

een gemeenschap, waartoe de gezamenlijke appartementseigenaars zijn gerechtigd. De vereniging van eigenaars is opgericht voor het beheer van die gemeenschap. Zodra er besluiten moeten worden genomen of rechtshandelingen moeten worden verricht die niet als beheersdaden ten aanzien van die gemeenschap kunnen worden bestempeld, maar als daden van be-

schikking, kan niet worden volstaan met de toepassing van Titel 9. In dat geval moeten ook de algemene regels rondom gemeenschappen van Boek 3 BW worden gevolgd. Voor veel – ook op het eerste oog simpele – rechtshandelingen is daardoor de medewerking nodig van alle appartementseigenaars en kan niet worden

volstaan met een meerderheidsbesluit van de vereniging van eigenaars.

1. Zie de overwegingen van de Hoge Raad in het zogenaamde *Wortelboer*-arrest: HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405.
2. Let op dat dit een belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting.

Omgevingsrecht



Ernst Haverkamp
DLA Piper

‘Het fair play-beginsel en vastgoed: fair enough?’¹

1. Inleiding

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) heeft recentelijk op 16 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:437 en ECLI:NL:RVS:2022:442²) twee uitspraken gedaan ter beslechting van een geschil dat lokaal ook wel ‘de zonnepark-oorlog’ is gaan heten.³ De uitspraken zijn onder andere interessant vanwege de toepassing van het ‘fair play-beginsel’ bij de verlening van omgevingsvergunningen bij (schaarse) ruimtelijke ontwikkelingen.⁴ Deze uitspraken hebben tot gevolg gehad dat het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Drimmelen (College) opnieuw dient te beslissen op vijf verschillende omgevingsvergunningaanvragen voor de aanleg van verschillende zonneparken op diverse locaties binnen de gemeente Drimmelen. Dit aangezien duidelijk is geworden dat het College één (vergunde) aanvraag heeft beoordeeld en daardoor niet alle vijf aanvragen op gelijke objectieve wijze zijn beoordeeld. Dit heeft tot het oordeel geleid dat het College

daarmee – blijkens de uitspraken – in strijd heeft gehandeld met het ‘fair play-beginsel’. Hiermee lijkt de onderhavige kwestie dus nog allerminst ten einde te zijn. Deze uitspraak is echter tevens opmerkelijk vanwege de uitdrukkelijke toepassing van het (formele) ‘fair play-beginsel’ in omgevingsvergunningsprocedures maar is tevens interessant in de context van het recente *Didam*-arrest en de wijze waarop met schaarse rechten c.q. vergunningen dient te worden omgegaan.⁵ In deze bijdrage zal daarom nader worden ingegaan op deze opvallende uitspraken en de gevolgen voor de (vastgoed)praktijk.

2. Achtergrond

Het College besloot aanvankelijk om behoorlijk ruime en ambitieuze mogelijkheden te bieden voor de realisatie van zonneparken binnen de gemeente Drimmelen. In het gemeentelijke ‘Beleidskader grootschalige zonnevelden’ uit 2018 (vastgesteld d.d. 28 september 2018) was namelijk vastgelegd dat er binnen de gemeente Drimmelen tot 1 januari 2021 maximaal 150 hectare aan zonnevelden zouden kunnen worden gerealiseerd. Het voornoemde gemeentelijke beleidskader voorzag – vermoedelijk om projecten te versnellen – er tevens in dat er door de gemeenteraad reeds op voorhand een algemene verklaring van geen bedenkingen (vvgb) was afgegeven⁶ voor projecten die *niet* pasten binnen het vigerende bestemmingsplan maar wel binnen dit beleidskader. Het beleidskader bevatte voor de beoordeling van aanvragen om omgevingsvergunning voor grootschalige zonnevelden de volgende leidende principes (samengevat): (i) dat een project maatschappelijke

meerwaarde moet hebben; (ii) dat het een landschappelijke kwaliteitsverbetering met zich moet brengen; (iii) dat er een leerdoel mee wordt gediend en (iv) het beleidskader bevatte uitgangspunten voor de afweging van locaties.

In het licht van de geboden mogelijkheden worden er in 2018 onder andere door NaGa Solar (drie aanvragen d.d. 13 september 2018), Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe (een aanvraag d.d. 10 september 2018) en door Zonnepark De Bergen (een aanvraag d.d. 15 oktober 2018) aanvragen ingediend voor de realisatie van grootschalige zonneparken binnen de gemeente Drimmelen (tezamen circa 33 hectare). Dit substantiële aantal aanvragen – vanwege voornoemd beleid – en de daardoor ontstane ‘onrust’ en ‘weerstand’ bij inwoners van de gemeente Drimmelen, doet het College en de gemeenteraad echter al snel besluiten om het voornoemde beleidskader op 28 februari 2019 te wijzigen. Vervolgens wordt besloten om het maximaal aantal hectare zonnevelden van 150 terug te brengen naar 10 hectare. Het inhoudelijke beleidskader is verder ongewijzigd gebleven. De gemeenteraad besluit tevens om de algemene vvgb in te trekken. Bij het besluit tot deze wijziging is echter wel voorzien in een overgangsregeling waarin staat dat: ‘alle aanvragen tussen 27 september 2018 en 1 februari 2019, zullen worden beoordeeld aan de hand van het ongewijzigde beleidskader uit 2018’.

Voor alle vijf voornoemde initiatieven c.q. omgevingsvergunningaanvragen was een afwijking van het geldende bestemmingsplan ‘Buitengebied’ nodig, omdat realisering van de beoogde zonneparken daarmee in strijd was.

Hierdoor diende dus ook getoetst te worden aan het (gewijzigde) beleidskader. In het licht van de overgangsregeling betekende dit echter dat de gemeente het oude beleidskader alsmede de algemene vvgb enkel nog van toepassing achtte op het (laatste) Zonnepark De Bergen en het nieuwe beleidskader (zonder algemene vvgb) werd daarmee van toepassing op de (eerdere) overige vier aanvragen van NaGa Solar en Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe. Het College weigert diensgevolge vervolgens de aanvragen van NaGa Solar en Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe met als reden dat de gemeenteraad van Drimmelen heeft geweigerd om de – in het kader van een afwijking van het bestemmingsplan – vereiste vvgb af te geven. Daarbij zou de algemene vvgb ook niet (meer) voor deze aanvragen gelden. Dit aangezien – volgens de gemeente en blijkens de weigeringsbesluiten – de overgangsregeling niet op deze vier aanvragen van toepassing was, omdat deze al op 13 september 2018 zijn ingediend. Deze aanvragen zouden daarom getoetst moeten worden aan het nieuwe beleidskader. De later ingediende aanvraag van Zonnepark De Bergen werd vervolgens onder vigeur van het ‘oude’ beleidskader wel gehonoreerd, omdat deze aanvraag passend werd geacht binnen het beleidskader en daardoor tevens de (vereiste) algemene vvgb kon worden verkregen.

De weigering van de (eerdere) aanvragen van NaGa Solar en Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe en de (latere) positieve beschikking op de aanvraag van Zonnepark De Bergen vormden dan ook de aanleiding voor NaGa Solar en Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe om beroep in te stellen tegen de weigering van de vier aanvragen en tegen de verlening van de aanvraag voor het zonnepark ‘De Bergen’. De rechtbank oordeelt in beide beroepsprocedures en in samenhang bezien dat (samengevat): ‘de inhoudelijke toetsing aan het beleidskader, anders dan het college stelt, niet voor alle aanvragen op een gelijke wijze is verlopen, in die zin dat het er de schijn van heeft dat Zonnepark De Bergen is bevoordeeld.’ Om deze reden werden de besluiten in beide beroepsprocedures door de rechtbank vernietigd. Deze uitspraak in beroep vormden voor het College en de ver-

gunninghouder (Zonnepark De Bergen) vervolgens weer de aanleiding om in hoger beroep te gaan bij de Afdeling.

3. De uitspraak en beoordeling

De Afdeling bevestigt in hoger beroep echter het oordeel van de rechtbank dat de procedures niet op gelijke wijze zijn verlopen en acht deze handelswijze van het College in strijd met het ‘fair play-beginsel’. De Afdeling overweegt namelijk – in navolging van de rechtbank – het volgende: ‘Allereerst blijkt uit het besluit van 10 september 2019, waarbij de omgevingsvergunning aan Zonnepark De Bergen is verleend, en de besluiten van 12 september 2019, waarbij de verklaringen van geen bedenkingen aan Naga Solar en Zon- en Natuurpark Midden Zwaluwe zijn geweigerd, dat de beleidswijziging van 28 februari 2019 alleen aan Zonnepark De Bergen niet is tegengeworpen. In de voorstellen aan de raad behorend bij de besluiten van 12 september 2019 wordt namelijk vermeld dat de overgangsregeling niet op die aanvragen van toepassing is.’ Daarmee constateert de Afdeling dus dat de beleidswijziging wel is tegengeworpen aan de vier (geweigerde) zonneparken maar niet aan het (vergunde) Zonnepark De Bergen.

Los van dit formele punt merkt de Afdeling verder ook nog op dat bij de geweigerde aanvragen: ‘tamelijk uitgebreid ingegaan is op de maatschappelijke weerstand tegen de projecten’ en dit aspect bij Zonnepark De Bergen niet is besproken. Daardoor is niet vast te stellen of dat project ook op dit punt is beoordeeld. De Afdeling meent verder dat de rechtbank terecht niet aanzien van de toetsing aan bepaalde criteria heeft overwogen dat niet duidelijk is hoe die toetsing zich verhoudt tot de in het beleidskader opgenomen principes en uitgangspunten (onder meer over: (i) de afname van de opgewekte energie; (ii) doorslaggevende betekenis van de locatie; en (iii) de (te beperkte) interpretatie van de maatschappelijke meerwaarde (zijnde enkel vermeend draagvlak door participatie)). Dit terwijl deze aspecten – zonder deugdelijke motivering – bij de geweigerde aanvragen van NaGa Solar en Zon- en natuurpark Midden Zwaluwe anders of niet betrokken

zijn bij de beoordeling. De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de verschillende aanvragen niet op een gelijke wijze zijn beoordeeld (althans dat het er de schijn van heeft dat Zonnepark De Bergen is bevoordeeld) en dat dit (inderdaad) strijdig is met het beginsel van ‘fair play’ en het motiveringsbeginsel.

Verder heeft de Afdeling ook nog overwogen dat de besluiten niet alleen strijdig zijn met het ‘fair play-beginsel’ maar dat ook de verlening van de algemene vvgb door de gemeenteraad rechtens onjuist is. De Afdeling overweegt dat: ‘de vvgb zo ruim en algemeen geformuleerd [is] dat het college feitelijk de vrije hand is gelaten om de gemeenteraad daar al dan niet om te vragen’. Hierdoor bepaalt de bevoegdheidsontvanger eigenlijk feitelijk de omvang van die bevoegdheid. Dit acht de Afdeling – in navolging van de rechtbank – strijdig met artikel 6.5 Bor.⁷ Het feit dat dit aspect alsnog en rechtens juist is gerepareerd doordat de gemeenteraad met het besluit van 27 juni 2019 alsnog een concrete verklaring van geen bedenkingen voor het project van Zonnepark De Bergen heeft gegeven, is weliswaar niet door de rechtbank onderkend maar kan – gelet op de overige gebreken – niet voorkomen dat de besluiten alsnog dienen te worden vernietigd, aldus de Afdeling.

Tot slot heeft het College nog getracht om tussen het beroep en het hoger beroep de motivering van alle besluiten te repareren door de besluiten aan te passen en aan te vullen. Deze nadere motivering behelst – kort en zakelijk weergegeven – dat op basis van de criteria en uitgangspunten uit het beleidskader punten aan de aanvragen werden toegekend. De Afdeling oordeelde weliswaar dat een dergelijk puntenstelsel – in beginsel – als objectivering aanvaardbaar is, maar dat in het onderhavige geval het puntensysteem geenszins is terug te voeren op het beleidskader en er tevens niet toe geleid heeft dat de vastgestelde gebreken in de besluiten zijn weggelaten. Het puntensysteem zorgt er immers enkel voor dat de projecten onderling kunnen worden vergeleken. De Afdeling overweegt dan ook dat: ‘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 [bevat]'. De Afdeling blijft – ook na de gewijzigde en aangevulde motivering – daardoor van oordeel dat de toetsing nog steeds niet objectief en voor alle aanvragen op gelijke voet is uitgevoerd.

De Afdeling vernietigt dan ook alle besluiten en het College zal de vergunningprocedure nu dus volledig overdoen en alle vijf vergunningaanvragen opnieuw en op een objectieve en gelijke wijze gaan beoordelen.

4. Enkele observaties voor de (vastgoed)praktijk

Het 'fair play-beginsel' is onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behelst te borgen dat bevoegde gezagen – voornamelijk bij de voorbereiding van besluiten en procedures – 'bestuursfatsoen' betrachten.⁸ Het 'fair play-beginsel' kent in zoverre vooral een procedurele invulling en wordt in de rechtspraak ook niet vaak uitdrukkelijk toegepast.⁹ Dit ook mede in het licht van het feit dat het 'fair play-beginsel' veelal wordt overschaduwed door andere (aanpalende) rechtsbeginselen (bijvoorbeeld: het zorgvuldigheidsbeginsel ex artikel 3:2 Awb en het verbod van vooringenomenheid ex artikel 2:4 Awb).¹⁰ In de literatuur werd eerder opgemerkt dat het 'fair play-beginsel' desondanks bezig is met een 'herleving'.¹¹ De voornoemde uitspraak lijkt ook een illustratie van het feit dat dit formele rechtsbeginsel nog steeds relevant is en ook voor de bredere praktijk maar – blijkens deze uitspraken – ook van belang kan zijn voor de vastgoedpraktijk in het bijzonder. Deze uitspraken laten in ieder geval wel zien dat de overheid zich – vanzelfsprekend – altijd aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet houden bij het al dan niet toestaan van vastgoedontwikkelingen. Dit geldt mogelijk temeer waar sprake is van een zekere schaarste. Gemeenten dienen aanvragen van initiatiefnemers op een objectieve en gelijke wijze te toetsen. Uit deze uitspraken komt naar voren dat een dergelijke toetsing vormvrij is, maar dat die toetsing wel vooraf duidelijk moet zijn en ook consequent

moet worden toegepast. De overheid kan dus ook niet zomaar uit eigen beweging een initiatief verkiezen boven een ander initiatief zonder dat deugdelijk en objectief (ruimtelijk) te motiveren.

Deze uitspraken passen tevens in het rijtje van het *Didam*-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een gemeente bij gronduitgifte het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen, en alle (bestuursrechtelijke) uitspraken over de verdeling van schaarse vergunningen waarbij het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.¹² Deze uitspraken vormen daarmee opnieuw een belangrijke waarschuwing voor gemeenten en vastgoedontwikkelaars. Het maken van een-op-een afspraken over (schaarse) ruimtelijke ontwikkelingen en gronden, wordt steeds ingewikkelder. Daarbij lijkt zich in de rechtspraak tevens een teneur te ontwikkelen waarbij (dergelijk) overheidshandelen steeds kritischer en indringender wordt getoetst in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het is dan ook zeker niet uitgesloten dat er de komende tijd meer soortgelijke uitspraken zullen volgen, zeker waar het gaat om schaarse gronden of (omgevings)vergunningen en onderhandse gunning. Dit maakt sommige ontwikkelingen mogelijk complexer maar wel transparanter en deze uitspraken lijken in de bredere context wellicht dan toch te moeten worden beantwoord met: 'fair enough'.

environment-and-planning/toetsing-van-aanvragen-voor-zonneparken-in-strijd-met-het-beginsel-van-fair-play; en van J. Haakmeester d.d. 23 februari 2022: omgevingsweb.nl/samenvatting/fair-play-bij-het-verdelen-van-exploitatie-ruimte-voor-zonneparken.

5. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).
6. Op grond van artikel 2.12 lid 1 onderdeel a onder 3 Wabo kan slechts toestemming worden verleend als de gemeenteraad vooraf heeft verklaard geen bedenkingen te hebben tegen het betreffende project. Op grond van artikel 6.5 lid 3 Bor kan de raad categorieën gevallen aanwijzen waarin een verklaring niet is vereist. Dat had de gemeenteraad van Drimmelen in dit geval dus gedaan voor alle initiatieven die passen binnen het beleidskader.
7. Zie in dit kader ook: ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844 (r.o. 6 e.v.).
8. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Fair play – een vergeten beginsel', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 399 e.v.
9. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Fair play – een vergeten beginsel', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 399 e.v.
10. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Fair play – een vergeten beginsel', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 399 e.v.
11. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Fair play – een vergeten beginsel', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 399 e.v.
12. Zie o.a.: B.J.A. Pellegrom & A. Drahmman, 'Eerlijk zullen we alles (ver)delen', *Gst.* 2021/65; A. Drahmman, 'Schaarse vergunningen. Effectieve rechtsbescherming. Vergelijkende motiveringsplicht. Belanghebbende. (Amsterdam), *Gst.* 2020/138; A. Drahmman, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156.

1. Deze bijdrage is afgesloten op 28 februari 2022.
2. Het betreft hier twee uitspraken van dezelfde datum over de samenhangende zonneparkprojecten waarin de concurrenten van vergunninghouder van appellant: enerzijds (i) tegen deze verleende omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan opkomen (ECLI:NL:RVS:2022:437 en (ii) anderzijds tegen de besluiten opkomen waarin hun aanvragen tot afwijking van het bestemmingsplan zijn geweigerd (ECLI:NL:RVS:2022:442).
3. Zie: bndestem.nl/oosterhout/zonnepark-oorlog-dreigt-in-drimmelen-grond-voor-10-hectare-maar-er-is-vraag-voor-55-hectare-panelen-a50af126/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.
4. Zie in dit kader ook de weblogbijdragen van: J. van Oosten e.a. d.d. 24 februari 2022: stibbeblog.nl/all-blog-posts/