

Implicaties voor (vergunde) Nederlandse windparken?

Annotatie bij arrest van het Hof van Justitie van de EU van 25 juni 2020 in zaak C-24/19

mr. S. Simonetti en mr. P.R. Leopold¹

Een van de belangrijkste voorwaarden voor het kunnen realiseren van een windmolenpark is een (onherroepelijke) omgevingsvergunning. Een tendens van toenemend verzet van omwonenden tegen de komst van windmolenparken maakt dat omgevingsvergunningen in dat verband niet zelden worden uitgeprocedeerd tot aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS). Een onherroepelijke omgevingsvergunning is een belangrijke voorwaarde voor de 'bankability' (financierbaarheid) en realiseerbaarheid van een windproject.² Maar een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van afgelopen zomer deed het vertrouwen bij sommige projectontwikkelaars en financiers wankelen. Op 25 juni 2020 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zgn. Vlare II-zaak, een verwijzingsprocedure van een zaak tussen omwonenden van een nog te ontwikkelen windmolenpark en de vergunningverlenende instantie in België.³ In deze verwijzingsprocedure stond de vraag centraal of bepaalde Vlaamse regels inzake milieunormen kwalificeren als 'plannen en programma's' in de zin van de richtlijn strategische milieubeoordeling (hierna: de SMB-richtlijn).⁴ In dat geval zou er namelijk een verplichting kunnen bestaan om de vaststelling van deze plannen en programma's op grond van de SMB-richtlijn vooraf te laten gaan door een milieubeoordeling. Een dergelijke voorafgaande milieu-

beoordeling ontbrak bij de Vlaamse regels inzake milieunormen die gelden bij de bouw en exploitatie van windparken, waardoor het Hof oordeelde dat deze in strijd zijn met dwingend EU-recht.

Deze uitspraak heeft in energieland enige stof doen opwaaien vanwege de vermeende gevolgen voor de ontwikkeling van ook Nederlandse windmolenparken. In deze annotatie zal eerst kort worden ingegaan op de relevante onderdelen van de uitspraak van het Hof. Vervolgens zullen de mogelijke implicaties voor Nederlandse windmolenparken, reeds vergund en toekomstig, worden geschetst.⁵

1. De Vlaamse zaak

Op 30 november 2016 heeft de Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen – afdeling Oost-Vlaanderen aan Electrabel een stedenbouwkundige vergunning verleend voor de bouw en exploitatie van vijf windturbines in twee Belgische gemeenten. De vergunning is vervolgens door enkele buurtbewoners aangevochten bij de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen, waarbij de appellanten verzochten om nietigverklaring van het vergunningsbesluit. Zij voerden hiertoe aan dat het vergunningsbesluit is gebaseerd op een tweetal regelingen die onverenigbaar zouden zijn met de SMB-richtlijn, te weten: 'Vlare II' (dat voorschriften bevat over slagschaduw, veiligheid en geluid) en een administratieve omzendbrief (circulaire) betreffende het afwegingskader en randvoorwaarden voor de oprichting van windturbines (hierna

1. Sander Simonetti en Pieter Leopold zijn beiden advocaat bij HVG Law LLP.
2. In combinatie met andere voorwaarden zoals een vergunning en/of ontheffing op grond van de Wet natuurbescherming (indien van toepassing), een aansluiting op het elektriciteitsnet (met adequate transportcapaciteit) en een SDE-subsidiebeschikking.
3. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, C-24/19 (ECLI:EU:C:2020:503).
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.

5. Deze annotatie is niet vanuit een zuiver EU-rechtelijke of omgevingsrechtelijke invalshoek geschreven, maar poogt de uitspraak in een breder perspectief te plaatsen door de mogelijke gevolgen te analyseren voor (de realisatie van) windmolenparken in Nederland.

tezamen aangeduid als: het Vlaams regelgevend kader). Deze regelingen waren volgens appellanten ten onrechte vastgesteld zonder een voorafgaande milieubeoordeling in de zin van de SMB-richtlijn.⁶ De Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar stelde zich echter op het standpunt dat de regelingen geen ‘plannen en programma’s’ in de zin van art. 2, onder a) van de SMB-richtlijn vormen, aangezien zij geen samenhangend en voldoende volledig stelsel voor de oprichting van windturbineprojecten vaststellen. Hierdoor zou de door de SMB-richtlijn voorgeschreven milieubeoordeling niet nodig zijn. De Raad voor Vergunningsbetwistingen zette vraagtekens bij de geldigheid van de regelingen en de rechtsgrond van de vergunning, indien zou blijken dat voor de regelingen een milieubeoordeling vereist was.⁷ In 2018 stelde de Raad van Vergunningsbetwistingen dan ook enkele prejudiciële vragen aan het Hof, die zien op het vereiste van voorafgaande milieubeoordeling bij de vaststelling van plannen en programma’s in de zin van de SMB-richtlijn.

2. Europeesrechtelijk kader milieubeoordelingen

De SMB-richtlijn bepaalt dat voor de vaststelling van ‘plannen en programma’s’ die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben, een milieubeoordeling moet plaatsvinden.⁸ Voor plannen en programma’s met betrekking tot een aantal sectoren, waaronder de energiesector, bepaalt de SMB-richtlijn *a priori* dat deze aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben en als regel aan een milieubeoordeling dienen te worden onderworpen.⁹ De SMB-richtlijn is in feite een procedurerichtlijn¹⁰, waarin de stappen worden beschreven die lidstaten moeten volgen bij de vaststelling en beoordeling van de milieueffecten op planniveau (dus niet op projectniveau). Verplichtingen omvatten onder meer het opstellen van een milieurapport waarin de mogelijke aanzienlijke milieueffecten van de uitvoering van het plan of programma alsmede van redelijke alternatieven, die rekening houden met het doel en de geografische werkingssfeer van het plan of programma, worden bepaald, beschreven en beoordeeld.¹¹ Naast de SMB-richtlijn kent het EU-recht de richtlijn betreffende de milieubeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (hierna: de MEB-richtlijn).¹² De MEB-richtlijn bevat

procedureregels en voorschriften voor milieubeoordeling op projectniveau.

3. De uitspraak van het Hof

In het Vlarem II-arrest van 25 juni 2020 gaat het Hof eerst in op de vraag of het Vlaams regelgevend kader kwalificeert als ‘plannen en programma’s’ in de zin van de SMB-richtlijn. Dit begrip is gedefinieerd in art. 2, onder a) van de SMB-richtlijn en kent twee cumulatieve voorwaarden. In de eerste plaats moeten de plannen en programma’s door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau zijn opgesteld en/of vastgesteld en in de tweede plaats moeten zij door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn ‘voorgeschreven’. Het Hof twijfelt er niet aan dat het Vlaams regelgevend kader aan de eerste voorwaarde voldoet. Ten aanzien van de tweede eis haalt het Hof vaste rechtspraak aan waarin is bepaald dat als ‘voorgeschreven’ (in de zin en voor de toepassing van de SMB-richtlijn) moeten worden aangemerkt ‘plannen en programma’s’ waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma’s bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald.¹³ Het Hof heeft hiermee in lijn met haar eerdere uitspraken, zo overweegt ook advocaat-generaal Campos in zijn conclusie, gekozen voor een ruime uitleg van de SMB-richtlijn, namelijk dat deze van toepassing is op (alle) plannen en programma’s waarin nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen voorzien, ongeacht of de vaststelling van die plannen en programma’s verplicht dan wel facultatief is (onder de desbetreffende nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen).¹⁴ Deze ruime uitleg is eerder door advocaat-generaal Kokott tevergeefs ter discussie gesteld.¹⁵ Naar aanleiding van de vragen van de verwijzende rechter en schriftelijke opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk onderneemt het Hof vervolgens een (teleologische, grammaticale en systematische) interpretatie-exercitie om te bezien of zijn eerdere rechtspraak op dit punt moet worden heroverwogen.¹⁶ Deze exercitie brengt het

re projecten.

6. Zie art. 2, onder a) en art. 3, lid 2, onder a) van de SMB-richtlijn.
7. Zie arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 28 e.v.
8. Op grond van art. 2, onder a) en art. 3, lid 2, onder a) van de SMB-richtlijn.
9. Art. 3, lid 2, onder a) van de SMB-richtlijn.
10. Aldus advocaat-generaal Campos in zijn conclusie van 20 maart 2020, r.o. 34.
11. Art. 5 van de SMB-richtlijn.
12. Richtlijn 2011/92 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere

13. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 35, waarbij het Hof verwijst naar haar arresten van 22 maart 2012 (*Inter-Environnement Bruxelles e.a.*), C-567/10, van 7 juni 2018 (*Thybaut e.a.*), C-160/16 en van 12 juni 2019 (*Terre wallonne*), C-321/18.
14. Conclusie van advocaat-generaal Campos van 20 maart 2020, r.o. 51.
15. Zie bijvoorbeeld conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Inter-Environnement Bruxelles e.a.*, C-567/10. In deze conclusie stelde Kokott een restrictievere uitleg voor, namelijk dat de SMB-richtlijn alleen van toepassing is voor plannen en programma’s waarvan de vaststelling verplicht is aangezien zij door een nationale rechtsregel worden voorgeschreven.
16. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 37 – 51. Ook advocaat-generaal Campos besteedt uitgebreid aan

Hof evenwel niet op andere gedachten. Het Hof overweegt dat de EU in haar milieubeleid naar een ‘hoog niveau van bescherming’ streeft en dat deze doelstelling in gevaar dreigt te komen als art. 2, onder a van de SMB-richtlijn zo zou worden uitgelegd dat de plicht tot voorafgaande milieubeoordeling alleen geldt voor plannen of programma’s waarvan de vaststelling verplicht is. Volgens het Hof zou die uitleg lidstaten bovendien de mogelijkheid geven om de milieubeoordelingsplicht doelbewust te omzeilen, door te bepalen dat de desbetreffende autoriteiten weliswaar bevoegd maar niet verplicht zijn om dergelijke plannen of programma’s vast te stellen.¹⁷ De vigerende (ruimere) opvatting van de term ‘voorgeschreven’ verzekert de nuttige werking van de voorwaarde van een milieubeoordeling bij plannen en programma’s.¹⁸ In het licht van deze ruime uitleg en kijkend naar de totstandkoming van het Vlaams regelgevend kader komt het Hof tot de conclusie dat dit inderdaad kwalificeert als ‘plannen en programma’s’ in de zin van de SMB-richtlijn.¹⁹ De volgende vraag die het Hof beantwoordt is of de plannen en programma’s van het Vlaams regelgevend kader dan ook onder de verplichting van voorafgaande milieubeoordeling (in de zin van de SMB-richtlijn) vallen. Het Hof stelt in de eerste plaats vast dat het Vlaams regelgevend kader de energiesector betreft en betrekking heeft op windparkprojecten.²⁰ Vervolgens gaat het Hof na of het Vlaams regelgevend kader een kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten.²¹ Het Hof brengt – onder verwijzing naar vaste rechtspraak – in herinnering 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.²² Het Hof constateert in dat verband dat het Vlaams regelgevend kader voorwaarden bevat voor de bouw en exploitatie van windturbines in het Vlaams Gewest, die onder meer betrekking hebben op de slagschaduw, veiligheidsvoorschriften en geluidsemissies. Hoewel het belang en de reikwijdte van de voorschriften van het Vlaams regelgevend kader erop wijzen dat dit weliswaar geen uitputtend kader vormt, is het kader wel voldoende belangrijk voor de bepaling van de voorwaarden waaronder een vergunning kan

worden verleend voor de oprichting van windmolenparken en hebben deze projecten onmiskenbaar gevolgen voor het milieu.²³ Het Hof komt tot de slotsom dat het Vlaams regelgevend kader dientengevolge op grond van de SMB-richtlijn een voorafgaande milieubeoordeling had moeten krijgen.²⁴ De bijzondere juridische aard van de omzendbrief doet daar volgens het Hof niet aan af.²⁵

Als laatste behandelt het Hof de vraag in hoeverre de nationale rechter de gevolgen van het Vlaams regelgevend kader en de daarop gebaseerde aangevochten vergunning kan handhaven nu blijkt dat een voorafgaande milieubeoordeling had moeten worden verricht en het Vlaams regelgevend kader dus in strijd met de SMB-richtlijn tot stand is gekomen. Het Hof overweegt onder verwijzing naar het beginsel van loyale samenwerking dat lidstaten verplicht zijn om de gevolgen van een schending van Unierecht ongedaan te maken en dat enkel het Hof, bij wijze van uitzondering en om dwingende redenen van rechtszekerheid, een voorlopige opschorting kan toestaan van het effect dat een Europeesrechtelijke regel heeft op een daarmee strijdige nationale regel.²⁶ Ten aanzien van de Belgische situatie oordeelt het Hof dat de nationale rechter de gevolgen van het Vlaams regelgevend kader en de daarop gebaseerde vergunning slechts (tijdelijk) mag handhaven indien (i) het nationale recht dit toestaat en (ii) nietigverklaring van de aangevochten vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening (leveringszekerheid) in de lidstaat (België). Een dergelijke handhaving mag bovendien niet langer duren dan strikt noodzakelijk is om een einde te maken aan de onrechtmatigheid.²⁷

4. Mogelijke gevolgen van de uitspraak in België

Met het Vlarem II-arrest van 25 juni 2020 deelt het Hof een gevoelige tik uit aan de deelstaatregering van het Vlaams Gewest. Het is niet de eerste keer dat een Belgische rechter om uitleg van de SMB-richtlijn verzoekt en het Hof concludeert dat het Belgisch nationaal regelgevend kader voor windmolens daarmee in strijd is.²⁸ Advocaat-generaal Campos memoreert in zijn conclusie bij deze zaak dat het Hof inmiddels 17 arresten over de SMB-richtlijn heeft gewezen, waarvan een groot aantal naar aanleiding van prejudiciële vragen van Belgische rechters.²⁹ Nadat het Hof in de zaak

dacht aan de interpretatie van het begrip ‘voorgeschreven’ in zijn conclusie, zie r.o. 49 – 75.

17. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 48.

18. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 50.

19. Ibid, r.o. 63. Ten aanzien van de omzendbrief geeft het Hof de verwijzende rechter de opdracht om nog een verificatie te verrichten.

20. Onder verwijzing naar art. 3, lid 2, onder a) van de SMB-richtlijn en punt 3, onder i) van bijlage II van de MEB-richtlijn.

21. Dit is een voorwaarde in art. 3, lid 2, onder a) van de SMB-richtlijn.

22. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 67.

23. Ibid, r.o. 71.

24. Ibid, r.o. 73.

25. Het Hof laat ruimte aan de verwijzende rechter om de exacte juridische draagwijdte van de omzendbrief te verifiëren.

26. Ibid, r.o. 83.

27. Ibid, r.o. 95.

28. Eerder was dit het geval voor het Waals regelgevend kader, zie arrest van het Hof van 27 oktober 2017 (*D'Oultremont*), C-290/15.

29. Conclusie van advocaat-generaal Campos, r.o. 2.

D'Oultremont had geoordeeld dat het Waals regelgevend kader voor windmolens voorafgegaan (had) moet(en) worden door een milieubeoordeling, vernietigde de Belgische Raad van State het besluit tot invoering van dat regelgevend kader.³⁰ Om de Waalse regering de mogelijkheid te bieden om het geconstateerde gebrek (het ontbreken van een milieubeoordeling) te helen heeft de Belgische Raad van State in diezelfde uitspraak bepaald dat de gevolgen van het vernietigde regelgevend kader voor een periode van drie jaar na de uitspraak gehandhaafd blijven.³¹ Het Vlarem II-arrest maakt de speelruimte voor de Belgische nationale rechter echter beduidend beperkter, nu het Hof daarin bovengenoemde strenge eisen voor tijdelijke handhaving heeft geformuleerd.³² Bij het ter perse gaan van dit artikel heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen nog geen uitspraak gedaan naar aanleiding van het Vlarem II-arrest, maar het lijkt niet waarschijnlijk dat de vergunning in stand kan blijven. Het is immers slecht voor te stellen dat een windmolenpark van vijf windmolens invloed kan hebben op de leveringszekerheid van elektriciteit in de lidstaat België (een van de voorwaarden die het Hof stelt voor het (tijdelijk) mogen 'tolereren' van strijd met EU-recht door de nationale rechter). Het lijkt bovendien onvermijdelijk dat de deelstaatregering van het Vlaams Gewest alsnog een milieubeoordeling op het Vlaams regelgevend kader zal moeten uitvoeren, althans dit kader zal moeten herzien.

5. Mogelijke gevolgen van de uitspraak voor (reeds vergunde en toekomstige) windmolenparken in Nederland

In de uitspraak van het Hof van 25 juni 2020 staat de rechtmatigheid van het Vlaams regelgevend kader ter discussie en niet die van het Nederlandse regelgevend kader. Om die reden heeft de uitspraak geen rechtstreekse invloed op de Nederlandse situatie. Het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat heeft dit benadrukt in een nieuwsbericht met de opmerking dat wanneer er nieuwe rechtszaken worden aangespannen die verwijzen naar de uitspraak van het Hof van 25 juni, het aan de rechter is om hier een oordeel over te vellen.³³ Mogelijk zal dan worden getoetst of het Nederlands regelgevend kader voldoet aan de eisen van de SMB-richtlijn.

In Nederland is voor het oprichten van een windmolenpark (van ten minste drie windmolens) een omgevingsvergunning vereist.³⁴ Afhankelijk van

de omvang van het windmolenpark (of het opgesteld vermogen) moet worden bepaald of er al dan niet een milieueffectrapportage (hierna: m.e.r.) moet worden opgesteld (de m.e.r.-beoordeling). Wanneer sprake is van meer dan 20 windmolens, schrijft het Besluit milieueffectrapportage voor dat een m.e.r. verplicht is.³⁵ Indien sprake is van 10 of meer windmolens of een gezamenlijk vermogen van tenminste 15 MW geldt een verplichte m.e.r.-beoordeling door het bevoegd gezag en indien sprake is van minder dan 10 windmolens en een lager gezamenlijk vermogen geldt de zogenoemde vormvrije m.e.r.-beoordeling.³⁶ In beide gevallen moet het bevoegd gezag nagaan of de oprichting van het windmolenpark mogelijk aanzienlijke milieugevolgen heeft en er dus een m.e.r. moet worden uitgevoerd. Als het bevoegd gezag beslist dat geen m.e.r. hoeft te worden uitgevoerd, dan kan een zogenoemde omgevingsvergunning beperkte milieutoets worden verleend. Doorgaans worden milieugevolgen van windmolenparken dus op projectniveau wel in kaart gebracht.

Maar hoe zit het met het Nederlands regelgevend kader? Het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: Activiteitenbesluit) en de onderliggende Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: Activiteitenregeling) vormen een kader dat algemene regels bevat over het in werking hebben van windturbines, waaronder bepalingen die zijn gericht op het voorkomen en/of beperken van onder meer geluidhinder, hinder door slagschaduw en lichtschittering en externe veiligheidsrisico's van windturbines.³⁷ Voor het oprichten van een windmolenpark moet melding worden gedaan op grond van het Activiteitenbesluit. Doorgaans betreft de aanvraag voor een omgevingsvergunning tegelijkertijd vernoemde melding en zoekt het bevoegd gezag in het kader van een goede ruimtelijke ordening aansluiting bij de bepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. Het bevoegd gezag toetst in de praktijk bij de toekenning van een omgevingsvergunning aan de normen uit het Activiteitenbesluit (en onderliggende Activiteitenregeling).³⁸ Kwalificeren deze bepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling als plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn? In dat geval had voorafgaand aan de vaststelling daarvan een milieubeoordeling conform de richtlijn moeten worden uitgevoerd, hetgeen niet is gebeurd.

van een windturbine (ongeacht of sprake is van een of meer windturbines).

30. Uitspraak van de Belgische Raad van State van 16 november 2017, 239.886 (enkel in de Franse taal beschikbaar).

31. Ibid, dictum art. 2.

32. Arrest van het hof van 25 juni 2020, r.o. 95.

33. Zie <https://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/mer/nieuws/nieuwsberichten/eu-hofuitspraak-vlaamse-normen-windturbines/>.

34. Ofwel een omgevingsvergunning (milieu) ofwel een omgevingsvergunning beperkte milieutoets. Een omgevingsvergunning is in elk geval nodig voor de bouw

35. Onderdeel C, 22.2 van het Besluit milieueffectrapportage.

36. Onderdeel D, 22.2 van het Besluit milieueffectrapportage. Het onderscheid tussen de verplichte m.e.r.-beoordeling en de vormvrije m.e.r.-beoordeling is voor deze annotatie niet van belang.

37. Paragraaf 3.2.3 van het Activiteitenbesluit milieubeheer en paragraaf 3.2.3 van de Activiteitenregeling milieubeheer.

38. Vgl. art. 2.14, lid 1, onder a) art. 2.1, lid 1, onder e van de Wet Algemene bepalingen omgevingsrecht.

Deze vraag is al eens aan de orde geweest in een bestuursrechtelijke procedure bij de ABRvS in 2019.³⁹ De ABRvS toetste in die zgn. Battenoord-zaak of het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling (beide algemeen verbindende voorschriften) in strijd zijn met de SMB-richtlijn (een hogere regeling).⁴⁰ Onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof (specifiek naar de eerder aangehaalde zaak D'Oultremont), de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Inter-Environnement Bruxelles, de totstandkomingsgeschiedenis van de SMB-richtlijn en een *guidance document* van de Europese Commissie overwoog de ABRvS dat 'een plan of programma' als bedoeld in art. 2, onder a, van de SMB-richtlijn 'een planmatig of programmatisch karakter moet hebben'. Dit zou volgens de ABRvS vooronderstellen dat het plan of programma ten minste enige concretisering van een project in zich moet houden.⁴¹ De ABRvS overwoog vervolgens:⁴²

(...) dat de bepalingen die voor het in werking hebben van een windturbine zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling geen relatie laten zien met enige concretisering van enig windturbineproject zoals hiervoor omschreven, noch in een plannings-, noch in een programmeringsfase. Vastgesteld moet dan ook worden dat de bepalingen die voor het in werking hebben van een windturbine zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling niet concreet bijdragen aan de totstandkoming van een of meer projecten of aan de wijze waarop dit zal gebeuren. Deze bepalingen geven slechts randvoorwaarden waaraan iedere inrichting ná realisatie daarvan moet voldoen. Dat deze bepalingen normen stellen waarmee duidelijk wordt aan welke eisen bij het in werking hebben van windturbines moet worden voldaan, maakt niet dat deze bepalingen op zichzelf bijdragen aan de uitvoering van een project zoals bedoeld in de SMB-richtlijn.

De ABRvS trok bovendien nog de vergelijking met de in 2014 vastgestelde Structuurvisie Windenergie op land, waarin onder meer zoeklocaties voor grootschalige windmolenparken zijn weergegeven.⁴³ Voor die structuurvisie, waar het ging om concrete projecten, had wél een milieubeoordeling plaatsgevonden. Omdat de betrokken bepalingen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenre-

geling daarentegen volgens de ABRvS op zich beschouwd niet concreet bijdragen aan een of meer projecten, was een voorafgaande milieubeoordeling daar niet vereist. Het oordeel van de ABRvS in de Battenoord-uitspraak was dus helder: het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling waren niet onderworpen aan de verplichte milieubeoordeling onder de SMB-richtlijn en kennelijk vond de ABRvS het destijds ook niet nodig om hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.⁴⁴ Het is de vraag of het Vlarem II-arrest hierin verandering zal brengen.⁴⁵ Voor tegenstanders van windmolenparken heeft het Vlarem II-arrest in elk geval een nieuwe voedingsbodem gecreëerd om de ontwikkeling van windmolenparken te pogen te verhinderen. Verschillende bezwaarmakers hebben aangekondigd in het geweer te zullen komen tegen toekomstige omgevingsvergunningen voor windmolenparken met een beroep op de analoge toepassing van de principes van het Vlarem II-arrest op het Nederlandse regelgevend kader (lees: het Activiteitenbesluit). Doordat de twijfel over de legaliteit van het Activiteitenbesluit met het Vlarem II-arrest (verder) is aangewakkerd is het te verwachten dat een bestuursrechter in eerste aanleg of (meer voor de hand liggend) de ABRvS nu toch op enig moment prejudiciële vragen zal stellen over de toepasselijkheid van de SMB-richtlijn op de relevante bepalingen van het Activiteitenbesluit. Het Hof zal dan moeten beoordelen of de bepalingen in het Activiteitenbesluit kwalificeren als plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn en of daarvoor een voorafgaande milieubeoordeling was vereist. Op het eerste gezicht lijken de bepalingen in het Activiteitenbesluit wel te kwalificeren plannen en programma's in de zin van de SMB-richtlijn: het Activiteitenbesluit is immers een regeling vastgesteld door een instantie op nationaal niveau (de regering) en wordt 'voorgescreven' door de Wet milieubeheer.⁴⁶ Vervolgens moet worden bepaald of een voorafgaande milieubeoordeling onder de SMB-richtlijn was vereist. Bröring en Koers menen dat dit het geval is en dat de ABRvS haar rechtspraak op dit punt moet herzien.⁴⁷ Het lijkt geen twijfel dat de desbetreffende bepalingen uit het Activiteitenbesluit, evenals het Vlaams regelgevend kader, betrekking op de energiesector en op windprojecten.⁴⁸ Het is echter de vraag of het Activiteitenbesluit evenals het Vlaams regelgevend kader een voldoende belangrijk 'kader' vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor

39. Uitspraak van de ABRvS van 3 april 2019, 201709167/1/R3 en 201807375/1/R3.

40. Deze vorm van toetsing wordt exceptieve toetsing genoemd, waarbij de rechter de mogelijkheid of om een algemeen verbindend voorschrift, waartegen op grond van art. 8:3 van de Awb geen beroep tegen kan worden ingesteld, toetst op strijd met een hogere regeling en in voorkomend geval de lagere regeling buiten toepassing moet laten.

41. Ibid, r.o. 29.7.

42. Ibid, r.o. 29.8.

43. Zie *Kamerstukken II*, 33612, nr. 23.

44. Uit de uitspraak blijkt niet of de appellanten hier specifiek om hadden verzocht.

45. Zie voor een uitgebreide omgevingsrechtelijke beschouwing van de betekenis van de uitspraak van het Hof van 25 juni 2020 voor de houdbaarheid van het Activiteitenbesluit H.E. Bröring en A.W. Koers, 'Battenoord' op losse schroeven: tijd voor prejudiciële vragen', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2020, nr. 4.

46. Zie art. 8.40-42 Wet Milieubeheer.

47. *O.c.*, p. 111.

48. Art. 3, lid 2 onder a) van de SMB-richtlijn en punt 3 onder i) van bijlage II van de MEB-richtlijn.

projecten. Het Hof heeft immers bepaald dat het Vlaams regelgevend kader weliswaar geen uitputtend kader vormt, maar wel een voldoende belangrijk kader voor de bepaling van de voorwaarden waaronder een vergunning kan worden verleend voor de oprichting van windmolenparken en die onmiskenbaar gevolgen hebben voor het milieu.⁴⁹ Betoogd kan worden dat het Vlaams regelgevend kader meeromvattend en completer is dan de bepalingen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling en dat om die reden de vergelijking met de Vlaamse zaak niet op gaat (en het minder waarschijnlijk is dat strijd zal zijn met de SMB-richtlijn). Het Activiteitenbesluit bevat immers 'slechts' algemene rechtstreeks werkende regels over het in werking hebben van een windturbine en ziet dus op de exploitatiefase. Het bevat geen regels over de locatiekeuze, aanleg en bouw en op de uitvoering van de windturbines.⁵⁰ Anderzijds toetst het bevoegd gezag in de praktijk bij de vergunningverlening wel degelijk aan de normen in het Activiteitenbesluit en de onderliggende Activiteitenregeling.⁵¹ Het valt dus niet te ontkennen dat het Activiteitenbesluit deel uitmaakt van het toetsingskader van windmolenparken, maar het is de vraag of er voldoende verband is met de toekenning van een omgevingsvergunning om te kunnen spreken van een plan of programma dat het kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen, zoals art. 3, lid 2 onder a) van de SMB-richtlijn vereist. In elk geval heeft de eerste zaak waarbij een tegenstander van een windpark zich op het Vlarem II-arrest beroept al gediend. Afgelopen najaar poogde Stichting Platform Storm in een civiele kortgedingprocedure bij de rechtbank Noord-Nederland de realisatie van het reeds in aanbouw zijnde windpark De Drentse Monden en Oostermoer stop te zetten. De rechtbank verklaarde Platform Storm echter niet-ontvankelijk in haar collectieve actie, dus tot een inhoudelijke beoordeling is het (helaas) niet gekomen.⁵² In het vonnis overweegt de rechtbank nog ten overvloede dat Platform Storm (ook) niet-ontvankelijk is vanwege de leer van de formele rechtskracht. De bestuursrechtelijke rechtsgang tegen de omgevingsvergunning was namelijk reeds uitgeput (de zaak was uitgeprocedeerd tot aan de ABRvS, zonder dat dit had geleid tot vernietiging). Bovendien, zo merkt de rechtbank op, staat niet of onvoldoende

gemotiveerd betwist vast dat voor belanghebbenden na de uitspraak van de ABRvS nog de mogelijkheid bestaat zich te wenden tot het bestuursorgaan dat de vergunning heeft verleend.⁵³ De rechtbank doelt hiermee op de mogelijkheid die een belanghebbende heeft om het bevoegde bestuursorgaan te verzoeken om een omgevingsvergunning in te trekken wegens strijd met het Unierecht.⁵⁴ Tegen een weigering van dit verzoek staat een rechtsgang open waardoor ook via deze route de kwestie bij de ABRvS terecht kan komen. De kort geding rechter heeft de zaak van Platform Storm dus afgedaan op niet-ontvankelijkheid en geen prejudiciële vragen gesteld over uitleg van de SMB-richtlijn.⁵⁵ Maar het valt niet uit te sluiten dat een andere rechter dit op enig moment wel zal doen. Op dit moment beraadt de ABRvS zich over de gevolgen die zij moet verbinden aan het Vlarem II-arrest en heeft om die reden recentelijk de behandeling van een zaak met betrekking tot een nieuw windpark bij het Twentse Eefde aangehouden.⁵⁶ De kans bestaat dus dat de ABRvS zich genoodzaakt zal zien om prejudiciële vragen te stellen en dat het Hof dan zal moeten beoordelen of het Nederlandse regelgevend kader, al dan niet in overeenstemming is met het EU-recht. Dat kan grote impact hebben op windparken in ontwikkeling en in ieder geval leiden tot grote vertraging en rechtsonzekerheid. Het is namelijk de vraag welke gevolgen de eventuele onverbindendheid van het Activiteitenbesluit zou hebben op reeds verleende vergunningen. Mogelijk moet dan onderscheid worden gemaakt tussen vergunningen waartegen nog bezwaar of beroep loopt⁵⁷ (c.q. openstaat) en vergunningen die al onherroepelijk zijn geworden. Betoogd kan worden dat vergunningen die reeds onherroepelijk zijn geworden niet zonder meer zouden worden geraakt door de eventuele onverbindendheid van het Activiteitenbesluit, omdat het Activiteitenbesluit algemene rechtstreeks werkende regels behelst over het in werking hebben van een windturbine en dus geen vergunningvoorschriften. Bröring en Koers merken dan ook terecht op dat het jammer is dat het Hof in het Vlarem II-arrest de relatie tussen verleende vergunningen en de (evenals het Activiteitenbesluit) rechtstreeks werkende Vlarem II-regels niet nader heeft uitgewerkt.⁵⁸ Het ligt dus voor

49. Arrest van het Hof van 25 juni 2020, r.o. 71.

50. Zie ook Van Ahee en De Heer, zie V.R.C. van Ahee en R.J. de Heer, 'Uitspraak EU Hof Vlaamse windparken geen munitie voor tegenstanders Nederlandse windparken', *Juridisch up to date*, 2020-10.

51. Zie bijvoorbeeld de omgevingsvergunning voor Windpark Oostermoer (Windpark De Drentse Monden – Oostermoer, vindbaar hier: <https://drentsemondenoostermoer.nl/rapporten-overheid/>) waar het bevoegd gezag milieuaspecten als externe veiligheid, geluid en slagschaduw heeft getoetst aan de normen van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling, zie para. 3.5, 3.6 en 3.8.

52. Uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3583.

53. *Ibid.*, r.o. 4.15.

54. Op grond van art. 2.33, eerste lid, van de Wet Algemene bepalingen omgevingsrecht.

55. Stichting Platform Storm had daar overigens wel op aangedrongen, zo blijkt uit de pleitaantekeningen die vindbaar zijn op de website van de advocaat van de stichting.

56. Zie nieuwsbericht Energiea van 15 januari 2021, vindbaar via <https://energiea.nl/energiea-artikel/40090931/raad-van-state-wikt-en-weegt-invloed-europees-arrest-op-windparken>.

57. Zoals in de Vlaamse zaak die de aanleiding was voor het Vlarem II-arrest van het Hof, waarin het zoals hierboven opgemerkt slecht voorstelbaar is dat de vergunning nu ongewijzigd in stand kan blijven.

58. *O.c.*, p. 109.

de hand om daarover wel expliciet het oordeel van het Hof te vragen, als er op enig moment prejudiciële vragen over het Nederlands regelgevend kader worden gesteld. Gelet op de tijdskritische elementen die nu eenmaal inherent zijn aan projectontwikkeling in de duurzame energiesector⁵⁹, zouden bovendien de bovengenoemde vertraging en dreigende rechtsonzekerheid zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. Met het oog op de voortgang van de energietransitie zou het daarom goed zijn als de wetgever lering trekt uit het Vlaamse precedent en het Nederlands regelgevend kader proactief tegen het licht houdt.

59. Projectontwikkelaars hebben onder meer te maken met deadlines en voortgangsverplichtingen onder de SDE-subsidiebeschikkingen, die worden gemonitord door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO).