

University of Groningen

Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken

Tolsma, Hanna

Published in:
JBplus

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Tolsma, H. (2021). Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken: Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel. *JBplus*, 2021(2), 67-80. Artikel JBPL 2021-6.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

6. Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken

Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel

Prof. mr. H.D. Tolsma

In het Klimaatakkoord zijn afspraken gemaakt over vroegtijdige participatie van burgers bij energieprojecten. Decentrale overheden waarborgen vroegtijdige participatie via participatiebeleid of regelgeving. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of, en zo ja, in hoeverre procesparticipatie en financiële participatie bij besluitvorming over energieprojecten juridisch afdwingbaar zijn onder het huidige recht en de nieuwe Omgevingswet.

1. Inleiding

'Ruzie om megawindmolens is een splijtzwam in Abcoude'; 'Energietransitie: burgers knappen af'; 'Inwoners Haren, Glimmen, Noordlaren en Onnen boos over plan voor grote hoeveelheid zonneparken. 'Dit overvalt bewoners'. 'Groen licht voor groot zonnepark ondanks massaal protest in Zwolle'.¹ Deze lukrake greep uit recente mediaberichten illustreert dat de ontwikkeling van wind- of zonneparken op land niet zelden leidt tot fel protest van omwonenden.

Meer zonne- en windparken op land wordt nodig geacht om de klimaatdoelen te behalen.² In het Klimaatakkoord is als vertrekpunt gekozen voor een *bottom-up* aanpak. Nederland is verdeeld in dertig regio's. Elke regio stelt een Regionale Energie Strategie vast.³ De optelsom van deze plannen voor het opwekken van hernieuwbare energie moet 35 Terrawattuur (TWh)

opleveren.⁴ In oktober 2020 zijn de concept RES'sen ingeleverd. Deze zijn doorgerekend door het Planbureau voor de leefomgeving en worden eventueel aangepast.⁵ De huidige planning is dat in juli 2021 de zogenoemde RES 1.0 wordt ingediend bij het Nationaal Programma RES (NPRES).⁶ Wat volgt is een cyclus waarbij de RES iedere twee jaar weer wordt bijgewerkt, met het oog op het behalen van het doel in 2030. Uitvoering van de projecten en plannen die in de RES zijn opgenomen, vindt plaats via het juridisch instrumentarium van het omgevingsrecht. Nu nog via onder meer de Wet ruimtelijke ordening en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, in de nabije toekomst: de Omgevingswet.⁷

In het Klimaatakkoord wordt benadrukt dat vroegtijdige participatie en acceptatie van de

1 *Volkskrant* 25 september 2020, *Groninger Gezinsbode* 11 januari 2021, *Dagblad van het Noorden* 22 december 2020, *Omroep Gelderland* 8 juli 2020.

2 De klimaatdoelen zijn opgenomen in art. 2 van de Klimaatwet.

3 C.E. Barnhoorn, E.H.P. Brans & A.J. van der Ven, 'De Regionale Energie Strategie: de regio aan zet in de energietransitie! De juridische aspecten van een nieuw instrument nader beschouwd', *Gst.* 2019/73.

4 Om dit abstracte getal concreet te maken: omgerekend komt 35 Twh neer op 350 grote zonneparken op land. Groot is bijvoorbeeld het zonnepark Sappemeer, met 315.000 zonnepanelen op 117 hectare grond.

5 Monitor concept-RES 2021,

<https://www.pbl.nl/publicaties/monitor-concept-res>

6 Informatie over NPRES en de RES is te vinden op de website: <https://regionale-energiestrategie.nl/>

7 Bij Koninklijk Besluit wordt het tijdstip van inwerking-treding vastgesteld. Een voorgehangen ontwerpbesluit met de datum 1 januari 2022 is aan de Eerste Kamer voorgelegd. Deze datum staat nog niet vast.

lokale omgeving van belang is voor de ruimtelijke inpassing van wind- en zonneparken. Participatie vormt dan ook een belangrijke pijler van de energietransitie.⁸ Van eerdere besluitvormingstrajecten is geleerd dat burgers betrokken moeten worden bij het project. Slepende (juridische) oorlogen, zoals in de Drentse Veenkoloniën, vormen een belemmering voor het behalen van de klimaatdoelen.⁹ Niet alleen het maken van afspraken over de ruimtelijke inpassing, maar ook een betere verdeling van de lasten en lasten kan bijdragen aan het vergroten van draagvlak.

Participatie bij de uitvoering van klimaatbeleid is een onderwerp dat volop in de belangstelling staat. Vanuit een empirische invalshoek wordt de effectiviteit van participatie procedures bestudeerd. Wanneer leidt participatie tot meer draagvlak? Wat zijn goede manieren om inwoners serieus te betrekken?¹⁰ Er wordt in de praktijk veel ervaring opgedaan.¹¹ Maar op dit moment ontbreekt een systematisch overzicht.¹² Volgens de Adviescommissie burgerbetrokkenheid bij klimaatbeleid kan ook de inzet

van zogenoemde burgerfora een waardevolle bijdrage leveren. Tegelijkertijd rijst de vraag hoe nieuwe vormen van democratie zich verhouden tot ons nationale democratische bestel.¹³ Een discussie die al langer speelt is de relatie tot het Verdrag van Aarhus. In het bijzonder de eis van inspraak op een moment 'dat alle opties open zijn' en de getrapte (gefragmenteerde) wijze waarop besluitvorming tot stand komt, vormt een probleem.¹⁴ Verder is een wetsvoorstel versterking participatie op decentraal niveau in voorbereiding. De gemeentelijke inspraakverordening op grond van art. 150 Gemw wordt verbreed naar een participatieverordening. Vraagt dit ook om aanvulling van afd. 3.4 Awb?¹⁵

In deze bijdrage is de aandacht gericht op afspraken die in het Klimaatakkoord zijn gemaakt over procesparticipatie en financiële participatie bij energieprojecten.¹⁶ Bezien wordt in hoeverre het bestuur bevoegd is om bij besluitvorming vroegtijdige participatie juridisch af te dwingen.¹⁷ Met *procesparticipatie*

8 *Klimaatakkoord 2019*, p. 164.

9 L.S. Braaksma & B. Tadema, 'Participatie voor en na besluitvorming: inzichten uit de praktijk. Verslag van een VMR Themamiddag', *M en R* 2019/67, par. 2.3.; H.E. Bröring & A. Tollenaar, 'Vechten tegen windmolens: falende inspraak', in A.T. Marseille e.a. (eds.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht: Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: BJu 2015, p. 293-311.

10 Zie bijv. het onderzoek platform 'Like!Me Living Lab', <https://www.rug.nl/about-ug/organization/collaboration/research-collaboration/onderzoekenergietransitie/>

11 Zie o.a. S. Akerboom, 'Participatie en de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderde context', *TO* 2019/03, p. 85-87.

12 Adviescommissie burgerbetrokkenheid bij klimaatbeleid, 'Betrokkenheid bij klimaat. Burgerfora aanbevolen', Eindrapportage maart 2021.

13 Zie 'Nationale Burgerfora. Verkenning van nationale burgerfora als democratisch gereedschap', Essays van Frank Hendriks, Kristof Jacobs & Ank Michels, februari 2021. Bijlage bij *Kamerstukken I* 2020/21, 35570 VII nr. E (*Participatie en maatschappelijk perspectief in een meervoudig perspectief*).

14 Zie o.a. M. Boeve & F. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet', *Recht der Werkelijkheid* 2019 (40) 2, p. 22-43; R.S. Wertheim, 'Functies van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak', *JBplus* 2019 (4), par. 3.1.

15 Volgens Addink wel. Zie G.H. Addink, 'Het participatiebeginsel in het bestuursrecht. Opmerkingen bij het voorontwerp Wet versterking participatie op decentraal niveau', *NTB* 2020/172, p. 374-385.

16 *Klimaatakkoord*, 28 juni 2019, p. 164 en 219.

17 Deze bijdrage is onder meer gebaseerd op onderzoek van de RUG met Lexnova in opdracht van het ministerie

worden bedoeld de inhoudelijke betrokkenheid van de omgeving bij het besluitvormingsproces voor het project. Bij *financiële participatie* investeert de omgeving in het project en/of ervaart de voordelen van de opbrengsten van het project. Opties zijn mede-eigenaarschap (via vereniging, coöperatie, stichting of andere vorm) of financiële deelneming (d.m.v. obligaties of aandelen), een omgevingsfonds (volledig of gedeeltelijk) gevuld door de initiatiefnemer of een omwonendenregeling (bijvoorbeeld korting op groene stroom).¹⁸ In het Klimaatakkoord is afgesproken te streven naar 50% eigenaarschap van de lokale omgeving van de hernieuwbare energieproductie. Ook zijn er procedurele afspraken gemaakt om te waarborgen dat de omgeving in een vroeg stadium bij besluitvorming wordt betrokken. Het bevoegd gezag controleert of de initiatiefnemer in gesprek gaat met de omgeving. Afspraken met de omgeving worden vastgelegd in een omgevingsovereenkomst tussen de initiatiefnemer en de omgeving. En de initiatiefnemer maakt een projectplan dat beschrijft hoe participatie binnen het project is ingericht.

In hoeverre is het bestuur bevoegd om bij besluitvorming over wind- en zonneparken eisen te stellen aan de initiatiefnemer ten aanzien van procesparticipatie en financiële participatie? Om deze vraag te beantwoorden volgt eerst een beschrijving van de regulering van participatie onder het huidige omgevingsrecht. Daarbij wordt eveneens een illustratie gegeven van hoe de hierboven beschreven afspraken uit het Klimaatakkoord door decentrale overhe-

rie van EZK ten behoeve van de *Factsheet Bevoegdheden overheden procesparticipatie en financiële participatie*, oktober 2020. De mogelijkheden voor de overheid om via privaatrechtelijke gronduitgifte overeenkomsten procesparticipatie en financiële participatie te bedingen, blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

18 Zie voor een uitleg van deze begrippen uitgebreid de 'Participatiewaaiër', <https://www.klimaatakkoord.nl/documenten/publicaties/2019/11/18/participatiewaaiër>

den worden vertaald in beleid en regelgeving (onder 2). Hierna komt de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over draagvlak en participatie aan de orde en volgt een beschouwing. Hierbij is onder meer aandacht voor het legaliteits- en specialiteitsbeginsel (onder 3). Vervolgens staat de Omgevingswet centraal. Participatie vormt binnen dit nieuwe stelsel een belangrijke pijler. Reden om te bezien of, en zo ja, in hoeverre de wet wijzigingen met zich brengt (onder 4). De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (onder 5).

2. Participatie: wetgeving en beleid

In het Klimaatakkoord hebben de deelnemende partijen (waaronder overheden, energiebedrijven en maatschappelijke organisaties) zich geëngageerd aan afspraken over participatie.¹⁹ Decentrale overheden zijn zelf verantwoordelijk om uitvoering te geven aan de afspraken over vroegtijdige participatie. Welke ruimte biedt het huidige wettelijke kader daarvoor? En hoe worden deze afspraken geïmplementeerd in beleid en regelgeving?

2.1 Wettelijk kader

De Awb, Wabo en Wro schrijven vroegtijdige participatie in de fase voorafgaand aan de start van de formele besluitvormingsprocedure niet voor. Om een wind- of zonnepark te realiseren is doorgaans een (wijziging van het) bestemmingsplan nodig (art. 3.1 lid 1 Wro) of een omgevingsvergunning voor het afwijken van het planologische regime (art. 2.12 lid 1 onder a Wabo). Met welke besluitvormingsprocedure het besluit moet worden voorbereid (de uitgebreide uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 Awb of de reguliere procedure) is afhankelijk van het besluit dat nodig is. De besluitvormingsprocedure start formeel met de terinzagelegging van een ontwerp-be-

19 Het betreft een publiek-private overeenkomst (convenant). Zie S. Akerboom, 'Participatie en de energietransitie: juridisch instrumentarium in een veranderende context', *TO* 2019/03, p. 83.

stemmingsplan of het indienen van een vergunningaanvraag. Daaraan voorafgaand vindt overigens vaak wel vooroverleg plaats met de initiatiefnemer (principeverzoek).²⁰

Participatie bij de voorbereiding van een ontwerp (wijziging van het) bestemmingsplan is op grond van de Wro niet verplicht voorgeschreven, maar wel mogelijk.²¹ Art. 1.3.1 lid 1 Bro bevat voor het bevoegd gezag een verplichting om kennis te geven van het voornemen om een bestemmingsplan vast te stellen. Daarmee wordt gewaarborgd dat de omgeving vroegtijdig op de hoogte kan zijn. Op grond van art. 150 Gemw dient de gemeenteraad een inspraakverordening vast te stellen, waarin regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop ingezetenen en belanghebbenden bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid worden betrokken. In deze verordening kan ook inspraak bij de voorbereiding van het ontwerpbesluit worden geregeld. Uit art. 3.1.6 lid 1 onder e van het Bro volgt dat een (ontwerp) bestemmingsplan (wijziging) 'een beschrijving van de wijze waarop burgers en maatschappelijke organisaties bij de voorbereiding van het bestemmingsplan zijn betrokken' moet bevatten. Met andere woorden: als vroegtijdige participatie heeft plaatsgevonden, moet dat ook terugkomen in de motivering.

2.2. Participatie in decentraal beleid en regelgeving

De afspraken uit het Klimaatakkoord over participatie bij energieprojecten vertalen decentrale overheden in beleid en regelgeving. In

deze paragraaf worden enkele voorbeelden gegeven die laten zien dat in gemeentelijk beleid en provinciale regelgeving procesparticipatie en financiële participatie als randvoorwaarde wordt geformuleerd.²² De wijze waarop varieert.

Het Uitnodigingskader Energielandschap van de gemeente Utrecht verlangt van de initiatiefnemer een participatieplan. Met betrekking tot financiële participatie wordt voorgeschreven dat bewoners de kans krijgen om te investeren in een wind- of zonnepark en bij voldoende vraag minimaal 50% van de aandelen of andere eigendomsbewijzen voor een marktconforme prijs, dat initiatiefnemers een omgevingsfonds oprichten waarin minimaal 0,5 euro wordt gestort per geproduceerde MWh door windmolens en dat initiatiefnemers in overleg met bewoners en grondeigenaren komen tot de verdere verdeling van grondvergoedingen en bewonersvergoedingen.²³

De Beleidsnotitie zonneparken en kleine windmolens Gemeente Westerwolde schrijft voor dat een proces van planvorming moet worden doorlopen volgens de zogenoemde maatwerkmethode.²⁴ Dit is 'een proces waaraan de omgeving, de ontwikkelende partij, de netbeheerder en overheid deelnemen. De uitvoering richt zich naast de landschappelijke inpassing op de omgeving voor het verkrijgen van maatschappelijk draagvlak en maken van afspraken voor financiële participatie'. Een initiatiefnemer heeft

20 R. de Waard & B. Oortwijn, *Hoofdlijnen omgevingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2019, p. 34.

21 Op grond van art. 6a WRO was het bieden van inspraak bij de voorbereiding wel verplicht. Met de invoering van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in juli 2005 is deze bepaling vervallen. Zie uitgebreid P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 4.2.3.

22 Meer inzicht in de praktijk biedt het rapport 'Verdeling onder Hoogspanning. Een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken', Noordelijke Rekenkamer 2020, <https://www.noordelijkerekenkamer.nl/onderzoek/actuele-rapporten/221-verdeling-onder-hoogspanning#downloads-verdeling-onder-hoogspanning>

23 Uitnodigingskader Rijnenburg en Reijerscop, vastgesteld door de gemeenteraad Utrecht 9 juli 2020.

24 Beleidsnotitie zonneparken en kleine windmolens, 25 april 2019.

daarbij twee opties om waardevermeerdering voor de omgeving te realiseren.

Optie a. 50% (of een deel daarvan) is in eigendom van een coöperatie waar alle lokale inwoners en ondernemers lid van kunnen worden. Optie b. Als 50% niet wordt behaald, dient een initiatiefnemer een financiële bijdrage/compensatie te betalen per megawatpiek (bedrag is afhankelijk van het vermogen van het zonnepark) om te waarborgen dat een substantieel deel van de winst ten goede komt aan Westervolde.²⁵ Indien tijdens de maatwerkmethode blijkt dat geen draagvlak voor het plan bestaat, kan het proces worden gestopt.

Ook het Toetsingskader zon- en windinitiatieven Olst-Wijhe bevat een uitgebreide beschrijving van het proces voorafgaand aan de start van de formele besluitvormingsprocedure.²⁶ De gemeente organiseert een Omgevingsadviesraad waar een bewonersplatform deel van uitmaakt. Na een principeakkoord van het college van burgemeester en wethouders stelt deze Omgevingsadviesraad een zogenoemd maatschappelijk toetsingskader vast. 'Dit kader gaat bijvoorbeeld over: inspraak van de omgeving in het ontwikkelproces, voorkomen of minimaliseren van hinder, verdeling van lusten en lasten.' Een optie is om dat kader actief aan de markt aan te bieden: een maatschappelijke tender. 'Het initiatief dat het beste aansluit bij dit kader, of mogelijk als beter wordt gezien door de stakeholders, kan de ruimtelijke procedure starten die nodig is voor de ontwikkeling.'

De provincie Friesland heeft in de provinciale verordening als randvoorwaarde geformuleerd dat: 'de omgeving wordt betrokken bij het planproces en ten minste 50% van het zonnepark is

in eigendom van de lokale gemeenschap.'²⁷ Uitzondering is mogelijk.

'In afwijking van het bepaalde in het vierde lid, onder f kan een ruimtelijk plan voor een opstelling voor zonne-energie worden toegestaan, waarbij niet ten minste 50% van het zonnepark in eigendom van de lokale gemeenschap is, mits:

a. de ontwikkelende partij kan aantonen dat de lokale gemeenschap wel in de gelegenheid is gesteld om mede-eigenaar te worden van het zonnepark,

b. sprake is van een initiatief waarbij de lokale gemeenschap zelf nauw en vroegtijdig is betrokken, en

c. een substantieel deel van het positieve resultaat ten goede komt aan de lokale gemeenschap'.

3. Jurisprudentie

In lokaal beleid en provinciale regelgeving zien we dat op verschillende wijzen eisen worden geformuleerd op het gebied van draagvlak en participatie bij energieprojecten. In hoeverre zijn de eisen juridisch afdwingbaar? Deze paragraaf bevat een beschrijving en analyse van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht-spraak over draagvlak en participatie. De rechtspraak is de laatste jaren in beweging, maar beantwoordt (nog) niet alle vragen.

3.1. Draagvlak en inspanning initiatiefnemer

Geregeld wordt in beroep aangevoerd dat er geen draagvlak is voor een wind- of zonnepark. Het is vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak dat het bestaan van draagvlak niet beslissend is voor de rechtmatigheid van de voor een wind- of zonnepark genomen besluiten.²⁸ Standaard is de overweging dat er geen wettelijke regel is die bepaalt dat een nieu-

²⁵ Uitgewerkt in de Leidraad Maatschappelijk rendement uit Zonneparken in Westervolde, 6 november 2020.

²⁶ Toetsingskader zon- en windinitiatieven Olst-Wijhe, 14 september 2020.

²⁷ Wijziging Verordening Romte Fryslân 2014 (zon), vastgesteld door PS op 25 november 2020.

²⁸ o.a. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1781 (*Windpark N33*), r.o. 45.1; ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064 (*Windlocatie Battenoord*), r.o. 24.1; ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (*Windpark de Drentse Monden en Oostermoer*), r.o.

we ruimtelijke ontwikkeling alleen mag worden mogelijk gemaakt als daarvoor voldoende draagvlak bestaat bij de bewoners, ondernemers en belangenorganisaties in het gebied. Vervolgens legt de Afdeling dan uit dat belangen van omwonenden een rol spelen in de belangenafweging die het bevoegd gezag moet maken. In de belangenafweging is draagvlak niet zonder meer zwaarwegend en ook niet beslissend voor de rechtmatigheid van het besluit. Het bevoegd gezag beschikt over beleidsruimte (voorheen 'beleidsvrijheid'). De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.

De enkele omstandigheid dat geen draagvlak bestaat, kan geen argument zijn voor het weigeren van de planologische medewerking.²⁹ Het ontbreken van draagvlak kan aanleiding zijn om een standpunt in te nemen, maar de raad moet een afweging maken op grond van ruimtelijke motieven.³⁰ De bestuursrechter toetst aan de hand van de beroepsgronden de aanvaardbaarheid van de gevolgen voor de omgeving van het wind- of zonnepark. Bijvoorbeeld wat betreft hinder door geluid en slagschaduw, externe veiligheid, de aantasting van landschappelijke waarden en de afweging van alternatieve locaties.³¹

De beoordeling van de Afdeling bestuursrecht-spraak is anders, als het bevoegd gezag op grond van geldend gemeentelijk en/of provinciaal

beleid het betrokken plan slechts kan vaststellen als er voldoende draagvlak bestaat en/of daartoe een inspanningsverplichting geldt. Uit de uitspraak van 6 juni 2018 blijkt dat de Afdeling het beleid leest als een wens dat voldoende maatschappelijk draagvlak wordt verkregen alsmede de wens inwoners te laten participeren bij de planvorming; een wens waarvan de realisering primair op de weg van de initiatiefnemer is gelegen.³² Heeft de initiatiefnemer inspanningen verricht op het gebied van procesparticipatie en financiële participatie, dan is aan het beleid voldaan.

*'Gelet hierop en in aanmerking genomen dat de initiatiefnemer met het oog op het verwerven van draagvlak informatieavonden heeft belegd met omwonenden en onbestreden is gesteld dat er met het oog op participatie een gemeenschapsfond is ingesteld, ook wel gebiedsfonds genoemd, is de Afdeling met de raad van oordeel dat op de punten van draagvlak en participatie aan het (inter)gemeentelijk beleid is voldaan. De Afdeling volgt appellanten dan ook niet in hun stelling dat het plan moet worden vernietigd wegens strijd met het gemeentelijk beleid in zoverre. De omstandigheid het bestemmingsplan is vastgesteld met een beperkte meerderheid binnen de raad, maakt het standpunt over draagvlak niet anders.'*³³

Soms lijkt het beleid hard geformuleerd: 'Er moet breed draagvlak zijn bij omwonenden', maar ziet de Afdeling daarin toch geen harde randvoorwaarde neergelegd waaraan de consequentie is verbonden dat het plan niet mag worden vastgesteld als draagvlak of een vorm van participatie ontbreekt. Een uitspraak van 23 oktober 2019 over een zonnepark biedt een voorbeeld.

47.1; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702 (*Windpark Autena*), r.o. 8.2.

29 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Windpark Greenport Venlo*), r.o. 23.1.

30 ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1639, r.o. 5.1.

31 Zie bijv. over de afweging van alternatieve locaties voor zonneparken de noot van Groot onder ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3010, AB 2021/103, m.nt. T. Groot.

32 ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1838 (*Windpark Avri*), r.o. 10.3 en ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1146 (*Windpark Bijvanck*), r.o. 10.3.

33 ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1838 (*Windpark Avri*), r.o. 10.3.

'Het beleid brengt de wens tot uitdrukking dat voldoende maatschappelijk draagvlak wordt verkregen alsmede de wens inwoners te laten participeren bij de planvorming, een wens waarvan de realisering primair op de weg van de initiatiefnemer is gelegen. Van de initiatiefnemer wordt verwacht dat hij zich inspanningen getroost om voldoende draagvlak te verwerven en participatie mogelijk te maken'.³⁴

De initiatiefnemer heeft informatieavonden georganiseerd, belangstellenden via e-mail en een website op de hoogte gehouden. De aangrenzende bewoners van het zonnepark hebben een aanbod gekregen voor zonnepanelen tegen een goedkoop tarief. Voldoende inspanningen, naar het oordeel van de Afdeling.

Diezelfde aanpak vinden we ook terug in een uitspraak van 1 april 2020. Hier ging het overigens niet om de vraag of aan gemeentelijk beleid was voldaan, maar om een voorwaarde van de gemeenteraad verbonden aan een verklaring van geen bedenkingen. In de periode van de terinzagelegging van de ontwerpverklaring van geen bedenkingen moet de initiatiefnemer aantonen dat er voldoende lokaal draagvlak is in de omgeving van het te realiseren zonnepark. Beoordeeld wordt of de initiatiefnemer voldoende inspanningen heeft verricht. Dat is het geval. Het feit dat niet iedere omwonende tevreden is, betekent niet dat er onvoldoende draagvlak is. De initiatiefnemer van het zonnepark heeft contact gezocht met direct omwonenden, buurtverenigingen en jeugdsozen. Aan het dorps huis is een geldbedrag beschikbaar gesteld voor de aanschaf van een warmtepomp en aan de jeugdsozen zijn obligaties in het zonnepark geschonken. Geïnteresseerden hebben de mogelijkheid gekregen om financieel in het project te participeren. Opvallend is dat de Afdeling benoemt dat er een

beperkt aantal zienswijzen tegen het project zijn:

'Gelet op de door het college genoemde inspanningen van de initiatiefnemer om draagvlak te verwerven en gegeven het beperkte aantal zienswijzen tegen dit project, ziet de Afdeling met de rechtbank geen aanleiding voor het oordeel dat vanwege het ontbreken van voldoende draagvlak voor het project voor het project geen verklaring van geen bedenkingen mocht worden afgegeven'.³⁵

Er zijn in de rechtspraak nog geen voorbeelden waarin de Afdeling het standpunt volgt dat onvoldoende inspanningen zijn verricht. Wel blijkt uit de jurisprudentie dat naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende inspanningen van de initiatiefnemer consequenties kunnen hebben voor de besluitvorming. In de uitspraak van 18 december 2019 formuleert de Afdeling het als volgt:

'Het vorenstaande neemt niet weg dat, bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen'.³⁶

Tot slot is interessant een uitspraak van 11 juli 2018 over het bestemmingsplan 'Leeuwarden - Partiële herziening Plan voor de zon'. De planregels schrijven voor dat burgerparticipatie plaats moet vinden, maar stelt daaraan verder geen eisen. Appellanten voeren in beroep aan dat dit wel moet omdat anders immers niet objectief vastgesteld kan worden of aan burger-

³⁴ ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Borger, zonnepark Daalkampen), r.o. 8.3.

³⁵ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958 (Zonnepark Hijken), r.o. 3.2.

³⁶ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (Windpark Greenport Venlo), r.o. 23.

participatie is voldaan. In de plantoelichting geeft de gemeenteraad aan dat geen harde eisen en termijnen worden gesteld aan het participatietraject, om te voorkomen dat participatie te veel lijkt op een juridische procedure in plaats van echte betrokkenheid van bewoners. De Afdeling deelt dit.

‘De Afdeling oordeelt dat de raad ten behoeve van de bewoners van het plangebied geen nadere regels over de bewonersparticipatie in het plan had hoeven opnemen. De Afdeling kan de raad volgen in zijn standpunt dat juridisering van de bewonersparticipatie niet wenselijk is. De plantoelichting biedt naar het oordeel van de Afdeling voldoende aanknopingspunten voor de invulling van de participatieverplichting.’³⁷

3.2 Beschouwing jurisprudentie

Dat het ontbreken van draagvlak op zichzelf geen reden kan zijn om een besluit te vernietigen, is voor burgers moeilijk te begrijpen. Als het bevoegd gezag vanwege de belangen van omwonenden (ontbreken maatschappelijk draagvlak) geen planologische medewerking wil verlenen, dan zal het moeten motiveren dat de ruimtelijke effecten van het energieproject zo nadelig zijn voor de woon- en leefomgeving van omwonenden dat naar zijn oordeel het project ruimtelijk niet aanvaardbaar is. Frins en De Vries wijzen er terecht op dat het toekennen van een doorslaggevend gewicht voor draagvlak in de besluitvorming waarschijnlijk als consequentie zou hebben dat er in ons land niet zo veel projecten meer gerealiseerd zouden kunnen worden. ‘Nimby is nooit zo ver weg!’³⁸ Een bepalende rol voor draagvlak staat uiteraard ook op gespannen voet met de democratische legitimatie van besluitvorming.³⁹ Een probleem

waar Uylenburg op wijst is dat dergelijke bestuursrechtelijke uitspraken het gevoel van onmacht versterken en daarmee het vertrouwen in de rechtsstaat ondermijnen. De rechter kan dit niet oplossen, bestuursorganen moeten dit zich aantrekken.⁴⁰

Heeft het bestuursorgaan participatiebeleid vastgesteld, dan ziet de bestuursrechter een juridisch haakje om beroepsgronden met betrekking tot participatie te beoordelen. De rechtspraak roept in de praktijk vragen op. In hoeverre kan een bestuursorgaan inspanningen van de initiatiefnemer op het gebied van participatie voorschrijven in beleid? Kan een bestuursorgaan ook besluiten om geen planologische medewerking te verlenen als een initiatiefnemer de omgeving geen financiële participatie aanbiedt? Om deze vragen te beantwoorden is van belang om de inspanningsplicht juridisch te duiden. Opvallend is dat de Afdeling in de jurisprudentie niet expliciet benoemt op welke juridische norm de inspanningsplicht in het participatiebeleid is gebaseerd. Participatiebeleid kan gekwalificeerd worden als een beleidsregel in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb. Beleidsregels zijn gebaseerd op bestaande publiekrechtelijke bevoegdheden (art. 4:81 Awb) en kunnen geen zelfstandige plichten voor burgers in het leven roepen. Dat levert strijd op met het legaliteitsbeginsel.⁴¹ Wat is de juridische basis voor het verlangen van inspanningen van de initiatiefnemer voor het verkrijgen of vergroten van draagvlak door middel van procesparticipatie en financiële participatie?

Biedt het samenspel tussen art. 3:2 Awb (onderzoeksplicht) en de art. 4:2 lid 2 Awb (gegevens-

³⁷ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2338 (*Bestemingsplan Leeuwarden*), r.o. 10.3.

³⁸ ABRvS 3 april 2009, ECLI:NL:RVS:2019:1064, TBR 2019/79, m.nt. R.H.W. Frins & H.J. de Vries.

³⁹ M. Boeve & F. Groothuijse, ‘Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipa-

tie in de Omgevingswet’, *Recht der Werkelijkheid* 2019 (40) 2, p. 23-24.

⁴⁰ R. Uylenburg, ‘Draagvlak, veranderingen en energietransitie’, *Men R* 2019/63, p. 377 en 378.

⁴¹ H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht* 1, Bju: Den Haag 2019, p. 209.

verschaffing aanvrager) wellicht een grondslag? Bij de besluitvorming over wind- of zonneparken beschikt het bestuur over beleidsruimte. Op grond van art. 3:2 Awb dient het bestuursorgaan de relevante feiten en belangen in kaart te brengen. Daarbij verlangt art. 4:2 lid 2 Awb dat ook de initiatiefnemer gegevens en bescheiden verschaft die voor de beslissing op de aanvraag van een omgevingsvergunning nodig zijn (voorgeschreven in het Bor en de Mor) en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Art. 4:2 lid 2 Awb is niet van toepassing als het een aanvraag om planherziening betreft (nu dat een besluit van algemene strekking betreft). Dit betekent niet dat het bestuur dan geheel op eigen kracht de noodzakelijke gegevens boven tafel moet zien te krijgen.⁴² Vroegtijdige participatie biedt de mogelijkheid om de belangen van omwonenden bij een energieproject goed in beeld te krijgen.

Het is de vraag in hoeverre deze normen kunnen dienen als basis voor een afdwingbare inspanningsplicht rustend op de initiatiefnemer. Hoe verhoudt deze inspanningsplicht, gericht op het verkrijgen en vergroten van draagvlak, zich tot de rechtspraak over vroegtijdige inspraak bij bestemmingsplannen op basis van de gemeentelijke inspraakverordening? De vaste lijn in deze jurisprudentie is dat inspraak voorafgaande aan de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan geen onderdeel uitmaakt van de in de Wro en Bro voorgeschreven bestemmingsplanprocedure. Schending van vroegtijdige inspraakverplichtingen heeft daarom geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de bestemmingsplanprocedure en het bestemmingsplan.⁴³ Wat kunnen dan consequenties zijn van schending van de inspanningsplicht op grond van participatiebeleid voor de besluitvorming over de planologische toestemming?

42 Idem, p. 314.

43 O.a. ABRvS9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3770.

Opmerking verdient dat de Afdeling uitdrukkelijk spreekt van een *inspanningsplicht*. Geen resultaatsverplichting.⁴⁴ Uiteraard bestaat het risico dat inspanning en resultaat in praktijk niet goed gescheiden (kunnen) worden. Ook de Afdeling lijkt inspanning en resultaat te vermengen als het bij de beoordeling van de inspanningsplicht waarde toekent aan het aantal ingediende zienswijzen tegen een project.⁴⁵ Een initiatiefnemer kan op vrijwillige basis afspraken maken met de omgeving over ruimtelijke inpassing van het project en/of lokaal eigendom of andere vormen van financiële participatie.⁴⁶ Van belang is om te benadrukken dat de leden van de wind- en zonnebranche (NWEA, Holland Solar) zich via sectorale gedragscodes ook hebben gecommitteerd aan deze inspanningen op het gebied van procesparticipatie en financiële participatie.⁴⁷

Een resultaatsverplichting zou neerkomen op een verplichting voor de initiatiefnemer om met de omgeving overeenstemming te bereiken over de ruimtelijke inpassing van het energieproject en een vorm van financiële participatie in ruil voor planologische medewerking van het bevoegd gezag. Zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag is dat een ongeoorloofde vorm

44 Zie ook de noot bij ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, BR 2020/53, m.nt. Meijering & Schipper.

45 Zoals in de uitspraak van ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958 (*Zonnepark Hijken*).

46 Ook buiten de context van energieprojecten zetten projectontwikkelaars financiële compensatie in om (omgevingsrechtelijke) bezwaren bij belanghebbenden weg te nemen en zo procedures te versnellen. Zie hierover E. Haverkamp & M.E. Hinskens-van Neck, 'Rechtsbescherming versus tijdige realisatie en de (on)mogelijkheden om bij bouwprojecten tot versnelling en slagkracht te komen', *TBR* 2021/3, p. 17-31.

47 'Gedragscode acceptatie & participatie windenergie op land', 2020, te vinden op: www.nwea.nl; 'Gedragscode Zon op Land', 2019, te vinden op: www.hollandsolar.nl

van 'burenplanologie' en/of 'betaalplanologie'. In het ruimtelijk bestuursrecht is de ruimte voor het bevoegd gezag om een financiële vergoeding te verlangen van de initiatiefnemer van een project in ruil voor planologische medewerking beperkt. Een (financiële) regeling tussen particulieren afdwingen is niet toelaatbaar. De voorwaarden die bij een bevoegdheidsovereenkomst (of via voorschriften bij een besluit) worden gesteld over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid moeten door de wet worden toegelaten: en dus een ruimtelijk motief dienen.⁴⁸

Ook de reikwijdte van de inspanningsplicht kan mijns inziens gelet op het specialiteitsbeginsel niet zien op financiële participatie. Het stelsel van de Wro biedt geen aanknopingspunten voor een bevoegdheid voor het bestuur om via beleid te verlangen van een initiatiefnemer dat het zijn best doet om door middel van het aanbieden van financiële participatie draagvlak te verkrijgen of te vergroten. De reikwijdte van de belangenafweging bij het vaststellen van de (wijziging) van een plan of omgevingsvergunning wordt begrensd door 'de goede ruimtelijke ordening'. Een bestuursorgaan kan planologische medewerking weigeren als daaraan ruimtelijke motieven ten grondslag liggen. Bij de invulling van dit begrip beschikt de overheid weliswaar over veel beleidsruimte.⁴⁹ Maar de

'goede ruimtelijke ordening' biedt naar de huidige stand van de jurisprudentie geen grondslag om financiële participatie van de omgeving bij een energieproject te eisen van de initiatiefnemer.⁵⁰ Dit geldt voor alle vormen van financiële participatie. Met deze opties van financiële participatie is geen ruimtelijk relevant belang gemoeid.⁵¹ De privaatrechtelijke constructie van een energieproject (mede-eigenaarschap/financiële deelneming), of het meeprofitieren van het energieproject door de omgeving (omwonendenregeling of omgevingsfonds), hebben geen betrekking op de ruimtelijke gevolgen van het energieproject.⁵²

van deze belangen verband houdt met de aan de grond te geven bestemming en ruimtelijk relevant zijn. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie o.a. Boeve & Groothuise e.a., *Omgevingsrecht*, Europa Law Publishing, Amsterdam 2019, p. 228-233.

50 Overigens zien Bregman en Karens nog wel een 'juridisch haakje'. Zij trekken een parallel met de situatie van particulier opdrachtgeverschap in de situatie onder de oude WRO. Zie A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonoparken - Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118. Dat vergt mijns inziens wel een hele creatieve redenering waar een bestuursrechter zich naar mijn mening beter niet aan kan wagen.

51 Meijering en Schipper wijzen in hun annotatie bij de uitspraak Zonnepark Hijken nog op de financiële bijdrage van een initiatiefnemer in het kader van art. 6.24 lid 1 onder a Wro (ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, *BR* 2020/53, m.nt. Meijering & Schipper). Met deze bijdrage bekostigt het bevoegd gezag ruimtelijke ontwikkelingen (natuur, landschap, recreatie etc.) die vooraf in een structuurvisie zijn vastgelegd. Weigert de initiatiefnemer de financiële bijdrage, dan kan het bestuur onder voorwaarden ook beslissen om geen planologische medewerking te verlenen, zie ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, *AB* 2020/41, m.nt. Tolsma.

52 Dat neemt niet weg dat financiële participatie een positief effect kan hebben op de woon- en leefomgeving van omwonenden (of de subjectieve beleving van omwonenden). Bijvoorbeeld een omgevingsfonds

48 HR 2 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*); HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (*Bouwers/Bladel*). Overigens is in het verleden in de literatuur gediscussieerd over de bevoegdheid van het bestuur om aan een besluit een schaderegeling tussen particulieren te koppelen (via een voorschrift of beding in een bevoegdheidsovereenkomst). Zie met verwijzingen naar literatuur H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij de bestuurlijke besluitvorming*, Den Haag: BJu 2008, p. 105-108.

49 Zo volgt uit de jurisprudentie bijv. dat belangen als natuur, milieu, gezondheid en volkshuisvesting worden meegewogen, maar alleen voor zover de bescherming

3.3 *Tussenconclusie*

Uit de rechtspraak volgt dat het bevoegd gezag op grond van beleid inspanningen mag verlangen van de initiatiefnemer van een energieproject. De rechtspraak roept vragen op. Uit de jurisprudentie blijkt niet wat de grondslag is voor een juridisch afdwingbare inspanningsplicht en wat de reikwijdte van de inspanningsplicht is. Gelet op het specialiteitsbeginsel kan de inspanningsplicht naar mijn oordeel in ieder geval niet zien op financiële participatie. Een bevoegdheid om decentraal beleid en regelgeving vast te stellen waarin procesparticipatie en financiële participatie geformuleerd zijn als randvoorwaarden (resultaatverplichting) voor planologische toestemming (zoals beschreven in par. 2.3) ontbreekt.

4. Omgevingswet

De rechtspraak over draagvlak en participatie roept vragen op. Sorteert de Afdeling met het erkennen van een inspanningsplicht voor de initiatiefnemer op grond van beleid voor op de Omgevingswet?⁵³ Wat regelt de Omgevingswet over participatie en wat is de betekenis voor besluitvorming en rechtsbescherming?

4.1 *Participatie in het stelsel van de Omgevingswet*

In het stelsel van de Omgevingswet vormt participatie een belangrijke pijler. Het betreft een doorsnijdend thema dat op verschillende plekken terugkomt.⁵⁴ In de wetsgeschiedenis wordt participatie gedefinieerd als 'dat burgers,

waarmee maatschappelijke doelen in de buurt worden gefinancierd of de zeggenschap van omwonenden als mede-eigenaar over de ruimtelijke inpassing van het energieproject.

53 Zie de noot van Ypinga bij ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209, AB 2020/146, m.nt. Ypinga.

54 Een uitgebreide beschrijving van participatie onder de Omgevingswet is onder meer te vinden in S.W. Derksen & H.W. Dekker, 'Participatie onder de Omgevingswet: niet nieuw, wel anders geregeld (Deel I)', *TBR* 2020/104; S.W. Derksen & H.W. Dekker, 'Participatie onder de

bedrijven, maatschappelijke organisaties in een vroegtijdig stadium bij de besluitvorming over omgevingsvisiës, plannen, programma's, projecten en activiteiten in de fysieke leefomgeving worden betrokken.⁵⁵ De zienswijzeprocedure valt ook hieronder, maar het gaat vooral om het betrekken van partijen bij het besluitvormingsproces voordat de formele besluitvorming van start gaat ('vroegtijdige participatie').⁵⁶

Wat regelt de Omgevingswet over participatie voorafgaand aan de formele besluitvorming? Dit verschilt per instrument. Voor de omgevingsvergunning geldt voor de initiatiefnemer het zogenoemde aanvraagvereiste participatie (art. 16.55 lid 2 Ow juncto art. 7.4 Omgevingsregeling). In de aanvraag moet worden aangegeven of aan participatie is gedaan, en zo ja, hoe en wat de resultaten zijn. Geen verplichte participatie dus. Bovendien is het aanvraagvereiste uitputtend geregeld. Dit betekent dat er geen ruimte is voor decentrale overheden om aanvullende eisen te stellen.⁵⁷ Ruimte om via beleid of regelgeving eisen te stellen aan vroegtijdige participatie bij energieprojecten ontbreekt.

De gemeenteraad heeft evenwel de bevoegdheid om categorieën van activiteiten aan te wijzen waarin participatie verplicht is voordat een vergunningaanvraag voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit waarvoor het college van B&W bevoegd gezag is, kan worden ingediend (art. 16.55 lid 7 Ow).⁵⁸ Uit de wettekst blijkt niet expliciet of dan ook eisen gesteld kunnen worden aan het participatieproces. In de toelichting op de omgevingsregeling staat vermeld: 'Doordat de aanvraagvereisten over participatie uitputtend geregeld zijn, mogen ook voor deze door de gemeenteraad aan te

Omgevingswet: niet nieuw, wel anders geregeld (Deel II)', *TBR* 2020/114.

55 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 389.

56 *Stb.* 2018, 290, p. 131.

57 *Stcr.* 2019, nr. 56288, p. 336.

58 Amendement Van Eijs c.s., 34986, nr. 10.

wijzen gevallen geen aanvullende aanvraagvereisten worden gesteld.⁵⁹ Blijkens de nadere memorie van antwoord bij de Invoeringswet Omgevingswet ziet de regering wel ruimte voor de gemeenteraad om daarbij aan te geven de wijze waarop participatie bij voorkeur zou moeten plaatsvinden. Daarbij wordt gewezen op de verordening die gemeenten op grond van art. 150 Gemw moeten vaststellen: *'Gemeenteraden kunnen daarin criteria opnemen op basis waarvan per concreet project passende vormen van participatie kunnen worden gekozen'*.⁶⁰

Voor het realiseren van meer complexe besluiten is het projectbesluit relevant (art. 5.44 Ow). In de projectprocedure (afd. 5.2 Ow) is participatie verplicht gesteld en ook enigszins procedureel uitgewerkt. Het startsein voor participatie is de kennisgeving van het voornemen (art. 5.47 Ow juncto art. 5.3 Ob), waarbij het bevoegd gezag kennisgeeft van de wijze waarop burgers en bedrijven zullen worden betrokken (participatieplan). En eenieder in de gelegenheid wordt gesteld mogelijke oplossingen aan te dragen met betrekking tot de specifieke opgave in de fysieke leefomgeving. Degene die een oplossing heeft voorgedragen kan het bevoegd gezag verzoeken daarover advies te vragen aan een onafhankelijk deskundige (art. 5.48 lid 2 Ow). Het bevoegd gezag motiveert in het projectbesluit hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding zijn betrokken en wat de resultaten zijn (art. 5.51 Ow).

Voor het omgevingsplan schrijft de Omgevingswet voor om kennis te geven van het voornemen een omgevingsplan vast te stellen (art. 16.29 Ow). Daarmee wordt gewaarborgd dat participatie kan plaatsvinden in de fase voorafgaand aan de formele besluitvormingsprocedure, nog voordat een ontwerpbesluit aan

de orde is.⁶¹ In die kennisgeving moet ook worden aangegeven hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen worden betrokken. De wet schrijft overigens niet voor dat participatie plaatsvindt voorafgaand aan de formele besluitvormingsprocedure. Het is mogelijk om te volstaan met de inspraakprocedure van afd. 3.4 Awb.⁶² De motiveringsplicht verlangt van het bevoegd gezag dus enkel een bewuste keuze over vroegtijdige participatie. Bij het vaststellen van het plan moet worden aangegeven hoe participatie heeft plaatsgevonden en wat de resultaten zijn (art. 10.2 Ob). Ook moet worden aangegeven hoe invulling is gegeven aan het decentrale participatiebeleid.⁶³ De bedoeling van deze eis is dat decentrale overheden participatiebeleid gaan vaststellen en publiceren.⁶⁴ Als de Wet versterking participatie op decentraal niveau in werking treedt, moet worden nagegaan of de regeling in het stelsel van de Omgevingswet aangepast moet worden.⁶⁵

De Omgevingswet schrijft niet voor hoe participatie plaats moet vinden. Waarom is dat niet geregeld? De regering is van oordeel dat voor goede participatie maatwerk is vereist. In plaats van juridische borging in de wet is daarvoor volgens de regering een verandering in de bestuurscultuur noodzakelijk.⁶⁶ Discussies over de vraag of de participatie wel of niet voldoet aan kwaliteitscriteria hoort niet in de rechtszaal thuis, maar in de politieke arena. Het primaat van de inrichting van de informele participatie in een vroegtijdig stadium is met de

61 *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 93, amendement Dik-Faber en van Veldhoven

62 *Kamerstukken I* 2019/20, 34986, S. Participatie ligt bijvoorbeeld niet voor de hand bij redactionele wijzigingen van het omgevingsplan.

63 Dit ter uitvoering van de motie Nooren, *Kamerstukken I* 2019/20, 34986, nr. AA.

64 *Kamerstukken I* 2019/20, 33118, BF.

65 *Stb.* 2020, 400, p. 1217.

66 *Stb.* 2018, 290, p. 133.

59 *Stcrt.* 2019, nr. 56288, p. 337.

60 *Kamerstukken I* 2019/20, 34986, S, p. 27.

Omgevingswet gelegd bij het bevoegd gezag.⁶⁷ Hierbij speelt het uitgangspunt van vertrouwen een rol: in het bevoegd gezag en de initiatiefnemer.⁶⁸ In de literatuur is gewezen op het risico van ‘laissez fair participatie’ en zijn concrete voorstellen gedaan om het aanvraagvereiste participatie meer handen en voeten te geven.⁶⁹

4.2 Betekenis voor besluitvorming en rechtsbescherming?

In het algemeen verwacht ik – evenals Derksen en Dekker – dat er na de inwerkingtreding veel geprocedeerd zal gaan worden over de vraag of de juiste eisen zijn gesteld aan het participatieproces en of de in het participatieplan of beleidsregels gestelde eisen wel op een juiste wijze zijn gevolgd.⁷⁰ Over participatie zal in de rechtszaal worden gediscussieerd, ook al acht de wetgever dat niet gewenst. Tegelijkertijd geldt dat beroepsgronden over de wijze waarop participatie heeft plaatsgevonden naar verwachting niet snel tot vernietiging van het bestreden besluit leiden. Ook dat zal ten opzichte van het huidige recht niet veranderen.

In de wetsgeschiedenis van de Omgevingswet is stilgestaan bij de juridische consequenties van de participatie-eisen voor zowel besluitvorming als rechtsbescherming. Het aanvraagvereiste participatie bij de omgevingsvergunning brengt niet of nauwelijks wijzigingen in de rol van het bevoegd gezag bij de besluitvorming. Het enige verschil met het huidige recht is dat het bevoegd gezag moet checken of de aanvraag gegevens bevat over de vraag of participatie heeft plaatsgevonden (en zo ja, hoe en wat). Of nu wel of geen vroegtijdige participatie heeft

plaatsgevonden, het bestuur moet beoordelen of het over voldoende gegevens beschikt om belangen af te wegen en een zorgvuldig besluit te nemen (art. 3:2 en art. 3:4 Awb). Is dat niet het geval, dan zal het via de hoorplicht bij beschikkingen (art. 4:7 Awb, art. 4:8 Awb) die gegevens kunnen achterhalen. Wordt bezwaar en beroep ingediend, dan wijst de regering erop dat bij de beoordeling door de bestuursrechter in beroep het zwaartepunt ligt bij de motivering van de beslissing op bezwaar en niet bij de wijze waarop voorafgaand aan het indienen van de aanvraag participatie heeft plaatsgevonden. Wordt een gebrek geconstateerd, dan kan dat wellicht via art. 6:22 Awb worden gepasseerd of met de lus worden hersteld.⁷¹

Gaat het om door de gemeenteraad aangewezene buitenplanse omgevingsactiviteiten waarvoor vroegtijdige participatie verplicht is, dan kan de aanvraag van de vergunning buiten behandeling worden gelaten als participatie niet (of naar het oordeel van het bevoegd gezag onvoldoende) heeft plaatsgevonden.⁷² Wordt daartegen beroep ingesteld, dan kan de bestuursrechter dus ook geconfronteerd worden met de vraag of participatie voldoende is geweest. De regering is van mening dat de rechter dan een oordeel moet vormen of het bevoegd gezag ‘in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de aanvraag onvolledig was.’⁷³ Door de gemeenteraad vastgestelde criteria kunnen behulpzaam zijn bij de motivering hiervan. Daarbij worden gemeenten gewaarschuwd om niet te overvragen:

‘Er zijn signalen bekend dat gemeenten alleen medewerking willen verlenen aan een aanvraag voor een afwijking van het bestemmingsplan als directe burenhiervoor schriftelijke toestemming hebben verleend. Goed overleg met burenen is van groot belang, maar de genoemde vorm van «burenplanologie» acht de regering in strijd met

67 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 217.

68 O.a. *Stcr.* 2019, 56288, p. 307.

69 Hurenkamp & Tonkens, ‘Ontwerpprincipes voor betere burgerparticipatie’, *Bestuurskunde* 2020 (29) 1, p. 54-63.

70 S.W. Derksen & H.W. Dekker, ‘Participatie onder de Omgevingswet: niet nieuw, wel anders geregeld (Deel II)’, *TBR* 2020/114.

71 *Stcr.* 2019, 56288, p. 336-337.

72 *Stcr.* 2019, 56288, p. 308.

73 *Kamerstukken I* 2019/20, 34986, S, p. 30.

*het recht, omdat hiermee wordt miskend dat het bevoegd gezag, met toepassing van de beoordelingsregels, heeft te beslissen op ingekomen aanvragen. Deze verantwoordelijkheid kan niet worden afgeschoven op omwonenden. Een dergelijke praktijk leidt ook gemakkelijk tot onacceptabele uitwassen, waarin burens zo nodig met misleiding of onder dreiging elkaar toestemmingen ontftutselen?*⁷⁴

Mijn verwachting is dat de Afdelingsjurisprudentie over de inspanningsplicht om draagvlak te verwerven en te vergroten bij energieprojecten van betekenis blijft bij een omgevingsvergunning die valt onder de categorie waarvoor vroegtijdige participatie verplicht is en bij een verzoek om herziening van het omgevingsplan. Aanknopingspunten voor een resultaatverplichting zie ik niet. Dat geldt voor procesparticipatie en financiële participatie. De Omgevingswet ziet op de fysieke leefomgeving en reguleert activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving. Ook deze verbrede reikwijdte biedt het bevoegd gezag mijns inziens geen ruimte om financiële participatie van de omgeving in een energieproject te eisen.

5. Afsluiting

Het onderwerp burgerparticipatie staat hoog op de politieke agenda. De uitvoering van het klimaatbeleid heeft invloed op het dagelijks leven van burgers. In het kader van de Omgevingswet zijn overheden hard aan de slag met het opdoen van ervaring in pilots en proeftuinen en het ontwikkelen van *best practices*.⁷⁵ Het Klimaatakkoord kent een prominente rol toe aan procesparticipatie en financiële participatie bij energieprojecten. Een initiatiefnemer die inzet op vroegtijdige participatie kan draagvlak winnen: een betere verdeling van de lusten en lasten bij de uitvoering van het klimaatbeleid.

Uit de huidige rechtspraak blijkt dat het bevoegd gezag op grond van participatiebeleid inspanningen van de initiatiefnemer kan verlangen gericht op het verkrijgen en vergroten van draagvlak. Op grond van de jurisprudentie is nog niet duidelijk op welke norm deze inspanningsplicht is gebaseerd en hoever die eisen kunnen gaan. Gelet op het specialiteitsbeginsel kan deze inspanningsplicht naar mijn oordeel niet zien op financiële participatie. Het betreft een bovenwettelijke vorm van participatie die niet afdwingbaar is.

Verdiert financiële participatie dan niet een plaats in de wet? In de eerste plaats blijkt dat bestuursorganen in de praktijk wel behoefte lijken te hebben aan bevoegdheden op het gebied van financiële participatie om draagvlak te verkrijgen en te vergroten. In beleid en regelgeving wordt financiële participatie als randvoorwaarde geformuleerd (zie par. 2.3). Een risico van beleid en regelgeving waarvoor geen bevoegdheid bestaat, is dat afspraken tussen burgers, initiatiefnemers en de overheid gebaseerd zijn op juridisch drijfzand. In de tweede plaats kunnen burgers op dit moment bij het bevoegd gezag geen aanspraak maken op financiële participatie. Zij zijn volledig afhankelijk van de bereidheid van een initiatiefnemer en/of het bevoegd gezag of die ten behoeve van de realisering van het wind- of zonnepark willen investeren in de omgeving. Een vergelijking tussen verschillende omgevingsfondsen in de praktijk laat zien dat er behoorlijk wat variatie zit in de bijdrage die door de initiatiefnemer en/of het bevoegd gezag wordt gestort.⁷⁶ Dat is het resultaat van maatwerk; een kwestie van politiek. Maar hoe leg je dat uit aan omwonenden van een zon- of windpark die er relatief bekaaid vanaf komen? In de derde plaats is ook de uitvoering van de financiële participatie een potentiële bron van conflicten die het opge-

⁷⁴ Kamerstukken I 2019/20, 34986, S, p. 30-31.

⁷⁵ <https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/participatie-omgevingswet/>

⁷⁶ D.E. Bakker, *Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken: met (wettelijke) waarborgen omgeven?*, Masterscriptie Rijksuniversiteit Groningen, april 2021.

bouwde draagvlak snel kan doen afbrokkelen. Initiatiefnemers die het niet eens zijn met de besteding van het geld van een omgevingsfonds, zijn tot niets verplicht en kunnen er zo uitstappen.⁷⁷ Wat doet dat met het vertrouwen van burgers in de overheid?

Hoe zou financiële participatie dan het best geregeld kunnen worden? Welke plaats neemt een dergelijke regeling in ons rechtsstelsel in, naast de regeling van nadeelcompensatie? Waarom wel financiële participatie bij zon- en windparken en niet bij een snelweg of fabriek? Is het wenselijk om financiële participatie te koppelen aan vroegtijdige participatie bij besluitvorming in het fysieke domein? Wat kunnen we leren van een rechtsvergelijking met andere landen waar financiële participatie bij hernieuwbare energieprojecten verplicht is (Denemarken, Ierland en Duitsland)?⁷⁸ Wordt vervolgd.

Over de auteur

Prof. mr. H.D. (Hanna) Tolsma
Hoogleraar Besluitvorming en rechtsbescherming in het omgevingsrecht.

⁷⁷ <https://www.rtvddrenthe.nl/nieuws/167566/VVD-Aa-en-Hunze-wil-windboeren-terug-aan-overlegtafel-adviesraad>

⁷⁸ Zie Maas e.a., *Inzicht in participatie bij windenergieprojecten. Een verkennende studie naar zes Europese landen*, Pondera consult 2020 (in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat). En kritisch over de regeling in Denemarken: Marie Leer Jørgensen, Helle Tegner Anker & Jesper Lassen, 'Distributive fairness and local acceptance of wind turbines: The role of compensation schemes', *Energy Policy* 138 (2020) 111294.

Kies voor zekerheid met de kennisbank VIND Bestuursrecht



De online kennisbank VIND Bestuursrecht biedt u gevalideerde vakinformatie waarmee u sneller casussen voor uw gemeente kunt oplossen. Bijvoorbeeld: Is er recht op bestuursrechtelijke schadevergoeding? Welke jurisprudentie is er beschikbaar bij dit wetsartikel of onderwerp? Is er voldaan aan de eisen voor de inhoud van een bezwaar- of beroepschrift? Wanneer is iemand als belanghebbende aan te merken?

Via actuele vakkennis en praktische tools vindt u een pasklare en goed onderbouwde oplossing. VIND Bestuursrecht is uniek door de thematische, praktijkgerichte vertaling van de wet- en regelgeving. Hiermee wordt u optimaal ondersteund in uw werk.

Meer weten? Kijk op www.sdu.nl/vind-bestuursrecht

Sdu

7. Maatwerk bij de vaststelling en toepassing van beleidsregels

Mr. L. Mitsinga

Uit het rapport ‘Ongekend onrecht’ blijkt dat het toezichtbeleid omtrent de kinderopvangtoeslag onvoldoende ruimte liet voor een individuele beoordeling, met schrijnende situaties als gevolg. De getuigen die door de parlementaire ondervragingscommissie zijn gehoord trekken hier meerdere lessen uit. Bijvoorbeeld dat wet- en regelgeving ruimte moet bieden om maatwerk te leveren.¹ Van lessen moet men leren, en daarom is het nuttig om te bezien hoe hieraan gevolg kan worden gegeven.²

1. Inleiding

Als het bestuur bij het opstellen van regelgeving en beleid ruimte inbouwt om maatwerk mogelijk te maken, brengt dat tot uitdrukking dat het oog heeft voor de belangen van de burger. Dat het bestuur dat moet doen, volgt uit het beginsel van de dienende overheid en het evenredigheidsbeginsel. Zo leidt de literatuur uit het beginsel van de dienende overheid af dat de overheid zich responsief moet opstellen door – kort gezegd – rekening te houden met de persoon van de burger en de situatie waarin hij zich bevindt.³ Ook het evenredigheidsbeginsel verplicht het bestuur om de relevante belangen in kaart te brengen, deze zorgvuldig tegen elkaar af te wegen en een besluit te nemen dat recht

doet aan de concrete omstandigheden van het geval.⁴ Daarbij past een proactieve houding en een meedenkende opstelling bij de uitvoering van regelgeving en beleid.

Daar gaat aan vooraf dat de kwaliteit van beleid en regelgeving is gewaarborgd. Een rechtvaardig besluit komt tot stand door na te gaan wat in een individueel geval de meest geëigende oplossing is. Een beleidsregel die het bestuur onvoldoende ruimte laat om relevante feiten mee te wegen en tot een oplossing te komen, vormt daar een belemmering voor.⁵ Door concrete eisen te stellen aan beleidsregels, kan de responsieve toepassing daarvan worden bevorderd.

Beleidsregels dienen naar huidig recht al aan algemene rechtsbeginselen te voldoen, maar deze schrijven geen concrete eisen voor. Zouden er duidelijke eisen worden geformuleerd waaraan beleidsregels moeten voldoen, dan kan het bestuur daar al bij de vaststelling rekening mee houden, wat later door de rechter kan worden getoetst. Wanneer blijkt dat beleidsregels de toets van een redelijke beleidsbepaling niet kunnen doorstaan, moeten zij worden aan-

1 Verslag - Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend Onrecht*, 17 december 2020, p. 31-32.

2 Dit artikel is een bewerking van de masterscriptie ‘Naar een responsieve rechtsstaat’ door L. Mitsinga (<https://www.njb.nl/blogs/naar-een-responsieve-rechtsstaat/>). Zij dankt prof. mr. Y.E. Schuurmans voor haar commentaar op eerdere versies van dit artikel.

3 Vgl. M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen, *NTB* 2020/74’, *NTB* 2020/73, p. 190; L.J.A. Damen, ‘Op naar een dienende overheid (1DO)!’ *Naschrift*, *NTB* 2020/74, p. 196; R.J.N. Schlössels, ‘Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid’, *Gst.* 2010, 102, par. 5.

4 Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 41-43.

5 W. Konijnenbelt, ‘Normstelling in het bestuursrecht. Een pleidooi voor enige vrijzinnigheid maar vooral voor Einzelfallgerechtigheid’, *NTB* 2019/28, p. 285.