

MEMO - VERVROUWELIJK

VAN: Irma van den Berg

AAN: Gemeente Diemen
T.a.v. dhr. M. Cornelissen

DATUM	DOSSIER	PAGINA
27 januari 2019	63.519	1/5
ONDERWERP	BETREFT	AANTAL BIJLAGEN
Advies verschillende onderwerpen inzake omgevingsvergunning biomassacentrale	Gemeente Diemen / advies omgevingsvergunning biomassacentrale	

Geachte heer Cornelissen,

U heeft ons gevraagd om uw gemeente te adviseren omtrent de volgende vragen/onderwerpen inzake de aanvraag van Nuon voor een biomassacentrale:

1. Welke theoretische juridische en daarmee samenhangende financiële risico's loopt de gemeente als de raad zou besluiten geen verklaring van geen bedenkingen (hierna: vvgb) af te geven zonder dat daar goede ruimtelijke redenen voor zijn?
2. In een door de gemeente met NUON te sluiten convenant, waarin afspraken worden gemaakt over onder meer de tijdelijkheid van de biomassacentrale, bindend?

Hierna volgen eerst onze conclusies, daarna de onderbouwing daarvan.

Conclusies

1. De gemeente loopt naar onze mening een risico op een schadeclaim van NUON en/of de provincie wanneer een vvgb wordt geweigerd zonder goede ruimtelijke redenen. Een dergelijk besluit tot weigering is in strijd met de wet (artikel 6.5 lid 2 Besluit omgevingsrecht) en dus onrechtmatig.

2. Een tussen de gemeente, NUON en de provincie te sluiten convenant is bindend voor partijen. Hoe ver de daarin opgenomen verplichtingen reiken, en in welke mate zij afdwingbaar zijn, hangt af van het type verplichting dat wordt opgenomen en de formulering ervan.

Risico's bij weigering vvgb

1. Naar onze mening kunnen zich verschillende juridische en daarmee samenhangende financiële risico's voordoen wanneer de raad de vvgb weigert om andere dan ruimtelijke redenen.
2. Dat de raad de vvgb alleen om ruimtelijke redenen kan weigeren, staat in artikel 6.5 lid 2 Besluit omgevingsrecht (Bor). Als de vvgb om andere redenen wordt geweigerd – bijvoorbeeld omdat de raad vindt dat houtpellets op een betere manier gebruikt kunnen worden dan in verbranding voor warmteproductie -, dan is dat in strijd met dit artikel en dus onrechtmatig.
3. Als de raad de vvgb weigert, moeten GS ook de omgevingsvergunning weigeren. Gezien artikel 2.27 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) hebben GS geen ruimte om daarin een eigen afweging te maken.
4. Zowel NUON als GS hebben, onzes inziens, mogelijkheden om – direct dan wel indirect – tegen de weigering van de vvgb op te komen en te laten vaststellen dat deze weigering onrechtmatig was en een schadeclaim in te dienen.

Mogelijkheden GS

5. GS kunnen beroep instellen tegen het besluit tot weigering van de verklaring van geen bedenkingen (artikel 8.5 Awb in combinatie met Bijlage 2 bij de Awb, artikel 1, onder het kopje Wabo en onder a). Zij kunnen als enige direct tegen dit besluit opkomen. Indien het besluit tot weigering van de vvgb door de rechter wordt vernietigd, staat vast dat dit besluit onrechtmatig was jegens de provincie en dat dit toerekenbaar is aan de gemeente.
6. Wil de provincie succesvol van de gemeente schade claimen, dan zal daarnaast moeten zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste (de geschonden norm moet strekken tot bescherming van het belang van de provincie) en er moet aantoonbaar schade zijn die in causaal verband staat tot de oorzaak van de schade. De geleden schade moet dus het gevolg zijn van het onrechtmatige besluit. Als de schade ook zou zijn ontstaan wanneer een rechtmatig besluit zou zijn genomen, is niet aan het causaliteitsvereiste voldaan en wordt de claim voor wat betreft die schade afgewezen. De schade kan bestaan uit vermogensschade (geleden verlies, gederfde winst, kosten die moeten worden gemaakt om de (omvang van de) schade vast te stellen) of immateriële schade, maar de laatste soort schade is uit de aard der zaak in dit geval niet goed denkbaar.

7. Is het reëel te verwachten dat GS als gevolg van de mogelijke weigering van de vvgb in deze kwestie schade lijden? Wij kunnen niet onmiddellijk bedenken welke schade de provincie zelf zou lijden als direct gevolg van de weigering van de vvgb. Maar de provincie kan door NUON aansprakelijk worden gesteld als zou blijken dat de weigering van de omgevingsvergunning onrechtmatig was (zie hierna). Als die weigering volledig is gebaseerd op de (onrechtmatige) weigering van de gemeenteraad van Diemen om de vvgb af te geven, dan zou GS de schade kunnen verhalen op de gemeente.

Mogelijkheden NUON

8. NUON kan beroep instellen tegen het besluit tot weigering van de omgevingsvergunning. Indien de vergunning is geweigerd omdat de gemeente om andere dan ruimtelijke redenen geen vvgb heeft afgegeven, en het besluit tot weigering van de vergunning om die reden door de rechtbank of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt vernietigd, dan staat vast dat het besluit tot weigering van de vergunning onrechtmatig was. Uitgangspunt is ook dat die onrechtmatigheid dan aan de provincie is toe te rekenen¹; de provincie is nu eenmaal primair verantwoordelijk voor het besluit tot weigering van de omgevingsvergunning.
9. Ook hier geldt dat voor een geslaagde schadeclaim aan het relativiteitsvereiste moet zijn voldaan, en dat er aantoonbaar sprake moet zijn van schade en van causaal verband tussen het onrechtmatige besluit en de schade. En ook hier kan de schade bestaan uit vermogensschade – dus uit geleden verlies, gederfde winst, of kosten om de schade vast te stellen (immateriële schade zal zich niet snel voordoen).
10. Een zeer reële schadepost is in een geval als dit verdragingschade: als de vergunning wordt geweigerd wegens het onrechtmatig niet verstrekken van de verklaring van geen bedenkingen, en de vergunning moet uiteindelijk toch worden verleend, dan zullen de kosten die NUON in de tussentijdse periode als gevolg van de verdraging moet maken, en eventuele winstderving, als verdragingschade kunnen worden aangemerkt. Gelet op de gebruikelijke doorlooptijden van een beroeps- en eventuele hoger beroepsprocedure zal het o.i. al snel kunnen gaan om een periode van 1 tot 1,5 jaar. De kosten kunnen bijvoorbeeld bestaan uit aannemerskosten, kosten van de bouwplaats, financieringskosten etc. Overigens heeft NUON de verplichting om zijn schade zoveel mogelijk te beperken.
11. NUON kan in zo'n geval de provincie aanspreken, maar voorstelbaar is dat in dat geval de gemeente in vrijwaring wordt opgeroepen omdat de gemeente hoofdelijk aansprakelijk kan worden geacht voor de schade.² Ook zou NUON de gemeente

¹ Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, hoofdstuk 20.4 (16^e druk 2014).

² V.H. Affourtit, Aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming over de verklaring van geen bedenkingen, Sterk gecoördineerd, Instituut voor bouwrecht, 2009, hoofdstuk 5.

rechtstreeks aansprakelijk kunnen stellen vanwege de onrechtmatige weigering van de vvgb, maar zo'n vordering zal mogelijk stranden omdat de enkele weigering van de vvgb voor NUON nog geen schade veroorzaakt. De schade ontstaat immers pas wanneer ook een negatief besluit op de aanvraag omgevingsvergunning is genomen.³

12. Hoe dan ook is naar onze mening niet uit te sluiten dat 1) NUON als gevolg van het onrechtmatig niet verlenen van de vvgb, en dientengevolge van de vergunning, (aanzienlijke) schade zal lijden, en dat 2) die schade uiteindelijk door de gemeente zal moeten worden vergoed.

Ten slotte

13. Wij hebben ons nog afgevraagd of er nog anderen zouden kunnen zijn die schade zouden kunnen lijden als gevolg van het onrechtmatig weigeren van de vvgb en dientengevolge de vergunning; bijvoorbeeld de gemeenten Amsterdam en Almere. Voor zover wij dat kunnen overzien (maar misschien beschikken wij niet over alle informatie), is niet onmiddellijk duidelijk welke schade deze partijen als gevolg van de onrechtmatige besluitvorming zouden kunnen lijden. Wij laten dit punt daarom rusten.
14. Voor de goede orde vermelden wij het volgende. Wij zijn in deze notitie ingegaan op de situatie dat de vvgb wordt geweigerd om niet-ruimtelijke redenen. Dat is overduidelijk onrechtmatig. Wij wijzen er echter op dat de vvgb ook onrechtmatig kan zijn wanneer de vvgb wel wordt geweigerd om ruimtelijke redenen, maar die redenen ondeugdelijk zijn of het besluit niet goed gemotiveerd is. Ook in dat geval is een schadeclaim denkbaar. Uiteraard zal de gemeente, ook als zij om ruimtelijke redenen wil weigeren, een correcte belangenafweging moeten maken en het besluit goed moeten motiveren.

In hoeverre zijn partijen gebonden aan een convenant?

15. De gemeente wil met NUON en de provincie een convenant sluiten met afspraken over de tijdelijkheid, de inzet en het beperken van de negatieve gevolgen van de biomassaketel. Wij begrijpen dat deze afspraken met name in de vorm van "inspanningsverplichtingen" en "intenties" zouden worden gegoten. Uw vraag is, gelet daarop, in hoeverre partijen aan het convenant gebonden zullen zijn.
16. Een dergelijk convenant is, net als iedere overeenkomst, juridisch bindend. Maar hoe ver de neergelegde intenties en inspanningsverplichtingen reiken is een kwestie van uitleg van de overeenkomst aan de hand van de volgende maatstaf: bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst moet niet alleen naar de taalkundige betekenis van de tekst worden gekeken, maar ook naar de betekenis die partijen aan die tekst hebben gegeven en wat zij over en weer van elkaar mochten verwachten.⁴

³ Opnieuw : V.H. Affourtit, hoofdstuk 4.

⁴ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158 (Haviltex).

17. Inspanningsverplichtingen ('NUON streeft er naar de biomassacentrale binnen 10 jaar te sluiten.')
18. Hoe dan ook is van belang dat de bedoelingen van de gemeente (en de overige partijen), of dat nu bepaalde resultaten betreft of juist inspanningen of intenties, zo helder mogelijk worden vastgelegd, zodat over die bedoeling en de uitleg van het convenant geen misverstand kan bestaan.
19. Voor zover in het convenant afspraken zouden komen te staan over de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden – zoals de afgifte van vergunningen -, dan moet met enkele bijzondere aspecten rekening worden gehouden. Het convenant krijgt daardoor deels een ander karakter; het wordt dan deels een bevoegdhedenovereenkomst, waarbij B & W (en niet de rechtspersoon de gemeente) partij zijn en waarbij met het algemeen belang rekening moet worden gehouden.
20. Indien gewenst kunnen wij u bij het opstellen van het convenant van dienst zijn.

o0o