

Aangetekend
Aan de gemeenteraad
van de gemeente Westerveld
Postbus 50
7970 AB Havelte

Tevens per e-mail: griffie@gemeentewesterveld.nl

mr. J.C. van Oosten
Advocaat

Advocaten en notarissen
Beethovenplein 10
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 06 62
M +31 6 270 971 56
F +31 20 546 07 10
jan.vanoosten@stibbe.com
www.stibbe.com

Onze ref.
JvO/PvL 1044159-29610731
Uw ref.
330791
Datum
21 september 2023

**REACTIE OP BEANTWOORDING ZIENSWIJZE
inzake het ontwerpbesluit tot weigering van de omgevingsvergunning en ontwerpbesluit
tot weigering van de verklaring van geen bedenkingen voor de realisatie van een zonne-
park (Diever, Bosweg ter hoogte van Hoogersmilde, sectie B, nr. 4055)**

Geachte raad,

Ten behoeve van agendapunt 20 van de besluitvormende raadsvergadering van 26 september 2023, vraag ik als advocaat en gemachtigde van GroenLeven B.V. ("**GroenLeven**"), uw aandacht voor het volgende. Het college van burgemeester en wethouders (het "**College**") stelt aan u voor de aanvraag omgevingsvergunning en de verklaring van geen bedenkingen voor de realisatie van een zonnepark (Diever, Bosweg ter hoogte van Hoogersmilde, sectie B, nr. 4055) definitief te weigeren. GroenLeven vraagt uw raad anders te besluiten.

De door GroenLeven ingediende zienswijze (d.d. 3 mei 2023) heeft zij zowel aan het College als aan uw gemeenteraad gericht. Het College heeft in reactie hierop een reactienota opgesteld, die op 25 augustus 2023 aan GroenLeven is verzonden en onderdeel uitmaakt van het raadsvoorstel waarover u op 26 september aanstaande dient te besluiten. GroenLeven heeft de reactienota gelezen en constateert dat deze de voorgestelde weigering niet kan dragen. GroenLeven licht dit toe, waarbij zij de volgorde van de reactienota volgt.

Juridische status bestemmingsplannen

Het College reageert in de reactienota (p. 5 t/m 10) op de door GroenLeven ingediende zienswijze die er gemotiveerd toe strekt dat de aanvraag door het College aan het verkeerde bestemmingsplan is getoetst. De reactie van het College is echter niet inhoudelijk, maar meer beschrijvend van aard en bovendien herhaalt het College in grote lijnen feiten, omstandigheden en jurisprudentie die GroenLeven zelf naar voren brengt. Het College blijft weg van een onderbouwde weerlegging van de door GroenLeven naar voren gebrachte argumenten.

GroenLeven licht dit per paragraaf puntsgewijs toe, allereerst voor wat betreft de lijn van het College dat het bestemmingsplan 'Buitengebied Westerveld' (2012) niet van toepassing is (paragraaf 3.1.1, p.5/6 reactienota).

- Het College beschrijft allereerst de totstandkoming van het bestemmingsplan 'Buitengebied Westerveld' (2012) en wat de gevolgen zijn van de (gedeeltelijke) vernietiging, maar geeft hiermee geen nieuwe inzichten ten opzichte van wat GroenLeven in haar zienswijze uiteen heeft gezet (randnummers (28) t/m (30), (69) t/m (72));
- Daarna gaat het College in op de werking van dubbelbestemmingen na een (gedeeltelijke) vernietiging, maar ook dit heeft GroenLeven juist zelf in haar zienswijze weergegeven (randnummers (60) t/m (63)).
- Het vervolg van de reactie van het College is dat de gemeente "*al meerdere jaren in een planologisch-juridisch lastige situatie*" verkeert "*door vernietiging van meerdere bestemmingsplannen voor het buitengebied*". Naar eigen zeggen heeft het College hierdoor "*ervaring opgedaan met mogelijke rechtsgevolgen*", dit wordt niet verder toegelicht. Ook op dit onderdeel herhaalt het College hetgeen GroenLeven in haar zienswijze schrijft, namelijk de – zeer beperkte – jurisprudentie op dit vlak (randnummers (73) t/m (81)).
- Het College sluit de reactie op dit onderdeel van de zienswijze af met het argument dat de dubbelbestemming zinledig zou zijn geworden door vernietiging van de basisbestemming, omdat de planvoorschriften hierdoor "*niet steeds een volledige planologische regelgeving*" geven. GroenLeven ziet dit anders, als zij deze lijn van het College zou volgen, zou iedere dubbelbestemming zinledig worden zonder basisbestemming. Zoals uit de aangedragen jurisprudentie blijkt is dat niet het geval, maar moet worden getoetst of sprake is van een 'zodanige functionele samenhang' dat de enkel- en medebestemming los van elkaar kunnen (blijven) bestaan.
- Het College reageert niet op de door GroenLeven aangedragen aanknopingspunten, waaruit volgt dat de dubbelbestemming 'Agrarisch – 2' uit het bestemmingsplan 'Buitengebied Westerveld' (2012) niet is vernietigd. Het College reageert dus ook niet op de toelichting van GroenLeven waaruit volgt dat in dit geval de dubbelbestemming *niet* zinledig is geworden (randnummer (95)).

Bij bespreking van het bestemmingsplan 'Reparatieplan buitengebied Westerveld' (2016) (paragraaf 3.1.2, p. 6/7 reactienota) gaat het College op eenzelfde manier te werk en reageert het ook niet inhoudelijk op de argumenten van GroenLeven. Dit blijkt uit het volgende:

- Het College beschrijft de totstandkoming van het bestemmingsplan 'Reparatieplan buitengebied Westerveld' (2016) en hoe dit bestemmingsplan bedoeld is. Dit heeft GroenLeven echter al uiteengezet in haar zienswijze (randnummers (31) t/m (48)). Het College gaat echter aan de argumentatie van GroenLeven voorbij dat de *bedoeling* duidelijk is, maar de *uitvoering* niet (randnummer (45)).
- Tot slot voegt het College toe dat het 'Reparatieplan buitengebied Westerveld' (2016) niet van toepassing is op de projectlocatie omdat hieraan niet de bestemming 'Agrarisch – 2' is toegekend. Ook dit is geen nieuwe informatie en in de zienswijze van GroenLeven reeds aan bod gekomen (randnummer (88)).
- Dat en waarom het 'Reparatieplan buitengebied Westerveld' (2016) juridisch gezien alsnog het planologisch toetsingskader vormt, ook al heeft uw gemeenteraad dit wellicht anders bedoeld (randnummers (86) t/m (92)), blijft in de reactienota onbesproken.

Kortom, voor GroenLeven is nog steeds niet duidelijk waarom het College van mening is dat het planologisch toetsingskader wordt gevormd door het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde – agrarische gronden' (1995). De argumentatie van GroenLeven dat het 'Reparatieplan buitengebied Westerveld' (2016) dan wel het bestemmingsplan 'Buitengebied Westerveld' (2012) het toepasselijk planologisch kader vormt, heeft het College niet weerlegd. Al hetgeen het College in het kader van deze argumentatie aanvoert is (grotendeels) een herhaling van (het beschrijvende gedeelte van) de zienswijze van GroenLeven zelf, zonder dat het College de door GroenLeven aangedragen standpunten weerlegt.

Het College vervolgt de reactienota met een uiteenzetting dat het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) van toepassing is. Allereerst reageert het College op de voor GroenLeven ontstane rechtsonzekere situatie doordat dit bestemmingsplan niet beschikbaar is geweest en/of is gesteld (paragraaf 3.1.3a, p. 7/8 reactienota):

- Het College beschrijft allereerst dat ook een oud(er) bestemmingsplan juridische status kan hebben, ook beschrijft het College dat het niet digitaal raadpleegbaar zijn van een bestemmingsplan niet af doet aan de werking hiervan. GroenLeven kan deze opmerkingen in de context van haar zienswijze niet goed plaatsen, dit wordt door GroenLeven niet ontkend.
- Ook licht het College toe waarom het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) niet online beschikbaar is geweest. Kort gezegd komt het erop neer dat elementen als een "*kosten-baten analyse*", "*het gedachtegoed dat de "kleine gebieden" zo specifiek zijn gelegen, dat de kans erg klein is dat op die locatie een ontwikkelingswens is*" en dat de projectlocatie "*toevalligerwijs*" binnen een dergelijk klein gebied is gelegen, er volgens het College toe hebben geleid dat dit bestemmingsplan niet (digitaal) beschikbaar was. *Waarom* het bestemmingsplan niet (digitaal) beschikbaar was doet er in zoverre niet zo veel toe, het gaat er GroenLeven om *dat* zij ten tijde van de aanvraag van de omgevingsvergunning niet heeft kunnen weten dat het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) van toepassing was en nadat zij hiervan op de hoogte is gesteld heeft het bijna acht maanden geduurd voordat dit aan haar ter beschikking is gesteld (randnummers (111) en (112)). Hier gaat het College niet op in.
- Het feit dat het bestemmingsplan niet digitaal beschikbaar was, GroenLeven hier lange tijd op heeft moeten wachten en zij niet op andere wijze heeft kunnen vernemen dat dit bestemmingsplan van toepassing was op de projectlocatie, heeft geleid tot een rechtsonzekere situatie. Het enkele wijzen "*op het bestaan van het bestemmingsplan*", zoals het College schrijft, doet hier niet aan af.

Dan laat ook de inhoudelijke bespreking van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) door het College te wensen over (paragraaf 3.1.3b, p. 8/9 reactienota):

- Het College gaat in op de totstandkoming van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995), de toen geldende regels rondom het vaststellen van een bestemmingsplan en de lijn in de jurisprudentie hoe hiermee moet worden omgegaan. GroenLeven heeft precies deze elementen in haar zienswijze uiteen heeft gezet (randnummers (64) t/m (68) en (82) t/m (85));
- Het College meent vervolgens dat er drie aanknopingspunten zijn om te kunnen stellen dat de beschrijving in hoofdlijnen als aanvullend toetsingskader kan dienen.

- 1) Het College geeft een omschrijving van het planologisch kader van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) op de projectlocatie, zoals door GroenLeven in haar zienswijze ook uiteen is gezet (randnummers (22) t/m (27)). Het College beschrijft vervolgens dat een 'beschrijving op hoofdlijnen' een bindende norm *kan* bevatten, ook dat volgt uit de zienswijze van GroenLeven (randnummers (82) t/m (85)). Waar GroenLeven in haar zienswijze heeft uitgewerkt wanneer dit, conform de lijn in de jurisprudentie, het geval is, laat het College dat achterwege (terwijl dit wel blijkt uit de aangehaalde uitspraak: nl. "een beschrijving in hoofdlijnen in een bestemmingsplan kan wel degelijk een bindende norm bevatten als die is geformuleerd als een bindende norm", ECLI:NL:RVS:2019:3009, r.o. 4.2). De overige jurisprudentie over de interpretatie van de 'beschrijving in hoofdlijnen' laat het College ook achterwege, evenals dat het verzuimt te reageren op de interpretatie van GroenLeven van de 'beschrijving in hoofdlijnen' die van toepassing is op de projectlocatie, zoals weergegeven in haar zienswijze (randnummers (104) t/m (109)).
- 2) Het College beschrijft artikel 6 onder lid B 1.1 van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995). Dit artikel is echter niet van toepassing op de gronden (met een 'accent op landbouw') waarop de projectlocatie is gelegen (volgens figuur 4b). GroenLeven kan het College hierin niet goed volgen.
- 3) Het College beschrijft tot slot (de verhouding tussen) de algemene en gebieds-specifieke beschrijving in hoofdlijnen, zoals GroenLeven in haar zienswijze ook al deed (randnummers (22) t/m (27) en (82) t/m (85)). Het College geeft aan dat de termen 'nagestreefd' en 'nastreven' niet voorkomen in de van toepassing zijnde algemene beschrijving in hoofdlijnen, waarmee dit "*voldoende helder is om als aanvullend toetsingskader te dienen*". Dit is niet juist: zoals ook al door GroenLeven in haar zienswijze weergegeven (randnummer (23)), luidt de eerste zin van de algemene beschrijving in hoofdlijnen uit artikel 3: "*de aan de gronden toegekende doeleinden zullen, uitgaande van de in de toelichting omschreven huidige situatie, met het plan worden nagestreefd op de wijze, zoals hierna in hoofdlijnen is beschreven*". Hiermee kan de beschrijving in hoofdlijnen, zowel de algemene als de specifieke, niet dienen als aanvullend toetsingskader.

Kortom, het College heeft de zienswijze van GroenLeven op de onderdelen dat een rechtsonzekere situatie is ontstaan door toepassing van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995) en dat de 'beschrijving in hoofdlijnen' in dit geval niet als aanvullend toetsingskader kan dienen ten onrechte niet van een adequate beantwoording voorzien.

Inhoudelijke toetsing bestemmingsplan

Het College reageert in het vervolg van de reactienota (p. 12 t/m 14) op de door GroenLeven in haar zienswijze weergegeven uiteenzetting dat en waarom de aanvraag door het College verkeerd is geïnterpreteerd, waardoor bij de toetsing van onjuiste inhoudelijke uitgangspunten is uitgegaan. De reactie van het College treft ook op dit onderdeel geen doel en ook hier herhaalt het College in grote lijnen feiten en omstandigheden die GroenLeven in haar eigen zienswijze heeft weergegeven. Het College blijft dus ook op dit onderdeel weg van een onderbouwde weerlegging van de door GroenLeven naar voren gebrachte argumenten.

GroenLeven geeft hierop puntsgewijs een toelichting, allereerst voor wat betreft de ingediende stukken (paragraaf 3.2.1, p. 12 reactienota):

- Het College focust zich op de beschreven omvang in hectare, terwijl dit door GroenLeven niet wordt ontkend. Het College laat echter achterwege te reageren op het percentage van de projectlocatie dat daadwerkelijk voorziet in zonnepanelen (39%), zoals door GroenLeven beschreven in haar zienswijze (randnummer (100)).

Voor wat betreft de doeleindenomschrijving (paragraaf 3.2.2, p. 12/13 reactienota):

- Het College beschrijft allereerst wederom de doeleindenomschrijving die van toepassing zou zijn op de projectlocatie, zoals door GroenLeven in haar zienswijze ook is beschreven (randnummers (22) t/m (27)).
- Het College beschrijft vervolgens dat duurzame energieopwekking nog geen actueel onderwerp was ten tijde van vaststelling van het bestemmingsplan 'Buitengebied Smilde' (1995), niet is voorgeschreven binnen de bestemming en de aanvraag omgevingsvergunning daarom niet passend is. GroenLeven begrijpt dit standpunt niet vanuit het oogpunt van toelatingsplanologie (zoals beschreven in randnummer (107)), het College gaat hier in de reactienota aan voorbij. Bovendien blijft het College in de reactienota de focus houden op een onjuiste projectomschrijving. Het College hecht ten onrechte meer waarde aan de secundaire functie van het project, zoals ook al is aangegeven in de zienswijze (randnummer (101)) en erkent in de toetsing de samenhang tussen de primaire en secundaire functie niet.

De primaire en secundaire functie (en samenhang daartussen) bespreekt het College pas later (paragraaf 3.2.3, p. 13/14 reactienota):

- Het College interpreteert het project, ondanks de uitgebreide documentatie die ten grondslag ligt aan de aanvraag en dus ook bij het College bekend is, onjuist. In plaats van dat het College deze documentatie als uitgangspunt neemt bij het beoordelen van de ruimtelijke uitstraling van het project, stelt het College dat zonnepanelen zich (in algemene zin) "*typeren door hun industriële uitstraling*" en kunnen worden beschouwd als "*landschapsvreemde bouwwerken*". Dit doet geen recht aan de gedetailleerde projectomschrijving die GroenLeven bij de aanvraag heeft gevoegd en bij de toetsing is daarmee niet van de juiste, inhoudelijke uitgangspunten uitgegaan.

Kortom, ook de inhoudelijke toets van de aanvraag omgevingsvergunning door het College schiet tekort. Het College gaat nog steeds uit van een onjuiste projectomschrijving en dit leidt ertoe dat de toetsing door het College onzorgvuldig en onvolledig is geweest.

Verkeerde voorbereidingsprocedure

Het College legt in de reactienota (paragraaf 3.3, p. 15 reactienota) uit waarom de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing zou zijn. GroenLeven is met de juridische systematiek bekend, maar aangezien zij van mening is en blijft dat de aanvraag omgevingsvergunning aan het onjuiste planologische kader is getoetst, is hiervan vanzelfsprekend het gevolg dat de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is, zoals toegelicht in haar zienswijze (randnummers (16) en (17)).

Geen strijd goede ruimtelijke ordening

Het College bespreekt in haar reactienota tot slot (p. 16 t/m 21) de onderdelen van de zienswijze van GroenLeven waaruit volgt dat – indien dit zou moeten worden aangetoond – sprake is van een goede ruimtelijke ordening. De reactie van het College doet geen recht aan de (met documentatie onderbouwde) feiten en omstandigheden in de zienswijze van GroenLeven. Een aantal voorbeelden:

- GroenLeven toont aan dat de oppervlakte van het zonnepark 19,91 hectare beslaat (en daarmee ruimschoots past binnen de toegestane 28 hectare volgens het provinciaal beleid) (randnummer (126)), maar het College houdt vast aan de onjuiste weergave van 37 hectare (paragraaf 3.4.3, p. 17 reactienota).
- Het College gaat niet inhoudelijk in op het landschappelijk inpassingsplan (randnummer (120)) dat GroenLeven heeft aangeleverd, maar stelt ten onrechte dat GroenLeven het College verwijt dat geen aandacht is geschonken aan de landschappelijke inpassing (paragraaf 3.4.4, p. 17 reactienota). Het is voor GroenLeven niet duidelijk waarom haar inhoudelijke onderbouwing van de landschappelijke inpassing volgens het College niet kan slagen.
- Ook gaat het College niet inhoudelijk in op de natuurtoets (randnummer (127)) waaruit blijkt welke ecologische bijdrage het project levert en dat het past binnen de doelstellingen die voor het Natuurnetwerk Nederland zijn opgesteld (paragraaf 3.4.5, p. 18 reactienota).

Nu het College (aantoonbaar) nog steeds uitgaat van een onjuiste projectomschrijving, zelfs nadat GroenLeven in haar zienswijze (nogmaals) uitvoerig heeft onderbouwd hoe het project wordt vormgegeven en wat de ruimtelijke uitstraling hiervan is, is de toetsing of al dan niet sprake is van een goede ruimtelijke ordening onjuist en onvolledig uitgevoerd. De door GroenLeven aangedragen documentatie laat het College in de reactienota onbesproken.

Conclusie

GroenLeven heeft in haar zienswijze toegelicht dat als het College op grond van de juiste inhoudelijke uitgangspunten aan het juiste bestemmingsplan zou hebben getoetst, het geconstateerd zou hebben dat het project daarmee niet in strijd is. Dit betekent dat de omgevingsvergunning moet worden verleend met toepassing van de reguliere voorbereidingsprocedure, waardoor ook geen vvgb is vereist.

GroenLeven betreurt het dat het College in de reactienota te summier en onvolledig op de zienswijze van GroenLeven is ingegaan en het College bovendien blijft uitgaan van een onjuiste projectomschrijving. GroenLeven verzoekt uw raad de zienswijze (nog eens) zelfstandig tot u te nemen en te besluiten niet in te stemmen met voorliggend raadsvoorstel.

Tot slot vraagt GroenLeven uw aandacht voor de aanzienlijke (vertragings)schade die zij loopt doordat tot op heden niet definitief op de aanvraag is besloten. Gelet op het verschil in inzicht op het toepasselijke planologisch kader en als bijkomend gevolg daarvan de toepasselijke voorbereidingsprocedure, heeft GroenLeven het College op 6 april 2023 in gebreke gesteld wegens niet tijdige bekendmaking van de van rechtswege verleende beschikking. GroenLeven heeft het College op 4 augustus 2023 een brief gestuurd waarin zij uiteenzet welke (vertragings)schade zij als gevolg hiervan loopt en nog zal lopen (bijlage). Het College heeft hierop niet gereageerd. De subsidieronde voor de SDE++ 2023, zoals toegelicht in deze brief, heeft GroenLeven inmiddels gemist. GroenLeven voelt zich genoodzaakt deze (vertragings)schade het College en daarmee uw gemeente, aan te rekenen.

Stibbe

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

J.C. van Oosten

Bijlage: brief aan College d.d. 4 augustus 2023: verzoek om reactie aanvraag omgevingsvergunning