

De wind in de zeilen voor windenergie of toch niet helemaal?

Het opwekken van duurzame energie is geen prioritair belang

Prof.mr. A.G.A. Nijmeijer

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 19 december 2012, 201204057/1/R1, LJN: BY6671, (mr. P.J.J. van Buuren, mr. E. Helder en mr. P.A. Koppen)

Weigering door Provinciale Staten van Overijssel om een inpassingsplan vast te stellen ten behoeve van de bouw van een windturbinepark. Zoekgebieden voor opwekking van duurzame energie. Betekenis provinciale Omgevingsvisie en Omgevingsverordening voor belangenafweging. Vaststellen inpassingsplan is discretionaire bevoegdheid.

Artikel 3.1 en artikel 3.26 lid 1 Wro; artikel 9e lid 1 Elektriciteitswet 1998.

De casus

Projectontwikkelaar Prodeon B.V. heeft concrete plannen voor de bouw van een vijftal grote windmolens (windturbines) op een locatie in de provincie Overijssel. Het ter plaatse geldende bestemmingsplan (van de gemeente Kampen) laat de bouw van dit windturbinepark niet toe. Het windturbinepark past volgens de projectontwikkelaar wel in de Omgevingsvisie van de provincie en hij wendt zich daarom tot Provinciale Staten van Overijssel om van hen planologische medewerking voor zijn bouwplan te krijgen. Provinciale Staten weigeren echter hun medewerking. Het geschil spitst zich toe op de vraag of die weigering terecht is.

De procedure

De Wet ruimtelijke ordening (Wro) kent in artikel 3.26 aan Provinciale Staten de bevoegdheid toe om een inpassingsplan vast te stellen. Een inpassingsplan is qua

rechtsgevolgen vergelijkbaar met een bestemmingsplan. Ten aanzien van de inhoud van het inpassingsplan en de procedure zijn de bepalingen die de Wro bevat ten aanzien van een bestemmingsplan, van overeenkomstige toepassing.¹ Om de vaststelling van een inpassingsplan kan door een belanghebbende bij het bevoegde gezag worden verzocht. Als zo'n verzoek leidt tot het in procedure brengen van een inpassingsplan, dan is daarop artikel 3.8 Wro van toepassing. Wordt echter geweigerd om een inpassingsplan vast te stellen, dan volgt uit het eerste lid van artikel 3.9 Wro dat de procedure van artikel 3.8 Wro niet van toepassing is. Dat betekent in concreto dat een afwijzend besluit niet wordt voorbereid met afdeling 3.4 Awb en dat door belanghebbenden eerst bezwaar moet worden gemaakt voordat zij de bestuursrechter kunnen benaderen.² Met dien verstande dat – in afwijking van de Awb – alleen beroep open staat op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRvS).³

In de onderhavige zaak staat de Afdeling in de eerste plaats stil bij de reikwijdte van artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998. De Afdeling oordeelt dat die bepaling het bevoegd gezag niet *verplicht* om een inpassingsplan vast te stellen. De verplichting ziet enkel op de toepassing van de bevoegdheid als zodanig. De Afdeling:

‘Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Crisis- en herstelwet (Kamerstukken II 2009/2010, 32 127, nr. 3, blz. 62) volgt voorts dat de in artikel 9e, tweede lid, van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen verplichting betrekking heeft op de toepassing van de bevoegdheid als zodanig, en niet op de locatie, vorm of anderszins inhoudelijke afwegingen, zodat provinciale staten nog steeds een uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening acceptabele beslissing zullen moeten nemen.’

1 Art. 3.26 lid 2 Wro.

2 In deze zaak is de bezwaarschriftprocedure

overgeslagen met toepassing van art. 7.1a Awb.

3 Dit volgt met ingang van 1 januari 2013 (inwer-

kingtrede Wet aanpassing bestuursprocesrecht) uit art. 2 van Bijlage 2 van de Awb.

Die beslissing kan, na afweging van de aan de orde zijnde belangen, een weigering inhouden om een inpassingsplan vast te stellen. In deze zaak is de weigering met name gebaseerd op de Omgevingsverordening van de provincie Overijssel. In het bijzonder draait het in deze zaak om de zogenaemde gebiedskenmerken die in de Omgevingsverordening worden benoemd. De Afdeling overweegt daarover:

‘Uit de bij de Omgevingsverordening behorende Catalogus Gebiedskenmerken volgt dat de beoogde locatie valt binnen het laagveenontginningsgebied. Voorts volgt uit voornoemde Catalogus dat als ontwikkelingen plaatsvinden in de laagveenontginningsgebieden deze moeten bijdragen aan behoud en versterking van het lint als karakteristieke bebouwingsstructuur en dat de ter plaatse karakteristieke maat en schaal van de ruimte in stand moeten worden gehouden met onderscheid tussen gebieden met grote open ruimtes en gebieden met een langgerekte kavelstructuur met beplanting. Het slotenpatroon als accentuering van de ruimtelijke structuur moet gerespecteerd en versterkt worden. Ter zitting hebben provinciale staten te kennen gegeven dat de N50 geen landschappelijke patronen volgt en ‘los’ in het landschap ligt. Het tracé doorsnijdt de patronen van het onderliggende open laagveenontginningslandschap (kavels, sloten, wegen en linten). Voorts is door provinciale staten toegelicht dat de weg ook geen heldere structurering tussen landschappelijke eenheden vormt en dat het plaatsen van windturbines betekent dat deze los staan van de ondergrond en, gezien hun hoogte, op enige afstand ervaren worden als doorbreking van de landschappelijke structuur ter plaatse.’

De Afdeling toetst de door Provinciale Staten gemaakte belangenafweging vervolgens marginaal (‘redelijkheids-toets’):

‘Nu, gelet op hetgeen in 3.4. is overwogen, provinciale staten zich in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat het realiseren van windturbines op de beoogde locatie niet in overeenstemming is met de uitgangspunten van de Omgevingsvisie en evenmin met de Omgevingsverordening, omdat met het realiseren van windturbines de gebiedskenmerken ter plaatse niet worden behouden en versterkt, hebben provinciale staten in redelijkheid geen gebruik behoeven te maken van hun bevoegdheid tot het opstellen van een inpassingsplan voor de beoogde locatie.’

De slotsom is dat het beroep van Prodeon B.V. tegen het besluit van Provinciale Staten van Overijssel om geen inpassingsplan vast te stellen, ongegrond wordt verklaard.

Noot

1 Duurzaamheid. Het is een begrip dat steeds vaker opduikt, dikwijls in relatie met begrippen als klimaatverandering en energiezuinigheid. Ook het kabinet Rutte-Asscher is er – terecht – mee bezig. Zo valt in het regeerakkoord (par. III, Duurzaam groeien en vernieuwen) te lezen dat het aandeel duurzame energie in 2020 moet zijn uitgebreid tot 16 procent. Dat doel kan alleen worden gehaald als alternatieve energiebronnen op (veel) grotere schaal worden benut. Windenergie is zo’n alternatieve bron. In aflevering 4 van *Elsevier* van dit jaar staat een lezenswaardig artikel over de opgave die ons land wacht

als serieus werk wordt gemaakt van het opwekken van windenergie.⁴ Kort gezegd: er moet een aanzienlijk aantal windturbines worden bijgebouwd. En daar begint het juridische probleem dat zich in deze zaak manifesteert.

2 Hoe doordrongen ‘Nederland’ ook moge zijn van de positieve aspecten van windenergie, de bouw van windturbines kan bij velen niet op enthousiasme rekenen. Naarmate de omvang van de windturbines toeneemt – een grotere turbine betekent in de regel meer energieopbrengst per turbine – nemen ook de bezwaren toe. De visuele afbreuk aan het landschap wordt vaak genoemd als argument tegen de bouw. Ook de geluidhinder die het draaien van de rotorbladen voor de omgeving oplevert, is een veelgehoord punt van kritiek. Andere hinderaspecten zijn bijvoorbeeld slagschaduw en hinderlijke zonneschittering door de rotorbladen. In hoeverre in een concrete situatie daadwerkelijk sprake is van hinderlijke gevolgen van windturbines, hangt van vele factoren af, zoals de omvang van de turbine en de aard van de omgeving. In een relatief dunbevolkte polder zal bijvoorbeeld geluidhinder voor de bebouwde omgeving nauwelijks aan de orde zijn, maar visuele hinder wellicht des te meer. Hoe het ook zij, vast staat dat voor de bouw van windturbines een omgevingsvergunning nodig is als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Die omgevingsvergunning kan alleen worden verleend als het bouwplan niet in strijd is met het bestemmingsplan.⁵ Voor menig beoogde locatie die feitelijk prima geschikt is voor de bouw van windturbines, laat het bestemmingsplan die bouwactiviteit echter niet toe. Weliswaar kan de gemeenteraad het bestemmingsplan herzien (via de procedure van artikel 3.8 Wro) of kunnen B&W het plan terzijde schuiven om de bouw van een windturbine mogelijk te maken (door het verlenen van een omgevingsvergunning als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo jo art. 2.12 lid 1 onder a Wabo), maar vanwege de hiervoor genoemde bezwaren is daar in de meeste gemeenten geen steun voor te vinden. Dat leidt tot een soort spagaat: aan de ene kant moet meer gebruik worden gemaakt van windenergie, aan de andere kant wordt de realisatie van de daarvoor vereiste technische hulpmiddelen juridisch gedwarsboemd.

3 Om onwelwillende gemeenten te kunnen ‘passeren’ op het punt van de geldende bestemmingsplannen, heeft de Wro-wetgever het inpassingsplan bedacht. Door het vaststellen van een inpassingsplan kan worden bereikt dat de regels die de provincie (Provinciale Staten) nodig acht om een bepaalde ruimtelijke ontwikkeling op een bepaalde locatie mogelijk te maken, zonder tussenkomst van de gemeenteraad onderdeel gaan uitmaken van het voor de desbetreffende locatie geldende bestemmingsplan. De inhoud van een inpassingsplan wordt namelijk geacht onderdeel uit te maken van het bestemmingsplan, zo volgt uit het derde lid van artikel 3.26 Wro. En omdat een

⁴ Simon Rozendaal, ‘Wind lost niets op’, *Elsevier* 2013-4, p. 58-62.

⁵ Zie art. 2.10 lid 1 onder c van de Wabo.

inpassingsplan in artikel 1.1 van de Wabo gelijk wordt gesteld met een bestemmingsplan, volgt uit artikel 2.10 lid 1 onder c van de Wabo dat voor een bouwwerk dat past in een inpassingsplan, een omgevingsvergunning voor bouwen (als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder a Wabo) *moet* worden verleend. Met andere woorden: Provinciale Staten kunnen door middel van het vaststellen van een inpassingsplan tegen de wil van een gemeente de bouw van windturbines binnen de provinciegrenzen mogelijk maken. Zij het dat een inpassingsplan wel een provinciaal belang moet dienen,⁶ maar het opwekken van duurzame energie is ongetwijfeld zo'n belang. Zeker als de provincie – zoals in deze zaak ook blijkt – prestatieafspraken met het Rijk heeft gemaakt over het aandeel windenergie dat in de toekomst moet zijn gerealiseerd (zie r.o. 3.2).

4 Met de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet (met ingang van 31 maart 2010) leek de betekenis van het provinciale inpassingsplan voor de opwekking van windenergie te zijn toegenomen. In de Elektriciteitswet 1998 werden enkele artikelen toegevoegd die specifiek betrekking hebben op de bouw van windturbineparken. Het gaat in het bijzonder om artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998. Uit die bepaling kan met enige fantasie worden afgeleid dat in voorkomend geval door Provinciale Staten op een daartoe strekkend verzoek een inpassingsplan *moet* worden vastgesteld om de bouw van een windturbinepark binnen de provinciegrenzen mogelijk te maken. De Afdeling maakt in deze zaak duidelijk dat artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998 niet op die manier mag worden uitgelegd. Steeds zal de beslissing of een inpassingsplan voor een bepaalde locatie wordt vastgesteld, door Provinciale Staten moeten worden genomen na een deugdelijke afweging van *alle* relevante belangen. Het belang van het opwekken van duurzame energie heeft in dat verband geen voorrang of iets dergelijks. Te allen tijde blijft het vaststellen van een inpassingsplan een bevoegdheid en is het geen verplichting, zo maakt de onderhavige zaak duidelijk.

5 In casu zijn de provinciale Omgevingsvisie en de provinciale Omgevingsverordening door Provinciale Staten in hun belangenafweging betrokken. In de provincie Overijssel zijn dit 'integrale' omgevingsdocumenten.

De Omgevingsvisie is een beleidsdocument dat deels is gebaseerd op hoofdstuk 2 van de Wro (structuurvisies) maar tevens zijn grondslag vindt in andere wetten, zoals de Wet milieubeheer. Evenzo is de Omgevingsverordening deels gebaseerd op artikel 4.1 van de Wro. Een belangrijk verschil tussen de Omgevingsvisie en de Omgevingsverordening schuilt in de doorwerking naar het bestemmingsplanniveau: met de inhoud van de Omgevingsvisie moet een gemeenteraad rekening houden als hij een bestemmingsplan vaststelt, de regels van de Omgevingsverordening moeten ingevolge het tweede lid van artikel 4.1 Wro in acht worden genomen.⁷ Vanzelfsprekend zijn ook Provinciale Staten bij de uitoefening van hen toebedeelde bestuursbevoegdheden gebonden aan de inhoud van de eigen verordening(en). Het is met name de inhoud van de Omgevingsverordening die in casu maakt dat het verzoek om een inpassingsplan vast te stellen, door Provinciale Staten van Overijssel is afgewezen (zie r.o. 3.4). Nu artikel 3.26 Wro (gelezen in samenhang met art. 9e van de Elektriciteitswet 1998) een discretionaire bevoegdheid betreft, wordt het afwijzingsbesluit door de Afdeling 'slechts' aan een marginale (redelijkheids)toets onderworpen. En die toets doorstaat het.

6 Tot besluit zij vermeld dat niet alleen de provincie maar ook het Rijk een inpassingsplan kan vaststellen (rijksinpassingsplan). Die bevoegdheid is neergelegd in artikel 3.28 van de Wro. De rechtsgevolgen van een rijksinpassingsplan zijn vergelijkbaar met die van de provinciale variant. Mocht het Rijk aanleiding zien om de opgave ten aanzien van het opwekken van windenergie juridisch kracht bij te zetten, dan zou dus kunnen worden besloten tot de vaststelling van een rijksinpassingsplan om de bouw van windturbines mogelijk te maken. Een concreet voorbeeld daarvan is het rijksinpassingsplan 'Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder'. Saillant detail in die zaak is dat het rijksinpassingsplan voorziet in een imposant windturbinepark in de directe nabijheid van het cultuurhistorisch gezien waardevolle Urk. Het rijksinpassingsplan 'Windenergie langs de dijken van de Noordoostpolder' heeft de eindstreep bij de Afdeling overigens (vooralsnog) niet gehaald (zie ABRS 8 februari 2012, nr. 201100875/1/R2, LJN: BV3215). ■

6 Aldus het eerste lid van art. 3.26 Wro.

7 Tenzij de verordening de mogelijkheid biedt om

onthefving van de regels te krijgen; zie art. 4.1a Wro.