Gemeente Reusel-De Mierden

Beantwoording Raadsvragen

schriftelijke vragen ex art. 33 Reglement v. Orde, mail en mondelinge vragen commissies en raad

Onderwerp:	Wijziging omgevingsvergunning Agro-Wind	Datum antwoord:	10 december 2021
Datum vraag:	29 november 2021	Portefeuillehouder:	de heer P.J.M. van de Noort wethouder
Gesteld door:	PvdA, VVD	Behandelaar:	Mariëlle van der Hoff
Registratienr.:			

Vraag

Naar aanleiding van commissie Ruimte op 29 november 2021:

1. *Wat zijn de juridische risico's op schadeclaims als uit de landelijke MER blijkt dat strengere normen moeten gelden voor windparken, bijvoorbeeld in het kader van de volksgezondheid, en deze niet van toepassing zijn op Agro-Wind (PvdA)?*

2. *Indien de landelijke MER wordt afgewacht, komt van uitstel dan afstel (VVD)?*

3. *Kan juridisch geborgd worden dat Agro-Wind aan eventuele toekomstige strengere normering moet voldoen?*

Antwoord

1. *Wat zijn de juridische risico's op schadeclaims als uit de landelijke MER blijkt dat strengere normen moeten gelden voor windparken, bijvoorbeeld in het kader van de volksgezondheid, en deze niet van toepassing zijn op Agro-Wind (PvdA)?*

Wij hebben huisadvocaat Hekkelman gevraagd advies uit te brengen over deze vraag. Voor de volledigheid sturen wij het advies als **bijlage 1** mee.

Samengevat worden de risico's op succesvolle claims beheersbaar geacht. Er zijn verschillende manieren waarop bewoners schade kunnen claimen. Dit kan in de vorm van planschade vanwege een rechtmatig besluit of rechtmatig overheidshandelen. Hiervan is sprake als de omgevingsvergunning van het windpark na rechtsgang bij de Raad van State onherroepelijk wordt. De vraag die gesteld is in de commissie Ruimte van 29 november 2021 ging meer over schade uit onrechtmatig handelen, de zgn. onrechtmatige (overheids)daad.

De voorwaarden om een schadevergoeding te verkrijgen uit een onrechtmatige daad zijn opgenomen in artikel 6:162 BW. Er moet sprake zijn van:

1. Een inbreuk op een recht, doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt (artikel 6:162 lid 2 BW);
2. Toerekening van de onrechtmatige daad aan de gemeente door schuld of risico (artikel 6:162 lid 3 BW);
3. Causaal verband tussen het handelen van de gemeente en de ontstane schade (artikel 6:162 lid 1 jo. 6:98 BW);
4. Relativiteit (artikel 6:162, eerste lid, jo. artikel 6:163 BW);
5. Schade (artikel 6:162, eerste lid, jo. 6:95 BW).

Aan alle 5 voorwaarden moet worden voldaan.

Beoordeling:

1. De eerste vraag is of de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld. Bewoners kunnen zich op het standpunt stellen dat de gemeente een gevaarlijke situatie in het leven heeft geroepen. Dit zou inbreuk op een recht of strijd met een zorgvuldigheidsnorm kunnen opleveren.

Een overheid die op de hoogte is van een gevaarlijke situatie is in beginsel verplicht om op te treden of om maatregelen te nemen. Het nalaten hiervan kan leiden tot gevaarzetting en daarmee tot aansprakelijkheid. Van belang daarbij is dat niet ieder risico op schade gevaarzetting oplevert. Een overheid is slechts aansprakelijk wanneer er is nagelaten om (doortastend) op te treden na een waarschuwing of andere concrete aanwijzing dat een risico zich verwezenlijkte. Op dit moment is er geen eenduidig bewijs op schadelijke gezondheidsgevolgen van windmolens. Van onrechtmatigheid als gevolg van het besluit om windmolens toe te staan in de buurt van woningen is dus niet zonder meer sprake.

2. Uit artikel 6:162 lid 1 BW vloeit voort dat de overheid alleen gehouden is om schade te vergoeden die een gevolg is van onrechtmatig handelen, als dat onrechtmatig handelen aan haar kan worden toegerekend krachtens schuld of krachtens een oorzaak die op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de overheid dient te blijven. Uit rechtspraak blijkt dat onrechtmatig handelen snel aan een overheid wordt toegerekend. Het is zelden een struikelblok voor het aannemen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.
3. Hierbij is de vraag of de schade zou zijn ontstaan als het schadeveroorzakende handelen zich niet had voorgedaan. Verhoudingsgewijs is dit de moeilijkst te nemen horde voor aansprakelijkheid. Omwonenden moeten een rechtstreeks verband aantonen tussen gezondheidsklachten en de aanwezigheid van windmolens. Dit is niet eenvoudig. Gezondheidsklachten kunnen gelinkt worden aan allerlei medische aandoeningen. Daarbij is van belang dat er volgens het RIVM nog geen overtuigend bewijs is voor een causaal verband tussen windmolens en bepaalde gezondheidsklachten.
4. Het relativiteitsvereiste bestaat om te voorkomen dat aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatige daad wordt aangenomen vanwege de schending van een norm, terwijl die norm daarvoor niet is bedoeld. In dit geval lijkt relativiteit geen obstakel voor overheidsaansprakelijkheid. De geschonden norm - het nalaten om adequate maatregelen te nemen om de gezondheid van burgers te waarborgen - ziet bij uitstek op de bescherming van het belang van de volksgezondheid en dus op de schade zoals die kan worden geleden door omwonenden.
5. Tot slot moet het handelen van de overheid schade hebben veroorzaakt. Omwonenden die medische klachten krijgen als gevolg van de aanwezigheid van windmolens, kunnen te maken krijgen met verschillende schades. Gedacht kan worden aan kosten voor medische hulp en arbeidsvermogensschade. Aan het vereiste van schade zal dus veelal worden voldaan (ervan uitgaande dat er sprake is van een causaal verband).

Een zaak in Frankrijk waarin een echtpaar ruim € 100.000 schadevergoeding heeft ontvangen omdat er windmolens in de buurt van hun woning zijn gebouwd, wordt namens omwonenden tijdens de commissie Ruimte gebruikt als voorbeeld van wat er kan gebeuren als de gemeente de bouw van windmolens in de omgeving toestaat. De vergelijking met 'de Franse zaak' gaat echter niet zonder meer op.
Van belang daarbij is dat niet de Franse overheid aansprakelijk is voor de schade van het echtpaar, maar de windmolenexploitant. Dat plaatst een beroep door de omwonenden op de Franse zaak in perspectief.
Verder heeft het oordeel van de Franse rechter dat er in het specifieke geval van het echtpaar sprake is van een causaal verband tussen windmolens en gezondheidsschade geen (directe) invloed op de Nederlandse rechtspraak. De Nederlandse rechter zal een vordering uit onrechtmatige daad beoordelen naar de zojuist besproken maatstaven. Een uitspraak van een Franse rechter is daarbij niet relevant. Overigens heeft de Franse rechter alleen in het specifieke geval van het echtpaar geoordeeld dat de exploitant aansprakelijk is voor de schade. Een algemeen oordeel over schade als gevolg van windmolens in de omgeving heeft de Franse rechter niet gegeven.

Conclusie:
Als de gemeente de bouw van windmolens mogelijk maakt in de omgeving van woningen, waarna omwonenden gezondheidsklachten krijgen en daardoor schade lijden, leidt een actie uit onrechtmatige daad niet snel tot vergoeding van de door de omwonenden geleden schade. De vraag of er sprake is van onrechtmatigheid staat daar op de eerste plaats aan in de weg. Behalve onrechtmatigheid zal een omwonende die schade lijdt als gevolg van gezondheidsklachten door de aanwezigheid van windmolens ook een causaal verband moeten aantonen tussen de schadeoorzaak en de schade.

Een causaal verband aantonen tussen de gezondheidsklachten en de (milieu-)effecten van een windpark is geen gemakkelijke opgave omdat de gezondheidsklachten die potentieel geassocieerd worden met de aanwezigheid van windmolens allerlei oorzaken kunnen hebben.
Voor een geslaagd beroep op onrechtmatige overheidsdaad, moeten omwonenden dus meerdere - niet eenvoudige - juridische hobbels nemen, waardoor het risico op succesvolle schadeclaims uit onrechtmatige daad beheersbaar is.

In het kader van aansprakelijkheid merken wij nog het volgende op. Tijdens de commissievergadering is gesproken over mogelijke afbraak van windmolens, na vaststelling van nieuwe milieunormering. In theorie zou dit kunnen gebeuren als afstandsnormen tussen windmolens en woningen verkleind worden. De kans dat dit in de praktijk gebeurd is echter klein.
De aanname is dat er geen afstandsnormen zullen komen, mede op basis van de systematiek die in het Activiteitenbesluit en -regeling bestaat voor alle inrichtingen, waarbij normen zijn gesteld ter bescherming van het milieu. De huidige werking van het Activiteitenbesluit berust mede op de werking van de Wet geluidhinder. Hierin is de beschermende maat de mate van immissie op de beschermde objecten. Dit betekent dat de geluidsbelasting hier de norm bepaalt, en niet de afstand tot een bepaalde geluidsbron. Dit mede omdat de sterkte van en het soort geluid per bron verschilt, waardoor een absolute afstandsnorm onvoldoende maatwerk biedt. Het is daarom niet de verwachting dat de Rijksoverheid een absolute afstandsnorm zal gaan toepassen, als resultaat van de MER die zij nu gaat doorlopen.
Mocht dit – tegen alle verwachtingen in – toch het geval zijn dan zal het Rijk de gevolgen voor bestaande dan wel vergunde windparken moeten inventariseren. De verwachting is dat vanuit rijkswege een compensatieregeling wordt ingesteld voor de huidige windparkexploitanten als naar aanleiding van nieuwe landelijke regelgeving windmolens moeten worden gesloopt. De kans dat een schadeclaim voor rekening van de gemeente komt is zeer klein.

2. *Indien de landelijke MER wordt afgewacht, komt van uitstel dan afstel (VVD)?*

Allereerst dient opgemerkt te worden dat er een aanvraag ligt in de zin van de Wabo, waar binnen 6 maanden een besluit op moet worden genomen. Deze termijn verstrijkt begin maart 2022. Afwachten is geen optie. De keuze is de aanvraag voor wijziging van de omgevingsvergunning te weigeren of te verlenen. Het besluit wordt toegezonden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarna een zitting zal volgen. Het wijzigingsbesluit maakt van rechtswege onderdeel uit van de beroepsprocedure op grond van artikel 6:19 Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Desgevraagd heeft Agro-Wind de volgende informatie met betrekking tot de SDE aangeleverd:

Als het college de aanvraag tot wijziging van de omgevingsvergunning weigert, dan is het risico reëel dat de Afdeling de omgevingsvergunning vernietigt. Dit risico blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak inzake het Windpark Goyerbrug (ECLI:NL:RVS:2021:1679), waarin de verleende omgevingsvergunning kaal is vernietigd op basis van de tussenuitspraak Windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding (ECLI:NL:RVS:2021:1395).
Als het gaat om aanhouden van zittingen wordt een vergelijking met de toepassing van het PAS niet gezien: na de uitspraak van de Afdeling, waarin het PAS in strijd met het Unierecht is geoordeeld, zijn veel besluiten vernietigd doordat werd uitgegaan van de toepassing van het PAS. Hoogstens als in een specifiek project een nieuwe passende beoordeling of ecologische toets werd ingediend, kon vernietiging achterwege blijven.
De verwachting is niet dat de Afdeling akkoord gaat met het project circa anderhalf tot twee jaar op de plank leggen om te wachten op de nieuwe normen, zodat een vernietiging de meest reële uitkomst zal zijn van het niet wijzigen van de omgevingsvergunning conform de aanvraag.

Mocht na vernietiging van de huidige omgevingsvergunning een nieuwe Omgevingsvergunning aangevraagd moeten worden dan kan dit pas wanneer de nieuwe normen zijn vastgesteld. Van belang is dat niet het landelijk MER gaat bepalen welke nieuwe normen gaan gelden. Na afronding van het landelijk MER (duurt circa 1,5 jaar) moet de Rijksoverheid nog een besluit nemen over de nieuwe normstelling. Dit kan nog circa een extra half jaar duren na afronding van het landelijk MER. Op zijn vroegst wordt verwacht dat pas in 2024 een Omgevingsvergunning gebaseerd op nieuwe normen afgegeven kan worden.

De haalbaarheid van het project is afhankelijk van de Subsidie Duurzame Energie (SDE).

Op 17 juni 2020 heeft Agro-Wind de subsidie verkregen. Er zijn een aantal verplichtingen waar aan voldaan moet worden. Zo stelt de subsidiebeschikking:

- U neemt de productie-installatie zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk 4 jaar na de datum van de beschikking in gebruik.

Voor Agro-Wind houdt dit in dat uiterlijk **16 juni 2024** het windpark in gebruik moet worden genomen. Indien gewacht wordt op het landelijke MER en de daarop volgende nieuwe normen is het vrijwel zeker dat deze deadline niet gehaald wordt. Op het moment dat de omgevingsvergunning onherroepelijk wordt, kan Financial Close (financiering met een bank) pas worden bereikt. Na Financial Close duurt het nog 1,5 jaar tot het windpark opgeleverd is. De contractuele verplichtingen kunnen pas worden aangegaan na Financial Close. Pas dan kunnen de windturbines en bijbehorende werken worden besteld en gaan de wachttijden lopen. Momenteel zit er circa een jaar levertijd op de windturbines.

De Raad van State zal de behandeling van het dossier naar verwachting pas in de loop van 2022 oppakken wanneer de gewijzigde Omgevingsvergunning is vastgesteld en de beroepsperiode tegen de wijziging is doorlopen. Op basis van de huidige planning (met als uitgangspunt dat de gemeente positief besluit) wordt een uitspraak van de Raad van State in Q3 2022 verwacht en kan Windpark Agro Wind Reusel BV eind Q4 2022 financial close bereiken, wat betekent dat de bouw pas eind 2023 op zijn vroegst zal starten, uiterlijk in juni 2024 zal het windpark dan in bedrijf zijn.

Windpark Agro Wind Reusel heeft de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) gevraagd of het mogelijk is uitstel te krijgen op de uiterlijke datum voor het in gebruik nemen van het windpark. RVO heeft aangegeven dat een ontheffing vanuit RVO op de ingebruikname van het windpark voor Windpark Agro Wind Reusel in de huidige fase van het project niet mogelijk is (zie bijgevoegde mail correspondentie, **bijlage 2**). Enkel wanneer de windturbines reeds zijn besteld (dit kan pas na verkrijgen financiering) en blijkt dat de uiterste datum voor het in gebruik nemen van het windpark niet gehaald wordt, dan kan er bij RVO ontheffing worden aangevraagd voor maximaal 1 jaar.

Vanaf uiterlijk 16 juni 2024 zal de looptijd van de subsidie in gaan en zal er wanneer het windpark nog niet in gebruik is genomen ingeteerd worden op de mogelijkheid voor Windpark Agro Wind Reusel om de SDE+ subsidie voor de volledige 15 jaar te benutten. Echter zonder een SDE+ subsidie over de volledige periode van 15 jaar zal een bank niet tot financiering overgaan en zal het windpark niet gerealiseerd worden.

Het volledige te investeren bedrag zal namelijk gefinancierd worden met een deel eigenvermogen (ongeveer 10%) en een deel bancaire lening (ongeveer 90%). Een bank ziet de SDE+ subsidie als een zeer belangrijke garantie van inkomsten voor het project, omdat de subsidie een minimale vergoeding voor de opgewekte elektriciteit garandeert voor een periode van 15 jaar. Binnen deze 15 jaar kan het project de bancaire lening aflossen.
Daarbij bestaat het reële risico dat het niet halen van de gestelde termijnen in de subsidiebeschikking tot intrekking van de verleende subsidie kan leiden. Als moet worden gewacht op het landelijk MER en de nieuwe normen, worden de in de subsidiebeschikking gestelde termijnen niet gehaald en kan de subsidie worden ingetrokken. Opnieuw subsidie aanvragen om daarmee de looptijd te verlengen is niet mogelijk, omdat op basis van het Besluit stimulering duurzame energieproductie en klimaattransitie het niet mogelijk is opnieuw subsidie aan te vragen voor een productie installatie waaraan reeds op grond van dit besluit subsidie is verstrekt. Daarmee is het project van Windpark Agro Wind Reusel definitief ten einde.

Uit de reactie van Agro-Wind blijkt dat de bouw sowieso gestart moet zijn aan het einde van 2023 om het park in juni 2024 in gebruik te kunnen nemen. Met bouwen wordt echter niet begonnen als financial close niet wordt bereikt. Bij financial close moet zicht zijn op een volledige benutting van 15 jaar. Een vertraging kan daarom niet gepermitteerd worden.
Wij hebben de reactie van Agro-Wind ter verificatie voorgelegd aan RVO. RVO heeft bevestigd dat hetgeen door Agro-Wind is ingebracht juist is met de kanttekening dat opnieuw subsidie aanvragen in ieder geval niet kan binnen 3 jaar na datum beschikking (en de beschikking in tussentijd is ingetrokken). Of het na deze periode mogelijk wordt opnieuw een subsidie aan te vragen is zeer onzeker. Dit is afhankelijk van de regeling die te zijner tijd door de Minister wordt opengesteld.

3. *Kan juridisch geborgd worden dat Agro-Wind aan eventuele toekomstige strengere normering moet voldoen?*

Deze vraag is onderwerp van gesprek geweest tijdens de commissie Ruimte. Wij geven graag opheldering over deze vraag.

De volgende opties worden verkend:
1. Mogelijkheden om omgevingsvergunning later te wijzigen op basis van de Wabo.
2. Extra vergunningvoorschrift opnemen in omgevingsvergunning.
3. Aanvulling op anterieure overeenkomst.
4. Maatwerkvoorschriften op grond van het Activiteitenbesluit.

Beoordeling:

1. Later vergunningvoorschriften wijzigingen op basis van de Wabo

Artikel 2.31 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: 'Wabo') bevat mogelijkheden om aan een omgevingsvergunning verbonden voorschriften te wijzigen.

Voor dit geval zijn de artikelen 2.31, lid 1, sub b Wabo (verplichte wijziging) en artikel 2.31, lid 2, sub b (niet-verplichte wijziging) Wabo relevant.

Verplichte wijziging

Op grond van artikel 2.31 lid 1, sub b is het bevoegd gezag verplicht tot wijziging van de vergunningvoorschriften over te gaan indien door toepassing van artikel 2.30, lid 1 Wabo blijkt dat de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu veroorzaakt, gezien de ontwikkeling van de technische mogelijkheden tot bescherming van het milieu, verder kunnen, of, gezien de ontwikkeling van de kwaliteit van het milieu, verder moeten worden beperkt.

Wat betreft de 'technische mogelijkheden tot bescherming van het milieu' wordt daaronder 'mede' verstaan de vaststelling van nieuwe of herziene conclusies over beste beschikbare technieken. Het door de regering op te stellen planMER kan leiden tot milieunormen die inhoudelijk *niet* eenzelfde niveau van milieubescherming bieden als windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit (die nu in de aanvraag om het wijzigingsbesluit zijn opgenomen). Op het gebied van de technische mogelijkheden zal hiermee niets veranderen. Op dat punt zal vermoedelijk dan ook geen verplichting op grond van artikel 2.31 Wabo ontstaan om de voorschriften te wijzigen naar aanleiding van het planMER van de regering.

Wat betreft de 'ontwikkeling van de kwaliteit van het milieu', zoals eveneens genoemd in artikel 2.31, lid 1, onder b Wabo, wordt verwacht dat naar aanleiding van het planMER eveneens geen gehoudenheid zal bestaan de vergunningvoorschriften aan te scherpen. Uit dat planMER zal hooguit volgen dat de mate van bescherming van het milieu moet worden vergroot, hetgeen niets zegt over de 'ontwikkeling van de kwaliteit van het milieu'.

Niet verplichte wijziging

Op grond van artikel 2.31, lid 2, sub b Wabo *kan* (dit is dus geen verplichting) het bevoegd gezag de voorschriften van een omgevingsvergunning milieu wijzigen voor zover dit in het belang van de bescherming van het milieu is. Met het wijzigen van de vergunningvoorschriften in het belang van de bescherming van het milieu, mag de grondslag van de aanvraag van de vergunning niet worden verlaten.

Verder volgt uit de jurisprudentie van de Afdeling dat het bevoegd gezag beleidsvrijheid heeft bij de beslissing om met toepassing van artikel 2.31, lid 2, sub b Wabo de vergunningvoorschriften te wijzigen. Die beleidsvrijheid zal moeten worden ingevuld door middel van een belangenafweging, waarbij *alle* betrokken belangen, zoals het financiële belang van vergunninghouder, een rol spelen.

De vraag is of een wijziging van de normstelling (zoals zou kunnen volgen uit het planMER) aanleiding kan vormen voor een wijziging van de voorschriften op grond van artikel 2.31 lid 2 sub b Wabo. Niet de wijziging van de normstelling als zodanig, maar wel de aan de wijziging van de normstelling ten grondslag liggende *inzichten* is een omstandigheid die aanleiding kan vormen voor een wijziging van de vergunningvoorschriften op grond van artikel 2.31 lid 1 sub b Wabo. Uit het planMER van de regering kan bijvoorbeeld volgen dat er op gebied van volksgezondheid nieuwe inzichten zijn die we anders moeten gaan waarderen dan momenteel gedaan wordt. Zo zou bijvoorbeeld geconcludeerd kunnen worden dat vanwege slapeloosheid als gevolg van geluidhinder de normen daarvoor moeten worden aangepast. Die inzichten zouden aanleiding kunnen vormen de vergunningvoorschriften aan te scherpen. Omdat het planMER door de regering nog moet worden opgesteld, kan nog niet gezegd worden of te zijner tijd aanleiding zal bestaan voor de toepassing van artikel 2.3,1 lid 2, sub b Wabo. Indien daarvoor al aanleiding zal bestaan, geldt daarnaast dat aan een wijziging van de vergunningvoorschriften een zorgvuldige belangenafweging en een deugdelijke motivering ten grondslag moet liggen. Ook op deze belangenafweging kan niet worden vooruitgelopen.

Gelet op het voorgaande kan niet op voorhand en zonder meer gezegd worden dat vergunningsvoorschriften op grond van artikel 2.31, lid 2, sub b Wabo kunnen worden gewijzigd in die zin dat deze worden gelijkgesteld met (eventuele) gewijzigde normen naar aanleiding van het planMER.

2. Extra vergunningvoorschrift in huidige omgevingsvergunning opnemen

De vraag deed zich voor of het mogelijk is om nu een extra vergunningvoorschrift op te nemen dat Agro-Wind zich houdt aan toekomstige normering. Dit is in strijd met de rechtszekerheid. Vergunningvoorschriften mogen niet vaag en onbepaald zijn. De rechtszekerheid van zowel vergunninghouder als omwonenden verzet zich tegen het opnemen van een extra voorschrift ter naleving van eventueel toekomstige, aangescherpte normen.

3. Aanvulling anterieure overeenkomst

In verband met de zgn. doorkruisingsleer kunnen niet onbeperkt (extra) afspraken worden vastgelegd in de anterieure overeenkomst. Voor het voor schrijven van milieunormen is een publiekrechtelijke regeling voor handen. Dit vormt een belangrijke aanwijzing dat er geen plaats is voor privaatrechtelijk contracteren in een anterieure overeenkomst over milieunormering.

Daarbij komt dat de belangen van de initiatiefnemer en de belangen van burgers beter beschermd zijn als toepassing wordt gegeven aan de publiekrechtelijke regeling uit artikel 2.31 lid 2 sub b van de Wabo. De exploitant kan immers tegen een aanscherping van de vergunningvoorschriften ex artikel 2.31 lid 2 sub b van de Wabo publiekrechtelijke rechtsmiddelen instellen. Bovendien kunnen omwonenden/belanghebbenden naleving van de (aangescherpte) vergunningvoorschriften afdwingen middels een verzoek om handhaving, terwijl naleving van de anterieure overeenkomst voor hen veel moeilijker afdwingbaar zal zijn omdat zij daarbij geen partij zijn.
Gelet op deze omstandigheden bestaat een aanzienlijk risico dat contracteren in de anterieure overeenkomst over het aanscherpen van normen voor windturbines -mocht de planMER van de regering daartoe aanleiding geven- in strijd komt met de doorkruisingsleer. Zou de gemeente nakoming van de overeenkomst vorderen, dan is de kans reëel dat de burgerlijke rechter de overeenkomst nietig verklaart op grond van artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek omdat een publiekrechtelijke regeling tot de mogelijkheden behoort.

4. Maatwerkvoorschriften op grond van het Activiteitenbesluit

Vanuit de zorgplicht opgenomen in het Activiteitenbesluit zijn er mogelijkheden om na onherroepelijk worden van een omgevingsvergunning maatwerkvoorschriften op te nemen. Dit is een andere regeling om voorschriften te wijzigen dan artikel 2.31 Wabo.

Op basis van de huidige (buiten toepassing verklaarde) windturbinebepalingen van paragraaf 3.2.3 Activiteitenbesluit en paragraaf 3.2.3 Activiteitenregeling kunnen maatwerkvoorschriften worden gesteld over slagschaduwhinder en lichtschittering (artikel 3.12 en 3.13 Activiteitenregeling). Voor het aspect geluid kunnen echter slechts vanwege specifieke redenen maatwerkvoorschriften worden gesteld (artikel 3.14a lid 2 en 3 Activiteitenbesluit). De windturbinebepalingen geven daarnaast geen bevoegdheid om maatwerkvoorschriften te stellen over het aspect externe veiligheid/risico. Op grond van de zorgplicht van artikel 2.4 lid 4 Activiteitenbesluit kunnen slechts voor het aspect indirecte geluidhinder maatwerkvoorschriften worden gesteld. Niet op alle onderdelen kunnen dus maatwerkvoorschriften worden gesteld.

Daarnaast is deze conclusie gebaseerd op de huidige (buiten toepassing verklaarde) windturbinebepalingen. Een eventuele aanpassing van de normstelling kan mogelijk aanleiding geven tot aanpassing van de mogelijkheden om maatwerkvoorschriften te stellen.

Daarnaast is een algemene voorwaarde voor het stellen van maatwerkvoorschriften dat deze nodig moeten zijn voor de bescherming van het milieu (artikel 8.42 lid 1 Wm). Bovendien moet een belangenafweging plaatsvinden en moet deze afweging aanleiding geven tot het stellen van maatwerkvoorschriften (hierbij komt het bevoegd gezag beleidsruimte toe). Op deze belangenafweging kan niet vooruit worden gelopen.

Verder is de vraag of het stellen van maatwerkvoorschriften überhaupt mogelijk is als de normstelling reeds als vergunningvoorschrift is opgenomen. Dat is onder meer afhankelijk van een eventuele aanpassing van het overgangsrecht van het Activiteitenbesluit.

Conclusie: op dit moment kan er juridisch gezien geen zekerheid worden gegeven dat, indien nu medewerking wordt verleend aan het opnemen van ‘eigen normen’ in de te wijzigen omgevingsvergunning voor Agro-Wind, bij eventuele toekomstige aanscherping van de milieunormering, deze ook aan Agro-Wind kan worden opgelegd.
Zoals eerder aangegeven is in de eerste plaats onzeker óf er een aanscherping komt van de milieunormering en of deze vervolgens van toepassing wordt verklaard op bestaande windparken. Dit is afhankelijk van het overgangsrecht.

Voor de volledigheid wijzen wij uw raad erop dat het projectspecifiek opnemen van normen juridisch gezien verdedigbaar en houdbaar is. Relevante recente voorbeelden hiervan betreffen bijv. Windpark Staphorst (ECLI:NL:RVS:2020:3112) en Windpark Elzenburg – De Geer (ECLI:NL:RVS:2021:1681). In beide projecten waren normen opgenomen voor de geluidsproductie van de windturbines, zodat niet werd teruggevallen op de algemene normen uit het Activiteitenbesluit en de -regeling. Deze normstelling werd bij de Afdeling aangevochten, maar in beide projecten heeft de Afdeling de normstelling in stand gelaten. Dit onderschrijft de mogelijkheid om, uiteraard goed gemotiveerd en onderzocht, op basis van de ingediende aanvraag aan de omgevingsvergunning via vergunningvoorschriften projectspecifieke normen te verbinden. De hoogte van deze normen kan steeds projectspecifiek en afgestemd op de omgeving en locatie worden bepaald.

Wij hechten er waarde aan nog het volgende ter illustratie mee te geven. Stel dat uit de landelijke MER een norm van 45 Lden wordt vastgesteld en Agro-Wind besluit (al dat niet juridisch afgedwongen) mitigerende maatregelen te nemen om aan deze norm te voldoen.

In het *Onderzoek milieunormen windenergie* (tabel 2.10) dat onderdeel is van de aanvraag tot wijzigen van de omgevingsvergunning is berekend voor welke windturbines mitigerende maatregelen toegepast moeten worden bij verschillende geluidsnormen.

Zoals in tabel 2.10 te zien is, zullen de windturbines T1.1 en T3.1 aanzienlijk moeten worden gemitigeerd om aan een strengere geluidsnorm van 45 Lden te kunnen voldoen. Turbine T1.1 en 3.1 betreffen de meest zuidelijke windturbines, welke alleen gemitigeerd moeten worden om aan de norm te kunnen voldoen voor de nabijgelegen Postelsche Hofstee. De woningen ten noorden van het windpark (dus richting Peel en Burgemeester Willekeslaan) zullen hier nagenoeg geen effect van ondervinden.

Tabel 2.10 Energieopbrengstverlies als gevolg van mitigerende maatregelen bij verschillende normstelling

Geluidbelasting dB L_{den}	**Verwachte verlies energieopbrengst per jaar (%)**	**Jaarlijks verlies als gevolg van mitigerende maatregelen (MWh)**	**Percentage verlies t.o.v. situatie zonder mitigatie**
Geen geluidmitigatie (max 50 dB L_{den})	0%	0%	0
WAWR tot 48 dB L_{den} mitigeren	0,8%	6,1% (T1.1)	1.663
WAWR tot 47 dB L_{den} mitigeren	1,9%	8,6% (T1.1)	3.949
WAWR tot 46 dB L_{den} mitigeren	5,0%	24,5% (T3.1)	10.393
WAWR tot 45 dB L_{den} mitigeren	6,9%	35,4% (T1.1 & T3.1)	14.342