

Noot

1. De afgedrukte uitspraak betreft bestemmingsplan Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020 en de gecoördineerd afgegeven omgevingsvergunning voor de realisatie van 16 windturbines. Door HvJ EU 25 juni 2020, C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503, *MenR* 2020/120, m.nt. Krot (“*Nevele*”), voelt de Afdeling zich in deze uitspraak gedwongen haar eerdere uitspraak 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, *TBR* 2019/79, m.nt. De Vries & Frins (“*Battenoord*”), te verlaten. In *Battenoord* oordeelde de Afdeling nog dat de windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling (“windturbinebepalingen”) niet als plannen of programma’s in de zin van artikel 2, onder a, Smb-richtlijn konden worden aangemerkt. In dat onderdeel zijn plannen en programma’s gedefinieerd als:

“plannen en programma’s, met inbegrip van die welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan:

- die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld; en
- die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven.”

De Afdeling citeerde in die uitspraak HvJ EU 27 oktober 2016, C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816 (*D’Oultremont*); in r.o. 49 werd overwogen dat het begrip plannen en programma’s betrekking heeft op “iedere handeling die, door vaststelling van de op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pakket aan criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben”. De Afdeling leidde hieruit in *Battenoord*, r.o. 29.7, af dat er sprake is van een plan of programma als er een relatie is met concrete projecten. De Vries & Frins plaatsten in hun genoemde annotatie vraagtekens bij die conclusie, omdat het in *D’Oultremont* ter beoordeling staande besluit algemene regels bevatte die voor het gehele grondgebied van het Waalse gewest golden, zonder enige koppeling met een of meer concrete projecten. En eerder, in hun noot onder ABRvS 7 maart 2018, *MenR* 2018/74, merkten Gundelach (thans een van staatsraden in de afgedrukte zaak) en Kevelam in eenzelfde verband al op dat het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling kaderstellend waren voor de vergunningverlening. Zie verder bijv. F.M. Fleurke, ‘Steekt de wind op? De Strategische Milieueffectrapportage verruimd’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2017/3, p. 39-43.

2. In Windpark Delfzijl-Zuid benadrukt de Afdeling thans, in r.o. 28, de grote gelijkens tussen enerzijds de windturbinebepalingen en anderzijds de bepalingen uit het Vlaamse Vlarem II en de omzendbrief die in *Nevele* centraal stonden. Door die gelijkens voelt de Afdeling zich gedwongen tot het oordeel dat de windturbinebepalingen

toch plannen en programma’s in de zin van de Smb-richtlijn zijn. Zij laat daarbij echter niet na te benadrukken dat het HvJ EU in *Nevele* enkel is ingegaan op de criteria uit de twee gedachtestreepjes van artikel 2, maar niet afzonderlijk aandacht heeft besteed aan het planmatige of programmatische karakter van Vlarem II en de omzendbrief (r.o. 27), dus dat het HvJ EU – met andere, namelijk mijn woorden – niet op de begrippen “plannen” en “programma’s” als zodanig is ingegaan. Het is heel goed mogelijk dat het HvJ EU het in *Nevele* niet nodig vond daarop in te gaan, omdat het op de begrippen “plannen” en “programma’s” als zodanig al in eerdere rechtspraak was ingegaan, bijvoorbeeld in het geciteerde arrest *D’Oultremont*.

3. In r.o. 33-35 bespreekt de Afdeling vervolgens de twee criteria van artikel 2, onder a, Smb-richtlijn. Omdat die rechtsoverwegingen voor zich spreken, laat ik ze verder onbesproken.

4. Volgens artikel 3, lid 1, Smb-richtlijn wordt een milieubeoordeling uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 4 tot en met 9, voor de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde plannen en programma’s die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Volgens artikel 3, lid 2, onder a, wordt, onverminderd lid 3, een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma’s die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, energie, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten. Voor die laatste richtlijn leze men nu: Richtlijn 2011/92/EU (zoals gewijzigd met Richtlijn 2014/52/EU), oftewel de Mer-richtlijn. Artikel 3, lid 2, onder a, Smb-richtlijn bespreekt de Afdeling in r.o. 36-46. De windturbinebepalingen zijn van toepassing op een in bijlage II, onder 3, onder i, van de Mer-richtlijn genoemd project (“installaties voor de winning van windenergie voor de energieproductie (windturbineparken)”) (r.o. 38). Zij geven een groot pakket van criteria en modaliteiten (r.o. 39 e.v.). De windturbinebepalingen geven strikt genomen geen regels voor bestemmingsplannen zoals bestemmingsplan Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020. Het zijn immers “slechts” bepalingen waar de drijver van inrichting met windturbines zich aan moet houden. Voor de Afdeling is echter relevant dat “het de planwetgever niet is toegestaan om bestemmingsplannen vast te stellen waarvan de realisatie zich niet verdraagt met de windturbinebepalingen: de uitvoerbaarheid van het plan is dan namelijk niet verzekerd” (r.o. 43). De windturbinebepalingen zijn al met al volgens de Afdeling kaderstellend voor de vaststelling van een bestemmingsplan (r.o. 46). Voor die bepalingen is echter, in strijd met artikel 3, lid 2, Smb-richtlijn geen milieubeoordeling gemaakt en dus zijn zij in strijd met het Unierecht. De conclusie is daarom dat de gemeenteraad het bestemmingsplan Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020 heeft vastgesteld in strijd met de artikelen 3:2 en 3:46 Awb (r.o. 49). Eenzelfde oordeel geldt de gecoördineerd afgegeven omgevingsvergunning (r.o. 60 e.v.).

5. De uitspraak Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020 heeft grote gevolgen voor de praktijk. De

windturbinebepalingen kunnen nu niet meer gebruikt worden, althans niet voor windturbineparken in de zin van bijlage II, onder 3, onder i, van de Mer-richtlijn. Uit r.o. 18.1 van de afgedrukte uitspraak kan men afleiden dat voor windturbineprojecten die niet zijn aan te merken als windturbineparkprojecten in de zin van de Mer-richtlijn, de windturbinebepalingen blijven gelden. Men zou geneigd kunnen zijn om pas bij drie of meer windturbines te spreken van een windturbinepark, in navolging van de definitie van het Besluit milieueffectrapportage, bijlage A, onder 1. De Europese Commissie stelt echter in haar (op zich niet bindende) Interpretation of definitions of project categories of annex I and II of the EIA Directive, 2015 (ISBN 978-92-79-48090-4), p. 44, dat er minstens twee turbines nodig zijn voor een windturbinepark ("wind farm"). Het HvJ EU heeft uiteindelijk het laatste woord over het Europese begrip windturbinepark in de zin van de Mer-richtlijn. Ik heb nu niet uitgezocht of het HvJ EU zich hier ooit over heeft uitgelaten.

6. De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat heeft de Tweede Kamer op 6 juli 2021 geschreven dat de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat zo spoedig mogelijk aan de slag gaat met een plan-mer voor de windturbinepalingen. Zij gaat er vooralsnog van uit dat dat zo'n 1,5 tot 2 jaar in beslag zal nemen (*Kamerstukken II 2020/21*, 33621, 76, p. 1-2). Misschien lukt dat, maar de Smb-richtlijn heeft mogelijk ook gevolgen voor o.a. de AMvB's onder de Omgevingswet en voor andere besluiten (vgl. Frins onder HvJ EU 7 juni 2018, C-671/16, ECLI:EU:C:2018:403, *TBR 2018/146* ("Inter-Environnement Bruxelles")). Een plan-mer voor dat soort besluiten wordt een operatie op zich.

7. De gemeenteraad van Delfzijl hoeft de landelijk te verrichten plan-mer niet af te wachten. In de afgedrukte uitspraak, r.o. 65, biedt de Afdeling namelijk een uitweg: de raad is niet verplicht om bij zijn beslissing over de goede ruimtelijke ordening aan te sluiten bij de windturbinebepalingen. Hij kan er ook voor kiezen door hem gekozen normen te hanteren. "Die normen moeten dan wel voorzien zijn van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering." Met normen lijkt de Afdeling te doelen op de uitgangspunten die de gemeenteraad zal hanteren als hij een nieuw bestemmingsplan voor hetzelfde (of een gewijzigd!) windpark vaststelt. Als die "normen" echter een kaderstellend karakter krijgen en ook voor andere projecten gebruikt kunnen worden, kan de vraag rijzen of zij niet zelf aan een plan-mer onderworpen zouden moeten worden. De vraag verdwijnt niet enkel doordat zulke "normen" worden vastgelegd in een beleidsregel of in een circulaire, gelet op wat het HvJ EU over de Vlaamse omzendbrief (bijv. in r.o. 56, 60, 62 en 74) heeft overwogen.

8. De vraag of het wenselijk is dat gemeentebesturen in afwachting van de landelijke plan-mer zelf "normen" stellen en dat die normen per gemeente verschillen, is inmiddels in de Tweede Kamer gesteld (Kabinetsaanpak Klimaatbeleid, Verslag van een commissiedebat, *Kamerstukken II 2020/21*, 32813, 844, p. 6 (onopgemaakte versie)).

9. Een andere pregnante vraag is of Nevele ook gevolgen zal moeten hebben voor onherroepelijke bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen voor windparken. Hier past mij enige voorzichtigheid, omdat ik bij zo'n vraag in mijn praktijk betrokken ben. Ik wijs niettemin nog op het volgende. De Staatssecretaris van EZK schrijft in haar genoemde brief van 6 juli 2021, p. 2, dat de (hierboven afgedrukte) uitspraak van de Afdeling er niet toe leidt dat vergunningen of bestemmingsplannen van rechtswege komen te vervallen. Over die formulering zal nagedacht zijn, want zij bespreekt niet wat bijvoorbeeld rechtens de juiste beslissing zou zijn als er een verzoek om intrekking van een onherroepelijke vergunning of om wijziging van een onherroepelijk bestemmingsplan zou worden gedaan. Het HvJ EU spreekt in Nevele, r.o. 83 en 89, van intrekking en nietigverklaring van een reeds verleende vergunning, ook indien blijkt dat de uitvoering van het windturbineparkproject al is gestart of zelfs al is afgerond. Een uitzondering geldt kort gezegd onder meer indien een nietigverklaring van een vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie; zie 's Hofs antwoord 3 op de prejudiciële vragen en r.o. 92. De vraag is hoe die overwegingen en dat antwoord precies gelezen moeten worden. In de casus van Nevele had de uitvoering van het windturbineproject nog geen aanvang genomen; zie Nevele, r.o. 87. En de vergunning was nog niet onherroepelijk, omdat daartegen immers nog werd geprocedeerd (wat leidde tot de prejudiciële vragen die het HvJ EU in Nevele beantwoordde). In algemene zin respecteert het EU-recht het gezag van gewijsde; ik noem bijvoorbeeld H.G. Sevenster, '41. Europeanisering in drie generaties: you ain't seen nothing yet?', en R. Ortlep, '45. Het meest bedrieglijke Awb-artikel en de heroverwegingsplicht naar het Unierecht', beiden in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. Zie ook de literatuur die Van Zanten noemt in punt 4 van haar noot onder HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398, AB 2021/233. Echter, in Nevele, r.o. 83, verwees het Hof van Justitie EU onder meer ook naar zijn eerdere uitspraak 12 november 2019, C-261/18, ECLI:EU:C:2019:955 (Windturbinepark Derrybrien), AB 2020/49 (m.nt. Ortlep), JB 2020/1 (m.nt. Beijen). In dat arrest verlangde het Hof van Justitie EU, in een situatie waarin geen milieubeoordeling onder de Mer-richtlijn was verricht en lidstaat Ierland al eerder op de vingers was getikt (HvJ EU 3 juli 2008, C-215/06, ECLI:EU:C:2008:380), alle nodige maatregelen om dat verzuim te herstellen. Dat kon volgens het Hof door intrekking of opschorting van een onherroepelijke vergunning teneinde de milieubeoordeling alsnog te verrichten. Legalisatie achteraf ("regularisatie") was volgens het arrest niet onmogelijk, maar enkel onder bepaalde strenge voorwaarden; voor de details zij verwezen naar het arrest. Gelet op de modellen voor intrekkingverzoeken die onder actiegroepen in den lande circuleren, zullen er in ons land vast nog de nodige procedures over onherroepelijk vergunde windturbineparken volgen.

R.S. Wertheim