

heel scherp over denkt, blijkt wel uit de overduidelijke sneer waarmee de overweging wordt afgesloten:

“In zekere zin heeft verzoeker het onderzoek gedaan dat de controlerende overheidsinstellingen voortdurend laten liggen (of niet aan toe komen door structurele onderbezetting).”

De gehele gevraagde vergoeding wordt door de rechter toegewezen.

Conclusie

Deze zaak illustreert dat het soort sepot alsmede de toegepaste sepotcode van belangrijke invloed kan zijn op de billijkheidsbeoordeling van de raadkamerrechter. In dit specifieke geval zou je (achteraf) kunnen stellen dat de gewezen verdachte waarschijnlijk beter af was geweest met een OVAR door de strafrechter, dan met het toegepaste beleidspot met de gebruikte code. Het sepot liet immers nog ruimte voor het Openbaar Ministerie om met de beschuldigende vinger naar de gewezen verdachte te blijven wijzen. Gelukkig voor de gewezen verdachte trof hij een daadkrachtige raadkamerrechter, en kwam het voor hem toch nog goed, althans voor wat betreft zijn teruggaveverzoek ex art. 530 Sv. Je kunt je bij deze stand van zaken wel afvragen of de sepotcode in zijn JuDoc gelet op deze uitspraak nog wel passend is. Een OVAR door de strafrechter impliceert namelijk toch echt een technisch sepot met sepotcode 06: dader niet strafbaar (onder andere vanwege beroep op een rechtvaardigingsgrond). Een technisch sepot staat toch gunstiger op je JuDoc dan een beleidspot. Wellicht is het voor de gewezen verdachte mogelijk om, met verwijzing naar deze uitspraak en in het licht van zijn JuDoc en alle gevolgen van dien, ook te proberen om in een klachtprocedure het sepot en de sepotcode aangepast te krijgen.

Renate Croes

M en R 2024/116

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 18 september 2024, nr. 202301898/1/R4
(Meijer, Gundelach, Van Gastel)
m.nt. M.A.A. Soppe & T. Rotscheid

(Art. 2, 3 lid 2 onder a SMB-richtlijn; art. 4 lid 3 VEU)

NJB 2024/898
ABkort 2024/198
ECLI:NL:RVS:2024:3744

Omgevingsvergunningen voor het windpark zijn niet in strijd met de SMB- of mer-richtlijn. Desondanks kan niet worden gezegd dat de omgevingsvergunningen verenigbaar zijn met het Unierecht. Het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest nopen niet tot het heroverwegen van onherroepelijke

omgevingsvergunningen. Heroverweging kan toch aan de orde zijn als wordt voldaan aan de voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest, of als het legaliteitsvereiste zwaarder dient te wegen dan het rechtszekerheidsvereiste. Daarvan is hier geen sprake. De rechtbankuitspraak wordt in stand gelaten met verbeterde motivering.

In concluderende zin overweegt de Afdeling dat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn, omdat zij geen kaderstellende plannen of programma's zijn waarvoor een milieubeoordeling moet worden gemaakt. Ook zijn ze niet in strijd met de mer-richtlijn, als aan de voor het windturbinepark verplichte milieueffectrapportage of mer-beoordeling uitvoering is gegeven. Dat is hier het geval. Vanwege in het bijzonder punt 95 van het Nevele-arrest ziet de Afdeling geen ruimte voor het oordeel dat de omgevingsvergunningen verenigbaar zijn met het Unierecht. Maar dat betekent niet dat er zonder meer een Unierechtelijke verplichting is tot heroverweging en/of intrekking van de onherroepelijke omgevingsvergunningen. Het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest geven geen aanknopingspunten dat de onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden heroverwogen of ingetrokken. Vanwege het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel hoeft een bestuursorgaan in beginsel ook niet terug te komen van een besluit dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. Maar daarop bestaan uitzonderingen. Als aan de vier cumulatieve voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest is voldaan, dan is een bestuursorgaan wel gehouden om een definitief besluit opnieuw te onderzoeken om rekening te houden met uitlegging die het Hof inmiddels aan relevante bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. Ook in andere, bijzondere omstandigheden kan een bestuursorgaan daartoe gehouden zijn, als het legaliteitsvereiste zwaarder weegt dan het rechtszekerheidsvereiste. Uit de arresten van het Hof blijkt dat dit het geval is, als het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten of vrijheden die de betrokkene aan het Unierecht kan ontnemen en het definitieve besluit langdurig rechtsgevolgen zal sorteren.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Stichting Windbrekers Swifterbant, gevestigd in Swifterbant, haar bestuursleden en een groep inwoners uit Swifterbant (hierna samen: de stichting),
 2. het college van burgemeester en wethouders van Dronten,
 3. SwifterwinT op Land B.V., gevestigd in Dronten (hierna: SwifterwinT),
- appellanten,
tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 17 februari 2023 in zaak nr. 22/2129 in het geding tussen: de stichting
en
het college van burgemeester en wethouders van Dronten.

Procesverloop

Bij besluit van 29 maart 2022 heeft het college het verzoek van de stichting om de op 5 oktober 2018 verleende

omgevingsvergunningen voor het windpark Windplan Blauw in te trekken afgewezen.

Bij uitspraak van 17 februari 2023 heeft de rechtbank het door de stichting daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 29 maart 2022 vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van dat besluit in stand blijven.

Tegen deze uitspraak hebben de stichting, het college, en SwifterwinT hoger beroep ingesteld.

Het college en de stichting hebben een schriftelijke uitzetting gegeven.

De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat en SwifterwinT hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak, gelijktijdig met de zaak met zaaknummer 202204981/1/R2, op een zitting behandeld op 24 november 2023, waar de stichting, vertegenwoordigd door [gemachtigde A], [gemachtigde B], [gemachtigde C], [gemachtigde D], [gemachtigde E], [gemachtigde F] en [gemachtigde G], bijgestaan mr. P.A. de Lange, advocaat in Barendrecht, en drs. W.R. Staring MSc, het college, vertegenwoordigd door mr. G.E. Topper-Meijering en mr. R. Reinsma, SwifterwinT, vertegenwoordigd door [gemachtigde H], [gemachtigde I] en mr. M.J.M. Derks, bijgestaan door mr. D. Mohammadi en mr. drs. F. Onrust, beiden advocaat in Amsterdam, zijn verschenen. Verder is op de zitting de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, vertegenwoordigd door mr. B.C. Bošnjaković, bijgestaan door mr. C.E. Barnhoorn, advocaat in Den Haag, als partij gehoord.

Overwegingen

OVERGANGSRECHT INWERKINGTREDING OMGEVINGSWET

1. Op 1 januari 2024 zijn de Omgevingswet en de Invoeringswet Omgevingswet in werking getreden.

Als een verzoek om een omgevingsvergunning in te trekken is ingediend vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de Omgevingswet, dan blijft op grond van artikel 4.3, aanhef en onder a, van de Invoeringswet Omgevingswet het recht zoals dat gold onmiddellijk vóór dat tijdstip van toepassing tot het besluit op dat verzoek onherroepelijk wordt.

Het verzoek om de omgevingsvergunningen in te trekken is gedaan op 26 februari 2021. Dat betekent dat in dit geval de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo), zoals die gold vóór 1 januari 2024, van toepassing blijft.

WET- EN REGELGEVING

2. Het relevante wettelijk kader is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. De bijlage maakt deel uit van deze uitspraak [niet opgenomen; red.].

INLEIDING

3. Windplan Blauw is een windpark dat is gelegen in het noordwesten van Flevoland, in de gemeenten Dronten en Lelystad, rondom het dorp Swifterbant. SwifterwinT is

de exploitant van het windpark. Het windpark bestaat uit 61 windturbines. De 61 windturbines hebben de vroegere 74 kleinere windturbines vervangen. Het park bestaat uit twee deelgebieden. Het gaat om een deelgebied in het IJsselmeer en een deelgebied op land. In het deelgebied in het IJsselmeer zijn twee lijnopstellingen van in totaal 24 windturbines gerealiseerd. In het deelgebied op land zijn vier lijnopstellingen rondom Swifterbant met in totaal 37 windturbines gerealiseerd. De vier lijnopstellingen op land zijn "Klokbekertocht", "Rendiertocht", "Elandtocht" en "Rivierduintocht" genoemd. Deze 61 windturbines hebben een gezamenlijk vermogen van ruim 200 MW. De windturbines hebben een maximale ashoogte van ten minste 120 m en ten hoogste 166 m en een rotordiameter van ten minste 120 en ten hoogste 164. De maximale tiphoogte is afhankelijk van de locatie van de windturbine en is of 213 of 248 m.

4. De Stichting Windbrekers Swifterbant komt op voor de belangen van inwoners van Swifterbant die zich zorgen maken over de gevolgen die Windplan Blauw zal hebben voor hun woon- en leefklimaat en in het bijzonder over gezondheidsschade. Deze stichting heeft als doel om hinder door windturbines op land in de gemeente Dronten en met name rond het dorp Swifterbant te voorkomen. Samen met deze stichting heeft ook een groep inwoners uit Swifterbant beroep en hoger beroep ingesteld. Deze inwoners vrezen aantasting van hun woon- en leefklimaat en gezondheidsschade door de windturbines.

Voorgeschiedenis

5. Op 4 oktober 2018 hebben de ministers van Economische Zaken en Klimaat en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een rijksinpassingsplan vastgesteld voor Windplan Blauw. Het inpassingsplan is op 24 mei 2019 gewijzigd. Aan het (gewijzigde) inpassingsplan en de hierna genoemde omgevingsvergunningen lag een gecombineerd plan- en projectmilieueffectrapport (MER) ten grondslag.

6. Op 5 oktober 2018 heeft het college voor elk van de zes lijnopstellingen een omgevingsvergunning verleend voor de bouw van de windturbines en voor het oprichten en in werking hebben van de windturbines als inrichting. Het betreffen omgevingsvergunningen als is bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a en onder e, van de Wabo. Bij het verlenen van de omgevingsvergunningen is er voor de beoordeling van de activiteiten met gevolgen voor het milieu van uitgegaan dat de windturbines van Windplan Blauw zullen moeten voldoen aan de toen geldende algemene regels voor windturbines uit de paragrafen 3.2.3 van het Activiteitenbesluit milieubeheer en de Activiteitenregeling milieubeheer voor het in werking hebben van een windturbine of een combinatie van windturbines (hierna: de windturbinebepalingen).

7. Op 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3760, heeft de Afdeling uitspraak gedaan over de beroepen die waren ingesteld tegen het rijksinpassingsplan en de omgevingsvergunningen. Enkele van die beroepen zijn ingesteld door inwoners van Swifterbant die ook in deze hogerberoepsprocedure appellanten zijn. De Afdeling heeft de

beroepen niet-ontvankelijk of ongegrond verklaard. Door deze uitspraak zijn het rijksinpassingsplan en de omgevingsvergunningen onherroepelijk geworden.

8. De stichting heeft het college op 26 februari 2021 verzocht om de verleende omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw in te trekken. Daarbij heeft de stichting verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, over een windpark in Vlaanderen (hierna: het Nevele-arrest), en nadien ook naar de uitspraak van de Afdeling van 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, over het Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020 (hierna: de Delfzijltussenuitspraak). Het college heeft een ontwerpbesluit ter inzage gelegd, waarop de stichting een zienswijze heeft ingediend. Op 29 maart 2022 heeft het college een besluit genomen, waarbij het verzoek is afgewezen.

9. Bij uitspraak van 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627, heeft de rechtbank Midden-Nederland het door de stichting ingestelde beroep tegen het besluit van 29 maart 2022 gegrond verklaard, het besluit van 29 maart 2022 vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van dat besluit in stand blijven. De stichting, het college, en SwifterwinT hebben hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

10. De rechtbank heeft vastgesteld dat de omvang van het geding is beperkt tot de weigering om de vier omgevingsvergunningen voor de lijnopstellingen van de 37 windturbines op land van Windplan Blauw in te trekken. Het gaat om de lijnopstellingen "Klokbekertocht", "Rendier-tocht", "Elandtocht" en "Rivierduintocht".

11. De stichting, het college en SwifterwinT hebben verschillende hogerberoepsgronden naar voren gebracht. De Afdeling bespreekt deze gronden hierna themagewijs. Daarbij gaat de Afdeling, voor zover relevant, per themagewijze bespreking in op het oordeel van de rechtbank en de verschillende betogen, waarna het oordeel van de Afdeling volgt.

BELANGHEBBENDHEID STICHTING WINDBREKERS SWIFTERBANT

12. Het college en SwifterwinT betogen dat de Stichting Windbrekers Swifterbant alleen een belang heeft met betrekking tot de twee lijnopstellingen genaamd "Elandtocht" en "Rivierduintocht". Zij voeren daarover aan dat de Afdeling in haar uitspraak van 2 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, en in haar uitspraak van 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1258, heeft geoordeeld dat gevolgen van enige betekenis van windturbines alleen kunnen worden ondervonden voor zover degene die stelt belanghebbende te zijn bij een besluit over windturbines, woont binnen een afstand van 10 keer de tiphoogte van de windturbine. Buiten deze afstand zijn geen gevolgen van enige betekenis te verwachten. Alleen de lijnopstellingen "Elandtocht" en "Rivierduintocht" vallen binnen deze afstandsnorm, omdat deze twee lijnopstellingen gedeeltelijk binnen een afstand van 10 keer de tiphoogte liggen van het dorp Swifterbant. De andere lijnopstellingen "Klokbekertocht" en "Rendier-tocht"

liggen verder weg, waardoor volgens het college en SwifterwinT de Stichting Windbrekers Swifterbant geen belang heeft bij haar hoger beroep tegen deze lijnopstellingen. SwifterwinT betoogt daarnaast dat de bestuursleden van Stichting Windbrekers Swifterbant, namens wie het hoger beroep ook is ingesteld, niet-ontvankelijk zijn.

12.1. In artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. In artikel 8:1 van de Awb is bepaald dat een belanghebbende tegen een besluit beroep kan instellen bij de bestuursrechter. Dit artikel is op grond van artikel 8:108, eerste lid, onder a, van de Awb van overeenkomstige toepassing op het hoger beroep. Alleen wie een voldoende objectief en actueel, eigen en persoonlijk belang heeft dat rechtstreeks betrokken is bij het bestreden besluit, is belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb.

12.2. De Afdeling overweegt dat de Stichting Windbrekers Swifterbant en haar bestuursleden al ontvankelijk en belanghebbenden zijn in hoger beroep om de reden dat met de uitspraak van de rechtbank onder meer op hun beroep is beslist. De Afdeling vat het betoog van het college en SwifterwinT ook zo op dat zij vinden dat de rechtbank het beroep voor zover dat is ingesteld door de Stichting Windbrekers Swifterbant en haar bestuursleden, niet-ontvankelijk had moeten verklaren, omdat de Stichting Windbrekers Swifterbant en haar bestuursleden geen belanghebbenden zijn.

12.3. Bij uitspraak van 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, onder 4.3 tot en met 4.8, heeft de Afdeling - tegen de achtergrond van het arrest van het Hof van 14 januari 2021, ECLI:EU:2021:7 (Stichting Varkens in Nood) - overwogen dat aan degene die bij een besluit geen belanghebbende is, maar die wel een zienswijze heeft ingediend tegen het ontwerpbesluit op basis van de in het nationale omgevingsrecht gegeven mogelijkheid daartoe, in beroep niet zal worden tegengeworpen dat hij geen belanghebbende is.

12.4. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, overweging 4.9, beschouwt de Afdeling als omgevingsrechtelijke zaken onder meer de zaken over besluiten op grond van de Wabo.

12.5. De Afdeling stelt vast dat sprake is van een omgevingsrechtelijke zaak over een besluit, te weten een beschikking op grond van de Wabo. In dit geval is het ontwerpbesluit gedurende zes weken ter inzage gelegd en bestond voor eenieder de mogelijkheid om gedurende die periode over het ontwerpbesluit een zienswijze naar voren te brengen. Stichting Windbrekers Swifterbant, haar bestuursleden en met hen inwoners van Swifterbant hebben tegen het ontwerpbesluit een zienswijze naar voren gebracht. Getlet hierop kan voor het antwoord op de vraag of het beroep van Stichting Windbrekers Swifterbant ontvankelijk is voor zover het gaat om de weigering van de intrekking van de omgevingsvergunningen voor de lijnopstellingen "Klokbekertocht" en "Rendier-tocht", in het midden blijven of zij als belanghebbende is aan te merken, omdat het niet zijn van

belanghebbende haar in (hoger) beroep niet zou kunnen worden tegengeworpen. Datzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of de bestuursleden van Stichting Windbrekers Swifterbant ontvankelijk zijn in hun beroep. Ook aan hen kan het niet zijn van belanghebbenden in (hoger) beroep niet worden tegengeworpen.

Het betoog van het college en van SwifterwinT slaagt niet.

VERENIGBAARHEID OMGEVINGSVERGUNNINGEN MET UNIERECHT/VEREIST UNIERECHT INTREKKING?

Oordeel van de rechtbank

13. De rechtbank overweegt dat uit de punten 82 en 83 van het Nevele-arrest volgt dat het opschorten of intrekken van een in rechte vaststaande omgevingsvergunning mogelijk is om de in het arrest vastgestelde schending van het Unierecht ongedaan te maken.

Uit overweging 66 van de Delfzijltussenuitspraak volgt namelijk dat voor een omgevingsvergunning voor het oprichten en het in werking hebben van een inrichting vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling niet kan worden teruggevallen op de rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. De rechtbank concludeert dat, omdat bij het verlenen van de omgevingsvergunningen wel is uitgegaan van de werking van de windturbinebepalingen, de strijdigheid van die bepalingen met het Unierecht doorwerkt in de beoordeling van de omgevingsvergunningen op grond van het nationale recht. Het college had volgens de rechtbank bij de verlening van de omgevingsvergunningen daarom niet mogen volstaan met het verwijzen naar de windturbinebepalingen, maar 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. Omdat het college dat niet heeft onderkend, zijn de omgevingsvergunningen verleend in strijd met de genoemde bepaling uit de Wabo, waarbij de strijdigheid voortkomt uit de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn (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). Die strijdigheid wordt volgens de rechtbank niet weggenomen door het MER dat voor het rijksinpassingsplan voor Windplan Blauw is opgesteld, omdat daarin is aangesloten bij de normen uit de windturbinebepalingen zonder dat daaraan een eigen beoordeling ten grondslag ligt. De schending van het Unierecht die in de Delfzijltussenuitspraak ten aanzien van de windturbinebepalingen is vastgesteld, werkt volgens de rechtbank daarom door naar deze vergunningen.

De rechtbank overweegt vervolgens 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 volgens de rechtbank aan de orde als het opschorten of intrekken van een vergunning moet

worden aangemerkt als een "noodzakelijke bijzondere maatregel" om de onwettige gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan te maken in de zin van punt 82 van het Nevele-arrest.

13.1. Omdat het college niet heeft onderkend dat de schending van het Unierecht door kan werken naar de omgevingsvergunningen en dat er omstandigheden kunnen zijn waarin tot intrekking of opschorting van die vergunningen moet worden overgegaan, heeft het besluit van 29 maart 2022 een motiveringsgebrek. De rechtbank beoordeelt vervolgens zelf of dat besluit ondanks dat motiveringsgebrek in stand kan blijven. De rechtbank doet dit aan de hand van de standpunten van de partijen in de beroepsprocedure en met het oog op het zoveel mogelijk definitief beslechten van het geschil.

13.2. Om dit te beoordelen gaat de rechtbank in op de vraag of het college in dit specifieke geval en op dit moment moet overgaan tot het opschorten of intrekken van de omgevingsvergunningen. Hiervoor zet de rechtbank het te hanteren beoordelingskader uiteen. Samengevat gaat het daarbij om de Unierechtelijke beginselen van procedurele autonomie, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Er moet in dit specifieke geval op basis van de relevante feiten en omstandigheden een evenwicht worden gevonden tussen aan de ene kant het belang van de rechtszekerheid voor SwifterwinT en aan de andere kant het vereiste om te komen tot een in het licht van de SMB-richtlijn rechtmatige situatie. Over de beginselen van procedurele autonomie en gelijkwaardigheid overweegt de rechtbank dat deze in acht zijn genomen met artikel 2.33, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo.

Over rechtszekerheid overweegt de rechtbank dat dit een in het Unierecht erkend beginsel is. Het Unierecht vereist niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een definitief administratief besluit. Dit volgt ook uit de rechtspraak van het Hof. Maar daaruit volgt ook dat een nationaal bestuursorgaan in bijzondere omstandigheden op grond van de beginselen van doeltreffendheid en loyale samenwerking gehouden kan zijn om een onherroepelijk besluit opnieuw te onderzoeken. De rechtbank wijst op het arrest van het Hof van 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955, (Derrybrien). Uit de punten 92 en 93 van dat arrest 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, zolang de intrekking binnen een redelijke termijn plaatsvindt en rekening wordt gehouden met de mate waarin een betrokkene op de rechtmatigheid van de vergunning heeft kunnen vertrouwen. De rechtbank overweegt dat het in het Derrybrien-arrest weliswaar niet ging om het beoordelen van plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn, maar de rechtbank leidt uit de verwijzing in punt 83 van het Nevele-arrest naar het Derrybrien-arrest af dat de punten uit het Derrybrien-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.

De rechtbank stelt verder vast dat partijen het erover eens zijn dat het beoordelingskader uit het arrest van het Hof van 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17 (Kühne & Heitz) niet het beoordelingskader in deze zaak is. De rechtbank is het daarmee eens. Volgens de rechtbank draagt het opschorten of intrekken van een vergunning van een windpark als een "noodzakelijke bijzondere maatregel" 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. Ook het arrest van het Hof van 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:333 (Emmott), is volgens de rechtbank niet relevant voor het beoordelingskader.

13.3. Vervolgens gaat de rechtbank over tot de beantwoording van de onder 13.2 genoemde vraag. Daarvoor onderzoekt de rechtbank allereerst of er andere maatregelen zijn om de schending van het Unierecht te herstellen. Hierover overweegt de rechtbank dat partijen niet hebben gekozen voor het stellen van eigen normen voor Windplan Blauw, zodat de rechtbank op die mogelijkheid niet verder ingaat. Over het verrichten van een milieubeoordeling voor de windturbinebepalingen op rijksniveau overweegt de rechtbank dat daarvoor nog geen concrete planning is, zodat dit nu geen doeltreffende maatregel is. Over de Tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken (hierna: Tow) overweegt de rechtbank dat deze in strijd is met de SMB-richtlijn. De Tow is als terugvaloptie onvoldoende om bestaande vergunningen uit het oogpunt van rechtszekerheid te laten blijven gelden, maar biedt qua materiële normen wel een ondergrens voor de bescherming van omwonenden. Dat kan in de weg van alle belangen bij de beantwoording van de vraag of een vergunning moet worden opgeschort of ingetrokken, worden betrokken.

Over welk gewicht de rechtszekerheid van SwifterwinT heeft, overweegt de rechtbank dat gelet op het element "redelijke termijn" uit het Derrybrien-arrest 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.

De rechtbank overweegt verder dat de schending van het Unierecht die hier aan de orde is, van procedurele aard is. Er moet alsnog een milieubeoordeling worden opgesteld. De schending houdt niet in dat de materiële normen uit de windturbinebepalingen onjuist zijn.

Verder betreft de rechtbank de planning van de uitvoering van het Windplan Blauw in haar afweging. Het windpark was nog niet in gebruik toen de stichting verzocht om intrekking en die situatie is nog dezelfde.

De rechtbank concludeert dat op het moment van haar uitspraak nog geen grondslag is om tot opschorting of intrekking van de omgevingsvergunningen over te gaan. Dat komt, omdat het om een relatief korte periode gaat waarna het procedurele gebrek gerepareerd kan zijn. Dat is zo gelet op de bijgestelde planning van de regering dat de landelijke milieunormen begin 2024 gereed zijn. Door

de omgevingsvergunningen tot begin 2024 te handhaven wordt volgens de rechtbank het noodzakelijke evenwicht bereikt tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht. De rechtbank beslist tot vernietiging van het besluit van 29 maart 2022 en bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit in stand blijven.

De betogen van partijen

-- Betoog van het college

14. Het college betoogt dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833. Daaruit volgt dat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met het Unierecht, omdat de omgevingsvergunningen niet zijn aan te merken als een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn. De omgevingsvergunningen vallen wel onder de reikwijdte van de mer-richtlijn en daar is aan voldaan. Het college heeft op de zitting van de Afdeling nog toegelicht dat het Derrybrien-arrest niet van toepassing is, omdat dit arrest op een vergunning ziet die zelf in strijd is met de mer-richtlijn (richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, gewijzigd bij richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 en richtlijn 2014/52/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014) en dat is hier niet het geval.

14.1. Volgens het college heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat op de zitting van de rechtbank is gebleken dat alle partijen het erover eens zijn dat het Kühne & Heitz-arrest en de daarin gegeven criteria niet het beoordelingskader voor deze zaak vormen. Het college heeft verder betoogd dat niet aan de voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest wordt voldaan. Er is daarom geen sprake van een Unierechtelijke verplichting tot intrekking of herziening van de omgevingsvergunningen.

14.2. Het college is het niet eens met de door de rechtbank verrichte afweging tussen het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van legaliteit. Ook kan het college zich niet vinden in de door de rechtbank gemaakte afweging tussen het belang van de stichting tot intrekking van de vergunningen en het belang van SwifterwinT om gebruik te kunnen blijven maken van de onherroepelijke vergunningen. De rechtbank komt tot de conclusie dat bij de huidige stand van zaken de omgevingsvergunningen tot 2024 in stand kunnen blijven. Dit oordeel zorgt volgens het college voor rechtsonzekerheid. De rechtbank betreft namelijk een aantal aspecten waar het college geen invloed op heeft, zoals het feit dat de reparatie van de Unierechtelijke schending van de windturbinebepalingen moet komen van de rijksoverheid. Daarnaast betoogt het college dat SwifterwinT na de Afdelingsuitspraak van 6 november 2019 geen rekening had hoeven houden met een negatieve uitkomst van het Nevele-arrest. Het college acht het oordeel van de rechtbank dat SwifterwinT wel rekening had moeten houden met

een incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn onjuist. De intrekking van de verleende omgevingsvergunningen had volgens het college de allerlaatste mogelijkheid moeten zijn. Daarbij acht het college het ook van belang dat, zoals de rechtbank zelf ook heeft overwogen, het buiten toepassen verklaren van de windturbinebepalingen niet is gebeurd omdat de daarin opgenomen normen zelf niet deugen of onjuist zijn, maar het gevolg is van schendingen van het Unierecht van procedurele aard. Het college voert ook aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de Tow kaderstellend is in de zin van de SMB-richtlijn.

-- **Betoog van SwifterwinT**

15. SwifterwinT betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat uit het Nevele-arrest en de Delfzijltussenuitspraak niet volgt dat onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten of kunnen worden ingetrokken. Het arrest en de tussenuitspraak gingen namelijk over nog niet onherroepelijke vergunningen. De rechtbank heeft ook niet onderkend dat de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn. De SMB-richtlijn verplicht namelijk niet tot het opstellen van een milieueffectbeoordeling voorafgaand aan het verlenen van een omgevingsvergunning. Ter onderbouwing hiervan wijst SwifterwinT verder op de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833, r.o. 8.2. Ook uit de Delfzijltussenuitspraak volgt dat de omgevingsvergunningen zelf niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn. Omdat de omgevingsvergunningen volgens SwifterwinT niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn, is het Derrybrien-arrest ook niet van toepassing. Daarnaast resulteert het intrekken van de omgevingsvergunningen niet in herstel van de schending van de SMB-richtlijn. Door de intrekking wordt niet alsnog een milieueffectbeoordeling verricht. De intrekking draagt ook niet bij aan de nuttige werking van het Unierecht.

15.1. Volgens SwifterwinT heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat op de zitting van de rechtbank is gebleken dat alle partijen het erover eens zijn dat het Kühne & Heitz-arrest en de daarin gegeven criteria niet het beoordelingskader voor deze zaak vormen. SwifterwinT heeft verder betoogd dat niet aan de voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest wordt voldaan. Er is daarom geen sprake van een Unierechtelijke verplichting tot intrekking of herziening van de omgevingsvergunningen.

15.2. Intrekking van de omgevingsvergunningen, maar ook het oordeel van de rechtbank dat mogelijk later de vergunning alsnog moet worden ingetrokken, is daarnaast in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat is een in het Unierecht erkend algemeen beginsel. SwifterwinT kan zich niet vinden in de door de rechtbank gemaakte afweging tussen rechtszekerheid en doelmatigheid. Zo heeft de rechtbank volgens SwifterwinT in die afweging ten onrechte overwogen dat het Nevele-arrest al een aanwijzing was voor SwifterwinT om rekening te houden met de mogelijke intrekking van de omgevingsvergunningen. In het Nevele-arrest staat namelijk niet dat ook onherroepelijke

omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken. SwifterwinT heeft verder naar voren gebracht dat gelet op de arresten van het Hof, zoals het arrest van 4 oktober 2012, EU:C:2012:608 (Byankov), heroverweging alleen aan de orde is ingeval van grote schendingen van fundamentele rechten. Dat is hier niet het geval.

Intrekking van onherroepelijke omgevingsvergunningen heeft onevenredige gevolgen voor windturbineparken en hun exploitanten. Het kan leiden tot een reëel en ernstig risico voor de elektriciteitsbevoorrading van Nederland. Ook leidt het tot een ernstige verslechtering op het gebied van duurzame energie en klimaatdoelstellingen. Dit is onvoldoende door de rechtbank onderkend.

De rechtbank heeft de Tow in haar afweging betrokken en volgens SwifterwinT daarbij ten onrechte overwogen dat de Tow in strijd is met de SMB-richtlijn. De Tow is namelijk niet kaderstellend voor nieuw te verlenen vergunningen, maar ziet alleen op al verleende omgevingsvergunningen en al vastgestelde bestemmingsplannen.

SwifterwinT betoogt tot slot dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat haar oordeel alleen geldt voor de huidige stand van zaken en dat onder meer de planning van het Rijk ten aanzien van de landelijke milieueffectbeoordeling aanleiding kan zijn voor een hernieuwde beoordeling of de omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken. Dit acht SwifterwinT in strijd met de rechtszekerheid.

-- **Betoog van de stichting**

16. De stichting betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat uit het Nevele-arrest een Unierechtelijke verplichting volgt om het verzuim van het ontbreken van een milieuboordeling te herstellen. Die verplichting om het verzuim te herstellen dwingt volgens de stichting tot de verplichting van het college om de omgevingsvergunningen voor het windpark in te trekken.

Ten onrechte heeft de rechtbank ook overwogen dat de omgevingsvergunningen onherroepelijk zijn. Van de formele rechtskracht van de omgevingsvergunningen kan niet worden uitgegaan. Dat is volgens de stichting zo, omdat uit het Nevele-arrest blijkt dat de SMB-richtlijn voor wat betreft de windturbinebepalingen niet correct is geïmplementeerd, zo heeft zij toegelicht op de zitting. Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen verhinderen niet dat een onherroepelijke omgevingsvergunning kan worden ingetrokken. Volgens de stichting komt aan vertrouwen op een vergunning die in strijd met het Unierecht is afgegeven, geen bescherming toe.

16.1. De stichting heeft op de zitting verduidelijkt dat aan de toepassing van arresten van het Hof, zoals het Kühne & Heitz-arrest en het Byankov-arrest, niet wordt toegekomen. Deze arresten doen niet af aan het Nevele-arrest, waaruit volgens de stichting volgt dat ook onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken. Dat laatste volgt volgens de stichting ook uit het Derrybrien-arrest. Subsidiair heeft de stichting betoogd dat als het Byankov-arrest wel relevant zou zijn, dit arrest meebrengt

dat de omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken. Er is namelijk sprake van rechtstreekse werking van de SMB-richtlijn en voor de windturbinebepalingen is geen voorafgaande milieubeoordeling verricht. Hieraan moet een zwaarwegend belang worden gehecht en dit vormt op zichzelf al een gegronde reden voor intrekking.

16.2. Over de door de rechtbank verrichte beoordeling of de omgevingsvergunningen in dit geval moeten worden ingetrokken, brengt de stichting het volgende naar voren. Het hanteren van eigen normen voor Windplan Blauw is volgens de stichting een geitenpaadje en kan geen doeltreffende maatregel zijn. De stichting betoogt dat de rechtbank in overweging 35 overweegt dat een eigen milieubeoordeling voor eigen normen voor een windpark zou kunnen worden gemaakt, waarmee het Unierechtelijke gebrek kan worden verholpen. Dit is niet juist, omdat daarmee aan dwingende Unierechtelijke regels wordt ontkomen. Verder heeft de rechtbank ten onrechte de Tow bij haar beoordeling betrokken. De Tow is namelijk een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn. Voor deze regeling is geen milieubeoordeling als bedoeld in de SMB-richtlijn verricht. Aan deze regeling kleven volgens de stichting dezelfde gebreken als aan de eerder buiten toepassing verklaarde windturbinebepalingen. Daarmee biedt de Tow ook geen valide ondergrens. De rechtbank miskent dat er niet alleen sprake is van een procedureel gebrek, ook de materiële normen uit de windturbinebepalingen zijn niet juist. Verder spelen tijdsverloop en redelijke termijn geen rol, omdat de onrechtmatige omgevingsvergunningen per direct moeten worden ingetrokken.

16.3. Volgens de stichting was de rechtbank ook niet bevoegd om te oordelen dat de omgevingsvergunningen nu nog niet hoeven te worden ingetrokken. Alleen het Hof is tot voorlopige opschorting van de vergunningen bevoegd. De stichting verzoekt om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof, als de Afdeling tot het oordeel zou komen dat de omgevingsvergunningen niet hoeven te worden ingetrokken.

Oordeel van de Afdeling

- **Beoordelingskader heroverweging en intrekking onherroepelijke omgevingsvergunningen in licht van Unierecht**

17. De hoofdvragen die partijen verdeeld houden, zijn vragen van juridische aard. Het betreft de vragen of 1) aan de omgevingsvergunningen een Unierechtelijk gebrek kleeft, omdat voor de windturbinebepalingen geen voorafgaande milieubeoordeling in de zin van de SMB-richtlijn is verricht en bij de omgevingsvergunningverlening van de werking van die windturbinebepalingen is uitgegaan, en 2) of het Unierecht meebrengt dat de inmiddels onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden heroverwogen of ingetrokken. De Afdeling acht het gelet op die hoofdvragen, voor de beoordeling van de voorliggende hoger beroepen en van het hoger beroep in de zaak 202204981/1/R2 en met het oog op een finale beslechting van het geschil, van belang om meer in zijn algemeenheid uiteen te zetten hoe

voor windturbineparken verleende en inmiddels onherroepelijke omgevingsvergunningen als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, e of i, van de Wabo zich verhouden tot het Unierecht.

Het gaat om omgevingsvergunningen waarbij op het moment van verlening door het bevoegd gezag voor de beoordeling van de ruimtelijke aanvaardbaarheid of van de gevolgen voor het milieu is uitgegaan van de rechtstreekse werking van de toen geldende windturbinebepalingen. Oftewel, het gaat om omgevingsvergunningen waarvoor de windturbinebepalingen kaderstellend waren als is bedoeld in de Delfzijltussenuitspraak, onder 39 tot en met 45. Over deze windturbinebepalingen is in die Delfzijltussenuitspraak geoordeeld dat daarvoor ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling als bedoeld in de SMB-richtlijn is verricht. Het gaat dus niet om omgevingsvergunningen die gebaseerd zijn op door het bevoegd gezag gekozen eigen normen in plaats van op de windturbinebepalingen en aan welke normen een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering ten grondslag is gelegd, zoals aan de orde was in de Afdelingsuitspraak van 12 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1433 (de Delfzijleinduitspraak).

De Afdeling bespreekt hierna allereerst of de hier aan de orde zijnde omgevingsvergunningen in strijd zijn met de SMB-richtlijn en/of de mer-richtlijn en daarna of de omgevingsvergunningen anderszins niet verenigbaar zijn met het Unierecht. Vervolgens behandelt de Afdeling de vraag of deze omgevingsvergunningen, voor zover zij niet verenigbaar zijn met het Unierecht, gelet op het Unierecht zouden moeten worden heroverwogen en/of ingetrokken. Daarbij gaat de Afdeling in op verschillende arresten van het Hof waarop partijen zich hebben beroepen. Ook bespreekt de Afdeling welke betekenis toekomt aan het belang van rechtszekerheid en legaliteit.

Tot slot gaat de Afdeling over tot de beoordeling van de ingediende hoger beroepen.

- **Zijn de omgevingsvergunningen in strijd met de SMB-richtlijn en de mer-richtlijn?**

17.1. Het betoog van de stichting in deze zaak, dat de omgevingsvergunningen in strijd zijn met de SMB-richtlijn en de mer-richtlijn, houdt een rechtstreeks beroep op die richtlijnen in. De Afdeling laat in het midden of een rechtstreeks beroep op die richtlijnen mogelijk is in het licht van de voorwaarden die daarvoor gelden op grond van de jurisprudentie van het Hof. In dit geval zijn de omgevingsvergunningen naar het oordeel van de Afdeling namelijk niet in strijd met de SMB-richtlijn en met de mer-richtlijn.

Onder verwijzing naar de Delfzijltussenuitspraak, onder 43, overweegt de Afdeling daartoe dat de omgevingsvergunningen vergunningen zijn in de zin van de mer-richtlijn. Zij zijn geen plannen of programma's die een kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor windturbineparken. Daarmee zijn zij geen kaderstellende plannen of programma's waarvoor een milieubeoordeling moet worden gemaakt, zoals is bedoeld in artikel 3, onder 2,

onder a, van de SMB-richtlijn. Daarom zijn de omgevingsvergunningen niet in strijd met de SMB-richtlijn.

Voor zover de mer-richtlijn meebrengt dat voor de omgevingsvergunningen een milieueffectrapportage of een mer-beoordeling is vereist, is bij de verlening van die vergunningen aan die verplichting voldaan en zijn de omgevingsvergunningen in zoverre ook niet in strijd met de mer-richtlijn.

- **Zijn de omgevingsvergunningen anderszins niet verenigbaar met het Unierecht?**

17.2. Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of de omgevingsvergunningen, ook als deze niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn en/of de mer-richtlijn, gelet op het Nevele-arrest en in het bijzonder de punten 83 en 95 daarvan, niet verenigbaar zijn met het Unierecht, omdat de omgevingsvergunningen zijn gebaseerd op windturbinebepalingen waarvan vaststaat dat deze in strijd met het Unierecht tot stand zijn gekomen.

Uit het Nevele-arrest, in het bijzonder punt 95 in samenhang met punt 83 in het licht van de prejudiciële vraag geformuleerd in punt 80, volgt naar het oordeel van de Afdeling dat de omgevingsvergunningen niet verenigbaar zijn met het Unierecht. Voor de omgevingsvergunningen waar het hier om gaat, geldt dat de windturbinebepalingen kaderstellende plannen en programma's zijn, zoals is toegelicht in de Delfzijltussenuitspraak, onder 39 tot en met 45. In punt 95 van het Nevele-arrest overweegt het Hof: "Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag, onder h) en i), te worden geantwoord dat 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 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, die rechter de gevolgen van deze handelingen en vergunning slechts mag 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." Uit deze passage blijkt duidelijk dat een vergunning waarvoor voorafgaande kaderstellende plannen en programma's als bedoeld in de SMB-richtlijn waarvoor ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling is verricht, de grondslag vormen, niet verenigbaar is met het Unierecht. De strijd van de betrokken plannen en programma's met de SMB-richtlijn werkt dus door in de omgevingsvergunning, in die zin dat die vergunning weliswaar zelf niet in strijd is met de SMB-richtlijn, maar niettemin volgens het Hof in het Nevele-arrest toch niet verenigbaar is met het Unierecht.

17.3. Partijen zijn ook verdeeld over het antwoord op de vraag of de omgevingsvergunningen alleen al vanwege hun onherroepelijkheid en formele rechtskracht verenigbaar met het Unierecht moeten worden geacht. Hierover overweegt de Afdeling als volgt. In navolging van haar uitspraak

van 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2573, onder 2.2, wijst de Afdeling erop dat het Nevele-arrest is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen in het kader van een lopende vernietigingsprocedure tegen een Vlaamse stedenbouwkundige vergunning voor vijf windturbines. Die vergunning was nog niet onherroepelijk. Dat is anders dan de omgevingsvergunningen die in deze hogerberoepszaak aan de orde zijn. Maar dat het gaat om onherroepelijke omgevingsvergunningen met formele rechtskracht, betekent niet dat deze in Unierechtelijk perspectief zonder meer kunnen worden geacht als verenigbaar met het Unierecht te zijn verleend. De Afdeling wijst in dit verband naar analogie op de arresten van het Hof van 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955 (Commissie/Ierland), punten 80 en 95, en van 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:882 (Stadt Wiener Neustadt), punt 43.

- **Bestaat er een Unierechtelijke verplichting tot heroverweging en/of intrekking van onherroepelijke omgevingsvergunningen?**

17.4. Nu onder 17.2 en 17.3 is geoordeeld dat de omgevingsvergunningen niet verenigbaar zijn met het Unierecht, rijst de vraag of het Unierecht verplicht tot heroverweging en/of intrekking van die onherroepelijke omgevingsvergunningen. Partijen verschillen van mening over het antwoord op die vraag. Dit vraagstuk bespreekt de Afdeling hierna, waarbij zij ook ingaat op arresten van het Hof waarop de stichting een beroep heeft gedaan ter onderbouwing van haar standpunt en/of die op de zitting zijn besproken.

-- **Dwingt het Nevele-arrest tot intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning?**

17.5. Anders dan de stichting betoogt, heeft het Hof zich in het Nevele-arrest niet uitgesproken over de intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning. Uit dat arrest volgt dan ook geen verplichting om onherroepelijke omgevingsvergunningen in te trekken. Zie in het bijzonder de punten 83 en 95 in het licht van de prejudiciële vraag geformuleerd in punt 80 van het arrest. Zoals hiervoor onder 17.3 is overwogen, beantwoordt het Hof in het Nevele-arrest prejudiciële vragen in het kader van een lopende procedure tegen een vergunning. Daarbij is van belang welke vraag de verwijzende rechter aan het Hof heeft gesteld. Voor zover het de vergunning zelf betreft - en dus niet alleen de aan de orde zijnde plannen en programma's - wil de verwijzende rechter van het Hof vernemen onder welke voorwaarden hij de gevolgen van de bij hem aangevochten vergunning kan handhaven, als blijkt dat die vergunning niet verenigbaar met het Unierecht is (punt 80 van het Nevele-arrest). Deze vraag heeft dus niet alleen betrekking op de in die Vlaamse zaak aan de orde zijnde plannen en programma's, maar ook op een nog niet onherroepelijke vergunning. De Afdeling overweegt dat deze vraag onder punt 95 door het Hof is beantwoord. Het Hof heeft zich daarmee uitgesproken over uitsluitend een nog niet onherroepelijke vergunning. Het Hof oordeelt daarmee niet dat (ook) onherroepelijke

omgevingsvergunningen die niet verenigbaar zijn met het Unierecht, moeten worden ingetrokken.

-- **Dwingt de verwijzing naar het Derrybrien-arrest tot heroverweging en/of intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning?**

17.6. Partijen verschillen verder van mening over het antwoord op de vraag of de verwijzing door het Hof in punt 83 van het Nevele-arrest naar punt 75 van het Derrybrien-arrest niet anders kan worden begrepen dan dat het Hof daarmee heeft willen aangeven dat ook een onherroepelijke vergunning moet worden heroverwogen of ingetrokken, als deze niet verenigbaar is met het Unierecht.

Het is juist dat het Hof in punt 83 van het Nevele-arrest wijst op het Derrybrien-arrest. Maar deze verwijzing brengt naar het oordeel van de Afdeling niet mee dat geoordeeld moet worden dat het Nevele-arrest of het Derrybrien-arrest zelf dwingt tot heroverweging of intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning.

In punt 83 van het Nevele-arrest overweegt het Hof: "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 (zie in die zin arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, punten 31 en 32) en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde 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]."

Uit de tekst van dit punt volgt niet dat het Hof ook doelt op een onherroepelijke vergunning. Dit punt heeft ook niet geleid tot een andere concluderende beantwoording van de prejudiciële vraag in punt 95 van het Nevele-arrest, waaruit zou volgen dat deze beantwoording ook betrekking heeft op een niet langer bij de nationale rechter aangevochten, maar inmiddels onherroepelijke vergunning.

Hoewel de vergunningen in de Derrybrienzaak wel onherroepelijk waren geworden, is het Derrybrien-arrest geweest in een wezenlijk andere context dan wat hier aan de orde is. Het arrest is namelijk geweest in het kader van een niet-nakomingsprocedure. Het is een vervolg op een eerdere veroordeling van Ierland op 3 juli 2008 in het kader van een inbreukprocedure (ECLI:EU:C:2008:380). Toen is Ierland

door het Hof veroordeeld wegens een onjuiste implementatie van de mer-richtlijn in de Ierse mer-wetgeving en vanwege een vergunning voor een windturbinepark in Derrybrien die was verleend zonder dat er een milieueffectbeoordeling was uitgevoerd. Voor wat betreft de vergunning heeft Ierland geen gevolg gegeven aan dat arrest. Daarom heeft de Commissie Ierland (opnieuw) in gebreke gesteld en daarna de niet-nakomingszaak voor het Hof gebracht. Dat heeft geresulteerd in het Derrybrien-arrest met opnieuw een veroordeling van Ierland. In die procedure heeft Ierland een beroep gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Die zouden zich volgens Ierland verzetten tegen intrekking van de aan de beheerder van het windturbinepark onrechtmatig verleende en onherroepelijke vergunningen. Het Hof overweegt, onder de punten 92-93, dat Ierland zich niet op deze beginselen kan beroepen om zich te verzetten tegen de gevolgen van de objectieve vaststelling dat het zijn Unierechtelijke verplichtingen niet is nagekomen. Naar het oordeel van de Afdeling brengt dit arrest vanwege die specifieke context van de niet-nakomingsprocedure dan ook niet mee dat onherroepelijke omgevingsvergunningen zoals hier aan de orde in het kader van een procedure tussen een Nederlands bestuursorgaan en particulieren, moeten worden heroverwogen of ingetrokken.

-- **Belang van de Unierechtelijke beginselen van doeltreffendheid en rechtszekerheid**

17.7. Zoals hiervoor is overwogen, volgt uit het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest niet dat onherroepelijke omgevingsvergunningen, die gelet op punt 95 van het Nevele-arrest niet verenigbaar zijn met het Unierecht, heroverwogen of ingetrokken moeten worden. Er bestaat verder ook geen Unierechtelijke regeling, bijvoorbeeld in de SMB-richtlijn of in de mer-richtlijn, op grond waarvan de omgevingsvergunningen zoals hier aan de orde, kunnen of moeten worden ingetrokken. Dat betekent niet dat dat er geen plicht kan zijn voor een bestuursorgaan om zulke vergunningen te heroverwegen en/of in te trekken. Uit het beginsel van de procedurele autonomie en vaste rechtspraak van het Hof volgt namelijk dat dan eerst moet worden gekeken of er een nationale regeling is die intrekking mogelijk maakt.

Op grond van artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo trekt een bestuursorgaan de omgevingsvergunning in, als de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist. Dit artikel biedt daarmee de nationaal wettelijke grondslag om tot intrekking van een, al dan niet onherroepelijke, omgevingsvergunning over te gaan, als de uitvoering van het Unierecht dit vereist. Gelet op de tekst van deze Wabo-bepaling is het dus van belang of de uitvoering van het Unierecht vereist dat de vergunning wordt ingetrokken. De Afdeling ziet zich daarom voor de vraag gesteld of de uit artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie voortvloeiende beginselen van doeltreffendheid en loyale samenwerking, en

daarmee de uitvoering van het Unierecht, vereisen dat een onherroepelijke omgevingsvergunning die niet verenigbaar is met het Unierecht, op grond van artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo moet worden ingetrokken. Voor de beoordeling hiervan staat het rechtszekerheidsbeginsel voorop. Dat is ook in het Unierecht aanvaard. Vaste rechtspraak van het Hof is namelijk dat overeenkomstig het rechtszekerheidsbeginsel het Unierecht niet eist dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen van een besluit dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. Zie in dit verband onder meer het Kühne & Heitz-arrest, punt 24, het arrest van het Hof van 19 september 2006, ECLI:EU:C:2006:586 (I-21 Germany en Arcor; hierna: het I-21-arrest), punt 51 en het Byankov-arrest, punt 76. Maar onder bepaalde voorwaarden of in bijzondere omstandigheden vereist de uitvoering van het Unierecht dat aan het rechtszekerheidsbeginsel geen doorslaggevend gewicht moet worden toegekend. Dit wordt hierna besproken aan de hand van de relevante arresten van het Hof.

-- **Het beoordelingskader uit het Kühne & Heitz-arrest**

17.8. Uit het Kühne & Heitz-arrest en daaropvolgende arresten van het Hof volgt dat een bestuursorgaan op grond van het beginsel van loyale samenwerking verplicht is om een definitief geworden besluit op een verzoek daartoe opnieuw te onderzoeken om rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan relevante bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. Dit moet dat bestuursorgaan doen als aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden zijn:

1. Het bestuursorgaan moet naar nationaal recht bevoegd zijn om van dat besluit terug te komen;
2. Het in het geding zijnde besluit moet definitief zijn geworden als gevolg van een uitspraak van een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep;
3. Die uitspraak moet, gelet op latere rechtspraak van het Hof, berusten op een onjuiste uitlegging van het Unierecht, gegeven zonder dat het Hof is verzocht om een prejudiciële beslissing;
4. Betrokkene moet zich tot het bestuursorgaan hebben gewend onmiddellijk nadat hij van die rechtspraak kennis had genomen.

Als aan die voorwaarden is voldaan, dan is het betrokken bestuursorgaan gehouden om het besluit opnieuw te onderzoeken om rekening te houden met de hiervoor genoemde uitlegging van het Hof. Aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek zal dat bestuursorgaan moeten bepalen, in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit moet terugkomen.

17.9. De Afdeling acht het hier - mede ten behoeve van het geven van voorlichting - van belang om nader in te gaan op de tweede en de derde voorwaarde.

Over de tweede voorwaarde overweegt de Afdeling dat het Kühne & Heitz-arrest, mede gelet op de casus en de

prejudiciële vraag waarop het Hof antwoord geeft, ziet op de situatie dat degene die heeft verzocht om heroverweging van het besluit ook degene is die daartegen eerder tot in hoogste rechterlijke instantie heeft geprocedeerd. Dit volgt uit punt 17 van het arrest en blijkt ook uit de overwegingen 6.2 en 6.4 van de verwijzingsuitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 1 november 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6567. Dit betekent dat als degene die heeft verzocht om intrekking van de onherroepelijke omgevingsvergunning niet ook degene was die zelf tot bij de Afdeling tegen die omgevingsvergunning heeft geprocedeerd, of dat als de omgevingsvergunning in het verleden niet in rechte is aangevochten, het Kühne & Heitz-arrest dan niet relevant is om te bepalen of een bestuursorgaan verplicht is om te onderzoeken of een onherroepelijke omgevingsvergunning moet worden ingetrokken. Zie ook het I-21-arrest, punt 54, het Byankov-arrest, punt 51, en het arrest Commissie/AssiDomän van 14 september 1999, ECLI:EU:C:1999:407, punt 63.

Over de derde voorwaarde overweegt de Afdeling dat het moet gaan om een uitspraak van de Afdeling die gelet op latere Hofjurisprudentie (zoals het Nevele-arrest) berust op een onjuiste uitleg van het Unierecht. Om te voldoen aan de derde voorwaarde is vereist dat in die uitspraak (bij exceptieve toetsing) is geoordeeld - of op basis van de beroepsgronden had moeten worden geoordeeld (arrest van het Hof van 12 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:78 (Kempter), punt 44) - over de verenigbaarheid van de windturbinebepalingen met de SMB-richtlijn zonder dat hierover prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof.

Het zal dus in dit geval moeten gaan om een Afdelingsuitspraak van vóór de Delfzijltussenuitspraak, omdat de Afdeling in die tussenuitspraak in navolging van het Nevele-arrest heeft geoordeeld dat de windturbinebepalingen een milieubeoordelingsplichtig plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn zijn en dat voor die windturbinebepalingen ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling als bedoeld in de SMB-richtlijn heeft plaatsgevonden.

-- **Betekenis andere arresten van het Hof**

17.10. Als een bestuursorgaan niet op grond van het Kühne & Heitz-arrest verplicht is om te onderzoeken of een onherroepelijke omgevingsvergunning moet worden heroverwogen of ingetrokken, dan kan die verplichting in bijzondere omstandigheden toch nog bestaan. Dat is het geval als de heroverweging van een onherroepelijk geworden besluit, gelet op de bijzondere omstandigheden en de betrokken belangen, vereist is om een evenwicht te vinden tussen het rechtszekerheidsvereiste en het legaliteitsvereiste uit het oogpunt van het Unierecht. Zie in dit verband onder meer het Byankov-arrest, punt 77, en het arrest van 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:175 (Grossmania), punt 54. Uit deze arresten blijkt dat daarbij de aard van het Unierechtelijke gebrek en de duur van de rechtsgevolgen daarvan van belang zijn. Als het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten of vrijheden die de betrokkene aan het Unierecht kan ontnemen en het definitieve besluit langdurig

rechtsgevolgen zal sorteren, dan weegt het legaliteitsvereiste zwaarder dan het rechtszekerheidsvereiste. Het bestuursorgaan zal het besluit dan moeten heroverwegen.

- **Tussenconclusie en samenvatting over beoordelingskader**

17.11. In concluderende zin overweegt de Afdeling dat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn, omdat zij geen kaderstellende plannen of programma's zijn waarvoor een milieubeoordeling moet worden gemaakt. Ook zijn ze niet in strijd met de mer-richtlijn, als aan de voor het windturbinepark verplichte milieueffectrapportage of mer-beoordeling uitvoering is gegeven. Dat is hier het geval. Vanwege in het bijzonder punt 95 van het Nevele-arrest ziet de Afdeling geen ruimte voor het oordeel dat de omgevingsvergunningen verenigbaar zijn met het Unierecht. Maar dat betekent niet dat er zonder meer een Unierechtelijke verplichting is tot heroverweging en/of intrekking van de onherroepelijke omgevingsvergunningen. Het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest geven geen aanknopingspunten dat de onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden heroverwogen of ingetrokken. Vanwege het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel hoeft een bestuursorgaan in beginsel ook niet terug te komen van een besluit dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. Maar daarop bestaan uitzonderingen. Als aan de vier cumulatieve voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest is voldaan, dan is een bestuursorgaan wel gehouden om een definitief besluit opnieuw te onderzoeken om rekening te houden met uitlegging die het Hof inmiddels aan relevante bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. Ook in andere, bijzondere omstandigheden kan een bestuursorgaan daartoe gehouden zijn, als het legaliteitsvereiste zwaarder weegt dan het rechtszekerheidsvereiste. Uit de arresten van het Hof blijkt dat dit het geval is, als het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten of vrijheden die de betrokkene aan het Unierecht kan ontnemen en het definitieve besluit langdurig rechtsgevolgen zal sorteren.

- **Beoordeling van de betogen**

17.12. Samenvattend komt de Afdeling tot het oordeel dat de betogen van de stichting niet slagen en dat enkele betogen van het college en SwifterwinT weliswaar terecht zijn voorgedragen, maar niet leiden tot vernietiging van de rechtbankuitspraak. Naar het oordeel van de Afdeling is de rechtbank terecht tot de beslissing gekomen om het besluit van 29 maart 2022 wegens een motiveringsgebrek te vernietigen. Ook heeft de rechtbank terecht de rechtsgevolgen van dit besluit in stand gelaten. Maar de Afdeling oordeelt dat de overwegingen van de rechtbank niet allemaal juist zijn, wat zij hierna zal toelichten. De Afdeling ziet dan ook aanleiding om de uitspraak van de rechtbank te bevestigen met verbetering van de gronden waarop deze uitspraak rust. De Afdeling zal hierna nader ingaan op de verschillende betogen en haar oordeel nader toelichten.

17.13. SwifterwinT en het college betogen terecht dat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met de SMB-richtlijn. De Afdeling verwijst naar wat zij hierover onder 17.1 heeft overwogen.

17.14. De Afdeling volgt de betogen van het college en SwifterwinT dat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met het Unierecht, niet. Zoals de Afdeling hiervoor onder 17.2 en 17.3 heeft overwogen, zijn de omgevingsvergunningen namelijk niet verenigbaar met het Unierecht. Omdat het college dit in zijn besluit van 29 maart 2022 niet heeft onderkend, is de rechtbank in zoverre terecht tot het oordeel gekomen dat aan dit besluit een motiveringsgebrek kleeft.

17.15. Anders dan de rechtbank overweegt en anders dan de stichting betoogt, volgt niet uit het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest dat (onder omstandigheden) tot heroverweging of intrekking van de betrokken omgevingsvergunningen moet worden overgegaan. De Afdeling verwijst naar wat zij hierover onder 17.5 en 17.6 heeft overwogen. Het college en SwifterwinT hebben terecht betoogd dat uit het Nevele-arrest niet volgt dat onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken. SwifterwinT heeft terecht betoogd dat het Derrybrien-arrest niet van toepassing is.

17.16. Anders dan de stichting betoogt en anders dan waar de rechtbank vanuit is gegaan, komt wel betekenis toe aan het Kühne & Heitz-arrest. De Afdeling verwijst naar wat zij hierover onder 17.7 tot en met 17.9 heeft overwogen. En anders dan de rechtbank heeft overwogen, waren partijen het er niet over eens dat dit arrest en de daarin gegeven criteria niet het beoordelingskader voor deze zaak vormen. Het betoog van het college en SwifterwinT daarover is terecht voorgedragen.

17.17. Zoals de Afdeling onder 17.9 heeft overwogen, is het beoordelingskader uit het Kühne & Heitz-arrest relevant als degenen die hebben verzocht om intrekking van de onherroepelijke omgevingsvergunningen ook zelf tot bij de Afdeling tegen die omgevingsvergunningen hebben geprocedeerd. Dat is hier het geval voor een deel van de personen die met Stichting Windbrekers Swifterbant beroep en hoger beroep hebben ingesteld. Zoals hierover onder 7 is overwogen, gaat het om enkele inwoners van Swifterbant. Voor Stichting Windbrekers Swifterbant en de overige personen geldt dat zij niet tot bij de Afdeling tegen de omgevingsvergunningen hebben geprocedeerd. Voor hen is het beoordelingskader uit het Kühne & Heitz-arrest niet relevant.

17.18. Op de zitting is stilgestaan bij de vraag of gelet op het Kühne & Heitz-arrest het college verplicht is om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken. Deze vraag moet - voor zover relevant voor de onder 17.17 genoemde enkele bewoners van Swifterbant - naar het oordeel van de Afdeling ontkennend worden beantwoord, omdat in dit geval niet aan alle vier cumulatieve voorwaarden zoals hiervoor uiteen is gezet onder 17.8 en 17.9, is voldaan. De Afdeling volgt daarmee het standpunt van het college en SwifterwinT.

Aan de eerste voorwaarde is wel voldaan. Zoals onder 17.7 is overwogen, is in artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo een nationaal wettelijke grondslag opgenomen op grond

waarvan een, al dan niet onherroepelijke, omgevingsvergunning moet worden ingetrokken, als de uitvoering van het Unierecht dit vereist. Ook is in dit geval aan de tweede voorwaarde voldaan. De omgevingsvergunningen zijn namelijk onherroepelijk geworden door een uitspraak van de Afdeling van 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3760, die niet vatbaar is voor hoger beroep. Bij deze uitspraak heeft de Afdeling het hoger beroep beoordeeld van een aantal inwoners van Swifterbant die in de huidige procedure met de Stichting Windbrekers Swifterbant beroep en vervolgens hoger beroep hebben ingesteld.

Maar aan de derde voorwaarde is niet voldaan, omdat de Afdeling in de uitspraak van 6 november 2019 niet (bij exceptieve toetsing) heeft geoordeeld over de verenigbaarheid van de windturbinebepalingen met de SMB-richtlijn. De Afdeling hoefde daarover ook niet te oordelen, omdat de betogen in die zaak daartoe geen aanleiding gaven.

Kortom, uitgaande van het Kühne & Heitz-arrest bestond er geen verplichting voor het college om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken.

17.19. Anders dan de stichting betoogt en anders dan waar de rechtbank vanuit is gegaan, blijven naast het beoordelingskader van het Kühne & Heitz-arrest ook andere arresten van het Hof over heroverweging van onherroepelijke besluiten van belang. De Afdeling verwijst naar wat zij hierover onder 17.7 en 17.10 heeft overwogen. Zoals hiervoor onder 17.7 is overwogen, volgt niet uit het Nevele-arrest dat aan die arresten, zoals het Byankov-arrest, geen betekenis toekomt. Op de zitting is stilgestaan bij de vraag of sprake is van zulke bijzondere omstandigheden dat deze arresten het college verplichten om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken. Ook deze vraag moet naar het oordeel van de Afdeling ontkennend worden beantwoord.

De Afdeling volgt de stichting niet in haar betoog dat alleen al de omstandigheid dat aan de SMB-richtlijn rechtstreekse werking toekomt en voor de windturbinebepalingen ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling in de zin van de SMB-richtlijn is verricht, meebrengt dat de omgevingsvergunningen gelet op deze arresten moeten worden ingetrokken. Zoals de Afdeling onder 17.7 en 17.10 heeft overwogen, volgt uit deze arresten niet dat ingeval van een Unierechtelijke onverenigbaarheid in alle gevallen tot heroverweging van een onherroepelijke vergunning moet worden overgegaan, maar dat dit alleen zo is in bijzondere gevallen. Het college heeft zich op de zitting terecht op het standpunt gesteld dat zo'n bijzonder geval in dit geval niet aan de orde is. Hier is sprake van de niet-naleving van een vereiste van meer procedurele aard uit de SMB-richtlijn, inhoudende dat voor de windturbinebepalingen een voorafgaande milieubeoordeling als bedoeld in de SMB-richtlijn had moeten zijn verricht. Uit het Nevele-arrest en de Delfzijltussenuitspraak volgt niet - anders dan de stichting betoogt - dat de inhoudelijke milieunormering die was neergelegd in de windturbinebepalingen, op zichzelf onverenigbaar was met het Unierecht. De hiervoor genoemde niet-naleving heeft gelet op het Nevele-arrest tot gevolg dat de omgevingsvergunningen waarvoor de windturbinebepalingen een kaderstellend plan of programma waren, ook niet

verenigbaar zijn met het Unierecht. Naar het oordeel van de Afdeling behelst dit gebrek geen (ernstige) schending van een fundamenteel recht of vrijheid die de stichting aan het Unierecht kan ontlenen. Ook is geen sprake van voortdurende, met het Unierecht strijdige rechtsgevolgen. De rechtbank heeft er terecht op gewezen dat op 29 maart 2022, de datum waarop het college het besluit tot afwijzing van het verzoek van de stichting heeft genomen, bekend was dat het Rijk een planmilieueffectrapport zou laten opstellen met het oog op nieuwe, nog op te stellen regels voor windturbineparken. Zoals op de zitting is gebleken, zijn partijen het erover eens dat het Rijk inmiddels met deze planmilieueffectrapportage is gestart.

Uitgaande van het Byankov-arrest en de in lijn met dit arrest door het Hof gewezen andere arresten bestond er dus geen verplichting voor het college om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken.

17.20. De wijze waarop de rechtbank de belangenafweging heeft verricht en de overweging van de rechtbank dat haar oordeel alleen geldt bij de huidige stand van zaken en na begin 2024 mogelijk tot een andere heroverweging moet worden gekomen, acht de Afdeling gelet op wat zij hiervoor heeft overwogen, niet juist. Gelet hierop en gelet op het concluderend oordeel van de Afdeling dat er hier geen Unierechtelijke plicht is om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken, gaat de Afdeling niet verder inhoudelijk in op de betogen van het college, van SwifterwinT en van de stichting die gaan over specifieke aspecten die de rechtbank in die belangenafweging heeft betrokken, zoals de vraag of SwifterwinT op de vergunningen heeft mogen vertrouwen, de gevolgen van intrekking voor de elektriciteitsbevoorrading van Nederland en de vraag of het bevoegd gezag eigen normen voor het windpark had kunnen vaststellen.

Ook komt de Afdeling niet toe aan de beoordeling van het betoog van de stichting dat de rechtbank ten onrechte de Tow bij haar beoordeling heeft betrokken, omdat de Tow ook in strijd met het Unierecht zou zijn. Dat geldt ook voor de betogen van het college en SwifterwinT dat de Tow wel in overeenstemming met de SMB-richtlijn is. De rechtbank heeft de Tow namelijk uitsluitend beoordeeld in het kader van de door haar verrichte afweging of tot intrekking van de omgevingsvergunningen moet worden overgegaan. De Tow ligt in deze procedure niet anderszins ter beoordeling voor.

17.21. Het betoog van de stichting dat niet de rechtbank, maar het Hof bevoegd is om te oordelen over de vraag of de omgevingsvergunningen wel of niet moeten worden ingetrokken, volgt de Afdeling niet. Er is geen Unierechtelijke regeling op grond waarvan het Hof is aangewezen om (buiten de prejudiciële procedure) over (bestuursrechtelijke) geschillen over nationale omgevingsvergunningen te oordelen. Dat betekent dat het aan de lidstaten is overgelaten om daarvoor een regeling te treffen, wat in Nederland met de Awb en de Wabo is gedaan.

17.22. Over het verzoek van de stichting om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof als de Afdeling tot het oordeel komt dat de onherroepelijke omgevingsvergunningen niet hoeven te worden ingetrokken, overweegt de Afdeling als volgt. Volgens de Afdeling bestaat er, gelet op de arresten

van het Hof van 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilfit), punten 13, 14 en 16, en 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:799 (Consortio Italian Management), punt 36, geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat de opgeworpen vraag kan en door de Afdeling is beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof en gelet op die rechtspraak redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de vraag moet worden beantwoord.

STRIJD MET DE DIENSTENRICHTLIJN

Oordeel van de rechtbank

18. Over de betogen van de stichting dat de omgevingsvergunningen schaarse rechten zijn, de stichting niet heeft kunnen meedingen naar het verkrijgen van de vergunningen en de omgevingsvergunningen in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn, overweegt de rechtbank dat hier een ander beoordelingskader geldt. Hier is geen sprake van gebrekkige implementatie van de Dienstenrichtlijn. Het intrekken van de omgevingsvergunningen kan volgens de rechtbank niet worden gezien als een instrument om zo'n schending van het Unierecht ongedaan te maken. Met het college is de rechtbank van oordeel dat de stichting in de beroepsprocedure tegen de omgevingsvergunningen had kunnen aanvoeren dat de omgevingsvergunningen in strijd met de Dienstenrichtlijn zijn. Dat is niet gebeurd. Intrekking van de in rechte vaststaande omgevingsvergunningen kan alleen, als zij evident in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn. De rechtbank oordeelt dat door de stichting niet is onderbouwd en ook anderszins niet is gebleken dat het rijksinpassingsplan of de omgevingsvergunningen schaarse creëren, anders dan de schaarste die kenmerkend is voor de 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.

Betoog van de stichting

19. De stichting betoogt dat weliswaar de Dienstenrichtlijn niet gebrekkig is geïmplementeerd, maar dat deze wel rechtstreeks werkt en belanghebbenden hierop een beroep kunnen doen. Deze omgevingsvergunningen zijn volgens de stichting evident in strijd met de Dienstenrichtlijn en daarmee nog niet onherroepelijk. Er kan maar een beperkt aantal vergunningen voor de bouw van windturbines worden verleend. Er is daarmee wel sprake van schaarse rechten, waarbij de schaarste niet gebonden is aan grondgebruik, maar het gevolg is van door het bevoegd gezag gecreëerde schaarste. Transparante procedures om mee te dingen ontbraken.

Oordeel van de Afdeling

20. Naar het oordeel van de Afdeling slaagt het betoog van de stichting niet. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de stichting de (hoger) beroepsgrond dat sprake

is van schaarse rechten en strijd met de Dienstenrichtlijn, had moeten aanvoeren in de beroepsprocedure tegen de omgevingsvergunningen. In wat de stichting heeft aangevoerd, ziet de Afdeling bovendien geen grond voor het oordeel dat hier sprake is van schaarse rechten. De Afdeling wijst in dit verband ook op haar uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (Windpark Zeewolde), onder 17.5 tot en met 17.8. Ook ziet de Afdeling met de rechtbank in het summiere betoog van de stichting geen grond voor oordeel dat sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn. Het betoog van SwifterwinT dat aan de stichting het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a van de Awb moet worden tegengeworpen, omdat de onderliggende normen alleen strekken tot bescherming van de belangen van gegadigden die mee zouden willen dingen naar een schaars recht, hoeft daarom niet te worden besproken.

VERKEERDE REKENMODELLEN

Oordeel van de rechtbank

21. Over het betoog van de stichting dat bij de omgevingsvergunningen van onjuiste rekenmodellen is uitgegaan, waardoor is uitgegaan van een lagere geluidbelasting dan zich in de praktijk zal voordoen en dat een nieuwere generatie windturbines zal worden gebruikt dan waarvan toen is uitgegaan, heeft de rechtbank als volgt geoordeeld. De rechtbank oordeelt dat zich hier geen van de intrekkingmogelijkheden uit artikel 2.33 van de Wabo voordoet. Daarvoor is van belang 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 Tow staan. Dat een ander type windturbine wordt gebruikt dan waarvan in de rekenmodellen is uitgegaan, zou alleen tot de conclusie kunnen leiden dat de uitvoerbaarheid van de omgevingsvergunningen in gevaar komt. Dat is volgens de rechtbank geen intrekkinggrond.

Betoog van de stichting

22. De stichting betoogt dat zij heeft aangetoond dat verkeerde rekenmodellen zijn gebruikt, waardoor de geluidbelasting in de praktijk hoger zal zijn. Zij meent dat hiermee de mogelijkheden tot bescherming van het milieu niet zoveel mogelijk zijn benut en de omgevingsvergunningen op grond van artikel 2.33, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wabo hadden moeten worden ingetrokken. Verder betoogt zij dat de Tow geen valide toetsingskader biedt en handhaving van windturbinenormen eigenlijk niet goed mogelijk is.

Oordeel van de Afdeling

23. Naar het oordeel van de Afdeling slaagt het betoog van de stichting niet. Over het betoog van de stichting dat van onjuiste rekenmodellen is uitgegaan en concreet dat een onjuist windturbintype is gehanteerd voor de berekening van

de geluidbelasting, heeft de Afdeling al geoordeeld dat dit betoog niet slaagt. Dat heeft zij gedaan onder 20.3 van haar uitspraak van 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3760, over de beroepen van enkele inwoners van Swifterbant die waren ingesteld tegen het rijksinpassingsplan en de omgevingsvergunningen. Deze inwoners hebben nu ook samen met de stichting hoger beroep ingesteld. In de uitspraak van 6 november 2019 heeft de Afdeling verder geconcludeerd dat er geen aanleiding was voor het oordeel dat Windplan Blauw zal zorgen voor onaantvaardbare geluidhinder ter plaatse van de woningen in Swifterbant. In wat de stichting nu in haar hoger beroep en op de zitting naar voren heeft gebracht, ziet de Afdeling geen grond om daar nu anders over te oordelen. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat zich geen van de intrekkingmogelijkheden uit artikel 2.33 van de Wabo voordoet.

Handhaving op grond van de Tow ligt in deze hogerberoepsprocedure niet ter beoordeling voor. Daarom ziet de Afdeling geen aanleiding om een oordeel te geven over de validiteit van de Tow.

OVERIGE GRONDEN

Betoog van de stichting

24. De stichting betoogt dat SwifterwinT te weinig heeft gedaan met het toetingsadvies van de Commissie voor de milieueffectrapportage van 18 juli 2018. Verder vraagt de stichting zich af waarom Vestas de 37 windturbines van SwifterwinT niet volgens de planning voor 2022-2023 heeft overgedragen. Ook betoogt de stichting dat SwifterwinT geen relevante geluidsniveauspecificaties van Vestas V162-5,6 MW heeft aangeleverd. Tot slot wijst de stichting op een e-mail van de directeur van SwifterwinT, waaruit volgt dat een geluidanalyse niet mogelijk zou zijn vanwege te weinig feedback van de omwonenden. De stichting meent dat de schuld voor de geluidsoverlast ten onrechte bij de omwonenden zelf wordt gelegd.

Oordeel van de Afdeling

25. De Afdeling stelt vast dat de gronden van de stichting zich niet richten tegen de uitspraak van de rechtbank, maar tegen het feitelijk handelen van SwifterwinT. Dit maakt dat het betoog al daarom niet kan slagen.

RELATIVITEITSVEREISTE

26. Omdat de betogen van de stichting niet slagen, komt de Afdeling niet toe aan een bespreking van de vraag of artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht in dit geval in de weg staat aan een vernietiging van de omgevingsvergunningen.

CONCLUSIE EN PROCESKOSTEN

27. De hoger beroepen van het college, van SwifterwinT en van de stichting zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak

moet worden bevestigd onder verbetering van de gronden waarop zij rust.

28. Het college moet de proceskosten van de stichting vergoeden, voor zover die kosten zijn gemaakt in verband met het hoger beroep van het college.

29. Gelet op artikel 8:109, tweede lid, van de Awb wordt van het college griffierecht geheven.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Dronten tot vergoeding van bij de Stichting Windbrekers Swifterbant en een groep inwoners uit Swifterbant, in verband met de behandeling van het hoger beroep van het college opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1 750,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, met dien verstande dat bij betaling van genoemd bedrag aan een van hen het college aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan;
- III. bepaalt dat van het college van burgemeester en wethouders van Dronten een griffierecht van € 548,00 wordt geheven.

Noot

Inleiding en voorgeschiedenis

1. Windplan Blauw is een windpark van 61 windturbines. Voor dit park is een Rijksinpassingsplan (hierna: 'RIP') vastgesteld en zijn zes omgevingsvergunningen verleend voor de bouw en voor het oprichten en in werking hebben van de windturbines als inrichting. Tegen zowel het RIP als de omgevingsvergunningen zijn beroepen ingesteld. Voor zover ontvankelijk, zijn ze door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'Afdeling') ongegrond verklaard. Het RIP en de omgevingsvergunningen zijn derhalve onherroepelijk. Verzocht is om intrekking van de omgevingsvergunningen vanwege het Nevele-arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna: 'het Hof'), HvJ EU 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503 en de daarop gebaseerde Afdelingsuitspraak ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395 (hierna: 'Delfzijlussenuitspraak'). Aan dit verzoek is ten grondslag gelegd dat bij het verlenen van de omgevingsvergunning voor wat betreft de beoordeling van de milieugevolgen van de windturbines ten onrechte van de toepasselijkheid van de (toenmalige) windturbinebepalingen (over geluid, slagschaduw, externe veiligheid en lichtschittering) in het Activiteitenbesluit milieubeheer en de Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: 'windturbinebepalingen') is uitgegaan. Het intrekkingverzoek is door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Dronten (hierna: 'het college') afgewezen. In Rb. Midden-Nederland 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627 heeft de Rechtbank Midden-Nederland het beroep gegrond verklaard, maar de rechtsgevolgen van het weigeringsbesluit in stand gelaten. Tegen de rechtbankuitspraak is hoger beroep ingesteld.

Beoordeling in hoger beroep

2. In hoger beroep ziet de Afdeling zich voor twee vragen gesteld, namelijk of (i) aan de omgevingsvergunningen een Unierechtelijk gebrek kleeft nu de windturbinebepalingen ten onrechte niet zijn be-plan-mer'd; en (ii) of het Unierecht met zich brengt dat de inmiddels onherroepelijke omgevingsvergunningen moeten worden ingetrokken.

Geen strijdigheid omgevingsvergunning met de mer- of SMB-richtlijn

3. De Afdeling oordeelt dat de omgevingsvergunningen vergunningen in de zin van de mer-richtlijn zijn. De Afdeling verwijst daarbij naar r.o. 43 van de Delfzijltussenuitspraak. Ten onrechte, aangezien die overweging handelt over de vraag of een bestemmingsplan kan worden aange-merkt als een vergunning. Wij zijn het echter met de Afdeling eens dat een omgevingsvergunning onder de reikwijdte van de mer-richtlijn valt. De Afdeling leidt daaruit af dat de aan de orde zijnde omgevingsvergunningen geen plannen of programma's zijn die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor windturbineparken. Ook dat lijkt ons terecht. Omdat de omgevingsvergunningen niet onder de reikwijdte van de SMB-richtlijn vallen, zijn ze daarmee niet in strijd.

4. De mer-richtlijn is wel van toepassing. De Afdeling overweegt dienaangaande dat voor zover uit die richtlijn voortvloeide dat voor de omgevingsvergunningen een mer-(beoordeling) was vereist, aan die verplichting is voldaan en dat in zoverre niet in strijd met de mer-richtlijn is gehandeld. Het valt op dat de Afdeling de inhoud van de verichte mer- of mer-beoordelingen niet toetst. Vandaar wellicht het voorbehoud dat in de door de Afdeling gebezigde woorden "in zoverre" ligt besloten. Als in de uitgevoerde mer of mer-beoordelingen ook is uitgegaan van de in strijd met de SMB-richtlijn vastgestelde windturbinebepalingen, is het de vraag of die mer-(beoordelingen) inhoudelijk wel in overeenstemming zijn met de mer-richtlijn. Kennelijk is dat in deze procedure niet door appellanten aangevoerd zodat de Afdeling daar geen oordeel over hoefde te vellen.

Er is wel sprake van een ander Europeesrechtelijk gebrek

5. Omdat de omgevingsvergunningen niet in strijd zijn met de mer- of SMB-richtlijn, lijkt geen sprake van een Unierechtelijk gebrek. De Afdeling oordeelt anders. Het Nevele-arrest, in het bijzonder punt 95 in samenhang met punt 83, maakt volgens haar duidelijk

"dat een vergunning waarvoor voorafgaande kaderstellende plannen en programma's als bedoeld in de SMB-richtlijn waarvoor ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling is verricht, de grondslag vormen, niet verenigbaar is met het Unierecht. De strijd van de betrokken plannen en programma's met de SMB-richtlijn werkt dus door in de omgevingsvergunning, in die zin dat die vergunning weliswaar zelf niet in strijd is met de SMB-richtlijn, maar niettemin volgens het Hof in het Nevele-arrest toch niet verenigbaar is met het Unierecht."

Als de desbetreffende overwegingen in het arrest letterlijk worden genomen, valt hier niks op af te dingen. Maar wij vinden dat er wel degelijk redenen zijn om aan de conclusie van het Hof te twijfelen. Wij hebben dit reeds uiteengezet in onze noot bij de rechtbankuitspraak. Onzes inziens is er bij de omgevingsvergunningen sprake van een uitsluitend nationaalrechtelijk gebrek (zie onze noot bij Rb. Midden-Nederland 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627, *Men R* 2023/45, punt 6, 7 en 8).

6. De Afdeling had ervoor kunnen kiezen om het Hof middels het stellen van een prejudiciële vraag op basis van de (onder meer) door ons gegeven argumenten een uitspraak te laten doen over de vraag of in een casus als hier aan de orde wel sprake is van een Unierechtelijk gebrek. Daar heeft de Afdeling om haar moverende redenen niet voor gekozen. Maar dat zij zelf ook twijfels heeft bij de door haar geciteerde conclusie uit het Nevele-arrest, blijkt uit de Delfzijltussenuitspraak. In r.o. 60 van die uitspraak constateert de Afdeling dat bij de verlening van de omgevingsvergunning ten onrechte is uitgegaan van de windturbinebepalingen nu de vaststelling ervan niet door een plan-mer vooraf was gegaan. De Afdeling concludeert vervolgens niet dat er aan de omgevingsvergunning een Unierechtelijk gebrek kleeft, maar dat die vergunning in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in art. 3:2 Awb is verleend en niet berust op een deugdelijke motivering als bedoeld in art. 3:46 Awb. Dat betreffen uitsluitend nationaalrechtelijke gebreken.

Verplichting om onherroepelijke besluiten waaraan een Unierechtelijk gebrek kleeft te heroverwegen of in te trekken

7. Nu er volgens de Afdeling sprake is van een Unierechtelijk gebrek is het de vraag of het Unierecht ertoe verplicht de onherroepelijke omgevingsvergunningen te herzien of in te trekken. Deze vraag beantwoordt de Afdeling aan de hand van een aantal stappen, die zij enerzijds destilleert uit een aantal specifiek op de mer- en SMB-richtlijn toegespitste arresten, en anderzijds op vaste rechtspraak van het Hof aangaande het heroverwegen van onherroepelijke besluiten, en algemeen geldende Unierechtelijke beginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van procedurele autonomie, het beginsel van loyale samenwerking zoals vervat in art. 4 lid 3 VEU en het legaliteitsbeginsel. Hieronder lopen wij de verschillende stappen van de Afdeling langs.

Verplichting tot heroverweging of intrekking op grond van de mer- en SMB-richtlijn en daarop gebaseerde arresten

8. In de SMB-richtlijn of in de mer-richtlijn is geen regeling op grond waarvan (onherroepelijke) omgevingsvergunningen kunnen of moeten worden ingetrokken vanwege een Unierechtelijk gebrek. Een heroverwegings- en intrekkingplicht volgt volgens de Afdeling evenmin uit het Nevele-arrest en het daarin aangehaalde Derrybrien-arrest (HvJ EU 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955). Uit het Nevele-arrest kan een dergelijke verplichting niet worden

afgeleid, omdat de prejudiciële vragen van de Belgische rechter, en dienovereenkomstig het oordeel van het Hof, enkel betrekking hadden op (de gevolgen van een Unierechtelijk gebrek op) een nog niet onherroepelijke vergunning. Hoewel de vergunningen in de Derrybrienzaak, anders dan in Nevele, wel onherroepelijk waren, meent de Afdeling dat hieruit evenmin een intrekingsplicht kan worden afgeleid. Reden daarvoor is dat die zaak betrekking had op een hele andere context, namelijk een niet-nakomingsprocedure tegen een lidstaat vanwege het onjuist implementeren van de mer-richtlijn en het ontbreken van een milieueffectbeoordeling voor een windturbinepark in Derrybrien. Volgens ons had de Afdeling wat betreft Derrybrien kunnen volstaan dat die zaak handelt over een (onherroepelijke) vergunning waarvoor in strijd met de mer-richtlijn geen project-MER was gemaakt in verband waarmee evident sprake was van een Unierechtelijk gebrek. Dat is bij de aan de orde zijnde omgevingsvergunningen niet het geval.

Verplichting tot heroverweging of intrekking op grond van andere arresten van het Hof en algemene Unierechtelijke beginselen

9. In lijn met de door de Afdeling gewezen uitspraak ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2573, *M en R* 2023/95, oordeelt de Afdeling dat op het intrekkingverzoek de arresten Kühne & Heitz (HvJ EU 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17) en Byankov (HvJ EU 4 oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:608) van toepassing zijn. Daaruit volgt dat ingevolge het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel een bestuursorgaan in beginsel niet terug hoeft te komen op onherroepelijk besluiten. Er zijn echter twee uitzonderingen.

10. Zo moet een bestuursorgaan een onherroepelijk besluit heroverwegen als aan de vier *cumulatieve* voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest wordt voldaan. In de eerste plaats moet er een nationaalrechtelijke grondslag zijn om het besluit te heroverwegen. Die vindt de Afdeling in casu in art. 2.33 lid 1 onder a Wabo.

11. In de tweede plaats moet het besluit onherroepelijk zijn geworden als gevolg van een uitspraak van de hoogste nationale (bestuurs)rechter. Daarbij overweegt de Afdeling expliciet dat degene die om heroverweging verzoekt, ook degene moet zijn die tegen het oorspronkelijke besluit tot in hoogste instantie heeft geprocedeerd. Dat wordt helder door de Afdeling onderbouwd door (in r.o. 17.9) te verwijzen naar concrete overwegingen van het Hof in een aantal arresten (zie ook al R.J.G.M. Widdershoven, 'Kühne & Heitz', *AB Klassiek* 2022/26.4, par. b).

12. In de derde plaats moet de desbetreffende uitspraak, gelet op later gewezen rechtspraak van het Hof, berusten op een onjuiste uitleg van het Unierecht. Deze voorwaarde brengt volgens de Afdeling met zich dat in de desbetreffende uitspraak expliciet (bij wijze van exceptieve toetsing) moet zijn geoordeeld over de verenigbaarheid van de windturbinebepalingen met de SMB-richtlijn, zonder dat hier prejudiciële vragen over zijn gesteld. Uit r.o. 17.9 (derde alinea) kan worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat met het Nevele-arrest duidelijk is geworden dat haar eerdere uitspraken over de windturbinebepalingen in strijd

met het Unierecht waren en dat daarmee aan de derde voorwaarde kan worden voldaan. Het is dus niet zo dat nooit aan de derde voorwaarde zou kunnen worden voldaan omdat het Hof niet zelf een oordeel heeft geveld over de vraag of de toenmalige Nederlandse windturbinebepalingen in strijd met de SMB-richtlijn zijn vastgesteld (zie in dit verband R.H.W. Frins & A.G.A. Nijmeijer, 'Van Nevele naar Delfzijl en verder', *M en R* 2021/120, p. 845).

13. Het mag zo zijn dat met het Nevele-arrest duidelijk is geworden dat eerdere uitspraken van de Afdeling over de windturbinebepalingen in strijd met het Unierecht waren, maar dat is pas door de Afdeling uitgesproken in de Delfzijltussenuitspraak. Bij de derde voorwaarde geldt daarom dat de desbetreffende uitspraak moet zijn gedaan voor de Delfzijltussenuitspraak (en niet al voor het Nevele-arrest; zie eveneens r.o. 17.9).

14. De vierde in Kühne & Heitz gestelde voorwaarde houdt in dat de betrokkene direct na kennisneming van het arrest van het Hof waaruit blijkt dat de nationale hoogste rechter een uitspraak heeft gedaan die berust op een onjuiste uitleg van het Unierecht, zich tot het bestuursorgaan heeft gewend met het verzoek om het desbetreffende besluit in te trekken dan wel anderszins te heroverwegen.

15. Als niet aan de Kühne & Heitz-voorwaarden wordt voldaan, dan kan heroverweging van een onherroepelijke vergunning alsnog verplicht zijn, namelijk als het legaliteitsvereiste zwaarder weegt dan het rechtszekerheidsvereiste (dat is de tweede hiervoor bedoelde uitzondering). Dat is in ieder geval zo, als het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten of vrijheden die aan het besluit kunnen worden ontleend en het besluit langdurige rechtsgevolgen zal sorteren. Daarbij wijst de Afdeling met name op het Byankov-arrest.

Beoordeling van de voorliggende casus

16. Hoe pakt bovenstaande beoordeling in concreto uit voor de omgevingsvergunningen voor Windplan Blauw? De Afdeling overweegt dat in casu voor geen van appellanten wordt voldaan aan de derde Kühne & Heitz-voorwaarde, nu in de Afdelingsuitspraak waarmee de omgevingsvergunning onherroepelijk is geworden niet (bij wijze van exceptieve toetsing) is geoordeeld over de verenigbaarheid van de windturbinebepalingen met de SMB-richtlijn. De Afdeling heeft eerder om dezelfde reden geoordeeld dat GS van Gelderland het verzoek om herziening van het inpassingsplan 'Windpark Bommelerwaard-A2' terecht hebben kunnen afwijzen. Zie ABRvS 5 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2573.

17. Gelet op het Byankov-arrest en de in lijn daarmee door het Hof gewezen andere arresten, is er volgens de Afdeling evenmin sprake van bijzondere omstandigheden die maken dat het college toch verplicht was om de onherroepelijke omgevingsvergunningen te heroverwegen of in te trekken. Daarbij acht de Afdeling onder meer van belang dat het gaat om de niet-naleving van een meer procedurele bepaling van de SMB-richtlijn waarbij niet is geoordeeld dat de inhoudelijke normering die was neergelegd in windturbinebepalingen onverenigbaar was met het Unierecht. Van een (ernstige) schending van een fundamenteel recht of vrijheid

die appellanten aan het Unierecht kunnen ontleen, is naar het oordeel van de Afdeling geen sprake. Vervolgens wijst de Afdeling er nog op dat geen sprake is van voortdurende, met het Unierecht strijdige rechtsgevolgen, nu ten tijde van het weigeringsbesluit reeds bekend was dat er door het Rijk een plan-MER zou worden opgesteld met het oog op nieuwe, nog op te stellen regels voor windturbineparken.

18. Interessant is dat de nationaalrechtelijke grondslag die Afdeling noemt voor het heroverwegen van een onherroepelijke omgevingsvergunning (art. 2.33 lid 1 onder a Wabo) niet is teruggekeerd onder de Omgevingswet. In het Besluit kwaliteit leefomgeving (hierna: 'Bkl') zijn in afdeling 8.10 de redenen opgenomen op grond waarvan een omgevingsvergunning kan (of soms zelfs moet) worden gewijzigd of ingetrokken. Uit de NvT bij het Bkl leiden wij af dat dit een bewuste keuze is van de AMvB-wetgever. Zoals de Afdeling terecht opmerkt, verplichten de SMB-richtlijn noch de mer-richtlijn en de daarop gebaseerde arresten evenwel tot het intrekken van (onherroepelijke) vergunningen. Voor zover aan een omgevingsvergunning een "Nevele-gebrek" kleeft, moet, om aan de tweede Kühne & Heitz-voorwaarde te voldoen, naar huidig recht veelal worden teruggevallen op de algemene wijzigings- en intrekingsbevoegdheden zoals neergelegd in afdeling 8.10 Bkl. De daarin opgenomen bepalingen hebben evenwel een, op het eerste oog, beperktere reikwijdte dan het voormalige art. 2.33 lid 1 onder a Wabo. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat de lat om een geslaagd beroep op de Kühne & Heitz-voorwaarden te voldoen, nog hoger zal worden gelegd.

19. De Rechtbank Midden-Nederland is in haar bestreden uitspraak ook ingegaan op de vraag naar de verenigbaarheid van de tijdelijke overbruggingsreling windturbineparken met de SMB-richtlijn. Zie hierover punt 11 en 12 van onze noot bij die uitspraak. De Afdeling komt niet toe aan het beantwoorden van deze vraag (zie r.o. 17.20). Dat is jammer. Zeker omdat het Rijk van mening is dat wetten in formele zin geen plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn zijn en daarmee sowieso niet vallen binnen de reikwijdte van de SMB-richtlijn. Een twijfelachtige stellingname. Zie daarover enerzijds onze noot (onder punt 3) bij Rb. Oost-Brabant 16 juni 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2931, *M en R 2023/84* en anderzijds R.A.G. de Jonge, "Toepassing van de SMB-richtlijn op wet- en regelgeving. Hoe zit dat en wat zijn de gevolgen?", *TO 2023*, afl. 2-3, p. 52-54. Anders dan ondergetekenden betwijfelt De Jonge of de grondslag in art. 82 e.v. GW een toereikende basis is om te kunnen stellen dat alle wetten in formele zin zijn voorgeschreven in de zin van de SMB-richtlijn. Wij delen die twijfel niet. Wij zijn van mening dat art. 82 e.v. GW specifieke bepalingen (in de zin van r.o. 35 van het Nevele-arrest) zijn waarmee een rechtsgrondslag wordt geboden voor de vaststelling van wetten in formele zin.

Marcel Soppe & Tessa Röttscheid

M en R 2024/117

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 18 september 2024, nr. 202204981/1/R2
(Meijer, Gundelach, Van Gastel)
m.nt. M.A.A. Soppe & T. Röttscheid

(Art. 2, 3 lid 2 onder a SMB-richtlijn; art. 4 lid 3 VEU)

Milieurecht Totaal 2024/7731
ECLI:NL:RVS:2024:3745

Omgevingsvergunning voor het windpark is niet in strijd met de SMB- of mer-richtlijn. Desondanks kan niet worden gezegd dat de omgevingsvergunning verenigbaar is met het Unierecht. Het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest nopen niet tot het heroverwegen van onherroepelijke omgevingsvergunningen. Heroverweging kan toch aan de orde zijn als wordt voldaan aan de voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest, of als het legaliteitsvereiste zwaarder dient te wegen dan het rechtszekerheidsvereiste. Daarvan is hier geen sprake. De rechtbankuitspraak wordt in stand gelaten met verbeterde motivering.

In concluderende zin overweegt de Afdeling dat de omgevingsvergunning niet in strijd is met de SMB-richtlijn, omdat zij geen kaderstellend plan of programma is waarvoor een milieubeoordeling moet worden gemaakt. Ook is de omgevingsvergunning niet in strijd met de mer-richtlijn, als aan de voor het windturbinepark verplichte milieueffectrapportage of merbeoordeling uitvoering is gegeven. Dat is hier het geval. Vanwege in het bijzonder punt 95 van het Nevele-arrest ziet de Afdeling niettemin geen ruimte voor het oordeel dat de omgevingsvergunning verenigbaar is met het Unierecht. Maar dat betekent niet dat er zonder meer een Unierechtelijke verplichting is tot heroverweging en/of intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning. Het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest geven geen aanknopingspunten dat een onherroepelijke omgevingsvergunning moet worden heroverwogen of ingetrokken. Vanwege het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel hoeft een bestuursorgaan in beginsel ook niet terug te komen van een besluit dat definitief is geworden na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen. Maar daarop bestaan uitzonderingen. Als aan de vier cumulatieve voorwaarden uit het Kühne & Heitz-arrest is voldaan, dan is een bestuursorgaan wel gehouden om een definitief besluit opnieuw te onderzoeken om rekening te houden met uitlegging die het Hof inmiddels aan relevante bepalingen van het Unierecht heeft gegeven. Ook in andere, bijzondere omstandigheden kan een bestuursorgaan daartoe gehouden zijn, als het legaliteitsvereiste zwaarder weegt dan het rechtszekerheidsvereiste. Uit de arresten van het Hof blijkt dat dit het geval is, als het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten of vrijheden die de betrokkene aan het Unierecht kan ontleen en het definitieve besluit langdurig rechtsgevolgen zal sorteren.