5.1,2,e

MEMO

VERTROUWELIJK EN BESTEMD VOOR INTERN BERAAD

AAN De gemeente Oosterhout
5.1,2,e

DATUM 25 augustus 2022
ONS KENMERK 1003391

VAN 5.1,2,e
TELEFOON
FAX
E-MAIL

ONDERWERP **Advies inzake windpark A59**

I. Inleiding

1. Namens de gemeente Oosterhout (**"de gemeente"**) heeft u ons verzocht de gemeente te adviseren over de ingekomen aanvraag van 5.1,2,e om een omgevingsvergunning voor de realisering van twee windturbines in de Oranjepolder ten noorden van Oosterhout (hierna: **"het Windpark Energiepark A59"**). U heeft ons de vraag voorgelegd of, en zo ja, op basis van welke gronden het gemeentebestuur een weigering van de gevraagde omgevingsvergunning kan rechtvaardigen. Deze vraag stelt u ons in verband met het bestuursakkoord van de collegepartijen genaamd 'De stap vooruit' (d.d. 31 mei 2022), waarin deze partijen als beleidsuitgangspunt hebben geformuleerd "af te zien van de bouw van twee windmolens in de Oranjepolder".[1]

2. In dit advies beantwoorden wij de door u gestelde vraag. Hieronder geven wij onze belangrijkste bevindingen alvast samengevat weer.

SAMENVATTING

- Een benadering die wellicht tot een toereikende motivering voor een weigering kan leiden is de toepassing van het voorzorgbeginsel. Wij zijn er niet van overtuigd dat een weigering van de gevraagde omgevingsvergunning te rechtvaardigen is op basis van andere ruimtelijk relevante redenen.

- Er zijn volgens ons onvoldoende steekhoudende argumenten om te komen tot een dragende motivering dat het Windpark Energiepark A59 niet in overeenstemming is met de normen over de exploitatie van windturbines uit het Activiteitenbesluit milieubeheer en de Activiteitenregeling milieubeheer, de normen die door 5.1,2,e zijn voorgesteld of de instructieregels uit de Interim omgevingsverordening.

[1] Bestuursakkoord 2022-2026; De stap vooruit, pagina 18 (online: https://www.oosterhout.nl/bestuur-organisatie/college-van-bw).

#22750717v1

5.1,2,e is statutair gevestigd te 5.1,2,e (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 5.1,2,e). Derdenrekening: 5.1,2,e Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met 5.1,2,e Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 5.1,2,e / 5.1,2,e en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op 5.1,2,e

- Hierbij geldt dat het aan de gemeenteraad van Oosterhout (hierna: **"de raad"**) is om zelfstandig te beslissen of het aangevraagde project ruimtelijk aanvaardbaar is. Mocht de raad tot het oordeel komen dat dit niet het geval is en daarom weigeren om een verklaring van geen bedenkingen te verlenen, dan is het college van burgemeester en wethouders van Oosterhout (hierna: **"het college"**) vervolgens verplicht de aangevraagde omgevingsvergunning te weigeren.

- Als een dergelijk weigeringsbesluit geen stand houdt bij de bestuursrechter, dan moet het college opnieuw beslissen op de aanvraag (en zal de gemeente in beginsel aansprakelijk zijn voor schade die 5.1,2,e door het onrechtmatig genomen besluit lijdt).

- Verder zou een weigering van de omgevingsvergunning in dit geval kunnen betekenen dat Gedeputeerde Staten alsnog gebruik maken van hun bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen voor het Windpark Energiepark A59.

---

3. Dit lichten wij verder toe in het vervolg van dit advies. Allereerst gaan wij in op de nog te nemen besluiten op de aanvraag en de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de raad en het college bij de beoordeling van de aanvraag. Vervolgens bespreken wij de gronden die een reden zouden kunnen vormen voor het weigeren van de aangevraagde omgevingsvergunning. Daarbij vermelden wij – zoals afgesproken tijdens het digitaal overleg op 20 juli 2022 – bij iedere grond of deze volgens ons een weigering van de aanvraag kan dragen. Hierna duiden wij de gevolgen die een weigering van de aanvraag kan hebben. Wij sluiten af met een conclusie.

II. De raad dient eerst definitief te beslissen over het geven van een verklaring van geen bedenkingen, voordat het college een beslissing mag nemen op de aanvraag

4. De aanvraag van 5.1,2,e heeft betrekking op meerdere activiteiten, waaronder de activiteit 'het handelen in strijd met de regels van de ruimtelijke ordening', als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ('Wabo'). Niet ter discussie staat dat het college deze afwijking uitsluitend kan vergunnen middels een 'buitenplanse afwijking' op grond van artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, onder 3°, van de Wabo. Dit is ook toegelicht in de ruimtelijke toelichting bij de aanvraag.[2] Het college mag alleen besluiten een omgevingsvergunning te verlenen als het buitenplans afwijken van het bestemmingsplan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.

5. Gelet op artikel 6.5, eerste lid, van het Besluit ruimtelijke ordening ('Bor') is het college bij de voorbereiding van een beslissing op een omgevingsvergunning van een 'buitenplanse afwijking' verplicht om het aspect 'ruimtelijke ordening' te laten beoordelen door de raad. Als de raad oordeelt dat de gevraagde omgevingsvergunning wenselijk is vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening, dan geeft de raad een verklaring van geen bedenkingen af.

[2] Ruimtelijke onderbouwing d.d. 15 december 2020, pagina 4.

6. Als het college van oordeel is dat de aanvraag niet in overeenstemming is met de eis van een goede ruimtelijke ordening, dan kan het college aan de raad voorstellen om geen verklaring van geen bedenkingen af te geven. De raad dient evenwel zelfstandig te beoordelen of hij al dan niet een verklaring van geen bedenkingen afgeeft.[3] Het college mag niet eerder een beslissing nemen op de aanvraag, dan nadat de raad een beslissing heeft genomen over het geven van een verklaring van geen bedenkingen.[4] Het is daarom niet mogelijk de omgevingsvergunning te weigeren (of te verlenen) zonder dat de raad eerst een beslissing heeft genomen over het geven van een verklaring van geen bedenkingen.

7. Op 30 maart 2021 heeft de raad een ontwerpverklaring van geen bedenkingen afgegeven voor het verlenen van de aangevraagde omgevingsvergunning. Daarbij heeft de raad een amendement aangenomen, inhoudende een opdracht aan het college om de volgende drie onderwerpen verder in te vullen en zoveel mogelijk mee te nemen in verdere besluitvorming:

    a. de mogelijkheden voor sociale participatie sterk te verhogen (zoals financiële participatie en hogere afdracht aan het duurzaamheidsfonds);
    b. de mogelijkheden voor dubbelgebruik;
    c. ruimte voor toepassing innovatie.

8. De ontwerpbeslissing van de raad heeft dezelfde procedure doorlopen als het ontwerpbesluit van het college om de aangevraagde omgevingsvergunning te verlenen. Vanaf 14 april 2021 tot en met 26 mei 2021 was het voor een ieder mogelijk om tegen beide onderdelen zienswijzen in te dienen. Van deze mogelijkheid hebben 37 instanties c.q. personen gebruik gemaakt.

9. De beoordeling en eventuele verwerking van de ingekomen zienswijzen dient de raad te betrekken in zijn definitieve beslissing over het geven van een verklaring van geen bedenkingen.[5] Als de raad door gewijzigde inzichten – bijvoorbeeld naar aanleiding van ingekomen zienswijzen – tot het oordeel komt dat de aanvraag niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, dan dient de raad goed te motiveren op basis van welke ruimtelijk relevante redenen hij niet bereid is een verklaring van geen bedenking af te geven (en waarom hij dus afwijkt van zijn ontwerpbeslissing).

10. Hierbij geldt dat alleen ruimtelijk relevante aspecten een rol mogen spelen bij de beoordeling van een goede ruimte ruimtelijke ordening.[6] Een weigering van een verklaring van geen bedenkingen moet in de eerste plaats zijn ingegeven door een ruimtelijke onderbouwing.[7] Aspecten die niet ruimtelijk relevant zijn, zoals draagvlak bij direct omwonenden, mag de raad weliswaar in zijn besluitvorming betrekken, maar

[3] ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2734, r.o. 2.1.1; ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1511, r.o. 2.2.

[4] ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:921, r.o. 5.3.

[5] *Kamerstukken II*, 2006/07, 30844, nr. 3, pagina's 28 en 126-127.

[6] ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:874, r.o. 4.2.

[7] ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:619, r.o. 9.2.

alleen in het kader van zijn afweging van de betrokken belangen.[8] Aspecten die niet ruimtelijk relevant zijn kunnen zelfstandig niet leiden tot een dragende motivering dat een aangevraagd project niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.

11. Als de raad tot het oordeel zou komen dat het college onvoldoende inspanningen heeft verricht om te voldoen aan de opdracht uit het amendement van 30 maart 2021, dan levert dat oordeel volgens ons (op zichzelf) geen doorslaggevend argument op voor een weigering van de verklaring van geen bedenkingen. Van belang daarbij is dat de raad de aanvraag op zijn eigen merites dient te beoordelen.[9] Die beoordeling staat los van de beoordeling of het college heeft voldaan aan het amendement. Verder geldt in algemene zin dat de omstandigheid dat onvoldoende inspanningen zijn verricht in het participatieproces geen weigering van een verklaring van geen bedenkingen kan dragen.[10] Ook menen wij dat een gebrek aan innovatie geen ruimtelijk relevante reden oplevert. Als er geen mogelijkheid is voor dubbelgebruik, dan geeft dat volgens ons op zichzelf nog geen aanleiding voor het oordeel dat het aangevraagde project niet in overeenstemming is met de eis van een goede ruimtelijke ordening.

12. Het college dient het definitieve besluit van de raad over het geven van een verklaring van geen bedenkingen op te nemen in de beslissing op de aanvraag. Artikel 2.20a van de Wabo bepaalt dat wanneer de raad een verklaring van geen bedenkingen weigert, het college vervolgens ook de aangevraagde omgevingsvergunning moet weigeren. De andere kant van de medaille daarvan is dat het college een aanvraag niet mag weigeren vanwege strijd met een goede ruimtelijke ordening, op het moment dat de raad een (definitieve) verklaring van geen bedenkingen heeft gegeven.[11]

III. Bij het uitblijven van besluitvorming, kan 5.1,2,e de bekendmaking van een beslissing afdwingen bij de bestuursrechter

13. Voordat wij inhoudelijk ingaan op de aanvraag, bespreken wij hieronder eerst de mogelijkheid om geen beslissing te nemen op de aanvraag. Dat doen wij, omdat binnen de gemeente de vraag is opgekomen of het mogelijk is geen vervolgbesluit(en) te nemen op de aanvraag. Volgens ons leidt de keuze om geen vervolgbesluit(en) te nemen niet tot het resultaat dat het college ook daadwerkelijk geen besluit zal hoeven nemen. Dit komt omdat 5.1,2,e door een beroep bij de bestuursrechter kan afdwingen dat het college, bij het uitblijven van een beslissing op de aanvraag, een besluit bekend dient te maken.

14. In dit kader wijzen wij erop dat het college – zoals de wet ook voorschrijft – de beslissing op de aanvraag voorbereidt met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (hierna: **"de uitgebreide voorbereidingsprocedure"**), als bedoeld in artikel 3.10 van de Wabo. Dit betekent dat het college binnen 26 weken op de aanvraag moet beslissen op grond van artikel 3:18, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb').

[8] ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, r.o. 3.2; ABRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2923, r.o. 5.

[9] ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS: 2021:2221, r.o. 9.5.

[10] ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:2022:844, r.o. 11.3; Rechtbank Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1632, r.o. 7.5;

[11] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 953, C, pagina 4

15. Wij constateren dat deze beslistermijn is verstreken, aangezien de aanvraag is ingediend op 15 december 2020. Het niet tijdig nemen van een beslissing op de aanvraag heeft echter geen directe rechtsgevolgen. Het is bijvoorbeeld niet zo dat een omgevingsvergunning van rechtswege ontstaat. Dit komt omdat artikel 3:10, vierde lid van de Awb bepaalt dat paragraaf 4.1.3.3 van de Awb (over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen) niet van toepassing is als de uitgebreide voorbereidingsprocedure te gelden heeft. Evenwel blijft het college gehouden een beslissing te nemen.

16. Nu het college niet tijdig heeft beslist op de aanvraag, kan 5.1,2,e het college schriftelijk in gebreke stellen (paragraaf 4.1.3.2 van de Awb). Na een ingebrekestelling heeft het college twee weken de gelegenheid alsnog te beslissen. Beslist het college niet binnen die twee weken, dan is het college van rechtswege dwangsommen verschuldigd tot een maximum van € 1.442,- (artikel 4:17, derde lid van de Awb). Bovendien kan 5.1,2,e dan beroep instellen tegen het uitblijven van een beslissing op de aanvraag (artikel 7:1, eerste lid onder f, in combinatie met artikel 8:55b van de Awb). Indien het beroep gegrond is en nog (steeds) geen besluit bekend is gemaakt, dan zal de bestuursrechter het college opdragen om binnen twee weken alsnog een besluit bekend te maken op straffe van een nadere dwangsom (artikel 8:55d, eerste en tweede lid, van de Awb). Op grond van artikel 8:55b, derde lid, van de Awb kan de bestuursrechter een andere termijn bepalen (of een voorziening treffen). Dat zou volgens ons in dit geval bij een gegrond beroep niet tijdig beslissen voor de hand liggen, omdat de Wabo voorschrijft dat het college geen beslissing op de aanvraag mag nemen, voordat de raad een beslissing heeft genomen over het geven van de benodigde verklaring van geen bedenkingen.

17. Uiteindelijk blijft het college dus gehouden een beslissing te nemen op de aanvraag. Indien het college dat niet doet, dan bestaat het risico dat 5.1,2,e een beslissing op de aanvraag (en de bekendmaking ervan) afdwingt bij de bestuursrechter. Wij verwachten dat ook in die situatie het college pas een beslissing mag nemen op de aanvraag, nadat de raad een beslissing heeft genomen over het geven van een verklaring van geen bedenkingen. Wij verwachten dat het niet mogelijk is om te komen tot een dragende motivering om de verklaring van geen bedenkingen te mogen weigeren. Volgens ons zijn er onvoldoende steekhoudende argumenten om te komen tot een dragende motivering dat het Windpark Energiepark A59 niet in overeenstemming is met de eis van een goede ruimtelijke ordening. Daarover het volgende.

IV. Een weigering mag volgens ons niet gebaseerd zijn op de omstandigheid dat omwonenden in onzekerheid verkeren over het al dan niet doorgaan van het Windpark Energiepark A59

18. In het bestuursakkoord hebben de collegepartijen het beleidsuitgangspunt geformuleerd dat wordt afgezien van de bouw van twee windmolens in de Oranjepolder. Daarbij geeft het college aan waarom het geen omgevingsvergunning wenst te verlenen:

> *"Het rijk heeft onlangs opdracht gegeven te onderzoeken welke minimale afstandseisen voor windmolens (ten opzichte van bestaande bebouwing) zouden moeten gaan gelden. Daarmee zijn plannen voor windparken 'on hold' gezet. De verwachting is dat een dergelijk onderzoek minimaal twee jaar zou gaan*

duren. Het betekent dus ook dat de bewoners van Dommelbergen-Noord ook minimaal twee jaar in onzekerheid blijven over het al dan niet doorgaan van het windpark. Wij vinden dat, vanuit bestuurlijk oogpunt, niet acceptabel. Om die reden hebben wij besloten af te zien van de bouw van twee windmolens in de Oranjepolder."

19. Wij begrijpen de wens van het college om omwonenden niet in onzekerheid te laten over de komst van het Windpark Energiepark A59. Evenwel zijn wij er niet van overtuigd dat de aangevraagde omgevingsvergunning om deze reden mag worden geweigerd. Ook omdat het volgens ons niet juist is dat het college geen omgevingsvergunning mag verlenen voor de realisering van windturbines, zolang de nieuwe landelijke normen voor windturbineprojecten nog niet zijn vastgesteld.

20. Het klopt dat de Regering in het eigen coalitieakkoord heeft afgesproken dat er 'heldere afstandsnormen voor de bouw van windmolens op land' komen.[12] Op dit moment is het niet duidelijk of en wanneer de Regering daadwerkelijk afstandsnormen zal vertalen in wet- en regelgeving. Naar aanleiding van de motie Erkens/Leijten[13] – en in verband met het actieprogramma 'Verankering milieubescherming windturbines' – heeft de Regering aan Arcadis gevraagd de effecten van verschillende afstandsnormen op de gezondheid en leefkwaliteit te onderzoeken. De resultaten van dit onderzoek zijn gepubliceerd in het rapport 'onderzoek afstandsnormen windturbines' d.d. 19 april 2022.[14] Daarin concludeert Arcadis dat het hanteren van alleen een afstandsnorm voor- en nadelen heeft ten opzichte van specifieke normen (voor geluid en slagschaduw). Hierbij wordt bijvoorbeeld gesproken over de "Deense norm" (een afstandsnorm van 4x tiphoogte).

21. Bij Kamerbrief van 6 juli 2022 heeft de Minister voor Klimaat en Energie aangegeven dat er geen tijdelijke afstandsnormen komen voor nog te vergunnen windparken.[15] In een eerdere Kamerbrief van 21 april 2022 had de Minister voor Klimaat en Energie bij de uitvoering van de motie Erkens/Leijten reeds als aandachtspunt geformuleerd "dat geen voorschot kan worden genomen op de nog vast te stellen nieuwe landelijke normen en dat provincies en gemeenten ruimte houden voor hun eigen afweging voor nieuwe windparken".[16] Wij delen deze bevinding en merken daarbij op dat het college en de raad bij hun besluitvorming op de aanvraag geen onzekere toekomstige gebeurtenissen mogen betrekken.[17] Volgens bestendige rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: **"de Afdeling"**) heeft bovendien als uitgangspunt te gelden dat de beslissing op de aanvraag om een

[12] Coalitieakkoord 2021-2015; Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst (online: https://www.rijksoverheid.nl/regering/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst).

[13] *Kamerstukken II* 2021/22, 32813, nr. 731.

[14] *Kamerstukken II* 2021/22, 33512, nr. 80; Arcadis, Onderzoek afstandsnormen windturbines (online: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/04/21/onderzoek-afstandsnormen-windturbines).

[15] Online: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/07/06/hernieuwbare-energie-op-land-en-regionale-energiestrategieen.

[16] Online: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/04/21/aanbieding-onderzoeksrapport-afstandsnormen-voor-windturbines.

[17] ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:155, r.o. 5.2.

omgevingsvergunning in beginsel 'ex nunc' geschiedt.[18] Dit betekent dat het college en de raad bij hun besluitvorming op de aanvraag het recht moeten toepassen zoals dat geldt op het moment dat zij daadwerkelijk een beslissing nemen.

22. Wij wijzen erop dat de wet niet voorziet in een mogelijkheid om besluitvorming 'on hold' te zetten. De omstandigheid dat het Rijk mogelijk in de toekomst strengere (afstands)normen vaststelt in verband met het toelaten en/of de exploitatie van windturbineprojecten heeft geen schorsende werking voor de besluitvorming op de aanvraag. Als de raad bij zijn oordeel over de aanvaardbaarheid van windturbineparken bij eigen afstandsnormen wenst aan te sluiten (vooruitlopend op mogelijke landelijke afstandsnormen), dan dienen die normen te zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering.[19]

V. Voor het bepalen van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het Windpark Energiepark A59 heeft 5.1,2,e normen opgesteld, die de raad als "eigen" normen kan overnemen

23. Het lijkt erop dat de exploitatie van (windparken met) 1 of 2 windturbines – zoals het aangevraagde Windpark Energiepark A59 – nog steeds gebonden is aan de normen uit paragraaf 3.2.3 Activiteitenbesluit milieubeheer en paragraaf 3.2.3 Activiteitenregeling milieubeheer (hierna: **"de windturbinebepalingen"**). Als gevolg van de uitspraak van de Afdeling blijven de windturbinebepalingen buiten toepassing voor 'windturbineparken' die vallen onder bijlage II van Richtlijn 85/337/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2011/92/EU en Richtlijn 2014/52/EU (hierna: **"de Mer-richtlijn"**).[20] Het Rijk gaat er – bijvoorbeeld in de tijdelijke overbruggingsregeling windturbineparken[21] – van uit dat parken met één of twee windturbines geen windturbineparken in de zin van de Mer-richtlijn zijn, vanwege de definitie in bijlage A, artikel 1, bij het Besluit milieueffectrapportage.[22] Volgens die definitie is sprake van een windturbinepark als een park bestaat uit drie of meer windturbines. Gelet op de uitleg van het Rijk kwalificeert het Windpark Energiepark A59 niet als een windturbinepark. Dit zou betekenen dat de windturbinebepalingen nog steeds van toepassing zijn op de (eventuele) exploitatie van het windpark.

24. De absolute ondergrens van drie windturbines voor het begrip 'windturbinepark' – die het Rijk hanteert – verdraagt zich echter mogelijk niet met de Mer-richtlijn. In dit kader verwijzen wij naar het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 10 februari 2011, waarin de Afdeling advisering heeft geadviseerd dat de begripsomschrijving van 'windturbinepark' geen correcte implementatie betreft van de Mer-richtlijn zoals deze door het Hof van Justitie van de Europese Unie is uitgelegd.[23] Wij kunnen derhalve niet uitsluiten dat het aangevraagde Windpark Energiepark A59, waarbij is voorzien in de realisatie van twee windturbines, kwalificeert als een "windturbinepark" in de zin van de Mer-richtlijn. Als

[18] ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2175, r.o. 5.6.

[19] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, r.o. 65.

[20] Zie ook: ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1679, r.o. 5.2

[21] *Staatsblad* 2022, 181.

[22] Kamerbrief 6 juli 2021, *Kamerstukken II* 2020/2021,33612, nr. 76.

[23] *Staatscourant* 2011, nr. 7262, onder 2, onder a.

dat het geval zou zijn, dan moeten de windturbinebepalingen buiten toepassing blijven bij de beoordeling van het Windpark Energiepark A59, vanwege de uitspraak van de Afdeling van 30 juni 2021.[24] Zekerheidshalve hebben wij daarom in ons eerdere advies van 13 juli 2021 geadviseerd om eigen normen te hanteren bij het beoordelen van de aanvraag. Daarmee ondervangt de gemeente ook de situatie waarin het Windpark Energiepark A59 tot dezelfde inrichting – en daarmee hetzelfde "windturbinepark" – gerekend zou moeten worden als het bestaande Windpark Weststad dat bestaat uit zes windturbines (en dus sprake zou zijn van een windturbinepark van acht windturbines). Dat laatste is, zoals hierna nog aan de orde zal komen, van belang in verband met de Interim omgevingsverordening van de provincie.

25. Ook hierbij geldt dat de gemeente alleen "eigen normen" mag hanteren als die normen zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering. De raad zou zich op het standpunt kunnen stellen dat voor het windpark enkel zeer strenge normen aanvaardbaar zijn. Daarmee zou de raad echter de resultaten van het onderzoek van 5.1,2,e tegenspreken. Aan de hand van de aanvraag en de locatie heeft 5.1,2,e in opdracht van de 5.1,2,e onderzocht welke normen voor het Windpark Energiepark A59 ruimtelijk aanvaardbaar zijn voor de aspecten 'geluid', 'slagschaduw' en 'externe veiligheid' en/of aan deze normen kan worden voldaan. 5.1,2,e stelt voor om als mogelijke "eigen" – voor het windpark ruimtelijk aanvaardbare – normen aan te houden:

    - 47 dB L_{den} en 41 dB L_{night} voor het aspect 'geluid';
    - een half uur slagschaduw per jaar, en;
    - PR10-^{5} voor beperkt kwetsbare objecten en PR10-^{6} voor kwetsbare objecten voor het aspect 'externe veiligheid'.

26. Uit het onderzoek van 5.1,2,e blijkt dat het Windpark Energiepark A59 (ruimschoots) aan deze normen en aan de windturbinebepalingen voldoet.[25] Daarover het volgende.

VI. Wij verwachten dat een weigering niet gebaseerd kan worden op het oordeel dat de aanvraag niet voldoet aan de windturbinebepalingen of de normen die voortkomen uit het onderzoek van 5.1,2,e

Geluid

27. 5.1,2,e en de windturbinebepalingen (artikel 3.15d, eerste lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer) gaan voor het aspect 'geluid' uit van een norm van 47 dB voor de etmaalperiode (L_{den}) en van een norm van 41 dB voor de nachtperiode (L_{night}) op de gevel van gevoelige gebouwen, tenzij deze zijn gelegen op een gezoneerd industrieterrein, en bij gevoelige terreinen op de grens van het terrein. Deze normen zijn gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek door TNO en op een aanvaardbaar geacht aandeel 'ernstig gehinderden' door windturbinegeluid binnenshuis van 8-9%. Wij zien geen redenen om te twijfelen aan de

[24] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.

[25] Bijlage 3 bij de conceptzienswijzenota.

conclusie uit de rapporten van 5.1,2,e en de second opinion van TNO dat geen sprake is van gevoelige objecten – zoals woningen – binnen de 47 dB L_{den} of 41 dB L_{night} contour, niet zijnde een gevoelig object op een gezoneerd industrieterrein. Hier komt bij dat er geluidsbronnen in de omgeving zijn die zodanig veel meer geluid produceren op de geluidgevoelige objecten, dat het geluid van de windmolens waarschijnlijk zal wegvallen.

Slagschaduw

28. De windturbinebepalingen (artikel 3.12, eerste lid, van de Activiteitenregeling) gaan uit van een norm voor slagschaduw van maximaal circa zes uur per jaar. Voor het Windpark Energiepark A59 is volgens 5.1,2,e een norm van maximaal 0,5 uur per jaar aanvaardbaar. Dit is in overeenstemming met het beleid van 5.1,2,e [26] Door het plaatsen van de benodigde stilstandvoorziening kan het aangevraagde Windpark Energiepark A59 voldoen aan de windturbinebepalingen en de strengere norm die volgens 5.1,2,e ruimtelijk aanvaardbaar is.

Externe veiligheid

29. De windturbinebepalingen (artikel 3.15a, eerste en tweede lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer) en de normen van 5.1,2,e gaan voor het aspect externe veiligheid uit van een plaatsgebonden risico van 10^{-6} per jaar voor kwetsbare objecten en 10^{-5} per jaar voor beperkt kwetsbare objecten als norm. Aan de hand hiervan heeft 5.1,2,e plaatsgebonden risicocontouren opgesteld, waaruit blijkt dat geen (beperkt) kwetsbare objecten zijn gesitueerd binnen de maximale plaatsgebonden risicocontour 10^{-6} per jaar (van 75 meter). Hiernaast concludeert 5.1,2,e dat geen beperkt kwetsbare objecten of kwetsbare objecten zijn gesitueerd binnen de maximale plaatsgebonden risicocontour 10^{-5} per jaar (van 280 meter).

Tussenconclusie over de overeenstemming van het project met de door 5.1,2,e voorgestelde "eigen" normen of de windturbinebepalingen

30. Onder de streep is volgens ons de afstand tussen het projectgebied van het Windpark Energiepark A59 en andere functies dusdanig groot, dat het daardoor – gelet op het onderzoek van 5.1,2,e en de second opinion van TNO – niet houdbaar is om tot de conclusie te komen dat de exploitatie van het Windpark Energiepark A59 niet kan voldoen aan de windturbinebepalingen of de normen die 5.1,2,e voorstelt. Als de raad voor zijn standpunt over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van het Windpark Energiepark A59 uitgaat van de toets of de exploitatie van dit park moet en kan voldoen aan de windturbinebepalingen of de normen die 5.1,2,e voorstelt, dan zou dat volgens ons moeten leiden tot de conclusie dat – met betrekking tot de bovengenoemde milieucompartimenten – sprake is van een ruimtelijk aanvaardbaar project.

VII. Mogelijk geeft de toepassing van het voorzorgbeginsel een reden om het aangevraagde Windpark Energiepark A59 te weigeren

31. De raad zou zich op het standpunt kunnen stellen dat hij wenst aan te sluiten bij normen die een grotere

[26] Ruimtelijke onderbouwing d.d. 15 december 2020, pagina 66.

beperking inhouden voor de hoeveelheid milieuhinder die mag ontstaan. Wij vragen ons echter af of dergelijke strengere normen gerechtvaardigd kunnen worden. In dit kader merken wij nogmaals op dat "eigen" normen moeten zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering.

32. Voor het milieucompartiment 'geluid' zou de raad kunnen aansluiten bij de geadviseerde waarden van de Wereldgezondheidsorganisatie van 45 dB (L_{den}) en 40 dB (L_{night}). Dat zou volgens ons echter geen steekhoudend argument opleveren voor het oordeel dat het Windpark Energiepark A59 niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, reeds omdat door 5.1,2,e en TNO is berekend dat het windpark niet leidt tot een geluidbelasting op de gevel van een gevoelig object – niet zijnde een gevoelig object op gezoneerd industrieterrein – die hoger is dan de voornoemde waarden 45 dB (L_{den}) en 40 dB (L_{night}).

33. Een andere benadering die wellicht tot een toereikende motivering voor een weigering kan leiden is de volgende. Gesteld kan worden dat het op dit moment niet zeker is welke norm als ruimtelijk aanvaardbaar kan worden aangemerkt voor het milieucompartiment 'geluid' (voor het Windpark Energiepark A59). Ter onderbouwing van dit standpunt kan gewezen worden op de inhoud van de Kamerbrief van de Minister van Klimaat en Energie van 6 juli 2022 waarin hij aangeeft dat hij voor de Nederlandse situatie aanvullende inzichten over de gezondheidseffecten van windturbinegeluid wil krijgen, met name in de context van steeds hoger wordende windturbines.[27] De minister kondigt in de brief aan dat nieuwe onderzoeken naar hinder, slaapverstoring en gezondheidsklachten worden gestart. In dit onderzoek zullen verschillende factoren/kenmerken van windturbine(geluid) worden meegenomen, maar zullen ook op verschillende manieren de effecten worden gemeten.

34. Het voorgaande zou aanknopingspunten kunnen geven voor het oordeel dat de raad op grond van het 'voorzorgbeginsel' het Windpark Energiepark A59 vooralsnog niet wenst toe te staan vanwege de onzekere gevolgen voor het woon- en leefklimaat. In verband daarmee merken wij op dat de raad in het kader van een goede ruimtelijke ordening dient te beoordelen welk effect het Windpark Energiepark A59 op de volksgezondheid kan hebben.[28] Voor zover dit effect onvoldoende zeker is en nader onderzoek nodig is, is het bepleitbaar dat de raad zich op het standpunt mag stellen om uit voorzorg bepaalde ontwikkelingen niet toe te staan. Het beoordelen van een voor de maatschappij al dan niet aanvaardbaar risico is volgens de Afdeling primair een bestuurlijke taak.[29] Deze beleidsruimte geeft de raad de ruimte om vanwege mogelijke gezondheidsrisico's van een activiteit, uit voorzorg die activiteit planologisch niet toe te laten.[30]

[27] Online: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/07/06/hernieuwbare-energie-op-land-en-regionale-energiestrategieen.

[28] ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2396, r.o. 5.1

[29] ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238, r.o. 11.3.

[30] ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, r.o. 4.2,

35. De raad zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de zienswijze van 5.1,2,e daartoe in het bijzonder aanleiding geeft. 5.1,2,e is een zorglocatie waar zorgbehoevenden wonen met de ziekte van Huntington. 5.1,2,e is gelegen op een afstand van 1.060 meter tot het projectgebied. Door 5.1,2,e is een maximale geluidbelasting op de gevels van 5.1,2,e van 41 dB L_{den} berekend. Enerzijds zou de raad de motivering kunnen volgen uit de conceptzienswijzenota dat andere geluidsbronnen zoveel meer geluid produceren dan de windmolens dat het geluid van de windmolens daartegen wegvalt. Anderzijds zou de raad kunnen overwegen dat het geluid vanuit de windmolens in kwalitatieve zin (het type geluid) niet vergelijkbaar is met geluid van uit andere bronnen. Dit laatste zou – gelet op de Kamerbrief van 6 juli 2022 – aanleiding kunnen geven voor het oordeel dat nader onderzoek is nodig naar de effecten van het geluid van de windturbines voor omwonenden, en in het bijzonder de bewoners van de 5.1,2,e en dat de raad meent dat het toestaan van het Windpark Energiepark A59 - gelet op de onzekere gevolgen voor de gezondheid op dit moment - een onaanvaardbaar risico oplevert voor het woon- en leefklimaat.

36. In het geval dat de raad het aangevraagde Windpark Energiepark A59 weigert op basis van het voorzorgbeginsel, dan dient de raad dat wel goed te motiveren. De raad moet bij deze beslissing uitleggen dat sprake is van onzekerheid met betrekking tot de gevolgen van windturbinegeluid en dat in dit kader nader wetenschappelijk onderzoek benodigd is. Vervolgens dient de raad toe te lichten dat volgens hem sprake is van een voor de maatschappij onaanvaardbaar gezondheidsrisico als hij toestemming zou geven aan het Windpark Energiepark A59, terwijl nader onderzoek naar de gezondheidseffecten van windturbinegeluid benodigd is en op rijksniveau al wordt uitgevoerd.

VIII. Het aangevraagde Windpark Energiepark A59 lijkt in overeenstemming te zijn met de provinciale instructieregels.

37. Volgens de Interim omgevingsverordening van de provincie Noord-Brabant is het projectgebied gelegen in het 'Landelijk gebied'. Binnen het Landelijk gebied is volgens de instructieregels van de Interim omgevingsverordening nieuwvestiging van zelfstandige opstellingen van windturbines mogelijk. Hieraan zijn in de genoemde verordening wel verschillende voorwaarden verbonden. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in artikel 3.37 van de Interim omgevingsverordening. Wij bespreken hieronder de voorwaarden die mogelijk een weigeringsgrond kunnen opleveren.

- Eerste lid, onder a: De windturbines moeten inpasbaar zijn in de omgeving. De provincie heeft uit oogpunt van zorgvuldig ruimtegebruik in de Interim omgevingsverordening beoogd te regelen dat windturbines worden geconcentreerd in daarvoor geschikte gebieden. Wij merken op dat de twee windturbines van het Energiepark A59 worden voorgesteld in een lijn parallel langs de A59 en in het verlengde van het bestaande windpark en dat deze in lijn liggen met de verkaveling van het projectgebied. Het projectgebied is gelegen in de nabijheid van een bedrijventerrein. Hoewel de openheid van het landschap zal worden aangetast door de realisering van de windturbines, kan volgens ons niet in redelijkheid worden gesteld dat de windturbines – mede gelet op de (relatief) grote afstand van het projectgebied ten opzichte van woningen – niet inpasbaar zijn in de omgeving.

- Eerste lid, onder b: De nieuwvestiging van windturbines is alleen toegestaan als er sprake is van een geclusterde opstelling van minimaal drie windturbines. Als dit niet het geval is, dan mag de nieuwvestiging van een windpark niet worden toegestaan. De vraag of sprake is van een cluster moet beantwoord worden aan de hand van visuele aspecten. Het niet overeenkomen van de hoogte van windturbines betekent nog niet dat deze turbines geen cluster kunnen vormen. In dit geval is sprake van twee nieuwe windmolens. Gesteld zou kunnen worden dat deze geen cluster vormen met de zes windturbines van het bestaande Windpark Weststad. Dat lijkt ons echter geen haalbare kaart. Gezien de landschappelijke (en visuele) samenhang die tussen de bestaand en nieuwe windturbines bestaat lijkt sprake te zijn van een geclusterde opstelling. Uit de visualisaties in de ruimtelijke onderbouwing blijkt ook dat de windturbines vanuit verschillende gezichtspunten als een samenhangend geheel kunnen worden gezien, ondanks verschil in onderlinge afstand en afmetingen tussen het bestaande Windpark Weststad en het Windpark Energiepark A59.[31]
- Eerste lid, onder c: de ontwikkeling moet maatschappelijke meerwaarde geven, waaronder de mogelijkheid voor de omgeving om te participeren in het project. In de ruimtelijke onderbouwing is toegelicht op welke wijze het Windpark Energiepark A59 een maatschappelijke meerwaarde geeft.[32] Mede omdat de Interim omgevingsverordening geen kwalitatieve of kwantitatieve eisen stelt aan deze voorwaarde, denken wij dat niet in redelijkheid het standpunt kan worden ingenomen dat sprake is van onvoldoende maatschappelijke meerwaarde.[33]

38. Volgens ons zijn er geen steekhoudende argumenten voor het oordeel dat de aanvraag niet in overeenstemming is met de Interim omgevingsverordening. In verband hiermee merken wij op dat Gedeputeerde Staten van de provincie hebben aangegeven dat zij geen aanleiding zien voor het maken van opmerkingen ten aanzien van het ontwerpbesluit.

IX. Overige aspecten

Natuur

39. Het aspect 'natuur' lijkt niet in de weg te staan aan de realisering van het aangevraagde windpark. In een zogenoemde "natuurtoets" concludeert Bureau 5.1,2,e dat geen sprake is van significante aantasting van Natura 2000 of Natuurnetwerk Nederland door de komst van de windmolens. Wij zien geen aanknopingspunten voor het oordeel dat deze conclusie niet volledig of onjuist is. Hiernaast merken wij op dat voor het Windpark Energiepark A59 de benodigde ontheffing in verband met het soortenbeschermingsregime in de Wet natuurbescherming reeds verleend is door Gedeputeerde Staten op 10 augustus 2021.

Zicht

40. Bij de beoordeling van de ruimtelijke ordening mag de raad betrekken dat de realisering van het Windpark

[31] Ruimtelijke onderbouwing d.d. 15 december 2020, paragraaf 4.4.

[32] Ruimtelijke onderbouwing d.d. 15 december 2020, paragraaf 4.5.

[33] Zie ook: Rechtbank Zeeland – West-Brabant 17 september 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4637, r.o. 9.14 e.v.

Energiepark A59 zal leiden tot een aantasting van het uitzicht van omwonenden. Dit zou een weigeringsgrond kunnen opleveren op het moment dat het uitzicht vanuit de woningen van omwonenden zodanig wordt aangetast, dat ter plaatse niet meer gesproken kan worden van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat.[34] Die situatie lijkt zich hier niet voor te doen. Gelet op de afstand van het projectgebied tot de meest nabijgelegen woningen en de onderzoeken die bij de aanvraag zijn overgelegd, lijkt de horizonvervuiling die het Energiepark A59 zal veroorzaken niet zodanig te zijn, dat daardoor sprake zal zijn van een onaanvaardbaar woon- en leefklimaat ter plaatse van de woningen van omwonenden. Hier komt de omstandigheid bij dat er geen recht bestaat op een blijvend vrij uitzicht.[35]

Cumulatie van ontwikkelingen

41. Bij de beoordeling van de vraag of sprake blijft van een goed woon- en leefklimaat voor omwonenden dient de raad ook de gevolgen van andere projecten te betrekken.[36] Het gaat om een cumulatieve effectenbeoordeling. De effecten moeten zodanig zijn, dat deze gezamenlijk leiden tot een onaanvaardbaar woon- en leefklimaat. Gelet op de onderzoeken die bij de aanvraag zijn overgelegd bestaat volgens ons geen aanleiding voor het oordeel dat een hindereffect – zoals geluid, verkeer of zicht – van het Windpark Energiepark A59 gezamenlijk met andere (voorgenomen) projecten leidt tot een onaanvaardbaar woon- en leefklimaat voor omwonenden. De enkele omstandigheid dat in de omgeving veel ontwikkelingen plaatsvinden, maakt op zichzelf nog niet dat daardoor een onaanvaardbaar woon- en leefklimaat ontstaat.

Hoogte

42. De twee aangevraagde windmolens van het Windpark Energiepark A59 zullen een tiphoogte hebben van maximaal 235 meter. De raad zou zich op het standpunt kunnen stellen dat hij (in algemene zin) windturbines met een dergelijke tiphoogte ruimtelijk niet aanvaardbaar vindt. Daarmee zou de raad afwijken van de gemeentelijke routekaart.[37] Bovendien moet een dergelijk standpunt van de raad zijn ingegeven door ruimtelijke motieven die hij deugdelijk onderbouwt.[38] De enkele stelling dat de raad de aangevraagde windturbines te hoog vindt, zal de bestuursrechter niet accepteren. Als wij kijken naar de onderzoeken die bij de aanvraag horen dan concluderen wij dat er (vooralsnog) geen aanknopingspunten zijn die het aannemelijk maken dat windturbines van 235 meter ter plaatse ruimtelijk onaanvaardbaar zijn.

Tussenconclusie over de eis van een goede ruimtelijke ordening

43. Wij komen tot de tussenconclusie dat uitsluitend de toepassing van het voorzorgbeginsel een mogelijke reden geeft voor de raad om geen verklaring van geen bedenkingen af te geven voor het aangevraagde Windpark Energiepark A59. Wij zijn er niet van overtuigd dat een weigering van de gevraagde omgevingsvergunning te rechtvaardigen is op basis van andere ruimtelijk relevante redenen.

[34] ABRvS 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2720, r.o. 12.3.

[35] ABRvS 2 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3322, r.o. 51.1.

[36] ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2122, r.o. 6 en Rb. Noord-Nederland 21 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1061, r.o. 7.7.

[37] Routekaart energietransitie 2019-2022, p.6 (online: https://www.oosterhout.nl/fileadmin/documenten/internet/sto/20190917_Routekaart_energietransitie_2019-2022.pdf).

[38] ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1424, r.o. 15.2.

X. Wij wijzen erop dat de gemeente een aansprakelijkheidsrisico loopt bij een onrechtmatige weigering van de aangevraagde omgevingsvergunning

44. De vraag of de gemeente een aansprakelijkheidsrisico loopt in verband met het weigeren van de omgevingsvergunning, is afhankelijk van de inhoud van het genomen besluit. Vooralsnog menen wij dat een aansprakelijkheidsrisico wel degelijk aanwezig is. Dit lichten wij hieronder toe.

45. De gemeente is in beginsel aansprakelijk voor onrechtmatige besluitvorming door de bestuursorganen van de gemeente. Mocht het college besluiten de aangevraagde omgevingsvergunning te weigeren, dan is de kans aanwezig dat die beslissing onrechtmatig is (in de zin van art. 6:162 BW). Echter zolang een weigeringsbesluit niet wordt vernietigd door de Afdeling, dan heeft het besluit formele rechtskracht. Dit betekent dat het besluit voor rechtmatig en rechtsgeldig moet worden gehouden. Voor zover de Afdeling het besluit zou vernietigen, dan staat daarmee evenwel direct de onrechtmatigheid van het besluit vast. [39] Ook de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de gemeente is in die situatie – in beginsel – gegeven.[40]

46. Indien een besluit van de gemeenteraad of het college onrechtmatig blijkt, is de volgende stap het bekijken waartoe die onrechtmatigheid leidt. Meer concreet gaat het om de vraag in hoeverre het onrechtmatige besluit daadwerkelijk leidt tot schade. Alleen schade die samenhangt met de onrechtmatigheid van het besluit, komt voor vergoeding in aanmerking (op grond van art. 6:162 van het BW). Dit is het 'condicio sine qua non verband'.

47. Het condicio sine qua non-verband, en daarmee het feitelijke causaal verband, ontbreekt indien ten tijde van het nemen van het rechtens onjuist bevonden besluit een rechtmatig besluit *kon worden genomen*, dat naar aard en omvang eenzelfde schade tot gevolg zou hebben gehad.[41] Hierbij is niet beslissend of het college de aanvraag alsnog *had kunnen weigeren*, maar welk besluit het *zou hebben genomen* indien het wel overeenkomstig de wet zou hebben beslist. [42]

48. Als het project na een onrechtmatig genomen weigeringsbesluit alsnog doorgaat, dan zal de schade voornamelijk bestaan uit "vertragingsschade". In dat geval ontbreekt het condicio sine qua non-verband tussen de onrechtmatige besluitvorming en de kosten die samenhangen met de realisatie van het windpark. Mocht het niet mogelijk zijn om het Windpark Energiepark A59 park te realiseren na een onrechtmatig genomen weigeringsbesluit, bijvoorbeeld vanwege de intrekking van de SDE-subsidie voor het windpark door de Minister voor Klimaat en Energie, dan zal de gemeente mogelijk ook gehouden zijn om misgelopen inkomsten te vergoeden die verband houden met het niet realiseren van het windpark.

[39] Zie bijvoorbeeld HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:353 (*Den Haag*).

[40] Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 1991, NJ 1993/112, r.o. 3.4 (*Van Gog/Nederweert*).

[41] HR 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7587 (*Ameland I*).

[42] HR 3 juni 2006, ECLI:NL:HR:2016:1112 (*Hengelo/Wevers*).

Conclusie over aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad

49. Wij komen tot het oordeel dat er een **hoog** aansprakelijkheidsrisico is verbonden aan een besluit van het college tot het weigeren van de aangevraagde omgevingsvergunning voor Windpark Energiepark A59. Dit heeft ermee te maken dat het volgens ons zeer waarschijnlijk is dat 5.1.2,e zal opkomen tegen een weigering van de omgevingsvergunning bij de Afdeling. De kans is aanzienlijk dat de Afdeling een besluit van het college tot weigering van de aangevraagde omgevingsvergunning zal vernietigen. In dat geval is sprake van een onrechtmatig genomen besluit.

50. De omvang van de schade die in causaal verband staat met een onrechtmatig genomen weigeringsbesluit is op voorhand moeilijk te bepalen. Waarschijnlijk zal enkel sprake zijn van vertragingsschade. Dat denken wij omdat de mogelijkheid bestaat dat Gedeputeerde Staten een omgevingsvergunning zullen verlenen voor de realisering van het Windpark Energiepark A59, op het moment dat het college de gevraagde omgevingsvergunning weigert.

XI. Als het college geen omgevingsvergunning verleent, dan zullen Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant dat mogelijk alsnog doen

51. In verband hiermee merken wij op dat het in beginsel niet de bestuursorganen van de gemeente zijn om een beslissing te nemen over het verlenen van een vergunning voor (een windpark van) twee windturbines, zoals het Windpark Energiepark A59. Voor een windpark met een omvang tussen de 5 en 100 MW zijn Provinciale Staten op basis van artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998 ('Elektriciteitswet') het bevoegd gezag voor het vaststellen van een inpassingsplan en het verlenen van een omgevingsvergunning.

52. Op grond van artikel 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet, kunnen Gedeputeerde Staten bepalen dat de bevoegdheid om te beslissen op een omgevingsvergunning voor een Windpark met een omvang tussen de 5 en 100 MW aan het college van burgemeester en wethouders, indien: *in aanmerking genomen de omvang, aard en ligging van de desbetreffende productie-installatie, redelijkerwijze niet valt te verwachten dat toepassing van het eerste lid de besluitvorming in betekenende mate zal versnellen of dat daaraan anderszins aanmerkelijke voordelen zijn verbonden.*

53. Voor het Windpark Energiepark A59 hebben Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant de provinciale bevoegdheid om te beslissen op verzoek van de gemeente overgedragen aan de bestuursorganen van de gemeente Oosterhout. Dat hebben zij gedaan per brief van 17 maart 2020. In deze brief is overwogen dat het gewenst is om de bestuursorganen van de gemeente een beslissing te laten nemen over de omgevingsvergunning, vanwege "de ambitie om vaart te maken met de ontwikkeling van het windpark Energiepark A59".

54. In het geval dat het college besluit om geen omgevingsvergunning te verlenen, dan zullen Gedeputeerde Staten mogelijk terugkomen van de toepassing van 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet. In dat geval zullen Gedeputeerde Staten – indien 5.1.2,e een nieuwe aanvraag indient – zelf beoordelen of een omgevingsvergunning verleend kan worden voor het aangevraagde Windpark Energiepark A59.

55. Volgens ons is het een bevoegdheid en geen verplichting van Gedeputeerde Staten om terug te komen van de toepassing van 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet. Een uitspraak waaruit volgt dat Gedeputeerde Staten niet mogen terugkomen van de toepassing van artikel 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet hebben wij niet gevonden.

56. Hierbij geldt dat als het Windpark Energiepark A59 niet zou doorgaan, er een restopgave ontstaat voor de gemeente om te voldoen aan haar verplichtingen in het kader van de Regionale Energiestrategie (1.0). Volgens de Regionale Energiestrategie zal de gemeente Oosterhout voor 45 GWh bijdragen aan de regionale opgave voor wind op land. Deze opgave zou ingevuld worden door Windpark Energiepark A59. Als dat niet het geval is, dan dient de gemeente te komen met een alternatieve oplossing. Wij hebben vanuit de gemeente begrepen dat uit gemeentelijk onderzoek is gebleken dat er binnen de gemeente geen andere geschikte locatie is voor het toestaan van een windpark bestaande uit twee windturbines.

XII. Wij verwachten dat het niet tekenen van de anterieure overeenkomst niet zal leiden tot aansprakelijkheid

57. Wij begrijpen dat de gemeente – begrijpelijkerwijs – het voornemen heeft om geen anterieure overeenkomst te sluiten met 5.1,2,e, op het moment dat geen omgevingsvergunning wordt verleend voor de realisering van het Windpark Energiepark A59. Aan het afbreken van onderhandelingen is een aansprakelijkheidsrisico verbonden.

58. Indien tussen (onderhandelende) partijen nog geen overeenkomst tot stand is gekomen, dan bevinden zij zich in de precontractuele fase. Hierbij is in het verbintenissenrecht het uitgangspunt dat partijen de vrijheid hebben om al dan niet met elkaar een overeenkomst te sluiten en dus ook om eventuele onderhandelingen af te breken. In de juridische doctrine is echter algemeen aanvaard dat onder omstandigheden het afbreken van onderhandelingen kan resulteren in schadeplichtigheid van de afbrekende partij. De Hoge Raad heeft in het arrest Plas/Valburg de vuistregel gegeven dat er sprake is van onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen, indien partijen over en weer mochten vertrouwen dat een overeenkomst uit de onderhandelingen tot stand zou komen.[43]

59. In het nadien gewezen arrest CBB/JPO heeft de Hoge Raad de maatstaf die bij het afbreken van onderhandelingen heeft te gelden als volgt aangelegd[44]:

    - als maatstaf geldt dat een onderhandelende partij vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst, of in verband met andere omstandigheden, onaanvaardbaar zou zijn;
    - er dient rekening gehouden te worden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van het gerechtvaardigd vertrouwen heeft bijdragen,

[43] HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

[44] HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*).

en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij, waarbij onvoorziene omstandigheden een rol kunnen spelen;
- indien onderhandelingen, ondanks gewijzigde omstandigheden, over een lange tijd worden voortgezet, is voor wat betreft het gerechtvaardigd vertrouwen doorslaggevend hoe daarover op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld, en wel tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.

60. De vraag of er een gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig is bij de wederpartij van de afbrekende partij, kan worden beïnvloed door het bestaan van een voorbehoud tot goedkeuring van de overeenkomst die partijen beogen te sluiten. Voor de aanwezigheid van een voorbehoud van goedkeuring is voldoende dat een partij begrijpt of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat aan de zijde van haar wederpartij een voorbehoud van goedkeuring bestaat.

61. In de anterieure overeenkomst is een nadrukkelijk voorbehoud gemaakt dat een overeenkomst pas tot stand komt als deze door het college is ondertekend. Reeds daarom menen wij dat er veel voor te zeggen valt dat 5.1.2,e er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er een anterieure overeenkomst tot stand is gekomen. Wij menen dat er goede argumenten zijn om in het onderhavige geval aan te nemen dat het de gemeente vrijstaat om de onderhandelingen met 5.1.2,e over de anterieure overeenkomst af te breken.

62. Gelet op het voorgaande komen wij tot de conclusie dat er een **laag** aansprakelijkheidsrisico is verbonden aan het niet tekenen van de anterieure overeenkomst door de gemeente. Daarbij merken wij op dat het niet tekenen van de anterieure overeenkomst met zich brengt dat 5.1.2,e ook niet gehouden kan worden tot het naleven van de verplichtingen die in de (concept)overeenkomst zijn opgenomen.

63. Hiernaast merken wij op dat het ontbreken van een anterieure overeenkomst in dit geval geen gegronde reden lijkt te vormen om een verklaring van geen bedenkingen niet te geven (en dus de omgevingsvergunning te weigeren). Van belang is in dit kader dat de voorgestelde financiële bijdrage – zoals opgenomen in artikel 5 van de conceptovereenkomst – niet bedoeld is om een nadelige ruimtelijke ontwikkeling van het Windpark Energiepark A59 te compenseren, zodat er ook geen ruimtelijke samenhang bestaat tussen het aangevraagde project en de bijdrage.

64. Volgens de Rechtbank Noord-Holland kan het niet tekenen van een anterieure overeenkomst niet leiden tot de conclusie dat geen sprake is van een goede ruimtelijke ordening, op het moment dat geen sprake is van ruimtelijke samenhang tussen een project en een financiële bijdrage.[45]

XIII. Conclusie

65. Een benadering die wellicht tot een toereikende motivering voor een weigering kan leiden is de toepassing van het voorzorgbeginsel. Wij concluderen dat er onvoldoende steekhoudende andere argumenten zijn om te komen tot een dragende motivering dat het Windpark Energiepark A59 niet in

[45] Rechtbank Noord-Holland 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:7116, r.o. 13.5.

overeenstemming is met de eis van een goede ruimtelijke ordening.

66. Als de raad tot het oordeel komt dat het Windpark Energiepark A59 niet past binnen de eis van een goede ruimtelijke ordening en het college om die reden de aanvraag weigert, dan heeft dat verschillende gevolgen. Die gevolgen hebben wij in dit advies beschreven. Verder hebben wij toegelicht dat het besluit om geen omgevingsvergunning te verlenen, niet behoeft te betekenen dat 5.1,2,e het Windpark Energiepark A59 niet mag realiseren. Gedeputeerde Staten zouden alsnog gebruik kunnen maken van hun bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen voor het Windpark Energiepark A59.

5.1,2,e

5.1,2,e