

ECLI:NL:RVS:2021:1395

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	30-06-2021
Datum publicatie	30-06-2021
Zaaknummer	202003882/1/R3
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Tussenuitspraak bestuurlijke lus
Inhoudsindicatie	

Bij besluit van 25 juni 2020 heeft de raad het bestemmingsplan "Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020" vastgesteld. Bij besluit van 30 juni 2020 heeft het college van gedeputeerde staten van Groningen aan Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding een omgevingsvergunning verleend voor de realisatie van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding. De besluiten maken de oprichting van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding mogelijk. Het windpark bestaat uit 16 windturbines, met een maximale ashoogte van 136 m en een maximale rotordiameter van 136 m. Het plaatsingsgebied voor de windturbines ligt direct ten zuiden van en aansluitend op het bestaande windpark Delfzijl Zuid in de gemeente Eemsdelta. Het plaatsingsgebied wordt globaal omsloten door de provinciale weg N362 aan de westzijde, het Termunterzijldiep aan de oostzijde en het bestaande windpark Delfzijl Zuid aan de noordzijde.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)

Uitspraak

202003882/1/R3.

Datum uitspraak: 30 juni 2021

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 8:51d van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) in het geding tussen:

1. Stichting Oldambt Windmolenvrij.nl, gevestigd te Nieuwolda, gemeente Oldambt, en anderen (hierna: Oldambt Windmolenvrij en anderen),
2. [appellante sub 2A] en [appellant sub 2B] en [appellante sub 2C] (hierna gezamenlijk en in enkelvoud: [appellant sub 2]), gevestigd onderscheidenlijk wonend te [woonplaats],
appellanten,
en

1. de raad van de gemeente Delfzijl, nu gemeente Eemsdelta,
2. het college van gedeputeerde staten van Groningen
verweerders.

Procesverloop

Bij besluit van 25 juni 2020 heeft de raad het bestemmingsplan "Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020" vastgesteld.

Bij besluit van 30 juni 2020 heeft het college van gedeputeerde staten van Groningen (hierna: het college) aan Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding een omgevingsvergunning verleend voor de realisatie van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding.

Tegen deze besluiten hebben Oldambt Windmolenvrij en anderen en [appellant sub 2] beroep ingesteld.

De raad en het college hebben gezamenlijk een verweerschrift ingediend.

Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Bij besluit van 16 februari 2021 heeft het college de omgevingsvergunning gewijzigd. Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben daarop een zienswijze ingebracht.

Oldambt Windmolenvrij en anderen, [appellant sub 2], de raad en het college en Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft op 6 april 2021 - gevoegd met de zaken 202004449/1/R4, 202004395/1/R4 en 201909160/1/R2 - op de zitting uitsluitend de beroepsgronden behandeld die betrekking hebben op het arrest van het Hof van Justitie van 25 juni 2020, C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503 (hierna: Nevele-arrest). Op de zitting zijn verschenen Oldambt Windmolenvrij en anderen, vertegenwoordigd door mr. J.G.L. van Nus en mr. T.P. Tjeerdsma, advocaten te Amsterdam, de raad en het college, vertegenwoordigd door mr. W.R. van der Velde en mr. L. Mathey, advocaten te Groningen. Verder is op de zitting als partij gehoord Koepel Windpark Delfzijl Uitbreiding, vertegenwoordigd door [gemachtigde A], bijgestaan door mr. E.M.N. Noordover, advocaat te Amsterdam. Ook zijn daar gehoord de minister en de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, vertegenwoordigd door mr. drs. B.C. Bosnjakovic, werkzaam bij het Ministerie, bijgestaan door mr. E.C.M. Schippers, advocaat te Den Haag (hierna tezamen en in enkelvoud: de minister).

De overige beroepsgronden heeft de Afdeling op de zitting behandeld van 27 mei 2021, waar Oldambt Windmolenvrij en anderen, bij monde van [gemachtigde B] en [gemachtigde C], bijgestaan door mr. J.G.L. van Nus en mr. T.P. Tjeerdsma, advocaten te Amsterdam, [appellant sub 2], vertegenwoordigd door mr. R.E. Wannink, advocaat te Berlicum, en de raad, vertegenwoordigd door M. van der Galiën en R. Sieben, werkzaam bij de gemeente, bijgestaan door mr. L. Mathey, advocaat te Groningen, en het college, vertegenwoordigd door M. van Son en F. Ijpelaar, ook bijgestaan door mr. L. Mathey, zijn verschenen. Verder is op de zitting als partij gehoord Koepel Windpark Delfzijl Uitbreiding, vertegenwoordigd door [gemachtigde D], [gemachtigde E], [gemachtigde A] en [gemachtigde F], bijgestaan door mr. E.M.N. Noordover, advocaat te Amsterdam.

Overwegingen

INLEIDING

1. De besluiten van 25 juni 2020 en 30 juni 2020 zijn met toepassing van de gemeentelijke coördinatierегeling uit artikel 3.30 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) gecoördineerd voorbereid en bekend gemaakt. Op de bestreden besluiten is de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) van toepassing.

2. De besluiten maken de oprichting van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding mogelijk. Het windpark bestaat uit 16 windturbines, met een maximale ashoogte van 136 m en een maximale rotordiameter van 136 m. Het plaatsingsgebied voor de windturbines ligt direct ten zuiden van en aansluitend op het bestaande windpark Delfzijl Zuid in de gemeente Eemsdelta. Het plaatsingsgebied wordt globaal omsloten door de provinciale weg N362 aan de westzijde, het Termunterzijldiep aan de oostzijde en het bestaande windpark Delfzijl Zuid aan de noordzijde.

Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding kent initiatiefnemers die samenwerken via een gezamenlijke entiteit, dat is Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding.

OPZET UITSPRAAK

3. De Afdeling zal hierna eerst ingaan op de algemene beroepsgronden die gaan over zowel het bestemmingsplan als de omgevingsvergunning. Daarna zullen de beroepsgronden worden besproken die tegen het besluit waarbij het bestemmingsplan is vastgesteld zijn aangevoerd. Vervolgens komt

het besluit waarbij een omgevingsvergunning voor het windpark is verleend aan de orde. Daarna zal worden ingegaan op de mogelijkheden om het geschil definitief te beslechten. Tenslotte volgt de conclusie.

De volgende onderwerpen zullen worden besproken:

ALGEMEEN

- Bekendmaking besluiten (overweging 4)
- Coördinatie (overweging 5)
- Toepasselijkheid Crisis- en herstelwet (overweging 6)
- Objectiviteit adviezen (overweging 7)

BEROEPSGRONDEN OVER HET BESTEMMINGSPLAN

- Artikel 7o Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (overweging 9)
- Wet algemene regels herindeling (overweging 10)
- Draagvlak en tijdige informatieverstrekking (overweging 11)
- Nut en noodzaak (overweging 12)
- Regionale Energiestrategie Groningen (overweging 13)
- Provinciaal en gemeentelijk beleid (overweging 14)
- Milieueffectrapport (overweging 15)
- Nevele-arrest (overwegingen 16 - 50)
- Landschap (overweging 51)
- Obstakelverlichting (overweging 52)
- IJsafzetting (overweging 53)
- Wet natuurbescherming (overwegingen 54 - 55)
- Grondwaterstand en -huishouding (overweging 56)
- Verkeer en bereikbaarheid (overweging 57)
- Sociaal economische gevolgen - bevolkingskrimp (overweging 58)
- Ingetrokken beroepsgrond (overweging 59)

BEROEPSGRONDEN OVER DE OMGEVINGSVERGUNNING

(overwegingen 60 - 61)

DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING

(overwegingen 62 - 66)

CONCLUSIE

(overwegingen 67 - 69)

ALGEMEEN

Bekendmaking besluiten

4. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat de bekendmaking van de besluiten niet deugdelijk is omdat er een rectificatie van de bekendmaking heeft plaatsgevonden. Zij stellen verder dat geen publicatie van de ontwerpbesluiten heeft plaatsgehad in de "Eemsbode". Daardoor doet zich strijd voor met artikel 3:2 en artikel 3:42 van de Awb.

4.1. De ontwerpbesluiten zijn, anders dan Oldambt Windmolenvrij en anderen stellen, op 26 februari 2020 in de Eemsbode bekendgemaakt. Het betoog mist in zoverre feitelijke grondslag.

Volgens vaste jurisprudentie kunnen gebreken in de kennisgeving, bekendmaking, mededeling of de terinzagelegging van vastgestelde besluiten niet leiden tot vernietiging van de besluiten, omdat zulke onregelmatigheden dateren van na het nemen van deze besluiten. Het betoog voor het overige slaagt al daarom niet.

Coördinatie

5. Oldambt Windmolenvrij en anderen stellen dat de gevolgde gemeentelijke coördinatieprocedure in strijd is met de Elektriciteitswet 1998. Zij brengen naar voren dat, omdat het eerder voor het windpark vastgestelde plan en de daarvoor verleende omgevingsvergunning in de uitspraak van de Afdeling van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4180, zijn vernietigd, niet had mogen worden gekozen voor een verkorte procedure. Zij stellen verder dat sprake is van twee coördinerende bestuursorganen omdat de ter inzage gelegde stukken op de website van de provincie Groningen staan en niet op de website van de gemeente.

5.1. Bij de voorbereiding van de bestreden besluiten is toepassing gegeven aan de coördinatieregeling als bedoeld in artikel 3.30, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro. De raad heeft daartoe besloten op 11 juli 2019. De raad heeft dit besluit bevestigd op 25 juni 2020.

5.2. Artikel 9f van de Elektriciteitswet 1998 heeft betrekking op het voorbereiden, nemen en bekendmaken van de besluiten die zijn aangewezen op grond van artikel 9d, eerste lid, van die wet. Dit zijn de besluiten die zijn vermeld in artikel 1 van het Uitvoeringsbesluit rijkscoördinatieregeling energie-infrastructuurprojecten. In artikel 1 zijn de zogenoemde uitvoeringsbesluiten vermeld die nodig zijn om een windpark te realiseren. Het besluit van de raad tot het vaststellen van een bestemmingsplan is niet zo'n uitvoeringsbesluit.

Voor windparken waarop artikel 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 van toepassing is, is het uitgangspunt dat het college van gedeputeerde staten de voorbereiding en bekendmaking van de uitvoeringsbesluiten coördineert en bevoegd is om deze besluiten te nemen. Dit volgt uit artikel 9f, eerste en tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998.

Artikel 9f, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998 biedt voor het college van gedeputeerde staten de mogelijkheid om te bepalen dat het eerste of tweede lid niet van toepassing is.

5.3. Het college heeft op 17 september 2019 besloten toepassing te geven aan artikel 9f, zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en af te zien van de uitoefening van de aan hem in het eerste lid van dit artikel toebedeelde bevoegdheid inzake de coördinatie van de besluiten die nodig zijn voor het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding.

Bij de voorbereiding van de bestreden besluiten is toepassing gegeven aan de coördinatieregeling als bedoeld in artikel 3.30, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro. De raad heeft daartoe besloten op 11 juli 2019, zoals hiervoor onder 5.1 is overwogen. De raad heeft dit besluit nog eens bevestigd op 25 juni 2020. Anders dan Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen, staat de Elektriciteitswet 1998 niet in de weg aan de toepassing van de coördinatieregeling als bedoeld in artikel 3.30, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wro. Dit is in dit geval zo, omdat het college heeft afgezien van de uitoefening van de aan hem toebedeelde bevoegdheid inzake coördinatie.

De Afdeling stelt vast dat de besluiten ook op de gemeentelijke website van de gemeente Delfzijl zijn bekendgemaakt en ter inzage zijn gelegd op het gemeentehuis. In de bekendmaking is verder een link opgenomen naar de vindplaats van de omgevingsvergunning met bijbehorende stukken op de website van de provincie Groningen. Niet valt in te zien waarom de omstandigheid dat deze stukken over de omgevingsvergunning zijn te raadplegen op de website van de provincie Groningen betekent dat niet de juiste procedure is gevoerd.

Het betoog slaagt niet.

Toepasselijkheid Chw

6. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5483, dat niet is voldaan aan artikel 11 van het Besluit uitvoering Chw, omdat niet in de kennisgeving van de ontwerpbesluiten is vermeld dat de Chw van toepassing is.

6.1. Zoals de Afdeling al eerder heeft geoordeeld, bijvoorbeeld in de uitspraak van 19 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3067, over het Windpark Weijerswold, bestaat er geen wettelijke verplichting om ook in de kennisgeving van de ontwerpbesluiten de toepasselijkheid van de Chw te vermelden. Zoals in de nota van toelichting bij het Besluit uitvoering Chw is vermeld (Stb. 2010, 289, p. 23), heeft artikel 11 van het Besluit uitvoering Chw betrekking op de beroepsfase. Artikel 11, eerste lid van het Besluit uitvoering Chw bepaalt daarom dat de toepasselijkheid van de Chw bij het besluit

en de bekendmaking of mededeling van het besluit wordt vermeld. Uit de door Oldambt Windmolenvrij en anderen genoemde uitspraak volgt niet iets anders. In die uitspraak is overwogen dat indien in de rechtsmiddelenverwijzing van een uitspraak van de rechtbank niet is vermeld dat de Chw van toepassing is en dat daarom de beroepsgronden in het hogerberoepschrift moeten worden opgenomen, een belanghebbende in beginsel niet kan worden tegengeworpen dat hij de gronden van het hoger beroep niet binnen de beroepstermijn heeft aangevoerd. Die situatie is nu niet aan de orde. Het betoog slaagt niet.

Objectiviteit adviezen

7. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat sprake is van schijn van partijdigheid, omdat de besluiten zijn gebaseerd op door het adviesbureau Pondera Consult opgestelde rapporten. Zij voeren aan dat dit adviesbureau vaak door initiatiefnemers van projecten voor windenergie wordt ingeschakeld.

7.1. De enkele omstandigheid dat het adviesbureau Pondera Consult betrokken is bij meerdere windparkprojecten kan naar het oordeel van de Afdeling niet leiden tot de conclusie dat de bestreden besluiten in zoverre niet zorgvuldig tot stand zijn gekomen of ondeugdelijk en onvoldoende zijn gemotiveerd.

Het betoog slaagt niet.

BEROEPSGRONDEN OVER HET BESTEMMINGSPLAN

Toetsingskader

8. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de raad uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De raad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De voorzieningenrechter beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De voorzieningenrechter stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.

Artikel 7o Besluit uitvoering Chw

9. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:683, over het bestemmingsplan "Wijk aan Zee/Beverwijk" en van 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer (hierna: uitspraak over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer), dat zich strijd voordoet met artikel 7o van het Besluit uitvoering Chw en artikel 2.4, tweede lid, van de Chw. Zij stellen dat niet is toegelicht hoe het project bijdraagt aan de versterking van de economische structuur en daarmee bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en dat niet is uitgesloten dat het bestemmingsplan op 15 juli 2021 nog niet onherroepelijk is.

9.1. Uit artikel 2.4, eerste lid, van de Chw volgt dat bij algemene maatregel van bestuur bij wege van experiment kan worden afgeweken van een aantal wettelijke regelingen. Hieraan is onder meer toepassing gegeven in artikel 7o van het Besluit uitvoering Chw.

In het tweede lid is bepaald dat uitsluitend toepassing kan worden gegeven aan het eerste lid indien het experiment bijdraagt aan duurzame ontwikkeling en

- a. het experiment bijdraagt innovatieve ontwikkelingen; of
- b. uitvoering van het experiment bijdraagt aan het versterken van de economische structuur.

In artikel 7o, eerste lid, van het Besluit uitvoering Chw is bepaald dat in de door provinciale staten van de provincie Groningen aangewezen concentratiegebieden voor de realisering van windturbineparken aan gronden voorlopige bestemmingen voor het bouwen en in werking hebben van een windturbine voor een termijn van tussen de vijfentwintig en dertig jaar kunnen worden toegekend aan de exacte locaties van de windturbines, mits deze worden vastgesteld voor 15 juli 2021.

9.2. Zoals al is overwogen in de door Oldambt Windmolenvrij en anderen genoemde uitspraak over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer, onder 77.4, is de Afdeling van oordeel dat de

mogelijkheid van toekenning van een voorlopige bestemming voor maximaal 30 jaar bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen, zoals bedoeld in artikel 2.4, tweede lid, van de Chw. De reden daarvoor is dat de windturbines na afloop van die termijn moeten worden verwijderd en daardoor vervanging door modernere en betere windturbines of door andere vormen van duurzame energieopwekking wordt gestimuleerd. Verder is het bestemmingsplan vastgesteld voor 15 juli 2021, overeenkomstig artikel 7o, eerste lid, van het Besluit uitvoering Chw. De door Oldambt Windmolenvrij en anderen genoemde uitspraak van 4 maart 2020 gaat niet over artikel 7o van het Besluit uitvoering Chw.

Het betoog slaagt niet.

Wet algemene regels herindeling

10. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat het besluit waarbij het plan is vastgesteld in strijd is met de Wet algemene regels herindeling (hierna: Wet Arhi), omdat het college van gedeputeerde staten daarvoor goedkeuring had moeten geven. Zij wijzen erop dat het plan financiële gevolgen heeft omdat leges kunnen worden gevraagd en belasting kan worden geheven voor de ontwikkeling van het plan.

10.1. De gemeenten Delfzijl, Appingedam en Loppersum hebben op 16 november 2017 de intentie uitgesproken om te komen tot een herindeling van hun gemeenten. Deze gemeenten zijn op 1 januari 2021 samengevoegd tot de gemeente Eemsdelta.

10.2. Artikel 21 van de Wet Arhi luidt:

"1. Met ingang van de dag waarop een gemeente blijkens een herindelingsontwerp, een herindelingsadvies of een voorstel van wet in aanmerking komt om te worden opgeheven, behoeven de door gedeputeerde staten aangewezen besluiten van de raden en de colleges van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeenten de goedkeuring van gedeputeerde staten.

2. Aangewezen kunnen worden categorieën van besluiten die kunnen leiden tot nieuwe uitgaven, tot verhoging van bestaande uitgaven dan wel tot verlaging van bestaande inkomsten of tot vermindering van vermogen.

3. De goedkeuring kan worden onthouden wegens strijd met het financieel belang van de gemeente of gemeenten waarvan het gebied van de betrokken gemeente na herindeling deel zal gaan uitmaken.

4. Het toezicht dat is aangevangen op grond van het eerste lid blijft van kracht tot de datum van herindeling of de datum waarop Onze Minister bepaalt dat het toezicht is vervallen."

10.3. De raad stelt zich op het standpunt dat het besluit niet ter goedkeuring hoefde te worden aangeboden aan het college van gedeputeerde staten, omdat geen sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 21, tweede lid, van de Wet arhi. De Afdeling ziet geen aanleiding om dit voor onjuist te houden.

Het betoog slaagt niet.

10.4. De Afdeling laat in het midden of deze beroepsgrond op grond van het in artikel 8:69a van de Awb opgenomen relativiteitsvereiste kan leiden tot vernietiging van het plan.

Draagvlak en tijdige informatieverstrekking

11. Oldambt Windmolenvrij en anderen stellen dat draagvlak voor het windpark ontbreekt, dat zij niet tijdig zijn geïnformeerd over de plannen en ten onrechte niet zijn betrokken bij de planvorming. Zij verwijzen daarbij naar de conclusie van Advocaat-Generaal Bobek, ECLI:EU:2020:514, waaruit volgens hen volgt dat artikel 6:13 van de Awb in strijd is met het Verdrag van Aarhus. Volgens hen hebben de provincie en de gemeente daarover ten onrechte geen beleid opgesteld, nu in de Eerste Kamer een motie is aangenomen over het verplicht maken van bewonersinvloed en de provincie heeft aangegeven dat draagvlak belangrijk is. Zij brengen verder naar voren dat omwonenden niet profiteren van de opbrengsten van de windturbines, wat in strijd is met het beleidskader "Sanering en opschaling, gebiedsfonds en participatie".

11.1. De Afdeling stelt vast dat het besluit van de raad waarbij het bestemmingsplan is vastgesteld is voorbereid met toepassing van de daarvoor in de Wro en de Awb gestelde regelgeving. Zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer, onder 28, wordt met deze wettelijke inspraakprocedure een reële inspraakmogelijkheid geboden op

een moment dat alle opties nog open zijn. De verwijzing van Oldambt Windmolenvrij en anderen naar de conclusie van Advocaat-Generaal Bobek, ECLI:EU:2020:514, in een zaak die aanhangig was bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin ook artikel 6:13 van de Awb aan de orde was en die heeft geleid tot het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, treft geen doel. In die conclusie en dat arrest ging het immers niet over de betekenis van artikel 6:13 van de Awb voor de vraag op welk moment nog kan worden gesproken van tijdige inspraak, maar over de betekenis van die bepaling voor het recht om beroep in te kunnen stellen.

11.2. Er is geen wettelijke regel die bepaalt dat een nieuwe ontwikkeling alleen mogelijk is als daarvoor draagvlak bestaat. Het streven naar draagvlak vormt een aspect dat zich vertaalt in de belangenafweging die het bevoegd gezag bij de beoordeling van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het nieuwe windpark moet maken. Dit is een afweging tussen de nationale, provinciale en gemeentelijke belangen bij een duurzame energievoorziening en onder meer de belangen van omwonenden.

In hoofdstuk 8 van de plantoelichting bij het bestemmingsplan is toegelicht dat verschillende documenten ook al voorafgaand aan de in de Wro en de Awb voorgeschreven procedure ter inzage hebben gelegen en dat zogeheten keukentafelgesprekken zijn gevoerd, informatiebijeenkomsten zijn georganiseerd, een projectwebsite is opgezet en overleg is gevoerd met bewonersgroepen. Verder heeft de raad in het verweerschrift toegelicht dat met Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding is afgesproken dat jaarlijks €1050,- per MW beschikbaar wordt gesteld voor storting in een gebiedsfonds, wat ten goede komt aan de directe omgeving van het windpark.

11.3. De omstandigheid dat een aantal omwonenden zich ondanks dit proces niet gehoord voelt en zich niet kan verenigen met het windpark of met de posities van de windturbines, betekent naar het oordeel van de Afdeling niet dat de raad het plan niet heeft mogen vaststellen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer, is het ontbreken van draagvlak op lokaal niveau in de belangenafweging niet zonder meer het meest zwaarwegend. De vraag of de belangen van omwonenden bij de besluitvorming over het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding goed in beeld zijn gebracht en afgewogen, is aan de orde bij de beroepsgronden over onder meer de locatiekeuze, over de hinder die Oldambt Windmolenvrij en anderen vrezen te zullen ondervinden en de aantasting van het landschap.

De door Oldambt Windmolenvrij en anderen bedoelde motie, (EK, vergaderjaar 2019/2020, 34.986, AA, was letter X) van de Eerste Kamer gaat over het opnemen van een verplichting in het Invoeringsbesluit Omgevingswet om participatiebeleid op te stellen. Er is nu geen wettelijke verplichting om participatiebeleid op te stellen. Provinciale staten hebben wel op 29 januari 2014 het door Oldambt Windmolenvrij en anderen genoemde beleidskader "Sanering en opschaling, gebiedsfonds en participatie" vastgesteld. Daarin staat dat dit beleid van toepassing is op alle nieuwe windprojecten, maar niet op de bestaande parken en de zogeheten pijplijnprojecten. Het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding is daarin aangemerkt als een pijplijnproject. Voor zover het betoog van Oldambt Windmolenvrij en anderen zo moet worden begrepen dat de raad het plan in strijd met dit beleid heeft vastgesteld, slaagt dat al daarom niet, nog daargelaten de vraag of de raad aan dit beleid is gebonden.

11.4. Het betoog slaagt niet.

Nut en noodzaak

12. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat het niet nodig is om het windpark te realiseren. Zij voeren aan dat de provincie Groningen een taakstelling heeft voor het realiseren van 855,5 MW, maar dat uit het document "Monitor Wind op Land" volgt dat wordt voorzien in een totaal van 993,5 MW.

12.1. Met het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding beoogt de raad een bijdrage te leveren aan de uitvoering van het Nationaal Energieakkoord. Zoals in paragraaf 2.2 van de plantoelichting staat is in het Energieakkoord de EU-taakstelling van 14% duurzame energie in 2020 opgenomen en is daarnaast een taakstelling van 16% duurzame energie in 2023 opgenomen. Daarbij is ook bepaald dat in 2020 6.000 MW aan windenergie op land moet worden opgewekt. De Provincie Groningen

neemt hiervan minimaal 855,5 MW voor haar rekening voor 2020. Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding levert hieraan volgens paragraaf 4.2 van de plantoelichting een bijdrage van naar verwachting ongeveer 64 MW.

12.2. De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (hierna: RVO) voert jaarlijks de zogeheten Monitor Wind op Land uit. De monitor laat zien, zoals in paragraaf 2.2.1 van de plantoelichting staat, in hoeverre elke provincie ruimte voor ontwikkeling van windenergie planologisch heeft vastgelegd en geeft inzicht in actuele ontwikkelingen rond de toepassing van het ruimtelijke beleid. Daarnaast geeft de monitor een beeld van onder meer de voortgang van projecten en de mogelijke knelpunten die optreden. In de plantoelichting staat dat uit de "Monitor Wind op Land 2018", die beschikbaar was op het moment van vaststelling van het bestemmingsplan, volgt dat aan het eind van 2018 52% van de voor 2020 te behalen doelstelling van 855,5 MW voor geïnstalleerd vermogen voor de provincie Groningen was gerealiseerd. Volgens deze monitor was er op 31 december 2018 936,7 MW gereserveerd. In het verweerschrift en op de zitting heeft de raad toegelicht dat er meer vermogen is gereserveerd dan nodig is om de doelstelling te halen, onder meer omdat rekening is gehouden met vertraging, uitval of het niet realiseren van projecten. Dat betekent dat de capaciteit die in de monitor staat vermeld als gereserveerde capaciteit naar verwachting niet volledig zal worden gerealiseerd. In de monitor uit 2018 staat dat RVO inschat dat 680,9 MW operationeel vermogen in 2020 haalbaar is, wat 79,6% van de doelstelling voor 2020 van 855,5 MW is. Volgens RVO zijn er, zo staat in de monitor, twijfels of deze doelstelling tijdig kan worden gehaald. Er zijn, zoals de raad heeft toegelicht, afspraken gemaakt tussen provincies en het Rijk om de doelstellingen die niet zijn gehaald voor 2020 alsnog in 2023 te halen. Overigens is de doelstelling voor 2020 niet gehaald.

12.3. Gelet op het voorgaande heeft de raad in redelijkheid het nut en de noodzaak van windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding kunnen aannemen voor het leveren van een bijdrage aan de landelijke en provinciale doelstelling voor duurzame energie.

Het betoog slaagt niet.

Regionale Energiestrategie Groningen

13. Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben beroepsgronden aangevoerd over de Regionale Energiestrategie (hierna: RES) van Groningen en het concept daarvan.

13.1. De Afdeling stelt vast dat de besluitvorming over de RES van Groningen op het moment van vaststelling van het plan nog niet was afgerond. Omdat de Afdeling het besluit tot vaststelling van het plan toetst aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden en het recht zoals dat gold ten tijde van het nemen van die besluiten, kan wat over de RES van Groningen naar voren is gebracht niet worden betrokken in de beoordeling. De Afdeling moet deze beroepsgronden dan ook buiten inhoudelijke bespreking laten.

Provinciaal en gemeentelijk beleid

14. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat provinciaal en gemeentelijk beleid in de weg staat aan het windpark. Zij stellen dat in het coalitieakkoord van de provincie voor de periode 2019 tot 2023 staat dat voor windenergie een pas op de plaats moet worden gemaakt. Zij brengen daarnaast naar voren dat uit het gemeentelijk beleidsdocument "Ruimte voor Energie" volgt dat de vergunde windparken als voldoende worden beschouwd. Zij wijzen erop dat het voorliggende windpark niet kan worden aangemerkt als een vergund windpark als bedoeld in dat beleidsdocument, omdat de Afdeling het eerdere besluit waarbij de omgevingsvergunning is verleend in de uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4180, heeft vernietigd.

14.1. In paragraaf 13.2.3 van de "Omgevingsvisie provincie Groningen 2016-2020" (hierna: Omgevingsvisie) staat dat voor het invullen van de taakstelling om windenergie te realiseren is gekozen voor concentratie van windenergie in de vorm van drie grootschalige windparken, te weten de gebieden Eemshaven, Delfzijl en N33. In de provinciale "Structuurvisie Eemsmond-Delfzijl", die een uitwerking is van de Omgevingsvisie, is ingegaan op ruimtelijke projecten in het gebied Eemsdelta. Daarin staat het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding vermeld als een van de windparken die in het concentratiegebied Delfzijl worden gerealiseerd.

Uit de visie "Ruimte voor energie" van de gemeente Eemsdelta volgt dat de visie buiten de huidige uitbreidingen van windparken bij Delfzijl geen nieuwe mogelijkheden voor windparken biedt. Zoals de

raad in het verweerschrift heeft toegelicht, behoort het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding tot de bedoelde huidige uitbreidingen van windparken bij Delfzijl.

Gelet daarop slaagt het betoog dat zich strijd voordoet met provinciaal en gemeentelijk beleid niet, daargelaten de vraag of de raad is gebonden aan het provinciaal beleid. De omstandigheid dat eerdere besluiten die zijn genomen voor het mogelijk maken van het windpark door de Afdeling in haar uitspraak van 19 december 2018 zijn vernietigd, betekent niet dat dat beleid niet meer geldt.

Het betoog van Oldambt Windmolenvrij en anderen slaagt niet.

Milieueffectrapport

15. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat sprake is van een gedateerd bestemmingsplan en een verouderd milieueffectrapport (hierna: MER). Zij wijzen erop dat de m.e.r.-procedure al in 2012 is gestart. Vervolgens heeft de procedure stil gelegen en zijn in 2017 twee geheel nieuwe opstellingen in een aanvulling op het MER toegevoegd. De windturbines zijn daarin 100 m hoger dan waarvan eerst was uitgegaan, hebben aanzienlijk meer vermogen en zijn op andere locaties geprojecteerd. De voor het MER uitgevoerde onderzoeken zien niet op deze wijzigingen, zo stellen zij, terwijl de gevolgen van deze effecten veel groter zijn. Aan de aanvulling op het MER in 2017 liggen volgens hen geen rechtens juiste, deskundige onderzoeken ten grondslag. Zij brengen daarnaast naar voren dat het "addendum MER" uit 2019 ten onrechte niet aan de Commissie voor de milieueffectrapportage (hierna: commissie m.e.r.) is voorgelegd, omdat zich ten opzichte van 2017 opnieuw grote wijzigingen hebben voorgedaan. Zij wijzen erop dat in het addendum nieuwe conclusies staan, er een nieuw bestemmingsplan is, de posities van de windturbines zijn verschoven, er nieuwe autonome ontwikkelingen zijn, er minder molenaarswoningen zijn aangewezen waardoor er meer burgerwoningen in de omgeving zijn en er inmiddels uitspraak is gedaan door de Afdeling over het beroep tegen de op grond van de Wet natuurbescherming (hierna: Wnb) verleende ontheffing voor het windpark. Volgens Oldambt Windmolenvrij en anderen doet zich daarom strijd voor met artikel 3:2 van de Awb.

15.1. Zoals in hoofdstuk 1 en hoofdstuk 4 van de plantoelichting staat en in het verweerschrift is toegelicht zijn in het MER, die als bijlage 1 bij de plantoelichting is gevoegd, de milieueffecten van vier verschillende alternatieven beschreven en vergeleken. Vervolgens is in de rapportage "Aanvulling MER-Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding - Extra Alternatief" van 28 april 2017, die als bijlage 2 bij de plantoelichting is gevoegd, een extra alternatief onderzocht, waaronder een aanpassing van de posities van een aantal windturbines. De effecten daarvan zijn vergeleken met de effecten van de alternatieven uit het oorspronkelijke MER. Daarin is uitgegaan van windturbines met een vermogen van 4 MW, met een ashoogte en rotordiameter van 136 m. Deze windturbines worden met het plan maximaal mogelijk gemaakt, zo is ook in paragraaf 4.2 van de plantoelichting toegelicht. Vervolgens is gekozen voor het aangepaste extra alternatief, zoals ook in paragraaf 4.2 van de plantoelichting staat. In de rapportage "Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding Addendum MER/PB" van 12 november 2019, die als bijlage 5 bij de plantoelichting is gevoegd, is beoordeeld of het MER nog de benodigde actuele informatie bevat. Verder is beschreven welke wijzigingen er in het plan zijn doorgevoerd ten opzichte van het eerder voor het windpark vastgestelde plan, is ingegaan op autonome ontwikkelingen en wordt een beschrijving gegeven van de eventuele gewijzigde milieueffecten, waaronder de gevolgen voor natuurwaarden. Daarin is betrokken dat van de 11 woningen die in het eerder vastgestelde plan waren aangewezen als woningen behorende tot de inrichting van het windpark anders dan in dat plan nu een aantal woningen als woningen van derden wordt aangemerkt en een aantal woningen wordt wegbestemd. Verder is in aanmerking genomen dat inmiddels vergunningen zijn verleend voor het windpark Geefswear, het windpark Midden, het windpark Oostpolder en de Tijdelijke bovengrondse hoogspanningsverbinding Eemshaven Oudeschip-Eemshaven. Ten slotte is daarin aangegeven welke conclusies er kunnen worden getrokken op grond van de wijzigingen. In paragraaf 4.2 van de plantoelichting is afzonderlijk ingegaan op de verschuiving van de posities van een aantal windturbines ten opzichte van de posities in de rapportage uit 2017.

15.2. Het enkele feit dat zich sinds de start van de m.e.r.-procedure wijzigingen hebben voorgedaan, betekent niet dat de raad zich niet op het MER, de rapportage van 28 april 2017 en het addendum van 12 november 2019 heeft mogen baseren of dat daarover een nieuw advies van de commissie m.e.r. had moeten worden uitgebracht. Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben met hun betoog geen

concrete gegevens naar voren gebracht op grond waarvan moet worden aangenomen dat bepaalde wijzigingen in het project of relevante ontwikkelingen in de omgeving niet door de raad in de beoordeling zijn betrokken. Er is daarom geen aanleiding voor de conclusie dat de raad zich niet op het MER, de rapportage van 28 april 2017 en het addendum van 12 november 2019 heeft mogen baseren bij de vaststelling van het plan.

Het betoog slaagt daarom niet.

Nevele-arrest

Inleiding

16. Oldambt Windmolenvrij en anderen en [appellant sub 2] (hierna: appellanten) betogen dat het bestemmingsplan niet in stand kan blijven. De raad heeft bij zijn oordeel over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het plan het Activiteitenbesluit milieubeheer (hierna: het Activiteitenbesluit) en de Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: de Activiteitenregeling) betrokken. Het gaat om de bepalingen uit de paragrafen 3.2.3 Activiteitenbesluit en 3.2.3 Activiteitenregeling voor het in werking hebben van een windturbine of een combinatie van windturbines (hierna: de windturbinebepalingen). Appellanten betogen dat deze bepalingen gebrekkig zijn. Ze zijn volgens appellanten te kwalificeren als plan of programma in de zin van de richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (L 197/30) (hierna: de SMB-richtlijn). Volgens hen is niet voldaan aan het vereiste om voorafgaand aan de vaststelling van de windturbinebepalingen een milieubeoordeling te maken, zoals is bedoeld in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn. Voor de onderbouwing van hun standpunt wijzen appellanten in het bijzonder op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503 (hierna: het Nevele-arrest).

17. Aan een inhoudelijke bespreking van het betoog over de windturbinebepalingen gaat de vraag vooraf of toetsing van die bepalingen in het kader van de beroepen tegen het bestemmingsplan aan de orde kan zijn. Ook moet worden stilgestaan bij de vraag of de Afdeling in deze zaak rechtstreeks aan de SMB-richtlijn kan toetsen.

Exceptieve toetsing?

18. Volgens Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding komt de Afdeling niet toe aan een exceptieve toetsing van de windturbinebepalingen, omdat het bestemmingsplan niet op deze voorschriften is gebaseerd.

18.1. Vooropgesteld wordt dat een exceptieve toetsing van de windturbinebepalingen aan de SMB-richtlijn met zich kan brengen dat deze bepalingen vanwege een geconstateerd gebrek buiten toepassing moeten worden gelaten. Van algehele onverbindendheid van de betrokken bepalingen kan geen sprake zijn, omdat deze bepalingen ook van toepassing zijn op windturbineprojecten die niet vallen onder bijlage II van de Mer-richtlijn onder i van punt 3, waarnaar artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn verwijst. In punt 3 gaat het namelijk om windturbineparken en niet alle windturbineprojecten zijn windturbineparken.

18.2. Zoals de Afdeling eerder heeft geoordeeld, kan de rechter een algemeen verbindend voorschrift dat niet een wet in formele zin is, in een zaak over een besluit dat op dat voorschrift is gebaseerd, toetsen op rechtmatigheid. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het voorschrift niet in strijd is met hogere regelgeving. De rechter komt ook de bevoegdheid toe om te beoordelen of dat algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het besluit waarover de zaak gaat. Bij die indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer, waarbij de toetsing wordt verricht op de wijze zoals de Afdeling die heeft uiteengezet in haar uitspraak van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452. Het bestemmingsplan Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding is niet gebaseerd op het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. De Afdeling ziet echter aanleiding om ook in dit geval die bepalingen exceptief te toetsen. Daartoe overweegt de Afdeling het volgende.

18.3. Aan het bestemmingsplan liggen onderzoeken ten grondslag waarin is beoordeeld of het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding kan voldoen aan de windturbinebepalingen. Deze bepalingen zijn voor een drijver van een windturbine-inrichting rechtstreeks werkend. De raad is voor zijn standpunt

over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding ervan uitgegaan dat bij de exploitatie van dit park moet en kan worden voldaan aan deze bepalingen. Daarbij heeft de raad de gelding van deze bepalingen voor de drijver van de inrichting voorondersteld en redengevend geacht voor zijn beoordeling dat het bestemmingsplan ruimtelijk aanvaardbaar is.

18.4. Een gebrek in de gelding van deze bepalingen impliceert dan ook dat het bestemmingsplan in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb is vastgesteld. Ook betekent het een gebrek in de motivering die aan het bestemmingsplan ten grondslag ligt. Dat niet wettelijk is voorgeschreven dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet worden getoetst aan de windturbinebepalingen, maakt dit niet anders. Doorslaggevend is namelijk dat de raad bij zijn standpunt over de ruimtelijke aanvaardbaarheid redengevend heeft geacht dat de drijver van de inrichting aan die bepalingen móet voldoen.

Rechtstreekse werking SMB-richtlijn?

19. Zoals de Afdeling heeft overwogen, onder meer in haar uitspraak van 5 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2931, kan de vraag naar de rechtstreekse werking van bepalingen van een EU-richtlijn alleen rijzen in gevallen van incorrecte implementatie of als de volledige toepassing van de richtlijn niet daadwerkelijk is verzekerd. De SMB-richtlijn is in het nationale recht geïmplementeerd door de regelgeving over de richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, gewijzigd bij richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 en richtlijn 2014/52/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 (hierna: de Mer-richtlijn). In het bijzonder de artikelen 7.2, eerste, tweede en vijfde lid, van de Wet milieubeheer in samenhang met artikel 2, derde lid, van en de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (hierna: het Besluit mer) strekken ter uitvoering van het bepaalde in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn. In kolom 3 van de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit mer zijn op limitatieve wijze de plannen benoemd waarvoor in het Nederlandse recht voor de uitvoering van het bepaalde in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn een plan-mer-plicht kan gelden. In die kolom zijn de windturbinebepalingen niet genoemd. Als het betoog van appellanten juist is, dan is de SMB-richtlijn niet correct geïmplementeerd. Dit maakt dat appellanten zich in dit geval op de rechtstreekse werking van de hier relevante bepalingen uit de SMB-richtlijn kunnen beroepen, omdat deze bepalingen voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.

Inhoudelijke toetsing aan de SMB-richtlijn

20. Partijen worden verdeeld gehouden door de vraag of de windturbinebepalingen een plan of programma zijn als bedoeld in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn en, zo ja, of daarvoor gelet op artikel 3, tweede lid, onder a, van die richtlijn een milieubeoordeling had moeten worden gemaakt. Appellanten stellen met verwijzing naar het Nevele-arrest dat de raad bij de vaststelling van het plan niet had mogen uitgaan van de toepasbaarheid van deze bepalingen, omdat daarvoor ten onrechte geen milieubeoordeling is verricht. De raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister stellen dat voor de windturbinebepalingen geen milieubeoordeling hoefde te worden verricht. Zij verwijzen naar de uitspraak van de Afdeling van 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064 (hierna: de Battenoorduitspraak) en stellen dat het Nevele-arrest niet dwingt tot wijziging van het daarin neergelegde oordeel. Volgens hen is het oordeel in de Battenoorduitspraak dat de windturbinebepalingen geen plan of programma zijn als bedoeld in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn nog altijd, en ook in de onderhavige zaak, juist.

21. De Afdeling bespreekt hierna onder 22 - 23 eerst de Battenoorduitspraak en daarna onder 24 - 25 het Nevele-arrest. Vervolgens geeft de Afdeling onder 26 - 31 aan welke betekenis in deze zaak moet worden toegekend aan het Nevele-arrest. Tot slot toetst de Afdeling de windturbinebepalingen aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, en de criteria van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de SMB-richtlijn.

De Battenoorduitspraak

22. In de Battenoorduitspraak stond het bestemmingsplan "Windlocatie Battenoord" ter beoordeling. Het bevoegd gezag achtte realisatie van het windpark in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening. Daarbij ging het bevoegd gezag ervan uit dat bij de exploitatie van de windturbines moest en ook kon worden voldaan aan de windturbinebepalingen. De appellanten in die

zaak hebben met een beroep op het arrest van het Hof van 27 oktober 2015, ECLI:EU:C:2016:816 (hierna: het D'Oultremontarrest), betoogd dat de windturbinebepalingen een plan of programma waren als bedoeld in de SMB-richtlijn en dat een milieubeoordeling daarvan ten onrechte achterwege was gelaten.

23. In de Battenoorduitspraak heeft de Afdeling onder punt 29 e.v. vastgesteld dat de windturbinebepalingen geen plannen of programma's zijn in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. De Afdeling heeft toen geoordeeld dat voordat van zo'n plan of programma kan worden gesproken, moet worden vastgesteld of de betrokken regelingen een planmatig of programmatisch karakter hebben. De Afdeling heeft daarbij overwogen dat een plan of programma ten minste enige concretisering van een project in zich moet houden. Voor de onderbouwing van die benadering heeft de Afdeling gewezen op de arresten van het Hof van 22 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:159 (Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a.) en het D'Oultremontarrest, de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 25 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:39, over de zaak Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. (ECLI:EU:C:2018:403), de totstandkomingsgeschiedenis van de SMB-richtlijn en het door de Europese Commissie opgestelde zogenoemde guidance document "Uitvoering van richtlijn 2001/42 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's". Omdat de windturbinebepalingen naar het oordeel van de Afdeling geen relatie lieten zien met enige concretisering van enig windturbineproject, noch in een plannings-, noch in een programmeringsfase, heeft de Afdeling in de Battenoorduitspraak geconcludeerd dat die bepalingen geen plan of programma vormden als bedoeld in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. Aan toetsing van die bepalingen aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn en aan de criteria vermeld in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn is de Afdeling toen niet toegekomen.

Het Nevele-arrest

24. De zaak die heeft geleid tot het Nevele-arrest, zag op de verlening van een stedenbouwkundige vergunning voor de bouw en exploitatie van windturbines in de Belgische gemeenten Aalter en Nevele. Aan die vergunning waren voorwaarden verbonden. Er moest worden voldaan aan de voorwaarden van afdeling 5.20.6 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995, zoals onder meer gewijzigd op 23 december 2011, houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (hierna: Vlarem II). Afdeling 5.20.6 van Vlarem II bevat bepalingen over slagschaduw, veiligheid en geluid van windturbines. Ook moest worden voldaan aan de Omzendbrief van de Vlaamse regering van 12 mei 2006 "Afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines" (hierna: de omzendbrief). Volgens de omzendbrief moest bij de keuze van de locatie van een windturbine rekening worden gehouden met milieunormen voor geluid en bepalingen over lichtschittering en slagschaduw.

25. Omwonenden hebben bij de Raad voor Vergunningenbetwistingen (hierna: de verwijzende rechter) vernietiging van de betrokken stedenbouwkundige vergunning gevorderd onder meer op de grond dat voor afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief in strijd met artikel 2, onder a, en artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn geen milieubeoordeling is verricht. De verwijzende rechter heeft daarop prejudiciële vragen aan het Hof gesteld. In het Nevele-arrest heeft het Hof die vragen beantwoord.

Het Hof heeft in het Nevele-arrest ten aanzien van afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief voor recht verklaard dat artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het begrip "plannen en programma's" ook ziet op een besluit en een omzendbrief die zijn vastgesteld door de regering van een gefedereerde eenheid van een lidstaat en die elk verschillende bepalingen bevatten over de bouw en de exploitatie van windturbines. Ook heeft het Hof voor recht verklaard dat artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een besluit en een omzendbrief die elk verschillende bepalingen bevatten over de bouw en de exploitatie van windturbines, waaronder maatregelen inzake slagschaduw, veiligheid en geluidsnormen, plannen en programma's vormen waarvoor een milieubeoordeling moet worden verricht.

Betekenis van het Nevele-arrest voor de Battenoorduitspraak

26. De vraag waarvoor de Afdeling zich hier in de eerste plaats ziet gesteld, is of het Nevele-arrest dwingt tot het verlaten van de lijn neergelegd in de Battenoorduitspraak over de kwalificatie van de

windturbinebepalingen als plan of programma. Over die vraag overweegt de Afdeling het volgende.

27. In de punten 32 tot en met 63 van het Nevele-arrest is het Hof ingegaan op het begrip "plannen en programma's" in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. Uit die overwegingen blijkt dat het Hof voor de vraag of afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief hebben te gelden als zo'n plan of programma - anders dan de Afdeling heeft gedaan in de Battenoorduitspraak - niet expliciet afzonderlijk is ingegaan op de vraag of afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief een planmatig of programmatisch karakter hebben. Voordat het Hof ingaat op de vraag of wordt voldaan aan de vereisten vermeld in artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de SMB-richtlijn, toetst het Hof afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief alleen maar aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. Het Hof heeft daarmee volstaan, ook al heeft de verwijzende rechter blijkens de prejudiciële vragen 2) onder b) en onder e) en zijn overwegingen 4.1, 7.3, 8.3 en 8.4 onder V van zijn tussenarrest aandacht gevraagd voor een op zich zelf staand oordeel over het planmatige of programmatische karakter van afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief.

Zo heeft die rechter in vraag 2) onder b) het Hof verzocht kenbaar te maken of de algemene regel - afdeling 5.20.6 van Vlarem II - en het beleidsinstrument - de omzendbrief - als plan en programma kunnen worden beschouwd, zelfs indien zij niet de bedoeling hebben om een kader voor toekomstige vergunningverlening te vormen. Met vraag 2) onder e) wenste de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief, "die een beperkte indicatieve waarde kennen, of minstens geen kader vaststellen waaraan enig recht tot het uitvoeren van een project kan worden afgeleid en waaruit geen rechten op een kader, een mate waarbinnen projecten mogen worden toegestaan afgeleid kan worden", beschouwd kunnen worden als plannen of programma's. Daarbij wees de verwijzende rechter op de rechtstreekse werking van afdeling 5.20.6 van Vlarem II. De bepalingen uit afdeling 5.20.6 van Vlarem II hoefden volgens de verwijzende rechter niet als voorwaarde bij de vergunning opgelegd te worden, om afdwingbaar te zijn.

De Afdeling stelt verder vast dat het Hof ook niet nader is ingegaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de SMB-richtlijn waarop de verwijzende rechter in dit verband ook heeft gewezen. Tot slot constateert de Afdeling dat het Hof de schriftelijke opmerkingen die zijn ingediend door de Belgische regering, vermeld onder de punten 100 tot en met 102 van de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona van 3 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:143, ook niet heeft gevolgd. De Belgische regering had onder verwijzing naar de Battenoorduitspraak gesteld dat afdeling 5.20.6 van Vlarem II een algemene regeling is zonder een programmatische of planningsdimensie, die niet is bedoeld om het bestaande kader voor de oprichting van windturbineparken te wijzigen en daarom niet onder het begrip "plan of programma" viel.

28. De Afdeling constateert dat het Hof wat betreft de in afdeling 5.20.6 van Vlarem II en in de omzendbrief opgenomen bepalingen over windturbines geen aanleiding heeft gevonden om bij de kwalificatie van die bepalingen als plan en programma als bedoeld in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn in te gaan op andere aspecten dan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. De bepalingen in afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief vertonen materieel grote gelijkenis met de windturbinebepalingen. Zo bevatten beide normcomplexen voor windturbines immissienormen voor geluid en slagschaduw en bepalingen over veiligheid en lichtschittering. Dit in aanmerking nemende rijst de vraag waarom in dit geval voor de windturbinebepalingen een van het Nevele-arrest afwijkende benaderingswijze zou zijn aangewezen.

Tegen deze achtergrond zal de Afdeling hierna de argumenten bespreken die door de raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister naar voren zijn gebracht voor de ondersteuning van hun stelling dat de door de Afdeling in de Battenoorduitspraak gekozen lijn ook in dit geding zou moeten worden gevolgd.

29. De argumenten die betrekking hebben op de eerdere arresten van het Hof, waaronder het arrest Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. (ECLI:EU:C:2012:159) en het D'Oultremontarrest, de totstandkomingsgeschiedenis van en het guidancedocument over de SMB-richtlijn kunnen naar het oordeel van de Afdeling niet langer de betekenis hebben die de Afdeling daaraan heeft toegekend in de Battenoorduitspraak en die de raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister nu daaraan toegekend wensen te zien. Reden voor dit oordeel is dat het gaat om aspecten die het Hof

blijkens het onder 27 - 28 overwegene, al dan niet expliciet, in zijn oordeelsvorming heeft betrokken en waarin het Hof geen aanleiding heeft gevonden voor een benaderingswijze als in de Battenoorduitspraak.

De raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister hebben verder gewezen op de laatste zin van punt 61 van het Nevele-arrest. Daarin staat dat de omstandigheid dat een nationale handeling een zeker niveau van abstractie vertoont en een doel van transformatie van een geografische zone nastreeft, een illustratie vormt van haar programmatische of planificatieve dimensie en niet verhindert dat zij valt onder het begrip "plannen en programma's". Hieraan ontleent de raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister een argument dat in dit geval de windturbinebepalingen niet moeten worden beschouwd als een plan of programma. Dit acht de Afdeling niet steekhoudend. Het Hof heeft met deze zin alleen geïllustreerd dat de vraag naar de afbakening tussen beleid en algemene regels aan de ene kant en plannen en programma's aan de andere kant weliswaar van belang is in het kader van het Verdrag van Aarhus en het Protocol van Kiev, maar niet voor de kwalificatie als plan of programma in het kader van de SMB-richtlijn. Ook bij een andere lezing van deze zin kan de Afdeling er niet aan voorbijzien dat afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief, waarvan de daarin opgenomen bepalingen materieel grote gelijkenis vertonen met de windturbinebepalingen, door het Hof zijn gekwalificeerd als een plan of programma.

Het betoog dat de windturbinebepalingen niet als plan of programma hebben te gelden, omdat de inhoud en de doelstelling ervan niet zijn gericht op de realisering van windturbines, volgt de Afdeling niet. Uit het arrest van het Hof van 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:403 (Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a.), punten 46 en 52, en het arrest van het Hof van 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:401 (Thybaut), punten 50 en 53, volgt dat de inhoud en doelstelling niet aan de orde zijn bij de toetsing of er een plan of programma is in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. De inhoud en doelstelling kunnen pas van betekenis zijn voor het antwoord op de vraag of een plan of programma een kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlage I en bijlage II bij de Mer-richtlijn genoemde projecten.

Het betoog dat een plan of programma gericht moet zijn op de ruimtelijke ordening, waarbij is verwezen naar de punten 45 en 46 uit het D'Oultremontarrest, slaagt naar het oordeel van de Afdeling ook niet. Gerichtheid op ruimtelijke ordening is weliswaar aan de orde onder de punten 45 en 46 van het D'Oultremontarrest, maar - zo stelt de Afdeling vast - niet in het kader van de toetsing aan artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn (in het D'Oultremontarrest besproken onder de punten 41 en 42), maar in het kader van de toetsing aan artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn. In het Nevele-arrest speelt het al dan niet gericht zijn op de ruimtelijke ordening geen rol bij de beoordeling door het Hof of de omzendbrief en afdeling 5.20.6 van Vlarem II als plannen en programma's moeten worden aangemerkt als bedoeld in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. De Afdeling wijst hierbij ook op het arrest van het Hof van 8 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:384 (Verdi Ambiente e Società (Vas) - Aps Onlus), punten 44 tot en met 46. Het Hof heeft daarin geoordeeld dat het besluit voor de verhoging van de capaciteit van bestaande afvalverbrandingsinstallaties en de bouw van nieuwe installaties, dat geldt op het grondgebied van de lidstaat Italië, moet worden gekwalificeerd als een plan of programma in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn. De Afdeling stelt dan ook vast dat het Hof gerichtheid op de ruimtelijke ordening niet als een vereiste beschouwt om een regeling als plan of programma in de zin van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn te kunnen aanmerken. Wel moet een besluit gelden voor (een deel van) het grondgebied van een EU-lidstaat om als zo'n plan of programma te kunnen worden aangemerkt. Dat is het geval met de windturbinebepalingen. Zij gelden voor het gehele Nederlandse grondgebied.

30. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de Afdeling gezien het Nevele-arrest voor de windturbinebepalingen, in wat is aangedragen door de raad, de Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister geen ruimte meer ziet om de in de Battenoorduitspraak neergelegde lijn te handhaven.

31. De Afdeling ziet gelet op het arrest van het Hof van 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (hierna: het Cilfitarrest), punten 13 en 14, geen aanleiding om op dit punt prejudiciële vragen te stellen. Die vragen kunnen worden beantwoord aan de hand van de hiervoor vermelde rechtspraak van het Hof. De bepalingen voor windturbines vervat in afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de

omzendbrief vertonen namelijk materieel grote gelijkenis met de Nederlandse windturbinebepalingen.

32. Gelet op het voorgaande zal de Afdeling hierna onder 33 - 46 beoordelen of de windturbinebepalingen voldoen aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, en aan artikel 3, tweede lid, van de SMB-richtlijn.

Criteria onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn

33. Artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn luidt:

"In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a. „plannen en programma's": plannen en programma's, met inbegrip van die welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan,

— die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld en

— die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven."

34. De Afdeling stelt vast dat aan het criterium vermeld onder het eerste gedachtestreepje in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn wordt voldaan, omdat beide regelingen zijn vastgesteld door een instantie op nationaal niveau. Paragraaf 3.2.3 van het Activiteitenbesluit is vastgesteld door de regering en paragraaf 3.2.3. van de Activiteitenregeling is vastgesteld door de toenmalige Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, nu de Minister van Infrastructuur en Waterstaat.

Verder stelt de Afdeling vast dat de windturbinebepalingen door wettelijke bepalingen zijn voorgeschreven in de zin van de SMB-richtlijn. De bepalingen uit het Activiteitenbesluit zijn voorgeschreven door artikel 8.40, eerste lid, van de Wet milieubeheer. De bepalingen uit de Activiteitenregeling zijn voorgeschreven door artikel 3.14, vierde en vijfde lid, en 3.15, 3.15a, derde en vijfde lid, van het Activiteitenbesluit. Hiermee wordt ook voldaan aan het criterium vermeld onder het tweede gedachtestreepje in artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn.

Een en ander leidt tot de conclusie dat de windturbinebepalingen voldoen aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn.

35. Ook hier ziet de Afdeling gelet op het Cilfitarrest van het Hof geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen. Vragen over de toetsing aan de criteria vermeld onder de twee gedachtestreepjes van artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn kunnen namelijk worden beantwoord aan de hand van de overwegingen hierover in het Nevele-arrest.

Criteria artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de SMB-richtlijn

36. Artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de richtlijn luidt: "Onverminderd lid 3, wordt een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma's

a. die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, energie, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten,..(...)."

37. De Afdeling zal hierna onder 38 eerst bespreken of de windturbinebepalingen betrekking hebben op een van de sectoren genoemd in bovenvermeld artikellid. Daarna wordt ingegaan op de vraag of deze bepalingen een kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor windturbineparken. Daarbij is de vraag of de windturbinebepalingen kunnen worden gezien als een groot pakket criteria en modaliteiten (onder 39 - 41) en wat hun relevantie is voor toekomstige vergunningen (onder 42 - 46).

a. Relevante sector?

38. De Afdeling stelt vast dat de windturbinebepalingen betrekking hebben op energie. In bijlage II van de Mer-richtlijn zijn onder i van punt 3. Energiebedrijven "Installaties voor de winning van windenergie voor de energieproductie (windturbineparken)" genoemd. Ingevolge artikel 3.13, eerste lid, van het Activiteitenbesluit en artikel 3.11 Activiteitenregeling zijn de windturbinebepalingen van toepassing op een windturbine of een combinatie van windturbines. Een windturbine is ingevolge

artikel 1.1, eerste lid, van het Activiteitenbesluit "een apparaat voor het opwekken van elektrisch of thermisch vermogen uit wind". De windturbinebepalingen zijn daarmee van toepassing op een in bijlage II van de Mer-richtlijn genoemd project. Hierover zijn geen specifieke gronden naar voren gebracht.

b. Groot pakket van criteria en modaliteiten?

39. In punt 67 van het Nevele-arrest stelt het Hof dat voor de vraag of een handeling het kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten van belang is of die handeling, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. In punt 70 van dit arrest staat dat het begrip "groot pakket criteria en modaliteiten" op een kwalitatieve en niet op een kwantitatieve manier moet worden begrepen, dit met het oog op het tegengaan van mogelijke strategieën ter ontwijking van de in de SMB-richtlijn neergelegde verplichtingen. Of het pakket een compleet geheel vormt, acht het Hof niet bepalend. In punt 72 overweegt het Hof dat het erom gaat dat de betrokken bepalingen een voldoende groot belang en reikwijdte hebben om de op de betrokken sector toepasselijke voorwaarden te bepalen en dat de keuzen die via die normen in het bijzonder met betrekking tot milieu worden gemaakt, ertoe dienen de voorwaarden vast te stellen waaronder toekomstige concrete projecten voor de bouw en exploitatie van windmolenparken kunnen worden vergund.

40. Het Hof heeft in de punten 71 tot en met 73 van het Nevele-arrest over de daar aan de orde zijnde bepalingen uit afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief over slagschaduw, veiligheid, geluid en lichtschittering, geoordeeld dat het ging om een groot pakket criteria en modaliteiten. De bepalingen zijn volgens het Hof voldoende belangrijk voor de bepaling van de voorwaarden waaronder een vergunning voor de oprichting van windturbineparken kan worden verleend. Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat afdeling 5.20.6 van Vlarem II en, onder voorbehoud dat de verwijzende rechter nog een paar zaken moet verifiëren, ook de omzendbrief onder de "plannen en programma's" vallen waarvoor volgens artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de SMB-richtlijn een milieubeoordeling moet worden verricht.

41. Aangezien de hier aan de orde zijnde windturbinebepalingen qua inhoud en in reikwijdte en werking materieel grote gelijkenis vertonen met de in het Nevele-arrest beoordeelde Vlaamse bepalingen, ziet de Afdeling op dit punt geen reden voor een andersluidende conclusie over de windturbinebepalingen dan die van het Hof over de bepalingen uit afdeling 5.20.6 van Vlarem II.

c. Relevantie voor toekomstige vergunningen

42. In punt 75 van het Nevele-arrest overweegt het Hof dat de woordgroep "die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor [...] projecten" in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn geen enkele verwijzing naar het nationale recht bevat. Het vormt volgens het Hof een autonoom Unierechtelijk begrip dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd.

43. Gezien deze Europeesrechtelijke duiding kan geen doorslaggevende betekenis toekomen aan het gegeven nationaalrechtelijke juridische kader. Het feit dat naar nationaal recht de windturbinebepalingen geen wettelijk toetsingskader vormen voor de vaststelling van bestemmingsplannen voor windturbineparken, is dan ook - anders dan de raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister betogen - niet bepalend. De Afdeling stelt verder vast dat de windturbinebepalingen voor de vaststelling van bestemmingsplannen weliswaar niet een wettelijk voorgeschreven toetsingskader zijn, maar dat deze bepalingen de planwetgever beperken. Het gaat er daarbij om dat het die planwetgever niet is toegestaan om bestemmingsplannen vast te stellen waarvan realisatie zich niet verdraagt met de windturbinebepalingen: de uitvoerbaarheid van het plan is dan namelijk niet verzekerd. Al daarom zijn de windturbinebepalingen naar het oordeel van de Afdeling relevant voor toekomstige vergunningen, zoals bedoeld is in artikel 3, tweede lid, onder a, van de SMB-richtlijn. In dit verband merkt de Afdeling nog op dat het hier gaat om vergunningen in de zin van de Mer-richtlijn. Onder het begrip "vergunning" wordt in artikel 1, tweede lid, onder c, van de Mer-richtlijn "het besluit van de bevoegde instantie of instanties waardoor de opdrachtgever het recht verkrijgt om een project uit te voeren" verstaan. Als voor een project meerdere besluiten nodig zijn

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

44. Het betoog van de raad, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister over het door de wetgever met de vaststelling van het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling beoogde doel, te weten administratieve vereenvoudiging, volgt de Afdeling niet. Zoals al onder 29 is overwogen, volgt uit het arrest Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. (ECLI:EU:C:2018:403), punten 46 en 52, en het arrest Thybaut, punten 50 en 53, dat de inhoud en de doelstelling van het betrokken besluit van betekenis kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of dat besluit een kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlage I en bijlage II bij de Mer-richtlijn genoemde projecten. Daarbij moet echter worden vastgesteld dat het Hof deze elementen niet als zodanig heeft genoemd in de twee op windturbinebepalingen betrekking hebbende arresten van het Hof, het D'Oultremontarrest en het Nevele-arrest. Gegeven de grote materiële gelijkheid tussen afdeling 5.20.6 van Vlarem II en de omzendbrief aan de ene kant en de windturbinebepalingen aan de andere kant en in aanmerking genomen dat het hier gaat om autonome Unierechtelijke uitleg, ziet de Afdeling niet dat een beroep op het door de Nederlandse wetgever gestelde doel voor het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling enkel en alleen de conclusie kan rechtvaardigen dat de windturbinebepalingen geen kader vormen voor de toekenning van vergunningen voor windturbineparken.

45. Ook de stelling van de raad, de Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister dat is miskend dat de windturbinebepalingen rechtstreekse werking hebben en om die reden geen kader kunnen vormen voor vergunningverlening, volgt de Afdeling niet. Hieraan staat al in de weg wat de verwijzende rechter in overweging 4.1 onder het kopje "Toelichting bij de Vlaamse regelgeving" en in overweging 8.3 onder het kopje "Prejudiciële vragen: artikel 2, onder a) en 3 SMB-richtlijn" onder V. heeft overwogen over de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II. Daarin leest de Afdeling namelijk dat die bepalingen een vergelijkbare juridische positie hebben als de windturbinebepalingen. Net als de windturbinebepalingen hebben de bepalingen van afdeling 5.20.6 van Vlarem II rechtstreekse werking, ongeacht het bestaan van een vergunning: deze Vlaamse bepalingen hoeven voor hun afdwingbaarheid niet eerst als voorwaarde bij een vergunning te worden opgelegd.

46. Een en ander leidt de Afdeling tot de slotsom dat de windturbinebepalingen voor de vaststelling van een bestemmingsplan als kaderstellend moeten worden aangemerkt.

47. Gelet op het Cilfitarrest van het Hof kan het stellen van prejudiciële vragen over de toetsing aan de criteria uit artikel 3, tweede lid, aanhef en onder a, van de SMB-richtlijn naar het oordeel van de Afdeling achterwege blijven. Vragen daarover kunnen namelijk worden beantwoord aan de hand van de daarop betrekking hebbende overwegingen van het Hof in het Nevele-arrest.

Conclusie ten aanzien van het bestemmingsplan

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

49. De raad heeft zijn standpunt dat het bestemmingsplan voor het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding ruimtelijk aanvaardbaar is gebaseerd op de veronderstelling dat Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding bij de bouw en het gebruik van het windturbinepark zich heeft te houden aan de voor haar rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. Deze veronderstelling lag ook ten grondslag aan de voor het bestemmingsplan verrichte milieuonderzoeken. Nu voor de windturbinebepalingen geen milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn is verricht en deze bepalingen daarom in strijd zijn met het Unierecht, had de raad niet van die veronderstelling mogen uitgaan.

De Afdeling kan dan ook tot geen andere slotsom komen dan dat de vaststelling van het bestemmingsplan Delfzijl in zoverre in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2

van de Awb heeft plaatsgevonden en niet berust op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 3:46 van de Awb.

50. De Afdeling komt gelet op wat hiervoor is overwogen niet toe aan de beroepsgronden die appellanten naar voren hebben gebracht over de molenaarswoningen, de aspecten geluid, slagschaduw en externe veiligheid en het betoog van [appellant sub 2] over de afweging van zijn belangen, omdat deze beroepsgronden verband houden met de windturbinebepalingen. Ook wordt niet toegekomen aan beroepsgronden over de (financieel-economische) uitvoerbaarheid van het plan. Hierna worden de beroepsgronden besproken die los kunnen worden gezien van wat hiervoor is besproken.

Landschap

51. [appellant sub 2] stelt dat sprake is van horizonvervuiling. Hij stelt verder dat de wijze waarop de windturbines worden geplaatst, in strijd is met de provinciale omgevingsverordening. Hij wijst erop dat het windpark voorziet in een onregelmatige rasteropstelling, terwijl in deze omgevingsverordening is bepaald dat de windturbines deel moeten uitmaken van een park- of lijnopstelling.

Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat het windpark negatieve gevolgen heeft voor het landschap vanwege het open karakter ervan. Zij brengen in dit verband naar voren dat onder meer windparken ten koste gaan van het groen in Nederland. Zij wijzen erop dat zich bij Delfzijl al een aantasting van het landschap voordoet vanwege andere windparken in de omgeving. Het nu voorziene windpark zorgt voor een verdergaande, onaanvaardbare aantasting. Volgens hen doet zich strijd voor met de provinciale omgevingsverordening omdat het windpark niet aansluit bij het landschap, er geen sprake is van een herkenbare interne orde en er onvoldoende afstand is tussen de windparken. Zij voeren verder aan dat de voor de beoordeling van de gevolgen voor het landschap gebruikte fotovisualisaties een vertekend beeld geven. Zij stellen in dit verband dat niet duidelijk is hoe hoog de fundering van de windmolens uiteindelijk zal zijn en dat niet duidelijk is wat de hoogte van het maaiveld is. Zij wijzen er verder op dat de fotovisualisaties verouderd zijn, omdat is uitgegaan van de omgeving zoals die er in 2012 en 2013 uit zag. Ook wijzen zij erop dat de windturbines daarop tegen een witte achtergrond zijn ingetekend. Zij stellen daarnaast dat het voorliggende windpark ten onrechte als autonome ontwikkeling is beschouwd, omdat eerder voor het windpark genomen besluiten zijn vernietigd. Volgens hen heeft de raad er ten onrechte geen rekening mee gehouden dat de windturbines een andere positie hebben, dan waar eerst van was uitgegaan.

51.1. In paragraaf 4.2 van de plantoelichting staat dat gekozen is voor de huidige opstelling van de windturbines vanwege de begrenzing van het plangebied, de ligging van woningen, gebouwen en infrastructuur en de benodigde afstanden tussen windturbines. Omdat de maximalisatie van het opgestelde vermogen uitgangspunt is en vanwege de begrenzing van het gebied en de ligging van woningen en wegen is een opstelling in lijnen of een regelmatige rasteropstelling niet mogelijk, zo staat in de plantoelichting.

51.2. In artikel 2.41.4, aanhef en onder a, van de "Omgevingsverordening provincie Groningen 2016" (hierna: Omgevingsverordening) is bepaald dat een bestemmingsplan kan voorzien in de oprichting van windturbines binnen de op kaart 5 aangegeven "concentratiegebieden grootschalige windenergie" op voorwaarde dat de windturbines deel gaan uitmaken van een park- of lijnopstelling. De windturbines van windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding zijn gesitueerd binnen het besluitvlak "concentratiegebieden grootschalige windenergie" aangeduid op kaart 5 bij de Omgevingsverordening.

51.3. De Afdeling stelt vast dat in de Omgevingsverordening niet is bepaald dat gekozen moet worden voor een lijnopstelling of een regelmatige rasteropstelling. De windturbines van windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding vormen zowel feitelijk als visueel één parkopstelling. Daarmee wordt naar het oordeel van de Afdeling aan het vereiste in artikel 2.41.4, aanhef en onder a, van de Omgevingsverordening voldaan.

Het betoog van [appellant sub 2] daarover slaagt daarom niet.

51.4. De Afdeling stelt verder vast dat in de Omgevingsverordening geen bepalingen zijn opgenomen over het plaatsen van de windturbines in het gebied dat is aangewezen als "concentratiegebieden

grootschalige windenergie" in relatie tot landschappelijke waarden. Het betoog van Oldambt Windmolenvrij en anderen dat zich strijd voordoet met bepalingen in de Omgevingsverordening over landschap slaagt daarom ook niet.

51.5. In de paragrafen 2.3 en 4.5 van de plantoelichting is in aanmerking genomen dat de provincie het opwekken van windenergie als een industriële activiteit ziet die thuis hoort op of grenzend aan een industrieterrein. De provincie heeft daarbij de keus gemaakt geen nieuwe gebieden voor wind op land aan te wijzen maar de daarvoor aangewezen concentratiegebieden volledig te benutten met hogere windturbines. In de plantoelichting wordt verwezen naar de Omgevingsvisie. In paragraaf 13.2.3 van deze Omgevingsvisie staat dat voor de invulling van de taakstelling om 855,5 MW windenergie in de provincie te realiseren is gekozen voor concentratie in de vorm van drie grootschalige windparken, te weten de gebieden Eemshaven, Delfzijl en nabij de N33. Binnen deze gebieden wordt gestreefd naar een optimaal energetisch vermogen met nadrukkelijk aandacht voor het minimaliseren van de effecten op mens en omgeving. De Omgevingsvisie is uitgewerkt in de Structuurvisie Eemsmond-Delfzijl. In paragraaf 7.1.3 van deze structuurvisie staat dat uit oogpunt van zuinig en efficiënt ruimtegebruik er geen overcapaciteit binnen de aangewezen gebieden is ingebouwd. Dat betekent dat de mogelijkheden om te schuiven binnen de aangewezen gebieden beperkt zijn gelet op de andere functies die zich hier binnen bevinden. Daarmee is ook de mogelijkheid beperkt om altijd voor plaatsingsvormen van de turbines te kiezen in de vorm van zuivere raster- of lijnopstellingen. In de structuurvisie staat dat zal worden onderzocht of een opstelling van turbines mogelijk is waarbij een optimum wordt gevonden tussen maximaal opgesteld vermogen en aandacht voor landschap. Een deskundige op het gebied van stedenbouw en landschapsarchitectuur wordt betrokken bij het ontwerp van de windparken.

51.6. In paragraaf 2.3.4 van de plantoelichting staat dat een landschapsarchitect is betrokken bij het ontwerp van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en ook bij de landschappelijke beoordeling ervan. In de plantoelichting is ingegaan op de bestaande landschappelijke structuur en de gevolgen van de windturbines voor het landschap. In paragraaf 3.2 staat dat het landschap rondom het plangebied bestaat uit open landbouwgebied met een regelmatige blokverkaveling. Volgens de plantoelichting is de openheid relatief, vanwege het industrieterrein Oosterhorn ten noorden van het plangebied. De verkaveling van het gebied ten noorden van de N992, dat is ook ten noorden van het plangebied, is ingericht voor de komst van grootschalige energie. Het landschap ten zuiden van deze weg kent nog wel blokverkaveling en is in gebruik als landbouwgebied. Ook is daar een stortplaats voorzien en bevindt zich daar het bestaande windpark Delfzijl Zuid met meer dan 30 windturbines, zo staat in de plantoelichting. Het bestaande windpark bestaat uit windturbines met een onregelmatige rasteropstelling, waarbij sprake is van verschillen in afstanden tussen de lijnen en de windturbines. De lijnen lopen niet exact parallel.

Voor de beoordeling van de gevolgen van het voorliggende windpark voor het landschap wordt in paragraaf 4.5 van de plantoelichting verwezen naar de als bijlage 2 bij de plantoelichting gevoegde aanvulling op het MER en visualisaties. In de plantoelichting staat dat voor het windpark Geefsweer visualisaties zijn gemaakt, waarop het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en het windpark Geefsweer zijn weergegeven. Daarbij is uitgegaan van fotopunten vanaf Woldendorp, Borgsweer, Meedhuizen en Nieuwolda-Oost. Deze visualisaties zijn als bijlagen bij de plantoelichting gevoegd en ook door de raad gebruikt bij de beoordeling van de landschappelijke gevolgen van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding. Het plan voor het windpark Geefsweer is inmiddels onherroepelijk geworden.

De omstandigheid dat het voorliggende windpark in de visualisaties als autonome ontwikkeling is beschouwd betekent op zichzelf niet dat de raad zich niet op deze visualisaties heeft mogen baseren bij zijn beoordeling van de gevolgen voor het landschap. Voor de weergave van de windturbines op de visualisaties maakt dat geen verschil. Niet is daarnaast gebleken en ook niet door Oldambt Windmolenvrij en anderen onderbouwd, dat zich in de omgeving van het windpark zodanige wijzigingen in het landschap hebben voorgedaan, die niet op de voor visualisaties gebruikte foto's uit 2012 en 2013 staan, dat de raad zich daarom niet op de visualisaties heeft mogen baseren. Verder zijn, zoals in paragraaf 4.2 van de plantoelichting staat, twee windturbines elk 7 m verschoven ten opzichte van de positie waarvan in de visualisaties is uitgegaan. Daarmee is in de visualisaties, anders dan Oldambt Windmolenvrij en anderen menen, niet van een geheel andere locatie van de windturbines uitgegaan dan nu in het plan is voorzien. Verder is de bouwhoogte van de fundering van

een windturbine in artikel 4.1.2, lid a, onder f, van de planregels beperkt tot 1 m. De raad heeft zich naar het oordeel van de Afdeling in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat een hoogte van de fundatie van 1 m hoog op de totale schaal van de omvang van de windturbines, met een tiphoogte van maximaal 204 m, niet bepalend is voor de beeldvorming, ook indien zich verschillen voordoen in de hoogte van het omliggende terrein in het gebied. Daarbij is van belang dat niet is gebleken dat er grote verschillen zijn in de hoogte van het omliggende terrein. Verder stelt de Afdeling vast dat de windturbines op de visualisaties niet uitsluitend tegen een witte achtergrond zijn ingetekend.

Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben daarmee niet aannemelijk gemaakt dat de visualisaties, die zijn gebruikt als hulpmiddel voor de beoordeling van de landschappelijke gevolgen, een zodanig andere weergave van de werkelijkheid geven dat de raad zich daarop niet heeft mogen baseren.

51.7. In paragraaf 4.5 van de plantoelichting staat dat het windpark samenhangt met de vrij grote schaal en openheid van het gebied Delfzijl-Zuid en de bestaande windturbines. Volgens de plantoelichting is vanuit de verschillende zichtpunten, weergegeven op de fotovisualisaties, duidelijk zichtbaar dat de bestaande opstelling wordt uitgebreid. De samenhang met landschappelijke grenzen of structuren is nauwelijks herkenbaar. Dat betekent dat de herkenbaarheid van de landschappelijke structuren nauwelijks verandert, zo staat in de plantoelichting. Verder is er vanuit bepaalde zichtpunten sprake van interferentie met andere windparken, maar dat is inherent aan de aanwijzing van het gebied als concentratiegebied voor windenergie, aldus de plantoelichting.

In het verweerschrift heeft de raad erop gewezen dat de beperkte ruimte in de concentratiegebieden betekent dat er concessies gesloten zijn wat betreft de gevolgen voor het landschap. De mogelijkheden om te schuiven binnen het gebied zijn, zoals ook in de Structuurvisie Eemsmond-Delfzijl staat, beperkt, gelet op de andere functies in het gebied. Volgens de raad is de gekozen opstelling de beste inpassing en zijn de gevolgen daarvan aanvaardbaar.

51.8. De keuze van de raad om, gelet op het provinciale concentratiebeleid en de doelstellingen voor duurzame energie, binnen windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding te kiezen voor een maximalisatie van het opgesteld vermogen, acht de Afdeling niet onredelijk. Daarbij betreft de Afdeling dat op provinciaal niveau voor een concentratie van windparken is gekozen, grenzend aan industrieel gebied. Dat de maximalisatie van het opgesteld vermogen tot gevolg heeft dat bij windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding concessies zijn gedaan ten aanzien van het landschap, maakt naar het oordeel van de Afdeling niet dat het besluit van de raad tot vaststelling van het bestemmingsplan voor windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding in strijd met een goede ruimtelijke ordening moet worden geacht. De Afdeling stelt vast dat de raad de gevolgen voor het landschap heeft beoordeeld. De raad heeft daarbij in redelijkheid een zwaarder gewicht kunnen toekennen aan het provinciale concentratiebeleid en het realiseren van de gestelde doelstellingen voor duurzame energie dan aan het volledig behouden van de landschappelijke waarden van de locatie waar windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding is voorzien. Daarbij betreft de Afdeling dat, zoals de raad heeft toegelicht, de concessies die ten aanzien van het landschap zijn gedaan onder meer het gevolg zijn van lokale belemmeringen waardoor een andere inpassing van de windturbines niet mogelijk is gebleken.

51.9. De betogen van Oldambt Windmolenvrij en anderen en [appellant sub 2] slagen niet.

Obstakelverlichting

52. Oldambt Windmolenvrij en anderen stellen dat niet duidelijk is of gebruik zal worden gemaakt van de meest recente technologische ontwikkelingen. Zij wijzen er op dat uit artikel 8 van het "Informatieblad aanduiding van windturbines en windparken op het Nederlandse vasteland", gepubliceerd op 16 juni 2020, volgt dat obstakelverlichting op basis van naderingsdetectie is goedgekeurd door de Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: ILT).

52.1. In paragraaf 4.5 van de plantoelichting is ingegaan op de obstakelverlichting op de windturbines. Die is nodig in verband met de luchtvaartveiligheid. In de plantoelichting staat dat voor de uitvoering van de obstakelverlichting is aangesloten bij het informatieblad "Aanduiding van windturbines en windparken op het Nederlandse vasteland" van 30 september 2016 (hierna: het informatieblad). Het informatieblad is gebaseerd op internationale voorschriften voor het aanduiden van obstakels voor de luchtvaartveiligheid en bevat maatregelen om mogelijke hinderbeleving van obstakellichten te reduceren. In het informatieblad wordt onder meer ingegaan op de lichtintensiteit

van de obstakellichten. In de plantoelichting staat dat het voorstel voor het aanbrengen van markering en obstakellichten op windturbines ter instemming wordt voorgelegd aan de ILT.

Verder is in artikel 4.1.4, onder e, sub a, van de planregels bepaald dat voordat een windturbine voor energieproductie in gebruik mag worden genomen en worden gehouden, de obstakelverlichting op de turbine gerealiseerd moet zijn conform een door ILT goedgekeurd verlichtingsplan, dat voldoet aan de volgende eisen:

1. Het verlichtingsplan is gericht op het zoveel mogelijk beperken van hinder voor de omgeving;
2. waarbij de veiligheid van het luchtverkeer niet in gevaar wordt gebracht.

52.2. De door Oldambt Windmolenvrij en anderen bedoelde wijziging van het informatieblad is op 16 juni 2020 bekendgemaakt. Dat was vóór de vaststelling van het plan. In het verweerschrift staat dat het verlichtingsplan voor het voorliggende windpark door de ILT is goedgekeurd op 5 april 2017.

Volgens het verweerschrift zullen de initiatiefnemers een aanvullende toetsing aanvragen bij de ILT in verband met de schakeling van verlichting met radarsystemen, zoals in het gewijzigde informatieblad is opgenomen. Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben geen redenen naar voren gebracht op grond waarvan de Afdeling aan de juistheid van deze mededeling moet twijfelen.

Het betoog slaagt niet.

Ijsafzetting

53. Oldambt Windmolenvrij en anderen en [appellant sub 2] vrezen voor de gevolgen van ijsafzetting. [appellant sub 2] stelt geen gevolgen van ijsafzetting te willen ondervinden. Oldambt Windmolenvrij en anderen stellen dat een ijsdetectiesysteem had moeten worden voorgeschreven om een ongecontroleerde ijsafworp bij het in werking zijn van de windturbine te voorkomen. Volgens hen is ten onrechte ook niet voorzien in maatregelen in verband met ijsafzetting tijdens stilstand van de windturbines.

53.1. In artikel 4.1.4, onder e, sub b, van de planregels is bepaald dat een windturbine moet worden voorzien van een ijsdetectiesysteem, tenzij de veiligheid ten aanzien van ijsafworp op andere wijze kan worden geborgd.

53.2. De raad heeft toegelicht dat de omstandigheden waarbij ijsvorming optreedt, beperkt zijn en zich alleen tijdens de winterperiode zullen voordoen. De planregel strekt er toe dat maatregelen moeten worden getroffen om gevolgen voor de veiligheid vanwege ijsafworp te voorkomen.

De raad heeft zich naar het oordeel van de Afdeling terecht op het standpunt gesteld dat hiermee is gewaarborgd dat zich geen onaanvaardbare gevolgen voor de veiligheid vanwege ijsafzetting zullen voordoen in de omgeving van de windturbines.

De betogen slagen daarom niet.

Wet natuurbescherming

54. Oldambt Windmolenvrij en anderen vrezen dat het windpark negatieve gevolgen heeft voor Natura 2000-gebieden. Zij stellen dat het systeem waarmee wordt berekend wat de te verwachten stikstofdepositie is, moet worden aangepast, waarbij zij verwijzen naar publicaties op de websites van onderscheidenlijk de NOS, Boerderij en De Stentor. Uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek worden volgens hen naar eigen gerief uitgelegd. Daarom kunnen effecten op Natura 2000-gebieden niet met zekerheid worden uitgesloten.

54.1. In paragraaf 5.5 van de plantoelichting staat dat het plangebied op een afstand van ongeveer 5 km van het Natura 2000-gebied Waddenzee is gelegen.

In de plantoelichting staat dat de aanleg en exploitatie van het windpark geen stikstofdepositie zal veroorzaken die tot gevolgen voor Natura 2000-gebieden zal leiden. Daarbij wordt verwezen naar de Passende Beoordeling van Altenburg & Wymenga van 22 maart 2017 en AERIUS-berekeningen van 4 november 2019. Daaruit blijkt dat voor stikstofgevoelige habitattypen binnen het Natura 2000-gebied Waddenzee sprake is van een bijdrage van stikstofdepositie in de aanlegfase. Het gaat om een bijdrage van 0,03 mol. Deze bijdrage heeft volgens de raad geen gevolgen voor het Natura 2000-gebied Waddenzee, omdat het gaat om een beperkte bijdrage tijdens de aanleg van het windpark en de kritische depositiewaarde ter plaatse niet is en door de aanleg van het windpark ook niet wordt overschreden. De Afdeling ziet in het betoog van Oldambt Windmolenvrij en anderen geen aanleiding

voor het oordeel dat de raad zich niet op het standpunt heeft mogen stellen dat, gelet hierop, de aanleg en exploitatie van het windpark geen stikstofdepositie zal veroorzaken die tot gevolgen voor Natura 2000-gebieden zal leiden. Het enkel uiten van twijfel op dit punt, onder verwijzing naar berichtgeving in media, is daarvoor niet voldoende.

Het betoog slaagt niet.

55. Oldambt Windmolenvrij en anderen betogen dat de gevolgen van de windturbines voor de vogelsterfte zijn onderschat. Zij voeren aan dat de vale gier in Spanje in aantallen achteruit gaat in de omgeving van windparken en dat dode vogels soms worden weggehaald door katten en vossen voordat het aantal dode vogels is geteld. Zij wijzen er daarnaast op dat Vogelbescherming Nederland zich zorgen maakt.

55.1. In de Wnb zijn regels gesteld ter bescherming van diersoorten. De vragen of voor de uitvoering van het bestemmingsplan een vrijstelling geldt of een ontheffing op grond van de Wnb nodig is en zo ja, of deze ontheffing kan worden verleend, komen aan de orde in een procedure op grond van die wet. De raad heeft het plan niet mogen vaststellen als hij in redelijkheid had moeten inzien dat de Wnb zonder meer aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

Vast staat dat op 6 juli 2018 ontheffing op grond van de Wnb is verleend in verband met de gevolgen die de bouw en exploitatie van het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding heeft of kan hebben voor op grond van de Wnb beschermde soorten. Het daartegen ingestelde beroep is door de Afdeling in de uitspraak van 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1160, ongegrond verklaard. Dat betekent dat de Wnb niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat.

Het betoog slaagt daarom niet.

Grondwaterstand en -huishouding

56. Oldambt Windmolenvrij en anderen vrezen dat de bouw van de windturbines gevolgen zal hebben voor de grondwaterstand en -huishouding. Zij stellen dat de grondwaterstand is verstoord door aardbevingen in het gebied. Zij verwijzen daarbij naar een uitzending van RTV Noord over veranderingen in het grondwaterpeil vanwege aardbevingen door gaswinning en publicaties op de website van de NOS waarin staat dat de bodem in Nederland verzakt.

56.1. In paragraaf 5.7 van de plantoelichting is ingegaan op het aspect waterhuishouding. Daarin staat dat afstemming heeft plaatsgehad met het waterschap Hunze en Aa's en wordt verwezen naar de memo "Watertoets Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding" van 17 januari 2016 en naar de uitgangspunten die het waterschap hanteert. Deze documenten zijn als bijlage 9 bij de plantoelichting gevoegd. Daarin is onderkend dat in het plangebied slecht doorlatende bodemlagen voorkomen, waardoor hoge grondwaterstanden kunnen voorkomen. Verder staat in hoofdstuk 11 van het MER, dat ook als bijlage bij de plantoelichting is gevoegd, dat voor de gevolgen van het grondwatersysteem onderzoek is verricht. Daaruit volgt dat door de aanleg van de fundatie van de windturbines het grondwatersysteem wordt beïnvloed, waaronder een tijdelijke verlaging van de grondwaterstand. De gevolgen voor de waterhuishouding zijn volgens het MER goed te beperken dan wel te voorkomen.

Oldambt Windmolenvrij en anderen hebben deze conclusies niet met concrete gegevens bestreden. De stellingen dat door aardbevingen vanwege de gaswinning de grondwaterstand is verstoord en de genoemde berichtgeving in de media dat de bodem in Nederland verzakt, gaan niet in op de situatie in het plangebied en de gevolgen van het plaatsen van windturbines.

De raad heeft zich daarom naar het oordeel van de Afdeling op het standpunt mogen stellen dat het niet aannemelijk is dat zich onaanvaardbare gevolgen voor de grondwaterstand en -huishouding zullen voordoen.

Het betoog slaagt niet.

Verkeer - bereikbaarheid

57. Oldambt Windmolenvrij en anderen vrezen dat hun woningen en ondernemingen niet goed bereikbaar zullen zijn door de aanleg en het onderhoud van het windpark. Zij stellen dat uit de praktijk blijkt dat de windturbines iedere week voor onderhoud worden bezocht.

57.1. Verkeershinder tijdens de aanleg van het windpark is een uitvoeringsaspect dat geen onderdeel uitmaakt van het besluitvormingsproces over de ruimtelijke aspecten van het plan en dat daarom niet

betrokken hoeft te worden bij de vaststelling van het plan. De verkeershinder in de aanlegfase staat in deze procedure dan ook niet inhoudelijk ter beoordeling.

57.2. De raad heeft in het verweerschrift toegelicht dat het aantal verkeersbewegingen vanwege onderhoud tijdens de exploitatie van het windpark niet zal zijn te onderscheiden van het huidige verkeersbeeld, omdat een windturbine ongeveer één tot twee maal per jaar zal worden bezocht voor inspectie en onderhoud.

De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de raad zich niet op het standpunt heeft mogen stellen dat het onderhoud van de windturbines geen gevolgen heeft voor de bereikbaarheid van percelen van omwonenden. Daarbij betreft de Afdeling dat ook indien dat onderhoud vaker zal plaatsvinden dan de raad nu inschat, niet is geconcretiseerd waarom de percelen niet bereikbaar zullen zijn.

57.3. Het betoog slaagt niet.

Sociaaleconomische gevolgen - bevolkingskrimp

58. Oldambt Windmolenvrij en anderen brengen naar voren dat het windpark een negatieve invloed heeft op de omgeving zonder dat daar iets tegenover staat. Het zal voor een verdere krimp van de bevolking in de regio zorgen en dat is volgens hen in strijd met rijksbeleid. Volgens Oldambt Windmolenvrij en anderen heeft de raad hier ten onrechte geen onderzoek naar verricht. Zij wijzen er daarbij op dat zich nu al gevolgen voor het woon- en leefklimaat voordoen vanwege de aardbevingen die in de omgeving voorkomen door gaswinning.

58.1. Zoals in de uitspraak van 21 februari 2018, over het windpark De Drentse Monden en Oostermoer, onder 210.2, is overwogen, vereist het belang van een goede ruimtelijke ordening niet dat het windpark dat met het plan mogelijk wordt gemaakt leidt tot een verbetering van de sociaaleconomische situatie. Ook staat rijksbeleid niet in de weg aan het windpark.

De Afdeling gaat ervan uit dat het windpark invloed zal hebben op de woon- en leefomgeving van omwonenden. De Afdeling acht echter niet aannemelijk dat dit windpark zal leiden tot een zodanige verslechtering van de sociaaleconomische situatie in het gebied dat de raad daarom in redelijkheid een groter gewicht had moeten toekennen aan de eventuele nadelige sociaaleconomische gevolgen voor de omgeving dan aan het belang dat is gediend met het windpark.

Het betoog slaagt niet.

Ingetrokken beroepsgrond

59. Oldambt Windmolenvrij hebben hun betoog dat er een privaatrechtelijke belemmering is die aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat op de zitting in getrokken.

BEROEPSGRONDEN OVER DE OMGEVINGSVERGUNNING

60. Wat hiervoor onder 49 over het geconstateerde gebrek wat betreft de windturbinebepalingen is overwogen, brengt mee dat de omgevingsvergunning verleend op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a respectievelijk onder e, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) ook niet in stand kan blijven. Voor de omgevingsvergunning verleend op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo, volgt dit uit artikel 2.10, eerste lid, en onder c, van de Wabo.

Omdat de windturbinebepalingen vanwege strijd met het Unierecht hier buiten toepassing moeten worden gelaten, is het college er voor de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo ten onrechte van uitgegaan dat die windturbinebepalingen golden. Daarom is ten onrechte geen beoordeling verricht als bedoeld in artikel 2.14 van de Wabo voor de in de windturbinebepalingen geregelde milieuaspecten. Ook is niet beoordeeld of aan die omgevingsvergunning voorschriften als bedoeld in artikel 2.22, tweede lid, van de Wabo hadden moeten worden verbonden. De verlening van de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo is in strijd met de vereiste zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Awb en berust niet op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 3:46 van de Awb.

61. Dit betekent dat de Afdeling niet toekomt aan een inhoudelijke bespreking van de beroepsgronden van Oldambt Windmolenvrij en anderen over de omgevingsvergunning.

DEFINITIEVE GESCHILBESLECHTING

62. De raad, het college, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister hebben verschillende mogelijkheden naar voren gebracht die volgens hen zouden kunnen leiden tot definitieve geschilbeslechting door de Afdeling. De Afdeling bespreekt deze hierna in volgorde van verstrekkendheid.

Definitieve geschilbeslechting - handhaving rechtsgevolgen

63. De raad, het college, Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding en de minister hebben op 6 april 2021 de Afdeling gevraagd om in het kader van de definitieve geschilbeslechting een voorziening te treffen die ertoe strekt de windturbinebepalingen tijdelijk materieel te handhaven.

63.1. De Afdeling is niet bevoegd om aan dit verzoek te voldoen. Hieraan staat in de weg dat het Hof onder 84 van het Nevele-arrest heeft geoordeeld dat de nationale rechter niet bevoegd is om aan nationale bepalingen voorrang te geven boven het Unierecht waarmee die bepalingen in strijd zijn en daardoor het Unierecht terzijde te stellen.

Voor zover is gevraagd om de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand te laten door de gevolgen van de met het Unierecht strijdige windturbinebepalingen in deze zaak op te schorten, overweegt de Afdeling dat zij ook daarvoor geen ruimte ziet. Weliswaar geeft artikel 8:72, derde lid, onder a, van de Awb de Afdeling de bevoegdheid de rechtsgevolgen van de besluiten zoals hier aan de orde in stand te laten, maar dan wordt niet voldaan aan wat het Hof in het Nevele-arrest onder 3. voor recht heeft verklaard. Daar heeft het Hof immers geoordeeld dat het handhaven van de gevolgen van de vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling gebrekkige handelingen alleen is toegestaan als de nietigverklaring van de bestreden besluiten aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in de lidstaat in kwestie. Gelet ook op de punten 87 en 88 van het Nevele-arrest kan in dit verband niet eraan worden voorbijgezien dat windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding nog niet is gerealiseerd. De Afdeling acht het ook niet aannemelijk (gemaakt) dat vernietiging van de bestreden besluiten aanzienlijke gevolgen zou kunnen hebben voor de elektriciteitsvoorziening in Nederland.

Definitieve geschilbeslechting - zelf in de zaak voorzien

64. Koepel Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding heeft de Afdeling gevraagd om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb door haar voorgestelde bepalingen die gelijkenis vertonen met de windturbinebepalingen, als planregel op te nemen in het bestemmingsplan.

64.1. Ook aan dit verzoek voldoet de Afdeling niet. Redengevend hiervoor is in de eerste plaats dat de raad te kennen heeft gegeven zelf een nader besluit te willen nemen met het oog op herstel van mogelijke tekortkomingen in het bestemmingsplan vanwege een gebrek in de totstandkoming van de windturbinebepalingen. De Afdeling is van opvatting dat in deze situatie het primaat toekomt aan de raad. Ook acht de Afdeling het van belang dat het geconstateerde gebrek in de totstandkoming van de windturbinebepalingen niet alleen een formeel gebrek is. Als dit gebrek door de regering en de minister wordt hersteld en alsnog een planmilieueffectrapportage wordt verricht, dan is namelijk niet zonder meer gegeven dat dit leidt tot milieunormen die inhoudelijk eenzelfde niveau van milieubescherming bieden als de nu voorliggende windturbinebepalingen. De Afdeling acht het niet opportuun om op de uitkomsten van die milieubeoordeling vooruit te lopen.

Definitieve geschilbeslechting - bestuurlijke lus

65. Het ontbreken van een milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn voor de windturbinebepalingen betekent niet dat aanpassing van de bestreden besluiten niet meer aan de orde kan zijn. Als de regering en de minister voor de windturbinebepalingen alsnog een deugdelijke planmilieueffectrapportage verrichten en de windturbinebepalingen handhaven of aanpassen, dan kan en mag de raad voor zijn standpunt over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het bestemmingsplan opnieuw bij die (aangepaste) bepalingen aansluiten. De Afdeling wijst erop dat er ook andere mogelijkheden zijn. De raad is namelijk niet verplicht om bij zijn beslissing over de goede ruimtelijke ordening bij de windturbinebepalingen aan te sluiten. Hij kan er ook voor kiezen om door hem gekozen normen te hanteren. Die normen moeten dan wel zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering. In dit verband tekent de Afdeling aan dat daarbij niet zonder meer kan worden teruggevallen op de motivering die

door de regering en de minister is gegeven aan de windturbinebepalingen. Zo'n terugval miskent namelijk, zoals onder 64.1 is overwogen, dat niet is gegeven dat die normen na het uitvoeren van een milieubeoordeling materieel niet zullen wijzigen. Aangezien de raad het voornemen kenbaar heeft gemaakt om het mogelijke gebrek in het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan vanwege het gebrek in de totstandkoming van de windturbinebepalingen te willen herstellen, ziet de Afdeling aanleiding om de raad met toepassing van een bestuurlijke lus op grond van artikel 8:51d van de Awb daartoe in de gelegenheid te stellen.

66. De Afdeling zal ook het college de gelegenheid geven om de gebreken in de omgevingsvergunning te herstellen. Mocht de raad ervoor kiezen om het gebrek in het bestemmingsplan te herstellen, dan kan dat herstelde bestemmingsplan in zoverre de grondslag vormen voor de omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, en onder a, van de Wabo. Voor de omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, en onder e, van de Wabo geldt dat het college vanwege het ontbreken van een milieubeoordeling niet meer kan terugvallen op de rechtstreeks werkende windturbinebepalingen. Deze bepalingen moeten hier vanwege het geconstateerde gebrek buiten toepassing worden gelaten. Dit betekent dat de betrokken milieuaspecten waarop de windturbinebepalingen betrekking hadden, moeten worden beoordeeld met inachtneming van artikel 2.14, eerste lid, van de Wabo. Voor zover het belang van de bescherming van het milieu dat vereist, moeten over die milieuaspecten voorschriften in de omgevingsvergunning worden opgenomen of moet de omgevingsvergunning worden geweigerd. Zolang de milieubeoordeling van de windturbinebepalingen niet heeft plaatsgevonden en de (aangepaste) windturbinebepalingen hier niet mogen worden toegepast, staat artikel 2.22, vijfde lid, van de Wabo niet aan het opnemen van voorschriften in de omgevingsvergunning in de weg.

CONCLUSIE

67. Zoals onder 65 en 66 is overwogen zal de Afdeling de raad en het college op grond van artikel 8:51d van de Awb opdragen de onder 49 en onder 60 genoemde gebreken binnen 26 weken te herstellen of een ander besluit te nemen. Deze uitspraak is daarom een tussenuitspraak, waardoor de procedure nog niet ten einde is.

68. Een gewijzigd of nieuw besluit dient op de wettelijk voorgeschreven wijze te worden bekendgemaakt en medegedeeld.

69. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en de vergoeding van het betaalde griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

draagt de raad van de gemeente Delfzijl, nu gemeente Eemsdelta, en het college van gedeputeerde staten van de provincie Groningen op om binnen 26 weken na de verzending van deze uitspraak:

a. met inachtneming van wat is overwogen onder 49 en onder 60 de gebreken in het besluit van 25 juni 2020 waarbij het bestemmingsplan "Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding 2020" is vastgesteld en de gebreken in het besluit van 30 juni 2020 waarbij de omgevingsvergunning is verleend te herstellen, of een ander besluit te nemen en

b. de Afdeling en de andere partijen de uitkomst mede te delen en eventueel gewijzigde of andere besluiten op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken en mede te delen.

Aldus vastgesteld door mr. W.D.M. van Diepenbeek, voorzitter, en mr. G.T.J.M. Jurgens en mr. J. Gundelach, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Scheele, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen.

Uitgesproken in het openbaar op 30 juni 2021

378-723.