

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.

Uitspraak op het hoger beroep van:
Vereniging Actiecomité Windpark Rietvelden NEE, gevestigd in 's-Hertogenbosch (hierna: de vereniging), appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 11 juli 2022 in zaak nr. 21/2764 in het geding tussen:
de vereniging
en
het college van burgemeester en wethouders van 's-Hertogenbosch.

Procesverloop

Bij besluit van 28 september 2021 heeft het college het verzoek van de vereniging om de op 20 september 2017 verleende omgevingsvergunning voor het windpark De Rietvelden in te trekken afgewezen.

Bij uitspraak van 11 juli 2022 heeft de rechtbank het door de vereniging daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft de vereniging hoger beroep ingesteld.

Het college en WP De Rietvelden B.V. en Coöperatieve vereniging Bossche Windmolen West U.A. hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat en WP De Rietvelden B.V. en Coöperatieve vereniging Bossche Windmolen West U.A. hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak, gelijktijdig met de zaak met zaaknummer 202301898/1/R4, op een zitting behandeld op 24 november 2023, waar de vereniging, vertegenwoordigd door [gemachtigde A] en [gemachtigde B], bijgestaan door mr. P.A. de Lange, advocaat in Barendrecht, en drs. W.R. Staring MSc, en het college, vertegenwoordigd door mr. E.B.A.M. Gerritse, zijn verschenen. Verder zijn op de zitting WP De Rietvelden B.V. en Coöperatieve vereniging Bossche Windmolen West U.A., vertegenwoordigd door [gemachtigde C], [gemachtigde D] en [gemachtigde E], bijgestaan door mr. E.M.N. Noordover, advocaat in Amsterdam, en de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, vertegenwoordigd door mr. B.C. Bošnjaković, bijgestaan door mr. C.E. Barnhoorn, advocaat in Den Haag, als partijen 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 omgevingsvergunning in te trekken is gedaan op 4 januari 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. Windpark De Rietvelden is een windpark dat bestaat uit vier windturbines. WP De Rietvelden B.V. en Coöperatieve vereniging Bossche Windmolen West U.A. zijn de exploitanten van het windpark. Windturbines 1 tot en met 3 zijn gerealiseerd op het gezoneerde industrieterrein De Rietvelden ten zuiden van de rijksweg A59. Windturbine 4 is ten noorden van de A59 in agrarisch gebied tussen de bedrijventerreinen De Vutter en Treurenburg gerealiseerd. De windturbines hebben een maximale ashoogte van 125 meter, een rotordiameter van 122 meter (ofwel een maximale tiphoogte van 186 meter) en een maximaal vermogen van 3,7 MW.

4. De vereniging komt op voor de belangen van haar leden, zijnde bewoners uit Engelen, de Gemaalweg/Engelsdijk en Kruiskamp. De vereniging verzet zich tegen de plaatsing van windturbines van windpark De Rietvelden en windpark Treurenburg in 's-Hertogenbosch.

Voorgeschiedenis

5. Op 20 september 2017 heeft het college een omgevingsvergunning verleend voor de realisatie en de exploitatie van de vier windturbines van windpark De Rietvelden voor een periode van 25 jaar. Het betreft een omgevingsvergunning als is bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, onder b, onder c en onder i, van de Wabo. Bij het verlenen van de omgevingsvergunning is er voor de beoordeling van de activiteiten met gevolgen voor het milieu van uitgegaan dat de windturbines van windpark De Rietvelden 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). Voor de omgevingsvergunning is een vormvrije mer-beoordeling verricht.

6. Bij uitspraak van 5 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:958, heeft de rechtbank Oost-Brabant uitspraak gedaan over het beroep dat was ingesteld tegen de omgevingsvergunning door de vereniging en anderen. De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en het besluit van 20 september 2017 vernietigd voor wat betreft windturbine 4. De rechtbank heeft zelf in de zaak voorzien door een vergunningvoorschrift over een ijsdetectiesysteem toe te voegen voor de windturbines 1 tot en met 3.

7. Op 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2720, heeft de Afdeling uitspraak gedaan over de hoger beroepen van

de vereniging en Raedthuys Windenergie B.V. De Afdeling heeft het hoger beroep van de vereniging ongegrond en het hoger beroep van Raedthuys Windenergie B.V. gegrond verklaard. De Afdeling heeft de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant voor een deel vernietigd en de beroepen tegen het besluit van 20 september 2017, voor zover daarbij vergunning is verleend voor windturbine 4, alsnog ongegrond verklaard. Ook heeft de Afdeling zelf in de zaak voorzien door een ander vergunningvoorschrift over een ijsdetectiesysteem toe te voegen. Door deze uitspraak is de omgevingsvergunning onherroepelijk geworden.

8. De vereniging heeft het college op 4 januari 2021 verzocht om de verleende omgevingsvergunning voor windpark De Rietvelden in te trekken. Daarbij heeft de vereniging 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). Het college heeft een ontwerpbesluit ter inzage gelegd waarop de vereniging een zienswijze heeft ingediend. Op 28 september 2021 heeft het college een besluit genomen, waarbij het verzoek is afgewezen.

9. Bij uitspraak van 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833, heeft de rechtbank Oost-Brabant het door de vereniging ingestelde beroep tegen het besluit van 28 september 2021 ongegrond verklaard. De vereniging heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

10. De vereniging heeft verschillende hogerberoepsgronden naar voren gebracht. De Afdeling bespreekt hierna elk van die gronden. Daarbij gaat de Afdeling per grond in op het oordeel van de rechtbank en het betoog van de vereniging, waarna het oordeel van de Afdeling volgt.

ARTIKEL 2.33 VAN DE WABO

Oordeel van de rechtbank

11. De rechtbank overweegt dat in artikel 2.33, eerste en tweede lid, van de Wabo gevallen zijn opgesomd waarin het college verplicht is om de omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk in te trekken. Deze opsomming is limitatief. Er is - anders dan als sanctie - geen ruimte om de omgevingsvergunning op andere gronden dan genoemd in dit artikel in te trekken.

Betoog van de vereniging

12. De vereniging betoogt dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat er geen ruimte is om op andere gronden dan op grond van artikel 2.33 van de Wabo de omgevingsvergunning in te trekken. De rechtbank rekent namelijk ten onrechte niet met de rechtstreekse en directe werking van het Unierecht.

Oordeel van de Afdeling

13. Naar het oordeel van de Afdeling gaat de vereniging uit van een onjuiste lezing van de uitspraak van de rechtbank. De rechtbank heeft terecht onderkend dat op

grond van artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo het college de omgevingsvergunning intrekt 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 grondslag om tot intrekking van een, al dan niet onherroepelijke, omgevingsvergunning over te gaan, als de uitvoering van het Unierecht dit vereist. De rechtbank beoordeelt vervolgens of het Unierecht in dit geval de intrekking van de omgevingsvergunning vereist. De rechtbank komt in dit geval tot het oordeel dat dat niet het geval is. Dat laat onverlet dat uit de uitspraak van de rechtbank volgt dat als zij wel tot het oordeel was gekomen dat het Unierecht zo'n intrekking zou vereisen, artikel 2.33, eerste lid, onder a, van de Wabo hiervoor de grondslag biedt.

Het betoog slaagt niet.

VERENIGBAARHEID OMGEVINGSVERGUNNING MET UNIERECHT/VEREIST UNIERECHT INTREKKING?

Oordeel van de rechtbank

14. De rechtbank wijst op de tussenuitspraak van de Afdeling van 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, over het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020 (hierna: de Delfzijl-tussenuitspraak). Daarin gaat de Afdeling in op de gevolgen van het Nevele-arrest voor de windturbinebepalingen. Naar het oordeel van de Afdeling zijn de windturbinebepalingen een plan of programma in de zin van artikel 2, onder a, 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) en is ten onrechte hiervoor geen milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn gemaakt. Daarom oordeelt de Afdeling dat de windturbinebepalingen in strijd zijn met het Unierecht, voor zover deze van toepassing zijn op windturbineparken.

14.1. De rechtbank overweegt dat de windturbinebepalingen, voor zover deze van toepassing zijn op windturbineparken, buiten toepassing moeten worden gelaten. Maar daaruit volgt niet dat de omgevingsvergunning in strijd is met het Unierecht. De omgevingsvergunning is volgens de rechtbank namelijk geen plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn. Deze richtlijn verplicht niet tot het opstellen van een milieubeoordeling voorafgaand aan het verlenen van de omgevingsvergunning. Wel valt de omgevingsvergunning onder de reikwijdte van 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). Maar aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen is hier voldaan, omdat een vormvrije mer-beoordeling is uitgevoerd. De omgevingsvergunning is dus niet in strijd met het Unierecht.

14.2. De verwijzing van de vereniging naar de punten 82 en 83 van het Nevele-arrest leidt volgens de rechtbank niet tot een ander oordeel. Wat betreft punt 82 oordeelt de rechtbank dat de omgevingsvergunning geen plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn is. Met betrekking tot punt 83 overweegt de rechtbank als volgt. Artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: het VEU) bevat het beginsel van loyale samenwerking. Dit beginsel verplicht de lidstaten om een schending van het Unierecht ongedaan te maken. Hier is geen sprake van een verzuim van een milieubeoordeling, omdat de omgevingsvergunning is verleend na een vormvrije mer-beoordeling.

14.3. De rechtbank overweegt wel dat er een rechtsvacuüm is ontstaan voor bestaande windparken. De windturbinebepalingen moeten ten aanzien van windparken namelijk buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met het Unierecht. Naar het oordeel van de rechtbank verplicht het Unierecht het college er niet toe om dit rechtsvacuüm op te lossen door de omgevingsvergunning in te trekken. Het beginsel van de loyale samenwerking verplicht de lidstaten weliswaar om de onwettige gevolgen van de schending van het Unierecht ongedaan te maken, maar de lidstaten hebben vrijheid bij de wijze waarop zij deze verplichting invullen. Het college wees er terecht op niet bevoegd te zijn om de strijdigheid met het Unierecht op te heffen. Het rechtsvacuüm zou volgens de rechtbank ongedaan worden gemaakt door het door het Rijk voorgenomen planmilieueffectrapport voor nieuwe regels voor windturbineparken en door de daaraan voorafgaande voorgenomen tijdelijke overbruggingsregeling. Verder heeft het college naar het oordeel van de rechtbank terecht gewezen op het uitgangspunt in het Europese recht dat de rechtszekerheid van degene die een onherroepelijke vergunning heeft, moet worden beschermd. De door de vereniging genoemde arresten van het Hof waaruit volgens de vereniging volgt dat kan of moet worden teruggekomen op een definitief geworden besluit, hebben volgens de rechtbank betrekking op besluiten die zelf in strijd zijn met het Unierecht. Dat is hier bij de omgevingsvergunning niet aan de orde.

Betooeg van de vereniging

15. Het oordeel van de rechtbank dat de omgevingsvergunning niet in strijd is met het Unierecht, omdat die geen milieubeoordelingsplichtig plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn is, is volgens de vereniging niet juist. Weliswaar is de omgevingsvergunning niet zo'n plan of programma, maar de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn raakt niet alleen de windturbinebepalingen, maar ook de daarop gebaseerde omgevingsvergunning. De omgevingsvergunning is volgens de vereniging in de Europese regelhiërarchie de vrucht van het gebrek, zo heeft de vereniging op de zitting toegelicht. De vereniging wijst voor de motivering hiervan naar het Nevele-arrest en de conclusie van de advocaat-generaal van 3 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:143, over de Nevelezaak. Daaruit volgt volgens de vereniging dat aan de omgevingsvergunning een Unierechtelijk gebrek kleeft. Dat een vormvrije

mer-beoordeling is gemaakt en daarmee aan de mer-richtlijn is voldaan, neemt dit verzuim niet weg.

15.1. Volgens de vereniging is het college wel bevoegd om het ontstane rechtsvacuüm op te heffen. Die bevoegdheid ligt niet alleen bij de rijksoverheid die verantwoordelijk is voor de windturbinebepalingen. Het college heeft op basis van het Unierechtelijk beginsel van loyale samenwerking een eigen verantwoordelijkheid. Het college heeft ook de verplichting om de omgevingsvergunning in te trekken, zoals onder meer blijkt uit het Nevele-arrest. Daaruit en uit de conclusie van de advocaat-generaal volgt volgens de vereniging dat om de Unierechtelijke schending ongedaan te maken, de omgevingsvergunning ingetrokken moet worden. Doen alsof de omgevingsvergunning wel geldig is en in stand kan blijven, komt neer op een ongeoorloofde ontwijking van het Unierecht.

15.2. Ten onrechte heeft de rechtbank ook overwogen dat de omgevingsvergunning onherroepelijk is. Van de formele rechtskracht van de omgevingsvergunning kan niet worden uitgegaan. Dat is volgens de vereniging 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. De vereniging heeft op de zitting hierover verduidelijkt dat aan de toepassing van de arresten van het Hof, zoals de arresten van 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:17 (Kühne & Heitz) en 4 oktober 2012, EU:C:2012:608 (Byankov), niet wordt toegekomen. Deze arresten doen niet af aan het Nevele-arrest, waaruit volgens de vereniging volgt dat ook een onherroepelijke omgevingsvergunning moet worden ingetrokken. Dat laatste volgt ook uit het arrest van het Hof van 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955 (Derrybrien). Subsidiair heeft de vereniging betoogd dat als het Byankov-arrest wel relevant zou zijn, dit arrest meebrengt dat de omgevingsvergunning moet worden ingetrokken. Er is namelijk sprake van rechtstreekse werking van de SMB-richtlijn, waaraan een zwaarwegend belang moet worden gehecht en wat een gegronde reden is voor intrekking.
[...]

- Tussenconclusie en samenvatting beoordelingskader

16.11. 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 mer-beoordeling 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 ontnemen en het definitieve besluit langdurig rechtsgevolgen zal sorteren.

- **Beoordeling betoog van de vereniging**

16.12. Naar het oordeel van de Afdeling is het betoog van de vereniging in zoverre juist dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de omgevingsvergunning verenigbaar is met het Unierecht. Zoals de Afdeling hiervoor onder 16.2 en 16.3 heeft overwogen, is de omgevingsvergunning namelijk niet verenigbaar met het Unierecht. Maar dit leidt niet tot vernietiging van de rechtbankuitspraak, omdat de rechtbank terecht, zij het op onjuiste gronden, tot het oordeel is gekomen dat uitvoering van het Unierecht niet vereist dat de omgevingsvergunning wordt heroverwogen of ingetrokken. Waarom de Afdeling tot dit oordeel komt, zet zij hierna uiteen.

16.13. De Afdeling volgt de vereniging niet in haar betoog dat uit het Nevele-arrest en het Derrybrien-arrest volgt dat de betrokken omgevingsvergunning zonder meer moet worden ingetrokken. De Afdeling verwijst naar wat zij hierover onder 16.5 en 16.6 heeft overwogen.

16.14. Anders dan de vereniging betoogt en anders dan waar de rechtbank vanuit is gegaan, komt wel betekenis toe aan het Kühne & Heitz-arrest en de daaropvolgende arresten van het Hof over heroverweging en intrekking van onherroepelijke besluiten.

Op de zitting is stilgestaan bij de vraag of gelet op het Kühne & Heitz-arrest het college verplicht is om de onherroepelijke omgevingsvergunning te heroverwegen of in te trekken. Deze vraag moet 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 16.8 en 16.9, is voldaan. De Afdeling volgt daarmee het standpunt van het college.

Aan de eerste voorwaarde is wel voldaan. Zoals onder 13 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 omgevingsvergunning is namelijk onherroepelijk geworden door een uitspraak van de Afdeling van 7 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2019:2720, die niet vatbaar is voor hoger beroep. Bij deze uitspraak heeft de Afdeling het hoger beroep van de vereniging ongegrond verklaard.

Maar aan de derde voorwaarde is niet voldaan, omdat de Afdeling in de uitspraak van 7 augustus 2018 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 betoog in die zaak daartoe geen aanleiding gaven.

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

16.15. Anders dan de vereniging betoogt en anders dan waar de rechtbank vanuit is gegaan, komt betekenis toe aan het Byankov-arrest en de in lijn met dit arrest door het Hof gewezen andere arresten. Op de zitting is stilgestaan bij de vraag of sprake is van zulke bijzondere omstandigheden dat deze arresten het college verplichten om de onherroepelijke omgevingsvergunning te heroverwegen of in te trekken. Ook deze vraag moet naar het oordeel van de Afdeling ontkennend worden beantwoord.

De Afdeling volgt de vereniging 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 omgevingsvergunning gelet op deze arresten moet worden ingetrokken. Zoals de Afdeling onder 16.10 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 vereniging 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 omgevingsvergunning waarvoor de windturbinebepalingen een kaderstellend plan of programma waren, ook niet verenigbaar is met het Unierecht. Naar het oordeel van de Afdeling behelst dit gebrek geen (ernstige) schending van een fundamenteel recht of vrijheid die de vereniging aan het Unierecht kan ontnemen. Ook is geen sprake van voortdurende, met het Unierecht strijdige rechtsgevolgen. De rechtbank heeft er terecht op gewezen dat op 28 september 2021, de datum waarop het college het besluit tot afwijzing van het verzoek

van de vereniging 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 geen verplichting voor het college om de onherroepelijke omgevingsvergunning te heroverwegen of in te trekken.

16.16. Concluderend slaagt het betoog van de vereniging dat er een Unierechtelijke plicht was om de onherroepelijke omgevingsvergunning te heroverwegen of in te trekken gelet op het bovenstaande niet.

ONBESPROKEN GELATEN BEROEPSGRONDEN

Oordeel van de rechtbank

17. De vereniging heeft in haar beroep bij de rechtbank betoogd dat in strijd met het Verdrag van Aarhus geen inspraak op de omgevingsvergunning was geboden. Ook heeft de vereniging betoogd dat de vergunning voor het windpark een schaars recht is en dat potentiële gegadigden geen kans hebben gehad om in een transparante procedure mee te dingen naar de vergunning. Over beide betogen heeft de rechtbank geoordeeld dat deze gericht zijn tegen de omgevingsvergunning. De vereniging had deze beroepsgronden naar het oordeel van de rechtbank in de procedure tegen de omgevingsvergunning naar voren kunnen brengen.

Betoog van de vereniging

18. De vereniging betoogt dat de rechtbank ten onrechte deze beroepsgronden onbesproken heeft gelaten. De omgevingsvergunning is volgens de vereniging nog niet onherroepelijk en had op grond van het Unierecht moeten worden ingetrokken. In zo'n geval loopt volgens de vereniging de procedure over de omgevingsvergunning nog steeds en had in het kader van de verlening van de omgevingsvergunning inspraak conform het Verdrag van Aarhus moeten worden geboden en had gekeken moeten worden naar het vraagstuk over schaarse rechten.

Oordeel van de Afdeling

19. Het betoog van de vereniging slaagt niet, alleen al omdat het college de omgevingsvergunning op grond van het Unierecht niet hoeft in te trekken, zoals de Afdeling onder 16.16 heeft geoordeeld.

CONCLUSIE EN PROCESKOSTEN

20. Het hoger beroep van de vereniging is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd onder verbetering van de gronden waarop zij rust.
[...]

Noot

Dit is een korte annotatie, aangezien de strekking van de uitspraak gelijk is aan die van de eveneens in deze aflevering opgenomen uitspraak over het windpark Windplan Blauw (ABRvS 18 september 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3744, *M en R* 2024/116). Wij verwijzen dan ook naar onze bij die uitspraak opgenomen noot. Wel merken wij nog op dat in de in hoger beroep bestreden uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant werd geoordeeld dat de omgevingsvergunning niet in strijd is met het Unierecht (Rb. Oost-Brabant 11 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2833, *M en R* 2023/46 (r.o. 8.2); zie ook r.o. 14.1 en 14.2 van de onderhavige uitspraak). Dat was afwijkend van het standpunt van de Rechtbank Midden-Nederland in de zaak over Windplan Blauw (Rb. Midden-Nederland 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627). Uit de uitspraak blijkt dat de Afdeling niet meegaat met de Rechtbank Oost-Brabant, maar in lijn met de Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat er aan de onherroepelijke omgevingsvergunning een Unierechtelijk gebrek kleeft.

Marcel Soppe & Tessa Röttscheid