NOTITIE

aan	Gemma van Dorst (gemeente Kerkrade)
van	Rick Jongen (Thuis Partners Advocaten)
datum	21 januari 2022
inzake	Kerkrade/Advies [windenergie]
dossiernummer	2022.0027
betreft	gebondenheid raad aan instemming

1 Inleiding

1.1 De gemeenteraad van Kerkrade (hierna: '**de raad**') heeft in december 2020 besloten dat windenergie in de gemeente Kerkrade (hierna: '**de gemeente**') onder voorwaarden wordt toegestaan. Daarbij dient in elk geval voldoende draagvlak bij de betrokken ondernemers en burgers te zijn gewaarborgd. Daarnaast heeft de raad in december 2020 met de uitgangspunten en randvoorwaarden voor samenwerking tussen de gemeenten Heerlen, Kerkrade en Simpelveld voor fase 2 ingestemd. De raad heeft ook ingestemd met de procesaanpak voor fase 2 (marktconsultatie) van het project Windenergie Parkstad Zuid. Hiermee is fase 1 van het project afgerond.

1.2 De gemeente heeft vervolgens op 7 juni 2021 een samenwerkingsovereenkomst fase 2 project windenergie Parkstad-Zuid (hierna: '**de SOK**') gesloten met de gemeente Heerlen, gemeente Simpelveld en Stadsregio Parkstad Limburg (ik heb een niet ondertekende versie van deze SOK ontvangen). Kort gezegd ziet deze SOK op fase 2 (marktconsultatie), een marktuitvraag en het voorleggen van de ingediende plannen aan de drie gemeenteraden om een go/no go te krijgen.

1.3 De raad heeft op 7 juli 2021 een motie aangenomen waarin – kort gezegd – staat dat de raad geen medewerking zal verlenen aan de realisatie van het project als er onvoldoende draagvlak en participatie is. Het college wordt opgeroepen de Windvisie nader uit te werken, waarin onder meer criteria worden uitgewerkt voor procesparticipatie, financiële participatie en draagvlak en een meetlat voor de beoordeling van participatie en draagvlak.

1.4 Naar aanleiding van de marktconsultatie is een aantal voorstellen ingediend, onder meer door Statkraft en de Coöperaties. In overleg met de gemeentes en Stadsregio hebben deze partijen een gezamenlijk voorstel uitgewerkt ten behoeve van een uiteindelijke vergunningaanvraag. Daarover zal in fase 3 besluitvorming door de raad en het college plaatsvinden.

1.5 Aan de raad ligt thans de vraag voor in te stemmen met een verdere uitwerking van een gezamenlijk project door Statkraft en de Coöperaties. Daarin zullen onderzoeken plaatsvinden naar onder meer ruimtelijke aspecten zoals geluid, slagschaduw en flora en fauna. Aan de hand van de uitkomsten van die onderzoeken zal een aanvraag omgevingsvergunning worden gedaan.

1.6 De bestemmingsplannen van de beoogde locatie(s) staan de bouw van windturbines niet toe, zodat (aanvullend op de aanvraag omgevingsvergunning) een besluit van de gemeenteraad nodig zal zijn (het vaststellen van een bestemmingsplan of het afgeven van een verklaring van geen bedenkingen[1]. Zie ik het goed, dan wordt overigens gekozen voor een omgevingsvergunning voor afwijken ex artikel 2.12 lid 1 onder a sub 3 Wabo).

1.7 Vraag van de gemeente is: indien de raad instemt met een verdere uitwerking van een gezamenlijk project door Statkraft en de Coöperaties, in hoeverre is zij dan in de verdere (ruimtelijke) besluitvorming aan die instemming gebonden?

2 Juridische analyse: gebondenheid raad aan instemming in latere fase?

Juridisch kader

2.1 Als uitgangspunt geldt de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 mei 2019 (hierna: '**de Afdeling**').[2] In deze uitspraak gaat de Afdeling in op het vertrouwensbeginsel en hoe dat beginsel in het omgevingsrecht dient te worden toegepast. Daarbij zijn drie stappen te onderscheiden:

a. De eerste is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop de betrokkene zich beroept. Kan die uitlating en/of gedraging worden gekwalificeerd als een toezegging? Daarbij gaat het om de vraag of sprake is van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid al dan niet zal worden uitgeoefend. Er is geen sprake van een toezegging als er uitdrukkelijk over het concrete geval aan de betrokkene een voorbehoud is gemaakt. Een dergelijk voorbehoud dient concreet te zijn: in het algemeen kan aan algemene en ongerichte disclaimers voorbij worden gegaan.

b. Bij de tweede stap moet de vraag worden beantwoord of die toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend.

c. Indien beide vragen bevestigend worden beantwoord, en er dus een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan, volgt de derde stap. In het kader van die derde stap zal de vraag moeten worden beantwoord wat de betekenis van het gewekte vertrouwen is bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid.

2.2 Ook de civiele rechter hanteert deze maatstaf voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van een toezegging en, zo ja, of de overheid die toezegging gestand moet doen.[3]

Kwalificeert instemming van de raad als een toezegging planologische medewerking te verlenen?

2.3 In de raadsvergadering van 26 januari 2022 ligt ter besluitvorming het volgende ontwerpbesluit voor:

I. uw raad neemt kennis van het doorlopen proces tot dusver;
II. uw raad neemt kennis van het definitief advies van het onafhankelijke deskundigenpanel over de ingediende projectplannen;
III. uw raad neemt kennis van het voornemen tot samenwerking van Statkraft en Coöperaties;
IV. uw raad stemt op basis van de reeds ingediende projectvoorstellen en schriftelijke onderlegger van beide partijen in met verdere uitwerking van een gezamenlijk project

[1] Voor zover ik heb kunnen nagaan heeft de raad geen categorieën gevallen aangewezen waarin een verklaring niet is vereist.
[2] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Amsterdamse dakopbouw*).
[3] HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

door Statkraft en de Coöperaties ten behoeve van een uiteindelijke aanvraag omgevingsvergunning met ruimtelijk besluit, waarover eind fase 3 besluitvorming in B&W en raad zal plaatsvinden.

2.4 Ten behoeve van deze besluitvorming is aan de raad – onder meer – verstrekt een nota van toelichting, het beoordelingskader Windenergie Parkstad Zuid en een projectplan van beide initiatiefnemers.

2.5 Ten aanzien van de verdere ruimtelijke procedure is in de nota van toelichting het volgende aangegeven:

- p. 3 onder het kopje 'Argumenten – Toelichting besluiten': de uitkomst van dit proces zal een aanvraag omgevingsvergunning zijn, die op basis van verdere uitwerking mogelijk wordt geacht. De gemeente zal eind fase 3 de vergunningaanvraag toetsen in een uitgebreide vergunningprocedure. De raad zal op dat moment de definitieve keuze maken of hij ruimtelijk medewerking verleent aan de realisatie van de voorgestelde windturbines;
- p. 6 onder 'Procesvoorstel fase 3': fase 3 wordt afgerond met een besluit over de te verlenen omgevingsvergunning en een ruimtelijk besluit;
- p. 7 onder het kopje 'Kanttekeningen': het uiteindelijk realiseren van de windturbines is een moeizaam proces dat jaren kan duren en er zijn, ondanks alle inspanningen, altijd factoren die ervoor kunnen zorgen dat de realisatie uiteindelijk niet mogelijk blijkt te zijn.

2.6 Gelet op de formulering van de beslispunten – met name punt (IV) – in samenhang met de nota van toelichting, kwalificeert een instemming van de raad niet als een toezegging van de raad dat hij een bestemmingsplan zal vaststellen of een verklaring van geen bedenkingen zal afgeven. Indien de raad instemt met dit beslispunt, stemt hij slechts in met een verdere uitwerking van het gezamenlijk project door Statkraft en de Coöperaties. Er wordt daarmee niet toegezegd dat de raad eind fase 3 hoe dan ook planologische medewerking verleent.

2.7 Daarbij dient ook in aanmerking te worden genomen dat Statkraft en de Coöperaties professionele partijen zijn, waarvan verwacht mag worden bekend te zijn met ruimtelijke procedures.[4] Van deze partijen mag dus worden verwacht dat met het instemmen van een verdere uitwerking door hen, nog niet is toegezegd dat de raad meewerkt aan de verdere ruimtelijke besluitvorming. In dat verdere ruimtelijke traject behoudt de raad zijn volledige publiekrechtelijke verantwoordelijkheid voor de procedures en besluitvorming. Dat houdt in dat zij in dat traject als leidraad het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening heeft te nemen.[5]

2.8 De in het kader van het vertrouwensbeginsel te toetsen stap (a) moet dus ontkennend worden beantwoord. Er is geen sprake van een toezegging.

[4] Vgl. gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU3920.
[5] Zie artikel 3.1 Wro en artikel 6.5 lid 2 Bro.
Vgl. in dat kader ook de rechtspraak op het gebied van contractuele inspanningsverplichtingen, waarbij een contractuele inspanningsverplichting niet kan leiden tot een verplichting van de raad om een bestemming te geven die zij niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht. Zie onder meer ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:106 en HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737.

2.9 Terzijde: vraag (b) kan wel bevestigend worden beantwoord. Als de raad instemt met dit voorstel, dan is die instemming juist afkomstig van het bestuursorgaan dat bevoegd is een bestemmingsplan te wijzigen of een verklaring van geen bedenkingen af te geven. De raad is het bevoegde orgaan in kwestie.[6]

2.10 Daarbij merk ik nog op dat ook als wel is voldaan aan de voorwaarden (a) en (b) voor een geslaagd beroep aan het vertrouwensbeginsel, dat nog niet betekent dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd. De raad kan van inzicht wijzigen, waardoor hij kan besluiten eerder gewekte verwachtingen niet te honoreren.[7] Onder omstandigheden kan de gemeente dan evenwel schadeplichtig zijn.[8]

2.11 Zekerheidshalve adviseer ik om richting Statkraft en de Coöperaties duidelijk te communiceren wat de besluitvorming van de raad op dit punt inhoudt. Daarbij dient te worden aangegeven dat de raad uitsluitend instemt c.q. heeft ingestemd met de verdere uitwerking en dat dit niet betekent dat de raad eind fase 3 zonder meer zal meewerken in het kader van de ruimtelijke besluitvorming. Dat is afhankelijk van de belangenafweging die de raad te zijner tijd zal moeten maken waarbij ook de uitkomsten van de nog uit te voeren onderzoeken zullen meewegen.

2.12 Om alle twijfel weg te nemen is het denkbaar dat beslispunt (IV) nog wordt aangevuld. Daarbij kan worden gedacht aan een aanvulling dat de raad instemt met verdere uitwerking van een gezamenlijk project door Statkraft en de Coöperaties, *met dien verstande* dat deze instemming geen toezegging inhoudt dat de raad zijn planologische medewerking zal verlenen in de uiteindelijke besluitvorming in fase 3, nu daarvoor een volledige belangenafweging dient te worden gemaakt en de betrokken (ruimtelijke) belangen daarvoor in dit stadium onvoldoende inzichtelijk zijn.

3 Conclusie

3.1 Samengevat:

- voor de vraag of de raad in de ruimtelijke procedure is gebonden aan een eerdere gedane instemming, is van belang of die instemming kwalificeert als een toezegging en of deze aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend;

- de instemming kan wel aan het bevoegde bestuursorgaan worden toegerekend. De raad is immers bevoegd een bestemmingsplan vast te stellen of een verklaring van geen bedenkingen af te geven;

- gelet op de inhoud van het ontwerpbesluit in samenhang met de nota van toelichting, kwalificeert de instemming van de raad naar alle waarschijnlijkheid niet als een toezegging. Er is immers geen sprake van een toezegging van de raad over de manier waarop hij zijn hierboven genoemde bevoegdheid zal uitoefenen. De raad stemt slechts in met een verdere uitwerking van het project en zal op later moment beslissen of al dan niet planologische medewerking wordt verleend aan het project;

- van de initiatiefnemers mag bekendheid met ruimtelijke procedures worden verondersteld. Om alle twijfel weg te nemen is het echter raadzaam om (1) de initiatiefnemers schriftelijk te informeren over de instemming van de raad en daarbij het voorbehoud te maken dat de raad pas bij een daadwerkelijke

[6] Zie artikel 3.1 Wro en artikel 6.5 Bor.
[7] Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1798.
[8] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

aanvraag een besluit neemt, waarbij alle relevante (ruimtelijke) belangen dienen te worden afgewogen en (2) ook in het (ontwerp)besluit op te nemen dat de uiteindelijke besluitvorming plaatsvindt in de nog op te starten ruimtelijke procedure waarbij een volledige belangenafweging zal worden gemaakt.