MEMO

VERTROUWELIJK

AAN het college van burgemeester en wethouders
van Amsterdam
t.a.v. de heren 5.1, 2, e en 5.1, 2, e

DATUM **CONCEPT** 13 januari 2023
ONS KENMERK 1011104
KOPIE AAN --

VAN mr. drs. 5.1, 2, e
mr. 5.1, 2, e
mr. 5.1, 2, e
advocaten
TELEFOON 5.1, 2, e
FAX 5.1, 2, e
E-MAIL 5.1, 2, e akd.nl

ONDERWERP **Vestigingsbeleid datacenters in het algemeen alsmede datacenter Weesp in het bijzonder**

U hebt ons verzocht om het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam te adviseren in verband met het mogelijk verscherpen van het instrumentarium en het inzichtelijk maken van de verschillende perspectieven met betrekking tot het vestigingsbeleid ten aanzien van datacenters alsmede – meer specifiek – met betrekking tot een actuele casus. In dit memo treft u onze bevindingen aan.

Vraagstelling

In het document 'Opzet vraagstuk kostenanalyse datacenter Weesp en vestigingsbeleid datacenters' hebt u de vraagstelling nader toegelicht. Daarin hebt u een aantal concrete vragen geformuleerd die voor uw college actueel zijn, waarbij deze vragen zijn onder te verdelen in de volgende twee deelvragen.

I. **Omvang van de relevante toetsings- en afwegingskaders**
Het eerste deel van de opdracht richt zich op de toetsings- en afwegingskaders van het gemeentebestuur bij de besluitvorming over datacenters. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag welke ruimtelijke en andere gezichtspunten een rol kunnen spelen bij de vaststelling van onder meer bestemmingsplannen en voorbereidingsbesluiten.

II. **De casus-Equinix: juridische en financiële aandachtspunten bij eventuele besluitvorming**
Het tweede deel van de opdracht houdt verband met de zogenaamde casus-Equinix. Aan deze vennootschap is een omgevingsvergunning verleend voor het plaatsen van een datacenter in Weesp. Uw college neemt de intrekking van deze omgevingsvergunning in overweging. In dat verband wenst u te worden geadviseerd over de juridische en financiële overwegingen die bij een dergelijk besluit van belang zijn. Daarbij hebt u benadrukt dat het van belang is de casus in breder perspectief te plaatsen, zodat het advies ook in meer in algemene zin betrekking heeft op de verhouding tussen de gemeente en relevante private partijen.

Beide deelvragen zullen apart van elkaar worden beantwoord, zodat zij ook separaat als deeladvies zijn te beschouwen. U treft hierna derhalve een onderscheid in hoofdstuk I. en hoofdstuk II. Eerst treft u evenwel een samenvatting van onze bevindingen aan.

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op https://www.akd.eu/.

SAMENVATTING
Hierna treft u samengevat onze bevindingen aan:

Relevante toetsings- en afwegingskaders
Bij het reguleren van datacenters binnen het ruimtelijk planologisch kader is het van belang dat de aspecten die worden gehanteerd als toetsingskader 'ruimtelijke relevantie' hebben. Dit betekent dat de voorwaarden die worden gesteld relevantie moeten hebben met betrekking tot het plangebied, hetgeen concreet tot gevolg heeft dat:

- *congestie* op het elektriciteitsnet ruimtelijk relevant is wanneer aangetoond kan worden dat het niet reguleren zou leiden tot beperkte vestigings- en gebruiksmogelijkheden elders;
- *duurzaamheidsaspecten* in beginsel ruimtelijke relevantie ontberen. Het hanteren van voorwaarden dat duurzame energie moet worden gebruikt en zonnepanelen moeten worden gerealiseerd, hebben geen gevolgen voor de directe omgeving;
- *klimaatadaptatie* in de vorm van bijvoorbeeld verplichtingen om hittestress tegen te gaan of (regen)water af te voeren wel directe gevolgen voor de omgeving kan hebben en derhalve ruimtelijke relevantie hebben.

Vertaling naar bindende juridische-planologische kaders
Voor de verwezenlijking van het beleid is het nodig de uitgangspunten te vertalen naar bindende juridische-planologische kaders:

- met een *voorbereidingsbesluit* kan het beleid op korte termijn worden vertaald naar bindende regels, zodat wordt voorkomen dat nieuwe initiatieven de beoogde plannen van het gemeentebestuur doorkruisen;
- bij de vaststelling van een voorbereidingsbesluit of bestemmingsplan is het van belang het *evenredigheidsvereiste* uit de Dienstenrichtlijn in ogenschouw te nemen en rekening te houden met het *leerstuk van schaarse rechten* – op het moment dat een maximum wordt gehanteerd;
- tot slot is het van belang dat een voorbereidingsbesluit na één jaar *komt te vervallen* als niet binnen die periode een ontwerp van een bestemmingsplan ter inzage is gelegd.

Ruime mogelijkheden tot intrekking omgevingsvergunning
Het college heeft beleidsruimte om tot intrekking van een omgevingsvergunning over te gaan. Hierbij geldt samengevat dat:

- het in beginsel voldoende is om intrekking te rechtvaardigen als de *termijn van 26 weken* is verlopen en vergunninghouder *niet aannemelijk* maakt dat hij deze alsnog binnen korte termijn *zal benutten*;
- het college moet een *duidelijke belangenafweging* maken en rekening houden met de (financiële) belangen van vergunninghouder. Gewijzigde planologische inzichten een belangrijk belang zijn die een intrekking rechtvaardigt. Uit rechtspraak volgt dat als het college het belang bij intrekking voldoende kan motiveren, dat het besluit niet snel wordt vernietigd;
- bij (rechtmatige) intrekking van de omgevingsvergunning ontstaat *geen schadevergoedingsplicht*.

Reëel planschaderisico bij 'wegbestemmen' datacentermogelijkheden
Voor wat betreft mogelijk financiële consequenties als gevolg van het beperken van datacenters geldt dat met name planschade een reëel risico vormt:

- het planschaderisico is eerst afhankelijk van de vraag in hoeverre de realisatie van datacenters thans nog *mogelijk en realistisch* is binnen de bestaande planologische kaders. Pas wanneer de realisatie thans mogelijk is en de mogelijkheid wordt *beperkt* door een planologische maatregel kan sprake zijn van *directe planschade*;
- de schade bestaat in uit vermogensschade, namelijk de *waardevermindering* van het onroerend goed minus het normaal maatschappelijk risico, als gevolg van de planologische wijziging;
- als gevolg van het voorbereidingsbesluit en het Datacenterbeleid bestaan er goede aanknopingspunten om een verzoek om planschade af te wijzen op grond van *voorzienbaarheid* (actieve- of passieve risicoaanvaarding);
- in het geval planschade voor vergoeding in aanmerking komt, kan schadevergoeding worden voorkomen door in een individueel geval *compensatie in natura* te bieden.

Aansprakelijkheid Gemeente jegens Equinix hangt af van eventuele afspraken
Bij de vraag of de Gemeente aansprakelijk kan worden gesteld is een onderscheid tussen rechtmatige- en eventuele onrechtmatige besluiten van belang:

- bij *rechtmatige besluiten*, zoals het intrekken van een omgevingsvergunning of het wijzigen van het planologische regime kan schade optreden. Schade komt dan echter slechts beperkt en onder strikte voorwaarden voor vergoeding in aanmerking, zoals bij planschade het geval kan zijn;
- bij *onrechtmatige besluiten* ontstaat in beginsel wel een verplichting om schade te vergoeden. De Gemeente kan bijvoorbeeld onrechtmatig handelen door in strijd te handelen met gewekt vertrouwen, toezeggingen of gemaakte afspraken in een overeenkomst. Anderszins kan de Gemeente ook onrechtmatig handelen door bijvoorbeeld ten onrechte tot intrekking van een omgevingsvergunning over te gaan;
- de enkele omstandigheid dat Equinix de *grond* reeds heeft *verworven* maakt *niet* dat, wanneer de Gemeente besluit het planologische regime te wijzigen of de omgevingsvergunning in te trekken, de Gemeente voor de schade *verantwoordelijk* is. Dit kan evenwel op basis van eventuele afspraken met Equinix anders zijn. Ook voor het daarna wegbestemmen geldt wel een fors planschaderisico.

Stappenplan teneinde ontwikkeling Equinix tegen te gaan
Als de Gemeente de ontwikkeling van Equinix wenst tegen te gaan, dan lijkt het volgende van belang:

- nader onderzoek te (laten) doen naar het planschaderisico op basis van deze concrete situatie;
- eventueel navragen wanneer Equinix beoogt te starten met de bouw;
- een voorbereidingsbesluit nemen om de gebruiksmogelijkheden ter plaatse te beperken;
- de omgevingsvergunning op grond van een duidelijke belangenafweging intrekken;
- binnen één jaar na vaststelling van het voorbereidingsbesluit een nieuw planologisch regime vaststellen waarin de vestiging van een datacenter is uitgesloten.

I. Omvang van de relevante toetsings- en afwegingskaders

Het eerste deel van het advies ziet op de toetsings- en afwegingskaders van het gemeentebestuur bij de besluitvorming over datacenters. Meer specifiek zijn in dit verband een vijftal vragen gesteld die als volgt kunnen worden samengevat:

- Wat zijn relevante planologische, ruimtelijke en eventuele andere argumenten om datacenters te kunnen weren?
- Is het mogelijk om de vestiging van datacenters met een voorbereidingsbesluit, op grond van ruimtelijk relevante argumenten, tegen te gaan?
- Is het mogelijk om congestie op het elektra-netwerk mee te nemen als afweging om een datacenter niet toe te staan en kan het daarbij relevant zijn als – als gevolg van de congestie – een ontwikkeling elders (zoals woningbouw of een school) niet gerealiseerd kan worden?

Deze vragen zullen wij hierna beantwoorden. Voordat we tot een concrete beantwoording van uw vragen overgaan, zullen wij eerst het juridisch kader schetsen. Tot slot treft u een korte conclusie aan met betrekking tot deze eerste deelvraag.

1. Inleidend

De raad van de gemeente Amsterdam heeft op 12 juli 2019 een voorbereidingsbesluit genomen voor het gehele grondgebied van Amsterdam met betrekking tot datacenters. Het voorbereidingsbesluit had tot doel om vooruitlopend op een gemeentelijk beleid voor datacenters de bestaande situatie met betrekking tot datacenters 'on hold' te zetten.[1] Dit voorbereidingsbesluit is na één jaar, op 31 juli 2020, verlopen.

Op dit moment is er geen voorbereidingsbesluit en geldt eveneens geen gemeentelijk parapluplan waarmee de vestiging van datacenters binnen het grondgebied van de gemeente Amsterdam is gereguleerd. Dit heeft tot gevolg dat – als een datacenter binnen de kaders van een bestemmingsplan past – het college in beginsel geen mogelijkheden heeft om een nadere toetsing te verrichten of voorwaarden te stellen, laat staan de ontwikkeling tegen te houden. In dat geval komt ook aan het op 17 december 2020 opgestelde beleid "Amsterdam Duurzaam Digitaal, Vestigingsbeleid datacenters gemeente Amsterdam 2020 – 2030" ("**Datacenterbeleid**") geen waarde toe, althans is het Datacenterbeleid niet afdwingbaar.

Indien het wenselijk wordt geacht om wel middels het Datacenterbeleid te kunnen sturen op de vestiging van datacenters, dan is het van belang om een planologisch regime op te stellen waaruit volgt dat de vestiging van datacenters slechts onder strikte voorwaarden mogelijk wordt geacht.[2] De vestiging is dan per definitie in strijd met (bijvoorbeeld) een parapluplan en noopt tot het afwijken daarvan. Het Datacenterbeleid of eventueel ander beleid kan dan relevant zijn voor de vraag of aan een specifiek initiatief medewerking verleend kan worden.

[1] Stcrt. 31 juli 2019, nr. 42491.

[2] In het geval sprake is van een erfpachtsituatie, kan sturing eventueel ook plaatsvinden in een erfpachtovereenkomst.

2. Juridisch kader

Bij het opstellen van beleid en voorwaarden voor de vestiging van datacenters is steeds van belang welke aspecten relevant zijn in het kader van het ruimtelijk ordeningsrecht. In het kader van datacenters – maar ook in een bredere context – is het relevant deze vraag te beantwoorden omdat het bepaalt welke relevante toetsings- en afwegingskaders voor overheden gelden bij ruimtelijk ordeningsvraagstukken.

De Grondwet heeft voor de ruimtelijke ordening weinig speciale betekenis. Het meest direct van belang is artikel 21 Grondwet. Uit dit artikel volgt dat: 'De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu'. Op grond van dit artikel staat vast dat de overheid aan ruimtelijke ordening moet doen, maar hoeveel of hoe weinig volgt daaruit niet.

Voorts volgt uit artikel 3.1, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening ("**Wro**") dat de gemeenteraad voor het grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vaststelt, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Uit dit artikel volgt dat een gekozen bestemming moet worden verantwoord vanuit een 'goede ruimtelijke ordening'. Hieruit wordt afgeleid dat planregels ruimtelijke relevantie / ruimtelijke impact moeten hebben.[3] Indien de onderbouwing van een ruimtelijk plan of bijvoorbeeld (de weigering van) een omgevingsvergunning is gestoeld op argumenten die ruimtelijke relevantie missen, dan oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("**Afdeling**") dat aan die belangen in de afweging om al dan niet medewerking te verlenen aan een initiatief geen gewicht wordt toegekend.[4]

3. Omvang van relevante toetsings- en afwegingskaders

Het vorenstaande heeft tot gevolg dat, voor zover het gaat om het reguleren van datacenters over de band van het ruimtelijk ordeningsrecht, de gehanteerde argumenten ruimtelijke relevantie moeten hebben. Die ruimtelijk relevante aspecten vormen zodoende het toetsings- en afwegingskader voor de gemeenteraad en/of het college bij besluitvorming over datacenters.

3.1. Congestie kan ruimtelijk relevant zijn en worden betrokken bij de beoordeling van initiatieven – van belang om consequenties congestie in omgeving aannemelijk te maken

Voor de exploitatie van een datacenter is ten eerste de energiebehoefte relevant. Datacenters hebben een grote energievraag. Deze energie is benodigd om de aanwezige apparatuur met een grote zekerheid altijd beschikbaar te houden voor de klanten en gebruikers. Als gevolg van de apparatuur ontstaat evenwel ook veel warmte die afgevoerd moet worden. Voor het koelen van de apparatuur wordt veelal gebruik gemaakt van regulier drinkwater, als gevolg waarvan de exploitatie van datacenters ook directe gevolgen kan hebben voor de drinkwatervoorziening.

[3] ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765, r.o.v. 7.2.

[4] ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765, r.o.v. 11.2.

3.1.1. Datacenterbeleid: capaciteit elektriciteitsstations beperkt, drinkwatercapaciteit moet mogelijk worden verhoogd

Uit het Datacenterbeleid volgt dat nieuwe ontwikkelingen van datacenters steeds groter worden en derhalve een grotere energie- en waterbehoefte hebben. Met betrekking tot de energie – en met name het ontlasten van het elektriciteitsnetwerk – wordt als voorwaarde gesteld dat bedrijven met een elektriciteitsvraag of groeiambitie groter dan 80 MVA gecontracteerd vermogen een eigen 150 kV inkoopstation moeten realiseren en is aangegeven dat een aantal stations geen of slechts beperkte capaciteit beschikbaar hebben.[5] Ten aanzien van de watervoorziening geldt dat er op dit moment nog voldoende productiecapaciteit bestaat, maar dat wordt verwacht dat binnen een termijn van 10 jaar de capaciteit moet worden verhoogd. Eén van de relevante aspecten is de toename van de vraag uit de zakelijke markt, met name als gevolg van de forse stijging van het aantal datacenters.[6]

3.1.2. Congestie op elektriciteitsnet vormt ruimtelijk relevant aspect als realisatie datacenter consequenties heeft voor realisatie functies elders binnen het plangebied

Als gevolg van het bovenstaande is het relevant om te bezien in hoeverre het energie- en watergebruik ruimtelijke relevantie kan hebben. Hierbij geldt de vraag of de realisatie van datacenters – en het energie en/of watergebruik als gevolg daarvan – tot gevolg kan hebben dat de realisatie van eventuele andere functies in het plangebied wordt bemoeilijkt. Met andere woorden: leidt het niet reguleren van deze aspecten – bijvoorbeeld als gevolg van een tekort op het elektriciteitsnet of een tekort aan drinkwater – tot potentiële (toekomstige) problemen elders in het plangebied? Op het moment dat dit aannemelijk gemaakt kan worden, aan de hand van bijvoorbeeld onderzoek naar de maximale capaciteit en toekomstige behoefte, dan menen wij dat daarmee sprake is van een ruimtelijk relevant aspect dat van belang is bij de toetsing van nieuwe ontwikkelingen. In dit verband zien wij overeenkomsten met de ladder voor duurzame verstedelijking, die geldt voor nieuwe stedelijke ontwikkelingen. Daarbij wordt immers – samengevat – ook beoordeeld of (i) behoefte bestaat aan de nieuwe ontwikkeling en (ii) welke gevolgen de realisatie van de nieuwe ontwikkeling heeft op functies elders waardoor de goede ruimtelijke ordening niet enkel op de betreffende locatie van het initiatief wordt beoordeeld maar ook wordt bezien welke gevolgen dat elders heeft – teneinde te borgen dat ook daar de goede ruimtelijke ordening wordt behouden.

In het Datacenterbeleid is – in hoofdstuk 3 – ingegaan op de vraag en het aanbod van de energiebehoefte- en voorziening in de regio Amsterdam. Als conclusie is opgenomen dat er in de periode tot en met 2025 – met de bekende projecten – invulling wordt gegeven aan de gewenste marktvraag maar het onduidelijk is of die ontwikkelingen gefaciliteerd kunnen worden vanwege de beschikbare netcapaciteit: "*bij een aantal stations is er nu al geen/beperkte capaciteit beschikbaar*." Op het moment dat deze conclusie kan worden gekoppeld aan de gevolgen die dit kan hebben voor de realisatie van andere functies in het plangebied, dan is congestie – de druk op het elektriciteitsnet – een ruimtelijk relevant belang waaraan nadere

[5] Datacenterbeleid, p. 28 en 46.

[6] Datacenterbeleid, p. 18-19.

voorwaarden gesteld kunnen worden. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan:

- een maximaal aansluitvermogen voor nieuwe datacenters in een bepaald gebied, waarbij onderbouwd kan worden dat die extra druk op het elektriciteitsnet passend is gelet op enerzijds de behoefte aan de realisatie van datacenters alsmede het onverkort mogelijk maken van eventuele andere functies in het gebied. Hierbij merken we wel op dat, op het moment dat een maximum gehanteerd wordt, dat dan sprake kan zijn van een schaars ruimtelijk besluit. In dat geval zal de beschikbare ruimte op basis van een transparante verdeelprocedure verdeeld moeten worden;

- een verplicht advies van de desbetreffende netbeheerder dat de aansluiting op een specifiek station inpasbaar is en geen onevenredige gevolgen of consequenties heeft voor de elektriciteitsvoorziening elders.

3.1.3. Beperking mogelijk niet gerechtvaardigd indien initiatiefnemer zelf maatregelen neemt teneinde congestie te beperken/voorkomen

Uit het vorenstaande volgt aldus dat congestie op het elektriciteitsnet volgens ons ruimtelijk relevant is voor zover die congestie gevolgen kan hebben voor het gebruik van gronden elders – bijvoorbeeld doordat de bestaande transformatorstations de nieuwe energievraag niet aankunnen. In dit verband is evenwel van belang om in ogenschouw te nemen dat door een initiatiefnemer ook zelf maatregelen kunnen worden genomen om het bestaande elektriciteitsnet te ontlasten.

In een dergelijk geval, bijvoorbeeld als door de initiatiefnemer zelf zorg wordt gedragen voor de aansluiting op een elektriciteitsnet of op een inkoopstation op eigen terrein, dan is een beperking van de vestigingsmogelijkheden minder snel gerechtvaardigd. Een knelpunt kan daarmee immers worden weggenomen waardoor ook de consequenties voor ontwikkelingen of gebruik van gronden elders worden beperkt.

3.1.4. Vooralsnog geen signalen dat realisatie datacenters leidt tot tekorten aan drinkwater elders; ruimtelijke relevantie afwezig

Voor het watergebruik lijkt vooralsnog geen sprake van een situatie dat de realisatie van datacenters gevolgen heeft voor andere functies elders in het plangebied. In het Datacenterbeleid is aangegeven dat de productiecapaciteit als gevolg van verschillende ontwikkelingen naar verwachting binnen nu en 10 jaar zal moeten worden verhoogd.[7] Van een direct gevolg voor overige functies in de omgeving is daarmee evenwel (nog) geen sprake, althans niet gebleken in het Datacenterbeleid. Het stellen van eisen aan het watergebruik lijkt dan ook geen ruimtelijk relevant aspect dat als harde voorwaarde gehanteerd kan worden.

3.2. Duurzaamheidsaspecten slechts ruimtelijk relevant voor zover directe relatie bestaat tot

[7] Datacenterbeleid p. 18.

woon- en leefklimaat in de omgeving

Voorts volgen uit het Datacenterbeleid enkele belangrijke duurzaamheidsoverwegingen. In lijn met het vorenstaande geldt hierbij evenwel ook de vraag in hoeverre duurzaamheidsoverwegingen ook ruimtelijke relevantie hebben en aldus een onderdeel is van het toetsings- en afwegingskader bij de beoordeling van nieuwe initiatieven.

3.2.1. Datacenterbeleid: klimaatverandering tegengaan door CO2-uitstoot te verminderen

In het Datacenterbeleid zijn ambities opgenomen om klimaatverandering tegen te gaan door de CO2-uitstoot te verminderen. Daarbij is onder meer aangegeven dat het gaat om de inkoop van duurzame en hernieuwbare energie met tenminste het energiecertificaat D.

3.2.2. Duurzaamheidsoverwegingen vormen in beginsel geen onderdeel van een 'goede ruimtelijke ordening', tenzij het concreet bijdraagt aan een goed woon- en leefklimaat in de omgeving

Al geruime tijd bestaat er behoefte aan 'energieplanologie' en de mogelijkheden om maatregelen in het kader van de energietransitie vast te kunnen leggen in een bestemmingsplan. Zo is in 2016 reeds een motie van de leden Vos en Van Veldhoven in de Tweede Kamer aangenomen teneinde in de Wet ruimtelijke ordening vast te leggen dat in gemeentelijke bestemmingsplannen een strategie wordt opgenomen voor (onder meer) het bereiken van CO2-neutraliteit in 2050.[8] Bij de behandeling van de motie is evenwel verwezen naar de mogelijkheden onder de Omgevingswet en aangegeven dat daarop wordt gewacht. Door de wetgever is tot op heden evenwel geen nadere uitvoering gegeven aan de motie in de huidige Wet ruimtelijke ordening. In zoverre wordt aldus teruggevallen op het algemene criterium, de 'goede ruimtelijke ordening' en de vereiste aanwezigheid van ruimtelijke relevantie.

Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat de behartiging van een duurzaamheidsbelang niet wordt gezien als onderdeel van een 'goede ruimtelijke ordening'. De Afdeling oordeelt als volgt:

> *"De Afdeling is van oordeel dat de raad, voor zover hij met het oog op de verwezenlijking van de doelen van zijn energiebeleid bepaalde onderzoeksactiviteiten in het plan heeft uitgesloten, geen ruimtelijk relevant doel nastreeft. Daartoe overweegt de Afdeling als volgt. De Afdeling stelt voorop dat het doel dat de raad nastreeft, te weten duurzaamheid, op zichzelf een milieuaspect betreft. Het gaat de raad in het kader van de verduurzaming echter niet om milieugevolgen van het verkennings- en opsporingsonderzoek dat hij in het plan heeft uitgesloten, maar om de milieugevolgen van het gebruik van aardgas als brandstof door de samenleving. Dit gebruik wordt door de raad vanuit duurzaamheidsoverwegingen onwenselijk geacht. Het gebruik van aardgas als brandstof door de samenleving is als zodanig geen ruimtegebruik van de gronden in het plangebied. De milieugevolgen van dit gebruik van aardgas zijn dan ook geen milieugevolgen van*

[8] *Kamerstukken II*, 2015-2016, 31793, nr. 153 en *Kamerstukken II*, 2016-2017, 31793, nr. 160.

> *het ruimtegebruik van de gronden in het plangebied. Voor zover de planregeling bepaalde onderzoeksactiviteiten in het plangebied uitsluit om de milieugevolgen van het gebruik van aardgas als brandstof door de samenleving te beperken, heeft deze dan ook niet tot doel het ruimtegebruik van de gronden in het plangebied of de invloed van dat ruimtegebruik op de omliggende gronden te regelen, zodat de planregeling in zoverre een ruimtelijk relevant doel ontbeert. Het uitsluiten van verkennings- en opsporingsonderzoek met als doel om vanwege duurzaamheidsoverwegingen het gebruik van aardgas als brandstof door de samenleving tegen te gaan, is in zoverre in strijd met artikel 3.1, eerste lid, van de Wro."*[9] (Onderstreping: AKD).

De gemeentelijke wens om te verduurzamen is zodoende geen ruimtelijk relevant argument om in het gehele grondgebied verkennend onderzoek naar nieuwe gasvelden uit te sluiten. Uit deze uitspraak volgt evenwel dat het relevant is of de milieugevolgen – waarop de duurzaamheidsoverwegingen zien – gevolgen betreffen voor de omliggende gronden in het plangebied.

Zo blijkt uit een recente uitspraak van de Afdeling dat klimaatadaptatie wel ruimtelijk relevant kan zijn, bijvoorbeeld als het consequenties kan hebben voor bijvoorbeeld de (regen-)wateropvang en de grondwaterstromen, waardoor de klimaatbestendigheid kan afnemen:

> *"Het behoud van deze binnentuinen is niet alleen van belang voor het woon- en leefklimaat van met name bewoners van de hoger gelegen bouwlagen die baat hebben bij rustige en groene binnentuinen, maar ook voor onder meer de klimaatadaptatie. In het beleid staat hierover toegelicht dat te zeer toenemende kelderbebouwing grote negatieve effecten kan hebben op zowel de (regen-)wateropvang als de grondwaterstromen, waardoor de klimaatbestendigheid kan afnemen. Daarnaast heeft het college, onder verwijzing naar de plantoelichting van het bestemmingsplan "De Pijp 2018", toegelicht dat met de toekenning van de dubbelbestemming "Waarde – Landschap" in de gemeente wordt ingezet op het verminderen van de totale oppervlakte aan bebouwing in binnentuinen."*[10]

3.2.3. Regels omtrent energiezuinigheid mogelijk reeds uitputtend geregeld in het Bouwbesluit 2012; geen ruimte om aanvullende eisen te stellen

Voorts is het van belang dat veel duurzaamheids- en energiezuinigheidseisen reeds zijn opgenomen in het Bouwbesluit 2012 ("**Bouwbesluit**"). Het Bouwbesluit 2012 heeft een uitputtend karakter, waardoor er geen ruimte meer is om in bijvoorbeeld een bestemmingsplan aanvullende regels te stellen over de duurzaamheid of energiezuinigheid van niet te realiseren bebouwing. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling volgt hierover het volgende:

> *"Voor zover [appellant] betoogt dat de raad in het plan een nadere regeling over de duurzaamheid van de voorziene woningen had moeten opnemen, overweegt de Afdeling dat in afdeling 5.1 van*

[9] ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765, r.o.v. 8.2.

[10] ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2835, r.o.v. 7.3.

het Bouwbesluit regels zijn neergelegd over energiezuinigheid, welke bij de bouw van woningen in acht moeten worden genomen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraken van 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4628, en van 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1290, heeft deze regeling een uitputtend karakter, zodat geen ruimte bestaat in het plan op dit punt een nadere regeling te treffen. Voorts overweegt de Afdeling dat een bestemmingsplan niet is bedoeld om de exacte uitvoering van het gebouw te regelen. Bij de verlening van de omgevingsvergunning voor bouwen zullen de aspecten als het uiterlijk en het materiaalgebruik van het gebouw in het kader van welstand worden betrokken."[11]

3.2.4. Te beantwoorden vraag: heeft duurzaamheidsaspect daadwerkelijk ruimtelijke consequenties voor het woon- en leefklimaat in de omgeving?

Gelet op het vorenstaande is van belang dat de (duurzaamheids)eisen die worden gesteld (i) niet conflicteren met de eisen zoals die volgen uit het Bouwbesluit 2012 en (ii) dat die eisen relevantie hebben voor het woon- en leefklimaat in de directe omgeving. Daarbij lijkt, vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Omgevingswet en het grotere belang dat wordt toegekend aan de vereiste klimaatadaptatie, meer ruimte te ontstaan voor eisen die daaraan bijdragen. Voorwaarde is, als gezegd, echter wel dat het consequenties moet hebben voor het woon- en leefklimaat in de omgeving. Indien die gevolgen afwezig zijn, dan menen wij dat van een ruimtelijk relevant aspect geen sprake is.

Dit betekent bijvoorbeeld – gelet ook op het bepaalde in het Datacenterbeleid – dat het stellen van voorwaarden aan de inrichting van daken en wanden van nieuw te bouwen bouwwerken ruimtelijk relevant kan zijn, voor zover dat relevant is voor bijvoorbeeld de (regen)wateropvang of het tegengaan van hittestress.[12] Daarmee hebben deze eisen ook direct gevolgen voor het woon- en leefklimaat in de omgeving.

Wat betreft de inkoop van duurzame elektriciteit en het verplicht gebruik van zonnepanelen menen wij dat van ruimtelijke relevantie – in de zin van de Wro – geen sprake is nu directe ruimtelijke gevolgen voor overige gronden in het plangebied ontbreken. Daarbij heeft de Afdeling – zij het in een andere context en gebaseerd op verouderde wetgeving – reeds geoordeeld dat het verplicht inkopen van 'natuurstroom' niet geoorloofd is.[13] Ook heeft de Afdeling geoordeeld, zoals hiervoor onder 3.2.2 opgenomen, dat het niet geoorloofd is om het gebruik van aardgas – terwijl er geen direct gevolg was voor het plangebied – tegen te gaan. Gelet hierop zijn voornoemde eisen niet ruimtelijk relevant en kunnen die wat ons betreft in het kader van het ruimtelijk ordeningsrecht geen rol spelen.

3.3. Ruimtelijke kwaliteit en inpassing in omgeving vallen vanzelfsprekend ook binnen afwegingskader

[11] ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:600, r.o.v. 17.1.

[12] ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3105.

[13] ABRvS 7 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AS3816.

Naast voornoemde aspecten die in jurisprudentie nog niet of slechts in beperkte mate aan de orde zijn gekomen, geldt vanzelfsprekend dat bij het afwegingskader ten aanzien van datacenters ook de meer gebruikelijke ruimtelijke aspecten een rol spelen. In eerst instantie gaat het hierbij om de visie van de gemeenteraad – de beoogde functies in een bepaald gebied. Zo lijkt een datacenter mogelijk wel in te passen op een bedrijventerrein, maar minder passend in een woon of gemengd gebied. De gemeenteraad heeft vanuit het oogpunt van de goede ruimtelijke ordening beleidsruimte om bestemmingen aan te wijzen en regels te stellen. In zoverre kan de vestiging van datacenters binnen veel gebieden niet wenselijk worden geacht en derhalve niet worden toegestaan. Hiernaast geldt dat bij de realisatie van datacenters meer specifiek de volgende aspecten aan de orde komen:

- geluid; de geluidsgevolgen van koelinstallaties bij datacenters kunnen tot gevolg hebben dat een grotere afstand moet worden gehanteerd tussen verschillende functies;
- bodem; als gevolg van de realisatie van een datacenter zijn mogelijk – in verband met eerder genoemde energiebehoefte – nieuwe aansluitingen nodig op het elektriciteitsnet. Dit kan tot gevolg hebben dat mogelijk andere ontwikkelingen in de omgeving niet meer mogelijk zijn, omdat (i) er geen ruimte meer is in de bodem of (ii) als gevolg van de elektromagnetische straling bepaalde functies niet meer mogelijk zijn;
- oppervlakterestricties; zeker in een plaats als Amsterdam is de beschikbare ruimte schaars. Er kan derhalve worden gewerkt met een maximale oppervlakte, zo mogelijk om een initiatiefnemer te bewegen om een datacenter ook in de hoogte te realiseren en aspecten van intensief ruimtegebruik;
- landschappelijke inpassing en mate van verharding; hoe wordt het datacenter in de omgeving ingepast, welke maatregelen worden getroffen om een en ander in ruimtelijke zin op elkaar te laten aansluiten. Daarnaast kan ook worden gedacht – in het kader van waterinfiltratie – aan bijvoorbeeld maximale eisen aan verharding van een perceel of anderszins oplossingen teneinde wateroverlast te voorkomen.

Naast bovenstaande voorbeelden zijn er (veel) meer ruimtelijke aspecten die mogelijk relevant kunnen zijn. Ook hierbij gaat het er evenwel om dat steeds wordt aangegeven wat de consequenties zijn van ruimtelijke aspecten voor de omgeving teneinde te kunnen aantonen dat het daadwerkelijk ruimtelijk *relevante* aspecten zijn.

4. Het voorbereidingsbesluit als eerste stap naar een nieuw juridisch-planologisch toetsingskader

In het voorgaande hoofdstuk is geconcludeerd dat er omstandigheden denkbaar zijn om op ruimtelijke gronden te beslissen om de realisering van datacenters niet te faciliteren, en daarop ook beleid te voeren. Voor de verwezenlijking van dit beleid is het nodig om de daarin vervatte uitgangspunten worden vertaald naar bindende juridisch-planologische kaders. Daardoor wordt ook voorkomen dat het beleid onbedoeld wordt ‘doorkruist’ door resterende mogelijkheden in thans vigerende bestemmingsplannen.

Het voorbereidingsbesluit kan een geschikt instrument zijn om op korte termijn te komen tot een juridisch-planologische ‘inbedding’ van het beleid. In dat verband geldt het volgende.

4.1. Met een voorbereidingsbesluit kan het beleid op korte termijn worden 'vertaald' naar bindende regels

Het voorbereidingsbesluit is geregeld in artikel 3.7 van de Wet ruimtelijke ordening en is – zo volgt uit het eerste lid van dit artikel – in de kern een verklaring van de gemeenteraad dat een bestemmingsplan wordt voorbereid. Bij een voorbereidingsbesluit kan op grond van het vierde lid worden bepaald dat het verboden is om het gebruik van gronden te wijzigen, om te voorkomen dat het gebied minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van een daaraan bij het plan te geven bestemming. Op die wijze kan bijvoorbeeld worden beslist dat op de aangewezen gronden voor de werkingsduur van het voorbereidingsbesluit geen functiewijziging mag plaatsvinden waarbij een datacenter in gebruik wordt genomen. Gedurende de periode dat een voorbereidingsbesluit van kracht is, geldt bovendien een aanhoudingsplicht voor het bevoegd gezag ten aanzien van aanvragen om een omgevingsvergunning die wél binnen de kaders van het oude planologisch regime, maar níet binnen die van het voorbereidingsbesluit vallen.

Bij het vaststellen van een voorbereidingsbesluit staat de raad voor een keuze tussen drie opties ten aanzien van de mogelijkheid om niettemin ontwikkelingen toe te staan.

- ***Optie 1: voorwaarden opnemen in het voorbereidingsbesluit***
  De raad kan in het voorbereidingsbesluit zelf regels opnemen omtrent de voorwaarden waaronder de activiteit waarop het betrekking heeft toch is toegestaan. Er kan bijvoorbeeld worden beslist dat een functiewijziging naar een datacenter verboden is, voor zover daarbij een te bepalen maximaal aansluitvermogen wordt overschreden. Onder deze drempel blijft de ontwikkeling dan toegestaan, voor zover het vigerende bestemmingsplan daarvoor een grondslag biedt.

- ***Optie 2: afwijkingsbevoegdheid voor het college***
  De raad kan ook kaders vaststellen aan de hand waarvan het college bevoegd is om een omgevingsvergunning te verlenen in afwijking van een algemeen geformuleerd verbod in het voorbereidingsbesluit. Op deze wijze kan worden voorzien in een nader toetsingsmoment om individuele ontwikkelingen . Het college is dan in concrete gevallen gehouden om de ruimtelijke aanvaardbaarheid te beoordelen. Het is van belang dat de voorwaarden ruimtelijk van aard zijn, en dus zien op de in hoofdstuk 3 genoemde facetten.

- ***Optie 3: absoluut verbod zonder afwijkingsmogelijkheid***
  Indien de raad ervoor kiest om niet te voorzien in de mogelijkheid om – in afwijking van het voorbereidingsbesluit – een omgevingsvergunning te verlenen, dan geldt op grond van artikel 7.2 van de Wro een absoluut verbod om de gronden te gebruiken op de wijze die in het voorbereidingsbesluit is geregeld. Het college is niet bevoegd om dit strijdig gebruik met een omgevingsvergunning te legaliseren. Een eventuele planologische toestemming zal door de raad moeten worden gegeven, in de vorm van een nieuw voorbereidingsbesluit of een herziening van het bestemmingsplan.

Met het vaststellen van een voorbereidingsbesluit kan de raad aldus bewerkstelligen dat de uitgangspunten uit het beleid worden 'vertaald' in bindende regels.

4.2. *Gemeentelijke en landelijke voorbereidingsbesluiten omtrent datacenters*

In de vergadering van 12 juli 2019 heeft de raad van Amsterdam een voorbereidingsbesluit heeft vastgesteld voor het gehele grondgebied van de gemeente, waarbij regels zijn gesteld omtrent de verwezenlijking van datacenters. In het besluit is omschreven dat ermee is beoogd om vooruitlopend op een gemeentelijk beleid voor datacenters de bestaande situatie 'on hold' te zetten. Daarbij is gezamenlijk opgetreden met de raad van de gemeente Haarlemmermeer: ook hij heeft een voorbereidingsbesluit vastgesteld. Ook bij de vaststelling van het beleid, waarop in het voorbereidingsbesluit is geanticipeerd, hebben de twee gemeenten gezamenlijk opgetreden. Slechts de raad van de gemeente Haarlemmermeer heeft vervolgens evenwel een bestemmingsplan vastgesteld: het bestemmingsplan "Parapluplan datacenters". Doordat de looptijd van het voorbereidingsbesluit van de gemeente Amsterdam is verstreken en geen (ontwerp-)bestemmingsplan ter inzage is gelegd, gelden thans op gemeentelijk niveau geen algemeen verbindende voorschriften ten aanzien van de realisering van datacenters.

Bij besluiten van 16 februari 2022 en 8 november 2022 heeft de minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening het 'Voorbereidingsbesluit hyperscale datacentra' vastgesteld. Het betreft een op grond van artikel 4.3 lid 4 van de Wro vastgestelde verklaring dat een algemene maatregel van bestuur omtrent de inhoud van ruimtelijke besluiten van gemeentelijke bestuursorganen wordt vastgesteld. Daarbij kunnen – net als in een voorbereidingsbesluit – regels worden gesteld omtrent functiewijzigingen. De strekking van het besluit van 8 november 2022 is dat het in vrijwel heel Nederland[14] verboden is om een datacenter te realiseren waarvan de omvang meer dan 10 hectare betreft en het elektrisch aansluitvermogen 70 megawatt of meer bedragen. Voor kleinere datacenters bevat het besluit geen regels. In een afwijkingsbevoegdheid is daarnaast niet voorzien. Er is thans een aanpassing van het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening in voorbereiding, waarbij algemene regels met dezelfde strekking zullen gaan gelden.[15]

4.3. Juridische aandachtspunten bij eventuele nieuwe gemeentelijke besluitvorming

Het is denkbaar dat het gemeentebestuur regels wenst te stellen over het faciliteren van de realisering van datacenters die niet vallen onder het toepassingsbereik van het Voorbereidingsbesluit hyperscale datacentra. Het nemen van een voorbereidingsbesluit ligt dan voor de hand als eerste stap. Bij de voorbereiding van eventuele besluitvorming zijn de volgende aandachtspunten van belang.

i. *<u>Rechterlijke toetsing van voorbereidingsbesluiten</u>*

[14] Er zijn twee gebieden uitgezonderd: gedeelten van de gemeenten Het Hoge Land en Hollands Kroon.

[15] Voluit: de wijziging van het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening en het Besluit kwalitiet leefomgeving in verband met instructieregels voor hyperscale datacentra.

Een voorbereidingsbesluit is niet vatbaar voor bezwaar en beroep. Dat volgt uit de artikel 8:5 van de Awb, gelezen in samenhang met bijlage 2 bij die wet. Dit neemt niet weg dat voorbereidingsbesluiten zich lenen voor zogenoemde “exceptieve” rechterlijke toetsing. Die toets houdt in dat de regeling waarop een besluit is gebaseerd – zoals een handhavingsbesluit of een bestuurlijk rechtsoordeel – wordt getoetst aan hogere regelgeving. Komt de rechter tot het oordeel dat de regeling daarmee in strijd is, dan wordt deze buiten toepassing gelaten. Een voorbeeld van exceptieve toetsing van een voorbereidingsbesluit biedt de uitspraak van de Afdeling van 19 december 2018, omtrent de door de raad van Amsterdams in een voorbereidingsbesluit vervatte regels omtrent toeristenwinkels (ECLI:NL:RVS:2018:4173). Een partij kan zich bovendien steeds wenden tot de burgerlijke rechter; zijn inhoudelijke toetsing komt op hoofdlijnen overeen.

ii. *Inhoudelijke eisen: de Dienstenrichtlijn*

Voor de inhoudelijke eisen die worden gesteld aan een voorbereidingsbesluit ten aanzien van datacenters geldt het volgende. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling wordt een gebruikswijzigingsverbod in een voorbereidingsbesluit aangemerkt als een territoriale beperking in de zin van artikel 15, tweede lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn. Dat brengt met zich dat een voorbereidingsbesluit moet voldoen aan de in het derde lid van dat artikel gegeven voorwaarden: het discriminatieverbod, de noodzakelijkheid, en de evenredigheid.

Van deze drie eisen ligt het zwaartepunt bij de evenredigheidstoets. In de kern gaat er daarbij om dat bij het voorbereidingsbesluit inzichtelijk wordt gemaakt dat de beperkingen een zinvolle bijdrage leveren aan het bereiken van een legitiem, ruimtelijk relevant doel. De beperkingen mogen bovendien niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken en er moet worden toegelicht dat het doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Aan het voorbereidingsbesluit dient aldus een ruimtelijke uiteenzetting in het licht van deze eisen ten grondslag te worden gelegd. De precieze eisen waaraan deze uiteenzetting dient te voldoen, zijn vanzelf afhankelijk van de te stellen beperkingen.

iii. *Wees erop bedacht dat sprake kan zijn van schaarste*

Voor zover een voorbereidingsbesluit erin zou voorzien dat voor (gedeelten van) het gemeentelijk grondgebied een maximumcapaciteit wordt gesteld aan de te realiseren datacenters – bijvoorbeeld op basis van de omvang en/of de aansluitcapaciteit – is van belang dat uw gemeentebestuur erop bedacht is dat hiermee schaarste kan worden gecreëerd. Dat brengt weer met zich dat het bestuur gehouden is om op enigerlei wijze mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden. Daarbij moet een passende mate van openbaarheid (transparantie) worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van een schaars recht, de verdelingsprocedure en het aanvraagtijdvak, en de toe te passen criteria.

iv. *Opvolgende vaststelling van een (paraplu-)bestemmingsplan*

Tot slot is van belang dat een voorbereidingsbesluit op grond van artikel 3.7 lid 5 van de Wro komt te vervallen, indien niet binnen een jaar na de datum van inwerkingtreding daarvan een ontwerp voor een

bestemmingsplan ter inzage is gelegd. Het is dus zaak om de werkingsperiode van een voorbereidingsbesluit te benutten voor de totstandbrenging van een in procedure te brengen bestemmingsplan.

In dat kader geldt dat na ommekomst van de vervaldatum weliswaar een nieuw voorbereidingsbesluit kan worden vastgesteld, maar de aanhoudingsplicht voor omgevingsvergunningen daarmee niet wordt voortgezet. Aanvragen om omgevingsvergunningen die gedurende de looptijd van het voorbereidingsbesluit zijn ingediend, zullen dan dus weer ‘gewoon’ – op basis van het oude planologisch regime – in behandeling moeten worden genomen. In de regel betekent dit dat de vergunning zal moeten worden verleend.

II. De casus-Equinix: juridische en financiële aandachtspunten bij eventuele besluitvorming omtrent wijziging planologische regime en intrekking vergunning

Het tweede deel van de opdracht houdt verband met de zogenaamde casus-Equinix. Aan deze vennootschap is een omgevingsvergunning verleend voor het plaatsen van een datacenter in Weesp. Uw college neemt de intrekking van deze omgevingsvergunning in overweging. In dat verband wenst u te worden geadviseerd over de juridische en financiële overwegingen die bij een dergelijk besluit van belang zijn. Daarbij hebt u benadrukt dat het van belang is de casus in breder perspectief te plaatsen, zodat het advies ook in meer in algemene zin betrekking heeft op de verhouding tussen de gemeente en relevante private partijen.

Meer specifiek zijn in dit verband enkele vragen gesteld die als volgt kunnen worden samengevat:

- wat zijn de mogelijkheden voor het intrekken van reeds verleende vergunningen, welke omstandigheden spelen daarbij een bepalende factor en wat zijn de (financiële) consequenties daarvan?
- kan de omgevingsvergunning worden ingetrokken nu blijkt dat een milieuvergunning is aangevraagd die een substantieel grotere energielast met zich brengt?
- leidt het schrappen van de bestemming ‘datacenters’ tot planschade? Wat is in dat geval de orde van grootte waar rekening mee moet worden gehouden?
- Als reeds gronden zijn aangeschaft voor de realisatie van een datacenter, wat betekent dit dan voor de aansprakelijkheid van de gemeente?

Deze vragen zullen in de volgende hoofdstukken worden behandeld en beantwoord.

5. Intrekking van reeds verleende omgevingsvergunningen

Ten eerste is verzocht om de mogelijkheden tot het intrekken van reeds verleende vergunningen en de financiële consequenties daarvan te omschrijven.

5.1. Mogelijkheden tot intrekking van reeds verleende omgevingsvergunning

In artikel 2.33 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (“**Wabo**”) is de bevoegdheid geregeld om een omgevingsvergunning in te trekken. In het eerste lid zijn in dat verband de voorwaarden uiteengezet waarin de intrekking verplicht is. In het tweede lid zijn de gevallen geregeld waarin een bevoegdheid bestaat om tot intrekking over te gaan. Die bevoegdheid bestaat onder meer indien:

Het bouwen

a. Gedurende drie jaar, dan wel indien de vergunning betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a onderscheidenlijk b of g, gedurende 26 weken onderscheidenlijk de in de vergunning bepaalde termijn, geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de

vergunning.[16]

Artikel 2.33 van de Wabo noch de geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel bevat aanwijzingen dat het bestuursorgaan dat de omgevingsvergunning heeft verleend, in andere dan de in dit artikel vermelde gevallen bevoegd is de vergunning in te trekken.[17] De opsomming van intrekkingsgronden in artikel 2.33 van de Wabo is limitatief.[18] Daarnaast lijkt uit jurisprudentie te volgen dat de termijn van 26 weken c.q. 3 jaar pas gaat lopen na het onherroepelijk worden van de omgevingsvergunning.[19]

Uit vaste rechtspraak van de Afdeling volgt verder dat bij de beslissing over intrekking van een omgevingsvergunning alle in aanmerking te nemen belangen moeten worden betrokken en tegen elkaar moeten worden afgewogen.[20] Daartoe behoren naast de door het bestuursorgaan gestelde belangen, ook de (financiële) belangen van vergunninghouder. Daarbij mag in aanmerking worden genomen of het niet tijdig gebruik maken van de vergunning aan de vergunninghouder is toe te rekenen. De enkele omstandigheid dat de houder van een omgevingsvergunning niet aannemelijk weet te maken dat hij deze alsnog binnen korte termijn zal benutten, is daarbij in beginsel voldoende om de intrekking van een ongebruikte omgevingsvergunning te rechtvaardigen.[21]

i. <u>Is het aan vergunninghouder te wijten dat nog geen gebruik is gemaakt van de vergunning?</u>

Bij de toepassing van de bevoegdheid om een omgevingsvergunning in te trekken komt het college aldus beleidsruimte toe.[22] Voor de rechtmatigheidstoets is in het bijzonder van belang of een evenwichtige belangenafweging heeft plaatsgevonden.[23] In dit verband geldt dat onder meer relevant is of het aan vergunninghouder te wijten is dat geen handelingen met gebruikmaking van de omgevingsvergunning zijn verricht. Als dit het geval is en de vergunninghouder ook niet duidelijk kan aantonen dat op korte termijn van de omgevingsvergunning gebruik gemaakt zal worden, dan is dat in beginsel voldoende om de intrekking van een omgevingsvergunning te rechtvaardigen. Zo volgt uit rechtspraak:

> *"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 september 2003 in zaak nr. 200302060/1) vormt de enkele omstandigheid dat de houder van een bouwvergunning niet aannemelijk weet te maken dat hij alsnog binnen korte termijn daarvan gebruik zal maken, een redelijk belang dat ten grondslag kan worden gelegd aan de intrekking van een niet gebruikte*

[16] Op grond van vaste jurisprudentie zijn het uitvoeren van voorbereidende werkzaamheden (bouwrijp maken, egaliseren en plaatsen van hekken) geen handelingen met gebruikmaking van de omgevingsvergunning, ABRvS 16 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:69.

[17] *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, blz. 117-119.

[18] ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:839.

[19] ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3980 en Rb Gelderland 9 december 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7329.

[20] Zie bijv. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1215.

[21] Het enkel aanvragen van offertes is onvoldoende om aannemelijk te maken dat met de werkzaamheden wordt gestart, ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:64.

[22] ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2110.

[23] ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2110.

bouwvergunning. [wederpartij] heeft, ondanks verzoeken daartoe van het college, niet aannemelijk gemaakt dat alsnog uitvoering zal worden gegeven aan de verleende bouwvergunningen."[24]

Indien evenwel nog geen gebruik is gemaakt van de omgevingsvergunning vanwege omstandigheden die buiten de macht van de vergunninghouder liggen, dan is het minder vanzelfsprekend dat het niet gebruiken van de vergunning direct een grondslag vormt voor het intrekken van die vergunning. Uit rechtspraak volgt dat – bijvoorbeeld als wordt gewacht met bouwen vanwege een onzekere planologische ontwikkeling in de omgeving, waarvan de gevolgen voor de exploitatie van de omgevingsvergunning onduidelijk zijn – het de vergunninghouder redelijkerwijs niet kan worden verweten dat nog geen nadere investeringen zijn gedaan.[25]

ii. <u>Gewijzigde planologische inzichten kunnen – mits voldoende zwaarwegend – intrekking vergunning rechtvaardigen</u>

Voorts geldt dat wijziging van het planologisch regime waaraan de bouwvergunning eerder is getoetst, een relevant belang kan vormen dat kan leiden tot intrekking van de vergunning. Dat betekent evenwel niet dat andere belangen daarnaast geen, eventueel doorslaggevende, rol van betekenis zouden kunnen spelen. Steeds dient een belangenafweging gemaakt te worden. Uit rechtspraak volgt het volgende:

"Wijziging van het planologisch regime waaraan de bouwvergunning eerder is getoetst, kan een redelijk belang vormen om tot intrekking over te gaan. Dat betekent evenwel niet dat andere belangen daarnaast geen, eventueel doorslaggevende, rol van betekenis zouden kunnen spelen.

Daarnaast heeft het college zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de planologische inzichten ten aanzien van het perceel zijn gewijzigd. Hierbij heeft het college in aanmerking kunnen nemen dat in de Nota Ruimte het perceel is opgenomen in een gebied dat is aangewezen als nationaal landschap dat zoveel mogelijk moet worden beschermd en behouden en dat de structuurvisie van de provincie Gelderland restrictief beleid bevat ten aanzien van nieuwvestiging van agrarische bedrijven in het gebied. Van gewijzigd planologisch inzicht dienaangaande blijkt eveneens uit de omstandigheid, dat de DLG onderhandelingen heeft gevoerd over aankoop van het perceel ten einde bebouwing te voorkomen. In het besluit van 1 september 2009 is voorts gewezen op het voornemen het bestemmingsplan "Buitengebied" te herzien in die zin, dat op het perceel geen bouwblok zal worden opgenomen. Gelet hierop kon het college in redelijkheid overgaan tot intrekking van de bouwvergunningen."[26]

In dit geval volgde het planologisch gewijzigde inzicht uit nationaal en provinciaal ruimtelijk beleid, waarmee werd beoogd nieuwe bebouwing ter plaatse te voorkomen. Om – ondanks de verleende

[24] ABRvS 9 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3740 alsmede ABRvS 17 april 2019. ECLI:NL:RVS:2019:1215, ABRvS 27 december 2017.

[25] ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2610.

[26] ABRvS 9 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3740.

omgevingsvergunning – de bebouwing te proberen tegen te houden is daarnaast getracht het perceel te verwerven. Onder deze omstandigheden werd intrekking van de omgevingsvergunning redelijk geacht.

iii. Omissie in bestemmingsplan – in strijd met beleid – kan aanleiding vormen om tot intrekking over te gaan

Ook een omissie in een bestemmingsplan kan aanleiding vormen om tot intrekking van een omgevingsvergunning over te gaan. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het bestemmingsplan een bepaalde ontwikkeling toch blijkt toe te staan, waardoor een aanvraag om omgevingsvergunning niet geweigerd kan worden, maar die ontwikkeling in strijd is met het gemeentelijk en provinciaal ruimtelijk beleid. In rechtspraak deed een dergelijke situatie zich voor. De Afdeling oordeelde als volgt:

> *"Het college heeft de omgevingsvergunning ingetrokken omdat het de gevolgen van de gemaakte fout in het bestemmingsplan, waardoor ter plaatse in strijd met gemeentelijk beleid en met de Verordening Ruimte 2014 detailhandel was toegestaan, wilde tegengaan. Met de herziening van het bestemmingsplan is de fout in het bestemmingsplan hersteld. Met het voorbereidingsbesluit, dat op 24 november 2016 in werking is getreden, wilde de raad de door JGV beoogde ontwikkeling voorkomen. Het herziene bestemmingsplan en het voorbereidingsbesluit maken het gebruik van het perceel voor detailhandel voor de toekomst niet langer mogelijk. Met de intrekking van de omgevingsvergunning wil het college bereiken dat JGV niet langer gebruik kon maken van de eerder verleende bouwtoestemming.*
>
> *De rechtbank heeft terecht geconcludeerd dat het college grote waarde mocht toekennen aan de belangen gemoeid met realisering van de detailhandelsstructuur en het voorkomen van strijd met gemeentelijk- en provinciaal beleid. Over het betoog van JGV dat het college geen planologisch belang heeft bij het behouden van locaties voor bedrijven in verband met de komende transformatie van het bedrijventerrein "Zoeterhage", overweegt de Afdeling dat de invulling van de transformatie ten tijde van de besluitvorming van het college onvoldoende geconcretiseerd was. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank terecht overwogen dat het college zijn bevoegdheid tot intrekking van de omgevingsvergunning niet voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor die bevoegdheid is verleend."*[27]

In dit geval was van belang dat (i) het bestemmingsplan de detailhandelsontwikkeling toestond, terwijl (ii) het in strijd was met gemeentelijk detailhandels- en provinciaal ruimtelijk beleid en (iii) inmiddels een voorbereidingsbesluit in werking is getreden en een bestemmingsplan werd opgesteld dat de omissie herstelde. Daarnaast was evenwel ook van belang dat op het perceel een privaatrechtelijk beding rustte dat detailhandelsverkoop verbood (maar door toedoen van de eigenaar was komen te vervallen) en dat door de gemeente meermaals expliciet was aangegeven dat zij detailhandelsverkoop op de locatie niet wenste toe te staan.

[27] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1778.

5.2. Intrekking omgevingsvergunning leidt in beginsel niet tot schadevergoedingsplicht

Voorts is de vraag gesteld wat de financiële consequenties zijn van intrekking van een omgevingsvergunning.

5.2.1. Rechtmatig intrekkingsbesluit leidt niet tot schadevergoedingsplicht

In artikel 4.2 van de Wabo is bepaald in welke gevallen het bevoegd gezag een vergoeding toewijst voor de gemaakte kosten of schade. In dit artikel is bepaald dat ook bij intrekking van een omgevingsvergunning ruimte kan bestaan voor de vergoeding van kosten of schade.[28] Hierbij gaat het om geleden schade of gemaakte kosten die redelijkerwijs niet of niet geheel voor rekening van de betrokkenen behoren te komen.

Uit de memorie van toelichting volgt evenwel dat de intrekking van een omgevingsvergunning op de voet van artikel 2.33, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wabo (een omgevingsvergunning voor bouwen) niet kan leiden tot vergoeding van schadevergoeding op grond van artikel 4.2 van de Wabo:

> *"In dit onderdeel gaat het niet om een intrekking op een grond die de vergunninghouder niet kan beïnvloeden, zoals bij de andere in het eerste en tweede lid genoemde intrekkingsgronden. Daarom ontstaat bij een intrekking op deze grond geen recht op schadevergoeding krachtens artikel 4.2."*[29]

De wetgever heeft derhalve overwogen dat het niet tijdig beginnen met de werkzaamheden een keuze is van de vergunninghouder, waarop die vergunninghouder invloed heeft en waarbij dat voor eigen risico komt. In rechtspraak is dit overgenomen:

> *"14. Ten slotte is de rechtbank van oordeel dat verweerder ook niet gehouden was eiseres een schadevergoeding aan te bieden, nu de Wabo hiervoor geen grondslag biedt. Bij intrekking van een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.33, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wabo ontstaat ook geen recht op schadevergoeding op grond van artikel 4.2 van deze wet. Blijkens de wetsgeschiedenis ligt aan deze keuze van de wetgever de reden ten grondslag dat het gaat om intrekking van de vergunning op een grond die de vergunninghouder zelf kan beïnvloeden (Tweede Kamer 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 119), zodat de eventuele schade als gevolg van de intrekking in beginsel in redelijkheid voor rekening en risico van de vergunninghouder dient te komen."*[30]

Voor zover aldus sprake is van een rechtmatig intrekkingsbesluit, bestaat er geen verplichting tot vergoeding van schade of gemaakte kosten. Als op een later moment ook wordt besloten de mogelijkheid van een datacenter weg te bestemmen, is in beginsel wel een financiële tegemoetkoming verschuldigd.

[28] In de gevallen als genoemd in artikel 4.2 lid 1 onder j tot en met m Wabo.

[29] *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 844, nr. 3 , p. 119.

[30] Rb. Limburg, 21 februari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:1493, r.o. 14 en ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2110, r.o. 5.4.

5.2.2. Bij onrechtmatig intrekkingsbesluit kan gemeente wel aansprakelijk zijn voor geleden schade

Indien in een beroepsprocedure tegen het intrekkingsbesluit komt vast te staan dat het besluit onrechtmatig is, bijvoorbeeld doordat in de belangenafweging onvoldoende gewicht aan het belang van vergunninghouder is toegekend, dan kan dat leiden tot aansprakelijkheid van de gemeente.

Indien een rechter oordeelt dat ten onrechte tot intrekking is overgegaan, dan is het in beginsel aan het college om een nieuw besluit op bezwaar te nemen. We onderscheiden hierna twee situaties:

College kon tijdens onrechtmatig besluit ook rechtmatig besluit nemen tot intrekking

- het college kan in een nieuwe beslissing op bezwaar opnieuw tot het oordeel komen dat de belangenafweging – mogelijk met een betere motivering – noopt tot intrekking van de omgevingsvergunning. Indien dat besluit vervolgens in rechte standhoudt, dan zijn de mogelijkheden voor schadevergoeding beperkt als vast komt te staan dat het college in plaats van het onrechtmatige besluit destijds ook reeds een rechtmatig besluit kon nemen;

College herroept intrekkingsbesluit; gemeente aansprakelijk voor mogelijke (vertragings)schade

- het college in de nieuwe beslissing op bezwaar beslist om het bezwaar toch gegrond te verklaren. Daarmee komt uiteindelijk het intrekkingsbesluit te vervallen en herleeft de omgevingsvergunning. Het gevolg is dat dan wel komt vast te staan dat sprake is van onrechtmatig handelen, maar de schade lijkt zich in een dergelijk geval met name te beperken tot vertragingsschade. Hoewel die uiteraard aanzienlijk kan zijn, behoudt de vergunninghouder in dit geval wel zijn vergunning en de mogelijkheid om alsnog het beoogde datacenter te realiseren.

Indien vast komt te staan dat het college ten onrechte tot intrekking van de omgevingsvergunning is overgegaan en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld, dan bestaan er aldus mogelijkheden voor vergunninghouder om de gemeente daarvoor aansprakelijk te houden.

5.3. Van belang om – indien tot intrekking wordt overgegaan – reeds een voorbereidingsbesluit genomen te hebben om een nieuwe aanvraag aan te kunnen houden

Tegen het besluit tot intrekking van een omgevingsvergunning staat bezwaar en beroep open. Daarnaast bestaat evenwel de mogelijkheid om voor de degene waarvan de vergunning is ingetrokken een nieuwe aanvraag in te dienen. Indien het planologisch kader op dat moment nog niet is gewijzigd, dan zal opnieuw – voor zover dus passend in dat kader – de omgevingsvergunning voor bouwen verleend moeten worden. Dit betekent dat het van belang is om, voordat tot intrekking wordt overgegaan, te effectueren dat een nieuwe aanvraag om omgevingsvergunning niet past binnen het bestemmingsplan en derhalve geweigerd kan worden.

Dit kan bijvoorbeeld door tijdig een voorbereidingsbesluit te nemen, waarin het beoogde en door de gemeente ongewenste gebruik wordt verboden. Het lijkt raadzaam om pas op het moment dat het

voorbereidingsbesluit in werking is getreden en effectief bescherming biedt, tot intrekking van de omgevingsvergunning over te gaan. In dit verband wijzen wij graag op een uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1778, waarin op een soortgelijke wijze is gehandeld.

5.4. Tussenconclusie: ruime mogelijkheden tot intrekking omgevingsvergunning, in beginsel geen verplichting tot vergoeding schade

Voor zover in de omgevingsvergunning geen specifieke afspraken zijn gemaakt omtrent de termijn waarbinnen gebruik gemaakt moet worden van de vergunning, geldt als uitgangspunt dat het college de bevoegdheid heeft om de omgevingsvergunning in te trekken indien daar gedurende 26 weken geen gebruik van is gemaakt. Als uitgangspunt geldt hierbij dat – als vergunninghouder niet aannemelijk weet te maken dat hij deze alsnog binnen korte termijn zal benutten – dit reeds voldoende is om de intrekking te rechtvaardigen. Het college moet bij de intrekking evenwel een duidelijke belangenafweging maken en ook rekening houden met de (financiële) belangen van vergunninghouder. Gewijzigde planologische inzichten en het herstellen van een 'fout' in een bestemmingsplan kunnen daarbij belangrijke belangen zijn die intrekking rechtvaardigen. Het college heeft hierbij beleidsruimte en de rechter toetst het besluit terughoudend. Uit rechtspraak volgt dat als het college het belang bij intrekking voldoende kan motiveren, dat het besluit niet snel wordt vernietigd.

Gelet op de rechtspraak is het bovendien relevant of het niet gebruikmaken van de bouwmogelijkheid te wijten is aan de vergunninghouder. Indien bijvoorbeeld reeds door het gemeentebestuur is aangegeven dat de ontwikkeling ongewenst is, en vergunninghouder desondanks geen gebruik maakt van de vergunning, dan versterkt dit het standpunt van het college om tot intrekking over te gaan.

Indien tot intrekking wordt overgegaan is het voorts wel van belang dat het planologisch kader reeds gewijzigd is of althans een voorbereidingsbesluit is genomen teneinde te voorkomen dat een nieuwe aanvraag om omgevingsvergunning verleend moet worden. Tot slot geldt dat bij intrekking van de omgevingsvergunning geen schadevergoedingsplicht ontstaat. Dit is slechts anders indien een onrechtmatig besluit wordt genomen en dus zou worden geoordeeld dat ten onrechte tot intrekking wordt overgegaan.

6. Verstrekte informatie in het kader van milieuvergunning kan relevant zijn voor intrekking bouwvergunning

Voorts is aangegeven dat een omgevingsvergunning milieu voor het oprichten van een inrichting is aangevraagd die een substantieel grotere energielast met zich brengt dan eerder is aangegeven bij de aanvraag om omgevingsvergunning voor bouwen. Aan ons is verzocht of dit aanleiding kan vormen om tot intrekking van de omgevingsvergunning milieu over te gaan.

In dit verband is eerst van belang dat de intrekkingsgronden in artikel 2.33 limitatief zijn opgenomen. Het aanvragen van een andere omgevingsvergunning – die mogelijk afwijkt van de eerder verleende vergunning – vormt volgens dit artikel geen grondslag om de eerdere vergunning in te trekken.

Wel biedt artikel 5.19 lid 1 onder a van de Wabo de mogelijkheid om een omgevingsvergunning in te trekken als de vergunning is verleend als gevolg van de onjuiste of onvolledige informatie. Daarvoor is volgens vaste rechtspraak echter noodzakelijk dat vast staat dat de vergunning juist vanwege de onjuistheid in de overgelegde gegevens is verleend.[31] Bij een aanvraag omgevingsvergunning voor bouwen geldt een limitatief-imperatief toetsingskader, hetgeen betekent dat een omgevingsvergunning moet worden verleend indien wordt voldaan aan de aspecten genoemd in artikel 2.10 van de Wabo. Het gaat daarbij met name om toetsing van het bouwwerk aan het Bouwbesluit 2012 en welstand. Of de omgevingsvergunning voor bouwen kan worden ingetrokken op grond van artikel 5.19 lid 1 Wabo is aldus afhankelijk van de vraag of:

(i) het genoemde energiegebruik een relevant aspect was bij de beoordeling van de omgevingsvergunning voor bouwen; én,
(ii) dat die onjuiste informati 5.1, 1, c eden was om de omgevingsvergunning wel te verlenen, terwijl dit bij de correcte informati 5.1, 1, c niet het geval was geweest.

Gelet op het grote verschil in energiegebruik kunnen wij ons voorstellen dat het bouwwerk anders moet worden geconstrueerd en ingericht bij 80MW dan 5.1, 1, c Indien dit kan worden onderbouwd, dan zou het raadzaam kunnen zijn om vergunninghouder op dit aspect om een zienswijze te vragen. Indien blijkt dat onjuiste informatie is doorgegeven en als gevolg van die informatie bijvoorbeeld een ander toetsingskader is gehanteerd, dan zou dat aanleiding kunnen vormen om tot intrekking over te gaan. In zoverre heeft intrekking van de omgevingsvergunning op grond van artikel 5.19 Wabo meer het karakter van een sanctie.

Overigens is in de vraagstelling dat de 'omvang van het datacenter vele malen groter is dan de Wabo-vergunning toestaat'. Indien dit ook feitelijk leidt tot andere/grotere bebouwing dan hetgeen middels de omgevingsvergunning voor bouwen is toegestaan, dan vormt dat vanzelf aanleiding om in een voorkomend geval handhavend op te treden dan wel de vergunning in te trekken overeenkomstig artikel 5.19 van de Wabo.

7. Planschaderisico's als gevolg van schrappen gebruiksmogelijkheden datacenter

Voorts is ons verzocht te adviseren over de vraag of het schrappen van de planologische mogelijkheid voor het realiseren van een datacenter leidt tot planschade en wat dit betekent voor grondeigenaren in het gebied.

7.1. Juridisch kader

Planschade is schade die wordt ondervonden door een planologisch besluit, zoals bijvoorbeeld een paraplupplan. De mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een tegemoetkoming in planschade volgt uit artikel 6.1 Wro. Uit dit artikel volgt (limitatief) dat een bepaling van een bestemmingsplan een planschade veroorzakende oorzaak kan vormen. Daarbij is relevant dat – om de schade te begroten – een

[31] ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:26.

planologische vergelijking wordt gemaakt van de maximale invulling van het “oude” en het “nieuwe” bestemmingsplan. Derhalve zijn niet de oude en nieuwe *feitelijke* situatie van belang, doch hetgeen op grond van de planologische regimes maximaal kon/kan worden gerealiseerd.[32]

Bij het begrip “planschade” kan voorts onderscheid worden gemaakt tussen directe- en indirecte planschade. Voor de onderhavige casuïstiek is met name het begrip “directe planschade” van belang, namelijk de schade op het perceel als gevolg van een beperking van de gebruiksmogelijkheden. Als sprake is van planschade, dan is het vervolgens de vraag of sprake is van actieve- of passieve risicoaanvaarding en of dit aan de betrokkene kan worden tegengeworpen:

Actieve risicoaanvaarding

- Hierbij geldt dat actieve risicoaanvaarding moet worden bepaald aan de hand van hetgeen een verzoeker ten tijde van de aankoop van het perceel kon weten.[33] Dit moet worden gebaseerd op van overheidswege openbaar gemaakte beleidsinformatie.[34]

Passieve risicoaanvaarding

- Van passieve risicoaanvaarding is sprake wanneer de verzoeker geen gebruik heeft gemaakt van bepaalde bouw-/gebruiksmogelijkheden en daardoor als het ware zelf het risico heeft gecreëerd dat die ongebruikte mogelijkheden zouden komen te vervallen. Hiervoor gelden de volgende voorwaarden[35]:

  (i) concrete aanwijzingen zijn geweest waaruit een redelijk handelend en denkend eigenaar zou kunnen afleiden dat er een kans bestond dat het planologische regime in nadelige zin zou worden gewijzigd;
  (ii) de eigenaar desalniettemin geen voldoende concrete poging heeft ondernomen om de bestemming te realiseren, bijvoorbeeld – als het gaat om bouwmogelijkheden – door een beginselaanvraag in te dienen;
  (iii) terwijl diegene wel een voldoende lange benuttingsperiode heeft gehad.[36]

7.2. ‘Wegbestemmen’ van realisatiemogelijkheden voor datacenter leidt in beginsel tot planschaderisico’s

Of het vaststellen van een parapluplan tot planschade leidt is afhankelijk van de vraag en de mate waarin de realisatie van datacenters thans mogelijk is binnen de planologische kaders. Uit het ‘Memo datacenters in Amstel III (002)’, zoals dat door de Gemeente is opgesteld, volgt in elk geval dat de vestiging van

[32] ABRvS 2 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:626, ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0802.

[33] ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7238.

[34] ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1607.

[35] ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1797.

[36] In de huidige jurisprudentie is deze termijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onder de Omgevingswet geldt dat de benuttingsperiode minimaal één jaar moet zijn.

datacenters binnen het bestemmingsplan Amstel III niet mogelijk is. Op het moment dat een parapluplan wordt vastgesteld om de vestiging van datacenters in beginsel te verbieden, teneinde een aanvraag via de beleidsregels te kunnen beoordelen, dan heeft dat voor Amstel III aldus geen beperking van de gebruiksmogelijkheden tot gevolg en zal van planschade geen sprake zijn.

Indien echter wel een nieuw planologisch regime gaat gelden waardoor de bouw- en gebruiksmogelijkheden worden beperkt of komen te vervallen dan kan dit tot planologisch nadeel leiden. Dat leidt in beginsel tot een planologische verslechtering en daarmee tot een planschaderisico. Indien en voor zover er op basis (andere) van wet- en regelgeving of beleid belemmeringen bestaan voor het benutten van de teloor gegane aanwendingsmogelijkheden, dan zal de planologische wijziging niet leiden tot nadeel omdat in die gevallen realisering van de aanwendingsmogelijkheden met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer sprake is van een erfpachtsituatie.

7.3. Planschaderisico's kunnen worden beperkt door creëren van voorzienbaarheid; voorbereidingsbesluit en Datacenterbeleid kunnen voorzienbaarheid creëren

Voorzienbaarheid in de vorm van actieve- of passieve risicoaanvaarding kan een belangrijke reden vormen om een verzoek om tegemoetkoming in planschade af te wijzen.

7.3.1. Actieve risicoaanvaarding

In het kader van actieve risicoaanvaarding dient de voorzienbaarheid van een planologische wijziging beoordeeld te worden aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de investeringsbeslissing – hierna ook wel het peilmoment – voor een redelijk denkend en handelend koper, aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse zou veranderen. De voorzienbaarheid moet worden vastgesteld op het moment van de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak, en dus niet op het moment van levering.[37] In het geval van een beroep op actieve risicoaanvaarding is het vervolgens aan de aanvrager om aannemelijk te maken dat hij zich voor het moment waarop de schadeoorzaak voorzienbaar werd definitief tot aankoop van de onroerende zaak had verplicht.

Algemene beleidsmatige ontwikkelingen of stukken leiden niet (snel) tot het specifiek voorzienbaar worden van een planologische wijziging. Hoewel een beleidsvoornemen volgens de jurisprudentie geen formele status hoeft te hebben, gaat het er om dat het een voldoende concreet, van overheidswege en openbaar bekend gemaakt beleidsvoornemen betreft.

7.3.2. Passieve risicoaanvaarding

Voorts geldt ten aanzien van passieve risicoaanvaarding dat er kenbare en voldoende concrete

[37] ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 5.25.

aanwijzingen moeten zijn geweest dat de bouw- en gebruiksmogelijkheden zouden afnemen en er gedurende een zekere periode voor de eigenaar gelegenheid is geweest om alsnog de gewenste bestemming te realiseren die past binnen het bestemmingsplan.[38] Hierbij is niet vereist dat het beleidsvoornemen een formele status heeft.[39]

Voorts is het de vraag of een 'concrete poging' is gedaan om, terwijl de eigenaar rekening kon houden met een wijziging van het planologisch kader, het bouwplan ter plaatse te realiseren. In geval van vervallen bouwmogelijkheden bestaat een concrete poging in het indienen van een bouwplan dat zodanig is uitgewerkt dat het zich laat beoordelen op passendheid binnen het bestemmingsplan en dat in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het bestemmingsplan.[40] Tot slot is het de vraag of het de eigenaar verweten kan worden dat hij geen passende aanvraag heeft ingediend. In dit verband is bijvoorbeeld relevant of voorbereidingsbescherming gold.[41]

7.3.3. Aanknopingspunten om – als gevolg van voorbereidingsbesluit en Datacenterbeleid – risicoaanvaarding tegen te werpen

In verband met de voorzienbaarheid is van belang dat reed op 12 juli 2019 een voorbereidingsbesluit is genomen voor het gehele grondgebied van Amsterdam met betrekking tot datacenters. Het voorbereidingsbesluit had tot doel om vooruitlopend op een gemeentelijk beleid voor datacenters de bestaande situatie met betrekking tot datacenters 'on hold' te zetten.[42] Dit voorbereidingsbesluit is na één jaar, op 31 juli 2020, verlopen. Daarna is op 14 oktober 2020 het Datacenterbeleid vastgesteld waarin wordt gestuurd op het beperken van de groei van het aantal datacenters.

Vanaf 31 juli 2020 is het voor het gemeentebestuur niet mogelijk om te sturen op vestiging en uitbreiding van datacenters die niet in strijd zijn met het bestemmingsplan. Dit betekent dat het in elk geval vanaf dat moment voor ontwikkelaars mogelijk was om een beginselaanvraag in te dienen.[43] Indien partijen daar gedurende deze benuttingsperiode niet toe zijn overgegaan, ondanks onder meer het Datacenterbeleid, dan vormt dat een belangrijk aspect om passieve risicoaanvaarding tegen te werpen. Gesteld zou zodoende kunnen worden dat partijen na afloop van de voorbereidingsbescherming – gedurende twee en een half jaar – steeds de mogelijkheid hebben gehad een passende aanvraag in te dienen.

Het bovenstaande vormt echter uitdrukkelijk een abstracte beoordeling. Uiteindelijk zal in een individueel geval moeten worden nagegaan of sprake is van actieve- of passieve risicoaanvaarding waarbij bijvoorbeeld relevant kan zijn of de desbetreffende partij vrijelijk kon beschikking over het perceel.

[38] ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:923.

[39] idem.

[40] ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2541.

[41] ABRvS 2 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5083.

[42] Stcrt. 31 juli 2019, nr. 42491.

[43] Hieronder wordt een bouwplan beschouwd dat zodanig is uitgewerkt dat het zich laat beoordelen op passendheid binnen het bestemmingsplan en dat in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het bestemmingsplan.

7.4. Begroting omvang schade bij directe planschade bestaat uit waardevermindering onroerende zaak als gevolg van planologische wijziging

Voorts is verzocht aan te geven hoe de omvang van de planschade wordt begroot en om aan te geven wat de orde van grootte is waaraan moet worden gedacht.

Bij de vergoeding van planschade moet worden nagegaan wat het nadeel is als gevolg van de planologische maatregel. Dat nadeel ligt met name in de sfeer van vermogensschade dat bestaat uit de waardevermindering van onroerend goed. Schade in de zin van inkomensschade als gevolg van gemiste toekomstige inkomsten als gevolg van het wegvallen van (meer rendabele) gebruiksvormen valt niet onder de reikwijdte van de planschade. Zo volgt uit vaste jurisprudentie van de Afdeling:

> *"De jurisprudentie van de Afdeling (zie onder meer de uitspraak van 16 maart 2005, in zaak no. 200400527/1, biedt ook geen aanknopingspunten voor de juistheid van het standpunt van [wederpartij] dat gemist voordeel uit niet aangevangen bedrijfsvoering voor vergoeding in aanmerking komt. Nu [wederpartij] op de peildatum op het perceel nog geen aanvang had gemaakt met de exploitatie van bedrijfsactiviteiten kan de door hem gestelde inkomensschade derhalve niet in aanmerking komen voor vergoeding op de voet van artikel 49 van de WRO."*[44]

Bij het beoordelen van de vermogensschade bij directe planschade zal moeten worden onderzocht of het wegvallen van de desbetreffende gebruiksmogelijkheden leidt tot een lagere waarde van het perceel/object. Het gaat daarbij om een vergelijking van een beoordeling van de oude en nieuwe planologische situatie en de vraag aan welk planologische regime het perceel/object zijn hoogste waarde ontleent. Met andere woorden, als een gebruiksmogelijkheid wegvalt, maar het object daardoor niet minder waard wordt, dan is geen sprake van planschade.

Een kwantificering van het totale planschaderisico is op basis van de beschikbare informatie niet mogelijk. In dat geval zou moeten worden nagegaan wat de planologische mogelijkheden waren voorafgaand aan de inwerkingtreding van het planologisch (beperkende) besluit en of als gevolg daarvan de waarde van een perceel is afgenomen. In zoverre is aldus van belang óf, en zo ja, welke bestemmingsplannen mogelijkheden vormen voor de realisatie van datacenters en of het binnen die bestemmingsplannen ook daadwerkelijk reëel was geweest dat een datacenter zou worden opgericht.

7.5. Tussenconclusie: planschade reëel risico maar vermoedelijk aanzienlijk beperkt door voorzienbaarheid

Op het moment dat het planologische regime wordt gewijzigd waardoor de planologische mogelijkheden op een perceel worden beperkt, dan kan sprake zijn van planschade. Bij directe planschade gaat het er vervolgens om of de onroerende zaak als gevolg van de planologische wijziging in waarde is afgenomen

[44] ABRvS 15 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV1760.

ten opzichte van het voorheen geldende planologisch regime. De schade bestaat dan uit de vermogensschade oftewel de waardevermindering van het onroerend goed. Als sprake is van planschade, dan kan mogelijk actieve of passieve risicoaanvaarding aan een verzoeker om planschade worden tegengeworpen. Daarvoor is onder meer relevant dat sprake is van voorzienbaarheid. In onderhavig geval bestaan goede aanknopingspunten dat die is ontstaan als gevolg van het voorbereidingsbesluit en het Datacenterbeleid.

Mocht ten aanzien van een onroerende zaak sprake zijn van een waardevermindering als gevolg van een planologische beperking en actieve of passieve risicoaanvaarding niet kunnen worden tegengeworpen, dan zou de tegemoetkoming in planschade eventueel ook kunnen bestaan uit compensatie in natura waardoor schadevergoeding in geld achterwege zou kunnen blijven. In zoverre zou het schrappen van de bestemming ertoe kunnen leiden dat – om betaling van schadevergoeding te voorkomen – een datacenter ter plaatse alsnog mogelijk wordt gemaakt. In zoverre kan vergoeding van schadevergoeding worden voorkomen door in een individueel geval de oude bestemming te herstellen, ook wel compensatie in natura genoemd.

8. Financiële consequenties voornamelijk het gevolg van eventuele planschade; Gemeente aansprakelijk als zij onrechtmatig handelt

Tot slot is verzocht wat de gevolgen zijn voor de aansprakelijkheid van de Gemeente dat Equinix reeds een perceel heeft aangekocht. Tevens is verzocht of er andere kosten zijn waarvoor de Gemeente aansprakelijk kan worden gesteld.

In dit verband is volgens ons van belang om eerst een onderscheid te maken tussen eventueel rechtmatig- en onrechtmatig handelen van de Gemeente. Bij rechtmatig handelen kan het bijvoorbeeld gaan om het intrekken van de vergunning of het wijzigen van het planologische regime. Zoals we hebben toegelicht geldt in het geval van een rechtmatige intrekking van de vergunning geen verplichting tot het vergoeden van eventuele schade. Bij het wijzigen van het planologische regime kan mogelijk sprake zijn van planschade die voor vergoeding in aanmerking komt. In dat geval geldt het bepaalde in hoofdstuk 7 van dit memo. De omstandigheid dat het perceel reeds is aangekocht is van belang voor de vraag of eventueel actieve- of passieve risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen, maar leidt niet tot een aanvullende schadevergoeding.

Indien door de Gemeente onrechtmatig wordt gehandeld, dan kan eventueel daaruit voortvloeiende schade wel aan de Gemeente worden toegerekend en voor vergoeding in aanmerking komen. Dit onrechtmatig handelen kan bijvoorbeeld voortvloeien uit het handelen in strijd met toezeggingen, gewekt vertrouwen of gesloten (anterieure) overeenkomsten. Indien als gevolg van dergelijke omstandigheden is overgegaan tot aankoop van het perceel, dan kan daaruit mogelijk voortvloeien dat de Gemeente onrechtmatig handelt.

Het bovenstaande is uiteraard erg casuïstisch. In beginsel geldt dat het enkel aankopen van het perceel niet leidt tot aansprakelijkheid van de Gemeente. Dat geschiedt dan ook – in beginsel – op eigen rekening en risico van Equinix.

9. Slot

In het bovenstaande memo hebben wij een uitgebreid overzicht geboden van de aspecten die relevant zijn bij het eventueel wijzigen van het Datacenterbeleid en het vastleggen van een planologisch kader alsmede de financiële consequenties van dien. Tevens zijn wij meer specifiek ingegaan op de situatie van Equinix. Voor onze conclusies verwijzen wij u naar de samenvatting aan het begin van dit memo.

Wij zijn graag beschikbaar om onze bevindingen met u te bespreken.

