

**Datum vergadering**

11-12-2012

**Registratienummer**

18404/123180

11 december 2012

114

## Nota GS Juridische Bijlage

Tijdens de vergadering van de Statencommissie Ruimte en Milieu d.d. 6 december jl. agendapunt 10.a. Voordracht Wijziging Structuurvisie NH 2040, Provinciale Ruimtelijke Verordening Structuurvisie en Beleidskader Wind op Land, heeft de fractie van Groen Links een juridische analyse van Art. 5.1, 2e ingebracht over de wijziging van het windbeleid en de PRVS. Gedeputeerde Staten hebben JD verzocht op deze analyse te reageren. Hieronder wordt puntsgewijs op de analyse ingegaan.

### **Strijd met de Elektriciteitswet**

*Volgens Art. 5.1, 2e is de beleidswijziging in strijd met artikel 9° lid 2 van de Elektriciteitswet 1998. Dit artikel bepaalt dat provincies moeten meewerken aan locaties voor windenergie voor zover nog niet is voldaan aan een in een AMvB vastgelegde realisatienorm voor windenergie. Die AMvB is er nog niet. Dit betekent dat de provincie te allen tijde moet meewerken aan een inpassingsplan.*

### Reactie JD:

Zolang niet aan de realisatienorm wordt voldaan moeten Provinciale Staten op grond van artikel 9° lid 2 van de Elektriciteitswet 1998 een inpassingsplan vaststellen op het moment dat een gemeente planologische medewerking weigert aan het verwezenlijken van een windturbinepark met een opgesteld vermogen van 5-100 MW. Uitzondering hierop is het geval dat de gemeente uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening de inpassing van het park terecht heeft geweigerd. In dat geval moeten Provinciale Staten - in overleg met de aanvrager- op zoek gaan naar een alternatieve locatie binnen de provincie voor het initiatief (al dan niet in gewijzigde vorm) en daarvoor een inpassingsplan vaststellen (tenzij de bij de alternatieve locatie betrokken gemeente medewerking verleent). Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Het voorgaande geldt ook wanneer de realisatienorm nog niet is vastgesteld. De toepassing van artikel 9e lid 2 Elektriciteitswet 1998 wordt begrensd door de goede ruimtelijke ordening. Op grond van de Wet ruimtelijke ordening wordt een inpassingsplan vastgesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Wanneer Provinciale Staten tot de conclusie komen dat de door een initiatiefnemer aangevraagde locatie uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening niet geschikt is voor het realiseren van een windturbinepark, zijn zij niet gehouden voor die locatie een inpassingsplan vast te stellen.

Wel moeten Provinciale Staten dan op zoek gaan naar een alternatieve locatie en daarvoor een inpassingsplan vaststellen.

Wanneer Provinciale Staten van mening zijn dat een aangevraagde locatie uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening niet geschikt is én dat er binnen de provincie geen alternatieve locaties voorhanden zijn, rijst de vraag of Provinciale Staten in een dergelijk geval kunnen weigeren om een inpassingsplan vast te stellen. De jurisprudentie zal moeten uitwijzen of in zo'n geval de goede ruimtelijke ordening op grond van de Wet ruimtelijke ordening mag prevaleren boven de Elektriciteitswet die bepaalt dat Provinciale Staten vanwege energiebelangen gehouden zijn om hun beleid aan te passen om nieuwe ruimte voor de plaatsing van windturbineparken mogelijk te maken.

#### **Strijd met richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement 18 januari 2006**

*Volgens Art. 5.1, 2e kan europeesrechtelijk gezien het uitsluiten van aanbieders van hernieuwbare energie tot een onredelijke belasting voor en discriminatie van marktdeelnemers leiden.*

#### **Reactie JD:**

Art. 5.1, 2e komen zelf al tot de conclusie dat de richtlijn geen harde normen bevat met betrekking tot het toestaan van windenergie in specifieke gebieden. JD onderschrijft dit punt.

Vervolgens stellen Art. 5.1, 2e dat het uitsluiten van mogelijke aanbieders van hernieuwbare energie tot een onredelijk belasting voor en discriminatie van marktdeelnemers leiden. Als reactie op deze stelling het volgende:

1. De richtlijn is geïmplementeerd door middel van een wijziging van de Elektriciteitswet 1998 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen. Hierboven is onder het kopje "Strijd met de Elektriciteitswet" reeds ingegaan op eventuele strijd van de beleidswijziging met de Elektriciteitswet 1998. De aangehaalde bepaling van de richtlijn (artikel 3) is overigens niet afzonderlijk geïmplementeerd in de Elektriciteitswet 1998.
2. De provincie heeft bij het vaststellen van een ruimtelijke verordening beleidsvrijheid met het oog op een goede ruimtelijke ordening. De richtlijn kan volgens JD niet zo uitgelegd worden dat de provincie het belang van de leveringszekerheid van elektriciteit in Nederland in concrete gevallen zwaarder moet wegen dan het belang van een goede ruimtelijke ordening.
3. Gegeven de context van de richtlijn, namelijk leveringszekerheid van elektriciteit in Nederland, en de context van de beleidswijziging op het gebied van ruimtelijke ordening, is het de vraag of de stelling klopt. De vraag is of de aangehaalde bepaling zo uitgelegd kan worden dat de belemmeringen van de beleidswijziging tot discriminerend zijn voor en tot een onredelijke belasting voor de marktdeelnemers in het algemeen. Bepaalde potentiële marktdeelnemers zullen wellicht die belemmeringen kunnen ondervinden.

#### **Geen goede ruimtelijke ordening en deugdelijke motivering ontbreekt**

*Volgens Art. 5.1, 2e mist de beleidswijziging een deugdelijke motivering. Er wordt gewezen naar de Leidraad Landschap en cultuurhistorie maar hierin is geen motivering voor het verbod zoals geformuleerd in artikel 32 PRVS te vinden. In de Leidraad staat slechts*

*dat steeds op lokaal niveau een analyse van de visuele impact van windmolens dient te worden gemaakt. Er wordt niet in bepaald dat er in het waardevolle open landschap van de Wieringermeer wel windmolens zijn toegestaan en in de rest van Noord-Holland niet.*

**Reactie JD:**

Het recente ruime windbeleid uit 2010 en 2011 wordt via de onderhavige beleidsaanpassing aanzienlijk ingeperkt. Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Art. 5.2, 1

Zie ook het JD advies van 27 november 2012.

Hoofdstuk 3 van de Leidraad geeft aan hoe PS sturing willen geven aan nieuwe stedenbouwkundige ontwikkelingen. In de bijlagen bij de Leidraad wordt het beleid zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 geïllustreerd met enkele voorbeelden. In bijlage 1 is ten aanzien van het begrip "openheid" een voorbeeld opgenomen met betrekking tot zichtbaarheid van windturbines. Dit voorbeeld luidt als volgt:

*"Het aantal windmolens neemt snel in aantal toe en ze worden steeds groter. Er bestaat veel enthousiasme voor deze vorm van elektriciteitsproductie, maar er klinkt ook steeds meer kritiek. Verrommeling en aantasting van de openheid zijn daarbij belangrijke thema's. De nieuwste windturbines zijn van een totaal andere maat en schaal dan we gewend zijn. Ze zijn veel hoger en leveren meer energie. Deze schaalessprong vraagt om bezinning op de consequenties die de komst van nieuwe windturbines heeft voor het visuele landschap, de ruimtelijke structuur en de bestaande windmolens, waarbij een groot deel de komende jaren zal worden vervangen. Het ontwikkelen van beleid in verband met windmolens in relatie tot het landschap is daarom erg belangrijk. Ontwerpend onderzoek is daarbij nodig om turbines zorgvuldig en selectief te plaatsen en tegelijkertijd (zichtbaar) turbinevrije zones te creëren door sanering. Methoden en technieken voor onderzoek naar de visuele effecten kunnen daarbij een belangrijke rol spelen zoals het voorbeeld illustreert. De afbeelding laat de huidige situatie zien, waar de zichtbaarheid van de binnen de uitsnede aanwezige 68 windmolens met verschillende masthoogten en capaciteiten in kaart zijn gebracht. Dit levert een molenzicht op van 98.564 ha (47,3% van de uitsnede, excl. grote wateren). Ontwerpoefeningen laten zien dat dit sterk teruggebracht kan worden door zorgvuldige plaatsing van nieuwe windturbines in samenhang met het vervangen en saneren van bestaande windmolens"*

Dit onderdeel van de Leidraad kan volgens JD de beleidswijziging en wijziging van de PRVS deels dragen, maar biedt geen ondersteuning voor het standpunt dat alléén in de Wieringermeer wordt voldaan aan de randvoorwaarden uit de Leidraad. JD onderschrijft het standpunt van BEL/MIL en BEL/RI dat een afdoende aanvullende motivering -onder meer gelet op de vergelijkbare landschapkenmerken van de overige oude polders in Noord-Holland- ruimtelijk gezien niet te geven is. Wellicht kan de motivering nog worden aangevuld met een andere grondslag dan de Leidraad. Het alsnog opnemen van een overgangsregeling voor initiatieven van vóór de bekendmaking van het coalitieakkoord verkleint de kans dat over het ontbreken van een afdoende motivering zal worden geprocedeerd. Via een dergelijke overgangsregeling wordt namelijk alsnog rekening gehouden met gerechtvaardigde belangen, waardoor de meeste weerstand tegen de beleidswijziging en de wijziging van de PRVS wordt weggenomen.

**Evenredige belangenafweging ontbreekt/strijd met het rechtszekerheidsbeginsel**

Volgens Art. 5.1, 2e wordt er in de beleidswijziging noch in de toelichting op de

*wijziging van de PRVS aandacht besteed aan het belang van bewoners, bedrijven en gemeenten of anderen die in Noord-Holland windturbines op land willen plaatsen. Hierdoor is sprake van een onevenredige belangenafweging en dit is in strijd met artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast verplicht het rechtszekerheidsbeginsel ertoe dat algemeen verbindende voorschriften zoals het wijzigingsartikel 32 PRVS moeten worden voorzien in overgangsrecht. Het uitgangspunt hiervoor is dat gevestigde rechten en belangen dienen te worden geëerbiedigd.*

**Reactie JD:**

JD onderschrijft dit punt van **Art. 5.1, 2e** Verwezen wordt naar het JD advies d.d. 27 november jl, waarin is aangegeven dat door middel van het coalitieakkoord de kans voor lief is genomen dat gerechtvaardigde belangen zouden kunnen worden geschaad en dat niet is uitgesloten dat dit leidt tot een succesvolle actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijk rechter. Door het alsnog opnemen van een overgangsregeling voor concrete initiatieven van vóór de bekendmaking van het coalitieakkoord kan alsnog op juiste wijze rekening worden gehouden met gerechtvaardigde belangen.

**Strijd met het gelijkheidsbeginsel**

*Volgens **Art. 5.1, 2e** kan een initiatiefnemer die nét buiten de Wieringermeer dezelfde windturbines wil plaatsen op een vergelijkbare locatie met eenzelfde visuele landschappelijke impact als een initiatiefnemer binnen de Wieringermeer zich succesvol beroepen op het gelijkheidsbeginsel.*

**Reactie JD:**

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld. Om een succesvol beroep op het gelijkheidsbeginsel te voorkomen dient in de beleidswijziging en de toelichting op de gewijzigde PRVS alsnog te worden aangegeven waarom in de Wieringermeer wel nieuwe windturbines worden toegestaan en in de rest van de provincie Noord-Holland -en dan met name in de overige oude polders met vergelijkbare landschapskenmerken- niet. Zie verder de hierboven opgenomen reactie ten aanzien van de motivering van het beleid.

**Herstructureringsbeleid ontbreekt**

*Volgens **Art. 5.1, 2e** is het vreemd dat een herstructureringsbeleid c.q. regeling ontbreekt, omdat juist verkeerd geplaatste windturbines aanleiding lijken te zijn voor de beleids- en PRVS wijziging.*

**Reactie JD:**

JD raadt het alsnog opnemen van een herstructureringsregeling in de PRVS aan. Verwezen wordt naar het JD advies van 27 november jl, waarin is aangegeven dat door het mogelijk maken van herstructurering in bestemmingsplannen met initiatieven van vóór het coalitieakkoord meer rekening wordt gehouden. Verder acht JD het procesrisico dat hangt aan het verstrekkend verbod uit artikel 32 lid 1 PRVS kleiner als herstructurering onder voorwaarden wordt toegestaan.

**Opgesteld door:** **Art. 5.1, 2e**

**Bijlage A:**

- 'Risicoanalyse Wind op land Provincie Noord-Holland', van Oranjewoud, 21 augustus 2012

## Risicoanalyse Wind op land Provincie Noord-Holland

projectnr. 0250935.00  
revisie 01  
21 augustus 2012

### auteur(s)

Art. 5.1, 2e

### Opdrachtgever

Provincie Noord-Holland  
Directie Beleid Haarlem, sector Milieu  
T.a.v. de heer Art. 5.1, 2e  
Postbus 3007  
2001 DA Haarlem

datum vrijgave

21 augustus 2012

beschrijving revisie 02

concept

Art. 5.1, 2e

Art. 5.1, 2e

oetkring Art. 5.1, 25 1  
vrijgave

**Projectgroep bestaande uit:**

Art. 5.1, 2e

**Tekstbijdragen:**

Art. 5.1, 2e

**Fotografie:**

**Vormgeving:**

**Datum van uitgave:**

21 augustus 2012

**Contactadres:**

Monitorweg 29  
1322 BK Almere  
Postbus 10044  
1301 AA Almere Stad

Copyright © 2012

**Ingenieursbureau Oranjewoud**

Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronisch of op welke wijze dan ook, zonder schriftelijke toestemming van de auteurs.

## Inhoud

blz.

<b>1</b>	<b>Aanleiding .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1</b>	<b>Algemene vraagstelling en opbouw risicoanalyse.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2</b>	<b>Voorgenomen wijzigingen .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Soorten schade .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1</b>	<b>Planschade .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1.1</b>	<i>Wat is planschade?.....</i>	<i>7</i>
<b>2.1.2</b>	<i>Directe en indirecte planschade.....</i>	<i>7</i>
<b>2.1.3</b>	<i>Planschade als gevolg van provinciale besluiten of regels .....</i>	<i>8</i>
<b>2.1.4</b>	<i>Voorzienbaarheid .....</i>	<i>8</i>
<b>2.1.5</b>	<i>Normaal maatschappelijk risico .....</i>	<i>9</i>
<b>2.1.6</b>	<i>Verhaal van planschade door gemeenten op provincie .....</i>	<i>10</i>
<b>2.1.7</b>	<i>Tussenconclusie .....</i>	<i>11</i>
<b>2.1.8</b>	<i>Onderzoeksvragen.....</i>	<i>11</i>
<b>2.1.9</b>	<i>Overige grondslagen voor planschade.....</i>	<i>14</i>
<b>2.2</b>	<b>Nadeelcompensatie.....</b>	<b>15</b>
<b>2.2.1</b>	<i>Wat is nadeelcompensatie?.....</i>	<i>15</i>
<b>2.2.2</b>	<i>Rechtmatig overheidshandelen .....</i>	<i>16</i>
<b>2.2.3</b>	<i>Causaal verband.....</i>	<i>16</i>
<b>2.2.4</b>	<i>Wijziging van beleid, normaal maatschappelijk risico en speciale last .....</i>	<i>16</i>
<b>2.2.5</b>	<i>Omvang van de schade.....</i>	<i>17</i>
<b>2.2.6</b>	<i>Voorzienbaarheid .....</i>	<i>18</i>
<b>2.2.7</b>	<i>Schade anderszins verzekerd .....</i>	<i>18</i>
<b>2.2.8</b>	<i>Tussenconclusie .....</i>	<i>18</i>
<b>2.3</b>	<b>Wanprestatie.....</b>	<b>19</b>
<b>2.4</b>	<b>Onrechtmatige daad.....</b>	<b>19</b>
<b>2.4.1</b>	<i>Onrechtmatige beleidsregel .....</i>	<i>19</i>
<b>2.4.2</b>	<i>Ander onrechtmatig handelen van provincie? .....</i>	<i>20</i>
<b>3</b>	<b>Beoordeling ingediende principeverzoeken en aanvragen.....</b>	<b>20</b>
<b>4</b>	<b>Conclusie .....</b>	<b>21</b>



## 1 Aanleiding

In het coalitieakkoord 2011-2015 van Provinciale Staten d.d. 18 april 2011 staat dat geen uitbreiding plaatsvindt van het aantal windturbines op land. Op land wordt de opschaling van windturbines gekoppeld aan een herstructurering van kleinere windturbines op basis van evenredig vermogen. De plaatsing van een grotere windturbine mag geen negatieve gevolgen hebben voor de omgeving en de volksgezondheid. Tegelijkertijd houdt de coalitie vast aan de afspraken met het Rijk om uiterlijk in 2014 een opgesteld vermogen van 430 Megawatt (MW) duurzame energie te realiseren.

Het coalitieakkoord betekent een koerswijziging ten opzichte van het vigerend beleid voor windenergie op land, dat is vastgelegd in de Structuurvisie Noord-Holland 2040, de Provinciale Ruimtelijke Verordening Structuurvisie (PRVS) en het beleidskader Wind op Land. Om uitvoering te kunnen geven aan het coalitieakkoord moet het ruimtelijk beleid van de provincie worden gewijzigd. Meer in het bijzonder kan door een aanscherping van artikel 32 van de Provinciale Ruimtelijke Verordening Structuurvisie (PRVS) de ruimte voor windturbines worden beperkt en kunnen ruimtelijke randvoorwaarden worden gesteld met betrekking tot herstructurering. Daarnaast wordt het beleidskader Wind op Land aangescherpt. Volledigheidshalve merken wij op dat de vraag of met de in deze risicoanalyse te behandelen maatregelen wordt voldaan aan de doelstellingen van en afspraken met het Rijk, buiten het bestek van deze risicoanalyse valt.

De procedure voor de wijziging van de Structuurvisie en van de PRVS zal op korte termijn in gang worden gezet. Om te voorkomen dat vooruitlopend op of tijdens deze procedure verzoeken in behandeling worden genomen die in strijd zijn met het toekomstig ruimtelijk beleid, hebben Provinciale Staten op 9 juli 2012 een voorbereidingsbesluit genomen op grond van artikel 4.1 lid 5 van de Wet ruimtelijke ordening ('Wro'). Dit voorbereidingsbesluit heeft een geldingsduur van een half jaar. Het voorbereidingsbesluit is op 11 juli 2012 in werking getreden.

### 1.1 Algemene vraagstelling en opbouw risicoanalyse

De vraag is of de voorgestelde wijzigingen in de Structuurvisie Noord-Holland 2040, de PRVS en het beleid Wind op Land tot schade kunnen leiden, die voor rekening van de provincie komt. Ter beantwoording van deze vraag zullen hierna eerst de voorgenomen wijzigingen worden beschreven. Vervolgens zullen de verschillende soorten schade in het algemeen worden toegelicht, waarbij hier aan de hand van drie onderzoeksvragen specifiekere wordt ingegaan. Hierna zullen de bij de provincie en gemeenten ingediende principeverzoeken en aanvragen individueel worden beoordeeld. Er wordt afgesloten met een conclusie.

### 1.2 Voorgenomen wijzigingen

#### Partiële herziening Structuurvisie Noord-Holland 2040

Op 21 juni 2010 is de Structuurvisie Noord-Holland 2040 vastgesteld door Provinciale Staten. In deze structuurvisie staat vermeld dat de provincie conform het Klimaat- en Energieakkoord met het Rijk zorgt voor de realisatie van 430 MW aan windenergie op land in 2012 (met als niet bindende streefwaarde 500 MW). Voor de realisatie van een extra 600 MW (grootschalige) windenergie in de periode 2012-2025 wordt ruimte gereserveerd in zoekgebieden.

Als partiële herziening van de structuurvisie wordt voorgesteld om voornoemd peiljaar voor de realisatie van 430 MW aan windenergie op land te wijzigen van 2012 in 2014. Daarnaast komt de extra reservering van 600 MW te vervallen. Voor het geval het Rijk voor de provincie een hogere realisatienorm dan 430 MW zal vaststellen, wordt in de structuurvisie opgenomen dat windturbines

alleen worden toegestaan, indien zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan de door het Rijk voor de provincie vast te stellen (hogere) realisatienorm (dan 430 MW). De inzet van de provincie is om de realisatienorm, die het Rijk gaat vaststellen, beperkt te houden tot 430 MW. In de herziene structuurvisie wordt dit streven als doelstelling opgenomen.

Meer in het bijzonder is het de bedoeling een en ander als volgt te vertalen. In de huidige situatie zijn in de Structuurvisie Noord-Holland 2040 de Kop van Noord-Holland en West-Friesland aangewezen als zoekgebied voor grootschalige windenergie. Onder meer vanwege het gevorderde stadium van Windplan Wieringermeer wordt in de nieuwe situatie voorgesteld om uitsluitend de polder Wieringermeer op te nemen als plangebied voor een windpark. Het opbrengend vermogen bedraagt 200-400 MW, waarvan circa 100 MW bestaat uit de herstructurering van bestaand vermogen.

#### Wijziging beleidskader Wind op Land

Het vigerend beleidskader Wind op Land is op 14 februari 2011 vastgesteld door Provinciale Staten. Dit beleidskader is vastgesteld om uitvoering te geven aan de Crisis- en herstelwet (hierna: Chw) d.d. 31 maart 2010, op grond waarvan de provincie bevoegd gezag is voor windparken tussen 5 en 100 MW (artikel 9e Elektriciteitswet), en om uitvoering te geven aan de Structuurvisie Noord-Holland 2040. Op grond van dit beleidskader mogen windturbines in beginsel op het gehele grondgebied van de provincie worden geplaatst, waarbij de vrijwaringsgebieden zijn uitgezonderd. Deze vrijwaringsgebieden zijn: Nationale Parken, UNESCO werelderfgoedgebieden, weidevogelleefgebieden en aardkundig monumenten. In de nieuwe situatie verdwijnt de mogelijkheid van de bouw van windturbines op het gehele grondgebied van de provincie.

Voorgesteld wordt om de realisatie van nieuwe solitaire windturbines (met uitzondering van windturbines op testlocaties) en de opschaling van bestaande solitaire windturbines geheel tegen te gaan buiten het zoekgebied Wieringermeer. Daarbuiten is opschaling alleen mogelijk bij herstructurering van evenredig vermogen.

#### Wijziging Provinciale Ruimtelijke Verordening Structuurvisie (PRVS)

De PRVS is op 21 juni 2010 vastgesteld door Provinciale Staten en op 23 mei 2011 herzien. Het huidige artikel 32 PRVS luidt als volgt:

##### *Artikel 32 Windturbines*

1. *Binnen het op kaart 9 en op de digitale verbeelding ervan aangegeven "zoekgebied voor grootschalige windturbines" mag een bestemmingsplan bestemmingen en regels bevatten voor het oprichten van windturbineparken met de daarbij behorende infrastructurele voorzieningen.*
2. *Buiten het in het eerste lid aangegeven gebied en buiten bestaand bebouwd gebied mag een bestemmingsplan bestemmingen en regels bevatten voor het oprichten van windturbineparken mits:*
  - a. *deze geplaatst worden in stroken langs kanalen, waterkeringen, spoorwegen en wegen;*
  - b. *In de omgeving van kassengebieden;*
  - c. *In het grensgebied tussen land en water.*
3. *Bestemmingsplannen voorzien uitsluitend in bestemmingen en regels voor nieuwe solitair geplaatste windturbines:*
  - a. *bij infrastructurele knooppunten of nabij een markant punt waarbij een boerderij niet geldt als een markant punt en*
    - a. *indien plaatsing in een windturbinepark niet mogelijk is.*
4. *Gedeputeerde staten kunnen – gehoord de Adviescommissie Ruimtelijke Ontwikkeling – ontheffing verlenen van het bepaalde in het tweede lid voor andere locaties dan genoemd onder de punten a tot en met c.*
5. *Op het bepaalde in de leden 1 tot en met 4 is artikel 15 (ruimtelijke kwaliteitseis; opm. VD) van overeenkomstige toepassing.*

Het voorstel is om de volgende - in casu relevante - wijzigingen door te voeren in artikel 32 PRVS.

- Hoofddregel wordt, dat een bestemmingsplan niet voorziet in bestemmingen en regels die het bouwen, oprichten of opschalen van een windturbine met daarbij behorende infrastructurele voorzieningen mogelijk maakt (artikel 32 lid 1 PRVS).

- Verder wordt een verbod opgenomen om een windturbine met daarbij behorende infrastructurele voorzieningen te bouwen, op te richten of op te schalen, zolang een bestemmingsplan niet voldoet aan het bepaalde in artikel 32 lid 1 PRVS (artikel 32 lid 2 PRVS). Dit is om te voorkomen dat gemeenten tijdens het jaar, waarin de bestemmingsplannen moeten worden aangepast op de PRVS, alsnog vergunning afgeven voor de realisatie van windturbines op ongewenste locaties (artikel 4.1 lid 3 Wro). Overigens geldt op grond van artikel 32 lid 1 PRVS een uitzondering voor vervanging van een windturbine conform een vigerend bestemmingsplan en geprojecteerd binnen de Wieringermeer.
- Op kaart 9, waarnaar het huidige artikel 32 lid 1 PRVS verwijst, zijn in de huidige situatie de Kop van Noord-Holland en West-Friesland opgenomen als plangebied voor windenergie. In de nieuwe situatie zal dit plangebied worden beperkt tot de Wieringermeerpolder (artikel 32 lid 3 PRVS).
- Artikel 32 lid 4 PRVS bevat ook een uitzondering op de hoofdregel van artikel 32 lid 1 PRVS voor wat betreft testlocaties.
- De huidige ontheffingsmogelijkheid van artikel 32 lid 4 PRVS komt te vervallen.

## 2 Soorten schade

Vanwege de hiervoor behandelde wijzigingen kan schade optreden. Hierna zullen de volgende verschillende soorten schade worden behandeld: planschade, nadeelcompensatie, wanprestatie en onrechtmatige daad.

### 2.1 Planschade

#### 2.1.1 *Wat is planschade?*

De Wro bepaalt dat aan degene die in de vorm van een inkomensderving of waardevermindering van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden door een in de wet genoemde planschadeoorzaak, op aanvraag een tegemoetkoming wordt toegekend, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet anderszins is verzekerd (zie artikel 6.1, lid 1, Wro).

Planschade is aldus vermogensschade (waardevermindering van onroerende zaken), dan wel inkomensschade als gevolg van een nadelige wijziging van het planologische regime.

Aangezien planschade ziet op planologische wijzigingen, kan een beleidswijziging (structuurvisie, beleidskader Wind op Land) nooit tot planschade leiden. Alleen de wijziging van juridisch-planologische regelingen, zoals de PRVS of een bestemmingsplan, kan leiden tot planschade.

#### 2.1.2 *Directe en indirecte planschade*

Planschade kan veroorzaakt worden doordat de planologische bouw- en gebruiksmogelijkheden van de gronden van een aanvrager beperkt worden. Dit heet directe planschade.

Planschade die het gevolg is van nadelige wijzigingen op omliggende gronden die niet in eigendom zijn bij aanvrager, wordt indirecte planschade genoemd.

Een voorbeeld van directe planschade is het in het nieuwe planologische regime laten vervallen van voorheen bestaande bouw mogelijkheden op de gronden in eigendom van een aanvrager. Deze vorm van planschade is in onderhavige kwestie aan de orde, namelijk het laten vervallen van de planologische mogelijkheid om (een) windturbine(s) te bouwen.

Om de vraag te kunnen beantwoorden of sprake is van een planologisch nadeliger situatie, dienen de maximale planologische gebruiks- en bouw mogelijkheden van het oude en het nieuwe planologische regime met elkaar vergeleken te worden. Een oud planologisch regime kan onder meer zijn: een bestemmingsplan, een wijzigingsplan of een uitwerkingsplan. Bij het geheel ontbreken van een dergelijk plan biedt de gemeentelijke Bouwverordening de maximale (stedenbouwkundige) mogelijkheden. Een nieuw planologisch regime kan - uitsluitend - gevormd worden door de planologische besluiten die in artikel 6.1 van de Wro genoemd worden, waaronder bestemmingsplan, beheersverordening, projectbesluit, wijzigingsplan, ontheffing, inpassingsplan en een bepaling van een provinciale verordening als bedoeld in artikel 4.1 Wro.

Bij de planvergelijking doet de feitelijke situatie in een gebied in beginsel niet ter zake. Bij de planvergelijking moet worden uitgegaan van een fictieve situatie waarin in het gebied alle planologische gebruiks- en bouw mogelijkheden maximaal ingevuld/benut zijn.

### **2.1.3 Planschade als gevolg van provinciale besluiten of regels**

Ingevolge de Wro heeft de provinciale overheid diverse bevoegdheden om de planologische gebruiks- en bebouwingmogelijkheden van gronden te (laten) wijzigen. Voor een aantal daarvan bepaalt de wet dat deze een "planschadeoorzaak" zijn, waaronder de volgende.

- De bepaling van een bestemmingsplan (artikel 6.1 lid 1 onder a Wro). Een bepaling van een provinciale omgevingsverordening kan *indirect* planschade opleveren, namelijk doordat een bestemmingsplan in overeenstemming met deze provinciale verordening moet worden gebracht. In bepaalde gevallen kan de gemeente, als bevoegd gezag met betrekking tot planschadeaanvragen bij bestemmingsplannen, planschade verhalen op de provincie, waarover verderop in deze risicoanalyse meer.
- De aanhouding van een besluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning ingevolge artikel 3.3 lid 1 of artikel 3.4 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) (artikel 6.1 lid 1 onder d Wro). Het gaat hier onder meer om een aanhoudingsbesluit vanwege het bestaan van een voorbereidingsbesluit (artikel 3.3 lid 1 onder a Wabo).
- Een bepaling van een provinciale verordening als bedoeld in artikel 4.1 lid 3 Wro, voor zover die bepaling een weigeringsgrond bevat als bedoeld in artikel 2.10 lid 1 onder c (bouwen) of artikel 2.11 lid 1 (aanleggen) Wabo. Het gaat hier om een weigeringsgrond in een provinciale omgevingsverordening voor een omgevingsvergunning.

Indien in het concrete geval wordt geconstateerd, dat er sprake is van planschade, dan dient vervolgens de vraag te worden beantwoord of deze planschade ook vergoedbaar is. Op de vergoedbaarheid van planschade wordt hierna ingegaan.

### **2.1.4 Voorzienbaarheid**

Het bestaan van voorzienbaarheid kan in de weg staan aan vergoedbaarheid van planschade. Voorzienbaarheid kan onderverdeeld worden in actieve risicoaanvaarding en passieve risicoaanvaarding/risicovol stilzitten.

Van actieve risicoaanvaarding is sprake als de aanvrager ten tijde van de verkrijging van de onroerende zaak, of een bedrijf, wist of had moeten weten dat de bouw- en gebruiksmogelijkheden voor omliggende gronden in zijn nadeel zouden wijzigen. Van passieve risicoaanvaarding is - kort gezegd - sprake indien het voor aanvrager om tegemoetkoming reeds vóór de vaststelling van het nieuw planologische regime duidelijk kon zijn dat het regime ten nadele van hem zou veranderen door het vervallen van bestaande bouw- en/of gebruiksmogelijkheden, en hij desalniettemin geen werk heeft gemaakt van het "verzilveren" van die mogelijkheden, bijvoorbeeld door een bouwvergunning aan te vragen. In deze risicoanalyse speelt de passieve risicoaanvaarding een rol. Het betreft namelijk het wegnemen van de (bouw)mogelijkheden voor windturbines.

Voor het bestaan van passieve risicoaanvaarding is voldoende dat, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar, aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op het perceel zou gaan veranderen in een voor hem ongunstige zin. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft. Er is geen grond voor het aannemen van passieve risicoaanvaarding, indien onder het oude planologische regime concrete pogingen zijn ondernomen tot realisering van de bouwmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen (ABRS 27 juli 2011, LJN: BR3201 (Oostzaan)).

Passieve risicoaanvaarding kan aan een grondeigenaar worden tegengeworpen, indien er een kenbaar en concreet signaal is, dat aan de bestaande aanwendingsmogelijkheden kan gaan worden getornd. Daarbij moet de grondeigenaar een voldoende lange benuttingsperiode hebben gehad voor het ontplooiën van initiatieven, waarvan hij vervolgens geen (voldoende concreet) gebruik heeft gemaakt. Van een "kenbaar en concreet" signaal is sprake, indien van overheidswege een voldoende concreet beleidsvoornemen openbaar bekend is gemaakt. Dit kan bijvoorbeeld een structuurvisie of voorontwerpbestemmingsplan zijn. Of een grondeigenaar een "voldoende lange benuttingsperiode"

heeft gekregen, is afhankelijk van het soort project. Naar de huidige stand van de jurisprudentie is een benuttingsperiode van 1,5 maand te kort. Een termijn van 10 maanden is lang genoeg geacht (bij woningbouw). Indien voorbereidingsbesluiten zijn genomen, teneinde ongewenste bouwactiviteiten te voorkomen, kan aan een grondeigenaar overigens niet worden tegengeworpen dat hij zijn bouw mogelijkheden niet heeft benut. Voor het bestaan van passieve risicoaanvaarding mag dan ook geen sprake zijn van voorbereidingsbescherming op grond van een voorbereidingsbesluit (ABRS 11 februari 2009, LJN: BH2569 (Eijssden), ABRS 2 december 2009, LJN: BK5083 (Waalwijk) en ABRS 10 november 2010, LJN: BO3506 (Meerssen)).

De vraag is of het coalitieakkoord d.d. 18 april 2011 is aan te merken als kenbaar en voldoende concreet beleidsvoornemen. Aan het vereiste van kenbaarheid is voldaan: het coalitieakkoord is kenbaar gemaakt. Voor wat betreft de vraag of er sprake is van een voldoende concreet beleidsvoornemen, zijn de volgende onderdelen uit het coalitieakkoord relevant (pag. 5 en 14):

*"Er komen géén windturbines op land bij. Wij kiezen voor windturbines op zee en niet op land. Windturbines op zee bieden economische kansen voor de kop van Noord-Holland. Ons uitgangspunt is dat opschaling naar een grotere turbine gepaard gaat met het weghalen van een aantal kleinere turbines met een evenredig vermogen."*

*"Wij kiezen voor windturbineparken op zee vanwege de grote economische kansen voor de Kop van Noord-Holland. Er komt geen toename van het aantal windturbines op land. Voorts is het uitgangspunt dat opschaling naar een grotere turbine gepaard gaat met het weghalen van een aantal kleinere turbines met een evenredig vermogen. De komst van een grotere turbine mag geen negatieve gevolgen hebben voor de omgeving en de volksgezondheid."*

Ons inziens geven deze bewoordingen van het coalitieakkoord in voldoende concrete mate een indicatie van de toekomstige ontwikkelingen, namelijk: geen toename van het aantal windturbines op land. Ook is voldoende concreet waar de toekomstige maatregelen hun effecten zullen hebben. De insteek van het coalitieakkoord is namelijk het gehele grondgebied van de provincie. Vanaf 18 april 2011 was dan ook voorzienbaar, dat de bestaande bouw- en/of gebruiksmogelijkheden met betrekking tot windturbines zouden kunnen komen te vervallen.

### **2.1.5 Normaal maatschappelijk risico**

Een ander aspect van vergoedbaarheid van planschade betreft het normaal maatschappelijk risico. Indien er geen sprake is van voorzienbaarheid, kan dit aspect nog aan de vergoedbaarheid van planschade in de weg staan. De Wro stelt dat schade die binnen het normaal maatschappelijk risico (hierna: NMR) valt, voor rekening van aanvrager blijft (zie artikel 6.1 Wro). De Wro schrijft met betrekking tot indirecte planschade voor dat in ieder geval voor rekening van aanvrager blijft: 2% van het inkomen onmiddellijk voor het ontstaan van de schade en/of 2% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade (zie artikel 6.2 lid 2 Wro). De zinsnede "in ieder geval" geeft aan, dat onder omstandigheden een hoger NMR kan worden toegekend. Daarnaast blijkt uit recente jurisprudentie dat het bij indirecte planschade ook mogelijk is een normaal maatschappelijk risico, zoals neergelegd in artikel 6.2 lid 1 Wro, toe te kennen, ook al is het forfait van 2% van artikel 6.2 lid 2 Wro niet van toepassing (in het betreffende geval vanwege overgangsrecht) (ABRS 29 februari 2012, LJN BV7254). Met andere woorden, het (van toepassing zijn van het) wettelijk forfait van 2% is geen voorwaarde voor het kunnen constateren van het bestaan van normaal maatschappelijk risico in een bepaald geval van indirecte planschade. Deze lijn zou kunnen worden doorgetrokken naar directe planschade, waarvan, zoals eerder aangegeven, in casu sprake is. Voor directe planschade geldt het forfait van 2% op grond van artikel 6.2 lid 2 Wro immers niet. Dit laat echter onverlet, dat ook in geval van directe schade sprake kan zijn van normaal maatschappelijk risico, zoals verwoord in artikel 6.2 lid 1 Wro.

Volgens de Afdeling kan een planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd, indien de benadeelde hiermee rekening had kunnen houden in die zin dat die ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin,

de plaats waar en het moment waarop deze ontwikkeling zich zou voordoen. Omstandigheden die in acht worden genomen zijn verder de aard van de maatregel en de aard en de omvang van het daardoor veroorzaakte nadeel. Hiermee wordt aangesloten bij de jurisprudentie op het gebied van nadeelcompensatie. In hoeverre bij een individuele aanvraag sprake is van normaal maatschappelijk risico zal afhangen van het concrete geval. In het algemeen zou gezegd kunnen worden, dat het vervallen van bouwmogelijkheden voor windturbines niet in de lijn der verwachting lag. Immers, duurzaamheid, en meer in het bijzonder het duurzaam opwekken van energie, staan over het algemeen hoog op de politieke agenda. In tegenstelling tot hetgeen staat verwoord in het coalitieakkoord van de provincie d.d. 18 april 2011, zet het Rijk bijvoorbeeld nog steeds actief in op duurzame windenergie. Dit geldt echter voornamelijk voor wat betreft windturbineparken. Voor solitaire windturbines geldt namelijk dat het windbeleid al enige jaren richting clustering in grote windturbineparken en een verbod op solitaire windturbines gaat.

### **2.1.6 Verhaal van planschade door gemeenten op provincie**

Indien de gemeente planschadeplichtig blijkt te zijn vanwege het wegbestemmen van de planologische mogelijkheden ten behoeve van het oprichten van windturbines, zou het kunnen zijn dat de gemeente deze hogere (plan)kosten wil verhalen op de provincie. In artikel 4.1 Wro is bepaald dat gemeenten in principe binnen een jaar na inwerkingtreding van de provinciale omgevingsverordening een bestemmingsplan vaststellen met inachtneming van die verordening. In artikel 44 lid 1 onder a PRVS zal worden opgenomen dat voor bestemmingsplannen, die het oprichten of veranderen van een solitaire windturbine, een windturbine of een windturbinepark met de daarbij behorende infrastructurele voorzieningen, mogelijk maken, uiterlijk 31 december 2014 dienen te zijn aangepast. Ter zake hebben gemeenten dan ook geen keuze meer om een volledig zelfstandige planologische afweging te maken. Het belang dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan diende is dan primair een provinciaal belang geweest. Gemeenten zullen deze kosten op de provincie willen verhalen. Dit betekent echter niet zonder meer dat alle hogere kosten van een gemeente, die een (in)direct gevolg zijn van provinciale wensen, voor vergoeding in aanmerking komen.

De Wro voorziet in een regeling voor de vergoeding van hogere kosten (artikelen 6.8 en 6.9 Wro). De wet stelt strikte voorwaarden aan dit verhaal van hogere kosten en ook in de jurisprudentie wordt een zeer strikte uitleg hiervan gegeven.

Artikel 6.8 lid 1 Wro luidt:

*Indien ten behoeve van*

- 1) *belangen uitsluitend of mede behartigd door een ander openbaar lichaam dan de gemeente,*
- 2) *op schriftelijk verzoek van dat openbare lichaam, dan wel krachtens wettelijk voorschrift bepalingen in een bestemmingsplan of inpassingsplan, een daaraan voorafgaand projectbesluit daaronder begrepen, zijn opgenomen,*
- 3) *die hogere kosten voor de gemeente ten gevolge kunnen hebben*
- 4) *en over de verdeling van deze kosten geen overeenstemming is bereikt,*
- 5) *kunnen gedeputeerde staten op schriftelijk verzoek van burgemeester en wethouders dat openbare lichaam verplichten om aan de gemeente een vergoeding toe te kennen, voor zover*
  - a. *de kosten redelijkerwijs niet voor rekening van de gemeente behoren te blijven,*
  - b. *de vergoeding niet voldoende anderszins is verzekerd en*
  - c. *de vergoeding niet krachtens wettelijk voorschrift is uitgesloten.*

Uit artikel 6.8 lid 1 Wro blijkt dat de gemeente ten tijde van het opstellen van het nieuwe bestemmingsplan in overleg moet treden met de provincie over de verdeling van kosten. Het niet bestaan van overeenstemming hierover is namelijk één van de voorwaarden voor het kunnen verhalen van hogere plankosten. Een andere belangrijke voorwaarde is dat de belangen uitsluitend of mede behartigd worden door een ander openbaar lichaam (i.c. de provincie). Op deze laatste voorwaarde wordt hierna dieper ingegaan.

Zoals gezegd, zijn wet en rechtspraak zeer restrictief bij het toekennen van hogere kosten. Dit is gebaseerd op het uitgangspunt dat het belang van een ander openbaar lichaam zelden uitsluitend het belang dient van dat openbare lichaam, maar vaak ook het belang van een goede ruimtelijke ordening van de gemeente. De gemeenteraad is zelf verantwoordelijk voor het maken van een bestemmingsplan met als doel het waarborgen van een goede ruimtelijke ordening. Daarnaast dient een bestemmingsplan - altijd al - in principe in overeenstemming te zijn met beleid en regelgeving van andere overheden.

Uit jurisprudentie inzake de artikelen 31a en 31b WRO (oud) (en het daaraan voorafgaande artikel 50 in deze wet) blijkt, dat zowel de Kroon als later de Afdeling Geschillen van de Raad van State, een zeer restrictieve interpretatie gaven van de reikwijdte van de mogelijkheid tot verhaal van (hogere) (plan)kosten. Uit deze jurisprudentie blijkt namelijk dat nagenoeg altijd wordt aangenomen dat het door een ander openbaar lichaam gestelde belang, ook de gemeente aangaat, en dat de gemeente om die reden de financiële gevolgen daarvan dient te dragen.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie is onder meer het al dan niet opnemen van een regeling voor een waterwingebied in een bestemmingsplan. Volgens de Kroon betreft de handhaving van bescherming van een waterwingebied belangen die in het kader van een goede ruimtelijke ordening bij de vaststelling van een bestemmingsplan betrokken dienen te worden (zie KB 3 november 1977, BR1978, 53 (Steenwijk). Een vergelijkbaar oordeel werd gegeven over de bebouwingsvrije stroken langs hoofdwatgangen (KB 20 november 1992 (Bleiswijk), AB 1993, 279).

In het geval van de PRVS gaat het om (het wegbestemmen van) windturbines. De vraag is, of gezegd kan worden dat dit (ook) de gemeente aangaat en daardoor in het kader van een goede ruimtelijke ordening bij de vaststelling van een bestemmingsplan meegenomen dient te worden. Mede gezien het feit dat windturbines een bepalend element kunnen zijn in de ruimte (naar hun aard staan ze in open gebieden), zou gezegd kunnen worden dat dit niet alleen de provincie, maar ook de gemeente aangaat, zodat dit tevens een gemeentelijk belang betreft, waardoor de financiële gevolgen hiervan voor rekening van de gemeente zijn. Daarbij wordt tevens voornoemde restrictieve jurisprudentie in aanmerking genomen. Volledigheidshalve merken wij op dat voor het bestaan van een gemeentelijk belang in principe niet noodzakelijk is dat dit belang qua inhoud hetzelfde is als het provinciaal belang. In zoverre staat een eventuele strijdigheid tussen belangen dan ook los van de eventuele verhaalbaarheid van de hogere plankosten.

### **2.1.7 Tussenconclusie**

- Vanwege de wijziging van de PRVS kan planschade ontstaan.
- De wijziging van de PRVS was voorzienbaar vanaf 18 april 2011 (datum coalitieakkoord).
- Het verdwijnen van de planologische mogelijkheid voor het oprichten van solitaire windturbines zou tot het normaal maatschappelijk risico gerekend kunnen worden; voor wat betreft windturbineparken is dit niet het geval.
- Het wegbestemmen van windturbines zou kunnen worden aangemerkt als een onderwerp, dat in het kader van een goede ruimtelijke ordening door de gemeente dient te worden meegenomen bij de vaststelling van een bestemmingsplan. De hogere plankosten komen in principe dan ook voor rekening van de gemeente en kunnen niet op de provincie worden verhaald.

### **2.1.8 Onderzoeksvragen**

Ten behoeve van deze risicoanalyse zijn drie onderzoeksvragen gesteld. Deze onderzoeksvragen hebben alle betrekking op de wijziging van de PRVS. Hiervóór is geconstateerd dat de wijziging van de PRVS tot planschade kan leiden. Om deze reden worden de vragen dan ook hier behandeld.

#### **2.1.8.1 Onderzoeksvraag 1**

De eerste onderzoeksvraag betreft de voorgenomen hoofdregel dat een bestemmingsplan niet voorziet in bestemmingen en regels die het bouwen, oprichten of opschalen van een windturbine met daarbij



behorende infrastructurele voorzieningen mogelijk maken, met uitzondering van de Wieringermeer (artikel 32 lid 1 jo. lid 3 PRVS). In de huidige situatie is het thans nog mogelijk om binnen het in de Structuurvisie Noord-Holland 2040 aangewezen zoekgebied voor grootschalige windenergie nieuwe windparken te realiseren en daarbuiten windparken te realiseren onder voorwaarde dat deze parken geplaatst worden:

- in stroken langs kanalen, waterkeringen, spoorwegen en wegen;
- in de omgeving van kassengebieden;
- in het grensgebied tussen land en water.

*Wat is de mogelijke omvang van eventuele schadeclaims c.q. de risicoanalyse van rechtens toewijsbare schadevergoedingen naar aanleiding van deze aanscherping?*

Antwoord

Als gevolg van de wijziging van de PRVS zullen bestemmingsplannen, die thans voorzien in de mogelijkheid tot het bouwen, oprichten of opschalen van (een) windturbine(s) buiten de Wieringermeer, in die zin moeten worden aangepast, dat deze mogelijkheden - voor zover daarvan nog geen gebruik is gemaakt - weg worden bestemd. Om te achterhalen of er sprake is van planschade dienen de binnen de provincie Noord-Holland vigerende bestemmingsplannen, die op dit moment dergelijke mogelijkheden bevatten, te worden vergeleken met de situatie waarin deze mogelijkheden komen te vervallen. Door middel van deze planologische vergelijking moet vervolgens worden bekeken of er sprake is van een planologische verslechtering. In het algemeen zal er bij het wegbestemmen van een windturbine sprake zijn van een planologische verslechtering. Immers, een tot dan toe bestaande planologische mogelijkheid komt te vervallen. Dit kan leiden tot planschade, die bestaat uit vermogensschade (waardevermindering van de grond) en inkomensschade.

Hiervóór is evenwel geconstateerd, dat de voorgenomen planologische wijziging voorzienbaar is vanaf 18 april 2011. Vanaf dat moment bestaat voor een redelijk denkende en handelende grondeigenaar aanleiding rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op het perceel zal gaan veranderen in voor hem ongunstige zin. Indien de grondeigenaar onder het oude planologische regime geen concrete pogingen heeft ondernomen tot realisering van de windturbine(s), waarvan de planologische mogelijkheden onder het nieuwe regime zijn komen te vervallen, dan kan hem passieve risicoaanvaarding worden verweten. Aangezien het voorbereidingsbesluit op 11 juni 2012 in werking is getreden, heeft een grondeigenaar, gerekend vanaf de datum van het coalitiebesluit, ruim een jaar de tijd gehad om een concrete poging te ondernemen tot realisering van een windturbine. Mede indachtig de jurisprudentie waarin voor woningbouw een termijn van 10 maanden redelijk werd geacht, zou gezegd kunnen worden dat een grondeigenaar, die voornoemde periode van meer dan een jaar geen concrete poging heeft ondernomen, geen aanspraak kan maken op vergoeding van eventuele planschade.

Bij de provincie zijn 20 gevallen bekend van bij de provincie, dan wel bij de gemeente ingediende aanvragen of principeverzoeken. Deze specifieke gevallen zullen hierna in een apart hoofdstuk worden beoordeeld, waarbij - indien en voor zover aan de orde - deze onderzoeksvraag zal worden meegenomen.

#### 2.1.8.2 Onderzoeksvraag 2

De tweede onderzoeksvraag betreft een (minder vergaand) alternatief voor de bij onderzoeksvraag 1 behandelde optie. Onder handhaving van het bepaalde in het nu nog vigerende artikel 32 lid 1 PRVS (een bestemmingsplan mag bestemmingen en regels bevatten voor het oprichten van windturbineparken met de daarbij behorende infrastructurele voorzieningen in de Kop van Noord-Holland en West-Friesland), worden in de verordening kwetsbare gebieden aangewezen, waarbinnen geen windturbineparken gerealiseerd mogen worden. Daarbij zou het kunnen gaan om natuurgebieden (nationale parken, EHS, weidevogelleefgebieden, Natura 2000) en gebieden met landschappelijke en cultuurhistorische waarden (UNESCO werelderfgoedgebieden, aardkundige monumenten). Bij deze optie wordt het zoekgebied van windturbines dus niet beperkt tot de Wieringermeerpolder, maar

blijven de Kop van Noord-Holland en West-Friesland gehandhaafd, terwijl kwetsbare gebieden worden uitgesloten.

*Bestaan er concrete initiatieven voor bovengenoemde gebieden en wat is de mogelijke omvang van eventuele schadeclaims c.q. de risicoanalyse van rechtens toewijsbare schadevergoedingen als gevolg van het uitsluiten van deze gebieden voor het oprichten van nieuwe windturbines?*

**Antwoord**

Afgezien van de vraag of met deze optie voldoende invulling zou worden gegeven aan het coalitieakkoord, welke beoordeling buiten het kader van deze risicoanalyse valt, merken wij het volgende op.

Bij de provincie zijn op dit moment in totaal 20 gevallen bekend van bij de provincie c.q. de gemeente ingediende aanvragen of principeverzoeken. Voor zover bekend, bestaat er op dit moment één initiatief in een EHS-gebied. Het betreft de aanvraag voor een windturbine aan de Reyndersweg te Velsen. Hierop komen we verderop in deze risicoanalyse nog terug.

In het beleidskader Wind op Land zijn vrijwaringsgebieden opgenomen, waar geen windturbines mogen worden geplaatst. Het betreft: Nationale Parken, UNESCO werelderfgoedgebieden, weidevogelleefgebieden en aardkundige monumenten. Gezien het vigerende beleid is het, afgezien van het eventuele het geval van voornoemde windturbine, niet aannemelijk dat er op dit moment bestemmingsplannen zijn, die windturbines toestaan in de kwetsbare gebieden. Dit betekent, dat bestemmingsplannen op dit punt ook niet zouden hoeven worden aangepast, zodat er geen sprake zal zijn van een planologische wijziging en dus ook niet van een planologisch nadeel. Mocht er onverhoopt toch sprake zijn van het wegbestemmen van de mogelijkheid voor een windturbine, dan geldt hiervoor hetzelfde als bij het antwoord op onderzoeksvraag 1 is opgemerkt over voorzienbaarheid: indien een grondeigenaar na 18 april 2011 geen concrete poging heeft ondernomen om (een) windturbine(s) te realiseren, kan hem passieve risicoaanvaarding worden tegengeworpen, zodat geen recht op tegemoetkoming in planschade bestaat. Mede gezien het vorenstaande en het feit dat de voorgestelde wijziging een vrij geringe wijziging ten opzichte van de huidige situatie betreft (kleine beperking van zoekgebied), zal het risico op planschade gering c.q. verwaarloosbaar zijn.

### **2.1.8.3 Onderzoeksvraag 3**

Voor wat betreft het plaatsen van nieuwe solitaire windturbines is op dit moment in de PRVS bepaald, dat dit slechts mogelijk is:

- a. bij infrastructurele knooppunten of nabij een markant punt waarbij een boerderij niet geldt als een markant punt en
- b. indien plaatsing in een windturbinepark niet mogelijk is.

In de nieuwe situatie is het de bedoeling om de plaatsing van solitaire windturbines in het geheel uit te sluiten (met uitzondering van testlocaties).

*Wat is de mogelijke omvang van eventuele schadeclaims c.q. de risicoanalyse van rechtens toewijsbare schadevergoedingen als deze wijziging wordt doorgevoerd?*

**Antwoord**

Als gevolg van de voorgestelde wijziging van de PRVS zullen bestemmingsplannen, die thans voorzien in de mogelijkheid tot het realiseren een solitaire windturbine, in die zin moeten worden aangepast, dat deze mogelijkheid - voor zover daarvan nog geen gebruik is gemaakt - weg wordt bestemd. Om te achterhalen of er sprake is van planschade dienen bestemmingsplannen in de provincie Noord-Holland, die op dit moment dergelijke mogelijkheden bevatten, te worden vergeleken met de situatie waarin deze mogelijkheden komen te vervallen. Door middel van deze planologische vergelijking moet vervolgens worden bekeken of er sprake is van een planologische verslechtering. In het algemeen zal er bij het wegbestemmen van een solitaire windturbine sprake zijn van een planologische verslechtering. Immers, een tot dan toe bestaande planologische mogelijkheid komt te vervallen. Dit kan leiden tot planschade, die bestaat uit vermogensschade (waardevermindering van de grond) en inkomensschade.

De voorgenomen planologische wijziging is evenwel voorzienbaar vanaf 18 april 2011. Vanaf dat moment bestaat voor een redelijk denkende en handelende grondeigenaar aanleiding rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op het perceel zal gaan veranderen in voor hem ongunstige zin. Indien de grondeigenaar onder het oude planologische regime geen concrete pogingen heeft ondernomen tot realisering van een solitaire windturbine, waarvan de planologische mogelijkheden onder het nieuwe regime zijn komen te vervallen, dan kan hem passieve risicoaanvaarding worden verweten. Aangezien het voorbereidingsbesluit op 11 juni 2012 in werking is getreden, heeft een grondeigenaar, gerekend vanaf de datum van het coalitiebesluit, ruim een jaar de tijd gehad om een concrete poging te ondernemen tot realisering van een solitaire windturbine. Mede indachtig de jurisprudentie waarin voor woningbouw een termijn van 10 maanden redelijk werd geacht, zou gezegd kunnen worden dat een grondeigenaar, die voornoemde periode van meer dan een jaar geen concrete poging heeft ondernomen, geen aanspraak kan maken op vergoeding van eventuele planschade.

Daarnaast zou aan de grondeigenaar kunnen worden tegengeworpen dat de eventuele planschade tot het normaal maatschappelijk risico behoort. Immers, voor wat betreft solitaire windturbines geldt dat het windbeleid al enige jaren richting clustering in grote windturbineparken en een verbod op solitaire windturbines gaat. De grondeigenaar had hiermee rekening kunnen houden, in die zin dat die ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze ontwikkeling zich zou voordoen. Het elimineren van plaatsen van solitaire windturbines zou dan ook als een normale maatschappelijke ontwikkeling kunnen worden beschouwd.

Bij de provincie zijn 20 gevallen bekend van bij de provincie, dan wel bij de gemeente ingediende aanvragen of principeverzoeken. Indien onderzoeksvraag 3 bij (één van) deze gevallen aan de orde is, zal hierop in een apart hoofdstuk hierna verder op worden ingegaan.

#### Verhaalbaarheid planschade

Ten slotte zij met betrekking tot de drie hiervoor behandelde onderzoeksvragen opgemerkt, dat de kans groot is dat eventuele hogere plankosten (in de vorm van planschade) vanwege de wijziging van een bestemmingsplan voor rekening van de gemeenten dienen te blijven, omdat gesteld zou kunnen worden dat niet alleen een provinciaal belang, maar ook een gemeentelijk belang wordt gediend (artikel 6.8 Wro). In die zin zou de provincie dan ook geen risico op schadeclaims lopen.

### **2.1.9 Overige grondslagen voor planschade**

Naast de eventuele wijziging van bestemmingsplannen naar aanleiding van de wijziging van de PRVS, zijn er in casu mogelijk nog twee grondslagen voor planschade, die verband houden met de wijziging van de PRVS:

- een aanhoudingsbesluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning vanwege het voorbereidingsbesluit d.d. 9 juli 2012 (artikel 6.1 lid 2 onder d Wro);
- een weigeringsgrond voor een omgevingsvergunning op grond van artikel 32 lid 2 PRVS (nieuw) (artikel 6.1 lid 2 onder e Wro).

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij planschade vanwege de wijziging van een bestemmingsplan, kan planschade op deze twee grondslagen door de grondeigenaar in principe rechtstreeks worden verhaald op de provincie.

#### Aanhoudingsbesluit

Op 11 juli 2012 is een voorbereidingsbesluit d.d. 9 juli 2012 in werking getreden in verband met de voorgenomen wijziging van het windbeleid. Op grond van artikel 3.3 lid 1 onder a Wabo dient een aanvraag voor een omgevingsvergunning met betrekking tot bouwen of aanleggen te worden aangehouden, indien er geen grond is de vergunning te weigeren, maar voor het gebied waar de activiteit zal worden verricht vóór de dag van ontvangst van de aanvraag een voorbereidingsbesluit in

werking is getreden. Het aanhoudingsbesluit daartoe is in de wet als (plan)schadeoorzaak genoemd (artikel 6.1 lid 2 onder d Wro).

Het vorenstaande brengt met zich, dat initiatiefnemers, die na 11 juli 2012 een aanvraag voor een omgevingsvergunning hebben ingediend in verband met de realisatie van een windturbine een aanvraag om tegemoetkoming in planschade kunnen indienen op grond van het aanhoudingsbesluit vanwege het voorbereidingsbesluit. Afhankelijk van de vraag wie in het betreffende geval bevoegd gezag is met betrekking tot de omgevingsvergunning dient de planschadeaanvraag door de gemeente of door de provincie te worden afgehandeld (zie artikel 6.1 lid 1 en artikel 6.6 lid 1 Wro). De aanvraag dient overigens in beide gevallen te worden ingediend bij de gemeente. Indien de aanvraag resulteert in uit te keren planschade door de gemeente, kan de gemeente proberen deze kosten te verhalen op de provincie op grond van artikel 6.8 Wro. Zoals eerder in deze risicoanalyse aangegeven, is de kans dat dit met succes gebeurt naar verwachting niet groot.

#### Weigeringsgrond omgevingsvergunning

Het is de bedoeling dat het, zolang bestemmingsplannen nog niet voldoen aan de gewijzigde PRVS, wordt verboden om een windturbine met de daarbij behorende Infrastructurele voorzieningen te bouwen, op te richten of op te schalen (artikel 32 lid 2 PRVS (nieuw)). Deze weigeringsgrond ziet op de aanvragen om een omgevingsvergunning. Afhankelijk van de vraag wie in het betreffende geval bevoegd gezag is met betrekking tot de omgevingsvergunning dient de planschadeaanvraag door de gemeente of door de provincie te worden afgehandeld (zie artikel 6.1 lid 1 en artikel 6.6 lid 1 Wro). De aanvraag dient overigens in beide gevallen te worden ingediend bij de gemeente. Indien de aanvraag resulteert in een uit te keren tegemoetkoming door de gemeente, kan de gemeente proberen deze kosten te verhalen op de provincie op grond van artikel 6.8 Wro. Zoals eerder in deze risicoanalyse aangegeven, is de kans dat dit met succes gebeurt naar verwachting niet groot.

Ook voor wat betreft deze beide planschadeoorzaken gelden de aspecten voorzienbaarheid en normaal maatschappelijk risico. Vanaf het coalitieakkoord 18 april 2011 was bekend dat de mogelijkheden voor windturbines op land (bij voorkeur) geheel zouden verdwijnen in de provincie. Vanaf deze datum hadden grondeigenaars dan ook in actie moeten komen, teneinde te voorkomen dat zij eventuele aanspraken op planschadevergoeding zouden verliezen. Voor wat betreft aanvragen die eerst na 11 juli 2012 (datum inwerkingtreding voorbereidingsbesluit) - en derhalve meer dan een jaar na 18 april 2011 - zijn ingediend, kan niet gezegd worden dat de grondeigenaren voldoende adequaat op de mogelijke planologische wijzigingen hebben ingespeeld. Zoals eerder in deze risicoanalyse aangegeven, zou ten aanzien van solitaire windturbines kunnen worden gesteld dat eventuele planschade ter zake tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend.

## 2.2 Nadeelcompensatie

Indien en voor zover geen aanspraak kan worden gemaakt op planschade, zou kunnen worden onderzocht of aanspraak op nadeelcompensatie kan worden gemaakt. Vooraf merken wij op dat voor wat betreft de wijziging van de PRVS geldt, dat deze *regels* stelt ter uitvoering van het beleid in de structuurvisie. Voor wat betreft de wijziging van de PRVS staan in beginsel de hierboven besproken mogelijkheden op het gebied van planschade open. Hetgeen hierna wordt opgemerkt over nadeelcompensatie heeft betrekking op het *beleid* van de provincie (structuurvisie en beleidskader Wind op Land).

### 2.2.1 Wat is nadeelcompensatie?

Met regelmaat komt het voor dat de overheid bij de uitvoering van haar taken ter behartiging van het algemeen belang besluiten neemt of feitelijke handelingen verricht, waardoor burgers of bedrijven onevenredig worden benadeeld. Dit is rechtmatig handelen, waarbij toch een plicht tot

schadevergoeding kan ontstaan. Een klassiek voorbeeld is een besluit of feitelijke handeling tot een - al dan niet tijdelijke - wegomlegging, waardoor een tankstation (tijdelijk) zijn klandizie verliest. Het omleggen van de weg door de overheid is volkomen rechtmatig. Maar het bedrijf wordt onevenredig zwaar in zijn belangen getroffen, zodat een nadeelcompensatieplicht kan ontstaan. Er moet dan ook sprake zijn van onevenredige schade. In de jurisprudentie wordt onder onevenredige schade verstaan: de schade die buiten het normaal maatschappelijk risico valt (abnormale last) en tevens op een beperkte groep burgers of instellingen drukt (speciale last). Of met succes kan worden verzocht om nadeelcompensatie, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Met betrekking tot nadeelcompensatie gelden in principe de volgende beoordelingscriteria.

### **2.2.2 *Rechtmatig overheidshandelen***

Voorwaarde voor nadeelcompensatie is, dat er sprake is van rechtmatig overheidshandelen. Daarbij is onder meer van belang de vraag of initiatiefnemers/ontwikkelaars aan de beleidsregels, zoals die golden vóór de wijziging, het vertrouwen konden ontleenen dat zij nooit zouden worden gewijzigd. Indien blijkt dat er sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel, kan er sprake zijn van onrechtmatig overheidshandelen, waardoor de benadeelde zich tot de burgerlijke rechter moet wenden. In het algemeen kan worden gezegd, dat indien nieuwe inzichten, zoals in dit geval het coalitieakkoord, leiden tot het oordeel dat een wijziging van het beleid nodig is, het bestuursorgaan daartoe in beginsel rechtmatig kan besluiten. De overheid is niet verplicht om door haar bekendgemaakt beleid steeds ongewijzigd voort te zetten. Integendeel, goed bestuur vergt juist dat beleid op zijn tijd aan nieuwe inzichten - al dan niet in overleg met de betrokken branche - wordt aangepast. Zoals hierna bij de behandeling van de rechtsfiguur onrechtmatige daad zal worden geconstateerd, is de wijziging van de structuurvisie en het beleidskader Wind op Land in principe als rechtmatig overheidshandelen aan te merken, zodat een beroep op nadeelcompensatie kan worden gedaan. Heeft gewijzigd beleid overigens tot gevolg dat een beschikking moet worden ingetrokken, dan kan ook dat aanleiding zijn tot een beroep op nadeelcompensatie.

### **2.2.3 *Causaal verband***

Er moet een direct en rechtstreeks verband bestaan tussen de schade en de schadeveroorzakende handeling of besluit (causaal verband). De bewijslast hiervoor ligt primair bij de verzoeker.

### **2.2.4 *Wijziging van beleid, normaal maatschappelijk risico en speciale last***

Voor de vraag of een ondernemer onevenredig wordt getroffen, is van belang of de schade buiten het normaal maatschappelijk risico valt (abnormale last). Het op zichzelf rechtmatige beleid moet in strijd zijn met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De jurisprudentie bevat verschillende voorbeelden waarin de schade ten gevolge van een beleidswijziging aan het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (égalitébeginsel) werd getoetst (zie bijvoorbeeld: Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411, Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417, HR 15 oktober 2004, JB 2004, 387, m.nt. GEvM (Dierenartsen)).

In het algemeen kan gesteld worden, dat de wijziging van beleid onder het normaal maatschappelijk risico valt. Iedere ondernemer dient hier rekening mee te houden. Het is de vraag of dit ook geldt voor de onderhavige beleidswijzigingen in de structuurvisie en in het beleidskader Wind op Land. Valt de wijziging van het beleid voor wind onder het normale bedrijfsrisico van eventuele initiatiefnemers/ontwikkelaars/exploitanten van windturbines? Door het exploiteren van een windturbine(park) aanvaardt een ondernemer in beginsel het risico dat het beleid zal worden veranderd of aangescherpt. Of de opgetreden schade onder het normaal maatschappelijk risico valt, zal evenwel afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. De omvang van de gestelde schade dient bij deze beoordeling te worden betrokken. Verder achten wij een relevant gegeven dat windbeleid al enige jaren richting clustering in grote windturbineparken en een verbod op solitaire turbines gaat. Voor wat betreft solitaire windturbines zal men dan ook eerder aannemen dat er sprake is van normaal maatschappelijk risico.

Voor wat betreft het normaal maatschappelijk risico merken wij aanvullend nog op dat bij bijvoorbeeld het treffen van verkeersmaatregelen door de overheid in de praktijk naast de hiervoor behandelde - inhoudelijke - invulling van het begrip normaal maatschappelijk risico ook wel wordt gewerkt met percentages. Zo wordt gewerkt met drempelbedragen (een percentage van de jaaromzet) en met een kortingsmethode (van de geconstateerde schade wordt een percentage afgetrokken). Soms wordt een combinatie van beide methodes gebruikt. Welke methode wordt toegepast, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.

Naast het bestaan van een abnormale last moet er sprake zijn van een speciale last: de kring van potentieel getroffen en is beperkt en duidelijk bepaald en de verzoeker maakt daar deel van uit. Voor wat betreft initiatiefnemers/ontwikkelaars van windturbines is in principe aan deze voorwaarde voldaan.

### **2.2.5 Omvang van de schade**

Verder dient de omvang van de schade te worden bepaald. Deze schade kan bestaan uit geleden verlies en gederfde winst (gederfde inkomsten, bijkomende kosten, omzetsderving). Hierbij valt te denken aan de volgende situaties:

- Beperking van de bestaande bedrijfsvoering. Volgens de verstrekte informatie kunnen bestaande windturbines blijven bestaan. In zoverre is dan ook geen schade te verwachten.
- Daarnaast kan het echter zijn, dat een ondernemer uitbreidingsinvesteringen heeft gedaan. Indien de beleidswijziging ten tijde van deze investeringen niet voorzienbaar was, waarover hierna meer, dan kan het zijn dat de ondernemer recht heeft op nadeelcompensatie.
- Ook zou schade kunnen worden geclaimd vanwege toekomstig verlies, bijvoorbeeld omdat uitbreidingsmogelijkheden worden gedwarsboomd vanwege het nieuwe beleid. In dat verband zij opgemerkt dat het van belang is de (toekomstige) schade *voldoende zeker* is. Hiervan is geen sprake als er sprake is van mogelijk in de toekomst te lijden nadelen; onvoldoende is dat een ondernemer risico loopt schade te lijden. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is het geval waarin de betrokkene stelde een bedrijfseconomisch nadeel te lijden, doordat hem de mogelijkheid werd ontnomen zijn melkveebedrijf aan de overzijde van het spoor uit te breiden, omdat een overweg zou komen te vervallen. Dat hij zijn bedrijf in die richting wilde uitbreiden stond ten tijde van de beslissing op bezwaar echter helemaal niet vast, omdat hij de betrokken grond nog niet in zijn eigendom had. Geoordeeld werd dat ten aanzien van deze schadepost onvoldoende vaststond dat het bedrijfseconomische nadeel zich daadwerkelijk zou manifesteren. Dat hij deze grond daarna wel in eigendom verwierf, maakte dit volgens de Afdeling niet anders, omdat de koop pas na de beslissing op bezwaar had plaatsgevonden (ABRvS 30 mei 2007, LJN BA6012). Het zal van de specifieke casus afhangen hoe zeker de gestelde toekomstige schade is. Bijvoorbeeld of de exploitatie van een windturbine planologisch is/zou kunnen worden toegestaan.
- Ten slotte is het mogelijk dat initiatiefnemers/ontwikkelaars van windturbines, die nog niet zijn gestart met hun bedrijfsactiviteiten, schade (menen te) lijden. Inkomensschade vanwege gemist voordeel uit een nog niet aangevangen bedrijfsvoering komt in principe niet voor vergoeding in aanmerking. Het is evenwel mogelijk dat een initiatiefnemer/ontwikkelaar reeds investeringskosten heeft gemaakt. In hoeverre deze schade vergoedbaar is zal ook hier afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld of de ontwikkeling planologisch mogelijk is, of gronden zijn aangekocht enz.

Voor de berekening van de schade is het in de praktijk gebruikelijk, dat de cijfers van de periode, waarin de schade zich voordoet, worden vergeleken met de cijfers van drie voorafgaande (referentie)jaren. Om eventuele schade te kunnen beoordelen is dan ook inzage nodig in de boeken van de betreffende onderneming. Aangezien de eventuele schade nog in de toekomst ligt en inzage in de boeken van eventuele initiatiefnemers/ontwikkelaars buiten de mogelijkheden van deze risicoanalyse valt, kunnen over de hoogte hiervan in beginsel geen uitspraken worden gedaan.

### **2.2.6 Voorzienbaarheid**

Van voorzienbaarheid (risicoaanvaarding) is sprake wanneer op het moment van de investeringsbeslissing de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel in voldoende mate kenbaar was om hiermee bij de beslissing tot het investeren rekening te (kunnen) houden. Of in een concreet geval risicoaanvaarding wordt aangenomen, hangt in sterke mate af van het handelen of nalaten van de belanghebbende zelf. De belanghebbende moet zelf nagaan of het verantwoord is op een bepaald moment bepaalde kosten te maken of investeringen te doen. Eveneens moet hij zelf nagaan of het verantwoord is op een bepaald moment af te zien van het doen van investeringen of het maken van kosten. Hij heeft bij het nemen van een beslissing daaromtrent rekening te houden met hetgeen op dat moment in de concrete omstandigheden van het geval, naar objectieve maatstaven en met inachtneming van de op het concrete geval toepasselijke ervaringsregels, voorzienbaar is.

Gesteld kan worden dat ondernemers er vanaf de datum van het coalitieakkoord, te weten 18 april 2011, rekening mee hadden moeten houden dat investeren in windturbines op land zinloos zou kunnen zijn. Immers, op deze datum is kenbaar geworden, dat het de insteek van de coalitie was dat er geen windturbines op land meer bij zouden komen.

### **2.2.7 Schade anderszins verzekerd**

Ten slotte is nog van belang te onderzoeken of de vergoeding anderszins is verzekerd, bijvoorbeeld vanwege het bestaan van een overeenkomst, waarin eventuele schade is 'afgekocht' of bijvoorbeeld vanwege een tegemoetkoming in planschade.

### **2.2.8 Tussenconclusie**

- Wijziging van beleid kan recht op nadeelcompensatie geven. Ditzelfde geldt voor het intrekken van een vergunning vanwege gewijzigd beleid.
- Of er sprake is van nadeelcompensatie zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.
- Op basis van de op dit moment bekende gegevens kunnen de beleidswijzigingen in de structuurvisie en in het beleidskader Wind op Land worden aangemerkt als rechtmatig overheidshandelen.
- Er is een causaal verband vereist tussen de gestelde schade en de schadeoorzaak.
- Schade die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, dient voor rekening van de aanvrager te blijven. In het algemeen kan de wijziging van beleid als normaal maatschappelijk risico worden aangemerkt. Iedere ondernemer moet hier rekening mee houden. Een en ander is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- De kring van potentieel getroffen is beperkt en duidelijk bepaald (speciale last), te weten: initiatiefnemers/ontwikkelaars van windturbines.
- Bestaande windturbines mogen blijven bestaan. De beleidswijziging heeft dan ook geen nadeel vanwege beperking van de bestaande exploitatiemogelijkheden tot gevolg.
- Schade vanwege uitbreidingsinvesteringen kunnen, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, wel voor vergoeding in aanmerking komen.
- Schade vanwege eventueel toekomstig verlies komt alleen voor vergoeding in aanmerking, indien dit verlies voldoende zeker is.
- Investeringskosten in verband met nieuwe initiatieven komen, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, mogelijk voor tegemoetkoming in aanmerking.
- Voor wat betreft de berekening van inkomstenderving (in casu alleen toekomstig verlies) geldt, dat hiervoor in zage in de boeken van de betreffende onderneming noodzakelijk is.
- Vanaf 18 april 2011 was voorzienbaar dat het beleid voor wind zou kunnen wijzigen.
- Indien de schade anderszins is verzekerd, komt eventuele nadeelcompensatie niet voor vergoeding in aanmerking.

In een apart hoofdstuk zal aan de hand van 20 bekende initiatieven voor windturbines worden onderzocht of er een risico op nadeelcompensatie bestaat.

## 2.3 Wanprestatie

Het is mogelijk dat de wijzigingen van de structuurvisie, het beleidskader Wind op Land en de PRVS haaks staan op eventuele contracten, die de provincie of een gemeente heeft gesloten met partijen ten aanzien van de ontwikkeling van windturbines of windturbineparken. Indien de overeenkomst vanwege het gewijzigde beleid niet kan worden nagekomen, levert dit in beginsel - wanneer in de overeenkomst bijvoorbeeld geen ontbindende voorwaarden op dit punt zijn opgenomen - wanprestatie op, waardoor de provincie of gemeente schadeplichtig kan zijn. Uit de verstrekte informatie blijkt dat de provincie dergelijke overeenkomsten niet heeft gesloten. Onbekend is of dergelijke overeenkomsten bestaan tussen gemeentes en initiatiefnemers of ontwikkelaars. Indien dergelijke overeenkomsten bestaan, dan kunnen, afhankelijk van de stand van zaken van het betreffende project, de volgende schadeposten een rol spelen:

- waardedaling gronden (voor zover niet verdisconteerd in een tegemoetkoming in planschade);
- kosten bouwrijp maken;
- ontwikkelkosten;
- winstderving;
- renteverliezen op investeringen.

Deze kosten kunnen worden verhaald op de gemeente als contractspartij, indien er sprake is van wanprestatie. De vraag of de gemeente deze schade vervolgens zou kunnen doorleggen naar de provincie moet in principe ontkennend worden beantwoord. Ook een gemeente dient immers rekening te houden met het feit dat (provinciaal) beleid kan wijzigen. Mede gezien het feit dat de beleidswijziging in principe als rechtmatig is aan te merken, waarover hierna meer, zal een vordering van de gemeente op grond van onrechtmatige daad naar verwachting weinig kans van slagen hebben. Los hiervan staat dat een dergelijke gang van zaken de bestuurlijke en politieke verhoudingen waarschijnlijk weinig goed zal doen.

## 2.4 Onrechtmatige daad

### 2.4.1 Onrechtmatige beleidsregel

Bij de behandeling van de rechtsfiguur nadeelcompensatie kwam de vraag naar de rechtmatigheid van de beleidswijziging met betrekking tot wind aan de orde. Indien de beleidswijziging als rechtmatig kan worden aangemerkt, staat de weg van nadeelcompensatie open. Is er sprake van een onrechtmatig handelen, dan dient een benadeelde zich tot de burgerlijke rechter te wenden.

Een beleidsregel kan onrechtmatig zijn vanwege strijd met het beginsel van rechtszekerheid. Een aanvaard rechtsbeginsel is, dat de overheid haar beleid mag wijzigen, zolang de burger of ondernemer, die heeft vertrouwd op eerdere toezeggingen, zijn schade vergoed krijgt. De rechter toetst de beleidswijziging marginaal. Meestal is deze rechtmatig. Onrechtmatig is, dat de overheid door de beleidswijziging een belofte niet gestand doet, zolang de schade van de individuele gedupeerde, bestaande uit investeringen die op grond van het oude beleid zijn gedaan, niet wordt vergoed. Indien een benadeelde aan de beleidsregels, zoals die golden vóór de wijziging, derhalve het vertrouwen kon ontlenen dat zij nooit zouden worden gewijzigd (vertrouwensbeginsel) en dit gebeurt vervolgens wel, terwijl hij hiervoor niet wordt gecompenseerd, dan is er sprake van een onrechtmatige beleidswijziging.

Ons inziens kan niet gesteld worden, dat met het oude beleid, zoals neergelegd in de structuurvisie en het beleidskader Wind op Land, een belofte is gedaan of anderszins het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de situatie onveranderd zou blijven. Het niet uitkeren van eventuele schade van benadeelden naar aanleiding van de beleidswijziging is op zichzelf dan ook niet onrechtmatig.



Volledigheidshalve merken wij nog op dat het ter voorkoming van eventuele claims vanwege onrechtmatig beleid wel van belang is, dat voldoende onderzoek wordt gedaan naar de feiten en dat het beleid deugdelijk wordt gemotiveerd.

#### **2.4.2 Ander onrechtmatig handelen van provincie?**

Het kan zijn dat de provincie nog op andere grond onrechtmatig handelen kan worden verweten, bijvoorbeeld door bij de behandeling van een aanvraag toezeggingen te doen en die vervolgens niet na te komen. Het gaat hier om opgewerkt vertrouwen door het bestuursorgaan. Het vertrouwensbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat voorschrijft dat een burger erop moet kunnen vertrouwen dat een bepaalde toezegging van een bestuursorgaan ook nagekomen wordt. Van belang is onder meer door wie en ter zake waarvan het vertrouwen wordt gewekt. Wil de provincie met succes worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad vanwege het niet nakomen van toezeggingen tijdens de vergunningprocedure, dan is noodzakelijk dat de toezegging ongeclausuleerd, niet voor meerdere uitleg vatbaar en schriftelijk is gedaan door iemand die ter zake beslissingsbevoegd is. Verder is van belang dat het nakomen van de toezegging niet tot het honoreren van een situatie zou leiden, die in strijd is met de wet.

Ook kan van onrechtmatige (overheids)handelen sprake zijn bij het (achteraf) ten onrechte weigeren van een vergunning of het verstrekken van onjuiste informatie. Als een besluit van de overheid door de administratieve rechter wordt vernietigd, staat daarmee vaak de schuld van de overheid en derhalve de toerekening vast, zodat tegen de provincie een actie uit onrechtmatige daad kan worden ondernomen.

Een bijzonderheid van de onrechtmatige overheidsdaad ten opzichte van onrechtmatig handelen door een ander dan de overheid is, dat de overheid enerzijds is gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en anderzijds een zekere mate van beleidsvrijheid heeft. Dit maakt dat overheidsaansprakelijkheid niet altijd even eenvoudig is vast te stellen.

### **3 Beoordeling ingediende principeverzoeken en aanvragen**

Voor zover op dit moment bekend, zijn bij de provincie Noord-Holland 9 principeverzoeken of aanvragen voor windturbines ingediend. Verder zijn voor zover bekend 11 aanvragen in behandeling bij gemeenten. De ingediende principeverzoeken en aanvragen zijn globaal beoordeeld op risico's van schadeclaims. Het betreft de volgende projecten.

Buiten reikwijdte Woo-verzoek



Buiten reikwijdte Woo-verzoek



## Buiten reikwijdte Woo-verzoek

### 4 Conclusie

Na analyse van voornoemde initiatieven kan het volgende worden geconcludeerd.

- Voor de provincie zijn in verband met de nieuwe PRVS geen kosten te verwachten ten gevolge van planschade die op grond van artikel 6.1 Wro voor tegemoetkoming in aanmerking dient te komen. Eén van de redenen hiervoor is, dat voor reeds ingediende initiatieven geldt, dat de gewenste windturbines op dit moment al niet planologisch zijn toegestaan. In zoverre zal er dan ook geen sprake zijn van een planologische wijziging, als bestemmingsplannen te zijner tijd moeten worden aangepast aan de PRVS, en derhalve ook niet van planschade. Voor wat betreft bestaande windturbines geldt, dat deze op grond van de gewijzigde PRVS niet zullen hoeven worden wegbestemd. Ook hier zal dan ook geen sprake zijn van planschade. Indien en voor zover een gemeente een windturbine planologisch mogelijk heeft gemaakt en de PRVS kort daarna wordt gewijzigd, terwijl de windturbine nog niet is gerealiseerd, dan treedt een bijzondere situatie op, want dan komt de (net) nieuwe bestemming plotseling weer te vervallen. Dit zou een planologisch nadeel kunnen opleveren. Hiermee is evenwel niet gezegd dan er sprake is van planschade. Inkomensschade van nog niet aangevangen bedrijfsvoering is namelijk nihil. En waardevermindering van gronden vanwege het wegbestemming van windturbines, die zich laat vertalen in planschade, achten wij niet aannemelijk. Voor wat betreft initiatieven, die dateren van geruime tijd (circa 10 maanden) na de datum van het coalitieakkoord d.d. 18 april 2011, geldt verder dat aan de initiatiefnemer risicovol stilzitten (passieve risicoaanvaarding) kan worden tegengeworpen.
- De provincie dient rekening te houden met extra kosten in verband met nadeelcompensatie ten gevolge van het gewijzigd beleid in de structuurvisie en in het beleidskader Wind op Land ten bedrage van naar grove schatting in totaal circa € 612.000,--. Of initiatiefnemers daadwerkelijk voor nadeelcompensatie in aanmerking komen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij spelen onder meer de voorzienbaarheid (vanaf het coalitieakkoord d.d. 18 april 2011) en het normaal maatschappelijk risico (ondernemersrisico) een belangrijke rol. Het is aannemelijk dat deze aspecten (in veel en mogelijk alle gevallen) aan de vergoedbaarheid van nadeelcompensatie in de weg staan. Eventuele schade kan bestaan uit investeringskosten, die zijn gemaakt ten behoeve van de indiening van een principeverzoek (circa € 3.000,--). Daarnaast kan de schade bestaan uit investeringskosten die zijn gemaakt ten behoeve van de indiening van een aanvraag ten bedrage van circa € 50.000,-- in verband met deelonderzoeken, MER(-beoordeling), ruimtelijke onderbouwing, verbeelding, eventueel project-MER e.d. Eén en ander afhankelijk van de stand van zaken van de voorbereiding van de aanvraag. Schade vanwege toekomstig verlies komt in principe niet voor vergoeding in aanmerking, omdat deze niet voldoende zeker is, onder meer vanwege het feit dat de initiatieven op dit moment nog niet planologisch zijn toegestaan. Ditzelfde geldt voor eventuele 'voorbarige' grondverwerving.
- De nieuwe PRVS en het gewijzigde beleid in de structuurvisie en in het beleidskader Wind op land zullen in beginsel voor de provincie niet tot kosten ten gevolge van wanprestatie leiden. Tussen de provincie en initiatiefnemers zijn namelijk geen overeenkomsten gesloten met betrekking tot de realisatie van windturbines.
- Schade kan ontstaan indien en voor zover zou komen vast te staan dat de provincie onrechtmatig heeft gehandeld door (na een lange tijd) ten onrechte afwijzend te beslissen op het verzoek om een inpassingsplan vast te stellen. Of sprake is van onrechtmatig handelen van de provincie is op voorhand niet eenvoudig vast te stellen. De schade kan bestaan uit:
  - kosten van het alsnog proberen te verkrijgen van een besluit;
  - gederfd inkomen vanwege het niet eerder in bedrijf kunnen nemen van het nieuwe windpark;

- o kosten, die zijn gemaakt om het huidige (verouderde) windpark draaiende te houden. Onder meer afhankelijk van de duur van het niet kunnen realiseren zou dit om substantiële bedragen kunnen gaan, die nader onderzocht zouden moeten worden.
- Ten slotte bestaat er een risico op schadeclaims van (vele) tonnen in euro's uit hoofde van onrechtmatige daad vanwege, kort gezegd, de wijziging van het beleid en de regels, terwijl de provincie op de hoogte is van (gevorderde) plannen voor windparken bij gemeenten.

Wij merken, wellicht ten overvloede, nog op dat onderhavig rapport een risicoanalyse betreft. Aan de had van een onderzoek naar een definitieve schadeclaim kan (al dan niet door de rechter) een andere uitkomst ontstaan.

Almere, 21 augustus 2012

Art. 5.1, 2e

~~Oranjewoud Vastgoed, Economie & Legal~~

Art. 5.1, 2e