

Windturbines en Europees recht

Inleiding

Er is veel te doen over de vraag naar de verhouding tussen het Unierecht en nationale recht. Het is complexe materie met verschillende leerstukken en invalshoeken en een zich doorontwikkellende jurisprudentie. De vragen en vraagstukken die in diverse procedures aan de orde worden gesteld worden niet altijd goed begrepen en herkend, mogelijks zelfs soms om al dan niet rechtspolitieke redenen bewust genegeerd. Belangrijke vraagpunten blijven dan boven de juridische markt hangen, in plaats van waar nodig voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna te noemen: het Hof).

Veel van dergelijke problemen zien we terug in zaken met betrekking tot het milieu en windturbineparken. De belangen zijn veelal zeer groot, bijvoorbeeld milieutechnisch, qua gezondheid, op het punt van de energietransitie en de financiële gevolgen van een besluit.

Samenvatting

De Unierechtelijke lijn is echter vrij duidelijk. Dat moet ook zo doorwerken de nationale rechtsorde. Daarbij moet samengevat met het volgende rekening worden gehouden:

1. Het Unierecht heeft absolute voorrang op het nationale recht. In geval van conflicten moet de nationale norm wijken voor de communautaire norm. De nationale rechter die die rechten te beschermen en de volle werking van het Unierecht te verzekeren. Deze plicht vloeit voort uit het in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking.
2. Het nationale procesrecht) moet voldoen aan de eisen van een (i) effectieve rechtsbescherming en aan de beginselen van (ii) gelijkwaardigheid en (iii) doeltreffendheid.
3. Een richtlijn vormt een bindende opdracht aan de lidstaten om hun wetgeving aan te passen. Het nationale recht moet zo zijn ingericht dat nakoming van de verplichtingen uit een richtlijn juridisch is gegarandeerd.
4. De SMB-richtlijn – gefundeerd op het Handvest en rechtstreeks werkende verdragen - verplicht tot een integrale en voorafgaande plan-MER om een hoog niveau van milieubescherming te garanderen. Deze moet ruim worden uitgelegd. Deze richtlijn is hier te lande niet correct geïmplementeerd en vormt een evidente schending van het Unierecht.
5. De inhoud van de SMB-richtlijn is voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk en werkt van meet af aan rechtstreeks. Deze schept volledig en direct rechten. Het daarmee strijdige nationale recht moet buiten toepassing worden gelaten.
6. Bevoegde nationale autoriteiten inclusief rechterlijke instanties zijn verplicht om in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Alleen het Hof kan een voorlopige opschorting toestaan. Legalisatie moet uitzondering blijven en Unieregels mogen niet worden omzeild of buiten toepassing worden gelaten.
7. Tot de maatregelen behoren met name de intrekking, opschorting, nietigverklaring of vernietiging van een reeds verleende vergunning.



8. (A) Formele rechtskracht speelt zolang de SMB-richtlijn niet juist is geïmplementeerd geen rol. Een in gebreke blijvende lidstaat kan zich tot dat moment niet beroepen op termijnoverschrijdingen. De rechter dient dat ook ambtshalve te toetsen. Het materiële recht moet effectief kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde. Een lidstaat mag zich niet beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van niet-nakoming van uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen.
9. (B) Formele rechtskracht speelt ook geen rol omdat het evident is dat het besluit strijdig is met het Unierecht. Het Unierecht verzet zich in beginsel niet tegen de leer van de formele rechtskracht, maar er moet echter wel een uitweg mogelijk zijn op grond waarvan een in rechte onaantastbaar besluit toch aan de kant wordt gezet. Het Unierecht moet gewoon doeltreffend zijn. Als een voorschrift in strijd is met een richtlijn, is dat voorschrift niet handhaafbaar, ook niet als het in rechte onaantastbaar zou zijn geworden.
10. Het Hof heeft in het Nevele-arrest bindend uitspraak gedaan. Die uitspraak werkt *ex tunc*. In overeenstemming met het bepaalde in de rechtsoverwegingen 83 en 84 van die uitspraak zou de nationale rechter, teneinde uitvoering te geven aan de voorrang van het Unierecht een plan of programma, dat in strijd met de SMB-richtlijn zonder SMB is vastgesteld, moet opschorten, nietig verklaren of buiten toepassing moeten laten. A fortiori zouden vergunningen voor daarop gebaseerde projecten hetzelfde lot moeten ondergaan (r.o. 117 conclusie AG van 3 maart 2020). Die zijn dus ook in strijd met het Unierecht.
11. (C) De besluiten in strijd met de SMB-richtlijn zijn evident gebrekkig. De onrechtmatigheid van het besluit is van meet af aan evident geweest. Dergelijke gevallen van evidente onredelijkheid nopen eveneens tot het maken van uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht.



Effectieve rechtsbescherming, non-discriminatie en effectiviteit

Het leidende beginsel voor de rechtsbescherming voor particulieren in de communautaire nationale rechtsorde is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Op grond van dit beginsel moet een particulier alle rechten en aanspraken die hij aan het Unierecht kan ontleen bij de onafhankelijke rechter kunnen afdwingen.

Daartoe dient de particulier eerst en vooral effectieve toegang te hebben tot een rechterlijk college, zodat de gestelde schending van het Unierecht aan de orde kan worden gesteld. Deze eis kan worden beschouwd als het formele aspect van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast kent het beginsel een materieel aspect. Op grond daarvan moet het rechterlijke college beschikken over effectieve remedies om de geconstateerde schendingen daadwerkelijk ongedaan te maken.

Op het nationale niveau wordt die rechtsbescherming verleend door de nationale rechter. Dat is een kwestie van nationaal procesrecht. Deze rechter treedt op als *juge de droit commun* met als taak de effectieve doorwerking van het Unierecht in de lidstaat te verzekeren. Deze rechter heeft daarbij de taak de door het Unierecht toegekende rechten te beschermen en het Unierecht integraal toe te passen, daarbij buiten toepassing latend eventuele strijdige nationale regels. Deze plicht vloeit voort uit het in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking.

Het beginsel van loyale samenwerking betekent dat de lidstaten verplicht zijn om in alle opzichten de EU-instellingen te ondersteunen bij het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat deze verplichting vergaande praktische consequenties voor de lidstaten heeft. Zo mogen alle nationale instanties geen regels toepassen als deze in strijd zijn met EU-regels. Nationale rechters en bestuursorganen moeten verplicht regels van nationaal recht die hen de bevoegdheid verlenen om nationaalrechtelijke aanspraken al dan niet te effectueren toepassen ten gunste van de effectuering van Unierechtelijke aanspraken.

De wijze waarop particulieren de door het Unierecht toegekende rechten bij de nationale rechter kunnen afdwingen wordt bepaald door het nationale recht. Deze nationale rechter oefent zijn taak als Unierechter namelijk uit binnen het kader van het nationaal stelsel van rechtsbescherming en procesrecht, hier te lande hoofdzakelijk te vinden in de Awb.

In beginsel staat de nationale procesrechtelijke / procedurele autonomie voorop. Dat procesrecht moet echter wel voldoen aan een drietal eisen:

- **effectieve rechtsbescherming:** de rechten en aanspraken die een particulier aan het Unierecht kan ontleen moeten daadwerkelijk in rechte kunnen worden afgedwongen;
- **non-discriminatie (gelijkwaardigheidsbeginsel):** de nationale procesrechtelijke regels die gelden voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen;
- **effectiviteitsvereiste (doeltreffendheidsbeginsel):** de nationale procesrechtelijke regels mogen de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet uiterst moeilijk of (praktisch) onmogelijk maken. Dit is vooral gericht op de toepassing / doorwerking van het materiële Unierecht.

In Unierechtelijke zaken is onverkorte toepassing van het nationale (proces)recht niet altijd mogelijk. Genoemde drie eisen kunnen aan die toepassing beperkingen stellen.



Richtlijn

Het Nederlandse begrip '*richtlijn*' is verwarrend omdat het vrijblijvendheid suggereert. De Franse en Engels term '*directive*' geeft duidelijker aan dat een richtlijn een rechtshandeling is met dwingende rechtsgevolgen. Een richtlijn is een wetgevingsinstrument, dat wordt gebruikt om de bepalingen van de Europese verdragen juridisch vorm te geven. Een richtlijn vormt een bindende opdracht aan de lidstaten om hun wetgeving aan te passen. Deze moet worden geïmplementeerd en verankerd in het nationale recht. Door omzetting van een richtlijn in nationaal recht verkrijgen Unieburgers de rechten die door de richtlijn worden toegekend. Zij moeten zich op de bepalingen van de richtlijn bij de nationale rechter kunnen beroepen. Het nationale recht moet dus zodanig worden ingericht dat nakoming van de verplichtingen uit de richtlijn juridisch is gegarandeerd.

In de praktijk geven richtlijnen zeer gedetailleerd aan hoe een bepaalde doelstelling moet worden verwezenlijkt en bieden deze de lidstaten vrijwel geen ruimte om zelf de doelstellingen van de richtlijn uit te werken.

Een richtlijn is slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Zij krijgt pas vol effect doordat zij in de lidstaat is omgezet in bindende regelgeving en vervolgens door de nationale organen wordt toegepast. Het tijdstip waarop omzetting moet hebben plaatsgevonden wordt in de richtlijn bepaald. In beginsel heeft de lidstaat bij de omzetting van een richtlijn de vrijheid om vorm en middelen te kiezen. In de praktijk blijft van deze vrijheid vaak niet zoveel over, omdat veel richtlijnen aan de lidstaten weinig of geen beleidsruimte laten.

Als een richtlijn niet tijdig of niet juist is omgezet kan deze directe werking hebben en voor particulieren volledig en direct rechten scheppen. Daaruit volgt dat decentrale overheden zelf verantwoordelijk zijn voor de toepassing van Europese richtlijnen wanneer die niet tijdig, geheel of correct zijn omgezet in wetgeving op nationaal niveau. Decentrale overheden kunnen zich dan niet verschuilen achter de nationale wetgever. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor juiste toepassing van het Unierecht. Dat is niet uitsluitend de verantwoordelijkheid van de nationale wetgever.

Richtlijnbevestigingen kunnen rechtstreeks doorwerken als ze voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en rechten toebedelen aan particulieren. De ingeroepen rechtsnorm is technisch geschikt voor toepassing door de rechter als zelfstandige toetsingsmaatstaf. De rechter moet in staat zijn om op grond van de norm een verplichting te destilleren die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in het geschil dat voorligt te kunnen worden toegepast. Van belang hierbij is dat het bestaan van een beoordelingsmarge niet in de weg staat aan de technische mogelijkheid van directe werking. De bepalingen moeten de lidstaat geen enkele beleidsvrijheid laten of de buitengrens van de richtlijnbevestigingen wordt overschreden.

Het kan voorkomen dat een rechter al geconstateerd heeft dat er sprake is van strijdigheid tussen de richtlijnbevestigingen en de nationale implementatiewetgeving. In dat geval kan een recht uit een bepaling door particulieren worden ingeroepen ten overstaan van alle overheidsinstanties en voor de nationale rechter. Evidente gevallen van schending van een richtlijnbevestiging komen echter zelden voor. Daarom is het nu ook vrij bijzonder dat de SMB-richtlijn incorrect blijkt te zijn geïmplementeerd en dat de aanleg, realisatie en exploitatie van windturbines in veel gevallen geen deugdelijke juridische basis blijkt te hebben.



Het komt wel eens voor dat inroepen door een particulier van een direct werkend recht tegen een lidstaat onplezierige gevolgen heeft voor andere particulieren (driehoekssituatie). Dit is bijvoorbeeld het geval ter zake van artikel 2, lid 1, van richtlijn 85/337 inzake milieueffect rapportage (mer-richtlijn). Deze bepaling verplicht de lidstaten om slechts een vergunning te verlenen voor grote projecten nadat milieueffectrapportage heeft plaatsgevonden:

De lidstaten treffen de nodige maatregelen om te verzekeren dat, voordat een vergunning wordt verleend, de projecten die een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben, met name gezien hun aard, omvang of ligging, worden onderworpen aan een beoordeling van die effecten. Deze projecten worden omschreven in artikel 4.

Aan deze bepaling ontleen omwonenden en milieuorganisaties het recht dat geen vergunning wordt verleend voordat een milieueffectrapportage heeft plaatsgevonden. Dat heeft duidelijk onplezierige consequenties voor particuliere opdrachtgevers en projectontwikkelaars. Zij moeten langer wachten op een vergunning en lopen het risico dat geen vergunning wordt verleend. Het Hof bevestigde dit alles in de zaak Wells ¹. Louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden zijn, zelfs wanneer zij vaststaan, geen rechtvaardiging om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn.

De gevolgen voor de direct-belanghebbende vergunninghouder zijn het resultaat van 'de laattijdige uitvoering van de verplichtingen van de betrokken Staat'. Of anders gezegd: de gevolgen voor de vergunninghouder moeten worden beschouwd als uitvloeisel van de rechten die de derde op grond van de richtlijn ten opzichte van de overheid heeft gekregen. Wanneer een derde-belanghebbende een beroep doet ten opzichte van de overheid op een rechtstreeks werkende richtlijnbeepaling, dan wordt in wezen niet meer gevraagd dan dat de overheid zich houdt aan zijn verplichtingen. De consequenties voor de vergunninghouder zijn dan ook te beschouwen als de noodzakelijke gevolgen van het feit dat de overheid zich niet aan zijn verplichtingen heeft gehouden.

Aldus dienen de bevoegde autoriteiten van een lidstaat in het kader van hun bevoegdheden alle noodzakelijke algemene en bijzondere maatregelen te treffen om te verzekeren dat de projecten worden onderzocht teneinde vast te stellen of zij aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben en, indien dit het geval is, dat zij aan een milieueffectbeoordeling worden onderworpen. Tot deze bijzondere maatregelen behoren met name, binnen de grenzen van het beginsel van procesautonomie van de lidstaten, de intrekking of de opschorting van een reeds verleende vergunning teneinde een beoordeling van de milieueffecten van het betrokken project te verrichten.

¹ C-201/02



Beroepstermijnen

Het beroep bij de bestuursrechter is in Nederland gebonden aan de relatief korte beroepstermijn van 6 weken. Na het verstrijken van die termijn wordt het besluit in beginsel onaantastbaar. Voor de burgerlijke rechter heeft het besluit formele rechtskracht. Daarover onderstaand straks meer.

Het Hof stelt voorop dat het Unierecht niet vereist dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat definitief geworden is na het verstrijken van een redelijke beroepstermijn of na uitputting van alle rechtsmiddelen, ook niet als dat besluit blijkens een latere uitspraak van het Hof in strijd is met het Unierecht. Het uitgangspunt in rechtspraak van het Hof is dus dat de vaststelling en toepassing van redelijke beroepstermijnen, op straffe van verval van recht, voldoen aan het vereiste van effectiviteit en in beginsel dus zijn toegestaan. De fatale termijnen worden dan gezien als toepassing van het grondbeginsel van rechtszekerheid, dat zowel de rechtszoekende als de bevoegde autoriteiten beschermt. Het rechtszekerheidsbeginsel berust op de noodzaak de stabiliteit van het recht en de rechtsbetrekkingen te beschermen.

Aangenomen mag worden dat de uniforme bezwaren- en beroepstermijn van artikel 6:7 Awb als redelijk kan worden beschouwd. Deze termijn mag derhalve worden toegepast, ook als zij de effectuering van een communautaire vordering zou belemmeren.

Op dit uitgangspunt wordt in het Emmott-arrest² uitzondering gemaakt in geval van de niet (juiste) omzetting van richtlijnen. Kort en goed komt deze uitspraak erop neer dat een lidstaat die een richtlijn niet (juist) heeft omgezet, tot het moment van juiste omzetting een burger niet kan tegenwerpen dat deze te laat een procedure tegen hem heeft ingesteld.

De achtergrond van deze uitzondering is het bijzondere karakter van richtlijnen. Deze zijn ingevolge artikel 288 alinea 3 VWEU voor de lidstaten verbindend voor wat betreft het te bereiken resultaat, maar laten hen vrij om vorm en middelen ter uitvoering hiervan te kiezen. Zolang een richtlijn niet naar behoren is omgezet bestaat voor particulieren daarom onzekerheid omtrent hun rechtspositie. Alleen een juiste omzetting van de richtlijn kan aan deze onzekerheid een einde maken en pas wanneer omzetting een feit is, is de rechtszekerheid geschapen die nodig is om van particulieren te kunnen verlangen dat zij hun rechten doen gelden. Daarom kan een in gebreke blijvende lidstaat tot dat moment zich niet beroepen op termijnoverschrijdingen door een particulier. Dat geldt hier voor de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn.

² Zaak C208/90



Ambtshalve toepassing

In beginsel mogen de regels van nationaal procesrecht omtrent ambtshalve toepassing worden toegepast, zij het dat deze wel moeten voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en effectiviteit.

Ten aanzien van het non-discriminatievereiste stelt het Hof dat dwingende bepalingen van Unirecht niet alleen ambtshalve moeten worden toegepast wanneer zulks ook geldt voor soortgelijke bepalingen van nationaal recht, maar dat een plicht tot ambtshalve toepassing van Unierecht ook bestaat wanneer naar regels van nationaal rechts slechts een bevoegdheid tot ambtshalve toepassing bestaat. Met andere woorden: de nationale rechter moet ambtshalve de naleving van het Unirecht onderzoeken, indien hij krachtens nationaal recht de verplichting of de mogelijkheid heeft om ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen. De Nederlandse bestuursrechter is op grond van artikel 8:69 lid 2 Awb verplicht om binnen de feitelijke grondslag van het geding (ook) EU-rechterlijke rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Buiten die grondslag is hij verplicht noch bevoegd om ambtshalve aan bepalingen van EU-recht te toetsen, tenzij deze in de EU-rechtsorde een vergelijkbare plaats innemen als de Nederlandse regels van openbare orde.

Leidt de toetsing van het non-discriminatievereiste ertoe dat het Unierecht niet ambtshalve in de beoordeling kan worden betrokken, omdat dit ook verboden is voor overeenkomstige regels van nationaal recht, dan moet dit verbod nog worden getoetst aan het effectiviteitsvereiste, met in aanmerking nemen van de plaats van die bepaling (op grond waarvan ambtshalve toetsing verboden is) in de gehele procedure en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan voor de verschillende rechterlijke instanties. In voorkomend geval moet bovendien rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.

De uitspraak van de Voorzitter van de ABRvS in milieuzaken van 17 februari 1998, RAWb 1988, 100 is in dit verband van belang. Hierin stelde deze dat de vraag of voorafgaand aan het besluit tot vergunningverlening een milieu-effectrapportage had moeten plaatsvinden, ambtshalve door hem kon worden beoordeeld, omdat de m.e.r.-plicht een uitvloeisel is van EG-richtlijn 85/337/EEG. Aangezien de ABRvS als milieurechter bepalingen van dwingend nationaal recht tot nu toe in ruime mate ambtshalve toetst, moet zij dit ook doen ten aanzien van vergelijkbare bepalingen van Unierecht.

Prejudiciële procedure

Met het oog op een uniforme toepassing van het Unierecht kan de nationale rechter zich met een prejudiciële vraag wenden tot het Hof van Justitie (art. 267 VWEU). Voor rechters waarvan hun uitspraak niet vatbaar zijn voor hoger beroep geldt een verwijzingsplicht (dit behoudens een *acte clair*, een *acte éclairé* en de mogelijkheid van een reguliere bodemprocedure nog aanwezig is).

Bij uitleggingsvragen verzoekt de nationale rechter het Hof vast te stellen hoe een bepaling van Unierecht moet worden geïnterpreteerd met het oog op de verenigbaarheid van het nationale recht met deze bepaling.



Bij geldigheidsvragen wordt de rechtmatigheid van een secundaire Unierechtelijke handeling (richtlijn, verordening of beschikking) door de verwijzende rechter ter discussie gesteld.

Prejudiciële uitspraken van het Hof zijn bindend vanaf de dag van de uitspraak. Deze bindendheid geldt in de eerste plaats uiteraard voor de verwijzende rechter.

Daarnaast heeft een arrest dat betrekking heeft op een geldigheidskwestie werking *erga omnes*: ook andere rechterlijke instanties moeten zich aan het arrest houden. Bij interpretatiekwesties geldt het arrest formeel alleen voor het betreffende geschil. In de praktijk wordt het arrest ook door andere rechters gevolgd.

Het oordeel dat het Hof geeft over de uitlegging of geldigheid van bepaling van Unierecht – tenzij het Hof om redenen van rechtszekerheid uitdrukkelijk anders heeft bepaald - *ex tunc*, dat wil zeggen dat de bepalingen vanaf het moment van haar inwerkingtreding moest worden begrepen zoals het Hof in de prejudiciële procedure heeft bepaald. Die uitspraak is derhalve ook van toepassing op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het arrest van het Hof.

Doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde

Het Unierecht heeft absolute voorrang op het nationale recht. In geval van conflicten moet de nationale norm derhalve wijken voor de communautaire norm. De nationale rechter heeft in deze een bijzondere taak. Hij dient de rechten die particulieren kunnen ontleen aan het Unierecht te beschermen en aldus de volle werking van het Unierecht te verzekeren. Bij het nemen van beslissingen moet dus net worden gedaan alsof alle met het Unierecht strijdige nationale regels niet bestaan.

Ten einde in het geval van schending van het Unierecht door een lidstaat toch zorg te kunnen dragen voor een effectieve doorwerking hiervan biedt het Unierecht de nationale rechter twee instrumenten waarmee de door het Unierecht toegekende rechten of aanspraken zelf kunnen worden geëffectueerd, namelijk:

- rechtstreekse werking;
- Unierechtconforme uitleg;

Een derde weg leidt tot aansprakelijkheid van de overheid wegens schending van het Unierecht met vervangende schadevergoeding. Deze laat ik hier verder onbesproken.

Rechtstreekse werking

Als rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht worden aangemerkt bepalingen die door particulieren die daarbij belangen hebben, meer in het bijzonder door de nationale rechter, kunnen worden ingeroepen. De rechter is verplicht deze toe te passen. Daarmee strijdige bepalingen moeten door hem buiten toepassing worden gelaten. De belangrijkste voorwaarde voor de rechtstreekse werking van een regel van Unierecht is het ontbreken van beleidsvrijheid voor de lidstaat bij de toepassing hiervan. Daartoe moet de bepaling naar zijn inhoud voldoende nauwkeurig bepaald en onvoorwaardelijk zijn. Voor richtlijnbevestigingen geldt daarbij de extra eis dat er pas sprake is van rechtstreekse werking na afloop van de termijn waarbinnen de richtlijn door de lidstaat moest zijn omgezet.



Wanneer vaststaat dat een richtlijnbeeping rechtstreekse werking heeft en het nationale recht daarmee in strijd is, moet dat nationale recht buiten toepassing worden gelaten. Tegenover een overheidsorgaan kan immers het door de richtlijn zelf verleende recht worden ingeroepen, ook indien het om strijd met een richtlijnbeeping gaat, mits deze inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is. Het gaat dan om het feit dat in ondubbelzinnige bewoordingen een nauwkeurige resultaatsverplichting is opgelegd waaraan geen enkele voorwaarde is verbonden met betrekking tot de toepassing van de daarin vervatte regel.

In veel gevallen ziet men dat de nationale bestuursrechter in het geval hij een besluit moet toetsen, dat is gebaseerd op een nationale norm die in strijd is met een norm uit een richtlijn, deze nationale norm buiten toepassing laat en vervolgens direct toetst aan de Unierechtelijke norm. Is het besluit daarmee in overeenstemming, dan blijft het in stand, zo niet dan wordt het vernietigd. Deze methode wordt wel concreet-inhoudelijke toetsing genoemd.

Ook wordt wel de abstract-formele toetsingsmethode toegepast. Bij deze methode wordt niet gekeken of het bestreden besluit in concreto in strijd is met een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn, maar wordt de nationale bevoegdheid waarop het besluit is gebaseerd in abstracto aan de richtlijn getoetst. Voldoet de nationale bevoegdheid niet dan wordt de bevoegdheid om besluiten af te geven wegens strijd met de richtlijn buiten toepassing gelaten. Het daarop gebaseerde besluit sneuvelt vervolgens wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag. Omdat deze uitspraak is gebaseerd op een abstract oordeel over de (on)verenigbaarheid van de nationale bevoegdheid met de richtlijn, zal zolang het omzettingsgebrek niet is hersteld, de nationale bevoegdheid in rechtszaken tegen andere daarop gebaseerde besluiten ook buiten toepassing moeten worden gelaten. In feite komt dit neer op een onverbindendverklaring van de nationale bevoegdheid. Het gevolg van deze toetsingsmethode is dat op basis van de 'weggetoetste' nationale bevoegdheid geen besluiten meer kunnen worden genomen, ook niet indien het besluit in concreto in overeenstemming zou zijn met de richtlijn.

Unierechtconforme uitleg

Omdat dit instrument meestal wordt toegepast op richtlijnen, spreekt men vaak van richtlijnconforme uitleg. Op grond hiervan is de nationale rechter verplicht om het nationale recht, binnen het kader van zijn bevoegdheden, zoveel mogelijk te interpreteren in het licht van de bewoordingen en het doel van een richtlijnbeeping. Deze verplichting geldt zowel voor bepalingen die dateren van eerdere als van latere datum dan de richtlijn.

Als conforme uitleg geen mogelijkheid geeft om een botsing tussen een bepaling van EU-recht en een nationaalrechtelijke bepaling op te lossen, is het bestuursorgaan verplicht de nationaalrechtelijke bepaling buiten toepassing te laten.



Exceptieve toetsing

Tegen een algemeen verbindend voorschrift kan geen bezwaar en beroep worden ingediend. De bestuursrechter toetst het algemeen verbindend voorschrift dan aan hoger recht, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toets wordt de exceptieve toets genoemd.

Ten opzichte van de huidige praktijk leidt de bepleite intensivering van de exceptieve toetsing vooral tot een meer zelfstandige rol voor formele beginselen, waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van een deugdelijke motivering. De intensiteit van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften is in concrete gevallen afhankelijk van de beslissingsruimte van het vaststellend orgaan.

Bestuursrechters moeten het voorschrift buiten toepassing verklaren als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.

Formele rechtskracht

Als een besluit niet is vernietigd terwijl er wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zijn aangewend (dat wil zeggen dat er bezwaar is ingediend en/of beroep is aangetekend), dan moet ervan worden uitgegaan dat het besluit zowel qua inhoud als wijze van totstandkoming rechtmatig is. Het besluit heeft daarmee formele rechtskracht verkregen en is daarmee onherroepelijk en onaantastbaar. Er dient te worden uitgegaan van de rechtsgeldigheid (het besluit is onaantastbaar) en de rechtmatigheid van dat besluit (de rechtmatigheidsfictie). De formele rechtskracht ziet overigens uitsluitend op de met dat besluit tot stand gebrachte rechtsgevolgen en niet op de daaraan ten grondslag gelegde oordelen van feitelijke en van juridische aard. Dit leidt in de praktijk wel eens tot problemen, als sprake was van evidente onrechtmatigheid.

De rechtsfiguur van de formele rechtskracht is niet in strijd met het Unierecht. Het Unierecht bekommert zich niet om de vraag of de bestuursrechter of de burgerlijke rechter belast is met een gelijkwaardige en doeltreffende doorwerking van Unierecht.

In de zaak van de Europese Commissie versus Ierland³ was het volgens Ierland in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht van de wet, en de rechtspraak van het Hof op het gebied van procesautonomie van de lidstaten om een onherroepelijk verleende vergunning in te trekken. Volgens het Hof zijn lidstaten echter verplicht om volgens het beginsel van loyale samenwerking om de gevolgen van schendingen van het Unierecht ongedaan te maken. Die verplichting om alle nodige maatregelen daarvoor te nemen, geldt voor elk orgaan van de betrokken lidstaat en met name voor de nationale autoriteiten, bijvoorbeeld door een verleende vergunning in te trekken of op te schorten of om alsnog milieueffectrapportage te doen.

³ ECLI:EU:C:2019:955



Het is niet in strijd met de richtlijn om achteraf, op grond van nationale regels, in een legalisatieprocedure alsnog aan de EU-verplichtingen te voldoen, op voorwaarde dat:

- belanghebbenden daardoor niet in de gelegenheid worden gesteld om Unieregels te omzeilen of buiten toepassing te laten;
- de legalisatieprocedure een uitzondering blijft;
- de m.e.r. niet alleen betrekking heeft op de toekomstige milieueffecten van de installatie, maar ook op de milieueffecten die zich sinds de oprichting van de installatie hebben voorgedaan.

Een lidstaat mag zich niet beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van niet-nakoming van uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen.

Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gewettigd vertrouwen verhinderen niet dat een vergunning kan worden ingetrokken. Wel moet daarbij rekening worden gehouden dat de intrekking binnen een redelijke termijn plaatsvindt en met de mate waarin de betrokkene eventueel op de rechtmatigheid van de vergunning heeft kunnen vertrouwen. Het Hof wijst in dit verband ook op het arrest Wiener Neustadt, waaruit blijkt dat voor projecten waartegen geen rechtstreeks beroep meer kan worden ingesteld vanwege het verstrijken van de beroepstermijn, niet automatisch aangenomen mag worden dat deze vergund zijn in overeenstemming met de vereisten van milieueffectrapportage.

De leer van de formele rechtskracht is overigens niet absoluut en kent steeds verdergaande versoepelingen. Een in rechte onaantastbaar besluit wordt voor juist gehouden, ook al is het misschien strijdig met Unierecht, tenzij het *'evident'* is dat het besluit strijdig is met het Unierecht. Er bestaat dan geen twijfel over dat het vergunningvoorschrift niet gesteld had mogen worden. Volgens het Hof ⁴ verzet het Unierecht zich in beginsel niet tegen de leer van de formele rechtskracht, maar er moet echter wel een uitweg mogelijk zijn op grond waarvan een in rechte onaantastbaar besluit toch (deels) aan de kant wordt gezet. Een *'summier onderzoek dat geen ruimte voor twijfel laat'* moet kunnen aantonen dat *'evident is dat het betreffende voorschrift niet had mogen worden vastgesteld in het licht van het Unierecht'*. Het Unierecht moet gewoon doeltreffend zijn. De Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State heeft zich inmiddels bij dat oordeel van het Hof aangesloten ⁵. Als een voorschrift in strijd is met een richtlijn, is dat voorschrift niet handhaafbaar, ook niet als het in rechte onaantastbaar zou zijn geworden.

⁴ C-120/19 - ECLI:EU:C:2021:398

⁵ ECLI:NL:RVS:2022:11



Heroverweging

Als er een bestuursrechtelijke mogelijkheid bestaat om het bevoegde bestuursorgaan te verzoeken de vergunning in te trekken of op te schorten wegens strijd met het gemeenschapsrecht, moet dat bestuursorgaan onder omstandigheden ingevolge het beginsel van loyale samenwerking een definitief besluit opnieuw onderzoeken, teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van het Unierecht heeft gegeven. In wezen is dat een toepassing van de ook nationaal bij de leer van de formele rechtskracht geldende uitzondering dat het onherroepelijk zijn van een bestuursrechtelijk besluit de burger niet kan worden tegengeworpen als hem geen verwijt treft.

In de rechtspraak van het Hof komt duidelijk tot uitdrukking dat de vraag in hoeverre het Unierecht verplicht tot heroverweging van een met dat recht strijdig besluit niet, althans niet uitsluitend, beantwoord moet worden aan de hand van de vier 'cumulatieve voorwaarden' uit het Kühne & Heitz-arrest ⁶ (een nationale bevoegdheid = Unierechtelijke plicht, dat is de eis van een procesrechtelijke voorkeursbehandeling van EU-rechtelijke vorderingen). In deze rechtspraak komt daarenboven naar voren dat de vraag in hoeverre het Unierecht verplicht tot het heroverwegen van een met dat recht strijdig besluit beantwoord moet worden binnen het kader van de beginselen van loyale samenwerking en nationale procedurele autonomie, waarbij de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid de raadgevoerden zijn waaraan het nationale recht moet voldoen, dus mits dat nationale recht voldoet aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarbij zijn tevens de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend voor het aannemen van de voornoemde plicht. De nationale onmogelijkheid om een besluit te heroverwegen wordt dan niet gerechtvaardigd door het rechtszekerheidsbeginsel, want in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van loyale samenwerking.

In situaties dat de zaak niet bestuursrechtelijk te redresseren is door het nemen van een nieuw besluit, bijvoorbeeld omdat de rechten van derden zich tegen intrekking van een inmiddels onherroepelijke beschikking verzetten, is het aanvaarden van een uitzondering op de leer, omdat het gemeenschapsrecht niet goed is toegepast en de burger daarvan geen verwijt valt te maken, wel zeer waarschijnlijk, omdat anders de vereisten van effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht geweld zou worden aangedaan.

I-21 & Arcor ⁷ bepaalt dat een bestuursorgaan op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel verplicht is om terug te komen op een definitief geworden besluit dat strijdig is met het Unierecht, indien het bestuursorgaan daartoe ook verplicht zou zijn op grond van nationaal recht wanneer er sprake is van een besluit dat strijdig is met nationaal recht. Bestuursorganen zijn verplicht om een besluit, waartegen geen beroep is ingesteld te heroverwegen wanneer handhaving van dat besluit 'absoluut onaanvaardbaar' is. Daarvan is sprake als het besluit de beginselen van gelijke behandeling, billijkheid, openbare orde of goede trouw schendt of bij kennelijke onverenigbaarheid van het besluit met een rechtsregel van hogere rang.

⁶ Hof 13 januari 2004, ECL:NL:XX:2004:AO1933,33

⁷ C-392/04 en C-422/04, ECLI:EU:C:2006:586



Byankov⁸ bepaalt dat een bestuursorgaan onder bijzondere omstandigheden op grond van het beginsel van loyale samenwerking gehouden is een definitief geworden besluit opnieuw te onderzoeken om meer rekening te houden met de uitleg die het Hof nadien aan een relevante bepaling van Unierecht heeft gegeven. De kennelijke onverenigbaarheid met het Unierecht en de voortdurende belemmering (absoluut en voor onbepaalde tijd) speelden daarbij een rol voor het aannemen van een Unierechtelijke plicht tot heroverweging. Om te beoordelen of de nationale regels van procesrecht de uitoefening van de door de EU-rechtsorde verleende rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken, moet de nationale rechter de zogenaamde *rule of reason* test toepassen.

Daarbij is de belangrijkste vraag of de nationale procesrechtelijke bepaling, die de doorwerking van het Unierecht belemmert, in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door de rechtsbeginselen die aan die regel ten grondslag liggen, zoals het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van de procedure (goede procesorde). De vraag is dan bijvoorbeeld in het concrete geval of de rechtszekerheid – een algemeen beginsel van Unierecht – moet prevaleren boven '*het vereiste van rechtmatigheid uit het oogpunt van Unierecht*'. Dat moet gezien worden tegen de achtergrond van de vraag waar het Unierecht groot belang aan hecht en of er in de situatie wel daadwerkelijk een mogelijkheid is om het besluit door het bestuursorgaan te laten heroverwegen.

Het Nederlandse recht noopt er vrijwel nooit toe dat een Nederlands bestuursorgaan een besluit, dat definitief is geworden, omdat de rechtsmiddelen niet zijn uitgeput, moet heroverwegen wegens mogelijke strijd met het Unierecht. Deze strijd, ook al is die vastgesteld door het Hof, is immers geen feitelijk novum op grond waarvan naar louter nationaal recht een heroverwegingsplicht bestaat. Deze beperking is over het algemeen ook niet in strijd met het beginsel van doeltreffendheid, omdat zij, tenzij zich een uitzonderlijke situatie zoals in Byankov voordoet, wordt gerechtvaardigd door het beginsel van rechtszekerheid.

Een weigering om van een in rechte onaantastbaar besluit terug te komen kan evident onredelijk zijn. Gevallen van '*evidente onredelijkheid*'⁹ nopen tot het maken van uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht. Het besluit is evident gebrekkig. De onrechtmatigheid van het besluit is van meet af aan evident geweest. Dit klemt te meer waar mogelijk sprake is van onacceptabele milieueffecten.

Niet alleen het nationale recht, maar ook het Unierecht stelt beperkingen aan de leer van de formele rechtskracht. De plicht tot herziening van met Unierecht strijdige definitief geworden besluiten leidt in verschillende situaties tot een doorbreking van de formele rechtskracht om de rechtvaardigheid aan terrein te laten winnen.

⁸ C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608

⁹ ECLI:NL:RVS:2021:908



SMB-richtlijn ¹⁰

In artikel 174 van het Verdrag (c.q. artikel 191 VWEU en artikel 3 lid 3 VEU) is bepaald dat het beleid van de Gemeenschap op milieugebied, onder andere, dient bij te dragen tot 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 rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen en dat dit beleid dient te berusten op het voorzorgsbeginsel. In artikel 6 van het Verdrag is bepaald dat de eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving van het beleid en het optreden van de Gemeenschap, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.

De milieueffectbeoordeling is een belangrijk instrument voor de integratie van milieuoverwegingen in de voorbereiding en goedkeuring van bepaalde plannen en programma's die in de lidstaten aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben, omdat zij garandeert dat reeds tijdens de voorbereiding en vóór de vaststelling van die plannen en programma's met de effecten van de uitvoering daarvan rekening wordt gehouden.

De verschillende systemen voor milieubeoordeling in de lidstaten dienen een aantal gemeenschappelijke procedurele voorschriften te omvatten die nodig zijn om tot een hoog niveau van milieubescherming bij te dragen.

Daarom is een optreden op het niveau van de Gemeenschap noodzakelijk om een minimumkader voor milieubeoordelingen tot stand te brengen dat de algemene principes van het milieubeoordelingssysteem vastlegt en, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, de nadere bijzonderheden aan de lidstaten overlaat; het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken.

Het oogmerk en de doelstellingen van deze richtlijn moeten zelf 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.

Patrice D'Oultremont ¹¹

Het Hof heeft in deze uitspraak voor recht verklaard dat artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 2, onder a), van 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 aldus moeten 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.

¹⁰ Richtlijn 2001/42/EG

¹¹ C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816



Nevele-arrest¹²

Het Hof heeft onder andere overwogen dat (r.o. 83 en 84) volgens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking de lidstaten verplicht zijn de onwettige gevolgen van een dergelijke schending van het Unierecht ongedaan te maken. Hieruit volgt dat de bevoegde nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechtelijke instantie 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].

Daar moet nog aan worden toegevoegd 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. Indien de nationale rechterlijke instanties bevoegd zouden zijn om aan de nationale bepalingen voorrang te geven boven het Unierecht waarmee zij in strijd zijn, al was het maar tijdelijk, dan zou immers afbreuk worden gedaan aan de uniforme toepassing van het Unierecht (arrest van 29 juli 2019, Inter-Environnement Wallonie en Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17, EU:C:2019,622, punt 177 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Rechtsoverweging 90 voegt daar nog aan toe dat een nationale rechter, gelet op het bestaan van een dwingende overweging van bescherming van het milieu, slechts bij uitzondering is toegestaan een nationale regeling toe te passen op grond waarvan hij bepaalde gevolgen kan handhaven van een nationale handeling die niet volgens een met richtlijn 2001/42 verenigbare procedure werd vastgesteld.

Punt 91 maakt duidelijk dat elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen een kerndoelstelling van de Unie op energiegebied vormt, maar dat niet elk obstakel voor de ontwikkeling daarvan op het grondgebied van een lidstaat, volstaat om de hele uitvoering van de richtlijn op dat grondgebied in gevaar te brengen.

¹² C-24-19, ECLI:EU:C:2020:503



Delfzijl ¹³

In deze uitspraak is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omgegaan, op gronden ontleend aan het Nevele-arrest. De Afdeling stelt voorop dat een exceptieve toetsing van de windturbinebepalingen aan de SMB-richtlijn met zich kan brengen dat deze bepalingen vanwege een geconstateerd gebrek buiten toepassing moeten worden gelaten. De rechter kan een algemeen verbindend voorschrift dat niet een wet in formele zin is, in een zaak over een besluit dat op dat voorschrift is gebaseerd, toetsen op rechtmatigheid. Bij die indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer, waarbij de toetsing wordt verricht op de wijze zoals de Afdeling die heeft uiteengezet in haar uitspraak van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452. Een gebrek in de gelding van deze bepalingen impliceert dan ook dat het bestemmingsplan in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3.2 van de Awb is vastgesteld. Ook betekent het een gebrek in de motivering die aan het bestemmingsplan ten grondslag ligt.

De vraag naar de rechtstreekse werking van bepalingen van een EU-richtlijn kan alleen rijzen in gevallen van incorrecte implementatie of als de volledige toepassing van de richtlijn niet daadwerkelijk is verzekerd. De SMB-richtlijn is niet correct geïmplementeerd. Dat maakt dat partijen zich in dit geval op de rechtstreekse werking van de hier relevante bepalingen uit de SMB-richtlijn kunnen beroepen, omdat deze bepalingen voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.

Als voor een project meerdere besluiten nodig zijn om het recht te geven om een project uit te voeren, dan worden deze besluiten samen geacht de vergunning te vormen in de zin van de Mer-richtlijn.

In de uitspraak Delfzijl werd nog toepassing gegeven aan de bestuurlijke lus. Dat was niet het geval in de uitspraak inzake Windpark Goyerbrug te Houten ¹⁴. Een 'burgerlus' als pendant van de bestuurlijke lus is overigens in het Nederlandse rechtssysteem onbekend. De overheid en de burgers hebben op dat punt ten onrechte geen gelijke c.q. vergelijkbare bevoegd- en mogelijkheden.

¹³ ECLI:NL:RVS:2021:1395

¹⁴ ECLI:NL:RVS:2021:1679



Tot slot

De niet op de juiste wijze op de SMB-richtlijn gebaseerde windturbinevoorschriften zijn evident in strijd met de dwingende, onvoorwaardelijke en rechtstreeks werkende regels van het Unierecht gebleken. De op die regels gebaseerde besluiten en vergunningen zijn derhalve eveneens in strijd met het Unierecht. Die strijd met het Unierecht moet ongedaan worden gemaakt, door intrekking, vernietiging, opschorting of anderszins. Legalisatie moet daarbij uitzondering blijven. Dat is in zekere zin ook logisch, omdat de SMB-richtlijn niet alleen dwingt tot een voorafgaande beoordeling van de aanzienlijke milieugevolgen, maar ook tot een integrale beoordeling. Het is dus niet zomaar een (individuele) milieubeoordeling, maar een strategische beoordeling. De richtlijn beoogt een hoog beschermingsniveau en moet ruim worden toegepast en uitgelegd. Ontkomen aan de toepasselijkheid van de dwingende richtlijnvoorschriften door het opknippen of saucissoneren van plannen en programma's en het legaliseren van projecten staat volstrekt haaks op de integrale beoordeling en is slechts bij hoge uitzondering toegestaan.

Daar komt nog wat bij. Sinds 1 juli 2021 maken plannen, programma's en projecten deel uit van Regionale Energiestrategieën. Deze RES 'sen vormen plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn, want op regionaal c.q. lokaal niveau opgesteld en vastgesteld en door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen voorgeschreven. De RES 1.0 zou een vrijwillig kader zijn, zonder externe werking. Maar intussen is duidelijk dat van vrijblijvendheid in werkelijkheid geen sprake is. Het is zelfs de bedoeling met voortbouwende en gefaseerde RES 2.0 een juridisch kader met externe werking te creëren. Dat kader is c.q. wordt niet vooraf en integraal planMER getoetst. Dat zou wel moeten. Er mag niet worden ontweken.

Dat in de tussentijd gewerkt zou kunnen met het stellen van eigen normen berust in het licht van het voorgaande op een misverstand. Zo moet legalisatie uitzondering blijven – en kan dus niet tot regel worden verheven - en de RES waarvan het project deel uitmaakt is niet vooraf SMB-getoetst. De eerste stap in het maken van een milieueffectrapport is het opstellen van een Notitie Reikwijdte en Detailniveau. Aard, inhoud en aantal ingediende zienswijzen voor een landelijke NRD maakt duidelijk dat met veel meer effecten gerekend zal moeten worden dan waarvan tot 30 juni 2021 sprake was en dat met veel minder gehinderden gerekend zal moeten worden dan de 9% waarmee bij de buiten werking windturbinevoorschriften werd gerekend. De dosisinhoudmaten blijken ongeschikt om als normen gebruikt te worden, er wordt geen rekening gehouden met de optredende nadelige gevolgen van onhoorbaar geluid, etcetera. Mede gezien de complexiteit van de betrokken elementen is volstrekt helder dan een provinciaal, regionaal of lokaal bevoegd gezag ook niet in staat is op een termijn van een aantal maanden datgene te doen waar de centrale overheid zelf enige jaren voor nodig heeft.

Dat de uitspraken gebaseerd op het Nevele-arrest geen gevolgen zouden hebben of kunnen hebben voor bestaande windparken staat ook haaks op het Unierecht, meer speciaal op hetgeen dwingend volgt uit het Emmott-arrest. Totdat de SMB-richtlijn hier te lande correct is geïmplementeerd kan het bevoegd gezag worden gevraagd de strijd met het Unierecht op te heffen. Het bevoegde gezag is daartoe overigens ook al ambtshalve verplicht, dus het verzoek is als zodanig eigenlijk een verzoek ten overvloede. In de tussentijd rust op de bevoegde gezagen de rechtsplicht de windparken stil te leggen en tegen aanleg, realisatie en exploitatie op te treden. Dat klemmt te meer nu van een onherroepelijke of onaantastbare omgevingsvergunning in het licht van het dwingende Unierecht in werkelijkheid geen sprake is en dus ook bij wijze van voorlopige voorziening een verbod op het gebruik van een dergelijke vergunning verzocht kan worden. De ook op dat punt bestaande Nederlandse jurisprudentie is onjuist en onhoudbaar. De uitvoering van de SMB-richtlijn mag niet in gevaar worden gebracht en daaraan niet ondergeschikt worden gemaakt.



De bescherming van de leefomgeving van de mens en diens gezondheid blijft de gemoederen bezighouden. Dat is merkwaardig, want het uitgangspunt deze te behouden of te verbeteren zou eenieder toch moeten aanspreken. Het loslaten van dat uitgangspunt legt de bijl aan de wortel van een veilige en gezonde leefomgeving. Maar er is en blijft ontegenzeggelijk veel weerstand.

Eerst was er geen of onvoldoende relatie met een concreet project. Toen werd gezegd dat dit een probleem is voor de centrale wetgever en dat dit probleem lokaal niet speelt. Milieubepalingen zouden het ruimtelijk spoor niet raken. Nevele zou slechts zien op een vormfout en niet de geldigheid van de inhoud raken. Nu zou het bestemmingsplan en/of de omgevingsvergunning niet in strijd zijn met het Unierecht. Al deze stellingen kloppen echter welbeschouwd niet en staan haaks op de goede en ook logische afspraken die we met elkaar in Europees verband hebben gemaakt. Het wordt hoog tijd dat we die afspraken eindelijk serieus nemen en daadwerkelijk toepassen. Het alternatief is wachten tot de wal het schip keert, maar rechtmatig is dat in geen geval.

Voor vragen en opmerkingen kunt u contact opnemen met Mr Peter A. de Lange.

