

Rechtbank Noord-Nederland
Locatie Assen
Afdeling Privaatrecht
Team Kort geding

PLEITAANTEKENINGEN

inzake:

Zitting in kort geding van
Donderdag 8 oktober 2020
te 10.00 uur

STICHTING PLATFORM STORM,

gevestigd te Nieuw-Buinen,
eiseres in kort geding,
advocaat: Mr P.A. de Lange;

Kenmerk:
C 19/132931 / KG ZA 20-117

tegen:

1. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
gedaagde in kort geding sub 1;
2. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
gedaagde in kort geding sub 2;
3. [REDACTED]
[REDACTED]
gedaagde in kort geding sub 3;

advocaat: [REDACTED]



Platform Storm licht haar stellingen kort toe en gaat in op de pleitnota van gedaagden.

Waar gaat het in deze zaak nu in de kern om? Gedaagden hebben vergunningen gekregen voor de aanleg, bouw, realisatie en exploitatie van het windpark. Die zijn in beginsel onherroepelijk. Dat is de leer van de formele rechtskracht. De bestuursrechtelijke procedures zijn uitgeput. En onjuiste of latere uitleggingen van het gemeenschapsrecht zijn geen nova in de zin van artikel 8:119 Awb. Daar is tussen partijen geen discussie over.

Platform Storm heeft echter in haar dagvaarding gemotiveerd uiteengezet dat die vergunningen op een drietal gronden zijn verleend in strijd met de ontegenzeggelijk dwingende werking van regels van het Unierecht, daarmee onwettig zijn, op grond waarvan het gebruik daarvan evident onzorgvuldig en onrechtmatig is in de zin van artikel 6:162 BW. Een daarop gebaseerd verbod is de primaire inzet van dit kort geding.

Vaste rechtspraak van het Hof is voorts dat partijen zich waar nodig moeten kunnen beroepen op onvoorwaardelijke en voldoende duidelijk bepalingen en interpretaties van een richtlijn – bedoeld als resultaatsverplichtingen - nationale autoriteiten en rechters richtlijnconform moeten interpreteren en nationale voorschriften die daarmee onverenigbaar zijn, buiten toepassing moeten laten. Daar kan ook de nationale formele rechtskracht niets aan afdoen. Deze zaak is daarom uitzondering op de regel, nu in de regelhiërarchie de Europese regels en het Hof in absolute zin hoe dan ook het primaat hebben, ook al heeft de bestuursrechter voor een deel al gesproken. Die nietigverklaring zal ook moeten plaatsvinden indien blijkt dat de uitvoering van het windturbineproject al is gestart of zelfs als is afgerond, zo overwoog het Hof al.

Daar ligt nu bij uitstek rol, taak en plicht voor UEA Voorzieningenrechter. Daarbij moet op zoek worden gegaan naar de uiterste uitlegmogelijkheden van het nationale recht teneinde de inhoud van de betrokken richtlijnen zoveel mogelijk tot uitdrukking te laten komen.



De strijd met dwingende regels ligt in drie punten. Het Verdrag van Aarhus, corresponderend met Richtlijn 2011/92/EU is geschonden. Ik verwijs daarvoor naar onderdeel 38 en volgende van de dagvaarding. Er is voorts sprake van schending van regels van economische mededinging, nu de vergunningen schaars zijn, maar geen procedure is opengesteld voor alle potentiële belanghebbenden (onderdeel 33 e.v.) Tot slot. De regels van Activiteitenbesluit en Activiteitenregeling vormen plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn, maar die regels zijn ten onrechte niet plan-MER getoetst (onderdeel 13 e.v.).

Deze drie gronden wijzen uit dat in dit geval om meerdere redenen sprake is van onrechtmatigheid. De gewraakte onrechtmatige gedragingen moeten derhalve worden verboden, zeker nu dit recht betrekking heeft op de gezondheid van omwonenden. Dat is de primaire vordering. Die sluit ook aan bij artikel 191 VWEU dat bepaalt dat bij de bepaling en de uitvoering van elk beleid en elk optreden van de Gemeenschap een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid wordt verzekerd.

Voor het geval UEA Voorzieningenrechter twijfel mocht hebben aan de juiste interpretatie en toepassing van de Unierechtelijke regels heeft Platform Storm subsidiair prejudiciële vragen geformuleerd. Het Hof kan daarop dan voor de situatie hier te lande eenduidig advies geven. Het niet gemotiveerd weigeren daarvan kan zelfs een schending van artikel 6 EVRM opleveren.

Het verweer van gedaagden dient tegen de achtergrond van het voorgaande te worden gezien.

Deel I ("feiten")

(ad 1) Platform Storm heeft op een drietal punten strijd met het Unierecht geconstateerd. Die grond is derhalve niet alleen gelegen in het arrest van het Hof van 25 juni 2020.

(ad 2) Het arrest Vlarem II bevestigt niet slechts de uitspraak inzake D'Oultremont. De uitspraak vormt tevens een verduidelijking en aanscherping en geeft een ruim toepassingsbereik.



(ad 3) De thans gebruikte normen zijn ondeugdelijk, want er heeft geen plan-MER plaats gevonden. De normen zijn derhalve niet getoetst. Uit het feit dat de vigerende Nederlandse normen de persoonlijke gezondheid en het milieu van de mens niet beschermen of verbeteren, maar integendeel verslechteren blijkt ook dat die normen onjuist en ondeugdelijk zijn.

(ad 4 en 5). Gedaagden beroepen zich op formele rechtskracht van besluiten. Die geldt echter niet ingeval die besluiten zijn gebaseerd op regels die strijdig zijn met dwingend Unierecht. Deze zijn immers onwettig en onrechtmatig, ook in de zin van artikel 6:162 BW. Daarvan kan en mag dan ook geen gebruik worden gemaakt.

Een eerdere en terughoudende – en geen intensieve, want feitelijk marginale – gedeeltelijke toetsing door de bestuursrechter doet daaraan niet af, zeker niet waar deze helemaal niet heeft kunnen rekenen met de uitspraak van het Hof van 25 juni 2020. Daar ligt nu juist bij uitstek een taak voor de burgerlijke rechter, ook gelet op het feit dat eiseres met dit novum helemaal niet bij de bestuursrechter terecht kan.

(ad 6) Het Activiteitenbesluit vangt als volgt aan:

“Besluit van 19 oktober 2007, houdende algemene regels voor inrichtingen”. Die regels gelden niet alleen achteraf, maar ook vooraf. Het geeft zeer concrete voorschriften waaraan een windturbine of combinatie daarvan moet voldoen ten behoeve van het voorkomen van bijvoorbeeld risico's (3.14.5) en geluidhinder (3.14a.1). Dat is geen toetsing *achteraf*, maar juist het stellen van regels en normen *vooraf*. Als daaraan wordt voldoen wordt de vergunning verleend. Als daaraan niet wordt voldaan wordt de vergunning niet verleend. Dat die toetsing in dit geval ook daadwerkelijk vooraf heeft plaatsgevonden blijkt uit prod. 9 en volgende van gedaagden. Milieueisen worden zo direct gekoppeld aan toestemming voor projecten.

Gedaagden nemen zelfs een voorschot op een eventuele uitkomst van een plan-MER. Het zou volgens hen *‘hoogstens ertoe kunnen leiden dat de voorschriften worden aangepast.’*



Maar nu vaststaat dat windturbines circa 9% van alle omwonenden de persoonlijke gezondheid en het milieu niet beschermen maar integendeel verslechteren en aantasten is het maar zeer de vraag of windturbines aan die strenge Europese voorschriften kunnen gaan voldoen. Zelfs de aanzienlijke milieugevolgen van ons klimaatakkoord en de klimaatwet zijn tot op heden niet in beeld gebracht. Elke voorspelling omtrent de uitkomst van een plan-MER zonder deugdelijk onderzoek is daarmee louter een slag in de lucht.

(ad 7) Wel of geen faillissement van gedaagden staat niet ter beoordeling in dit kort geding. Twee van de drie gedaagden hebben overigens weliswaar al jaar in jaar uit een negatief eigen vermogen, maar dit weerhoudt hen tot op heden niet hun activiteiten te staken.

(ad 9 t/m 27) Het relaas van gedaagden over hun bijdragen aan de lokale regionale economie gaat volledig voorbij aan de gestelde onrechtmatigheden en zijn voor de beoordeling daarvan van nul en generlei betekenis. Interessant, maar verder niet relevant. Het illustreert wel treffend dat gedaagden tot op de dag van vandaag op geen enkele wijze rekening houden met de gezondheid van de mensen in het gebied en de gevolgen voor de leefomgeving. Daar zit nu juist de crux van dit hele verhaal. Er dient beschermd of verbeterd te worden. Er dient derhalve geen verslechtering op te treden. Dat kan en dat mag eenvoudigweg niet. Dit geding gaat dan ook niet over *'not in my backyard'*, niet over klimaatduurzaamheid, niet over geld, lokale economie, of over het voortbestaan van bedrijven, niet over constructieve dialogen, of over al gesloten overeenkomsten en financiering maar over ordentelijke naleving van dwingendrechtelijke voorschriften. Meer of anders is niet aan de orde.

(ad 29) de normen uit het Activiteitenbesluit hebben rechtstreekse werking. Dat zij als zodanig geen kader vormen voor vergunningverlening is daaruit niet af te leiden. Het is ook niet zo. Deze regels vormen plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn. Als aan de normen wordt voldaan, wordt vergund. Als er niet aan die normen wordt voldaan wordt niet vergund. Zij vormen daarmee harde eisen voor vergunningverlening. Aan die normen dient te worden voldaan.



Dat geluid en slagschaduw door de Afdeling in haar beschouwingen zijn betrokken, maakt niet dat er geen sprake is van onrechtmatigheid. De normen die zijn betrokken zijn immers niet getoetst, niet geijkt, niet gevalideerd en zijn daarmee onwettig, onrechtmatig en onbruikbaar. Die normen zijn bovendien tot stand gekomen in een tijd waarin de tiphoogte tot circa 75 meter reikt en zeker niet geschreven voor installaties van meer dan drie keer zo hoog. Er is een *mismatch* tussen Nederlandse norm en Europees voorschrift en er is een *mismatch* tussen Nederlandse regel en de huidige generatie gebruikte turbines.

(ad 33) Dat er verschillende milieueffectbeoordelingen aan dit windpark zijn voorafgegaan kan evenmin iets afdoen aan de stellingen van Platform wind. Er staat immers vast dat de voorschriften uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling niet MER getoetst zijn, terwijl dat wel verplicht is.

Men rekent met en gebruikt variabelen, waarvan niet vaststaat en niet is vastgesteld wat de milieueffecten daarvan zijn met het oog op de persoonlijke gezondheid van de mens en diens milieu. Er is nimmer vastgesteld dat die projecten de gezondheid van de mens en diens milieu beschermen of verbeteren. Er wordt wel telkens geconstateerd dat omwonenden ernstig hinder, overlast en gezondheidsschade ondervinden. Dat mag en dat kan dus niet. Zodoende kan ook per definitie in geen enkel opzicht worden gesproken van een '*optimale invulling van de locatie*'. Het vertrekpunt zelf is immers al onvolledig en onjuist. Het resultaat daarvan derhalve ook. Anders dan gedaagden stellen voldoet de besluitvorming over het windpark zelf dus niet aan de regels die ter implementatie vanuit de SMB-richtlijn zijn gestel in de Wet milieubeheer en het besluit milieueffectrapportage. Vast staat immers dat de plan-MER daarvoor ontbreekt.

(ad 41 t/m 44) Dat het bouwproces gaande is, is duidelijk. Die bouw en daarmee gemoeide belangen genieten echter in geen enkel opzicht voorrang op dwingend rechtelijke regels die de bouw en realisatie onwettig en onrechtmatig doen zijn. Dat het belang de gezondheid van de mens en diens milieu zou moeten wijken voor subsidieregels voor gedaagden vindt geen steun in het recht. Het is zelfs apert onrechtmatig.



(ad 45 t/m 58) Ook met dit onderdeel gaan gedaagden voorbij aan de onrechtmatigheid krachtens Unierecht en proberen zij Platform Storm, haar bestuursleden en sympathisanten zwart te maken. Deze argumenten '*ad hominem*' zijn op de personen in plaats van op de zakelijke geschillen gericht en vormen niet meer en niet minder dan ongefundeerde stemmingmakerij, volstrekt irrelevant voor de beoordeling van dit geding. Overigens loopt de heer Nieboer nergens voor zijn verantwoordelijkheden weg en ontkent hij iedere betrokkenheid. Gedaagden willen Nieboer kennelijk hier veroordelen voordat er ook maar een begin van bewijs is geleverd van betrokkenheid aan enig strafbaar handelen in een daarvoor aangewezen procedure.

Deel II (verweer vorderingen)

(ad 60 t/m 75). Van niet-ontvankelijkheid is geen sprake. Platform Storm is een stichting met volledige rechtsbevoegdheid. Zij heeft als zodanig ook kunnen procederen bij de bestuursrechter en is telkens als belanghebbende aangemerkt. Zij behartigt de gelijksoortige belangen van de omwonenden en die gebundelde belangen zijn voldoende gewaarborgd. De vorderingen strekken in wezen tot het verkrijgen van een verbod tot verdere en onmiskenbare aantasting van de gezondheid en het leefmilieu van de mens. Een efficiënte rechtsbescherming zou anders niet onaanzienlijk kunnen worden bemoeilijkt. Juist het gezondheids- en milieubelang is een typisch belang van de collectiviteit. De individuele belangen zijn hier secundair. Het gaat ook niet om de anonimiteit van omwonenden. Deze zijn eenvoudig te herleiden en te benoemen en ook al jarenlang aan gedaagden bekend.

De onderhavige vorderingen strekken volgens de dagvaarding tot iets anders dan schadevergoeding in geld. Dat betekent dat ex artikel 3:305a lid 6 het lichtere regime van toepassing is. Daaraan is voldaan. De stichtingsbestuurders hebben geen winstoogmerk. De vorderingen hebben een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer. De Stichting komt hier in rechte op voor de bescherming van de gezondheid en het milieu van de omwonenden van het windpark.



Ten aanzien van artikel 1018 c lid 1 sub b Rv merkt Platform Storm op dat uit de stukken genoegzaam blijkt dat het hier gaat om de inwoners van de gemeente Borger-Odoorn en inwoners van de direct aangrenzende gemeenten. Ten aanzien van artikel 1018 c lid 1 sub c zijn blijkens de bij dagvaarding ingestelde vorderingen alle feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk.

Een belangenafweging is hier ook niet aan de orde. Onwettig is onwettig en onrechtmatig is onrechtmatig. Daar komt geen belangenafweging aan te pas. Als de belangen al inhoudelijk gewogen moeten worden dan zijn de Unierechtelijke regels volstrekt duidelijk. De (persoonlijke) gezondheid van de mens en diens leefomgeving staat voorop. De andere belangen van gedaagden moeten mitsdien daarvoor wijken.

(ad 76 t/m 82) In casu wordt de bestuursrechtelijke procedure niet overgedaan. Dat kan ook helemaal niet. Die rechtsgang is uitgeput en juist daarom is UEA Voorzieningenrechter bevoegd tot oordelen. De bestuursrechter is zelfs bij een novum niet bevoegd. Dit geding richt zich ook niet tot het bevoegd gezag, maar tot gedaagden, dit op de grondslag van 6:162 BW. Het hebben van een vergunning is immers geen vrijbrief om civielrechtelijk onrechtmatig te kunnen handelen. Het gebruik maken van vergunningen die in strijd zijn met het Unierecht en onwettig zijn daarmee onrechtmatig in de zin van 6:162 BW.

(ad 83) Vlarem II brengt wel iets nieuws. Het arrest is verduidelijkt zeer veel. *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 vergunningen dus niet verenigbaar zijn met het Unierecht, mag die rechter de gevolgen van deze handelingen en vergunning slechts handhaven indien het interne recht dit toestaat in het kader van het bij hem aanhangige geding en de nietigverklaring van de vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie.*



(ad 84) Europese richtlijnen en daarop gebaseerde uitspraken van het Hof zijn verbindend voor het daarin te bereiken gevolg. Daar is ook een rechter aan gebonden. Waar vaststaat dat plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn plan-MER plichtig zijn, terwijl die plan-MER niet is uitgevoerd leidt dat tot strijd met het Unierecht. Dat is onrechtmatig ex artikel 6:162 BW. Daar beroept Platform Storm zich dan ook terecht op. De bescherming van de mens en diens milieu wordt overigens niet alleen door richtlijnen beschermd, maar ook door het Verdrag.

Dat een plan-Mer geen gevolgen heeft voor de onderhavige vergunningen is onjuist. Als de vergunningen niet voldoen aan de rechtstreeks werkende normen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling hadden deze helemaal niet verleend kunnen worden. Ze kunnen in elk geval niet worden gebruikt, zo is de inzet van dit kort geding.

Dat latere arresten van het Hof onherroepelijke vergunningen niet aantasten is evenmin juist. Kühne / Heitz (Hof, 13 januari 2004, zaak C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17) leert anders. Het bestuursorgaan dient op zijn besluit terug te komen, maar dat mist effect als daar niet een verbod aan vooraf is gegaan. Het windpark is dan immers al gerealiseerd.

(ad 92) Het enkele feit dat partijen naar Nederlands recht een verschillende uitleg geven aan de rechtspraak van het Hof voor de situatie alhier geeft aan dat er kennelijk alle reden is voor het stellen van prejudiciële vragen.

(ad 98 t/m 101) In casu is sprake van schaarse rechten. Unierechtelijke bepalingen met betrekking tot economische mededinging hebben rechtstreekse werking. Schending daarvan is ook zo gezien onrechtmatig. Die norm strekt ook tot bescherming van het belang van Platform Storm als potentiële belanghebbende in de zin van economische mededinging. Ook het punt van het Verdrag van Aarhus dient getoetst te worden.



(ad 102) het Activiteiten besluit en de Activiteitenregeling zien niet alleen op de exploitatiefase, maar op alle inrichtingen en het vooraf voorkomen van bijvoorbeeld (ontoelaatbare) geluidhinder en slagschaduw. Dat is ook precies de bedoeling van de SMB-verordening. Er moet vooraf zekerheid bestaan over de bescherming of verbetering van de gezondheid van de mens en diens milieu. Niet achteraf.

(ad 105 t/m 108) Het geding is uit zijn aard spoedeisend. Platform Storm stuurt niet aan op het stellen van prejudiciële vragen, maar op een stillegging van de bouw. Platform Storm heeft ook geen andere mogelijkheden dan het instellen van deze vorderingen. Als in het subsidiaire geval prejudiciële vragen gesteld moeten worden maakt dat de spoedeisend niet anders.

(ad 109 t/m 131) Bij onrechtmatigheid is geen ruimte voor belangenafweging. Het belang van gedaagden is groot, maar het belang van Platform Storm is nog groter. De bescherming van de gezondheid van de mens en diens milieu staat evident voorop. Per sé niet de financieel-economische belangen van gedaagden of wat daar dan ook mogelijkerwijs aan vast zit.

(ad 134 t/m 136) Platform Storm heeft de initiatiefnemers van het windpark gedagvaard. Zij is niet bekend geworden noch gemaakt met enige overdracht van recht of belang. Dat betekent dat alle gedaagde partijen de gevolgen van een uitspraak tegen zich hebben laten te gelden. Meer of anders kon en kan immers niet van Platform Storm worden verwacht.

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] lijkt misbruik te maken van de verhangings van haar belangen. Hoe dat precies zit met de vergunningen, eventuele overdracht en wijziging tenaamstelling daarvan weet Platform Wind niet. Zij betwist dat zij niet ontvankelijk is jegens deze gedaagde en betwist dat die veroordeling jegens die gedaagde geen effect zou kunnen hebben.

(ad 137 t/m 139) Met het windpark zijn zeer grote bedragen gemoeid, vele tientallen miljoenen. De hoogte van de gevorderde dwangsom is daarmee in verhouding en overeenstemming. Gedaagde verbeuren bovendien geen enkele dwangsom als zij zich houden aan het ten deze te wijzen vonnis.

(ad 140 en 141) uitvoerbaar bij voorraad. De aperte onrechtmatigheid kan en mag niet langer voortduren. Daartegen past slechts het uitspreken van een onmiddellijk verbod, zonder dat gedaagden in staat worden gesteld hun onrechtmatig handelen voort te zetten.

Advocaat

Deze zaak is in behandeling bij Mr P.A. de Lange, Vos & De Lange Advocaten, Postbus 148, 2990 AC Barendrecht, *bezoekadres*: 1^o Barendrechtseweg 76-80, 2992 XC Barendrecht, telefoon 0180 - 695 115, telefax 0180 - 695 110, e-mail: info@vdladvocaten.nl, zaaknummer: D20200163.

