

[...]

Noot

1. In deze tussenuitspraak toetst de Afdeling uitvoerig aan het gemeentelijk geluidbeleid. Toetsing aan de Wet geluidhinder zelf is niet aan de orde, omdat voor de betreffende wegen een maximum snelheid van 30 km/uur geldt, en deze daarmee uitgezonderd zijn van toepassing van de wet (art. 74 lid 2 sub b Wgh). Bij de toetsing van een bestemmingsplan speelt geluidhinder een rol bij de vraag of sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat (ABRvS 3 september 2003, nr. 200203751/1 en ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6774). Appellant, wiens woning naast de ontsluitingsweg van de nieuwe woonwijk gelegen is, voert aan dat onvoldoende akoestisch onderzoek naar zijn woonklimaat verricht is en vreest bovendien verkeersonveilige situaties.

2. Boven opgenomen uitspraak laat zien dat een kritische beschouwing van het akoestisch rapport voor appellanten lonend kan zijn. I.c. is na de vaststelling van het bestemmingsplan in opdracht van de gemeente aanvullend onderzoek verricht (Memo Onderzoek Geluid Leunen-Zuid t.b.v. beroep). Daarin is, anders dan in het eerdere onderzoek, de woning van appellant betrokken. In dit memo is vermeld dat bij het hogerewaardenbeleid van de gemeente ("Geluidbeleid Hogere Waarden Wet geluidhinder") aangesloten is. Dat beleid gaat uit van ten minste één geluidluwe gevel. Weliswaar geldt het beleid voor nieuwe woningen, maar de redenering is dat toepassing van dit beleid ook op appellants woning betekent dat de zij- en achtergevel geluidluw zijn. De veronderstelling in het Memo is dat, ondanks overschrijding van de toetswaarde van 53 dB(A) op de voorgevel, vanwege de geluidluwe gevels sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. De Afdeling constateert echter dat uit een bijlage bij hetzelfde Memo blijkt dat de woning slechts één geluidluwe gevel telt. De veronderstelde aanvaardbaarheid van het woon- en leefklimaat dient blijkens het dictum van de uitspraak nader akoestisch onderbouwd te worden.

3. Volgens het beleidsonderdeel woningindeling van de gemeentelijke nota dienen bij een geluidbelasting boven de voorkeurswaarde + 5 dB ruimten zoveel mogelijk aan de geluidluwe zijde(n) gesitueerd te zijn. Dat geldt eveneens voor één slaapkamer en de tuin. Niet ongebruikelijk is, bij de belangenafweging in het kader van een bestemmingsplanvaststelling, met de indeling van de binnenruimten geen rekening gehouden. Voorstelbaar is dat een voorwaarde betreffende indeling van binnenruimten bij nieuw te bouwen woningen te realiseren is. Lastiger zal dat zijn bij bestaande woningen. De Afdeling lijkt hiermee rekening te houden waar zij de gemeente opdraagt de indeling van de verblijfsruimten nader te onderzoeken.

4. De stelling van de gemeente, kort gezegd, dat een aanvaardbare voorgevelbelasting en twee geluidluwe gevels een aanvaardbaar binnenniveau betekenen, volgt de Afdeling niet. In lijn met het gemeentelijk beleid dient bij

het nader akoestisch onderzoek het binnenniveau van appellants woning betrokken te worden.

Deze (tussen)uitspraak leert dat, wanneer bij de vaststelling van een bestemmingsplan aangesloten wordt bij een gemeentelijk beleidsdocument dat bedoeld is voor het verlenen van hogere waarden, en dan ook nog voor nieuw te realiseren projecten, dit kan leiden tot het nodige "akoestisch huiswerk".

W. Claassen-Dales

M en R 2023/45

Rechtbank Midden-Nederland 17 februari 2023, nr. UTR 22/2129

(Van Es-de Vries, Veldman-Gielen, De Meulder)

m.nt. T. Rötscheid & M.A.A. Soppe

(Art. 2 SMB-richtlijn; art. 4 lid 3 VEU; Tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken)

ECLI:NL:RBMNE:2023:627

Het Nevele-arrest van het HvJ EU kan impliceren dat het intrekken van een vergunning een instrument kan zijn om de onwettige gevolgen van de schending van het Unierecht (verzuim opstellen plan-MER voor een plan of programma) ongedaan te maken.

De rechtbank stelt voorop dat de verleende omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw zelf geen plan of programma zijn in de zin van de SMB-richtlijn. Uit de uitleg die de Afdeling in overweging 66 van de Delfzijl-uitspraak heeft gegeven aan het Nevele-arrest, volgt dat voor een omgevingsvergunning voor het oprichten en het in werking hebben van een inrichting vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling niet meer kan worden teruggevallen op de rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. Deze bepalingen moeten buiten toepassing worden gelaten vanwege het gebrek dat in de Delfzijl-uitspraak is geconstateerd. Omdat bij het verlenen van de omgevingsvergunningen wel is uitgegaan van de werking van de windturbinebepalingen, is het gevolg hiervan dat de strijdigheid van die bepalingen met het Unierecht doorwerkt in die beoordeling van de omgevingsvergunningen op grond van het nationale recht. Met de kennis van nu betekent dit dat het college bij het verlenen van de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw niet had mogen volstaan met het verwijzen naar de windturbinebepalingen. Het college had de milieuaspecten waarop de windturbinebepalingen betrekking hebben, moeten betrekken bij de beoordeling van het milieudeel van de omgevingsvergunningen, met inachtneming van het daarvoor geldende beoordelingskader uit artikel 2.14, eerste lid, van de Wabo. Bij het verlenen van de vergunningen heeft het college dit destijds niet onderkend. Die omgevingsvergunningen zijn dan ook verleend in strijd met de genoemde bepaling uit de Wabo, waarbij die strijdigheid voortkomt uit de incorrecte

implementatie van de SMB-richtlijn, zoals door de Afdeling is vastgesteld in de Delfzijl-uitspraak. (...) In afwijking van het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant oordeelt de rechtbank dat er in deze situatie onder omstandigheden een Unierechtelijke verplichting kan bestaan om een eerder voor een windpark verleende en in rechte vaststaande omgevingsvergunning op te schorten of in te trekken. Daarbij moet acht worden geslagen op de Unierechtelijke beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In die context moet dan ook rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de situaties en van de in het geding zijnde belangen, om zo een evenwicht te vinden tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht. De rechtbank oordeelt dat de Tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken in strijd is met de SMB-richtlijn, zodat dit geen doeltreffende maatregel is als alternatief voor intrekking van vergunningen. In deze zaak is het handhaven van de vergunningen voor de periode tot de beoogde inwerkingtreding van de door de regering te verrichten milieubeoordeling redelijkerwijs een evenwichtige uitkomst, waarbij de tijdelijke overbruggingsregeling als ondergrens de belangen van omwonenden beschermt. Dit oordeel geldt bij de huidige stand van zaken. Toekomstige ontwikkelingen kunnen alsnog verplichten tot intrekking of aanpassing van de vergunningen.

Uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen:

Stichting Windbrekers Swifterbant en een groep inwoners uit Swifterbant, eisers

(mr. P.A. de Lange),

en

het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Dronten, verweerder

(gemachtigden: G.E. Topper-Meijering en mr. R. Reinsma).

Verder neemt als partij aan de zaak deel: **SwifterwinT op Land B.V.**, gevestigd in Dronten

(gemachtigde: mr. M.M. Kaajan).

Partijen worden hierna Windbrekers Swifterbant, het college en SwifterwinT genoemd.

Inleiding

1. Deze zaak gaat over de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw, waarover eerder al tot de hoogste Nederlandse bestuursrechter is geprocedeerd. De vraag die de rechtbank moet beantwoorden is of deze vergunningen moeten worden opgeschort of ingetrokken, als gevolg van het Nevele-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

2. De rechtbank oordeelt in deze uitspraak dat de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw op dit moment in stand kunnen blijven. Wel kan het college later opnieuw gevraagd worden om te bekijken of er reden is om de vergunningen alsnog aan te scherpen, te schorsen of in te trekken.

Windplan Blauw en de betrokken partijen

3. Windplan Blauw is een windpark dat is voorzien in het noordwesten van Flevoland, in de gemeenten Dronten en Lelystad, in en rond Swifterbant. Het plan bestaat uit het

realiseren van 61 windturbines met maximale tiphoogtes van 213 en 248 meter, als vervanging van 74 kleinere bestaande windturbines. Het plan valt uiteen in twee deelgebieden: een deelgebied in het IJsselmeer en een deelgebied op het land. In het deelgebied in het IJsselmeer zijn twee lijnopstellingen van in totaal 24 windturbines voorzien. In het deelgebied op land zijn twee lijnopstellingen ten westen en twee lijnopstellingen ten oosten van Swifterbant voorzien. Dit zijn in totaal 37 windturbines met een gezamenlijk vermogen van ruim 200 MW.

4. SwifterwinT is de beoogde exploitant van de lijnopstellingen op land van Windplan Blauw. De windturbines zullen aan haar worden overgedragen, nadat deze gereed zijn om in gebruik te kunnen worden genomen.

5. Het college is het bevoegd gezag voor omgevingsvergunningen van Windplan Blauw en voor de bestuursrechtelijke handhaving die uit het omgevingsrecht voortvloeit.

6. Stichting Windbrekers Swifterbant komt op voor de belangen van inwoners van Swifterbant die zich zorgen maken over Windplan Blauw. Zij stelt zich tot doel om hinder door windturbines op land in de gemeente Dronten en met name rond het dorp Swifterbant te voorkomen. Net als een groep inwoners maakt Stichting Windbrekers Swifterbant zich ernstig zorgen om potentiële gezondheidsschade voor mensen die in de nabijheid van Windplan Blauw wonen, met name vanwege de aspecten van geluidshinder. Stichting Windbrekers Swifterbant en de aan het beroepschrift gehechte lijst van inwoners worden in deze uitspraak samen Windbrekers Swifterbant genoemd.

Eerdere procedure en uitvoering project

7. Voor Windplan Blauw hebben de ministers van Economische Zaken en Klimaat en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 4 oktober 2018 een rijksinpassingsplan vastgesteld, dat op 24 mei 2019 is gewijzigd. Aan het (gewijzigde) rijksinpassingsplan lag een gecombineerd plan- en project-milieueffectrapport (MER) ten grondslag.

8. Het college heeft op 5 oktober 2018 voor ieder van de zes lijnopstellingen een omgevingsvergunning verleend voor de activiteiten het bouwen van de windturbines als bouwwerk en het oprichten en in werking hebben van de windturbines als inrichting. Bij het verlenen van de omgevingsvergunningen is er voor de beoordeling van de milieuactiviteiten van uitgegaan dat de windturbines van Windplan Blauw zullen moeten voldoen aan de algemene regels voor windturbines uit het Activiteitenbesluit milieubeheer en de Activiteitenregeling milieubeheer voor het in werking hebben van een windturbine of een combinatie van windturbines (de windturbinebepalingen).

9. Met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State (de Afdeling) van 6 november 2019 zijn het rijksinpassingsplan en de omgevingsvergunningen in rechte komen vast te staan.¹

10. De bouw van de windturbines van de lijnopstellingen op land van Windplan Blauw is inmiddels voltooid.

¹ ECLI:NL:RVS:2019:3760 (Windplan Blauw).

Op dit moment is er een testfase. Volgens de planning van SwifterwinT worden de windturbines op land in april 2023 in gebruik genomen.

Het Nevele-arrest, de Delfzijl-uitspraak en de herstelacties

11. Op 25 juni 2020 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof van Justitie) het Nevele-arrest gewezen, over een windpark in Vlaanderen.² Het Hof van Justitie heeft daarin kort gezegd geoordeeld dat de in Vlaanderen destijds geldende algemene regels voor windturbines, plannen en programma's vormen waarvoor een milieubeoordeling moet worden verricht in de zin van de Europese richtlijn voor strategische milieubeoordeling (SMB-richtlijn).³

12. Op 30 juni 2021 heeft de Afdeling in een tussenuitspraak over een windpark in Delfzijl geoordeeld over de consequenties van het Nevele-arrest voor de Nederlandse situatie.⁴ Uit deze uitspraak volgt dat de Nederlandse windturbinebepalingen, net als de Vlaamse, plannen en programma's vormen waarvoor op grond van de SMB-richtlijn een milieubeoordeling moet worden verricht. Aan de windturbinebepalingen ligt echter geen milieubeoordeling ten grondslag, zodat deze in die zaak buiten toepassing moesten worden gelaten.

13. De regering beoogt dit gebrek in de windturbinebepalingen te herstellen met het interdepartementale 'Actieprogramma Verankering milieubescherming na Nevele'. In het kader daarvan wordt alsnog een milieubeoordeling gemaakt, waarna nieuwe algemene milieunormen voor windturbines worden bepaald.⁵ In afwachting van die milieubeoordeling en van nieuwe normen is op 1 juli 2022 een tijdelijke overbruggingsregeling voor bestaande windturbineparken in werking getreden.⁶

De procedure in deze zaak

14. Op 26 februari 2021 hebben Windbrekers Swifterbant het college verzocht om de verleende omgevingsvergunning(en) voor Windplan Blauw in te trekken, onder verwijzing naar het Nevele-arrest. Het college heeft daarna een ontwerpbesluit genomen, waarop Windbrekers Swifterbant een zienswijze hebben gegeven. Met het besluit van 29 maart 2022 heeft het college het verzoek afgewezen,

waarbij voor de motivering is verwezen naar het ontwerpbesluit en naar de antwoordnota waarin op de zienswijzen is gereageerd.

15. Windbrekers Swifterbant hebben daartegen beroep ingesteld. De voorzieningenrechter heeft een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening in afwachting van de behandeling van het beroep, afgewezen.⁷

16. De rechtbank heeft de zaak behandeld op de zitting van 15 december 2022. Windbrekers Swifterbant hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde en hun geluidsdeskundige [A]. Het college heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. SwifterwinT heeft zich laten vertegenwoordigen door [B] en door haar gemachtigde, adviseurs [C] en [D] en projectjurist [E].

Ontvankelijkheid beroep

17. Windbrekers Swifterbant hebben op de zitting bevestigd dat het intrekkingverzoek en het beroep ook zijn ingediend namens haar bestuursleden, maar dat zij dit hebben gedaan als privépersonen die in de directe omgeving van de windturbines wonen. Deze personen hebben niet beoogd om, onafhankelijk van de stichting, in hun hoedanigheid van bestuurder separaat beroep in te stellen. Voor bestuurslid [F] geldt echter dat hij zelf ook beroep heeft ingesteld. Dat beroep heeft zaaknummer UTR 22/1953 en is eerder ingesteld dan het beroep van Windbrekers Swifterbant in deze zaak. Tweemaal beroep instellen tegen hetzelfde besluit is niet mogelijk, zodat de rechtbank in deze zaak het beroep niet-ontvankelijk verklaart voor zover het is ingediend namens [F]. De rechtbank doet vandaag apart uitspraak op zijn beroep met zaaknummer UTR 22/1953.

De standpunten van partijen over het besluit van 29 maart 2022

Windbrekers Swifterbant doen een beroep op het Unierecht

18. Windbrekers Swifterbant hebben aan hun verzoek tot intrekking van de omgevingsvergunning(en) ten grondslag gelegd dat uit het Nevele-arrest blijkt dat de windturbinebepalingen plannen en programma's zijn waarvoor op grond van de SMB-richtlijn een milieubeoordeling had moeten worden gemaakt. Nu dat niet is gebeurd, is in strijd met dwingende regels van Europees recht gehandeld. Daarmee ontbreekt ook een rechtsgeldig toetsingskader voor de realisatie en exploitatie van de windturbines van Windplan Blauw. De vergunningen zijn verleend in strijd met het Unierecht en dus nietig, terwijl het vasthouden aan de windturbinebepalingen tot aanzienlijke gezondheidsrisico's leidt. Windbrekers Swifterbant hebben in dat kader verwezen naar de overwegingen 82 en verder van het Nevele-arrest, waaruit volgt dat ook het opschorten of intrekken van een al verleende vergunning een middel kan zijn om de strijdigheid met het Unierecht ongedaan te maken. Windbrekers Swifterbant hebben daarnaast aangevoerd dat het college niet heeft gemotiveerd waarom

² ECLI:EU:C:2020:503 (*Aalter en Nevele*).

³ 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 (L 197/30).

⁴ ECLI:NL:RVS:2021:1395 (*Delfzijl*).

⁵ Brieven aan de Tweede Kamer van de minister voor Klimaat en Energie van 6 juli 2022, *Kamerstukken II 2021-22*, 32 813, nr. 1085 en van de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 7 juli 2022, *Kamerstukken II 2021-22*, 33 612, nr. 82.

⁶ Besluit van 3 mei 2022 tot wijziging van het Activiteitenbesluit milieubeheer en enkele besluiten op grond van de Omgevingswet in verband met jurisprudentie over windturbineparken (tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken) en Regeling van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 15 juni 2022, tot wijziging van de Activiteitenregeling milieubeheer en de Omgevingsregeling in verband met jurisprudentie over windturbineparken (tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken).

⁷ Uitspraak van 14 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2779.

geen sprake is van schaarse vergunningen. Ook zijn volgens Windbrekers Swifterbant bij het akoestisch onderzoek voor de vergunningverlening de verkeerde rekenmodellen gebruikt.

19. In beroep handhaven Windbrekers Swifterbant hun standpunten. Op de zitting hebben zij nadrukkelijk bevestigd dat zij niet beogen dat de rechtbank beoordeelt of het college de nationale regels uit de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) voor het intrekken van omgevingsvergunningen op de juiste wijze heeft toegepast. Zij wensen dat de rechtbank aan de hand van het Nevele-arrest en andere rechtspraak van het Hof van Justitie beoordeelt of het college een Unierechtelijke verplichting heeft om, zo nodig buiten de nationale regeling om, de omgevingsvergunningen in te trekken of te schorsen. Zij wijzen daarvoor op de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

Het college ziet geen strijdigheid met het Unierecht

20. Het college vindt dat uit de Delfzijl-uitspraak en de daarop op de website van de Afdeling gegeven videtoelichting moet worden afgeleid dat onherroepelijke omgevingsvergunningen, die op de windturbinebepalingen zijn gebaseerd, hun rechtskracht niet hebben verloren. Dit standpunt legt het college, zo blijkt uit de antwoordnota zienswijzen, ook aan de weigering om de omgevingsvergunningen in te trekken ten grondslag. Het college wijst verder op het civiele vonnis in kort geding van de rechtbank Gelderland over windpark Den Tol, waarin is overwogen dat voornamelijk niet met zekerheid kan worden gesteld dat in rechte vaststaande omgevingsvergunningen wegens strijd met het Unierecht moeten worden ingetrokken.⁸ Het Nevele-arrest verplicht daar ook niet toe, mede omdat op nationaal niveau wordt voorzien in een reparatie van de windturbinebepalingen door alsnog een milieubeoordeling te verrichten. Omdat er geen strijd is met het Unierecht, moet het belang van rechtszekerheid dat SwifterwinT heeft bij het behoud van de vergunningen volgens het college zwaarder wegen.

21. In beroep verwijst het college in aanvulling hierop naar de uitspraak die de rechtbank Oost-Brabant heeft gedaan over windpark De Rietvelden.⁹ Daarin is geoordeeld dat de voor dat windpark in rechte vaststaande omgevingsvergunning niet kon worden aangemerkt als plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn, zodat die richtlijn niet verplicht tot het opstellen van een milieubeoordeling. Bovendien was de omgevingsvergunning in die zaak verleend na een vormvrije m.e.r.-beoordeling, zodat van een verzuim in de milieubeoordeling geen sprake was. De rechtbank oordeelde dat de overwegingen uit het Nevele-arrest over het intrekken van een al verleende vergunning in die zaak dan ook niet van toepassing waren. Het college wijst erop dat voor het Windplan Blauw een MER is opgesteld, zodat het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant dat geen

sprake is van een verzuim in de milieubeoordeling ook voor deze zaak geldt.

SwifterwinT ziet ook geen strijdigheid met het Unierecht

22. SwifterwinT heeft zich op de zitting aangesloten bij de standpunten van het college. Omdat er geen strijdigheid is met het Unierecht, is het college volgens haar niet bevoegd om de omgevingsvergunningen in te trekken.

De overwegingen van de rechtbank over het besluit van 29 maart 2022

Het geschil gaat alleen over windturbines op land

23. Er zijn zes separate omgevingsvergunningen verleend voor de zes lijnopstellingen van de windturbines van Windplan Blauw. Het verzoek van Windbrekers Swifterbant was hierin niet beperkt en had dus betrekking op al deze vergunningen.

24. Het college heeft in het ontwerpbesluit het standpunt ingenomen dat Windbrekers Swifterbant geen belanghebbenden zijn bij hun aanvraag tot intrekking van de omgevingsvergunningen, voor zover het gaat om het deelgebied van de twee lijnopstellingen in het IJsselmeer. Het college heeft daarvoor verwezen naar de statutaire doelstellingen van de Stichting Windbrekers Swifterbant en naar de afstand tussen deze lijnopstellingen en woningen van de inwoners die de aanvraag ook hebben gedaan.

25. Het college heeft dit standpunt in het besluit van 29 maart 2022 gehandhaafd. Daaruit volgt impliciet dat het college de aanvraag van Windbrekers Swifterbant buiten behandeling heeft gesteld, voor zover die aanvraag betrekking heeft op de omgevingsvergunningen voor de lijnopstellingen in het IJsselmeer. Windbrekers Swifterbant hebben daartegen geen beroepsgronden aangevoerd. Dat betekent dat de omvang van het geding bij de rechtbank is beperkt tot de weigering om de vier omgevingsvergunningen voor de lijnopstellingen van de 37 windturbines op land van Windplan Blauw in te trekken. De rechtbank geeft in deze uitspraak dus geen oordeel over de lijnopstellingen in het IJsselmeer.

Uitspraken in spoedzaken en videtoelichting Raad van State niet relevant

26. Met uitzondering van de rechtbank Oost-Brabant in de uitspraak over windpark De Rietvelden heeft de Nederlandse bestuursrechter zich in een bodemprocedure nog niet inhoudelijk uitgelaten over de Unierechtelijke betekenis en de reikwijdte van het Nevele-arrest voor bestaande – al vergunde – windparken. Er zijn wel civiele rechters en bestuursrechters geweest die daar iets over hebben gezegd in beslissingen in spoedprocedures, waaronder de zaak van windpark Den Tol waarnaar het college heeft verwezen. Daar zal de rechtbank eerst op ingaan.

26. Het vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland over het windpark Den Tol is beperkt tot de toets of het op dat moment voorshands aannemelijk was dat de bestuursrechter zou oordelen dat

⁸ Vonnis van 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5515 (windpark Den Tol).

⁹ Uitspraak van 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833 (windpark De Rietvelden).

de omgevingsvergunning in die zaak had moeten worden ingetrokken. Deze civiele rechter heeft dus niet geoordeeld dat het Nevele-arrest nooit verplicht tot het intrekken van vergunningen, en heeft erop gewezen dat een oordeel daarover is voorbehouden aan de bestuursrechter. Een vergelijkbare terughoudende beoordeling is in kort geding gemaakt door de civiele rechter van deze rechtbank over dezelfde rechtsvraag,¹⁰ terwijl bestuursrechters van de rechtbanken Rotterdam, Midden-Nederland en Oost-Brabant zich bij verzoeken om voorlopige voorzieningen vanwege de aard van de materie hebben onthouden van rechtmatigheids-toetsing.¹¹

28. Dan is er nog de videotoelichting die op de website van de Raad van State bij de Delfzijl-uitspraak wordt gegeven en waar het college in de antwoordnota zienswijzen op heeft gegeven. De rechtbank stelt voorop dat niet deze videotoelichting, maar de uitspraak zelf leidend is. In de Delfzijl-uitspraak heeft de Afdeling geen oordeel gegeven over bestaande en vergunde windparken, omdat die vraag in die zaak niet voorlag. In de videotoelichting zegt de persrechter van de Afdeling dat de uitspraak in beginsel niks verandert voor bestaande windparken en dat het niet zo is dat bestaande toestemmingen van rechtswege vervallen. De rechtbank wijst erop dat “van rechtswege vervallen” iets anders is dan wanneer het bevoegd gezag op verzoek een besluit neemt over het intrekken van een vergunning. Uit de videotoelichting kan dus niet worden afgeleid dat een verzoek om intrekking van een vergunning van een bestaand windpark moet worden afgewezen, zoals het college veronderstelt. In de videotoelichting wordt bovendien gezegd dat het voorstelbaar is dat er vervolgvragen komen, die uiteindelijk bij de bestuursrechter terecht komen.

29. Aan de voorlichting door de Afdeling en aan voorlopige beoordelingen van rechters in spoedprocedures kent de rechtbank dus niet de betekenis toe die het college daaraan wel toekent. Door naar dergelijke voorlopige beoordelingen te verwijzen, miskent het college bovendien dat het juist zijn taak als bevoegd gezag is om in volle omvang te beslissen over het verzoek van Windbrekers Swifterbant. Tot die taak behoort ook de afweging over hoe het verzoek zich verhiel tot het Unierecht op het moment dat het college zijn besluit nam. Die besluitvorming en de huidige procedure daarover in een hoofdzaak bij de bestuursrechter is immers de aangewezen weg om het partijdebat over de vraag hoe ver het Unierecht in dit geval strekt, te beoordelen en te beantwoorden. Op die vraag zal de rechtbank aan de hand van de standpunten van partijen hierna verder ingaan en daarbij komt ook de betekenis van de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant over windpark De Rietvelden aan de orde.

Overwegingen 82 en 83 van het Nevele-arrest

30. De rechtbank beoordeelt of het besluit van 29 maart 2022 is genomen in overeenstemming met het

¹⁰ Vonnis van 4 oktober 2021 ECLI:NL:RBMNE:2021:4956 (windpark Houten).

¹¹ Uitspraken van 3 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11930 (windpark Oude Maas), 14 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2779 (Windplan Blauw), 7 december 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5345 en 7 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:503 (windpark Galder).

Unierecht. Daarvoor moet vooral worden ingegaan op de betekenis van overwegingen 82 en 83 van het Nevele-arrest over de SMB-richtlijn. Deze luiden als volgt (met onderstreping door de rechtbank):

“82 Daar in deze richtlijn geen bepalingen te vinden zijn betreffende de gevolgen die moeten worden verbonden aan een schending van de daarin vastgestelde procedurele bepalingen, dienen de lidstaten in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke algemene en bijzondere maatregelen te treffen om te verzekeren dat alle „plannen” of „programma’s” die „aanzienlijke milieueffecten” in de zin van deze richtlijn kunnen hebben, worden onderworpen aan een milieubeoordeling overeenkomstig de in deze richtlijn vastgestelde procedurevoorschriften en criteria [...].

83 Volgens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking zijn de lidstaten verplicht de onwettige gevolgen van een dergelijke schending van het Unierecht ongedaan te maken. 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 ten einde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten [zie in die zin arrest van 12 november 2019, Commissie/Ierland (Windturbinepark te Derrybrien), C-261/18, EU:C:2019:955, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak].”

31. De rechtbank komt op basis van de uitleg van deze overwegingen en de onderliggende rechtspraak tot het oordeel dat uit het Nevele-arrest moet worden afgeleid dat het opschorten of intrekken van een in rechte vaststaande omgevingsvergunning mogelijk is om de daar vastgestelde schending van het Unierecht ongedaan te maken. Dit oordeel wordt hierna uitgewerkt in de overwegingen 32 tot en met 39.

Het Nevele-arrest werkt door in de verleende omgevingsvergunningen

32. De rechtbank stelt voorop dat de verleende omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw zelf geen plan of programma zijn in de zin van de SMB-richtlijn. Daar zijn partijen het ook over eens.

33. Uit de uitleg die de Afdeling in overweging 66 van de Delfzijl-uitspraak heeft gegeven aan het Nevele-arrest, volgt dat voor een omgevingsvergunning voor het oprichten en het in werking hebben van een inrichting vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling niet meer kan worden teruggevallen op de rechtstreeks werkende

windturbinebepalingen. Deze bepalingen moeten buiten toepassing worden gelaten vanwege het gebrek dat in de Delfzijl-uitspraak is geconstateerd. Omdat bij het verlenen van de omgevingsvergunningen wel is uitgegaan van de werking van de windturbinebepalingen, is het gevolg hiervan dat de strijdigheid van die bepalingen met het Unierecht doorwerkt in die beoordeling van de omgevingsvergunningen op grond van het nationale recht.

34. Met de kennis van nu betekent dit dat het college bij het verlenen van de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw niet had mogen volstaan met het verwijzen naar de windturbinebepalingen. Het college had de milieuaspecten waarop de windturbinebepalingen betrekking hebben, moeten betrekken bij de beoordeling van het milieudeel van de omgevingsvergunningen, met inachtneming van het daarvoor geldende beoordelingskader uit artikel 2.14, eerste lid, van de Wabo. Bij het verlenen van de vergunningen heeft het college dit destijds niet onderkend. Die omgevingsvergunningen zijn dan ook verleend in strijd met de genoemde bepaling uit de Wabo, waarbij die strijdigheid voortkomt uit de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn, zoals door de Afdeling is vastgesteld in de Delfzijl-uitspraak.

35. Deze strijdigheid met het Unierecht en de Wabo wordt niet weggenomen door het MER dat voor het rijksinpassingsplan voor Windplan Blauw is opgesteld. In dat MER is namelijk geheel aangesloten bij de normen uit de windturbinebepalingen, zonder dat daaraan een eigen beoordeling ten grondslag ligt. Uit overweging 65 van de Delfzijl-uitspraak volgt echter dat eigen, van de windturbinebepalingen onafhankelijke normen, moeten zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering. Daarbij heeft de Afdeling erop gewezen dat niet zonder meer kan worden teruggevallen op de motivering die door de regering en de minister is gegeven aan de windturbinebepalingen. De rechtbank oordeelt dan ook dat het MER voor het Windplan Blauw het gebrek in de omgevingsvergunningen niet kan repareren.

36. De tussenconclusie van de rechtbank is dat de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw weliswaar overeenkomstig de geldende nationale regels tot stand zijn gekomen, maar dat de schending van het Unierecht die in de Delfzijl-uitspraak ten aanzien van de windturbinebepalingen is vastgesteld wel doorwerkt naar deze vergunningen.

Gevolgen voor de verleende omgevingsvergunningen

37. Anders dan het college en SwifterwinT – en in afwijking van het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant – oordeelt de rechtbank dat er in deze situatie onder omstandigheden een Unierechtelijke verplichting kan bestaan om een eerder voor een windpark verleende en in rechte vaststaande omgevingsvergunning op te schorten of in te trekken. Dat is aan de orde als het opschorten of intrekken van een vergunning moet worden aangemerkt als “noodzakelijke bijzondere maatregel” om de onwettige gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan te maken, in

de zin van overweging 82 van het Nevele-arrest. In overweging 83 van dat arrest wordt die maatregel nadrukkelijk genoemd. Uit de bewoordingen van het Hof van Justitie moet worden afgeleid dat het opschorten of intrekken van een vergunning een maatregel is die, al dan niet tijdelijk, kan worden getroffen naast het opschorten of nietig verklaren van de windturbinebepalingen zelf.

38. Deze uitleg is in overeenstemming met het oogmerk en de doelstellingen van de SMB-richtlijn en de Europese grondrechten: kort gezegd een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. Het Hof van Justitie verwijst hiernaar in overwegingen 44 en verder van het Nevele-arrest.

39. De rechtbank vindt bovendien steun voor haar oordeel in overwegingen 86 en 88 van het Nevele-arrest, waar het Hof van Justitie ingaat op de mogelijkheden die de Vlaamse rechter had bij de verdere afdoening van die zaak. Het Hof van Justitie wijst er in overweging 86 op dat de Vlaamse vergunning in bij wijze van uitzondering tijdelijk gehandhaafd zou kunnen worden, “ook al is de vergunning vastgesteld op basis van met het Unierecht strijdige nationale handelingen.” In overweging 88 benoemt het Hof van Justitie de mogelijkheid van het nietig verklaren door de Vlaamse rechter “van de vergunning die is afgegeven op basis van het plan of programma dat zelf is vastgesteld met voorbijgaan aan de verplichting om een milieubeoordeling te verrichten”. Daaruit moet worden afgeleid dat het opschorten of intrekken zoals bedoeld in overweging 83 een mogelijkheid is die de Vlaamse rechter in die zaak had voor de daar voorliggende vergunning. De Nederlandse situatie is hierin niet anders.

Conclusie: het besluit van 29 maart 2022 is gebrekkig

40. Uit het voorgaande volgt dat het college bij zijn besluitvorming niet heeft onderkend dat de schending van het Unierecht die in het Nevele-arrest en de Delfzijl-uitspraak is vastgesteld wel degelijk door kan werken naar de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw en dat er omstandigheden kunnen zijn waarin tot opschorting of intrekking van die vergunningen moet worden overgegaan. Het besluit van 29 maart 2022 heeft daarom een motiveringsgebrek. De beroepsgrond van Windbrekers Swifterbant slaagt in zoverre.

Inleiding verdere afdoening Nevele

41. De rechtbank zal beoordelen of de weigering van het college om de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw in te trekken in stand kan blijven ondanks dit motiveringsgebrek. Voor die beoordeling zal zij ingaan op het Unierechtelijke beoordelingskader bij het al dan niet toepassen van de mogelijkheid om omgevingsvergunningen in te trekken en zij zal dat kader vervolgens op deze zaak toepassen. De rechtbank doet dat aan de hand van de standpunten die de partijen in deze procedure bij de rechtbank hebben ingenomen. De rechtbank voldoet daarmee aan haar wettelijke taak om het geschil zoveel mogelijk definitief te

beslechten, zodat partijen sneller duidelijkheid hebben over hun rechtspositie.

42. Deze afdoeningswijze is mogelijk, omdat het bij uitstek aan de bestuursrechter is om te oordelen over het juridische beoordelingskader. Voor de toepassing daarvan geldt dat partijen over en weer op elkaar hebben kunnen reageren en dat de feiten voldoende duidelijk zijn. De feitelijke situatie van nu verschilt bovendien niet wezenlijk van de situatie in maart 2022, toen het college het besluit met het motiveringsgebrek heeft genomen. De windturbines op land zijn weliswaar gebouwd maar Windplan Blauw is nog niet in werking genomen en de nieuwe algemene regels voor de windturbinebepalingen zijn nog steeds in voorbereiding. Voor de verdere afdoening van de zaak is het daarom niet nodig dat de rechtbank het verzoek van Windbrekers Swifterbant voor verdere besluitvorming bij het college teruglegt.

De nadere Nevele-standpunten van partijen

Het college sluit aan bij de tijdelijke overbruggingsregeling

43. Het college heeft op de zitting zijn standpunt nader toegelicht voor de situatie waarin de rechtbank zou oordelen dat er sprake zou zijn van strijdigheid met het Unierecht. Over het Unierechtelijke beoordelingskader dat moet worden gebruikt bij de vraag of al dan niet tot intrekking van de omgevingsvergunningen moet worden overgegaan, heeft het college zich niet nadrukkelijk uitgelaten.

44. Voor de inhoudelijke beoordeling wijst het college erop dat in afwachting van de inwerkingtreding van nieuwe algemene regels kan worden teruggevallen op de in overweging 13 genoemde tijdelijke overbruggingsregeling, die op 1 juli 2022 in werking is getreden als onderdeel van het Actieprogramma Verankering milieubescherming na Nevele. De tijdelijke overbruggingsregeling biedt volgens het college de noodzakelijke waarborgen voor omwonenden wanneer Windplan Blauw in gebruik wordt genomen, zodat het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen nog steeds niet aan de orde is.

Windbrekers Swifterbant vinden de tijdelijke overbruggingsregeling gebrekkig

45. Windbrekers Swifterbant hebben op de zitting aangevoerd dat de vraag of de schending van het Unierecht tot intrekking van de omgevingsvergunningen moet leiden, moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria uit het Emmott-arrest van het Hof van Justitie. Daaruit volgt dat de toestemmingen voor Windplan Blauw vanwege de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn opnieuw aan de orde moeten kunnen worden gesteld.

46. Windbrekers Swifterbant voeren vervolgens aan dat ook de tijdelijke overbruggingsregeling in strijd is met de SMB-richtlijn waardoor deze, net als eerder de windturbinebepalingen, geen bescherming biedt aan omwonenden op het moment dat Windplan Blauw in gebruik wordt genomen. Er is daarom nog steeds aanleiding om de omgevingsvergunningen in te trekken. Volgens Windbrekers

Swifterbant spelen bij de tijdelijke overbruggingsregeling dezelfde gebreken als bij de windturbinebepalingen, omdat de regeling net zo goed kaderstellend is in de zin van de SMB-richtlijn. Windbrekers Swifterbant wijzen daarbij op de kanttekeningen die de Afdeling advisering van de Raad van State bij de regeling heeft geplaatst.

SwifterwinT sluit ook aan bij de tijdelijke overbruggingsregeling

47. SwifterwinT heeft geen specifiek standpunt over het beoordelingskader en deelt het standpunt van het college over de tijdelijke overbruggingsregeling. In aanvulling daarop heeft zij er op de zitting op gewezen dat die regeling met betrekking tot Windplan Blauw voldoet aan de SMB-richtlijn, omdat zij voor dit project niet kan worden aangemerkt als kaderstellend. De vergunningen zijn immers al verleend.

Nevele-overwegingen van de rechtbank over de verdere afdoening

48. Nu is vastgesteld dat het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw een mogelijkheid is om de Unierechtelijke schending die in het Nevele-arrest is vastgesteld weg te nemen, zal de rechtbank eerst beoordelen tegen welke achtergrond het college had moeten afwegen of hij van die mogelijkheid gebruik had moeten maken. De rechtbank moet daarbij zelf, ongeacht de partijstandpunten, vaststellen wat het Unierecht daarover voorschrijft. Dit beoordelingskader werkt de rechtbank uit in overwegingen 50 tot en met 60.

48. Daarna zal de rechtbank met inachtneming van dat beoordelingskader ingaan op de vraag het college in dit specifieke geval en op dit moment moet overgaan tot het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen. Dat werkt de rechtbank uit in overwegingen 61 tot en met 80.

Procedurele autonomie, gelijkwaardigheid, doeltreffendheid én rechtszekerheid

50. De opschorting of intrekking van een in rechte vaststaande vergunning voor een windpark is niet in het Unierecht geregeld. Uit het beginsel van de procedurele autonomie volgt dat het dan aan de Nederlandse interne rechtsorde is om de procedure en de voorwaarden daarvoor te regelen, mits zo'n regeling niet ongunstiger is dan in een puur nationale aangelegenheid en zij de uitoefening van het Unierecht niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Het verzoek van Windbrekers Swifterbant moet in de eerste plaats dan worden beoordeeld op basis van deze uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgende beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.¹²

51. Verder is belangrijk dat de rechtszekerheid behoort tot de in het Unierecht erkende algemene beginselen. Het feit dat een overheidsbesluit definitief is geworden na het

¹² Bijvoorbeeld het arrest 22 december 2022, ECLI:EU:C:2022:1030 (*Shell Deutschland Oil*), overweging 25.

verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, draagt bij tot die rechtszekerheid en het Unierecht vereist niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een dergelijk definitief administratief besluit. Ook dit volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹³

52. In die rechtspraak is echter ook gepreciseerd dat een nationaal bestuursorgaan in bijzondere omstandigheden op grond van de beginselen van doeltreffendheid en loyale samenwerking gehouden kan zijn een onherroepelijk geworden besluit opnieuw te onderzoeken. In het arrest Derrybrien is het Hof van Justitie onder meer ingegaan op de mogelijkheid van een lidstaat om een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten, om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen en om zo te voldoen aan de verplichting om onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht ongedaan te maken.¹⁴ Het Hof van Justitie verwijst naar dit arrest in overweging 84 van het Nevele-arrest. Hoewel het arrest Derrybrien niet ging om het beoordelen van plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn, maar om het beoordelen van een project in de zin van de m.e.r.-richtlijn, leidt de rechtbank uit die verwijzing af dat de overwegingen uit dat arrest relevant zijn bij het beoordelen van de vraag of de schending van de SMB-richtlijn moet leiden tot het opschorten of intrekken van een eerder vergund project waarin die schending doorwerkt. Dat is de situatie die zich bij Windplan Blauw voordoet.

53. Uit overwegingen 92 en 93 van het arrest Derrybrien en de daar aangehaalde eerdere rechtspraak moet worden afgeleid dat het in beginsel is toegestaan om een aan een beheerder van een windturbinepark in strijd met het Unierecht verleende vergunning in te trekken. Daarbij gelden de voorwaarden dat die intrekking binnen een redelijke termijn plaatsvindt en rekening wordt gehouden met de mate waarin een betrokkene eventueel op de rechtmatigheid van de vergunning heeft kunnen vertrouwen. Een lidstaat kan zich daarom niet beroepen op de rechtszekerheid en op het gewettigd vertrouwen van de betrokken ondernemer in de verworven rechten om zich te verzetten tegen de gevolgen van de objectieve vaststelling dat het zijn verplichtingen niet is nagekomen die het Unierecht oplegt.

54. In deze context moet dan ook rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de situaties en van de in het geding zijnde belangen, om zo een evenwicht te vinden tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht. Ook dit is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁵

Kühne & Heitz-arrest niet van toepassing in Nevele-situatie

55. Met partijen is tijdens de zitting gesproken over de betekenis van het Kühne & Heitz-arrest van het Hof van

Justitie.¹⁶ In dit arrest heeft het Hof van Justitie criteria gegeven om te kunnen beoordelen of een bestuursorgaan een in rechte vaststaand besluit desgevraagd opnieuw moet onderzoeken, om zo alsnog rekening te houden met een latere uitleg die het Hof van Justitie aan een relevante bepaling van het Unierecht heeft gegeven.

56. Op de zitting is gebleken dat alle partijen het erover eens zijn dat dit arrest en de daarin gegeven criteria niet het beoordelingskader voor deze zaak vormen. De rechtbank is het daar mee eens. Het opschorten of intrekken van een vergunning van een windpark als "noodzakelijke bijzondere maatregel" draagt bij aan het ongedaan maken van de bredere, in die vergunning doorwerkende, schending van het Unierecht. Die bredere context speelt niet in de situatie die zich voordeed in het Kühne & Heitz-arrest.

Emmott-arrest ook niet bepalend bij intrekkingsverzoek

57. Windbrekers Swifterbant hebben gewezen op het Emmott-arrest van het Hof van Justitie.¹⁷ Daarin is geoordeeld dat een lidstaat zich bij een incorrecte implementatie van een richtlijn niet kan beroepen op termijnoverschrijding door een particulier die een procedure instelt ter bescherming van de rechten die de bepalingen van die richtlijn de particulier toekennen tot het moment waarop die richtlijn naar behoren is omgezet. Een in het nationale recht vastgelegde beroepstermijn kan dan niet vóór dat tijdstip gaan lopen.

58. Deze situatie doet zich in deze zaak niet voor, omdat Windbrekers Swifterbant niet beogen om alsnog (dan wel opnieuw) beroep in te stellen tegen de omgevingsvergunningen die voor Windplan Blauw zijn verleend. In dat geval zou overigens niet de rechtbank, maar de Afdeling in eerste en enige aanleg de bevoegde bestuursrechter zijn. Windbrekers Swifterbant hebben ervoor gekozen om de in het nationale recht geboden mogelijkheid van intrekking van de omgevingsvergunningen aan het college voor te leggen. In deze procedure is hen bovendien geen termijnoverschrijding van het instellen van rechtsmiddelen tegenworpen. Anders dan Windbrekers Swifterbant aanvoeren, is het Emmott-arrest bij de verdere beoordeling dan ook niet relevant.

Beoordeling spitst zich toe op Unierechtelijke doeltreffendheid en rechtszekerheid

59. De rechtbank komt tot de conclusie dat het verzoek van Windbrekers Swifterbant moet worden beoordeeld met inachtneming van de in overwegingen 50 tot en met 54 beschreven Unierechtelijke beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarbij moet in dit specifieke geval op basis van de relevante feiten en omstandigheden een evenwicht worden gevonden tussen enerzijds het belang van de rechtszekerheid voor SwifterwinT en anderzijds het vereiste om te kunnen komen tot een in het licht van de SMB-richtlijn rechtmatige situatie.

13 Arrest van 16 oktober 2019, EU:C:2019:861 (*Glencore Agriculture Hungary*), overweging 45 en de daar aangehaalde rechtspraak.

14 Arrest van 12 november 2019, EU:C:2019:955 (*Derrybrien*), overweging 75 en verder.

15 Arrest van 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:175 (*Grossmania*), overweging 52 e.v. en de daar aangehaalde rechtspraak.

16 Arrest van 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17 (*Kühne & Heitz*).

17 Arrest van 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:333 (*Emmott*).

60. De rechtbank stelt vervolgens voorop dat het college de Unierechtelijke beginselen van *procedurele autonomie* en *gelijkwaardigheid* in acht heeft genomen. De nationale regeling geeft in artikel 2.33, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo immers de bevoegdheid om een omgevingsvergunning in te trekken bij strijdigheid met het Unierecht, en het college heeft bij zijn besluitvorming terecht toepassing gegeven aan de uit artikel 3.15, derde lid, van de Wabo volgende procedurele vereisten, zoals het toepassen van de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Deze regelingen gelden bovendien zowel voor besluiten die het Unierecht raken als voor puur nationale aangelegenheden.

Eigen normen of milieubeoordeling niet doeltreffend

61. Voor beantwoording van de vraag of de opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw een *doeltreffende* maatregel is, zal de rechtbank onderzoeken welke andere maatregelen dan deze maatregel mogelijk of nodig zijn, om de in het Nevele-arrest en de Delfzijl-uitspraak vastgestelde schending van het Unierecht te herstellen.

62. Een van deze alternatieve mogelijkheden is dat voor Windplan Blauw eigen gemotiveerde normen worden gehanteerd. Eerder in deze uitspraak heeft de rechtbank al geoordeeld dat het MER voor Windplan Blauw niet voldoet aan de uit overweging 65 van de Delfzijl-uitspraak voortvloeiende eis van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering. Om eigen normen te hanteren zou het daarom nodig zijn om het MER aan te passen en de daarin opgenomen normen alsnog toereikend te motiveren. Daarvoor is door de betrokken partijen niet gekozen, zodat de rechtbank op die mogelijkheid nu verder niet ingaat. Overigens staat het hun vrij dat alsnog te doen.

63. Een andere mogelijkheid die uit de Delfzijl-uitspraak volgt, is dat de regering voor de windturbinebepalingen alsnog een deugdelijke milieubeoordeling laat verrichten. Die mogelijkheid beoogt de regering te benutten met het interdepartementale Actieprogramma Verankering milieubescherming na Nevele. De milieubeoordeling is echter nog in voorbereiding. Bij het sluiten van het onderzoek was het de planning van de regering dat de milieubeoordeling aan het einde van 2022 zou zijn afgerond en dat de nieuwe algemene regels eind 2023 gereed zouden zijn.¹⁸ Inmiddels heeft de regering laten weten dat diverse procedurele stappen meer tijd vragen dan voorzien en dat verwacht wordt dat de landelijke milieunormen “begin 2024” gereed zijn.¹⁹ De rechtbank betreft deze informatie bij haar beoordeling, maar omdat nog steeds sprake is van een niet concrete planning in de toekomst heeft zij hierin geen aanleiding gezien om het onderzoek te heropenen. De rechtbank

oordeelt daarom dat de beoogde milieubeoordeling nu geen doeltreffende maatregel is.

De tijdelijke overbruggingsregeling is in strijd met de SMB-richtlijn

64. Als tweede onderdeel van het Actieprogramma is er inmiddels de tijdelijke overbruggingsregeling, waar het college en SwifterwinT hun standpunten mede op baseren. Tegen de achtergrond van het hiervoor gegeven beoordelingskader vult de rechtbank de rechtsgronden aan in die zin, dat het college en SwifterwinT zich op het standpunt stellen dat de tijdelijke overbruggingsregeling doelmatig is in het licht van de schending van het Unierecht, en dat daarmee op dit moment het noodzakelijke evenwicht wordt gevonden tussen Unierechtelijke rechtmatigheid en rechtszekerheid voor SwifterwinT als vergunninghouder. Deze partijen vinden dat het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw niet aan de orde kan zijn in afwachting van het landelijke MER, vanwege het bestaan van dat evenwicht. De rechtbank toetst daarom exceptief de rechtmatigheid van de tijdelijke overbruggingsregeling.

65. De windturbines van Windplan Blauw zullen moeten voldoen aan de tijdelijke overbruggingsregeling als ze in gebruik worden genomen. In de regeling zijn normen opgenomen die inhoudelijk gelijk zijn aan de windturbinebepalingen die in de Delfzijl-uitspraak zijn beoordeeld. Daarmee is de werking van de windturbinebepalingen de facto ongewijzigd voortgezet, zonder dat daarvoor een milieubeoordeling is uitgevoerd. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft daar al op gewezen.²⁰ De regering heeft als reactie in de toelichting bij de regeling gesteld dat de tijdelijke overbruggingsregeling niet beoogt om een kaderstellend karakter te hebben, zodat de regeling geen plan of programma als bedoeld in de SMB-richtlijn is en er dus geen plan-MER hoeft te worden verricht.²¹

66. De rechtbank oordeelt dat het standpunt van de regering onjuist is. In overweging 43 van de Delfzijl-uitspraak heeft de Afdeling (bestuursrechtspraak) overwogen dat er bij de vraag of iets een kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen geen doorslaggevende betekenis kan toekomen aan het gegeven nationaalrechtelijke juridische kader, vanwege de Unierechtelijke duiding die het Hof van Justitie hieraan heeft gegeven in het Nevele-arrest. De Afdeling heeft geoordeeld dat het feit dat de windturbinebepalingen naar nationaal recht geen wettelijk toetsingskader vormen voor de vaststelling van bestemmingsplannen voor windturbineparken niet bepalend is. De Afdeling stelt verder vast dat de windturbinebepalingen voor de vaststelling van bestemmingsplannen weliswaar niet een wettelijk voorgeschreven toetsingskader zijn, maar dat deze bepalingen de planwetgever beperken. Het gaat er daarbij om dat het die planwetgever niet is toegestaan om bestemmingsplannen vast te stellen waarvan realisatie zich niet verdraagt met de windturbinebepalingen: de uitvoerbaarheid

18 Brief aan de Eerste Kamer van de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat van 21 oktober 2022, *Kamerstukken I 2022-23*, 33 612, nr. F, p. 6.

19 Brief aan de Tweede Kamer van de minister voor Klimaat en Energie van 23 december 2022, *Kamerstukken II 2022-23*, 32 813, nr. 1166, p. 11-12.

20 Advies van 9 maart 2022, *Staatscourant* 2022, nr. 11933.

21 *Staatsblad* 2022, nr. 181, p. 21.

van het plan is dan namelijk niet verzekerd. Al daarom zijn de windturbinebepalingen naar het oordeel van de Afdeling relevant voor toekomstige vergunningen in de zin van de SMB-richtlijn.

67. Deze overwegingen gelden ook voor de normen uit de tijdelijke overbruggingsregeling. Sinds de inwerkingtreding van die regeling hebben die normen immers de functie van de windturbinebepalingen overgenomen en zolang de regeling geldt, beperken zij de planwetgever net zo goed. Dat dit door de regering niet wordt beoogd, kan aan het oordeel van de Afdeling, dat weer is gebaseerd op het oordeel van het Hof van Justitie, niet afdoen. De rechtbank is daarom van oordeel dat de tijdelijke overbruggingsregeling in strijd is met de SMB-richtlijn, omdat voor de daarin opgenomen normen geen milieubeoordeling is verricht. Het college kan in zoverre daarom niet naar deze regeling verwijzen als doeltreffende maatregel om alsnog te motiveren dat de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw niet hoeven te worden opgeschort of ingetrokken.

De tijdelijke overbruggingsregeling als terugvaloptie?

68. Voor het geval de bestuursrechter tot het zojuist gegeven oordeel zou komen, heeft de regering in de tijdelijke overbruggingsregeling als ‘terugvaloptie’ aanvullend gemotiveerd dat dwingende redenen rechtvaardigen dat die regeling desondanks tijdelijk wordt gehanteerd. De toelichting bij de regeling noemt als eerste dwingende reden de noodzaak om opnieuw te voorzien in de adequate bescherming van het milieu en in het bijzonder van omwonenden van windparken. Met de tijdelijke continuering wordt meer duidelijkheid en zekerheid geboden dan als moet worden teruggevallen op de algemene zorgplicht uit artikel 2.1 van het Activiteitenbesluit milieubeheer. Dit is volgens de toelichting in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie, omdat het tijdelijk stopzetten van “bestaande wind(turbine)bepalingen” (de rechtbank begrijpt: bestaande windparken) niet aan de orde is vanwege onherroepelijke toestemmingsbesluiten. Intrekking van die toestemmingen zou een te vergaande stap in strijd met de rechtszekerheid zijn. De rechtszekerheid wordt als tweede dwingende reden opgevoerd omdat het – nog steeds volgens de regering – onwenselijk is dat per situatie in gerechtelijke procedures moet worden bepaald of en onder welke voorwaarden bestaande windturbineparken in werking mogen zijn.²²

69. De rechtbank overweegt dat het op dit punt relevante Unierechtelijke beoordelingskader moet worden afgeleid uit overweging 90 van het Nevele-arrest. Daaruit volgt dat het (tijdelijk) toestaan van een nationale regeling in strijd met de SMB-richtlijn in een uitzonderingssituatie aan de orde kan zijn als anders – kort gezegd – een rechtsvacuüm zou ontstaan dat in strijd is met andere Unierechtelijke verplichtingen van een lidstaat die zijn gericht op milieubescherming.

De tijdelijke overbruggingsregeling speelt alleen een rol als ondergrens

70. De eerste door de regering genoemde dwingende reden van noodzakelijke milieubescherming haakt aan bij een dergelijk te voorkomen rechtsvacuüm. Dat kan aan de orde kan zijn bij bestaande windparken met in rechte vaststaande vergunningen, voor de situatie dat de windturbinebepalingen of de tijdelijke overbruggingsregeling beide niet zouden gelden. In dat geval zijn er immers geen materiële milieunormen waar een bestaand windpark aan moet voldoen en waar belanghebbenden zich ter bescherming op kunnen beroepen. Een rechtsvacuüm zou er dan concreet uit bestaan dat een bestaand windpark bijvoorbeeld meer geluid kan veroorzaken dan de normen voorschrijven, zonder dat het bevoegd gezag daartegen handhavend kan optreden. De strijdigheid van de windturbinebepalingen en/of de tijdelijke overbruggingsregeling met de SMB-richtlijn zou dan voor windparken de deur open zetten om zonder beperking de productie op te voeren.

71. De rechtbank stelt in dit kader voorop dat de windturbinebepalingen door de Delfzijl-uitspraak hun werking niet hebben verloren. De Afdeling heeft de windturbinebepalingen in de uitspraak immers alleen buiten toepassing verklaard in de daar voorliggende procedure, maar heeft ze niet onverbindend verklaard. De windturbinebepalingen hebben hun werking daarom behouden als algemene regels voor bestaande windparken en door de Delfzijl-uitspraak is geen rechtsvacuüm ontstaan zoals bedoeld wordt in het Nevele-arrest. De regering heeft er vervolgens met de inwerkingtreding van de tijdelijke overbruggingsregeling voor gekozen om de (oorspronkelijke) windturbinebepalingen slechts nog van toepassing te laten zijn op windparken van maximaal twee windturbines, en heeft voor grotere windturbineparken de tijdelijke overbruggingsregeling vastgesteld. Omdat de materiële normen in die regeling niet verschillen van de windturbinebepalingen leidt dat in de praktijk niet tot een wijziging: bestaande wind(turbine)parken moeten nog steeds voldoen aan die normen.

72. Dat de tijdelijke overbruggingsregeling een waarborg biedt voor omwonenden wanneer Windplan Blauw in gebruik wordt genomen is dan ook juist, maar de rechtbank volgt het college en SwifterwinT niet in hun standpunt dat alleen al daarom de opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen niet aan de orde kan of moet zijn. Windbrekers Swifterbant beogen in deze procedure immers geen bescherming te zoeken tegen een rechtsvacuüm dat bestaat uit het in werking hebben van het windpark bóven de normen uit de tijdelijke overbruggingsregeling. Windbrekers Swifterbant richten zich juist tegen die normen en willen bereiken dat strengere normen worden gehanteerd. In afwachting van de daartoe door de regering te maken milieubeoordeling willen zij dat Windplan Blauw niet in gebruik genomen wordt en daarom hebben zij het verzoek tot intrekking van de omgevingsvergunningen gedaan. De tijdelijke overbruggingsregeling is in zoverre op zichzelf dan ook geen doeltreffende maatregel om de door Windbrekers Swifterbant aangekaarte, met het Unierecht strijdige, situatie van Windplan Blauw te beëindigen.

²² Staatsblad 2022, nr. 181, p. 22-23.

73. De rechtbank betreft het bestaan van de tijdelijke overbruggingsregeling wél bij de beoordeling van de vraag of het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw een doeltreffende maatregel is. De regeling zorgt er immers voor dat de materiële normen uit de windturbinebepalingen als ondergrens blijven gelden en dat beschermt omwonenden. In zoverre wordt tegemoet gekomen aan de gezondheidsrisico's bij de ingebruikname van het windpark, waar Windbrekers Swifterbant op hebben gewezen.

74. Uit het voorgaande volgt dat het bestaan van de tijdelijke overbruggingsregeling, in de zin van de door de regering bedoelde terugvaloptie, onvoldoende is om te zeggen dat bestaande vergunningen alleen al daarom vanuit het oogpunt van rechtszekerheid moeten blijven gelden. Maar de regeling biedt wel een ondergrens die belanghebbenden beschermt en dat kan worden betrokken in de weging van alle belangen die moet worden gemaakt bij de vraag of een vergunning moet worden opgeschort of ingetrokken.

Tijdsverloop, reparatieopties en planning

75. De rechtbank kijkt vervolgens naar de andere elementen die een rol spelen bij de vraag of opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen een doelmatige maatregel is om tot een evenwicht tussen rechtszekerheid en Unierechtelijke rechtmatigheid te komen.

76. Om te beoordelen welk gewicht de rechtszekerheid van SwifterwinT daarbij heeft, moet worden ingegaan op het element "redelijke termijn" uit het in overweging 53 aangehaalde arrest Derrybrien en op de mate waarin SwifterwinT eventueel op de rechtmatigheid van de vergunning heeft kunnen vertrouwen. De Afdeling heeft op 6 november 2019 in laatste instantie uitspraak gedaan over de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw. Vanaf dat moment zou SwifterwinT op de rechtmatigheid van deze vergunningen hebben kunnen vertrouwen, ware het niet dat op dat moment de prejudiciële vragen van 4 december 2018 in de zaak Nevele al aanhangig waren bij het Hof van Justitie.

77. Na de uitspraak van de Afdeling is een periode van bijna acht maanden verstreken totdat het Hof van Justitie op 25 juni 2020 het Nevele-arrest wees. De rechtbank oordeelt dat de lopende procedure in de zaak Nevele voor SwifterwinT al een aanwijzing was om rekening te houden met de mogelijkheid dat de rechtmatigheid van de omgevingsvergunningen opnieuw aan de orde zou kunnen worden gesteld. Dat gebeurde vervolgens met het verzoek van Windbrekers Swifterbant op 26 februari 2021, bijna 15 maanden nadat de omgevingsvergunningen in rechte vast waren komen te staan. Inmiddels is er ruim drie jaar en drie maanden verstreken. De rechtbank oordeelt dat SwifterwinT al langere tijd rekening heeft kunnen houden met de mogelijkheid dat de SMB-richtlijn niet correct was geïmplementeerd, en dat dit gevolgen kon hebben voor Windplan Blauw. Het tijdsverloop is daarom op zichzelf geen reden voor de conclusie dat het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen in strijd is met de rechtszekerheid.

78. Over de rechtmatige situatie die in het licht van de SMB-richtlijn moet worden bereikt overweegt de rechtbank het volgende. De schending van het Unierecht die hier aan de orde is, is van procedurele aard. Zij houdt immers in dat ten onrechte geen milieubeoordeling is uitgevoerd voor de windturbinebepalingen, dan wel dat geen volwaardige milieubeoordeling is uitgevoerd voor Windplan Blauw zelf. Om deze schending ongedaan te maken wordt alsnog een milieubeoordeling opgesteld. De vastgestelde Unierechtelijke schending houdt dus niet in dat de materiële normen uit de windturbinebepalingen onjuist zijn. Hoewel de rechtbank onderkent dat de uit te voeren milieubeoordeling ertoe zou kunnen leiden dat die materiële normen ten gunste van Windbrekers Swifterbant worden bijgesteld, is het te vroeg om daarop nu vooruit te lopen. De rechtbank hanteert daarom als uitgangspunt dat de Unierechtelijke schending gerepareerd kan worden.

79. Op dit punt van de beoordeling is verder de planning van de uitvoering van het Windplan Blauw relevant. Van belang is dat het windpark nog niet in gebruik was toen Windbrekers Swifterbant hun verzoek indienden en dat die situatie nog hetzelfde is. SwifterwinT heeft op de zitting toegelicht dat zij de windturbines op land in april 2023 in gebruik wil nemen.

Nu geen intrekking, later mogelijk wel

80. De rechtbank oordeelt dat er op dit moment, enige maanden voordat Windplan Blauw daadwerkelijk in gebruik zal worden genomen en met inachtneming van de bijgestelde planning van de regering voor de milieubeoordeling, nog geen grondslag is om tot opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen over te gaan. Bij deze stand van zaken gaat het om een relatief korte periode waarna het procedurele gebrek, dat voortkomt uit de Unierechtelijke schending, gerepareerd kan zijn. Concreet is Windplan Blauw dan in gebruik van april 2023 tot begin 2024, ondanks de schending van het Unierecht. Gedurende die tijd moet SwifterwinT blijven voldoen aan de normen die nu in de tijdelijke overbruggingsregeling zijn opgenomen. Op deze manier kan het college enerzijds tegemoet komen aan het belang van SwifterwinT om de ontwikkeling van Windplan Blauw te kunnen blijven voortzetten zoals gepland, en anderzijds aan het belang van Windbrekers Swifterbant dat zij niet te lang in onzekerheid blijven over de vraag of de normen waaraan Windplan Blauw moet voldoen wel passend zijn. Door in de periode tot begin 2024 de omgevingsvergunningen te handhaven wordt het noodzakelijke evenwicht bereikt tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht.

80. De rechtbank benadrukt dat dit oordeel geldt bij de huidige stand van zaken. Wanneer blijkt dat de planning voor het in werking treden van de nieuwe windturbinebepalingen niet gehaald wordt en de periode waarin het windpark zonder milieubeoordeling in gebruik kan zijn daardoor langer wordt, kan dat aanleiding zijn om opnieuw te kijken naar het hiervoor genoemde evenwicht tussen de Unierechtelijke rechtmatigheid en rechtszekerheid. Ook

nieuwe rechtspraak over windturbines en de toepassing van het Nevele-arrest kan daarvoor de aanleiding vormen. De rechtbank heeft er namelijk via de persagenda van de Raad van State kennis van genomen dat de zaak die tot de Delfzijl-(tussen)uitspraak leidde, op 15 november 2022 op een zitting van de Afdeling is behandeld. Een volgende uitspraak in die zaak kan mogelijk ook in bredere zin gevolgen hebben. De rechtbank wijst er ook op dat op dit moment nog niet bekend is wat de uitkomsten van de landelijke milieubeoordeling zijn. Als daaruit zou volgen dat de normen uit de tijdelijke overbruggingsregeling geen stand kunnen houden, dan kan dat het college onder omstandigheden verplichten om voor Windplan Blauw aangepaste normen vast te stellen. Daarop kan de rechtbank nu echter niet vooruit lopen.

80. Het college moet uit zichzelf de hiervoor genoemde nadere beoordeling maken als dat nodig blijkt. Wanneer dat niet gebeurt en Windbrekers Swifterbant een dergelijke beoordeling wel wensen, dan kunnen zij het college verzoeken om daarover een besluit te nemen. Dat besluit kan dan opnieuw aan de bestuursrechter worden voorgelegd. De noodzaak van zo'n nieuw verzoek volgt uit het nationale bestuursprocesrecht zoals dat in de Algemene wet bestuursrecht is verankerd en daarmee voldoet aan het Unierechtelijke beginsel van de procedurele autonomie.

Overwegingen van de rechtbank over overige beroepsgronden en slot

Geen evidente strijd met de Dienstenrichtlijn

83. Windbrekers Swifterbant hebben aan hun verzoek tot intrekking van de omgevingsvergunningen ook ten grondslag gelegd dat met het verlenen van die vergunningen schaarse rechten zijn toegekend, omdat het aantal te verlenen omgevingsvergunningen door de politieke besluitvorming kwantitatief is beperkt. Omdat Windbrekers Swifterbant niet hebben kunnen meedingen naar het verkrijgen van de vergunningen is volgens hen sprake van strijd met het Unierecht. De rechtbank vult deze beroepsgrond in die zin aan, dat Windbrekers Swifterbant zich erop beroepen dat de omgevingsvergunningen zijn verleend in strijd met de Dienstenrichtlijn.

84. De rechtbank overweegt dat hier een ander beoordelingskader geldt. Anders dan bij de windturbinebepalingen is hier immers geen sprake van gebrekkige implementatie van de Dienstenrichtlijn, en kan het intrekken van de omgevingsvergunningen dus niet gezien worden als *instrument* om een dergelijke schending van het Unierecht ongedaan te maken. Het college heeft er in zijn besluitvorming terecht op gewezen dat de nu aangevoerde schending met de Dienstenrichtlijn had kunnen worden aangevoerd in de beroepsprocedure tegen de omgevingsvergunningen zelf. Dat is niet gebeurd. Omdat de omgevingsvergunningen in rechte vaststaan, kunnen zij alleen alsnog worden ingetrokken als zij evident in strijd met de Dienstenrichtlijn zijn verleend, dan wel als bij wijze van exceptieve toetsing blijkt dat het rijksinpassingsplan dat aan de omgevingsvergunningen ten grondslag ligt evident in strijd is met de

Dienstenrichtlijn. De rechtbank past hier dus een evidentie-criterium toe.

85. De rechtbank oordeelt dat door Windbrekers Swifterbant niet is onderbouwd, en dat ook anderszins niet is gebleken, dat het rijksinpassingsplan of de omgevingsvergunningen schaarste creëren anders dan de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond, in dit geval voor de bouw van de windturbines, beperkt is tot de daartoe bestemde locatie. Evidente strijd met de Dienstenrichtlijn is daarom niet aan de orde. De beroepsgrond slaagt niet.

Rekenmodellen geen reden voor intrekking

86. Windbrekers Swifterbant hebben ten slotte aangevoerd dat het college niet heeft onderkend dat bij het verlenen van de omgevingsvergunningen verkeerde rekenmodellen zijn gebruikt, waardoor is uitgegaan van een lagere geluidbelasting dan die zich in de praktijk zal voordoen. Zij wijzen er daarbij op dat er een nieuwere generatie windturbines zal worden gebruikt dan waarvan destijds is uitgegaan.

87. Hier wordt geen schending van het Unierecht aan de orde gesteld en daarvan is ook niet gebleken. Deze beroepsgrond moet in deze procedure daarom worden beoordeeld in het licht van de intrekkingmogelijkheden uit artikel 2.33 van de Wabo. De rechtbank oordeelt dat geen van die mogelijkheden zich voordoet. Daarvoor is bepalend dat in de omgevingsvergunningen geen specifiek type windturbine is vastgelegd en dat SwifterwinT, ongeacht het gekozen type, zal moeten voldoen aan de geluidsnormen die nu in de tijdelijke overbruggingsregeling staan. Dat nu een ander type windturbine wordt gebruikt dan waar in de rekenmodellen van uit is gegaan zou daarom alleen tot de conclusie kunnen leiden dat de uitvoerbaarheid van de omgevingsvergunningen in gevaar komt. Dat is echter geen intrekkinggrond. Bij een in rechte vaststaande vergunning kan dat in een handhavingprocedure aan de orde worden gesteld. De beroepsgrond slaagt niet.

Wijze waarop het beroep wordt afgedaan en kosten

88. In overweging 40 is geoordeeld dat het besluit van 29 maart 2022 een motiveringsgebrek heeft, maar in overweging 80 is geoordeeld dat de afwijzing van het verzoek van Windbrekers Swifterbant om de omgevingsvergunningen van Windplan Blauw in te trekken in het licht van het Nevele-arrest ondanks dat gebrek nu in stand kan blijven. Ook de overige beroepsgronden slagen niet. Dit leidt tot de volgende beslissingen in deze zaak.

89. De rechtbank zal het beroep van Windbrekers Swifterbant gegrond verklaren en het besluit van 29 maart 2022 vernietigen, omdat het is genomen in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht. Zij zal vervolgens de rechtsgevolgen van het besluit van 29 maart 2022 in stand laten. Dat betekent dat de afwijzing van het verzoek van Windbrekers Swifterbant blijft gelden.

90. Omdat het beroep gegrond is, moet het college aan Windbrekers Swifterbant het griffierecht vergoeden. Het

college moet ook de door hen gemaakte proceskosten vergoeden. Deze kosten heeft Windbrekers Swifterbant immers moeten maken om alsnog een juiste beoordeling van haar verzoek te verkrijgen. De proceskostenvergoeding wordt met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht als volgt berekend. De bijstand door de gemachtigde levert 2 punten op: 1 punt voor het indienen van het beroepsschrift en 1 punt voor de aanwezigheid op de zitting. Die punten hebben een waarde van € 837,-. De rechtbank hanteert een wegingsfactor van 1,5, omdat deze zaak van zwaar gewicht is. Daarbij overweegt de rechtbank dat in dit geval sprake is van een zaak waarbij grote belangen spelen en de aard van de zaak complex is, afgezet tegen andere bestuursrechtelijke zaken. Dat geeft aanleiding om ten aanzien van het in onderdeel C1 van de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht opgenomen gewicht van de zaak een categorie hoger te hanteren dan 'gemiddeld'. Toegekend wordt (2 x 837 x 1,5 =) € 2.511,-.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep voor zover het is ingediend namens [F] niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep voor zover het ingediend namens Windbrekers Swifterbant gegrond;
- vernietigt het besluit van 29 maart 2022;
- bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit in stand blijven;
- draagt het college op het door Windbrekers Swifterbant betaalde griffierecht van € 365,- te vergoeden;
- veroordeelt het college in de proceskosten van Windbrekers Swifterbant tot een bedrag van € 2.511,-.

Noot

1. Op 5 oktober 2018 zijn er door het college van B&W van de gemeente Dronten zes omgevingsvergunningen voor de activiteiten bouwen en milieu verleend voor de realisatie van een windpark in en nabij Swifterbant (Windplan Blauw). Het windpark beslaat 61 windturbines waarvan een deel op land en een deel in het IJsselmeer is of wordt gerealiseerd. Door een groep inwoners, deels verenigd in een stichting, is verzocht om intrekking van deze (inmiddels onherroepelijke) omgevingsvergunningen. Omdat de stichting en de inwoners geen belanghebbenden zijn bij het verzoek om intrekking van de omgevingsvergunningen voor de lijnopstellingen in het IJsselmeer, beperkt de rechtbank zich tot de omgevingsvergunningen voor de (inmiddels voltooide) windturbines op land.

2. Directe aanleiding voor het intrekkingverzoek vormt het Nevele-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503 (hierna: het Nevele-arrest) en de daarop gebaseerde Delfzijl-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395). In laatstgenoemde uitspraak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak aan de hand van de in het Nevele-arrest

uiteengezette kaders dat de (toenmalige) windturbinebepalingen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: Abm) en de Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: Arm) in strijd met de SMB-richtlijn niet vooraf zijn gegaan door een plan-MER.

3. Bij de omgevingsvergunningverlening voor Windplan Blauw is voor wat betreft de beoordeling van de milieugevolgen van de windturbines uitgegaan van de toepasselijkheid van de (toenmalige) windturbinebepalingen uit het Abm en Arm. Nu uit de Delfzijl-uitspraak volgt dat die bepalingen ten onrechte niet zijn be-plan-MER'd, zijn de omgevingsvergunningen volgens appellanten in strijd met het Unierecht verleend. Vanwege die strijdigheid menen zij dat het college de vergunningen moet intrekken dan wel opschorten.

4. De rechtbank vangt haar oordeel in r.o. 32 aan met de constatering dat de verleende omgevingsvergunningen zelf geen plan of programma's zijn in de zin van de SMB-richtlijn (en om die reden be-plan-MER'd hadden moeten worden). Dat neemt niet weg dat de strijdigheid van de windturbinebepalingen met het Unierecht volgens de rechtbank wél doorwerkt naar de verleende omgevingsvergunningen. Bij het verlenen van die vergunningen is het college voor wat betreft het milieudeel namelijk uitgegaan van de werking van de (toenmalige) windturbinebepalingen. Nu uit r.o. 66 van de Delfzijl-uitspraak volgt dat op die bepalingen niet mocht worden teruggevallen voor windparken, zijn de vergunningen in strijd met het Unierecht en artikel 2.14 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) verleend, zodat deze gebrekkig zijn (r.o. 32-36).

5. Voor wat betreft de gevolgen van het geconstateerde gebrek sluit de rechtbank aan bij de punten 82 en 83 van het Nevele-arrest. Daarin overweegt het Hof dat indien een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn ten onrechte niet vooraf is gegaan door een milieubeoordeling, de lidstaten "alle noodzakelijke maatregelen" dienen te treffen om die omissie te herstellen. Dat kan eruit bestaan dat het betreffende plan of programma nietig wordt verklaard of opgeschort, en dat reeds verleende vergunningen worden ingetrokken of opgeschort.

6. Wat betreft dat laatste, het intrekken van reeds verleende vergunningen, verwijst het Hof in Nevele naar punt 75 van het arrest Commissie/Ierland (HvJ EU 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955) en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Hoewel die arresten alleen betrekking hebben op vergunningen in de zin van de mer-richtlijn waarvoor is verzuimd een project-mer(-beoordeling) te verrichten, leidt de rechtbank uit die verwijzing af dat het Hof daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat opschorting of intrekking van een vergunning óók aan de orde kan zijn als voor het plan of programma waarop een vergunning in de zin van mer-richtlijn is gebaseerd, in strijd met de SMB-richtlijn geen plan-mer(-beoordeling) is verricht. Steun voor deze uitleg vindt de rechtbank in r.o. 86 en 88 van het Nevele arrest waarin het Hof in het kader van de nationale afdoeningsmogelijkheden opmerkt dat het aan de verwijzende Belgische rechter is "om de vergunning die is afgegeven op basis van het plan of programma dat zelf is vastgesteld met

voorbijgaan aan de verplichting om een milieubeoordeling te verrichten, nietig te verklaren” (zie r.o. 30, 31, 37-39).

7. Wij betwijfelen of het Hof dit inderdaad tot uitdrukking heeft willen brengen, en voor zover dat wel het geval is, of die redenering juist is. Het Unierechtelijk gebrek kleeft in deze situatie immers niet aan de vergunning zelf, maar bevindt zich één stap hoger, op het niveau van het kaderstellende plan of programma. Daarvoor dient een aan de eisen van de SMB-richtlijn beantwoorde milieueffectbeoordeling te worden gemaakt, om zo op een hoog abstractieniveau en in een vroeg stadium integraal de mogelijk op te treden milieugevolgen vanwege de in het plan of programma opgenomen strategische keuzes door te lichten. Die strategische keuzes zijn immers bepalend voor de zich mogelijk voordoende milieueffecten van de daarin opgenomen projecten. Bij de uitvoering van het plan in de vorm van vergunningen voor concrete projecten verplicht de mer-richtlijn vervolgens om een project-mer(-beoordeling) te verrichten. Dat is verzuimd een plan-mer(-beoordeling) te verrichten voor het daaraan voorafgaande kaderstellende plan of programma, doet aan deze verplichting niet af en maakt de latere vergunning evenmin gebrekkig, zolang de daarvoor benodigde project-mer(-beoordeling) maar juist en volledig is verricht. Dat komt omdat de vergunning zelf niet kwalificeert als plan of programma, zodat de uit de SMB-richtlijn voortvloeiende verplichting om een plan-mer(-beoordeling) te verrichten daarop niet van toepassing is. Zie in dit verband ook de eveneens in deze aflevering opgenomen uitspraak van de Rb. Oost-Brabant van 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833 inzake windpark De Rietvelden waarin de rechtbank tot hetzelfde oordeel komt (zie r.o. 8.2).

8. Vorenstaande betekent niet dat de voorliggende vergunningen in hun geheel niet gebrekkig zijn, maar wel dat dit gebrek ‘slechts’ nationaalrechtelijk van aard is. In dat verband wijzen wij op de Delfzijl-uitspraak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak nadrukkelijk niet heeft overwogen dat aan het bestemmingsplan voor Windpark Delfzijl Zuid vanwege het ontbreken van een plan-mer voor de windturbinebepalingen een Unierechtelijk gebrek kleeft, maar wel dat het bestemmingsplan niet zorgvuldig tot stand is gekomen en niet draagkrachtig is gemotiveerd (r.o. 60 en 66). Dat betekent voorts dat, anders dan de rechtbank, in onze visie niet toegekomen wordt aan de vraag of wordt voldaan aan de Kühne & Heitz-criteria (ontleend aan HvJ EG 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17) dan wel of de Europeesrechtelijke beginselen van procedurele autonomie, rechtszekerheid en doeltreffendheid nopen tot het intrekken of opschorten van de vergunning. Aan de vergunning kleeft zoals gezegd namelijk geen Unierechtelijk gebrek maar ‘slechts’ een nationaal motiveringsgebrek, waardoor heroverweging vanwege strijd met het Unierecht niet aan de orde kan zijn.

9. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat het Unierechtelijk gebrek ook doorwerkt in de op het plan en programma gebaseerde vergunningen, dan begrijpen wij de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de toepasselijkheid van het Kühne & Heitz-arrest niet. De

rechtbank werpt dit arrest van de hand met het argument dat de Unierechtelijke schending in casu een “bredere context” kent dan in de situatie die voorlag in het Kühne & Heitz-arrest. Wat de rechtbank hiermee precies bedoelt, is ons niet duidelijk. Wij zien het zo dat er enerzijds de arresten van het Hof zijn waarin het heeft geoordeeld dat als voor een vergunning is verzuimd een project-mer(-beoordeling) te verrichten, de mer-richtlijn er onder omstandigheden toe kan verplichten de vergunning in te trekken of op te schorten, teneinde die beoordeling alsnog te verrichten (zie o.a. HvJ EG 7 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:12 (*Wells*) en het hiervoor genoemde Commissie/Ierland). Eenzelfde geldt voor plannen of programma's waarvoor is verzuimd ingevolge de SMB-richtlijn een plan-mer(-beoordeling) te verrichten (zie o.a. het Nevele-arrest). Anderzijds zijn er de – niet specifiek op de mer- of SMB-richtlijn toegespitste – arresten van het Hof die gaan over het vanwege strijdigheid met het EU-recht heroverwegen van onherroepelijke besluiten, al dan niet in het licht van de Europese beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (zie o.a. het Kühne & Heitz-arrest en HvJ EU 4 oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:608 (*Byankov*)). Beide jurisprudentielijnen zijn onzes inziens gelijktijdig relevant, zij het dat voor windparken niet (snel) zal worden voldaan aan de Kühne & Heitz-criteria. Zie in dit verband R.H.W. Frins & A.G.A. Nijmeijer, ‘Van Nevele naar Delfzijl en verder’, *M en R* 2021/120. De jurisprudentielijnen liggen in elkaars verlengde. De mogelijkheden die de nationale rechter heeft om de met Unierecht strijdige situatie een halt toe te roepen worden immers begrensd door de beginselen van procesautonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (zie bijvoorbeeld het hiervoor aangehaalde Wells-arrest).

10. In r.o. 59-74 kleurt de rechtbank de voorwaarden in waaronder intrekking of opschorting van een (onherroepelijke) vergunning wegens strijd met EU-recht aan de orde kan zijn. In dat verband komt onder meer de eis van doeltreffendheid aan de orde. In dat kader onderzoekt de rechtbank welke andere maatregelen dan het intrekken of opschorten van de vergunning mogelijk zijn om de (veronderstelde) schending van het Unierecht te herstellen. Twee oplossingsrichtingen zijn al door de Afdeling bestuursrechtspraak in de Delfzijl-uitspraak geschetst, namelijk (i) het voorzien in eigen normering die vergezeld gaat met een deugdelijke, actuele en op de situatie toegesneden motivering; en (ii) het plan-MER op rijksniveau afwachten. Door het college is geen eigen beoordeling overgelegd. Omdat het plan-MER op rijksniveau pas op zijn vroegst begin 2024 wordt verwacht, acht de rechtbank dat op dit moment evenmin een doeltreffende maatregel. De derde en laatste mogelijkheid die de rechtbank onderzoekt is de op 1 juli 2022 in werking getreden tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken (hierna: TOW).

11. De TOW voorziet (tot uiterlijk 1 juli 2025) in direct werkende algemene regels voor windturbineparken waarvoor uiterlijk op 30 juni 2021 (omgevings)vergunningverlening heeft plaatsgevonden als bedoeld in art. 3.15b lid 1 Abm. Deze regels zijn opgenomen in par. 3.2.3a Abm en komen inhoudelijk overeen met de eerdere windturbinebepalingen

die buiten toepassing moesten worden gelaten. Volgens de rechtbank is de TOW eveneens in strijd met de SMB-richtlijn vastgesteld omdat daaraan evenmin een milieubeoordeling vooraf is gegaan. Op de door de rechtbank in r.o. 64-67 gegeven onderbouwing valt wel af te dingen. Zo stelt de rechtbank dat de TOW-normen de bestemmingsplanwetgever beperken. De rechtbank gaat daarbij voorbij aan het gegeven dat een wijziging van het bestemmingsplan impliceert dat de TOW niet meer van toepassing is (zie artikel 3.15b lid 2 Abm). Dat daargelaten, kunnen wij ons wel voorstellen dat de term 'kaderstelling' ex artikel 3 lid 2 SMB-richtlijn zich onder de gegeven omstandigheden ook uitstrekt over reeds verleende vergunningbesluiten en dat er op grondslag van de SMB-richtlijn ook voor de TOW een plan-mer-plicht bestond.

12. Waar wij de rechtbank niet in volgen is dat de windturbinebepalingen door de Delfzijl-uitspraak hun werking niet hebben verloren (zie r.o. 71 van de onderhavige uitspraak). De rechtbank stelt dat de Afdeling bestuursrechtspraak de windturbinebepalingen niet onverbindend heeft verklaard en dat zulks impliceert dat de materiële normstelling voor windturbineparken is blijven gelden. In het verlengde daarvan oordeelt de rechtbank dat ook de materiële normstelling in de TOW geldt, ondanks het Europese plan-mer-gebrek. De Afdeling heeft er in de Delfzijl-uitspraak onzes inziens geen misverstand over laten bestaan dat de (toenmalige) windturbinebepalingen buiten toepassing blijven voor wind(turbine)parken en daarvoor dus geen toetsingskader meer bieden (zie r.o. 60 van de Delfzijl-uitspraak). Uitsluitend vanwege het feit dat de desbetreffende bepalingen ook zien op bijvoorbeeld solitaire windturbines, die niet onder de werkingssfeer van de mer-richtlijn vallen, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de windturbinebepalingen niet onverbindend geoordeeld (zie r.o. 18.1 van de Delfzijl-uitspraak). De materiële normstelling in de TOW is onzes inziens eveneens niet van toepassing op windturbineparken als ervan wordt uitgegaan dat de TOW in strijd met de SMB-richtlijn tot stand is gekomen. Omdat de TOW uitsluitend op wind(turbine)parken ziet, zou de door de rechtbank geconstateerde strijd met de SMB-richtlijn overigens wel kunnen leiden tot onverbindendheid van die wettelijke regeling. Zou de rechtbank zijn uitgegaan van de onverbindendheid van de TOW, dan zou de afweging met betrekking tot de eis van doeltreffendheid waarschijnlijk een andere uitkomst hebben opgeleverd.

T. Röttscheid & M.A.A. Soppe

M en R 2023/46

Rechtbank Oost-Brabant 11 juli 2022, nr. 21/2764
(Hutten, Verhoeven, Van den Broek)
m.nt. T. Röttscheid & M.A.A. Soppe onder M en R 2023/45

(Art. 2.33 Wabo; art. 4 lid 3 VEU; art. 2 SMB-richtlijn)

Omgevingsvergunning in de praktijk 2022/8715
ECLI:NL:RBOBR:2022:2833

De (toenmalige) windturbine-normen in het Activiteitenbesluit milieubeheer zijn in strijd met de SMB-richtlijn, maar de omgevingsvergunning niet. Er is geen (Unierechtelijke) plicht om die vergunning in te trekken.

De windturbinebepalingen, voor zover deze van toepassing zijn op windturbineparken, moeten naar het oordeel van de rechtbank wegens strijd met het Unierecht buiten toepassing worden gelaten. Daaruit volgt echter niet dat de omgevingsvergunning in strijd is met het Unierecht. De omgevingsvergunning is namelijk geen plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn. De SMB-richtlijn verplicht dus niet tot het opstellen van een milieubeoordeling voorafgaand aan het verlenen van de omgevingsvergunning. De omgevingsvergunning valt wel onder de reikwijdte van de m.e.r.-richtlijn. Bij de verlening van de omgevingsvergunning is voldaan aan de verplichtingen die voortvloeien uit de m.e.r.-richtlijn doordat een vormvrije m.e.r.-beoordeling is uitgevoerd. De omgevingsvergunning is dus niet in strijd met het Unierecht. Het betoog van eiseres dat de omgevingsvergunning wegens strijd met het Unierecht moet worden ingetrokken, slaagt dan ook niet. De verwijzing door eiseres naar de overwegingen 82 en 83 van het Nevele-arrest leidt niet tot een ander oordeel. In overweging 82 stelt het Hof voorop dat de lidstaten alle noodzakelijke maatregelen moeten treffen om te verzekeren dat alle plannen of programma's die aanzienlijke milieueffecten hebben aan een milieubeoordeling worden onderworpen. Zoals gezegd is de omgevingsvergunning echter geen plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn. In overweging 83 gaat het Hof in op de in artikel 4, derde lid, van het VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking. Dat beginsel verplicht de lidstaten de onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht ongedaan te maken. Het Hof geeft enkele voorbeelden van maatregelen die kunnen worden getroffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Eén van die voorbeelden is dat een al verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten. In dat kader verwijst het Hof naar het ook door eiseres genoemde arrest Commissie/Ierland. De omgevingsvergunning voor het windpark de Rietvelden is echter verleend na een vormvrije m.e.r.-beoordeling. Er is geen sprake van een verzuim van een milieubeoordeling. De overwegingen van het Hof zijn dan ook niet van toepassing op deze omgevingsvergunning.

Uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen:
[eiseres], te [vestigingsplaats], eiseres
(gemachtigde: mr. P.A. de Lange),