

CONCEPT

Notitie

voor Wiarda Geelhoed - Ministerie van Economische Zaken
van Monique Rus-van der Velde en Jelmer Procee - Landsadvocaat
datum 22 mei 2017
betreft onteigening ten behoeve van windpark Zeewolde

Feiten/achtergronden

Windpark Zeewolde is een initiatief van (voorheen ontwikkelvereniging Zeewolde thans) Windpark Zeewolde B.V. voor de realisatie van een windpark met 93 windmolens in het zuidelijk deel van Flevoland. Vereiste voor realisatie van dit windpark is dat de bestaande 221 windmolens in het gebied worden verwijderd. Door oude windmolens te vervangen door nieuwe (grotere) windmolens kan met minder windmolens meer duurzame energie worden geproduceerd.

Realisatie van het windpark wordt mogelijk gemaakt door het Rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde van de Minister van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu. Dit rijksinpassingsplan heeft van 10 maart tot en met 20 april 2017 ter inzage gelegen. Vaststelling wordt in de zomer voorzien.

Het plangebied van het rijksinpassingsplan omvat fracties van het buitengebied van Zeewolde. Alleen aan de locaties waar de windmolens zijn beoogd, is een bedrijfsbestemming toegekend.

De bestaande windmolens zijn alle gelegen in het bestemmingsplan Buitengebied 2016 van de gemeente Zeewolde. Dit bestemmingsplan is vastgesteld door de gemeenteraad van Zeewolde op 29 september 2016. Er is nog beroep tegen dit plan aanhangig bij de Raad van State.

Het grootste deel van de gronden in dit bestemmingsplan heeft de bestemming 'Agrarisch'. De bestaande turbines waren in de voorloper van het bestemmingsplan Buitengebied 2016, het bestemmingsplan Buitengebied, niet als zodanig bestemd. Wij hebben begrepen dat voor de oprichting van de bestaande windmolens bouwvergunningen zijn afgegeven op basis van artikel 19 WRO (oud).

De provincie Flevoland heeft samen met de Flevolandse gemeenten specifiek voor het project in Flevoland een structuurvisie ontwikkeld genaamd Regioplan Windenergie Zuidelijk en Oostelijk Flevoland (hierna: het Regioplan Wind). Het Regioplan Wind is afgestemd met de initiatiefnemers van het windpark en met het Rijk. Een belangrijk onderdeel van het Regioplan Wind is dat de ontwikkeling van nieuwe windturbines in

Flevoland gepaard gaat met het saneren van bestaande windturbines. De opgaaf voor sanering van de bestaande windmolens maakt derhalve integraal deel uit van het provinciale beleid.

Vragen

U heeft ons de volgende vragen gesteld:

1. Biedt het bestemmingsplan Buitengebied 2016 voldoende grondslag om de bestaande windturbines te onteigenen? De beantwoording van deze vraag heeft vooral het karakter van een second opinion op het advies van 9 maart 2017 van Bas ten Kate aan de Windunie.
2. Als vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, is de provincie dan de meest gerede partij om te onteigenen?
3. Het voornemen bestaat om plaatsing van de nieuwe windmolens mogelijk te maken door middel van het opleggen van een gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (hierna: BP). Gezien de koppeling die is gelegd tussen de sanering van de bestaande windmolens en de realisatie van de nieuwe windmolens, is de vraag gerezen of het al dan niet slagen van onteigening van percelen met bestaande windmolens mogelijk effecten heeft op een gedoogplichtprocedure op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (BP). Een eigenaar die een gedoogplicht krijgt opgelegd, zou zich daartegen kunnen verweren met de stelling dat het rijksinpassingsplan niet gerealiseerd gaat worden als blijkt dat onteigening niet haalbaar is en dat om die reden de gedoogplicht ten onrechte wordt opgelegd. De vraag is dan of een dergelijk verweer kans van slagen heeft.

Antwoorden

1. Onteigening op basis van het bestemmingsplan Buitengebied 2016 is mogelijk, ook als die onteigening strekt ter beëindiging van het gebruik en het verwijderen van de bestaande windmolens.
2. Bestuursorganen die samen voor de opgave staan om een project te realiseren, kunnen onderling afspraken maken over de vraag wie de grondverwerving en onteigening ter hand neemt. Dat kan dus de provincie zijn. Zowel de Noodverordening Wind, het Omgevingsplan Flevoland (inclusief de aanpassingen), de Beleidsregel Windmolens 2008, het Regioplan Wind als het ontwerp Rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde bieden voldoende aanknopingspunten voor de provincie om als onteigenende partij op te treden, ook als het gaat om onteigening op basis van een gemeentelijk bestemmingsplan.
Het is daarbij wel van belang dat in de te sluiten bestuurlijke overeenkomst tussen provincie, Rijk, de gemeente Zeewolde en Windpark Zeewolde B.V. duidelijk wordt uiteengezet wie welke verantwoordelijkheden heeft. Met name is van belang dat in die overeenkomst goed wordt vastgelegd dat en waarom de provincie belang heeft bij de verwerving en onteigening van de bestaande windmolens.

3. Een beroep op de (on)uitvoerbaarheid van de gedoogplicht, met als argument dat het rijksinpassingsplan naar alle waarschijnlijkheid niet uitvoerbaar is omdat niet zeker is dat onteigend kan worden zal naar alle waarschijnlijkheid geen kans van slagen hebben. Over het algemeen toetst de bestuursrechter of het bestuursorgaan zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen of een besluit uitvoerbaar is. Dat is alleen dan niet het geval indien het bestuursorgaan op voorhand had moeten inzien dat een andere wet aan de uitvoerbaarheid van het besluit in de weg staat. Daarvan is ons inziens in dit geval geen sprake.

Vraag 1

Onteigening is op grond van artikel 77 lid 1 sub 1 (titel IV) onteigeningswet mogelijk ter uitvoering van een bestemmingsplan.

Dat bestemmingsplan is in dit geval het bestemmingsplan Buitengebied 2016 van de gemeente Zeewolde. De gronden waarop de bestaande windmolens zijn gebouwd hebben in dit bestemmingsplan de bestemming 'Agrarisch'.¹

In de mail van Miranda van Gils, RWS van 15 mei jl. is terecht opgemerkt dat in de toelichting op het rijksinpassingsplan ten onrechte is vermeld dat het rijksinpassingsplan de basis gaat vormen voor verwerving en onteigening. De toelichting op het rijksinpassingsplan zal op dit punt in ieder geval moeten worden aangepast.

Voordat de onteigenaar bij de rechter de onteigening van gronden kan vorderen, dient de onteigenaar aan de Kroon te verzoeken de te onteigenen gronden ter onteigening aan te wijzen. Aanwijzing van gronden ter onteigening geschiedt bij Koninklijk Besluit (artikel 78 lid 2 onteigeningswet). Bij de beoordeling van een verzoek tot onteigening hanteert de Kroon de Handreiking Administratieve Onteigeningsprocedure 2016² (hierna: Handreiking). In deze handreiking zet de Kroon uiteen op welke wijze de Kroon een verzoek om onteigening inhoudelijk beoordeelt.

Uit de Handreiking volgt dat de Kroon een verzoek tot onteigening (voor zover hier van belang) toetst aan een aantal criteria waaronder of *onteigening in het publieke belang* is en of de *onteigening noodzakelijk* is.

¹ Een complicerende factor is dat de windmolens (dan wel in ieder geval de windmolens die vóór 2006 zijn geplaatst) in het bestemmingsplan Buitengebied 2016 voor de tweede maal onder het overgangsrecht zijn gebracht. Dat mag niet op grond van vaste jurisprudentie van de Raad van State. Het is niet ondenkbaar dat het bestemmingsplan Buitengebied 2016 om die reden in beroep (gedeeltelijk) wordt vernietigd.

² Handreiking administratieve onteigeningsprocedure 2016
https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Handreiking%20Administratieve%20Onteigeningsprocedure%202016-01-16%20Def_tcm21-81699.pdf

Blijkens de Handreiking verstaat de Kroon bij onteigening op grond van art. 77 onteigeningswet (titel IV) onder publiek belang dat met de onteigening het belang van de ruimtelijke ontwikkeling gediend moet zijn³. Wat de Kroon precies onder ruimtelijke ontwikkeling verstaat, blijkt niet uit de Handreiking. Evenmin lijkt het begrip ruimtelijke ontwikkeling an sich in de Kroonjurisprudentie een rol te spelen. Het is vaste Kroonjurisprudentie van de Kroon dat met het bestemmingsplan het publieke belang in beginsel is gegeven.

Bij de beoordeling van de vraag of onteigening noodzakelijk is, toetst de Kroon of zonder eigendomsverkrijging door de verzoeker tot onteigening niet zeker is dat het bestemmingsplan of het plan voor het werk wordt uitgevoerd in de vorm waaraan de verzoeker vanuit een oogpunt van publiek belang behoefte heeft⁴.

Op zichzelf is onteigening ter realisatie van een agrarische bestemming mogelijk. Uit de onteigeningswet is niet af te leiden dat onteigening ter realisatie van een agrarische bestemming niet mogelijk zou zijn.

Dat is anders in de Wet voorkeursrecht gemeenten. Op grond van artikel 3 van die wet kan slechts een voorkeursrecht worden gevestigd op gronden waaraan een niet-agrarische bestemming is toegekend. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de Wet voorkeursrecht gemeenten zich beperkt tot verwerving door gemeentebesturen ten behoeve van de uitvoering van hun ruimtelijke plannen.⁵ De ontwikkeling in landbouwkundige bestemmingen behoorde eerder tot de taakstelling van de centrale overheid.⁶ De wet agrarisch grondverkeer voorziet in de mogelijkheid tot vestiging van een voorkeursrecht op agrarische gronden door de minister van Economische Zaken.

Realisatie van een agrarische bestemming kan immers ook in het publieke belang zijn.

In dit geval wordt echter niet onteigend omdat op het te onteigenen de bestemming 'Agrarisch' moet worden gerealiseerd, maar om het gebruik van windmolens op de te onteigenen gronden te beëindigen waardoor het mogelijk wordt op andere gronden, die bovendien geen deel uitmaken van het bestemmingsplan Buitengebied 2016, windmolens te realiseren. Het op het te onteigenen te realiseren werk dat op basis van het bestemmingsplan Buitengebied 2016 moet worden uitgevoerd, betreft in dit geval enkel de sloop van de windmolens zonder dat de onteigenaar over de grond behoefte te beschikken. De vraag is of dat wel kan.

³ Handreiking administratieve onteigeningsprocedure 2016
https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Handreiking%20Administratieve%20Onteigeningsprocedure%2016-01-16%20Def_tcm21-81699.pdf, Par. 2.2

⁴ Handreiking administratieve onteigeningsprocedure 2016, Par. 2.3 onder 1

⁵ Kamerstukken II 1976/77, nr. 9, par. 1.

⁶ Kamerstukken II 1976/77, 13713, nr. 9, par. 4

De onteigeningswet geeft geen uitsluitel, terwijl inderdaad - zoals mr. Ten Kate stelt - uit de rechtspraak en literatuur evenmin een antwoord op deze vraag is af te leiden. Dat betekent ons inziens niet dat (daarom) de conclusie zou moeten zijn dat onteigening niet mogelijk is. Weliswaar wordt in dit geval (een groot deel van) het werk waarvoor het bestaande gebruik dient te eindigen, geregeld in een ander plan, maar dat enkele feit dwingt ons inziens niet tot de conclusie dat onteigening niet mogelijk is. De onteigeningswet bepaalt immers dat onteigend kan worden in het belang van een ruimtelijke ontwikkeling. Het verwijderen van bestaande windmolens maakt deel uit van de ruimtelijke ontwikkeling, die inhoudt dat de bestaande windmolens worden vervangen door een nieuw windpark met windmolens die meer energie opwekken en die beter gesitueerd worden in het landschap, waardoor aan de thans bestaande versnippering van windmolens in Flevoland een eind wordt gemaakt.

Als een andere gedachte zou worden aangehangen, dan zou de consequentie daarvan kunnen zijn dat het rijksinpassingsplan ook betrekking zou moeten hebben op de gronden waarop de te verwijderen windmolens staan. Dat lijkt ons een gekunstelde oplossing.

De vraag is overigens of een dergelijke aanpassing van het rijksinpassingsplan het 'probleem' dat onteigening slechts plaatsvindt om bestaand gebruik te beëindigen oplost. Dan is sprake van de situatie uit het Koninklijk Besluit Cortenoever zoals door mr. Ten Kate beschreven. Weliswaar is dan het werk waarvoor het bestaande gebruik dient te eindigen geregeld in hetzelfde plan als het aan te leggen werk en heeft de Kroon hierover niets opgemerkt en dit kennelijk akkoord bevonden. Dat neemt niet weg dat de vraag of de noodzaak tot onteigening ontbreekt ook in die zaak door de Hoge Raad niet is beantwoord, simpelweg omdat dit niet aan de orde is gesteld.

Daarbij komt dat als voor een dergelijke (ingrijpende) aanpassing van het rijksinpassingsplan wordt gekozen, het rijksinpassingsplan naar alle waarschijnlijkheid opnieuw in procedure moet worden gebracht. Dit betekent een aanzienlijke vertraging, terwijl het maar de vraag is of daarmee elk risico dat niet kan worden onteigend wordt uitgesloten.

Wij menen dat in dit geval goed kan worden betoogd dat het (plan voor het) werk niet alleen de bouw van de nieuwe windmolens omvat, maar dat daaraan onlosmakelijk is verbonden dat de bestaande windturbines worden verwijderd. Artikel 5.2 sub a van de regels van het rijksinpassingsplan bepaalt immers dat de omgevingsvergunning voor een nieuw te bouwen windmolen eerst kan worden verleend als kan worden aangetoond dat de oude windmolens voor een bepaalde datum zijn verwijderd. Dat kan alleen aangetoond worden als, wanneer met de eigenaar van de betreffende windmolen geen minnelijke overeenstemming kan worden bereikt over verwijdering van de windmolen, het onteigeningsinstrument kan worden ingezet. Zou dat niet kunnen, dan zou dat als consequentie hebben dat het rijksinpassingsplan (enkel om

die reden) niet uitvoerbaar zou zijn en dus het beleid om met minder windmolens meer energie op te wekken niet kan worden gerealiseerd.

Het is dus zaak deze samenhang in de zakelijke beschrijving die op grond van artikel 79 sub 4 bij de indiening van het verzoek tot onteigening moet worden overgelegd goed te onderbouwen. Dat is temeer van belang nu het bestemmingsplan Buitengebied 2016 weinig zegt over het saneren van de bestaande windmolens.⁷

Conclusie vraag 1

Onteigening op basis van het bestemmingsplan Buitengebied 2016 is mogelijk, ook als die onteigening strekt ter beëindiging van een bepaald gebruik.

Vraag 2

De onteigeningswet besteedt weinig aandacht aan de vraag wie in een bepaalde situatie als onteigende partij optreedt. In geval van onteigening ter uitvoering van een bestemmingsplan, dan wel een provinciaal- of rijksinpassingsplan, vermeldt artikel 78 lid 1 van de onteigeningswet slechts dat onteigening plaatsvindt ten name van een publiekrechtelijk lichaam op verzoek van het algemeen bestuur van dat lichaam uit kracht van een koninklijk besluit. Uit de onteigeningswet kan dan ook enkel worden afgeleid dat het verzoek tot onteigening zal worden gedaan door de partij ten name van wie de onteigening zal geschieden.

Uit de jurisprudentie van de Kroon volgt dat met enige regelmaat de vraag wordt opgeworpen of het bestuursorgaan dat in de betreffende zaak als onteigende partij optreedt wel de juiste onteigenaar is. In de Kroonjurisprudentie wordt het vraagstuk wie dient te onteigenen aangeduid als de vraag wie de meeste gerede partij is om te onteigenen.

In het Koninklijk Besluit van 15 november 2012⁸ oordeelde de Kroon dat de onteigeningswet niet dwingt tot het uitsluitend door een planwetgever zelf kunnen hanteren van de bevoegdheid tot het doen van een onteigeningsverzoek op grond van artikel 78, juncto 77 van de onteigeningswet. Volgens de Kroon draagt een lokale planwetgever weliswaar verantwoordelijkheid voor de uitvoering van een bestemmings- of inpassingsplan maar dit laat onverlet dat de bevoegdheid ingevolge artikel 78 van de onteigeningswet ook door en ten name van andere publiekrechtelijke lichamen kan worden uitgeoefend.

⁷ Onder 5.7.1 van de toelichting op het bestemmingsplan wordt ten aanzien van de sanering van de bestaande windmolens enkel gesteld dat de bestaande windmolens onder het overgangsrecht worden gebracht, omdat binnen de komende 10 jaar vervanging aan de orde is.

⁸ Nr. 12.002716, Staatscourant 2012, nr. 24245 (onteigeningsplan Overdiepse polder II) – Waalwijk)

Uit de jurisprudentie van de Kroon blijkt voorts dat het er bij de vraag wie de meest gereede partij is vooral om gaat dat duidelijk is dat de onteigende partij belang heeft bij de onteigening. Dat belang kan zijn gelegen in het feit dat de onteigende partij het project gaat realiseren maar strikt noodzakelijk is dat niet. Evenmin is noodzakelijk dat de onteigende partij het uit te voeren project (volledig) financiert. In de bijlage bij deze notitie bespreken wij kort een aantal Koninklijke Besluiten waarin deze aspecten aan de orde komen (**bijlage**).

In de Handreiking⁹ wordt ook aandacht besteed aan de vraag wie als meest gereede partij kan worden aangemerkt:

Bestuursorganen kunnen onderling in overeenkomsten afspraken maken over de verdeling van taken voor de realisering van een project, ook wat de grondverwerving en onteigening betreft. Men zal zich hierbij de vraag moeten stellen of, naast de taken op het terrein van de verwerving, ook de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek om onteigening kan en mag worden overgedragen aan een andere partij. In de bij een verzoek behorende zakelijke beschrijving kan hier zo nodig duidelijkheid over worden verschaft. Wordt in dat kader bijvoorbeeld verwezen naar met andere partijen gesloten overeenkomsten over de taakverdeling bij de uitvoering van een project, dan moeten deze overeenkomsten bij het verzoek worden gevoegd.

Conclusie vraag 2

Uit het voorgaande volgt dat de bestuursorganen die samen voor de opgave staan om een project te realiseren onderling afspraken kunnen maken over de vraag wie de grondverwerving en onteigening ter hand neemt.

In dit geval bieden de Noodverordening Wind, het Omgevingsplan Flevoland (inclusief de aanpassingen), de Beleidsregel Windmolens 2008, het Regioplan Wind en het ontwerp Rijksinpassingsplan Windpark Zeewolde voldoende aanknopingspunten dat de provincie als onteigende partij optreedt, ook al gaat het om onteigening op basis van een gemeentelijk bestemmingsplan.

Voor de beoordeling van de vraag of de provincie Flevoland in dit geval als meest gereede partij een onteigeningsverzoek kan indienen is wel van belang dat in de te sluiten bestuurlijke overeenkomst tussen provincie, Rijk, de gemeente Zeewolde en Windpark Zeewolde B.V. duidelijk wordt uiteengezet wie welke verantwoordelijkheden heeft. Met name is van belang dat in die overeenkomst goed wordt vastgelegd dat en waarom de provincie belang heeft bij de verwerving en onteigening van de bestaande windmolens.

⁹ Par. 1.3

Vraag 3

Op grond van artikel 2 lid 1 t/m 4 BP jo artikel 9g lid 1 Elektriciteitswet kan voor het aanleggen, hebben en houden van een windpark een gedoogplicht worden opgelegd door de minister van I&M. Bij het nemen van het besluit toetst de minister:

- of het werk nodig is ten behoeve van een openbaar werk;
- of in het gebruik van de onroerende zaak niet meer belemmering wordt gebracht dan redelijkerwijs voor de aanleg en instandhouding van het werk nodig is;
- en of de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs geen onteigening vorderen.

Op grond van artikel 9b lid 1 sub a Elektriciteitswet 1998 is de procedure bedoeld in artikel 3.35, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wro (de rijkscoördinatieregeling) van toepassing. Dat betekent dat artikel 3.36a Wro van toepassing is en dat tegen het besluit waarbij de gedoogplicht wordt opgelegd rechtstreeks beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak openstaat.

Een beroepsgrond inhoudende dat het rijksinpassingsplan niet gerealiseerd kan worden als blijkt dat onteigening niet haalbaar is en om die reden de gedoogplicht niet kan worden opgelegd, raakt in feite de uitvoerbaarheid van de gedoogplicht. Op die wijze is een beroep tegen een gedoogplicht op grond van de BP, voor zover ik heb kunnen nagaan, nog niet eerder aan de orde geweest.

Niettemin meen ik dat een dergelijk beroep op de (on)uitvoerbaarheid van de gedoogplicht naar alle waarschijnlijkheid geen kans van slagen zal hebben. Over het algemeen toetst de bestuursrechter of het bestuursorgaan zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen of een besluit uitvoerbaar is. Dat is alleen dan niet het geval indien het bestuursorgaan op voorhand had moeten inzien dat een andere wet aan de uitvoerbaarheid van het besluit in de weg staat.

Zie bijvoorbeeld Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 11 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:BD3598:

De vragen of voor de uitvoering van de baanverlenging ten aanzien van de in het gebied aanwezige soorten een vrijstelling geldt, dan wel een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet (hierna: de Ff-wet) nodig is en zo ja, of deze ontheffing kan worden verleend, komen in beginsel aan de orde in een procedure op grond van de Ff-wet. Dat doet er niet aan af dat verweerders het bestreden besluit niet hadden kunnen nemen, indien en voor zover zij op voorhand in redelijkheid hadden moeten inzien dat de Ff-wet aan de uitvoerbaarheid van dat besluit in de weg staat.

Daarvan is ons inziens in dit geval geen sprake.