MEMO

AAN De gemeente Drimmelen
De leden van de gemeenteraad

VAN J.A. Mohuddy
Advocaat en partner
TELEFOON +31 (0)88 253 5951
FAX +31 (0)88 253 5934
E-MAIL jmohuddy@akd.nl

DATUM 29 juni 2023
ONS KENMERK 288806.22248 / jmo
ONDERWERP Memorandum ten behoeve van raadsvergadering (4 juli 2023)

I. Inleiding

1. In dit memorandum licht ik de juridische achtergrond toe van de voorliggende raadsvoorstellen die zijn geagendeerd voor de raadsvergadering d.d. 4 juli 2023 (agendapunten 9 tot en met 13).[1] Het betreft een vijftal voorstellen over het wel of niet toestaan van grootschalige zonnevelden in het buitengebied van de gemeente Drimmelen. De vijf aanvragen zijn eerder door de gemeenteraad beoordeeld. Dit heeft geleid tot vier geweigerde omgevingsvergunningen voor de zonnevelden en één verlening van een omgevingsvergunning.

2. De besluiten zijn getoetst door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (in beroep)[2] en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (in hoger beroep)(hierna: "**de Afdeling**").[3] De uitkomst was nadelig voor de gemeente. Geen van de besluiten kon de toets van deze bestuursrechters doorstaan. Dit betekende dat ook de omgevingsvergunning voor Zonnepark De Bergen in Terheijden werd vernietigd.

II. Inhoud van de uitspraken van de Afdeling

3. Het eindoordeel van de Afdeling vat ik als volgt samen:

- De aanvragen zijn getoetst aan het Beleidskader grootschalige zonnevelden (hierna: "**het beleidskader**").
- De Afdeling concludeert dat bepaalde criteria en uitgangspunten in het beleidskader

[1] https://ris2.ibabs.eu/Agenda/Details/drimmelen/37d73862-1108-4568-b768-440766aa6d7d

[2] https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBZWB:2020:5046;
https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBZWB:2020:5044;
https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBZWB:2020:5131;
https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBZWB:2020:5042; en
https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBZWB:2020:5041

[3] https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RVS:2022:442 en
https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RVS:2022:437

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/.

geïnterpreteerd zijn op een wijze die niet volgt uit het beleidskader. Het gaat in het bijzonder om juist criteria en uitgangspunten waarop Zonnepark De Bergen goed is beoordeeld.

- Meer specifiek constateert de Afdeling dat bij de beoordeling van de aanvragen een bepaald belang is gehecht aan het aspect ‘een grote afnemer in de nabijheid’ en de locatie van de projectgebieden, terwijl dat aspecten zijn die niet zijn gebaseerd op een van de criteria of uitgangspunten in het beleidskader. Ook de manier waarop het criterium ‘maatschappelijke meerwaarde’ is ingevuld door de gemeenteraad, is naar het oordeel van de Afdeling niet in overeenstemming met het beleidskader.
- De slotsom van de Afdeling luidt dat de manier van toetsen van de aanvragen in strijd is met het beginsel van fair play. De aanvraag voor De Bergen is op een andere manier beoordeeld in het licht van het beleidskader dan de andere aanvragen.
- De gemeenteraad heeft voorafgaand aan de zitting van de Afdeling ook vijf herstelbesluiten genomen naar aanleiding van de uitspraken van de Rechtbank. Daarmee zijn de gebreken in de oorspronkelijke besluiten volgens de Afdeling nog niet hersteld. De Afdeling ziet in de inhoudelijke beoordeling van de criteria en uitgangspunten in het beleidskader nog altijd een onjuiste uitleg van de criteria en een niet beargumenteerde voorkeur voor de aanvraag van Zonnepark De Bergen. Ter illustratie verwijst de Afdeling naar de beoordeling van de aspecten ‘afstand tot grote afnemers’ en de ‘voorkeur voor een locatie aansluitend aan stedelijk gebied en rondom de woonkernen (randen rondom om de kern)’. Daarbij zijn volgens de Afdeling dubbele punten toegekend aan Zonnepark De Bergen voor in wezen hetzelfde onderwerp.
- Hiernaast oordeelt de Afdeling dat het onduidelijk is waarom Zonnepark De Bergen op de criteria ‘ecologische en recreatieve betekenis en toegankelijkheid van het landschap’ en ‘landschappelijke kwaliteitsverbetering’ hoger heeft gescoord dan de andere projecten. Voor de Afdeling was de beoordeling niet navolgbaar.
- Tot slot overweegt de Afdeling in dit kader dat De Bergen in de gelegenheid is gesteld door het college om haar ingediende aanvragen aan te passen, waar de andere aanvragen die gelegenheid niet hebben gekregen.

4. De toetsing van de aanvragen aan het beleidskader is niet objectief en niet voor alle aanvragen op gelijke voet uitgevoerd volgens de Afdeling. Alle besluiten (de aanvankelijke besluiten op de aanvragen én de verbeteringen van de motivering van die besluiten) zijn vernietigd door de Afdeling.

5. Het gemeentebestuur (het college en de gemeenteraad) moet de vergunningprocedure overdoen en alle vijf vergunningaanvragen op een objectieve en gelijke wijze beoordelen, waarbij de uitspraken van de Afdeling in acht genomen moeten worden.

III. Keuze voor een herbeoordeling door een objectieve specialist: RHDHV

6. Het voorgaande betekent dat de aanvragen alsnog op gelijke voet beoordeeld moeten worden. Het college heeft ervoor gekozen om een deskundige externe partij in te schakelen om die herbeoordeling voor te bereiden. Het betreft een specialistisch bureau in de ruimtelijke ordening: Royal Haskoning DHV (hierna: "**RHDHV**"). Het bureau is gevraagd om de aanvragen objectief te toetsen aan het beleidskader zoals het ten tijde van de indiening van de aanvragen te gelden had.

7. Dit proces heeft aan het begin van dit jaar geleid tot een conceptversie van de herbeoordeling. RHDHV heeft in dat kader zelf beoordeeld of het meent dat de aanvragen in overeenstemming zijn met het beleidskader. Waar dat nodig was, heeft RHDHV een invulling gegeven aan de gehanteerde begrippen. Hier ligt naar mijn mening een belangrijke rol voor het bestuursorgaan dat het beleidskader heeft vastgesteld - de gemeenteraad. De gemeenteraad zal moeten nagaan of het de interpretatie van de begrippen uit het beleidskader RHDHV onderschrijft. Waar de raad een andere interpretatie hanteert, zal de raad moeten motiveren waarom voor een dergelijke interpretatie is gekozen. Kort gezegd zal het navolgbaar moeten zijn waarom de interpretatie van RHDHV niet juist is en er uitgegaan moet worden van een andere interpretatie.

IV. Reacties van de aanvragers op conceptversie herbeoordeling RHDHV

8. De conceptversie van de herbeoordeling is gedeeld met alle aanvragers. Dit is gedaan omwille van een zorgvuldige voorbereiding van de te nemen besluiten. Er zijn inmiddels enkele jaren verstreken sinds de aanvragen zijn ingediend en de aanvragen zijn sinds het moment van indiening op onderdelen aangepast. Ook is de onderbouwing van de aanvragen op punten aangepast. Bovendien werd in de conceptversie van de herbeoordeling geconcludeerd dat aanvragen op bepaalde punten niet volledig waren dan wel dat er sprake was van stukken die onvoldoende actueel zijn. Het was raadzaam om de aanvragers daarop te laten reageren om zo na te gaan of RHDHV dat op juiste wijze weergaf.

9. Het gaat meer in algemene zin om een groot aantal stukken en het is mogelijk dat bepaalde zaken op onjuiste wijze waren opgenomen in de conceptversie van de herbeoordeling. Een controle van de aanvragers op de feiten is om die reden van belang.

10. Ten behoeve van de zorgvuldigheid werden de aanvragers in de gelegenheid gesteld om zich hierover uit te laten.

V. De aanvragers mogen wijzigingen van ondergeschikte aard toepassen op hun aanvragen

11. Dit brengt mij bij het punt waar meerdere vragen van de gemeenteraad op zien. Mogen de aanvragen nog wel gewijzigd worden en is het gemeentebestuur gehouden om de aanvragers in de gelegenheid te stellen om de aanvragen te wijzigen dan wel om nieuwe stukken in te dienen? Het antwoord op beide vragen is 'ja', mits er wordt voldaan aan de daaraan gestelde vereisten

zoals die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Dat licht ik hierna toe.

Verplichtingen bij ontbrekende gegevens

12. Het is in ieder geval van belang om op te merken dat een bestuursorgaan (het college/de gemeenteraad) niet zonder meer een aanvraag mag weigeren als het constateert dat er onvoldoende gegevens zijn aangeleverd om tot een inhoudelijke beoordeling over het wel of niet verlenen van een vergunning te kunnen komen. Het bestuursorgaan is namelijk wettelijk verplicht om de aanvrager eerst in de gelegenheid te stellen om de ontbrekende informatie alsnog aan te leveren. Dat volgt uit artikel 4:5, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht. Als het bestuursorgaan meent dat er méér informatie nodig is, dan wordt de aanvrager hierom gevraagd. Uit de herbeoordeling volgt dat bepaalde gegevens ontbreken. Dat betekent dat de aanvragers alsnog deze gegevens moeten indienen. De aanvragers hebben dit opgepakt en de gevraagde stukken worden voorbereid (naar ik heb begrepen).

13. Het college heeft uit de herbeoordeling van RHDHV afgeleid dat er wel voldoende gegevens zijn ingediend om te beoordelen of de aanvragen in overeenstemming zijn met het beleidskader. Dat is in wezen de ruimtelijke toets die de gemeenteraad moet uitvoeren bij het nemen van het ontwerpbesluit omtrent het geven van een verklaring van geen bedenkingen. Hoewel er (in bredere zin) gegevens ontbreken, meent het college dat die gegevens niet dusdanig essentieel zijn dat er geen ruimtelijke toets kan worden uitgevoerd. Gelet op een voortvarende besluitvorming vind ik dat geen onjuiste keuze. Ook gelet op het feit dat het voorliggende raadsvoorstel ziet op een ontwerpbesluit en niet op een definitief besluit, lijkt de gekozen aanpak mij toelaatbaar. Als de raad meent dat er toch gegevens ontbreken die nodig zijn voor de ruimtelijke beoordeling van de aanvragen, dan is het goed om dat met het college te delen om hierover werkafspraken te maken.[4]

Mogelijkheid tot wijziging van de aanvraag

14. Het voorgaande zag op het vragen om nadere gegevens ter verduidelijking van de aanvraag. Hiermee is nog niet de vraag beantwoord of een aanvrager de aanvraag nog zelf mag wijzigen als de aanvraag eenmaal in behandeling is genomen (hetgeen aan de orde is ten aanzien van de vijf voorliggende aanvragen). Hierover het volgende.

15. Een aanvrager heeft ruime mogelijkheden om een aanvraag te wijzigen zolang de aangevraagde omgevingsvergunning nog niet onherroepelijk is geworden. Een omgevingsvergunning is onherroepelijk als daartegen geen rechtsmiddelen meer kunnen worden ingesteld, bijvoorbeeld omdat de beroepstermijnen zijn verstreken (en er geen beroep is ingesteld) of omdat de bestuursrechter een uitspraak heeft gedaan waartegen geen hoger beroep (meer) openstaat.

16. Ik citeer in dat verband de vaste overweging van de Afdeling over het wijzigen van een aanvraag (met mijn benadrukking):

[4] De raad heeft dat recht op grond van artikel 3.11, tweede lid van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

> *"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, is **het college gerechtigd en in bepaalde gevallen zelfs verplicht om de indiener van een bouwaanvraag in de gelegenheid te stellen zijn aanvraag zo te wijzigen of aan te vullen dat geconstateerde beletselen voor het verlenen van de vergunning worden weggenomen**. De Afdeling verwijst bij wijze van voorbeeld naar haar uitspraak van 9 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:34. **Daarbij zal het moeten gaan om wijzigingen van ondergeschikte aard**, waarvoor volgens vaste rechtspraak van de Afdeling geen nieuwe bouwaanvraag is vereist. De vraag of zich een wijziging van ondergeschikte aard voordoet, moet per concreet geval worden beantwoord. **Indien de wijziging van de oorspronkelijke aanvraag zo ingrijpend is dat redelijkerwijs niet meer van hetzelfde bouwplan kan worden gesproken, moet daarvoor een nieuwe aanvraag worden ingediend."***[5]

17. Het is mogelijk om een wijziging van ondergeschikte aard door te voeren zolang een omgevingsvergunning niet onherroepelijk is:

> *"Artikel 6:19 van de Awb brengt volgens vaste jurisprudentie in dat geval ook met zich dat hangende een procedure geen nieuwe aanvraag behoeft te worden ingediend voor een ondergeschikte wijziging van een reeds aangevraagd en/of vergund bouwplan (vergelijk bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:378)."*[6]

18. Ik merk hierbij op dat het college in de onderhavige gevallen de aanvragers niet actief in de gelegenheid heeft gesteld om de aanvragen aan te vullen of te wijzigen naar aanleiding van de conceptversie van de herbeoordeling. Daartoe hebben de aanvragers (althans in ieder geval één aanvrager) zelf gekozen naar aanleiding van de bevindingen van RHDHV. Dat staat hen/haar vrij binnen de grenzen zoals die uit de aangehaalde rechtspraak volgen. Die rechtspraak is vrij ruim (naar mijn mening).

VI. Betekenis van de aangehaalde rechtspraak voor de voorliggende aanvragen in het licht van de te volgen procedure

19. Op dit moment bevinden wij ons nog niet in de fase dat een omgevingsvergunning is verleend of geweigerd voor de vijf zonnevelden. Er waren vier weigeringen en één verlening, maar die zijn allen vernietigd. Dat betekent dat de aanvragen weer zijn 'herleefd'. Op de aanvragen zal een besluit moeten worden genomen. De procedure tot het nemen van de definitieve besluiten vat ik als volgt samen:

- Voordat een definitief besluit genomen kan worden, zal een ontwerpbesluit op de aanvragen genomen moeten worden.[7] Het betreft een ontwerp inzake het geven of

[5] https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2022:3019

[6] https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2021:1587

[7] Dit is vanwege de te volgende voorbereidingsprocedure (op grond van artikel 3.10 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht).

weigeren van een verklaring van geen bedenkingen (afkomstig van de gemeenteraad) én een ontwerp inzake het verlenen of weigeren van de omgevingsvergunning (afkomstig van het college), waarbij de ontwerpbesluiten omtrent de verklaring van geen bedenkingen in acht genomen moeten worden. Deze zijn in beginsel leidend.

- Die ontwerpbesluiten zullen gedurende een periode van zes weken ter inzage moeten worden gelegd, opdat eenieder de gelegenheid heeft om daarop te reageren door een zienswijze uit te brengen.[8] Zowel tegen de ontwerpen die zien op het geven van de verklaring van geen bedenkingen als tegen de ontwerpen die zien op het weigeren van de verklaring van geen bedenkingen kunnen zienswijzen worden ingebracht.[9]

- De zienswijzen worden vervolgens door het college verwerkt opdat de gemeenteraad en het college deze zienswijzenota kan gebruiken om te kunnen komen tot definitieve besluiten op de aanvragen. Dit kan proces kan enkele maanden in beslag nemen (afhankelijk van de hoeveelheid zienswijzen en hun inhoud).

- Na de definitieve besluiten is het gedurende zes weken mogelijk om beroep bij de bestuursrechter in te stellen tegen die besluiten.

20. Het verdient opmerking dat het niet uitgesloten is dat een zienswijze de raad ertoe beweegt om terug te komen op de beslissing (uit de ontwerpfase) om wel of niet de verklaring van geen bedenkingen te geven. Als dat het geval is, dan verdient het omwille van de zorgvuldigheid in algemene zin de voorkeur om de gewijzigde beslissing als ontwerp opnieuw ter inzage te leggen. Dat is bijvoorbeeld aan de orde als de raad eerst vond dat geen verklaring van geen bedenkingen gegeven wordt en naar aanleiding van een zienswijze meent dat er toch een verklaring van geen bedenkingen gegeven zou moeten worden.

21. De raad heeft een specifieke rol in deze procedure. Het college is niet gerechtigd om een oordeel te vellen over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van de aangevraagde projecten. Dat is een onderwerp waarover de gemeenteraad dient te beslissen. De wetgever heeft dat in de procedure opgenomen door te bepalen dat het college pas tot verlening of weigering kan komen, nadat de gemeenteraad heeft besloten om wel respectievelijk niet een verklaring van geen bedenkingen uit te brengen.[10] Omdat de definitieve besluitvorming pas kan plaatsvinden als een ontwerpfase is doorlopen, vraagt het college eerst de gemeenteraad om ontwerpbesluiten omtrent de verklaring

Het betreft de uitgebreide voorbereidingsprocedure zoals beschreven in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht.

[8] Vanwege artikel 3.12, vijfde lid van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Tegen een ontwerpbesluit staat nog geen beroep bij de bestuursrechter open.

[9] Ook de provinciale bestuursorganen kunnen een zienswijze indienen. Op die manier kan kenbaar gemaakt worden of de provincie meent dat de aangevraagde projecten in overeenstemming zijn met provinciaal beleid en provinciale regelgeving (waaronder de Interim Omgevingsverordening waarin regels omtrent het toestaan van zonnevelden in het landelijk gebied zijn opgenomen).

[10] Artikel 6.5, eerste lid van het Besluit omgevingsrecht.

van geen bedenkingen.

22. Gedurende de voorbereiding van de definitieve besluiten (het hierboven geschetste proces) mogen wijzigingen van ondergeschikte aard gedaan worden. Los van de rechtspraak die de aanvragers veel ruimte biedt (zoals hiervoor weergegeven) en de verplichting van het bevoegd gezag om aanvragers actief te vragen om ontbrekende dan wel verduidelijkende gegevens, is het van belang dat de Afdeling heeft overwogen dat De Bergen reeds in de gelegenheid is gesteld door het college om haar ingediende aanvragen aan te passen, waar de andere aanvragen die gelegenheid niet hebben gekregen. Het komt mij voor dat het fair play-beginsel in dit geval betekent dat het college de andere aanvragers de ruimte biedt die het De Bergen eerder ook heeft geboden (de uitspraak van de Afdeling volgende).

VII. Betekenis van participatie/draagvlak

23. Als slotopmerking wens ik mee te geven dat het wel of niet voeren van een omgevingsdialoog weinig betekenis lijkt te hebben volgens de Afdeling. In de uitspraak omtrent Zonnepark De Bergen is hierover het volgende opgenomen:

> *"Draagvlak onder de inwoners is op zichzelf volgens het beleidskader geen criterium voor de aanvaardbaarheid van de projecten."*

24. Op het eerste gezicht zou het bestaan van draagvlak gerelateerd kunnen worden aan het criterium 'sociale participatie' uit het beleidskader, maar dat blijkt niet uit het beleidskader. Daarin staat het volgende:

> *"Een initiatief moet een mogelijk bieden aan inwoners om te participeren. Participatie kan bijvoorbeeld door stroomafname of door mede eigenaarschap van het park. Een collectief project vanuit de omgeving heeft de voorkeur boven een ontwikkeling door een projectontwikkelaar."*

25. Het voeren van een omgevingsdialoog en het bestaan van draagvlak lijken hiermee niet samen te hangen. Het is niet opgenomen als vereiste in het beleidskader.

Jamaal Mohuddy
Advocaat
AKD