

Second opinion risicoanalyse wijziging ruimtelijk beleid windenergie

R.J.J. Aerts

J.S. Procee

J.A. Spee

24 augustus 2012

Inhoud

1	Inleiding	3
2	Samenvatting	4
3	Planschade	6
3.1	<i>Algemeen</i>	6
3.2	<i>Passieve risicoaanvaarding</i>	6
3.3	<i>Normaal maatschappelijk risico</i>	9
3.4	<i>Verhaal van planschade: gemeente/provincie?</i>	10
3.5	<i>Andere grondslagen voor planschade</i>	11
4	Nadeelcompensatie	12
5	Wanprestatie	13
6	Onrechtmatige daad	14
6.1	<i>Beleidswijziging</i>	14
6.2	<i>Ander onrechtmatig handelen van de provincie</i>	15
7	Schadevergoeding in specifieke gevallen	15
8	Hoe nu verder?	16

1 Inleiding

Op 21 juni 2010 hebben provinciale staten van Noord-Holland de Provinciale Ruimtelijke Verordening Structuurvisie (PRVS) vastgesteld. In artikel 32 van deze verordening is vastgelegd op welke locaties en onder welke voorwaarden de bouw van windturbines is toegestaan. Uitgangspunt is dat bestemmingsplannen de bouw van windturbineparken mogen toestaan binnen een nader aangeduid zoekgebied, dat vrijwel de gehele kop van Noord-Holland bestrijkt. Daarnaast zijn windturbineparken toegestaan buiten dit zoekgebied, mits zij – behoudens ontheffing van gedeputeerde staten – worden geplaatst in stroken langs kanalen, waterkeringen, spoorwegen en wegen, of in de omgeving van kassengebieden of in het grensgebied tussen land en water. Het oprichten van solitaire turbines mag in bestemmingsplannen uitsluitend worden toegestaan bij infrastructurele knooppunten of markante punten en alleen als het realiseren van een windturbinepark niet mogelijk is.

De provinciale statenverkiezingen in maart 2011 hebben in Noord-Holland geleid tot een coalitie tussen VVD, PvdA, D66 en CDA. In het coalitieakkoord is vastgelegd dat het ruimtelijk beleid ten aanzien van windturbines aanmerkelijk wordt aangescherpt. Uitgangspunt in het coalitieakkoord is dat er geen nieuwe windturbines op land worden gebouwd en dat opschaling van bestaande turbines gepaard dient te gaan met het verwijderen van een aantal kleinere turbines.

Uitvoering van dit voornemen noodzaakt tot het wijzigen van artikel 32 van de PRVS. Vooruitlopend op die wijziging hebben provinciale staten op 9 juli jl. een voorbereidingsbesluit als bedoeld in artikel 4.1 lid 5 Wro genomen. Dit voorbereidingsbesluit moet voorkomen dat zich ruimtelijke ontwikkelingen voordoen die zich niet verhouden met de voorgenomen aanscherping van de regelgeving aangaande windturbines.

De vertaling van het coalitieakkoord in de PRVS bevindt zich inmiddels in een vergevorderd stadium. In lijn met het coalitieakkoord is in een eerste concept van het nieuwe artikel 32 PRVS bepaald dat bestemmingsplannen geen mogelijkheden mogen bieden voor het bouwen of opschalen van windturbines. Een uitzondering op dit verbod geldt voor bestemmingsplannen in het zogenoemde windturbineconcentratiegebied: een gebied in de noordoostelijke punt van de provincie. Daarnaast wordt een uitzondering gemaakt voor testlocaties: gebieden waar gedurende een periode van maximaal vijf jaar windturbines aanwezig mogen zijn voor onderzoeksdoeleinden. Uit het concept van artikel 32 PRVS volgt verder dat zolang de bestemmingsplannen niet in overeenstemming zijn gebracht met dit artikel, een direct werkend algeheel bouwverbod voor windturbines geldt. Dit verbod geldt evenwel niet voor het windturbineconcentratiegebied en voor windturbines die worden gebouwd ter vervanging van turbines die eerder legaal zijn gerealiseerd.

Uit het concept van artikel 32 PRVS blijkt dat de bouwmogelijkheden voor windturbines in de provincie aanmerkelijk zullen worden beperkt. In opdracht van de provincie heeft bureau Oranjewoud een risicoanalyse (risicoanalyse) opgesteld naar de mogelijke financiële gevolgen hiervan voor de provincie. In opdracht van de provincie is ons verzocht om deze risicoanalyse in een second opinion te beoordelen op de juridische aspecten.

De resultaten van de second opinion zijn verwoord in dit rapport.

2 Samenvatting

- In de risicoanalyse wordt uitgebreid ingegaan op de vraag of de wijziging van de verordening en de daarop volgende wijzigingen van gemeentelijke bestemmingsplannen de verplichting meebrengen planschade te vergoeden. Over de in dat kader getrokken conclusies merken wij het volgende op:
 - *Passieve risicoaanvaarding*: in de risicoanalyse wordt gesteld dat een persoon of onderneming die tussen de publicatie van het coalitieakkoord en het voorbereidingsbesluit onvoldoende concrete pogingen heeft ondernomen de bestemming te realiseren geen recht heeft op vergoeding van planschade omdat hij het risico op een bestemmingswijziging heeft aanvaard. In onze optiek is dit minder stellig dan in de risicoanalyse wordt gesteld. Zo is de vraag of het coalitieakkoord een concreet beleidsvoornemen inhoudt nog niet in de jurisprudentie aan de orde geweest. Ook vragen wij ons af of een periode van 1 jaar en 3 maanden lang genoeg is om een voldoende concrete poging te ondernemen de bestemming te realiseren, dit vanwege het complexe karakter van de vergunningaanvraag voor windturbines.
 - *Normaal maatschappelijk risico*: de conclusie dat schade veroorzaakt door het vervallen van de mogelijkheid solitaire windturbines te realiseren volledig binnen het normaal maatschappelijk risico valt, delen wij niet. Of dat het geval is, hangt namelijk af van alle omstandigheden van het geval.
 - *Verhaal van planschade op provincie*: de risicoanalyse concludeert dat verhaal van planschade door de gemeente op de provincie niet mogelijk is. Ook hier merken wij op dat die stelling goed betoogbaar is, maar dat over deze situatie geen jurisprudentie bekend is. Nu de bestemmingswijziging in bepaalde gevallen uitsluitend zal zijn ingegeven door de provinciale beleidswijziging kunnen wij ons ook voorstellen dat een rechter in dit geval tot een andere conclusie komt.

- *Andere grondslagen voor planschade*: hier concludeert de risicoanalyse dat aanvragen om planschade wegens het voorbereidingsbesluit of de weigeringsgrond in de verordening moeten worden ingediend bij het bevoegd gezag voor de omgevingsvergunning. Dit achten wij onjuist. In beide gevallen, al dan niet via een redelijke wetsuitleg, zijn gedeputeerde staten waarschijnlijk bevoegd te besluiten op een verzoek om planschade en zal de provincie dus de (eventuele) planschade moeten vergoeden.

Al met al schatten wij het risico dat de provincie planschade moet vergoeden wegens het vervallen van de mogelijkheid windturbines te realiseren groter in dan de risicoanalyse. De provincie zal hiermee rekening moeten houden.

- De conclusies uit de risicoanalyse met betrekking tot de plicht wegens de beleidswijziging nadeelcompensatie te moeten vergoeden delen wij met inachtneming van de door ons gemaakte opmerkingen in paragraaf 4.
- Voor wat betreft de conclusies over wanprestatie zijn wij ook van mening dat het risico daarop gering is. De specifieke omvang van het risico kan echter pas worden bepaald met kennis van alle omstandigheden van het geval. Daar de potentiële schade omvangrijk kan zijn, raden wij aan hier nader onderzoek naar te verrichten.
- Met betrekking tot eventueel onrechtmatig handelen raden wij nader onderzoek aan naar de vraag of de voorgenomen beleidswijziging voldoende is gemotiveerd en zorgvuldig is voorbereid. Vooral in het kader van de zorgvuldige voorbereiding menen wij dat de provincie er goed aan zou doen de belangen van derden nader in kaart te brengen. Of de provincie op andere grondslagen (bijvoorbeeld toezeggingen) onrechtmatig zou kunnen handelen, kunnen wij bij gebrek aan concrete informatie niet beoordelen.
- Verder kunnen wij de beoordeling van specifieke gevallen in de risicoanalyse onvoldoende toetsen bij gebrek aan informatie over die gevallen. Desgewenst kunnen wij in een later stadium hierop nader ingaan.
- Al met al schatten wij het risico dat de provincie als gevolg van de vaststelling van de PRVS en de wijziging van het beleid op welke grondslag dan ook een schadevergoeding moet betalen hoger in dan de risicoanalyse. Dit hoeft echter niet mee te brengen dat de provincie er onverstandig aan zou doen de PRVS te wijzigen zoals voorgesteld dan wel het beleid aan te passen. Een goed antwoord op die vraag is pas mogelijk als duidelijk is wat de omvang zou kunnen zijn van de potentiële schade. Dit blijkt niet uit de risicoanalyse.
- Daarom adviseren wij van de potentiële schade eerst een inschatting te maken, bijvoorbeeld door te kijken naar de gevolgen binnen één specifieke gemeente. Desgewenst kunnen wij uw provincie daarin bijstaan.

- Voor de volledigheid wijzen wij erop dat Oranjewoud bij de risicoanalyse is uitgegaan van de eerste concepttekst van het nieuwe artikel 32 PRVS. De provincie is op dit moment druk bezig met het formuleren van de definitieve tekst van de PRVS. Dit zal leiden tot een aantal wijzigingen ten opzichte van de concept-tekst van de PRVS waarvan Oranjewoud is uitgegaan. Niet uitgesloten kan worden dat deze wijzigingen gevolgen hebben voor de uitkomsten van de risicoanalyse.

3 Planschade

3.1 Algemeen

In de risicoanalyse wordt uitgebreid ingegaan op de vraag of de wijziging van de PRVS zou kunnen leiden tot de verplichting planschade te vergoeden. De aanleiding voor de vergoeding van planschade zou (1) het bestemmingsplan van een gemeente kunnen zijn waarin bouw- en gebruiksmogelijkheden komen te vervallen, (2) het voorbereidingsbesluit van 9 juli 2012 of (3) het verbod tot het oprichten van een windturbine zoals voorgesteld in artikel 32 lid 5 van de PRVS.

Daarbij wordt eerst in algemene zin ingegaan op de vraag of (1) de wijziging van het planologische regime voorzienbaar was, (2) de planschade onder het normaal maatschappelijk risico valt en (3) of de gemeente de planschade op de provincie kan verhalen. Vervolgens wordt antwoord gegeven op door de provincie gestelde onderzoeksvragen.

Hieronder gaan wij vooral in op het algemene deel. De daarbij te trekken conclusies gelden echter ook voor het gegeven antwoord op de specifieke onderzoeksvragen.

3.2 Passieve risicoaanvaarding

In de risicoanalyse wordt, kort gezegd, geconcludeerd dat het risico dat planschade moet worden vergoed erg klein is. Belangrijk argument hiervoor is dat sprake zal zijn van passieve risicoaanvaarding ("stilzitten"). Daarover het volgende.

Anders dan waarvan in de risicoanalyse wordt uitgegaan, merken wij volledigheidshalve op dat eveneens sprake kan zijn van actieve risicoaanvaarding als ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie in ongunstige zin zou veranderen. Nu wij niet beschikken over informatie of aankopen zijn gedaan na het coalitieakkoord, laten wij deze vorm van risicoaanvaarding in dit advies buiten bespreking.

Of sprake is van passieve risicoaanvaarding moet worden beoordeeld aan de hand van de volgende overweging:

“Voor aanvaarding van het risico van het vervallen van mogelijkheden is van belang of de voortekenen van de nadelige planologische wijziging reeds enige tijd zichtbaar waren. Het vervallen van mogelijkheden komt voor rekening van aanvrager als een redelijk denkende en handelende eigenaar rekening zou houden met de kans dat de planologische situatie in ongunstige zin zou gaan veranderen (AbRvS 11-05-2000, 199902237/1, BR 2001, p. 228). Van belang daarbij zijn concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Een formele status van deze voornemens is niet vereist. Als concrete pogingen zijn ondernomen tot realisering van de mogelijkheden bestaat er geen grond voor het aannemen van passieve risicoaanvaarding (AbRvS 14 januari 2009, 200801600/1).”

Zie: AbRvS 8 februari 2012, 2011056961/1/A2, LJN: BV3187.

Voldoende concreet beleidsvoornemen?

In de risicoanalyse wordt geconcludeerd dat met de openbaarmaking van het coalitieakkoord van 18 april 2011 voorzienbaar was dat de bestaande bouw- en/of gebruiksmogelijkheden met betrekking tot windturbines op land zouden kunnen komen te vervallen. Volgens de analyse kan het coalitieakkoord worden aangemerkt als een voldoende concreet beleidsvoornemen, omdat de inhoud van het akkoord over windturbines op land voldoende concreet is en het akkoord ter openbare kennis is gebracht.

Dit laatste is juist: de tekst van het coalitieakkoord is zeer helder en het akkoord is openbaar gemaakt via de provinciale website.

Wij verwijzen hier naar de citaten zoals opgenomen in de risicoanalyse.

Bij het aanmerken van een coalitieakkoord als voldoende concreet beleidsvoornemen, moet wel een voorbehoud worden gemaakt. Betoogd kan worden dat een coalitieakkoord, zijnde een afspraak van de coalitiepartijen over het te voeren beleid in de provincie, niet als een voldoende concreet voornemen kan worden aangemerkt. Immers, niet duidelijk is of hetgeen dat is vastgelegd in het akkoord ook daadwerkelijk één op één in het beleid van de provincie (zoals een structuurvisie) zal worden vastgelegd.

Wel blijkt uit de hierboven geciteerde overweging, dat uit een beleidsvoornemen niet ondubbelzinnig hoeft te volgen dat het beleid in de voor de aanvrager ongunstige zin gaat veranderen, maar dat de kans bestaat dat dit in ongunstige zin zou kunnen veranderen. Zelfs indien in het beleid meerdere opties voor een ruimtelijke ontwikkeling worden aangegeven, dient een redelijk denkende en handelende eigenaar rekening te houden met de kans dat de planologische situatie in ongunstige zin zou gaan veranderen. Dit pleit ervoor het coalitieakkoord wel als concreet beleidsvoornemen te zien.

Zie: AbRvS 11 juli 2012, 201109216/1/A2

Zie ook: AbRvS 10 november 2010, 201002033/1/H2, LJN: BO3467.

Nu deze situatie nog niet in de jurisprudentie aan de orde is gekomen, is niet met zekerheid te stellen dat een coalitieakkoord is aan te merken als een voldoende concreet beleidsvoornemen. Daarvan uitgaande zouden wij de conclusie uit de risicoanalyse op dit punt dus willen nuanceren.

Volgende concrete pogingen tot realisering bestemming?

Van passieve risicoaanvaarding is geen sprake als de aanvrager in de periode tussen het bekend worden van het concrete beleidsvoornemen (18 april 2011) en het moment waarop hij de bestemming niet meer kon realiseren (voorbereidingsbesluit van 9 juli 2012) voldoende concrete pogingen heeft ondernomen om de bestaande bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van het bestemmingsplan te benutten.

Zie: AbRvS 10 november 2010, 201002033/1/H2, LJN: BO3467.

Als een 'concrete poging' wordt volgens de jurisprudentie van de Raad van State in ieder geval het indienen van een aanvraag voor een omgevingsvergunning aangemerkt. De periode waarbinnen een dergelijke aanvraag redelijkerwijs door een aanvrager kan worden gedaan, is – zoals in de risicoanalyse ook wordt opgemerkt – afhankelijk van het soort project.

In de risicoanalyse van Oranjewoud wordt aangesloten bij een uitspraak van de Raad van State waarin als gevolg van de inwerkingtreding van een nieuw bestemmingsplan de bouwbaarheid van een woning op het perceel was komen te vervallen. In dat geval werd een periode van 10 maanden lang genoeg geacht voor het indienen van een aanvraag voor een bouwvergunning voor de bouw van één woning.

Zie: AbRvS 10 november 2010, 201001810/1/H2.

Het is echter de vraag of in dit geval kan worden aangesloten bij deze uitspraak. Zoals gezegd is de periode waarbinnen redelijkerwijs een concrete poging kan worden gedaan, afhankelijk van het soort project en met name de complexiteit van het project. Het indienen van een aanvraag om omgevingsvergunning voor het oprichten van een windturbine(park) zal zeer complex en omvangrijk zijn. Om een dergelijke aanvraag in te kunnen dienen, zullen de nodige technische onderzoeken moeten worden verricht. Het oprichten van een windturbinepark kan – afhankelijk van de omvang hiervan - m.e.r.(beoordelings)plichtig zijn. Gelet op de complexiteit van de aanvraag kan niet met zekerheid aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over de bouw van één woning.

Of in dit geval een periode van 1 jaar en drie maanden redelijkerwijs voldoende wordt geacht voor het indienen van een aanvraag voor de oprichting van een windturbine(park) kan eveneens niet met zekerheid gesteld worden. Vergelijkbare jurisprudentie van de Raad van State is hierover nauwelijks beschikbaar. Uit één

uitspraak volgt slechts dat een periode van 3,5 maanden te kort is voor het opstellen en indienen van een complexe en omvangrijke aanvraag om bouwvergunning voor het oprichten van bebouwing voor een nieuw agrarisch bedrijf.

Zie: AbRvS 2 december 2009, 200902009/1/H2.

Een periode van 1 jaar en drie maanden is echter een aanzienlijk langere periode. Onze verwachting is dat er een redelijke kans bestaat dat deze periode door een rechter lang genoeg wordt geacht voor een aanvrager om een aanvraag om omgevingsvergunning in te dienen. De conclusie uit de risicoanalyse dat deze periode zondermeer voldoende is, delen wij echter niet.

3.3 *Normaal maatschappelijk risico*

Ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico wordt in de risicoanalyse geconcludeerd dat in het algemeen het vervallen van bouwmogelijkheden voor windturbines niet in de lijn der verwachting lag. Die conclusie delen wij.

Wel merken wij volledigheidshalve op dat een korting op het schadebedrag wel mogelijk zou zijn.

Voor solitaire windturbines zou deze conclusie volgens de risicoanalyse echter niet gelden, omdat het windbeleid al enige jaren richting clustering in grote windturbineparken en een verbod op solitaire windturbines zou gaan. Het vervallen van bouwmogelijkheden voor het oprichten van solitaire windturbines zou om die reden tot het normaal maatschappelijk risico gerekend kunnen worden.

Wij stellen vraagtekens bij de juistheid van de aannahme dat het windbeleid al enige jaren richting clustering in grote windturbineparken en een verbod op solitaire windturbines zou gaan. Op grond van de PRVS, zoals laatstelijk herzien op 23 mei 2011, mogen bestemmingsplannen – onder voorwaarden – nog gewoon voorzien in bestemmingen voor het oprichten van nieuwe solitaire windturbines.

Los van de vraag of de bovenstaande stelling over het windbeleid met betrekking tot solitaire windmolens inhoudelijk juist is, is deze redenering te kort door de bocht. De vraag of schade als gevolg van een planologische ontwikkeling tot het normale maatschappelijke risico behoort, moet – in lijn met de jurisprudentie over nadeelcompensatie – worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval.

Zie:

- AbRvS 14 juli 2004, zaak nr. 200306296/1;
- AbRvS 18 maart 2009, zaak nr. 200805153/1;
- AbRvS 24 juni 2009, zaak nr. 200807251/1/H2.

In de risicoanalyse wordt slechts op grond van de omstandigheid - dat het verbod op solitaire windmolens voorzienbaar was - geconcludeerd dat deze schade dus tot het maatschappelijk risico behoort. Los van de vraag of het inderdaad in de lijn der verwachtingen lag dat er een verbod op solitaire windmolens zou komen, wordt daarmee onvoldoende rekening gehouden met de andere van belang zijnde omstandigheden. Gelet op de aard van de maatregel, zijnde een planologische wijziging waardoor rechthebbenden bouw- en/of gebruiksmogelijkheden worden ontnomen en ook gelet op de eventuele omvang van de schade, is het maar zeer de vraag of de (gehele) schade als gevolg van deze planologische ontwikkeling voor rekening van de aanvrager moet blijven.

3.4 *Verhaal van planschade: gemeente/provincie?*

In de risicoanalyse wordt geconcludeerd dat voor zover gemeenten planschade moeten vergoeden, zij die planschade niet krachtens artikel 6.8 lid 1 Wro op de provincie kunnen verhalen. Aangezien de gemeente bouw- en gebruiksmogelijkheden moet afwegen in het kader van een goede ruimtelijke ordening bij vaststelling van een bestemmingsplan is namelijk tevens sprake van een gemeentelijk belang en komen om die reden de financiële gevolgen hiervan voor rekening van de gemeente.

Hierover merken wij het volgende op. Bij de invoering van het artikel 6.8 lid 1 Wro is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat hiermee geen inhoudelijke wijziging is beoogd ten opzichte van de artikelen 31a en 31b WRO (oud).

Zie:

- *Kamerstukken II, 2002-2003, 28 916, nr. 3, p. 115.*

In de risicoanalyse wordt voor de beantwoording van deze vraag dus terecht aansluiting gezocht bij de jurisprudentie op grond van de oude WRO. Uit die jurisprudentie kan inderdaad worden afgeleid dat grote terughoudendheid bestaat bij het toerekenen van plankosten en in het bijzonder planschadekosten aan andere openbare lichamen. Zo wordt een in het bestemmingsplan te behartigen belang - zoals het bepalen van de bouw- en/of gebruiksmogelijkheden van de gronden - in beginsel (tevens) aangemerkt als een gemeentelijk belang.

Dit wil echter niet zeggen dat die jurisprudentie van toepassing is in dit geval. De bepalingen in de PRVS schrijven immers dwingend voor dat een gemeente in haar bestemmingsplan de bouw- en gebruiksmogelijkheden voor windturbines moet beperken. Anders dan in de jurisprudentie over de artikelen 31a en 31b WRO (oud) worden gemeenten in dit geval dus verplicht hun bestemmingsplan aan te passen.

Nu over deze situatie nog geen jurisprudentie is verschenen, is niet duidelijk of ook in deze situatie hogere (plan)kosten voor rekening van de gemeente moeten blijven.

Deze onzekerheid geldt in dit geval te meer nu in dit geval de verplichting voor de gemeenten uitsluitend is ingegeven door een provinciale beleidswijziging. De conclusie uit de risicoanalyse dat gemeenten de planschade niet op de provincie kunnen verhalen, delen wij derhalve niet zondermeer.

Los daarvan zal de provincie zich de vraag moeten stellen of – gelet op de bestuurlijke verhoudingen – zij de gemeenten de financiële gevolgen willen laten dragen van een provinciale beleidswijziging.

3.5 *Andere grondslagen voor planschade*

Naast de wijziging van gemeentelijke bestemmingsplannen vanwege de PRVS, identificeert de risicoanalyse nog twee andere grondslagen voor planschade, namelijk een besluit tot aanhouding van een omgevingsvergunning vanwege het voorbereidingsbesluit van 9 juli 2012 en de weigeringsgrond voor een omgevingsvergunning voortvloeiend uit de gewijzigde verordening. Voor wat betreft beide grondslagen wordt geconcludeerd dat het planschadeverzoek moet worden ingediend bij het bevoegd gezag voor de omgevingsvergunning. Als dat de gemeente is, dan zou de kans, volgens de risicoanalyse, klein zijn dat de gemeente de planschade kan verhalen op de provincie. Daarover het volgende.

Op zich is juist dat de beide genoemde besluiten een grondslag kunnen vormen voor een verzoek om planschade. In onze optiek zal echter in beide gevallen waarschijnlijk de provincie de planschade dienen te vergoeden.

In artikel 5 van het voorbereidingsbesluit is namelijk bepaald dat op grond van artikel 4.1 lid 5 Wro gedeputeerde staten beslissen op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor – kort gezegd – het oprichten van windturbine(s) gedurende de aanhoudingstermijn. Dit betekent ook dat gedeputeerde staten zullen beslissen om de aanvraag aan te houden. Betoogbaar is dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat gedeputeerde staten vervolgens ook het bevoegd gezag zijn voor de aanvraag om planschade vanwege de aanhouding als bedoeld in artikel 6.1 lid 2 sub d Wro.

Tegelijkertijd voorziet de wet niet in deze situatie, omdat artikel 6.1 lid 1 Wro alleen spreekt van burgemeester en wethouders en artikel 6.6 Wro niet in alle gevallen van toepassing is. Als burgemeester en wethouders in zo'n geval wel moeten beslissen op de aanvraag om planschade, lijkt ons dat een redelijke wetsuitleg wel meebrengt dat de gemeente de kosten kan verhalen op de provincie.

Als de aanvrager als grondslag voor het planschadeverzoek kiest voor het direct werkende verbod, zoals voorgesteld in artikel 32, lid 5, PRVS, dan zijn gedeputeerde staten in ieder geval het bevoegd gezag. Dit volgt uit artikel 6.6 lid 5 Wro. Het verzoek moet wel worden ingediend bij burgemeester en wethouders, maar die zenden het verzoek onverwijld door aan de provincie (artikel 6.6 lid 4 Wro).

Op dit punt achten wij de risicoanalyse dus onjuist en is de kans groot dat als planschade op deze grondslagen moet worden vergoed die schade voor rekening van de provincie komt.

4 Nadeelcompensatie

De risicoanalyse bespreekt verder de mogelijkheid dat de provincie nadeelcompensatie moet vergoeden aan ondernemingen die vanwege het nieuwe beleid geen windturbines meer kunnen ontwikkelen waar zij dat op grond van het voorheen geldende beleid wel konden.

In beginsel delen wij de conclusie dat de kans bestaat dat als gevolg van de beleidswijziging nadeelcompensatie moet worden vergoed, maar dat die vergoedingsplicht en de omvang daarvan sterk afhangt van de concrete omstandigheden van het geval. Wel maken wij de volgende opmerkingen naar aanleiding van de risicoanalyse:

- Het verzoek om nadeelcompensatie kan alleen zijn grondslag vinden in een beleidswijziging (de structuurvisie en het beleid Wind op Land) of de PRVS. Verzoeken die verband houden met het vervallen van bouw- of gebruiksmogelijkheden in het bestemmingsplan moeten worden beoordeeld als planschade.
- Thans is de bestuursrechter in beginsel niet bevoegd te oordelen over nadeelcompensatieverzoeken naar aanleiding van gewijzigd beleid vanwege het ontbreken van processuele connexiteit. Met de invoering van de Wet Nadeelcompensatie en vergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten zal de bestuursrechter bevoegd zijn om over een dergelijk verzoek te oordelen. Dit maakt het voorleggen van nadeelcompensatieclaims aan de rechter eenvoudiger en goedkoper. Het risico op nadeelcompensatieverzoeken stijgt dus. De provincie dient daarmee rekening te houden.
- In het kader van de speciale last is betoogbaar dat alleen ondernemingen die al een aanvraag hebben ingediend of anderszins onevenredig hard worden geraakt door de wijziging van het beleid voldoen aan de eis van de speciale last en niet, zoals de risicoanalyse stelt, alle initiatiefnemers/ontwikkelaars van windturbines.
- De (eventueel) voor vergoeding in aanmerking komende schade zal vooral zijn gelegen in reeds gemaakte kosten of gedane investeringen. Waardevermindering zal eerder spelen in het kader van planschade. Anders dan in de risicoanalyse wordt gesteld, komt misgelopen winst in

beginsel niet voor vergoeding in aanmerking (AbRvS 15 maart 2005, nr. 200400527/1).

5 Wanprestatie

De risicoanalyse gaat ook in op de mogelijkheid dat overeenkomsten over de ontwikkeling van windmolens zijn gesloten tussen een gemeente en ontwikkelaars van windmolenparken. Door de wijziging van de verordening zou het kunnen zijn dat een gemeente de overeenkomst niet kan nakomen en wordt aangesproken door de ontwikkelaar uit wanprestatie. Het risico dat een gemeente de claim met succes zou doorleggen aan de provincie wordt als gering ingeschat. In reactie daarop het volgende.

Op zich delen wij de conclusie dat het risico in theoretische zin klein is dat de provincie gehouden zal zijn de schade te betalen voortvloeiend uit de wanprestatie van een gemeente. Zo staat het de provincie in beginsel vrij haar beleid te wijzigen. Ook zullen de verplichtingen van de gemeente veelal zijn geformuleerd als inspanningsverplichtingen. Vaak zal de conclusie dan zijn dat de gemeente zich voldoende heeft ingespannen en niet verantwoordelijk is voor een beleidswijziging van een hoger overheidsorgaan.

Tegelijkertijd kan de specifieke omvang van het risico pas worden bepaald met kennis van de omstandigheden van het geval. Een voorbeeld: de provincie is op de achtergrond betrokken geweest bij een overeenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar en is op de hoogte van de inhoud van die overeenkomst en de intenties van partijen. Vervolgens stelt de provincie de verordening vast waardoor nakoming van de overeenkomst onmogelijk is.

In die situatie is de provincie niet per definitie aansprakelijk; het risico daarop is echter wel groter dan in algemene zin thans in de risicoanalyse wordt gesteld.

Zo kan een derde onder omstandigheden onrechtmatig handelen indien door zijn handelen een ander wanpresteert. De enkele kennis van de verbintenis is daarvoor overigens onvoldoende.

Zie: HR 30 september 2005, NJ 2005/513.

Als de schade ook potentieel omvangrijk is, dan zou dit reden kunnen zijn eerst een dergelijke casus specifiek te beoordelen alvorens zonder meer tot vaststelling van het beleid c.q. de verordening over te gaan. Wij adviseren de provincie dan ook hier nader onderzoek naar te verrichten.

Het in kaart brengen van de (gerechtvaardigde) contractuele belangen van derden is ook van belang in het kader van de zorgvuldige voorbereiding van de beleidswijziging, zie hieronder onder punt 6.1.

6 Onrechtmatige daad

6.1 *Beleidswijziging*

In de risicoanalyse wordt geconcludeerd dat de provincie waarschijnlijk niet onrechtmatig handelt vanwege de wijziging van haar beleid. Daarover merken wij het volgende op.

Overigens is de provincie reeds op 10 augustus 2012 gedagvaard uit onrechtmatige daad door de heer Koorn. Het valt dus zeker niet uit te sluiten dat (ook andere) partijen de provincie uit onrechtmatige daad zullen aanspreken.

Uitgangspunt is dat de overheid niet onrechtmatig handelt door haar beleid te wijzigen. Op de overheid rust immers niet de plicht haar beleid steeds ongewijzigd voort te zetten. Die vrijheid om haar beleid te wijzigen wordt evenwel begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo moet een bestuursorgaan zich rekenschap geven van eerder gewekte verwachtingen, door bijvoorbeeld het beleid in beginsel niet plotseling en onaangekondigd te wijzigen, tenzij daarvoor zwaarwegende redenen zijn.

Zie:

- HR 27 juni 1986, NJ 1987/726;
- HR 18 januari 1991, AB 1991/241;
- HR 3 april 1998, AB 1998/256;
- HR 25 september 1998, NJ 1999/570;
- Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2003, NJF 2003/4;
- Hof 's-Gravenhage 29 maart 2007, LJN: BA3417.

Verder dient het gewijzigde beleid te zijn gebaseerd op een deugdelijke motivering, zorgvuldige voorbereiding en dient het gewijzigde beleid tijdig en behoorlijk bekend te worden gemaakt.

Zie bijvoorbeeld:

- HR 27 juni 1986, NJ 1987/726;
- Hof 's-Gravenhage 6 juni 1985, V-N 1985/2466, 29;
- Rb. 's-Gravenhage 31 juli 2003, NJF 2003/4;
- Hof 's-Gravenhage 29 maart 2007, LJN: BA3417.

Van een onaangekondigde plotselinge wijziging is in dit geval, voor zover wij op basis van de beschikbare informatie kunnen beoordelen, geen sprake. In de risicoanalyse wordt in onze optiek echter onvoldoende nagegaan of de beleidswijziging voldoende is gemotiveerd om de toets der kritiek te doorstaan. Ook wordt geen aandacht besteed aan de vraag of het beleid voldoende zorgvuldig is voorbereid. Wij raden aan hier nader onderzoek naar te verrichten.

In het kader van de zorgvuldigheid kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of de provincie de belangen van derden bij voortzetting van het huidige beleid voldoende in kaart heeft gebracht. Daarbij zullen de (beantwoording) zienswijzen die op de conceptverordening worden uitgebracht, van belang zijn. Uit de risicoanalyse leiden wij voorts af dat onduidelijk is of gemeenten al overeenkomsten hebben gesloten met ontwikkelaars die als gevolg van de beleidswijziging niet meer kunnen worden nagekomen.

Verder bestaat de mogelijkheid dat de beleidswijziging, zoals de analyse terecht opmerkt, als zodanig rechtmatig is, maar dat toch een plicht bestaat de onevenredige schade te vergoeden, nadeelcompensatie.

Zie voor deze gedachtegang:
- HR 22 februari 2002, AB 2003/249.

Voor dergelijke vorderingen is overigens de burgerlijke rechter tot op heden de bevoegde rechter. Dit verklaart ook waarom een onrechtmatige daad ten grondslag wordt gelegd aan een dergelijke vordering. Als de Wet Nadeelcompensatie en vergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten wordt ingevoerd zal ook bij beleid de bestuursrechter bevoegd zijn.

Voor onze opmerkingen over de vraag of deze beleidswijziging reden kan zijn nadeelcompensatie te vergoeden, verwijzen wij naar hetgeen is opgemerkt in paragraaf 4 van dit advies.

6.2 *Ander onrechtmatig handelen van de provincie*

De risicoanalyse bespreekt verder of ook andere grondslagen kunnen bestaan voor onrechtmatig handelen door de provincie, bijvoorbeeld vanwege toezeggingen.

Zoals in de analyse wordt opgemerkt, is het juist dat onder omstandigheden handelen in strijd met gedane toezeggingen onrechtmatig kan zijn. Het is ons echter onbekend of dergelijke toezeggingen zijn gedaan. Dit blijkt ook niet uit de analyse. Het lijkt ons verstandig dit te onderzoeken alvorens het gewijzigde beleid wordt vastgesteld. Bij gebrek aan concrete informatie hierover laten wij dit punt verder rusten.

7 Schadevergoeding in specifieke gevallen

In de risicoanalyse wordt verder nog ingegaan op een aantal gevallen waarin al een principeverzoek of aanvraag voor een omgevingsvergunning of vaststelling van een inpassingsplan is ingediend.

Wij hebben, mede gezien het korte tijdsbestek waarin dit advies moet worden uitgebracht, geen kennis kunnen nemen van deze specifieke gevallen en de onderliggende documentatie. Daarom kunnen wij de op dit punt getrokken conclusies

niet beoordelen. Mocht de provincie wensen dat wij alsnog kijken naar deze specifieke gevallen, dan vernemen wij dat graag.

Wel merken wij op dat het in kader van de zorgvuldige voorbereiding van belang is om de belangen van derden goed in kaart te brengen, zodat afdoende kan worden gemotiveerd waarom de provincie vindt dat haar belang bij de beleidswijziging in redelijkheid zwaarder weegt dan de individuele belangen bij voortzetting van het huidige beleid.

Zoals hiervoor opgemerkt in paragraaf 6.1.

8 Hoe nu verder?

Uit het bovenstaande blijkt dat wij in een aantal gevallen (passieve risicoaanvaarding, normaal maatschappelijk risico, doorleggen planschade, onrechtmatige daad) de conclusies uit de risicoanalyse nuanceren of niet delen. Wij schatten het risico dat de provincie als gevolg van de vaststelling van de PRVS en de wijziging van het beleid op welke grondslag dan ook een schadevergoeding moet betalen om die reden hoger in dan de risicoanalyse.

Dit hoeft echter niet mee te brengen dat de provincie er, gelet op de omvang van de te vergoeden schade, onverstandig aan zou doen de PRVS te wijzigen zoals voorgesteld dan wel het beleid aan te passen. Een goed antwoord op die vraag is pas mogelijk als duidelijk is wat de omvang zou kunnen zijn van de potentiële schade. Dit blijkt niet uit de risicoanalyse.

Daarom lijkt het ons verstandig om van de omvang van de potentiële schade eerst een inschatting te maken. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door één gemeente te nemen waar thans veel mogelijkheden bestaan windmolens te realiseren en zich bijvoorbeeld een van de in de risicoanalyse genoemde gevallen voordoet en daar concreet na te gaan wat de omvang van de potentiële schade zou zijn. Met die uitkomst kan een inschatting worden gemaakt voor andere gevallen. Desgewenst kunnen wij de provincie hierin bijstaan.

Verder doet de provincie er goed aan de belangen van derden nog beter in kaart te brengen door bijvoorbeeld rondvraag te doen bij gemeenten wat de consequenties zouden zijn van de wijziging van de PRVS dan wel het beleid. De uitkomsten daarvan zouden weer gebruikt kunnen worden ter onderbouwing van de beleidswijziging.

Tot slot wijzen wij erop dat Oranjewoud er bij de risicoanalyse is uitgegaan van de eerste concepttekst van het nieuwe artikel 32 PRVS. De provincie is op dit moment druk bezig met het formuleren van de definitieve tekst van de PRVS. Dit zal leiden tot

een aantal wijzigingen ten opzichte van de concept-tekst van de PRVS waarvan Oranjewoud is uitgegaan. Niet uitgesloten kan worden dat deze wijzigingen – als zij worden doorgevoerd in de PRVS – gevolgen hebben voor de uitkomsten van de risicoanalyse.