

Nederlandse Vereniging van
Omwonenden Windturbines



**KLACHT TEGEN DE STAAT DER NEDERLANDEN WEGENS SCHENDING VAN
DE BEPALINGEN VAN HET VERDRAG VAN AARHUS INZAKE: TOEGANG VAN
BURGERS TOT MILIEU-INFORMATIE; TOEGANG VAN BURGERS TOT
BESLUITVORMING OVER MILIEU-AANGELEGENHEDEN; EN TOEGANG
VAN BURGERS TOT DE RECHTER INZAKE MILIEU-GESCHILLEN**

**Ingediend op 30 juni 2015 bij de Commissie van Toezicht van de Europese Economische
Commissie van de Verenigde Naties te Geneve.**



VERZOEKSCHRIFT

INHOUDSOPGAVE

Verwijzingen zijn naar paragraafnummers

- I. De partij die het verzoekschrift indient 1 - 3
- II. Verdragspartij tegen wie de klacht is gericht 4
- III. Enkele prealabele opmerkingen
 - 1. Essentie, opbouw en voorbereiding 5 - 8
 - 2. Windparken en het milieu 9 - 14
 - 3. De toepasselijkheid van het Verdrag 15 - 19
- IV. Nationale rechtsmiddelen en andere internationale procedures 20 - 28
- V. De gestelde schending van het Verdrag
 - 1. Inleiding 29 - 31
 - 2. Toegang tot informatie 32 - 33
 - 3. Toegang tot besluitvorming 34 - 35
 - 4. Toegang tot de rechter 36 - 37
 - 5. Algemene regels en toegang tot besluitvorming en de rechter 38 - 39
 - 6. Samenvattend oordeel 40 - 50
 - 7. Verzoeken aan het Commissie 51

I. DE PARTIJ DIE HET VERZOEKSCHRIFT INDIENT

1. De Nederlandse Vereniging Omwonenden Windturbines (hierna: NLVOW) is een vereniging met inmiddels ruim 1000 leden. De vereniging is bij notariële akte opgericht en bezit daardoor rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht.

2. De vereniging is voorstander van de overschakeling op duurzame energie. De vereniging streeft ernaar om te bewerkstelligen dat de daarbij te maken keuzes worden gebaseerd op een evenwichtige afweging van alle betrokken belangen, waarbij voldoende gewicht wordt toegekend aan het recht van de mens om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn.

3. De vereniging heeft als statutaire doelen: (1) het ondersteunen van omwonenden en groepen van omwonenden bij het behartigen van hun belangen in relatie tot windenergieprojecten; (2) het bevorderen van acties en maatregelen om te waarborgen dat de rechten van omwonenden worden gerespecteerd, daaronder begrepen het voeren van juridische procedures; en (3) het leveren van een deskundige bijdrage aan het maatschappelijk debat over de voor- en nadelen van windenergie.

II. VERDRAGSPARTIJ TEGEN WIE DE KLACHT IS GERICHT

4. Het Koninkrijk der Nederlanden.

III. ENKELE PREALABELE OPMERKINGEN

1. Essentie, opbouw en voorbereiding

5. Deze klacht betreft toegang tot informatie over windenergie en windparken, deelname aan de besluitvorming over windenergie en windparken en toegang tot de rechter om in verzet te komen tegen besluiten tot goedkeuring van windparken in Nederland.¹ Op elk van deze gebieden handelt Nederland niet in overeenstemming met de rechten van burgers als gewaarborgd in het “Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden”, gesloten te Aarhus op 25 juni 1998 (hierna: Verdrag van Aarhus of Verdrag). Nederland ratificeerde het Verdrag op 29 december 2004.

6. Het niet-voldoen aan de eisen van het Verdrag heeft derhalve betrekking op de beschikbaarheid van milieu-informatie (artikel 5 en artikel 3 van het Verdrag), deelname aan besluitvorming (artikel 6 en artikel 7 van het Verdrag) en de toegang tot de rechter (artikel 9 van het Verdrag).

7. Dit document bestaat uit twee delen. Dit deel bevat het verzoekschrift als zodanig. In het tweede deel - de Annex bij het verzoekschrift - worden de argumenten van het verzoekschrift nader uitgewerkt en onderbouwd, ook met voorbeelden uit de praktijk. In

¹ De term “windpark” heeft ook betrekking op een solitaire windturbine.

deze inleidende sectie III van het verzoekschrift worden enkele prealabele opmerkingen gemaakt over de opzet van het verzoekschrift, de effecten van windparken op woon- en leefklimaat en over de toepasselijkheid van het Verdrag op windenergie en windparken. Daarna wordt ingegaan op het gebruik van nationale rechtsmiddelen en op mogelijke andere internationale procedures. Vervolgens komt de kern van de zaak aan de orde: de gestelde schending van het Verdrag door Nederland en de gronden voor die stelling. Het verzoekschrift sluit af met de verzoeken van de indiener aan de Commissie. Daarna volgt de Annex met de nadere uitwerking en onderbouwing van de gestelde schendingen.

8. Dit verzoekschrift werd opgesteld door mr. Jan Veltman, advocaat te Amersfoort (info@veltmanadvocatenkantoor.nl) met input en steun van prof. dr. Albert W. Koers, emeritus hoogleraar van de Universiteit Utrecht en voorzitter van de NLVOW (a.w.koers@gmail.com). Het werd vertaald in het Engels door mevr. mr. Roelien Lunenburg, beëdigd vertaler Engels. Het voorbereiden en opstellen van dit verzoekschrift was het werk van velen waarbij sommigen waardevolle informatie aanleverden en anderen financieel bijdroegen. Lindsay van den Bergh, Sander van de Laar and Jente Waal, studenten van de Erasmus School of Law, Rotterdam, hielpen bij het ordenen en waarderen van alle informatie die binnenkwam. Prof. dr. Ellen Hey, hoogleraar internationaal recht aan de Erasmus School of Law, Rotterdam, heeft het team van tijd tot tijd geadviseerd. De laatstgenoemde vier personen handelden op persoonlijke titel.

2. Windparken en het milieu

9. Voor een goed begrip van deze klacht is het belangrijk om op te merken dat windenergie en windparken niet alleen positieve effecten hebben op het milieu in die zin dat ze bijdragen aan een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen, maar ook negatieve effecten op het milieu veroorzaken in de vorm van vooral geluidhinder- en hinder van slagschaduw. Over geluidhinder schrijft dr. ir. G.P. van den Berg, senior-adviseur milieu & gezondheidszorg bij de Gemeentelijke Gezondheidsdienst Amsterdam bijvoorbeeld:

*'Hinder van windturbinegeluid is tot nu toe het best onderzochte effect. Uit drie grote onderzoeken die zijn uitgevoerd in Nederland en in Zweden blijkt dat het geluid in vergelijking met andere veel voorkomende lawaaibronnen relatief hinderlijk is. Een belangrijke reden daarvoor lijkt de regelmatige variatie in het geluid van de wieken (zwiepen, zoeven of zelfs stampen), hetgeen - vooral 's avonds en 's nachts - tot op flinke afstanden kan worden gehoord. Wat ook een rol speelt is dat het geluid 's nachts niet minder, maar gemiddeld zelfs (iets) luider wordt en in de toenemende rust 's avonds ook meer gaat opvallen.'*²

10. Ook het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) wijst geluidhinder als de belangrijkste bron van hinder van windturbines aan en constateert dat het geluid van

² Dr. ir. G.P. van den Berg, 'Sociale en (niet-)akoestische kanten van windenergie', in: Geluid, december 2011, blz. 9.

windturbines afhankelijk van geografische en atmosferische omstandigheden 'tot op enkele kilometers' hoorbaar kan zijn.³

11. Verder wordt ook slagschaduw als hinderlijk ervaren. Hiermee wordt de bewegende schaduw aangeduid, die de draaiende wieken van een turbine op de ondergrond of achtergrond en in woningen veroorzaken en die een continue wisseling tussen wel en geen schaduw meebrengt.

12. Het RIVM constateert dat:

*'(...) chronische hinder of het gevoel dat door de windturbines de omgevings- of levenskwaliteit afneemt, via stressprocessen een negatieve invloed (kan) hebben op de gezondheid en het welbevinden van mensen die in de buurt van windturbines wonen.'*⁴

13. Windturbines kunnen derhalve inbreuk maken op het in artikel 1 van het Verdrag gestipuleerde recht van een persoon om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn. Met het oog op de bescherming van dit recht waarborgt het Verdrag toegang tot informatie, inspraak in de besluitvorming en toegang tot de rechter. Als eerder gezegd, de Nederlandse praktijk inzake toegang tot informatie, deelname aan besluitvorming en toegang tot de rechter is niet in overeenstemming met het Verdrag. De informatieverstrekking is eenzijdig, de besluitvorming is niet toegankelijk voor het betrokken publiek en de rechter biedt geen reële rechtsbescherming.

14. Deze praktijk leidt tot besluiten die onvoldoende recht doen aan het belang van een leefomgeving die passend is voor de gezondheid en het welzijn mensen. Veel windparken worden op korte afstand van woonhuizen gebouwd met negatieve gevolgen voor de kwaliteit van de leefomgeving. De hiervoor onder 12 aangehaalde constatering van het RIVM wordt naarmate het aantal windparken groeit, voor steeds meer mensen werkelijkheid. Deze praktijk ondergraaft bovendien de legitimiteit van de overheid: een besluitvormingsproces dat niet als fair wordt ervaren, resulteert in besluiten die niet op steun kunnen rekenen. Uit onderzoek blijkt zelfs dat negatieve ervaringen met de besluitvorming ertoe leiden dat vervolgens meer hinder en overlast wordt ervaren van de aldus toegestane activiteit.⁵

3. De toepasselijkheid van het Verdrag

15. Zoals gezegd onder 5 heeft deze klacht betrekking op de oprichting van windparken. Dit betreft een activiteit in de zin van paragraaf 20 van bijlage 1 bij artikel 6, lid 1, onder a, van het Verdrag, te weten een activiteit 'die niet (valt) onder de voorgaande paragrafen 1 tot en met 19 wanneer in inspraak is voorzien ingevolge een procedure voor milieu-effectbeoordeling in overeenstemming met nationale wetgeving'.

³ 'Windturbines: invloed op de beleving en gezondheid van omwonenden', RIVM-rapport 200000001 / 2013, blz. 26.

⁴ Ibidem, blz. 21.

⁵ Dr. ir. G.P. van den Berg, 'Sociale en (niet-)akoestische kanten van windenergie', in: Geluid, december 2011, blz. 9 e.v.

16. Windparken zijn opgenomen in bijlage II van de EG Environmental Impact Assessment Directive.⁶ Hierdoor geldt de verplichting om te beoordelen of het nodig is om een z.g. milieueffectrapport (MER) op te stellen. Deze MER-beoordelingsplicht geldt naar Nederlands recht in ieder geval voor windparken met een omvang van minimaal tien turbines of met een gezamenlijk vermogen van minimaal 15 megawatt (MW).⁷ De eisen die worden gesteld aan de MER-beoordeling zijn geregeld in artikel 7.16 e.v. van de Wet milieubeheer.

17. Voor windparken met een kleinere omvang geldt de zogenoemde vergewisplicht. Dit houdt in dat het bevoegd gezag aan de hand van de criteria van bijlage III bij de EIA-Directive moet beoordelen of toch een MER-beoordeling nodig is.⁸ Deze beoordeling is vormvrij, maar moet wel kenbaar in het betrokken toestemmingsbesluit worden gemotiveerd.

18. Voor plannen voor windparken - waarbij met name moet worden gedacht aan ruimtelijke structuurvisies, algemene beleidsplannen en bestemmingsplannen - geldt dus boven de hier genoemde drempels (tien turbines of een park met een gezamenlijk vermogen van 15 MW of meer) de verplichting om een milieueffectrapport op te stellen.⁹ Dergelijke plannen worden samen met het opgestelde milieueffectrapport aan inspraak onderworpen. Deze inspraakverplichtingen zijn geregeld in de Wet ruimtelijke ordening, de Wet milieubeheer en de Algemene wet bestuursrecht.

19. Gelet op het voorgaande betreft deze klacht een activiteit die binnen het bereik van het Verdrag valt.¹⁰

IV. NATIONALE RECHTSMIDDELEN EN ANDERE INTERNATIONALE PROCEDURES

20. In deze paragraaf wordt beschreven in hoeverre rechtsmiddelen zijn aangewend om een oordeel te verkrijgen over de vragen die deze klacht aan de orde stelt. Alle effectief inzetbare rechtsmiddelen zijn aangewend.

21. Voor zover de klacht betrekking heeft op vooringenomen informatieverstrekking kan deze niet worden voorgelegd aan de bestuursrechter, omdat het hier gaat om feitelijk handelen. Naar Nederlands bestuursprocesrecht kan bij de bestuursrechter niet worden opgekomen tegen feitelijk handelen, maar alleen tegen besluiten, dat wil zeggen publiekrechtelijke handelingen die gericht zijn op rechtsgevolg.¹¹

22. Voor zover de klacht betrekking heeft op gebrekkige toegang tot de besluitvorming over concrete projecten geldt dat de bestuursrechter al verschillende keren heeft geoordeeld dat de Nederlandse praktijk, waarbij inspraak wordt geboden op een ontwerp-besluit en/of op

⁶ Onderdeel 3(i): 'installations for the harnessing of wind power for energy productions (wind farms)'.

⁷ Categorie 22.2 van Bijlage D bij het Besluit milieueffectrapportage.

⁸ Artikel 2, lid 5, van het Besluit milieueffectrapportage.

⁹ Artikel 7.2, lid 2, Wet milieubeheer in samenhang met artikel 2, lid 3, van het Besluit milieueffectrapportage.

¹⁰ Vgl. Implementation Guide, 2013, blz. 254.

¹¹ Vgl. artikel 8:1 in samenhang met artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

een daaraan voorafgaand voornemen om ter zake van een bepaalde ingreep een milieueffectrapport op te stellen ('startnotitie'), voldoet aan de eisen van het Verdrag, te weten dat inspraak wordt geboden op een moment dat alle opties nog openstaan.¹² Dit aspect van de klacht is derhalve al tevergeefs voorgelegd aan de bestuursrechter.

23. Meer in het algemeen geldt dat klachten in veel gevallen de voorbereiding van besluiten betreffen. Dergelijke klachten, bijvoorbeeld dat niet tijdig inspraak is geboden, zijn gelet op artikel 6:3 van de Algemene wet bestuursrecht niet zelfstandig appellabel bij de bestuursrechter, maar dient men naar voren te brengen in het kader van het beroep tegen het uiteindelijk genomen besluit. Op dat moment echter is de rechter ingevolge artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht bevoegd om, als hij of zij inderdaad een gebrek constateert, dit gebrek te passeren, indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Aan dat criterium is alleen voldaan als zonder het gebrek mogelijk een andersluidend besluit zou zijn genomen. Aangezien de rechter - zoals hierna onder 156 e.v. nog uitvoerig zal worden beschreven - besluiten zeer terughoudend toetst en feitelijk afziet van een materiële beoordeling, is het moeilijk zo niet onmogelijk dit aannemelijk te maken.

24. Voor zover de klacht betrekking heeft op het niet dan wel onvoldoende bieden van inspraak op algemene plannen en programma's (artikel 7 in samenhang met artikel 6, lid 4, van het Verdrag) geldt dat het hier niet gaat om publiekrechtelijke rechtshandelingen en dat de zaak daarom niet appellabel is bij de bestuursrechter.¹³

25. Voor zover de klacht betrekking heeft op de generieke weigering van de rechter om besluiten in de zin van artikel 6 te onderwerpen aan een beoordeling - in overeenstemming met artikel 9, lid 2, van het Verdrag - van de materiële rechtmatigheid valt niet te verwachten dat de rechter hierin veranderingen zal aanbrengen enkel en alleen op aangeven van een partij in een bij hem of haar aanhangige procedure.

26. Voor zover de klacht betrekking heeft op de te beperkte toegang tot de besluitvorming en tot de rechter doordat de twee belangrijkste effecten van windparken in wettelijke regels zijn genormeerd en daardoor in afwijking van artikel 6 en artikel 9, lid 2, zijn onttrokken aan het daarin gewaarborgde recht op toegang tot de besluitvorming en tot de rechter, kan die klacht niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd, omdat algemeen verbindende voorschriften zijn uitgesloten van beroep.¹⁴

27. Hierboven onder 21 is beschreven dat de bestuursrechter alleen bevoegd is te oordelen over bepaalde besluiten. Kwesties inzake algemeen verbindende voorschriften, programma's en plannen in de zin van artikel 7 van het Verdrag en het feitelijk handelen door het bestuur kunnen niet aan hem of haar worden voorgelegd. Wel kunnen geschillen over de rechtmatigheid hiervan aan de civiele rechter worden voorgelegd. Dit is evenwel een

¹² Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 19 januari 2001, ECLI:NL:RVS:2011:BP1342 (Rondweg Zutphen-Eefde) en 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7002 (Buitenring Parkstad Limburg), 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1342.

¹³ Artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht stelt alleen beroep open tegen publiekrechtelijke rechtshandelingen, dat wil zeggen besluiten die een rechtsgevolg in het leven roepen. Zogenaamde Structuurvisies zijn uitdrukkelijk van beroep uitgesloten ingevolge artikel 8:5 van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁴ Artikel 8:3, lid 1, onder a, van de Algemene wet bestuursrecht.

moelijk begaanbare weg, niet alleen wegens de kosten (die aanmerkelijk hoger zijn dan in een bestuursrechtelijke procedure), maar ook omdat de civiele rechter (net als de bestuursrechter) alleen kan toetsen aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Aannemelijk is echter dat het gros van de bepalingen van het Verdrag geen rechtstreekse werking hebben, waardoor de kans van slagen van een civiele vordering zeer gering zal zijn.

28. Er zijn geen andere internationale rechtsmiddelen voorhanden die de NLVOW had kunnen aanwenden in verband met de onderhavige klacht. Wel zou het denkbaar zijn om een klacht in te dienen bij de Europese Commissie tegen Nederland wegens schending van de EG-richtlijnen 2003/4 en 2003/35. De Commissie kan dan vervolgens een infractieprocedure starten en op enig moment besluiten de zaak daadwerkelijk aan het EU Hof van Justitie voor te leggen.¹⁵ De NLVOW heeft deze weg (nog) niet gekozen. In de eerste plaats niet omdat met de genoemde richtlijnen alleen de eerste twee pijlers van het Verdrag zijn geïmplementeerd en de onderhavige klacht ook betrekking heeft op de derde pijler, het recht op toegang tot de rechter. In de tweede plaats niet omdat de Commissie een politiek orgaan is dat haar eigen afweging maakt over het al dan niet starten van een procedure bij het EU Hof van Justitie. Deze weg kan derhalve niet worden aangemerkt als een 'effective and sufficient means of redress' in de zin van Decision I/7 (paragraaf 21).

V. DE GESTELDE SCHENDING VAN HET VERDRAG

1. Inleiding

29. Deze klacht betreft de praktijken van de Nederlandse overheid op het gebied van informatieverstrekking, de toegang tot de besluitvorming en de toegang tot de rechter. De NLVOW meent dat deze praktijken op een aantal belangrijke punten niet in overeenstemming zijn met het Verdrag. Benadrukt moet worden dat het in deze klacht niet gaat om het aan de kaak stellen van incidentele gevallen waarin niet in overeenstemming met het Verdrag is gehandeld, maar om het signaleren van een aantal structurele verschijnselen die uitermate problematisch zijn in het licht van de Verdragseisen. Deze klacht beperkt zich tot het onderwerp windenergie en windparken, maar het lijkt geen twijfel dat de systematische problemen die de NLVOW signaleert, zich ook op andere terreinen van het milieubeleid voordoen.

30. De in deze klacht gesignaleerde systematische problemen worden in Deel B van deze klacht nader beschreven en worden daar onderbouwd met voorbeelden. Met het oog op de leesbaarheid is het aantal voorbeelden beperkt. Desgewenst is de NLVOW in staat om de genoemde voorbeelden met andere aan te vullen.

31. Hieronder volgt een overzicht van deze systematische problemen:

- (a) De informatieverstrekking over windenergie is eenzijdig en onvolledig en dit staat in de weg aan doeltreffende inspraak (artikel 5, lid 2 en 7 en artikel 3, lid 2);
- (b) De besluitvorming over windparken vindt plaats zonder dat het publiek daarbij tijdig, als alle opties nog open zijn, wordt betrokken; er is slechts sprake van pro forma inspraak (artikel 6, lid 4, en artikel 7);

¹⁵ Artikel 258 e.v. van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

- (c) De terughoudende toetsing door de rechter van besluiten is niet in overeenstemming met het recht op toetsing van de materiële rechtmatigheid van besluiten (artikel 9, lid 2), en met de fairness die artikel 9, lid 4, eist;
- (d) De twee voor omwonenden meest belangrijke effecten van windparken, te weten geluid en slagschaduw, zijn genormeerd door middel van algemeen verbindende voorschriften, waardoor er juist voor deze cruciale onderwerpen voor burgers geen recht op toegang tot besluitvorming en toegang tot de rechter bestaat (artikel 6 en artikel 9, lid 2 en 3).

Hieronder worden deze punten nader toegelicht, terwijl ze nader onderbouwd worden in de Annex bij dit verzoekschrift.

2. Toegang tot informatie¹⁶

32. Artikel 5, lid 2, van het Verdrag verplicht ertoe binnen het kader van de nationale wetgeving te waarborgen dat de wijze waarop overheidsinstanties milieu-informatie beschikbaar stellen aan het publiek transparant is en dat milieu-informatie op doeltreffende wijze toegankelijk is. Verder verplicht artikel 5, lid 7, ertoe om de feiten en feitenanalyses die de Verdragspartijen relevant en belangrijk achten voor essentiële milieubeleidsvoorstellen te publiceren. Artikel 3, lid 2, eist dat de betrokken overheidsinstanties het publiek bijstaan en begeleiden bij het verkrijgen van toegang tot informatie en bij het vergemakkelijken van inspraak. De NLVOW begrijpt deze verplichtingen zo dat de ter beschikking te stellen informatie alle voor de besluitvorming relevante feiten en feitenanalyses omvat en dat deze informatie objectief moet zijn in die zin dat: (1) de informatie juist is en (2) de presentatie ervan onbevangen is, dat wil zeggen zonder vooringenomenheid.

33. Nederland geeft evenwel een te positief beeld van windenergie en verzwijgt informatie die van belang is voor de besluitvorming. Deze stelling wordt hierna onder 54 e.v en 73 e.v nader onderbouwd door enkele gevallen van informatieverstreking door de overheid te beschrijven en daarna uitvoeriger in te gaan op het vaststellen van nieuwe geluidsnormen voor windturbines waarbij de overheid informatie uitdroeg die incorrect en misleidend was.

3. Toegang tot besluitvorming¹⁷

34. Artikel 6, lid 4, verplicht ertoe om bij de besluitvorming over specifieke activiteiten te voorzien in 'vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden'. Met de resultaten van de inspraak dient vervolgens naar behoren rekening te worden gehouden (artikel 6, lid 8). Dezelfde verplichtingen gelden op grond van artikel 7, eerste en tweede volzin, als het gaat om de besluitvorming over plannen en programma's.

35. De besluitvorming over windenergieplannen en over bestuurlijke toestemmingen voor windparken voldoet niet aan deze eisen, zoals hierna onder 95 e.v. en 104 e.v. in meer detail zal worden beschreven. Inspraak vindt plaats op een moment dat de bestuurlijke

¹⁶ Zie de paragrafen 41 e.v. van de Annex.

¹⁷ Zie de paragrafen 76 e.v. van de Annex.

besluitvorming in materiële zin achter de rug is en de keuzes zijn gemaakt. In de regel vindt deze besluitvorming plaats in nauw overleg met de initiatiefnemer van het betrokken project of, als het gaat om plannen en programma's in de zin van artikel 7, met bijvoorbeeld vertegenwoordigers van de commerciële windsector en andere erkende pleitbezorgers van windenergie. Het betrokken publiek staat hierbij buitenspel en wordt over de gemaakte keuzes door middel van het ontwerp-plan of ontwerp-besluit slechts achteraf geïnformeerd en geconsulteerd. Het gebeurt nimmer - er zijn de NLVOW in elk geval geen voorbeelden van bekend - dat het betrokken publiek verschillende opties voorgelegd krijgt of dat een ontwerp-plan of ontwerp-besluit als gevolg van de inspraakreacties nog in betekenende mate wordt gewijzigd, laat staan wordt herroepen.

4. Toegang tot de rechter¹⁸

36. Artikel 9, lid 2, verplicht de Verdragsstaten ertoe om leden van het betrokken publiek met een voldoende belang een herzieningsprocedure te bieden voor een rechterlijke instantie om de formele en materiële rechtmatigheid te kunnen betwisten van besluiten over specifieke activiteiten. Een dergelijke procedure dient bovendien ingevolge artikel 9, lid 4, fair te zijn.

37. Tegen bestuurlijke toestemmingen voor de oprichting en de exploitatie van windparken staat beroep open bij de bestuursrechter. In zoverre wordt in formele zin aan het vereiste van een rechterlijke herzieningsprocedure voldaan. Zoals hierna onder 142 e.v en 156 e.v. zal worden toegelicht is de praktijk van de rechtsbescherming evenwel niet in overeenstemming met het recht op een toetsing van de materiële rechtmatigheid, terwijl deze praktijk bovendien onvoldoende fair is. Dit komt in de eerste plaats doordat de bestuursrechter zich bijzonder lijdelijk opstelt ten aanzien van de feitenvaststelling en in het algemeen de feitenvaststelling door het bestuur voor juist houdt. Een tweede oorzaak hiervan is dat de bestuursrechter de wijze waarop het bestuur van zijn beleidsvrijheid gebruik maakt, dermate terughoudend toetst dat vrijwel elke uitkomst van de bestuurlijke belangenafweging, hoe onevenredig deze ook uitpakt voor bepaalde daarbij betrokken belangen, de toets der kritiek doorstaat.

5. Algemene regels en toegang tot besluitvorming en de rechter¹⁹

38. De twee belangrijkste effecten van windparken voor omwonenden, te weten geluidhinder en slagschaduw, zijn door middel van algemeen verbindende voorschriften genormeerd. De initiatiefnemer van een windpark moet aannemelijk maken dat het voorgenomen windpark voldoet aan deze normen. Indien dat het geval is, heeft het voor de omwonende geen zin om in zijn of haar inbreng in de besluitvorming te betogen dat de betrokken normen in dit geval ontoereikend zijn ter bescherming van zijn of haar woon- en leefklimaat, welzijn en gezondheid. Evenmin heeft het zin om het besluit waarmee toestemming voor het park wordt verleend om deze reden voor te leggen aan de bestuursrechter. Aldus zijn de twee belangrijkste milieueffecten van windparken onttrokken aan specifieke besluitvorming en rechterlijke toetsing. In zoverre ontbeert het betrokken

¹⁸ Zie de paragrafen 123 e.v. van de Annex.

¹⁹ Zie de paragrafen 165 e.v. van de Annex.

publiek dus toegang tot de besluitvorming en tot de rechter. Dit is niet in overeenstemming met artikel 6 en met artikel 9, lid 2, van het Verdrag.

39. Daarnaast is de geluidsnorm zo vorm gegeven dat voor de omwonende van een windpark niet valt vast te stellen of deze norm wordt overtreden. Hij of zij is daardoor niet in staat om zijn in artikel 9, lid 3, van het Verdrag vastgelegde recht op naleving van de norm bij de rechter af te dwingen.

6. Samenvattend oordeel

40. Al het voorgaande samenvattend is de conclusie onvermijdelijk dat in Nederland het publiek en meer in het bijzonder dat deel van het publiek dat het meest geraakt wordt door de komst van windparken, van meet af aan buitenspel staat bij de besluitvorming en bovendien geen serieuze kans maakt om voor zijn opvattingen vervolgens gehoor te vinden bij de rechter.

41. Dat begint al bij de wijze waarop het publiek wordt geïnformeerd over windenergie en (plannen voor) windparken: eenzijdig, onvolledig en soms misleidend. Hetgeen ook afbreuk doet aan het recht op doeltreffende inspraak.

42. Het proces van besluitvorming, vooral als het gaat om de fase waarin de wezenlijke keuzes worden gemaakt, vindt plaats in besloten kring. Daar stellen de betrokken overheidsinstanties in samenspraak met het bij windenergie geïnteresseerde bedrijfsleven en aangevuld met andere pleitbezorgers van windenergie zoals milieuorganisaties en projectontwikkelaars, vast hoeveel windenergie er nodig is voor de overgang naar duurzame energie en waar de benodigde windparken zullen worden gebouwd. Dit besloten overleg resulteert in bestuursakkoorden, convenanten, programma's en wat dies meer zij, met daarin nauwkeurig omschreven doelen en locaties.

43. Pas tegen de tijd dat de implicaties van de aldus vastgestelde programma's en plannen worden vastgelegd in structuurvisies of ruimtelijke plannen, dus op een moment dat de keuze uit de verschillende voorliggende opties al lang en breed zijn gemaakt achter gesloten deuren (en zijn vastgelegd in bindende bestuurlijke afspraken), wordt het publiek de gelegenheid geboden om daarop in te spreken. Inspraak en inspraakreacties leiden als gevolg van deze aanpak nimmer tot wijzigingen van enige betekenis. Ook de verdere besluitvorming over concrete windparken vindt plaats in volstrekte binding aan de hierboven bedoelde akkoorden en programma's e.d., dus opnieuw op een moment dat de echte keuzes zijn gemaakt en inspraak daardoor geen doel meer kan treffen.

44. Wie vervolgens tegen het resultaat van de besluitvorming als boven geschetst wenst op te komen bij de rechter, komt al snel tot de ontdekking dat deze zich voor de feitenvaststelling en de waardering ervan verlaat op het bestuur en zich verre houdt van een beoordeling van de inhoudelijke merites van de zaak. Alleen formele gebreken die mogelijk van invloed zijn op de uitkomst van de besluitvorming, kunnen doel treffen. Er is geen reële kans dat de rechter zal oordelen dat de belangen van het betrokken publiek onevenredig zijn geschaad en dat daarom de bestuurlijke toestemming voor het windpark in kwestie niet door de beugel kan.

45. Daar komt dan nog bij dat de inspraak- en beroepsmogelijkheden geen betrekking kunnen hebben op de twee voor omwonenden meest belangrijke milieu-effecten van windparken, namelijk geluid en slagschaduw. De daarvoor geldende geluidsregels zijn (vrijwel) exclusief in wettelijke normen vastgelegd, waardoor inspraak zich noodzakelijkerwijs moet beperken tot de landschappelijke en economische aspecten van windparken. Dit zijn echter exact de aspecten waarbij overheden beschikken over ruime discretionaire bevoegdheden.

46. Is het windpark eenmaal gebouwd en blijkt er dan sprake te zijn van aanzienlijke geluidhinder, dan is het voor omwonenden onmogelijk om te controleren of de geluidsnormen worden nageleefd. Daardoor kunnen zij niet aannemelijk maken dat sprake is van een overtreding. Aangezien in eerste instantie de bewijslast van de overtreding op de omwonende rust, ligt hierin een wezenlijke belemmering voor de uitoefening van het in artikel 9, lid 3, gewaarborgde recht om ook de veroorzaker van de overtreding zelf te kunnen aanspreken, dan wel om in een bestuursrechtelijke procedure om handhaving te verzoeken.

47. Een dergelijke praktijk van besluitvorming en rechtsbescherming inzake windenergie en windparken is niet in overeenstemming met een reeks bepalingen uit het Verdrag, waaronder in elk geval de artikelen 3, lid 2; artikel 5, lid 2 en lid 7; artikel 6, leden 2, 4 en 8; artikel 7, eerste drie volzinnen; en artikel 9, leden 2 t/m 4. Zij vormt daardoor een wezenlijke belemmering voor de Nederlandse burger om inhoud en betekenis te geven aan het in artikel 1 van het Verdrag omschreven fundamentele recht om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid door gebruik te maken van de in het Verdrag gewaarborgde recht op deelname aan besluitvorming en toegang tot de rechter.

48. Een dergelijke praktijk is ook in strijd met een wezenlijk uitgangspunt dat aan het Verdrag ten grondslag ligt, namelijk dat burgers het recht hebben om deel te nemen aan de totstandkoming van besluiten die hun leefomgeving raken, een recht dat van fundamenteel belang is als het gaat om besluiten over windenergie en windparken want die hebben ingrijpende gevolgen voor de leefomgeving van de mensen die in de directe omgeving van windparken (moeten) leven.

49. Doordat het Nederlandse publiek dat recht niet of maar zeer onvolledig kan uitoefenen, mankeert het in Nederland bovendien aan de voordelen die verbonden zijn aan doeltreffende inspraak en rechtsbescherming zoals die in de onderdelen 9 en 10 van de considerans van het Verdrag zijn omschreven: meer kwaliteit bij de besluitvorming en de uitvoering van besluiten over het milieu en meer bewustzijn van en steun voor die besluiten.

50. Wellicht nog erger is dat de in dit verzoekschrift beschreven gang van zaken de legitimiteit van de overheid aantast. Die vergt nu juist een adequate en juiste informatieverstrekking; een open, eerlijke en transparante wijze van besluitvorming; en een adequate rechterlijke beoordeling van de uitkomsten van die besluitvorming. Als het om windenergie en windparken gaat is aan geen van deze voorwaarden voldaan.

7. Verzoeken aan het Commissie

51. Wij leggen de volgende verzoeken aan uw Commissie voor:

A. Vast te stellen dat de praktijk met betrekking tot toegang tot informatie, deelname aan de besluitvorming en toegang tot de rechter zoals hierboven beschreven (en nader uitgewerkt en onderbouwd in de Annex) ter zake van windenergie en windparken niet in overeenstemming is met het Verdrag en meer in het bijzonder niet met de artikelen 3, lid 2; artikel 5, lid 2 en lid 7; artikel 6, leden 2, 4 en 8; artikel 7, eerste drie volzinnen; artikel 8; en artikel 9, leden 2 t/m 4.

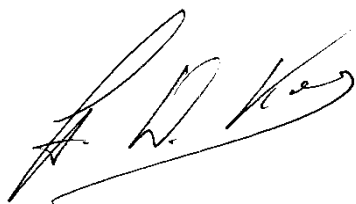
B. Indien en voor zover uw Commissie dit verzoek inwilligt, verzoeken wij u verder om Nederland aan te bevelen om de volgende maatregelen te nemen:

- De informatieverstrekking over windenergie aan burgers zodanig te organiseren dat deze recht doet zowel aan de voordelen van, als aan de bezwaren tegen windenergie, bijvoorbeeld door informatie te laten beoordelen door een onafhankelijk en breed samengesteld forum van neutrale deskundigen.
- De besluitvorming over het windenergiebeleid, in het bijzonder inzake de bijdrage van windenergie aan duurzaamheid, en inzake de locaties van de windparken die daarvoor nodig zijn, te herzien door:
 - (a) alsnog de in dat verband te maken keuzes aan het publiek voor te leggen zonder op voorhand opties uit te sluiten;
 - (b) vervolgens naar behoren rekening te houden met de inbreng van het publiek bij het heroverwegen van eerder gemaakte keuzes; en
 - (c) tenslotte de resultaten van deze heroverweging voor zover nog mogelijk te laten doorwerken in reeds genomen besluiten.
- De wetgeving en de bestuurlijke praktijk van besluitvorming zodanig te wijzigen dat inspraak over windenergie en windparken niet een pro forma exercitie is nadat de echte besluiten al zijn genomen en zijn vastgelegd in bestuurlijke afspraken, maar dat het plaats vindt op een moment dat alle opties nog open zijn.
- Het bestuursprocesrecht zodanig te wijzigen dat, in overeenstemming met het Verdrag en met inachtneming van staatsrechtelijke verhoudingen, de bestuursrechter gehouden is besluiten over windenergie en windparken te toetsen op materiële rechtmatigheid.
- De voor windturbines en windparken geldende regels zodanig aan te passen dat in een concreet geval de normen over geluid en slagschaduw kunnen worden toegesneden op de plaatselijke omstandigheden.
- De voor windturbines en windparken geldende geluidsnormen zodanig aan te passen dat omwonenden in staat zijn om - zo nodig, met behulp van een deskundige - zelf vast te stellen of de normen worden geschonden.

- Elke andere maatregel te treffen of voor te stellen die uw Commissie passend acht om Nederland te laten voldoen aan het Verdrag.

Schettens, 30 juni 2015

Namens de NLVOW,



Prof. dr. Albert W. Koers
Bittenserpaed 6
8744 EZ Schettens
Email: a.w.koers@gmail.com
Mobiel: 06 22 371 933

ANNEX

NADERE ONDERBOUWING VERZOEKSCHRIFT

INHOUDSOPGAVE

Verwijzingen zijn naar paragraafnummers

- I. Toegang tot informatie
 - 1. Inleiding 52 - 53
 - 2. Onjuiste presentatie van informatie over windenergie 54 - 58
 - 3. Geen analyse van noodzaak, baten en kosten van windenergie 59 - 60
 - 4. De vaststelling van nieuwe geluidsregels
 - 4.1 Achtergrond-informatie over geluidsnormering 61 - 66
 - 4.2 Geen noodzaak voor nieuwe norm vanwege de EG-Richtlijn 67 - 72
 - 4.3 Onjuiste informatie over het beschermingsniveau 73 - 84
 - 5. Conclusies 85 - 86
- II. Toegang tot besluitvorming
 - 1. Inleiding 87 - 89
 - 2. De organisatie van de besluitvorming over windenergie 90 - 94
 - 3. De besluitvorming over plannen en programma's
 - 3.1 Geen inspraak bij beleidsontwikkeling 95 - 103
 - 3.2 Inspraak door burgers heeft geen effect 104 - 118
 - 3.3 Het Nationale Energieakkoord als casus 119 - 126
 - 4. De besluitvorming over concrete windparken 127 - 131
 - 5. Conclusies 132 - 133
- III. Toegang tot de rechter
 - 1. Inleiding 134 - 141
 - 2. De rechterlijke beoordeling van de feiten 142 - 155
 - 3. De toetsing van de inhoudelijke afweging 156 - 172
 - 4. Conclusies 173 - 175
- IV. Algemene regels en toegang tot besluitvorming en de rechter
 - 1. Inleiding 176 - 178
 - 2. Vervanging van afweging in concreto door algemene regels 179 - 184
 - 3. Algemene regels en toegang tot de rechter 185 - 188
 - 4. Toezicht op de naleving van de normen 189 - 194
- V. Het beperken van bestaande rechten 195 - 196

I. TOEGANG TOT INFORMATIE

1. Inleiding

52. Artikel 5, lid 2, van het Verdrag verplicht ertoe om binnen het kader van de nationale wetgeving te waarborgen dat de wijze waarop overheidsinstanties milieu-informatie beschikbaar stellen aan het publiek transparant is en dat deze milieu-informatie op doeltreffende wijze toegankelijk is. De NLVOW begrijpt deze verplichting zo dat de ter beschikking te stellen informatie alle voor de besluitvorming relevante feiten en feitenanalyses moet omvatten en dat deze informatie volledig en accuraat moet zijn. Nederland handelt niet in overeenstemming met deze verplichting door een te positief beeld te schetsen van windenergie en door informatie die van belang is voor de besluitvorming te verzwijgen.

53. Daardoor stemt de Nederlandse praktijk evenmin overeen met artikel 3, lid 2, van het Verdrag, waarin nu juist is bepaald dat overheidsinstanties het publiek bijstaan en begeleiden bij het verkrijgen van toegang tot informatie en bij het vergemakkelijken van inspraak in besluitvorming. Hierna worden enkele voorbeelden gegeven ter onderbouwing van deze stelling. Zo nodig kan de NLVOW meer voorbeelden verschaffen.

2. Onjuiste presentatie van informatie over windenergie

54. Informatie over windenergie aan het publiek geeft de overheid onder andere door middel van internet. Tot voor kort gebeurde dat op de website www.windenergie.nl van het Agentschap NL, een onderdeel van het ministerie van Economische Zaken. Dit agentschap is inmiddels omgedoopt tot Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en de informatie over windenergie is thans op de website van deze rijksdienst te vinden (www.rvo.nl).

55. Op deze website was onder andere informatie te vinden over het inpassen van de per definitie fluctuerende windenergie in het elektriciteitssysteem en de noodzaak om met het oog daarop elektriciteitscentrales aan te schakelen of juist af te schakelen. In verband daarmee werd gediscussieerd over de vraag wat dit betekent voor de CO₂-uitstoot. Deze discussie was op de website eenzijdig weergegeven in die zin dat alleen een link was opgenomen naar onderzoek met als uitkomst dat deze inpassing betrekkelijk probleemloos zou kunnen gebeuren. Door alleen naar dit onderzoek te verwijzen en niet naar onderzoeksrapporten van de Energieraad en de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (twee onafhankelijke adviesorganen van de overheid) die op dit punt juist wel problemen voorzagen, wekte de regering de schijn van partijdigheid en handelde zij, aldus de Nationale Ombudsman, 'niet behoorlijk'.²⁰

56. Een ander voorbeeld van vooringenomen informatieverstrekking betreft de wettelijke mogelijkheid om door middel van een zogenoemd maatwerkvoorschrift af te wijken van de wettelijke geluidsnormen (deze normen komen in paragraaf 4 van dit hoofdstuk nog uitvoerig aan de orde). Artikel 3.14a van het Activiteitenbesluit (een wettelijke regeling op grond van de Wet milieubeheer), maakt het mogelijk om op grond van bijzondere lokale

²⁰ Nationale Ombudsman, rapport van 1 augustus 2011, AB 2011, 284 met noot. P.J. Stolk.

omstandigheden strengere geluidsnormen voor te schrijven. Deze mogelijkheid wordt als volgt beschreven op de website:²¹

‘Bijzondere lokale omstandigheden. Het derde lid van art. 3.14a biedt de mogelijkheid om normen met een andere waarde vast te stellen. Er is geen definitie gegeven van deze bijzondere lokale omstandigheden. Maar uit de Nota van Toelichting blijkt dat de wetgever hier bijvoorbeeld wettelijk aangewezen stiltegebieden bedoelt. Een landelijke, stille omgeving is dus geen omstandigheid die aanleiding geeft tot het stellen van maatwerkvoorschriften voor een afwijkende norm ter plaatse van een geluidgevoelig object. De achtergrond daarbij is zoals hiervoor ook is aangegeven dat de normen zijn gebaseerd op een dosis-effectrelatie. Daarmee zijn ze onafhankelijk van het achtergrondgeluidniveau. Alleen in uitzonderlijke situaties bestaat er nog reden om een maatwerkvoorschrift te stellen.’

57. Met deze passage verdraait de regering de bedoeling van de wetgever. Zie het woord “uitzonderlijk” in de laatste zin van het citaat: dat is wat anders dan bijzonder. Daarnaast zijn “wettelijk aangewezen stiltegebieden” wat anders dan de “stiltegebieden” waarover, bij wijze van voorbeeld, de Nota van toelichting bij artikel 3.14a, derde lid spreekt:

‘De systematiek van het Activiteitenbesluit brengt met zich mee dat het bevoegd gezag in bijzondere lokale omstandigheden, bijvoorbeeld in stiltegebieden, verdergaande bescherming kan bieden via maatwerkvoorschriften.’²²

Het is duidelijk dat de website de intentie van de wetgever onjuist weergeeft.

58. Anders dan de regering op deze website beweert sluit de hier aangehaalde passage dus in het geheel niet uit dat een landelijke stille omgeving wordt aangemerkt als een bijzondere lokale omstandigheid die aanleiding kan geven voor strengere geluidsnormen. Het is eenvoudig niet waar dat het lokaal bevoegd alleen maar mag overgaan tot een maatwerkvoorschrift met striktere normen als er sprake is van een formeel aangewezen stiltegebied.

3. Geen analyse van noodzaak, baten en kosten van windenergie

59. De NLVOW heeft op 11 september 2013 de minister van Economische Zaken verzocht, onder verwijzing naar de Wet openbaarheid van bestuur, om openbaarmaking van het document of de documenten die tezamen de analyse over de voor- en nadelen van windenergie omvatten. Dit heeft uiteindelijk geleid tot het toezenden van een reeks documenten, voornamelijk bestaand uit vergadernotities en gespreksverslagen e.d. In al deze documenten is evenwel niets te vinden dat ook maar lijkt op een analyse van de voor- en nadelen van windenergie, hoewel de grootschalige toepassing van windenergie zonder enige twijfel moet worden aangemerkt als een essentieel milieubeleidsvoorstel in de zin van artikel 5, lid 7 onder a van het Verdrag. Dit artikellid vraagt van de Verdragspartijen om de feiten en feitenanalyses die zij relevant achten voor het opstellen van dergelijke voorstellen, te publiceren. Dit is niet gebeurd ondanks het feit dat vele deskundigen jarenlang om een dergelijke analyse hebben gevraagd.

²¹<http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/windenergie-op-land/milieu-en-omgeving/geluid/bijzondere-omstandigheden>.

²² Staatsblad 2010, 749, blz. 8.

60. Hieruit moet worden geconcludeerd dat er geen analyse van noodzaak, baten en kosten is gemaakt. Dit is niet in overeenstemming met artikel 5, lid 7 onder a, van het Verdrag. Dit is des te ernstiger, nu zoals hierna onder 95 e.v. nog zal worden beschreven, de regering weigert om in het kader van inspraak de discussie aan te gaan over de vraag waarom het windenergie beschouwd als een zaak van nationaal belang.

4. De vaststelling van nieuwe geluidsregels²³

4.1 Achtergrond-informatie over geluidsnormering

61. De manier waarop in 2010/2011 nieuwe geluidsnormen werden geïntroduceerd laat zien dat de regering het publiek niet alleen onjuiste informatie heeft gegeven, maar het publiek (en de Tweede Kamer) zelfs bij gelegenheid heeft misleid. Dit zijn zwaarwegende uitspraken die vragen om een robuuste onderbouwing.

62. Tot 1 januari 2011 golden voor solitaire windturbines en kleinere windparken (windparken met minder dan tien turbines dan wel met een gezamenlijk vermogen van minder dan 15 megawatt) algemene geluidsregels, vastgelegd in het zogeheten Activiteitenbesluit. Voor windturbines gold de zogenoemde windnormcurve, waarbij de maximale geluidsbelasting op de gevel van woningen in beginsel 40 dB(A) mocht bedragen en waarbij deze geluidsbelasting mocht toenemen met de snelheid van de wind. De gedachte hierachter was dat naarmate het harder waait, het achtergrondgeluidsniveau hoger wordt en een grotere geluidproductie dus minder bezwaarlijk is. Door middel van zogenoemde maatwerkvoorschriften kon het bevoegd gezag kiezen voor strengere of juist soepeler normen. In relatief stille gebieden leidde dit soms tot strengere geluidsnormen.

63. Voor grotere windparken en voor windturbines die op een korte afstand van woningen waren gesitueerd (minder dan vier maal de ashoogte), was een milieuvergunning nodig, waarin dan op de lokale situatie toegesneden geluidsnormen werden opgenomen. Als regel werd daarbij toepassing gegeven aan de Handreiking Industrielawaai en Vergunningverlening, een uitgave van de rijksoverheid. Deze Handreiking adviseert voor stille landelijke gebieden grenswaarden van 40, 35 en 30 dB(A) in de dag-, avond- respectievelijk nachtperiode en voor landelijk gebied met veel agrarische activiteiten wat hogere grenswaarden van 45, 40 en 35 dB(A) in de respectievelijke periodes.

64. De Handreiking (die voor andere industriële activiteiten dan windenergie nog altijd wordt toegepast) heeft weliswaar niet de status van een algemeen verbindend voorschrift, maar vindt in de regel toepassing op de vergunningverlening aan bedrijven en voor activiteiten die te groot zijn of te veel impact hebben om onder het Activiteitenbesluit te vallen. De reden daarvoor is dat de Handreiking is gebaseerd op specifiek deskundige kennis en dat in verband daarmee in de rechtspraak de lijn is ontwikkeld dat een bevoegd gezag dat wil afwijken van de Handreiking dat alleen kan doen op basis van een deugdelijke motivering.

²³ Een standaard is een eenheid om geluid te meten, terwijl een norm bestaat uit een eenheid met een waarde. Zo zijn dB(A) en Lden standaarden en zijn dB(A) 40 en Lden 47 dB normen.

65. Op 1 januari 2011 is een wijziging van het Activiteitenbesluit in werking getreden, die een uniforme geluidsnorm introduceert die voor alle windturbines geldt, ongeacht grootte en aantallen. Windturbines mogen voortaan een maximale geluidsbelasting op gevoelige bestemmingen zoals woningen veroorzaken van 47 dB Lden en 41 dB Lnight. Het gaat hier om de gemiddelde geluidbelasting gedurende een jaar zodat periodes met (te) veel geluid gecompenseerd worden door periodes met weinig geluid. De Lnight 41 dB is bedoeld als aanvulling op de Lden 47 dB norm vanwege het feit dat geluidhinder in de avond- en nachtperiode als extra hinderlijk wordt ervaren. De 41 dB Lnight-norm heeft evenwel in de praktijk geen zelfstandige betekenis naast de 47 dB Lden-norm.²⁴

66. De totstandkoming van deze nieuwe geluidsregels voor windturbines voldoet niet aan de eis dat de ter beschikking te stellen informatie objectief en juist is. Weliswaar is het ontwerp van de Algemene maatregel van bestuur onderworpen geweest aan inspraak, maar het betrokken publiek is zoals hierna onder 73 e.v. wordt toegelicht, onjuist en onvolledig geïnformeerd en aldus misleid over doel en achtergrond van de nieuwe regels. Secundair gevolg is dat doeltreffende inspraak daardoor niet mogelijk is geweest.

4.2 Geen noodzaak voor nieuwe norm vanwege de EG-Richtlijn

67. Een eerste punt van misleiding betreft de stelling van de regering dat de nieuwe regels een wenselijk gevolg zijn van de Europese richtlijn over omgevingslawaaai. In het gepubliceerde ontwerp van de regeling schrijft de regering bijvoorbeeld:

‘De ‘Lden’ is de geluidmaat die is gedefinieerd in de Europese richtlijn nr. 2002/49/EG inzake evaluatie en beheersing van omgevingslawaaai. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat deze maat het beste de hinder- en andere gezondheidseffecten te kunnen voorspellen.’²⁵

68. Daarmee wordt gesuggereerd dat de Lden norm voorgeschreven wordt door de genoemde EG-Richtlijn inzake de evaluatie en beheersing van het omgevingslawaaai. Het doel van deze richtlijn is bestrijding van geluidhinder door middel van een gezamenlijke aanpak teneinde een hoog niveau van bescherming van gezondheid en milieu te bereiken (considerans, onder 1). Om informatie te vergaren over de geluidhinder in de Lidstaten en deze onderling vergelijkbaar te maken is aan de Lidstaten de verplichting opgelegd om geluidsbelastingkaarten op te stellen en aan de Commissie te overleggen met daarin informatie over de bestaande geluidbelasting. Deze dienen vervolgens als basis voor de besluitvorming over maatregelen om waar nodig de geluidbelasting terug te dringen.

69. Vanzelfsprekend dienen de Lidstaten met het oog op de onderlinge vergelijkbaarheid uit te gaan van een uniforme geluidmaat bij het opstellen van deze geluidbelastingkaarten. De keuze is daarbij gevallen op de geluidmaat Lden. Het hanteren van deze geluidmaat door de lidstaten maakt het mogelijk om de bestaande geluidsbelasting in de Lidstaten te inventariseren en ontwikkelingen daarin in kaart te brengen en onderling te vergelijken.

²⁴ Vgl. de Circulaire geluidhinder veroorzaakt door windturbines van 2 april 2010: ‘Door de specifieke omstandigheden bij windturbines zal bij 47 dB Lden de 41 dB Lnight zelden worden overschreden’. Zie ook de Nota van toelichting bij het Besluit van 14 oktober 2010 tot wijziging van het Activiteitenbesluit, Staatsblad 2010, 749, blz. 8.

²⁵ Staatscourant 31 augustus 2009, nr. 12902, blz. 9.

Deze informatie kan vervolgens worden gebruikt om te komen tot een gemeenschappelijke aanpak van de schadelijke gevolgen van de blootstelling aan omgevingsgeluid, aldus artikel 1 van de richtlijn. In de EG-Richtlijn zijn de geluidmaten L_{den} en L_{night} dus bedoeld als gemeenschappelijke indicatoren voor bestaande geluidsbelasting en de ontwikkelingen daarin.

70. Anders dan de regering in de bovenaangehaalde passage suggereert, verplicht de richtlijn de lidstaten er niet toe om L_{den} en L_{night} in hun normering van geluidhinder toe te passen. Sterker nog, uit de richtlijn blijkt dat de L_{den} -geluidmaat minder geschikt is om als indicator te dienen voor de geluidsbelasting van windturbines. De richtlijn opent namelijk de mogelijkheid om ook andere indicatoren voor de geluidsbelasting te hanteren bij het opstellen van de geluidsbelastingkaarten en de actieplannen (zie art. 5, lid 2, in samenhang met bijlage I, onder 3). Dat kan, aldus de richtlijn, 'nuttig' zijn, onder andere als de geluidsbron slechts gedurende een deel van de tijd in werking is, als het gaat om relatief stille zones op het platteland, als extra bescherming in de avondperiode nodig is en als het geluid een pulskarakter of een sterk tonaal karakter bezit.

71. Juist deze factoren spelen een rol bij windturbines. Windturbines zijn bij windstil weer en bij weinig wind niet of maar heel beperkt in bedrijf. Verder worden zij in de regel gesitueerd in relatief stille zones op het platteland. Ook produceren windturbines juist in de avond en nachtperiode relatief veel geluid. Als het 's avonds en 's nachts aan de grond windstil is, en dus sprake is van een laag achtergrondgeluidsniveau, kan het op ashoogte toch hard waaien. Het geluid van windturbines kan daardoor juist 's nachts extra hinderlijk zijn.²⁶ Windturbines produceren ook een geluid dat door omwonenden als aanmerkelijk hinderlijker wordt ervaren dan het geluid van andere bronnen zoals weg- en railverkeer en industrie.²⁷ Over de vraag of dit geluid een impulskarakter of een sterk tonaal karakter heeft, wordt gediscussieerd, maar het staat wel vast dat het geluid van windturbines, hoe ook precies gekarakteriseerd, in negatieve zin sterk afwijkt van het geluid van andere bronnen.

72. De bewering van de regering in de hiervoor onder 67 aangehaalde passage dat de geluidmaat L_{den} het meest geschikt is om het geluid van windturbines te normeren, is derhalve niet juist en het gebruik daarvan kan in ieder geval niet worden gemotiveerd vanuit de EG-Richtlijn. Het kan dan ook geen verrassing zijn dat Nederland het enige West-Europese land is dat windturbinegeluid normeert met behulp van de geluidmaat L_{den} .

4.3 Onjuiste informatie over het beschermingsniveau

73. De regering presenteerde de nieuwe geluidsnorm L_{den} 47 dB en L_{night} 41 dB als 'beleidsneutraal': de nieuwe norm zou een zelfde beschermingsniveau bieden tegen geluidhinder van windturbines als de voorheen geldende normen (zoals die hiervoor onder 62 beschreven). In de toelichting op het ontwerp-besluit schrijft de regering hierover:

²⁶ G.P. van den Berg 'The sound of high winds: the effect of atmospheric stability on wind turbine sound and microphonic noise', 2006 (doctoral thesis).

²⁷ RIVM, 'Evaluatie nieuwe normstelling windturbinegeluid', rapport 680300007 / 2009, blz. 11; zie ook blz. 10, waar het geluid wordt gekarakteriseerd als 'zwiepend', 'ruisend', 'laagfrequent' en 'laagtonig'.

‘Het Activiteitenbesluit hanteert voor geluid een normering van 50 dB(A) dag, 45 dB(A) avond en 40 dB(A) tijdens de nacht. Uit berekeningen met de nieuwe berekeningsmethodiek volgt dat deze normstelling overeenkomt met 47 dB Lden. Waar het gaat om vergunningplichtige windturbineparken is vastgesteld dat de in de praktijk verleende vergunningen eveneens corresponderen met een maximaal niveau van 47 dB Lden. Een norm van 47 dB Lden is daarmee in lijn met de huidige uitvoeringspraktijk van de laatste jaren.’

74. De stelling van de regering dat de nieuwe normen dezelfde bescherming bieden aan omwonenden van windturbines als de oude normen, is evenwel om verschillende redenen niet juist.

75. Allereerst wordt hier de oude norm versimpeld tot één altijd en overal geldende norm - alsof de 50 dB(A) (dag), 45 dB(A) (avond) en 40 dB(A) (nacht) normen universeel golden voor alle wind parken. Deze norm, vastgelegd in artikel 2.17 van het Activiteitenbesluit, is de algemene norm die geldt voor het gros van alle industriële activiteiten. Echter, voor windturbines gold een eigen regime, waarbij voor grotere windparken en voor windturbines op korte afstand van woningen en andere geluidgevoelige bestemmingen per geval geluidsnormen werden vastgelegd. Hiervoor onder 63 is al beschreven dat die normen in beginsel werden ontleend aan de daar genoemde Handreiking. In landelijk gebied varieerden de normen tussen 40 en 45 dB(A) overdag, 35 en 40 dB(A) 's avonds en 30 en 35 dB(A) 's nachts), afhankelijk van o.a. het achtergrondgeluidsniveau, maar soms waren zij ook strenger of juist soepeler. In dit licht bezien vormt de 47 Lden-norm een zeer aanzienlijke verruiming ten opzichte van de normen uit de Handreiking. Wat in strijd is met wat de regering beweerde.

76. Weliswaar is het ingevolge artikel 3.14a, derde lid, van het Activiteitenbesluit mogelijk om maatwerkvoorschriften op te leggen, maar de regering heeft er bij gemeenten op aangedrongen om hiermee terughoudendheid te betrachten.²⁸ Op de overheidssite rvo.nl wordt bijvoorbeeld - zoals hiervoor onder 56 al is beschreven - gesteld dat maatwerkvoorschriften alleen in uitzonderlijke situaties nog denkbaar zijn en wordt verder meegedeeld dat een landelijke, stille omgeving als zodanig geen reden is om strengere geluidsnormen bij maatwerkvoorschrift op te leggen. Weigeringen van het bevoegd gezag om strengere geluidsnormen bij maatwerkvoorschrift op te leggen, vinden steevast genade in de ogen van de hoogste bestuursrechter, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.²⁹ Gelet op de bestuurspraktijk en de rechtspraak daarover is artikel 3.14a, derde lid van het Activiteitenbesluit een dode letter. Dit is een belangrijk punt, omdat zoals gezegd windturbines veelal in een betrekkelijk stille, landelijke omgeving worden geplaatst en omdat geluid voor omwonenden het meest belangrijke milieu-effect is van wind turbines.

77. Ook in vergelijking met de voor kleine windparken en solitaire windturbines geldende windnormcurve die uitgaat van 40 dB(A), is sprake van een verruiming. Echter, Lden 47 dB komt overeen met een geluidsbelasting gedurende een etmaal van constant 41 dB. Er is dus sprake van een verruiming van 1 dB (dB is een logaritmische waarde: een toename met 3 dB leidt tot een verdubbeling van de geluidsbelasting). Volgens het RIVM leidt een toename van

²⁸ Circulaire 2 april 2010, par. 2.4

²⁹ Zie bijvoorbeeld Afdeling Bestuursrechtspraak, 19 februari 2014, 201303440/1/A4.

de geluidemissie met 2 dB al tot een verdubbeling van het aantal (ernstig) gehinderden.³⁰ Een toename met 1 dB kan dus niet als marginaal worden beschouwd.

78. Verder houdt de nieuwe Lden standaard in dat gedurende een jaar het gemiddelde geluidsniveau niet meer dan 47 dB mag bedragen. Overschrijdingen zijn dus toegestaan, zolang deze maar in voldoende mate worden gecompenseerd door 'onderschrijdingen'. Dit is een belangrijk punt, want windturbines zijn bij weinig of geen wind niet of maar heel beperkt in bedrijf. Hierdoor kunnen turbines in de resterende tijd gedurende langere periodes een (veel) hogere geluidsbelasting veroorzaken dan onder de oude normen (die het karakter hadden van grenswaarden die op geen enkel moment mochten worden overschreden) mogelijk zou zijn.

79. Dat de nieuwe norm in vergelijking met de voorheen geldende norm een versoepeling inhoudt, is ook in de praktijk gebleken. Het milieueffectrapport dat is opgesteld voor het rijksinpassingsplan Windpark Noordoostpolder laat bijvoorbeeld zien dat bij toepassing van de nieuwe norm het park wel en bij toepassing van de oude norm, niet verwezenlijkt kan worden.

80. De invoering van de nieuwe geluidsnorm is voorafgegaan door een evaluatie van het RIVM.³¹ Hieruit blijkt dat het aanvankelijk de bedoeling was van de regering om een richtwaarde en een maximale waarde in dB Lden voor te schrijven, net zoals dat ook het geval is bij de normering van weg- en railverkeersgeluid (ook bij industrielawaai worden streefwaarden en grenswaarden gebruikt in de normering, zij het dat deze worden uitgedrukt in dB(A)). In het rapport schrijven de onderzoekers hierover:

*'Onder de richtwaarde zijn er geen belemmeringen om nieuwe windturbines te plaatsen; boven de maximale grenswaarde kan het bevoegd gezag geen vergunning verlenen. Tussen deze waarden zullen belangen via een inspraakprocedure worden afgewogen.'*³²

81. In de nieuwe regeling is echter niet voorzien in een dergelijke systematiek, maar is uitsluitend gekozen voor een grenswaarde van 47 Lden, hetgeen een streep haalt door het afwegen van belangen middels inspraak als voorzien door het RIVM. Deze grenswaarde van Lden 47 dB is naar het oordeel van het RIVM niet consistent met de keuzes die de wetgever eerder heeft gemaakt ter zake van de normering van weg- en verkeerslawaai:

*'(...) dat een richtwaarde van omstreeks 40 dB (ondergrens) consistent is met de normstelling voor andere bronnen van omgevingsgeluid. Dit resulteert in een vergelijkbare hinderbescherming als bij bijvoorbeeld weg- of railverkeersgeluid. (...). Voor de te stellen maximale grenswaarde is een waarde boven 45 dB vanuit een oogpunt van de hinder- en gezondheidsproblematiek ongunstig.'*³³

82. In de stukken heeft de regering in afwijking van dit oordeel van het RIVM evenwel steeds de stelling geponeerd dat met de 47 dB Lden norm aan omwonenden van windturbines een vergelijkbaar niveau van bescherming werd geboden als aan omwonenden van (spoor)wegen.

³⁰ Zie voetnoot 3, blz. 18.

³¹ Zie voetnoot 3.

³² Idem, blz. 3.

³³ Idem, blz. 9.

83. In het licht van het voorgaande moet worden geconstateerd dat de overwegingen die naar zeggen van de regering reden zijn geweest om voor windturbines over te schakelen op een nieuwe geluidsnorm, misleidend zijn geweest. Terwijl de regering het deed voorkomen alsof de nieuwe norm het meest geschikt was om de geluidhinder van windturbines te beperken, onder andere omdat de Lden norm 'het beste in staat zou zijn hinder en andere gezondheidseffecten te voorspellen, was in werkelijkheid het doel van de voorgestelde wijziging het vergroten van de plaatsingsmogelijkheden voor windturbines. Omwonenden van windturbines worden als gevolg van de nieuwe norm geconfronteerd met een aanmerkelijk grotere geluidhinder dan onder de oude normen toelaatbaar was. De bewering van de regering dat de nieuwe regels eenzelfde beschermingsniveau zouden waarborgen als de voorheen geldende regels is onwaar.

84. Door hierover geen open kaart te spelen en onjuiste en onvolledige informatie te verstrekken, heeft Nederland niet in overeenstemming gehandeld met artikel 5, lid 2 en lid 7 van het Verdrag, en met artikel 3, lid 2, van het Verdrag dat nu juist van overheidsinstanties vraagt om het publiek bij te staan bij het verkrijgen van informatie, ook met het oog op het vergemakkelijken van inspraak in de besluitvorming.

5. Conclusies

85. De hierboven gegeven voorbeelden laten zien dat de informatieverstrekking door de regering aan burgers over uiteenlopende aspecten van windparken eenzijdig en soms misleidend is geweest. Dat is niet in overeenstemming met artikel 5, lid 2 en lid 7 en met artikel 3, lid 2, van het Verdrag.

86. Verder zij hier, enigszins vooruitlopend op het volgende onderdeel van de klacht over toegang tot de besluitvorming, reeds opgemerkt dat dit alles evenmin in overeenstemming met artikel 6, lid 6, van het Verdrag dat eist dat alle voor de besluitvorming relevante informatie beschikbaar wordt gesteld aan het publiek. Juist de informatie waar het hier over gaat is ook relevant voor de besluitvorming over concrete projecten. Voor omwonenden - het betrokken publiek - is een juist inzicht in bijvoorbeeld het (lagere) beschermingsniveau van de nieuwe geluidsnormen en in de mogelijkheid om strengere normen op te leggen via maatwerkvoorschriften van essentieel belang bij het maken van afwegingen over concrete windenergieprojecten.

II. TOEGANG TOT BESLUITVORMING

1. Inleiding

87. De artikelen 6 en 7 van het Verdrag verplichten ertoe om het betrokken publiek bij de besluitvorming over specifieke activiteiten, respectievelijk over plannen en programma's op een adequate, tijdige en doeltreffende wijze te laten participeren over de voorgenomen activiteit respectievelijk het plan of programma, de procedure van besluitvorming en de mogelijkheden voor inspraak. Deze inspraak dient, aldus artikel 6, lid 4, van het Verdrag (dat in artikel 7, tweede volzin, ook van toepassing wordt verklaard op plannen en programma's) in een vroegtijdig stadium te gebeuren, 'wanneer alle opties open zijn en

doeltreffende inspraak kan plaatsvinden'. Met de resultaten van de inspraak dient vervolgens naar behoren rekening te worden gehouden.

88. In dit onderdeel wordt beschreven waarom de Nederlandse praktijk van besluitvorming over windparken niet in overeenstemming is met de in artikel 6, lid 4, neergelegde eis van vroegtijdige en doeltreffende inspraak als alle opties nog open zijn. De focus ligt op de besluitvorming op het niveau van de landelijke overheid. Daarbij gaat het veelal om het vaststellen van plannen en programma's die in sterke mate bindend zijn voor de vervolgbesluitvorming over concrete projecten. Probleem daarbij is dat het betrokken publiek buitenspel wordt gezet. De materiële besluitvorming vindt plaats voorafgaand aan de formele inspraak en in samenspraak met, of op basis van een inbreng van, de pleitbezorgers van windenergie, te weten het bedrijfsleven en natuur- en milieuorganisaties. Er is daardoor slechts sprake van pro forma inspraak voor het betrokken publiek.

89. Hieronder volgt eerst een korte beschrijving van de wijze waarop in Nederland de besluitvorming over windenergie en windparken is geregeld. Daarna komen achtereenvolgens aan de orde: (1) de besluitvorming door de landelijke overheid over plannen en projecten in het licht van de vraag of die in overeenstemming is met artikel 7, tweede volzin, in samenhang met artikel 6, lid 4, van het Verdrag; en (2) de besluitvorming over concrete projecten die vallen onder artikel 6, lid 4, van het Verdrag.

2. De organisatie van de besluitvorming over windenergie

90. Windparken kunnen zowel op land als op zee worden gebouwd. Deze klacht betreft alleen windparken die op het vasteland van Nederland worden gebouwd met inbegrip van de binnenwateren zoals het IJsselmeer en de Zeeuwse delta. In Nederland is de besluitvorming over windturbines op het vasteland verspreid over drie overheidsniveaus, te weten Rijk (de landelijke overheid), provincie (de regionale overheid: er zijn 12 provincies) en gemeente (de lokale overheid; er zijn ca. 400 gemeenten).

91. Het Rijk zet de hoofdlijnen van het beleid uit. Dit houdt in dat het Rijk bepaalt in welke mate windenergie nodig is in het licht van het streven om de energievoorziening te verduurzamen en in welke gebieden de windparken in hoofdzaak zullen worden gesitueerd. Ook bepaalt het Rijk, zoals hierboven al aan de orde kwam, de toepasselijke normen op het punt van geluid en slagschaduw. Dit rijksbeleid wordt voor zover nog nodig (zie ook hierna onder 95 e.v.) nader uitgewerkt door de provincies en de gemeenten.

92. Als het gaat om de besluitvorming over concrete windparken is verder van belang dat de bevoegdheden verschillen al naar gelang de omvang van het windpark in kwestie. Bij windparken met een vermogen van 100 MW of meer zijn de ministers van Economische Zaken en Infrastructuur & Milieu bevoegd om een zogenoemd rijksinpassingsplan (dat qua rechtsgevolgen identiek is aan een bestemmingsplan) vast te stellen, waarmee het windpark in ruimtelijke zin mogelijk wordt gemaakt. De besluitvorming door de gemeentelijke overheid over de verder voor het windpark vereiste vergunningen en ontheffingen - zoals de omgevingsvergunning voor het bouwen en voor het milieu - vindt onder regie van de genoemde ministers plaats. In de praktijk betekent dit laatste dat de besluitvorming over het rijksinpassingsplan en de vergunningen tegelijkertijd plaatsvindt en dat als een gemeentebestuur weigert om de gevraagde vergunningen te verlenen, de betrokken

ministers alsnog in de plaats treden van het weigerachtige bestuur en dan zelf de gevraagde vergunningen verlenen.³⁴

93. Bij windparken met een vermogen tussen 5 en 100 MW is de provinciale overheid het bevoegd gezag. Zij zijn bevoegd een provinciaal inpassingsplan vast te stellen en hebben de regie (zie de vorige alinea) over de verlening van de overigens vereiste vergunningen.

94. Voor de lokale overheid resteert de bevoegdheid om solitaire windturbines en windparken met een vermogen van minder dan 5 MW te vergunnen.

3. De besluitvorming over plannen en programma's (artikel 7, eerste en tweede volzin, in samenhang met artikel 6, lid 4, van het Verdrag)

3.1 Geen inspraak bij beleidsontwikkeling

95. Tot ongeveer de eeuwwisseling was de besluitvorming over windenergieprojecten in handen van gemeenten en provincies. Dit veranderde in 2001. In dat jaar sloten het Rijk en de provincies een akkoord (de Bestuursovereenkomst Landelijke Ontwikkeling Windenergie) met als doel om in 2010 ten minste 1500 MW windenergie op het vasteland te plaatsen. De provincies werden daarin verantwoordelijk gemaakt voor de locatiekeuze. In het akkoord kreeg elke provincie de opdracht om een bepaald aantal MW te verwezenlijken. Deze aantallen samen moesten de beoogde 1500 MW leveren.

96. Daarna zijn deze doelen telkens hoger gesteld. In september 2007 besloot het Rijk om het Werkprogramma Schoon en Zuinig vast te stellen. Dit programma had als doel om tot en met 2011 nog eens 2.000 MW extra aan windenergie op het vasteland te plaatsen en om een perspectief te bieden voor forse groei in de jaren daarna.

97. Vervolgens vonden in het najaar van 2007 twee ronde tafelconferenties en enkele aanvullende overleggen plaats.³⁵ Hieraan namen deel de betrokken ministeries en de decentrale overheden, natuur- en milieuorganisaties en de Nederlandse Wind Energie Associatie (NWEA), een samenwerkingsverband van de organisaties en bedrijven die in Nederland actief zijn op het gebied van windenergie. Deze conferenties en overleggen resulteerden in het Nationaal Plan van aanpak Windenergie van 30 januari 2008. Daarin werd voor het eerst ook melding gemaakt van het voornemen - in lijn met het eerdere besluit om windenergie tot na 2020 nog fors te laten groeien - om in de periode tussen 2012 en 2020 nog eens 2.000 MW aan windenergie op het vasteland te plaatsen. Uiteindelijk kwam het einddoel, te realiseren uiterlijk in 2020, op 6.000 MW te liggen.³⁶

98. In 2007 respectievelijk 2009 heeft het Rijk met de provincies en de gemeenten nadere afspraken gemaakt in een tweetal convenanten.³⁷ De provincies en de gemeenten committeerden zich daarin aan de beleidsdoelen van het Rijk op het punt van windenergie en namen een inspanningsverplichting op zich om het (inmiddels alweer verhoogde) doel

³⁴ Artikel 3.36 van de Wet ruimtelijke ordening.

³⁵ Nationaal Plan van aanpak Windenergie, 30 januari 2008, blz. 3.

³⁶ Idem, blz. 8.

³⁷ Klimaat-Energieakkoord tussen Rijk en provincies, 14 januari 2009; Klimaatakkoord Gemeenten en Rijk 2007-2011, 12 november 2007.

van 4.000 MW in 2011, opnieuw uitgesplitst naar provincie, te verwezenlijken. Daarvoor zouden zij, aldus de convenanten, gebruik maken van hun bevoegdheden om locaties aan te wijzen en zouden zij investeerders faciliteren door snel vergunningen te verlenen en knelpunten en belemmeringen weg te nemen. Over de extra doelstelling om in 2020 in totaal 6.000 MW aan windenergie te hebben gerealiseerd, zouden op basis van verdere studies nadere afspraken worden gemaakt.

99. Het aldus tot stand gebrachte beleid ter zake van windenergie heeft Nederland in overeenstemming met de daartoe strekkende verplichting in Richtlijn 2009/28/EG in 2010 ook neergelegd in het 'Nationaal actieplan voor energie uit hernieuwbare bronnen' (hierna: Nationaal actieplan) en aan de Europese Commissie toegezonden. Dit plan beschrijft hoe Nederland zal voldoen aan de doelstelling van 14% hernieuwbare energie in 2020 zoals die in genoemde richtlijn is vastgelegd.

100. Het Nationaal actieplan moet gelet op de uitspraken van deze Commissie worden aangemerkt als een plan of programma in de zin van artikel 7 van het Verdrag.³⁸ Dit brengt mee dat Nederland inspraak had moeten bieden op dit plan in overeenstemming met de eisen van artikel 6, paragrafen 3, 4 en 8 (respectievelijk het vereiste van een redelijke termijn; het vereiste dat inspraak wordt geboden op een moment dat alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden; en het vereiste om naar behoren rekening te houden met de resultaten van de inspraak). Dit is evenwel niet gebeurd, zodat vaststaat dat in zoverre niet in overeenstemming met het Verdrag is gehandeld.

101. Voor zover al van belang³⁹ zij opgemerkt dat ook op de besluitvorming die aan het Nationaal plan is voorafgegaan, zoals het Werkprogramma Schoon en Zuinig en het Nationaal Plan van aanpak Windenergie (beide zijn hiervoor onder 96 en 97 al beschreven), geen inspraak is geboden. Genoemde documenten moeten evenzeer worden aangemerkt als plannen dan wel programma's in de zin van artikel 7, zodat ook zij niet in overeenstemming met het Verdrag tot stand zijn gekomen.

102. Volledigheidshalve zij verder nog opgemerkt dat de inbreng van de natuur- en milieu-organisaties en de windenergiebranche niet kan worden aangemerkt als inspraak in de zin van artikel 7, derde volzin, van het Verdrag. In dit bepaling wordt gezegd dat de betreffende overheidsinstanties het publiek aanwijzen dat kan inspreken 'met inachtneming van de doelstellingen van dit Verdrag'. Het behoeft geen betoog dat het alleen betrekken bij de inspraak van verklaarde pleitbezorgers van en zakelijke belanghebbenden bij windenergie (kortom: een zeer selectieve selectie uit het publiek) , niet in overeenstemming is met de doelstellingen van het Verdrag.

103. Evenmin is inspraak geboden op de hierboven genoemde bestuursakkoorden (convenanten) met de provincies en de gemeenten. Deze akkoorden behelzen inspanningsverplichtingen, gericht op de realisatie van concrete doelen (in de zin van per provincie vastgelegde aantallen MW windenergie) met behulp van concrete maatregelen. Zij

³⁸ ACCC/C/2010/54 (ECE/MP.PP/C.1/2012/12, 2 oktober 2012; ACCC/C/2012/68.

³⁹ Uit de tweede in de vorige voetnoot genoemde uitspraak blijkt dat op het Nationaal plan inspraak moet worden geboden, ook als op de daarin opgenomen maatregelen eerder al, in een ander kader, inspraak is geboden.

moeten daarom eveneens worden aangemerkt als plannen en programma's in de zin van artikel 7, eerste volzin, van het Verdrag.

3.2 Inspraak door burgers heeft geen effect

104. Inspraak werd pas voor het eerst geboden in 2011 in het kader van de besluitvorming over de Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte, een plan waarin het kabinet zijn ruimtelijk beleid voor geheel Nederland vastlegt (windenergie is maar een van de zeer vele onderwerpen die in deze Structuurvisie - en ook nog eens betrekkelijk summier - aan de orde komen). Een ontwerp van dit plan werd gedurende zes weken ter inzage gelegd met ingang van 3 augustus 2011. In dit ontwerp legde het kabinet opnieuw de doelstelling van 6.000 MW windenergie op het vasteland vast en wees het een aantal gebieden aan - in het bijzonder delen van de kustprovincies - als 'kansrijk voor windenergie'. De betrokken gebieden waren door de provincies al gereserveerd voor windenergie overeenkomstig de daarover met het Rijk eerder afgesloten akkoorden.

105. Hoewel veel indieners van zienswijzen zich kantten tegen het doel van 6.000 MW en tegen de voor windenergie aangewezen gebieden, en pleitten voor andere manieren om de energievoorziening duurzaam te maken, heeft het kabinet deze zienswijzen niet gehonoreerd en het plan overeenkomstig het ontwerp op 13 maart 2012 vastgesteld. Verbazend is dit niet, aangezien de Structuurvisie slechts de bevestiging vormde van de al eerder vastgelegde plannen en programma's (zoals hierboven onder 95 e.v. al besproken). De geboden inspraak vond dus, zo valt te concluderen, plaats in een stadium waarin de besluitvorming in materiële zin al had plaatsgevonden. Aldus stemde de inspraak niet overeen met de daaraan in het Verdrag gestelde eisen, te weten: inspraak in een fase dat alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden; en naar behoren rekening houden met de resultaten van de inspraak (artikel 7 in samenhang met artikel 6, lid 4).

106. De Structuurvisie Infrastructuur en ruimte is inmiddels opgevolgd door een specifiek op windenergie gericht plan, de Structuurvisie Windenergie op land. In deze Structuurvisie heeft het kabinet op een veel concreter niveau een aantal gebieden aangewezen voor grootschalige windenergie. In de brief waarmee het kabinet de Structuurvisie aan het parlement aanbood, valt het volgende te lezen:

'De belangrijkste reden voor het ontwikkelen van de SvWOL (lees: Structuurvisie Windenergie op Land, NLVOW) is de wens van het kabinet om grootschalig windenergievermogen te concentreren in de daarvoor meest geschikte gebieden. Op die manier kan de landschappelijke versnippering en verstoring worden beperkt. Bovendien zal het aanwijzen van gebieden voor grootschalige windenergie in een structuurvisie de procedures voor realisatie van grote windprojecten versnellen. De SvWOL is van belang om de doelstelling van 14% hernieuwbare energie in 2020 te realiseren. Dit houdt in de eerste plaats verband met het aanwijzen van gebieden voor grote windprojecten. Daarnaast heeft het kabinet in januari 2013 resultaatafspraken gemaakt met de provincies (vertegenwoordigd door het IPO⁴⁰) over het plaatsen van in totaal minimaal 6.000 MW windvermogen (grote en kleine projecten) in 2020. Op 27 januari 2014 zijn deze afspraken herbevestigd en vervolgens als onderdeel in de SvWOL opgenomen. Zowel het kabinet als de twaalf provinciale besturen zijn de verplichting

⁴⁰ De afkorting IPO staat voor Interprovinciaal Overleg. Het IPO is de vereniging van de 12 Nederlandse provincies.

aangegaan zich in te zetten voor het waarmaken van deze afspraken. Dit gebeurt op basis van de eigen onderscheiden bevoegdheden en in goed overleg. Voor het bewaken van de voortgang is een kernteam ingesteld, bestaande uit vertegenwoordigers van Rijk, IPO, de sector (NWEA), de natuur- en milieufederaties en de netbeheerders.'

107. Dit (enigszins lange) citaat is bijzonder illustratief voor de wijze waarop in Nederland besluitvorming over windenergie plaatsvindt. Dit gebeurt door middel van overleg tussen de verschillende betrokken overheden, al dan niet aangevuld met overleg met daartoe uitverkoren partijen (zoals we hiervoor onder 97 ook al zagen bij de beschrijving van de ronde tafelconferenties in het najaar van 2007). Opnieuw verdient daarbij opmerking dat de eenzijdige selectie van de partijen die aan dit overleg deelnemen in afwijking van hetgeen artikel 7, derde volzin, stipuleert, juist wegens deze eenzijdige samenstelling niet in overeenstemming is met de doelstellingen van het Verdrag. Op geen enkel moment wordt het publiek betrokken; discussies spelen zich af binnen een kleine groep van organisaties met gevestigde belangen. De resultaten van dit overleg worden vervolgens in formele besluiten zoals de hier genoemde structuurvisies vastgelegd. De inspraak die naar Nederlands recht op de ontwerpen van dergelijke besluiten moet worden geboden, vindt derhalve in feite plaats op een moment dat de besluitvorming in materiële zin al heeft plaatsgevonden. Zie ook de conclusie van de paragrafen 95 e.v.

108. Het bovenstaande wordt bevestigd door de feitelijke gang van zaken rond de inspraak bij de zojuist genoemde Structuurvisie Windenergie op land. Die inspraak heeft in twee fasen plaatsgevonden. De eerste fase, in het najaar van 2012, betrof het voornemen om een Structuurvisie op te stellen en ter voorbereiding daarvan ook een milieueffectrapport. De tweede fase, in het voorjaar van 2013, had betrekking op het ontwerp van de Structuurvisie. De ingediende inspraakreacties hebben in geen van beide fasen geleid tot wijzigingen (anders dan een woord of zin hier en daar) van het voornemen om te komen tot een Structuurvisie (najaar 2012) of van de ontwerp-Structuurvisie zelf (voorjaar 2013).

109. In de Nota van antwoord - het document waarin het kabinet reageert op de ingediende inspraakreacties - deelt het kabinet om te beginnen mee dat een deel van de inspraakreacties, namelijk de reacties die betrekking hebben op bepaalde negatieve effecten van windparken, duidelijk maakt 'welke zorgen en meningen onder burgers leven'. Die inspraakreacties hebben evenwel geen gevolgen voor de Structuurvisie, omdat de betrokken effecten naar het oordeel van het kabinet in het kader van de vervolgbesluitvorming over elk windpark afzonderlijk een punt van aandacht vormen.

110. Daarnaast noemt het kabinet een aantal onderwerpen die in de inspraakreacties aan de orde worden gesteld, maar die 'buiten de reikwijdte vallen van de Structuurvisie en het plan-MER'. Het betreft o.a. het nut en de noodzaak van windenergie, de vergelijking met andere manieren om duurzame elektriciteit op te wekken en de normering en handhaving van de wettelijke normen op het punt van o.a. het geluid.

111. Over de eerste twee onderwerpen schrijft het kabinet:

'Wat betreft alternatieve vormen van duurzame energie is het volgende van belang. In het Energierapport (2011, Ministerie van Economische Zaken) is geconcludeerd o.a. op basis van ECN-onderzoek dat voor het halen van de duurzame energiedoelstelling in 2020 (aandeel 14%) in principe

alle vormen van duurzame energie nodig zijn. Voor windenergie op land is daarbij een totaal vermogen van ongeveer 6000 MW realistisch te achten. Windenergie op land kan in de bestaande situatie niet worden ingeruild voor andere bronnen. De nut en noodzaak discussie over 6000 MW windenergie op land is daarmee met het Energierapport formeel afgesloten. In de jaren daarvoor (vanaf 2008) is in het kader van het programma Schoon en Zuinig deze discussie breed maatschappelijk gevoerd.'

112. Het werkprogramma Schoon en Zuinig (2007) is, zoals hierboven al werd beschreven onder 96 en anders dan de hierboven aangehaalde passage suggereert, nimmer aan inspraak onderworpen. Dat geldt ook voor het in die passage genoemde Energierapport dat handelt over het energiebeleid van het in oktober 2010 aangetreden nieuwe kabinet. Er is dus eenvoudigweg geen gelegenheid geweest voor inspraak met betrekking tot deze twee plannen/programma's.

113. Inspraakreacties over het derde relevante thema, de normering van o.a. geluid liet het kabinet buiten beschouwing, omdat deze normen (die hierboven onder 61 e.v. al zijn besproken) wettelijk vastliggen.

114. Zelfs inspraakreacties waarin werd gepleit voor wijzigingen in de locatiekeuze, liet het kabinet buiten beschouwing:

'Zienswijzen waarin is verzocht om een bepaald gebied niet in de Structuurvisie op te nemen dan wel juist aanvullende gebieden op te nemen, zijn niet gehonoreerd. Het kabinet is met de provincies overeengekomen dat de provinciale reserveringen het uitgangspunt vormen van het Plan-MER en de Structuurvisie. Daarnaast zijn op verzoek van de Tweede Kamer prestatieafspraken met provincies gemaakt over de realisatie van de kabinetsdoelstelling voor windenergie op land.'

115. Dat het kabinet onder geen beding wilde tornen aan de afspraken met de provincies over de locatiekeuze van de windparken, blijkt ook wel uit het feit dat het kabinet het op dit punt zeer kritische advies van de Commissie voor de milieu-effectrapportage (Commissie MER) naast zich neerlegde. Deze Commissie is een bij wet ingesteld adviesorgaan dat verplicht om advies moet worden gevraagd over de inhoud en de kwaliteit van milieueffectrapporten. Over de locatiekeuze merkte de Commissie MER onder andere het volgende op:

*'Naar het oordeel van de Commissie blijven door de bestuurlijke afspraken als vertrekpunt te hanteren, kansen voor grootschalige windenergie liggen, zonder voldoende onderbouwing van de milieugevolgen van deze benadering en zonder dat duidelijk wordt om welk potentieel vermogen het gaat. Een analyse van alle SvIR-gebieden had geleid tot een meer samenhangende, ruimere en optimalere opbouw van de alternatieven met een grotere kans op het bereiken van gestelde doelen.'*⁴¹

In zijn reactie op dit advies liet de regering evenwel weten vast te willen houden aan de gemaakte afspraken.

⁴¹ Nota van Antwoord, blz. 94. Deze passage is afkomstig uit de samenvatting van het advies van de Commissie MER in de Nota van zienswijzen, het document waarin het kabinet inging op de ingediende zienswijzen en de uitgebrachte adviezen. De afkorting 'SvIR' verwijst naar de eerder in deze paragraaf al besproken Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte, waarin eerder al de kansrijke gebieden voor windenergie waren aangewezen.

116. Samengevat valt dus te constateren dat de inspraak die op de Structuurvisie Windenergie op Land geboden werd, geen betrekking mocht hebben op: (1) nut en noodzaak van windenergie; (2) alternatieven voor windenergie; (3) de geluidsregels voor windturbines; en (4) de locatiekeuze. Alle wezenlijke keuzes die in de Structuurvisie aan de orde waren, werden aldus buiten het bereik van de inspraak gehouden. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de ingediende zienswijzen niet hebben geleid tot ook maar één enkele verandering in de Structuurvisie. Zij hebben hooguit op een enkel punt geresulteerd in een (iets) betere uitleg of aanvulling.

117. Een aannemelijk gevolg hiervan is, zoals het hierboven aangehaalde advies van de Commissie MER ook laat zien, dat suboptimale keuzes worden gemaakt. Aldus doet de Nederlandse praktijk van besluitvorming ook afbreuk aan het streven van het Verdrag om door middel van onder andere inspraak de kwaliteit van de besluitvorming te verbeteren en de publieke steun voor besluiten over het milieu te versterken.⁴²

118. Hierboven is al beschreven dat bestuursakkoorden tussen overheden en afspraken met bepaalde betrokken partijen (zoals de windenergiebranche en natuur en milieuorganisaties) feitelijk bepalend zijn voor de inhoud van de plannen en programma's van de overheid voor windenergie en vervolgens ook voor de inhoud van concrete besluiten over windparken. Dat is bij de Structuurvisie Windenergie op Land het geval geweest zoals de aangehaalde passages laten zien. Dergelijke akkoorden en afspraken maken een onbevangen beoordeling door de overheid van de inbreng van het publiek in de besluitvorming vrijwel onmogelijk: de handen van de overheid zijn gebonden. Of beter: de overheid bond die zelf.

3.3 Het Nationale Energieakkoord als casus

119. Het is relevant om tot slot nog in te gaan op het zogeheten Energieakkoord omdat dit akkoord de laatste ontwikkeling is in het beleid inzake duurzame energie. Dit akkoord is op 6 september 2013 gesloten tussen het kabinet en een aantal organisaties en kan worden gekarakteriseerd als een plan of programma in de zin van artikel 7, eerste volzin.

120. Het akkoord behelst een groot aantal maatregelen die moeten waarborgen dat het doel van 14% duurzame energie in 2020 wordt bereikt. Maar de horizon van het akkoord reikt verder: 16% duurzame energie in 2023 en een volledig duurzame energievoorziening in 2050. In dit akkoord hebben partijen zich niet alleen nog eens vastgelegd op de bekende doelstelling van 6.000 MW aan windenergie op het vasteland in 2020, maar committeren zij zich ook al aan een verdere groei van windenergie na 2020.

121. Naast de betrokken overheden zijn ook organisaties uit de private sector partij bij het akkoord: werkgeversorganisaties, vakbonden, brancheorganisaties, natuur- en milieuorganisaties en beleggers. Organisaties die kritisch staan tegenover windenergie zoals het Nationaal Kritisch Platform Windenergie (NKPW) en de NLVOW, werden evenwel niet uitgenodigd om deel te nemen aan de discussies en onderhandelingen over het akkoord. Dit hoewel de NLVOW hierom uitdrukkelijk had verzocht. Een bijdrage aan de discussie van

⁴² Considerans, onder 9 en 10.

het NKPW (namens 88 plaatselijke groepen van omwonenden) weigerde men in ontvangst te nemen.

122. Naar aanleiding van het verschijnen van het Energieakkoord verscheen in het Financieele Dagblad een artikel van professor dr. Pieter Lukkes, met de kop 'Bevolking moet oordelen over akkoord energie'. Lukkes pleitte daarin voor het alsnog maken van zowel een analyse van het nut en de noodzaak van de in het akkoord overeengekomen maatregelen, als een analyse van de maatschappelijke kosten en baten van windenergie. Beide analyses zouden dan volgens de auteur aan de bevolking moeten worden voorgelegd. Die zou dan uiteindelijk de keuzes moeten maken.

123. Het artikel leidde tot het verzoek van een lid van de Tweede Kamer aan de minister van Economische Zaken om te reageren op het voorstel om de bevolking te raadplegen. Zijn reactie luidde:

'Nederland is een representatieve democratie. Op 2 oktober jl. heeft uw Kamer op hoofdlijnen ingestemd met het Energieakkoord. Daarnaast ben ik van mening dat middels ondertekening door 40 partijen het akkoord breed draagvlak heeft in de samenleving.'

124. Deze reactie van de minister laat nog eens zien dat de Nederlandse overheid geen oog heeft voor de uit het Verdrag voortvloeiende verplichting om bij plannen en programma's zoals het Energieakkoord te voorzien in vroegtijdige inspraak op een moment dat alle opties nog open zijn en doeltreffende inspraak kan worden geboden. In de optiek van de regering kan er kennelijk mee worden volstaan om dergelijke ingrijpende plannen en programma's, als zij eenmaal zijn vastgesteld in de besloten kring van zorgvuldig geselecteerde organisaties, voor te leggen aan de volksvertegenwoordiging. Dat wil zeggen: zonder enigerlei vorm van inspraak door het publiek. Daarmee miskent de regering dat de verplichtingen van het Verdrag juist gelden in aanvulling op de gebruikelijke politieke besluit-vormingsmechanismen en beogen om de betrokkenheid van het publiek te vergroten en de kwaliteit van de besluitvorming te verbeteren.

125. Het behoeft tenslotte geen betoog dat de inhoud van het Energieakkoord - net zoals dat bij eerdere akkoorden het geval is geweest - sterk is gekleurd door de aard van de deelnemende partijen. Ook hier geldt weer dat in afwijking van artikel 7, derde volzin, de betrokken overheidsinstanties zeer selectief zijn geweest in hun keuze van de uit te nodigen partijen. Van een breed draagvlak in de samenleving kan dan ook niet worden gesproken zoals de minister stelt in bovenstaand citaat.

126. Het Nationale Energieakkoord is hier als voorbeeld besproken omdat het laat zien dat het niet betrekken van het publiek niet een incident is, maar een systemisch verschijnsel in hoe de Nederlandse overheid, het Rijk in het bijzonder, zich opstelt bij het ontwikkelen van beleid, en het nemen van beslissingen, inzake windenergie. Het niet betrekken van het publiek - beter: systematisch uitsluiten - begon in 2001 met het eerste belangrijke bestuursakkoord over windenergie tussen Rijk en provincies (zie onder 95) en het duurt zonder onderbreking door tot op de dag van vandaag - zie het Nationale Energieakkoord van 2013. Ook het overleg over de uitvoering van het Energieakkoord speelt zich af achter gesloten deuren tussen overheden, natuur- en milieuorganisaties, NWEA (de

brancheorganisatie van de windsector) en enkele andere, daartoe uitgenodigde belangenorganisaties. Dus nog steeds zonder enige rol voor, of inbreng vanuit het publiek.

4. De besluitvorming over concrete windparken (artikel 6 van het Verdrag)

127. In paragraaf 92 is al opgemerkt dat het Rijk bevoegd is om besluiten te nemen over windparken met een opgesteld vermogen van 100 MW of meer in die zin dat de ministers van Economische Zaken en Infrastructuur & Milieu het rijksinpassingsplan⁴³ vaststellen, waarmee de planologische toestemming voor het park wordt gegeven. De overige besluiten worden door de betrokken gemeentebesturen genomen onder regie van het Rijk (die als gemeentebesturen weigeren mee te werken, zelf de benodigde besluiten mag nemen).

128. De procedurele gang van zaken hierbij is dat inspraak wordt geboden op het ontwerp van de notitie reikwijdte en detailniveau (waarin de omvang van het in het kader van de milieueffectrapportage te verrichten onderzoek wordt bepaald) en vervolgens op het ontwerp-rijksinpassingsplan en de ontwerp-vergunningen. Op het moment van indiening van deze klacht zijn (of worden) twee windparken gerealiseerd door middel van deze procedure, te weten het Windpark Zuidlob (Zeewolde) en het windpark Noordoostpolder (in de gemeente met dezelfde naam). De ingediende zienswijzen hebben niet geresulteerd in enige verandering van betekenis. Gezien de hierboven onder 104 e.v. geschetste gang van zaken kon dat ook niet anders.

129. Intussen worden voorbereidingen getroffen om ter uitvoering van de Structuurvisie Wind op Land nog een aantal grote windparken te bouwen.⁴⁴ Voor zover het betrokken publiek al gebruik zal maken van de in dat kader te bieden inspraak - de animo daarvoor zal ongetwijfeld verminderen naar mate meer duidelijk wordt dat inspraak slechts voor de vorm gebeurt - zal dat ongetwijfeld ook tevergeefs zijn.

130. Voor kleinere windparken waarvoor provincies en gemeentes het bevoegd gezag zijn, is dit niet anders. Zij zijn gehouden het rijksbeleid (dat zoals we hiervoor onder 95 e.v. zagen zonder enige werkelijke inbreng van het publiek wordt vastgesteld) nader uit te werken door de benodigde planologische medewerking te verlenen in de vorm van structuurvisies en bestemmingsplannen en vergunningen. Daarbij zijn deze decentrale overheden gebonden aan het rijksbeleid vanwege twee overwegingen. Allereerst doordat zij mede gelet op de rechtspraak gehouden zijn om rekening te houden met het rijksbeleid zoals vastgelegd in

⁴³ Een rijksinpassingsplan is een bestemmingsplan, vastgesteld op rijksniveau, dat concrete bouw- en gebruiksmogelijkheden geeft voor de percelen waarop het plan betrekking heeft. Het gaat hier derhalve net als bij provinciale inpassingsplannen en gemeentelijke bestemmingsplannen om de planologische toestemming voor het park. Voor de bouw zelf en het in bedrijf zijn van het windpark zijn nog afzonderlijke vergunningen vereist. Het is gebruikelijk dat de planologische toestemming in de vorm van een bestemmingsplan door de gemeentelijke overheid wordt gegeven. Als hiermee evenwel een rijksbelang of een provinciaal belang is gemoeid, kunnen het Rijk en de provincie een eigen ruimtelijk plan als het ware 'inpassen' in de gemeentelijke bestemmingsplannen. Vandaar de term 'inpassingsplan'.

⁴⁴ Het gaat om in ieder geval het Windpark N33 bij Veendam, het Windpark Drentse Monden en Oostermoer (ten zuiden van Stadskanaal), het Windpark Wieringermeer (ten westen van de Afsluitdijk), het Windpark Fryslân (in het IJsselmeer ten westen van Makkum) en het windpark Krammer (ten zuiden van Goeree-Overflakkee).

structuurvisies in die zin dat afwijkingen een deugdelijke motivering behoeven.⁴⁵ Daarnaast doordat deze decentrale overheden zich door middel van de hierboven onder 95 e.v. genoemde bestuursakkoorden e.d. hebben gecommitteerd aan het rijksbeleid.

131. De NLVOW heeft dan ook geen voorbeelden kunnen vinden van gevallen - en zij heeft kennis genomen van de dossiers van vele tientallen windparken - waarin een provincie of gemeente haar voornemen om medewerking te verlenen aan een windpark liet varen naar aanleiding van de inbreng van het betrokken publiek. Evenmin leidde die inbreng ooit tot majeure aanpassingen van de plannen. De situatie bij besluitvorming over concrete windparken is identiek aan de situatie bij besluitvorming over plannen en programma's als samengevat onder 126.

5. Conclusies

132. Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat plannen en programma's over windenergie tot stand komen zonder enige betrokkenheid van betekenis van het publiek. De besluitvorming gebeurt in 'onderonsjes' tussen de overheid en organisaties die meer werk willen maken van windenergie. Pas als op deze manier de bepalende keuzes zijn gemaakt, volgt de formele besluitvorming, eerst over de plannen en programma's en daarna over de concrete windparken.

133. In dat kader wordt weliswaar de gelegenheid tot inspraak geboden, maar dit gebeurt slechts pro forma. Van een reële deelname aan de besluitvorming door het publiek is geen sprake. De inbreng van het publiek wordt routinematig 'weggeschreven' zonder (bevredigende) uitleg. Aldus handelt Nederland niet in overeenstemming met de verplichting om te voorzien in vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden (artikel 6, lid 1 en 4, en artikel 7, tweede volzin). Evenmin voldoet het aan de verplichting om naar behoren rekening te houden met de uitkomsten van inspraak (artikel 6, lid 8). Dit geldt zowel voor de inspraak over plannen en programma's als voor de inspraak over specifieke projecten.⁴⁶

III. TOEGANG TOT DE RECHTER

1. Inleiding

134. Artikel 9, lid 2, van het Verdrag van Aarhus waarborgt dat het betrokken publiek, voor zover dit een voldoende belang heeft, de gelegenheid heeft om de formele en materiële rechtmatigheid van - kort gezegd - een milieubesluit te laten beoordelen door de rechter. Ingevolge artikel 9, lid 4, dient een dergelijke procedure bovendien fair te zijn.

135. In dit onderdeel van de klacht betoogt de NLVOW met behulp van voorbeelden van rechterlijke uitspraken over windparken dat de Nederlandse rechtspraktijk niet in

⁴⁵ Prof. mr. P.J.J. van Buuren e.a., Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 2010, blz. 348; Afdeling Bestuursrechtspraak 24 mei 1997, Milieu & Recht 1998.

⁴⁶ ACCC/C/2008/24, Spanje.

overeenstemming is met het recht op een toetsing van de materiële rechtmatigheid en evenmin voldoet aan de eis van fairness.

136. Dit komt allereerst doordat de rechter zich in hoge mate lijdelijk opstelt ten aanzien van de feiten. De vaststelling en de waardering van de feiten door het bestuur zijn voor hem of haar leidend. Het is daardoor buitengewoon moeilijk, zo niet onmogelijk, om met enige kans op succes de juistheid van de aan een besluit ten grondslag gelegde feiten en de waardering van die feiten, ter discussie te stellen bij de rechter. In combinatie met het buitengewoon grote respect dat de rechter tentoonspreidt voor de wijze waarop het bestuur zijn beleidsvrijheid uitoefent, heeft het instellen van beroep tegen een besluit waarmee een windpark wordt toegestaan, geen serieuze kans op succes.

137. Het voert te ver om in deze klacht de oorzaken van deze rechterlijke terughoudendheid uitvoerig te bespreken. De volgende passage, geschreven door E.M.H. Hirsch Ballin, voormalig minister van Justitie en voormalig lid van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, maakt echter veel duidelijk:

‘Tot de door wetgeving bewerkstelligde veranderingen behoort de invoering van onafhankelijke bestuursrechtspraak, in Nederland een opvallend moeizaam proces dat bijna de hele 20^e eeuw heeft voortgeduurd. Angst dat onverantwoordelijke rechters het beter zouden willen weten dan het bestuur, heeft zowel de totstandkoming als de uitoefening van de rechterlijke functie in het bestuursrecht afgeremd.’⁴⁷

138. Het ontbreken van een toereikende toetsing van de materiële rechtmatigheid vindt bevestiging in een onderzoek van Marjolein Geling naar rechterlijke uitspraken over windparken.⁴⁸ Uit haar analyse van 67 uitspraken over windmolenparken, gewezen naar aanleiding van door tegenstanders ingestelde beroepen, blijkt dat uiteindelijk in vijftien uitspraken het beroep gegrond werd verklaard.

139. In zes van deze vijftien gevallen liet de rechter evenwel de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand, omdat de geconstateerde schending van procedurele regels gelet op het hierover door het bestuur ingenomen standpunt toch niet tot een ander inhoudelijk besluit zou leiden. Door de rechtsgevolgen van de vernietiging in stand te laten, konden de betrokken besluiten toch uitgevoerd worden.

140. In de resterende negen gevallen werd stevast vernietigd op grond van een formeel gebrek, zoals het ontbreken van een milieueffectrapport. In die gevallen kon dus na herstel van het gebrek de bestreden ontwikkeling in beginsel alsnog doorgang vinden. In geen enkel geval vond vernietiging plaats wegens schending van een materiële norm, zoals bijvoorbeeld het verbod op willekeur of het vereiste dat een bestemmingsplan in overeenstemming moet zijn met ‘een goede ruimtelijke ordening’.

141. Het navolgende is gebaseerd op de analyse van Marjolein Geling en op eigen onderzoek naar uitspraken over windparken.

⁴⁷ ‘Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter’, VAR-reeks 154, 2015, blz. 9.

⁴⁸ ‘Vechten tegen een windmolenpark. Een kansloze strijd?’, augustus 2013 (afstudeerscriptie Rijksuniversiteit Groningen).

2. De rechterlijke beoordeling van de feiten

142. Bij procedures over windenergie en windparken komt het in belangrijke mate aan op specialistische kennis. Berekeningen van de mate van geluidhinder en slagschaduw in verband met de vraag of de turbines aan de wettelijke normen voldoen; het opstellen van visualisaties en welstandsoordelen; en de beoordeling van de betekenis van ecologische, cultuurhistorische en landschappelijke waarden voor de (on)toelaatbaarheid van windturbines - al deze (en andere) zaken vergen steeds deskundigheid en speciale kennis.

143. Het is in eerste instantie de initiatiefnemer van het windpark die dergelijke kennis - veelal in de vorm van een milieueffectrapport, opgesteld door een gespecialiseerd adviesbureau - verzamelt en bij zijn of haar aanvraag voegt. Vervolgens beoordeelt het bevoegd gezag - een gemeente, een provincie of het Rijk - de aanvraag en de daarbij behorende informatie en neemt het een besluit. Omwonenden kunnen hier desgewenst contra-expertise tegenover stellen.

144. Daarna is het uiteindelijk aan de rechter om te toetsen of voor het besluit een deugdelijke grondslag bestaat. Als de rechter zich in dit opzicht lijdelijk opstelt en zich vooral laat leiden door de feitenvaststelling door het bestuur, zal het voor een omwonende bijzonder moeilijk worden om gehoor te vinden voor zijn of haar visie op de feiten. Effectieve rechtsbescherming kan zo een illusie worden. De vraag hoe de rechter oordeelt over de feiten aangedragen door het bestuur is daarom van cruciaal belang voor de uitkomst van procedures inzake windparken.

145. In zijn algemeenheid geldt in de rechtspraak het uitgangspunt dat het bestuursorgaan in zijn besluitvorming mag afgaan op een deskundigenrapport, ook als dat is opgesteld in opdracht van de aanvrager. Een appellant die de bevindingen van een deskundige wenst te betwisten, doet er daarom goed aan om deskundig tegenbewijs te leveren. Maar ook dan is het niet eenvoudig om de feitenvaststelling en de waardering van de feiten door het bestuur aan te vechten.

146. De uitspraak inzake het windpark Duiven laat dit zien.⁴⁹ In die zaak betoogden de appellanten dat het geluid van windturbines een tonaal- of impuls karakter heeft en daardoor extra hinderlijk is. Strengere geluidsnormen waren daarom volgens hen noodzakelijk (de zaak speelde zich af onder het oude recht, toen het nog mogelijk was om de bij pulsgeluid voorgeschreven strengere geluidsnormen op te leggen; zie onder 62). Appellanten hadden ter onderbouwing van dit standpunt gewezen op een onderzoek van de R.U. Groningen en de universiteit van Gothenborg, getiteld 'Wind farm perception; visual and acoustic impact of windturbine farms on residents'. Burgemeester en wethouders weerspraken dit standpunt door op hun beurt te wijzen op onderzoek van het ministerie van Verkeer en Waterstaat, waarin zou zijn geconcludeerd dat 'meestal' geen sprake is van een impulsachtig of tonaal karakter bij windturbinegeluid.

147. Appellanten, zo overweegt de Afdeling dan, 'hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het college zich ten onrechte op dit standpunt heeft gesteld'. De Afdeling kiest hier

⁴⁹ ECLI:NL:RVS:2011:BT2817.

zonder verdere uitleg voor de feitenvaststelling van het bestuur, hoewel dit geschil over de feiten had kunnen worden beslecht door een bewijsopdracht te geven of door het benoemen van een deskundige. Daar was des te meer reden voor nu uit het door burgemeester en wethouders genoemde rapport bleek dat windturbines in sommige gevallen wel geluid met een tonaal of impulsachtig karakter veroorzaken.

148. Een zelfde discussie met een zelfde uitkomst valt te vinden in de uitspraak over het windpark Tolhuislanden.⁵⁰ Ook hier kiest de Afdeling voor de visie van het bestuur op de feiten, hoewel het voor de hand had gelegen om een of beide partijen op dit punt een bewijsopdracht te geven dan wel zelf een deskundige te benoemen om dit geschilpunt te beslechten.

149. Een bewijsopdracht of het benoemen van een deskundige zou ook nuttig zijn geweest ten aanzien van een andere feitelijke vraag die zich in de zaak over het windpark Duiven voordeed en die ook in andere zaken vaak rijst. Dit betreft de technische specificaties en mogelijkheden van windturbines. In deze zaak bijvoorbeeld betoogden het bestuur en de initiatiefnemer van het windpark dat aan de geluidsnormen kon worden voldaan door windturbines waar nodig ‘terug te regelen’. De Afdeling overweegt hierover:

‘Gelet hierop en nu ter zitting door het Nuon en het college onweersproken is gesteld dat de omwentelingssnelheid van de rotor van de te plaatsen turbines instelbaar is, zodat in voorkomende gevallen een dreigende overschrijding van de normen kan worden ondervangen, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat ernstig moet worden betwijfeld of kan worden voldaan aan de in het Activiteitenbesluit opgenomen geluidsnormen.’

150. Voor omwonenden die in beroep komen, is het evenwel bijzonder moeilijk om zo’n stelling van het bestuur of van initiatiefnemers te weerspreken. Dat vergt immers deskundige kennis van windturbines, waarover zij als regel niet zullen beschikken. Extra problematisch is dat zulke kennis vooral berust bij de windenergiebranche, waardoor het vinden van een onafhankelijke deskundige niet eenvoudig zal zijn. Appellanten hebben m.a.w. een bewijsprobleem. Hier zou de Afdeling hen de helpende hand kunnen reiken door een bewijsopdracht aan het bestuur te geven of een eigen deskundige te benoemen. Daar is ook alle reden voor, want juist de vraag of geluidhinder met behulp van adequate maatregelen voldoende en op een controleerbare wijze kan worden beperkt, is veelal de meest wezenlijke zorg van omwonenden. Als een rechter geen actie neemt komt dat in feite er op neer dat de rechter tegen omwonenden zegt dat ze maar op moeten vertrouwen dat het bevoegd gezag en de exploitant op dit punt gelijk hebben en bereid zijn te doen wat nodig is om de norm te handhaven respectievelijk na te leven.

151. De hier beschreven uitspraken zijn representatief voor de lijdelijke benadering van de rechter. De feitenvaststelling door het bestuur en diens deskundigen (dan wel de door initiatiefnemers ingeschakelde deskundigen) is leidend. Daartegen gerichte bezwaren, zelfs als die gebaseerd zijn op contra-expertise, worden terzijde geschoven veelal met niet meer dan de uitleg dat de appellant onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zijn of haar visie op de feiten de juiste is. Een rechter die zijn of haar geschilbeslechtende taak serieus neemt, zou in een dergelijke situatie zelf onderzoek moeten (laten) verrichten naar de feiten. Maar in

⁵⁰ ECLI:NL:RVS:2012:BV0563.

de praktijk volgen Nederlandse bestuursrechters vrijwel altijd de opvatting van het bestuur als in beroep de feiten als aangedragen door het bestuur worden betwist.

152. Opmerking verdient hier dat in de Nederlandse juridische literatuur de opvattingen uiteen lopen over hoe de bestuursrechter zich ten aanzien van de feiten moet opstellen. Sommige auteurs zijn van mening dat het bestuur het primaat heeft bij de feitenvaststelling en dat de rechter zich moet beperken tot de vraag of de feiten op een zorgvuldige wijze en dus rechtmatige wijze in kaart zijn gebracht.⁵¹ Anderen pleiten voor een bestuursrechter die - uiteraard met alle beperkingen die daaraan inherent zijn - toch zijn of haar best doet om 'uit te zoeken hoe het zit'.⁵² De wetgever van de Algemene wet bestuursrecht ging uit van een actieve rechter die op zoek zou zijn naar de materiële waarheid.⁵³ Dit uitgangspunt hing samen met wat in Nederland van oudsher werd gezien als een belangrijk kenmerk van het bestuursprocesrecht, te weten 'ongelijkheidscompensatie', een term waarmee wordt gedoeld op de verantwoordelijkheid van de rechter om de burger behulpzaam te zijn, onder andere door, waar nodig, de feiten aan te vullen (waartoe artikel 8:69 van de Awb hem of haar bevoegd maakt).

153. Ongelijkheidscompensatie kan worden beschouwd als een van de manieren waarop invulling kan worden gegeven aan het in artikel 9, lid 4, van het Verdrag neergelegde eis dat een procedure 'fair' moet zijn.

154. Als hierboven onder 142 e.v. beschreven, stelt de bestuursrechter zich in werkelijkheid passief op. Dit blijkt ook uit empirisch onderzoek waarin de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State wordt getypeerd als een 'marginaal toetsende achteroverleuner',⁵⁴ die geen serieuze inspanningen doet om uit te zoeken hoe het zit. Een van de onderzoeken waarop deze typering is gebaseerd is een evaluerend onderzoek naar het bestuursprocesrecht en meer in het bijzonder de wijze waarop de bestuursrechter oordeelt over de feiten. De onderzoekers schrijven hierover:

'Uit het empirisch onderzoek komt in de eerste plaats naar voren dat in zo'n 90% van de bij de bestuursrechter in eerste aanleg aanhangige procedures tussen partijen onenigheid over de feiten bestaat. Het blijkt dat de rechter zich in die discussie - anders dan verwacht zou kunnen worden op grond van de uitgangspunten die aan het procesrecht van de Awb ten grondslag liggen - terughoudend opstelt. De rechter maakt zeer beperkt gebruik van de mogelijkheden die hij heeft om onderzoek te doen naar de voor het geschil relevante feiten. (...). De consequentie is dat de rechter het oordeel dat hij in zijn uitspraak geeft over de vraag of aan het besluit van het bestuur een juiste vaststelling van de feiten ten grondslag ligt, meestal slechts baseert op een weging van de door partijen aangevoerde argumenten, en niet op eigen onderzoek naar de feiten. Het oordeel van de rechter over de feiten valt in een grote meerderheid van de gevallen positief uit voor het bestuur. Daarbij springt in het oog dat de rechter zijn oordeel veelal voorzichtig formuleert en dat als de rechter

⁵¹ Bijvoorbeeld: M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, 5^e druk, 2013, blz. 650.

⁵² Aldus N. Verheij in zijn noot onder Afdeling Bestuursrechtspaar 20 februari 20001, AB 2002, 29.

⁵³ Kamerstukken II, 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 32 en blz. 36 e.v.

⁵⁴ De typering is van L.J. Damen, zoals aangehaald door R.J.N. Schlössels in: Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter, VAR-reeks 142, 2009, blz. 37, alwaar ook vermeldingen van dit empirisch onderzoek in de voetnoten.

*concludeert dat de burger zijn stellingen niet aannemelijk heeft gemaakt, hij dat oordeel meestal niet nader motiveert.*⁵⁵

155. De hierboven beschreven rechtspraak over windparken bevestigt het beeld dat uit deze passage oprijst. Deze rechterlijke benadering is niet in overeenstemming met het recht van het betrokken publiek op toetsing van de materiële rechtmatigheid van milieubesluiten ingevolge artikel 9, lid 2 van het Verdrag. Een dergelijke toetsing dient ook een toetsing van de juistheid van de feiten te omvatten,⁵⁶ wat impliceert dat de rechter daarover een eigen oordeel dient te geven en zich niet mag verlaten op dat van het bestuur. Dit is in hoofdzaak ook de opvatting van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zoals die naar voren komt in zijn rechtspraak over het met artikel 9, lid 2, vergelijkbare artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁵⁷ De rechtspraak over windparken laat zien dat de benadering van de Nederlandse bestuursrechter een heel andere is dan de benadering die het Europese Hof voorstaat. Het gevolg hiervan is dat het voor burgers niet of nauwelijks zin heeft om geschillen over de feiten aan de rechter voor te leggen.

3. De toetsing van de inhoudelijke afweging: het willekeur-verbod

156. Bij zijn beoordeling van besluiten van het bestuur is respect voor de bestuurlijke beleidsvrijheid (waaraan het bestuur op grond van politieke overwegingen invulling geeft) het uitgangspunt van het Nederlandse bestuursprocesrecht zoals de rechter dat uitlegt. De rechter mag niet zelf bepalen wat de beste uitkomst van de belangenafweging zou moeten zijn en kan pas ingrijpen als het bestuur de grenzen van zijn beleidsvrijheid overschrijdt of anderszins in strijd handelt met het recht.

157. Voor een goed begrip van dit fundamentele principe zij nog opgemerkt dat de rechter beleidsvrijheid niet alleen aanwezig acht, als het gaat om zogenoemde ‘kan-bepalingen’: het bestuur kan bijvoorbeeld een vergunning verlenen, maar kan er ook van afzien om dat te doen. Ook bij de invulling van vage wettelijke normen - bijvoorbeeld: ‘in het belang van de bescherming van het milieu’ of ‘met het oog op een goede ruimtelijke ordening’ - neemt de rechter als uitgangspunt dat het bestuur beleidsvrijheid bezit

158. Om een windpark te kunnen verwezenlijken, is in de regel een wijziging van het bestemmingsplan nodig. Uitspraken over bestemmingsplannen starten stevast met de volgende overweging:

‘Bij de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de raad [van de gemeente] beleidsvrijheid om bestemmingen aan te wijzen en regels te geven die de raad vanuit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De Afdeling toetst deze beslissing terughoudend. Dit betekent dat de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden beoordeelt of aanleiding bestaat voor het oordeel dat de raad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Voorts beoordeelt de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.’

⁵⁵ T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., ‘Feitenvaststelling in beroep’, Den Haag 2007, xviii e.v.

⁵⁶ Vgl. Communication ACCC/C//2008/33, 125.

⁵⁷ EHRM 17 december 1996, (Terra Woningen). no. 20641/92.

Deze terughoudende toetsing geldt ook voor andere planologische besluiten (zoals een omgevingsvergunning ter afwijking van het bestemmingsplan), waarmee windparken worden toegestaan.

159. Naar vaste rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter kan de rechter pas ingrijpen als het bestuur in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het genomen besluit.⁵⁸ Men spreekt ook wel van ‘kennelijke onredelijkheid’ of van ‘willekeur’. Dit impliceert een zeer terughoudende toetsing die is gebaseerd op een bepaalde uitleg van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Dit artikellid bepaalt dat ‘de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig (mogen) zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen’.

160. Illustratief voor deze benadering is de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, over het windpark Noordoostpolder.⁵⁹ Appellanten, bewoners van de polder, betoogden in beroep dat nut en noodzaak van dit project twijfelachtig waren. Na een opsomming van de doelstellingen die het kabinet nastreeft (als vastgelegd in het werkprogramma ‘Schoon en Zuinig’ en de Nota Ruimte en beschreven in het milieueffectrapport) en na een verwijzing naar de Europese verplichtingen van Nederland (14% duurzame energie in 2020)⁶⁰ overweegt de Afdeling dat hetgeen appellanten aanvoeren ‘geen aanleiding (geeft) voor het oordeel dat de ministers zich bij de vaststelling van het rijksinpassingsplan niet op de (door hen) genoemde uitgangspunten mochten baseren’.

161. Ook de kritiek van appellanten op de minieme bijdrage die het park zal leveren aan de energievoorziening, wuift de Afdeling weg:

‘Voor zover Gaasterlân nog heeft betoogd dat de windturbines slechts minimaal zullen bijdragen aan de jaarlijkse energiebehoefte van Nederland, overweegt de Afdeling dat wat daarvan verder ook zij, de ministers in dit geval in redelijkheid waarde hebben kunnen hechten aan de omstandigheid dat het windturbinepark een belangrijke bijdrage levert aan het behalen van de doelstellingen voor duurzame energie.’

162. En even verderop besluit de Afdeling haar oordeel over dit aspect van de beroepen met de overweging:

‘Gelet op al het vorenstaande hebben de ministers in redelijkheid het nut en de noodzaak van het plan mogen aannemen.’

163. Ook andere beroepsgronden die de belangenafweging betreffen zoals de visuele aantasting van het Wouda-gemaal;⁶¹ de inbreuk op de cultuurhistorische waarden van Urk; de nadelige landschappelijke effecten van windparken; en de aanvaardbaarheid van geluidhinder en hinder door slagschaduw, stuitten telkens af op de ruime interpretatie van bestuurlijke beleidsvrijheid.

⁵⁸ Afdeling Bestuursrechtspraak 9 mei 1996, AB 1997, 93, ABKlassiek, Deventer 2009, blz. 417.

⁵⁹ ECLI:NL:RVS:2012:BV3215.

⁶⁰ Deze plannen en programma’s zijn beschreven onder 95 e.v. en daar is uiteengezet dat deze niet in overeenstemming met het Verdrag zijn tot stand zijn gekomen.

⁶¹ Het Woudagemaal is het grootste stoomgemaal ter wereld en vervult nog altijd een belangrijke rol in de waterhuishouding van Noord-Nederland. In 1998 is het gemaal geplaatst op de Werelderfgoedlijst van de UNESCO.

164. Nog een ander voorbeeld betreft de uitspraak over het windpark Ecofactorij te Apeldoorn.⁶² In die zaak betoogden appellanten dat de afstand van de turbines ten opzichte van hun woningen te kort was en daardoor in strijd was met de Brochure bedrijven en milieuzonering.⁶³ De Afdeling verwierp dit betoog met de overweging dat de Brochure 'richtafstanden' bevat. Als hieraan niet wordt voldaan, hoeft dat aldus de Afdeling, geen belemmering te zijn voor vergunningverlening. Bovendien wees de Afdeling erop dat de Brochure alleen een richtafstand geeft voor windturbines met een rotordiameter van 50 meter. Dan moet volgens de Brochure een afstand van 300 meter worden aangehouden. Uit het feit dat het in dit geval gaat om turbines met een rotordiameter van 90 meter kan volgens de Afdeling 'niet de conclusie worden getrokken dat de afstand van de onderhavige windmolens tot de dichtstbijzijnde woonbebouwing van 320 meter onaanvaardbaar is'.

165. Deze uitspraak laat zien hoe zeer de rechter aan het bestuur de ruimte geeft om zijn eigen keuzes te maken en hoe weigerachtig hij of zij is om die keuzes kritisch te beoordelen. Het is immers alleszins aannemelijk dat een windturbine met een diameter van 90 meter op aanmerkelijk grotere afstand geluidhinder en slagschaduw veroorzaakt dan een windturbine met een diameter die bijna de helft kleiner is. De richtafstanden in de VNG-Brochure zijn nu juist bedoeld om invulling te geven aan de norm 'een goede ruimtelijke ordening'. Het voorwoord van deze brochure start dan ook met de mededeling dat 'een goede ruimtelijke ordening ook (inhoudt) het voorkomen van voorzienbare hinder door milieubelastende activiteiten'. Allemaal zonder enig effect.

166. Een uitspraak die goed laat zien dat het uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie - hiervoor onder 153 al aangeduid als een van de verschijningsvormen van de 'fairness' die artikel 9, lid 4, van het Verdrag eist - is verlaten door de Nederlandse bestuursrechter betreft de zaak van het bestemmingsplan 'Windpark Neeltje Jans' op een eiland bij de Oosterscheldekering.⁶⁴ Op dit eiland is een themapark over de Deltawerken gevestigd. De exploitant van dit themapark, Delta Park, voerde in beroep o.a. aan dat de windturbines hinderlijke slagschaduw zouden veroorzaken op het perceel van het themapark. Delta Park pleitte er daarom voor om het themapark aan te merken als een 'gevoelig object' in de zin van de betrokken wettelijke regeling. Het gevolg daarvan zou namelijk zijn dat er een strikte norm voor de maximale duur van de slagschaduw zou gaan gelden en dat zo nodig een stilstandsregeling zou worden voorgeschreven. Op die manier zouden de werknemers van Delta Park die daar soms 40 uren per week werkzaam waren, beschermd worden tegen overmatige slagschaduw.

167. De Afdeling verwierp dit betoog, omdat het themapark niet viel onder de wettelijke definitie van gevoelig object. Op zichzelf beschouwd is dat oordeel juist, maar de Afdeling had uit de beroepsgrond van Delta Park moeten opmaken dat Delta Park hiermee ook betoogde dat het bestemmingsplan onevenredig afbreuk deed aan het werkklimaat van de staf ter plaatse en daarom in strijd was met een goede ruimtelijke ordening. Artikel 8:69 van

⁶² ECLI:NL:RVS:2011:BU7930.

⁶³ Een brochure van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, waarin richtlijnen worden gegeven, gebaseerd op deskundig onderzoek en opvattingen van deskundigen, voor de aan te houden afstanden tussen bedrijvigheid en milieugevoelige bestemmingen. Deze richtlijnen - geen wettelijke voorschriften - worden in de in de regel toegepast.

⁶⁴ 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3735.

de Algemene wet bestuursrecht verplicht de rechter ertoe om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en geeft hem of haar de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen. Een actieve opstelling die in het licht van de te betrachten fairness geboden is, is dus heel goed mogelijk. In plaats daarvan kiest de Afdeling voor een lijdelijke opstelling.

168. De toetsing op kennelijke onredelijkheid (het verbod op willekeur) door de Nederlandse bestuursrechter vertoont een grote mate van gelijkenis met de zogenoemde Wednesbury test, een door de rechter in Engeland en Wales toegepaste toets die leidt tot vernietiging als een besluit zo onredelijk is dat geen redelijk handelend bestuursorgaan tot dat besluit had kunnen komen. Uw Commissie heeft eerder al geoordeeld er niet van overtuigd te zijn dat deze toetsingsmaatstaf in overeenstemming is met de eisen die het Verdrag stelt op het punt van de toetsing van de materiële rechtmatigheid.⁶⁵ Een proportionaliteitstoets (evenredigheidstoets) zou naar het oordeel van uw Commissie wel adequaat kunnen zijn in het licht van het Verdrag.⁶⁶ Het zojuist onder 153 aangehaalde artikel 3:4, tweede lid, staat gelet op de tekst ervan niet in de weg aan een dergelijke evenredigheidstoets.

169. Zeer recent nog heeft de eerder al genoemde E.M.H. Hirsch Ballin in een pre-advies aan de Vereniging voor bestuursrecht omstandig gepleit voor 'een rechterlijke taakstelling die toetsing aan het evenredigheidsbeginsel omvat'.⁶⁷ Hij spreekt in dit verband van de noodzaak om de rechterlijke taak te 'deblokken', waarmee hij doelt op:

*'(...) het vervangen van de doctrinaire afstandelijkheid van de bestuursrechter door 'een attitude die meer gelijkenis vertoont met de gewone, feiten beoordelende, redelijkheid en evenwichtigheid eisende rechterlijke functie.'*⁶⁸

170. De rechter beoordeelt dus slechts of het besluit van het bestuursorgaan niet kennelijk onredelijk is. Deze strengere maatstaf heeft er in de praktijk toe geleid dat er een rechtsvrije ruimte is ontstaan, waarin vrijwel elke keuze of besluit van het bestuur - hoe onevenredig die ook uitvalt voor bepaalde daarbij betrokken belangen - door de rechter wordt gebillijkt.

171. Uit de rechtspraak rijst het beeld op van een rechter die de uitkomst van de belangenafweging stevast dermate marginaal toetst dat het bestuur in feite beschikt over een vrijbrief: 'anything goes'. In feite weigert de rechter nagenoeg te treden in een beoordeling van de inhoudelijke afweging die het bestuur aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd. Daardoor is het betrekkelijk zinloos om een beroepsgrond in te brengen die als strekking heeft dat het belang van een omwonende onvoldoende gewicht in de afweging heeft gekregen of dat het windpark in strijd is met 'een goede ruimtelijke ordening' of bijvoorbeeld leidt tot een milieu dat niet passend is voor gezondheid en welzijn, zoals artikel 1 van het Verdrag van Aarhus het uitdrukt. Daarom is de praktijk van de vergaande marginale toetsing waarvan de Nederlandse bestuursrechter blijk geeft, niet in overeenstemming met het Verdrag en meer in het bijzonder de eis dat de rechter de materiële rechtmatigheid van een bestuursbesluit beoordeelt (artikel 9, lid 1).

⁶⁵ ACCC/C/2008/33, 125 (zie voor een beschrijving van de Wednesburytest de overwegingen 86 t/m 91).

⁶⁶ Ibidem, overweging 126

⁶⁷ 'Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter', VAR-reeks 154, m.n. blz. 51 e.v.

⁶⁸ Ibidem, blz. 15 en 56.

172. Steun hiervoor kan ook worden gevonden in een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 2 november 2006 over artikel 8 van het EVRM. Daarin is tot op zekere hoogte het grondrecht op een gezonde leefomgeving neergelegd, waardoor dit artikel qua strekking vergelijkbaar is met artikel 1 van het Verdrag van Aarhus. In dit arrest overweegt het Hof onder andere dat:

*'(...) the individuals concerned must also be able to appeal to the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision making process.'*⁶⁹

4. Conclusies

173. De sterke geneigdheid bij de bestuursrechter om het bestuur te volgen in diens vaststelling en waardering van de feiten in combinatie met de weigering van de bestuursrechter om de wijze waarop de belangen zijn afgewogen en vage wettelijke normen zijn ingevuld, inhoudelijk te toetsen, maakt de gang naar de rechter inzake bij voorbaat kansloos, ook voor beslissingen over windenergie en windparken. Alleen indien een besluit mank gaat aan een duidelijk formeel gebrek, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van een wettelijk vereist onderzoek, kan dit nog zinvol zijn. Het voorleggen aan de rechter van inhoudelijke kritiek is dat niet.

174. De bestuursrechter stelt zich lijdelijk op, hoewel artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht hem of haar voldoende mogelijkheden biedt voor een actievare opstelling. Hij of zij verricht geen proportionaliteitstoets zoals voorgestaan door uw Commissie,⁷⁰ maar toetst slechts aan het verbod op willekeur (kennelijke onredelijkheid), hoewel artikel 3:4, lid 2, van de Algemene wet bestuursrecht een proportionaliteitstoets wel mogelijk maakt. Er zijn de NLVOW dan ook geen voorbeelden bekend van gevallen waarin een gang naar de rechter tot gevolg had dat een windpark niet kon worden gebouwd, dan wel grondig moest worden aangepast.

175. Aldus is de Nederlandse praktijk van de rechtsbescherming niet in overeenstemming met artikel 9, lid 2, van het Verdrag, voor zover daarin het vereiste van een toetsing aan de materiële rechtmatigheid is neergelegd. Evenmin is daardoor sprake van de fairness die artikel 9, lid 4, eist.

IV. ALGEMENE REGELS EN TOEGANG TOT BESLUITVORMING EN DE RECHTER

1. Inleiding

176. De belangrijkste milieu-effecten van windturbines, te weten geluid en slagschaduw, zijn door middel van wettelijke voorschriften gemaximaliseerd. Windturbines mogen maximaal een geluidsbelasting op omliggende woningen veroorzaken van 47 dB Lden en 41 dB Lnight. Dit is een jaargemiddelde waarde wat betekent dat perioden met (te) veel geluid gecompenseerd mogen worden door perioden met weinig geluid. Voor slagschaduw geldt

⁶⁹ Giacomelli vs Italy, 59909/00.

⁷⁰ ACCC/C/2008/33, overweging 126.

dat windturbines gedurende een heel jaar in totaal niet meer dan zes uren slagschaduw op een woning mogen veroorzaken. Waar nodig moet een automatische stilstandregeling voorkomen dat deze norm wordt overschreden.

177. De initiatiefnemer van een windpark moet aannemelijk maken dat hij of zij aan deze normen kan voldoen. Is dat het geval, dan is er geen beletsel voor de bouw van het park vanuit de optiek van geluidsnormen of normen voor slagschaduw. Blijkt achteraf dat toch niet aan de normen wordt voldaan, dan kan het bevoegd gezag ambtshalve of op verzoek van omwonenden handhavend optreden.

178. Waar het Verdrag van Aarhus ertoe verplicht om bij besluiten over het al dan niet toestaan van activiteiten met een aanzienlijk effect op het milieu doeltreffende inspraak te bieden (art. 6, lid 4) en vervolgens ter zake toegang te bieden tot de rechter (art. 9, lid 2), is ter zake van de bovengenoemde meest belangrijke effecten van windparken geen inspraak en rechtsbescherming mogelijk, omdat die onderwerpen in algemene regels zijn vastgelegd. Hierna zal worden betoogd dat dit in het licht van het Verdrag niet toelaatbaar is.

2. Vervanging van afweging in concreto door algemene regels

179. Het heeft geen zin om in de inspraak bij de besluitvorming over windparken de effecten van windturbines op het punt van geluid en slagschaduw aan de orde te stellen, nu deze effecten bij wettelijk voorschrift zijn genormeerd. De vraag of die normen in een concreet geval wel toereikend zijn - ook als zij worden nageleefd - om omwonenden in voldoende mate te beschermen, speelt geen rol.

180. Nu zou men kunnen betogen dat dit bezwaar (enigszins) wordt ondervangen door de in het Verdrag geregelde verplichting om inspraak te bieden bij de voorbereiding van - kort gezegd - uitvoerende wet- en regelgeving over milieunormen (waaronder normen voor geluid en slagschaduw). Artikel 8 van het Verdrag bepaalt dat op de verdragspartijen een inspanningsverplichting rust om 'doeltreffende inspraak te bevorderen in een passend stadium en terwijl opties nog openstaan'. In Nederland is hieraan uitvoering gegeven door in artikel 21.6, lid 4, van de Wet milieubeheer te bepalen dat ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur gedurende tenminste vier weken ter inzage worden gelegd. In deze periode heeft een ieder de gelegenheid om schriftelijk in te spreken op het ontwerp. Deze inspraak heeft ook plaatsgevonden bij het vaststellen van de normen waar het hier om gaat.

181. Wil inspraak evenwel doeltreffend kunnen zijn, dan is het noodzakelijk dat in overeenstemming met artikel 5, lid 2 van het Verdrag alle voor de beoordeling van het voorgenomen besluit relevante feiten en gegevens aan het publiek beschikbaar worden gesteld op een transparante en toegankelijke wijze. Hiervoor onder 67 e.v. is al uiteengezet dat voor zover het de geluidsnormen betreft aan deze eis niet is voldaan en dat de regering integendeel het betrokken publiek heeft misleid over de aanleiding voor en het beschermingsniveau van deze normen. Alleen al daarom kan in dit geval de indertijd geboden inspraak, voor zover het de geluidsnormen betreft, het hierboven onder 179 opgeworpen bezwaar niet ondervangen.

182. Daar komt bij dat artikel 6, anders dan artikel 8 van het Verdrag, een dwingende en gedetailleerde regeling van de inspraak behelst zowel op het punt van de vereiste verstrekking van informatie over de voorgenomen activiteit als op het punt van de inrichting van de inspraak zelf. Artikel 8 daarentegen is zeer voorzichtig geformuleerd en biedt ook niet dezelfde waarborgen als de inspraakverplichtingen die voortvloeien uit artikel 6. De in artikel 8 voorziene inspraak kan ook daarom niet worden aangemerkt als een toereikend alternatief voor de op grond van artikel 6 gewaarborgde inspraak.

183. Door de effecten van windparken op het punt van geluid en slagschaduw bij wet te regelen, heeft het betrokken publiek nog maar een zeer beperkt recht op inspraak. Alleen die effecten die niet wettelijk gereguleerd zijn - in feite alleen de landschappelijke effecten en de effecten op natuur - kunnen in een inspraakprocedure nog aan de orde worden gesteld. Daarnaast kan het betrokken publiek pleiten voor het stellen van maatwerkvoorschriften om zo geluidhinder en slagschaduw verder te beperken dan uit de wettelijke normen zou voortvloeien, maar deze mogelijkheid is in de praktijk een dode letter (zoals hierna onder 185 e.v. nog nader wordt beschreven).

184. Gelet op het doel van het Verdrag om burgers de gelegenheid te geven om te participeren in de besluitvorming, is het onttrekken van de twee voor omwonenden meest belangrijke onderwerpen - geluidhinder en slagschaduw - aan de bestuurlijke belangenafweging in concrete situaties en daarmee aan de inbreng van het betrokken publiek, niet in overeenstemming met het Verdrag. Het Verdrag beoogt immers het publiek in de gelegenheid te stellen te participeren in de besluitvorming omtrent specifieke activiteiten, zodat dit publiek zijn recht 'om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn' geldend kan maken (vgl. artikel 1 van het Verdrag). Door in 2011 de maximaal toegestane geluidsbelasting en hinder van slagschaduw bij wet te regelen - juist de twee punten die voor burgers cruciaal zijn - kan het publiek dit recht op deze beide punten niet effectueren. Dit is in strijd met het vereiste van doeltreffende inspraak. Een normering die is toegesneden op de feitelijke situatie ter plaatse is daardoor onmogelijk. Terwijl dit nu juist het achterliggende doel is van artikel 6.

3. Algemene regels en toegang tot de rechter

185. Ook het recht op toegang tot de rechter kent nu een belemmering in die zin dat geen beroep mogelijk is, althans niet bij de bestuursrechter, tegen algemeen verbindende voorschriften. Omdat de normen waaraan windturbines moeten voldoen voor wat betreft geluidhinder en slagschaduw in de wet zijn geregeld, is het in beginsel zinloos om in beroep te betogen dat deze normen in het voorliggende geval een ontoereikende bescherming bieden. De besluitvorming over een windpark houdt in dit opzicht niet meer in dan het beantwoorden van de vraag of aan die normen kan worden voldaan. Ook de rechterlijke toetsing beperkt zich daartoe. De rechter kan aldus niet toetsen of de normstelling in het voorliggende geval passend is, alle belangen en relevante feiten in aanmerking genomen.

186. Opmerking verdient verder nog dat de mogelijkheid om de algemene norm te vervangen door een lokaal maatwerkvoorschrift, alleen in zeer bijzondere gevallen aan de orde is. Wegens de extreem grote beleidsvrijheid die de Afdeling hierbij aan het lokale bestuur gunt om af te zien van een maatwerkvoorschrift - zoals de regering wenst (zie onder

76 - is die mogelijkheid feitelijk en zonder overdrijving een dode letter. Daardoor kan de algemene norm ook niet bij de concrete vergunningverlening of een effectieve manier ter discussie kan worden gesteld. Dit is een unieke situatie: bij andere industriële installaties met een hoog geluidsprofiel hebben burgers wel inspraak inzake geluidsnormen en kunnen ze hun zaak wel aan de rechter voorleggen.

187. De mogelijkheid om deze normen in het kader van een exceptieve toetsing aan de rechter voor te leggen, kan niet worden gezien als een reëel alternatief. Bij een exceptieve toetsing door de rechter gaat het om de vraag of de algemene regeling buiten toepassing moet worden gelaten, omdat deze in het concrete geval - dus toegepast op een concreet windpark waarover wordt geprocedeerd - onrechtmatig is. Bij die toetsing betracht de bestuursrechter naar vaste rechtspraak een grote mate van terughoudendheid. De exceptieve toetsing kan daardoor niet worden aangemerkt als een passend alternatief voor de mogelijkheid om een specifiek vergunningvoorschrift voor een windpark aan de rechter voor te leggen.

188. Dat is in de praktijk ook gebleken. Tot twee maal toe is in het kader van beroepen tegen het windpark Noordoostpolder geprobeerd om de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ertoe te brengen om de nieuwe geluidsnormen als onrechtmatig buiten toepassing te laten. De Afdeling heeft deze pogingen niet gehonoreerd onder verwijzing naar de terughoudendheid die zij bij deze exceptieve toetsing moet betrachten.⁷¹ De uitspraken van de Afdeling over de verbindendheid van de geluidregels in het Activiteitenbesluit uit 2011 vormen overigens een goede illustratie van de hierboven al beschreven wijze waarop de Afdeling geschillen over windparken beslecht: minimale aandacht voor de stellingen van appellanten gaat daarin gepaard met maximale ruimte voor het bestuur om zijn opvattingen door te zetten.

4. Toezicht op de naleving van de normen

189. Of sprake is van overtreding van de wettelijke geluidnorm kan thans alleen door het bestuur worden vastgesteld. Voorheen, toen de oude geluidsnorm van toepassing was, kon een omwonende desgewenst zelf door middel van het (laten) uitvoeren van immissiemetingen (geluidsmetingen op de gevel van de woning) vaststellen of sprake was van een overschrijding van de norm. Op basis daarvan kon hij of zij dan vervolgens het bevoegde gezag verzoeken om handhavend op te treden tegen de exploitant van de betrokken windturbines. Ook kon hij of zij ervoor kiezen om een actie uit onrechtmatige daad tegen de exploitant van de windturbines bij de burgerlijke rechter te starten. Een dergelijk systeem waarbij de belanghebbende zelf in staat is vast te stellen of een norm wordt overtreden, voldoet aan artikel 9, lid 3, van het Verdrag, dat eist dat Partijen moeten waarborgen dat leden van het publiek met een voldoende belang toegang hebben tot rechterlijke procedures 'om het handelen en nalaten van privépersonen en overheidsinstanties te betwisten die strijdig zijn met bepalingen van haar nationale recht betreffende het milieu'.

190. De mogelijkheid om zelf na te gaan of de geluidsnorm wordt overtreden, bestaat nu niet meer:

⁷¹ 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215 en 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3691.

*'Omdat alleen een Lden-criterium wordt vastgesteld, is het handhaven middels directe immissiemetingen vrijwel uitgesloten. (...). De door de fabrikant opgegeven emissiekenmerken van de windturbine vormen het uitgangspunt bij het akoestisch onderzoek. Op basis van het jaargemiddelde geluidvermogen wordt het immissieniveau [op de buitenmuur van het huis, NLVOW] bij normaal gebruik vastgesteld, hetgeen aan de normstelling wordt getoetst.'*⁷²

191. Uiteraard laat dit in theorie onverlet dat omwonenden zich kunnen beklagen over de ondervonden geluidsoverlast, maar door de onmogelijkheid van immissiemetingen sinds 2011 kunnen zij een eventueel verzoek om handhaving niet staven met gegevens die aannemelijk maken dat in hun situatie sprake is van een overtreding. Zij zijn daardoor volledig afhankelijk van de bereidheid bij het bevoegd gezag om onderzoek te verrichten naar de vraag of de geluidsnorm wordt nageleefd. En als er al een onderzoek komt, dan gaat dat uit van gegevens die worden aangeleverd door de fabrikant over de energie die de turbine levert bij verschillende windsnelheden en de daarbij behorende geluidsproductie, alsmede van de gegevens die de exploitant bijhoudt over de energieproductie van de turbine. Op basis hiervan wordt een reeks berekeningen uitgevoerd aan de hand van algemene aannames en modellen en zonder rekening te houden met specifieke lokale factoren die de geluidsbelasting kunnen verhogen. Daardoor is het risico reëel dat de berekende geluidsbelasting lager is dan de werkelijke geluidsbelasting.

192. De controle op de naleving van de geluidsnormen vindt in beginsel maar één maal per jaar plaats.⁷³ Omwonenden zijn dus afhankelijk van de bereidheid van het bestuur om werk te maken van geconstateerde overtredingen en als dat al het geval is, van de juistheid van de door fabrikant en exploitant aangedragen gegevens. Verder moeten ze maar hopen dat er in hun situatie geen sprake is van lokale factoren die de werkelijke geluidsbelasting groter maken dan de berekeningen laten zien.

193. Een burger die te maken heeft met een bestuur dat weigert te handhaven kan er ook voor kiezen om de overtreder rechtstreeks aan te spreken uit onrechtmatige daad. Hij of zij kan vorderen dat het de drijver van de inrichting wordt verboden om op straffe van de verbeurte van een dwangsom nog langer de geluidsnorm te overtreden. Als gevolg van de normstelling in Lden na 2011 en de praktische onmogelijkheid om een overtreding van deze norm in rechte te bewijzen, is dit alternatief voor de omwonende van een windturbine evenwel ook uitgesloten (zie boven onder 191).

194. De slotsom moet dan ook zijn dat als het gaat om de vraag of de geluidsnorm wordt nageleefd en of ter zake handhaving - langs welke weg dan ook - aangewezen is, omwonenden buiten spel staan. Artikel 9, lid 3 van het Verdrag eist als eerder gezegd dat leden van het publiek de mogelijkheid hebben om handelingen van privé-personen die in strijd zijn met de nationale milieu-regelgeving te betwisten in bestuursrechtelijke of rechterlijke procedures. Deze eis impliceert dat milieunormen zodanig moeten worden geformuleerd dat, eventueel met behulp van deskundigen, leden van het publiek in staat zijn om zelf te doen vaststellen of sprake is van een overtreding van de betrokken norm. De in Nederland voor windturbines geldende geluidsnormen voldoen niet aan deze eis.

⁷² Staatsblad 2010, 749, blz. 11.

⁷³ Vgl. de brief van de Regionale uitvoeringsdienst Nood-Holland Noord van 30 april 2014.

V. HET BEPERKEN VAN BESTAANDE RECHTEN

195. Tot slot, ten opzichte van de stand van zaken ten tijde van de ratificatie en implementatie van het Verdrag is in feite zelfs sprake van een beperking van de inspraak- en beroepsmogelijkheden. Waar voorheen geluid en slagschaduw in de vergunning werden genormeerd en er volop ruimte was voor een belangenafweging in elk individueel geval, is die ruimte er nu niet meer als gevolg van de toepasselijkheid van algemene regels. Dit wringt met artikel 3, leden 5 en 6, van het Verdrag waarin is bepaald dat het de Partijen voor elk van de drie pijlers van het Verdrag - toegang tot informatie, tot besluitvorming en tot de rechter - vrij staat om het beter te doen dan het Verdrag eist. Nederland heeft gehandeld in strijd met de geest van die bepaling door exact het tegenovergestelde te doen: als het om windenergie en windparken gaat, heeft Nederland de bestaande rechten van zijn burgers alleen maar uitgekleet en ingeperkt.

196. Deze beperkingen zijn bovendien niet in overeenstemming met de uit 2005 daterende aanbeveling van de partijen bij het Verdrag om in verdergaande mate inspraak en rechtsbescherming te bieden dan op grond van het Verdrag minimaal is vereist en zich te onthouden van maatregelen die bestaande rechten op het punt van inspraak en rechtsbescherming beperken.⁷⁴

⁷⁴ Report of the second meeting of the parties, 20 juni 2005, ECE/MP.PP/2005/2/Add. 1, onder I, 5. Vgl. Ook communication ACCC/C/2004/4 (Hongarije).