

Bijlage 1: Advies van oud Hoogleraar Albert Koers inzake juridische valkuilen

AL IS DE HALVE WAARHEID NOG ZO SNEL, DE RECHTER ACHTERHAALT HAAR WEL – OOIT

Onderstaand betoog wordt niet ingegeven door academische betweterij of juridische scherpslijperij, maar door zorg en bezorgdheid. Ik hecht veel belang aan het slagen van het klimaatbeleid en dus ook aan de energietransitie want beide zijn – zo meen ik als 80-jarige – essentieel voor de toekomst van de generaties die na mij komen. En dus mag dat beleid niet ineens onderuit gaan en in een valkuil terecht komen omdat Haagse beleidsmakers even niet goed hebben opgelet. Zo'n “bedrijfsongeval”- die valkuil - is bepaald niet ondenkbaar want het gebeurde al meerder keren. Dat te voorkomen: dat is de inzet van onderstaand betoog.

Politieke commotie, bestuurlijk/juridische chaos

Na een uitspraak van de Raad van State op 30 juni 2021 is er in dit land heel wat politieke commotie over de toekomst van windparken op land. In die uitspraak oordeelde de Raad, kort samengevat, dat wettelijke regels met betrekking tot (o.a.) geluid en slagschaduw van windturbines niet meer mochten worden toegepast omdat deze regels in strijd zijn met het recht van de Europese Unie (hierna: Unierecht).¹ Reden: die regels werden in 2010 (!) vastgesteld zonder voorafgaande milieueffectrapportage² (hierna: m.e.r.) zoals het Unierecht eist. Het kan dus even duren maar ooit achterhaalt de rechter de (juridische) waarheid!

Er is ook heel wat bestuurlijk/juridische chaos als gevolg van die uitspraak en daar gaat dit verhaal over. Echter, nog belangrijker dan de zaak zelf is wat mij betreft het onderliggende patroon: een (Rijks)overheid die alles op alles zet om de afgesproken beleidsdoelen te halen, daarbij de grenzen van recht en rechtsstaat oprekt of zelfs overschrijdt en die vervolgens bij de rechter onderuit gaat. Met averij of erger voor het halen van de beleidsdoelen. Het meest spectaculaire voorbeeld is natuurlijk de stikstof-affaire³, maar het patroon is ook te vinden in de Urgenda zaak⁴ en in het Varkens in nood arrest.⁵ En dus ook in de Raad van State uitspraak van 30 juni 2021.

Ik zie dit patroon zich nu ook weer voordoen in de juridische noodgrepen die door het Rijk en andere overheden worden ingezet om een einde te maken aan de politieke commotie en de bestuurlijk/juridische chaos over de toekomst van windenergie op land. En ik zie daarom ook aankomen dat ergens tussen 2025 en 2030 een rechter – waarschijnlijk het Europese Hof in Luxemburg – oordeelt dat Nederland met die noodgrepen (weer eens) handelde in strijd met het Unierecht. Zodat de commotie en de chaos alleen maar nog groter worden.

Een dergelijk scenario levert niet alleen nog meer schade op voor de even actuele als cruciale politiek-bestuurlijke uitdagingen van deze tijd op het gebied van duurzaamheid, klimaat en energie, maar het voegt ook toe aan de erosie van het vertrouwen in recht en rechtstaat, al was het alleen maar omdat in dat scenario het Unierecht al snel geframed kan en zal worden als een obstakel en stoorzender bij wat de overheid wil bereiken. Terwijl ook ons land zich vrijwillig

¹ Uitspraak 202003882/1/R3, ECLI ECLI:NL:RVS:2021:1395.

² Een milieueffectrapportage is zowel een procedure (de “m.e.r.”) als een rapport (de “MER”).

³ Waarbij het Europese Hof en later de Raad van State oordeelden dat de PAS-regeling in strijd is met het Unierecht.

⁴ Waarbij de rechter oordeelde dat Nederland qua CO2 reductie niet voldoet aan zijn internationale verplichtingen.

⁵ Waarbij het Europese Hof ei dat toegang tot de rechter niet afhankelijk mag zijn van het indienen van een zienswijze.

verbond en verbindt aan het Unierecht⁶ en terwijl dat Unierecht aan burgers soms meer bescherming biedt dan het eigen Nederlandse recht. Zie de vier zaken hierboven.

1. Onversaagd doorgaan - met oogkleppen op

Dat het ooit fout zou gaan met de wettelijke regels voor windturbines - vastgesteld in 2010 zonder m.e.r. - was voor de goede verstaander al duidelijk na een uitspraak van het Europese Hof in 2016.⁷ Niettemin gingen Rijk, provincies en gemeenten onverdroten door met het verlenen van vergunningen voor de bouw van windparken op basis van die regels. Onversaagd doorgaan, net doen of er niks aan de hand is, het beleid is heilig. Waarbij de Raad van State aan dat doorgaan-met-oogkleppen-op geen strobreed in de weg legde - integendeel, het de juridische zegen gaf.⁸ Maar na een nieuwe uitspraak van het Europese Hof in 2020⁹ kon zelfs de Raad van State er niet meer omheen: door het overslaan van de verplichte m.e.r. handelde Nederland (= het Rijk) in strijd met het Unierecht, zijn die regels dus al sinds 2010 onrechtmatig, mogen ze niet meer worden toegepast en moet er alsnog een m.e.r. worden uitgevoerd voordat er nieuwe regels worden vastgesteld.

Sindsdien buitelen Rijk, provincies en gemeenten over elkaar heen om de schade voor het windenergie-beleid zoveel mogelijk te beperken. Al op 6 juli stelde de staatssecretaris van EZK de Tweede Kamer gerust: we gaan in 1 ½ jaar alsnog een m.e.r. en MER maken; voor windparken nog in procedure valt de schade mee want provincies en gemeenten mogen nu zelf regels en normen vaststellen; voor bestaande parken blijft het business as usual want hun vergunningen zijn onherroepelijk geworden; en we gaan een helpdesk opzetten om provincies en gemeenten te helpen als ze even niet weten hoe het zit. Diezelfde grondhouding – er is eigenlijk weinig aan de hand en als er wel wat aan de hand zou zijn, verzinnen we een list – domineert tot op de dag van vandaag. Zo ook in een voortgangsbrief die de staatssecretaris van I&W op 17 december aan de Tweede Kamer zond.

In die brief meldt de staatssecretaris dat er een “Actieprogramma verandering milieubescherming” is gestart met als deelnemers de ministeries van EZK en I&W, alsmede VNG, IPO en Unie van Waterschappen. Zo’n beetje heel bestuurlijk Nederland dus. Niet helemaal duidelijk waarom de naam zo expliciet verwijst naar “milieubescherming” want het primaire doel is – als altijd - het deblokken van de procedures om nieuwe windparken te vergunnen en om vragen over de rechtsgeldigheid van de vergunningen van bestaande windparken weg te nemen. Op zichzelf niks mis mee, maar ook deze staatssecretaris lijdt nog steeds aan het “weinig aan de hand en gewoon doorgaan” syndroom en gaat dus – bewust of onbewust – stilzwijgend en op kousenvoeten voorbij aan een aantal serieuze juridische valkuilen die dat “gewoon doorgaan” wel eens weinig toekomstvast kunnen maken.

Het patroon van de Urgenda zaak, de stikstof affaire en het Varkens in nood arrest is dus ook in dit dossier weer al te herkenbaar aanwezig: het ingezette beleid per se willen doorzetten en de ogen sluiten – althans een oogje dicht doen – als het gaat om de grenzen van recht en rechtstaat, met name als die grenzen voortkomen uit het Unierecht.

2. Zwijgen over mogelijke valkuilen

Ik noem een drietal mogelijke valkuilen die tot nu toe niet werden benoemd, laat staat geadresseerd, door de staatssecretarissen van EZK en I&W, maar die (om beelddruk op

⁶ Ook aan die SMB-richtlijn uit 2001 die in dit verhaal zo’n belangrijke rol speelt.

⁷ In de z.g. d’Oultremont zaak, C-290/15

⁸ In de z.g. Battenoord zaak, uitspraak 201709167/1/R3 en 201807375/1/R3, ECLI:NL:RVS:2019:1064.

⁹ In de z.g. Nevele zaak, C-24/19

beeldspraak te stapelen) later wel eens als een boemerang terug kunnen komen en die alsdan voor minstens net zoveel commotie en chaos zullen zorgen als nu het gevolg is van de Raad van State uitspraak van 30 juni.

Valkuil 1: net doen alsof er geen mer-plicht is bij het vaststellen van lokale normen

De staatssecretaris van I&W heeft gelijk: de procedure om nieuwe windparken goed te keuren is inderdaad complexer geworden want er zijn geen landelijke regels meer. Maar wat hij en zijn collega van EZK nog steeds niet vermelden – om niet te zeggen: lijken te verzwijgen – is de allergrootste complicatie: dat naar Unierecht ook lokale regels ter vervanging van landelijke regels pas mogen worden vastgesteld na een m.e.r. Het is immers juridisch volstrekt ondenkbaar dat landelijke regels voor geluid en slagschaduw van windturbines niet mogen worden toegepast omdat ze werden vastgesteld zonder voorafgaande m.e.r. en dat nu – nota bene na de Raad van State uitspraak – gemeenten en provincies exact dezelfde (soort) regels mogen vaststellen zonder voorafgaande m.e.r. Wie bedenkt het!

Eerlijk is eerlijk: de Raad van State reikt de staatssecretarissen het blinddoekje aan om deze valkuil te verzwijgen want, zo zei de Raad in de uitspraak van 30 juni, lokale bevoegde gezagen mogen, nu er geen landelijke regels meer zijn, met eigen regels en normen komen mits die deugdelijk worden “gemotiveerd”. Dat is inderdaad wat artikel 3:46 Awb zegt, maar het Europese Hof past niet de Awb toe, maar het Unierecht. En dat zegt klip en klaar dat, voorafgaand aan het besluit over een plan, programma of project dat aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het milieu, er eerst een m.e.r. moet worden uitgevoerd. En dat zou dan niet gelden voor regels en normen van lokale overheden? Terwijl het Rijk er op onderuit ging?

Door nu niet helder te zeggen dat er maar één vorm van “motivering” door de Unierechtelijke beugel kan – een m.e.r. die aan de eisen van het Unierecht voldoet – zetten de staatssecretarissen (en anderen) de deur open voor een herhaling van wat er gebeurde na de 30 juni uitspraak: ergens in 2025 of zo kan de Raad van State niet anders dan oordelen dat ook die lokale regels buiten toepassing moeten blijven omdat ze in strijd zijn met het Unierecht vanwege het ontbreken van een m.e.r.

Alsdan: alle kans op nog meer politieke commotie en bestuurlijk/juridische chaos!

Valkuil 2: net doen alsof er geen rechtsplicht is tot het ongedaan maken van gevolgen

Een tweede valkuil vloeit voort uit de niet mis te verstane rechtsoverwegingen 83 en 84 van het Europese Hof in de Nevele zaak. Kort samengevat zegt het Hof in die overwegingen dat het principe van gemeenschapstrouw van artikel 4, lid 3 van het EU Verdrag betekent dat “nationale autoriteiten”, zelfs rechterlijke, alles moeten doen wat in hun vermogen ligt om de gevolgen van Unierechtelijk onrechtmatig handelen ongedaan te maken.

En, zegt het Hof expliciet, dat “ongedaan maken” kan ook inhouden het opschorten of intrekken van “reeds verleende” vergunningen opdat er alsnog een m.e.r. uitgevoerd kan worden. En alsof dit al niet duidelijk genoeg is, voegt het Hof daar nog aan toe dat het niet aan nationale rechters is om uitzonderingen op de rechtsplicht tot “ongedaan maken” toe te staan, dat alleen het Hof zelf dit kan doen en dat het Hof dat alleen zal doen in zeer exceptionele omstandigheden.

Nogal dwingende formuleringen, zou ik denken, maar tot nu toe kwam ik noch van de beide staatssecretarissen, noch van enig andere “nationale autoriteit” enig openbaar bericht of uitspraak tegen hoe zij aan die op hen rustende rechtsplicht tot “ongedaan maken” gaan voldoen – of waarom zij menen dat die rechtsplicht voor hen niet geldt. Het lijkt alsof de

rechtsoverwegingen 83 en 84 van het Nevele arrest worden doodgezwegen, maar daarmee zijn ze niet weg! En zijn ze nog steeds inroepbaar in toekomstige procedures.

Er lopen op dit moment meerdere procedures waarin omwonenden, met een beroep op de overwegingen 83 en 84, het bevoegde gezag verzoeken vergunningen of inpassings-/bestemmingsplannen op te schorten of in te trekken.¹⁰ Tot nu toe worden die verzoeken systematisch afgewezen, maar ooit komt het in één van die zaken tot een beroep op de Raad van State. Benieuwd wat de Raad dan doet met de niet mis te verstane boodschap van het Europese Hof in rechtsoverwegingen 83 en 84 van het Nevele arrest, al was het alleen maar omdat de rechtsplicht tot “ongedaan maken” ook expliciet geldt voor rechterlijke autoriteiten. En, o ja, de Raad van State moet zich daarbij wel onthouden van het zelf interpreteren van Unierechtelijke begrippen – dat is de exclusieve bevoegdheid van het Europese Hof.¹¹

Alsdan: alle kans op nog meer politieke commotie en bestuurlijk/juridische chaos!

Valkuil 3: net doen alsof het niet nodig is onderzoek te doen naar gezondheidseffecten

Eén van de gevolgen van het vaststellen in 2010 van landelijke regels is dat er sindsdien in project-mer's¹² voor de aspecten geluid en slagschaduw in feite geen milieuonderzoek meer werd gedaan: de vraag was niet meer wat, voor deze aspecten, de (lokale) milieueffecten van windturbines zouden zijn, maar enkel of het park aan die regels kon voldoen. Als dit – al dan niet met toepassing van “mitigerende” maatregelen – het geval was, was de kous af en was verder onderzoek overbodig. Al die project-mer's zijn dus op dit moment in strijd met het Unierecht want onvolledig. Hier ligt dus zeker een opdracht voor de “nationale autoriteiten” van dit land: het defect in al deze project-mer's herstellen door alsnog een (aanvullende) m.e.r. te laten uitvoeren.¹³

Dat er geen onderzoek werd gedaan naar de milieueffecten van geluid en slagschaduw verklaart ook dat er (vrijwel) nooit onderzoek werd gedaan naar de effecten van een windpark op de gezondheid van mensen. Er zijn project-mer's waarin zonder blikken of blozen wordt gezegd dat het effect op gezondheid van mensen niet onderzocht werd! Dus wel onderzoek naar de effecten van windturbines op het welzijn van (bijvoorbeeld) vleermuizen en kikkers, maar niet naar de effecten op de gezondheid van omwonenden! Mocht u zich nu verbazen en denken aan artikel 22 van de Grondwet - “De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid” – dan is dat een logische gedachte. Echter, die gedachte levert niets op want wij zijn zo ongeveer het enige land in Europa waar burgers zich niet op de Grondwet kunnen beroepen.

Van meer praktisch belang is ook hier weer het Unierecht, sterker: het leidt tot een derde valkuil. Indringender nog dan de Projecten-richtlijn van 2011/2014 eist de SMB-richtlijn – en die is hier aan de orde - dat er in een m.e.r. aandacht wordt geschonken aan de effecten van

¹⁰ Tot nu toe zijn er, bij mijn weten, door omwonenden nog geen civiele procedures tegen exploitanten van windparken gestart nu deze zich bij overlas niet meer achter de regels van de overheid kunnen verschuilen.

¹¹ Zegt het Europese Hof in rechtsoverweging 75 van de Nevele zaak.

¹² Er zijn twee soorten mer's: een project-mer heeft betrekking op een concreet project en een plan-mer op een plan of programma. Daaronder valt ook het plan om wettelijke regels vast te stellen.

¹³ En, nee, dat de vergunningen onherroepelijk zijn geworden is geen excuus zoals zal blijken uit een hierna te bespreken arrest van het Europese Hof uit 2019. En zie ook het “reeds verleend” in rechtsoverweging 83 van het Nevele arrest.

een plan of programma op de gezondheid van mensen. Zie bijlage II onder 2. Daarin worden gezondheidseffecten opgevoerd als een autonome categorie en ze zijn dus in de richtlijn niet het ondergeschoven kindje van het aspect geluid. En dus moeten volgens het Unierecht de effecten op gezondheid eigenstandig worden onderzocht en dan niet in de vorm van de zoveelste literatuurstudie van het RIVM, maar ook door veldonderzoek ter plekke want alleen dat maakt die effecten zichtbaar.¹⁴ Zoals, waar nodig, al jarenlang gedaan wordt voor vleermuizen en kikkers.

Het gezondheidsaspect voor de zoveelste keer in een m.e.r. en MER afdoen als een bijwagen van geluid en de effecten van geluid vervolgens afdoen met het zoveelste RIVM literatuuronderzoek is daarom aanvechtbaar als zijnde in strijd met de SMB-richtlijn.¹⁵ En wellicht ook met artikel 7.1 onder 6 van de Wet Milieubeheer want daaraan staat de bescherming van de bevolking en de gezondheid van mensen vooraan als het gaat om de aspecten die in een m.e.r. aan de orde moeten komen. Als de (Europese) rechter het daar – in 2025? - mee eens zou zijn, gaan alle, op die defecte m.e.r. gebaseerde regels en vergunningen – landelijk of lokaal – onderuit als onrechtmatig.

Alsdan: alle kans op nog meer politieke commotie en bestuurlijk/juridische chaos!

3. Remedie erger dan de kwaal?

Uit de brief van 17 december 2021 van de staatssecretaris van I&W aan de Tweede Kamer blijkt dat – ondanks de radiostilte en het doen alsof er niks aan de hand is - deze (en andere) valkuilen wel degelijk bij de betrokken ministeries bekend zijn. Op p. 3 wordt namelijk gezegd dat het principe van gemeenschapstrouw inhoudt dat de Unierechtelijk onrechtmatige windturbinebepalingen zo snel mogelijk uit de desbetreffende wetsteksten moeten worden verwijderd. Wellicht een weinig indrukwekkende manier om te voldoen aan de rechtsplicht tot “ongedaan maken” - het schrappen van een paar wetsartikelen die sowieso buiten toepassing moeten blijven - maar het bewijst wel dat de betrokken ministeries bekend zijn met het principe van gemeenschapstrouw als neergelegd in artikel 4, lid 3 van het EU-Verdrag.

Des te opmerkelijker is dan het plan van de staatssecretaris(sen) om via een spoedprocedure een “overbruggingsregeling”¹⁶ vast te stellen teneinde een einde te maken aan alle onzekerheden over de regels voor bestaande windparken. En nog opmerkelijker is wat de staatssecretaris van I&W vervolgens zegt - ik citeer: “Voor deze overbruggingsregeling is geen plan-mer vereist omdat deze slechts van toepassing is op reeds verleende omgevingsvergunningen en vastgestelde bestemmingsplannen”. Ik keek de SMB-richtlijn, de Wet Milieubeheer en het Besluit milieueffectrapportage er op na, maar kwam daarin niets tegen dat deze redenering onderbouwt. Wat mij betreft lijkt dit weer op het al eerder gesignaleerde patroon: verzin een list, ga daarna door op de ingeslagen weg - en wacht af of de rechter de list laat passeren.

Echter, belangrijker dan mijn mening is dat de opvatting van de staatssecretaris - dat er voor de overbruggingsregeling geen m.e.r. nodig zou zijn - haaks staat op een uitspraak van het

¹⁴ Dat die effecten er zijn: zie www.windmolenoverlast.nl.

¹⁵ Hetgeen overigens exact het geval is in de Notitie Reikwijdte en Detailniveau voor de plan-mer voor de nieuwe windturbinebepalingen. Maar, ja, wat wil je als je die NRD laat opstellen door Arcadis, een adviesbureau dat zelf commerciële belangen heeft in windparken en dat lid is van de brancheorganisatie van de windsector.

¹⁶ In de vorm van een Algemene Maatregel van Bestuur.

Europese Hof uit 2019.¹⁷ In die uitspraak geeft het Hof namelijk precies aan wat een lidstaat moet doen als het achteraf een defect in reeds verleende vergunningen voor een windpark wil herstellen. Ook hier weer: tot nu toe geen enkele verwijzing naar die uitspraak door de beide staatssecretarissen of een andere “nationale autoriteit”. Is dit omdat de aanpak van het Hof niet in de smaak valt bij de beleidsmakers en het dus handiger is om er niets over te zeggen?

Het gaat in deze zaak om een langdurig conflict tussen de Europese Commissie en Ierland over een windpark dat - jazekeer - was gebouwd zonder een voorafgaande m.e.r. Nadat de Commissie Ierland jarenlang had gemaand om dit verzuim te herstellen, legde de Commissie uiteindelijk de zaak voor aan het Europese Hof. Dat oordeelde in 2008 dat het ontbreken van een m.e.r. in strijd was met het Unierecht en dat Ierland dat gebrek alsnog moest herstellen. Dat herstellen duurde en duurde – ik bespaar u de details – totdat de Commissie er genoeg van kreeg en de zaak opnieuw voorlegde aan het Europese Hof, dit keer omdat Ierland niet voldaan had aan de uitspraak van het Hof uit 2008.

In de (tweede) uitspraak van 2019 kreeg Ierland de wind van voren en gaf het Hof exact aan hoe een defect in een reeds verleende vergunning hersteld moest worden. Ik citeer (inclusief een enkele verschrijving) hieronder de conclusies die de Commissie MER aan deze uitspraak verbindt want die conclusies zijn meer gezaghebbend dan de mijne.¹⁸

Conclusies voor de m.e.r. praktijk

- Een lidstaat mag zich niet mag beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van EU-verplichtingen, waaronder die voortvloeien uit de M.e.r.-richtlijn.
- Van de rechtmatigheid van een vergunning, waarvoor ten onrechte geen m.e.r.(-beoordeling) is uitgevoerd, kan door het enkele verstrijken van de beroepstermijn niet worden uitgegaan.
- Als die vergunning volgens het nationale recht inmiddels onherroepelijk is verleend, moet deze worden ingetrokken, opgeschort of gewijzigd zodat alsnog aan de M.e.r.-richtlijn kan worden voldaan. Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen verhinderen dat in principe niet.
- Nationale regels die voorzien in een legalisatie van een dergelijke vergunning zijn niet in strijd met de M.e.r.-richtlijn, mits:
 1. belanghebbenden daardoor niet in de gelegenheid worden gesteld om Unieregels te omzeilen of buiten toepassing te laten, en;
 2. de legalisatieprocedure een uitzondering blijft;
 3. de m.e.r. niet alleen betrekking heeft op de toekomstige milieueffecten van het project, maar ook op de milieueffecten die zich sinds de oprichting daarvan hebben voorgedaan.
- De verplichting om alle nodige maatregelen om strijd met de M.e.r.-richtlijn op te heffen, geldt voor elk orgaan van de betrokken lidstaat en met name voor de gemeentelijke autoriteit waar het project plaatsvindt, maar ook voor een semi-overheidsinstelling als deze door een andere nationale autoriteit van die lidstaat gecontroleerd wordt;
- Bij het opleggen van een dwangsom houdt het Europese Hof rekening met de ernst van de inbreuk op het EU-recht, de verstreken termijn sinds de inbreuk zonder dat maatregelen zijn genomen, de houding van de lidstaat en de financiële draagkracht van de lidstaat.

¹⁷ Zaak C-261/18

¹⁸ Zie: <https://www.commissiemer.nl/jurisprudentie/ECLI%3AEU%3AC%3A2019%3A955>

Ik zou haast zeggen: zijn er nog vragen?¹⁹ De boodschap lijkt mij duidelijk!

De eerste drie punten van de samenvatting maken klip en klaar duidelijk dat het één en andermaal herhaalde argument van de staatssecretarissen en van andere “nationale autoriteiten” dat er niets gedaan kan worden aan de vergunningen van bestaande parken omdat die nu eenmaal onherroepelijk zijn geworden, geen hout snijdt vanuit Unierechtelijk perspectief. Eigenlijk vanzelfsprekend vanwege een feit van algemene bekendheid, maar nog nooit expliciet erkend in dit dossier door welke “nationale autoriteit” dan ook: Unierecht gaat boven nationaal recht (behalve in Polen) en een beroep op onherroepelijkheid naar nationaal recht is derhalve geen grond om Unierechtelijke verplichtingen terzijde te leggen.

Waarom is die redelijk simpele redenering nergens terug te vinden in de brieven van de staatssecretarissen aan de Tweede Kamer? Sterker: waarom wekken de staatssecretarissen de indruk dat er voor bestaande parken – ook al zijn de vergunningen Unierechtelijk defect - niets aan de hand is juist vanwege die onherroepelijkheid?

Minstens zo belangrijk zijn de laatste drie punten in de samenvatting van de Commissie MER. Daaruit kan ik maar één conclusie trekken: dat de uitspraak van het Europese Hof betekent dat de voorgestelde overbruggingsregeling in strijd is met het Unierecht. Ga de drie “mitsen” van het vierde punt maar na:

- Door de bestaande normen voor windturbines overeind te houden, worden belanghebbenden – de windsector – in staat gesteld Unieregels te omzeilen.
- Een algemene toepasselijke landelijke overbruggingsregeling kan niet worden aangemerkt als een uitzonderlijke procedure.
- Ook voor een legalisatie achteraf – zoals met behulp van die overbruggingsregeling – is een plan-mer vereist en dan moet de plan-mer niet alleen vooruit, maar ook achteruit kijken.

En als provincies en gemeenten denken dat ze zich achter de brede rug van het Rijk kunnen verschuilen: geen sprake van. En dat het wat het Hof betreft menens is, blijkt uit het feit dat het Hof al direct aangeeft hoe het de dwangsom zal bepalen als die lidstaat dwars blijft liggen.

In de Ierse zaak ging het om een vergunning die was verleend zonder dat er überhaupt een m.e.r. was uitgevoerd, terwijl het in de overbruggingsregeling zal gaan om windparken met een vergunning waarvoor (vrijwel altijd) wel een project-mer zal zijn uitgevoerd. Echter, in die project-mer werd uitgegaan van de nu door de Raad van State gewraakte windturbine-regels, was in de m.e.r. dus enkel de vraag aan de orde of het geplande park aan die regels zou kunnen voldoen en was er dus in die project-mer (vrijwel nooit) sprake van eigenstandig onderzoek naar de milieueffecten van geluid, slagschaduw en – om het lijstje compleet te maken – lichtschittering en externe veiligheid. In Ierland in het geheel geen m.e.r. – hier een defecte m.e.r. Dus evenzeer de noodzaak tot legalisatie achteraf. Dat mag, maar dan wel conform de eisen die het Hof daaraan stelt. En dat is dus niet het geval in het voorstel van de staatssecretaris.

In eerdere uitspraken over milieuzaken benadrukt het Europese Hof elke keer dat het uiteindelijk gaat om het garanderen van een hoog milieubeschermingsniveau in alle lidstaten van de EU. Als het Hof ooit - zeg 2025? – zou moeten oordelen over de rechtmatigheid van de overbruggingsregeling die de staatssecretaris van I&W nu voorstelt, alle kans dat het Hof zich

¹⁹ En, ja, ik checkte en de conclusies van de Commissie zijn - zoals mag worden verwacht van een zo deskundig gezelschap - geheel conform de uitspraak.

ook dan laat leiden door dat principe en dat het, onder verwijzing naar de uitspraak van 2019 in de Ierse zaak, oordeelt dat die regeling in strijd is met het Unierecht.

Als dat de uitkomst zou zijn: nog meer politieke commotie en nog meer bestuurlijk/juridische chaos. Ten koste van het duurzaamheids- en klimaatbeleid en de energietransitie. De remedie is dan erger dan de kwaal. Waarom niet gehandeld conform de klip en klare instructies van het Europese Hof in de Ierse zaak? Of – desnoods – waarom niet een steekhoudend betoog om aan te tonen dat de Ierse uitspraak niet van toepassing is op de situatie in Nederland?

4. Beleidsmakers: let op u saeck!

Het was Hannah Arendt die ooit zei dat politiek te belangrijk is om over te laten aan politici. Naar analogie: bewijst het bovenstaande niet dat beleid te belangrijk is om over te laten aan beleidsmakers? Waarmee, om dat misverstand maar direct uit de wereld te helpen, ik niet wil zeggen dat we het dan maar aan juristen moeten over laten.

Waar het mij om gaat is dat beleid alleen maar toekomstvast is als het de grenzen van recht en rechtstaat respecteert. Als beleidsmakers een loopje nemen met recht en rechtstaat, loopt de overheid vroeger of later op tegen een rechter, nationaal of Europees, die zijn of haar plicht doet - moet doen - en oordeelt dat het beleid, of onderdelen daarvan, onrechtmatig is en dus ofwel aangepast moet worden, ofwel niet toegepast mag worden. Zie de Urgenda zaak, zie de stikstof affaire, zie het Varkens in nood arrest en zie de Raad van State uitspraak van 30 juni. Zie ook wat er in Wallonië en Vlaanderen gebeurde met het windmolenbeleid aldaar.

Het is daarom goed dat de staatssecretaris van I&W in zijn brief van 17 december 2021 aan de Tweede Kamer aankondigt dat hij de Raad van State zal vragen hem te adviseren over de vraag hoe de door hem voorgestelde overbruggingsregeling zich verhoudt tot het Europese recht en dan met name met de mer-plicht als neergelegd in de SMB-richtlijn. Daarnaast loopt er, zo meldt de staatssecretaris, ook nog een onderzoek naar de mogelijke “brede werking “ van de Raad van State uitspraak. Prachtig, maar was het niet beter geweest eerst de uitkomsten van die twee onderzoeken af te wachten alvorens de Tweede Kamer, bestuurders en burgers nogmaals de indruk te geven dat er eigenlijk geen problemen zijn als gevolg van de Raad van State uitspraak van 30 juni 2021 en dat, zo er al problemen zijn, er wel een list te verzinnen is?

Dat is dan ook de oproep van dit artikel: beleidsmakers, politici (en Raad van State), wees open over actuele en potentiële juridische valkuilen, ga ze niet uit de weg omdat ze politiek lastig zijn, maar adresseer ze en zoek naar oplossingen die de toets van de (Unierechtelijke) kritiek kunnen doorstaan. En dit niet alleen vanwege het intrinsieke belang van recht en rechtstaat, maar ook omdat dit de enige manier is om te komen tot een effectief en toekomstvast duurzaamheids-, klimaat- en energiebeleid.

Albert Koers
7 januari 2022