

College van Gedeputeerde Staten van de  
provincie Limburg  
Postbus 5700  
6202 MA MAASTRICHT

**AANTEKENEN**

Deurne, 23 maart 2021

Onze ref. :  
Uw ref. :  
Behandelaar :  
E-mail direct :

Provincie Limburg
Ingek. 24 MAART 2021
DOCnr.
Afd. VTH

3SRRC04266764

Geacht college,

Bij besluit van 28 september 2018 hebt u een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a (activiteit bouwen) en onder e (activiteit milieu) verleend voor het oprichten van negen windturbines en één inkoop- en onderstation op de percelen, kadastraal bekend, sectie X, nummers 6, 682, 1348, 1360 en 1365, sectie V, nummers 100, 112, 155, 561 en sectie K, nummer 9768.

Bij besluit van gelijke datum hebt u ook het provinciaal inpassingsplan "Windpark Greenport Venlo" vastgesteld.

**Bijlagen**

- Publicatie 'Battenoord' op losse schroeven, tijd voor prejudiciële vragen door prof. mr. dr. H.E. Bröering en prof. dr. A. Koers, Tijdschrift voor Omgevingsrecht 2020, nr. 4.

Namens mijn cliënten, in overleg met de Actiegroep Windturbines Blerick,

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.

- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.

verzoek ik u met deze brief om het inpassingsplan en de verleende vergunning in te trekken. Ter motivering van dit verzoek wordt het volgende aangevoerd.

Bij het opstellen van het inpassingsplan en bij het verlenen van de omgevingsvergunning is, voor wat betreft de milieuaspecten aangesloten bij de normstelling zoals die staat vermeld in het Activiteitenbesluit. Tijdens de procedure die is gevoerd over het inpassingsplan en de omgevingsvergunning is al aangevoerd dat de normstelling zoals vermeld in het Activiteitenbesluit, geen juiste weergave is van de daadwerkelijke effecten van windturbines op de omgeving omdat deze normstelling is gebaseerd op lage windturbines. Inmiddels is duidelijk geworden, door Europese rechtspraak, dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat de normstelling in het Activiteitenbesluit juist is, omdat er ten onrechte nooit een milieueffectrapportage voor het Activiteitenbesluit is opgesteld. Hierover het volgende.

#### **1. Rechtspraak van het Europese Hof van Justitie**

In een uitspraak van 27 oktober 2016<sup>1</sup>, naar aanleiding van prejudiciële vragen, oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ-EU) dat een wettelijke regeling van het Gewest Wallonië met voorschriften voor de bouw en exploitatie van windturbines<sup>2</sup> aangemerkt moet worden als een plan of programma in de zin van artikel 2 onder a van de SMB-richtlijn.<sup>3</sup> Omdat die regeling aanzienlijke gevolgen voor het milieu kan hebben, had de regeling derhalve vastgesteld moeten worden conform artikel 3, lid 2 onder a van de richtlijn, dat wil zeggen: na een voorafgaande milieubeoordeling. Nu dit niet was gebeurd, dient de regeling buiten toepassing te blijven wegens strijd met het Unierecht.

In een recent arrest van 25 juni 2020,<sup>4</sup> dit keer over een vergelijkbare regeling van het Gewest Vlaanderen, kwam het HvJ-EU tot dezelfde conclusie als in de d'Oultremont-zaak. Ook de Vlaamse regeling<sup>5</sup> is een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn en ook deze regeling had pas vastgesteld mogen worden na een voorafgaande m.e.r. Nu dit niet is gebeurd, dient ook deze regeling buiten toepassing te blijven wegens strijd met het Unierecht.

Was dit aspect van het Vlarem II-arrest nog overwegend een herhaling van het d'Oultremont arrest, anders is dat in het Vlarem II-arrest het HvJ-EU zich nadrukkelijk uitspreekt over de rechtsgevolgen van het feit dat de Vlaamse regeling strijdig is met het Unierecht en dat het Hof oordeelt dat nationale autoriteiten - waaronder uw College - gehouden zijn om die rechtsgevolgen ongedaan te maken. Ik kom hier later op terug.

<sup>1</sup> Uitspraak d'Oultremont, 27 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:816

<sup>2</sup> Onder meer met betrekking tot geluid, slagschaduw en veiligheid.

<sup>3</sup> Richtlijn 2001/42/ EG van 27 juni 2001.

<sup>4</sup> Uitspraak Vlarem II, 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503

<sup>5</sup> Ook weer over geluid, slagschaduw en veiligheid van windturbines.

Uiteraard is mij bekend dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in de zaak betreffende Windpark Battenoord<sup>6</sup> oordeelde dat het Activiteitenbesluit niet aangemerkt kan worden als een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn, maar ik - en met mij anderen - zijn van mening dat de Afdeling deze lijn in de jurisprudentie, na het Vlarem II-arrest, niet meer kan blijven volhouden en dat ook het Activiteitenbesluit onder de werking van de SMB-richtlijn valt. Dat betekent dat het Activiteitenbesluit, in ieder geval voor wat betreft de normstelling ten aanzien van windturbines, dus buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het Unierecht vanwege het ontbreken van een m.e.r. voorafgaand aan de vaststelling.

Het voert in dit kader te ver om dieper in te gaan op de redenen dat de Battenoord-uitspraak van de Raad van State niet in stand kan blijven na het Vlarem II-arrest van het HvJ-EU. Ik verwijs naar de bijlage bij deze brief met een publicatie van prof. mr. H.E. Bröring en prof. dr. A.W. Koers waarin nader op die redenen wordt ingegaan.

## **2. Omgevingsvergunning Windpark Greenport**

Er zijn meerdere passages in de omgevingsvergunning waaruit blijkt dat u zich bij het verlenen van de vergunning hebt gebaseerd op het Activiteitenbesluit.

Ik wijs in het bijzonder naar de volgende passages:

- Op pagina 9 wordt aangegeven dat er is getoetst aan het Activiteitenbesluit.
- Op pagina 10 wordt aangegeven dat de negatieve milieueffecten zoveel mogelijk worden beperkt om te voldoen aan de van toepassing zijnde artikelen uit het Activiteitenbesluit en de hierbij behorende Activiteitenregeling.
- Op pagina 28 wordt aangegeven dat in paragraaf 3.2.3. *in werking hebben van een windturbine* van het Activiteitenbesluit rechtstreeks werkende regels zijn opgenomen voor windturbines of een combinatie van windturbines. Ook wordt aangegeven dat in het Activiteitenbesluit een grenswaarde is opgenomen.
- Op pagina 34 is aangegeven dat windturbines met name moeten voldoen aan artikel 3.14a, lid 1 van het Activiteitenbesluit als het gaat om de in acht te nemen geluidgrenswaarden.

Kortom, de verleende omgevingsvergunning is gebaseerd op de normstelling in het Activiteitenbesluit.

Ik wil niet uitsluiten dat er andere passages zijn waarin ook wordt verwezen naar het Activiteitenbesluit, maar het bovenstaande volstaat voor de conclusie dat de omgevingsvergunning op essentiële onderdelen gebaseerd is op het Activiteitenbesluit. Nu het Activiteitenbesluit buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het Unierecht, kan een goeddeels daarop gebaseerde omgevingsvergunning niet in stand blijven en bent u gelet op het bovengenoemde arrest van het Hof van 25 juni jl. verplicht de verleende vergunning in te trekken. Hier kom ik nog op terug.

In ieder geval blijkt overduidelijk uit het Vlarem II-arrest dat er voor het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een milieueffectrapportage vereist was en dat er geen MER is opgesteld. Ik verwijs u onder andere naar één van de conclusies van het HvJ:

“Indien blijkt dat een milieubeoordeling in de zin van richtlijn 2001/42 had moeten worden verricht voorafgaand aan de vaststelling van het besluit en de omzendbrief die de grondslag

<sup>6</sup> ABRvS, 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064.

vormen voor een bij een nationale rechter aangevochten vergunning voor de bouw en exploitatie van windturbines, en deze handelingen en vergunning dus niet verenigbaar zijn met het Unierecht, mag die rechter de gevolgen van deze handelingen en vergunning slechts handhaven indien het interne recht dit toestaat in het kader van het bij hem aanhangige geding en de nietigverklaring van de vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie. Een dergelijke handhaving mag bovendien niet langer duren dan strikt noodzakelijk is om een einde te maken aan die onrechtmatigheid. Het staat in voorkomend geval aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen in het hoofdgeding.”

Het moge duidelijk zijn dat er geen sprake is van aanzienlijke gevolgen voor de elektriciteitsvoorziening in Nederland indien de windturbines op Windpark Greenport niet worden gerealiseerd zodat er niet kan worden volgehouden dat de vergunning om die reden in stand moet blijven.

Het Hof van Justitie heeft in duidelijke bewoordingen aangegeven dat intrekking van al verleende vergunningen een noodzakelijk gevolg is van zijn oordeel over de toepasselijkheid van de SMB-richtlijn.

### **3. Rechtsgevolgen**

De Belgische Raad voor Vergunningsbetwistingen vroeg het HvJ-EU uitdrukkelijk aan te geven hoe om te gaan met de rechtgevolgen als de conclusie van het Hof zou zijn dat Vlarem II onwettig is vanwege strijd met het Unierecht. Het antwoord van het Hof op deze vraag laat geen ruimte voor misverstand:

“Hieruit volgt dat de bevoegde nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechterlijke instanties waarbij beroep is ingesteld tegen een nationale handeling die in strijd met het Unierecht is vastgesteld, verplicht zijn om in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Dit kan er, voor een „plan” of „programma” dat is vastgesteld zonder rekening te houden met de verplichting een milieubeoordeling te verrichten, bijvoorbeeld in bestaan dat maatregelen tot opschorting of nietigverklaring van dit plan of programma worden vastgesteld [...] en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken (onderstreping RV) of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten [...].<sup>7</sup>

Er wordt daarbij ook verwezen naar het arrest van het Hof van 12 november 2019 in een zaak tussen de Commissie en Ierland inzake windturbinepark te Derrybrien.<sup>8</sup> Daarin staat vermeld:

“Krachtens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking zijn de lidstaten evenwel verplicht de onwettige gevolgen van deze schending van het Unierecht ongedaan te maken. Deze verplichting geldt ten aanzien van elk orgaan van de betrokken lidstaat en met name ten aanzien van de nationale autoriteiten die in het kader van hun bevoegdheden verplicht zijn alle nodige maatregelen te treffen om het verzuim van een milieueffectbeoordeling te herstellen, bijvoorbeeld door een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten, teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten (zie in

<sup>7</sup> HvJ EU, 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 83

<sup>8</sup> HvJ EU, 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955, ro 75

die zin arresten van 7 januari 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punt 64, en 26 juli 2017, Comune di Corridonia e.a., C-196/16 en C-197/16, EU:C:2017:589, punt 35)."

Dit betekent, mede gelet op het in artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginsel van de loyale samenwerking (zie het arrest van 25 juni 2020, paragraaf 83) dat ook uw College - als in deze de bevoegde nationale autoriteit - verplicht is om alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling voorafgaand aan het vaststellen van het Activiteitenbesluit te herstellen. Dit houdt concreet in:

1. dat de onderdelen van het Inpassingsplan die verwijzen naar, dan wel gebaseerd zijn op, het Activiteitenbesluit, in het bijzonder als ze betrekking hebben op geluid, slagschaduw en externe veiligheid, niet rechtsgeldig zijn en derhalve buiten toepassing moeten blijven,
2. dat de reeds verleende omgevingsvergunning voor het realiseren van 9 windturbines moet worden ingetrokken omdat deze zijn gebaseerd op normstelling van het Activiteitenbesluit waarvoor in strijd met de SMB-richtlijn geen milieueffectrapport is opgesteld;
3. dat u voor wat betreft diezelfde onderdelen, in het bijzonder als ze betrekking hebben op geluid, slagschaduw en externe veiligheid, pas een nieuwe vergunning kunt verlenen, indien deze zijn gebaseerd op een Activiteitenbesluit dat anders dan het huidige Besluit, wel in overeenstemming met de SMB-richtlijn is vastgesteld.

In dat kader wil ik nog opmerken dat dit verzoek niet slechts is ingegeven door een procedureel vereiste dat een milieueffectrapport voor het Activiteitenbesluit moet worden opgesteld maar dat dit verzoek met name is ingegeven door het feit dat de normstelling in het Activiteitenbesluit op onjuiste wijze tot stand is gekomen omdat deze is gebaseerd op lage windturbines en dus niet meer kan worden toegepast op de turbines die door u zijn vergund. Ook is in de normstelling ten onrechte geen rekening gehouden met laagfrequent geluid, afkomstig van deze hoge turbines. Aspecten die in een milieueffectrapportage, voorafgaand aan de vaststelling van het Activiteitenbesluit, onderzocht hadden moeten worden.

#### **4. Verzoek**

Gelet op het voorgaande verzoek ik u namens mijn cliënten om

- a. Het vastgestelde inpassingsplan in te trekken;
- b. De hiervoor genoemde omgevingsvergunning voor het realiseren van 9 windturbines in te trekken.

Een beslissing op dit verzoek zie ik graag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen acht weken na heden tegemoet. Mocht u niet binnen deze termijn een besluit hebben genomen, dan zal ik mij beraden op het instellen van beroep wegens niet tijdig beslissen.

Voor het geval u mocht overwegen om dit verzoek af te wijzen, breng ik alvast onder uw aandacht, wellicht ten overvloede, dat gelet op het Kühne en Heitz arrest van het HvJ-EU van 13 januari 2004<sup>9</sup> deze afwijzing niet kan worden gebaseerd op de enkele motivering dat de omgevingsvergunning onherroepelijk is geworden.

Mocht uw besluit inhouden dat u niet bereid bent de door mij gevraagde besluiten te nemen, dan zal ik daartegen beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

---

<sup>9</sup> ECLI:EU:C:2004:17

Ik vertrouw er op dat u uitvoering geeft aan de rechtspraak van het Hof van Justitie en derhalve overgaat tot intrekking van het inpassingsplan en de verleende omgevingsvergunning.

In dat kader wil ik nogmaals wijzen op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Commissie vs. Ierland van 12 november 2019 en dan met name op rechtsoverweging 96:

“Opgemerkt zij nog dat het weliswaar niet is uitgesloten dat een beoordeling die na de bouw en de inbedrijfstelling van de betrokken installatie is verricht met het oog op het herstellen van het verzuim om vóór de afgifte van de vergunningen de milieueffectbeoordeling ervan te hebben verricht, kan leiden tot hetzij de intrekking van de afgegeven vergunningen, hetzij tot de wijziging ervan, maar deze vaststelling doet geen afbreuk aan de mogelijkheid van een marktdeelnemer die heeft gehandeld in overeenstemming met de regeling van een lidstaat, die in strijd met het Unierecht bleek te zijn, om deze staat op grond van de nationale regeling te verzoeken om vergoeding van de schade die hij door het handelen en nalaten van die staat heeft geleden.”

Kortom, het realiseren van de windturbines terwijl partijen op de hoogte zijn van de rechtsonzekere situatie die is ontstaan vanwege het Vlarem II-arrest, zou tot een schadeclaim richting de Staat kunnen leiden. In dat verband adviseer ik u om de initiatiefnemers op de hoogte te stellen van dit verzoek om daarmee te voldoen aan uw schadebeperkingsplicht.

#### Tot slot

Tenslotte wil ik nog opmerken dat er sowieso redenen zijn de vergunning opnieuw tegen het licht te houden. Vorige week mochten we opeens vernemen dat turbine 8 mogelijk niet meer gerealiseerd zal gaan worden. Door mijn cliënten in door de Actiegroep is diverse malen aangedrongen op het verminderen van het aantal turbines om daarmee ook de kern van de Boekend en de wijken van Blerick te ontzien. Daarbij is door de initiatiefnemer altijd het standpunt ingenomen dat er niet viel te tornen aan het aantal turbines; het was alles (9 turbines) of niets omdat minder dan 9 niet rendabel was. Blijkbaar kan dat standpunt nu plotseling wel worden losgelaten. Daarbij komt dat met het laten vervallen van één turbine, de zo belangrijk geachte lijnopstelling geweld wordt aangedaan. Bij de besluitvormende Statenvergadering was verder een belangrijk punt dat er geen 2 maar 4 turbines zouden worden overgedragen aan coöperaties. Zeer onlangs hebben we kunnen vernemen dat er geen enkele turbine wordt overgedragen. In de besluitvormende Statenvergadering werd verder gesteld dat er geen tijd was om alternatieven te beoordelen omdat anders het windpark niet operationeel zou zijn eind 2020. Nu, in 2021, staan er nog steeds geen turbines, ligt er nog geen fundering etc. Daarbij is er intussen wel degelijk sprake van nieuwe ontwikkelingen die tegen het licht gehouden zouden moeten worden in met name stedelijke gebieden: de wiekloze windturbines. Notabene aandeelhouder Greenchoice schenkt hieraan aandacht op haar blog en stelt:

"Ook zorgt een windmolen zonder wieken niet voor geluidsoverlast. Hierdoor is het mogelijk om deze op veel meer plekken neer te zetten, zonder dat de omgeving er last van heeft."

Het ligt in ieder geval zeer voor de hand om te bekijken of de 3 turbines ten zuiden van de A67, die dicht bij het stedelijk gebied liggen, vervangen zouden kunnen worden door wiekloze turbines om daarmee in ieder geval tegemoet te komen aan de belangen van mijn cliënten en aan die van andere bewoners van de Boekend en Blerick.

Ik vertrouw er op dat dit verzoek duidelijk is en dat u uitvoering geeft aan de Europese regelgeving.

Met vriendelijke groet,  
Goorts + Coppens Advocaten

1,5

Advocaat

## Artikel 1: Algemeen

- Goorts + Coppens vof is een vennootschap onder firma die voldoet aan de eisen die de Nederlandse Orde van Advocaten daaraan stelt. Goorts + Coppens vof, hierna: Goorts + Coppens, is ingeschreven in het handelsregister onder nummer 77490224. De vennootschap is statutair gevestigd te Helmond.

## Artikel 2: Toepasselijkheid

- Deze algemene voorwaarden zijn van toepassing op alle opdrachten en alle daaruit volgende handelingen die aan Goorts + Coppens, haar rechtsopvolgers of haar vennoten en/of de bestuurders van hen, alsmede werknemers, worden gegeven.
- De voorwaarden van de opdrachtgever gelden niet en worden uitdrukkelijk van de hand gewaarden.
- Wanneer een bepaling in deze algemene voorwaarden nietig is of vernietigd wordt, dan blijven de overige bepalingen wel geldig.

## Artikel 3: Opdrachten

- Alle opdrachten worden geacht uitsluitend te zijn gegeven aan en aanvaard door Goorts + Coppens, ook indien en voor zover het de uitdrukkelijke of stilzwijgende bedoeling van de opdrachtgever is dat een opdracht door een bepaalde persoon of advocaat zal worden uitgevoerd.
- De werking van de artikelen 7:404, 7:407 lid 2 en 7:409 Burgerlijk Wetboek wordt uitdrukkelijk uitgesloten.

## Artikel 4: Uitvoering opdrachten

- De uitvoering van alle opdrachten geschiedt uitsluitend ten behoeve van de opdrachtgever. Indien twee of meer personen samen een opdracht hebben verstrekt, zijn zij ieder hoofdelijk verbonden om de verplichtingen die voortvloeien uit de opdracht na te komen.
- Derden kunnen aan de inhoud van de verrichte werkzaamheden geen rechten ontlenen. De opdrachtgever vrijwaart Goorts + Coppens tegen vorderingen van derden die stellen schade te hebben geleden door of verband houdende met door Goorts + Coppens ten behoeve van de opdrachtgever verrichte werkzaamheden.
- Goorts + Coppens zal zich inspannen het door de opdrachtgever gewenste resultaat te bereiken, maar garandeert niet dat dit resultaat wordt bereikt.
- Goorts + Coppens is gerechtigd ten behoeve van de uitvoering van de opdracht derden in te schakelen, een en ander voor rekening en risico van de opdrachtgever. Goorts + Coppens is niet aansprakelijk voor tekortkomingen bij de uitvoering van de opdrachten van ingeschakelde derden.
- Goorts + Coppens zal zich bij de uitvoering van de opgedragen werkzaamheden alleen laten leiden door het belang van de opdrachtgever. Daarbij zal geldende regelgeving in acht worden genomen waaronder de gedragsregels voor advocaten en de verordeningen en richtlijnen van de Nederlandse Orde van Advocaten.
- Goorts + Coppens zal bij de uitvoering van de opgedragen werkzaamheden handelen op de wijze die van een redelijk bekwame en redelijk handelend advocaat t.g. adviseur mag worden verwacht.

## Artikel 5: Honorarium en kosten

- Ter zake van de uitgevoerde werkzaamheden komt Goorts + Coppens een honorarium en verschotten toe, te vermeerderen met btw.
- Verschotten zijn de te specificeren uitgaven die Goorts + Coppens ten behoeve van de opdrachtgever heeft gedaan, zoals: griffierecht, deurewaarderskosten, reis- en verblijfskosten en dergelijke.
- Tenzij anders overeengekomen wordt het aan Goorts + Coppens toekomende honorarium berekend op basis van de door Goorts + Coppens vastgestelde uurtarieven.
- Goorts + Coppens is gerechtigd voornoemde uurtarieven jaarlijks op 1 januari te wijzigen. Vanaf het moment van aanpassing zal het gewijzigde tarief van toepassing zijn op nieuwe opdrachten, alsook op lopende opdrachten.
- De verschuldigde verschotten zullen periodiek en gespecificeerd aan de opdrachtgever in rekening worden gebracht.
- Ten aanzien van het honorarium is Goorts + Coppens gerechtigd een voorschot op het haar toekomende in rekening te brengen. Dit voorschot zal bij tussentijdse declaraties, dan wel de einddeclaratie, worden verrekend.
- Goorts + Coppens is gerechtigd werkzaamheden op te schorten zolang het voorschot niet volledig is voldaan.
- Als geen voorschot in rekening is gebracht, zal het honorarium regelmatig tussentijds worden gedeclareerd.

## Artikel 6: Betaling

- Tenzij anders is overeengekomen, dienen alle facturen en declaraties van Goorts + Coppens zonder aftrek, korting, opschorting of verrekening betaald te worden binnen 14 dagen na factuurdatum.
- Bij overschrijding van deze betalings termijn is de opdrachtgever van rechtswege in verzuim en zal hij een vertragingsrente gelijk aan de wettelijke handelsrente verschuldigd zijn. Voor consumenten geldt echter dat zij de wettelijke rente verschuldigd zijn.
- Indien de opdrachtgever de facturen en declaraties niet tijdig voldoet, komen alle kosten ter verkrijging van voldoening in en buiten rechte voor zijn rekening. De buitengerechtelijke kosten bedragen minimaal 15 procent van de hoofdsom, vermeerderd met de omzetbelasting, met een minimum van ten minste € 150,00 vermeerderd met de omzetbelasting. Indien de consument/opdrachtgever de facturen en declaraties niet tijdig voldoet, is de consument/buitengerechtelijke kosten verschuldigd conform de bepalingen uit het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten.

## Artikel 7: Aansprakelijkheid

- De cumulatieve aansprakelijkheid van Goorts + Coppens en haar werknemers en medewerkers voor schade voortvloeiende uit eventuele beroepsfouten, koerekenbare tekortkoming, onrechtmatige daad of enige andere rechtsgrond, is steeds beperkt tot het bedrag of de bedragen waarop de door Goorts + Coppens gesloten beroepsaansprakelijkheidsverzekering aanspraak geeft, vermeerderd met het eigen risico dat Goorts + Coppens onder die verzekering draagt. De inhoud en omvang van deze verzekering voldoen aan de eisen die de Nederlandse Orde van Advocaten daaraan stelt. Op verzoek wordt een extract van de beroepsaansprakelijkheidspolis toegezonden.

- Als om welke reden dan ook geen uitkering op grond van voornoemde verzekering zal plaatsvinden, is iedere aansprakelijkheid beperkt tot driemaal het door Goorts + Coppens in de betreffende zaak in het betreffende jaar in rekening gebrachte honorarium exclusief verschotten.
- De beperking uit het eerste lid van dit artikel geldt niet, indien sprake is van schade die te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid.
- Niet alleen Goorts + Coppens, maar ook alle personen die bij de uitvoering van een opdracht zijn ingeschakeld, kunnen op de voornoemde aansprakelijkheidsbeperking een beroep doen. Hetzelfde geldt voor vroegere werknemers en medewerkers die niet meer bij Goorts + Coppens werkzaam zijn, zulkas met inbegrip van eventuele erfgenamen.
- Iedere aansprakelijkheid van Goorts + Coppens, alsook de rechtsvordering tot schadevergoeding, uit welke hoofde dan ook, dient op straffe van verval, binnen twaalf maanden nadat opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd, bij de daartoe bevoegde instantie te zijn ingediend.

## Artikel 8: Vertrouwelijke informatie en persoonsgegevens

- Partijen zijn verplicht om alle vertrouwelijke informatie die zij over de onderneming van de andere partij ontvangen geheim te houden. Dit geldt tevens voor ingeschakelde derden.
- Informatie is vertrouwelijk als dit door één van de partijen als zodanig is aangegeven.
- Wanneer Goorts + Coppens als verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (herna: AVG) optreedt gelden de volgende bepalingen:
  - Goorts + Coppens is verantwoordelijk voor de bescherming van persoonsgegevens waarvan het gebruik door Goorts + Coppens noodzakelijk is voor het correct opstellen en uitvoeren van de overeenkomst.
  - Wanneer Goorts + Coppens persoonsgegevens verwerkt geschiedt dit niet de uiterste behoortelijkheid en zorgvuldigheid en overeenkomstig de AVG.
  - Goorts + Coppens gebruikt de persoonsgegevens slechts voor zover dit nodig is om de klant van dienst te kunnen zijn. De persoonsgegevens zullen niet langer bewaard worden dan wettelijk is toegestaan of noodzakelijk is voor het uitvoeren van de overeenkomst.
  - Goorts + Coppens treft technische en organisatorische maatregelen om een passend beveiligingsniveau met betrekking tot persoonsgegevens te waarborgen, rekening houdend met de stand van de techniek en de aard van de verwerking.

- Wanneer de betrokkene een beroep wil doen op één van de rechten die zij op basis van de AVG heeft, dan kan dit verzoek schriftelijk worden ingediend via [secretariaat@goorts.nl](mailto:secretariaat@goorts.nl).
- Goorts + Coppens zal dit verzoek binnen de wettelijke termijnen in behandeling nemen.
- Goorts + Coppens verstrekt uw gegevens aan derden en zal deze uitsluitend verstrekken indien dit nodig is voor de uitvoering van onze overeenkomst of om te voldoen aan een wettelijke verplichting. Mocht Goorts + Coppens uw gegevens om andere redenen verstrekken aan derden dan vraagt Goorts + Coppens eerst om toestemming. Met organisaties die uw gegevens verwerken sluit Goorts + Coppens een verwerkersovereenkomst om te zorgen voor eenzelfde niveau van beveiliging en vertrouwelijkheid van uw gegevens.

## Artikel 9: Toepasselijk recht

- Op alle opdrachten, deze algemene voorwaarden en handelingen die daaraan voortkomen, is exclusief het Nederlandse recht van toepassing.
- De bevoegde rechter te Oost-Brabant is exclusief bevoegd van geschillen kennis te nemen.

## Artikel 10: Klachten- en geschillenregeling

- Goorts + Coppens neemt deel aan de Klachten- en Geschillenregeling Advocatuur. Door het aangaan van een overeenkomst met Goorts + Coppens aanvaardt de opdrachtgever de toepasselijkheid van de Klachten- en Geschillenregeling Advocatuur.
- Alvorens de klacht kan worden voorgedragen aan de Geschillencommissie Advocatuur, hierna: de Geschillencommissie, dient de klacht in een interne klachtprocedure door Goorts + Coppens te worden behandeld, waarbij voorts met de opdrachtgever zal worden besproken hoe de klacht zal worden afgehandeld. Hiertoe is een kantoorklachtenreglement opgesteld dat voor de opdrachtgever ter inzage ligt.
- De opdrachtgever dient zijn klacht aan Goorts + Coppens voor te leggen binnen drie maanden na het moment waarop hij kennis nam of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van het handelen of nalaten dat tot zijn klacht aanleiding heeft gegeven.
- Goorts + Coppens zal in principe binnen vier weken na binnenkomst van de klacht schriftelijk een oplossing voor het rezenen probleem aan de opdrachtgever uiteenzetten. Mocht de klacht binnen vier weken niet en/of niet naar tevredenheid zijn opgelost, dan kan de opdrachtgever zijn klacht indienen bij de Geschillencommissie.
- De opdrachtgever kan zijn klacht tot uiterlijk twaalf maanden na de schriftelijke reactie van Goorts + Coppens indienen bij de Geschillencommissie. Daarna vervalt deze mogelijkheid.
- De Geschillencommissie is bevoegd te portelen over klachten betreffende de kwaliteit van de dienstverlening en de hoogte van declaraties. Daarnaast is de Geschillencommissie bevoegd te oordelen over schadeclaims tot een bedrag van maximaal € 10.000,00.
- Goorts + Coppens kan onbetaalde declaraties ter incasso voorleggen aan de Geschillencommissie.
- De Geschillencommissie behandelt de zaak volgens het Reglement Geschillencommissie Advocatuur dat geldt op het moment van indienen van de klacht bij de Geschillencommissie. Het Reglement kan worden ingezien via: <https://www.degeschillencommissie.nl/wp-content/uploads/adv-reglement.pdf> ofwel worden opgevraagd via telefoonnummer 070-3105310.
- De Geschillencommissie oordeelt met uitsluiting van de volgens de wet bevoegde rechter. Voor consumenten geldt echter dat zij gerechtigd zijn om binnen één maand, nadat Goorts + Coppens zich schriftelijk op dit beding heeft berispen, schriftelijk aan Goorts + Coppens kenbaar te maken dat zij beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter kiezen. Trigen de uitspraak van de Geschillencommissie is geen hoger beroep mogelijk.



# Artikel

## 'Battenoord' op losse schroeven: tijd voor prejudiciële vragen

Is het Activiteitenbesluit wel rechtsgeldig?

Prof. mr. dr. H.E. (Herman) Bröring en prof. dr. A.W. (Albert) Koers\*

102

### 1 Inleiding

In deze bijdrage bespreken wij de vraag of een in de zomer van 2020 door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU of Hof) gewezen arrest betekent dat onderdelen van het Activiteitenbesluit milieubeheer niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, dat wil zeggen: niet in overeenstemming met het Unierecht. Waarom zou het Activiteitenbesluit onrechtmatig kunnen zijn? En mocht het inderdaad onrechtmatig zijn, wat zijn daarvan dan de consequenties? In elk geval zou strijdigheid met Unierecht betekenen dat de Battenoord-uitspraak van de Afdeling<sup>1</sup> op het punt van de conformiteit met het Unierecht onjuist is gebleken.

Directe aanleiding voor het aan de orde stellen van de vraag naar de rechtsgeldigheid van het Activiteitenbesluit is een arrest van het HvJ EU (Vlarem II),<sup>2</sup> waarin het Hof een eerdere uitspraak (in de D'Oultremont-

zaak)<sup>3</sup> bevestigt. In deze uitspraken oordeelde het Hof dat ook wettelijke regelingen – zoals het Activiteitenbesluit – een plan of programma kunnen zijn in de zin van de richtlijn inzake strategische milieubeoordeling (SMB),<sup>4</sup> en dus onderworpen zijn aan de eisen en procedures van die richtlijn. Gedacht moet worden aan het opstellen van een milieueffectrapport (MER) voorafgaand aan het vaststellen van die wettelijke regeling. En dat is niet gebeurd bij het Activiteitenbesluit.

Omdat het om complexe materie gaat, geven we hierna in paragraaf 2 eerst een korte samenvatting van de SMB-richtlijn, van de twee arresten van het HvJ EU en van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in de Battenoord-zaak. In dat kader maken wij tevens een vergelijking tussen het Activiteitenbesluit en Vlarem II. In paragraaf 3 gaan we in op de impact van de Europese jurisprudentie voor onderdelen van het Activiteitenbesluit, zoals de bepalingen over de geluidsnormen voor windturbines. Wij achten het aannemelijk dat onderdelen van het Activiteitenbesluit in strijd met het Unierecht zijn vastgesteld. De consequenties van deze conclusie bespreken we in paragraaf 4. We eindigen met een slotopmerking in paragraaf 5, waarvan de kern is dat het een goede zaak zou zijn als de Afdeling het HvJ EU zou verzoeken om een prejudiciële beslissing over de recht-

\* Prof. mr. dr. H.E. Bröring is hoogleraar bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. dr. A.W. Koers is emeritus hoogleraar aan de Universiteit Utrecht.

1. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064 (Battenoord). Zie voor de uitspraak in eerste aanleg Rb. Rotterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6056.
2. HvJ EU 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503. 'Vlarem' staat voor het Vlaams Reglement betreffende de Milieuvergunning (Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne); 'Vlarem II' is dat deel van deze regeling dat milieuvoorschriften bevat inzake de hinder en risico's van bepaalde installaties en activiteiten in het algemeen.

3. HvJ EU 27 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:816. 'D'Oultremont' verwijst naar de naam van de appellant.
4. Richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's, Richtlijn 2001/42/EG van 27 juni 2001, PbEG 2001, L 197, p. 30.

matigheid van (onderdelen van) het Activiteitenbesluit in het licht van de SMB-richtlijn.

## 2 De reikwijdte van de SMB-richtlijn in drie uitspraken

### 2.1 De SMB-richtlijn

Relevant voor deze bijdrage is een drietal uitspraken: twee van het HvJ EU en een van de Afdeling. We behandelen die in chronologische volgorde. Maar eerst moeten we kort aangeven wat de relevante bepalingen zijn in de SMB-richtlijn waar het in het drietal uitspraken om draait.

Doel van de SMB-richtlijn is het realiseren van een hoog beschermingsniveau van het milieu in de Europese Unie. Daartoe schrijft de richtlijn voor dat, kort samengevat, er voorafgaand aan het vaststellen van 'plannen of programma's' een MER wordt opgesteld als die plannen of programma's aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Twee bepalingen zijn in dit kader in het bijzonder van belang: art. 2 onder a en art. 3 lid 2 onder a. Reden is dat deze bepalingen mede de reikwijdte van de richtlijn bepalen: wat valt onder de term 'plannen en programma's' en wanneer zijn gevolgen voor het milieu 'aanzienlijk'?

Art. 2 onder a luidt als volgt:

'In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a. "plannen en programma's": 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 parlement of regering te worden vastgesteld en
  - die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven (...).'

En art. 3 lid 2 onder a:

'2. Onverminderd lid 3, wordt een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma's

- a. 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 (...).'

Zoals altijd bij een richtlijn hebben lidstaten een zekere vrijheid van interpretatie en invulling. Maar waar ligt in

het Unierecht de grens van die vrijheid? Daarover gaan de volgende drie uitspraken.

### 2.2 D'Oultremont

In de D'Oultremont-zaak ging het om de vraag of een wettelijke regeling van het Gewest Wallonië voor windturbines en windparken (met onder andere voorschriften over locatie, veiligheid, geluid en slagschaduw) tot stand was gekomen op een wijze die in strijd is met het Unierecht, de SMB-richtlijn in het bijzonder, en of die regeling derhalve buiten toepassing moet blijven. Dat zou het geval zijn als de Waalse regeling opgevat moet worden als een plan of programma in de zin van art. 2 onder a van de SMB-richtlijn. De Waalse regeling was zonder een MER vastgesteld, terwijl er een kans was op aanzienlijke gevolgen voor het milieu. Maar valt ook een algemene regeling onder het begrip 'plannen en programma's' in de zin van de SMB-richtlijn?

Ter beantwoording van die vraag besloot de Belgische Raad van State het HvJ EU om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Die beslissing kwam er in de vorm van het arrest van 27 oktober 2016.<sup>5</sup> Kern van dat arrest is dat het Hof de vraag positief beantwoordde: de aangevochten wettelijke regeling van het Gewest Wallonië moet opgevat worden als een plan of programma in de zin van art. 2 van de SMB-richtlijn en dus had er ingevolge art. 3 lid 2 onder a een MER moeten worden opgesteld voordat de regeling werd vastgesteld. Het ontbreken van die MER impliceert strijd met het Unierecht, zodat de regeling buiten toepassing moet blijven.<sup>6</sup>

Drie belangrijke overwegingen van het Hof waarop die conclusie wordt gebaseerd, zijn:

1. Gelet op het doel van de richtlijn – een hoog milieubeschermingsniveau – moeten bepalingen die de werkingssfeer van de richtlijn afbakenen en met name de bepalingen met definities van het werkingsgebied 'ruim worden uitgelegd'.<sup>7</sup>
2. Het begrip 'plannen en programma's' heeft betrekking 'op iedere handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een heel pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben'.<sup>8</sup>
3. Bij de aangevochten wetgeving gaat het om een 'regelgevend besluit' met bepalingen 'die moeten worden nageleefd bij de afgifte van administratieve vergunningen voor de aanleg en exploitatie van windturbines'.<sup>9</sup>

### 2.3 Battenoord

Zich beroepend op het D'Oultremont-arrest, voerden appellanten in de Battenoord-zaak<sup>10</sup> aan dat de in het Activiteitenbesluit opgenomen bepalingen voor wind-

5. Zie noot 3.

6. Overweging 54.

7. Overweging 40.

8. Overweging 49.

9. Overweging 37.

10. Zie noot 1.

turbines aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben, zodat op grond van art. 3 lid 2 onder a van de SMB-richtlijn een MER moet worden opgesteld voordat die bepalingen worden vastgesteld. De Afdeling kwam tot een exceptieve toetsing en beoordeelde of het Activiteitenbesluit in strijd is met een hogere regeling, hier de SMB-richtlijn.

Na een uitvoerig betoog concludeert de Afdeling dat de windturbinevoorschriften van het Activiteitenbesluit geen plan of programma zijn in de zin van art. 2 onder a van de SMB-richtlijn en dat er derhalve geen plicht is om een plan-MER te maken.<sup>11</sup> Er is volgens de Afdeling dan ook geen sprake van strijd met het Unierecht. Het Activiteitenbesluit kan worden toegepast.

Enkele relevante overwegingen ter onderbouwing van die conclusie zijn:

1. De Afdeling citeert een citaat van advocaat-generaal Kokott in de *Inter-Environmental Bruxelles-zaak*,<sup>12</sup> waarin deze wijst op de overweging in de *D'Oultremont-zaak* 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'.<sup>13</sup> Uit die formulering leidt de Afdeling vervolgens af dat er slechts dan sprake is van een plan of programma als er een relatie is met concrete projecten.<sup>14</sup>
2. Willen algemeen verbindende voorschriften kunnen worden aangemerkt als plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn, dan moeten ze 'een planmatig en programmatisch karakter hebben en dat houdt in dat die bepalingen door hun inhoud en doelstelling concreet moeten bijdragen aan (de uitvoering van) een of meer projecten. Die concretisering kan zien op de realisatie van het project zelf, maar ook op daaraan voorafgaande besluiten zoals de selectie van geschikte locaties'.<sup>15</sup>

De Battenoord-uitspraak staat niet op zichzelf, maar sluit aan bij de opvatting die de regering in het kader van de totstandkoming van de Omgevingswet heeft ingenomen, met name in de nota naar aanleiding van het nader verslag.<sup>16</sup>

'De leden van de ChristenUnie-fractie hebben diverse vragen gesteld die zien op de plan-mer- en project-mer-plicht van algemene regels, waaronder algemene rijksregels, instructieregels en de omgevingsverordening. De Omgevingswet dient naast de in het wetsvoorstel genoemde plannen en programma's, ook

rijksregels en verordeningen aan te wijzen als mogelijk plan-mer-plichtig, zo menen deze leden.'

De regering antwoordde:

'Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven, volgt de plan-mer-plicht uit de smb-richtlijn. Op grond van deze smb-richtlijn geldt de plan-mer-plicht voor plannen die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige toestemmingen voor de in bijlagen I en II bij de mer-richtlijn genoemde projecten. Algemene rijksregels (zoals het Activiteitenbesluit milieubeheer en het Bouwbesluit 2012), instructieregels (zoals beoordelingsregels voor vergunningen of het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening) en de omgevingsverordening zijn geen plan-mer-plichtige plannen. De reden hiervoor is dat dit besluiten zijn met regels van algemene strekking. Zo kunnen er in de algemene rijksregels regels gesteld worden voor alle tankstations in Nederland. Plannen en programma's, zoals een omgevingsvisie, programma, voorkeursbeslissing of omgevingsplan kunnen wel een beleidskader bieden voor het uitvoeren van projecten, zoals het aanwijzen van concrete locaties voor projecten. De regering zet de huidige lijn voort dat besluiten van algemene strekking zoals algemene rijksregels voor activiteiten, instructieregels en verordeningen niet het karakter hebben van kaderstellende plannen in de zin van de smb-richtlijn, zoals de leden van de ChristenUnie-fractie stellen.'

Daarbij wees de regering erop dat het onverhoopt kan gebeuren dat er in een omgevingsverordening een locatie voor een windpark wordt aangewezen. In dat geval, aldus de regering, gaat het in zoverre niet om 'een verordening met regels van algemene strekking', en zal in zoverre een plan-MER moeten worden gemaakt. Kernpunt in zowel de argumentatie van de Afdeling als die van de regering is dat normen neergelegd in wettelijke voorschriften, en die rechtstreeks binden, niet m.e.r.-plichtig zijn.

#### 2.4 Vlarem II

Net als in de *D'Oultremont-zaak* gaat het in de *Vlarem II-zaak*<sup>17</sup> om een verzoek aan het HvJ EU tot een prejudiciële beslissing door een Belgische rechterlijke instantie. In dit geval de Raad voor Vergunningsbetwistingen, over Vlaamse wet- en regelgeving. In 2011 werd aan de Vlaamse regelgeving een sectie toegevoegd die betrekking heeft op windturbines met daarin onder meer voorschriften over slagschaduw, veiligheid en geluid. Ook van belang is een 'Omzendbrief' van de Vlaamse overheid uit 2006 met informatie en handreikingen voor het kiezen van locaties voor een windturbine of -park. Zich beroepend op het *D'Oultremont-arrest*, stelden de eisers in de *Vlarem II-zaak* dat *Vlarem II* en de *Omzendbrief* art. 2 onder a en 3 lid 2 onder a van de SMB-richtlijn schenden omdat deze twee regelingen

11. Overweging 29.9.

12. *Cond. A-G J. Kokott* van 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:39.

13. Overweging 29.7.

14. *Idem*.

15. Overweging 29.8.

16. *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 23, punt 5.7.

17. Zie noot 2.

werden vastgesteld zonder voorafgaande m.e.r. Volgens appellanten moeten Vlarem II, (met bepalingen over slagschaduw, veiligheid en geluid van windturbines) en de Omzendbrief (met beleidsregels en -overwegingen)<sup>18</sup> onder de SMB-richtlijn worden aangemerkt als een plan of programma. De tegen de achtergrond van Vlarem II en de Omzendbrief in de onderhavige zaak verleende vergunning voor de bouw van vijf windturbines dient volgens de eisers derhalve nietig te worden verklaard.<sup>19</sup> Is dit alles in feite een herhaling van de inzet van de D'Oultremont-zaak, een nieuw element betreft de woordgroep van art. 2 onder a SMB 'die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven'. In eerdere arresten had het Hof deze woordgroep aldus uitgelegd dat de in die woordgroep gebruikte term 'voorgeschreven' opgevat moet worden als: 'geregeld' in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. De verwijzende rechter vroeg het Hof die interpretatie te willen heroverwegen in die zin dat de werking van art. 2 wordt beperkt tot wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die *verplicht* moeten worden vastgesteld.<sup>20</sup> Een ander nieuw element is dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen het Hof expliciet vroeg aan te geven hoe de Raad moet acteren in relatie tot de rechtsgevolgen als wordt geconstateerd dat Vlarem II en de Omzendbrief onwettig van aard zijn. Hoe kan de Raad die rechtsgevolgen *in de tijd moduleren*?<sup>21</sup>

Het Vlarem II-arrest is deels een herhaling van het D'Oultremont-arrest, maar het bevat ook aanscherpingen en verduidelijkingen daarvan en het gaat bovendien in op rechtsvragen die in het D'Oultremont-arrest niet aan de orde kwamen. De belangrijkste conclusies zijn:

1. Ook de Vlaamse wetgeving laat zich kwalificeren als een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn; er had derhalve een MER opgesteld moeten worden voorafgaand aan de vaststelling.
2. Het Hof ziet geen reden om het woord 'voorgeschreven' in het tweede gedachtestreepje van art. 1 onder a anders dan voorheen te interpreteren en blijft die term dus opvatten als 'geregeld'.
3. Als wetgeving in strijd is met het Unierecht, zijn nationale autoriteiten, waaronder rechterlijke instanties, gehouden om alles te doen om de gevolgen daarvan ongedaan te maken.

Enkele saillante overwegingen zijn:

- Het Hof herhaalt dat het begrip 'plannen en programma's' betrekking heeft op 'elke handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pak-

ket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben'.<sup>22</sup>

- De opvatting dat een m.e.r. slechts verplicht is voor plannen en programma's die verplicht zijn 'voorgeschreven', geeft lidstaten de mogelijkheid om de m.e.r.-plicht van de richtlijn 'moeiteloos te omzeilen door doelbewust niet te bepalen dat de bevoegde autoriteiten dergelijke plannen of programma's verplicht moeten vaststellen'.<sup>23</sup>
- Het Hof is beducht voor ontwijkstrategieën. 'Er moet immers een halt worden toegevoerd aan mogelijke strategieën ter ontwijking van de in richtlijn 2001/42 neergelegde verplichtingen, die de vorm kunnen aannemen van een fragmentering van de maatregelen, waardoor aan de nuttige werking van deze richtlijn afbreuk wordt gedaan'.<sup>24</sup>
- Het Hof doet daar nog een schepje bovenop door uit te spreken dat de woordgroep 'die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen' geen enkele verwijzing bevat naar het nationale recht en dat die woordgroep opgevat moet worden als 'een autonoom Unierechtelijk begrip dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd'.<sup>25</sup>
- Even uitgesproken is het Hof over de vraag van de Raad voor Vergunningsbetwistingen over het 'moduleren' van de rechtsgevolgen als Vlarem II en de Omzendbrief in strijd zouden zijn met het Unierecht. Lidstaten zijn verplicht de 'onwettige gevolgen van een dergelijke schending van Unierecht ongedaan te maken'.<sup>26</sup>

## 2.5 Vlarem II en het Activiteitenbesluit

In hoeverre komen Vlarem II en het Activiteitenbesluit met elkaar overeen? Is het niet zo dat in de Vlaamse zaak (de rechtmatigheid van) een vergunning centraal staat en deze aldus op een concreet project betrekking heeft, terwijl het Activiteitenbesluit rechtstreeks werkende regels bevat en in zoverre losstaat van een dergelijk project? Zo ja, dan zou dat het verschil tussen het Vlarem II-arrest en de Battenoord-uitspraak kunnen verklaren en rechtvaardigen.

Bepaalde formuleringen in het Vlarem II-arrest lijken er inderdaad op te wijzen dat het gaat om de vergunning, zij het dat deze op Vlarem II is gebaseerd.<sup>27</sup> Voor zover wij kunnen overzien, komt de Vlaamse systematiek echter geheel overeen met de Nederlandse. Er zijn rechtstreeks werkende wettelijke normen, namelijk van Vlarem II respectievelijk het Activiteitenbesluit, en daarnaast wordt gewerkt met vergunningen. Beide regelingen bevatten met andere woorden algemene, direct werkende normen waaraan een windturbine of -park

18. Een Vlaamse Omzendbrief laat zich vergelijken met een circulaire vanwege een Nederlands overheidsorgaan. Sommige omzendbrieven hebben het karakter van een verordening. Meestal gaat het echter om een soort beleidsregel of richtlijn. Zo ook in dit geval: de onderhavige Omzendbrief is interpretatief en indicatief van aard, en dus niet verordnend met betrekking tot de keuze van locaties voor een windturbine of -park.

19. Overweging 26.

20. Overweging 31.

21. Idem.

22. Overweging 67.

23. Overweging 48.

24. Overweging 70.

25. Overweging 75.

26. Overweging 83.

27. Zie bijv. overwegingen 25, 26 en 28.

moet voldoen.<sup>28</sup> Overtreding van die normen betekent een overtreding van het bepaalde bij wettelijk voorschrift, niet van het bepaalde krachtens wettelijk voorschrift, namelijk de vergunning.

Dat sommige passages in het *Vlarem II*-arrest een andere indruk wekken, heeft te maken met de praktijk dat in vergunningen wordt verwezen naar *Vlarem II* (en de *Omzendbrief*). Deze verwijzing is echter niet bepalend voor de toepasselijkheid van de wettelijke normen. Die praktijk van in vergunningen verwijzen naar direct werkende wettelijke normen zien we overigens ook in Nederland met betrekking tot het *Activiteitenbesluit*.

### 3 Betekenis voor het Activiteitenbesluit

#### 3.1 Strijd met het Unierecht

In onze waarneming wijst het *Vlarem II*-arrest uit wat na het *D'Oultremont*-arrest eigenlijk ook al duidelijk was: dat het *Activiteitenbesluit* werd vastgesteld op een wijze die in strijd is met het Unierecht. Wij baseren ons daarbij op drie (groepen van) overwegingen ontleend aan het *Vlarem II*-arrest en, in mindere mate, het *D'Oultremont*-arrest:

- De windturbinevoorschriften van het *Activiteitenbesluit* zijn 'plannen en programma's'.
- De Battenoord-uitspraak is in strijd met het doel en de geest van het Unierecht.
- De Battenoord-uitspraak is in strijd met de bepalingen van de *SMB-richtlijn*.

In het onderstaande bespreken we deze vier overwegingen.

#### 3.2 Voorschriften *Activiteitenbesluit*

kwalificeren als 'plannen en programma's'

De concrete normen mogen dan anders zijn, qua doel en opzet lijken de windturbinevoorschriften van het *Activiteitenbesluit* als twee druppels water op de door het HvJ EU gewraakte voorschriften in de Waalse en Vlaamse wetgeving. In de woorden van het Hof: het gaat steeds om regelgevende besluiten met bepalingen die moeten worden nageleefd voor de aanleg en exploitatie van windturbines.<sup>29</sup> Wat meer gedetailleerd: het gaat om een 'groot pakket criteria en modaliteiten' voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor het milieu.<sup>30</sup> Die omschrijvingen zijn gelijkelijk van toepassing op het *Activiteitenbesluit*, de Waalse wetgeving en de Vlaamse wetgeving. Dit zelfs qua thematiek, want elk van deze regelingen stelt normen voor dezelfde onderwerpen: veiligheid, slagschaduw en geluid.

Ook formeel kan er geen twijfel zijn dat de windturbinevoorschriften van het *Activiteitenbesluit* voldoen aan de eisen van art. 2 onder a van de *SMB-richtlijn*. Zie met name de overwegingen van het Hof in de *Vlarem II*-zaak:<sup>31</sup>

- Het *Activiteitenbesluit* is een algemene maatregel van bestuur (hierna: *AMvB*) vastgesteld door de Kroon (lees: de regering) en daarmee is voldaan aan het eerste gedachtestreepje van art. 1 onder a, dat eist dat een plan of programma wordt opgesteld en/of vastgesteld door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau of wordt opgesteld door een instantie om middels wetgeving door parlement of regering te worden vastgesteld.
- Het *Activiteitenbesluit* strekt ter uitvoering van de *Wet milieubeheer* (*Wm*) (en de indertijd geldende *Wet verontreiniging oppervlaktewateren*). Daarmee is voldaan aan de eis van het tweede gedachtestreepje van art. 2 onder a van de *SMB-richtlijn*, inhoudende dat een plan of programma wordt voorgeschreven – in de zin van 'geregeld'<sup>32</sup> – door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

In de *D'Oultremont*-zaak, maar vooral in de *Vlarem II*-zaak voegt het Hof daar nog een aantal niet mis te verstane verduidelijkingen aan toe:

- De term 'voorgeschreven' in het tweede gedachtestreepje mag niet worden opgevat als 'verplicht', want dit zou lidstaten een handvat geven om onder de verplichtingen van de *SMB-richtlijn* uit te komen door expliciet te bepalen dat een regeling ter uitvoering van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling niet verplicht is.<sup>33</sup>
- Dat een regeling niet compleet en uitputtend is, vormt geen beletsel om die regeling te kwalificeren als plan of programma. Voldoende is dat het gaat om een groot pakket criteria en modaliteiten voor het goedkeuren van projecten met mogelijkerwijs aanzienlijke gevolgen voor het milieu. Fragmentering van maatregelen mag geen middel worden om te ontkomen aan de werking van de *SMB-richtlijn*.<sup>34</sup>

In dit kader is van belang dat milieunormen veelal in de systematiek van gelede normstelling tot stand komen. Het reeds aan het begin van deze normstelling vaststellen van algemene regels met gedetailleerde normen dient niet mee te brengen dat een concrete m.e.r.-plicht zich goeddeels beperkt tot regeltoepassing in concreto, waarbij het onderzoek naar mogelijke milieueffecten niet meer omvat dan af te vinken of voldaan kan worden aan die algemene normen. Het doel van een hoog milieubeschermingsniveau als neergelegd in de *SMB-richtlijn* mag niet worden ontweken door het vervangen van eisen toegesneden op een concrete situatie of inrichting

28. Zie voor Vlaanderen ook art. 5.4.9, par. 1 Decreet algemene bepalingen milieubeleid (DABM): 'De exploitant van een ingedeelde inrichting of activiteit is verplicht de algemene, sectorale en bijzondere milieuvormwaarden na te leven.'

29. Overweging 37 *D'Oultremont*.

30. Overweging 49 *D'Oultremont* en overweging 67 *Vlarem II*.

31. Overwegingen 34 t/m 62. Daarin wordt ook een aantal subvragen besproken.

32. Overweging 35.

33. Overweging 48.

34. Overwegingen 48 *D'Oultremont* en overweging 70 *Vlarem II*.

door algemene regels die voor die inrichting of situatie leiden tot een lager milieubeschermingsniveau. Anders zouden ontwijkgedrag en ongeoorloofde verschillen in milieubescherming en concurrentiepositie kunnen ontstaan.

### 3.3 Battenoord-uitspraak in strijd met geest Unierecht

In zowel de D'Oultremont-zaak als de Vlare II-zaak stelt het Hof dat het doel van de SMB-richtlijn is te verzekeren dat er in de Unie sprake is van een hoog milieubeschermingsniveau en dat om die reden de werkingsfeer van de SMB-richtlijn niet beperkt mag worden door een enge interpretatie van de regels die de reikwijdte van de richtlijn bepalen, met name art. 2 onder a en 3 lid 2 onder a. Integendeel: een ruime interpretatie is geboden.<sup>35</sup> Elders wijst het Hof erop dat een bepaalde woordgroep op geen enkele wijze verwijst naar nationaal recht en dat die woordgroep een autonoom Unierechtelijk begrip is dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd. Met andere woorden: nationale rechters moeten zich onthouden van eigen interpretaties van Unierechtelijke begrippen, zoals het begrip 'plannen en programma's' in art. 1 onder a van de SMB-richtlijn.<sup>36</sup> En toch is dit precies wat de Afdeling doet in de Battenoord-uitspraak door art. 2 onder a van de SMB-richtlijn eng te interpreteren – in elk geval niet ruim – en door aan de term 'plannen en programma's' een eigen interpretatie te geven. In de Battenoord-uitspraak wordt die term immers beperkt tot regelingen die een relatie hebben met concrete projecten – sterker: die aan die projecten bijdragen –, waarmee de Afdeling een eigen nationaalrechtelijke interpretatie geeft aan een Unierechtelijk begrip.

Daar komt nog één ding bij. Met name in de Vlare II-zaak maakt het Hof korte metten met mogelijke strategieën van lidstaten om te ontsnappen aan de verplichtingen van de SMB-richtlijn: daarom geen eis dat het vaststellen van een plan of programma verplicht is en ook geen eis dat voorschriften compleet en volledig zijn.<sup>37</sup> Maar komt het stellen van algemeen verbindende voorschriften niet ook neer op een ontwijkstrategie als er voor die algemeen verbindende voorschriften geen m.e.r.-plicht zou zijn, als dat wel het geval was voor de concrete besluiten voor concrete projecten die vervangen werden door die algemeen verbindende voorschriften? Want dat is wat er gebeurde, toen het stellen van normen met betrekking tot veiligheid, geluid en slagschaduw van windturbines werd overgeheveld van individuele voor bezwaar en beroep vatbare besluiten van het bevoegde gezag naar het Activiteitenbesluit zonder bezwaar, beroep of m.e.r.-plicht.

Gegeven de herhaalde nadruk van het Hof op de doelstelling van de SMB-richtlijn – het verzekeren van een hoog milieubeschermingsniveau binnen de Unie – gaat

het hier om een kernvraag: komt die doelstelling ook niet in gevaar als een vergunningstelsel met een m.e.r.-plicht zodra er aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen zijn, vervangen wordt door algemeen verbindende normen zonder dat aan de vaststelling van die normen – die ook een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben – een MER is voorafgegaan? Die manoeuvre kan toch ook zomaar worden opgevat als een ontwijkstrategie?

Op grond van deze overwegingen menen wij dat de Battenoord-uitspraak op dit punt geen gevolg geeft aan het beginsel van loyale samenwerking van art. 4 lid 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU): deze uitspraak is op dit punt niet in overeenstemming met de geest van het Unierecht.

### 3.4 Battenoord-uitspraak in strijd met de SMB-richtlijn

De conclusie van de Afdeling dat het Activiteitenbesluit niet aangemerkt kan worden als een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn berust op de overweging dat er sprake moet zijn van een relatie met een of meer concrete projecten en dat een plan of programma concreet moet bijdragen aan de uitvoering van een of meer projecten.<sup>38</sup> En dit is volgens de Afdeling bij het Activiteitenbesluit niet het geval. Nu is er altijd een relatie tussen wetgeving en een concrete activiteit (zoals een project) waarop die wetgeving van toepassing is, want anders zou die wetgeving geen enkel praktisch nut hebben. Wat de Afdeling lijkt te bedoelen, is dat regelgeving pas dan als een plan of programma kan worden aangemerkt wanneer zij niet uitsluitend een algemeen karakter heeft, maar tevens normen bevat ten behoeve van een bepaald, concreet project.

Er is slechts een beperkt aantal overwegingen waarin het Hof zich inhoudelijk uitspreekt over de relatie met projecten: (1) in overweging 50 van de D'Oultremont-uitspraak zegt het Hof dat de normen van het aangevochten (Waalse) besluit bedoeld zijn om voorwaarden vast te stellen waaraan toekomstige concrete projecten voor de bouw en exploitatie van windturbines moeten voldoen; (2) overweging 65 van het Vlare II-arrest, waarin het Hof verwijst naar plannen en programma's die het kader vormen voor<sup>39</sup> het verlenen van vergunningen voor toekomstige projecten als genoemd in een bijlage bij Richtlijn 2011/92; en (3) overweging 66 van het Vlare II-arrest: een plan of programma bevat een groot pakket aan criteria en modaliteiten voor de goedkeuring en de uitvoering van projecten.

Het is onduidelijk hoe uit deze uitspraken kan worden afgeleid – zoals de Afdeling doet – dat een besluit slechts dan een plan of programma is in de zin van de SMB-richtlijn als er sprake is van een relatie met concrete projecten, laat staan dat een plan of programma moet bijdragen aan de uitvoering van een project. Die redenering klopt alleen als die relatie en dat bijdragen worden opgevat als het stellen van kaders voor toekomst-

35. Overweging 40 D'Oultremont en overwegingen 41, 48 en 49 Vlare II.

36. Overweging 75.

37. Overwegingen 48 en 70.

38. Overweging 29.8.

39. Zoals Vlare II en het Activiteitenbesluit.

stige projecten. Maar dan zou de Afdeling gezien de zojuist aangehaalde D'Oultremont-uitspraak juist moeten concluderen dat de windturbinevoorschriften van het Activiteitenbesluit wel een plan of programma zijn. Algemeen verbindende voorschriften zoals de bepalingen van het Activiteitenbesluit met betrekking tot slagschaduw, veiligheid en geluid van windturbines vallen immers volledig binnen de zojuist aangehaalde omschrijvingen van het Hof: een *kader* voor het vergunnen van *toekomstige* projecten door middel van een in die voorschriften neergelegd *pakket* aan criteria en modaliteiten.

Het meest illustratief komt deze discrepantie tot uiting in de volgende overweging van de Afdeling: de bepalingen van het Activiteitenbesluit inzake windturbines en windparken 'geven slechts randvoorwaarden waaraan iedere inrichting ná realisatie daarvan moet voldoen. Dat deze bepalingen normen stellen waarmee duidelijk wordt aan welke eisen bij het in werking hebben van windturbines moet worden voldaan, maakt niet dat deze bepalingen op zichzelf bijdragen aan de uitvoering van een project zoals bedoeld in de SMB-richtlijn.'<sup>40</sup> Met deze opvatting gaat de Afdeling voorbij aan het feit dat het HvJ EU het consequent heeft over de relatie van een plan of programma met in de toekomst te vergunnen projecten.

Dat het Hof, anders dan de Afdeling, niet eist dat een set voorschriften pas dan een plan of programma is onder de SMB-richtlijn als er een relatie is met een concreet project, blijkt ook uit de overwegingen 45 en 46 van het D'Oultremont-arrest. Daarin zegt het Hof dat een plan of programma weliswaar betrekking moet hebben op een bepaald grondgebied, maar dat daaruit niet kan worden afgeleid dat een plan of programma betrekking moet hebben op de ruimtelijke ordening van een specifiek gebied: 'Uit de bewoordingen van deze bepalingen blijkt immers dat zij in breder opzicht zijn gericht op de ruimtelijke ordening van gebieden of zones in het algemeen.' En dus is het wat het Hof betreft geen probleem dat de aangevochten Waalse wetgeving grenswaarden stelt voor het gehele Waalse grondgebied. Als een plan of programma, zoals de Afdeling stelt, een relatie moet hebben met een concreet project – ja, daar zelfs aan moet bijdragen –, dan is het onvermijdelijk zo dat het plan of programma zich richt op een specifiek gebied of gebieden, en dat is een eis die het Hof expliciet verwierpt.

Dat het Hof niet denkt aan een relatie met concrete projecten, zoals de Afdeling lijkt te bedoelen, blijkt eveneens uit overweging 66 van het Vlare II-arrest. Daarin zegt het Hof dat de SMB-richtlijn een systematische milieubeoordeling eist voor plannen en programma's die voorbereid worden met betrekking tot bepaalde 'sectoren'. Een besluit is dus ook een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn als het voorschriften geeft voor een bepaalde sector, zoals de sector die elektriciteit opwekt uit windenergie. Hetgeen exact datgene

is wat de windturbinebepalingen in het Activiteitenbesluit doen, en wat echt wat anders is dan een regeling die bijdraagt aan een concreet project.

Verder valt op dat de Afdeling haar redenering dat er sprake moet zijn van een relatie met een concreet project in de desbetreffende overwegingen nergens onderbouwt met een rechtstreekse verwijzing naar de jurisprudentie van het HvJ EU, met name het arrest D'Oultremont. De Afdeling fundeert de eigen redenering op drie pijlers:

1. een verwijzing naar een uitspraak van de advocaat-generaal van het HvJ EU in een andere zaak;<sup>41</sup>
2. een verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de SMB-richtlijn;<sup>42</sup> en
3. een beroep op voorbeelden genoemd in een 'guidance'-document van de Europese Commissie bedoeld als handreiking bij het implementeren van de SMB-richtlijn.<sup>43</sup>

Maar aan de desbetreffende overwegingen van het Hof zelf wordt voorbijgegaan.

Onze bevinding dat de Battenoord-uitspraak niet in overeenstemming is met het D'Oultremont-arrest vindt steun in een annotatie van Frins en De Vries bij de Afdelingsuitspraak van 3 april 2019.<sup>44</sup> Deze auteurs menen dat de Afdelingsuitspraak 'vanuit pragmatisch oogpunt goed te begrijpen' is. Volgens hen is de opvatting van de Afdeling echter 'onjuist en te beperkt'.<sup>45</sup> Het Vlare II-arrest onderstreept deze conclusie.

Bij dit alles de volgende kanttekeningen. Allereerst is van belang dat op het moment van de Battenoord-uitspraak slechts het D'Oultremont-arrest op tafel lag; het Vlare II-arrest is van meer recente datum. In zoverre is het unfair de redenering van de Afdeling te bekritisieren met ammunisie ontleend aan het Vlare II-arrest. Voorts moeten we bekennen dat we geworsteld hebben met het begrijpen van de Afdelingsuitspraak. Onze lezing is mede op te vatten als een reconstructie van deze uitspraak in het licht van de huidige stand van de jurisprudentie van het HvJ EU, en wellicht heeft ons bij deze reconstructie enige cognitieve dissonantie parten gespeeld.

41. Overweging 29.7.

42. Idem. In een toelichting op het voorstel voor de SMB-richtlijn werd gezegd dat een plan of programma niet van toepassing is op de 'hoogste niveaus van de besluitvormingspiramide waar de beleidslijnen in hun meest algemene vorm worden geformuleerd'. Een AMvB staat in die piramide in elk geval onder een wet in: formele zin en als het om 'beleidslijnen in hun meest algemene zin' gaat, zijn die lijnen zeker niet te vinden in het Activiteitenbesluit, maar in besluiten als het Energieakkoord van 2013 en het Klimaatakkoord van 2019. Bovendien geldt voor bestuurswetgeving dat deze naar Nederlands recht, in het kader van ontwikkelingen rond de exceptieve toetsing, in toenemende mate aan beginselen van behoorlijk bestuur onderworpen is.

43. Idem.

44. 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064 (Goeree-Overflakkee), TBR 2019/79, punt 4.

45. De ruime benadering van het Hof benadrukkend, maar voorzichtiger in haar conclusies: F.M. Fleurke, Steekt de wind op? De Strategische Milieueffectrapportage verrulmd, NtER 2017, afl. 3, p. 39-43, doi:10.5553/NtER/138241202017023003001.

40. Overweging 29.8.



Wij kunnen ons evenwel niet aan de indruk onttrekken dat iets dergelijks ook voor de Afdeling in 'Battenoord' opgaat: het is een gekunstelde uitspraak, waarbij de Afdeling gebalanceerd lijkt te hebben op een glijdende schaal van 'algemeen' naar 'bijzonder' en er uiteindelijk niet aan heeft gewild ook wettelijke voorschriften op het niveau van een AMvB aan een m.e.r. te laten onderwerpen als die voorschriften aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben.<sup>46</sup>

#### 4 Wat kunnen de gevolgen zijn?

De rechtsgevolgen van de opvatting dat het Activiteitenbesluit in strijd is met het Unierecht lijken in termen van rechts(on)zekerheid – en mogelijk ook materieelrechtelijk – niet gering. Dat geldt allereerst voor het Activiteitenbesluit zelf. Maar zoals het Vlare II-arrest duidelijk maakt, kan het eveneens betekenis hebben voor vergunningen en andere besluiten die tot stand kwamen op basis van de aanname dat voldaan kan worden aan de eisen van de windturbinevoorschriften van het Activiteitenbesluit; een aanname die meestal onderbouwd wordt met een project-m.e.r.<sup>47</sup>

Wat het eerste aspect betreft: als het Activiteitenbesluit (en de daarop gebaseerde Activiteitenregeling) buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het Unierecht, dan geldt dit voor zowel alle bestuurlijke instanties – Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen – die belast zijn met het verlenen (of handhaven) van vergunningen en/of ontheffingen voor de bouw en exploitatie van windturbines als rechterlijke instanties waaraan geschillen zijn voorgelegd waarin de windturbinevoorschriften van het Activiteitenbesluit een rol spelen. Omdat het Activiteitenbesluit een even essentiële als onmisbare hoeksteen van het Nederlandse milieubeleid is, zal dit onvermijdelijk leiden tot een periode met grote rechtsonzekerheid, in elk geval gedurende de periode die nodig is om een nieuw Activiteitenbesluit vast te stellen, dit keer wél na een voorafgaande m.e.r.

Uit het Vlare II-arrest kan worden opgemaakt dat de rechtsgevolgen zich ook uitstrekken tot vergunningen en ontheffingen gebaseerd op het Activiteitenbesluit, waar het HvJ EU zegt:

'Hieruit volgt dat de bevoegde nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechterlijke instanties waarbij

beroep is ingesteld tegen een nationale handeling die in strijd met het Unierecht is vastgesteld, verplicht zijn om in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Dit kan er, voor een "plan" of "programma" dat is vastgesteld zonder rekening te houden met de verplichting een milieubeoordeling te verrichten, bijvoorbeeld in bestaan dat maatregelen tot opschorting of nietigverklaring van dit plan of programma worden vastgesteld (...) en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten (...).'<sup>48</sup>

Als het gaat om vergunningen die nog niet hebben geleid tot het daadwerkelijk bouwen en exploiteren van windturbines, laat het Hof in het Vlare II-arrest eigenlijk geen enkele ruimte aan rechterlijke instanties om iets anders te doen dan de desbetreffende vergunning niet te verlenen of te vernietigen.<sup>49</sup> Als de turbines er al staan, gaat de deur op een kier, maar wel een hele kleine:

- Uitgangspunt blijft dat alleen het Hof 'bij wijze van uitzondering en om dwingende redenen van rechtszekerheid, een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een regel van het Unierecht op het daarmee strijdige nationale recht heeft, namelijk de terzijdestelling ervan. Indien de nationale rechterlijke instanties bevoegd zouden zijn om aan de nationale bepalingen voorrang te geven boven het Unierecht waarmee zij in strijd zijn, al was het maar tijdelijk, dan zou immers afbreuk worden gedaan aan de uniforme toepassing van het Unierecht (...).'<sup>50</sup>
- Echter, het Hof heeft eerder geoordeeld dat het 'een nationale rechter, gelet op het bestaan van een overweging van bescherming van het milieu, bij uitzondering is toegestaan een nationale regeling toe te passen op grond waarvan hij bepaalde gevolgen kan handhaven van een nationale handeling die niet volgens een met richtlijn 2001/42 verenigbare procedure werd vastgesteld, zoals die bedoeld in punt 86 van het onderhavige arrest, indien de nietigverklaring van die handeling een rechtvacuüm zou dreigen te creëren dat in strijd is met de verplichting voor de betrokken lidstaat om uitvoeringsmaatregelen vast te stellen voor een andere Unierechtshandeling die gericht is op milieubescherming (...).'<sup>51</sup>

Het is jammer dat het Hof de relatie tussen (rechtstreeks werkende) wetgeving en een vergunning niet nader heeft uitgewerkt.<sup>52</sup> Duidelijk is wel dat het Hof, gezien ook het doel van milieubescherming, geen ruimte laat

46. Wij willen hiermee niet de suggestie wekken dat er een relatie is tussen de opstelling van de Afdeling en de door de Commissie voor de milieueffectrapportage gesignaleerde teruggang in het aantal MER's. Zie Nieuwsbericht van 11 juni 2020, Milieueffectrapport Nederland onder druk, bij het Jaarverslag 2019, [www.commissiemer.nl/actueel/nieuws/jaarverslag-2019](http://www.commissiemer.nl/actueel/nieuws/jaarverslag-2019). Wij kunnen ons wel voorstellen dat de Afdeling is teruggedeinsd voor de consequenties van het onverbindend oordelen van onderdelen van het Activiteitenbesluit. Die consequenties reiken ook veel verder dan alleen windparken.

47. Waarbij, het zij nogmaals herhaald, die voorschriften zelf niet aan een m.e.r. zijn onderworpen.

48. Overweging 83.

49. Met name op de grond dat geen gebruik van de vergunning kan worden gemaakt.

50. Overweging 84.

51. Overweging 90.

52. Men zou kunnen redeneren dat Vlare II onrechtmatig is, maar dat dit niet raakt aan de geldigheid van de vergunning.



voor marchanderen als het gaat om de rechtsgevolgen: nationale autoriteiten, waaronder nationale rechters, moeten vol aan de bak om die rechtsgevolgen ongedaan te maken. Slechts in zeer bijzondere omstandigheden is er enige ruimte om bepaalde rechtsgevolgen te handhaven en dan nog enkel zo kort mogelijk. We merken daar wel bij op dat het Vlarem II-arrest een lopende procedure over een vergunning betreft. Die vergunning was nog niet rechtens onaantastbaar geworden. Dan ligt het oordeel dat er nauwelijks ruimte is om de rechtsgevolgen te handhaven ook voor de hand. Maar we snappen het niet helemaal. Het lijkt erop dat in het raamwerk van een exceptieve toetsing wettelijke voorschriften onrechtmatig zijn geoordeeld. Dit roept bij ons weer de vraag op hoe het precies zit met de verhouding tussen rechtstreeks werkende wettelijke normen enerzijds en de vergunning anderzijds.<sup>53</sup>

Het aspect van de verhouding tussen rechtstreeks werkende wettelijke normen en de vergunning is ook relevant voor casus waarin de vergunning al wel rechtens onaantastbaar is geworden. Er kan moeilijk worden gearchtund dat bij nader gebleken onrechtmatigheid van het Activiteitenbesluit een definitief geworden vergunning achteraf materieel als onrechtmatig moet worden beschouwd, wanneer moet worden aangenomen dat de vergunning formeel losstaat van rechtstreeks werkende wetgeving, die echter in strijd met het Unierecht is geoordeeld. Aangenomen dat de vergunning formeel losstaat van rechtstreeks werkende wetgeving, dan lijkt het bekende Kühne & Heitz-arrest van het Hof van 13 januari 2004<sup>54</sup> niet van toepassing.

Wanneer men daarover anders oordeelt, dan is volgens dit arrest relevant of Nederlandse bestuursorganen de bevoegdheid hebben om terug te komen van rechtens onaantastbaar geworden besluiten, of in het bestuursrechtelijke geschil is geprocedeerd tot in hoogste instantie (bij de Afdeling), maar daarin geen prejudiciële vragen zijn gesteld, en of in desbetreffende (Afdelings)uitspraak een uitleg aan het Unierecht is gegeven die blijkens een later arrest van het Hof, namelijk het Vlarem II-arrest, onjuist is.<sup>55</sup> Verder is dan van belang dat direct na het kennisnemen van dat latere arrest een verzoek bij het bevoegde bestuursorgaan wordt gedaan om van het eerdere besluit terug te komen.<sup>56</sup> Onder die omstandigheden zou het bestuursorgaan krachtens het in art. 4 lid 3 VEU vervatte samenwerkingsbeginsel gehouden zijn het besluit te heroverwegen. In de heroverweging dient aandacht te worden geschonken aan de belangen van derden, met name de initiatiefnemers,

die aan het beëindigen van de vergunning in de weg kunnen staan. We verwachten dat mede gelet op de belangen van derden en eventuele aansprakelijkstelling bestuursorganen vervolgens niet bereid zullen zijn terug te komen van rechtens onaantastbaar geworden besluiten.

Wordt een strikte scheiding tussen het Activiteitenbesluit en de vergunning aangehouden, dan kan als aangegeven de redenering langs de lijnen van het Kühne & Heitz-arrest niet gehanteerd worden. Alsdan ligt het niet voor de hand te vragen om terug te komen van de verleende vergunning wegens onrechtmatige wetgeving waarop de vergunning is gebaseerd. Wel zou om intrekking van de vergunning kunnen worden verzocht omdat bij onverbindendheid van die wetgeving geen gebruik van de vergunning kan worden gemaakt. Daar kan men ook anders tegen aankijken. Zo kan in geval van onverbindendheid van (onderdelen van) het Activiteitenbesluit kunnen worden geconcludeerd dat er in het geheel geen algemene normen zoals geluidsnormen van toepassing zijn.<sup>57</sup> En waarom zou men de vergunning, die losstaat van die algemene normen, dan niet mogen gebruiken?

Aangenomen dat het Activiteitenbesluit onverbindend is,<sup>58</sup> rijst voorts de vraag of en in hoeverre aan de gevolgen daarvan kan worden ontkomen, en of reparatie mogelijk is.<sup>59</sup> Wat betreft dit laatste: in Vlaanderen wordt getracht de onrechtmatigheid te pareren met een apart decreet waarmee Afdeling 5.20.6, 'Installaties voor het opwekken van elektriciteit door middel van Windenergie', van Vlarem II wordt gevalideerd.<sup>60</sup> Men zou kunnen spreken van een soort bekrachtigingsbesluit dat trekken heeft van een gedoogbesluit. In ieder geval zal alsnog een MER moeten worden opgesteld.<sup>61</sup> In Nederland zouden er – in afwachting van de inwerkingtreding van het nieuwe, op een MER gebaseerde Activiteitenbesluit – in het geheel geen normen voor windturbines gelden. Wellicht kan op grond van Unierecht worden bepleit dat ter overbrugging wordt vastgehouden aan het huidige Activiteitenbesluit.<sup>62</sup>

53. Zo kan men zich afvragen of in geval van rechtstreeks werkende algemene normen wel plaats is voor exceptieve toetsing.

54. HvJ EG 13 januari 2004, C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17, AB 2004/48 m.nt. Widdershoven, JB 2004/42 m.nt. Verheij, NJ 2004/125 m.nt. Mok, SEW 2004/38 m.nt. Prechal.

55. Aan de zojuist genoemde voorwaarden is bij veel van de al 'draaiende' windparken voldaan.

56. Zie nader R.J.G.M. Widdershoven, Kühne & Heitz. Heroverweging van definitief geworden besluiten en rechterlijke uitspraken. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 13 januari 2004, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), AB Klassiek, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 469-492.

57. En valt er in zoverre ook niets te handhaven.

58. In plaats van een exceptieve toetsing in het kader van een procedure tegen een vergunning, kan men dat oordeel proberen te krijgen in een procedure bij de civiele rechter inzake onrechtmatige wetgeving.

59. Wij gaan voorbij aan de mogelijkheid dat onverbindendheid van de desbetreffende wettelijke geluidsnormen impliceert dat de oude geluidsnormen herleven.

60. Decreet van 17 juli 2020 tot validering van de sectorale milieuvoorwaarden voor windturbines, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 24 juli 2020 en diezelfde dag in werking getreden. Dit Decreet, met een werkingsduur van drie jaar, is vastgesteld met betrokkenheid van het parlement. Het zal niet verbazen dat dit Decreet in een rechterlijke procedure wordt aangevochten.

61. Waarbij er rekening mee moet worden gehouden dat de huidige types windturbines sterk verschillen van die ten tijde van de vaststelling van de windturbinevoorschriften in het Activiteitenbesluit.

62. Zie E. Noordover, Een plan-MER-plicht voor het Activiteitenbesluit en de -regeling hoeft geen probleem te zijn, 12 oktober 2020, [www.omgevingsweb.nl/samenvatting/een-plan-mer-plicht-voor-het-activiteitenbesluit-en-de-regeling-hoeft-geen-probleem-te-zijn/](http://www.omgevingsweb.nl/samenvatting/een-plan-mer-plicht-voor-het-activiteitenbesluit-en-de-regeling-hoeft-geen-probleem-te-zijn/).

## 5 Slotopmerkingen

Wij menen dat er op grond van het Vlare II-arrest serieus rekening mee moet worden gehouden dat (onderdelen van) het Activiteitenbesluit in strijd (zijn) is met het Unierecht: de SMB-richtlijn. In elk geval is er na het Vlare II-arrest meer twijfel gerezen over de juistheid van de Battenoord-uitspraak.<sup>63</sup> Wij menen voorts dat dit arrest niet uitblinkt in duidelijkheid, met name niet waar het gaat om de verhouding tussen direct werkende wettelijke normen en (niet op die wettelijke normen gebaseerde, maar wel in het kader van die normen gegeven) vergunningen. In het licht van de argumentatie van de Afdeling in haar Battenoord-uitspraak en die van de regering in het kader van de totstandkoming van de Omgevingswet is duidelijkheid op dit punt van cruciaal belang.

Het voorafgaande handelt uitsluitend over de voorschriften van het Activiteitenbesluit met betrekking tot de bouw en exploitatie van windturbines, maar bovenstaande overwegingen en conclusies kunnen mutatis mutandis ook van toepassing zijn op andere voorschriften van het Activiteitenbesluit.<sup>64</sup> Dit vergroot alleen maar het belang van de zaak en de noodzaak om zo snel mogelijk duidelijkheid te krijgen. Dan is nog voorbijgegaan aan bepaalde niet-wettelijke regels, zoals specifieke – met de Vlaamse Omzendbrief vergelijkbare – beleidsregels of andere vormen van beleid.

Het verdient aandacht dat de eventuele onrechtmatigheid van (onderdelen van) het Activiteitenbesluit meer gevolgen kan hebben en meer vragen oproept dan hetgeen hierboven is aangesneden. Zo kan in het Vlare II-arrest inspiratie worden gevonden voor het aanspannen van civielrechtelijke claims tegen de initiatiefnemers.<sup>65</sup> In dat kader rijzen vragen over onder andere de directe werking van Europese richtlijnen in horizontale verhoudingen<sup>66</sup> en de invulling van eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Wanneer is sprake van onrechtmatige hinder in civielrechtelijke rechtsbetrekkingen? Hoe moet dat in het licht van het wegvallen van eisen in het Activiteitenbesluit worden bepaald?

Kunnen de weggevallen publiekrechtelijke eisen dan toch, als een *soft law*, dienen ter invulling van de vage norm maatschappelijke zorgvuldigheid? Ook als die eisen niet conform het Unierecht tot stand zijn gekomen en daarom onverbindend worden geacht? In samenhang met de zojuist genoemde claims zijn claims tegen de overheid voorstelbaar. Gegeven de onverbindendheid van onderdelen van het Activiteitenbesluit, ontstaan er voorts problemen op het vlak van de rechtshandhaving. Immers, de desbetreffende (geluids)voorschriften van het Activiteitenbesluit blijken opeens niet meer te gelden, zodat overtreding ervan geen overtreding is in de zin van art. 5:1 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Wat betreft de m.e.r.-plicht is er de algemene vraag wat het voorgaande betekent voor het Besluit milieueffectrapportage, dat vermeldt voor welke activiteiten, plannen en besluiten een m.e.r.-plicht geldt. Voor het Activiteitenbesluit zelf is er de vraag of de Wm aanpassing behoeft en hoe een m.e.r.-procedure voor het Activiteitenbesluit – en voor wettelijke voorschriften meer in het algemeen – moet worden ingericht. Dan komt het met name aan op de speciaal voor een m.e.r. geformuleerde eisen in relatie tot de openbare voorbereidingsprocedure als bedoeld in afdeling 3.4 van de Awb. Ook de verhouding tot de eisen van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel als bedoeld in art. 3:2 en 3:46 Awb, die gelet op art. 3:1 lid 1 aanhef en onder a Awb eveneens op lagere wetgeving van toepassing kunnen zijn, komt in beeld (mede in het licht van ontwikkelingen van een verzwaarde exceptieve toetsing).

Onduidelijk is wat precies de gevolgen van eventuele onverbindendheid van onderdelen van het Activiteitenbesluit zullen zijn. Het grootste nadeel is de rechts-onzekerheid. Denk ook aan de financiers van windparken, die juist hechten aan rechtszekerheid.

In het bestek van deze bijdrage volstaan wij met het aanstippen van deze punten. Onze zorg is dat de jurisprudentie van het HvJ EU een vraag heeft opgeroepen die voor diverse aspecten veel impact kan hebben. Daarom is verduidelijking c.q. heroverweging van 'Battenoord' door de Afdeling van groot belang. Niet alleen vanwege de (toegenomen) twijfel over de juistheid van deze Afdelingsuitspraak na het Vlare III-arrest, maar ook vanwege onduidelijkheden in dit arrest zelf zouden we daarom de Afdeling in overweging willen geven zich tot het HvJ EU te wenden voor een prejudiciële beslissing. Wat ons betreft zou dat verzoek zich specifiek op de volgende vragen moeten richten:

1. Dienen de voorschriften van het Activiteitenbesluit met betrekking tot de bouw en exploitatie van windturbines te worden aangemerkt als 'plannen en programma's' in de zin van art. 2 onder a van de SMB-richtlijn?
2. Kan het zijn dat voor het Activiteitenbesluit, ofschoon het wel onder de SMB-richtlijn valt, geen MER nodig is omdat het niet aan de concretisering van een project bijdraagt?

63. Zie naast de annotatie van Frins en De Vries bij ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064 (Goeree-Overflakkee), TBR 2019/79 ook Noordover 2020 en S. Sluiter & E. van Leeuwen, Is de uitrol van Nederlandse windparken echt in gevaar door Europese rechtspraak?, 20 oktober 2020, [www.omgevingsweb.nl/nieuws/is-de-uitrol-van-nederlandse-windparken-echt-in-gevaar-door-europese-rechtspraak](http://www.omgevingsweb.nl/nieuws/is-de-uitrol-van-nederlandse-windparken-echt-in-gevaar-door-europese-rechtspraak).

64. En ook op wettelijke normen van andere wetgeving dan het Activiteitenbesluit.

65. Dat zulke claims niet slechts denkbeeldig zijn, blijkt uit de gang van zaken met betrekking tot bijvoorbeeld de windparken De Drentse Monden en Oostermoer (DDMOM) en N33. Zie onder meer Het Financieel Dagblad en het Dagblad van het Noorden van 10 september 2020. In die zaak kwam de rechter overigens niet toe aan de merites, omdat hij oordeelde dat eiser niet-ontvankelijk was. Zie Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3583.

66. De literatuur hierover is overvloedig. Zie voor een betrekkelijk recent overzicht L. Squintani & J. Lindeboom, The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions, Yearbook of European Law (38) 2019, afl. 1, p. 18-72, doi:10.1093/yel/yez004.

3. Wat zijn de rechtsgevolgen van het antwoord dat voor het Activiteitenbesluit wél een MER is vereist, zowel voor wat betreft de hier aan de orde zijnde voorschriften van het Activiteitenbesluit en het Activiteitenbesluit als geheel als voor wat betreft vergunningen en besluiten die (mede) op dat besluit zijn gebaseerd, althans in dat kader zijn verleend dan wel genomen?
4. Als een van de rechtsgevolgen is dat het Activiteitenbesluit buiten toepassing moet blijven, kan dit rechtsgevolg dan worden opgeschort teneinde te voorkomen dat er een rechtvacuüm ontstaat waardoor Nederland niet in staat is te voldoen aan andere verplichtingen van Unierecht?<sup>67</sup>

In deze bijdrage stond de vraag centraal of de regering met de vaststelling van (onderdelen van) het Activiteitenbesluit inbreuk heeft gemaakt op het Unierecht. Er zijn argumenten naar voren gekomen die in de richting van een bevestigend antwoord wijzen. Alleen al brede twijfel over de rechtmatigheid van het Activiteitenbesluit noodzaakt tot het stellen van prejudiciële vragen. Het is in het bijzonder de ontstane rechtsonzekerheid die wij met onze bijdrage onder de aandacht hebben willen brengen en die ons tot de slotsom brengt dat de Afdeling naar ons inzicht na het Vlarem II-arrest snel in actie moet komen om een einde te maken aan een situatie waar niemand bij gebaat is.

67. Zoals het verwezenlijken van duurzame energie conform Richtlijn 2009/28? Het HvJ EU oordeelde in overweging 91 van het Vlarem II-arrest dat niet elk obstakel (zoals het nietig verklaren van een vergunning) de uitvoering van die richtlijn in gevaar brengt.