

PELS RIJCKEN

Per e-mail: [redacted]

[redacted]

Provincie Zuid-Holland

[redacted]

Postbus 90602

2509 LP DEN HAAG

onze ref. LB/JB/11021094

uw ref.

inzake Advies besluitvorming Windpark Brielse
Maasdijk

[redacted]

senior advocaat

[redacted]

[redacted]

22 november 2023

Geacht Team Windenergie van de provincie Zuid-Holland,

In december 2022 heeft initiatiefnemer HVC bij het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Nissewaard (hierna: B&W) een omgevingsvergunning aangevraagd voor de bouw en exploitatie van Windpark Brielse Maasdijk. Windpark Brielse Maasdijk betreft een windpark met 5 windturbines en een vermogen van circa 30 MW op de locatie Hartel-Oost en Plaatweg, aan de noordkant van Spijkenisse in de gemeente Nissewaard (hierna: de Windenergielocatie).

De aanvraag om omgevingsvergunning heeft betrekking op de activiteiten bouwen (artikel 2.1, lid 1, onder a, Wabo), uitvoeren van een werk of werkzaamheden (artikel 2.1, lid 1, onder b, Wabo), gebruik van gronden in strijd met het bestemmingsplan (artikel 2.1, lid 1, onder c, Wabo) en het oprichten of in werking hebben van een inrichting (artikel 2.1, lid 1, onder e, Wabo).

Voor het verlenen van deze omgevingsvergunning is een verklaring van geen bedenkingen (hierna: vvgb) van de gemeenteraad nodig. U heeft signalen ontvangen dat de gemeenteraad zal weigeren om deze (ontwerp-)vvgb af te geven. Dat zou betekenen dat B&W de omgevingsvergunning niet kunnen verlenen.



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JP/11021094

2/21

U geeft aan dat de realisatie van Windpark Brielse Maasdijk noodzakelijk is voor het realiseren van de doelstellingen uit de Regionale Energie Strategie (hierna: RES) en daarmee voor het coalitieakkoord dat het college van gedeputeerde staten van de provincie Zuid-Holland (hierna: GS) heeft gesloten. In dat kader verkent u welke vervolgstappen de provincie zou kunnen zetten wanneer de gemeente Nissewaard geen omgevingsvergunning verleent. Een mogelijke vervolgstap is het overnemen van de besluitvormingsprocedure door de provincie. U heeft ons gevraagd om advies over de mogelijkheden hieromtrent. Aan dat verzoek voldoen wij graag met deze brief.

Bij uw e-mail van 2 oktober 2023 heeft u een memo (hierna: het memo van 2 oktober 2023) gevoegd met daarin de vragen die u graag beantwoord wilt zien. Wij vatten uw vragen als volgt samen:

1. Kan de gemeenteraad de vvgb weigeren louter vanwege politieke redenen?
2. Zijn GS op grond van artikel 3.1, onder b, Besluit omgevingsrecht bevoegd om te beslissen over een aanvraag om omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk? Is automatisch sprake van een provinciaal belang, gelet op artikel 9f Elektriciteitswet 1998?
3. Indien GS bevoegd zijn, hebben B&W dan op grond van artikel 2:3 van de Algemene wet bestuursrecht een doorzendplicht aan GS voor de lopende aanvraag omgevingsvergunning of kan de initiatiefnemer een gelijklopende aanvraag indienen bij GS?
4. Indien GS de besluitvorming overnemen, kunnen zij dan de ontwerp-vvgb die PS eerder afgegeven hebben gebruiken of dienen GS een nieuwe vvgb aan PS te vragen?
5. Zijn GS na de inwerkingtreding van de Omgevingswet bevoegd om een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit in behandeling te nemen?

Wij beantwoorden uw vragen in de hoofdstukken 2 tot en met 6 van dit advies. In hoofdstuk 1 geven wij eerst een overzicht van de feiten en achtergronden.

1 Feiten en achtergronden

De gemeente Nissewaard en de provincie, alsmede de andere gemeenten binnen stadsregio Rotterdam en het Havenbedrijf, hebben op 21 juni 2012 het Convenant realisatie windenergie stadsregio Rotterdam gesloten, waarin de deelnemers als inspanningsverplichting op zich hebben genomen tenminste 100 MW en additioneel 50 MW in de regio Rotterdam te realiseren.

Op 20 december 2017 hebben provinciale staten van de provincie Zuid-Holland (hierna: PS) de partiële herziening VRM-windenergie vastgesteld. Met dit besluit is de Windenergielocatie aangewezen als locatie voor windenergie.¹

GS en B&W hebben op 10 december 2019 een bestuursovereenkomst overdracht bevoegdheden inzake realisatie windopgave gemeente Nissewaard (hierna: de bestuursovereenkomst) gesloten. In deze bestuursovereenkomst ligt vast dat B&W de inspanningsverplichting op zich nemen om bij voorkeur voor 31 december 2020, of zo spoedig mogelijk daarna op de Windenergielocatie windturbines met een totaal opgesteld vermogen van ten minste 18 MW te realiseren.² B&W dienen zich tot het uiterste in te spannen om uiterlijk op 31 maart 2020, of zo spoedig mogelijk daarna ontwerpbesluiten ter inzage te leggen.³ Daarnaast is bepaald dat GS, conform artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998, afzien van de uitoefening van de bevoegdheden die zij op grond van artikel 9f, lid 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998 hebben voor besluitvorming voor een windpark met een capaciteit van ten minste 5 en niet meer dan 100 MW.⁴

Artikel 9f, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 bepaalt dat GS de voorbereiding en bekendmaking van de besluiten voor het windpark coördineren. Artikel 9f, lid 2, van de Elektriciteitswet bepaalt dat GS ook het bevoegd gezag zijn om deze besluiten te nemen.

De bestuursovereenkomst bepaalt dat deze bevoegdheden bij B&W komen te liggen met ingang van de dag na ondertekening van die overeenkomst.⁵ De bestuursovereenkomst bepaalt dat wanneer B&W niet of niet tijdig (kunnen) voldoen aan hun inspanningsverplichting, GS alsnog bevoegd zijn om de bevoegdheden van artikel 9f, lid 1 en 2, Elektriciteitswet 1998 uit te oefenen.⁶

2 Kan de gemeenteraad de vvgb weigeren louter vanwege politieke redenen?

Antwoord:

Nee, de gemeenteraad kan de vvgb niet weigeren *louter* vanwege politieke redenen. Dat kan alleen in het belang van een goede ruimtelijke ordening.

Toelichting:

¹ Deze aanwijzing kreeg destijds een plaats in de Visie ruimte en mobiliteit, het Programma ruimte en de Verordening ruimte. Inmiddels is de aanwijzing van deze locatie beleidsneutraal overgenomen in het Omgevingsbeleid en de Omgevingsverordening van de provincie Zuid-Holland.

² Artikel 2, lid a, van de bestuursovereenkomst.

³ Artikel 2, lid c, van de bestuursovereenkomst.

⁴ Artikel 3, lid a, van de bestuursovereenkomst.

⁵ Artikel 3, lid b, van de bestuursovereenkomst.

⁶ Artikel 3, lid b, van de bestuursovereenkomst.



Een vvgb is nodig voor het verlenen van een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan, bedoeld in artikel 2.1 lid 1, onder c, juncto artikel 2.12 lid 1, onder a, sub 3° van de Wabo (hierna: de omgevingsvergunning 'strijdig gebruik'). Artikel 2.27, lid 3, van de Wabo bepaalt dat een vvgb slechts kan worden geweigerd in het belang dat in de betrokken wet of algemene maatregel van bestuur is aangegeven. In dit geval bepaalt artikel 6.5 lid 2 van het Bor dat een vvgb die betrekking heeft op een omgevingsvergunning 'strijdig gebruik' enkel kan worden geweigerd in het belang van een goede ruimtelijke ordening.

De vraag is of "politieke redenen" in het belang zijn van een goede ruimtelijke ordening. Dit hangt natuurlijk af van het antwoord op de vraag wat die politieke redenen precies zijn. Wij begrijpen dat die politieke redenen zijn ingegeven vanuit het ontbreken van draagvlak, en eventueel omdat het windpark groter is dan afgesproken in de bestuursovereenkomst / het convenant (18 MW). Een andere reden zou besloten kunnen liggen in de landelijke normen, die op 12 oktober 2023 ter consultatie zijn gegaan.⁷ Deze redenen worden hierna besproken.

2.1 *Het ontbreken van draagvlak*

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wro volgt dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een goede ruimtelijke ordening alleen ruimtelijk relevante aspecten betrokken mogen worden.⁸ Waar het gaat om het ontbreken van maatschappelijk draagvlak is in de jurisprudentie uitgemaakt dat dit geen ruimtelijk relevant aspect betreft.

Zie bijvoorbeeld AbRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276, r.o. 2.4.1:

"(...) uit het verweerschrift blijkt dat de raad hiertoe [de weigering om een bestemmingsplan vast te stellen] heeft besloten omdat er volgens hem geen maatschappelijk draagvlak is voor de bouw van een woning op de beoogde locatie. Naar het oordeel van de Afdeling betreft dit echter geen ruimtelijk relevant aspect."

Ook als het gaat om draagvlak voor een windturbinepark is dat in de jurisprudentie een uitgemaakte zaak.

Zie bijvoorbeeld AbRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702, r.o. 8.2:

"De raad stelt zich terecht op het standpunt dat de omstandigheid dat onder de bevolking geen draagvlak voor het plan zou bestaan, wat daar verder van zij, niet betekent dat de raad het plan niet in redelijkheid heeft kunnen vaststellen. Deze

⁷ <https://www.platformparticipatie.nl/windturbinesleefomgeving/ontwerpbesluit-windturbines-leefomgeving>

⁸ *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 916, nr. 3.

omstandigheid betekent niet dat het plan niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.”⁹

Het voorgaande laat onverlet dat het creëren van draagvlak en participatie via beleid wél onderdeel wordt van de belangenafweging.¹⁰

AbRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Borger-Odoorn):

“De Afdeling ziet in dit gemeentelijke beleid niet een harde randvoorwaarde neergelegd waaraan de consequentie is verbonden dat het plan niet mag worden vastgesteld als draagvlak of een vorm van participatie ontbreekt. Het beleid brengt de wens tot uitdrukking dat voldoende maatschappelijk draagvlak wordt verkregen alsmede de wens inwoners te laten participeren bij de planvorming, een wens waarvan de realisering primair op de weg van de initiatiefnemer is gelegen. Van de initiatiefnemer wordt verwacht dat hij zich inspanningen getroost om voldoende draagvlak te verwerven en participatie mogelijk te maken.”

Participatiebeleid kan dus van een initiatiefnemer verlangen dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het vergroten van maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke (inspannings)verplichting kan voor de gemeente reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen.¹¹

AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (weigeringsbesluit Windpark Greenport Venlo):

“Het vorenstaande neemt niet weg dat, bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580. Etriplus heeft onweersproken gesteld dat er geen gemeentelijk beleid is, waarin is vastgelegd dat een onderzoek naar de omvang van het draagvlak verricht dient te worden en dat ook anderszins niet bekend is (gemaakt) wat een dergelijk onderzoek zou moeten inhouden. Ook heeft Etriplus onweersproken toegelicht dat zij inspanningen heeft verricht die gericht waren op het peilen en vergroten van draagvlak onder omwonenden. Zij wijst in dit verband op onder meer de omstandigheid dat in samenspraak met omwonenden financiële middelen zijn gereserveerd voor het verbeteren van de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving van het plangebied, omwonenden de mogelijkheid is geboden economisch te participeren in het project en dat buitenwettelijke informatie- en inspraakmogelijkheden zijn georganiseerd. Het standpunt van de raad dat Etriplus zich

⁹ Vgl. in dezelfde zin bijvoorbeeld AbRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (*Windpark De Drentse Monden en Oostermoer*), r.o. 47.1.

¹⁰ AbRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Borger-Odoorn).

¹¹ AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (weigeringsbesluit Windpark Greenport Venlo).



in dit verband onvoldoende heeft ingespannen, volgt de Afdeling daarom niet. Het betoog slaagt.”

Draagvlak en participatie worden in het gemeentelijke beleid wel benoemd.¹² Op grond van de bestuursovereenkomst spannen B&W zich ook in om ervoor te zorgen dat de omgeving zoveel mogelijk in het windpark kan participeren. Daarvoor is, naar wij begrijpen uit de bestuursovereenkomst, een participatieplan opgesteld. Uit de projectwebsite – www.windbrielsemaasdijk.nl – volgt dat inwoners en ondernemers op verschillende manieren zijn betrokken bij de ontwikkeling van het windpark. Gelet op de hiervoor besproken rechtspraak, en gezien de inspanningen die door HVC zijn verricht, verwachten wij niet dat het ontbreken van draagvlak en/of een onvoldoende participatietraject kan leiden tot een juridisch houdbaar weigeringsbesluit.

2.2 *Bestuursovereenkomst en het convenant*

Hiervoor onder 2.1 is al besproken dat een vvgb alleen kan worden geweigerd, in het belang van een goede ruimtelijke ordening. De enkele verwijzing naar de bestuursovereenkomst of het convenant is onvoldoende om de vvgb niet af te geven. Op grond van de bestuursovereenkomst spannen B&W zich in om op de Windenergielocatie windturbines met een totaal opgesteld vermogen van “ten minste” 18 MW te realiseren. Het enkele feit dat de 5 windturbines van Windpark Brielse Maasdijk optellen tot een opgesteld vermogen van 30 MW maakt dus niet dat B&W handelen in strijd met de bestuursovereenkomst. Belangrijker is echter dat uit de bestuursovereenkomst noch het convenant ruimtelijk relevante redenen blijken om de vvgb te weigeren. De enkele verwijzing naar de bestuursovereenkomst of het convenant leidt naar ons idee daarom niet tot een juridisch houdbaar weigeringsbesluit.

2.3 *De landelijke normen voor windturbines*

Van 12 oktober tot en met 22 november 2023 liggen de landelijke windturbinebepalingen ter consultatie voor. U spreekt de verwachting uit dat de gemeenteraad deze landelijke windturbinebepalingen ten grondslag legt aan het weigeren van een vvgb.

Deze landelijke windturbinebepalingen gelden thans nog niet als toetsingskader voor een vvgb. De normen liggen nog ter consultatie voor en zijn daarmee een concept. Het is onduidelijk of deze concept landelijke windturbinebepalingen op de voorgestelde wijze gaan gelden en zo ja, wanneer dat het geval zal zijn. Wellicht zal de gemeenteraad zich door de concept landelijke windturbinebepalingen (inhoudelijk) gesterkt voelen een afstandsnorm te vragen of een geluidnorm van 45 dB L_{den} te

¹² Bijvoorbeeld in het Ontwikkelraamwerk Nissewaard naar 2040, maar ook de Inspraak- en participatieverordening Nissewaard 2020.

eisen. Gelet op de concept-status van de landelijke windturbinebepalingen zal de gemeenteraad zo'n eis wél ruimtelijk moeten onderbouwen. Een enkele verwijzing naar de concept landelijke windturbinebepalingen is daartoe onvoldoende en rechtvaardigen thans dus niet zomaar een weigering van de vvgb.¹³

3 Zijn GS op grond van artikel 3.1, onder b, Besluit omgevingsrecht bevoegd om te beslissen over een aanvraag om omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk? Is automatisch sprake van een provinciaal belang, gelet op artikel 9f Elektriciteitswet 1998?

Antwoord:

Wij stellen vast dat GS op grond van de Elektriciteitswet 1998 primair bevoegd zijn om besluiten voor Windpark Brielse Maasdijk te nemen. GS kunnen ervoor kiezen om van de toepassing van deze bevoegdheid af te zien, wanneer zij menen dat besluitvorming door de gemeente de besluitvorming in betekenende mate zal versnellen of daaraan anderszins aanmerkelijke voordelen zijn verbonden.¹⁴

GS hebben in dit geval reeds van toepassing van de bevoegdheid afgezien. Daarom zijn B&W bevoegd gezag geworden. Deze situatie is echter niet onomkeerbaar. Het is mogelijk dat GS de bevoegdheid tot besluitvorming "terugpakken". Daarvoor moet aannemelijk worden gemaakt dat de besluitvorming door B&W vertraging heeft opgelopen, zodat niet langer wordt voldaan aan de voorwaarde dat besluitvorming door de gemeente het proces in betekenende mate versnelt of anderszins voordelen heeft.

Het terugpakken van de bevoegdheid kan plaatsvinden door een besluit van GS, waarin wordt geconstateerd dat de besluitvorming is vertraagd en niet langer wordt voldaan aan de voorwaarde dat besluitvorming door de gemeente het besluitvormingsproces versnelt.

Toelichting:

3.1 Grondslag van de bevoegdheid

Wij begrijpen dat Windpark Brielse Maasdijk een beoogde capaciteit van circa 30 MW heeft. Gelet op dit vermogen zijn GS primair het bevoegd gezag om op de aanvraag om omgevingsvergunning te beslissen. Deze bevoegdheid komt voort uit de Elektriciteitswet 1998.

¹³ Zie bijvoorbeeld AbRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3087, r.o. 10-10.2 en AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4212, r.o. 7-7.2.

¹⁴ Artikel 9f, lid 6, sub a, Elektriciteitswet 1998.



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JB/11021094

8/21

Artikel 9f, lid 1 en 2, in samenhang gezien met artikel 9d, lid 1 en artikel 9e, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 bepaalt dat GS ten behoeve van de aanleg van een windpark met een capaciteit van tussen de 5 en 100 MW bevoegd zijn om de besluiten te nemen die zijn aangewezen in het Uitvoeringsbesluit rijkscoördinatie-regeling energie-infrastructuurprojecten (hierna: het Uitvoeringsbesluit). Artikel 1, lid 1, onder a, van het Uitvoeringsbesluit wijst ook de omgevingsvergunning aan.

Gelet op deze bepalingen zijn GS bevoegd om op de aanvraag om omgevingsvergunning te beslissen.

Zie AbRvS 12 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1446, r.o. 16.1:

“16.1. Uit artikel 9f, eerste en tweede lid, gelezen in samenhang met de artikelen 9d, eerste lid, en 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet, volgt dat het college van gedeputeerde staten ten behoeve van de aanleg van een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5 MW maar niet meer dan 100 MW, zoals ook hier aan de orde, bevoegd is de besluiten te nemen die zijn aangewezen in het Uitvoeringsbesluit rijkscoördinatie-regeling energie-infrastructuurprojecten. In artikel 1, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit zijn onder meer de besluiten aangewezen als bedoeld in de artikelen 2.1, eerste lid, en 2.2 van de Wabo.”

In het memo van 2 oktober 2023 stelt u de vraag of Windpark Brielse Maasdijk een project van provinciaal belang in de zin artikel 3.1, onder b, van het Bor is, zodat GS op grond van dat artikel bevoegd zijn om te beslissen over de aanvraag omgevingsvergunning. Wij merken hierover het volgende op.

Artikel 3.1, onder b, van het Bor betreft een uitwerking van artikel 2.4 van de Wabo.

Uit artikel 2.4, lid 1, Wabo vloeit de hoofdregel voort dat het college van burgemeester en wethouders bevoegd is om op een aanvraag om omgevingsvergunning te beslissen.

Artikel 2.4, lid 2, van de Wabo bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur uitzonderingsgevallen kunnen worden aangewezen waarin gedeputeerde staten bevoegd gezag zijn. Deze aanwijzing heeft plaatsgevonden in het Besluit omgevingsrecht (hierna: Bor). Artikel 3.1, aanhef en onder b, van het Bor bepaalt dat gedeputeerde staten bevoegd zijn om te beslissen op een aanvraag indien de aanvraag betrekking heeft op de activiteit afwijken van het bestemmingsplan en ten behoeve van een project van provinciaal belang van het bestemmingsplan wordt afgeweken.

Voor besluitvorming voor windparken is artikel 2.4 Wabo in samenhang met het Bor niet relevant. In deze gevallen geldt namelijk de bijzondere bevoegdheidsregeling uit de Elektriciteitswet 1998. De wetgever heeft hier provinciaal belang op voorhand aanwezig geacht. Voor het aannemen van een bevoegdheid voor GS is voldoende wanneer is voldaan aan de voorwaarden uit de Elektriciteitswet 1998.

Zie AbRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, r.o. 20.1:

"20.1. De bevoegdheidsregeling neergelegd in artikel 9f, tweede lid, van de Elektriciteitswet vormt een uitzondering op de algemene wettelijke bevoegdheidsregeling die voor het verlenen van omgevingsvergunningen is neergelegd in onder meer artikel 2.4 van de Wabo."

Vergelijk ook AbRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1146, r.o. 5:

"Bevoegdheid van provinciale staten

(...)

5.2. De Afdeling stelt vast dat artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998 een bijzondere bepaling vormt ten opzichte van artikel 3.26, eerste lid, van de Wro, in die zin dat in de gevallen als bedoeld in artikel 9e, eerste lid, een provinciaal belang door de wetgever op voorhand aanwezig wordt geacht. Voor de beoordeling of provinciale staten bevoegd waren het plan vast te stellen, is derhalve uitsluitend van belang of wordt voldaan aan de voorwaarden die artikel 9e van de Elektriciteitswet 1998 daarvoor stelt. Waar het gaat om die laatste vraag is vervolgens alleen het eerste lid van dit artikel relevant, aangezien het tweede lid niet regelt in welke gevallen provinciale staten bevoegd zijn tot het vaststellen van een inpassingsplan maar alleen wanneer in elk geval gebruik moet worden gemaakt van die bevoegdheid. Omdat wordt voldaan aan de voorwaarden die zijn genoemd in artikel 9e, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998, betoogt het college van burgemeester en wethouders van Montferland tevergeefs dat provinciale staten niet bevoegd waren om het inpassingsplan vast te stellen."

3.2 *Betekenis artikel 9f, lid 6, Elektriciteitswet 1998*

Hiervoor hebben wij aangegeven dat GS op grond van artikel 9f, lid 2, van de Elektriciteitswet 1998 *primair* bevoegd zijn om de omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk te verlenen. Hierbij moet echter wel worden betrokken dat in artikel 3, lid a, van de bestuursovereenkomst is bepaald dat GS conform artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 afzien van de bevoegdheden die zij op grond van artikel 9f, lid 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998 hebben.

Artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 geeft twee situaties waarin gedeputeerde staten van toepassing van hun bevoegdheden mogen afzien. Het gaat in de eerste plaats om de situatie waarin redelijkerwijs niet valt te verwachten dat toepassing van artikel 9f, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 de besluitvorming in betekenende mate zal versnellen of daaraan anderszins aanmerkelijke voordelen zijn verbonden (sub a). Het gaat in de tweede plaats om de situatie waarin is voldaan aan de voor de provincie gestelde minimum realisatienorm (sub b). Wij veronderstellen dat GS het afzien van toepassing van de bevoegdheid tot besluitvorming in dit geval hebben gebaseerd op artikel 9f, lid 6, sub a, van de Elektriciteitswet 1998. Dit lezen wij ook zo terug in de overwegingen vooraf op pagina 2 van de bestuursovereenkomst.



Toepassing van artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 betekent dat de bijzondere bevoegdheidsregeling uit de Elektriciteitswet 1998 niet langer van toepassing is en wordt teruggevallen op de algemene bevoegdheidsregeling van de Wabo. Daaruit volgt dat B&W bevoegd zijn om op de aanvraag te beslissen.

Zie AbRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, r.o. 20.1-20.3:

“20.1. De bevoegdheidsregeling neergelegd in artikel 9f, tweede lid, van de Elektriciteitswet vormt een uitzondering op de algemene wettelijke bevoegdheidsregeling die voor het verlenen van omgevingsvergunningen is neergelegd in onder meer artikel 2.4 van de Wabo. Artikel 9f, zesde lid, van de Elektriciteitswet biedt voor het college van gedeputeerde staten de mogelijkheid om te bepalen dat het tweede lid niet van toepassing is. Dit betekent dat het college van gedeputeerde staten afziet van het overnemen van de bevoegdheid tot vergunningverlening van het in eerste aanleg bevoegde bestuursorgaan, waarmee de algemene bevoegdheidsregeling zoals die onder meer is neergelegd in de Wabo weer van toepassing is.

(...)

20.3. Doordat het college van gedeputeerde staten heeft afgezien van het overnemen van de bevoegdheid tot vergunningverlening voor de windparken Blaakweg en Suyderlandt, is het college van burgemeester en wethouders naar het oordeel van de Afdeling bevoegd voor deze windparken de benodigde omgevingsvergunningen te verlenen.”

De vraag is of voor GS een mogelijkheid bestaat om de bevoegdheden van artikel 9f, lid 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998 “terug te pakken”. Dat is mogelijk. In dit verband wijzen wij op de uitspraak van de Afdeling over Windpark Karolinapolder. Voor dit windpark had het college van gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant op 9 januari 2018 besloten om artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 toe te passen en daarmee af te zien van de bevoegdheid om de besluiten te nemen. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Steenberg was daarmee bevoegd gezag geworden.

Toen de besluitvorming door de gemeente Steenberg stagneerde, besloot het college van gedeputeerde staten op 10 september 2019 om het besluit van 9 januari 2018 in te trekken. Hieraan legde het college van gedeputeerde staten ten grondslag dat de beslissingsbevoegdheid voor windprojecten van 5 tot 100 MW bij GS is gelegd, om een voortvarende besluitvorming over die installaties te bewerkstelligen. Daarnaast gaf het college aan dat op 10 september 2019 niet langer werd voldaan aan de voorwaarde van artikel 9f, lid 6, onder a, van de Elektriciteitswet 1998.

Na dit besluit nam het college van gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant de aanvraag om omgevingsvergunning voor Windpark Karolinapolder in behandeling en verleende de vergunning.

De gemeente Steenbergen stelde beroep in tegen de omgevingsvergunning en voerde aan dat gedeputeerde staten niet bevoegd waren om dit besluit te verlenen. De Afdeling ging niet mee in deze stelling en oordeelde dat gedeputeerde staten de omgevingsvergunning terecht hebben verleend. Aan dit oordeel legde de Afdeling ten grondslag dat aannemelijk is gemaakt dat de besluitvorming door het college van Steenbergen vertraging opliep en dat daarmee niet langer werd voldaan aan de voorwaarde van artikel 9f, lid 6, onder a, van de Elektriciteitswet 1998. Dit maakte dat het college de eerdere beslissing om af te zien van toepassing van de bevoegdheden van artikel 9f, lid 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998 mocht intrekken.

Zie AbRvS 12 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1446, r.o. 16.4:

“16.4. Naar het oordeel van de Afdeling mocht het college van gedeputeerde staten zich op het standpunt stellen dat op 10 september 2019 niet langer werd voldaan aan de in artikel 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet neergelegde voorwaarde. Het college van gedeputeerde staten heeft aannemelijk gemaakt dat de besluitvorming door het college van Steenbergen vanaf maart 2019 vertraging opliep. Doordat op 10 september 2019 niet langer werd voldaan aan het bepaalde in artikel 9f, zesde lid, onder a, van de Elektriciteitswet mocht het college van gedeputeerde staten op 10 september 2019 de beslissing van 9 januari 2018 intrekken, ook al ontbreekt daarvoor een specifieke wettelijke grondslag. Doordat het college van gedeputeerde staten op 10 september 2019 de beslissing van 9 januari 2018 heeft ingetrokken, was het college van gedeputeerde staten per die datum het bevoegde gezag voor het verlenen van de omgevingsvergunning en mocht het college van gedeputeerde staten vanaf 10 september 2019 een besluit nemen over de aanvraag om een omgevingsvergunning.”¹⁵

3.3 *Hoe kunnen GS de beslissing om van besluitvorming af te zien intrekken?*

Het voorgaande maakt duidelijk dat GS de beslissing om op grond van artikel 9f, lid 6, sub a, van de Elektriciteitswet 1998 af te zien van besluitvorming voor Windpark Brielse Maasdijk in kunnen trekken. Uit de uitspraak over Windpark Karolinapolder leiden wij af dat daarvoor aannemelijk moet worden gemaakt dat de besluitvorming door B&W van Nissewaard vertraging oploopt, zodat niet langer is voldaan aan de voorwaarde van artikel 9f, lid 6, sub a, van de Elektriciteitswet 1998.

Indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de besluitvorming door B&W vertraging oploopt, is de tweede vraag *hoe* het terugpakken van de bevoegdheid precies moet worden vormgegeven. In dit kader is het relevant dat artikel 3, sub b, van de bestuursovereenkomst als volgt bepaalt:

“b. Deze bevoegdheden komen bij het college te liggen met ingang van de dag na ondertekening van deze overeenkomst. Indien echter uit de onder artikel 6 bedoelde rapportages, of anderszins, mocht blijken dat het college niet of niet tijdig voldoet of kan voldoen aan de in artikel 2, sub a tot en met e, opgenomen verplichtingen, zijn

¹⁵ Zie AbRvS 12 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1446, r.o. 16.4.



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JP/11021094

12/21

Gedeputeerde Staten – na voorafgaand overleg met het college – bevoegd om de in artikel 3a genoemde bevoegdheden alsnog zelf uit te oefenen.”

Uit deze bepaling volgt als enige voorwaarde dat eerst overleg met B&W van Nissewaard moet zijn gevoerd. Dat lijkt ons ook goed, maar wij wijzen er wel op dat het terugpakken van de bevoegdheid door gedeputeerde staten in de zaak over Windpark Karolinapolder vorm kreeg door een schriftelijk besluit van gedeputeerde staten. Het lijkt ons raadzaam om hier voor dezelfde aanpak te kiezen. Daarom adviseren wij om – wanneer het overleg ex. artikel 3, sub b, van de bestuursovereenkomst op niets zou uitlopen en GS besluiten om de bevoegdheid terug te pakken – óók een besluit van GS aan B&W van Nissewaard te sturen. In dit besluit moet dan worden aangegeven dat GS hun beslissing om conform artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 af te zien van hun bevoegdheid om besluiten voor Windpark Brielse Maasdijk te nemen intrekken. Daarbij moet als motivatie worden gegeven dat de besluitvorming door Nissewaard vertraging heeft opgelopen, zodat niet langer is voldaan aan de voorwaarde van artikel 9f, lid 6, sub a, van de Elektriciteitswet 1998.

Mocht u overgaan tot het opstellen van een brief aan B&W, dan lezen wij daarin desgewenst graag mee.

Een dergelijk intrekkingbesluit is, naar onze inschatting, niet vatbaar voor bezwaar of beroep bij een bestuursrechter.¹⁶ Artikel 8:5 in samenhang gezien met artikel 1 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit op grond van artikel 9f, lid 6, Elektriciteitswet 1998. De bevoegdheid tot het nemen van een intrekkingbesluit kan worden ontleend aan de bevoegdheid om artikel 9f lid 6 Elektriciteitswet 1998 in de eerste plaats toe te passen (impliciete intrekkingbevoegdheid). Om die reden is onze inschatting dat het intrekkingbesluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep.

In de Elektriciteitswet 1998 is geen specifieke termijn voor de inwerkingtreding van een besluit tot intrekking van een besluit op grond van artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 opgenomen. Dit betekent dat wordt teruggevalLEN op de algemene regeling van de Awb. Artikel 3:40 Awb regelt dat een besluit dat tot één of meer belanghebbenden is gericht, in werking treedt zodra het aan de belanghebbende (in dit geval B&W) bekend is gemaakt. Artikel 3:41 van de Awb bepaalt dat bekendmaking geschiedt door toezending of uitreiking van het besluit aan de belanghebbende. Wij nemen aan dat u het besluit per post aan B&W zult versturen. Het moment van terpostbezorging geldt dan als moment van bekendmaking en dus inwerkingtreding van het besluit.

Zie CBB 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:496, r.o. 6.1-6.3.

¹⁶ Zie overigens wel de procedure voor de civiele rechter: Rb. Den Haag, 20 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14307.

4 Indien GS bevoegd zijn, hebben B&W dan op grond van artikel 2:3 van de Algemene wet bestuursrecht een doorzendplicht aan GS voor de lopende aanvraag omgevingsvergunning of kan de initiatiefnemer een gelijklopende aanvraag indienen bij GS?

Antwoord:

Wij raden aan om in overleg met initiatiefnemer te bepalen wat de meest praktische route is. Wij denken namelijk dat getwist kan worden over de vraag of op B&W een "actieve doorzendplicht" ex. artikel 2:3 van de Awb rust. B&W kunnen natuurlijk wel worden verzocht om de aanvraag vrijwillig door te sturen, waarna GS die in behandeling nemen. Indien B&W weigeren om de aanvraag door te sturen, staat het de initiatiefnemer vrij om een nieuwe aanvraag in te dienen bij GS (en de oude aanvraag bij de gemeente in te trekken).

Toelichting:

Wanneer GS de beslissing om af te zien van toepassing van de bevoegdheden van artikel 9f, lid 1 en 2, van de Elektriciteitswet 1998 intrekken, worden zij op grond van artikel 9f, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 "met uitsluiting van het in eerste aanleg bevoegde bestuursorgaan" bevoegd om de besluiten voor Windpark Brielse Maasdijk te nemen. Dit betekent dat B&W voor deze besluitvorming niet langer bevoegd zijn.

Het voorgaande roept de vraag op of zodra GS (opnieuw) bevoegd worden voor de besluitvorming voor Windpark Brielse Maasdijk, voor B&W een verplichting ontstaat om de aanvraag om omgevingsvergunning aan GS door te sturen. Deze verplichting zou kunnen bestaan op grond van artikel 2:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

Zie artikel 2:3 Awb:

"Artikel 2:3

1. Het bestuursorgaan zendt geschriften tot behandeling waarvan kennelijk een ander bestuursorgaan bevoegd is, onverwijld door naar dat orgaan, onder gelijktijdige mededeling daarvan aan de afzender.
2. Het bestuursorgaan zendt geschriften die niet voor hem bestemd zijn en die ook niet worden doorgezonden, zo spoedig mogelijk terug aan de afzender."

Wij betwijfelen of op B&W in dit geval een doorzendverplichting zal rusten. De reden hiervoor is dat wij op grond van de Memorie van Toelichting bij artikel 2:3 van de Awb niet kunnen uitsluiten dat dit artikel slechts van toepassing is, indien direct na binnenkomst van een geschrift bij een bestuursorgaan wordt vastgesteld dat een

burger het verkeerde bestuursorgaan heeft aangeschreven (en niet wanneer het bevoegd gezag hangende de procedure wijzigt).

Zie in de eerste plaats *Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 51*. Dit fragment uit de wetsgeschiedenis laat zien dat artikel 2:3 Awb vooral bedoeld is om tegemoet te komen aan burgers die vanwege onbekendheid met bestuursrechtelijke bevoegdheidstoedelingen hun geschrift bij een onbevoegd bestuursorgaan indienen:

“Ieder bestuursorgaan krijgt, zo leert de praktijk, van tijd tot tijd te maken met geschriften van burgers die aan een andere instantie gestuurd hadden moeten worden. Vaak zal daarbij de onbekendheid van de burger met de op het punt van bevoegdheidstoedeling soms ingewikkelde regelingen een rol spelen. Van de overheid mag in het algemeen een grotere deskundigheid in dit opzicht worden verwacht. Dit betekent niet dat het in ieder concreet geval aan het bestuursorgaan aanstonds duidelijk zal zijn, waar een binnengekomen geschrift thuishoort. Soms zal enig nader onderzoek nodig zijn of zal een ander bestuursorgaan moeten worden geconsulteerd. Van de overheid als geheel mag evenwel worden gevergd dat de nodige deskundigheid voorhanden is om aan de burger uitsluitel te kunnen geven over het te adieren onderdeel van het overheidsapparaat.”

Zie daarnaast ook *Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 52*. Hier wordt gesproken over een doorzendverplichting voor “binnenkomende geschriften”:

“De onderhavige bepaling is ruim geformuleerd. Dit betekent dat de verplichting in beginsel algemeen geldt voor bij het bestuur binnenkomende geschriften. Voor bezwaar- en beroepschriften is echter in artikel 6:15 een bijzondere regeling opgenomen, zodat artikel 2:3 daarop niet van toepassing is. Onder de bepaling vallen allerlei soorten aanvragen, zoals vergunning- en subsidieaanvragen, voorts verzoeken om informatie, verzoekschriften en klachten. Het scala van mogelijke geschriften waarop de bepaling doelt is derhalve breed.”

Een aanwijzing dat wél een actieve doorzendverplichting bestaat, vinden wij in een (oude) uitspraak van de Afdeling van 26 maart 2003 (ECLI:NL:RVS:2003:AF6366). In deze zaak was de bevoegdheid hangende een bezwaarprocedure overgegaan van B&W naar GS. De Afdeling oordeelde dat B&W niet bevoegd waren om de beslissing op bezwaar te nemen en vernietigde het besluit. Daarbij bepaalde de Afdeling dat het bezwaar door B&W diende te worden doorgezonden aan GS.

Zie AbRvS 26 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6366, r.o. 2.3 en 2.4:

“2.3

Uit voornoemde wijziging van het IVB en de in de vergunning van 23 augustus 1994 toegestane opslag van maximaal 15 000 kg consumentenvuurwerk volgt, dat het college van GS van Noord-Brabant met ingang van 1 maart 2002 het bevoegd gezag is geworden ten aanzien van de onderhavige inrichting. Bij gebreke van overgangsrecht dat ziet op situaties als in onderhavig geding aan de orde volgt hieruit dat, gelijk ook door verweerder ter zitting is erkend, het college van burgemeester en wethouders op 9 april 2002 niet bevoegd was de beslissing op bezwaar te nemen.



2.4

Het beroep is gegrond en het bestreden besluit dient te worden vernietigd. Het tegen het besluit van 8 november 2001 gemaakte bezwaar dient door verweerder alsnog te worden doorgezonden aan het college van GS van Noord-Brabant.”

De Afdeling geeft in deze uitspraak evenwel niet expliciet aan dat het gaat om een doorzendplicht ex. artikel 2:3 van de Awb, waarvan B&W zich al voorafgaand aan de beslissing op bezwaar bewust had moeten zijn.

In een recentere uitspraak van 23 maart 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:832) oordeelt de Afdeling over een situatie waarin de bevoegdheid *na* de beslissing op bezwaar is overgegaan naar een andere gemeente. De Afdeling oordeelt in deze zaak dat het college, nadat een besluit op bezwaar is genomen en de zaak onder de rechter is, niet meer hoefde te controleren of het nog bevoegd was (cq. of een doorzendplicht bestond). Op zich is dit oordeel weinig relevant voor de voorliggende adviesvraag, omdat het hier niet gaat om een bevoegdheidswijziging *na* het besluit. Wat ons echter opvalt, is dat de Afdeling in rechtsoverweging 3.2 van de uitspraak van 23 maart 2022 als volgt overweegt:

“3.2.

De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het college ten tijde van de indiening van het verzoek nog het bevoegde college was en daarom geen toepassing hoefde te geven aan artikel 2:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dan wel artikel 6:15 van de Awb. De Afdeling ziet, net als de rechtbank, ook geen reden voor het oordeel dat het college, nadat het een besluit op bezwaar had genomen en de zaak onder de rechter was, nog verplicht zou zijn om te controleren of de ingeschrevenen nog in de gemeente ingeschreven stonden en het verzoek door te sturen naar het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, kan appelland zelf een nieuw verzoek indienen bij het inmiddels bevoegde bestuursorgaan.”

De eerste zin zou zo kunnen worden geïnterpreteerd, dat alleen ten tijde van de indiening van een verzoek een verplichting bestaat om na te gaan of een doorzendverplichting bestaat.

Gelet op het voorgaande denken wij dat getwist kan worden over de vraag of op B&W een “actieve doorzendverplichting” ex. artikel 2:3 Awb rust. Dit laat onverlet dat B&W natuurlijk wél kunnen worden verzocht om de aanvraag vrijwillig door te sturen, waarna GS op die aanvraag een besluit nemen. Hiervoor zien wij ruimte op grond van de eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling over Windpark Karolinapolder. Die uitspraak gaat over een situatie waarin gedeputeerde staten niet alleen een aanvraag overnemen van de gemeente, maar zelfs voortborduren op een ontwerpbesluit van de gemeente. De Afdeling keurt dit goed.¹⁷ Gelet hierop zal de Afdeling het óók

¹⁷ AbRvS 12 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1446, r.o. 20



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JP/11021094

16/21

goedkeuren wanneer GS een aanvraag overnemen, die oorspronkelijk bij B&W is ingediend.

Indien B&W zouden weigeren om de aanvraag door te sturen, dan staat het de initiatiefnemer vrij om een nieuwe aanvraag in te dienen bij GS (en de oude aanvraag bij de gemeente in te trekken).

5 Indien GS de besluitvorming overnemen, kunnen zij dan de ontwerp-vvgb die PS eerder afgegeven hebben gebruiken of dienen GS een nieuwe vvgb aan PS te vragen?

Antwoord:

Om de omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk te kunnen verlenen, is zowel een ontwerp- als een definitieve vvgb van PS nodig. Wij denken dat het risicovol is om voor de ontwerp-vvgb terug te vallen op de ontwerp-vvgb die PS eerder hebben afgegeven. Het verdient aanbeveling om PS specifiek voor deze omgevingsvergunning (opnieuw) om een ontwerp- én een definitieve vvgb te vragen.

Toelichting:

De aanvraag om omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk heeft onder meer betrekking op de activiteit 'strijdig gebruik' (artikel 2.1, lid 1, onder c, Wabo). Op grond van artikel 2.27, lid 1, van de Wabo in samenhang met artikel 6.5, lid 1 en 4, van het Bor mag een omgevingsvergunning 'strijdig gebruik' niet worden afgegeven zonder dat PS daarvoor een vvgb hebben afgegeven. De vvgb doorloopt dezelfde procedure als de omgevingsvergunning. Dit betekent dat met de ontwerp-omgevingsvergunning een ontwerp-vvgb ter inzage moet worden gelegd.

Zie AbRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2734, r.o. 2.1.1 en 2.2:

"2.1.1. In de geschiedenis van de totstandkoming van de Wabo, Kamerstukken II, 2006/07, 30844, nr. 3, blz. 28 en 126-127, staat dat de vvgb alleen voorkomt in de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Wanneer een aanvraag is ontvangen, beoordeelt het bevoegd gezag of er aspecten zijn waaromtrent een ander bestuursorgaan een vvgb moet afgeven. Indien dat het geval is, zendt het de aanvraag zo spoedig mogelijk aan het orgaan dat bevoegd is de verklaring te geven. Het ontwerp van de beslissing omtrent de vvgb doorloopt dezelfde procedure als het ontwerpbesluit, hetgeen betekent dat ten aanzien van beide onderdelen (ontwerpbesluit en ontwerp van de vvgb) zienswijzen kunnen worden ingediend. De beoordeling en eventuele verwerking daarvan in de definitieve beslissing omtrent de verklaring geschiedt door het orgaan dat bevoegd is de verklaring te geven.

2.2. Naar het oordeel van de Afdeling volgt uit de tekst van artikel 3.11, derde lid, van de Wabo en de geschiedenis van de totstandkoming van de Wabo dat, anders dan de



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JP/11021094

17/21

rechtbank heeft geoordeeld, in het geval dat een vvgb is vereist, eerst een ontwerp van de vvgb ter inzage moet worden gelegd waartegen zienswijzen kunnen worden ingediend.”

U heeft ons het GS-voorstel “Vaststelling partiële herziening Visie ruimte en mobiliteit windenergie” van 10 oktober 2017 toegezonden. In dit document wordt voorgesteld dat PS een generieke ontwerp-vvgb afgeven voor de windenergieprojecten die de partiële herziening mogelijk maakt (waaronder Windpark Brielse Maasdijk). Dat betekent, zo interpreteren wij, dat wanneer voor één van de windenergieprojecten uit de partiële herziening een omgevingsvergunning bij GS wordt aangevraagd, geen ontwerp-vvgb aan PS hoeft te worden gevraagd. Een definitieve vvgb moet nog wel worden gevraagd.

U vraagt ons nu of GS voorafgaand aan een besluit op de aanvraag om omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk nog een vvgb aan PS zullen moeten vragen, of dat daar vanwege de eerder afgegeven ontwerp-vvgb van kan worden afgezien.

Wij lezen het GS-voorstel van 10 oktober 2017 zo, dat PS bij instemming daarmee slechts een ontwerp-vvgb voor de windenergieprojecten hebben afgegeven.

De grondslag van dit besluit zou gevonden moeten worden in artikel 6.5, lid 3, van het Bor, waarin is bepaald dat categorieën van gevallen kunnen worden aangewezen waarvoor in het geheel geen vvgb van PS benodigd is.

Zie artikel 6.5, lid 3 en 4, van het Bor:

“Artikel 6.5. Afwijken bestemmingsplan of beheersverordening

(...)

3. De gemeenteraad kan categorieën gevallen aanwijzen waarin een verklaring niet is vereist.

4. In gevallen waarin artikel 3.1, aanhef en onder b, van dit besluit of artikel 3.34 van de Wet ruimtelijke ordening van toepassing is, wordt in het eerste lid in plaats van «gemeenteraad van de gemeente» gelezen «provinciale staten van de provincie» en wordt in het derde lid in plaats van «De gemeenteraad kan» gelezen: De provinciale staten kunnen.”

Wij betwijfelen of artikel 6.5, lid 3, van het Bor ruimte biedt om voor projecten een generieke ontwerp-vvgb af te geven (en daarmee dus de facto te bepalen dat voor die projecten geen ontwerp-vvgb benodigd is). Rechtspraak hierover is ons onbekend.¹⁸

¹⁸ Wij vinden wel voorbeelden van situaties waarin de raad op grond van artikel 6.5, lid 3, van het Bor een “algemene vvgb” afgeeft voor bepaalde projecten (in plaats van een lijst te maken met situaties waarin een vvgb *niet* is vereist). Een dergelijk besluit is bijvoorbeeld genomen door de raad van de gemeente Utrecht. De Afdeling lijkt de figuur van de algemene vvgb niet bezwaarlijk te vinden (zie bijvoorbeeld AbRvS 6 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1892 en AbRvS 22 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2928). Hieruit kan naar



Onze mening is dat zo'n generiek ontwerpbesluit zich moeilijk verhoudt tot de systematiek van de Wabo en de Awb. De Wabo schrijft voor dat de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning 'strijdig gebruik' wordt voorbereid met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb.¹⁹ Dit veronderstelt dat *op de aanvraag* een ontwerpbesluit en ontwerp-vvgb worden voorbereid. Wij denken dat het in dit systeem – dat is ingegeven vanuit de gedachte van zorgvuldige besluitvorming - niet past om bij wijze van ontwerpbesluit te verwijzen naar een generiek ontwerpbesluit van vóór de datum van de aanvraag.

Gelet op het voorgaande achten wij het niet uitgesloten dat de Afdeling zou oordelen dat het besluit van 20 december 2017 niet mag worden aangewend als ontwerp-vvgb voor de omgevingsvergunning voor Windpark Brielse Maasdijk. Daaraan zou de conclusie kunnen worden verbonden dat ten onrechte geen ontwerp-vvgb voor het windpark ter inzage is gelegd. Jurisprudentie van de Afdeling laat zien, dat het niet ter inzage leggen van een ontwerp-vvgb reden kan zijn om een besluit te vernietigen.

Zie AbRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1511 en AbRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2734.

Gelet hierop vinden wij het niet zonder risico om gebruik te maken van de generieke ontwerp-vvgb. Wij adviseren bij het in behandeling nemen van de aanvraag óók specifiek voor die aanvraag een ontwerp-vvgb aan PS te vragen en die samen met het ontwerpbesluit ter inzage te leggen.

6 Zijn GS na de inwerkingtreding van de Omgevingswet bevoegd om een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit in behandeling te nemen?

Antwoord:

Nee, GS zijn niet bevoegd om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit in behandeling te nemen voor realisatie van een windpark met een opgesteld vermogen van 5 – 100 MW. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet is het projectbesluit het daartoe verplicht aangewezen instrument.

Toelichting:

Samen met de inwerkingtreding van de Omgevingswet, op 1 januari 2024, wijzigt ook de Elektriciteitswet 1998. De wijzigingen van de Elektriciteitswet 1998 zijn geregeld via de Invoeringswet Omgevingswet (hierna: de Invoeringswet).²⁰ Die wijzigingen

ons idee echter niet afgeleid, dat het afgeven van een generieke ontwerp-vvgb ook zonder meer toelaatbaar is. Dat is, gelet op wat wij in de hoofdtekst overwegen, een wezenlijk andere situatie.

¹⁹ Artikel 3.10, lid 1, sub a, Wabo.

²⁰ Zie overigens ook de Energiewet.

houden vooral verband met het komen te vervallen van de Wro en de verwijzingen naar de bepalingen uit de Wro in artikel 9 e.v. van de Elektriciteitswet 1998 (nu).

Artikel 9c, lid 1, van de Elektriciteitswet 1998 (nieuw) luidt als volgt.

Artikel 9c, Elektriciteitswet 1998 (nieuw)

“1. Voor het volgende werk van provinciaal belang stellen gedeputeerde staten in ieder geval een projectbesluit als bedoeld in afdeling 5.2 van de Omgevingswet vast: de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie voor opwekking van duurzame elektriciteit met behulp van windenergie met een capaciteit van ten minste 5 MW maar minder dan 100 MW, met inbegrip van de aansluiting van die installatie op een net.”

De vraag is of artikel 9c Elektriciteitswet 1998 (nieuw) bepaalt dat windparken met een opgesteld vermogen van ten minste 5 MW maar minder dan 100 MW uitsluitend met een projectbesluit gerealiseerd mogen worden. Artikel 9c Elektriciteitswet 1998 (nieuw) bepaalt dat GS voor deze projecten “in ieder geval” een projectbesluit vaststellen. De toelichting op dit artikel is relatief beperkt. Uit de Memorie van Toelichting op de Invoeringswet blijkt het volgende:

“De zinsnede «in ieder geval» is toegevoegd, omdat op grond van artikel 5.44 van de Omgevingswet de Minister van Economische Zaken en Klimaat ook voor andere projecten, dan de in artikel 9b genoemde, een projectbesluit kan nemen.”

Kamerstukken II 2017-2018, 34 986, nr. 3, blz. 358.

Hoewel de Memorie van Toelichting dus niet nadrukkelijk spreekt over een *verplicht* projectbesluit, lijkt dat wel degelijk te zijn beoogd. De formulering van artikel 9c Elektriciteitswet 1998 (nieuw) sluit met “in ieder geval” namelijk aan bij de formulering van artikel 5.46 van de Omgevingswet (Ow), waarin de zogenoemde verplichte projectbesluiten zijn voorgeschreven (bijvoorbeeld: de aanleg van een autosnelweg of een primaire waterkering).²¹ Wij menen dat de wetgever ook hier, dus bij artikel 9c Elektriciteitswet 1998 (nieuw), gelet op de vergelijkbare formulering heeft beoogd het instrument van een projectbesluit verplicht voor te schrijven.

Uit de wetsgeschiedenis bij de Omgevingswet maken wij op dat zodra sprake is van een verplicht projectbesluit, geen ruimte meer bestaat om als alternatief daarvoor een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit te verlenen.

Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 177:

²¹ De Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet laat zien dat de besluitvorming voor de in dit artikel genoemde projecten “uitsluitend” via de projectprocedure mag verlopen. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 177.

“Voor gevallen waarvoor niet is aangewezen dat de projectprocedure moet worden gevolgd en de procedure voor het projectbesluit te zwaar wordt gevonden, kan het reguliere instrument van de omgevingsvergunning worden gevolgd.”

Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3 p. 511 en 512:

“De reikwijdte van het projectbesluit op grond van artikel 5.42 is echter ruimer want het projectbesluit is van toepassing op alle waterstaatswerken die onder het beheer van het waterschap vallen. Het vaststellen van een projectbesluit is een bevoegdheid die het waterschap kan aanwenden, tenzij het gaat om het projectbesluit op grond van artikel 5.44 voor de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen waarvoor een projectbesluit verplicht is. Voor de niet-verplichte toepassing van het projectbesluit heeft het waterschap ook de mogelijkheid om te kiezen voor het realiseren van een werk door middel van een omgevingsvergunning voor een beperkingengebiedactiviteit voor een waterstaatswerk als bedoeld in artikel 5.1, tweede lid, aanhef en onder f, onder 2°.”

Hieruit leiden wij af dat zodra GS verplicht zijn om een projectbesluit voor Windpark Brielse Maasdijk vast te stellen, GS niet langer bevoegd zijn om een omgevingsvergunning voor dit project te verlenen.

Voor de volledigheid wijzen wij nog op het volgende. Op de verplichting om een projectbesluit vast te stellen, wordt in artikel 9c, lid 4, van de Elektriciteitswet 1998 (nieuw) een uitzondering gemaakt. Dit artikellid bepaalt dat GS géén projectbesluit nemen:

“als het project naar hun oordeel met toepassing van artikel 5.55 van de Omgevingswet kan worden uitgevoerd en het bevoegde bestuursorgaan van de gemeente waar het project wordt uitgevoerd, daarmee instemt”.

Dit betreft een optie voor bevoegdheidsoverdracht, zoals ook is verwoord in artikel 5.44b van de Ow.²² Belangrijk is dat voor deze bevoegdheidsoverdracht twee *nieuwe* voorwaarden gelden: a) de gemeente moet toepassing geven aan artikel 5.55 van de Ow, hetgeen betekent de wijziging van een omgevingsplan met toepassing van de gemeentelijke projectprocedure, en b) de gemeente moet instemmen met deze bevoegdheidsoverdracht. Het verplicht stellen van de gemeentelijke projectprocedure betekent dat het ook de gemeente niet langer vrij staat om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit te verlenen. Het doorlopen van de gemeentelijke projectprocedure mondt namelijk altijd uit in een wijziging van het omgevingsplan.²³

In dit kader merken wij op dat artikel 9c Elektriciteitswet 1998 met inwerkingtreding van de **Energie**wet (mogelijk) komt te vervallen. In plaats daarvan komt een nieuw artikel 6.2. Voor zover hier relevant bepaalt artikel 6.2, lid 2: “*In afwijking van het eerste lid stellen gedeputeerde staten geen projectbesluit vast als naar hun oordeel*

²² *Kamerstukken II* 2018-2019, 34 986, G, blz. 10.

²³ Artikel 9c, lid 4, Elektriciteitswet 1998 (nieuw) in samenhang met artikel 5.55 Ow.



datum 22 november 2023
onze ref. LB/JP/11021094

21/21

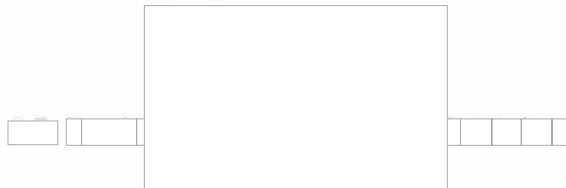
besluitvorming door een ander bestuursorgaan het project kan versnellen of aan besluitvorming door een ander bestuursorgaan anderszins aanmerkelijke voordelen zijn verbonden." De twee voorwaarden voor bevoegdheidsoverdracht worden daarmee gewijzigd. De tekst van de Energiewet sluit aan bij het huidige artikel 9f, lid 6, van de Elektriciteitswet 1998 (nu). Op 1 februari 2023 heeft de Raad van State advies uitgebracht over dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel is inmiddels ingediend bij de Tweede Kamer.²⁴

Als het de wens van GS is om voor de realisatie van Windpark Brielse Maasdijk een omgevingsvergunning 'strijdig gebruik' te verlenen, dan is het zaak om voort te borduren op de bestaande aanvraag (zie hoofdstuk 4 van dit advies) of om vóór 1 januari 2024 een nieuwe aanvraag in behandeling te nemen. Op grond van artikel 4.3 van de Invoeringswet Omgevingswet blijft in die situatie het huidige recht van toepassing en staat het voorgaande derhalve niet in de weg aan het verlenen van een omgevingsvergunning 'strijdig gebruik'.

7 Conclusie

Tot zover ons advies. Eventuele vervolgvragen beantwoorden wij nog graag.

Met vriendelijke groet,



²⁴ <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK010483>.