=VERTROUWELIJK=
CONCEPT/IN BEWERKING 11-01-2022
Werkdocument ter bespreking/voor intern beraad;
Uitsluitend bestemd voor (gem. Sittard-Geleen);
Niet te verstrekken aan interne en/of externe derden
zonder toestemming van Paulussen Advocaten NV

PAULUSSEN ADVOCATEN

NOTITIE

DOSSIERNAAM:	**Sittard-Geleen / Windmolenpark**
DOSSIERNUMMER:	**28.463/21**
CONTACTPERSOON:	**(Gemeente Sittard-Geleen)**
NOTITIE DOOR:	**(Paulussen Advocaten)**
DATUM:	**12 januari 2022**
BETREFT:	**Windmolenpark Holtum-Noord**

I. Conclusie / managementsamenvatting

Hierbij gaan onze bevindingen en voorlopige conclusies op hoofdlijnen. De inhoud hiervan is ook al grotendeels en ook uitgebreider met u besproken, maar zoals door u verzocht ontvangt u deze ook nog beperkter op schrift. Deze zijn, zoals ook eerder al in ons overleg aan de orde kwam, eigenlijk in grote lijnen overeenkomend met de ook al bij uzelf gerezen gedachten.

Het uitstellen van eventueel benodigde (nadere) besluitvorming (waarvan bij de bestuursrechtelijke behandeling van het dossier nu als meest waarschijnlijke scenario wordt uitgegaan en wat wij voorshands ook niet onbegrijpelijk achten), hetgeen ook de uitvoering van de motie met zich lijkt te brengen, brengt ons inziens aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico's met zich mee. Uit de bespreking van 20 december 2021 kwam naar voren dat de Gemeente in principe al over een milieubeoordeling / -normen beschikt, die zij, al dan niet na een aanpassing, kan toepassen, zodat niet op het Rijk gewacht hoeft te worden. Door toch 'stil te zitten' en af te wachten op het Rijk wordt de besluitvorming potentieel onnodig vertraagd, hetgeen een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt.

Dit aansprakelijkheidsrisico doet zich met name voor als de onnodige vertraging tevens valt aan te merken als maatschappelijk onzorgvuldig, omdat de onnodige vertraging in dat geval volgens de rechtspraak ook kwalificeert als onrechtmatig. De factoren die bepalen of sprake is van maatschappelijke onzorgvuldigheid zijn de mate van overschrijding van de beslistermijn, de oorzaak van de overschrijding en de kenbare belangen van belanghebbenden. Ten aanzien van de weging van deze factoren zien wij in dit geval nog wel discussieruimte. Bijvoorbeeld is wat betreft de oorzaak van belang dat u in ons gesprek heeft aangegeven dat het college mogelijk veel sneller eigen normen zou kunnen vaststellen (en zelfs al heeft voorbereid) dan het Rijk en in zoverre dus ook sprake is van een keuze aan u kant. Daarnaast geldt wat betreft de kenbaarheid van de belangen van de belanghebbenden, dat het belang van ENGIE bij een snelle besluitvorming (naast het zo snel mogelijk verkrijgen van duidelijkheid) is gelegen in het verkrijgen van een subsidie, welk belang ook bij u bekend is. Daarop gelet is er bij 'stilzitten', met name nu er een keuze is, een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico. Echter, met name in het scenario dat u wel voortgang maakt, sluiten wij niet uit dat een schadeclaim door de rechter zal worden afgewezen. In dat geval kunt u in ieder geval beargumenteren dat u in redelijkheid er alles aan hebt gedaan om tot een spoedige / tijdige (nadere) besluitvorming te komen.

Wanneer wordt geoordeeld dat de Gemeente geen eigen milieubeoordeling / -normen (binnen een kortere tijd dan het Rijk) kan vaststellen, geldt dat het besluit tot het verlenen van de omgevingsvergunning waarschijnlijk wordt vernietigd. Daarmee komt dan in rechte vast te staan dat het besluit onrechtmatig is, zodat ook reeds daaruit een aansprakelijkheid kan voortvloeien. Het aansprakelijkheidsrisico wegens een vernietiging van het besluit speelt met name een rol op het moment dat er nog geen herstelbesluit is genomen. Als er wel een herstelbesluit zou zijn, dan wordt weliswaar het oorspronkelijke besluit vernietigd, maar kan het nieuwe besluit (onder de juiste omstandigheden) overeind blijven. Dan is er per saldo (omdat er dan geen periode is waarin ENGIE niet over een omgevingsvergunning beschikte) niet snel sprake van schade, of in mindere mate.

Daarnaast is het maar de vraag of het college de ruimte heeft om te kiezen voor 'stilzitten' in alle gevallen. Het is immers mogelijk dat het verdere verloop van de bestuursrechtelijke procedure dit niet zonder meer mogelijk maakt. Bijvoorbeeld zou de bestuursrechter het college kunnen opdragen een nieuw besluit te nemen binnen een bepaalde termijn of zou ENGIE een nieuwe aanvraag kunnen indienen, waardoor het college gehouden is hierop te reageren binnen de wettelijke beslistermijnen. Doet het college dat niet, dan loopt zij het risico (na ingebrekestelling en/of een vordering daartoe in een beroep niet tijdig beslissen) dwangsommen te verbeuren, daargelaten het aansprakelijkheidsrisico (ter zake het 'stilzitten'/vertraagd beslissen).

II. Inleiding

Bij de gemeente Sittard-Geleen (hierna: "de Gemeente") speelt op dit moment het dossier Windmolenpark Holtum-Noord, waarbij de Gemeente zich met een aantal vragen tot ons heeft gewend. Het dossier gaat samengevat om het volgende.

Op 26 maart 2018 hebben de provincie Limburg (hierna: "de Provincie"), de Gemeente en de besloten vennootschap ENGIE Energie Nederland Windenergie Holding BV een intentieovereenkomst gesloten. Onderwerp van die intentieovereenkomst was – kort gezegd – het realiseren van een windmolenpark met een vermogen van ten minste 95,5 MW op het industrieterrein Holtum Noord.

Op 23 januari 2020 heeft Windpark Holtum-Noord BV[1] bij de Gemeente een aanvraag om een omgevingsvergunning, een melding ingevolge het Activiteitenbesluit milieubeheer en een aanvraag omgevingsvergunning beperkte milieutoets ingediend voor het aanleggen en de exploitatie van een drietal windturbines in het grondgebied van de Gemeente. De aanvraag is via de uitgebreide voorbereidingsprocedure behandeld. Op 19 mei 2020 heeft de Gemeente bekend gemaakt dat zij voornemens is om de verzochte vergunning te verlenen. Daartegen zijn binnen de gestelde termijn van zes weken diverse zienswijzen ingediend. De zienswijzen zijn opgenomen en beantwoord in de Nota van beantwoording zienswijzen omgevingsvergunning voor het project "aanleggen en exploitatie van een drietal windturbines in de gemeente Sittard-Geleen" op het Industrieterrein Holtum-Noord.[2] De zienswijzen zijn deels gegrond verklaard en hebben ertoe geleid dat de Gemeente aan de vergunning bepaalde voorschriften heeft verbonden. De vergunninghouder moet de keuze voor het type windturbine aan de Gemeente ter goedkeuring voorleggen en de windturbines moeten zijn voorzien van een toereikend ijsdetectiesysteem. De zienswijzen hebben dus niet geleid tot een afwijzing van de vergunning. De omgevingsvergunning is op 15 oktober 2020 verleend.

Tegen de vergunningverlening zijn rechtsmaatregelen aangewend. De vergunning ligt thans in beroep ter toetsing voor aan de rechtbank Limburg en staat voor het plannen van een mondelinge behandeling. Partijen hebben hiervoor verhinderdata in de periode van maart tot en met mei 2022 moeten opgeven. De Gemeente wordt in dit bestuursrechtelijke traject bijgestaan door Soppe Gundelach Advocaten. Wij hebben de adviezen van Soppe Gundelach aan de Gemeente van 8 en 22 november 2021 als achtergrondinformatie van de Gemeente ontvangen, maar wij zullen niet treden in de (her)beoordeling van de door Soppe Gundelach afgegeven adviezen.

Op 30 juni 2021 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: "de Afdeling") een uitspraak gewezen met betrekking tot het windpark Delfzijl.[3] Uit die uitspraak volgt dat de winturbinebepalingen van het Activiteitenbesluit milieubeheer en de Activiteitenregeling milieubeheer ten onrechte niet vooraf zijn gegaan door een milieubeoordeling. De Afdeling heeft de windturbinebepalingen buiten toepassing verklaard, zodat aan de besluitvorming inzake een vergunning, die is gebaseerd op het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling, een motiverings- en/of zorgvuldigheidsgebrek kleeft.[4]

[1] ENGIE Energie Nederland Windenergie Holding BV is bestuurder en enig aandeelhouder van Windpark Holtum-Noord BV. In deze memo worden partijen kortweg – zowel gezamenlijk als ieder afzonderlijk – aangeduid als "ENGIE".
[2] Terzijde, in de vergunningaanvraag worden de locaties aangeduid met: Industrieweg ongenummerd, Halve Maanweg ongenummerd en Trierveldweg ongenummerd te Born, kadastraal bekend als BOR00 H 00986, BOR00.H 01326 en BOR00 H 01553. De kadastrale adressen, die zijn ingevuld door de aanvrager in het aanvraagformulier komen niet overeen met de RD coördinaten. De RD coördinaten zijn voor WT 1 X: 184647, Y:340301, voor WT 2 X: 184656, Y 340784 en voor WT 3 X:184847, Y:341300 in Born.
[3] RvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.
[4] Zie voor een nadere uitwerking hiervan ook het advies van Soppe Gundelach van 8 november 2021.

In de besluitvorming rondom de vergunningverlening van Windmolenpark Holtum-Noord is ook rekening gehouden met het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. Het is dus mogelijk dat gezien de Delfzijluitspraak, de rechtbank Limburg tot de conclusie komt dat aan de vergunning eveneens een motiverings- en/of zorgvuldigheidsgebrek kleeft. Soppe Gundelach Advocaten heeft in twee adviezen van respectievelijk 8 en 22 november 2021 de Gemeente geadviseerd omtrent dit dilemma. Die adviezen heeft de Gemeente ons ter hand gesteld en deze komen ons niet onbegrijpelijk voor.

Soppe Gundelach Advocaten heeft in de adviezen de mogelijkheid uiteengezet dat de Gemeente een herstelbesluit kan nemen, om daarmee de gebreken die eventueel aan de besluitvorming zouden kunnen kleven, te herstellen. In de kern komt dit neer op het uitvoeren van een milieubeoordeling op basis waarvan (naar verwachting) opnieuw kan worden besloten dat geen milieueffectrapport hoeft te worden opgesteld.

In de gemeenteraadsvergadering van 10/11 november 2021 is een motie aangenomen, waarin de gemeenteraad aan het college van burgemeesters en wethouders (hierna: "het college") heeft verzocht om "*geen eigen normering na te streven maar de landelijke normering af te wachten*". De motie wordt thans binnen de gemeentelijke organisatie (inclusief het college) zodanig ruim geïnterpreteerd dat het college (ook) geen herstelbesluit kan nemen in de onderhavige kwestie zonder in strijd met de motie te handelen. Misschien is er nog wel enige discussie mogelijk over die interpretatie, maar in deze memo wordt uitgegaan van die ruime interpretatie, in die zin dat ervan wordt uitgegaan dat de motie ook reeds ziet op enig (herstel)besluit met betrekking tot het Windmolenpark Holtum-Noord.[5]

III. Problematiek / Vraagstelling

U ziet zich thans gesteld voor de vraag hoe nu verder om te gaan met deze situatie. Bij die afweging speelt de vraag naar een mogelijk aansprakelijkheidsrisico een rol. In dat kader zijn een zevental vragen aan ons gesteld.[6] Naar aanleiding daarvan heeft op 20 december 2021 een overleg plaatsgevonden tussen van de zijde van de Gemeente en ons. In dat overleg is nader ingegaan op de vraagstelling en is de vraagstelling verder toegespitst. In de kern vraagt u (mede ten behoeve van het college) zich af of de Gemeente een aansprakelijkheidsrisico loopt wanneer het college de motie volgt. Gezien de vele mogelijke wendingen zullen uw vragen door ons als leidraad worden genomen, maar wij zullen niet tot in elk detail ingaan op de beantwoording en alle eventuele scenario's en wendingen die denkbaar zijn, maar hier volstaan met een beantwoording van de kernvraag in hoofdlijnen. Een en ander in overleg met u, zoals besproken tijdens onze bijeenkomst van 20 december 2021.[7]

In ons overleg is door ons ook aangegeven dat het college mogelijkerwijs niet de vrije keuze heeft of zij de motie volgt. Immers, het college kan door een beslissing van de rechtbank (vernietiging van het besluit) of door acties van de wederpartij (nieuwe aanvragen) worden genoodzaakt te ageren. Doet zij dit niet, dan handelt zij in strijd met een rechterlijke uitspraak of haar wettelijke verplichtingen met alle gevolgen van dien.[8] Op dit punt wordt in het navolgende nader ingegaan.

---

[5] In de motie wordt gesproken over "nieuwe" besluiten, zodat het mogelijk is te beredeneren dat een herstelbesluit (dat ziet op ondergeschikte onderdelen) niet onder die motie valt. Zoals gezegd wordt in dit memo uitgegaan van de ruimte interpretatie van de Gemeente, zoals die kenbaar is gemaakt in ons overleg van 20 december 2021. Zoals uit de hoofdtekst blijkt is deze interpretatie zeer waarschijnlijk de juiste.

[6] Zie de e-mail van van 1 december 2021, 15:31 uur.

[7] Daarbij speelt ook mee dat beantwoording van alle vragen tot een voor in dit stadium onnodig omvangrijk en complex document zou leiden, zonder dat daarbij onder de streep 'zwart-wit' conclusies kunnen worden getrokken. Dit komt mede doordat er nu nog allerlei ongewisheden zijn, die mede afhankelijk zijn van de gedragingen van derden. Zo is het bijvoorbeeld nog maar de vraag of en op basis van welke grondslagen en onderbouwingen ENGIE hier tot een aansprakelijkheidsstelling gaat komen.

[8] In het algemeen kan trouwens de vraag zijn of en in welke mate het aansprakelijkheidsrisico een (prominente) rol mag spelen bij de besluitvorming van de Gemeente. Immers, de Gemeente moet zich bij haar besluitvorming laten leiden door haar taak tot het behartigen van het algemeen belang en daarbij alle omstandigheden betrekken met inachtneming van de wet- en regelgeving. Wellicht dat in 'twijfelgevallen' eerder ruimte kan worden gezien om dit aansprakelijkheidsaspect te laten meewegen, omdat het ook zo is dat bij de hier bedoelde publieke taakuitoefening ook past dat zorgvuldig / voorzichtig wordt omgegaan met de publieke middelen.

IV. Aansprakelijkheid voor een appellabel besluit

Een overheidsorgaan kan aansprakelijk zijn voor de schade die burgers lijden ten gevolge van een onrechtmatige overheidsdaad. Daarbij moet dan wel zijn voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW: onrechtmatigheid, causaal verband en schade.[9]

Onrechtmatigheid

De onrechtmatigheid van een appellabel besluit staat in beginsel vast na herroeping, intrekking of vernietiging van het besluit. Met de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter is de fout van het bestuursorgaan (de toerekenbare onrechtmatige daad) gegeven, terwijl het bij intrekking of herroeping door het bestuursorgaan afhangt van de reden van de intrekking of herroeping. Wanneer het bestuursorgaan bij de intrekking of herroeping (impliciet of expliciet) de onrechtmatigheid van het besluit erkent, dan is de toerekenbare onrechtmatige daad daarmee eveneens gegeven.[10]

Aangezien de omgevingsvergunning thans ter beoordeling voorligt aan de bestuursrechter, is het mogelijk dat de omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd.[11] Daarnaast is het mogelijk dat het college het besluit herroept of intrekt en een nieuw besluit (of herstelbesluit) neemt.

Schade

In dit geval kan ENGIE op de volgende manieren schade lijden door de vernietiging, herroeping of intrekking van de omgevingsvergunning:

- ENGIE had een vergunning en heeft die daarna niet meer (nieuw, rechtmatig besluit wijst vergunning af), terwijl ENGIE wel al geanticipeerd heeft op de vergunning;
- ENGIE had een vergunning en krijgt geruime tijd later op basis van een nieuw, rechtmatig besluit wederom een vergunning, maar lijdt desondanks schade (misgelopen subsidie, gederfde omzet, vertragingsschade);
- ENGIE maakt kosten voor rechtsbijstand / deskundigenkosten en dergelijke.

Voor wat betreft de schade wordt onderscheid gemaakt tussen twee typen schade, namelijk directe schade, die wordt veroorzaakt door het rechtsgevolg van het besluit, en andere schade (ook wel dispositieschade). Dispositieschade is schade die ongeacht het nieuwe, rechtmatige besluit blijft bestaan, zoals de kosten voor rechtsbijstand die de benadeelde heeft gemaakt. Dispositieschade kan ook ontstaan doordat de aanvrager reeds heeft geanticipeerd op de verleende vergunning, die later wordt vernietigd, ingetrokken of herroepen.[12] Dispositieschade moet het bestuursorgaan op grond van het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 Awb) in haar besluitvorming voor het nieuwe besluit betrekken.[13]

Causaal verband

In de rechtspraak worden twee gevallen onderscheiden die relevant zijn voor het causaal verband, namelijk (i) het geval waarin het bestuursorgaan geen nieuw besluit hoeft te nemen, maar dat eventueel wel doet en (ii) het geval waarin het bestuursorgaan na een vernietiging, intrekking of herroeping van een onrechtmatig besluit opnieuw in de zaak moet voorzien door het nemen van een nieuw besluit.

Ad i. Geen nieuw besluit vereist
Is geen nieuw besluit vereist dan wordt het causale verband bepaald door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich heeft voorgedaan en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als het

[9] Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/19.2.
[10] HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *AB* 2017/407, m.nt. C.N.J. Kortmann.
[11] Hierbij zijn verschillende scenario's mogelijk, zoals het toepassen van de bestuurlijke lus, waarbij het college de kans krijgt de gebreken te herstellen of vernietiging met in stand laten van de rechtsgevolgen of het zelf voorzien in de zaak door de bestuursrechter. Dat laatste is niet zeer waarschijnlijk, omdat de bestuursrechter dan zelf een milieubeoordeling en/of -normen zou moeten gaan opstellen. Wanneer de bestuurlijke lus wordt toegepast of de rechter het besluit vernietigd (al dan niet met een expliciete opdracht aan het bestuursorgaan), moet het bestuursorgaan een nieuw besluit nemen. Over het nemen van dit besluit binnen de voorgeschreven termijnen wordt hierna ingegaan onder V. Zie ook hierna de uitwerkingen met betrekking tot het causaal verband.
[12] HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18, *AB* 2017/407, m.nt. C.N.J. Kortmann.
[13] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

bestuursorgaan niet onrechtmatig zou hebben gehandeld. Dit is het conditio sine qua non-verband als bedoeld in artikel 6:162 lid 1 BW. Het is aan de benadeelde te stellen en zo nodig te bewijzen dat wanneer het bestuursorgaan in plaats van het onrechtmatige besluit een rechtmatig besluit (of geen besluit) zou hebben genomen, hij de schade niet zou hebben geleden. Het bestuursorgaan kan hiertegen tegenbewijs leveren, door te bewijzen dat bij een rechtmatig besluit of het uitblijven van een besluit de schade alsnog zou zijn ontstaan.

Aangezien in het geval van Windmolenpark Holtum-Noord sprake is van een beschikking op aanvraag, moet het bestuursorgaan na vernietiging, herroeping of intrekking opnieuw op de aanvraag beslissen. Dit eerste scenario is hier dus niet aan de orde, zodat hier niet nader op wordt ingegaan.

Ad ii. Wel een nieuw besluit vereist
Na vernietiging, intrekking of herroeping van besluiten op aanvragen moet het bestuursorgaan doorgaans een nieuw besluit nemen, zo ook hier.[14] Wanneer het bestuursorgaan gehouden is een nieuw besluit te nemen, hangt het van het nieuwe besluit af of het eerdere, onrechtmatige besluit tot schade heeft geleid. In het volgende worden dienaangaande twee mogelijkheden besproken (namelijk ENGIE krijgt *geen* vergunning en ENGIE krijgt *wel* een vergunning), waarbij steeds van de onrechtmatigheid van het eerdere besluit wordt uitgegaan. Als het eerdere besluit niet onrechtmatig is, is er ook geen reden om aansprakelijkheid aan te nemen en in dat geval speelt in feite het hele aansprakelijkheidsrisico geen rol in de afwegingen.[15]

ENGIE had een vergunning en heeft die daarna niet meer
Hier gaat het om de vernietiging, intrekking of herroeping van het onrechtmatige besluit, waarbij een nieuw, rechtmatig besluit wordt genomen tot afwijzing van de vergunning. Het is hierbij niet van belang of het besluit door de bestuursrechter wordt vernietigd of door het bestuursorgaan wordt ingetrokken of herroepen wegens de onrechtmatigheid daarvan. Beide gevallen hebben tot gevolg dat ENGIE aanspraak kan maken op dispositieschade, voor zover ENGIE al investeringen en dergelijken heeft gedaan met betrekking tot de vergunning en gerechtvaardigd op de rechtmatigheid van de vergunning mocht vertrouwen.[16] Het gaat hierbij dan dus om onrechtmatige overheidsdaad op grond van het schenden van het vertrouwensbeginsel en niet zozeer vanwege het onrechtmatige besluit. In dit geval kan het bestuursorgaan de onrechtmatigheid aan haar handelen ontnemen door in het nieuwe besluit ook meteen een compensatie toe te kennen voor het feit dat het vertrouwen niet kan worden gehonoreerd. De niet-nakoming van het vertrouwen wordt hierdoor dus rechtmatig.[17] In dat geval wordt de compensatie ook getoetst door de bestuursrechter als onderdeel van de rechtmatigheidstoets van het besluit.[18]

ENGIE had een vergunning en verkrijgt die daarna ook weer
Degene die op zijn aanvraag een begunstigend besluit, zoals een vergunning, verkrijgt, mag ervan uit gaan dat dit besluit overeenkomstig de wet is genomen en dus niet wegens een rechtmatigheidsgebrek wordt vernietigd.[19] Wordt het begunstigende besluit door de bestuursrechter (onherroepelijk) vernietigd of door het bestuursorgaan ingetrokken of herroepen wegens de onrechtmatigheid daarvan, dan kan de aanvrager daarom op grond van onrechtmatige daad aanspraak maken op vergoeding van de schade die hij daardoor lijdt, mits het bestuursorgaan ook een begunstigend besluit zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist. Dat laatste zal in principe kunnen worden aangenomen op het moment dat het bestuursorgaan, wanneer het na de vernietiging opnieuw beslist, wederom een begunstigend besluit neemt en dat besluit (al dan niet na bezwaar en beroep) onherroepelijk wordt.[20] Het is dus niet beslissend of het college de vergunning

[14] Behoudens het geval dat de bestuursrechter bijvoorbeeld zelf in de zaak zou voorzien. Dit ligt hier niet erg voor de hand, zie elders in deze memo.
[15] Dit is ook van belang voor de in de vraagstelling geopperde mogelijkheid dat bijvoorbeeld Katoennatie de Gemeente aansprakelijk zou stellen. Als er geen sprake is van een onrechtmatig besluit, is er per definitie in de besluitvorming geen grondslag voor aansprakelijkheid te zien. De mogelijkheid om een schadeclaim in te dienen op grond van een rechtmatig besluit (nadeelcompensatie) gaat de scope van deze memo te buiten.
[16] Die schade wordt dan toegekend op basis van het vertrouwensbeginsel: is sprake van een ondubbelzinnige toezegging, die aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend, en heeft de aanvrager gerechtvaardigd op die toezegging vertrouwd en daarop geanticipeerd, bijvoorbeeld door al investeringen te doen? Zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.
[17] S.A.L. van de Sande, Het vertrouwensbeginsel en schadevergoeding, *O&A* 2019/44.
[18] A.T. Marseille en K.J. de Graaf, Herijking van het vertrouwensbeginsel? Over paardenbakken en dakterrassen, *Ars Aequi* 2019/0999.
[19] HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112 *RvdW* 2016/749
[20] RvS 3 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1112, *AB* 2017/232, m.nt. L. Di Bella. Mogelijkerwijs is dit ook het geval wanneer de bestuursrechter het besluit vernietigd, maar de rechtsgevolgen in stand laat.

rechtmatig had kunnen weigeren, maar welk besluit het college zou hebben genomen indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist.

Gelet op de nationale en lokale doelstellingen, zoals onder andere neergelegd in het Klimaatakkoord van Parijs, het Provinciaal Omgevingsplan Limburg, de Omgevingsvisie Sittard-Geleen en het Duurzaamheidsplan Sittard-Geleen ligt het voor de hand dat het college, wanneer het overeenkomstig de wet zou hebben beslist en een milieubeoordeling zou hebben opgemaakt, eveneens een omgevingsvergunning zou hebben verleend, mits dit uiteraard mogelijk is binnen de wettelijke kaders.[21]

Voor het geval dat ENGIE subsidies misloopt en er sprake is van gederfde omzet door het vertraagde besluit, geldt dat ENGIE dus schade lijdt wegens het door het bestuursorgaan genomen onrechtmatige besluit. Als het bestuursorgaan geen fout had gemaakt, maar meteen overeenkomstig de wet de vergunning had verleend, had ENGIE de gevorderde schade niet geleden (wel subsidie verkregen, al eerder omzet gemaakt). ENGIE dient de schade en het causaal verband dan wel aan te tonen.[22]

V. Overige gevolgen termijnoverschrijding

<u>Overschrijding redelijke termijn (gefixeerde schadevergoeding o.b.v. EVRM)</u>

Op grond van artikel 4:13 lid 1 Awb is het college verplicht om binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn op de aanvraag te beslissen. De omgevingsvergunning voor het Windmolenpark Holtum-Noord is voorbereid via de uitgebreide procedure, zodat binnen zes maanden na ontvangst van de aanvraag daarop beslist moet zijn. Bij intrekking, herroeping of vernietiging herleeft de aanvraag en is het bestuursorgaan dus wederom aan zet om binnen de wettelijke of door de bestuursrechter gestelde termijn op de aanvraag te beslissen. Laat het bestuursorgaan dit na, dan loopt het een risico op een vordering tot schadevergoeding, verbeurte van een dwangsom, kan de aanvrager beroep wegens niet tijdig beslissen instellen bij de bestuursrechter of kan de beschikking in bepaalde gevallen van rechtswege zijn verleend.

Wanneer een bestuursorgaan niet binnen een redelijke termijn een besluit neemt, kan de aanvrager enerzijds een immateriële schadevergoeding krijgen wegens het enkele overschrijden van die termijn en anderzijds, indien sprake is van bijkomende omstandigheden, een vergoeding van de daadwerkelijk geleden (materiële) schade. Deze immateriële schadevergoeding is gebaseerd op artikel 6 EVRM en gefixeerd op € 500,00 per half jaar van overschrijding van de redelijke termijn. De redelijke termijn voor de afdoening van bestuursrechtelijke geschillen, die bestaan uit een bezwaarprocedure en twee gerechtelijke instanties, is vastgezet op vier jaar. De termijn begint te lopen op het moment dat het bestuursorgaan het bezwaarschrift ontvangt.[23] Procedures die slechts een instantie kennen (zoals de uov, waar rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld) kennen een redelijke termijn van twee jaar.[24] Als de redelijke termijn is overschreden bestaat recht op schadevergoeding ter hoogte van € 500,- per half jaar dat de redelijke termijn is overschreden. Voor het deel van de overschrijding dat kan worden toegerekend aan het bestuursorgaan, dient het bestuursorgaan de schadevergoeding te betalen. Voor het deel van de overschrijding dat is veroorzaakt door een gerechtelijke instantie dient de Staat de schadevergoeding te betalen. Wanneer in een gerechtelijke procedure de bestuurlijke lus wordt toegepast, wordt het overschrijden van de redelijke termijn volledig aan het bestuursorgaan toegerekend, tenzij de bestuursrechten niet binnen één jaar uitspraak doet nadat het bestuursorgaan te kennen heeft gegeven hoe de

[21] Hier speelt ook de intentieovereenkomst een rol, welke niet los kan worden gezien van het bestuursrechtelijke traject (dat door Soppe Gundelach wordt begeleid). Aan de (inspannings)verbintenis uit de intentieovereenkomst is opvolging gegeven doordat de vergunning is verleend. Ons inziens is er dan ook geen sprake van een tekortkoming ten aanzien van de intentieovereenkomst, voor zover die intentieovereenkomst thans nog zou doorwerken (nu de in de overeenkomst zelf genoemde looptijd is verstreken en ook aan de in de overeenkomst opgenomen inspanningsverbintenis is voldaan). Dit neemt niet weg dat deze overeenkomst wel een rol speelt bij de vraag wat partijen over en weer van elkaar mogen verwachten, in die zin dat deze overeenkomst één factor is die bijdraagt aan het bij ENGIE opgewekte vertrouwen dat een omgevingsvergunning zal worden verleend. Als wij het goed zien is dit ook een van de punten die reeds eerder door jullie zelf op vergelijkbare wijze zijn beoordeeld en kunnen wij in die zin dus jullie lijn bevestigen.

[22] Een aanvullende opmerking (nuancering) is nog dat het relativiteitsvereiste, naast onrechtmatigheid, causaal verband en schade een rol speelt om aansprakelijkheid aan te nemen. Voor zover hier relevant komt dit – samengevat – erop neer dat enkel degene wiens belangen rechtstreeks betrokken zijn bij de onrechtmatige besluitvorming een beroep kunnen doen op vergoeding van dientengevolge geleden schade. Het is hier nog maar de vraag of dit in voorkomend geval aan ENGIE en/of anderen, zoals Katoennatie, kan worden tegengeworpen.

[23] RvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.

[24] RvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:246.

gebreken zijn hersteld.[25]

Gevolgschade / Vertragingsschade

Daarnaast loopt de Gemeente het risico om aansprakelijk te worden gesteld wegens door de belanghebbende geleden materiële schade. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een bestuursorgaan mogelijk aansprakelijk kan zijn voor schade, die is ontstaan door het te laat nemen van een besluit. Daarvoor is echter meer nodig dan enkel het overschrijden van de wettelijke beslistermijn. Immers, de wettelijke beslistermijnen strekken in de eerste plaats ertoe om het bestuursorgaan met voortvarendheid te laten beslissen, en voor betrokkenen duidelijkheid te scheppen op welke termijn de beslissing is te verwachten. De wettelijke beslistermijnen beogen niet zonder meer om ook te beschermen tegen mogelijke schade die voor een belanghebbende kan ontstaan bij uitblijven van de beslissing binnen die termijn.[26] Vereist zijn bijkomende omstandigheden die maken dat de Gemeente tevens in strijd handelt met de maatschappelijke zorgvuldigheid die zij tegenover de belanghebbende in acht moet nemen.[27] Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden. [28] Vorderingen tot vergoeding van materiële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn worden niet snel toegekend.[29]

Uit de rechtspraak volgt dat wanneer een termijnoverschrijding is gelegen in externe factoren, zoals het afwachten van een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie, niet tot aansprakelijkheid leidt.[30] Men zou dus a contrario kunnen beargumenteren dat wanneer het bestuursorgaan het wel in de hand heeft om de termijn na te leven, het onrechtmatig is wanneer het bestuursorgaan dit niet doet. Voor aansprakelijkheid voor de geleden schade moet dan uiteraard ook voldaan zijn aan de overige vereisten zoals causaal verband en het relativiteitsvereiste. Met betrekking tot dit punt heeft het Hof 's-Hertogenbosch op 26 juni 2018 een uitspraak gewezen in een enigszins vergelijkbare zaak. Het ging in die zaak om de aanvraag voor een bouwvergunning voor windmolens, waarop door het college niet tijdig was beslist. De bouwvergunning was van rechtswege verleend, maar de aanvrager stelde dat die vergunning onvoldoende was voor het aanvragen van bepaalde subsidies en dat zij daardoor schade leed. Het hof oordeelde dienaangaande als volgt:

> *"De Gemeente heeft in dit verband naar het oordeel van het hof terecht aangevoerd dat [de vennootschap] een aantal hypothetische belemmeringen voor het reeds eind 2003 althans vóór augustus 2006 kunnen starten en daarna kunnen uitvoeren van de werkzaamheden heeft vermeld, zonder dat daarbij voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hierbij gaat om daadwerkelijke feitelijke belemmeringen die zijn terug te voeren op het karakter van de verleende bouwvergunning en de wijze waarop deze (namelijk van rechtswege) tot stand is gekomen. Alles bij elkaar kan op grond van hetgeen [de vennootschap] heeft aangevoerd niet worden gezegd dat [betrokkene] (via [perceeleigenaar]) destijds niet beschikte over een 'goed bruikbare beschikking' en dat de Gemeente om die reden tegenover [de vennootschap] c.s. in de in deze relevante periode heeft gehandeld in strijd met de in het maatschappelijk verkeer jegens hen in acht te nemen zorgvuldigheid."*[31]

De vordering tot schadevergoeding werd dus afgewezen, omdat de aanvrager reeds over een bruikbare vergunning beschikte en dat feit werd betrokken in de beoordeling of de gemeente onzorgvuldig had gehandeld.

---

[25] RvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:246.
[26] HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579.
[27] HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:339, *BR* 2021/53 m.nt. E.W.J. de Groot & R.M.F. Martines waarin wordt verwezen naar HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7040.
[28] HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/6, m.nt. Mok waarin het overschrijven van de termijn met 29 weken zonder opgave van redenen werd aangemerkt als een bijzondere omstandigheid. In de bezwaarfase geldt tevens dat de wettelijke beslistermijnen ook dienen ter bescherming van de belangen van andere belanghebbenden dan de bezwaarmakers. Analoge toepassing hiervan voor de fase na terugverwijzing door de rechtbank kan leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeente jegens meer partijen dan (enkel) ENGIE. Zie ook HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1454, *NJ* 2016, 326 waarin werd geoordeeld dat te laat beslissen ook onrechtmatig kan zijn jegens niet-belanghebbenden.
[29] ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7572 *AB* 2008, 336 (m.nt. Jansen). In die zaak ging het om de beslissing op een verblijfvergunning van een vreemdeling. De vreemdeling vorderde materiële schadevergoeding in de vorm van gemiste inkomsten, omdat hij niet mocht werken zonder verblijfsvergunning en men te lang had gedaan over het nemen van een besluit daaromtrent. Volgens de Afdeling was de redelijke termijn niet bedoeld om personen van een inkomen te voorzien, zodat de geschonden norm niet strekte tot bescherming van de in het geding zijnde belangen. Oftewel er was niet voldaan aan het vereiste van relativiteit.
[30] HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:636.
[31] Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2764.

Het is ons inziens dus zo dat wanneer het college weer aan zet is, maar de besluitvorming laat afhangen van nieuwe normen van het Rijk, dit leidt tot de vraag of dit wel of niet in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Gelet op de hiervoor genoemde factoren die volgens de rechtspraak bepalen of aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm wordt voldaan (mate van overschrijding, oorzaak van de overschrijding en kenbare belangen/gevolgen van de overschrijding), zien wij in dit geval nog wel discussieruimte. Bijvoorbeeld is van belang dat u in ons gesprek heeft aangegeven dat het college mogelijk veel sneller eigen normen zou kunnen vaststellen (en zelfs al heeft voorbereid) dan het Rijk, welke normen naar verwachting pas medio 2023 beschikbaar zijn.[32] Daarnaast geldt dat het belang van ENGIE bij een snelle besluitvorming is (naast het zo snel mogelijk verkrijgen van duidelijkheid) gelegen in het verkrijgen van een subsidie, welk belang ook bij u bekend is. Met name in het scenario dat u wel voortgang maakt, sluiten wij niet uit dat een schadeclaim door de rechter zal worden afgewezen. Daar staat tegenover dat wanneer u ervoor kiest om af te wachten totdat het Rijk de normen heeft vastgesteld, de kans van slagen van een schadeclaim aanzienlijk toeneemt.[33]

Dwangsom en beroep niet tijdig beslissen

Wanneer een nieuwe aanvraag wordt ingediend (al dan niet door ENGIE) of de omgevingsvergunning wordt ingetrokken, herroepen of vernietigd, moet het bestuursorgaan op de (herleefde) aanvraag beslissen. In een dergelijk geval is het college verplicht om binnen de wettelijke termijnen (in principe zes weken bij een eenvoudige en 6 maanden bij een uitgebreide procedure) op die aanvraag te beslissen (artikel 4:13 Awb). Laat het college het na om binnen de gestelde termijnen te beslissen, dan kan de aanvrager de Gemeente in gebreke stellen en sommeren om alsnog binnen twee weken een beslissing te nemen op straffe van een dwangsom (artikel 4:17 Awb, met een maximum van € 1.442).[34] Daarnaast kan de aanvrager een beroep tegen het niet tijdig geven van de beschikking instellen (artikel 8:1 jo. 6:2 sub b jo. 7:1 lid 1 sub f Awb). Op grond van artikel 4:17 lid 5 Awb schort het beroep tegen het niet tijdig geven van de beslissing de wettelijke dwangsom niet op. De rechtbank kan het college vervolgens veroordelen om binnen een door de rechtbank vast te stellen termijn alsnog te beslissen. De rechtbank verbindt hier ook een dwangsom aan, welke dwangsom (aanzienlijk) hoger uit kan vallen dan de wettelijke dwangsom (artikel 8:55d lid 2 Awb). Daarnaast kan de aanvrager op grond van artikel 8:88 lid 1 sub c Awb de rechter verzoeken om een schadevergoeding toe te kennen.

Vergunning van rechtswege niet van toepassing

Het college heeft voor het verlenen van de vergunning de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (hierna: “uov”, afdeling 3.4 Awb) toegepast. Artikel 3:10 lid 1 Awb bepaalt dat de uov enkel van toepassing is op de voorbereiding van besluiten indien dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan is bepaald. Let wel, wanneer een bijzondere wet (zoals de Wabo in artikel 3.10) voorschrijft wanneer de uov wel en wanneer de uov niet wordt toegepast, dan mag het bestuursorgaan daar niet van afwijken.[35]

Wanneer de uov moet worden toegepast, dan geldt de regeling van de lex silencio positivo (het ontstaan van een beschikking van rechtswege volgens afdeling 4.1.3.3 Awb) niet (artikel 3:10 lid 4 Awb).

[32] Zie de Kamerbrief van 6 juli 2021 van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat D. Yeşilgöz-Zegerius aan de Tweede Kamer, waarin de normen en voorlopige termijnen worden aangekondigd. De voorlopige planning kan worden geraadpleegd via https://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/uitspraak-raad-state/gevolgen-raad-state-uitspraak-windturbineparken/actieprogramma/

[33] Voor de vaststelling van andere belangrijk aspecten, te weten de schade en het causale verband moet vervolgens gekeken worden naar wat er beslist zou zijn als er wel tijdig een besluit zou worden genomen. In ABRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2670 overwoog de Afdeling dienaangaande dat “in de regel eerst aan de hand van het op de aanvraag te nemen reële besluit kan worden vastgesteld of en zo ja, in welke omvang schade is geleden ten gevolge van het niet tijdig nemen van een besluit.” Het is vooralsnog te vroeg en van teveel factoren afhankelijk om een indicatie te geven van de hoogte van een eventuele schadevordering van ENGIE of enige andere partij. Daarvoor ontbreken de nodige gegevens.

[34] *Kamerstukken* II 2004/2005, 29 934, nr. 3. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de dwangsomregeling geldt voor alle beschikkingen op aanvraag en voor alle beslissingen op bezwaar die het karakter van een beschikking hebben. Dientengevolge heeft die regeling ook betrekking op beschikking die met de uitgebreide procedure tot stand zijn gekomen. Verderop in de Memorie van Toelichting staat opgenomen dat het een keuze van de wetgever is geweest om de ingebrekestellingstermijn te fixeren op twee weken. Die termijn geldt ons inziens dan ook voor de uitgebreide procedure.

[35] T&C Algemene wet bestuursrecht, artikel 3:10, aant. 2.

Aangezien sprake is van een aanvraag voor een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 3.10 lid 1 sub a Wabo is de uov verplicht voorgeschreven. De uov is dan ook terecht gevolgd, zodat de regeling omtrent het verkrijgen van een vergunning van rechtswege niet van toepassing is.

VI. Overgebleven vragen

Bevoegdheidsverdeling Provincie en Gemeente

Uit de vraagstelling van de Gemeente komt naar voren dat ervan uit wordt gegaan dat de Provincie de bevoegdheid omtrent het verlenen van de omgevingsvergunning aan de Gemeente heeft gedelegeerd. In het verlengde daarvan wordt de vraag gesteld of de Provincie eventueel (ook) aansprakelijk zou kunnen zijn voor door ENGIE of anderen te lijden schade.

Het uitgangspunt is dat het college van B&W van de gemeente waar het project zal worden uitgevoerd het bevoegde gezag is voor de vergunningverlening, tenzij in een bijzondere regeling Gedeputeerde Staten of een minister zijn aangewezen als bevoegd gezag (artikel 2.4 Wabo). De bevoegdheid omtrent de vergunningverlening voor windturbines is neergelegd in de Elektriciteitswet (Ew). Op grond van artikel 9e lid 1 Ew zijn Provinciale Staten bevoegd voor de aanleg of uitbreiding van een windmolenpark met een capaciteit van ten minste 5 maar niet meer dan 100 MW een inpassingsplan vast te stellen. Wanneer PS een dergelijk inpassingsplan vaststellen, zijn GS op grond van lid 4 van dat artikel het bevoegde orgaan voor het verlenen van omgevingsvergunningen. Ingevolge artikel 9f lid 6 Ew kunnen GS – kort gezegd – besluiten van die bevoegdheid geen gebruik te maken, indien redelijkerwijze valt te verwachten dat dit de besluitvorming niet in betekenende mate zal versnellen of daaraan anderszins aanmerkelijke voordelen zijn verbonden. In de vergunningprocedure met betrekking tot Windpark Holtum-Noord geeft GS bepaalt dat artikel 9f lieden 1 en 2 niet van toepassing zijn, zodat de bevoegdheid weer bij het college komt te liggen en daarmee naast de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming ook eventuele aansprakelijkheid. Er is dus geen sprake van delegatie of mandaat, maar van een terugverwijzing van de bevoegdheid naar het college. Als het al een van die twee opties zou moeten zijn, dan zou hier al sprake moeten zijn van delegatie.

Bij delegatie heeft te gelden dat het college de bevoegdheid dan heeft gekregen om besluiten te nemen onder eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid. Het delegerende bestuursorgaan is dan niet langer verantwoordelijk en dus ook niet aansprakelijk in het geval dat het college de bevoegdheid niet op de juiste wijze zou uitoefenen.

Dat zou anders zijn wanneer sprake is van mandaatverlening, maar daar is hier zeker geen sprake van. Bij mandaat geldt dat de mandaatgever verantwoordelijk blijft en de zeggenschap blijft behouden (artikel 10:2 Awb). Echter, bij mandaat geldt dat een in mandaat genomen besluit als een besluit van de mandaatgever heeft te gelden, zodat hier ook daarvan geen sprake kan zijn. Het college heeft een volstrekt eigen bevoegdheid tot het verlenen van de omgevingsvergunning en oefent die bevoegdheid onder eigen verantwoordelijkheid uit. De Provincie is dan ook niet aansprakelijk voor eventuele misslagen van de Gemeente bij de bevoegdheidsuitoefening tot het verlenen van de omgevingsvergunning.