

Kan een provincie besluiten nemen zonder in de RES een wettelijke basis te hebben?

Advies aan René Dercksen
(statenlid provincie Utrecht, BVNL)



Prof. dr. Douwe Jan Elzinga

Mr. dr. Jan R. Lunsing

2022

1 Letterlijke vraagstelling

'Laat ik mij eerst introduceren: ik ben René Dercksen statenlid in de Provincie Utrecht voor BVNL.

In die hoedanigheid is uw stuk, Regionale Energiestrategie Zonder Wettelijke Basis, mij niet ontgaan.

De heer Goldhoorn heeft tegen een RES-besluit van de provincie bezwaar aangetekend en de AWB-adviescommissie van de provincie heeft dat bezwaar "niet-ontvankelijk" verklaard, aangezien men van mening is dat het bezwaar niet gericht is tegen een "appellabel besluit". In de navolgende linkjes treft u de desbetreffende stukken aan.

<https://www.stateninformatie.provincie-utrecht.nl/Vergaderingen/Statencommissie-Milieu-en-Mobiliteit/2022/30-november/13:30/Geen-titel-opgegeven-1/PS2022MM115-01-SV-Beslissing-op-bezwaar-A-Goldhoorn-c-s.pdf>

<https://www.stateninformatie.provincie-utrecht.nl/Vergaderingen/Statencommissie-Milieu-en-Mobiliteit/2022/30-november/13:30/Geen-titel-opgegeven-1/PS2022MM115-02-Bezwaar-provincie-versie-15-oktober.pdf>

<https://www.stateninformatie.provincie-utrecht.nl/Vergaderingen/Statencommissie-Milieu-en-Mobiliteit/2022/30-november/13:30/Geen-titel-opgegeven-1/PS2022MM115-03-Goldhoorn-c-s-kno-geen-appellabel-besluit.pdf>

<https://www.stateninformatie.provincie-utrecht.nl/Vergaderingen/Statencommissie-Milieu-en-Mobiliteit/2022/30-november/13:30/SV-Beslissing-op-bezwaar-A-Goldhoorn-c-s/PS2022MM115-04-e-mail-t-a-v-Mevrouw-Krak-nadere-uitwerking.pdf>

Al eerder had ik zelf de CdK gevraagd een RES-besluit te schorsen en te vernietigen gelet op de tegenstrijdigheid met het arrest van Nevele (zie bijlage). Ook het verdrag van Aarhus wordt m.i. overtreden overigens.

Ik heb een tweetal vragen:

Hoe beoordeelt u het besluit van de AWB-commissie om het bezwaar niet ontvankelijk te verklaren?

Hoe beoordeelt u de besluiten van de provincie in het licht van uw eerder genoemde stuk dat u samen schreef met de heer Lusing? Kan een provincie besluiten nemen zonder in de RES een wettelijke basis te hebben?

2 Opzet

In het volgende hoofdstuk 3 worden eerst enkele opmerkingen gemaakt over de algemene RES-context, gerelateerd aan het eerdere onderzoek van ons, zoals aangeduid in de vraagstelling. Dat is meteen de opmaat naar het antwoord op de vraag in hoofdstuk 4 of de provincie een specifieke wettelijke basis nodig heeft om besluiten te kunnen nemen. Vervolgens en tenslotte wordt in hoofdstuk 5 de vraag beantwoord over het niet-ontvankelijk verklaren, waarbij met name op de verschillende onderdelen onder ogen wordt gezien of er wel of geen rechtsgevolgen zijn verbonden aan het betreffende besluit.

3 De regionale energiestrategie

Vragensteller verwijst naar een advies van ons aan een fractie uit het algemeen bestuur van het waterschap Delfland uit 2018?¹ In dat advies werd door ons gesignaleerd dat het werken met RES-regio's in gang is gezet zonder specifieke wettelijke grondslag, waardoor er geen sprake is van een vorm van klassiek medebewind. Medebewind betekent dat de decentrale overheden verplicht kunnen worden om mee te werken aan de uitvoering van hogere wetgeving. Inzake de regionale energiestrategie is niet voor deze route gekozen, maar moet het nationale energiebeleid – op basis van het Klimaatakkoord – worden uitgevoerd op basis van de autonome bevoegdheden van provincie en gemeente en aan de hand van de afspraken die daarover zijn gemaakt tussen rijk, provincies, gemeenten en waterschappen. Deze dimensie – en de relatie tussen autonomie en medebewind – is mede maatgevend voor het antwoord op gestelde vragen.

4 Feitenrelaas en bevoegdheid

BVNL, hierna de opdrachtgever, vraagt zich af of een bezwaar van de heer Goldhoorn c.s.² terecht kennelijk niet ontvankelijk is verklaard. Goldhoorn c.s. hebben tegen een RES-besluit van de provincie bezwaar aangetekend. Het college van GS van Utrecht heeft op grond van een advies van de AWB-adviescommissie van die provincie Utrecht, hierna adviescommissie, het bezwaar "niet-ontvankelijk" verklaard, aangezien het bezwaar naar oordeel van de commissie niet gericht is tegen een "appellabel besluit". Hieronder wordt in hoofdstuk 5 toegelicht en beoordeeld in hoeverre dit besluit terecht is genomen.

¹ D.J. Elzinga, J.R. Lusing, Regionale energiestrategie zonder wettelijke basis, Verplicht-vrijwillige samenwerking met risico's, Stibabo-advies, november 2018. Zie: www.stibabo.nl;

² Goldhoorn c.s. zijn de heer Goldhoorn zelf, de stichtingen Windalarm, Red de Plassen, Stop Windturbines Geingebied, Red de Hoge Dijk, Red het Angstellandschap, Stop Windturbines Aetsveldsepolder i.o. en de verenigingen Spaar het Gein, Lokaal Belangrijk voor Leusden-Achterveld-Stoutenburg.

4.1 Feitenrelaas

Gedeputeerde Staten van Utrecht (hierna: GS) hebben een Tussenbalans Regionale Energiestrategieën (RES) opgesteld en met een statenvoorstel naar Provinciale Staten (hierna: PS) gestuurd om hen daarvan op de hoogte te stellen.

In de Tussenbalans staat dat de haalbaarheid van het gezamenlijke doel van de RES-regio's voor 2030 onder druk staat. Bij toepassing van het begrippenkader van Nationaal Programma RES en uitgaande van realisatie van de volledige ambitie zon op dak zou in 2030 1,38 TWh gerealiseerd zijn in plaats van de 2,4 TWh die is afgesproken.

Om enerzijds rekening te houden met voorkeuren voor zon, maar ook de verhouding zon-wind te verbeteren is een streven naar tenminste 1 TWh windenergie realistisch volgens GS.

GS concluderen dat er weliswaar voldoende onderzoeksgebieden zijn die passen in het provinciaal beleid, maar dat bij een eventuele volgende stap nader onderzoek moet uitwijzen of de locaties daadwerkelijk geschikt zijn voor windenergie.

Op 21 september 2022 hebben PS besloten om deze Tussenbalans, met inachtneming van 'amendement 22 Lokaal eigendom', vast te stellen.

De heer Goldhoorn, woonachtig aan de Dodaarslaan 18 te Vinkeveen, zes stichtingen en twee verenigingen (hierna: Goldhoorn c.s.) hebben op 18 oktober 2022 bezwaar gemaakt tegen dit besluit.

En in dat verband is nu de eerste vraag: Hoe beoordeelt u de besluiten van de provincie in het licht van uw eerder genoemde stuk dat u samen schreef met de heer Luning? Kan een provincie besluiten nemen zonder in de RES een wettelijke basis te hebben?

Provincies (en ook gemeenten) mogen besluiten nemen op basis van een specifieke wettelijke grondslag. De bijzondere wetgever maakt dan de provincie bevoegd en kadert die bevoegdheid nader in. Dit is het zogenaamde medebewind. Naast het medebewind hebben provincie en gemeente een algemene en open bevoegdheid om regels te maken en besluiten te nemen die niet strijdig zijn met hoger recht en beleid. Dit is de autonome bevoegdheid. Een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt toegekend bij een wettelijk voorschrift (Damen, et al., 2003, pp. 131-132) en dat kan in algemene zin (autonomie) of in specifieke zin (medebewind). Provincies hebben een algemene bevoegdheid om besluiten te nemen op grond van artikel 124 lid 1 Grondwet en artikel 105 lid 1 Provinciewet: 'De bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de provincie wordt aan het provinciebestuur overgelaten.'

Het kernwoord in dit artikel is het begrip 'huishouding'. In het verleden is er wel eens discussie geweest over de vraag of huishouding strikt omschreven zou moeten worden. Hierdoor zouden er onderwerpen kunnen zijn, waar provincies geen besluiten over mogen

nemen. De wetgever heeft echter niet besloten die beperking in te voeren. We spreken daarom van een ‘open huishouding’. Zo lang er geen strijd is met een hogere regelgeving, is het provinciebestuur bevoegd een besluit te nemen.

Dat betekent dat er geen specifieke wettelijke RES-grondslag noodzakelijk is om vanuit het college voorstellen te doen aan PS en vervolgens besluiten te nemen. Provinciale besturen staat het vrij om in gesprek met wie dan ook een afspraak te maken en dat om te zetten in besluiten.

GS kan echter niet een afspraak maken in RES-verband en vervolgens bij het opstellen van een voorstel aan PS dit voorstel verdedigen op grond van de verplichting die door RES is opgelegd want de positie van de RES is vooralsnog wettelijk ongeregeld gebleven. Het voorstel is een voorstel van GS en niet van de RES, tenzij PS een mandaat hebben gegeven om binnen de RES-afspraken te maken en de afspraak binnen dat mandaat ligt. In dat laatste geval heeft de provincie zich via een statenbesluit vooraf gebonden aan een afspraak met RES-partners. Hier is niet gebleken dat een dergelijke afspraak bestaat.

Kortom, de provincie mag dit besluit nemen, maar het is een besluit van de provincie en niet van de RES. De provincie mag zich committeren aan inspanningsverplichtingen die met RES-partners zijn overeengekomen, maar de besluiten die daaruit volgen blijven besluiten van de provincie en dienen dan ook door GS in de PS te worden verdedigd als een eigen besluit of een besluit in het kader van provinciale beleidsdoelstellingen of (mandaat)besluiten. Een argument als ‘het moet van de RES’ snijdt juridisch gezien geen hout.

5 Een niet-ontvankelijk besluit?

5.1 *Beantwoording vraag 2*

De tweede vraag is hoe het besluit moet worden beoordeeld dat het besluit niet ontvankelijk is verklaard. Het college heeft op advies van de adviescommissie besloten dat het bezwaar kennelijk niet ontvankelijk is. Ze neemt daarbij de argumentatie van het advies over.

Om ontvankelijk te zijn, moet er sprake zijn van een belanghebbende en er moet sprake zijn van een procesbelang (Damen, et al., 2006, p. p. 137). De adviescommissie voert het al dan niet aanwezig zijn van belanghebbende terecht niet op als argument. Goldhoorn c.s. hebben belang bij het al dan niet plaatsen van windmolens in de door hen verdedigde gebieden.

De adviescommissie stelt echter dat het besluit tot vaststelling van de Tussenbalans niet gericht is op enig rechtsgevolg. Als er geen rechtsgevolg is, kan niet worden volgehouden dat er een belang wordt bevorderd of geschaad. Als er geen rechtsgevolg is, heeft de commissie dus gelijk. Daarom wordt hier per onderdeel van het besluit van de Tussenbalans onderzocht of er sprake is van een rechtsgevolg.

Genomen besluit/amendement	Verandering in recht of plicht
1. De Tussenbalans Regionale Energie Strategieën provincie Utrecht vast te stellen;	Geen verandering. Alleen als één of meer van onderstaande besluiten leiden tot een verandering.
2. Vast te stellen dat er met de huidige voortgang in de uitvoering van de drie Utrechtse RES'en onvoldoende perspectief is dat de doelen tijdig worden gehaald en aanvullende inzet van de Utrechtse RES-partners daarom noodzakelijk is;	Geen verandering. Het gaat hier om een constatering.
3. De provinciale aanvullende inzet te richten op de realisatie van bestaande zoekgebieden in de RES'en 1.0 én het in beeld brengen van nieuwe windlocaties. Daarbij te streven naar de realisatie van tenminste 1 TWh grootschalige windenergie op land in de provincie Utrecht in 2030;	Geen verandering. Realisatie van zoekgebieden is nog te vrijblijvend om ervan uit te gaan dat daar ook windmolens worden gerealiseerd.
4. Gedeputeerde Staten op te dragen om gemeenten aan te moedigen en te ondersteunen om voor 1 december 2022 bestaande windplannen te concretiseren en tot aanvullende windlocaties te komen en hen, waar nodig, te helpen bij het starten van ruimtelijke procedures voor alle in de RES'en opgenomen zoeklocaties;	Geen verandering. Aanmoedigen leidt niet tot verandering in recht of plicht.
5. Gedeputeerde Staten op te dragen om begin 2023 een voortgangsrapportage op te stellen, waarin inzicht wordt gegeven of het totaal aan windlocaties voldoende is om 1 TWh te realiseren in 2030;	Geen verandering. Opdrachten aan GS worden niet als verandering in recht of plicht opgevat.
6. Indien bij deze voortgangsrapportage onvoldoende opwekking voor wind is toegevoegd, te starten met een projectbesluit- of inpassingsplanprocedure. Hierbij nauw overleg met in elk geval de gemeenten, netbeheerder, waterschappen en RES-regio's en middels een planMER op een transparante wijze tot een selectie te komen van locaties met speciale aandacht voor: <ul style="list-style-type: none"> - Kwaliteit leefomgeving, in het bijzonder beperken van geluidshinder; - Ecologie, met specifiek aandacht voor risico op slachtoffers van vogels en vleermuizen; 	Geen verandering. Opdracht onder voorwaarden tot starten van procedure zelf is nog niet van invloed op rechten en plichten. De uitkomsten van die procedures kunnen dat wel zijn.

Genomen besluit/amendement	Verandering in recht of plicht
<ul style="list-style-type: none"> - Landschap, waarbij wordt aangesloten bij de denkrichtingen in de RES'en zoals opwek bij hoofdinfrastructuur en vanuit een regionaal, gemeentegrens overstijgend perspectief; - Aansluitbaarheid op en efficiënte benutting van het elektriciteitsnet. 	
<p>7. Gedeputeerde Staten op te dragen om bij de mogelijke planvorming te streven naar 50% lokaal eigendom;</p>	<p>Geen verandering. Een streven is geen besluit dat een recht of plicht verandert.</p>
<p>8. Gedeputeerde Staten op te dragen om, indien besloten wordt tot inzet van het instrument projectbesluit, Provinciale Staten daarbij te betrekken conform de 'Werkwijze programma's en projectbesluiten'.</p>	<p>Geen verandering. Opdrachten aan GS worden niet als verandering in recht of plicht opgevat.</p>

De tussenconclusie is derhalve dat de adviescommissie in beginsel gelijk heeft. Echter, het besluit van de Staten is geamendeerd. Dit betekent dat de amendementen ook moeten worden onderzocht. Opmerkelijk is dat de adviescommissie gezien haar advies van 8 november 2022 deze amendementen niet kent en daarom uitsluitend uitgaat van het besluit Tussenbalans zoals dat aan de Staten is voorgelegd. De twee amendementen maken sinds aanvaarding op 21 september 2022 eveneens onderdeel uit van het genomen besluit en moeten dus bij de beoordeling van ontvankelijkheid worden meegenomen. Als de inhoud van één of beide argumenten wel een verandering van recht of plicht inhouden, is er niet langer sprake van een kennelijk niet ontvankelijkheid van het bezwaar van Goldhoorn c.s.. Daarom worden de twee amendementen hieronder ook besproken.

Via amendement genomen besluit	Verandering in recht of plicht
<p>21. De bullet onder punt 6 met de tekst: Kwaliteit leefomgeving, in het bijzonder beperken van geluidshinder Wijzigen in: Kwaliteit leefomgeving, in het bijzonder <i>gezondheidsaspecten en het</i> beperken van geluidshinder</p>	<p>Geen verandering. Een extra punt van aandacht toevoegen heeft geen gevolgen voor recht of plicht.</p>

Via amendement genomen besluit	Verandering in recht of plicht
<p>22. Punt 7: Gedeputeerde Staten op te dragen om bij de mogelijke planvorming te streven naar 50% lokaal eigendom Wijzigen in: Gedeputeerde Staten op te dragen om bij de mogelijke planvorming minimaal 50% lokaal eigendom als uitgangspunt te hanteren, waar- bij gestreefd wordt naar maximale participatie door omwonenden;</p>	<p>Verandering. Door aan te geven dat het uitgangspunt is dat minimaal 50% in lokaal eigendom is, is bij toekomstige planvorming het recht van potentiële investeerders anders dan voor aanvaarding van het amendement het geval was. Hiermee wordt de Tussenbalans een algemeen verbindend voorschrift (Damen, et al., 2006, p. p. 72). Eventueel kan het advies worden verdedigd dat een uitgangspunt nog geen verandering in het recht is. Echter, het is door dit besluit minder eenvoudig voor een niet lokale investeerder om voor meer dan 50% eigenaar van een windmolen te worden. Het oordeel moet dan ook zijn dat er sprake is van beïnvloeding van rechten.</p>

Er is als gevolg van de aanvaarding van amendement 22 wel degelijk een verandering in het recht. Hierdoor vervalt de argumentatie van de adviescommissie op een niet-onbelangrijk onderdeel.

Geraadpleegde bronnen:

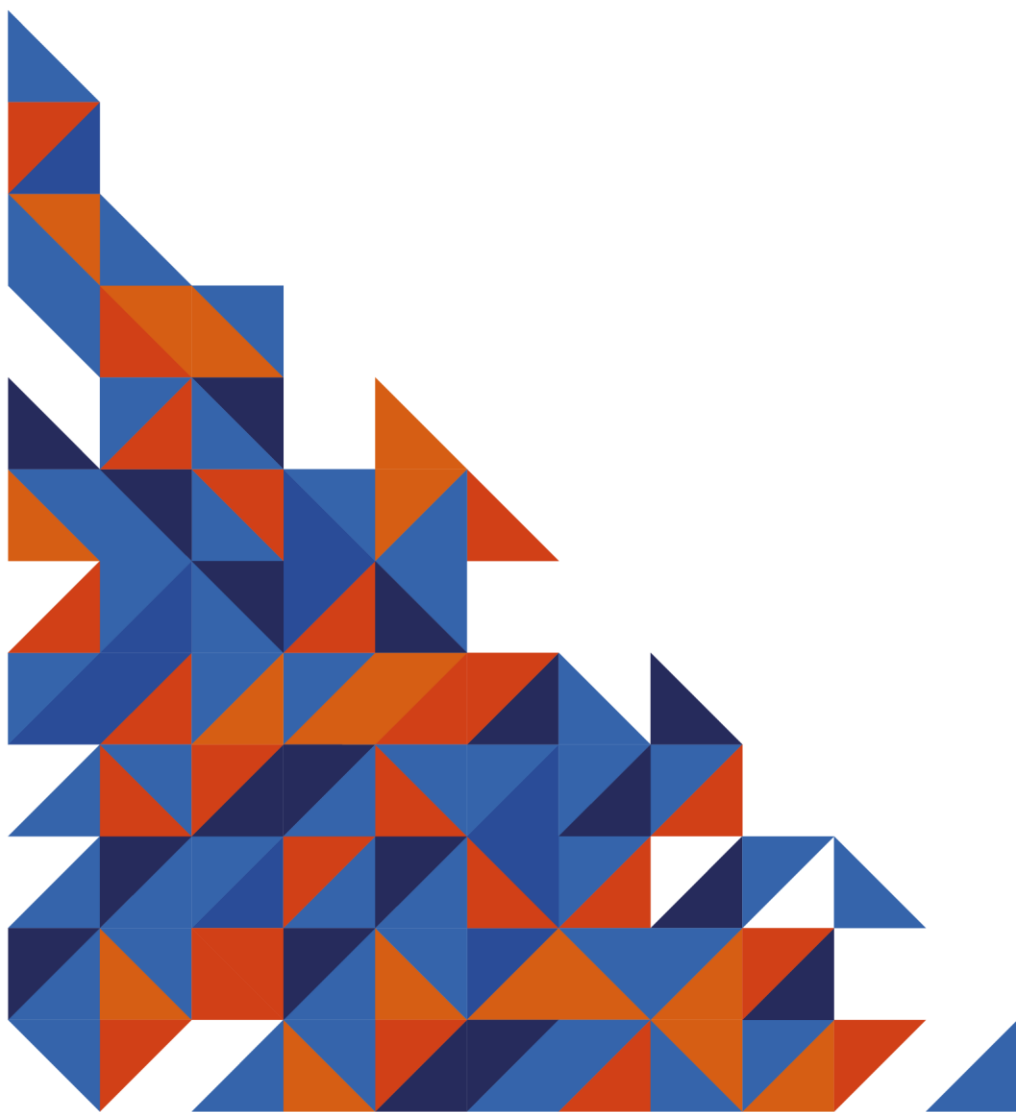
Algemene wet bestuursrecht

Damen, L., Bröring, H., Marseille, A., Montfort, A., Nicolaï, P., Scheuler, B., & Winter, H. (2006). Bestuursrecht 2, rechtsbescherming tegen de overheid, bestuursprocesrecht. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Damen, L., Nicolaï, P., Boxum, J., Klap, A., Neerhof, A., Olivier, B., Vucsán, R. (2003). Bestuursrecht 1, systeem, bevoegdheid, besluitvorming, handhaving. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Grondwet

Provinciewet



Stichting voor Beleidsanalyse
en Bestuursondersteuning

Hoekje 11

9881 TA Kommerzijl

Tel: 06 122 811 94

info@stibabo.nl

www.stibabo.nl