

Vergaderjaar 2014–2015

34 058

Regels omtrent windenergie op zee (Wet windenergie op zee)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 12 september 2014 en het nader rapport d.d. 13 oktober 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken, mede namens de Minister van Infrastructuur en Milieu. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 23 juli 2014, no. 2014001458, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, mede namens de Minister van Infrastructuur en Milieu, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels omtrent windenergie op zee, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de opwekking van windenergie op zee te bevorderen, mede ter uitvoering van het Energieakkoord voor Duurzame Groei.² Daartoe beoogt het een integraal wettelijk stelsel te bieden voor de aanwijzing van geschikte locaties voor windparken op zee en de uitgifte van vergunningen voor de bouw en exploitatie van deze windparken.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een opmerking over de samenloop van nationale belangen in een gebied dat geschikt is voor windenergie. Ook maakt zij een opmerking over de consequentie van een verouderde passende beoordeling, en over het wijzigen en het intrekken van kavelbesluiten en vergunningen. Ten slotte maakt de Afdeling een opmerking over het integrale karakter van de besluitvorming voor zover het windparken in de territoriale zee betreft. De Afdeling is van oordeel

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Kamerstukken II 2012/13, 30 196, nr. 202, bijlage.

dat in verband met deze opmerkingen enige aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 juli 2014, nr. 2014001458, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 september 2014, nr. 15.14.0274/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Samenloop nationale belangen

In het kavelbesluit kan slechts een kavel worden aangewezen binnen gebieden die in het nationale waterplan zijn aangewezen als voor windenergie geschikte gebieden.³ Deze gebieden kunnen ook geschikt zijn voor andere doeleinden. Uit het geldende Nationale Waterplan volgt dat het kabinet in de ruimtelijke afweging prioriteit geeft aan activiteiten van nationaal belang boven andere activiteiten.⁴ De toelichting stelt dat meerdere activiteiten van nationaal belang in hetzelfde gebied kunnen plaatsvinden. Als uitgangspunt geldt dat gestreefd wordt naar gecombineerd en ruimte-efficiënt gebruik, mits de eerste initiatiefnemer daarbij geen onevenredige schade of hinder ondervindt.

De Afdeling onderkent dat de beschikbare ruimte mogelijk schaars is en efficiënt benut moet worden. Het afwegingskader lijkt de eerste initiatiefnemer te bevoordelen. Daarbij wordt volgens de toelichting geen onderscheid gemaakt naar het type nationaal belang. De Afdeling wijst erop dat het vermelde in de toelichting over de samenloop van nationale belangen in de praktijk tot problemen kan leiden en niet waarborgt dat sprake is van een redelijke weging van deze belangen. Zo vermeldt de toelichting dat bij het vaststellen van de buitengrens van het kavel geen rekening zal worden gehouden met de locatie van de mijnbouwinstallatie voor een gebied waar een opsporings- of winningsvergunning op grond van de Mijnbouwwet is verleend, indien de vergunninghouder in dat gebied nog geen mijnbouwinstallatie heeft geplaatst.⁵ Kennelijk wordt deze vergunninghouder niet als initiatiefnemer beschouwd, hoeft althans met het feit dat er reeds een vergunning voor mijnbouwactiviteiten is verleend geen rekening te worden gehouden. Het enkele gegeven dat daarbij nog geen installatie geplaatst is, maakt nog niet dat dit op voorhand redelijk kan worden genoemd. Naast het feit dat er een rechtsgeldige vergunning is, kennen vergunningaanvragen voor de mijnbouw in de regel een lange voorbereidingsfase vanwege de noodzakelijke onderzoeken alsmede daarmee gepaard gaande investeringen. Daar komt bij dat de toelichting aankondigt dat in het Mijnbouwbesluit expliciet zal worden geregeld dat in gebieden waarvoor een voorbereidings- of kavelbesluit geldt, geen mijnbouwinstallaties mogen worden geplaatst.⁶ Een spiegelbeeldige redenering ontbreekt.

Het voorgestelde artikel 4, derde lid, onderdeel a vermeldt niet meer dan dat bij de afweging tot het nemen van een kavelbesluit moet worden betrokken «de vervulling van maatschappelijke functies van de zee, waaronder het rechtmatig gebruik door derden en het belang van een

³ Voorgesteld artikel 4, tweede lid.

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 710, nr. 12, bijlage, zie tevens memorie van toelichting, § 3.1.2. Activiteiten van nationaal belang zijn: scheepvaart, olie- en gaswinning, CO₂-opslag, windenergie, zandwinning en -suppletie en defensie.

⁵ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 4. De opsporings- en winningsvergunninghouder kan slechts een tijdelijke mijnbouwinstallatie in de kavel plaatsen, die tijdig moet worden verwijderd.

⁶ Memorie van toelichting, § 4.7 Mijnbouwwet. Wel zal worden voorzien in mogelijkheid voor de Minister ontheffing daarvan te verlenen.

doelmatig ruimtegebruik van de zee». De Afdeling is van oordeel dat een samenloop van nationale belangen een belangenafweging in het concrete geval vergt. Gelet op de rechtszekerheid, is het wenselijk deze belangenafweging wettelijk te verankeren.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande aan te passen.

1. Samenloop nationale belangen

Aan de opmerking van de Afdeling om de weging tussen de belangen van nationaal belang beter te borgen is als volgt gevolg gegeven. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over de spanning tussen de belangen van de houder van een mijnbouwvergunning en het kavelbesluit is aan artikel 3, derde lid, een onderdeel toegevoegd, dat expliciteert dat met de belangen van derden rekening moet worden gehouden bij de besluitvorming omtrent het aanwijzen van een kavel. In paragraaf 3.1.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is een beschouwing opgenomen over de afweging tussen nationale belangen. Deze belangenafweging vloeit voort uit de verplichting in artikel 3 om bij het aanwijzen van een kavel de maatschappelijke functies van de zee te betrekken. De afweging tussen maatschappelijke functies (van nationaal belang) kan overlappen met de bescherming van de belangen van andere gebruikers van het gebied. Er is echter een verschil tussen het beschermen van nationale belangen en het beschermen van de rechten van derden. Daarbij is in genoemde paragraaf dieper ingegaan op het onderscheid dat bij een dergelijke afweging gemaakt wordt tussen concrete mijnbouwactiviteiten (opsporing en winning) en het bezit van een opsporings- of winningsvergunning. De opsporingsvergunning en winningsvergunning op grond van de Mijnbouwwet zijn marktordenende instrumenten. Dat wil zeggen dat deze de houder ervan het exclusieve recht geven op opsporing respectievelijk winning van koolwaterstoffen; daarmee wordt voorkomen dat meerdere mijnbouwondernemingen gelijktijdig met eenzelfde activiteit bezig zijn. Bij het verlenen van een dergelijke vergunning vindt geen omgevingsrechtelijke afweging plaats. Het is dus niet mogelijk (en niet wenselijk) om de opsporings- of winningsvergunning te weigeren met het oog op ander rechtmatig gebruik van het betreffende gebied. De omgevingsrechtelijke afweging vindt plaats in het kader van de besluitvorming over een concrete activiteit, zoals het plaatsen van een mijnbouwinstallatie.

2. Verouderde passende beoordeling

Het wetsvoorstel integreert omgevingsrechtelijke toestemmingen die voor de bouw van windparken nodig zijn in het kavelbesluit.⁷ Daarbij gaat het om vergunningen krachtens de Waterwet, de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) en de Flora- en faunawet (Ffw). Volgens het voorstel vindt de toetsing aan de Nbw 1998 en de Ffw plaats bij de vaststelling van het kavelbesluit⁸ en wordt de vergunningplicht van de Waterwet uitgesloten.⁹

Onderdeel van deze integratie is dat de beoordeling van de gevolgen van de bouw en exploitatie van een windpark voor Natura 2000-gebieden plaatsheeft in het kader van de voorbereiding van het kavelbesluit.¹⁰ Deze beoordeling wordt de «passende beoordeling» genoemd.

⁷ Artikel 6, eerste volzin, van het wetsvoorstel.

⁸ Voorgestelde artikelen 6, 7 en 8.

⁹ Voorgesteld artikel 32.

¹⁰ Voorgesteld artikel 6, tweede volzin.

In de toelichting wordt opgemerkt dat de passende beoordeling bij het kavelbesluit nog actueel moet zijn op het moment dat de vergunning wordt aangevraagd.¹¹ Ook wijst de toelichting op artikel 19f, derde lid, van de Nbw 1998, waarin – kort gezegd – is geregeld dat geen nieuwe passende beoordeling hoeft te worden gemaakt voor zover de eerdere passende beoordeling nog actueel is.¹²

De Afdeling merkt hierover het volgende op. Niet kan worden uitgesloten dat een passende beoordeling op het moment van de vergunningverlening niet meer actueel is. De toelichting gaat niet in op de vraag welke rechtsgevolgen dan aan de verouderde passende beoordeling moeten worden verbonden. Gelet op de verwijzing naar artikel 19f, derde lid, berust het voorstel mogelijk op de vooronderstelling dat in zo'n geval alsnog een Nbw 1998-vergunning verleend zou kunnen worden, waarvoor een nieuwe passende beoordeling wordt gemaakt. Het voorstel sluit evenwel de Nbw 1998-vergunningplicht uitdrukkelijk uit. Het komt de Afdeling daarom voor dat in die situatie slechts een vergunning kan worden verleend, nadat het kavelbesluit opnieuw is vastgesteld met gebruikmaking van een geactualiseerde passende beoordeling. Niet duidelijk is of dit effect wordt beoogd.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande te verduidelijken en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

2. Verouderde passende beoordeling

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de verouderde passende beoordeling wordt opgemerkt dat indien de passende beoordeling op het moment van vergunningverlening niet meer actueel is, het kavelbesluit opnieuw dient te worden vastgesteld op basis van een geactualiseerde passende beoordeling. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is paragraaf 3.1.3.5 van het algemeen deel van de memorie van toelichting op dit punt verduidelijkt.

3. Wijziging en intrekking

In het wetsvoorstel wordt voorzien in specifieke grondslagen voor het wijzigen en intrekken van het kavelbesluit en de vergunning.¹³ De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

¹¹ Memorie van toelichting, par. 3.1.3.5 Regeling in het wetsvoorstel bescherming gebieden.

¹² Artikel 19f, eerste en derde lid, Nbw 1998 luiden als volgt:

1. Voor projecten waarover gedeputeerde staten een besluit op een aanvraag voor een vergunning als bedoeld in artikel 19d, eerste lid, nemen, en die niet direct verband houden met of nodig zijn voor het beheer van een Natura 2000-gebied maar die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, maakt de initiatiefnemer alvorens gedeputeerde staten een besluit nemen, een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling, met uitzondering van de doelstellingen, bedoeld in artikel 10a, derde lid, van dat gebied.

3. De verplichting tot het maken van een passende beoordeling bij de voorbereiding van een besluit als bedoeld in het eerste lid, geldt niet in gevallen waarin degene die een project waarop dat besluit betrekking heeft, onderneemt, daarmee een project ten aanzien waarvan reeds eerder een passende beoordeling is gemaakt, herhaalt of voortzet, voor zover de passende beoordeling redelijkerwijs geen nieuwe gegevens en inzichten kan opleveren omtrent de significante gevolgen van dat project.

¹³ Voorgesteld artikel 11, eerste lid resp. 23.

a. Rechtsbescherming

Tegen de in het wetsvoorstel voorziene kavelbesluiten staat beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRS).¹⁴ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) wordt bevoegd te beslissen in geschillen over vergunningen.¹⁵ Het voorstel voorziet in een specifieke grondslag voor de wijziging en intrekking van zowel het kavelbesluit als de vergunning; in rechtsbescherming tegen deze besluiten is evenwel niet voorzien. Het ligt in de rede tegen deze besluiten eveneens beroep open te stellen bij de ABRS respectievelijk het CBb. Daarvoor is een expliciete vermelding in hoofdstuk 2 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht noodzakelijk. In verband hiermee dient in artikel 31, onderdeel 2, een verwijzing naar artikel 11, eerste lid respectievelijk in artikel 31, onderdeel 3, een verwijzing naar artikel 22 te worden opgenomen.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

b. Gevolgen wijziging en intrekking

Zoals gezegd voorziet het wetsvoorstel in de bevoegdheid tot wijziging en intrekking van zowel kavelbesluiten als vergunningen. In de toelichting wordt echter onvoldoende ingegaan op de gevolgen daarvan.¹⁶ Bepaald is dat geen vergunning kan worden verleend voor een gebied gelegen buiten een kavel en dat deze slechts kan worden verleend indien in de vergunningaanvraag voldoende aannemelijk is gemaakt dat het windpark voldoet aan het kavelbesluit.¹⁷ Er wordt echter niet toegelicht welke gevolgen het wijzigen of intrekken van het kavelbesluit heeft voor bijvoorbeeld de rechtmatigheid van de reeds verleende vergunning.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Wijziging en intrekking

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling hieromtrent is de wijziging van hoofdstuk 2 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht overeenkomstig de opmerkingen van de Afdeling aangepast. Tevens is in de artikelsgewijze toelichting bij artikel 30 ingegaan op de vraag welke gevolgen kunnen worden verbonden aan de wijziging van een kavelbesluit nadat een vergunning voor dat kavel is verleend.

4. Besluitvorming in de territoriale zee

In het geldende Nationale Waterplan en in het in voorbereiding zijnde ontwerpprijsstructuurvisie Windenergie op zee zijn (vooralsnog) geen zoekgebieden voor windparken in de territoriale zee voorzien.¹⁸ Wel wordt thans een haalbaarheidsstudie uitgevoerd naar de mogelijkheden van windenergieopwekking in de territoriale zee.¹⁹ Gelet daarop is het niet uitgesloten dat binnen het voorgestelde wettelijke stelsel ook besluit-

¹⁴ Voorgesteld artikel 31, onderdeel 2.

¹⁵ Voorgestelde artikel 31, onderdeel 3.

¹⁶ Hoofdstuk 8 van de memorie van toelichting gaat slechts in op de mogelijke schade voor de vergunninghouder als gevolg van de intrekking. De artikelsgewijze toelichting op artikel 23 benadrukt met name de terughoudendheid die moet worden betracht bij de inzet van de bevoegdheid tot wijziging of intrekking.

¹⁷ Voorgestelde artikelen 12 en 13.

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 31 710, nr. 12, bijlage resp. Kamerstukken II 2013/14, 33 561, nr. 7, bijlage.

¹⁹ Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 561, nr. 9, blz. 3.

vorming over windparken in de territoriale zee zal plaatsvinden. In dat verband merkt de Afdeling het volgende op.

Zoals gezegd, beoogt het wetsvoorstel een integraal wettelijk kader te bieden voor het op grote schaal realiseren van windenergie op zee.²⁰ Het wetsvoorstel integreert een aantal omgevingsrechtelijke toestemmingen die voor de bouw van windparken nodig zijn in het kavelbesluit. De toelichting merkt terecht op dat de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) van toepassing is op de territoriale zee. Voor de bouw van windparken in de territoriale zee is mede een omgevingsvergunning krachtens de Wabo nodig.²¹

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel de omgevingsvergunning niet in het kavelbesluit integreert, zodat het in zoverre geen volledige integratie van de benodigde omgevingsrechtelijke toestemmingen biedt. Gelet op het oogmerk van bundeling van de besluitvorming over windparken op zee, verdient het aanbeveling om te bezien of en hoe de omgevingsvergunningplicht kan worden betrokken bij de geïntegreerde besluitvorming over het kavelbesluit. Daarbij lijkt van belang te bezien welke toegevoegde waarde de omgevingsvergunning nog heeft, gelet op het kavelbesluit dat reeds ziet op ruimtelijke en natuuraspecten en op de bouw.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Besluitvorming in de territoriale zee

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat het onduidelijk is of een vergunning op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is vereist indien een windpark in de territoriale zee wordt gebouwd, is een lid aan artikel 8.3 van de Wabo toegevoegd (zie het nieuwe artikel 32 van het wetsvoorstel). In dat lid wordt bepaald dat de Wabo niet van toepassing is op windparken in de territoriale zee op een plaats die geen deel uitmaakt van een gemeente of een provincie en waarop de Wet windenergie op zee van toepassing is. De Wabo beschermt de milieubelangen. Om te waarborgen deze belangen worden beschermd bij het nemen van een kavelbesluit is aan de artikelen 3 en 4 van het wetsvoorstel toegevoegd dat deze belangen in aanmerking moeten worden genomen en aan een kavelbesluit voorwaarden en voorschriften kunnen worden verbonden ter bescherming van het milieu.

5. Redactionele opmerkingen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

5. Redactionele opmerkingen

De redactionele opmerkingen zijn verwerkt.

6.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het artikel betreffende het vervallen van bestaande vergunningen op grond van de Waterwet in lijn te brengen met het beleid zoals dat is aangekondigd in de brief aan de Tweede Kamer van 26 september 2014 over windenergie op zee (Kamer-

²⁰ Memorie van toelichting, Hoofdstuk 1. Inleiding.

²¹ Artikel 8.3, tweede lid, van de Wabo in samenhang met artikel 3.3 van het Besluit omgevingsrecht.

stukken II 2014/15, 33 561, nr. 11). In die brief is aangegeven dat houders van bestaande vergunningen niet meer in aanmerking kunnen komen voor subsidie. Daarmee is er geen reden meer om de vergunningen tot 1 juli 2016 in stand te houden. Het wetsvoorstel is zodanig aangepast dat de betreffende vergunningen vervallen op het moment van inwerking-treding van de Wet windenergie op zee (zie artikel 34 van het wetsvoorstel). Verder is van de gelegenheid gebruik gemaakt enkele redactionele en technische verbeteringen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting en de memorie van toelichting op enkele punten te actualiseren.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Infrastructuur en Milieu, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

- Het opschrift van hoofdstuk 1 wijzigen in: Begripsbepalingen en werkingssfeer.²²
- Mede gelet op aanwijzing 97 van de Aanwijzingen voor de regelgeving de bepalingen van hoofdstuk 3 zodanig herschikken en vernummernen dat met een onderverdeling in drie paragrafen volstaan kan worden. Dit als volgt uitwerken:
 - Het opschrift van hoofdstuk 3 wijzigen in: Vergunning.
 - § 3.1 aanvullen met artikel 3 en de bepalingen van de paragrafen 3.3, 3.4 en 3.5.
 - § 3.2.1 vernummernen tot § 3.2.
 - § 3.2.2 vernummernen tot § 3.3.
 - In artikel 13, onderdeel e, «de vergunning» vervangen door: het kavelbesluit.
 - In artikel 14 de woorden «wordt verleend» vervangen door: kan worden verleend.
 - In artikel 15, eerste lid, en artikel 16, eerste lid, de zinsnede «op grond van ... EZ-subsidies» schrappen. Gelet op artikel 14 is deze zinsnede overbodig.
 - In artikel 15, tweede lid, de zinsnede «, bedoeld in het eerste lid,» schrappen.
 - In artikel 15, derde lid, en artikel 18, vierde lid, de woorden «Voor het aanvragen van» vervangen door: Voor de behandeling van aanvragen om een vergunning.
 - In artikel 16, tweede lid, de zinsnede «die op grond van ... zijn ingediend» schrappen.
 - Artikel 21 aanvullen met een vijfde lid, luidende: Het is verboden te handelen in strijd met de vergunning, de daaraan verbonden voorwaarden en voorschriften, alsmede de ontheffing, bedoeld in het vierde lid, en de daaraan verbonden voorschriften en beperkingen.
- Mede gelet op artikel 97 van de Aanwijzingen voor de regelgeving artikel 28 verplaatsen naar hoofdstuk 2, artikel 29 als derde lid toevoegen aan artikel 22 (vgl. artikel 20 van de Mijnbouwwet). Een afzonderlijk hoofdstuk over rechtsbescherming is daarmee overbodig.
- Artikel 30, onder 2 (nieuw artikel 41ba Elektriciteitswet 1998) de woorden «wet windenergie op zee» vervangen door: Wet windenergie op zee.
- In artikel 30, onder 3, na de woorden «artikelen 16, tweede lid» een komma plaatsen.
- In § 3.1.3.6 de toelichting toespitsen op het beschermingsniveau voor beschermde soorten. Dit beschermingsniveau is gelijk aan het niveau waarin het wetsvoorstel Wet natuurbescherming voorziet. Bij nota van wijziging heeft de regering het ambitieniveau van het wetsvoorstel Wet natuurbescherming verhoogd.²³ Anders dan in § 3.1.3.6 van de toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel is vermeld, strekt het wetsvoorstel Wet natuurbescherming niet meer uitsluitend tot de internationaalrechtelijk verplichte beschermingsniveaus.

²² In samenhang met de vierde kanttekening.

²³ Zie de toelichting bij de nota van wijziging, Kamerstukken II 2013/14, 33 348, nr. 5, blz. 21–24.