

Mr. J. Veltman

PLEITNOTITIE

Voorzieningenrechter
Rechtbank Den Haag,
sector civiel

AA EN HUNZE EN BORGER-ODOORN
eisers, advocaat: mr. J. Veltman

tegen:

Rolnummer : C/09/500756/KG
 ZA 15-822
Zitting : 20 januari 2016
 om 11.00 uur

STAAT DER NEDERLANDEN
(MINISTERIES VAN ECONOMISCHE
ZAKEN EN INFRASTRUCTUUR EN
MILIEU)
gedaagde, advocaat: mr. E.C.M. Schippers

Eisers stellen zich op het standpunt dat de ministers gelet op de bevoegdheidstoedeling in de Elektriciteitswet niet bevoegd zijn om voor de oprichting van de voorgenomen windparken een rijksinpassingsplan vast te stellen, omdat het hier niet gaat om één productie-installatie van 100 MW of meer, maar om enkele afzonderlijke productie-installaties. Ik ga in dit pleidooi eerst in op deze bevoegdheidstoedeling. Daarna bespreek ik het wettelijke begrip ‘productie-installatie’ en de daaraan te geven uitleg, mede in het licht van het met de rijkscoördinatie-regeling beoogde doel. Vervolgens maak ik nog enkele opmerkingen over de vereiste, maar ontbrekende samenhang tussen de verschillende initiatieven.

1. De bevoegdheidstoedeling in de Elektriciteitswet

1.1 Op grond van art. 3.28 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) mogen de ministers een rijksinpassingsplan vaststellen, ‘indien sprake is van nationale belangen’. Voor het overige is deze bevoegdheid ongeclausuleerd, zodat het in beginsel denkbaar is dat de ministers ook voor productie-installaties voor windenergie, kleiner dan 100 MW, rijksinpassingsplannen vaststellen om zo de nationale doelen op het punt van verduurzaming van het energieverbruik te bereiken. Toch kan dat niet, omdat de wetgever in artikel 9b, eerste lid,

onder a, van de Elektriciteitswet de bevoegdheid om met toepassing van de rijkscoördinatierегeling (artikel 3.35, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wro) een inpassingsplan vast te stellen, heeft begrensd. De ministers mogen dit alleen als het gaat om de aanleg van:

a. een productie-installatie, met inbegrip van de aansluiting van die installatie op een net, met een capaciteit van ten minste 100 MW, indien het betreft een installatie voor de opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie;

1.2 Met andere woorden, van een nationaal belang (in de zin van artikel 3.28 Wro) is naar het oordeel van de wetgever sprake bij productie-installaties van 100 MW of meer, terwijl bij installaties met een kleiner vermogen sprake is van een provinciaal en/of gemeentelijk belang¹. Ik merk dit op om alvast duidelijk te maken dat de ministers het voorgenomen besluit tot vaststelling van het rijksinpassingsplan niet kunnen baseren op hetzij art. 3.28 van de Wro hetzij een afzonderlijk besluit tot toepassing van de rijkscoördinatierегeling (vgl. de aanhef van art. 3.35 Wro). Dat zou in strijd zijn met de regeling in de Elektriciteitswet.

2. Het wettelijk begrip 'productie-installatie'

2.1 Voor de vraag of de ministers bevoegd zijn een rijksinpassingsplan vast te stellen, is dus uitsluitend bepalend het antwoord op de vraag of, zoals zij stellen, hier sprake is van een productie-installatie van ten minste 100 MW zoals gedefinieerd in art. 1 van de Elektriciteitswet. Deze definitie houdt in dat het moet gaan om een installatie die bestaat uit één of meer productie-eenheden. In de memorie van toelichting is een productie-eenheid omschreven als 'de kleinst mogelijke entiteit waarmee zelfstandig elektriciteit kan worden opgewekt'. De toelichting vervolgt dan met een verdere uitleg van dit begrip:

'Een aantal van die productie-eenheden die geografisch, technisch, functioneel of organisatorisch met elkaar samenhangen kunnen een productie-installatie vormen. Hierbij kan worden gedacht aan een windmolenpark dat door één exploitant wordt beheerd of waarbij tussen de windmolens technische

¹ Vgl. de dagvaarding, onder 1.2 en 1.3.

verbindingen bestaan. Elke windmolen is dan één productie-eenheid, terwijl het windmolenpark als geheel de productie-installatie is.'

2.2 Het woord 'kunnen' maakt direct al duidelijk dat het niet zo is dat zodra er tussen de windturbines op één van de vier onderscheiden punten – geografisch, technisch, functioneel of organisatorisch – een zekere samenhang bestaat, automatisch sprake is van één productie-installatie. Dat volgt ook wel uit het woord 'installatie', dat in Van Dale voor zover hier van belang als volgt wordt omschreven: 'circuit van technische toestellen'. Uit het gebruik van het woord 'installatie' volgt dat het moet gaan om een aantal onderdelen/eenheden die op elkaar gericht zijn en in onderling verband functioneren.

3. De relevantie van de rechtspraak over het inrichtingenbegrip

3.1 In de dagvaarding, onder 5.4 e.v., heb ik uitvoerig aandacht besteed aan het inrichtingenbegrip uit de Wet milieubeheer, omdat de regering bij de uitleg van het begrip 'productie-installatie' aansluiting heeft gezocht bij dit begrip. Als één inrichting in de zin van art. 1.1, lid 4, van deze wet worden beschouwd:

'(...) de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen.'

3.2 Volgens de letter van de wettekst geldt het criterium van de onmiddellijke nabijheid steeds en moet daarnaast minstens een van de genoemde bindingen aanwezig zijn. Dat volgt uit het woord 'of'. Wil daarentegen volgens de rechtspraak van een inrichting sprake zijn, dan geldt als regel dat tenminste twee van de drie bindingen aanwezig moeten zijn, waarbij het er om gaat dat er 'in zijn totaliteit sprake moet zijn van een voldoende mate van binding'². Er moeten dus – naast de eis van ligging in elkaars onmiddellijke nabijheid – ook hetzij technische en organisatorische hetzij functionele en organisatorische bindingen

² Afdeling Bestuursrechtspraak 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1325, r.o. 3, Afdeling Bestuursrechtspraak. Aldus ook: V.M.Y. van 't Lam e.a., 'Het begrip 'inrichting' in de Wet

aanwezig zijn (onderlinge organisatorische bindingen in die zin dat de reële zeggenschap over het geheel van activiteiten bij dezelfde (rechtspersoon) moet berusten, is vrijwel altijd vereist)³. Het feit dat de regering aansluiting zocht bij het inrichtingenbegrip brengt mee dat het voor de hand ligt om het begrip 'productie-installatie' op een vergelijkbare manier te benaderen in die zin dat weliswaar niet aan alle criteria hoeft te zijn voldaan, maar dat in zijn totaliteit sprake moet zijn van een voldoende mate van samenhang om van één productie-installatie te kunnen spreken.

3.3 Nu zou men hiertegen in kunnen brengen dat het inrichtingenbegrip van de Wet milieubeheer een ander doel dient dan het begrip 'productie-installatie' en dat dit misschien noopt tot een andere uitleg. Daarover het volgende. Het inrichtingenbegrip is bedoeld om een afgebakend geheel van samenhangende in potentie milieuhinderlijke activiteiten te reguleren. Hier staat dus de bescherming van het milieu voorop. Het begrip 'productie-installatie' is daarentegen in het leven geroepen om de besluitvorming over projecten op het gebied van de energievoorziening te versnellen en te coördineren. Vanuit dat doel bezien is er misschien reden om aan het begrip 'productie-installatie' een ruimere uitleg te geven dan aan het begrip 'inrichting'. Daartegen pleit echter direct al dat de wetgever juist heel sterk heeft geleund op het inrichtingenbegrip bij zijn toelichting op het begrip 'productie-installatie'. Dat doet vermoeden dat de wetgever meer overeenkomsten dan verschillen zag tussen beide begrippen. Maar veel belangrijker is het om zich te realiseren dat het met de rijkscoördinatieregeling beoogde doel van versnelling en stroomlijning van de besluitvorming ook wordt beoogd met de artikelen 9e en 9f van de Elektriciteitswet.

3.4 Provinciale staten zijn ingevolge art. 9e van de Elektriciteitswet bevoegd om een provinciaal inpassingsplan (artikel 3.26 van de Wro) vast te stellen voor productie-installaties voor windenergie met een vermogen tussen de 5 en de 100 MW en, als zij dit

milieubeheer', Onderzoek in opdracht van het Ministerie van VROM, juni 2002, blz. 49, te vinden op: www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/wet-milieubeheer/begrip-inrichting/

³ Tekst & Commentaar Milieurecht, Deventer 2014, commentaar bij artikel 1.1, blz. 29.

doen, zijn gedeputeerde staten ingevolge art. 9e, lid 4, tevens het bevoegd gezag voor de in dat kader te verlenen omgevingsvergunningen. Op grond van art. 9f, lid 1 en lid 4, moet die besluitvorming gecoördineerd gebeuren en moet daarbij de provinciale coördinatieregeling (art. 3.33 Wro) worden toegepast. Deze regeling is dus volstrekt vergelijkbaar met de rijkscoördinatieregeling. Ik merk nog op dat de provincie de besluitvorming ook kan overlaten aan de betrokken gemeentebesturen, maar alleen als de provincie al heeft voldaan aan de minimum-realisatienorm⁴ of als de gemeenten de besluitvorming eveneens voortvarend ter hand zullen nemen⁵

3.5 Het is dus niet zo dat een al te strikte uitleg van het begrip ‘productie-installatie’ ertoe leidt dat in strijd met de bedoeling van de wetgever de besluitvorming over windparken zal stagneren. Het enige verschil is dat dan de besluitvorming over de onderhavige initiatieven komt te liggen bij de provincie (en/of de gemeenten), maar ook dan is dankzij de artikelen 9e en 9f de versnelling en de stroomlijning van die besluitvorming gewaarborgd. Wel is het zo dat bij toewijzing van de vordering er nu ontegenzeggelijk een zekere vertraging zal optreden in de realisatie van de windparken, maar dat hebben de ministers aan zichzelf te wijten. Zij hebben in 2010 en 2011 terecht hun bereidheid uitgesproken om de rijkscoördinatieregeling toe te passen, toen het nog ging om verschillende initiatieven die elk afzonderlijk boven de 100 MW-grens uitkwamen. Maar nu het totale vermogen van die initiatieven is verlaagd tot 150 MW, horen zij in lijn met de bevoegdheidstoedeling in de Elektriciteitswet de besluitvorming over te laten aan provincie en/of de gemeenten.

4. Geografische, organisatorische, technische en functionele samenhang nader bezien

4.1 Anders dan de ministers stellen vormen de windturbines niet één ruimtelijk geheel. Het enige gemeenschappelijke kenmerk is het ontwerp-principe: de turbines worden in lijnen

⁴ Art. 9e, lid 5. De minimumrealisatienorm wordt ingevolge art. 9e, lid 6. Bij Algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Dat is tot nu toe niet gebeurd. In de (niet-bindende) Structuurvisie Wind op Land bedraagt de norm voor Drenthe 285,5 MW (tabel 2).

opgesteld (in plaats van bijvoorbeeld clusters) parallel aan de bebouwingslinten en kanalen. Maar door de soms erg grote afstand tussen de verschillende lijnopstellingen en de uiteenlopende richtingen waarin die opstellingen zijn gesitueerd, is van een interne ordening, waarin de windturbines op elkaar zijn gericht en er dus samenhang bestaat, geen sprake. Daar komt bij dat de hoogte van de turbines en het uiterlijk aanzien ervan per lijnopstelling kan verschillen. In de plantoelichting valt hierover te lezen:

'Teneinde per lijnopstelling dezelfde soort windturbines te krijgen dienen de rotordiameter en de ashoogte van alle windturbines binnen die lijnopstelling hetzelfde te zijn. Tevens dient de draairichting van de rotorbladen van de windturbines gelijk te zijn.'

4.2 De tiphoogtes (ashoogte + wieklengte) mogen uiteenlopen van 175⁶ tot 210,5 meter. Ook qua uiterlijk aanzien kunnen de turbines sterk van elkaar verschillen. Dat blijkt bijvoorbeeld wel uit de variabele maatvoering van de gondels. Die is minimaal 7m bij 3m bij 3m en maximaal 30m bij 15m bij 15m⁷. In combinatie met een andere draairichting kunnen zo dus aanmerkelijke verschillen ontstaan in het uiterlijk aanzien van de opstellingen. Aan het criterium ruimtelijke samenhang is ook hierdoor niet of hooguit in heel geringe mate voldaan.

4.3 Een volgend criterium is technische samenhang oftewel technische bindingen tussen de windturbines. In de in de dagvaarding, onder 3.6, aangehaalde wetsgeschiedenis wordt in dit verband het voorbeeld genoemd van een gezamenlijke aansluiting op het net. Dat voorbeeld gaf de regering niet voor niets. Die aansluiting is namelijk een wezenlijk element van de productie-installatie voor wat betreft de toepassing van de rijks- en provinciale coördinatie-regeling⁸ zoals blijkt uit de volgende passage uit de memorie van toelichting:

⁵ Ook de gemeenten beschikken in art. 3.30 Wro over een coördinatie-regeling.

⁶ In de dagvaarding, onder 1.8, is abusievelijk een minimale tiphoogte van 185 meter genoemd. Dit moet dus zijn 175 m.

⁷ Productie 15, bijlage 1 bij vergunningaanvragen, tabel 3.1.

⁸ Vgl. ook artikel 9b (waarnaar in artikel 9e wordt verwezen): 'een productie-installatie, met inbegrip van de aansluiting van die installatie op een net'.

*'Hoewel vanuit de systematiek van de Elektriciteitswet 1998 de aansluiting onderdeel uitmaakt van het net (vgl. CBb 5 november 2003, AB 2004, 299 en CBb 18 juli 2007, nr. AWB 05/591) is in dit wetsvoorstel ook de aansluiting op een net van een productie-installatie waarop de rijkscoördinatierегeling van toepassing is onder deze regeling gebracht. Reden hiervoor is dat de aansluiting een essentieel onderdeel is voor het functioneren van de productie-installaties. Immers, zonder aansluiting kan de opgewekte elektriciteit niet worden getransporteerd. Als de aansluiting niet onder het bereik van de rijkscoördinatierегeling voor de productie-installatie zou worden gebracht, zouden voor de realisering van de installatie en de aansluiting aparte procedures moeten worden gevolgd. Dit is onwenselijk.'*⁹

4.4 Zouden de windturbines in hun totaliteit één aansluiting hebben op het net, dan zou dit in lijn met de in de dagvaarding aangehaalde passage over de gezamenlijke aansluiting, een belangrijk argument zijn om het geheel als één productie-installatie aan te merken. Maar hier is blijkens het mer juist sprake van drie afzonderlijke aansluitingen:

'De windturbineopstellingen worden via een inkoopstation aangesloten op verschillende punten van het lokale middenspanningsnet (10/20 kV) van Enexis, te weten:

** station Musselkanaal Zandberg;*

** station Stadskanaal;*

** Station Gasselte.'*¹⁰

4.5 Het Windpark Oostermoer, het Windpark Raedthuys (met inbegrip van de solitaire turbine 'Cluster DEE') en het Windpark DEE krijgen elk een eigen aansluiting op het net. Met het oog daarop worden de windturbines en de lijnopstellingen binnen deze parken van een interne bekabeling voorzien. Dit interne netwerk wordt aangesloten op de bovengenoemde inkoopstations, van waaruit, aldus het mer, 'een of twee kabels naar het aansluitpunt op het landelijke elektriciteitsnetwerk wordt aangelegd'¹¹. Van onderlinge technische bindingen tussen deze drie verschillende windparken is dus helemaal geen

⁹ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 326, nr. 3, blz. 4

¹⁰ Mer, par. 5.4.2, blz. 64 e.v. (productie 14), vgl. ook figuur 5.7.

¹¹ Mer, par. 5.4.2, blz. 64 e.v. (productie 14); vgl.

sprake. Ook voor het overige blijkt nergens uit de stukken van technische samenhang, waarbij men bijvoorbeeld zou kunnen denken aan gemeenschappelijke nutsvoorzieningen¹².

4.6 Het volgende criterium is de aanwezigheid van een functionele samenhang tussen de windturbines. Blijkens de rechtspraak over het inrichtingenbegrip gaat het dan om bijvoorbeeld het gemeenschappelijk gebruik van bepaalde ruimten of bedrijfsmiddelen¹³. Ook hiervan blijkt nergens uit de stukken. De drie parken kunnen en zullen volledig zelfstandig functioneren.

4.7 Het laatste criterium is dat van de organisatorische bindingen. In de rechtspraak over het inrichtingenbegrip gaat het dan om de eis dat de reële zeggenschap bij één (rechts)persoon moet berusten. Dat is hier niet het geval: er zijn drie exploitanten die elk een eigen windpark zullen bouwen en exploiteren. Voor zover er sprake is van organisatorische bindingen hebben die uitsluitend betrekking op de voorbereiding van de besluitvorming: men is samen opgetrokken bij het opstellen van het milieueffectrapport en de aanvragen om omgevingsvergunning. Dat is een beslissing van het bevoegd gezag en de initiatiefnemers (die aanvankelijk ieder voor zich een melding in het kader van de toepassing van de rijkscoördinatierегeling hadden gedaan) gezamenlijk geweest¹⁴.

4.8 Het voordeel van deze aanpak was – naast overwegingen van efficiency en beperking van kosten - dat het windpark Oostermoer en windpark De Drentse Monden ‘in onderlinge samenhang (konden) worden gezien’¹⁵, maar dat brengt niet mee dat daarom sprake is van één productie-installatie. Dat valt ook af te leiden uit de in de dagvaarding, onder 5.15, genoemde uitspraak van de Raad van State inzake het windpark Tolhuislanden, waar sprake

¹² Afdeling Bestuursrechtspraak 8 februari 2012:ECLI:NL:RVS:2012:BV3215, r.o. 2.54 (Windpark Noordoostpolder).

¹³ Afdeling Bestuursrechtspraak 21 juli 2004, zaaknr. 200304680/1, AB 2005, 72.

¹⁴ Concept-notitie Reikwijdte en Detailniveau van 11 januari 2012, par. 1.1, blz. 1, productie 7 bij de brief van de landsadvocaat van 14 januari 2016.

¹⁵ Eeneens Concept-notitie, par. 1.3.

was van een gezamenlijk opgesteld mer voor twee windparken op een onderlinge afstand van 550 meter, waarbij de effecten in onderlinge samenhang waren gezien. Toch vond de Afdeling de samenhang tussen beide parken niet zodanig, dat kon worden gesproken van één windturbinepark.

4.9 Bovendien, ook als voor de initiatieven elk afzonderlijk een mer zou zijn opgesteld, zou men daarin voor wat betreft de effectbeoordeling met de aanwezigheid van de andere initiatieven rekening hebben moeten houden, onder andere met het oog op eventuele cumulatieve effecten op het punt van geluidhinder en hinder door slagschaduw of op het punt van aanvaringsslachtoffers onder vogels en vleermuizen. Uit de stukken blijkt overigens dat van dergelijke cumulatieve effecten niet of nauwelijks sprake is. De parken voldoen ieder voor zich en ook in samenhang gezien aan de wettelijke normen. Monitoring van de (cumulatieve) effecten van de parken wordt dus ook niet nodig geacht, zo blijkt uit het mer.

4.10 Samengevat kan daarom niet worden gezegd dat er sprake is van één productie-installatie. Technische en functionele samenhang ontbreekt, organisatorische samenhang is er alleen bij de voorbereiding van de besluitvorming en niet als de windturbines eenmaal in bedrijf zijn en ruimtelijke samenhang is er alleen op het punt van het principe van de lijnopstelling. Men kan daarom niet spreken van één installatie die bestaat uit een aantal met elkaar samenhangende eenheden en dus zijn de ministers niet bevoegd.

5. Artt. 9b en 9e: een restrictief te interpreteren uitzondering op de hoofdregel

5.1 Tot slot, de artikelen 9b en 9e van de Elektriciteitswet vormt een wat eisers betreft restrictief te interpreteren uitzondering op de hoofdregel in de Wro dat de gemeente primair verantwoordelijk is voor de ruimtelijke ordening van het eigen grondgebied. Die hoofdregel geeft gestalte aan wat de regering in de memorie van toelichting bij de Wro 'het beginsel van

het meest geschikte overheidsorgaan' heeft genoemd. De regering omschreef dit beginsel als volgt¹⁶:

"(..) het betreft het binnen de democratische rechtsstaat levende beginsel dat normstelling geschiedt door het meest geschikte overheidsorgaan. Het meest geschikte niveau is in beginsel het laagste overheidsniveau. De voorkeur voor decentrale normstelling binnen de democratische rechtstaat houdt onder meer verband met de notie dat decentrale overheden meer mogelijkheden hebben om bij normstelling rekening te houden met relevante feiten en omstandigheden. De keuze voor normstelling op een hoger bestuursniveau kan aangewezen zijn indien het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door een lager decentraal orgaan kan worden behartigd gezien de aard van de betrokken taak, of de schaal waarop een aangelegenheid moet worden geregeld."

5.2 Uit deze passage spreekt de gedachte dat de overheden die het dichtst bij de burger staan, het beste in staat zijn om rekening te houden met de lokale belangen en de lokale situatie. Dat is ook hier zo. Het is niet voor niets dat het voorgenomen rijksinpassingsplan tot grote commotie leidt onder de inwoners van de gemeenten en dat er voor dit plan geen draagvlak is. Het plan gaat helemaal voorbij aan het gemeentelijk beleid en zelfs aan het provinciale beleid¹⁷. Eisers zijn alleszins bereid om aan de slag te gaan met de verduurzaming van de energievoorziening en ook om daarbij te koersen op het nationale doel van 14% in 2020, maar zij wensen daarbij een eigen beleid te voeren dat voldoende rekening houdt met de wensen en belangen van de eigen inwoners en dat dus ook op draagvlak kan rekenen. Dat streven van eisers past goed in het beginsel van het meest geschikte bestuursorgaan, waar de regering zo hoog van op heeft gegeven.

¹⁶ Kamerstukken II, 2003/04, 28 916, nr. 3, blz. 11; in vergelijkbare zin: Nota n.a.v. het verslag, 28 916, nr. 12, blz. 7 e.v. en blz. 11 e.v.

¹⁷ Vgl. ook dagvaarding, onder 2.4 t/m 2.12.