

Veltman Advocatenkantoor
bestuursrecht - ruimtelijke ordening - milieu

AANGETEKEND

Minister van Economische Zaken
Directie Energie en Omgeving
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Tevens per e-mail (a.m.bruin@minez.nl) verzonden

Datum : 22 oktober 2015
Onze ref : V-16117
Uw ref :
Onderwerp: Aa en Hunze e.a. / Ministerie van EZ

Advocaat: **mr. J.Veltman**

Weledelgestrenge heer Kamp,

Namens de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten Aa en Hunze en Borger-Odoorn wend ik mij tot u met het verzoek terug te komen op uw standpunt dat de rijkscoördinatie-regeling als bedoeld in artikel 3.35 van de Wet ruimtelijke ordening van toepassing is op de in deze gemeenten te ontwikkelen windparken. In het onderstaande licht ik dit verzoek toe.

Daarbij bespreek ik eerst de wettelijke criteria die uw bevoegdheid om de rijkscoördinatie-regeling toe te passen, afbakenen. Vervolgens ga ik in op de betekenis van deze criteria voor de verschillende initiatieven voor windparken in Aa en Hunze en Borger-Odoorn.

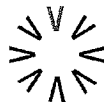
De criteria die de bevoegdheid om de rijkscoördinatie-regeling toe te passen, afbakenen

Artikel 9b, lid 1, van de Elektriciteitswet¹ bepaalt dat de rijkscoördinatie-regeling als bedoeld in artikel 3.35, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wet ruimtelijke ordening van toepassing is op:

'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;'

Het begrip 'productie-installatie', waarvan in deze passage sprake is, is in artikel 1, lid 1, onder ah, van de Elektriciteitswet gedefinieerd als:

¹ Ingevoegd in de Elektriciteitswet door de 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 (Stb. 2008, 416) en in werking getreden op 1 maart 2009 (Stb. 2009, 76).



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

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.'*²

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. De in deze passage door de regering gegeven uitleg van het begrip 'productie-installatie' is ontleend aan het inrichtingenbegrip van artikel 1.1, lid 4, van de Wet milieubeheer (Wm). Dit artikellid luidt voor zover van belang:

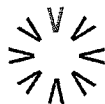
'Elders in deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder inrichting verstaan een inrichting, behorende tot een categorie die krachtens het derde lid is aangewezen. Daarbij worden als één inrichting beschouwd de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen.'

De criteria die artikel 1.1, lid 4, van de Wm noemt om vast te stellen of sprake is van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer zijn vrijwel identiek aan de criteria in de hierboven aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis van de Electriciteitswet. In beide gevallen gaat het om onderlinge technische, organisatorische of functionele bindingen. Het criterium van de geografische samenhang is vergelijkbaar met het criterium dat de installaties die tot de inrichting behoren 'in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen.'

Tijdens de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het opnemen van artikel 9b in de Electriciteitswet, 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-

² Kamerstukken II, 2007-2008, 31 326, nr. 3, blz. 15.



installatie. Hieraan 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 afstand van elkaar zijn gelegen en er tussen die eenheden geen technische of functionele verbindingen bestaan.’³

Toepassing van de wettelijke criteria op de voorgenomen windparken

Gelet op de hierboven aangehaalde bepalingen van de Elektriciteitswet en de daarbij behorende wetsgeschiedenis is de conclusie onvermijdelijk dat de rijkscoördinatierегeling niet van toepassing is op de in Aa en Hunze en Borger-Odoorn te ontwikkelen windparken. Er zijn verschillende initiatiefnemers/exploitanten, de productie-eenheden – althans de lijnopstellingen waarvan zij deel uitmaken – liggen op (soms) grote afstand van elkaar en er is tussen de lijnopstellingen voor zover bekend geen sprake van technische of functionele verbindingen. Uitgaande van het begrip ‘productie-installatie’ is niet sprake van één productie-installatie, maar van een aantal afzonderlijke installaties die geen van allen een capaciteit van 100 MW of meer zullen bezitten.

Volgens de e-mail van uw medewerker, de heer Bruin van 28 augustus aan cliënten, en volgens uw brief van 2 september jl. zou echter wel degelijk sprake zijn van een geografische, organisatorische en technische samenhang en daarmee van één productie-installatie.

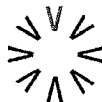
Het eerste argument dat hiervoor wordt aangevoerd, is dat sprake zou zijn van één windpark wegens de geografische samenhang:

‘Het windpark is gesitueerd binnen het in de Structuurvisie Windenergie op land aangewezen gebied en ruimtelijk gezien is sprake van één windpark.’

Het enkele feit dat een groot deel van het grondgebied van Aa en Hunze en Borger-Odoorn in de Structuurvisie Windenergie op land is aangewezen als ‘geschikt voor grootschalige windenergie’ in die zin dat hier windparken van minimaal 100 MW kunnen worden verwezenlijkt, brengt niet mee dat de rijkscoördinatierегeling van toepassing wordt op de in dit gebied vervolgens te realiseren windparken. Bepalend voor de toepassing van deze regeling is en blijft de wettelijke definitie van het begrip productie-installatie en de eis dat de betrokken installatie een capaciteit van minstens 100 MW moet bezitten.

De zeven lijnopstellingen waar het om gaat liggen niet, althans niet allemaal, in elkaars onmiddellijke nabijheid (zoals artikel 1.1, lid 4, van de Wm het uitdrukt als het gaat om de vraag of sprake is van één inrichting). De meest noordelijke en de meest zuidelijke lijnopstelling liggen op een onderlinge afstand van ca. 15 tot 20 kilometer. Van een geografische samenhang in die zin dat in ruimtelijk opzicht de lijnopstellingen als één geheel worden ervaren (en dus ruimtelijk gezien sprake is van één windpark), kan door de grote

³ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 326, nr. 6, blz. 5



onderlinge afstand tussen de lijnopstellingen en de uiteenlopende richtingen die de opstellingen hebben, niet worden gesproken⁴.

Het tweede argument dat u noemt, is dat er sprake zou zijn van organisatorische bindingen. In uw brief van 2 september schrijft u hierover het volgende:

'Daarnaast hebben de initiatiefnemers vanaf het begin van de RCR-procedure een samenwerkingsverband op het gebied van de ruimtelijke ontwikkeling en hebben zij een stuurgroep in het leven geroepen die besluit over het project als geheel. De milieu-effectrapportage is gezamenlijk uitgevoerd, er is gezamenlijk een voorkeursalternatief gekozen en er wordt samengewerkt bij het in beeld brengen van het windregime. Ten slotte zijn de keuzes voor de positie van de turbines en voor de eenduidige bandbreedte voor ashoogte en rotordiameter op elkaar afgestemd.'

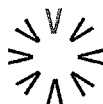
Deze motivering kan de conclusie dat de rijkscoördinatieregeling van toepassing is, niet dragen. Het spreekt voor zich dat het enkele feit dat al vanaf 2011 sprake is van het toepassen van de rijkscoördinatieregeling op de onderhavige initiatieven ertoe heeft geleid dat de verschillende initiatiefnemers samenwerking hebben gezocht. Gelet op de beschrijving ervan in de hier aangehaalde passage gaat deze echter niet verder dan noodzakelijk is voor het beoogde doel, te weten de verkrijging van de verschillende bestuursrechtelijke toestemmingen, waaronder in het bijzonder de vaststelling van het rijksinpassingsplan. Alleen in zoverre is sprake van samenwerking en onderlinge afstemming. Voor zover dus al zou kunnen worden gesproken van organisatorische bindingen, zijn deze niet de aanleiding geweest voor toepassing van de rijkscoördinatieregeling, maar zijn deze ontstaan als gevolg van uw eerdere beslissing om de rijkscoördinatieregeling toe te passen.

Daar komt bij dat het criterium 'organisatorische bindingen' blijkens de rechtspraak over het inrichtingenbegrip in de zin van de Wm vergt dat de reële zeggenschap over het geheel van de activiteiten berust bij dezelfde rechtspersoon. Zo overwoog de Afdeling in haar uitspraak van 21 juli 2004 dat ondanks de aanwezigheid van enige technische en functionele bindingen tussen twee bedrijven toch geen sprake was van één inrichting:

*'Gezien de stukken en het verhandelde ter zitting is de Afdeling echter niet aannemelijk geworden dat vergunninghoudster zeggenschap heeft over de aan JPB vergunde activiteiten of vice versa. Gelet hierop is geen sprake van relevante organisatorische bindingen tussen de ondernemingen van vergunninghoudster en JBP.'*⁵

⁴ Vgl. ook Afdeling Bestuursrechtspraak 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3088, r.o.6.2, waarin de Afdeling oordeelde dat er sprake was van 'onvoldoende ruimtelijke samenhang' tussen enkele windturbines 'gelet op de onderlinge afstanden van 600 en 1180 meter'.

⁵ ECLI:NL:RVS:2004:AQ3623, r.o. 2.3.3.voor een vergelijkbare uitspraak over de vlakbij elkaar gelegen windparken Houten en Nieuwegeinuitspraak over een windpark



Een vergelijkbaar oordeel velde de Afdeling in haar uitspraak van 11 oktober 2005, waarin de vraag aan de orde was of een aantal in elkaars nabijheid op te richten windturbines moesten worden aangemerkt als één inrichting:

*'Ter zitting is gebleken dat dat geen relevante technische of functionele bindingen tussen de windturbines bestaan. Er zou dan ook alleen vanwege organisatorische bindingen sprake kunnen zijn van één inrichting. Virtus heeft zowel een andere bestuurder als een andere aandeelhouder dan Hambaken I en Hambaken II, en er is niet gebleken dat Virtus zich zal (kunnen) bezighouden met de exploitatie van de windturbines van Hambaken I en Hambaken II. Reeds gelet hierop bestaan er geen organisatorische bindingen op grond waarvan de windturbines van Virtus enerzijds en Hambaken I en/of Hambaken II anderzijds als één inrichting zouden kunnen worden beschouwd.'*⁶

Voor het standpunt dat geen sprake is van organisatorische bindingen kan ook steun worden gevonden in de uitspraak van de Afdeling over het windpark Tolhuislanden. Daarin oordeelde de Afdeling dat het feit dat de initiatiefnemers van dit park in het kader van de planvorming en de benodigde onderzoeken hadden samengewerkt met de initiatiefnemers van het windpark Nieuwleusen-West (zo hadden zij een gezamenlijk milieu-effectrapport opgesteld), niet betekende dat er sprake was van organisatorische samenhang⁷.

Een laatste argument voor uw stelling dat de rijkscoördinatieregeling toch van toepassing zou zijn, valt te vinden in de opmerking van uw medewerker, de heer Bruin, dat 'er ook sprake (is) van technische samenhang, namelijk in de positiekeuze van de turbines en de eenduidig gekozen bandbreedte voor ashoogte en rotordiameter' (e-mail van 28 augustus jl.).

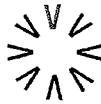
De precieze situering van de turbines (de positiekeuze) is echter niet relevant voor de vraag of tussen de turbines technische bindingen bestaan in de vorm van bijvoorbeeld een gezamenlijke aansluiting op het elektriciteitsnet. Uwerzijds zijn ook geen voorbeelden genoemd van zulke technische bindingen. Dat er geen gezamenlijke aansluiting op het net wordt gerealiseerd, staat vast gelet op de brief van burgemeester en wethouders aan u van 9 juli 2015⁸. Evenmin is er voor zover bekend voor het overige sprake van gemeenschappelijke voorzieningen.

Ook het feit dat er tussen de verschillende initiatiefnemers afstemming heeft plaatsgevonden op het punt van de keuze voor het uiterlijk aanzien van de turbines, zegt niets over de aanwezigheid van technische bindingen of, zoals het in de e-mail wordt uitgedrukt, een technische samenhang. Zoals hiervoor al beschreven zal die afstemming zijn gebeurd met het oog op de gezamenlijke besluitvorming over de verschillende initiatieven door middel van de rijkscoördinatieregeling. Die afstemming als zodanig brengt niet mee dat er dus ook een technische samenhang bestaat.

⁶ ECLI:NL:RVS:2005:AU4556, r.o. 2.4.

⁷ ECLI:NL:RVS:2012:BV0563, r.o. 2.4.3.

⁸ In deze brief wordt verwezen naar een overleg met o.a. de initiatiefnemers, die daarin meedeelden dat het zal gaan om 'vier solitaire windprojecten, met afzonderlijke omgevingsvergunningaanvragen, aparte netaansluitingen, eigen keuzes van windturbintypen etc.'.



De gevolgen van het niet kunnen toepassen van de rijkscoördinatierегeling

Gezien het voorgaande bent u niet bevoegd om de rijkscoördinatierегeling toe te passen op de verschillende initiatieven voor windparken in Aa en Hunze en Borger-Odoorn. De verzoeken van de initiatiefnemers om planologische medewerking aan hun plannen, zult u daarom gelet op artikel 2:3 van de Awb en artikel 9e van de Elektriciteitswet alsnog moeten doorzenden aan Provinciale Staten van Drenthe.

Mocht u toch vast houden aan uw opvatting dat de rijkscoördinatierегeling van toepassing is, dan zal uw besluit tot vaststelling van het rijksinpassingsplan onbevoegd zijn genomen. Een bevoegdheidsgebrek leidt steevast tot vernietiging⁹.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat het bij deze stand van zaken voor cliënten ook niet mogelijk is om de vergunningverlening ter hand te nemen. De te verlenen omgevingsvergunningen kunnen immers niet worden gebaseerd op een rijksinpassingsplan dat wegens het daaraan klevende bevoegdheidsgebrek voor vernietiging vatbaar is.

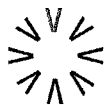
Verzoek

Cliënten zien het als hun bestuurlijke verantwoordelijkheid om zich te verzetten tegen plannen die eenzijdig worden opgelegd door een ter zake niet bevoegd bestuursorgaan, plannen die bovendien niet in overeenstemming zijn met de wettelijke eis van een goede ruimtelijke ordening en die mede als gevolg hiervan niet of nauwelijks op steun kunnen rekenen van de inwoners.

Zoals bekend kunnen cliënten gelet op artikel 1.4 van de Crisis- en Herstelwet geen beroep instellen tegen het besluit tot vaststelling van het rijksinpassingsplan. Wel staat voor hen de weg open naar de burgerlijke rechter als restrechter. Indien u blijft vasthouden aan uw voornemen om een rijksinpassingsplan vast te stellen, zullen cliënten zich genoodzaakt zien deze weg op korte termijn in te slaan.

Cliënten hebben daarbij ook een rechtens te beschermen belang. Sinds 18 mei van dit jaar geldt voor de locaties waar de windparken moeten verrijzen een door u en uw ambtgenoot van Infrastructuur & Milieu genomen voorbereidingsbesluit, hetgeen betekent dat aanvragen die voor die parken een belemmering kunnen vormen, moeten worden aangehouden ook als die aanvragen in overeenstemming zijn met het huidige gemeentelijke ruimtelijke beleid. Verder is het zo dat vanaf het moment dat het ontwerp van het rijksinpassingsplan ter inzage wordt gelegd, de gemeenteraden niet langer bevoegd zijn om

⁹ Afdeling Bestuursrechtspraak 1 september 1997, ABKort 1997, 605 (raad stelt bestemmingsplan vast dat deels betrekking heeft op grondgebied van andere gemeente); Afdeling Bestuursrechtspraak 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9850 (onbevoegd genomen besluit inzake goedkeuring bestemmingsplan); zie ook Afdeling Bestuursrechtspraak 26 maart 2003, AB 2003, 319, LJN: AF6366 en 9 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1471. .



voor de betrokken locaties zelf nog bestemmingsplannen vast te stellen (artikel 3.28, lid 5, Wro).

Namens cliënten verzoek ik u daarom om uw voornemen om een rijksinpassingsplan vast te stellen, te laten varen. Indien u daartoe niet bereid bent, zullen cliënten u, althans de staat, in kort geding dagvaarden en dan een verbod vorderen op vaststelling van een rijksinpassingsplan voor de onderhavige initiatieven.

Uw reactie zie ik graag binnen twee weken na heden tegemoet.

Hoogachtend,

J. Veltman



