de doorzettingsmacht van de rijkscoördinatierегeling (art. 3.35 Wet ruimtelijke ordening) daaraan medewerking te verlenen. De Staat der Nederlanden voldoet door deze handelwijze niet aan art 49 VWEU (vrijheid van vestiging), art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten), de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn. De Staat verhindert met rijksdoorzettingsmacht gemeenten te voldoen aan genoemde artikelen.

De provincie Drenthe verhindert met provinciale doorzettingsmacht gemeenten eveneens te voldoen aan art 49 VWEU (vrijheid van vestiging), art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten), de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn.

Gemeenten worden dus door rijk en provincies gedwongen te handelen in strijd met de bepalingen van Unietrouw.

Door de koppeling met schaarse rijkssubsidie is tevens sprake van staatssteun in strijd met art. 107, lid 1 VWEU.

Toelichting schaarse publieke rechten

Bij schaarse publieke rechten gaat het om schaarse vergunningen en schaarse subsidies, waarbij de hoeveelheid beschikbare middelen beperkt is. Er is sprake van een plafond of maximum voor wat betreft het aantal te verlenen rechten. Dat plafond kan voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld.

Bron: conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven over de verdeling van schaarse vergunningen, ECLI:NL:RVS:2016:1421, 25 mei 2016. Zie

<http://www.omgevingsweb.nl/samenvatting/126490> en

https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekstpersbericht.html?id=925&summary_only=&category_id=8

Overwegingen

1. Vergunningen voor de windturbines van het windpark DMOM zijn schaars vanwege
 - fysieke schaarste als gevolg van een beperkt zoekgebied en
 - technische schaarste als gevolg van voorschriften met betrekking tot minimale afstanden tussen windturbines, lijnopstellingen ed.Daaruit vloeit voort dat, als een locatie wordt aangewezen voor windenergie, andere locaties als gevolg van daarvan worden uitgesloten.
2. Het EU-recht verplicht tot het bieden van voldoende mededingingsruimte bij het verlenen van schaarse vergunningen. De verplichting om reële mededinging te garanderen wordt door het Hof van Justitie gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling. De verlenende instantie moet op basis van de verplichting tot transparantie een passende mate van openbaarheid waarborgen aan elke *potentiële* inschrijver.
3. Ook het vigerend Nederlands recht kent een rechtsnorm, die er toe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (*potentiële*) gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel, het beginsel van gelijke kansen. Deze verplichting vloeit tevens voort uit art 49 VWEU (vrijheid van vestiging), art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten), de Aanbestedingsrichtlijnen en de Dienstenrichtlijn.
4. Het bestuur moet, teneinde het beginsel van gelijke kansen te respecteren, een ‘passende mate van openbaarheid’ garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Dat stelt specifieke eisen aan de tijdige verstrekking van informatie, adequate bekendmaking van die informatie en de duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de verdeelregels.
5. Schaarse publieke vergunningen hebben vermogenswaarde. Typisch voor de verdeling van schaarse vergunningen is dat deze vermogenswaarde door het bestuur wordt toegekend aan, afhankelijk van het plafond, een of meer aanvragers en aan anderen niet. In deze situatie ligt het in de rede dat het bestuur deze vergunningen *niet onderhands* verleent aan een bepaalde aanvrager, maar dat zij alle (potentiële) aanvragers in de gelegenheid stelt hiernaar op enigerlei wijze mee te dingen. Doet het bestuur dat niet, dan bevoordeelt het zonder duidelijke reden één (of sommige) aanvrager(s) boven anderen en is sprake van *willekeur*.
6. Het principe van een goede ruimtelijke ordening is een belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht. Dat houdt o.a. in dat alle belangen in kaart worden gebracht en dat die belangen integraal worden afgewogen.

Wij concluderen dat

- A. Het rijk in strijd heeft gehandeld met de te garanderen, ‘passende mate van openbaarheid’ bij het verstrekken van schaarse vergunningen voor het windpark DMOM, namelijk:
 - het rijk heeft niet tijdig, dus vóór het begin van de aanvraagprocedure, informatie verstrekt aan alle (*potentiële*) gegadigden.
 - het rijk heeft evenmin gezorgd voor de tijdige bekendmaking van informatie.
 - het rijk heeft geen verdeelregels geformuleerd.

- B. Flagrant in strijd met het principe van een goede ruimtelijke ordening is, dat bij de locatiekeuze voor windturbines en windpark DMOM de grondposities van de initiatiefnemers doorslaggevend zijn.
Diverse gemeenten hebben alternatieve locaties voor windenergie en alternatieve energietechnologieën voorgesteld, met minder hinder voor de eigen bevolking. Die voorstellen zijn consistent afgewezen door het rijk 'omdat de initiatiefnemers daar geen grondposities hadden'. Wij achten dit in strijd met het uitgangspunt van subsidiariteit.
- C. Het windpark DMOM is een samenvoeging van 3 windparken. Afzonderlijk zijn ze < 100 MW. Deze fusie is tot stand gekomen om de gemeenten en provincie buiten spel te zetten met het doel om onder de RCR te vallen. Het rijk heeft deze initiatiefnemers van windpark DMOM met hun grondposities beloofd en bevoordeeld door zich, op hun verzoek, bereid te verklaren zogenaamde RCR-claims toe te wijzen. Het rijk heeft daarmee toegezegd bereid te zijn haar doorzettingsmacht in het kader van de rijkscoördinatie-regeling (RCR, art 3.35 Wet ruimtelijke ordening) aan te wenden voor juist deze (min of meer willekeurige) eerste aanvragers, *zonder andere (potentiële) eigenaren* en initiatiefnemers in de gelegenheid te stellen mee te dingen naar deze schaarse vergunningen.
- D. Het rijk heeft met de inzet van rijksdoorzettingsmacht (RCR) voor windparken boven de 100 MW de gemeenten Aa en Hunze en Borger-Odoorn verplicht om mee te werken aan de planologische regeling en een omgevingsvergunning voor *juist deze* initiatiefnemers. Daarmee worden andere (*potentiële*) eigenaren en initiatiefnemers uitgesloten.
- E. De RCR-claim in combinatie met de (door middel van doorzettingsmacht) verstrekte dan wel nog te verstrekken schaarse publieke vergunningen hebben vermogenswaarde. Hoewel voor de hand ligt dat het bestuur deze vergunningen *niet onderhands* verleent, gebeurt dat hier wel degelijk.
De initiatiefnemers van windpark DMOM zijn bevoordeeld boven anderen, zonder duidelijke reden. Dat gebeurt primair door het rijk, secundair de provincie en tenslotte uiteindelijk en - onder dwang - de gemeente. Hier is duidelijk sprake van willekeur.
- F. Het rijk heeft, gezien het voorgaande, geen reële ruimte geboden aan alle (*potentiële*) gegadigden om mee te dingen naar genoemde schaarse vergunningen. Daarmee verhindert het rijk dat de gemeenten in Drenthe reële ruimte kunnen bieden aan mededinging voor alle (*potentieel*) gegadigden.
- G. Bij de door het rijk opgestelde 'Structuurvisie Windenergie op land' en het aanwijzen van zoekgebieden door de provincies in hun provinciale omgevingsplannen, was sprake van een gemankeerd besluitvormingsproces, zonder passende inspraak voor de bevolking waarover wij u graag nader zullen informeren. Gemeenten mogen helaas niet inspreken en kunnen niet in beroep tegen structuurvisies als gevolg van de Crisis- en herstelwet.

Wij klagen de Staat der Nederlanden aan en meer specifiek het rijk. Het rijk heeft bij de toewijzing van schaarse publieke rechten gehandeld in strijd met

- art. 101 VWEU en 102 VWEU inzake het Europees mededingingsrecht,
- art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) en
- art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten), De Aanbestedingsrichtlijn, die Dienstenrichtlijn en het Beginsel van gelijke behandeling (Hof van Justitie)

Het rijk handelt ook bij lopende procedures op dezelfde wijze.

Met rijksdoorzettingsmacht dwingt het rijk de gemeenten Aa en Hunze en Borger-Odoorn en provincie Drenthe eveneens te handelen in strijd met de genoemde artikelen.

Door de koppeling van de verleende schaarse vergunningen aan schaarse subsidies is vervolgens sprake van ongeoorloofde staatssteun, in strijd met art. 107, lid 1 VWEU. De ten onrechte bevoordeelde initiatiefnemers en grondeigenaren komen namelijk vervolgens in aanmerking voor de subsidieregeling voor duurzame energie SDE(+).

Wij ontvangen graag een bevestiging van ontvangst en zien met bijzondere belangstelling uw reactie tegemoet.

Stichting WindNEE, namens deze

Martin Gout
Voorzitter