

AANVULLEND MEMO

Van: mr. J. Veltman, Veltman Advocatenkantoor te Amersfoort
Aan: Colleges van Burgemeester en Wethouders van Borger-Odoorn
d.d: 30 juni 2015

1. Inleiding

In dit memo bespreek ik in aanvulling op mijn memo van 24 juni jl. de vraag of op het windpark terecht de rijkscoördinatieregeling wordt toegepast. Daaraan voorafgaand ga ik nog kort in op de inspraakreactie van prof. mr. H.E. Bröring in de vergadering van de raad van Aa en Hunze op 25 juni jl.

2. De inspraakreactie van prof. Bröring

2.1 De inspraakreactie van prof. Bröring komt er als ik zijn bijdrage goed heb beluisterd, op neer dat het gemeentebestuur geen invloed van enige betekenis kan uitoefenen op het windpark en er daarom beter aan doet om af te zien van de mogelijkheid om zelf de benodigde omgevingsvergunningen te verlenen en deel te nemen aan de Omgevingsraad. Voor zover nog invloed mogelijk is, zou die evengoed zo niet beter kunnen worden uitgeoefend door middel van informele contacten.

2.2 Het sombere beeld dat prof. Bröring schetst is vooral gebaseerd op de voorgeschiedenis, waaruit zou blijken dat noch de initiatiefnemers noch minister Kamp, geïnteresseerd zijn in draagvlak. Ik vrees dat de inschatting van prof. Bröring dat de minister en de initiatiefnemers niet zijn geïnteresseerd in draagvlak juist is. Toch ben ik het niet met hem eens dat het daarom de voorkeur verdient om nu al af te haken.

2.3 Om te beginnen omvat een welstandsbeoordeling veel meer dan alleen een beslissing over de te gebruiken pot verf, waar prof. Bröring over rept. In aanvulling op mijn eerdere memo merk ik daarover op dat de welstandsbeoordeling zich moet richten naar de mogelijkheden van het bestemmingsplan. Dit betekent dat de omgevingsvergunningen niet kunnen worden geweigerd op grond van de overweging dat turbines van bijna 200 meter hoog uit een oogpunt van welstand niet aanvaardbaar zijn. Maar wat wel kan is dat het gemeentebestuur door middel van een op windturbines gerichte welstandsnota en/of beeldkwaliteitsplan eisen stelt aan de situering van de windturbines binnen het bouwvlak en aan de uiterlijke verschijningsvorm van de turbines. Dat het gemeentebestuur alleen zou beslissen over de pot verf is in elk geval een al te simplistische voorstelling van zaken. Voor het overige verwijs ik u op dit punt graag naar mijn eerdere memo, onder 2.

2.4 Over de mogelijkheid om door middel van maatwerkvoorschriften tegemoet te komen aan het belang van omwonenden bij het voorkomen van een al te grote mate van geluidsbelasting en hinder van slagschaduw en verlichting is prof. Bröring eveneens somber gestemd. Hij verwijst daarvoor naar de rechtspraak. Waar de rechtbanken voor maatwerk nog wel ruimte zien, zou de Raad van State die ruimte volgens prof. Bröring niet willen bieden.

2.5 Het beeld dat hier wordt geschetst van de rechtspraak is echter niet juist. De schaarse rechtspraak van de Raad van State over maatwerkvoorschriften in verband met windturbines laat juist zien dat de Afdeling besluiten om al dan niet maatwerkvoorschriften op te leggen, heel terughoudend ('marginaal') toetst. Als gevolg hiervan vond de Afdeling een uitspraak van de rechtbank Alkmaar, waarin deze rechtbank oordeelde dat burgemeester en wethouders van Schagen ten onrechte hadden geweigerd om aan de exploitant van een windturbine een maatwerkvoorschrift op te leggen, te ver gaan (ik ga ervan uit dat prof. Bröring op deze uitspraak doelde). De rechtbank maakte daardoor in de ogen van de Afdeling een te grote inbreuk op de beleidsvrijheid van de gemeente¹. Hieruit valt echter juist de conclusie te trekken dat als burgemeester en wethouders van Borger-Odoorn maatwerkvoorschriften stellen, er een goede kans is dat deze de rechterlijke toets zullen doorstaan.

2.6 Ik heb verder in de bijdrage van prof. Bröring geen juridische argumenten gehoord die voor mij reden zouden kunnen zijn om terug te komen op wat ik in mijn eerdere memo over maatwerkvoorschriften heb geschreven. Wel merk ik nog eens uitdrukkelijk op dat nog maar moet worden afgewacht of de betrokken ministers werkelijk bereid zijn om de gemeentebesturen voldoende ruimte te bieden voor het stellen van maatwerkvoorschriften en ook voor het stellen van eisen op het punt van welstand. Mocht blijken dat dit niet het geval is, dan kunnen de gemeentebesturen nog altijd de handdoek in de ring gooien.

2.6 Hoewel ik het met prof. Bröring eens ben dat van deelname aan de Omgevingsraad op voorhand niet veel verwacht mag worden, is dit misschien toch anders als het gemeentebestuur vooraf enkele harde eisen stelt aan deelname. Die eisen kunnen dan betrekking hebben op de keuze van de deelnemers, op de te bereiken doelen en de termijn waarop die doelen moeten zijn bereikt. Op die manier kan men mogelijk voorkomen dat de Omgevingsraad niet meer is dan de spreekwoordelijke schaamlap.

3. De toepassing van de rijkscoördinatie regeling

3.1 Op het windpark is de rijkscoördinatie regeling (RCR) van toepassing (artikel 3.35 Wro). Deze regeling bestaat uit een planmodule (het rijksinpassingsplan) en een uitvoeringsmodule (de overige benodigde uitvoeringsbesluiten, waaronder met name de omgevingsvergunningen). De RCR is van toepassing, indien dit bij wet is bepaald of indien de betrokken minister 'in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad' dat beslist. In het laatste geval, als de minister beslist dat de RCR van toepassing zal zijn, zendt hij dat besluit toe aan de beide Kamers der Staten-Generaal en dient hij deze om instemming te vragen., De Kamers hebben daarvoor vier weken de tijd. Als zij niet tijdig een beslissing nemen, worden zij geacht met het besluit te hebben ingestemd (art. 3.35, lid 9).

3.2 Voor zover mij bekend hebben de Ministers geen uitdrukkelijk besluit genomen over het toepassen van de RCR, maar wordt deze procedure toegepast omdat dit in de wet zo is bepaald. De wet waar het hier om gaat is de Elektriciteitswet. Artikel 9b, lid 1, van deze wet bepaalt voor zover hier van belang het volgende:

¹ Afdeling Bestuursrechtspraak 19 februari 2014, zaaknr. 201303440/1/A4, 19, Jurisprudentie Omgevingsrecht 2014, 242, r.o.2.6.

‘De procedure, bedoeld in artikel 3.35, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wet ruimtelijke ordening, is van toepassing op de aanleg of uitbreiding 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;’

3.3 De toepasselijkheid van de RCR op een productie-installatie met een vermogen van ten minste 100 MW is geïntroduceerd op 1 maart 2009². De vraag of de RCR van toepassing is, hangt niet alleen af van de omvang van het vermogen, maar ook van de invulling van het wettelijk begrip ‘een productie-installatie’. Dit begrip is gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder ah, als:

‘een installatie, bestaande uit één of meer productie-eenheden, voor de opwekking van elektriciteit;’

3.4 In de memorie van toelichting is dit als volgt uitgewerkt:

‘Een productie-installatie kan bestaan uit meerdere productie-eenheden. Een productie-eenheid kan worden omschreven als de kleinst mogelijke entiteit waarmee zelfstandig elektriciteit kan worden opgewekt. Een aantal van die productie-eenheden die geografisch, technisch, functioneel of organisatorisch met elkaar samenhangen kunnen een productie-installatie vormen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een windmolenpark dat door één exploitant wordt beheerd of waarbij tussen de windmolens technische verbindingen bestaan. Elke windmolen is dan een productie-eenheid, terwijl het windmolenpark als geheel de productie-installatie is.’³

Uit dit citaat blijkt dat van een productie-installatie sprake is als de productie-eenheden die daarvan deel uitmaken (lees: de afzonderlijke windturbines) geografisch, technisch, functioneel of organisatorisch met elkaar samenhangen.

3.5 Tijdens de schriftelijke behandeling van dit wetsvoorstel stelde de SP-fractie de vraag hoe de regering zou omgaan met ‘bijvoorbeeld grootschalige windparken die in totaal een vermogen van meer dan 100 MW beslaan, maar in de praktijk bestaan uit meerdere kleine productie-installaties, al dan niet van verschillende exploitanten’. De regering beantwoordde deze vraag als volgt:

‘Het criterium is of de productie-eenheden zodanig geografisch, technisch, functioneel of organisatorisch met elkaar samenhangen dat sprake is van één productie-installatie. Deze eisen zijn niet cumulatief. Dat een aantal productie-eenheden door dezelfde exploitant wordt beheerd, is een belangrijke indicatie dat sprake is van één productie-installatie, maar is niet doorslaggevend. Ook als de productie-eenheden door meerdere exploitanten beheerd worden, kan sprake zijn van één productie-installatie. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als tussen de productie-eenheden technische verbindingen bestaan, zoals een gezamenlijke aansluiting op een net. Anderzijds zullen door dezelfde exploitant beheerde productie-eenheden geen productie-installatie zijn als die productie-eenheden op grote

² Wet van 25 september 2008 tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998, de Mijnbouwwet en de Gaswet in verband met toepassing van de rijkscoördinatie-regeling op energie-infrastructuurprojecten.

³ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 326, nr. 3, blz. 15.

*afstand van elkaar zijn gelegen en er tussen die eenheden geen technische of functionele verbindingen bestaan.'*⁴

3.6 Gelet op de bepalingen van de Elektriciteitswet en de daarbij behorende wetsgeschiedenis is de conclusie welhaast onvermijdelijk dat de RCR hier niet van toepassing is. Er zijn drie exploitanten, de productie-eenheden – althans de lijnopstellingen waarvan zij deel uitmaken – liggen op (soms) grote afstand van elkaar en het lijkt me aannemelijk dat er tussen de verschillende lijnopstellingen niet of maar beperkt technische of functionele verbindingen zijn. Het ziet er daarom naar uit dat geen enkele productie-eenheid boven de wettelijke drempel van 100 MW uitstijgt.

3.7 Voor deze conclusie valt ook steun te vinden in de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over het windpark Noordoostpolder. In die uitspraak betoogden verschillende appellanten dat dit windpark als één gezamenlijke inrichting moest worden beschouwd en dat daarom ten onrechte het park in vier inrichtingen was opgedeeld. Het bevoegd gezag had daarom één vergunning voor het gehele park moeten verlenen in plaats van vier verschillende vergunningen. De Afdeling verwierp dit argument, omdat elke inrichting door een andere rechtspersoon werd geëxploiteerd en omdat er tussen de verschillende onderdelen van het windpark geen technische, functionele of organisatorische bindingen bestonden⁵. Het lijkt me aannemelijk dat dit bij De Drentse Monden en Oostermoer niet anders zal zijn.

3.8 Een interessante vraag is wel waarom de Afdeling hierin geen reden zag om te concluderen dat de RCR ten onrechte was toegepast. Vermoedelijk is de reden daarvoor dat geen van de appellanten dit als beroepsgrond naar voren heeft gebracht en dat de Afdeling het zelf niet heeft gezien. Zou de Afdeling zich namelijk gerealiseerd hebben dat de RCR niet van toepassing was, dan zou zij ambtshalve (dus zonder dat een van de appellanten daarom vroeg) de in beroep bestreden besluiten hebben vernietigd. De vraag of een bestuursorgaan bevoegd is een bepaald besluit te nemen, wordt namelijk ambtshalve getoetst omdat dergelijke regels raken aan de staatsrechtelijke verhouding tussen bestuursorganen en aan het legaliteitsbeginsel.

3.9 Indien Borger-Odoorn en Aa en Hunze in een civiele procedure dit bevoegdheidsgebrek inroepen of indien omwonenden in hun beroep tegen het inpassingsplan c.a. de Afdeling Bestuursrechtspraak op dit gebrek wijzen, mag verwacht worden dat de besluiten die met toepassing van de RCR tot stand zijn gekomen, niet in stand kunnen blijven. Zoals hiervoor onder 3.8 al opgemerkt, tilt de rechter zwaar aan bevoegdheidsgebreken.

3.10 Volledigheidshalve merk ik nog op dat bevoegdheidsgebreken in de regel ook niet met een beroep op artikel 6:22 van de Awb kunnen worden gepasseerd. Dat komt doordat het goed denkbaar is dat het wel bevoegde bestuursorgaan, Provinciale Staten op grond van artikel 9e van de Electriciteitswet, tot heel andere keuzes zou zijn gekomen qua situering van de turbines en te plaatsen vermogen.

⁴ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 326, nr. 6, blz. 5

⁵ 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215, r.o. 2.54.

3.11 Juist omdat de Elektriciteitswet de bevoegdheid om te beslissen over productie-installaties van minder dan 100 MW aan Provinciale Staten heeft toegekend, is het ook niet aannemelijk dat de Minister alsnog een besluit in de zin van artikel 3.35, lid 1 (zie hiervoor, onder 3.1), kan nemen om op dit plan de RCR toe te passen. Zo'n besluit zou namelijk de bevoegdheidstoedeling op grond van de Elektriciteitswet doorkruisen. Zoals we hiervoor al zagen moet de minister bovendien de Tweede en Eerste Kamer der Staten-Generaal om instemming vragen. Die zouden om deze reden – de doorkruising van de Elektriciteitswet – hun instemming waarschijnlijk weigeren. Er is pas weer een rol voor de minister weggelegd, als Provinciale Staten er niet in slagen om tijdig hun verplichting gestand te doen om in de provincie een opgesteld vermogen van 285 MW aan windenergie te verwezenlijken.

3.12 Tot slot, een lastige vraag is welk moment het meest geschikt is om aan dit potentiële gebrek – het blijft altijd afwachten of de rechter het hierboven uiteengezette standpunt dat de minister niet bevoegd is, honoreert - ruchtbaarheid te geven. Indien dit nu gebeurt, bestaat het risico dat de regering de wettelijke definitie van productie-installatie in de Elektriciteitswet aanpast. Weliswaar is met een wetswijziging in de regel al snel een jaar of meer gemoeid, maar soms kan het veel sneller gaan. Of dit een reële mogelijkheid is, hangt uiteraard ook af van de actuele politieke verhoudingen, de mate van verzet in de regio en het succes van een politieke 'tegenlobby', mogelijk ook van de provincies, richting de Kamers.

3.13 Een andere mogelijkheid is om dit bevoegdheidsgebrek pas in te (laten) roepen op het moment dat het rijksinpassingsplan wordt voorgelegd aan de rechter. Dat zou een maximaal effect kunnen sorteren en leidt mogelijk tot forse vertraging. Beide mogelijkheden hebben voor- en nadelen, zodat op dit punt een zorgvuldige afweging nodig is. Vooralsnog neig ik er toe om nu al tegenover de minister het standpunt in te nemen dat hij niet bevoegd is om een rijksinpassingsplan op te stellen. Vervolgens zou dan in nader overleg met het provinciebestuur een alternatief plan vorm kunnen krijgen dat anders dan het rijksinpassingsplan wel is gebaseerd op een goede ruimtelijke ordening en niet op de betrekkelijk toevallige grondposities van de initiatiefnemers, en waarvoor meer draagvlak in het gebied kan worden verworven.
