

VOS & DE LANGE

advocaten

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

Per telefax: 070 – 365 13 80 en per gewone post

Barendrecht, 29 januari 2021

Betreft : Vragenbrief van 22 december 2020 inzake het Nevele-arrest

Hoogedelgestreng college,

In uw vragenbrief in bovenstaande zaak van 22 december 2020 hebt u aangegeven mede ter voorbereiding van de (extra) zitting inzake het arrest Nevele het op prijs te stellen daarover schriftelijk het standpunt namens cliënten te vernemen. Dat doe ik namens mijn appellanten bij deze.

Uiteraard wordt primair verwezen naar hetgeen reeds in het hoger beroepschrift ter zake staat vermeld.

1. *Waarom is het Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling wel of geen plan of programma als bedoeld in artikel 2, onder a van de SMB-richtlijn?*

Bij de inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit was men tot het inzicht gekomen dat het beter was activiteiten centraal te stellen dan inrichtingen, omdat het niet de inrichtingen zijn, die effecten kunnen hebben op het milieu, maar de daarin ontplooidde activiteiten en omdat de aard van de effecten over het algemeen niet afhankelijk is van het type inrichting waarin die activiteit plaatsvindt ¹.

¹ T&C Milieurecht 2020, blz. 1150 onder 1.

De (interne) normen van regelgevende aard, in casu het Activiteitenbesluit, hebben een uitstralende werking. Zij kunnen ook als referentie dienen in gevallen waarin het Activiteitenbesluit niet direct toepasselijk is ².

Voor inrichtingen met windturbines die vallen onder het Activiteitenbesluit gelden de geluidsgrenswaarden die zijn neergelegd in het Activiteitenbesluit.

Een omgevingsvergunning wordt verleend als wordt voldaan aan de in het Activiteitenbesluit neergelegde normen. Die vergunning wordt niet verleend als niet aan die normen wordt voldaan. Er is daarmee ook een onmiddellijke samenhang tussen de milieuvoorschriften de omgevingsvergunning. De milieunormen vormen daarmee een noodzakelijke uitvoering voor projecten.

Het bevoegd gezag moet kortgezegd op grond van het Besluit omgevingsrecht voor de oprichting van een windpark de gevolgen voor het milieu bij de beoordeling van de aanvraag betrekken, waarbij aan de in het Activiteitenbesluit opgenomen normen en richtwaarden wordt voldaan, de daarin opgenomen grenswaarden in acht worden genomen en de daarin opgenomen milieukwaliteitseisen worden betrokken. Die regels zijn uitputtend en vormen harde voorwaarden, zodat het bevoegd gezag over deze aspecten niet meer bevoegd is een eigen afweging te maken in de omgevingsvergunning, tenzij er (expliciet) ruimte wordt gegeven voor het vaststellen van maatwerkvoorschriften. De normen uit het Activiteitenbesluit en de -regeling worden zo als richtsnoer gebruikt in het kader van een goede ruimtelijke ordening en de aanvaardbaarheid van milieueffecten. Het verband met de ruimtelijke ordening is daarmee gegeven.

Het Hof van Justitie legde in HvJ EU 27 oktober 2016, zaak C-290/15 ³ het begrip 'plannen en programma's' uit en concludeert dat een regelgevend besluit als dat in het hoofdgeding, dat verschillende bepalingen voor de installatie van windmolens bevat die moeten worden nageleefd bij de afgifte van administratieve vergunningen voor de aanleg en exploitatie van dergelijke installaties valt onder het begrip 'plannen en programma's' in de zin van de SMB-richtlijn ⁴. Dat plan geeft dus voorwaarden mee aan de vergunningverlening over toekomstige projecten. Een zeker niveau van abstractie van de algemene regeling staat daaraan niet in de weg.

² RB 's-Hertogenbosch 14 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BZ0544.

³ ECLI:EU:C:2016:816, NJB 2016/2119; JM 2017/12 met noot Hoevenaars (d'Oultremont/De Waalse Region; MenR 2020/102 met noot Krot.

⁴ Richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's.



1. De Waalse regering heeft in de zaak D'Oultremont bij besluit van 13 februari 2014 sectorale voorwaarden voor windmolenparken vastgesteld. Artikel 1 van dit besluit bepaalt:

"Deze sectorale voorwaarden zijn van toepassing op windmolenparken met een totaal vermogen gelijk aan of hoger dan 0,5 elektrische MW [...]"

In artikel 9 van het besluit van 13 februari 2014 zijn normen voor het magnetisch veld vastgelegd. In artikel 10 zijn normen voor slagschaduw vastgelegd en in de eerste afdeling "Normen voor geluidsniveaus" van hoofdstuk V, zijn grenzen vastgelegd van de niveaus voor geluidsemissies van een windmolenpark.

Voorgeschiedenis bij dit besluit is dat op 21 februari 2013 de Waalse regering een "referentiekader" heeft vastgesteld, dat vervolgens in juli van dat jaar werd gewijzigd, met aanbevelingen betreffende de bouw van windmolens in het Waals Gewest. Dit instrument werd vervolledigd door een cartografisch document dat beoogde een planologisch kader te bieden voor de tenuitvoerlegging van het windmolenprogramma in het Waals Gewest "voor 2020" en dat de naam "referentiekaart" droeg. Voor deze kaart werd een milieueffectrapport opgesteld.

Noch het referentiekader, noch de referentiekaart werd echter definitief vastgesteld, maar het besluit van 13 februari 2014 wel.

De verwijzende rechter heeft onder andere opgemerkt dat

"Volgens deze zienswijze voorziet het besluit van 13 februari 2014 niet in een "volledig kader", een geheel van gecoördineerde maatregelen betreffende de exploitatie van windmolenparken ter bescherming van het milieu. Volgens de verwijzende rechter neemt dit evenwel niet weg dat doordat bij de afgifte van vergunningen normen van dat besluit in aanmerking worden genomen met name betreffende het geluid en de gevolgen van stroboscopische schaduwen die door de werking van de windmolens worden voortgebracht, dit noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat zij bepalend zijn voor de locatie van windmolens ten aanzien van de woningen."

Tevens merkt het Hof van Justitie over het besluit op:

"De verwijzende rechter preciseert ook nog dat door het besluit van 13 februari 2014 vastgestelde sectorale voorwaarden evenmin de bestemming of de beschermingsregeling voor één of meerdere gebieden of van een plaats bepalen. Ieder windmolenpark wordt in aanmerking genomen, wat ook het gekozen gebied is, onder de enkele voorwaarde van een aanpassing van de geluidnormen aan de zonering in het sectorplan."

Gelet op bovenstaande geschetste omstandigheden, komt het besluit van 13 februari 2014 van de Waalse regering, houdende normen voor onder andere slagschaduw en geluid, naar aard en strekking overeen met het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling.



Deze conclusie wordt ook bevestigd door de prejudiciële vraag die gesteld is aan het Hof:

“Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/42 aldus moet worden uitgelegd dat een regelgevend besluit als dat in het hoofdgeding, dat verschillende bepalingen voor de installatie van windmolens bevat die moeten worden nageleefd bij de afgifte van administratieve vergunningen voor de aanleg en exploitatie van dergelijke installaties, onder het begrip “plannen en programma’s” in de zin van deze richtlijn valt.”

2. In de zaak D’Oultremont wordt de vraag of het besluit van 13 februari 2014 een plan of programma is, positief beantwoord.

Artikel 2, onder a) van richtlijn 2001/42 stipuleert ten aanzien van plannen en programma’s de cumulatieve voorwaarden dat:

- zij door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld

- én dat zij door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden voorgeschreven.

3. Hierover zij opgemerkt dat in de aanhef van het Activiteitenbesluit wordt verwezen naar de artikelen o.a. artt. 8.40 en 8.42 van de Wet Milieubeheer.

Artikel 8.40 lid 1 Wm luidt:

“1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld, die nodig zijn ter bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen die inrichtingen kunnen veroorzaken. Daarbij kan worden bepaald dat daarbij gestelde regels slechts gelden in daarbij aangegeven categorieën van gevallen.”

Daarnaast is het Activiteitenbesluit, officieel: Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, tot stand gekomen op voordracht van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, mede namens de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat.

Aan de formele vereisten voor de definitie van plannen en programma’s wordt derhalve voldaan. Nu het Activiteitenbesluit door een instantie op nationaal niveau is vastgesteld en door de Wet Milieubeheer wordt voorgeschreven.

Ten aanzien van de Activiteitenregeling geldt niet zozeer een verplichting, maar wordt verwezen in de aanhef naar artikel 1.7 van het Activiteitenbesluit, luidende:



"1. Bij ministeriële regeling kunnen:

- a. Ter bescherming van het milieu regels worden gesteld ter uitwerking van hoofdstukken, 2, 3 en 4; [...]"

Daarnaast is de regeling tot stand gekomen door besluit van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

Voor zover zou worden betoogd dat de Activiteitenregeling niet verplicht is gesteld, zij gewezen op de volgende overwegingen uit ECLI:EU:C:2018:403:

"Het hof heeft deze bepaling (artikel 2, onder a SMB-richtlijn) aldus uitgelegd dat plannen en programma's waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van de plannen en programma's bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald, voor de toepassing van de SMB-richtlijn als "voorgeschreven" in de zin van deze richtlijn moeten worden aangemerkt, en bijgevolg overeenkomstig de voorwaarden van deze richtlijn aan een milieubeoordeling moeten worden onderworpen [...]."

Indien plannen en programma's waarvan de vaststelling niet verplicht is, worden uitgesloten van de werkingssfeer van de SMB-richtlijn, zou, gelet op het feit dat deze richtlijn ertoe strekt een hoog milieubeschermingsniveau te verzekeren, immers afbreuk worden gedaan aan de nuttige werking ervan [...]."

Het begrip "voorgeschreven" dient derhalve niet als verplichting te worden uitgelegd. Ook als in een wet, of regeling staat dat iets nader geregeld "kan" worden, valt dat onder de reikwijdte van de SMB-richtlijn.

4. Ook in materiële zin vallen het Activiteitenbesluit en/of Activiteitenregeling onder het bereik van het begrip van 'plannen of programma's', gelet op het arrest van het Hof inzake D'Oultremont.

Het Hof merkt in algemene zin in dit kader over het besluit van 13 februari 2014 van de Waalse regering onder andere op:

"Bijgevolg moeten de bepalingen die de werkingssfeer van deze richtlijn afbakenen, en met name de bepalingen waarin de door deze richtlijn bedoelde besluiten zijn gedefinieerd, gelet op het feit dat deze richtlijn tot doel heeft een hoog milieubeschermingsniveau te verzekeren, ruim worden uitgelegd (zie in deze zin arresten van 22 maart 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-567/10, EU:C:2012:159, punt 37, en 10 september 2015, Dimos Kropias Attikis, C-473/14, EU:C:2015:582, punt 50)."

(Deze overweging heeft het Hof bevestigd, onder andere in ECLI:EU:C:2018:401 en ECLI:2018:C:2018:403)

En:



“Hoewel het begrip “plannen en programma’s” inderdaad betrekking moet hebben op een bepaald grondgebied, neemt dit niet weg dat noch uit de bewoordingen van artikel 2, onder a) van richtlijn 2001/42, noch uit die van artikel 3, lid 2 onder a) van dezelfde richtlijn blijkt dat deze plannen en programma’s betrekking moeten hebben op de ruimtelijke ordening van een specifiek gebied. Uit de bewoordingen van deze bepalingen blijkt immers dat zij in breder opzicht zijn gericht op de ruimtelijke ordening van gebieden of zones in het algemeen.”

En:

“Wat betreft de omstandigheid dat het besluit van 13 februari 2014 geen voldoende compleet kader zou vaststellen voor de windkrachtsector, dient eraan te worden herinnerd dat het onderzoek van de criteria die in artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/42 zijn opgesomd om te kunnen vaststellen of een besluit als in het hoofdgeding onder dat begrip kan vallen, moet worden uitgevoerd rekening houdend met het doel van deze richtlijn dat, zoals blijkt uit punt 39 van het onderhavige arrest, erin bestaat beslissingen die een aanzienlijke invloed op het milieu kunnen hebben, te onderwerpen aan een milieubeoordeling.”

En:

“Bovendien moet, zoals de advocaat-generaal in punt 55 van haar conclusie heeft benadrukt, een halt worden toegeroepen aan mogelijke ontwijkingsstrategieën inzake de in richtlijn 2001/42 neergelegde verplichtingen, die de vorm kunnen aannemen van een fragmentering van de maatregelen, waardoor aan de nuttige werking van deze richtlijn afbreuk wordt gedaan (zie in deze zin arrest van 22 maart 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-567/10, EU:C:2012:159, punt 30en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

En:

“Gelet op deze doelstelling dient te worden opgemerkt dat het begrip „plannen en programma’s” betrekking heeft op iedere handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een heel pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben (zie in deze zin arrest van 11 september 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakamantias e.a., C-43/10, EU:C:2012:560, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

En tot slot:

“In casu dient in herinnering te worden gebracht dat het besluit van 13 februari 2014 in het bijzonder betrekking heeft op de technische normen, de exploitatievoorwaarden (met name de stroboscopische schaduwen), de voorkoming van ongevallen en brand (onder meer de stopzetting van de windmolen), de geluidsnormen, het herstel van de locatie in de oorspronkelijke toestand en de zekerheidstelling voor de windmolens. Het belang en de reikwijdte van dergelijke normen zijn voldoende groot voor de bepaling van de op de betrokken sector toepasselijke voorwaarden en de keuzes die via deze normen worden gemaakt in het bijzonder met betrekking tot het milieu, dienen ertoe de voorwaarden vast te stellen waaronder toekomstige concrete projecten voor de bouw en exploitatie van windmolenparken kunnen worden vergund.”

Bovengenoemde overwegingen van het Hof van Justitie inzake D'Oultremont, zijn 1 op 1 van toepassing op het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling.



Er is dus sprake van plan-MER plicht als algemene regelingen:

- wettelijk of bestuursrechtelijk zijn voorgeschreven;
- worden voorbereid met betrekking tot een sector genoemd in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn (zoals ruimtelijke ontwikkeling en infrastructuur);
- betrekking hebben op gebieden of zones in het algemeen (dus ook heel Nederland);
- keuzes maken ten aanzien van het milieu waardoor ze (mede) bepalen onder welke voorwaarden mer-(beoordelings)plichtige projecten vergund kunnen worden. Deze voorwaarde ziet op de kaderstelling met betrekking tot aspecten waarmee in de vergunningverlening rekening moet worden gehouden. Voldoende is dat er in het betreffende besluit normen zijn opgenomen waaraan windparken moeten voldoen.

Die lijn is door de advocaat-generaal en het Hof van Justitie doorgetrokken.

De advocaat-generaal gaat in de conclusie voorafgaand aan het Nevele-arrest ⁵ na wat in essentie wordt bedoeld met 'plannen en programma's' en welke daarvan aanzienlijke gevolgen voor het milieu hebben.

De omzendbrief bevat de beleidslijn waaraan de overheid zich wil houden bij de verlening van vergunningen voor de oprichting van windturbines (punt 48). Die regels zijn voorgeschreven, om het even of dat verplicht of facultatief is (punt 78).

Verder stelt de advocaat-generaal (punt 82 en 83):

"Afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief hebben betrekking op de energiesector, met name de oprichting van windturbineparken. De geluidsnormen voor windturbines zijn van belang voor de plaatsing ervan en dus ook voor de ruimtelijke ordening en het grondgebruik.

Het lijdt dan ook geen twijfel dat het voorwerp van dat regelgevend corpus onder de SMB-richtlijn valt."

Punt 87 en 88 van de advocaat-generaal zien op de kaderstelling:

"Het Hof heeft geoordeeld dat het begrip 'plannen en programma's' betrekking heeft op iedere handeling die, onder vaststelling van regels en procedures, een groot pakket aan criteria en voorwaarden invoert voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meer projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben.

Daarom zal een handeling worden beschouwd als een kader voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de uitvoering van projecten, en dus als een plan of programma waarvoor een SMB moet worden verricht, indien zij een groot pakket criteria en voorwaarden (regels en procedures) bevat voor de uitvoering van projecten met aanzienlijke milieueffecten."

⁵ Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 3 maart 2020 zaak: C-24/19 ECLI:EU:C:2020:143.



Over de verschillen tussen de Vlaamse en Waalse casus merkt de advocaat-generaal op (punt 93):

“Tussen beide regelingen bestaan weliswaar bepaalde verschillen, maar de Vlaamse regelgeving die in casu aan de orde is, bevat gedetailleerde voorschriften inzake een aantal gevoelige kwesties (geluid, slagschaduw, veiligheid en aard van windturbines) die vergelijkbaar zijn met de voorschriften van het Waalse besluit.”

Die gedetailleerde voorschriften zijn ook vergelijkbaar met de voorschriften hier te lande. Zowel het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling als het Waals Besluit dienen ter implementatie van dezelfde Europese richtlijnen (waaronder 2003/30/EG). Er zijn geen maatgevende verschillen. Het gaat in beide gevallen om een referentiekader voor de toekenning van vergunningen voor projecten voor windturbineparken, die onmiskenbaar gevolgen voor het milieu hebben.

De advocaat-generaal concludeert dienovereenkomstig (punt 110 juncto 137):

“Kortom, een regelgevingscorpus als hier aan de orde, waarvan de normen het kader voor de verlening van vergunningen voor windturbineparken regelen wat slagschaduw, veiligheid en geluidshinder betreft, valt onder het begrip ‘plannen en programma’s van artikel 2, onder a), van de SMB-richtlijn en kan aanzienlijke milieueffecten hebben. In zoverre moet met betrekking tot dat corpus een SMB in de zin van artikel 3, lid 2, onder a) van die richtlijn worden uitgevoerd.”

Het Hof van Justitie gaat geheel mee met de advocaat-generaal. Die overwegingen (r.o. 44)

“stroken met het oogmerk en de doelstellingen van richtlijn 2001/42, die zelf moet worden gezien in het kader van artikel 37 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat bepaalt dat een hoog niveau van milieubescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu moeten worden geïntegreerd in het beleid van de Unie en worden gewaarborgd overeenkomstig het beginsel van duurzame ontwikkeling.”

In r.o. 47 maakt het Hof duidelijk dat krachtens artikel 191 lid 1, VWEU maatregelen kunnen worden vastgesteld die met name betrekking hebben op bepaalde aspecten van het milieu, zoals het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu, de bescherming van de gezondheid van de mens en het behoedzaam en rationaal gebruik van deze bronnen.

Rechtsoverweging 67 maakt klip en klaar wat precies onder ‘plannen en programma’s verstaan dient te worden:



“Wat ten tweede de vraag betreft of deze handelingen het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten, zij eraan herinnerd dat het begrip ‘plannen en programma’s’ betrekking heeft op elke handeling die, door vaststelling van de op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben.”

Het gaat dan om projecten die onmiskenbaar gevolgen hebben voor het milieu. Die keuzen die via deze normen in het bijzonder met betrekking tot het milieu worden gemaakt, dienen er toe de voorwaarden vast te stellen waaronder toekomstige concrete projecten voor de bouw en exploitatie van windmolenparken kunnen worden vergund (zie r.o. 72).

Rechtsoverweging 75 houdt dan nog in:

“De woordgroep ‘die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor [...] projecten’ in artikel 3, lid 2, onder a) van richtlijn 2001/42, bevat immers geen enkele verwijzing naar het nationale recht en vormt dus een autonoom Unierechtelijke begrip dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd.”

De afwijkende uitleg zoals te kennen uit Battenoord is daarmee onhoudbaar geworden.

Uit het voorgaande volgt dat het Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling ook hier te lande een plan of programma vormen als bedoeld in artikel 2, onder a van de SMB-richtlijn.

Genoemde uitspraken worden beschouwd als een (fundamentele) verruiming van de reikwijdte van de richtlijn omdat ‘plannen en programma’s’ geen betrekking (meer) hoeven te hebben op een specifiek gebied, het besluit geen compleet kader hoeft vast te stellen en algemene regels ook kunnen worden aangemerkt als ‘plan of programma’⁶.

⁶ T&C Milieurecht 2020, blz. 1159 onder 5a.



2. Waarom wordt wel of niet voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 3, tweede lid onder a, van de SMB-richtlijn?

1. Artikel 3 lid 2 sub a van Richtlijn 2001/42/EG luidt als volgt:

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

*a) die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, **energie**, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten, of"*

2. Ten aanzien van de sector zij opgemerkt dat windturbines evident vallen onder de reikwijdte van het begrip "energie".

Daarnaast is het zo dat in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling normen zijn opgenomen voor onder andere geluid en slagschaduw. Deze normen vormen **het kader** voor de toekenning van vergunningen van windmolenparken, welke parken als project worden genoemd in de bijlagen van de MEB-richtlijn. Dat de normen uit het activiteitenbesluit het kader vormen, mag ook wel blijken uit de tekst van art 3.14a Activiteitenbesluit, waarin in de leden 2 en 3 de ruimte wordt gegeven aan het bevoegde gezag om maatwerkvoorschriften voor te schrijven die lagere waardes vaststellen.

3. In dit kader is in het arrest ECLI:EU:C:2018:401 het navolgende opgemerkt:

"Wat betreft de vraag of een handeling, zoals de bestreden rechtshandeling, het kader omschrijft waarbinnen de toekomstige uitvoering van dergelijke projecten kan worden gerealiseerd, heeft het Hof al voor recht verklaard, dat het begrip "plannen en programma's" betrekking heeft op elke handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben (arrest 27 oktober 2016, D'Oultremont e.a., c-290/15, EU:C:2016:816, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Dienaangaande moet het begrip "groot pakket criteria en modaliteiten" op een kwalitatieve en niet op een kwantitatieve manier worden begrepen. Er moet immers een halt worden toegeroepen aan mogelijke strategieën waarmee de in de SMB-richtlijn neergelegde verplichtingen worden ontweken, die de vorm kunnen aannemen van een fragmentering van de maatregelen, waardoor aan de nuttige werking van deze richtlijn afbreuk wordt gedaan (zie in die zin arrest 27 oktober 2016, D'Oultremont e.a., c-290/15, EU:C:2016:816, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

4. Voor zover er verweer zou zijn dat de bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen zelf aan een MER worden onderworpen, zij opgemerkt dat uit de arresten ECLI:EU:C:2018:401 en 402 blijkt dat dit niet relevant is.

ECLI:EU:C:2018:401 schrijft daarover:



"In de derde en laatste plaats verduidelijkt de verwijzende rechter dat, hoewel de afbakening van de OSV aanvaarding inhoudt van het principe van het stedenbouwkundige project, voor dit project toch nog een vergunning zal moeten worden verkregen, wat een beoordeling van de gevolgen in de zin van de MEB-richtlijn noodzakelijk maakt."

En:

"Daarnaast bepaalt artikel 5, lid 3, van de SMB-richtlijn weliswaar dat relevante informatie die op andere besluitvormingsniveaus of via andere Uniewetgeving is verkregen kan worden gebruikt, maar verduidelijkt artikel 11, lid 1, van deze richtlijn dat een krachtens deze richtlijn uitgevoerde milieubeoordeling de voorschriften van de MEB-richtlijn onverlet laat."

En:

"Bovendien verleent een krachtens de MEB-richtlijn uitgevoerde milieueffectbeoordeling geen vrijstelling van de verplichting om de door de SMB-richtlijn vereiste milieubeoordeling uit te voeren teneinde te voldoen aan de milieuaspecten die specifiek zijn voor deze richtlijn."

ECLI:EU:C:2018:403 schrijft daarover:

De verwijzende rechter vermeldt dat de latere aanvragen tot stedenbouwkundige toelating, waarvan de regels in verband met de samenstelling van de dossiers zijn vastgesteld door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde GGSV, zullen worden onderworpen aan een milieueffectbeoordeling.

En:

Daarnaast voorziet artikel 5, lid 3, van de SMB-richtlijn weliswaar dat relevante informatie die op andere besluitvormingsniveaus of via andere Uniewetgeving is verkregen kan worden gebruikt, maar verduidelijkt artikel 11, lid 1, van deze richtlijn dat een krachtens deze richtlijn uitgevoerde milieubeoordeling de voorschriften van de MEB-richtlijn onverlet laat.

En:

Zodoende kan de door de verwijzende rechter opgeworpen omstandigheid dat de latere aanvragen tot stedenbouwkundige toelating zullen worden onderworpen aan een procedure van effectbeoordeling in de zin van de MEB-richtlijn niet verhinderen dat moet worden overgegaan tot een milieubeoordeling van een plan of programma dat in het toepassingsgebied van artikel 3, lid 2, onder a), van de SMB-richtlijn valt en dat het kader vaststelt waarin stedenbouwkundige projecten later zullen worden toegestaan tenzij de effectbeoordeling van dit plan of dit programma al werd uitgevoerd in de zin van punt 42 van het arrest van 22 maart 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a. (C-567/10, EU:C:2012:159).

He feit dat het bestemmingsplan en/of de omgevingsvergunning ook aan een MER worden onderworpen, doet dus niet af aan het feit dat ook het Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling aan een MER hadden moeten worden onderworpen. Het Nevele-arrest is juist tot stand gekomen omdat er in strijd met artikel 3, lid 2, onder a) van richtlijn 2001/42 voor de nationale handelingen geen milieubeoordeling is verricht.



Uit dat arrest volgt nu juist dat een nationale regelgevingshandeling die verschillende bepalingen betreffende de installatie van windturbines bevat, die bij de verlening van administratieve vergunningen voor de bouw en exploitatie van dergelijke installaties moeten worden nageleefd, onder het begrip 'plannen en programma's' in de zin van die richtlijn valt en derhalve voorafgaand moet worden onderworpen aan een milieubeoordeling. Dat vereist ook het voorzorgsbeginsel.

3. Vormt het Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling een kader voor de in deze zaken bestreden besluiten?

Hierop wordt – onder verwijzing naar hetgeen daarover reeds hiervoor is opgemerkt – bevestigend geantwoord. Daaraan kan worden toegevoegd dat volgens de rechtspraak van Uw Afdeling het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een uitputtende regeling bevatten en dus normen voorschrijven waaraan de windturbines *dienen* te voldoen in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Zo is het niet mogelijk om via de algemene zorgplichtbepaling middelvoorschriften op te leggen om te waarborgen dat wordt voldaan aan de geluidnormering voor windturbines.

Het aspect geluid bij windturbines is volgens Uw Afdeling uitputtend geregeld in de artikelen 3.14a en 3.15 Activiteitenbesluit ⁷. Die artikelen vormen daarmee een toetsingskader.

4. Vindt u dat de Afdeling préjudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie zou moeten stellen? Zo ja, waarom en over welke aspecten?

Uit het hoger beroepschrift blijkt al dat appellanten de mening zijn toegedaan dat (ook Nederland) op voet van artikel 267 VWEU prejudiciële vragen zou moeten stellen aan het Hof. Dit klemt te meer nu appellanten geen enkele verdere beroepsmogelijkheid tegen de uitspraak van uw Afdeling kunnen aanwenden. Dat is met name van belang in verband met de tot nu toe gevolgde lijn dat bedoelde bepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling geen relatie laten zien met enige concretisering van enig windturbineproject, noch in een planning-, noch in een programmeringsfase.

Mocht uw Afdeling deze 'vaste' rechtspraak verlaten en de verleende vergunningen alsnog (blijvend) vernietigen, dan is er voor appellanten geen aanleiding tot het stellen van die prejudiciële vragen te stellen, omdat in dat geval Uw Afdeling daarmee dan de lijn van het Europese volgt en toepast.

⁷ ECLI:NL:RVS:2017:1689, 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2982 en 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:544.



Overigens is het onmogelijk de toepassing van geldende regels en normen voor windturbines los te zien van vergunningverlening voor concrete windprojecten. Zo hebben De Vries en Frins ook al opgemerkt dat de regels betreffende het besluit inzake d'Oultremont zelf helemaal geen koppeling met één of meer concrete projecten bevatten⁸. Ook Hoevenaars stelt dat de SMB-richtlijn een ruime werkingssfeer kent die niet zomaar met nationale bepalingen ingeperkt kan worden en het ontbreken van een MER moet worden gerepareerd⁹.

Bröring en Koers volgen dezelfde lijn en stellen dat alleen al brede twijfel over de rechtmatigheid van het Activiteitenbesluit noodzaakt tot het stellen van prejudiciële vragen¹⁰.

5. Welke gevolgen zou een eventueel oordeel van de Afdeling dat het Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling een plan of programma is waarvoor op grond van artikel 3, tweede lid onder a, een milieubeoordeling moet worden gemaakt, moeten hebben voor de betrokken regelingen en voor de betrokken besluiten? Hierbij wordt uw aandacht gevraagd voor de verschillende aard van de betrokken besluiten die aan de orde zijn in deze zaken.

1. Ten aanzien van het Activiteitenbesluit (AMvB) en/of de Activiteitenregeling (ministeriële regeling), luidt de conclusie dat in dat geval sprake is van onverbindendheid, wegens schending van een uit het Unierecht voortvloeiende verplichting van voorafgaande MER.
2. Ten aanzien van de bestreden besluit(en) waarvan thans beroep, heeft te gelden dat deze besluiten voor vernietiging in aanmerking komen, wegens strijd van het bovenliggende kadergevende Activiteitenbesluit en/of de Activiteitenregeling met de SBM-richtlijn (richtlijn 2001/42/EG).
3. Volgens het Hof (r.o. 83) zijn volgens het in artikel 4, lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking 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.

⁸ TBR 2019/79.

⁹ Jurisprudentie Milieurecht, noot bij 104 van 01-090-2020 (pag. 1213).

¹⁰ Tijdschrift voor omgevingsrecht 2020 nr. 4.



4. Dit kan er, voor een 'plan' of 'programma' dat is vastgesteld zonder rekening te houden met de verplichting een milieubeoordeling te verrichten, bijvoorbeeld in bestaan dat maatregelen tot opschorting of nietigverklaring van dit plan of programma worden vastgesteld [...] en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten.
5. Daar moet dan nog aan worden toegevoegd (r.o. 84) dat enkel het Hof, bij wijze van uitzondering en om dwingende redenen van rechtszekerheid, een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een regel van het Unierecht op het daarmee strijdige nationale recht heeft, namelijk de terzijdestelling ervan.
6. Tot slot overweegt het Hof van Justitie (r.o. 89) dat nietigverklaring ook zou moeten plaatsvinden indien blijkt dat de uitvoering van het windturbineparkproject als is gestart of zelfs al is afgerond.
7. Een dergelijke nietigverklaring heeft geen gevolgen voor de elektriciteitsvoorziening in heel Nederland.

Dit schrijven zend ik u per telefax en per gewone post.

Met vriendelijke groet,

P.A. de Lange

