

Rechtbank Haarlem 12 december 2012, nr. 12/2827 en 12/2742

(Mrs. Angenent-Bakker, Reiling, Heyning-Huydecoper)  
m.nt. M.A.A. Soppe<sup>1</sup>

(art. 1.1 lid 1 onder a, art. 1.6a en art. 1.1 bijlage I Chw; art. 9e Elektriciteitswet 1998; onderdeel D 22.2 bijlage Besluit milieueffectrapportage; art. 2.1 lid 2 onder i en sub e Wabo; art. 2.2 aanhef onder a Bor)

LJN BY6096

**Twee nieuwe windturbines vormen samen met twee bestaande windturbines een windturbinepark in de zin van Besluit milieueffectrapportage. Vooralsnog geen reden te twijfelen dat B&W bevoegd gezag is.**

*Omgevingsvergunning voor het plaatsen van twee windturbines die niet ziet op activiteit art. 2.1 lid 1 onder i of e Wabo. Ten onrechte is geen uitvoering gegeven aan de vergewisplicht die voortvloeit uit art. 2.1 lid 1 onder i Wabo gelezen in samenhang met art. 2.2a aanhef en onder a Bor. Er is sprake van windturbinepark gezien samenhang met twee reeds geplaatste windturbines.*

uitspraak van de meervoudige kamer van 12 december 2012 in de zaken tussen  
(...)

#### Procesverloop

Bij besluit van 27 april 2012 (het primaire besluit), ter inzage gelegd op 10 mei 2012, heeft verweerder aan Energiezorg B.V. i.o. een omgevingsvergunning verleend voor het plaatsen van twee windturbines op de locatie [adres].

Eisers hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.  
(...)

#### Overwegingen

1. De omgevingsvergunning betreft het oprichten van twee windturbines met ieder een lengte van 142,2 m en een capaciteit van 3 Mw, aan de rand van de Nauernasche Polder, langs het Noordzeekanaal. De twee te realiseren windturbines worden geplaatst tussen twee reeds aanwezige windturbines in.

(...)

6. Verweerder heeft zich in het verweerschrift op het standpunt gesteld dat de Crisis- en Herstelwet (Chw) van toepassing is op het bestreden besluit.

Ingevolge artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Chw is Afdeling 2 onder meer van toepassing op alle besluiten die krachtens enig wettelijk voorschrift zijn vereist voor de ontwikkeling of verwezenlijking van de in bijlage I bij deze wet bedoelde categorieën ruimtelijke en infrastructuure projecten.

Ingevolge artikel 1.1 van bijlage I, voor zover van belang is de Chw van toepassing op de aanleg of uitbreiding van productie-installaties voor de opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie als bedoeld in artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998.

Artikel 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 bevat een bepaling ten aanzien van een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5, maar niet meer dan 100 Mw, met inbegrip van de aansluiting van die installatie op een net.

Het project voorziet in het oprichten van twee windturbines met ieder een capaciteit van 3 Mw, in totaal 6 Mw. Zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) eerder in de uitspraak van 26 oktober 2011 (LJN BU1628) heeft overwogen beperkt de verwijzing in artikel 1.1 van bijlage I van de Chw naar artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998 zich tot de verwijzing naar 'een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5, maar niet meer dan 100 Mw, met inbegrip van de aansluiting van die installatie op een net'. De vraag of is voldaan aan de voorwaarden om gebruik te maken van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet en de vraag of gebruik is gemaakt van deze bevoegdheid zijn in het kader van de vraag of de Chw van toepassing is dan ook niet relevant. Uit de capaciteit van de voorziene windturbines, die tezamen een productie-installatie als vorenbedoeld vormen, volgt dat de omgevingsvergunning een project betreft als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Chw, gelezen in samenhang met bijlage I behorende bij de Chw (onder 1.1) en artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998.

De Chw is dan ook van toepassing.

7. Verweerder stelt zich op het standpunt dat gelet op artikel 1.6a van de Chw, waarin is bepaald dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer kunnen worden aangevoerd, de nadere beroepsgronden die [naam] bij brief van 15 juli 2012 aan de rechtbank heeft doen toekomen, buiten beschouwing moeten worden gelaten.

De rechtbank stelt vast dat verweerder in het bestreden besluit, noch in de rechtsmiddelenverwijzing, melding heeft gemaakt van het feit dat de Chw van toepassing is op het besluit. Zoals de Afdeling eerder heeft geoordeeld (onder andere in de uitspraak van 16 februari 2011, LJN BP4734) ligt het op de weg van het bestuursorgaan om duidelijkheid te verschaffen over de rechtsmiddelen tegen een onder de reikwijdte van de Chw vallend besluit. Indien in de rechtsmiddelenverwijzing, zoals in dit geval, niet is vermeld dat

<sup>1</sup> Mr. M.A.A. Soppe is advocaat bij Soppe Gundelach Witbreuk advocaten te Almelo.

de Chw van toepassing is en dat daarom na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen gronden kunnen worden aangevuld, kan een belanghebbende, nu in de Chw wordt afgeweken van de Awb, in beginsel niet worden tegengeworpen dat hij na afloop van de beroepstermijn de beroepsgronden aanvult. Dit is slechts anders indien aanneemelijk is dat de belanghebbende anderszins wist of kon weten dat na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen gronden kunnen worden aangevoerd. Deze situatie doet zich hier niet voor.

Het verweerschrift waarin verweerder het standpunt inneemt dat de Chw van toepassing is, dateert van 28 september 2012. De aanvullende gronden van [naam] dateren van 15 juli 2012. Deze gronden, die zijn ingediend vóór het verweerschrift van 28 september 2012, worden geacht tijdig te zijn aangevoerd, zodat er geen aanleiding bestaat deze buiten beschouwing te laten.

(...)

9. De door verweerder verleende omgevingsvergunning ziet op de volgende activiteiten:

- het bouwen van een bouwwerk ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in samenhang gelezen met artikel 2.10, eerste lid, van de Wabo;
- het uitvoeren van een werk, geen bouwwerk zijnde, of van werkzaamheden, in gevallen waarin dat bij een bestemmingsplan, beheersverordening, exploitatieplan of voorbereidingsbesluit is bepaald ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder b van de Wabo in samenhang gelezen met artikel 2.11 van de Wabo;
- het afwijken van het bestemmingsplan ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo in samenhang gelezen met artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, en onder 37 van de Wabo.

10. [naam] betoogt dat het bestreden besluit geen stand kan houden omdat ten onrechte in de aanvraag niet tevens is betrokken de activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder i, van de Wabo (een activiteit die van invloed kan zijn op de fysieke leefomgeving). Het besluit is daarmee in strijd met artikel 2.7 van de Wabo, aldus [naam].

Hij betoogt bovendien dat niet verweerder, maar gedeputeerde staten van Noord-Holland bevoegd zijn te beslissen op de aanvraag, nu het een windturbinepark betreft.

Ingevolge artikel 2.7 van de Wabo draagt de aanvrager van een omgevingsvergunning die betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 er, onverminderd het bepaalde in artikel 2.10, tweede lid, zorg voor dat de aanvraag betrekking heeft op elk van die activiteiten.

Verweerder heeft in onderdeel 4 van de bijlage bij het bestreden besluit gemotiveerd aangegeven waarom in dit geval geen sprake is van een vergunningplichtige activiteit. Gelet op artikel 2.2a van het Besluit omgevingsrecht (Bor) gelezen in samenhang met hetgeen is opgenomen onder 22.2 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (Besluit m.e.r.), is de plaatsing van twee windturbines niet aangewezen als activiteit die van invloed is op de fysieke leefomgeving. Derhalve kon volgens verweerder volstaan worden met een melding in het kader van het Activiteitenbesluit.

In artikel 2.1, tweede lid, van het Bor, samen met bijlage 1, onderdeel B, onder 1, aanhef en onder c, zijn als inrichtingen waarvoor krachtens artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wabo een omgevingsvergunning is vereist, aangewezen: inrichtingen voor activiteiten die zijn aangewezen krachtens artikel 7.2, eerste lid, van de Wet milieubeheer, met uitzondering van categorie 22.2 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage waarop artikel 7.18 van de Wet milieubeheer niet van toepassing is.

In artikel 2.2a, aanhef en onder a, van het Bor is de activiteit bedoeld in categorie 22.2 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage aangewezen als activiteit waarvoor krachtens artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo een omgevingsvergunning is vereist, met dien verstande dat deze aanwijzing niet van toepassing is in de gevallen waarin artikel 7.18 van de Wet milieubeheer van toepassing is.

In onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage zijn krachtens artikel 7.2, eerste lid, van de Wet milieubeheer activiteiten aangewezen. In categorie 22.2 is in kolom 1 als 'activiteit' vermeld: 'de oprichting, wijziging of uitbreiding van een windturbinepark'. Ingevolge onderdeel A van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage is een windturbinepark een park bestaande uit ten minste drie windturbines.

Zoals de Afdeling eerder in de uitspraak van 2 mei 2012 (*LJN* BW4511) heeft overwogen is de oprichting van een windturbinepark vergunningplichtig hetzij als oprichting van een inrichting ingevolge artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wabo, hetzij als activiteit ingevolge artikel 2.1, eerste lid, onder i. Hierbij is niet van belang of het windturbinepark tevens voldoet aan de omschrijving van 'geval' ingevolge kolom 2 van categorie 22.2. De artikelen 2.1, tweede lid en artikel 2.2a, aanhef en onder a, van het Bor, die bepalen wanneer voor inrichtingen en activiteiten een vergunning is vereist, verwijzen immers naar de in het Besluit milieueffectrapportage genoemde 'activiteiten' (kolom 1), niet naar de bij die activiteit in kolom 2 genoemde 'gevallen'.

Blijkens de toelichting bij het Besluit van 15 november 2010 tot wijziging van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (*Stb.* 2010, 781, blz. 33 en 34) moet het bevoegd gezag aan de hand van een ingediende aanvraag om vergunning bepalen welk van beide vergunningplichten geldt. De aanvrager moet in eerste instantie een aanvraag op grond van artikel 2.1, eerste lid, onder i, van de Wabo indienen. Als het bevoegd gezag naar aanleiding van die aanvraag beslist dat een milieueffectrapport moet worden opgesteld, of als de aanvrager heeft verklaard dat hij een

milieueffectrapport maakt, moet hij alsnog een vergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, onder e, aanvragen.

Gelet op het vorenstaande vult de rechtbank ambtshalve de door [naam] aangevoerde rechtsgrond aldus aan dat hij tevens heeft beoogd te betogen dat verweerder ten onrechte geen uitvoering heeft gegeven aan de vergewisplicht die voortvloeit uit artikel 2.1, eerste lid, onder i van de Wabo gelezen in samenhang met artikel 2.2a, aanhef en onder a, van het Bor.

11. Ter beoordeling ligt derhalve voor of in dit geval sprake is van de oprichting, wijziging of uitbreiding van een windturbinepark als bedoeld in categorie 22.2 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage waarbij ingevolge onderdeel A van de bijlage bij het Besluit een windturbinepark is gedefinieerd als een park bestaande uit ten minste drie windturbines. Hierbij is van belang of gesproken kan worden van samenhang met de twee reeds aanwezige windturbines.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat nu sprake is van de plaatsing van niet meer dan twee windturbines niet kan worden gesproken van de oprichting van een windturbinepark en dat kan worden volstaan met het doen van een melding op grond van het Activiteitenbesluit. De derde-partij heeft er in dit verband op gewezen dat de twee nieuwe windturbines geen inrichting vormen met de reeds aanwezige windturbines en ook niet met deze windturbines zijn verbonden en dat bovendien sprake is van een andere exploitant.

De rechtbank volgt verweerder niet in zijn betoog. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een windturbinepark dient naar het oordeel van de rechtbank niet te worden uitgegaan van het inrichtingenbegrip. De vergewisplicht – om te beoordelen of er sprake is van invloed op de fysieke leefomgeving – kan voorts, gelet op het doel van die beoordeling, niet afhankelijk worden gesteld van de eigendomssituatie, dan wel de wijze van exploitatie van de windturbines.

De rechtbank stelt vast dat de windturbines zo geplaatst worden dat de twee nieuwe windturbines en de twee reeds geplaatste windturbines een eenheid vormen. De samenhang tussen de windturbines uit zich in het feit dat er rekening is gehouden met de bestaande windturbines wat betreft afstand, type, hoogte en vermogen. Dat het project slechts voorziet in het plaatsen van twee van de vier turbines neemt niet weg dat met de plaatsing van de onderhavige turbines een aaneengesloten rij ontstaat van vier identieke windturbines. Onder deze omstandigheden dient het onderhavige project te worden aangemerkt als het oprichten van een windturbinepark als bedoeld in categorie 22.2 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage. Verweerder dient gelet hierop dan ook te toetsen of de fysieke leefomgeving hierdoor dusdanig wordt beïnvloed dat een milieueffectrapport dient te worden gemaakt. Niet is gebleken dat verweerder heeft voldaan aan deze vergewisplicht. De beroepsgrond slaagt derhalve.

De rechtbank heeft echter vooralsnog geen aanleiding aan te nemen dat niet verweerder maar gedeputeerde staten van Noord-Holland het bevoegde gezag zijn in deze.

(...)

18. De beroepen zijn gegrond. Gelet op het vorenoverwogene ziet de rechtbank geen aanleiding de rechtsgevolgen van het te vernietigen besluit in stand te laten. Gelet op het aantal en op de aard van de geconstateerde gebreken ziet de rechtbank, uit procesrechtelijk oogpunt, af van het toepassen van een bestuurlijke lus om verweerder in de gelegenheid te stellen deze gebreken te herstellen.

(...)

#### Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- (...)

#### Noot

1. In onderdeel D onder 22.2 bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage wordt in kolom 1 de oprichting, wijziging of uitbreiding van een windturbinepark genoemd. Onder het begrip 'windturbinepark' moet blijkens onderdeel A onder 1 bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage worden begrepen: een 'park bestaande uit ten minste drie windturbines'. Twee met elkaar samenhangende windturbines kunnen dus niet een windturbinepark in de zin van het Besluit milieueffectrapportage vormen en vallen daarom per definitie buiten de m.e.r.-(beoordelings)plicht. Daarbij zij erop gewezen dat wanneer een activiteit niet is begrepen onder kolom 1, er niet wordt toegekomen aan een toetsing aan de ingevolge art. 2 lid 5 Besluit milieueffectrapportage vrijwel allemaal indicatieve drempelwaarden in kolom 2 van onderdeel D. Derhalve ook niet aan de vraag of bij het niet overschrijden van de drempelwaarde toch niet een MER zou moeten worden opgesteld vanwege de factoren als bedoeld in bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn.

2. In casu is er sprake van een omgevingsvergunning voor de plaatsing van twee windturbines. De vergunning ziet niet mede op de activiteit oprichten/wijzigen van een inrichting (art. 2 lid 1 onder e of i Wabo). Aangezien twee windturbines geen windturbinepark in de zin van het Besluit milieueffectrapportage kunnen vormen, was er in de besluitvorming geen m.e.r.-beoordeling verricht respectievelijk was er geen aanleiding gezien om voor wat betreft het onderdeel oprichten/wijzigen van een inrichting vanwege art. 2.2a lid 1 Bor (tevens) een omgevingsvergunning beperkte milieutoets (OBM) aan te vragen. Dit artikellid verwijst immers naar de activiteit als bedoeld in onderdeel D onder 22.2 bijlage van het Besluit milieueffectrapportage waarin in kolom 1 wordt gesproken over een windmolenpark.

3. De vraag lijkt gerechtvaardigd of het op voorhand uitsluiten van de m.e.r.-(beoordelings)plicht van niet meer

dan twee met elkaar samenhangende windturbines zich verdraagt met de m.e.r.-richtlijn. Bijlage II onder 3i bij de m.e.r.-richtlijn spreekt over installaties voor de winning van windenergie met daarbij de tussen haakjes geplaatste aanduiding 'windturbineparken'. Dat solitaire windturbines hier niet onder worden begrepen, lijkt mij evident. Maar waarom kunnen twee windturbines geen windturbinepark in de zin van de m.e.r.-richtlijn vormen? Blijkens de nota van toelichting bij het Besluit van 21 februari 2011 tot wijziging van het Besluit milieueffectrapportage en het Besluit omgevingsrecht (reparatie en modernisering milieueffectrapportage), *Stb.* 2011, 102, p. 32 en 47, onderkent de wetgever dat het opnemen van een definitie van windturbinepark een absolute ondergrens introduceert (waar beneden nooit een m.e.r.- (beoordeling) behoeft te worden verricht). Maar problematisch wordt dat niet geacht. De wetgever vindt dat uit het in de richtlijn gehanteerde begrip 'windturbinepark' een bepaalde ondergrens voortvloeit, in die zin dat bij een of twee windturbines bezwaarlijk van een park kan worden gesproken. Met de ondergrens van drie windturbines is bovendien aangesloten bij de omschrijving die men hanteert in Duitsland. Hiervoor is Duitsland niet door de Europese Commissie in gebreke gesteld, aldus de wetgever. De door de wetgever gebruikte argumentatie overtuigt mij niet. Zeker gezien het gegeven dat bij twijfel over de interpretatie van een in de m.e.r.-richtlijn gebezigd begrip in beginsel voor een ruime uitleg moet worden gekozen vanwege het brede doel en de zeer ruime werkingssfeer van de m.e.r.-richtlijn (zie o.a. HvJ EG 25 juli 2008, nr. C-142/07). Het in 2008 door de Europese Commissie opgestelde document 'Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (EIA Directive); Interpretation of definitions of certain categories of annex I and II of the EIA Directive' geeft overigens geen nadere uitleg over het begrip 'windturbinepark'. Daarin kan dus geen expliciet argument worden ontleend hoe het begrip 'windturbinepark' moet worden gedeut.

4. De rechtbank verrast door niet met verweerder mee te gaan in de stelling dat er geen sprake is van een windturbinepark. Daartoe wordt beslissende betekenis toegerekend aan de samenhang tussen de twee op te richten windturbines met twee reeds geplaatste windturbines. Dat de turbines gezamenlijk niet één inrichting in de zin van de Wm vormen, doet daar niet aan af. Van belang is in dezen dat de twee nieuwe windturbines zo worden geplaatst dat zij tezamen met de twee bestaande windturbines een eenheid vormen. De samenhang tussen de turbines uit zich volgens de rechtbank in de onderlinge gelijkmatige afstand alsmede in het type, de hoogte en het vermogen. Door toestemming te verlenen aan het plaatsen van de twee nieuwe turbines wordt er volgende rechtbank een windturbinepark als bedoeld in onderdeel D onder 22.2 bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage, opgericht.

5. Het oordeel van de rechtbank roept vragen op. Het is bestendige jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht-spraak dat bij het bepalen van de m.e.r.- (beoordelings) plicht geen rekening behoeft te worden gehouden met (le-

gale) bestaande activiteiten. Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 juli 2012, nr. 201011201/1/R4; ABRvS 18 januari 2012, nr. 201008612/1/R3 en ABRvS 29 juni 2011, nr. 201011165/1/M2. Wel moet bij het bepalen van de m.e.r.- (beoordelings) plicht acht worden geslagen op de vraag of de voorliggende activiteit wellicht een (eerste) fase is van een groter project respectievelijk of voorzienbaar is dat de activiteit binnen afzienbare termijn wordt uitgebreid. Als de activiteit zelf niet, maar met de voorzienbare uitbreiding ervan wel de drempelwaarde in kolom 2 van onderdeel C of D bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage overschrijdt, bestaat er een m.e.r.- (beoordelings) plicht voor de in kolom 4 bedoelde besluiten en een plan-m.e.r.- plicht voor de kaderstellende plannen in kolom 3. Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 maart 2010, nr. 200806507/1/R1 en ABRvS 29 februari 2012, nr. 201003801/1/R2. In deze zaken oordeelt de Afdeling dat er sprake is van samenhang tussen op te richten windturbines en dat er daarom voor de betreffende bestemmingsplannen waarin een planologische basis werd geboden voor een aantal van die turbines een plan-m.e.r.- plicht bestond. De uitspraak van de rechtbank valt niet te rijmen met vorenbedoelde jurisprudentie, nu zij de bestaande turbines nadrukkelijk betreft in haar conclusie dat er sprake is van de oprichting van het windturbinepark. Mijns inziens vormen de twee aan de orde zijnde windturbines geen windturbinepark en zou er ten aanzien daarvan op basis van art. 2.2a lid 1 Bor geen omgevingsvergunning beperkte milieutoetsprocedure (OBM-procedure) ex art. 2 lid 1 onder i Wabo behoeven te worden doorlopen (zie over art. 2.2a lid 1 Bor en de OBM-procedure punt 6 van de annotatie bij de eveneens in deze aflevering geplaatste uitspraak ABRvS 14 november 2012, nr. 201202480/1/A1, 201202482/1/A1 en 201202484/1/A1, *M en R* 2013/41). Voor een tegenovergesteld oordeel zou naar mijn mening alleen plaats zijn indien ten tijde van de besluitvorming over de twee reeds geplaatste windturbines voorzienbaar was dat die deel zouden gaan uitmaken van een windturbinepark van vier windturbines. In dat geval is destijds verzuimd om te onderzoeken of er sprake is van factoren als bedoeld in bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn die maken dat een project-MER zou moeten worden gemaakt. Als er op grond van die factoren had moeten worden besloten tot het opstellen van een project-MER, dan vereist de nuttige werking van de m.e.r.-richtlijn dat er ten behoeve van de publieke besluitvorming over aan de orde zijnde twee windturbines alsnog een dergelijk MER wordt opgesteld. Zie daartoe onder meer HvJ EU 17 maart 2011, nr. C-275/09.

6. Ten slotte vestig ik in deze noot de aandacht op de vraag welk bestuursorgaan bevoegd gezag is ter zake van de omgevingsvergunningverlening. Een van de eisers bevoegt dat niet het college van burgemeester en wethouders, maar het College van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland bevoegd was om te beslissen op de aanvraag om deze vergunning. De rechtbank overweegt ten aanzien daarvan dat er vooralsnog geen aanleiding is aan te nemen dat deze eiser gelijk heeft. Het is niet duidelijk waar het woord 'vooralsnog' op slaat, maar het zou kunnen dat de rechtbank daarmee heeft willen aangeven dat er op dit punt onzeker-

heid bestaat waaromtrent de Afdeling bestuursrechtspraak nog geen oordeel heeft geveld. De bedoelde onzekerheid betreft de reikwijdte van art. 9f lid 2 Elektriciteitswet 1998 (hierna: Ew). In deze bepaling wordt aangegeven dat het college van gedeputeerde staten de in art. 9f lid 1 Ew bedoelde besluiten neemt met uitsluiting van het in eerste aanleg bevoegde bestuursorgaan, tenzij dit een bestuursorgaan van de Rijksoverheid is. Lid 1 van art. 9f Ew heeft betrekking op de besluiten aangewezen op grond van art. 9d lid 1 Ew ten behoeve van de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie als bedoeld in art. 9e lid 1 Ew. Tot de aangewezen besluiten behoort onder meer de omgevingsvergunning ter zake van de activiteiten als bedoeld in art. 2 lid 1 onder a-c Wabo (daarop ziet de in casu verleende omgevingsvergunning), aldus volgt uit art. 19d lid 1 Ew jo. art. 1 Uitvoeringsbesluit Rijkcoördinatie-regeling energie-infrastructuurprojecten. Vraag is hoe de verwijzing in art. 9f lid 1 Ew naar art. 9e lid 1 Ew moet worden geïnterpreteerd. In laatstgenoemd artikellid wordt aangegeven dat het college van provinciale staten bevoegd is voor de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5 maar niet meer dan 100 MW gronden aan te wijzen en daarvoor een provinciaal inpassingsplan vast te stellen. Is er op grond van art. 9f lid 2 Ew reeds sprake van een verschuiving van de besluitvormingsbevoegdheid naar het college van gedeputeerde staten indien er sprake is van een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5 maar niet meer dan 100 MW of is daarvoor tevens vereist dat er voor die productie-installatie ook een provinciaal inpassingsplan is vastgesteld? De parlementaire geschiedenis bij de ingevolge de Crisis- en herstelwet in de Ew opgenomen bepalingen geeft hierop geen duidelijk antwoord. Maar het lijkt mij verdedigbaar dat het college van gedeputeerde staten het in beginsel bevoegde gezag is ten aanzien van een omgevingsvergunning voor een productie-installatie (die kan bestaan uit meerdere windturbines) met een capaciteit tussen de 5 en de 100 MW. Daartoe zij onder meer gewezen op de wijze waarop de Afdeling categorie 1.1 bijlage I Chw uitlegt. Deze bepaling luidt als volgt:

“de aanleg of uitbreiding van productie-installaties voor de opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie als bedoeld in art. 9b, eerste lid, aanhef en onderdelen a en b, en art. 9e van de Elektriciteitswet 1998.”

De Afdeling heeft aangegeven dat de verwijzing naar art. 9e Chw betrekking heeft op een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5, maar niet meer dan 100 Mw. De verwijzing impliceert niet dat er ook een provinciaal inpassingsplan voor die installatie moet zijn vastgesteld. Zie onder meer ABRvS 14 december 2011, nr. 201107137/1/H1 en ABRvS 26 oktober 2011, nr. 201105225/1/H1. Onder referte naar deze laatste uitspraak concludeert

de rechtbank dat nu de twee aan de orde zijnde windturbines een gezamenlijk vermogen van 6 Mw hebben, er sprake is van een productie-installatie als bedoeld in categorie 1.1 bijlage I Chw. De Chw is volgens de rechtbank dan ook van toepassing. Vanwege de redactioneel gelijke opzet van categorie 1.1 bijlage 1 Chw en art. 19f lid 1 Ew, lijkt het mij voor de hand te liggen dat beide bepalingen gelijk door de Afdeling worden uitgelegd en dat in de onderhavige casus niet het college van burgemeester en wethouders, maar het college van gedeputeerde staten bevoegd was om op de aanvraag om omgevingsvergunning te beslissen. Twijfel dienaangaande bestaat echter wel, aangezien de Afdeling in voorkomende zaken waarin zij heeft geoordeeld dat de Chw van toepassing is nu de besluitvorming ziet op een productie-installatie voor de winning van windenergie met een capaciteit tussen de 5 en de 100 MW, niet tevens ambtshalve oordeelde dat in die zaken niet het college van burgemeester en wethouders, maar het college van gedeputeerde staten het bevoegde gezag was. Een ambtshalve toetsing zou in de reden liggen aangezien het een bevoegdheidsaspect betreft.

M.A.A. Soppe

## 43

Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2012, nr. 20-000330-11  
(Mrs. Harmsen, Van der Meijde, De Roos)  
m.nt. E.J. van Ham

LJN BY5302

### Milieustrafzaak, formele rechtskracht.

*In het arrest betreft het hof het bestuursrechtelijke leerstuk van de formele rechtskracht in de onderhavige (milieu)strafzaak. In de noot zal nader worden ingegaan op dit leerstuk in relatie tot het (milieu)strafrecht.*

Arrest van de economische kamer van het gerechtshof 's-Hertogenbosch gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de economische politierechter in de rechtbank 's-Hertogenbosch van 27 januari 2011 in de strafzaak met parketnummer 01-995394-09 tegen: [verdachte maatschap] (...).

### Hoger beroep

Bij vonnis waarvan beroep is de verdachte ter zake van – kort gezegd – overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 19 van de Meststoffenwet, opzettelijk begaan door een rechtspersoon, veroordeeld tot een geldboete van € 60.000,00 waarvan € 30.000,00 voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

De verdachte heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.