

Aan de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

Barendrecht, 11 oktober 2024

Dossier: D20210223

Inzake: Windpark Beuningen / RvS

Uw ref : 202200497/1/R4

Betreft: nadere toelichting op beroepsgronden ivm uitspraken 18 september 2024

Hoogedelgestreng college,

In bovenstaande zaak heeft de mondelinge behandeling ter zitting op donderdag 19 september 2024 plaatsgevonden. Een dag eerder heeft uw Afdeling een tweetal onderstaand nader aangeduide uitspraken gewezen, die mede van belang zijn voor de onderhavige zaak.

Er is desgevraagd een termijn verstrekt voor een nadere toelichting en wel tot en met heden. Die toelichting treft u onderstaand aan. De opbouw daarvan is als volgt. Eerst bespreek ik de twee bedoelde uitspraken in het licht van het Unierecht, om vervolgens te komen naar de betekenis daarvan voor de onderhavige procedure.

Het standpunt van mijn cliënten als appellanten in deze procedure komt er in essentie op neer dat zolang de SMB-richtlijn hier te lande door de Nederlandse overheid als Europese lidstaat niet correct is geïmplementeerd (een verplichting uit het loyaliteitsbeginsel) en de nuttige doorwerking daarvan niet in voldoende mate is verzekerd (een verplichting uit het doeltreffendheidsbeginsel) de bevoegde nationale autoriteiten, inclusief de nationale rechterlijke instanties, verplicht zijn om alle noodzakelijke maatregelen te treffen om het verzuim van een milieubeoordeling te herstellen. Een vergunning dient bijvoorbeeld te worden ingetrokken, vernietigd, nietig verklaard of opgeschort.

Dat Unierecht dient met voorrang te worden toegepast. Dat brengt met zich dat het nalaten dat Unierecht te implementeren en de doorwerking te verzekeren er geen beroep kan worden gedaan op procedurele autonomie van de lidstaat en op (proces)regels van nationaal recht. Nationale rechterlijke instanties zijn immers niet bevoegd 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.



Barendrecht, 11 oktober 2024

Het voorgaande betekent dat zolang de onrechtmatigheid in een zaak voortduurt en de nuttige doorwerking van de richtlijn wordt beperkt er geen sprake is van onherroepelijk besluitvorming of formele rechtskracht.

Overigens speelt dat laatste in deze zaak niet, nu in dit geval sowieso geen sprake is van een naar nationaal recht onherroepelijk besluit. De strijd met het Unierecht moet dus ongedaan gemaakt worden. Intussen moeten aan de vergunning(en) op enigerlei wijze in elk geval de werking worden ontzegd.

De verdere juridische uitwerking treft u onderstaand aan.

Gelet op het feit dat met betrekking tot de onderhavige vergunning(en) nog geen definitief oordeel is gegeven kan ook thans nog een punt worden gemaakt van de geconstateerde en opgeworpen strijd met het Verdrag van Aarhus en van strijd met de Dienstenrichtlijn.

Indien uw Afdeling de hiervoor gegeven uitleg conform vaste en duidelijke rechtspraak van het Hof niet volgt, ondanks de evidente strijd met het Unierecht, volgt uit artikel 267 VWEU de verplichting het Hof prejudiciële vragen ter zake te laten beantwoorden, inclusief de vraagstukken met betrekking tot het Verdrag en de Dienstenrichtlijn.

Met vriendelijke groet,

P.A. de Lange
(advocaat-gemachtigde)



Juridische uitwerking bij brief van 11 oktober 2024

1. Op woensdag 18 september 2024 heeft de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State een tweetal uitspraken gewezen naar aanleiding van de gecombineerde behandeling ter zitting van 24 november 2023 betreffende ‘*intrekkingsverzoeken*’ van omgevingsvergunningen in de zaak van Stichting Windbrekers Swifterbant en anderen ¹ en in de zaak van Vereniging Actiecomité Windpark Rietvelden NEE ².

2. De Afdeling spreekt ten onrechte louter en alleen over ‘*intrekking*’ en over ‘*intrekkingsverzoeken*’. De rechtsvragen die voorliggen zien echter - zoals ook ter zitting is betoogd - in de kern op de vraag:

A. of er strijd is met het Unierecht;

en als die vraag bevestigend moet worden beantwoord,

B. op welke wijze die strijd kan worden opgeheven;

het voorgaande mede, doch uiteraard niet uitsluitend in het licht van het Nevele-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ³.

3. In r.o. 19 van de tussenuitspraak van 30 juni 2021 ⁴ heeft de Afdeling met betrekking tot de SMB-richtlijn ⁵ als volgt de vraag opgeworpen of die richtlijn hier te lande correct is geïmplementeerd:

¹ ECLI:NL:RVS:2024:3744 – Stichting Windbrekers Swifterbant ea

² ECLI:NL:RVS:2024:3745 – Vereniging Actiecomité Windpark Rietvelden NEE ea

³ ECLI:EU:C:2020:503 – in r.o. 83 wordt bijvoorbeeld intrekking of opschorting van een reeds verleende vergunning als mogelijkheid genoemd

⁴ ECLI:NL:RVS:2021:1395

⁵ Richtlijn 2001/42/EG betreffende een voorafgaande en integrale strategische milieubeoordeling (SMB) van de milieueffecten van plannen en programma's



*De SMB-richtlijn is in het nationale recht geïmplementeerd door de regelgeving over de richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, gewijzigd bij richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 en richtlijn 2014/52/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 (hierna: de Mer-richtlijn). In het bijzonder de artikelen 7.2, eerste, tweede en vijfde lid, van de Wet milieubeheer in samenhang met artikel 2, derde lid, van en de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (hierna: het Besluit mer) strekken ter uitvoering van het bepaalde in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn. In kolom 3 van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit mer zijn op limitatieve wijze de plannen benoemd waarvoor in het Nederlandse recht voor de uitvoering van het bepaalde in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn een plan-mer-plicht kan gelden. In die kolom zijn de windturbinebepalingen niet genoemd. **Als het betoog van appellanten juist is, dan is de SMB-richtlijn niet correct geïmplementeerd.** Dit maakt dat appellanten 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.*

4. In r.o. 48 van die uitspraak wordt die opgeworpen vraag bevestigend beantwoord:

*Uit de overwegingen 16 - 46 volgt dat de windturbinebepalingen een plan of programma zijn in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. Ook volgt daaruit dat zij het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlage II van de Mer-richtlijn genoemde windturbineparken. **Dit betekent dat voor de betrokken bepalingen een milieubeoordeling had moeten worden gemaakt.***

5. Met het voorgaande staat vast dat de SMB-richtlijn niet correct is geïmplementeerd.
6. Een *richtlijn* (directive) is een - niet vrijblijvende, dus verplichtende – wetgevings-handeling die een doel vastlegt dat lidstaten moeten bereiken. Het is aan de individuele landen overgelaten om hun eigen wetten te bedenken over hoe ze deze doelen moeten bereiken. 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. Bij incorrecte implementatie is de kans vrij groot dat de richtlijndoelen niet of slechts ten dele worden bereikt.
7. De vraag is dan ook waar de bewuste richtlijn concreet betrekking op heeft. In het bijzonder is hier het volgende van belang.



(Considerans)

(1) **In artikel 174 van het Verdrag** 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.

(4) 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.

(Artikel 1)

Doel

Deze richtlijn heeft **ten doel te voorzien in een hoog milieubeschermingsniveau** en bij te dragen tot de integratie van milieuoverwegingen in de voorbereiding en vaststelling van plannen en programma's, met het oog op de bevordering van duurzame ontwikkeling, door ervoor te zorgen dat bepaalde plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben overeenkomstig deze richtlijn aan een milieubeoordeling worden onderworpen.

8. Uit het voorgaande volgt met name dat:

- het milieubeleid gebaseerd is op artikel 174 van het Verdrag;
- dat bijgedragen dient te worden aan behoud, bescherming en verbetering;
- dat ook de **gezondheid** van de mens beschermd dient te worden;
- dat het beleid dient te berusten op het **voorzorgsbeginsel**;
- de voorafgaande en integrale milieueffectbeoordeling heeft het karakter van een **garantie**;
- het doel is te voorzien in een **hoog** beschermingsniveau.



9. Het ontbreken van een voorafgaande en integrale milieueffectbeoordeling kan een inbreuk vormen op de bescherming van de gezondheid van de mens, waarbij een verband tussen windturbines en een inbreuk daarop als gevolg van aanzienlijke milieueffecten geenszins kan worden uitgesloten ⁶.
10. Het voorzorgsbeginsel houdt in dat een bepaald beleid of een bepaalde handeling niet mag worden nagestreefd indien de mogelijkheid bestaat dat dit beleid of deze handeling schade veroorzaakt aan het milieu en er nog geen wetenschappelijke consensus over bestaat.
11. De verplichte milieueffectbeoordeling moet garanderen dat tijdens de voorbereiding en vóór de vaststelling met de uitvoeringseffecten wordt gerekend.
12. De richtlijn is weliswaar van procedurele aard – aldus punt 9 uit de considérans – maar heeft wel als wezenlijk doel te voorzien in een **hoog** beschermingsniveau. Daaruit volgt dat de richtlijn niet restrictief, maar juist ruim moet worden uitgelegd en een ruim toepassingsbereik heeft ⁷. Er moet dus worden uitgegaan van een brede werkingssfeer en een breed doel. Aan ontwijking, waardoor aan de nuttige werking van deze richtlijn afbreuk wordt gedaan, moet een halt worden toegeroepen ⁸.
13. Een garantie en een hoog niveau van bescherming vormen niet alleen formele vereisten. Zo is het geen streven naar, inspannen of proberen, maar garanderen. Het is geen middel of laag niveau, maar hoog niveau. Dat zijn verbintenissen die zien op het daadwerkelijk bereiken van resultaten. Dat moet zijn geborgd. De vraag is of daar in de huidige praktijk sprake van is. Ik kom tot ontkennende beantwoording daarvan.

⁶ <https://www.windwiki.nl/wp-content/uploads/2023/11/Reactie-Windwiki-op-Factsheet-RIVM-28-11-2023.pdf>

⁷ ECLI:EU:C:2016:816 inzake Patrice D'Oultremont e.a., r.o. 39 en 40

⁸ ECLI:EU:C:2016: 816 inzake Patrice D'Oultremont e.a., r.o. 48



14. Aangezien er tot op de dag van vandaag geen nieuwe windturbinevoorschriften gelden is er nog steeds geen sprake van correcte implementatie. Zoals hiervoor al aangegeven maakt dat zonder voldoende verzekerde doorwerking van de nuttige werking van die bepalingen van de richtlijn nog steeds een beroep kan worden gedaan op de rechtstreekse werking van hier relevante bepalingen uit de SMB-richtlijn. Als de richtlijnverplichtingen niet correct zijn opgenomen en verwerkt in het nationale recht, dan moet die rechtstreekse werking van de richtlijn zelf het bereiken van de beoogde resultaten borgen. Zo maken dan die richtlijnbevestigingen zelf deel uit van het nationale recht.
15. De vraag is dan wat één en ander betekent voor een omgevingsvergunning die is gebaseerd op windturbinebepalingen, waarvan vaststaat dat deze in strijd met het Unierecht tot stand zijn gekomen.
16. De Afdeling beantwoordt deze vraag in r.o. 16.2. respectievelijk 17.2. van de uitspraken van 18 september 2024 voor zover hier nu van belang als volgt:

*Uit het Nevele-arrest, in het bijzonder punt 95 in samenhang met punt 83 in het licht van de prejudiciële vraag geformuleerd in punt 80, volgt naar het oordeel van de Afdeling dat de omgevingsvergunningen niet verenigbaar zijn met het Unierecht. Voor de omgevingsvergunningen waar het hier om gaat, geldt dat de windturbinebepalingen kaderstellende plannen en programma's zijn, zoals is toegelicht in de Delfzijl-tussenuitspraak, onder 39 tot en met 45. In punt 95 van het Nevele-arrest overweegt het Hof: "Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag, onder h) en i), te worden geantwoord dat indien blijkt dat een milieubeoordeling in de zin van richtlijn 2001/42 had moeten worden verricht voorafgaand aan de vaststelling van het besluit en de omzendbrief die de grondslag vormen voor een bij een nationale rechter aangevochten vergunning voor de bouw en exploitatie van windturbines, en deze handelingen en vergunning dus niet verenigbaar zijn met het Unierecht, die rechter de gevolgen van deze handelingen en vergunning slechts mag handhaven indien het interne recht dit toestaat in het kader van het bij hem aanhangige geding en de nietigverklaring van de vergunning aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de hele lidstaat in kwestie." Uit deze passage blijkt duidelijk dat een vergunning waarvoor voorafgaande kaderstellende plannen en programma's als bedoeld in de SMB-richtlijn waarvoor ten onrechte geen voorafgaande milieubeoordeling is verricht, de grondslag vormen, niet verenigbaar is met het Unierecht. **De strijd van de betrokken plannen en programma's met de SMB-richtlijn werkt dus door in de omgevingsvergunning, in die zin dat die vergunning weliswaar zelf niet in strijd is met de SMB-richtlijn, maar niettemin volgens het Hof in het Nevele-arrest toch niet verenigbaar is met het Unierecht.***



17. De conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 3 maart 2020 in de Nevele zaak ⁹ is op dit punt heel duidelijk (r.o. 117):

In overeenstemming met die algemene verplichting 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, moeten opschorten, nietig moeten verklaren of buiten toepassing moeten laten. A fortiori zouden vergunningen voor daarop gebaseerde projecten hetzelfde lot moeten ondergaan.

18. Het Hof sluit zich blijkens punt 95 van het Nevele-arrest onverkort bij die opvatting van de advocaat-generaal aan. De onverenigbaarheid met het Unierecht en de onrechtmatigheid van de handelingen én de vergunning is daarmee gegeven.
19. Dat de Afdeling vaststelt dat de vergunning zelf niet in strijd is met de SMB-richtlijn volgt niet uit de conclusie van de advocaat-generaal, noch uit het Nevele-arrest. Integendeel, de handelingen en vergunningen worden op één lijn gesteld. De vergunning is gebaseerd op die handelingen. Als de grondslag voor die vergunning wordt aangetast, vervalt ook de grondslag aan de vergunning. Deze wordt dan ‘a fortiori’ geraakt.
20. Dat de vergunning zelf niet in strijd met de SMB-richtlijn is, blijkt en volgt uit niets. Het is ook niet heel logisch dat deze vergunning niet op enigerlei wijze in strijd zou zijn met de SMB-richtlijn, maar toch niet verenigbaar zou zijn met het Unierecht. Een andere grond wordt daarvoor immers niet aangevoerd en is er ook niet. En bovendien: het bedoelde Unierecht is in dit geval in verband met de incorrecte implementatie al zelf onderdeel van het nationale recht geworden.
21. In het licht van de r.o. 43 in de uitspraak van de Afdeling inzake Delfzijl zelf is die andersluidende opvatting ook niet goed denkbaar. Daar overwoog de Afdeling immers:

⁹ ECLI:EU:C:2020:143



*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. Dat heeft het Hof beoordeeld in onder meer zijn arrest van 7 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:12 (Wells), punten 47 en 53 en zijn arrest van 15 januari 2013, ECLI:EU:C:2013:8 (Križan), punt 103. De in deze zaak bestreden besluiten zijn nodig voor Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding om het windturbinepark te mogen realiseren. Zij zijn daarmee een vergunning in de zin van de Mer-richtlijn.*

In dit geval zijn meerdere besluiten nodig uit hoofde van de SMB-richtlijn. Die besluiten samen vormen dan de vergunning. Zonder die besluiten is er geen rechtsgeldige, maar gebrekkige, ondeugdelijke vergunning. Er moet immers vooraf en integraal worden getoetst. Het enkele feit dat de omgevingsvergunning onder het bereik van de Mer-richtlijn valt en dat aan die criteria wel wordt voldaan maakt het voorgaande niet anders. Er kan immers pas worden vergund na SMB-toetsing. Het nalaten daarvan werkt door in de omgevingsvergunning. Het is de vrucht van een giftige boom.

22. De situatie is nu dus zo dat:

- de SMB-richtlijn incorrect is geïmplementeerd;
- dat de verplichtingen uit die richtlijn rechtstreeks werken en onderdeel zijn van het nationale recht;
- dat handelingen en vergunningen, gebaseerd op plannen en programma's waarvoor geen voorafgaande milieubeoordeling is verricht, onrechtmatig zijn en in strijd met het Unierecht;
- er sprake is van evidente voortdurende, met het Unierecht strijdige rechtsgevolgen.

23. In die situatie is het bovendien zo dat dan naar nationaal recht niet kan worden gesproken over onherroepelijke omgevingsvergunningen met formele rechtskracht. De Afdeling overweegt ter zake in r.o. 16.3 respectievelijk 17.3 als volgt:

Die vergunning was nog niet onherroepelijk. Dat is anders dan de omgevingsvergunningen die in deze hogerberoepszaak aan de orde zijn. Maar dat het gaat om onherroepelijke omgevingsvergunningen met formele rechtskracht, betekent niet dat deze in Unierechtelijk perspectief zonder meer kunnen worden geacht als verenigbaar met het Unierecht te zijn verleend. De Afdeling wijst in dit verband naar analogie op de arresten van het Hof van 12 november 2019, ECLI:EU:C:2019:955 (Commissie/Ierland), punten 80 en 95, en van 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:882 (Stadt Wiener Neustadt), punt 43.



24. In het licht van het gestelde in punt 15 en volgende is er bij strijdigheid met de SMB-richtlijn en/of de rechtstreeks werkende bepalingen als onderdeel van het nationale recht niet sprake van een onherroepelijke vergunning met formele rechtskracht. Dat zou ook merkwaardig zijn, nu aan de verplichtingen uit de richtlijn niet wordt voldaan. Dat Unierecht moet immers wel met voorrang worden toegepast.
25. Zoals ook ter zitting betoogd maakt het feit dat zolang de SMB-richtlijn niet correct is geïmplementeerd en aan de verplichtingen en vereisten uit de richtlijn niet wordt voldaan door een overheid als vergunningverlener of een derde-belanghebbende als vergunninghouder geen beroep kan worden gedaan op een vergunning, laat staan op de onherroepelijkheid of formele rechtskracht daarvan. Dat is evident in strijd met hoger recht. Zolang een richtlijn niet juist is geïmplementeerd, gelden bezwaar- en beroepstermijnen niet ¹⁰.
26. **Die incorrecte implementatie en voortdurende onrechtmatigheid maakt ook volstrekt duidelijk dat de door de Afdeling genoemde en aan haar uitspraken ten grondslag gelegde jurisprudentie betrekking heeft op zaken in heel andere situaties en met een heel andere context dan waarvan in de gevallen waarop de uitspraken van 18 september 2024 zien sprake is. Dat wordt ten onrechte door de Afdeling miskend.**
27. Er spelen hier welbeschouwd twee vraagstukken door elkaar heen.
28. In de tussenuitspraak inzake Delfzijl (r.o. 18 en volgende) heeft de Afdeling de windturbinebepalingen exceptief aan de SMB-richtlijn getoetst. Die bepalingen zijn deels vanwege een geconstateerd gebrek buiten toepassing gelaten. Dat gebrek in de gelding van die 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. Die voorschriften zelf zijn dus in het nationale recht niet rechtmatig bevonden.

¹⁰ ECLI:EU:C:1991:333 - Emmott-arrest



29. De hiervoor genoemde gebreken zijn echter het gevolg van iets anders. De oorzaak van die geconstateerde onrechtmatigheid ligt immers in het uitblijven van correcte implementatie van de SMB-richtlijn. Dat levert geen schendingen op naar nationaal recht in de zin van de Awb, maar zijn schendingen van het Unierecht op het punt van met name het loyaliteitsbeginsel en de SMB-richtlijn. Op het eerste punt heeft de Afdeling geoordeeld, het tweede punt is tot op de dag van vandaag niet beslecht en onopgelost gebleven. De onrechtmatigheid die daar het gevolg van is duurt nog steeds voort.
30. De oorzaak van dat Unierechtelijke probleem dient eerst volgens de regels van het Unierecht te worden opgelost en weggenomen. Pas daarna kan aan rechtsgeldige vergunningverlening worden toegekomen, en niet andersom. De Afdeling miskent dat.
31. Men zou nog kunnen stellen dat de in dit verband toepasselijke procedurevoorschriften krachtens het beginsel van procesautonomie tot de interne rechtsorde van elke lidstaat behoren, mits evenwel die regels niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)¹¹. In Unierechtelijke zaken is een onverkorte toepassing van het nationale (proces)recht echter niet altijd mogelijk. Dat geldt ook in deze gevallen. De uitspraken van 18 september 2024 van de Afdeling zijn met name onverenigbaar met de SMB-richtlijn. Nationale rechtsbescherming dient dan op grond van doeltreffendheid beperkt te worden.
32. Dat kan mogelijk wel het geval zijn bij een enkel incidenteel verzuim om te komen tot herstel van een beoordeling van de milieueffecten van een project, maar gaat niet op bij het structureel en voortdurend niet correct geïmplementeerd laten van de SMB-richtlijn zelf. De borging van doel en bescherming van de richtlijn zelf is dan in het geding. De door het Unierecht verleende rechten worden dusdoende in de praktijk onmogelijk en/of uiterst moeilijk gemaakt.

¹¹ De Rewe-beginselen, naast artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het doeltreffendheidsbeginsel wordt ook wel het beginsel van de nuttige werking genoemd (*effet utile*)



33. De bevoegde gezagen en ook de Afdeling als nationale rechter grijpen daar ten onrechte niet op in en onthouden appellanten de bescherming en rechtszekerheid van de nuttige werking van de richtlijn. Dat mag dus niet. Een bevoegd gezag kan en mag op generlei wijze een bevoegdheid ontlenuen aan eigen onrechtmatig handelen. Een rechter mag dergelijk onrechtmatig handelen niet beschermen, maar moet ongedaan maken ¹².
34. De rechtstreekse werking van de relevante bepalingen uit de SMB-richtlijn kan voor een deel soelaas bieden voor het uitblijven van de correcte implementatie. Maar daar waar doel en bescherming van de richtlijn niet door rechtstreekse werking wordt geborgd – zoals hierboven genoemd in met name de punten 7 en 8 blijft het gebrek in de omgevingsvergunningen en in de rechtspraak daarover onverminderd aanwezig.
35. Door niet uit te gaan van de bijzondere situatie in de hier aan de orde zijnde gevallen en het achterwege laten van het toepassen van het juiste toetsings- en beoordelingskader (dat is het uitvoering geven aan de absolute voorrang van het Unierecht) laat de Afdeling in strijd met de Verdragsrechtelijke verplichting ex artikel 267 VWEU ook na zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden, nu zich vragen met betrekking tot de toepassing of uitleg van het Unierecht voordoen.
36. De Afdeling overweegt ter zake in r.o. 17.21 van de uitspraak van de Stichting als volgt:
- Over het verzoek van de stichting om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof als de Afdeling tot het oordeel komt dat de onherroepelijke omgevingsvergunningen niet hoeven te worden ingetrokken, overweegt de Afdeling als volgt. Volgens de Afdeling bestaat er, gelet op de arresten van het Hof van 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilfit), punten 13, 14 en 16, en 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:799 (Conorzio Italian Management), punt 36, geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, omdat de opgeworpen vraag kan en door de Afdeling is beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof en gelet op die rechtspraak redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de vraag moet worden beantwoord.*
37. De verwijzing naar die rechtspraak van het Hof gaat mank, nu niet het juiste toetsings- en beoordelingskader is toegepast voor de gevallen waarvan hier sprake is.

¹² ECLI:EU:C:2022:175 – Grossmania, r.o. 43



38. De Afdeling laat dan ook volstrekt ten onrechte na over die bijzondere situatie van zeer langdurig en nog immer voortdurend nalaten van de overheid prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. De Afdeling verzuimt dusdoende niet alleen ten onrechte het Unierecht met voorrang toe te passen, maar laat ook in strijd met dat Unierecht na de consequenties daarvan door het Hof te laten toetsen.
39. De rechtspraak van het Hof, waar de Afdeling zich op beroept, zag op heel andere gevallen en met een heel andere context dan waarvan hier sprake. Er wordt ten onrechte geen uitvoering gegeven aan de voorrang van het Unierecht. Er zijn meer dan gerede twijfels over de wijze waarop de opgeworpen vragen moeten worden beantwoord, alleen al nu het Unierecht niet met voorrang wordt toegepast, de geciteerde rechtspraak ziet op andere gevallen en de beantwoording van de Afdeling meer vragen oproept dan beantwoordt. De op de Afdeling rustende verplichting om over de juiste interpretatie prejudiciële vragen aan het Hof te stellen wordt dusdoende ook ontweken.
40. Tegen de hiervoor geschetste achtergrond zullen de uitspraken van 18 september 2024 nog verder worden besproken, te beginnen met die van de Vereniging.
41. In r.o. 1 overweegt de Afdeling dat het verzoek om de omgevingsvergunning in te trekken is gedaan op 4 januari 2021 en dat zulks betekent dat in dit geval de Wabo, zoals die gold vóór 1 januari 2024 van toepassing blijft. De vraag is echter of die Wabo doorslaggevende betekenis toekomt, nu het verzoek van de Vereniging niet beperkt is tot intrekking, maar tot ongedaanmaking van de strijd met het Unierecht, en dat die verplichting rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht zelf, nu dat recht met voorrang moet worden toegepast. Het antwoord op die vraag luidt ontkennend.
42. In r.o. 7 wordt overwogen dat door de uitspraak van 7 augustus 2019¹³ van de Afdeling de omgevingsvergunning onherroepelijk is geworden. Dat mag naar nationaal recht zijn, gelet op de strijdigheid met het Unierecht kan daar echter niet van worden uitgegaan.

¹³ ECLI:NL:RVS:2019:2720



43. Blijkens r.o. 11 oordeelde de rechtbank in prima dat in artikel 2.33, eerste en tweede lid van de Wabo gevallen zijn opgesomd waarin het college verplicht is om de omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk in te trekken. Deze opsomming zou limitatief zijn. Er zou - anders dan als sanctie – geen ruimte zijn om de omgevingsvergunning op andere gronden dan genoemd in dat artikel in te trekken. Dat is wat de Vereniging betreft per definitie onjuist, omdat (primair) aansluiting wordt gezocht bij de Wabo in plaats van bij de dwingendrechtelijke bepalingen die het gevolg zijn van de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn. Dat de Wabo wel verwijst naar hoger recht doet daarbij niet ter zake. Eerst moet het Unierecht met voorrang worden toegepast en niet de Wabo. Dat is precies de omgekeerde volgorde.
44. Het is vanzelfsprekend evenmin aan de lidstaten overgelaten om te oordelen over (bestuursrechtelijke) geschillen over nationale omgevingsvergunningen, op basis van regelingen (zoals de Awb en de Wabo), in gevallen waarin die lidstaat zelf nalaat de richtlijn die de basis voor dergelijke omgevingsvergunningen vormt correct te implementeren.
45. De Afdeling overweegt vervolgens in r.o. 12 dat naar haar oordeel de Vereniging uitgaat van een onjuiste lezing van de rechtbank, omdat deze terecht heeft onderkend dat tot intrekking wordt overgegaan als de uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie dat vereist. Dat artikel zou daarmee de grondslag bieden om tot intrekking van een, al dan niet onherroepelijke omgevingsvergunning over te gaan, als de uitvoering van het Unierecht dit vereist.
46. Artikel 4 VEU, het beginsel van Unietrouw, ook wel genoemd het loyaliteitsbeginsel of beginsel van loyale samenwerking (voorheen ‘gemeenschapstrouw’) en artikel 291 VEU houden in dat de lidstaten alle maatregelen moeten nemen van intern recht die nodig zijn ter uitvoering van de juridisch bindende handelingen van de Unie.



47. Het beginsel verplicht dus de lidstaten om een schending van het Unierecht ongedaan te maken. In die zin bijvoorbeeld ook r.o. 83 in de hofuitspraak betreffende Nevele.
48. Door incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn is van die ongedaanmaking echter geen sprake, ook thans – ruim 13 jaar later - nog steeds niet. Het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel omvat ook de verplichting van elke Europese lidstaat om in haar interne rechtsorde ervoor te zorgen dat de uitoefening door justitiabelen van de door de EU-rechtsorde verleende rechten kunnen worden gerealiseerd en niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Nationale procedureregels moeten dat beginsel eerbiedigen, maar hebben ten onrechte niet gemaakt dat implementatie van de richtlijn alsnog heeft plaatsgevonden. Onder die feiten en omstandigheden moet het Unierecht bij voorrang worden toegepast om te borgen dat de rechten uit de SMB-richtlijn daadwerkelijk geldend gemaakt worden. In de regelhiërarchie zijn Unierechtelijke bepalingen van hogere orde dan regels van nationaal recht. Deze genieten dan ook absolute voorrang, zeker in die gevallen waarin de flagrant aanwezige strijd met het Unierecht van meet af aan en sinds jaar en dag niet door toepassing van nationale regels wordt opgeheven. Men kan zich vanzelfsprekend niet verschuilen achter regels van nationaal recht om aan de juiste toepassing van het Unierecht te ontkomen.
49. Blijkens r.o. 14.2. zou volgens de rechtbank geen sprake zijn van een verzuim van een milieubeoordeling, omdat de omgevingsvergunning is verleend na een vormvrije mer-beoordeling. Dat kan zo zijn, maar een vormvrije mer-beoordeling is geen SMB en dat verzuim is met een vormvrije mer-beoordeling niet weggenomen.
50. In r.o. 14.3. wordt de overweging van de rechtbank herhaald dat er een rechtvacuüm is ontstaan voor bestaande windparken, nu de windturbinebepalingen ten aanzien van windparken namelijk buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met het Unierecht. Het college zou er terecht op hebben gewezen niet bevoegd te zijn om de strijdigheid met het Unierecht op te heffen.



51. Elke bestuursorgaan is echter eigenstandig verplicht en heeft een eigen verantwoordelijkheid om strijd met hoger recht, zoals het Unierecht, in het voorliggende geval op te heffen. Het college was dus als nationale autoriteit (vergelijk ook r.o. 83 van de Hofuitspraak inzake Nevele) niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht daartoe over te gaan. Doen alsof de omgevingsvergunning wel geldig is en in stand kan blijven komt neer op een ongeoorloofde ontwijking van het Unierecht. Dat de lidstaten vrijheid hebben bij de wijze waarop zij de Unierechtelijke implementatieverplichting invulling is waar, maar dat impliceert uiteraard niet dat de nakoming van de verplichting in een concreet geval geheel achterwege mag blijven.
52. Dat het Rijk nieuwe regels voor windturbineparken ontwikkelt doet aan het voorgaande niet af. Bovendien valt gezondheid buiten de scope van die nieuwe regels, terwijl bescherming van die gezondheid nu juist een van de speerpunten van de SMB-richtlijn is. De nieuwe regels zijn daarmee op voorhand al als gebrekkig te kwalificeren.
53. Blijkens r.o. 14.3. heeft het college er naar het oordeel van de rechtbank terecht op het uitgangspunt in het Europese recht gewezen dat de rechtszekerheid van degene die een onherroepelijke vergunning heeft, moet worden beschermd. Ook dit is in dit geval een brug te ver.
54. Een overheid, zoals een college, kan geen beroep doen op onrechtmatig nalaten van een ander deel van de overheid, zoals het Rijk. Een derde moet die gevolgen tegen zich laten gelden. Rechtszekerheid is hier primair bedoeld voor de Vereniging die zich met recht beroept op de gevolgen van het ontbreken van correcte implementatie van de SMB-richtlijn. Die rechtsbescherming wordt ten onrechte aan de Vereniging onthouden. Het aangevochten besluit is als onverenigbaar met het Unierecht niet als definitief aan te merken. Er kan tot het moment van correcte implementatie en verzekerde doorwerking van de richtlijn nog steeds om ongedaanmaking van de strijd met het Unierecht worden verzocht, bijvoorbeeld door intrekking of anderszins.



55. Overigens is er sprake van een mismatch tussen regelgeving voor windparken (twee windturbines of meer) en voor één of twee windturbines. Het opgesteld vermogen van één of twee turbines met een tiphoogte van bijvoorbeeld circa 250 meter is anno 2024 ten minste zo groot als een windpark in 2011 met kleine windmolens met een tiphoogte van bijvoorbeeld 75 meter. De milieugevolgen van een niet-windpark zijn doorgaans nog aanzienlijker dan die van een dergelijk windpark met kleine molens. Het aantal windturbines voor het toetsen van de milieugevolgen is geen adequaat criterium voor het onderscheiden van de effecten van aanzienlijke milieugevolgen.
56. Dat niet alle windturbineprojecten windturbineparken zijn is dus geen doorslaggevend criterium voor het bepalen van wat de omvang effecten zijn van de aanzienlijke milieugevolgen. Een of twee windturbines kunnen hele grote milieugevolgen hebben, net als een windpark geringe milieugevolgen kunnen hebben. Het aantal turbines is daarvoor niet bepalend.
57. De Afdeling oordeelt vanaf r.o. 16 van de onderhavige uitspraak. Daar draait de Afdeling het centrale punt van de discussie volledig om. De 'hoofdvragen' zien volgens de Afdeling immers niet op wat de dwingendrechtelijke gevolgen zijn van de voortdurende incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn, maar of:
1. aan de omgevingsvergunning een Unierechtelijk gebrek kleeft, omdat voor de windturbinebepalingen geen voorafgaande milieubeoordeling in de zin van de SMB-richtlijn is verricht en bij de omgevingsvergunningverlening van de werking van die windturbinebepalingen is uitgegaan, en
 2. of het Unierecht meebrengt dat de inmiddels onherroepelijke omgevingsvergunning moet worden heroverwogen of ingetrokken.

De Afdeling acht het van belang om meer in zijn algemeenheid uiteen te zetten hoe een voor een windturbinepark verleende en inmiddels onherroepelijke omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, e of i, van de Wabo zich verhoudt tot het Unierecht.



Het uitgangspunt van redeneren kan en moet echter niet zijn of er een al dan niet een onherroepelijke omgevingsvergunning al dan niet in de zin van de Wabo is, maar integendeel wat de voortdurende incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn aan dwingendrechtelijke gevolgen met zich brengt. Die vraag is en blijft echter geheel onbesproken en onbeantwoord. **De Afdeling gaat dusdoende uit van een volstrekt onjuist beoordelingskader.**

58. In de toelichting op de tussenuitspraak inzake Delfzijl heeft de Afdeling ruimte gelaten voor het verlenen van een omgevingsvergunning die gebaseerd is op door het bevoegd gezag gekozen eigen normen in plaats van op de windturbinebepalingen en aan welke normen een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde toegesneden motivering ten grondslag is gelegd zoals aan de orde was in de Delfzijleinduitspraak van 12 april 2023 van de Afdeling ¹⁴.
59. Uit de uitspraak van 12 november 2019 van het Hof Europese Commissie versus Ierland ¹⁵ volgt kortgezegd het volgende:
- *Een lidstaat mag zich niet mag beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van EU-verplichtingen, waaronder die voortvloeien uit de M.e.r.-richtlijn.*
 - *Van de rechtmatigheid van een vergunning, waarvoor ten onrechte geen m.e.r.-beoordeling) is uitgevoerd, kan door het enkele verstrijken van de beroepstermijn niet worden uitgegaan.*
 - *Als die vergunning volgens het nationale recht inmiddels onherroepelijk is verleend, moet deze worden ingetrokken, opgeschort of gewijzigd zodat alsnog aan de M.e.r.-richtlijn kan worden voldaan. Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen verhinderen dat in principe niet.*
 - *Nationale regels die voorzien in een legalisatie van een dergelijke vergunning zijn niet in strijd met de M.e.r.-richtlijn, mits:*
 1. *belanghebbenden daardoor niet in de gelegenheid worden gesteld om Unieregels te omzeilen of buiten toepassing te laten, en;*
 2. *de legalisatieprocedure een uitzondering blijft;*
 3. *de m.e.r. niet alleen betrekking heeft op de toekomstige milieueffecten van het project, maar ook op de milieueffecten die zich sinds de oprichting daarvan hebben voorgedaan.*
 - *De verplichting om alle nodige maatregelen om strijd met de M.e.r.-richtlijn op te heffen, geldt voor elk orgaan van de betrokken lidstaat en met name voor de gemeentelijke autoriteit waar het project plaatsvindt, maar ook voor een semi-overheidsinstelling als deze door een andere nationale autoriteit van die lidstaat gecontroleerd wordt;*

¹⁴ ECLI:NL:RVS:2023:1433

¹⁵ ECLI:EU:C:2019:955



60. Deze bullets zijn mutatis mutandis ook op de onderhavige casus toe te passen. De geboden mogelijkheid om tot onder voorwaarden te komen tot legalisatie is door de Afdeling tot norm gemaakt. Daarmee is en wordt de SMB-richtlijn welbewust ontweken, zodat aan de dwingendrechtelijke eisen en verplichtingen als hiervoor onder punt 7 en 8 bedoeld niet wordt toegekomen. Aan de Vereniging worden de rechten en de hoge bescherming uit de richtlijn onthouden en ontzegd.
61. In r.o. 16.1 overweegt de Afdeling dat de omgevingsvergunning een vergunning is in de zin van de mer-richtlijn en geen plan of programma dat een kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor windturbineparken. Daarom is de omgevingsvergunning niet in strijd met de SMB-richtlijn.
62. De overwegingen op dit onderdeel staan volkomen haaks op die van de advocaat-generaal en die van het Hof. Daarvoor wordt verwezen naar punt 16 en volgende. Het is in geen geval vol te houden dat de omgevingsvergunning toch niet verenigbaar is met het Unierecht, maar weliswaar zelf niet op enigerlei wijze in strijd is met de SMB-richtlijn.
63. Volgens de Afdeling heeft het Hof zich in het Nevele-arrest niet uitgesproken over de intrekking van een onherroepelijke omgevingsvergunning. Uit dat arrest volgt dan volgens de Afdeling ook geen verplichting om een onherroepelijke omgevingsvergunning in te trekken.
64. De Afdeling miskent allereerst dat in het licht van de geconstateerde strijdigheid met het Unierecht er helemaal geen sprake is van een onherroepelijke omgevingsvergunning. De Nevele-zaak zelf ging inderdaad over een naar Vlaams recht nog niet onherroepelijke vergunning. Maar het oordeel van het Hof beperkte zich daar niet toe. Het Hof verwijst in r.o. 83 van die uitspraak bovendien niet voor niets naar het intrekken of opschorten van een reeds verleende vergunning teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten, dit met de expliciete toevoeging:

[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].



65. Volgens de Afdeling volgt hieruit niet dat het Hof ook doelt op een onherroepelijke vergunning. Dat standpunt van de Afdeling is kennelijk onjuist. Het Hof verwijst hier immers expliciet naar die uitspraak van 12 november 2019, dit uiteraard in de wetenschap dat die uitspraak gaat over een naar nationaal recht onherroepelijke vergunning. Ook in dat geval dient 'een dergelijke beoordeling' dus alsnog te worden verricht. Bovendien verwijst het Hof ook naar 'aldaar aangehaalde rechtspraak'. Ook daar gaat de Afdeling niet op in.
66. Dat het Hof in r.o. 95 van de Nevele-uitspraak bij de beantwoording van de tweede vraag niet ingaat op die eerdere verwijzing met aldaar aangehaalde rechtspraak, is logisch, omdat die tweede vraag daar helemaal niet op zag.
67. De Afdeling overweegt voorts in r.o. 16.6. dat hoewel de vergunningen in de Derrybrienzaak wel onherroepelijk waren geworden, het Derrybrien arrest is geweest in een wezenlijk andere context dan hier in de onderhavige zaak aan de orde is. Dat arrest is namelijk geweest in het kader van een niet-nakomingsprocedure.
68. De Afdeling verzuimt vervolgens zich rekenschap te geven van de wezenlijk andere context die in het geval van de uitspraken van 18 september 2024 aan de orde is, te weten de dwingendrechtelijke gevolgen van een nog immer incorrect geïmplementeerde richtlijn. De onverenigbaarheid met het Unierecht duurt door het onrechtmatig nalaten van de overheid tot op de dag van vandaag voort. De Afdeling rept ten onrechte over die bijzondere situatie met geen woord. Terwijl dat nu juist de kern van de zaak is. **Het gaat hier immers eerst en vooral over de bepaling van de objectieve gevolgen van de vaststelling dat lidstaat Nederland zijn Unierechtelijke verplichtingen niet is nagekomen.**
69. Zoals bijvoorbeeld ook al door het Hof in r.o. 83 van het Nevele-arrest uitgemaakt volgt uit artikel 4 lid 3 VEU de verplichting de onwettige gevolgen van een schending van het Unierecht ongedaan te maken.



Dat er volgens de Afdeling (r.o. 16.7.) geen Unierechtelijke regeling bestaat, bijvoorbeeld in de SMB-richtlijn of in de mer-richtlijn, op grond waarvan de omgevingsvergunning, zoals hier aan de orde, kan of moet worden ingetrokken, is derhalve niet juist. Het is nota bene een verdragsverplichting! Die Unierechtelijke regels mogen niet worden omzeild of buiten toepassing worden gelaten. Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een lidstaat zich ook niet mag beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen ¹⁶.

70. Dat er in de situatie zoals hiervoor bedoeld 'eersf' moet worden gekeken of er een nationale regeling is die intrekking mogelijk maakt is evenmin het geval. Het volgt rechtstreeks uit het verdrag. Dat verdrag is niet alleen bindend, maar moet bovendien met voorrang worden toegepast.
71. Dat volgens de Afdeling in het Unierecht is aanvaard dat in een geval als deze het rechtszekerheidsbeginsel voorop staat, is niet het geval. Een overheid kan geen beroep doen op eigen onrechtmatig nalaten. Een derde-belanghebbende kan zich jegens de Stichting en Vereniging niet beklagen over het nalatig overheidshandelen. Als er sprake moet zijn van rechtszekerheid, dan ziet dat op de positie van Stichting en Vereniging en niet van overheid of derde-belanghebbende / vergunninghouder. Ook gelet op het feit dat de SMB-richtlijn tot op heden niet correct is geïmplementeerd heeft de vergunninghouder ook niet kunnen vertrouwen op de rechtmatigheid daarvan.
72. De uitspraken die de Afdeling vervolgens aanvoert als beoordelingskader missen in dit specifieke geval van incorrecte implementatie betekenis en zijn als zodanig niet relevant. Het gaat in al die andere gevallen immers om een wezenlijk andere context dan waarvan in deze gevallen sprake is.

¹⁶ ECLI:EU:C:2019:955 – Europese Commissie versus Ierland, r.o. 89



73. Daarbij dient intussen wel bedacht te worden dat het gaat om zeer ernstige, ingrijpende en voortdurende schendingen van het Unierecht, waarbij vrijwel alles wat de SMB-richtlijn beoogt te garanderen wordt ontweken en illusoir wordt gemaakt. Er is met name geen hoog beschermingsniveau en er is sprake van fundamentele inbreuken op de leefomgeving van de mens en diens gezondheid. Dat zijn grote schendingen van fundamentele rechten. Daar wordt ook steeds meer over bekend, maar beleid dat op het voorzorgsbeginsel is gebaseerd ontbreekt. De inhoudelijke milieunormering als neergelegd in de oude normen is intussen uiterst gebrekkig, slecht controleerbaar en nauwelijks handhaafbaar gebleken ¹⁷. Indirecte gezondheidsschade is al aangetoond. Dusdoende is ook zo gezien sprake van ernstige schending van fundamentele rechten of vrijheden die de Stichting en de Vereniging aan het Unierecht kan ontlenen.
74. In r.o. 16.12 overweegt de Afdeling terecht dat de omgevingsvergunning niet verenigbaar is met het Unierecht. Dan ligt er de verplichting om de onwettige gevolgen van een dergelijke schending van het Unierecht ongedaan te maken, maar dat doet de Afdeling ten onrechte niet. De strijd met het Unierecht en daarmee gepaard gaande blijft voortduren. De bescherming van de SMB-richtlijn wordt ontweken en aan de Stichting en de Vereniging onthouden, ook in deze bijzondere gevallen.
75. Saillant is dat de Afdeling in r.o. 16.14 nog overweegt dat de Afdeling in de uitspraak van 7 augustus 2018 niet heeft geoordeeld en ook niet hoefde te oordelen over de verenigbaarheid van de windturbinebepalingen met de SMB-richtlijn, omdat de betogen in die zaak daartoe geen aanleiding gaven. De rechter kent het recht. De Afdeling heeft al sinds jaar en dag kunnen en ook moeten vaststellen dat de SMB-richtlijn ondeugdelijk is geïmplementeerd, maar daar niet de verdragsrechtsrechtelijke verplichtende consequenties aan verbonden.

17

https://www.researchgate.net/publication/382736579_Audiologisch_advies_geluidsonderzoek_en_normering_Windpark_IJsselwind_In_het_kader_van_de_beroepsprocedure_bij_de_Raad_van_State



76. Integendeel, de rechtsgevolgen van het besluit worden ondanks de evidente strijdigheid met het Unierecht in stand gehouden. Dat kan dus niet.
77. Dat het Rijk 'inmiddels' met planmilieueffectrapportage is gestart doet aan het voorgaande niets af. Het is zoals betoogd ook eigenlijk niet meer dan een doekje voor het bloeden, nu ook die rapportage al de nodige gebreken vertoont.
78. De onderhavige zaken maken duidelijk dat de betogen zijn gericht tegen de incorrecte implementatie van de SMB-richtlijn en de dwingendrechtelijke gevolgen daarvan, waaronder die voor de omgevingsvergunningen. Dat kan ook nu nog, omdat die implementatie niet correct heeft plaatsgevonden en de nuttige doorwerking niet is verzekerd. Dat brengt met zich dat de beroepsgronden met betrekking tot strijd met het Verdrag van Aarhus en met betrekking tot het ontbreken van de mogelijkheid voor de Stichting en de Vereniging als potentiële gegadigden om in een transparante procedure mee te dingen naar een vergunning ook nu nog steeds aan de orde kunnen worden gesteld.
79. De uitspraak van de betreffende de Vereniging volgt op hoofdlijnen die van de Stichting. Dat betekent dat hetgeen hiervoor met betrekking tot de Vereniging is opgemerkt ook vergaand geldt voor de Stichting. Dat geldt als hier herhaald en ingevoegd.
80. De rechtbank heeft hier in prima wel geoordeeld dat het college bij de verlening van de omgevingsvergunningen niet had mogen volstaan met het verwijzen naar de windturbinebepalingen, maar de milieuaspecten waarop de windturbinebepalingen betrekking hadden moeten betrekken bij de beoordeling van het milieudeel van de omgevingsvergunningen, met inachtneming van het daarvoor geldende beoordelingskader uit artikel 2.14, eerste lid, van de Wabo. Zoals al betoogd vormt de Wabo niet het dwingendrechtelijke beoordelingskader voor de onderhavige zaak. Eigen normen zijn niet toegestaan, nu dit in dit geval neerkomt op ontwijking van Unierechtelijke verplichtingen. Dat is bepaald niet, althans niet allereerst en alleen maar een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek in de zin van de Awb.



81. Dat Unierechtelijke beginselen van procedurele autonomie en gelijkwaardigheid een (primaire) rol zouden spelen is volgens de stichting niet het geval. De lidstaat Nederland schendt immers structureel en voortdurend de Verdragsverplichting uit hoofde van het loyaliteitsbeginsel, die verplicht tot tijdige en correcte implementatie van de SMB-richtlijn. Het geschil gaat dus zeker niet over het belang van rechtszekerheid voor de vergunninghouder, maar over de gevolgen van de voortdurende verdragsschending. Daarbij is van een definitief administratief besluit in het licht van de strijdigheid met het Unierecht geen sprake.
82. Het hanteren van eigen normen is volgens de Stichting niet meer of anders dan een geitenpaadje. Daarmee kan het Unierechtelijk gebrek van incorrecte implementatie niet mee worden verholpen. De uitzondering mag bovendien niet tot regel worden verheven, omdat daarmee dwingende Unierechtelijke regels worden omzeild. Daar moet nu juist een halt aan worden toegeroepen.
83. Terecht overweegt de rechtbank blijkens r.o. 13.3. dat de Tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken (Tow) in strijd met de SMB-richtlijn is. Die Tow biedt daarmee ook geen terugvaloptie, want de materiële normen zijn feitelijk de oude normen in een nieuwe regeling. Die normen blijken allengs meer ondeugdelijk, niet controleerbaar en niet handhaafbaar. De Unierechtelijke schending houdt volgens de rechtbank niet in dat de materiële normen uit de windturbinebepalingen onjuist zijn. De Stichting wijst erop dat deze gelet op de strijdigheid met het Unierecht in elk geval niet meer toegepast kunnen worden. Bovendien blijkt ook uit niets dat die materiële normen juist waren of zijn.
84. Overigens zijn ook de Regionale Energie Strategieën (Res'sen), zijnde plannen en programma's die beogen te verplichten tot het plaatsen en exploiteren windturbines in een bepaalde regio, in strijd met het Unierecht. Deze zijn ook niet SMB-getoetst. Van de eerst met veel tamtam aangekondigde RES 2.0. is vervolgens niets meer vernomen. Ook de Res'sen vormen derhalve geen deugdelijke grondslag.



85. Blijkens r.o. 13.3. heeft de rechtbank de omgevingsvergunningen tot begin 2024 gehandhaafd – het moment dat de landelijke normen gereed zouden zijn - omdat dusdoende het noodzakelijke evenwicht wordt bereid tussens het vereiste van rechtszekerheid en het vereiste van rechtmatigheid uit hoofde van het Unierecht. Dat is echter in flagrante strijd met de Unierechtelijke verplichting tot correcte implementatie en het wegnemen van de strijdigheid. Bovendien blijken de nieuwe normen in begin 2024 helemaal niet gereed. Dat duurt nog ten minste tot medio 2025 en de vraag ligt voor of die datum wel gehaald wordt en of die normen dan wel de toets der kritiek kunnen doorstaan.
86. Het enkele gegeven dat het college in deze zaak de mening is toegedaan dat de reparatie van de Unierechtelijke schending van de windturbinebepalingen moet komen van de rijksoverheid laat haar eigen rol en verantwoordelijkheid onverlet om in dit voorliggend geval de geconstateerde Unierechtelijke schending op te heffen.
87. Blijkens r.o. 15. heeft de vergunninghouder zich in dit geval op het standpunt gesteld dat het intrekken van de omgevingsvergunningen niet resulteert in het herstel van de schending van de SMB-richtlijn. Door de intrekking wordt niet alsnog een milieueffectbeoordeling verricht. De intrekking draagt ook niet bij aan de nuttige werking van het Unierecht. Ook hier wordt echter weer het verkeerde uitgangspunt gekozen. Eerst dient immers de SMB-richtlijn correct te worden geïmplementeerd.



88. Op donderdag 19 september 2024 heeft de behandeling ter zitting met betrekking tot Windpark Beuningen ¹⁸ plaatsgevonden. Aangezien de in uitspraken van behandelde en door de Afdeling beantwoorde rechtsvragen mede van belang zijn voor de gronden in het dossier betreffende Beuningen is aan appellanten - Stichting Tegenwind(molens) en bestuursleden, verder gezamenlijk enkelvoudig te noemen: Tegenwind - tot en met vrijdag 11 oktober 2024 de gelegenheid geboden zich daar (nader) over uit te laten. Dat doet zij hierdoor.
89. In het beroepschrift van 25 januari 2022 hebben appellanten is ook opgemerkt dat die (oude) windturbijnennormen niet vooraf SMB-planMER getoetst zijn en mede op basis daarvan geconcludeerd dat de genomen besluten dan ook niet in stand kunnen blijven. Dat raakt dus ook de verleende vergunning(en). Die is / zijn in strijd met het Unierecht en die strijd moet op enigerlei wijze worden opgeheven door buiten effectstelling van die vergunning(en). De voorgaande uitvoerige analyse van de uitspraken van 18 september 2024 geldt dus ook hier, zij het met de aantekening dat al vaststaat dat hier in geen geval naar nationaal recht sprake zou zijn van onherroepelijkheid of formele rechtskracht.
90. De punten met betrekking tot het Verdrag van Aarhus en de schaarse vergunning (Dienstenrichtlijn) vormen ook al onderdeel van de procedure en kunnen dus ook inhoudelijk worden beslist.
91. De milieubeoordelingsrichtlijn 2001/92/EU legt in artikel 6 lid 3 indirect het respecteren van het Verdrag van Aarhus op. Daarover heeft nu de rechter te Galicia aan het Hof préjudiciële vragen gesteld. De uitkomst daarvan is daarmee ook van betekenis voor de onderhavige procedure. De Spaanse zaaksgegevens luiden als volgt:

¹⁸ Kenmerk 202200497/1/R4



VOS & DE LANGE

advocaten

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 003 - A CORUÑA Modelo: S39850 PLAZA DE GALICIA, 1 15004 A CORUÑA Teléfono: 981185796 Fax: 981185794 Correo electrónico: sala3.contenciosoadministrativo.tsxg@xustiza.gal Equipo/usuario: MP N.I.G: 15030 33 3 2023 0000193 Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007017 /2023 / Sobre INDUSTRIA Y ENERGIA De D/ña. ASOCIACION AUTONOMICA AMBIENTAL E CULTURAL PETON DO LOBO Abogado: ROBERTO FRANCISCO GARCIA MONDELO Procurador: MARTA DIAZ AMOR Contra D/ña. DIRECCION XERAL DE PLANIFICACION ENERXETICA E RECURSOS NATURAIS, EURUS DESARROLLOS RENOVABLES S,L, Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, FERNANDO CALANCHA MARZANA, IÑIGO MUNIOZGUREN MARTINEZ, Procurador: MARIA JESUS GANDUY AUTO ILMO. SR. PRESIDENTE: FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA ILMOS. SRES. MAGISTRADOS: JUAN CARLOS FERNANDEZ LOPEZ MARIA DOLORES LOPEZ LOPEZ LUIS VILLARES NAVEIRA MARIA DE LOS ANGELES BRAÑA LOPEZ

92. Tot slot. De in de bovenstaande brief van heden aangegeven conclusies zijn helder. Er is evident sprake van strijd met het Unierecht. Die strijd moet ongedaan worden gemaakt. In de tussentijd heeft dat gevolgen voor de vergunning(en). Daar moet op enigerlei wijze de werking aan worden onzegd.

Barendrecht, 11 oktober 2024

Mr P.A. de Lange

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

