

# Burgerinitiatief en participatie

V A R   V E R E N I G I N G   V O O R   B E S T U U R S R E C H T

*Preadviesen Jonge VAR 2022*

D.E. Bakker

E.M.M.A. Driessen

M.C. Pakkert & J.H.N. Ypinga

21

**Boom**

ISBN 978-94-6212-874-3



9 789462 128743 >

Burgerinitiatief en participatie



Jonge VAR-reeks

21

# Burgerinitiatief en participatie

Preadviezen uitgebracht door

D.E. Bakker

E.M.M.A. Driessen

M.C. Pakkert & J.H.N. Ypinga

Voor de bijeenkomst  
van de Jonge VAR  
op 18 november 2022

Boom juridisch

Den Haag

2023

© 2023 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprecuregeling van Stichting Reprecure dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Rweprecure (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprecure.nl](http://www.reprecure.nl)). Voor het veelevoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-uvo.nl](http://www.stichting-uvo.nl)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-874-3

ISBN 978-94-0011-364-0 (e-book)

NUR 823

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# Inhoud

<b>Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?</b> D.E. Bakker	7
<b>De dienstbare overheid en het ondersteunen van burgerinitiatieven</b> E.M.M.A. Driessen	81
<b>Inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht: too little, too late?</b> M.C. Pakkert & J.H.N. Ypinga	141





# Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?

*Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van de maatschappelijke tender met het oog op de beginselen van legaliteit en specialiteit*

D.E. Bakker\*

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>9</b>
1.1	Overheidssturing op financiële participatie	9
1.2	De maatschappelijke tender als handvat	10
1.3	Vraagstelling en opbouw	12
<b>2</b>	<b>Financiële participatie</b>	<b>13</b>
2.1	Definiëring en afbakening	13
2.2	Varianten	15
2.2.1	Actieve financiële participatie	15
2.2.2	Passieve financiële participatie	15
2.3	Achtergrond	16
2.3.1	De relatie met acceptatie en draagvlak	16
2.3.2	(Niets) nieuws onder de zon	18
2.4	Juridisch kader	19
2.4.1	Maatwerk centraal	19
2.4.2	Niet juridisch afdwingbaar	22
2.5	Tussenconclusie	23
<b>3</b>	<b>De maatschappelijke tender</b>	<b>25</b>
3.1	Verkenning	26
3.1.1	Selectie van handreikingen en beleidskaders	26
3.1.2	De maatschappelijke tender op particuliere gronden	27
3.1.3	De maatschappelijke tender op overheidsgronden	35
3.2	Juridische duiding	38
3.2.1	Aanbestedingsrecht	38
3.2.2	Schaarste	39

\* Mr. D.E. (Dorien) Bakker is promovenda en junior docent aan de vakgroep Staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij dankt prof. mr. dr. H.D. Tolsma en prof. mr. dr. H.E. Bröring voor hun commentaar op eerdere versies van dit preadvies. Het preadvies is op 31 oktober 2022 afgerond. Ontwikkelingen en bronnen van latere datum blijven buiten beschouwing.

3.2.3	Rechtsbescherming	43
3.3	Tussenconclusie	45
<b>4</b>	<b>Toelaatbaarheid maatschappelijke tender op particuliere gronden</b>	<b>47</b>
4.1	Legaliteit en specialiteit	47
4.2	Vergunningenplafond	48
4.3	Toetsing aan voorwaarden	49
4.3.1	Legaliteit	50
4.3.2	Specialiteit	51
4.4	Vergelijkende toets	51
4.4.1	Legaliteit	52
4.4.2	Specialiteit	53
4.5	Toetsing aanvraag omgevingsvergunning	55
4.6	Anterieure overeenkomst	56
4.7	Tussenconclusie	58
<b>5</b>	<b>Toelaatbaarheid maatschappelijke tender op overheidsgronden</b>	<b>59</b>
5.1	Legaliteit en specialiteit	60
5.2	Doorkruisingsleer en toepassing	60
5.3	Andere rechtspraak	62
5.3.1	Ruimtelijke ordening	62
5.3.2	Kostenverhaal	64
5.4	Tussenconclusie	65
<b>6</b>	<b>Slotbeschouwing</b>	<b>67</b>
6.1	Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?	67
6.2	Hoe nu verder?	69
	<b>Lijst van geraadpleegde bronnen</b>	<b>71</b>
<b>Bijlage 1</b>	<b>Tabel bij verkenning, par. 3.1</b>	<b>79</b>

# I Inleiding

## 1.1 Overheidssturing op financiële participatie

Sinds enkele jaren stuurt de rijksoverheid aan op financiële participatie van burgers bij wind- en zonneparken op land. Al in 2013 is in het Energieakkoord vastgesteld dat een eerlijke verdeling van lusten en lasten essentieel is voor het ontstaan van draagvlak voor de energietransitie. In het Energieakkoord staat daarnaast dat in de Omgevingswet wordt verankerd ‘dat de vergunningverlenende instantie lokale eisen kan stellen aan het organiseren van draagvlak’.<sup>1</sup> Het Klimaatakkoord bouwt voort op de afspraken uit het Energieakkoord. In dit akkoord is afgesproken dat initiatiefnemers van duurzame energieprojecten een traject moeten doorlopen om te komen tot een passende vorm van (financiële) participatie.<sup>2</sup> In het coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV is het streven om ‘(financiële) participatie’ te stimuleren nogmaals herhaald.<sup>3</sup> Hoe het kabinet dit streven concreet gaat invullen, blijft onbepaald.

Door in te zetten op (financiële) participatie, wenst de overheid de energietransitie te bevorderen. Draagvlak onder omwonenden is namelijk zeker niet vanzelfsprekend. Omwonenden verzetten zich regelmatig tegen de komst van wind- en zonneparken in hun omgeving, met moeizame juridische procedures tot gevolg.<sup>4</sup> Om deze weerstand te voorkomen, zouden omwonenden bij duurzame energieprojecten moeten worden betrokken. Hierbij gaat het erom burgers enerzijds te betrekken in de besluitvorming (*procesparticipatie*) en hen anderzijds te laten investeren in en meeprofiteren van de geplande duurzame ontwikkeling (*financiële participatie*).<sup>5</sup> Deze twee wijzen van burgerparticipatie worden onder de noemer *projectparticipatie* geschaard.<sup>6</sup> Financiële participatie kan onder meer plaatsvinden door burgers korting op stroom aan te bieden, hen mede-eigenaar te laten zijn, of medeaandeelhouder te maken.<sup>7</sup> De verschillende mogelijkheden voor financiële participatie zijn uitgewerkt in de zogenoemde Participatiewaaier.<sup>8</sup>

1 SER, ‘Energieakkoord voor duurzame groei’, 6 september 2013, te vinden op: [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), p. 32.

2 ‘Klimaatakkoord’, 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 4, 164 en 219.

3 Coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’, december 2021, te vinden op: [www.kabinetsformatie2021.nl](http://www.kabinetsformatie2021.nl), p. 8.

4 Zie bijvoorbeeld: Van Zundert, BR 2018/56.

5 ‘Klimaatakkoord’, 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 164 en 219.

6 Zie echter anders: Aarts, LTB 2017/32. Zij lijkt projectparticipatie en actieve financiële participatie als synoniemen te beschouwen.

7 Namelijk door een *omwonendenregeling*, *lokaal eigendom* en een *financiële deelneming*.

8 ‘Participatiewaaier’, 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 5.

Hoewel de overheid financiële participatie van belang acht, bestaan hier geen bindende regels over. De totstandkoming van financiële participatie wordt omwille van maatwerk aan de praktijk overgelaten. In de literatuur en in een onderzoeksrapport van de Noordelijke Rekenkamer is geconstateerd dat decentrale overheden de noodzaak voelen om financiële participatie af te dwingen of anderszins een rol te laten spelen bij de besluitvorming.<sup>9</sup> Het afdwingen van financiële participatie is in het huidige stelsel van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) echter niet mogelijk. De beginnelen van legaliteit en specialiteit staan hieraan in de weg. Het creëren van draagvlak door het aanbieden van financiële participatie is namelijk niet ruimtelijk relevant.<sup>10</sup>

## 1.2 De maatschappelijke tender als handvat

De Omgevingswet brengt op het punt van financiële participatie geen verandering met zich mee.<sup>11</sup> De wetgever heeft afgezien van het voornemen om in de Omgevingswet regels te stellen over financiële participatie. In een Kamerbrief van 1 september 2021 licht de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (hierna: EZK) deze keuze toe.<sup>12</sup> De staatssecretaris benadrukt dat per Regionale Energiestrategie en per project afspraken over financiële participatie worden gemaakt. Volgens haar zouden generieke regels de behoefte aan maatwerk belemmeren. Daarnaast overweegt zij dat het knelpunt niet is gelegen in het juridisch instrumentarium, maar ‘dat er vooral behoefte is aan handvatten om binnen de huidige Wet ruimtelijk ordening (Wro) en de toekomstige Omgevingswet (Ow) invulling te geven aan het algemeen streven voor financiële participatie bij hernieuwbare opwek.’ Decentrale overheden kunnen volgens haar in deze handvatten voorzien door een actievere ondersteuning te bieden aan initiatiefnemers. In dit kader wijst zij op de mogelijkheid om financiële participatie in een zogenoemde maatschappelijke tender mee te wegen als ‘zacht criterium’. Op deze wijze zouden overheden financiële participatie op legitieme wijze kunnen stimuleren.

Uit de Kamerbrief blijkt niet wat precies wordt bedoeld met het begrip ‘maatschappelijke tender’. Het begrip is niet wettelijk gedefinieerd. Het begrip ‘tender’ kan verwijzen naar een aanbestedingsprocedure.<sup>13</sup> Daarnaast kan worden bedoeld op de ‘tenderprocedure’ in het kader van de verdeling van schaarse rechten. Hierbij worden aanvragen op basis van verdelingscriteria met elkaar vergeleken en daarmee de rangorde tussen aanvragen bepaald.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Noordelijke Rekenkamer 2020.

<sup>10</sup> Tolsma & Blekkenhorst 2020; Bregman & Karens, TBR 2020/118.

<sup>11</sup> Naar huidige stand van zaken is de inwerkingtreding van de Omgevingswet uitgesteld tot 1 juli 2023. Voor dit preadvies is gebruikgemaakt van de geconsolideerde versie van de Omgevingswet d.d. 8 september 2022 en het Besluit kwaliteit leefomgeving d.d. 22 september 2022). Beide documenten zijn te vinden op: [www.omgevingsweb.nl](http://www.omgevingsweb.nl).

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief), p. 5-6.

<sup>13</sup> Het aanbestedingsrecht is vermoedelijk niet van toepassing.

<sup>14</sup> Ook wel vergelijkende toets geheten. Van Ommeren 2004. Zie over de terminologie: Wolswinkel 2011, p. 192; Wolswinkel 2013, p. 152.

In handreikingen worden twee varianten van de maatschappelijke tender omschreven. De maatschappelijke tender ‘op basis van schaarse rechten’ wordt als eerste mogelijkheid genoemd.<sup>15</sup> Hierbij is een particulier eigenaar van de desbetreffende gronden. Voorstelbaar is dat een (procentueel) maximum wordt gesteld aan functies in een bestemmingsplan, waardoor meerdere gegadigden dit kunnen realiseren. De vraag is dan aan de orde wie een omgevingsvergunning verkrijgt en wie niet. Om dit te bepalen, worden een verdelingsprocedure en selectiecriteria vastgesteld. Vervolgens worden geïnteresseerden uitgenodigd om een voorstel in te dienen, welke onderling worden vergeleken. In de vergelijking tussen de voorstellen wordt financiële participatie meegewogen. De voorstellen die de meeste punten behalen, ontvangen een positief principebesluit en sluiten een overeenkomst met het overheidslichaam.<sup>16</sup> Pas na dit voortraject wordt een aanvraag om een omgevingsvergunning ingediend. De tweede variant is aan de orde indien de overheid grondeigenaar is van de gronden. De overheid bepaalt dan op basis van een maatschappelijke tender welke partij via gronduitgifte of een andere privaatrechtelijke handeling de beschikking over de gronden krijgt.

In de praktijk wordt al gebruikgemaakt van de maatschappelijke tender. Een voorbeeld is te vinden in de ‘Barneveldse Zonneladder’ uit 2019.<sup>17</sup>

De maatschappelijke tender kan dus worden gezien als (beleids)instrument, waarmee de overheid voorafgaand aan de planologische besluitvorming voorstellen voor duurzame energieprojecten op basis van (deels) maatschappelijke criteria met elkaar vergelijkt en zo bepaalt wie in aanmerking komt voor planologische medewerking. Wat precies onder ‘maatschappelijk’ valt is onduidelijk, maar in ieder geval lijkt het te kunnen gaan om aspecten die in het wettelijk stelsel van de Wro, de Wabo en de Omgevingswet geen rol mogen spelen.<sup>18</sup>

De maatschappelijke tender en de formulering ‘zacht criterium’ roepen vragen op. De juridische betekenis ervan is onduidelijk. Wat is het rechtskarakter van een positief of negatief principebesluit? In hoeverre werkt de uitkomst van de maatschappelijke tender door in de publiekrechtelijke besluitvorming? En in hoeverre is deze doorwerking toelaatbaar met het oog op de beginselen van legaliteit en specialiteit? Indien de uitkomst van een maatschappelijke tender bepalend is voor de vraag aan wie planologische medewerking wordt verleend, kan aan de toelaatbaarheid ervan worden getwijfeld. Eerder is immers geconstateerd dat de beginselen van legaliteit en specialiteit met zich brengen dat financiële participatie geen rol mag spelen in de planologische besluitvorming. Maakt het creëren

15 Nationaal Programma RES, ‘Werkblad Maatschappelijke Tender’, 2021, te vinden op: [www.regionale-energiestrategie.nl](http://www.regionale-energiestrategie.nl), p. 3; NVDE, NWEA & Holland Solar, ‘Position Paper Maatschappelijke Tenders’, mei 2022.

16 Nationaal Programma RES, ‘Werkblad Maatschappelijke Tender’, 2021, te vinden op: [www.regionale-energiestrategie.nl](http://www.regionale-energiestrategie.nl), p. 11-12.

17 Gemeente Barneveld, ‘Barneveldse Zonneladder’, 10 juli 2019, te vinden op: [www.barneveld.nl](http://www.barneveld.nl).

18 De maatschappelijke tender lijkt op een puntensysteem zoals door Karens omschreven, maar ziet niet (alleen) op de omgevingskwaliteit. Karens, TBR 2022/103.

van schaarste of de omstandigheid dat de overheid eigenaar is dat niet ruimtelijk relevante aspecten een rol kunnen spelen in de planologische besluitvorming? Zo ja, wat is daar de basis van?

### **1.3 Vraagstelling en opbouw**

De centrale vraagstelling in dit preadvies luidt als volgt: *In hoeverre laten de beginselen van legaliteit en specialiteit toe dat de overheid een ‘maatschappelijke tender’ hanteert om voorafgaand aan de planologische besluitvorming (Wro, Wabo, Ow) aan te sturen op financiële participatie bij wind- en zonneparken op land?*

Het preadvies is als volgt opgebouwd. Eerst ga ik in op financiële participatie en het juridische kader daarbij (par. 2). Vervolgens verken ik op welke wijze de maatschappelijke tender wordt vormgegeven in handreikingen en beleidskaders. Hierbij komen ook enkele juridische aspecten aan de orde (par. 3). Daarna toets ik de toelaatbaarheid van het meewegen van financiële participatie bij de verdeling van schaarse vergunningen (par. 4) en in het kader van privaatrechtelijk overheids-handelen (par. 5). Ik sluit af met een slotbeschouwing (par. 6).

## 2 Financiële participatie

In deze paragraaf staat financiële participatie centraal. Eerst geef ik de in dit preadvies gehanteerde definitie van financiële participatie (par. 2.1). Hierna beschrijf ik de verschillende varianten voor financiële participatie (par. 2.2). Vervolgens schets ik de achtergrond bij financiële participatie (par. 2.3). Hierbij is aandacht voor de relatie tussen (financiële) participatie en draagvlak. Daarnaast komt aan de orde of financiële participatie een nieuw fenomeen is. Ik ga daarbij ook in op de huidige stand van zaken. Hierop volgt een deelparagraaf over het huidige juridisch kader bij financiële participatie (par. 2.4). De (on)mogelijkheden voor overheden om de totstandkoming van financiële participatie af te dwingen licht ik daarbij toe. Tot slot volgt een tussenconclusie (par. 2.5).

### 2.1 Definiëring en afbakening

Financiële participatie is geen eenduidig begrip.<sup>19</sup> Het begrip ‘financiële participatie’ wordt in de Omgevingswet noch een andere wet gedefinieerd. De memorie van toelichting bij de Omgevingswet definieert ‘participatieve aanpak’ als ‘het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit.’<sup>20</sup> De Omgevingswet reguleert procesparticipatie, in tegenstelling tot financiële participatie.<sup>21</sup> Financiële participatie blijft opvallenderwijs onbenoemd. Voor een definitie wordt in dit preadvies geput uit het Klimaatakkoord en de Participatiewaai, aangezien deze documenten leidend zijn voor overheden, projectontwikkelaars en andere betrokkenen. Als financiële participatie wordt beschouwd ‘het investeren in of (anderszins) voordelen genieten van een wind- of zonnepark door omwonenden, op een wijze die door de Participatiewaai is omschreven.’<sup>22</sup> Uitgaande van deze definitie, omvat het begrip financiële participatie zowel actieve als passieve vormen. Financiële participatie kan plaatsvinden door lokaal eigendom, financiële deelneming, een omgevingsfonds of een omwonendenregeling. Deze varianten licht ik in de volgende deelparagraaf toe.

De wettelijke instrumenten van planschadevergoeding en de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen (art. 6.1 en 6.24 lid 1 onder a Wro) vallen niet onder de definitie. Financiële participatie is niet gericht op het vergoeden van

<sup>19</sup> Zie voor een overzicht van definities: Anchustegui 2021, par. 3.

<sup>20</sup> *Handelingen II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT).

<sup>21</sup> Zie par. 2.6 van het preadvies van Pakkert & Ypinga. Tolsma, *JBplus* 2021/6; Dieperink 2017.

<sup>22</sup> ‘Participatiewaai’, 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 11.

schade als gevolg van een planologische wijziging, of het verhalen van exploitatiekosten. Het betreft daarentegen een buitenwettelijke bijdrage aan de omgeving van een project, die ziet op een eerlijke verdeling van lusten en lasten.<sup>23</sup>

In dit preadvies ligt de focus op financiële participatie bij wind- en zonneparken op land. Het Klimaatakkoord richt zich louter op financiële participatie bij dergelijke projecten.

Financiële participatie bij windparken op zee ligt minder in de rede, aangezien hier geen omwonenden zijn. Opmerking verdient dat hier desondanks steeds meer aandacht voor bestaat. In een Kamer motie is de regering verzocht te onderzoeken of en in welke vorm er behoefte bestaat aan burgerparticipatie bij windparken op zee.<sup>24</sup> De minister van Klimaat en Energie reageert hierop in een Kamerbrief. Hij constateert de mogelijkheid om financiële participatie als criterium in tenders voor windparken op zee op te nemen. Volgens hem kan de opname van dit criterium echter ‘concurreren met andere belangrijke thema’s als ecologie en systeemintegratie’, waardoor dit eerst integraal moet worden bezien. Voorlopig neemt hij daarom financiële participatie niet als ‘verplicht tendercriterium’ op in aankomende tenders voor windparken op zee.<sup>25</sup> Wel heeft hij toegezegd om financiële participatie te betrekken bij nadere vormgeving van toekomstige tenders en af te wegen tegen andere mogelijke tendercriteria. Wat dat inhoudt, moet nog blijken.<sup>26</sup>

Men kan zich afvragen waarom het overheidsbeleid zich slechts richt op financiële participatie bij wind- en zonneparken op land. Andersoortige projecten kunnen namelijk evengoed leiden tot lusten voor de initiatiefnemer en lasten voor de omgeving. Dit onderscheid wordt door de overheid opvallenderwijs niet toegelicht.<sup>27</sup> Overigens komt financiële participatie incidenteel wel voor bij andersoortige projecten. Zo wordt ook in gedragscodes voor aardwarmteprojecten en gaswinning uit kleine velden aangemoedigd tot het leveren van een positieve bijdrage aan de omgeving.<sup>28</sup>

---

23 Zie ook: ‘Participatiewaaier’, 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 5; Tolsma & Blekkenhorst 2020. Op welke wijze financiële participatie en deze wettelijke instrumenten zich precies tot elkaar verhouden, is nog niet helder. Deze vraag blijft in dit preadvies buiten beschouwing.

24 Kamerstukken II 2020/21, 35092, nr. 17.

25 Kamerstukken II 2021/22, 33561, nr. 1, p. 18. Dat hier wordt gesproken van een ‘verplicht tendercriterium’, terwijl in de Kamerbrief over de maatschappelijke tender bij hernieuwbare energieprojecten op land (Kamerstukken II 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief), p. 5-6) van ‘zacht criterium’, is opmerkelijk.

26 Overigens is financiële participatie bij windparken op zee wel denkbaar. Bij de tender van Kavel III en Kavel VI bij de Hollandse Kust (Zuid) werd door eenieder de mogelijkheid aan burgers geboden om via een fonds te investeren in het te vergunnen windpark. Energeia, ‘Meewind wil burger betrekken en biedt met consortium ook op Hollandse Kust (zuid)’, 18 maart 2019, te vinden op: [www.energeia.nl](http://www.energeia.nl).

27 Dit wordt opgemerkt door de Noordelijke Rekenkamer. Noordelijke Rekenkamer 2020, p. 6 en 10.

28 NOGEPa, ‘Gedragscode gaswinning kleine velden’, [www.nam.nl](http://www.nam.nl), p. 12; DAGO, ‘Gedragscode Omgevingsbetrokkenheid bij Aardwarmteprojecten’, p. 8. Zie ook nog buiten energieopwekking: NEDMAG, ‘SAMEN Omgevingsfonds’, te vinden op: [www.nedmag.nl](http://www.nedmag.nl).



## 2.2 Varianten

Financiële participatie wordt opgesplitst in actieve en passieve varianten. Bij actieve financiële participatie dragen burgers, anders dan bij de passieve variant, een ondernemersrisico. Actieve financiële participatie is zo een verderstreckende wijze van financiële participatie, wat overheidssturing ingrijpender maakt. De Participatiewaaier geeft geen voorkeur aan een of bepaalde varianten. Bij alle varianten sta ik kort stil.

### 2.2.1 Actieve financiële participatie

Er zijn twee mogelijkheden voor actieve financiële participatie, namelijk mede-eigenaarschap en financiële deelneming. Bij mede-eigenaarschap investeren omwonenden of lokale bedrijven via een coöperatie, vereniging of andere rechtsvorm in een duurzaam energieproject. Deze omwonenden of bedrijven worden zo mede-eigenaar van het project. Er wordt ook wel gesproken van lokaal eigendom. Hiervoor is noodzakelijk om (voor)investeringen te maken in het project. Kenmerkend aan mede-eigenaarschap is dat burgers medezeggenschap hebben over het project, wat verantwoordelijkheid met zich meebrengt. Uiteindelijk zijn het de mede-eigenaars die het project draaiende moeten houden en risico lopen om verliezen te lijden.<sup>29</sup>

Financiële deelneming lijkt op mede-eigenaarschap voor wat betreft de financiële risico's die eraan zijn verbonden. In het kader van financiële deelneming verwerven omwonenden aandelen of obligaties. Het Klimaatakkoord en de Participatiewaaier schrijven niet voor op welke wijze financiële deelneming vormgegeven kan of moet worden. In de praktijk vindt financiële participatie bijvoorbeeld plaats via een aandelen- of obligatiefonds, dan wel een aandelenbeheerstichting.<sup>30</sup> Omwonenden kunnen door financiële deelneming meedelen in de winsten uit het project, maar ook verliezen draaien. Anders dan bij mede-eigenaarschap, is geen sprake van mede-eigendom. Daarnaast hebben de deelnemende omwonenden geen zeggenschap over het project. Daar staat tegenover dat deze omwonenden geen voorinvesteringen hoeven te maken.

### 2.2.2 Passieve financiële participatie

Bij passieve financiële participatie hebben omwonenden voordelen van een project, terwijl dit geen investering van hun kant vergt. De Participatiewaaier noemt het omgevingsfonds en de omwonendenregeling als optie. De projectontwikkelaar kan met vertegenwoordigers uit de omgeving afspreken om een deel van

<sup>29</sup> Meijering & Rosens, *Vastgoedrecht 2021/6*. De auteurs stellen interessante vraagstukken bij lokaal eigendom aan de orde.

<sup>30</sup> Ook wel 'Stichting administratiekantoor (STAK)'. Zie hiervoor: E. Aarts, 'Financiële participatie in windenergieprojecten', *LTB 2017/32*. Ook lijkt financiële participatie via *crowdfundingplatforms* in populariteit toe te nemen. Het project wordt zo gefinancierd door een groep omwonenden (de *crowd*). Schwencke 2022 e.a., p. 3-4 en 31.

de winst af te dragen aan een omgevingsfonds.<sup>31</sup> Deze gelden worden vervolgens verdeeld onder maatschappelijke doelen in de omgeving.<sup>32</sup> Zo kan men op ruime schaal meeprofiten van het project.<sup>33</sup>

De laatste optie die de Participatiewaaiër geeft is een omwonendenregeling. Omwonenden kunnen in het kader van een omwonendenregeling aanspraak maken op een direct voordeel. Dit voordeel betreft bijvoorbeeld een som geld, gratis zonnepanelen of korting op groene stroom.

## 2.3 Achtergrond

Voordat wordt ingegaan op het juridisch kader bij financiële participatie, wordt de relevante achtergrond geschetst. Eerst onderzoek ik of er een relatie tussen (financiële) participatie met acceptatie en draagvlak bestaat. Als een verband ontbreekt, bestaat immers geen reden om via een maatschappelijke tender financiële participatie te stimuleren. Vervolgens ga ik na of de huidige inzet op financiële participatie een nieuwe ontwikkeling teweeg heeft gebracht.

### 2.3.1 De relatie met acceptatie en draagvlak

De overheid stimuleert projectparticipatie om acceptatie van en draagvlak voor duurzame energieprojecten onder burgers te vergroten.<sup>34</sup> Opvallend is dat in het Klimaatakkoord en andere overheidsdocumenten elke wetenschappelijke onderbouwing van het verband tussen projectparticipatie en de vergroting van acceptatie en draagvlak ontbreekt. Zo wordt niet onderbouwd of en onder welke voorwaarden financiële participatie een positief effect heeft. Dit gebrek aan wetenschappelijke onderbouwing is in de literatuur al geconstateerd en bekritiseerd. Onder meer Perlaviciute en Squintani wijzen erop dat nog geen duidelijkheid bestaat over de vraag of en hoe projectparticipatie het maatschappelijk draagvlak kan vergroten.<sup>35</sup> Wat volgt uit onderzoek hiernaar?

In onderzoek uit de sociale wetenschappen is gebleken dat acceptatie door omwonenden van toenemend belang is voor de ontwikkeling van hernieuwbare energieprojecten. Naarmate er meer aandacht is voor de belangen van omwonenden, wordt de kans dat het project er komt groter. Het niet in aanmerking nemen van wensen van omwonenden, doet daarnaast afbreuk aan het algemene draagvlak

---

31 Soms ook wel: gebiedsfonds, windfonds en duurzaamheidsfonds.

32 Wat de 'omgeving' inhoudt, verschilt per project. Gelden worden bijvoorbeeld aangewend voor de aanleg van een wandelpad, een *outdoor fitnesspark* of verlichting bij een gemeentehuis.

33 Meestal worden omgevingsfondsen beheerd door een stichting die niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan. Hierdoor blijven Awb-waarborgen buiten toepassing. Zie hiervoor Bakker & Tolsma, *TO 2021/03*; *HIER* opgeweekt 2020, p. 57.

34 SER, 'Energieakkoord voor duurzame groei', 6 september 2013, te vinden op: [www.rijks-overheid.nl](http://www.rijks-overheid.nl), p. 32, 'Klimaatakkoord', 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 164; 'Participatiewaaiër', 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 3.

35 Kuiken, Slobben e.a. 2021, p. 5; Perlaviciute & Squintani 2021.

voor de energietransitie.<sup>36</sup> In de literatuur wordt een sleutelrol toegekend aan procedurele en distributieve rechtvaardigheid.<sup>37</sup>

Procedurele rechtvaardigheid betreft de ervaren rechtvaardigheid gedurende de procedure. Hierbij is onder meer van belang dat de burger een visie op de zaak kan geven en respectvol wordt bejegend.<sup>38</sup> Distributieve rechtvaardigheid gaat over de uitkomst van de procedure. Door financiële participatie worden de negatieve effecten van wind- en zonneparken enigszins opgevangen door voordelen aan omwonenden of de gehele omgeving te geven. Op deze wijze beoogt men het gevoel van distributieve rechtvaardigheid onder burgers te vergroten.<sup>39</sup>

Wat betreft de verhouding tussen procedurele en distributieve rechtvaardigheid, zijn de mij bekende onderzoeken niet eenduidig.<sup>40</sup> De conclusie is vaak dat een combinatie van de twee aspecten het meest wenselijk is.<sup>41</sup> Zo volgt uit onderzoek van TNO dat de slagingskans van financiële participatie bij windparken onlosmakelijk is verbonden met de beleving van omwonenden gedurende het proces.<sup>42</sup>

Uit verschillende onderzoeken en rechterlijke uitspraken blijkt echter ook dat projectparticipatie lang niet altijd succesvol is. Zelfs als aandacht is besteed aan projectparticipatie, kan er nog steeds weerstand tegen windturbines bestaan.<sup>43</sup> Daarnaast bestaat het risico dat financiële participatie wordt opgevat als omkoping. Zo concludeert Aitken dat het ontbreken van duidelijke richtlijnen over financiële participatie ertoe leidt dat burgers aangeboden financiële participatie eerder als omkoping opvatten.<sup>44</sup> Hoewel projectparticipatie en financiële participatie geen garantie voor acceptatie en draagvlak zijn, zou het ontbreken ervan funest kunnen zijn. Sprekende voorbeelden van sterk gepolariseerde verhoudingen door gefaalde participatie vormen de windparken De Drentse Monden en Oostermoer en N33.<sup>45</sup>

Alles overziend volgt geen eenduidig beeld uit onderzoeken over de relatie tussen (financiële) participatie, acceptatie en draagvlak. Financiële participatie is geen wondermiddel om acceptatie en draagvlak te creëren. Er zijn wel sterke aanwijzingen dat participatie een gunstig effect heeft. In het kader van de juridische analyse in dit preadvies wordt om die reden aangenomen dat financiële participatie in beginsel zinvol en wenselijk is.

36 Aitken, *Energy Policy* 2010/38, p. 6068; Landeta-Manzano e.a., *Energy Policy* 2018, p. 315.

37 Zie bijvoorbeeld: Lienhoop, *Energy Policy* 118 (2018), p. 97-115; Kluskens, Vasseur & Benning, *Energies* 2019, 12, 4382, par. 5; Van Velthoven, *RM Themis* 2011-1.

38 Zie bijvoorbeeld: De Waard (red) 2011, par. 2.2.2.

39 Angustegui 2021, par. 2.2.

40 Sommige onderzoeken concluderen dat procedurele rechtvaardigheid essentieel is voor de acceptatie van overheidsbeslissingen: Tyler & Lind 2001, p. 65-92 In andere onderzoeken wordt distributieve rechtvaardigheid belangrijker geacht: Van Velthoven, *RM Themis* 2011-1, par. 4; Boekema, *NTB* 2015/13, par. 5.

41 Zie bijvoorbeeld: Kluskens, Vasseur & Benning, *Energies* 2019, 12, 4382, par. 5; Lienhoop, *Energy Policy* 118 (2018), p. 103.

42 Peuchen e.a 2022, p. 71.

43 Perlaviciute e.a. 2020, par. 2.1.

44 Aitken, *Energy Policy* 38 (2010), par. 8. Daarnaast lijkt een combinatie van vormen van financiële participatie het meest bevorderlijk voor het vergroten van acceptatie. Kluskens, Vasseur & Benning, *Energies* 2019, 12, 4382.

45 Bröring 2017.

### 2.3.2 (Niets) nieuws onder de zon

De aandacht voor financiële participatie bij wind- en zonneparken doet wellicht vermoeden dat het om een nieuw fenomeen gaat. Dat is niet het geval. Vanaf de jaren '80 waren burgers al op zodanige wijze bij de windprojecten betrokken. Toen werden voor de opwekking van windenergie de eerste coöperaties opgericht. Deze ontwikkeling vond plaats tegen de achtergrond van de Koude Oorlog, nieuwe inzichten over de klimaatverandering en de Tsjernobykramp in 1986. Aangezien overheidsbeleid zich destijds juist richtte op kernenergie, besloten burgers zelf initiatief te nemen.<sup>46</sup> Tussen 1986 en 1992 werden 25 windcoöperaties opgericht, waarvan gelijkgestemde burgers lid konden worden. Deze coöperaties werden gekenmerkt door een sterk idealistische achtergrond. De initiatieven streefden geen winst na, maar een duurzame samenleving. Een groot aantal van deze coöperaties investeerde winsten in andere duurzame projecten in de omgeving.<sup>47</sup> Vanaf medio jaren '90 stagneerde de coöperatieve ontwikkeling, onder meer vanwege veranderingen in het fiscale klimaat, verlaagde subsidies en de groei van sociale weerstand tegen windprojecten.<sup>48</sup> Pas in 2007 ontstonden weer nieuwe coöperaties.<sup>49</sup>

Daarnaast is geen nieuw verschijnsel dat de omgeving wordt gesponsord door (energie)bedrijven. Zo draagt de NAM al jarenlang als 'een goede buur' bij aan lokale initiatieven in haar werkgebied.<sup>50</sup> Voorts vond bij commerciële windprojecten al eerder financiële participatie plaats. Zo gaf Nuon omwonenden al sinds de jaren '90 korting op de stroomrekening.<sup>51</sup>

Dat financiële participatie al jarenlang plaatsvindt, zou een verklaring kunnen zijn voor de keuze van de overheid om regulering over te laten aan de energiebranche. Echter, er is wel een ontwikkeling gaande.

De schaal waarop financiële participatie plaatsvindt heeft de afgelopen jaren een hoge vlucht genomen.<sup>52</sup>

Begin 2019 was bij iets meer dan de helft van de totale productie van windenergie sprake van lokaal eigendom van burgers en bedrijven uit de omgeving.<sup>53</sup> Bij de meeste windparken werd in een of meer wijzen van financiële participatie

46 Kamerstukken II 1984/85, 18830, nr. 4.

47 Voorbeelden van deze coöperaties zijn Noordenwind, De Windvogel en Kennemerwind. Agterbosch 2006, p. 121-126.

48 Agterbosch 2006, p. 134-135 en Noordenwind 2016, p. 15.

49 HIER Opgewekt, 'Al 30 jaar pionieren in energiecoöperaties', 2017, te vinden op: [www.hieropgewekt.nl](http://www.hieropgewekt.nl).

50 NAM, 'Duurzame dialoog. Maatschappelijk verslag 2006', p. 25; Bijvoorbeeld in Twente wegens injectie van afvalwater dat vrijkomt bij de oliewinning in het Drentse Schoonebeek. Afgelopen tijd wordt de sponsoring steeds meer beschouwd als 'zoethoudertje' of 'smeergeld'. Zie hiervoor: Trouw, 'Twente wil zich niet langer laten omkopen door de Nam', 1 februari 2022, te vinden op: [www.trouw.nl](http://www.trouw.nl).

51 Groot & Stuifbergen 2011, p. 20. Ook Ecowind liet omwonenden in 2005 financieel deelnemen in een windpark. Schwencke 2012.

52 Tussen 1992 en 2006 waren er 13 energiecoöperaties werkzaam. Vanaf 2009 begon dat aantal te groeien. Tussen 2012 en 2013 vond bijna een verdubbeling plaats, toen het aantal coöperaties van 30 naar 64 toenam. Sindsdien is het aantal gegroeid naar 676 in het jaar 2021. HIER opgewekt 2022, p. 8.

53 Schwencke e.a. 2022, tabel 1, p. 6. 53,4%. In dit percentage zijn inbegrepen: lokaal eigendom van bewonerscollectieven en lokale partners (15,4%) en lokale bedrijven en instellingen (38,0%).

voorzien.<sup>54</sup> Financiële participatie is daarentegen een stuk minder gebruikelijk bij zonneparken.<sup>55</sup>

Ten opzichte van 2019 is in 2021 het aandeel lokaal eigendom bij de opwekking van windenergie sterk teruggedrongen.<sup>56</sup> Volgens Schwencke is deze afname te verklaren door de realisatie van grote windparken zonder lokaal eigendom. Zij verwacht dat de effecten van het Klimaatakkoord en de gedragscodes uit de branches pas vanaf 2023-2024 voor zonneparken en vanaf 2026-2027 voor windparken zichtbaar zullen zijn. In het kader van de recentelijk gerealiseerde projecten zijn de afspraken ten aanzien van projectparticipatie namelijk al eerder gemaakt. Het Energieakkoord heeft waarschijnlijk al wel de resultaten beïnvloed.<sup>57</sup> Het is afwachten of de gerealiseerde financiële participatie de komende jaren onder invloed van het Klimaatakkoord en de gedragscodes verder zal toenemen.<sup>58</sup>

## 2.4 Juridisch kader

De toename van financiële participatie bij wind- en zonneparken is beoogd door de rijksoverheid. Binnen het juridisch kader kan zij op financiële participatie sturen. Hierbij is sturing op basis van wettelijke bevoegdheden denkbaar, waarbij de overheid is gebonden aan de beginselen van legaliteit en specialiteit. Gekozen is voor sturing op andere wijze. Regulering door de wet, bijvoorbeeld via de Omgevingswet, is met het oog op maatwerk achterwege gelaten.<sup>59</sup> Overheidssturing op financiële participatie geschiedt met name door juridisch niet-afdwingbare documenten zoals het Klimaatakkoord en de Participatiewaaiër. Daarnaast is sprake van zelfregulering in de energiebranche door middel van gedragscodes. Voorts vindt sturing plaats in beleidskaders van decentrale overheden. In deze deelparagraaf beschrijf ik het juridisch kader bij financiële participatie. De focus leg ik daarbij op twee aspecten, namelijk dat maatwerk centraal staat en dat financiële participatie juridisch niet-afdwingbaar is. Bij beide aspecten ga ik in op de daaruit voortvloeiende knelpunten.

### 2.4.1 Maatwerk centraal

In het Klimaatakkoord, de Participatiewaaiër en de gedragscodes wordt onderstreept dat financiële participatie maatwerk vergt.<sup>60</sup> Per project dient de gewenste invulling van financiële participatie te worden vastgesteld. In het Klimaatakkoord

54 Schwencke e.a. 2022.

55 Schwencke e.a. 2022, p. 5.

56 Van 53,4% in 2019 naar 29,6% van de totale opwekking in 2021.

57 Schwencke e.a. 2022, p. 2.

58 Ook de komende jaren zullen de kwantitatieve gegevens over financiële participatie worden gemonitord, zo blijkt uit de Kamerbrief van de minister van EZK van 5 september 2022, te vinden op: [www.open.overheid.nl](http://www.open.overheid.nl).

59 *Handelingen II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT), p. 39, 208, 217 en 277.

60 'Klimaatakkoord', 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 26, 'Participatiewaaiër', 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 4. 'Gedragscode Acceptatie en Participatie Windenergie op Land', oktober 2020, te vinden op: [www.nwea.nl](http://www.nwea.nl), p. 10; 'Gedragscode Zon op Land', 13 november 2019, te vinden op: [www.hollandsolar.nl](http://www.hollandsolar.nl), p. 9.

is bepaald dat de initiatiefnemer een proces dient te doorlopen 'om te komen tot een wenselijke en haalbare vormgeving van participatie'. Het bevoegd gezag heeft hierbij een controlerende taak. De afspraken die uit dit proces voortvloeien, worden in een omgevingsovereenkomst opgenomen.<sup>61</sup> Op basis van die overeenkomst wordt een 'projectplan' opgesteld, dat de financiële participatie verder vormgeeft. Het Klimaatakkoord besteedt extra aandacht aan lokaal eigendom en omgevingsfondsen. In dit kader is de doelstelling opgenomen om voor 2030 minstens 50% van de energieopwekking uit hernieuwbare bronnen in lokaal eigendom te laten zijn. Ten aanzien van omgevingsfondsen is bepaald dat deze worden gevuld met een 'redelijk bedrag', waarbij de gedragscode van de windbranchevereniging NWEA als richtlijn wordt gehanteerd.

De Participatiewaaiër nuanceert het Klimaatakkoord enigszins. Volgens de Participatiewaaiër dienen afspraken in een 'participatieplan' een uitkomst te zijn van vroegtijdig overleg tussen de overheid, de initiatiefnemer en de omgeving.<sup>62</sup> Aan de doelstelling om tot 50% lokaal eigendom te komen wordt toegevoegd dat er een inspanningsverplichting dient te gelden 'die de initiatiefnemer verplicht een aanbod te doen om omwonenden, zo mogelijk verenigd in een coöperatie of andersoortig gemeenschappelijk initiatief, te laten participeren in het project'. Daarnaast dient men rekening te houden met omwonenden met een kleine beurs. De concrete invulling wordt overgelaten aan de betrokken partijen.

Voorts wordt in gedragscodes van de wind- en zonnebranche aandacht besteed aan financiële participatie. Een toevoeging op het Klimaatakkoord en de Participatiewaaiër is het richtbedrag dat de 'Gedragscode Acceptatie en Participatie Windenergie op Land' van de NWEA geeft. Het betreft een bedrag van € 0,40-0,50/Mwh. Daarnaast is nieuw dat als uitgangspunt wordt genomen dat 'iedereen die lokaal mede-eigenaar wil worden, hiertoe ook de mogelijkheid krijgt'.<sup>63</sup> In de 'Gedragscode Zon op Land' worden slechts de passages over financiële participatie uit het Klimaatakkoord overgenomen.

Het juridisch kader bij financiële participatie biedt weinig houvast aan betrokkenen, wat kan leiden tot verwarring en conflicten.<sup>64</sup> Het Klimaatakkoord, de Participatiewaaiër en de gedragscodes laten veel open. Er wordt niet concreet vastgesteld op welk moment de afspraken moeten worden gemaakt. Wat 'vroegtijdig overleg' inhoudt, wordt eveneens niet ingevuld.<sup>65</sup> Daarnaast is onbepaald welke personen bij dit overleg betrokken dienen te worden. 'De omgeving' is immers een vaag begrip. Het is niet helder of hiermee louter belanghebbenden worden aangeduid of dat het om een bredere kring gaat.<sup>66</sup> Voorts doet de inspan-

61 'Klimaatakkoord', 28 juni 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 164.

62 Opmerkelijk is dat het bevoegd gezag, anders dan uit het Klimaatakkoord volgt, partij is in de onderhandelingen. 'Participatiewaaiër', 2019, te vinden op: [www.klimaatakkoord.nl](http://www.klimaatakkoord.nl), p. 4.

63 NWEA-gedragscode, p. 10. 'Iedereen' en 'lokaal' lijken wat paradoxaal. Afgevraagd kan worden wat onder 'lokaal' wordt verstaan.

64 Zie bijvoorbeeld: RTV Noord, 'Omwonenden zijn niet blij met verdeling windfonds', 9 november 2020, [www.rtvnoord.nl](http://www.rtvnoord.nl); RTV Drenthe, 'Duidelijke boodschap aan windboeren: 'Maak het geld over en hou op'', 5 februari 2021, [www.rtvdrenthe.nl](http://www.rtvdrenthe.nl).

65 Zie nader over vroegtijdige participatie: Tolsma & De Graaf, M en R 2021/119.

66 Het Klimaatakkoord spreekt louter van 'de omgeving'. De Participatiewaaiër noemt naast 'de omgeving' ook 'omwonenden en bedrijven'. De NWEA-gedragscode zoekt aansluiting bij het belanghebbende-begrip, zoals dit uit de Awb en rechtspraak volgt.

ningsverplichting om omwonenden in het project te laten participeren vreemd aan. In een document vol met doelstellingen, lijkt het hier om een verplichting te gaan. Onduidelijk is wat deze inspanningsverplichting inhoudt en of een dergelijke verplichting wel afgedwongen kan worden.<sup>67</sup>

Tot slot is de taak van de overheid bij de totstandkoming van financiële participatie onduidelijk. Uit het Klimaatakkoord volgt een controlerende taak, terwijl de overheid in de Participatiewaaier wordt omschreven als partij bij de afspraken. Daarnaast moeten overheden handen en voeten geven aan het streven naar 50% lokaal eigendom, terwijl onbepaald is op welke wijze zij dit moeten doen. Met Dieperink ben ik het eens dat de reikwijdte en inhoud van dit streven onduidelijk is.<sup>68</sup> Mijns inziens is precisering op dit punt gewenst.<sup>69</sup>

Naast het gebrek aan houvast doet zich ongelijkheid als keerzijde van maatwerk voor. De Noordelijke Rekenkamer heeft geconstateerd dat per casus grote verschillen bestaan voor wat betreft de gerealiseerde financiële participatie.<sup>70</sup> De overheid vergroot deze ongelijkheid, bijvoorbeeld door selectief grote bedragen in omgevingsfondsen te storten.<sup>71</sup> Het is de vraag wat dergelijke ongelijkheid met het vertrouwen van burgers doet.

Naar aanleiding van de bevindingen van de Noordelijke Rekenkamer zijn Kamervragen gesteld over de wenselijkheid van eenduidige, wettelijke normen. De minister van EZK heeft destijds kortweg gereageerd geen voorstander te zijn van wettelijke normen op het punt van financiële participatie, vanwege de wens om maatwerk te bieden.<sup>72</sup> Uniforme regels hoeven maatwerk echter niet uit te sluiten. In een onderzoek naar regelingen in zes Europese landen werd aan het ministerie van EZK geadviseerd om 'bepaalde verplichte maatregelen centraal te stellen en andere open te laten voor aanpassingen aan de lokale situatie'.<sup>73</sup> Dit advies is nog niet overgenomen.

Om financiële participatie (gelijkelijk) te waarborgen, zijn in verschillende beleidskaders resultaatsverplichtingen met betrekking tot financiële participatie gesteld.<sup>74</sup> Echter, het is niet toelaatbaar om dergelijke verplichtingen te stellen, zoals in de volgende deelparagraaf zal blijken.

---

67 Zie voor dit laatste deelparagraaf 2.4.2.

68 Zo wordt in de zojuist genoemde documenten niet gepreciseerd of het streven ziet op de totale productie van duurzame energie, of op elk project afzonderlijk. Als het streven ziet op ieder project, is onduidelijk gedurende welke fasen van het project gestreefd dient te worden naar 50% lokaal eigendom. Daarnaast volgt niet uit de documenten welke kring van entiteiten als 'lokaal' aangemerkt kan worden. Het Klimaatakkoord legt louter vast dat het gaat om 'burgers en bedrijven'.

69 Dieperink, TBR 2022/11. Zie ook: HIER opgewekt 2021, p. 10 en 13.

70 Noordelijke Rekenkamer 2020, p. 9-10.

71 Bijvoorbeeld wordt in het omgevingsfonds bij Windpark De Drentse Monden en Oostermoer ongeveer 4,7 miljoen euro aan overheidsgeld gestort. Bakker & Tolsma, TO 2021/03, 78.

72 Aangangsel *Handelingen II* 2019/20, nr. 2407.

73 Maas, Ten Klooster & De Sain 2020.

74 Bijvoorbeeld: gemeente Westerwolde, 'Beleidsnotitie zonneparken en kleine windmolens Gemeente Westerwolde', 24 april 2019, te vinden op: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR623627/1>, hoofdstuk 2; gemeenten Oirschot en Bergeijk, 'Besluit van de gemeenteraad van de gemeente Oirschot (respectievelijk Bergeijk) houdende beleid omtrent grootschalige zonne- en windenergie in de Kempen', 15 juli 2020, <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR642413/1>, par. 4.4.

## 2.4.2 Niet juridisch afdwingbaar

Naast de centrale plek van maatwerk, hebben het Klimaatakkoord, de Participatiewaai en de gedragscodes gemeenschappelijk dat deze geen juridisch afdwingbare verplichtingen in het leven roepen.<sup>75</sup> De Wro en de Wabo voorzien evenmin in een grondslag voor het afdwingen of het meewegen van financiële participatie.<sup>76</sup> Standaardoverweging in de rechtspraak is dat er geen wettelijke regel bestaat die bepaalt dat een ruimtelijke ontwikkeling alleen mag plaatsvinden als er voldoende draagvlak is in de omgeving.<sup>77</sup> De omstandigheid dat burgers zich ondanks het doorlopen van een participatieproces niet gehoord voelen of zich niet kunnen verenigen met de komst van een windpark, maakt niet dat het bevoegd gezag geen planologische medewerking had mogen verlenen.<sup>78</sup> Aangeboden financiële participatie is dan ook niet ruimtelijk relevant.<sup>79</sup> Het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel staan aan het afdwingen of meewegen van financiële participatie in de weg. Immers, aan planologische medewerking mogen slechts met het oog op ruimtelijk relevante belangen voorwaarden worden verbonden.<sup>80</sup> Ook het toetsingskader van de Wabo biedt geen ruimte voor het weigeren van de vergunning of het stellen van voorschriften met het oog op financiële participatie.<sup>81</sup> Beleidskaders waarin financiële participatie als verplichting wordt gesteld, zijn dus in strijd met de beginselen van legaliteit en specialiteit.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft inmiddels een ingang gecreëerd om financiële participatie als inspanningsverplichting om draagvlak te creëren mee te wegen in de besluitvorming. In de uitspraak *Etriplus/gemeente Venlo* overweegt zij 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’.<sup>82</sup> Bij de rechterlijke toets of aan de inspanningsverplichting is voldaan, wordt mede aandacht besteed aan ‘de omstandigheid dat in samenspraak met omwonenden financiële middelen zijn gereserveerd voor het verbeteren van

75 Bijlage II bij *Kamerstukken II 2020/21*, 32813, nr. 190. Informatie over Bijlage 842232 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen (officielebekendmakingen.nl); zie ook t.a.v. de gedragscodes ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2907, r.o. 7.

76 Zie voor een uitgebreide bespreking: Tolsma, *JBplus* 2021, p. 67-81; Bregman & Karens, *TBR* 2020/118; Dieperink, *TBR* 2022/11

77 ‘Het ontbreken van draagvlak op lokaal niveau is in die belangenafweging niet zonder meer het meest zwaarwegend. Het bestaan van draagvlak is dan ook niet beslissend voor de rechtmatigheid van het besluit van de ministers.’ ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (*De Drentse Monden en Oostermoer*), r.o. 47. Zie ook: ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1838, r.o. 9.1; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3112, r.o. 14.1; ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, r.o. 11.3.

78 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702.

79 Zie o.m. Tolsma, *JBplus* 2021-6, par. 3.

80 HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655 (*Alkemade Hornkamp*); HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (*Bouwers/Bladel*).

81 Art. 2.10 lid 1 jo. 2.22 lid 2 Wabo.

82 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23.2. Zie ook: ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844, r.o. 11.3; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (*Zonnepark Daalkampen*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958 (*Zonnepark Hijken*).



de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving van het plangebied'.<sup>83</sup> Deze lijn in de rechtspraak is opmerkelijk. Men kan zich afvragen of de Afdeling op dit punt niet te ver gaat. Op deze vraag kom ik in deelparagraaf 4.3.1 terug.

Hoewel aangeboden financiële participatie zo een rol kan spelen bij het voldoen aan de inspanningsverplichting, kan de initiatiefnemer vrij gemakkelijk aantonen dat hij zich voldoende heeft ingespannen om draagvlak te bevorderen. Daarnaast lijkt het problematisch om een bepaald resultaat af te dwingen.<sup>84</sup> Van een effectieve bevoegdheid om eisen te stellen aan financiële participatie is dus geen sprake.

Dat decentrale overheden worstelen met het ontbreken van een dergelijke bevoegdheid, blijkt al uit de Kamerbrief over de maatschappelijke tender.<sup>85</sup> Hieruit blijkt immers dat er behoefte is aan 'handvatten' om invulling te geven aan het streven naar financiële participatie. De provincies Groningen en Drenthe pleiten dan ook voor een wettelijke bevoegdheid om financiële participatie af te dwingen.<sup>86</sup> Voorts blijkt uit het nieuwsbericht bij het Gelders Energieakkoord dat, hoewel de maatschappelijke tender als kansrijke route wordt gezien, de voorkeur naar een wettelijke regeling gaat.<sup>87</sup>

## 2.5 Tussenconclusie

Sinds enkele jaren stuurt de rijksoverheid aan op financiële participatie. Uit het Klimaatakkoord volgt dat initiatiefnemers van wind- en zonneparken een proces dienen te doorlopen 'om te komen tot een wenselijke en haalbare vormgeving van participatie.' Initiatiefnemers krijgen zo de taak om in financiële participatie te voorzien. Decentrale overheden zien hierop toe.

Hierbij stuiten de betrokken partijen op verschillende knelpunten. Ten eerste geven het Klimaatakkoord en de Participatiewaaier door inconsistenties en onduidelijkheden weinig houvast aan de praktijk. Ten tweede bestaat geen publiekrechtelijke bevoegdheid om financiële participatie af te dwingen. Hierdoor ondervinden decentrale overheden problemen bij het geven van invulling aan de ambities ten aanzien van financiële participatie. Hoewel financiële participatie bij wind- en zonneparken steeds gangbaarder wordt, is het nog lang niet vanzelfsprekend. Met name bij zonneparken valt nog veel winst te behalen. Ook wordt het percentage van 50% ten aanzien van lokaal eigendom bij lange na niet gerealiseerd. De maatschappelijke tender zou een handvat moeten zijn om uitvoering te geven aan de ambities uit het Klimaatakkoord. Uit de volgende hoofdstukken zal blijken of de maatschappelijke tender in deze behoefte kan voorzien.

<sup>83</sup> Zie voor een mooi overzicht van jurisprudentie over draagvlak en financiële participatie: Tolsma, *JBPlus* 2021-6, par. 3.

<sup>84</sup> Bregman & Karens, *TBR* 2020/118, p. 4; zie bijv. *ABRvS* 18 december 2019, *ECLI:NL:RVS:2019:4209* (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23.2; *ABRvS* 23 december 2020, *ECLI:NL:RVS:2020:3112*, *JOM* 2021/1 (*Windpark Staphorst*), r.o. 14; *ABRvS* 23 maart 2022, *ECLI:NL:RVS:2022:844*, r.o. 11.

<sup>85</sup> *Kamerstukken II* 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (*Kamerbrief*), p. 5-6.

<sup>86</sup> Noordelijke Rekenkamer 2020, p. 70 en 73.

<sup>87</sup> Gelders energieakkoord, 'De maatschappelijke tender als route naar lokaal eigendom', 19 april 2021, te vinden op: [www.geldersenergieakkoord.nl](http://www.geldersenergieakkoord.nl) (hierna: *GEA* 2021).



### 3 De maatschappelijke tender

De maatschappelijke tender wordt door de overheid gepresenteerd als ‘handvat’ om invulling te geven aan het streven naar financiële participatie.<sup>88</sup> Inmiddels zijn op nationaal en regionaal niveau handreikingen ontwikkeld om decentrale overheden vooruit te helpen bij het vormgeven van een maatschappelijke tender.<sup>89</sup> De maatschappelijke tender lijkt in trek te zijn. Verscheidende decentrale overheden hebben al een maatschappelijke tender opgenomen in hun beleid of tonen hier interesse in.<sup>90</sup>

Verskillende handreikingen wijzen erop dat kenmerkend is voor de maatschappelijke tender dat sprake is van ‘uitnodigingsplanologie’. Initiatiefnemers worden uitgenodigd om initiatiefvoorstellen in te dienen. Daarnaast blijkt uit deze handreikingen dat essentieel is dat de verschillende initiatiefvoorstellen onderling worden vergeleken. Op basis van de vergelijking wordt een rangorde aangebracht.<sup>91</sup> Deze rangorde lijkt door te werken in (planologische) besluitvorming. De maatschappelijke tender wordt vaak gepresenteerd als een stap in de verdeling van (schaarse) omgevingsvergunningen voor bouwen en voor het afwijken van het bestemmingsplan.<sup>92</sup> Soms ziet de maatschappelijke tender op de wijziging van een bestemmingsplan.<sup>93</sup> Om die reden is van belang dat de juridische betekenis van de maatschappelijke tender wordt onderzocht. Hiervoor is eerst nodig om vast te stellen waar het feitelijk om gaat.

In deze paragraaf onderzoek ik allereerst op welke wijze in handreikingen en beleidskaders invulling wordt gegeven aan de maatschappelijke tender. Door een verkenning van een aantal handreikingen en beleidskaders (par. 3.1) achterhaal ik de gevolgde procedures, de toegepaste voorwaarden en criteria. Daarnaast wordt geanalyseerd op welke wijze de maatschappelijke tender zich volgens de handreikingen en beleidskaders tot de (planologische) besluitvorming verhoudt. De procedure wordt in grove lijnen geschetst, waarbij afwijkingen en opmerkelijke details in kaart worden gebracht. Na deze verkenning ga ik in op een aantal rele-

88 Kamerstukken II 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief), p. 5-6.

89 Zie bijvoorbeeld: Nationaal Programma RES, ‘Werkblad Maatschappelijke Tender’, 2021, te vinden op: [www.regionale-energiestrategie.nl](http://www.regionale-energiestrategie.nl) (hierna: Nationaal Programma RES 2021); Gelders energieakkoord, ‘De maatschappelijke tender als route naar lokaal eigendom’, 19 april 2021, te vinden op: [www.geldersenergieakkoord.nl](http://www.geldersenergieakkoord.nl). (hierna: GEA 2021); NWEA & Holland Solar, ‘Position Paper Maatschappelijke Tenders’, mei 2022 (hierna: NVDE, NWEA & Holland Solar 2022).

90 Zie bijlage 1 voor voorbeelden. Een compleet overzicht bestaat niet.

91 Nationaal Programma RES 2021, p. 3; GEA 2021, p. 6; Provincie Zuid-Holland, ‘Handreiking financiële participatie’, te vinden op: [www.zuid-holland.nl](http://www.zuid-holland.nl), p. 15; Kamerstukken II 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief), p. 6.

92 Nationaal Programma RES 2021, p. 5; Oude IJsselstreek, p. 17; Brummen, p. 36; Leudal, p. 26; Barneveld, p. 23, Wijchen, p. 8.

93 GEA 2021, p. 19; Leudal, p. 26; Zaltbommel, p. 13.

vante juridische aspecten (par. 3.2). Het doel is om de maatschappelijke tender juridisch te duiden en mogelijke juridische knelpunten te constateren. Ingegaan wordt op de relatie met het aanbestedingsrecht ('tender') en schaarste. Ook onderzoek ik in hoeverre rechtsbescherming bestaat voor een afwijzing in de procedure in de maatschappelijke tender. Tot slot volgt een tussenconclusie (par. 3.3).

### **3.1 Verkenning**

De verkenning ziet er als volgt uit. Door enkele handreikingen te analyseren schets ik de procedure in grote lijnen. Op basis van beleidskaders wordt vervolgens onderzocht op welke wijze de maatschappelijke tender wordt vormgegeven door decentrale overheden.<sup>94</sup> Hiervoor heb ik een aantal handreikingen, beleidskaders en uitwerkingen geselecteerd.<sup>95</sup>

Zoals eerder is vermeld, bestaan er twee varianten van de maatschappelijke tender. De eerste variant betreft de situatie dat een particulier eigenaar is van de kansrijke gronden. In dat geval speelt schaarste een sleutelrol (zie nader par. 3.1.2.2) Bij de tweede variant is de overheid eigenaar. Dan wordt de maatschappelijke tender in het kader van gronduitgifte of andere privaatrechtelijke handelingen gehanteerd.<sup>96</sup> Eerst wordt de maatschappelijke tender op particuliere gronden verkend (par. 3.1.2). Daarna wordt vervolgd met de maatschappelijke tender op overheidsgronden (par. 3.1.3).

#### **3.1.1 Selectie van handreikingen en beleidskaders**

De verkenning steunt op handreikingen en beleidskaders. Drie handreikingen worden in deze verkenning meegenomen. Het gaat om het 'Werkblad Maatschappelijke tender' van het Nationaal Programma RES (hierna: het Werkblad), het 'Gelders Energieakkoord' en de 'Position paper' van de NWEA, Holland Solar en de Nederlandse Vereniging voor Duurzame Energie (NVDE).<sup>97</sup> Deze handreikingen zijn gezaghebbend in de praktijk. Hoewel beide varianten van de maatschappelijke tender worden genoemd, wordt over de maatschappelijke tender op overheidsgronden nauwelijks informatie verstrekt. De handreikingen zullen dus met name worden benut om de procedure van de maatschappelijke tender op particuliere gronden te schetsen.

Ten aanzien van de maatschappelijke tender op particuliere gronden zijn tien beleidskaders van gemeenten geselecteerd.<sup>98</sup> In bijlage 1 is een tabel opgenomen

94 De maatschappelijke tender had ook kunnen worden onderzocht door het uitvoeren van een diepgaande *casestudy*. Een *casestudy* blijft met het oog op de beperkte tijdsspanne van dit onderzoek buiten beschouwing.

95 Uitwerkingen van beleidskaders zijn bijvoorbeeld selectieleidraden. Voor het gemak wordt ook als naar selectieleidraden wordt verwezen, gesproken van beleidskaders.

96 Zoals het aangaan van huurovereenkomsten en het vestigen van rechten van opstal.

97 Nationaal Programma RES 2021; GEA 2021; NWEA & Holland Solar 2022.

98 Voorbeelden van gemeenten die de maatschappelijke tender hebben opgenomen in beleidskaders zijn gevonden in verschillende handreikingen. Daarnaast zijn beleidskaders geselecteerd op basis van een lijst die is aangeleverd door een contactpersoon van de NVDE.

met de geselecteerde beleidskaders en de vindplaatsen daarvan. Voor de selectie speelde de beschikbaarheid van informatie over de procedure en de gehanteerde criteria een grote rol. Daarnaast is bij het selecteren van de beleidskaders ervan uitgegaan dat bij een maatschappelijke tender in elk geval sprake is van uitnodigingsplanologie, een vergelijking en selectie van voorstellen voorafgaand aan de planologische besluitvorming.<sup>99</sup>

Over de maatschappelijke tender op overheidsgronden is weinig informatie openbaar. In 2018 is de pilot ‘Hernieuwbare energie op rijksgrond’ gestart om ervaring op te doen met het ter beschikking stellen van rijksgrond aan derden voor de opwekking van hernieuwbare energie.<sup>100</sup> Het programma betreft een samenwerking tussen Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf en de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat. In deze pilot wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de rijksoverheid financiële participatie kan bevorderen.<sup>101</sup> Binnen deze pilot worden tien tenders uitgezet. Inmiddels is één tender uitgezet in het kader van deze pilot. Het gaat om zonnepark ‘Zon langs de A7’. Deze tender wordt meegenomen in de verkenning. Het Biedboek van het Rijksvastgoedbedrijf en het ‘Participatiebeleid Zon langs de A7’ van de gemeenten Medemblik en Hollands Kroon worden hiervoor geanalyseerd.<sup>102</sup>

### 3.1.2 De maatschappelijke tender op particuliere gronden

Van de beleidskaders ga ik na wat de doelstelling en het object van de maatschappelijke tender zijn, hoe de procedure is vormgegeven en welke voorwaarden en criteria gelden. Daarnaast onderzoek ik op welke wijze de maatschappelijke tender zich volgens de beleidskaders verhoudt tot de planologische besluitvorming en of rechtsbescherming wordt geboden.

#### 3.1.2.1 Doelstelling en object

De maatschappelijke tender blijkt een instrument om bij het nastreven van duurzame ambities controle te houden op onder meer landschappelijke kwaliteit, pro-

---

99 Acht van de tien beleidskaders zijn afkomstig uit gemeenten in de provincie Gelderland. De andere twee beleidskaders komen uit de provincies Limburg en Noord-Brabant. Een verklaring hiervoor kan zijn dat provincie Gelderland, verschillende gemeenten en een groot aantal andere partners samenwerken binnen het Gelders Energieakkoord (GEA). In het GEA is de maatschappelijke tender onderschreven. Het is daarom aannemelijk dat dit samenwerkingsverband een aanjager vormt. Daarnaast de beleidskaders van de Gelderse gemeenten Beuningen, West Maas en Waal en Wijchen sterk op elkaar. Het gedeelde format heeft vermoedelijk ook met het GEA te maken.

100 Zie hiervoor: Hernieuwbare energie op Rijksgrond, ‘Programma’, te vinden op: [www.energie-oprijksgrond.nl](http://www.energie-oprijksgrond.nl).

101 Rijksoverheid, ‘Leerervaringen 2020. Pilotprogramma Hernieuwbare Energie op Rijksgrond’, te vinden op: [www.rijksvastgoedbedrijf.nl](http://www.rijksvastgoedbedrijf.nl), p. 14.

102 Rijksvastgoedbedrijf, ‘Biedboek. Openbare Inschrijving Voor de Voorovereenkomst tot vestiging van een Opstalrecht en Huurrecht voor een zonnepark genaamd: “Zon langs de A7” te Wognum, Abbekerk, Medemblik en Middenmeer’, 24 januari 2022, projectnummer 1484484 (niet meer online beschikbaar) (hierna: Biedboek 2022); Hollands Kroon en Medemblik, ‘Participatiebeleid Zon langs de A7’, november 2021, te vinden op: [www.lokaleregelgeving.overheid.nl](http://www.lokaleregelgeving.overheid.nl) (hierna: Hollands Kroon en Medemblik 2021).

cesparticipatie en financiële participatie. Hierbij wordt soms ook het verkrijgen van lokale acceptatie en een eerlijke verdeling van lusten en lasten als doelstelling genoemd.<sup>103</sup> Met een maatschappelijke tender worden voorwaarden geschapen waarbinnen de ontwikkeling van wind- en zonneparken mag plaatsvinden. Door het uitzetten van tenders/tranches wordt daarnaast regie gehouden als het gaat om de planning en programmering van een project.<sup>104</sup> Daarnaast kan efficiëntie in het proces een rol spelen.<sup>105</sup>

Doordat de voorstellen op basis van criteria worden beoordeeld, wordt de kwaliteit van voorstellen op verschillende punten bevorderd.<sup>106</sup> Marktpartijen worden door de vergelijking van de voorstellen geprikkeld om tot een optimaal bod te komen.<sup>107</sup> Daarbij gaat het niet alleen om procesparticipatie en financiële participatie, maar bijvoorbeeld ook om de staat en ontwikkeling van waarden zoals landschap, natuur en archeologie.<sup>108</sup> Tot slot kan kostprijsreductie een rol spelen.<sup>109</sup>

Uit de handreikingen blijkt dat de maatschappelijke tender met name wordt toegepast voor de realisatie van windparken en grootschalige zonneparken.<sup>110</sup> De tien geselecteerde beleidskaders zien met name de realisatie van (grootschalige) zonneparken.<sup>111</sup> Slechts één beleidskader heeft enkel betrekking op windenergie.<sup>112</sup> Een verklaring voor de vraag waarom de meeste beleidskaders zien op zonne-energie, wordt niet gegeven. Wellicht heeft het er mee te maken dat financiële participatie bij de opwek van zonne-energie nog veel minder gangbaar is dan bij windenergie (zie par. 2.3.2). Daarnaast hebben zonneparken over het algemeen minder ruimtelijke impact op de omgeving dan windparken.<sup>113</sup> Daarom zijn er meer kansrijke gebieden om uit te kiezen en ligt het uitzetten van een tender meer in de rede.

### 3.1.2.2 Procedure

#### Beleidsfase en vergunningenplafond

Voordat de procedure wordt gestart, wordt een (concept-)beleidsdocument gecreëerd. In dit beleidsdocument wordt (de keuze voor) de maatschappelijke tender toegelicht.<sup>114</sup> Daarnaast worden de verdeelprocedure, het aanvraagtijdvak

103 Nationaal Programma RES 2021, NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 6.

104 Men kan bijvoorbeeld in de planning beter rekening houden met de netaansluiting. Nationaal Programma RES 2021, p. 4.

105 Zo kunnen de doorlooptijden van projecten door standaardisering worden verkort. NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 6.

106 Gemeente Barneveld, p. 23; West-Betuwe, p. 1-2; Oude IJsselstreek, p. 10.

107 GEA 2021, p. 5, Zaltbommel p. 2.

108 Gemeente West Maas, p. 4 en Waal; Beuningen, p. 2.

109 GEA 2021, p. 6.

110 Voorbeelden van andere (duurzame) ontwikkelingen waarbij de maatschappelijke tender wordt gehanteerd, worden niet genoemd. Nationaal Programma RES 2021, p. 3; GEA 2021, p. 2.

111 Zeven van de tien beleidskaders. Grootschalige zonneparken: gemeente West-Betuwe (>1-2 ha), p. 1-2; West Maas en Waal (>2 ha); Goirle (>1,5 ha); Brummen (>2,5 ha), p. 14; Leudal; Wijchen. Zonneparken/velden: Oude IJsselstreek; Beuningen, p. 3. Twee beleidskaders zien beide ontwikkelingen. Gemeente Brummen (nu echter windenergie nog niet aan de orde), p. 32; gemeente Leudal, p. 14.

112 Gemeente Zaltbommel, p. 2.

113 Zie bijvoorbeeld: Dröes & Koster 2019, p. 34.

114 NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 10, GEA, p. 10.

en de criteria bepaald.<sup>115</sup> Volgens het Werkblad vormt ‘de verdeling van schaarse publieke rechten’ de basis voor het hanteren van een maatschappelijke tender. Er wordt in een planologisch besluit een vergunningenplafond vastgesteld, opdat omgevingsvergunningen schaars worden.<sup>116</sup> Pas als sprake is van schaarste kan volgens het Gelders Energieakkoord mede worden geselecteerd op ‘aanvullende, maatschappelijke criteria’.<sup>117</sup>

Hoewel schaarste in de handreikingen een grote rol lijkt te spelen, besteden de beleidskaders hier zeer weinig tot geen aandacht aan. In slechts twee beleidskaders worden de begrippen ‘schaarste’ of ‘schaarse (publieke) rechten’ genoemd. Alleen in het beleidskader van de gemeente Goirle wordt opgemerkt dat vergunningen voor zonneparken schaarse rechten zijn en wordt dit ook toegelicht.<sup>118</sup> Verder blijft schaarste onbenoemd. In de andere beleidskaders wordt wel gesproken van een beleidsplafond, of ‘tranches’ van een bepaald aantal hectare, vermogen of uit te geven zonnepanelen.<sup>119</sup> De vraag of en zo ja, op welke wijze deze tranches leiden tot schaarste, blijft onbeantwoord.<sup>120</sup> Daarnaast wordt geen aandacht besteed aan de vraag of nog steeds wordt geselecteerd op basis van de maatschappelijke tender als geen sprake blijkt te zijn van schaarste.<sup>121</sup> Omdat de handreikingen schaarste als voorwaarde stellen om een maatschappelijke tender te hanteren ten aanzien particuliere gronden, is dit mijns inziens opmerkelijk. De rol van schaarste is des te meer merkwaardig wanneer men bedenkt dat schaarste en de wenselijkheid van financiële participatie niet met elkaar samenhangen.<sup>122</sup> Daarnaast vraag ik me af of een vergunningenplafond mag worden ingesteld om financiële participatie te stimuleren (zie par. 4.2). Op enige juridische aspecten van schaarste wordt in deelparagraaf 3.2.2 ingegaan.

### Marktconsultatie

Voordat de definitieve versie van het beleidskader bekend wordt gemaakt en de tender wordt uitgezet, wordt door de *Position paper* aanbevolen een marktconsultatie te houden.<sup>123</sup> Bij een marktconsultatie peilt de gemeente bij marktpartijen of de voorwaarden haalbaar zijn en of er draagvlak is voor het uitnodigingskader.<sup>124</sup> Naar aanleiding van de marktconsultatie zou de gemeente de tender achterwege kunnen laten of het beleidskader aan kunnen passen. Na afloop van de marktconsultatie wordt in principe een definitief beleidskader vastgesteld. Alleen in het beleidskader van de gemeente Zaltbommel is een marktconsultatie als stap

115 Nationaal Programma RES 2021, p. 7.

116 Nationaal Programma RES 2021, p. 6, 8.

117 GEA 2021, p. 16. Zie ook: NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 5-6.

118 Er is namelijk een beleidsplafond van 40 hectare vastgesteld, terwijl er veertien initiatieven bekend zijn, die samen 220 hectare kunnen beslaan. Goirle, p. 6. Zie ook: Zaltbommel, p. 5.

119 Hectares: Beuningen, p. 3; Brummen, p. 66; Leudal, p. 16; Oude IJsselstreek, p. 12; West Betuwe, p. 1; West Maas en Waal, p.2; Wijchen, p. 8. Uitgifte aantal zonnepanelen: Barneveld, p. 18.

120 Behalve Oude IJsselstreek, p. 5. Hieruit blijkt dat de tender is overschreden.

121 Een uitzondering vormt West-Betuwe (toelichting), p. 3: ‘Ervan uitgaand dat er méér initiatieven worden ingediend dan volgens het gestelde tussendoel voor 2023 nodig is, zullen alleen de best scorende initiatieven groen licht krijgen.’

122 Ook zonder schaarste wil men draagvlak vergroten.

123 NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 11.

124 Gemeente Zaltbommel, p. 2 en 5.

opgenomen.<sup>125</sup> Uit de andere beleidskaders blijkt niet dat er een marktconsultatie heeft plaatsgevonden.

### *Uitnodiging initiatiefnemers*

Daarna worden initiatiefnemers uitgenodigd om binnen een bepaalde periode 'principeverzoeken' in te dienen.<sup>126</sup> In het Werkblad wordt de 'uitnodigingsplanologie' afgezet tegen het 'klassieke toelatingsbeleid'. In bijna alle beleidskaders komt dit terug.<sup>127</sup>

Het 'Beleidskader zonneparken West Betuwe' wijkt hiervan af. Als de eerste 'tender wordt opengesteld' volgt er geen openbare uitnodiging, maar wordt slechts de 'reeds bij de gemeente bekende initiatiefnemers' de gelegenheid geboden om hun initiatief opnieuw in te dienen.<sup>128</sup> Deze selectieve openstelling lijkt problematisch voor de mededinging.<sup>129</sup>

De uitnodiging of zelfs de selectieleidraad wordt soms expliciet gekoppeld aan het aanbestedingsrecht. Zo is de 'selectieleidraad' van de gemeenten Wijchen, Beuningen en West Maas en Waal bestempeld als 'openbare uitnodiging' en gepubliceerd op Tenderned.<sup>130</sup> Tegelijkertijd is uitdrukkelijk genoemd dat de selectieprocedure geen Europese of nationale aanbesteding betreft, maar een 'vrijwillige selectieprocedure'. De koppeling met het aanbestedingsrecht vraagt om een toelichting (zie par. 3.2.1).

### *Vergelijking en selectie*

Wanneer de periode voor het indienen van verzoeken is geëindigd, volgt volgens het Gelders Energieakkoord een selectie op ruimtelijke criteria. Pas als er na de selectie op ruimtelijke criteria nog sprake is van schaarste, wordt op maatschappelijke criteria geselecteerd.<sup>131</sup> Het Werkblad maakt het onderscheid tussen toetsing aan ruimtelijke en maatschappelijke criteria niet scherp. Wel wordt onderscheid gemaakt tussen 'uitsluitende' en 'wegende' criteria. Het is vereist om aan 'uitsluitende' criteria te voldoen. Daarbij wordt gewezen op de inspanningsverplichting om voor draagvlak te zorgen, zoals die volgt uit de jurisprudentie (zie par. 2.4.2). De wegende criteria wegen mee in de vergelijking tussen de verzoeken. Het werkblad wijst er in dit kader op dat overheden 'die de inspanningen van de initiatiefnemer wegen en de puntenscore afhankelijk maken van de mate waarin er inspanning op lokaal eigendom of participatie wordt verricht in de voorstellen'

125 Ook in de gemeente Oude IJsselstreek is in het beleidsproces gesproken met marktpartijen. Oude IJsselstreek, p. 9.

126 'Principeverzoek': Brummen, p. 33; Leudal, p. 17; Oude IJsselstreek, p. 5; Zaltbommel, p. 3. 'Initiatiefplan': Beuningen, p. 12; West Maas en Waal, p. 7; Wijchen, p. 12. 'Initiatief': Goirle, p. 3-4. Verzoek: West Betuwe, p. 1. Het beleidskader van Barneveld spreekt ook van 'principeverzoek', maar dit wordt pas ingediend na de beoordeling van de 'voorstellen' en uitnodiging van de gemeente tot overleg, p. 18-19.

127 Gesproken wordt van 'uitnodigingsplanologie', 'uitnodigingskader', 'openbare uitnodiging' of 'openbare oproep'. Gemeente Zaltbommel, p. 2; Brummen, p. 30; Beuningen, p. 3; Goirle, p. 15; West Maas en Waal, p. 24; Oude IJsselstreek, p. 5; Wijchen, p. 8; Leudal (naam beleidskader); Barneveld, p. 26.

128 Gemeente West Betuwe, p. 1.

129 Zie voor mededingingsrechtelijke aspecten bij financiële participatie: Dieperink 2021/11, par. 4.5. Gezien de beperkte omvang van dit schrijven, zal hier niet op worden ingegaan.

130 Gemeente Beuningen, p. 3; West Maas en Waal, p. 4; Wijchen, p. 8.

131 GEA 2021, p. 15-16.



zich 'juridisch in het grijze gebied' begeven.<sup>132</sup> Opvallend is dat in de handreikingen niet wordt genoemd wie de beoordeling maakt.

De meeste beleidskaders bepalen wel wie de beoordeling maakt.<sup>133</sup> Het gaat om beoordelingscommissies die bestaan uit een mix van ambtenaren en externe deskundigen. De deskundigen hebben expertise op verschillende thema's, zoals ruimtelijke ordening, ecologie en participatie.<sup>134</sup>

In de meeste beleidskaders kunnen de initiatiefnemers per criterium punten verdienen. De verschillende voorstellen worden zo met elkaar vergeleken, wat uiteindelijk tot een rangorde leidt. In een enkel geval moet op elk criterium minstens voldoende worden gescoord voor een geldig voorstel.<sup>135</sup> In sommige gevallen worden de hoogst scorende voorstellen geselecteerd tot een bepaald beleidsplafond, of wordt bepaald dat de voorstellen met het hoogste aantal punten in aanmerking komen voor een omgevingsvergunning.<sup>136</sup> In andere gevallen wordt uiteindelijk slechts één initiatief geselecteerd.<sup>137</sup>

De beleidskaders verschillen sterk op het punt van weging van criteria aangaande (financiële) participatie. Soms lijkt participatie vrij zwaar te wegen. Een voorbeeld daarvan is het beleidskader van gemeente West Maas en Waal, waar met 10 punten voor procesparticipatie en 10 punten voor financiële participatie de helft van de 40 punten behaald kunnen worden.<sup>138</sup> In het beleidskader van gemeente Brummen weegt participatie juist minder zwaar. Voor participatie worden maximaal 15 van de 115 toegekend.<sup>139</sup>

Op basis van een onderlinge vergelijking en weging worden een of meer voorstellen geselecteerd, die een 'positief principebesluit' krijgen. De initiatiefnemers die een te lage score behalen, ontvangen een 'negatief principebesluit'.<sup>140</sup>

### *Overeenkomst, planologische besluitvorming en evaluatie*

Voordat de planologische besluitvorming plaatsvindt, wordt volgens het Werkblad eerst uitvoering gegeven aan het participatieplan. Daarnaast worden de gemaakte afspraken vastgelegd in een overeenkomst.<sup>141</sup> In sommige beleidskaders wordt het sluiten van een anterieure overeenkomst of een planschadeovereenkomst genoemd.<sup>142</sup> Een enkel beleidskader bepaalt dat in een dergelijke overeenkomst ook afspraken over financiële participatie worden opgenomen.<sup>143</sup> Tot slot is in een aantal beleidskaders opgenomen dat het kader wordt geëvalueerd.<sup>144</sup>

132 Nationaal Programma RES 2021, p. 7.

133 Uitzonderingen: Goirle (onbekend); Leudal, toetsing door 'de gemeente' (p. 17).

134 Barneveld, p. 24; Beuningen, p. 12; Brummen, p. 34; Oude IJsselstreek (toelichting), p. 17; West Betuwe, p. 1; West Maas en Waal, p. 11; Wijchen, p. 15; Zaltbommel, p. 3.

135 Beuningen, p. 14.

136 Beuningen, p. 13-14; West Maas en Waal, p. 12 en 14; Barneveld, p. 24; Brummen, p. 34.

137 Zie bijvoorbeeld: Zaltbommel, p. 3-4.

138 West Maas en Waal, p. 12. Zie ook: Wijchen, p. 16 en 17.

139 Brummen, p. 34.

140 Zie voor dezelfde terminologie: West Maas en Waal, p. 15; Wijchen, p. 18.

141 Nationaal Programma RES 2021, p. 9.

142 Oude IJsselstreek, p. 17; Beuningen, p. 15; Goirle, p. 14; West Maas en Waal, p. 15; Wijchen, p. 18.

143 Brummen, p. 36-37; Leudal, p. 25.

144 Barneveld, p. 24; Brummen, p. 74; Leudal, p. 28; Oude IJsselstreek (toelichting), p. 33; West Betuwe (toelichting), p. 4; Wijchen, p. 3. Een dergelijke evaluatie wordt met het oog op efficiëntie aanbevolen in de 'Position paper'. NVDE, NWEA & Holland Solar 2022, p. 7.

Wat in de beleidskaders over de planologische besluitvorming staat, wordt in deelparagraaf 3.1.2.4 behandeld.

### 3.1.2.3 Voorwaarden en criteria

Nu de procedure van de maatschappelijke tender is geschetst, komt de vraag aan de orde welke aspecten een rol spelen bij het selecteren van voorstellen. Hiervoor zijn voorwaarden en criteria gesteld.

#### Voorwaarden

Voordat criteria worden gegeven, worden in de helft van de beleidskaders randvoorwaarden (ook wel 'knock-out'-criteria) gesteld aan deelname aan de selectie.<sup>145</sup> Dergelijke randvoorwaarden kunnen procedureel van aard zijn, zoals een tijdige indiening met de vereiste documenten.<sup>146</sup> Daarnaast worden inhoudelijke voorwaarden aan voorstellen gesteld. Het kan gaan om voorwaarden met betrekking tot ruimtelijke aspecten, zoals het volume en de locatie van de ontwikkeling.<sup>147</sup> Ook worden voorwaarden gesteld met betrekking tot de uitvoerbaarheid en het technische ontwerp van het project en de financiën.<sup>148</sup> Soms wordt getoetst of de initiatiefnemer onder bepaalde uitsluitingsgronden valt.<sup>149</sup>

Ook ten aanzien van procesparticipatie en financiële participatie worden voorwaarden opgenomen.<sup>150</sup> Deze voorwaarden lopen uiteen. Procesparticipatie en financiële participatie worden soms samen in een criterium opgenomen.<sup>151</sup> De invulling van beide vormen wordt kort besproken.

Ten aanzien van procesparticipatie is in het beleidskader van de gemeenten Beuningen en West Maas en Waal als voorwaarde opgenomen dat de initiatiefnemer 'de omgeving' informeert en de procesparticipatie actief en in een vroegtijdig stadium faciliteert. Wat 'de omgeving' inhoudt en hoever de verplichtingen om te informeren en faciliteren reiken, wordt niet geconcretiseerd. Daarnaast 'maakt de initiatiefnemer inzichtelijk' welke wensen, behoeften, zorgen en bezwaren uit de dialoog naar voren zijn gekomen en hoe de initiatiefnemer daarmee omgaat.<sup>152</sup>

Wat betreft financiële participatie lijken sommige voorwaarden aardig concrete verplichtingen te betreffen. Het gaat dan met name om de oprichting van omgevingsfondsen en lokaal eigendom. Zo is in de gemeenten West-Betuwe en Zaltbommel verplicht gesteld dat initiatiefnemers een omgevingsfonds oprichten, waarbij er een afdracht moet zijn van minimaal € 0,50 per megawattuur (Mwh).<sup>153</sup> Ook in de gemeenten Beuningen West Maas en Waal en Wijchen is

<sup>145</sup> Beuningen, West Betuwe; West Maas en Waal; Wijchen; Zaltbommel.

<sup>146</sup> Beuningen, p. 4; West Maas en Waal, p. 5; Wijchen, p. 9.

<sup>147</sup> West Betuwe, p. 2; Zaltbommel, p. 7.

<sup>148</sup> Uitvoerbaarheid en financiën: West Betuwe, p. 2; Zaltbommel, p. 7. Technisch ontwerp: West Maas en Waal, p. 7; Wijchen, p. 13.

<sup>149</sup> Beuningen, p. 4; West Maas en Waal, p. 5; Wijchen, p. 9. De initiatiefnemers dienen dan een 'Uniforme Eigen Verklaring' (UEV) of een 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument 'UEA' aan te leveren. Ook hier komt de relatie met het aanbestedingsrecht naar voren.

<sup>150</sup> Zaltbommel, p. 8.

<sup>151</sup> Wijchen, p. 17; West-Betuwe, p. 4.

<sup>152</sup> Beuningen, p. 9; West Maas en Waal, p. 9.

<sup>153</sup> Zaltbommel, p. 8.

afdracht aan een 'gebiedsfonds' verplicht.<sup>154</sup> Daarnaast is in West Betuwe als voorwaarde gesteld dat initiatieven tenminste voor 50% in lokaal eigendom zijn.<sup>155</sup> In de gemeenten Beuningen en Wijchen is geen minimum gesteld aan lokaal eigendom. Wel is als voorwaarde gesteld dat de initiatiefnemer een lokale energiecoöperatie betreft.<sup>156</sup> Andere, minder concrete, randvoorwaarden betreffen het 'inzichtelijk maken' of 'beschrijven' van onder meer de mate en mogelijkheid van financiële participatie van omwonenden, inwoners en bedrijven'.<sup>157</sup> Soms moet de initiatiefnemer zich 'inspannen' om bijvoorbeeld 50% lokaal eigendom te bewerkstelligen.<sup>158</sup> Voldoet een initiatiefnemer niet aan deze voorwaarden, dan is hij van verdere deelname uitgesloten.

### Criteria

De (overgebleven) voorstellen worden op basis van criteria met elkaar vergeleken. Een aantal beleidskaders maken hierbij expliciet onderscheid tussen criteria met betrekking tot de ruimtelijke ordening ('ruimtelijke criteria', 'landschapscriteria' en 'inpassingscriteria') en criteria met betrekking tot participatie ('maatschappelijke criteria', 'participatiecriteria').<sup>159</sup> Andere beleidskaders noemen een aantal criteria zonder deze categorisering. Ruimtelijke criteria zijn onder meer de wijze waarop de windturbines of zonnepanelen worden geplaatst in het landschap, de mate van slagschaduw en de bodemgesteldheid.<sup>160</sup> Wat betreft procesparticipatie, wordt bijvoorbeeld een participatieplan beoordeeld, waarin de betrokkenheid van direct omwonenden en andere belanghebbenden wordt omschreven.<sup>161</sup>

Voor dit preadvies zijn met name de criteria die zien op financiële participatie van belang. In een aantal beleidskaders wordt financiële participatie als criterium gehanteerd.<sup>162</sup> In een enkel beleidskader zijn alle vormen van financiële participatie als criterium opgenomen.<sup>163</sup> Andere beleidskaders geven de voorkeur aan bepaalde vormen. Er lijkt met name veel aandacht te zijn voor lokaal eigendom. In de meeste van deze beleidskaders is (50%) lokaal eigendom opgenomen als streven.<sup>164</sup> Andere beleidskaders lijken het realiseren van 50% lokaal eigendom alsnog als een verplichting te formuleren.<sup>165</sup> In het beleidskader van de gemeenten Goirle is een omgevingsfonds als criterium opgenomen. Opvallend is dat hierbij wordt bepaald op welke wijze de gelden uit het fonds aangewend dienen te worden.<sup>166</sup>

154 Beuningen, p. 10; West Maas en Waal, p. 10; Wijchen, p. 14.

155 West Betuwe, p. 2. Ook in de gemeente West Maas en Waal lijkt het aanbieden 50% lokaal eigendom als minimum te gelden, p. 10.

156 Beuningen, p. 10; Wijchen, p. 14.

157 Beuningen, p. 10; West Maas en Waal, p. 10; Wijchen, p. 14.

158 Bijv. Zaltbommel, p. 14.

159 Goirle, p. 6-12. Hier gelden ook 'algemene' criteria; Leudal, p. 18-22; Oude IJsselstreek, p. 23-24; Zaltbommel, p. 9-16.

160 Zaltbommel, p. 9-12.

161 West Betuwe, p. 2.; Zaltbommel, p. 13.

162 Beuningen, p. 14; West Maas en Waal, p. 14.

163 Oude IJsselstreek, Bijlage 8.

164 Brummen, p. 72; Goirle, p. 11; Leudal, p. 22; Zaltbommel, p. 13.

165 West Betuwe, p. 2.

166 Goirle, p. 12. De gelden worden namelijk gebruikt om bestaande bebouwing te voorzien van zonnepanelen en daarnaast om de ruimtelijke impact van de zonneparken te beperken of te compenseren.

Daarnaast valt op dat alsnog van een *minimale* afdracht van € 0,50 per MWh wordt gesproken. Of dit daadwerkelijk om een verplichting gaat, of slechts wordt meegewogen in de beoordeling, is niet duidelijk. Wat 'lokaal eigendom' en de 'omgeving' inhouden, wordt evenmin gespecificeerd.

Voorts worden aspecten die financiële participatie raken als criterium gehanteerd. Zo is in het beleidskader van Barneveld draagvlak vanuit de omgeving als criterium opgenomen. Opvallend is dat de omgeving hier wel wordt geconcretiseerd. De voor dit criterium te behalen punten worden alleen toegekend indien alle omwonenden die vanuit hun woning of perceel zicht hebben op het zonnenveld een verklaring van geen bezwaar hebben ondertekend.<sup>167</sup> In een aantal beleidskaders speelt tot slot een rol of een initiatief 'maatschappelijke meerwaarde' heeft. Maatschappelijke meerwaarde lijkt een paraplu-terme te zijn. Soms wordt met vormen van financiële participatie maatschappelijke meerwaarde gecreëerd.<sup>168</sup> Het kan ook gaan om het combineren van de projecten met verschillende functies, zoals landbouw en recreatie.<sup>169</sup> Andere voordelen voor de omgeving, zoals een toename in werkgelegenheid, worden ook onder maatschappelijke meerwaarde geschaard.<sup>170</sup>

#### 3.1.2.4 Planologische besluitvorming

Na selectie van de voorstellen doet zich de vraag voor hoe de uitkomst van de maatschappelijke tender zich verhoudt tot de planologische besluitvorming. De handreikingen en beleidskaders zeggen hier weinig over. Gelet op de bewoordingen, werkt de selectie uit de maatschappelijke tender door in de besluitvorming. Het werkblad van het Nationaal Programma RES bepaalt dat 'de voorstellen die het beste "scoren" (...) in aanmerking voor een omgevingsvergunning' komen.<sup>171</sup> Het Gelders Energieakkoord bevat een soortgelijke passage, namelijk: 'Initiatieven met het hoogste aantal punten komen in aanmerking voor planologische medewerking'.<sup>172</sup> A contrario zou hieruit kunnen worden afgeleid dat voorstellen met een lager aantal punten niet in aanmerking komen voor planologische medewerking.

De beleidskaders bepalen kortweg dat de initiatiefnemers die in de tender succesvol zijn geweest een omgevingsvergunning kunnen aanvragen, of worden uitgenodigd om een omgevingsvergunning aan te vragen.<sup>173</sup> De formuleringen lijken te impliceren dat men na een afwijzing geen aanvraag kan doen voor een omgevingsvergunning. In een enkel geval wordt louter in niet-juridische bewoordingen duidelijk gemaakt dat afgewezen initiatiefnemers ook kansloos zijn in de planologische besluitvorming.<sup>174</sup> Wat er gebeurt met aanvragen van een omgevingsvergunning van initiatiefnemers die niet of met onvoldoende resultaat heb-

<sup>167</sup> Barneveld, p. 24.

<sup>168</sup> West Betuwe, p. 4 (bijv. uitgifte van obligaties, korting op duurzame stroom); Goirle, p. 12 (bijv. lokaal eigendom, financiële afdracht aan een omgevingsfonds).

<sup>169</sup> Beuningen, p. 11.

<sup>170</sup> West Betuwe, p. 4.

<sup>171</sup> Nationaal Programma RES 2021, p. 5.

<sup>172</sup> GEA 2021, p. 16.

<sup>173</sup> Barneveld, p. 24; Beuningen, p. 15; Brummen, p. 37; Goirle, p. 13; Leudal, p. 26; West Maas en Waal, p. 15; Wijchen, p. 18; Zaltbommel, p. 16.

<sup>174</sup> West Betuwe, p. 1-2: '(...) zullen (...) alleen de best scorende initiatieven (tot aan de vastgestelde opgave) groen licht krijgen.'

ben meegedaan aan de maatschappelijke tender, wordt niet expliciet vermeld. Het is onduidelijk of deze aanvragen buiten behandeling worden gelaten of worden afgewezen.

### 3.1.2.5 Rechtsbescherming

Aangezien tijdens de procedure van de maatschappelijke tender initiatiefnemers worden afgewezen en hierdoor vermoedelijk aanvragen om een omgevingsvergunning achterwege blijven, is de vraag naar rechtsbescherming relevant. Hier wordt weinig aandacht aan besteed in de handreikingen en beleidskaders. Volgens het Werkblad is een principebesluit niet op een rechtsgevolg gericht, waardoor daarover slechts bij de civiele rechter geprocedeerd kan worden.<sup>175</sup> Alleen de beleidskaders van de gemeenten Beuningen, West Maas en Waal en Wijchen gaan in op de vraag of er rechtsbescherming bestaat tegen een negatief principebesluit (in deze beleidskaders: ‘selectiebeslissing’ genoemd). Hier is steeds dezelfde opmerkelijke passage opgenomen, namelijk:

*‘Als een initiatiefnemer zich niet kan verenigen met de selectiebeslissing van de gemeente Beuningen, kan deze hiertegen uitsluitend bezwaar maken door binnen veertien kalenderdagen na verzending van de selectiebeslissing (per e-mail) aan initiatiefnemer, een kortgeding aanhangig te maken bij de rechtbank Gelderland door middel van het laten betekenen van een dagvaarding aan de gemeente Beuningen. Deze termijn is een vervaltermijn. Indien niet tijdig en op deze wijze bezwaar is gemaakt, vervalt elk recht van de initiatiefnemer om in rechte tegen de selectiebeslissing op te komen.’*

De passage lijkt ertoe te strekken de rechtsgang te beperken. Hoewel het contractueel bedingen van vervaltermijnen in beginsel is toegestaan, betwijfel ik of een dergelijk korte termijn met het oog op redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is.<sup>176</sup> Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming lijkt me reeds onwenselijk dat via een maatschappelijke tender een voorselectie wordt gemaakt uit initiatieven, terwijl waarschijnlijk geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt geboden. Het is mijns inziens kwalijk dat daarnaast de burgerlijke rechtsgang zozeer wordt beperkt. In deelparagraaf 3.2.3 ga ik nader in op het rechtskarakter van het principebesluit en rechtsbescherming daartegen.

## 3.1.3 De maatschappelijke tender op overheidsgronden

Het project ‘Zon langs de A7’ maakt deel uit van het pilotprogramma ‘Hernieuwbare energie op Rijksgrond’. In het Biedboek is het volgende opgenomen over de doelstelling van het programma: ‘In dit programma wordt onderzocht en geleerd hoe rijksgrond zo optimaal mogelijk en met maatschappelijk draagvlak kan worden ingezet voor het opwekken van hernieuwbare energie.’ In het kader van het project ‘Zon langs de A7’ worden zonnepanelen in vier aansluitingen langs de A7 in de gemeenten Hollands Kroon en Medemblik geplaatst. Opgemerkt moet wor-

<sup>175</sup> Nationaal Programma RES 2021, p. 9.

<sup>176</sup> Sieburgh/Asser 6-II 2021/440. In het aanbestedingsrecht lijken dergelijk vervaltermijnen meer voor te komen, zie hiervoor: Van Heeswijck, REP VG7 2013, par. 3.2.3.4 en 6.2.2.

den dat de procedure niet op gronduitgifte ziet. Met de ‘best passende inschrijver’ wordt een voorovereenkomst gesloten. In deze voorovereenkomst wordt het voornemen vastgelegd om een opstalrecht te vestigen en een huurovereenkomst te sluiten. De gronden blijven dus in eigendom van het Rijk.<sup>177</sup>

In het Biedboek is het kader vastgesteld voor de openbare inschrijving bij dit project. Eisen en voorwaarden ten aanzien van het criterium ‘participatie’ zijn verder uitgewerkt in het beleidskader van de gemeenten Medemblik en A7. Het Biedboek en het beleidskader spreken zelf niet van een ‘tender’, maar van ‘openbare inschrijving’.

### 3.1.3.1 Procedure

Voordat de openbare inschrijving van start is gegaan, zijn het beleidskader en het Biedboek vastgesteld.<sup>178</sup> Ter voorbereiding is een marktconsultatie gevoerd. De inschrijvingen worden beoordeeld door een beoordelingscommissie, waarvoor het Rijksvastgoedbedrijf en de gemeenten Hollands Kroon en Medemblik alle één afgevaardigde hebben aangewezen. De openbare inschrijvingsprocedure bestaat uit enkele stappen. Allereerst worden de inschrijvers getoetst aan geschiktheidseisen. Inschrijvers die niet voldoen aan een of meerdere geschiktheidseisen worden uitgesloten van de verdere beoordeling. Vervolgens wordt getoetst aan het ‘Kwalitatief Gunningscriterium: participatie (knock-out)’. Als niet wordt voldaan aan dit criterium, wordt de inschrijver uitgesloten van deelname aan de tweede ronde. In de tweede ronde wordt getoetst aan het ‘Financieel Gunningscriterium’. Na een haalbaarheidsstudie wordt een rangorde aangebracht op basis van de hoogte van het geboden Basisbedrag voor SDE++ subsidie.<sup>179</sup> In strikte zin is er dus geen sprake van een *maatschappelijke* tender, aangezien geen aspecten zoals financiële participatie bij de vergelijking een rol spelen.

### 3.1.3.2 Voorwaarden en criteria

(Financiële) participatie speelt slechts een rol in het kader van de geschiktheidseisen en het kwalitatief gunningscriterium.

#### *Geschiktheidseisen*

Er zijn drie ‘geschiktheidseisen’ gesteld. Als eerste eis geldt dat de gegadigde ervaring heeft ‘met het voorbereiden, ontwerpen en succesvol in operatie brengen van ten minste één zonne-energieproject in Nederland’. Daarbij moet de gegadigde onder meer verantwoordelijk zijn geweest voor het ‘stakeholdermanagement en draagvlak’. De tweede eis ziet op financiële participatie en procesparticipatie. Deze eis houdt in dat de gegadigde dient aan te tonen dat hij een of meerdere participatietrajecten doorlopen heeft. Daarbij gaat het om zowel procesparticipatie als financiële participatie. De derde eis betreft de financiële gegoedheid van de gegadigde.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> Biedboek 2022, p. 7.

<sup>178</sup> In het Biedboek zijn verschillende data vastgesteld, zoals de deadline voor aanvragen van het Biedboek, het uitbrengen van inschrijvingen en definitieve gunning. Biedboek 2022, p. 9.

<sup>179</sup> Biedboek 2022, p. 20. SDE++ staat voor Stimuleringsregeling Duurzame Energieproductie en Klimaattransitie.

<sup>180</sup> Biedboek 2022, p. 22-23.

De eerste twee eisen lijken paradoxaal. Enerzijds wordt financiële participatie van belang geacht. Anderzijds wordt hiermee onmogelijk gemaakt dat recentelijk opgerichte lokale energiecoöperaties kunnen meedingen. De gegadigden zonder ervaring met de ontwikkeling van een zonnepark of participatietrajecten worden immers uitgesloten van deelname.<sup>181</sup>

### *Kwalitatief gunningscriterium*

Het kwalitatief gunningscriterium is participatie. De aspecten die op dit punt worden beoordeeld zijn gebaseerd op het beleidskader 'Participatiebeleid Zon langs de A7'.<sup>182</sup> De inschrijver dient een participatieplan in te dienen, waarin hij ten eerste aangeeft op welke wijze hij de omgeving betreft en informeert. Ten tweede wordt financiële participatie als 'randvoorwaarde' gesteld. De inschrijver moet aangeven hoeveel procent lokaal eigenaarschap hij gaat organiseren. Daarnaast moet hij in het participatieplan opnemen hoe minderdraagkrachtigen gaan profiteren van het zonnepark.<sup>183</sup> Alleen de indieners die aan deze eisen voldoen, mogen deelnemen aan de tweede ronde. In de tweede ronde worden de inschrijvingen op basis van een geboden basisbedrag voor de SDE++ subsidie met elkaar verdeeld.<sup>184</sup>

### 3.1.3.3 *Planologische besluitvorming*

Na de gunning wordt een voorovereenkomst gesloten over het aangaan van een huurovereenkomst en het vestigen van een opstalrecht. In het Biedboek is opgenomen dat de betrokken gemeenten positief tegenover een zonnepark op de locaties staan en bereid zijn medewerking te verlenen aan het in procedure brengen van een plan op deze locatie, mits aan het gemeentelijke participatiebeleid wordt voldaan. De initiatiefnemer is daarnaast zelf verantwoordelijk voor de aanvraag van een integrale omgevingsvergunning.

Een belangrijk verschil met de procedure van de maatschappelijke tender op particuliere gronden is dat er een schakel tussen zit voordat de planologische besluitvorming plaatsvindt. Bij de maatschappelijke tender op particuliere gronden worden de geselecteerde partijen uitgenodigd om een omgevingsvergunning aan te vragen. In de zojuist omschreven procedure wordt bepaald met welke partij een voorovereenkomst wordt gesloten. Zo wordt bepaald wie met instemming van het Rijk beschikking krijgt over de rijksgronden en dus een omgevingsvergunning kan aanvragen.

## 3.2 **Juridische duiding**

Nu de procedure van beide varianten van de maatschappelijke tender is geschetst, volgt de vraag hoe deze juridisch kan worden geduid. Tijdens de verkenning zijn belangrijke kenmerken naar voren gekomen die kunnen bijdragen aan een juri-

<sup>181</sup> Doordat deze nieuwkomers meteen worden uitgesloten, zullen zij in andere tenders in de pilot ook kansloos zijn. Als gevolg daarvan hebben bestaande partijen een betere concurrentiepositie. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt met het mededingingsrecht.

<sup>182</sup> Hollands Kroon en Medemblik 2021.

<sup>183</sup> Zo wordt een omgevingsfonds, een omwonendenregeling of iets soortgelijks verplicht gesteld.

<sup>184</sup> Biedboek 2022, p. 25-29.

dische duiding van de maatschappelijke tender. Met name met betrekking tot de relatie tot het aanbestedingsrecht, schaarste en rechtsbescherming kunnen relevante juridische vragen worden gesteld. Is er wellicht sprake van aanbestedingen en wat zijn belangrijke gelijkenissen? Wanneer is sprake van schaarste? Welke verdelingsprocedure wordt in het kader van de maatschappelijke tender gehanteerd? Is de uitkomst van een maatschappelijke tender een besluit, waartegen rechtsbescherming bestaat? De onderwerpen schaarste, het aanbestedingsrecht en rechtsbescherming worden hier achtereenvolgens besproken.

### 3.2.1 Aanbestedingsrecht

Uit de term maatschappelijke ‘tender’ blijkt al dat er een relatie met het aanbestedingsrecht bestaat. Immers, ‘to tender’ is Engels voor aanbesteden.<sup>185</sup> De verkenning heeft deze relatie bevestigd. Gaat het bij de maatschappelijke tender daadwerkelijk om aanbestedingen? Het antwoord op deze vraag luidt negatief.

De reikwijdte van het aanbestedingsrecht volgt onder meer uit artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. De regels zien op schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten die betrekking hebben op een werk, een levering of een dienst.<sup>186</sup> De bouw en ontwikkeling van een wind- of zonnepark valt onder de definitie van ‘werken’.<sup>187</sup> Het gaat namelijk om ‘het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.’<sup>188</sup> De gronduitgifte-overeenkomst en huurovereenkomst in het kader van de maatschappelijke tender op overheidsgronden kan daarnaast niet worden gekwalificeerd als overheidsopdracht voor leveringen. De overheid is immers verkoper of verhuurder in plaats van koper of huurder.

Dat het bij de maatschappelijke tender niet om aanbestedingen gaat, komt met name doordat geen sprake is van een overheidsopdracht. Een dergelijke overheidsopdracht vereist namelijk een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het arrest *Helmut Müller* bepaald dat om van een overheidsopdracht voor werken te kunnen spreken, er voldaan moet zijn aan drie voorwaarden. Er moet allereerst sprake zijn van een ‘rechtstreeks economisch belang’. Daarnaast moet er een directe of indirecte (en afdwingbare) verbintenis van de aannemer bestaan tot uitvoering van het werk. Tot slot moet de aanbestedende dienst maatregelen hebben genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. In deze zaak ging het om uitoefening van regulerende bevoegdheden na gronduitgifte. Volgens het Hof wordt niet aan de vereisten voldaan ‘indien de aanbestedende dienst regulerende bevoegdheden uitoefent inzake stedenbouw’.<sup>189</sup> Louter

<sup>185</sup> Gerritsen & Osselton, *Wolters' Handwoordenboek Engels-Nederlands*, Utrecht-Antwerpen: Wolters' Woordenboeken 1997.

<sup>186</sup> In dit artikel is art. 1 lid 2, richtlijn 2014/24/EU omgezet.

<sup>187</sup> Het oprichten van windturbines om elektriciteit op te wekken betreft geen dienst. De Dienstenrichtlijn is niet van toepassing. Zie hiervoor: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (*Havenbedrijf*), r.o. 13.1.

<sup>188</sup> Zie hiervoor: art. 1 lid 1 Aw.

<sup>189</sup> HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/09 (*Helmut Müller*).



de verkoop van een stuk grond door een aanbestedende dienst betreft geen overheidsopdracht voor werken naar het oordeel van het Hof.<sup>190</sup>

Bij beide varianten van de maatschappelijke tender is mijns inziens geen sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel. De overheid heeft geen 'rechtstreeks economisch belang' bij het wind- of zonnepark. Zij wordt in beginsel geen mede-eigenaar van de wind- of zonneparken en zal ook geen andere financiële voordelen genieten. Er bestaat ook geen verplichting om een wind- of zonnepark te ontwikkelen.<sup>191</sup> Tot slot oefent de overheid geen beslissende invloed uit op de kenmerken of het ontwerp van het wind- of zonnepark. De invloed van de overheid blijft beperkt bij de gronduitgifte of de uitoefening van planologische bevoegdheden. Er is dan ook geen sprake van overheidsopdracht voor werken.<sup>192</sup> Advocaat-generaal Widdershoven (hierna: A-G Widdershoven) heeft in zijn conclusie bij de zaak *Windpark Zeewolde* dan ook geconstateerd dat de betekenis van het formele aanbestedingsrecht in afdelingszaken over planologische besluiten beperkt is.<sup>193</sup> De maatschappelijke tender is dus (in de regel) niet gebonden aan regels van het aanbestedingsrecht.

Er bestaan wel belangrijke gelijkenissen tussen aanbestedingen en de maatschappelijke tender. Zo kunnen parallellen worden getrokken tussen de procedure van de maatschappelijke tender en de aanbestedingsprocedure. Denk aan de aankondiging, toetsing aan criteria en bepaalde eisen en uiteindelijk een gunning. Daarnaast ziet een belangrijke gelijkenis op de verplichte openbaarheid van de procedure.<sup>194</sup> Deze gelijkenis houdt verband met het leerstuk van schaarse rechten.

### 3.2.2 Schaarste

Bij de maatschappelijke tender op particuliere gronden speelt schaarste een centrale rol. De handreikingen omschrijven schaarste als voorwaarde voor een maatschappelijke tender. Als sprake is van schaarse vergunningen, kan op andere dan ruimtelijk relevante criteria worden geselecteerd, zo is de gedachte (zie nader: par. 3.1.2.2). Hierdoor wordt het leerstuk van schaarse publiekrechtelijke rechten van belang voor de maatschappelijke tender.<sup>195</sup> Wat is een schaars publiekrechtelijk recht? Hoe worden die gecreëerd in het ruimtelijke ordeningsrecht? En welke verdelingsprocedure is in het kader van de maatschappelijke tender aan de orde? Overigens kan het bij gronduitgifte of bij andere privaatrechtelijke overheidshan-

<sup>190</sup> Zie hierover onder meer: Van Romburgh 2017, p. 54.

<sup>191</sup> De gronduitgifte-overeenkomst en huurovereenkomst samen met de vestiging van een opstalrecht geven louter de beschikking over de gronden. Een omgevingsvergunning betreft louter een uitzondering op een verbod, maar legt geen verplichting op.

<sup>192</sup> In mijn verkenning ben ik geen uitzonderingen tegen gekomen. Ik sluit niet uit dat er uitzonderingen bestaan.

<sup>193</sup> Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 3.2-3.5.

<sup>194</sup> Zie bijv. art. 1.8 en 1.9 Awb.

<sup>195</sup> Ook wel: schaarse publieke rechten.

delingen gaan om de verdeling van een schaars privaatrechtelijk recht.<sup>196</sup> Omdat de vraag of sprake is van schaarste hier minder van belang is, ga ik niet nader in op schaarste bij de maatschappelijke tender op overheidsgronden.

### Definiëring

In de literatuur wordt van schaarse publiekrechtelijke rechten gesproken als de totale omvang van aanvragen het aantal beschikbare publiekrechtelijke rechten overtreft. Een publiekrechtelijk recht is daarbij een recht dat wordt verleend op basis van een daartoe toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid van een bestuursorgaan.<sup>197</sup> De maatschappelijke tender ziet op het maken van een voorselectie bij de verlening van schaarse omgevingsvergunningen. Schaarse vergunningen vallen onder de noemer van schaarse publiekrechtelijke rechten, evenals verhandelbare rechten en subsidies.<sup>198</sup> De definitie van schaarse publiekrechtelijke rechten impliceert een vergunningenplafond.<sup>199</sup> Zowel de aanbodkant als de vraagkant is bij het vaststellen van schaarste relevant. In dit verband wordt onderscheid tussen potentiële schaarste en actuele schaarste gemaakt.<sup>200</sup>

De afgelopen jaren is er veel aandacht geweest voor schaarse publiekrechtelijke rechten in het ruimtelijke ordeningsrecht. Sinds de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* is het de vraag in hoeverre het door de Afdeling geïntroduceerde nationale verdelingskader voor schaarse vergunningen ook relevant is voor het ruimtelijke ordeningsrecht.<sup>201</sup> Vanwege onduidelijkheid hieromtrent is in het kader van de zaak *Windpark Zeewolde* aan A-G Widdershoven gevraagd of bij een ruimtelijk plan of bij een omgevingsvergunning schaarse publiekrechtelijke rechten worden verdeeld. Uit deze jurisprudentie, de omvangrijke conclusie van A-G Widdershoven en de hoeveelheid literatuur over schaarse publiekrechtelijke rechten in het ruimtelijk ordeningsrecht blijkt al dat het om complexe materie gaat.<sup>202</sup>

196 Van Ommeren 2004, p. 12; Robbe, RM Themis 2022. De overheid is hierbij gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. (Potentiële) gegadigden moeten in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, m.nt. F.J. van Ommeren, r.o. 3.1.4-3.1.5 (*Didam*); HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, m.nt. F.H. van der Burg (*Amsterdam/Ikon*); art. 3:14 Awb. Waarschijnlijk gelden deze eisen ook als de overheid andere overeenkomsten sluit: ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 'Onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen', 24 juni 2022, te vinden op: [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

197 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 18-19. Widdershoven sluit zich in zijn conclusie bij *Windpark Zeewolde* bij deze definitie aan. Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), zie bijz. punt 3.26.

198 Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19.

199 Zie bijv. Van Ommeren 2004, p. 24.

200 Wolswinkel 2013, p. 37. Van potentiële schaarste is sprake indien er een vergunningenplafond is vastgesteld. Pas als de totale omvang van de aanvragen daadwerkelijk het vergunningenplafond overschrijdt, wordt gesproken van actuele schaarste.

201 Nijmeijer & Wolswinkel, NTB 2021/310, par. 1. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 7 en 8.

202 Overigens bestaat over de vraag of ruimte schaars is geen onenigheid. Ruimte is schaars, maar dat maakt nog niet dat door planologische besluitvorming schaarse publiekrechtelijke rechten worden verdeeld. Nijmeijer & Wolswinkel, NTB 2021/310, par. 1. Zie ook: Struiksma & Dieperink 2011.

Volgens A-G Widdershoven kennen ruimtelijke plannen en omgevingsvergunningen in de regel geen schaarse publiekrechtelijke rechten toe.<sup>203</sup> Er geldt geen kwantitatieve beperking om ruimtelijke plannen vast te stellen, waardoor deze naar zijn opvatting niet schaars zijn. Daarnaast komt slechts de eigenaar van de grond of de contractspartner van de eigenaar in aanmerking voor een omgevingsvergunning. Aangezien er dan maar één gegadigde is, is geen sprake van een schaarse omgevingsvergunning.<sup>204</sup> De vraag overstijgt zo nooit het aanbod. Hij wijst op een aantal uitzonderingen op deze regel. Een uitzondering vormt bijvoorbeeld de situatie dat een provinciale verordening een limiet stelt aan het aantal toegestane megawatt aan windenergie in een bepaald gebied. Als dan uit principe-aanvragen blijkt dat de te verwachten aanvragen de limiet zouden overschrijden, zijn de te verlenen omgevingsvergunningen schaars.<sup>205</sup> Een andere uitzondering is dat een bestemmingsplan maximumpercentages aan bepaalde functies in het plangebied verbindt. Als de aanvragen dat maximumpercentage overschrijden, zijn de omgevingsvergunningen schaars.<sup>206</sup>

In de zaak *Windpark Zeewolde* neemt de Afdeling geen stelling in over de vraag of en wanneer ruimtelijke plannen en omgevingsvergunningen schaarse rechten toekennen.<sup>207</sup> De Afdeling oordeelt dat in dit geval geen sprake is van schaarste, omdat het Rijksinpassingsplan niet letterlijk bepaalt dat slechts één initiatiefnemer het plan uitvoert.<sup>208</sup> Om die reden voorziet de omgevingsvergunning niet in een schaars recht.<sup>209</sup>

Tegenwoordig spreekt de Afdeling al van schaarse vergunningen indien sprake is van een plafond, zo blijkt uit de uitspraak *Rederij Lovers*.<sup>210</sup> Of de vraag daadwerkelijk groter is dan het aanbod, blijft zo buiten beschouwing. Potentiële schaarste is voldoende om een vergunning aan te merken als schaarse vergunning.<sup>211</sup>

Volgens Van Ommeren gaat de Afdeling terecht uit van potentiële schaarste. Immers, het bieden van mededingingsruimte is nodig om vast te kunnen stellen in hoeverre de potentiële schaarste leidt tot daadwerkelijke (actuele) schaarste.<sup>212</sup> Dat lijkt mij ook een logische gedachte. Tegelijkertijd meen ik dat als uiteindelijk blijkt dat de daadwerkelijke aanvragen het plafond niet overstijgen, geen selectie

203 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.4 e.v.

204 Struiksma & Dieperink 2011, p. 115.

205 Zie ook: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2232, r.o. 13.5 (*Havenbedrijf*).

206 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.25.

207 Nijmeijer & Wolswinkel, NTB 2021/310. Zie voor kritiek op de conclusie van A-G Widdershoven: Wolswinkel, TO 2018, nr. 3.

208 Om andere redenen dan A-G Widdershoven. Hij concludeert dat geen sprake is van een schaarse omgevingsvergunning, omdat het Rijksinpassingsplan vanwege bindende saneringsverplichtingen impliceert dat slechts één vergunning verleend kan worden. Er kan echter ook maar één gegadigde aan die verplichtingen voldoen, waardoor niet kan worden gesproken van schaarste. Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 5.4.

209 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), r.o. 17.5-17.6; Sillevius Smitt, *Vastgoedrecht* 2019-1.

210 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892 m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 4.3; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3081, r.o. 5.4.

211 ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, r.o. 7 en 8.1.

212 Van Ommeren 2021, par. 11.2.2.

kan worden gemaakt op basis van een verdelingsprocedure. Als geen sprake is van reële schaarste, kunnen alle aanvragen worden toegekend, mits is voldaan aan de eisen die de Wabo stelt. A-G Widdershoven heeft er al op gewezen dat het bevoegd gezag aanvragen om een omgevingsvergunning voor bouwen moet honoreren, zolang het maximum niet is bereikt en voldaan is aan de criteria uit artikel 2.10 Wabo. Immers, het gaat om een limitatief-imperatief stelsel.<sup>213</sup> Wat dat betreft is het opmerkelijk dat veel beleidskaders slechts bepalen dat de hoogst scorende initiatieven geselecteerd worden, zonder aandacht te besteden aan de vraag of uiteindelijk sprake is van reële schaarste.<sup>214</sup>

### Verdeling

Als de omvang van de aanvragen het vergunningenplafond overstijgt, ontstaan verdelingsvraagstukken. Er dient dan een verdelingsprocedure te worden toegepast.<sup>215</sup> In de literatuur worden verschillende verdelingsprocedures geschetst.<sup>216</sup> In het kader van de maatschappelijke tender is met name de vergelijkende toets van belang. Aanvragen worden hierbij onderling vergeleken, waarna een rangorde tussen de aanvragen wordt aangebracht. Voor de onderlinge vergelijking worden verschillende criteria toegepast.

Wolswinkel wijst erop dat de vergelijkende toets een verzamelterm is voor meerdere verdelingsprocedures.<sup>217</sup> De vergelijkende toets onderscheidt zich van andere procedures doordat deze geen betrekking heeft op het moment van de aanvraag, de uitkomst van een loting of een financieel bod. De vergelijkende toets wordt ook wel 'tenderprocedure' genoemd.<sup>218</sup> Het begrip 'tenderprocedure' verdient volgens Wolswinkel niet de voorkeur, aangezien deze gelijk wordt gesteld aan de aanbestedingsprocedure.<sup>219</sup> De Aanbestedingswet 2012 stelt het verdelingscriterium voor aanbestedingen vast. Gegund kan worden op grond van de economisch meest voordelige inschrijving.<sup>220</sup>

De benaming 'maatschappelijke tender' kan daarom mijns inziens verwarring scheppen en dekt de lading niet. Hoewel de aanbestedingsprocedure ook buiten de reikwijdte van het aanbestedingsrecht zou kunnen worden toegepast, is dat hier niet aan de orde. Bij de maatschappelijke tender wordt namelijk in beginsel niet geselecteerd op de economisch voordeligste voorstellen of de laagste prijs. Het lijkt mij daarom beter om te spreken van een vergelijkende toets.

Volgens Van Ommeren bestaat de vergelijkende toets in beginsel uit twee onderdelen. Eerst worden de voorstellen aan de wettelijke voorwaarden getoetst. Daarna volgt een beslissing tot toelating. Vervolgens wordt de 'eigenlijke verge-

213 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.16.

214 Beuningen, p. 13-14; West Maas en Waal, p. 12 en 14; Barneveld, p. 24; Brummen, p. 34.

215 Zie ook: Wolswinkel 2013, p. 37.

216 Zo kunnen schaarse publiekrechtelijke rechten op volgorde van ontvangst, door een loting, een veiling, een aanbesteding of door het hanteren van een vergelijkende toets worden verdeeld.

217 Wolswinkel 2013, p. 140.

218 Maar ook 'rangschikkingsprocedure', 'beauty contest' etc. Wolswinkel 2013, p. 151.

219 Wolswinkel 2013, p. 152-153. Zie ook: Van Ommeren 2004, p. 19-20.

220 Art. 2.114 Aw 2012. Dit criterium wordt in lid 2 onderverdeeld in de sub-criteria beste prijs-kwaliteitsverhouding, laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit en de laagste prijs.

lijkende toets' uitgevoerd ten aanzien van de toegelaten voorstellen. Op basis van de rangorde die hieruit volgt, wordt een beslissing tot toekenning of afwijzing genomen.<sup>221</sup>

Het eerste onderdeel ontbreekt in een groot deel van de beleidskaders uit de verkenning. Het is zeker niet vanzelfsprekend dat voordat een vergelijking tussen de voorstellen wordt gemaakt, aan wettelijke voorwaarden wordt getoetst. Als wel aan voorwaarden wordt getoetst, zijn dit niet per se de voorwaarden die uit de Wabo volgen. De procedure van de maatschappelijke tender komt hierdoor verder af te staan van de eigenlijke vergunningverlening.

### 3.2.3 Rechtsbescherming

Als schaarse publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechten eenmaal zijn verdeeld, dan doet zich de vraag voor in hoeverre (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming bestaat voor afgewezen initiatiefnemers. De beleidskaders geven geen uitsluitsel hieromtrent (zie hiervoor par. 3.1.2). Men kan zich afvragen wat het rechtskarakter is van de gunningsbeslissing, ook wel 'principebesluit' genoemd.

Volgens Van Ommeren vestigt de beslissing tot toekenning van een schaarse vergunning een aanspraak op de verlening daarvan. Pas daarna volgt de daadwerkelijke toewijzing van de vergunning. Reeds de beslissing tot toekenning heeft volgens hem rechtsgevolg. Hij karakteriseert de toekenning, evenals de afwijzing daarvan, dan ook als een beschikking.<sup>222</sup>

Zoals uit de verkenning is gebleken, wordt de uitkomst van een maatschappelijke tender vaak met een positief of negatief principebesluit vastgesteld. De term 'principebesluit' komt niet in de Wabo of de Wro voor. Volgens Van Weeren kan een initiatiefnemer in het kader van vooroverleg een principeverzoek indienen. Daarmee verzoekt hij het college van burgemeester en wethouders om een uitspraak over de planologische haalbaarheid van een plan. Het plan wordt dan globaal ruimtelijk getoetst, waarna het college een principebesluit neemt. Op deze wijze maakt het college kenbaar of het bereid is voorbereidingen te treffen voor een planologische procedure.<sup>223</sup>

Uit de rechtspraak blijkt dat de gemeenteraad bij het vaststellen van een bestemmingsplan niet is gebonden aan een principebesluit.<sup>224</sup> Ook het college van burgemeester en wethouders behoudt de bevoegdheid om van een eigen principebesluit af te wijken. Het college dient bij een weigering na een positief principebesluit deugdelijk te motiveren waarom het van inzicht is veranderd.<sup>225</sup>

Mijns inziens kan een negatief principebesluit niet worden aangemerkt als besluit in de zin van de Awb. Ik meen namelijk dat een dergelijke beslissing geen

221 Van Ommeren 2004, p. 12.

222 Art. 1:3 lid 2 Awb. Van Ommeren 2004, p. 30.

223 Van Weeren 2019, par. 3.8.

224 Article I. ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1543, r.o. 3.7; ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1980, r.o. 8.1.

225 Article II. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1012, r.o. 2.4; ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3734.

publiekrechtelijke rechtshandeling is. De beslissing lijkt geen beoogd rechtsgevolg te hebben. Uit geen enkel beleidskader blijkt dat naar aanleiding van een maatschappelijke tender een aanspraak op een omgevingsvergunning ontstaat. Er wordt vaak slechts bepaald dat de initiatiefnemer wordt uitgenodigd om een omgevingsvergunning aan te vragen. Ook staat, hoewel vaak ruimtelijke aspecten worden meegenomen, de toetsing ver af van de procedure in het kader van de Wabo. De rechtspraak over het principebesluit ondersteunt de stelling dat een dergelijke beslissing geen rechtsgevolg heeft. Het college heeft immers nog steeds de bevoegdheid om af te wijken van een principebesluit.<sup>226</sup>

Overigens is niet duidelijk of de beslissing op de maatschappelijke tender wordt genomen door een bestuursorgaan. De voorstellen worden getoetst door een beoordelingscommissie die niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan. Wellicht is dit een vorm van advisering.<sup>227</sup>

Beargumenteed kan worden dat sprake is van een bestuurlijk rechtsoordeel dat gelijk moet worden gesteld aan een besluit. Strikt gezien gaat het bij een principebesluit niet om een bestuurlijk rechtsoordeel, aangezien geen oordeel wordt gegeven over de toepasselijkheid van publiekrechtelijke voorschriften. Er zijn wel gelijkenissen, aangezien wordt beoogd inzicht te geven in de mogelijkheid dat een uiteindelijke aanvraag wordt toegekend. Ik acht het echter niet reëel dat de rechter zal aannemen dat het doen van een aanvraag onevenredig bezwarend is, gezien de strikte lijn op dit punt.<sup>228</sup>

Het lijkt er dus op dat een negatief principebesluit geen bestuursrechtelijke rechtsgang biedt voor een initiatiefnemer.<sup>229</sup> Rechtsbescherming is linksom of rechtsom toch mogelijk. Een negatief principebesluit staat niet in de weg aan het indienen van een aanvraag. Als eenmaal een aanvraag om een omgevingsvergunning wordt afgewezen of buiten behandeling wordt gelaten, kan dit besluit uiteraard wel worden voorgelegd aan de bestuursrechter.<sup>230</sup> Het is echter sterk de vraag of afgewezen initiatiefnemers die stap zullen zetten, gezien de hoge kosten die gepaard gaan met het doen van een aanvraag om een omgevingsvergunning.<sup>231</sup> Voor kleine partijen zullen deze kosten eerder een drempel vormen dan voor een grote commerciële partij. Daarnaast kan uiteindelijk het besluit waarin een omgevingsvergunning aan een andere initiatiefnemer wordt toegekend bij de bestuursrechter worden aangevochten.<sup>232</sup> Hiervoor dient men wel de formele aanvraag en het besluit af te wachten.

---

226 Wellicht wordt na een positief principebesluit wel gerechtvaardigd vertrouwen opgewekt over het in behandeling nemen van een aanvraag. Als dit vertrouwen niet wordt gehonoreerd, kan het betalen van schadevergoeding verplicht zijn. Bröring & De Graaf 2022, p. 419.

227 De website van gemeente Brummen geeft aan dat het college van B&W de uitkomst van de maatschappelijke tender vaststelt. Van de andere gemeenten is dit onbekend.

228 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356; Bröring & De Graaf 2022, p. 181.

229 Art. 1:3 jo. art. 8:1 Awb.

230 Artt. 1:3 en 6:2 sub a jo. 8:1 Awb.

231 Zie als voorbeeld van de verschuldigde leges: Van Weeren 2019, par. 3.8.

232 ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437 (Drimmelen). Als de initiatiefnemer geen aanvraag om een omgevingsvergunning heeft ingediend vanwege het negatief principebesluit, kan men zich afvragen of hij als belanghebbende zal worden aangemerkt.

Anders zou een vordering uit onrechtmatige daad soelaas kunnen bieden.<sup>233</sup> In het kader van de maatschappelijke tender op overheidsgronden is een verbods- of gebodsactie denkbaar.<sup>234</sup> De rechtsgang bij de burgerlijke rechter staat echter bekend als minder laagdrempelig dan bij de bestuursrechter vanwege de verplichte procesvertegenwoordiging en de hogere kosten.<sup>235</sup> Daarnaast heb ik in deelparagraaf 3.1.2 geconstateerd dat sommige beleidskaders (waarschijnlijk onterecht) de burgerlijke rechtsgang van initiatiefnemers proberen te ontnemen. Met name kleine partijen kunnen hierdoor ontmoedigd raken.<sup>236</sup>

### 3.3 Tussenconclusie

Dit hoofdstuk laat een veelzijdig beeld van de maatschappelijke tender zien. De onderzochte handreikingen presenteren twee varianten, maar er zijn daarbinnen vele variaties denkbaar. Het belangrijkste onderscheid tussen de twee varianten betreft de vraag wie de betreffende gronden in eigendom heeft. Als het gaat om particuliere gronden, wordt (als het goed is) schaarste gecreëerd om voorstellen te kunnen selecteren die het beste binnen de beleidsdoelstellingen passen. Hiervoor wordt een vergunningenplafond vastgesteld. De beleidskaders besteden nauwelijks aandacht aan de vraag of daadwerkelijk schaarste ontstaat en wat rechtens is als dat niet het geval is. Als het gaat om overheidsgronden, dan vindt de maatschappelijke tender plaats in het kader van het sluiten van een gronduitgifte-overeenkomst of een huurovereenkomst in combinatie met het vestigen van een recht van opstal.

Een veelheid aan mogelijke voorwaarden en criteria wordt toegepast in een maatschappelijke tender. Financiële participatie speelt in alle onderzochte handreikingen en beleidskaders een rol. In sommige beleidskaders wordt financiële participatie of een bepaalde vorm daarvan in meer of mindere mate beloofd met punten. In andere beleidskaders worden zelfs (concrete) voorwaarden gesteld aan financiële participatie voor verdere deelname. Op basis van de criteria, waaronder (financiële) participatie en ruimtelijk relevante aspecten, worden voorstellen met elkaar vergeleken. In de kern komt dit neer op een vergelijkende toets voordat formeel om planologische medewerking is gevraagd. De term ‘tender’ is verwarrend, aangezien de maatschappelijke tender in de regel niet wordt gereguleerd door het aanbestedingsrecht.

De relatie tussen de maatschappelijke tender en het (ruimtelijk) bestuursrecht is complex. De onderzochte handreikingen en beleidskaders zijn geheimzinnig over de vraag op welke wijze de uitkomst van een maatschappelijke tender doorwerkt in de planologische besluitvorming. De uitkomst van de maatschappelijke tender wordt vaak ‘principebesluit’ genoemd, terwijl dit wegens het ontbreken van

<sup>233</sup> Bijv. omdat de overheid in strijd heeft gehandeld met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, art. 6:162 BW.

<sup>234</sup> Bijv. een verbod om de gronden op basis van de maatschappelijke tender te voorkomen. Vgl. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, m.nt. F.J. van Ommeren (Didam), r.o. 2.2. Het is de vraag of dit iets gaat opleveren (zie par. 5).

<sup>235</sup> Huisman & Van Ommeren 2019, par. 9.2.3.

<sup>236</sup> Vanwege minder geld en juridische bijstand.

rechtsgevolg hoogstwaarschijnlijk niet is aan te merken als een besluit in de zin van de Awb. De beleidskaders impliceren dat initiatiefnemers die niet zijn geselecteerd in de maatschappelijke tender ook niet in aanmerking kunnen komen voor een omgevingsvergunning. Het is de vraag waarom men zou inzetten op een dergelijk ingewikkelde selectieprocedure, als dit niet zou doorwerken naar de planologische besluitvorming. Voor de maatschappelijke tender op particuliere gronden geldt dat met de geselecteerde initiatiefnemer een overeenkomst wordt gesloten, waardoor deze in de positie komt om een omgevingsvergunning ten aanzien van die gronden aan te vragen.

De maatschappelijke tender speelt zich in grote mate in het privaatrecht af. In het kader van de maatschappelijke tender zijn begrippen als 'bestuursorgaan', 'belanghebbende' en 'besluit' niet aan de orde. De beoordeling in het kader van een maatschappelijke tender geschiedt door een commissie die niet aan te merken is als een bestuursorgaan. Daarnaast wordt de kring van personen uit 'de omgeving' die aanspraak moet kunnen maken op financiële participatie niet gespecificeerd. De uitkomst van een maatschappelijke tender wordt voorts niet vastgesteld in een besluit, waardoor die niet vatbaar is voor bezwaar en beroep. Sommige beleidskaders trachten ook de burgerlijke rechtsgang sterk te beperken. Toch lijkt de maatschappelijke tender door te werken in de planologische besluitvorming. Een dergelijke doorwerking lijkt onwenselijk met het oog op de beginselen van legaliteit en specialiteit. In de volgende twee hoofdstukken wordt onderzocht in hoeverre die doorwerking problematisch is.



## 4 Toelaatbaarheid maatschappelijke tender op particuliere gronden

De verkenning uit de vorige paragraaf heeft inzicht gegeven in beide varianten van de maatschappelijke tender. In deze paragraaf behandel ik de vraag in hoeverre de beginselen van legaliteit en specialiteit de maatschappelijke tender op particuliere gronden toelaten.

Eerst licht ik, voor zover relevant, toe wat wordt verstaan onder de beginselen van legaliteit en specialiteit (par. 4.1). Vervolgens behandel ik met het oog op legaliteit en specialiteit de toelaatbaarheid van de volgende stappen uit de procedure: het vaststellen van het vergunningenplafond (par. 4.2), het toetsen aan voorwaarden (par. 4.3), het hanteren van de vergelijkende toets (par. 4.4), het toetsen van een aanvraag om een omgevingsvergunning (par. 4.5) en het sluiten van een anterieure overeenkomst (par. 4.6). Ik sluit af met een tussenconclusie.

### 4.1 Legaliteit en specialiteit

Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat ingrijpend, negatief overheidshandelen een wettelijke grondslag behoeft.<sup>237</sup> Hierbij moet gedacht worden aan de overheid die eenzijdig geboden of verboden aan burgers oplegt. Het bij uitzondering opheffen van een verbod door het verlenen van een vergunning wordt ook als belastend overheidshandelen beschouwd.<sup>238</sup> Daarnaast dient er voor presterend overheidshandelen, voor zover dat ingrijpend is, een wettelijke grondslag te bestaan.<sup>239</sup> Hoewel het legaliteitsbeginsel centraal staat in de rechtsstaat, is dit beginsel slechts partieel gecodificeerd.<sup>240</sup>

In het kader van de maatschappelijke tender verdienen geïmpliceerde bevoegdheden bespreking. Dergelijke bevoegdheden hebben geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag, maar worden geacht besloten te liggen in een andere

<sup>237</sup> Het legaliteitsbeginsel wordt ook wel ‘wetmatigheidsbeginsel’ genoemd. Zie bijvoorbeeld: Bröring e.a. 2022, p. 42-43.

<sup>238</sup> Zie onder meer: Van Ommeren, RM Themis 2002/3, par 2.

<sup>239</sup> In de literatuur spreekt men van een *Leistungsverwaltung*. Zie m.n.: HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AM9331 (Fluoridering).

<sup>240</sup> Van der Pot/ Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 66r. Met ‘rechtsstaat’ wordt bedoeld dat de overheid aan het recht is gebonden. Zie voor partiële codificatie: art. 15, 16 en 89 Gw, art. 104 Gw. In de Awb is het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld ten aanzien van het opleggen van bestuurlijke sancties en het verstrekken van subsidies neergelegd. Art. 5:4 Awb en 4:23 Awb. Zie ook art. 4:22 Awb voor het vaststellen van een subsidieplafond.

bevoegdheid.<sup>241</sup> In dit kader speelt de vraag of uit de bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen volgt dat een vergelijkende toets mag worden gehanteerd om een voorselectie te maken. Op deze vraag ga ik in deelparagraaf 4.3 in.

Het specialiteitsbeginsel vormt een uitwerking van het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel zou weinig bescherming bieden indien bevoegdheden onbegrensd zouden zijn. Om machtsmisbruik te voorkomen worden bevoegdheden met een bepaald doel toegekend.<sup>242</sup> Artikel 3:4 lid 1 Awb wordt als codificatie van het specialiteitsbeginsel gezien. Indien een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend wordt meegewogen in de belangenafweging, kan het besluit worden vernietigd.<sup>243</sup>

Zoals reeds vermeld, zijn de planologische bevoegdheden uit de Wro aan het bevoegd gezag toegekend met het oog op 'het belang van een goede ruimtelijke ordening'.<sup>244</sup> De Wabo sluit hier in grote mate op aan.<sup>245</sup> Het beoordelingskader wordt met de Omgevingswet enigszins verbreed. De doelomschrijving is dan 'de zorg voor de fysieke leefomgeving'. Met het nemen van planologische besluiten moet een 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' worden nagestreefd.<sup>246</sup> Het begrip 'fysieke leefomgeving' is breder dan de 'ruimtelijke ordening' uit de Wro, omdat dit onder meer ook water, lucht, natuur en cultureel erfgoed omvat. Financiële participatie en draagvlak kunnen hier mijns inziens niet onder worden geschaard, omdat dit geen fysieke aspecten van de leefomgeving zijn. De Omgevingswet ziet niet op directe betrekkingen tussen mensen, terwijl in het kader van financiële participatie juist wordt ingegrepen in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de projectontwikkelaar en omwonenden.<sup>247</sup>

## 4.2 Vergunningenplafond

Om schaarste te creëren wordt een vergunningenplafond vastgesteld. Met de vaststelling van een vergunningenplafond wordt de verlening van omgevingsvergunningen beperkt. Het gaat om ingrijpend overheidshandelen, waarvoor een wettelijke grondslag is vereist. Immers, de verlening van omgevingsvergunningen heeft betrekking op een verbod. In de Wro en de Wabo wordt niet reeds een

<sup>241</sup> Geïmpliceerde bevoegdheden zijn volgens Van Ommeren ongewenst, aangezien het legaliteitsbeginsel een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag vraagt. Toch zijn geïmpliceerde bevoegdheden voor een deel onvermijdelijk. Van Ommeren, *RM Themis* 2002/3.

<sup>242</sup> Zie bijvoorbeeld: Bröring e.a. 2022. De literatuur onderscheidt drie opvattingen ten aanzien van het specialiteitsbeginsel, namelijk de precieze, de rekkelijke en de gematigde. De Afdeling geeft niet consequent de voorkeur aan een opvatting. Tegenwoordig neigt zij naar de gematigde opvatting. Schlössels 2022, par. 24.4 en 24.5.

<sup>243</sup> Wegens strijd met het specialiteitsbeginsel of het verbod van *détournement de pouvoir*. Bröring e.a. wijzen erop dat weinig jurisprudentie bestaat waarin strijd met het verbod van *détournement de pouvoir* wordt aangenomen. Het zal moeten gaan om evidente en ernstige gevallen. Bröring e.a. 2022, p. 389.

<sup>244</sup> Zie onder meer art. 3.1 lid 1, 3.26 lid 2, 3.28 lid 2 en 4.1 lid 1 Wro. Zie ook: HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (Alkemade/Hornkamp);

<sup>245</sup> Vgl. art. 2.10 en art. 2.12 Wabo.

<sup>246</sup> Zie m.n. art. 1.2, 1.3 (voor de 'zorg voor de fysieke leefomgeving') en art. 4.2 en 5.21 (voor de 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties') van de in te voeren Omgevingswet (Ow).

<sup>247</sup> Art. 1.3 lid 2 Ow; *Handelingen II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT), p. 60-61.

vergunningenplafond vastgesteld. Bestaat er een bevoegdheid om een vergunningenplafond vast te stellen? En met het oog op welke belangen mag een vergunningenplafond worden vastgesteld?<sup>248</sup>

In de rechtspraak lijkt er geen twijfel over te bestaan dat het vaststellen van een plafond ten aanzien van de te verlenen omgevingsvergunningen is toegestaan.<sup>249</sup> Volgens de Afdeling zal een vergunningenplafond doorgaans in een wettelijk voorschrift of op basis van een wettelijk voorschrift worden vastgesteld. Daarnaast kan een vergunningenplafond ‘verstoep’ zijn.<sup>250</sup> Wat men precies verstaat onder een dergelijk ‘verstoep’ vergunningenplafond, zal nog moeten blijken uit toekomstige jurisprudentie.

Mijns inziens volgt de bevoegdheid om een vergunningenplafond vast te stellen uit de bevoegdheid om planologische besluiten, zoals een bestemmingsplan en een provinciale verordening, te nemen.<sup>251</sup> Het vergunningenplafond werkt vervolgens door in het kader voor de verlening van omgevingsvergunningen. Op basis van het limitatief-imperatief stelsel van artikel 2.10 Wabo wordt een omgevingsvergunning voor bouwen dan ook (mede) geweigerd wegens strijd met deze planologische besluiten. Onder de Omgevingswet wordt de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit bestaande uit bouwen (hierna: OPA Bouw) verleend indien de aanvraag niet in strijd is met de regels uit het omgevingsplan.<sup>252</sup>

Zoals bekend, worden deze planologische besluiten naar huidig recht met het oog op een goede ruimtelijke ordening vastgesteld.<sup>253</sup> Onder de Omgevingswet bevat het omgevingsplan in ieder geval regels die zien op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Daarnaast kunnen regels worden opgenomen die met het oog op de zorg voor de fysieke leefomgeving wenselijk zijn.<sup>254</sup> Een vergunningenplafond kan dus niet worden gerechtvaardigd door het belang van draagvlak en een eerlijke verdeling van lusten en lasten. Als de instelling van het vergunningenplafond niet op de juiste gronden kan worden onderbouwd, is de maatschappelijke tender reeds daarom problematisch.

### 4.3 Toetsing aan voorwaarden

Nadat een vergunningenplafond is ingesteld, worden initiatiefnemers uitgenodigd om voorstellen in te dienen en blijken omgevingsvergunningen (als het goed is) schaars te zijn. Voordat voorstellen met elkaar worden vergeleken, wor-

<sup>248</sup> Overigens beperkt ook het Unierecht (m.n. art. 49 en 56 VWEU) de mogelijkheden om een vergunningenplafond vast te stellen. Zie hierover: HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Jur.* 2010, p. I-4695 (Betfair), ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel (Rondvaartboot Amsterdam); F.J. van Ommeren 2022, par. 41.5.

<sup>249</sup> Zie bijvoorbeeld voor een uitspraak waar de vaststelling van het vergunningenplafond een non-*issue* is: ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (Havenbedrijf), r.o. 13.5.

<sup>250</sup> ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013, r.o. 7 en 8.1 Bijvoorbeeld door de beleidsmatige keuze om op een bepaalde locatie een steiger van 100 meter aan te leggen wordt een impliciet vergunningenplafond gecreëerd.

<sup>251</sup> Art. 3.1, 3.26 en 4.1 Wro.

<sup>252</sup> Art. 5.18 Ow en art. 8.0a lid 1 Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl).

<sup>253</sup> Zie onder meer art. 3.1 lid 1, 3.26 lid 2, 3.28 lid 2 en 4.1 lid 1 Wro.

<sup>254</sup> Zie m.n. art. 1.2, 1.3 (voor de ‘zorg voor de fysieke leefomgeving’) en art. 4.2 (voor de ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’) van de in te voeren Omgevingswet (Ow).

den de voorstellen dikwijls getoetst aan bepaalde voorwaarden. In verschillende beleidskaders uit de verkenning zijn voorwaarden met betrekking tot financiële participatie aangetroffen. Deze lopen uiteen van inspanningsverplichtingen tot concrete resultaatsverplichtingen (zie par. 3.1.2.3). Het niet voldoen aan deze verplichtingen leidt tot uitsluiting van verdere deelname aan de maatschappelijke tender. De onderzochte handreikingen en beleidskaders impliceren dat uitgesloten initiatiefnemers ook niet in aanmerking kunnen komen voor een omgevingsvergunning. In hoeverre bestaat er een wettelijke grondslag voor dergelijke voorwaarden en consequenties? Is het toegestaan om voorwaarden te stellen met het oog op het vergroten van draagvlak en op die basis initiatiefnemers van vergunningverlening uit te sluiten?

#### 4.3.1 Legaliteit

De rechtspraak lijkt steeds meer te accepteren dat overwegingen met betrekking tot draagvlak en financiële participatie de planologische besluitvorming binnensluipen. Eerder werd kortweg overwogen dat het ontbreken van draagvlak (en zo ook financiële participatie) niet ruimtelijk relevant is en derhalve niet een doorslaggevend argument kan zijn voor een weigering.<sup>255</sup> Naar de huidige lijn in de rechtspraak wordt wel toelaatbaar geacht dat in beleid een inspanningsverplichting ten aanzien van financiële participatie wordt opgenomen (zie par. 2.4.2). Het stellen van randvoorwaarden met betrekking van financiële participatie wordt voorsnog afgewezen.<sup>256</sup>

Met een inspanningsverplichting kan geen bepaald resultaat worden afgedwongen. Als een initiatiefnemer bijvoorbeeld heeft voorzien in financiële deelneming, dan heeft een beroepsgrond waarin wordt verzocht om een omgevingsfonds of omwonendenregeling geen kans van slagen.<sup>257</sup> Uit de *Etriplus/gemeente Venlo* uitspraak blijkt dat het bevoegd gezag bij het niet behoorlijk nakomen van een inspanningsverplichting kan weigeren planologische medewerking te verlenen.<sup>258</sup> Zo kan het niet voldoen aan een inspanningsverplichting wel verstrekkende consequenties hebben.

Tolsma levert mijns inziens terechte kritiek op deze lijn in de jurisprudentie.<sup>259</sup> Het legaliteitsbeginsel vereist een wettelijke basis voor de inspanningsverplichtingen. Immers, initiatiefnemers van wind- en zonneparken worden verplichtingen opgelegd. Deze initiatiefnemers moeten zich inspannen om financiële participatie te bewerkstelligen. Dat zal hen meestal een deel van de winst kosten.

255 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702.

256 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23.2. Zie ook: ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844, r.o. 11.3; ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (*Zonnepark Daalkampen*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958 (*Zonnepark Hijken*).

257 Vgl. ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844.

258 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23. In casu was voldaan aan de inspanningsverplichting. Uitspraken waarin daadwerkelijk is geoordeeld dat medewerking mocht worden geweigerd vanwege het niet voldoen aan de inspanningsverplichting zijn mij niet bekend.

259 Tolsma, *JBplus* 2021-6, par. 3.

Het is niet helder aan welke wettelijke bevoegdheid de Afdeling de inspanningsverplichtingen ontleent. De inspanningsverplichtingen worden opgenomen in beleidsregels. Beleidsregels hebben slechts betrekking op de uitoefening van een bestaande bevoegdheid. Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat alleen algemeen verbindende voorschriften bevoegdheden in het leven kunnen roepen. Een beleidsregel die zelfstandig een inspanningsverplichting creëert is dus in strijd met het legaliteitsbeginsel.<sup>260</sup> De inspanningsverplichtingen zijn daarnaast niet terug te voeren op de Wro of de Wabo. Als beleidskaders bijvoorbeeld in het kader van een maatschappelijke tender een inspanningsverplichting opnemen, is dat dus naar ik meen strijdig met het legaliteitsbeginsel.

#### 4.3.2 Specialiteit

Daarnaast levert het weigeren van planologische medewerking vanwege het niet voldoen aan een resultaats- of inspanningsverplichting aangaande financiële participatie mijns inziens strijd met het specialiteitsbeginsel op. Immers, met het oog op het specialiteitsbeginsel kan planologische medewerking slechts worden geweigerd met het oog op een ‘goede ruimtelijke ordening’ of ‘een evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ onder de Omgevingswet.<sup>261</sup> Financiële participatie kan niet als voorwaarde worden gesteld aan de verlening van een omgevingsvergunning, gezien het limitatief-imperatief stelsel van artikel 2.10 Wabo.<sup>262</sup> Een aanvraag om een OPA Bouw moet onder de Omgevingswet worden ingewildigd wanneer wordt voldaan aan de beoordelingsregels in het omgevingsplan, welk regels bevat met het oog op de fysieke leefomgeving.<sup>263</sup> Een buitenplanse OPA Bouw kan daarnaast worden toegekend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.<sup>264</sup> Vreemde belangen van derden, zoals het belang om financieel te kunnen participeren, mogen hier geen rol spelen.

#### 4.4 Vergelijkende toets

Selectie van voorstellen vindt plaats op basis van een vergelijkende toets. In deze deelparagraaf wordt eerst de vraag gesteld of een dergelijke vergelijkende toets mag worden gehanteerd in het kader van de Wro, de Wabo en de Omgevingswet (par. 4.3.1). Vervolgens onderzoek ik welke belangen mogen worden meegewogen in deze vergelijkende toets (par. 4.3.2).

<sup>260</sup> Bröring e.a. 2022, p. 219.

<sup>261</sup> Art. 3.1, 3.26 lid 2, 3.28 lid 2 Ow.

<sup>262</sup> De afwijkingmogelijkheden uit artikel 2.12 Wabo bieden dan ook geen basis om een omgevingsvergunning te weigeren wegens het ontbreken van financiële participatie. Art. 2.10 lid 2 jo. 2.12 Wabo.

<sup>263</sup> Art. 5.18 lid 1 Ow jo. Art. 8.0a Bkl; art. 2.4 jo. Art. 1.2 jo. Art. 1.3 Ow. Zie ook art. 5.20 Ow.

<sup>264</sup> Art. 5.18 lid 1 sub b Ow jo. art. 8.0a lid 1 Bkl. Overigens gaat het hier om de omgevingsvergunning voor de ruimtelijke bouwactiviteit en niet om de technische bouwactiviteit.

#### 4.4.1 Legaliteit

Allereerst moet worden opgemerkt dat de vergelijkende toets in het kader van de maatschappelijke tender wordt toegepast voordat formeel een aanvraag om een omgevingsvergunning is ingediend. De vergelijkende toets vindt dus niet plaats in het kader van de planologische besluitvorming. Toch is de vraag of de Wro, de Wabo en de Omgevingswet voldoende wettelijke grondslag bieden om een vergelijkende toets te hanteren voor de verdeling van omgevingsvergunningen relevant. Immers, de uitkomst van de vergelijkende toets lijkt te bepalen wie in aanmerking komt voor een omgevingsvergunning.

De Wro, de Wabo en de Omgevingswet bepalen niet expliciet met welke verdelingsprocedure schaarse omgevingsvergunningen verdeeld dienen te worden.<sup>265</sup> De vraag in hoeverre het bevoegd gezag dan vrij is om een verdelingsprocedure te kiezen, hangt af van de mate van discretie die aan het bestuursorgaan toekomt.<sup>266</sup> Mijns inziens moet er dan met name sprake zijn van beleidsruimte.<sup>267</sup> Als verscheidene aanvragen voldoen aan de wettelijke vereisten, dient de vergelijkende toets uit te maken op welke wijze gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid. Als er beleidsruimte bestaat om een verdelingsprocedure te kiezen, dan kan worden gesproken van een geïmpliceerde bevoegdheid. Laten de Wro en de Wabo toe dat een vergelijkende toets wordt gehanteerd voor de verdeling van schaarse omgevingsvergunningen?

Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin het stelsel van de Wro en de Wabo een probleem vormde voor de keuze van een vergelijkende toets voor de verlening van omgevingsvergunningen. In de zaak *Havenbedrijf* was er een vergelijkende toets op basis van een provinciale regeling aan de orde. Deze werd gehanteerd voor de verdeling van schaarse omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik.<sup>268</sup> De appelgronden zagen op het gelijkheidsbeginsel. Blijkbaar was er geen discussie over de vraag of de Wro en de Wabo grondslag geven voor een vergelijkende toets. Uit de uitspraak *Drimmelen* lijkt daarnaast te volgen dat de beoordeling van aanvragen om omgevingsvergunningen in punten kan worden uitgedrukt en dat een vergelijking toelaatbaar is. Hierbij is vereist dat deze beoordelingswijze op beleid is gebaseerd en op objectieve en gelijke wijze wordt gehanteerd.<sup>269</sup>

In de literatuur bestaat onenigheid ten aanzien van het hanteren van de vergelijkende toets voor de verdeling van omgevingsvergunningen voor bouwen.<sup>270</sup> A-G Widdershoven ziet in zijn conclusie bij *Windpark Zeewolde* hier geen mogelijkheid voor. Volgens hem brengen het limitatief-imperatief stelsel van artikel 2.10 Wabo en de geldende beslistermijn met zich mee dat de eerste aanvraag (mits deze voldoet aan het bestemmingsplan) moet worden toegewezen. Een nadere

<sup>265</sup> Zie voor de verschillende opties par. 3.2.2.

<sup>266</sup> Van Ommeren 2004, p. 57-58.

<sup>267</sup> Zie voor dit begrip: Bröring & De Graaf 2022, p. 309.

<sup>268</sup> ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (*Havenbedrijf*), zie m.n. r.o. 13.5.

<sup>269</sup> ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437 (*Drimmelen*), r.o. 15.2.

<sup>270</sup> Art. 2.1 lid 1 sub a Wabo.

afweging is volgens hem niet toegestaan.<sup>271</sup> Omdat de Omgevingswet ook een limitatief-imperatief stelsel voor omgevingsplanactiviteiten bestaande uit bouwen bevat, zal het voorgaande hier ook opgaan. Wolswinkel gaat tegen de opvatting van A-G Widdershoven in. Hij wijst op een uitspraak waarin het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) het in een ander imperatief vergunningsstelsel mogelijk acht om een vergelijkende toets te hanteren bij de beoordeling van aanvragen om een schaarse machtiging.<sup>272</sup>

Ik sluit me bij A-G Widdershoven aan. Vanwege de geldende beslistermijn en het ontbreken van beleidsruimte bij het beoordelen van de vergunningsaanvraag, is er mijns inziens in beginsel geen plaats voor een vergelijkende toets. Voor de maatschappelijke tender is van belang dat de vergelijkende toets plaatsvindt voordat een aanvraag om een omgevingsvergunning is gedaan. De beslistermijn voor aanvragen om een omgevingsvergunning gaat dan nog niet lopen. In zoverre dwingt het limitatief-imperatief stelsel in het kader van omgevingsvergunningen voor bouwen (nog) niet tot een beslissing. Indien deze vergelijkende toets alsnog bepalend is voor de vraag wie in aanmerking komt voor een omgevingsvergunning, dan bestaat hier mijns inziens echter nog steeds onvoldoende basis voor.

Wat betreft omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik lijkt men het er in de literatuur over eens te zijn dat het hanteren van een vergelijkende toets tot de mogelijkheden behoort. Dat lijkt mij terecht, aangezien de artikelen 2.12 Wabo en 5.21 lid 1 sub b Ow beleidsruimte bevatten. Hier geldt geen limitatief-imperatief stelsel.<sup>273</sup>

#### 4.4.2 Specialiteit

Nu een vergelijkende toets om schaarse omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik te verdelen tot de mogelijkheden behoort, is de vraag wat mee mag wegen in deze vergelijkende toets. De literatuur is hier eenduidig over: alleen ruimtelijke aspecten mogen een rol spelen. A-G Widdershoven acht de verdeling van omgevingsvergunningen voor afwijkend gebruik mogelijk, maar stelt hierbij als eis dat de criteria ruimtelijk relevant zijn.<sup>274</sup> Drahmans stelt dezelfde eis, namelijk: ‘mits de beoordelingscriteria te relateren zijn aan het belang van een goede ruimtelijke ordening’. Ook Dieperink sluit zich hierbij aan.<sup>275</sup>

De rechtspraak is op dit punt wat verwarrend. De vergelijkende toets in het kader van de zaak *Havenbedrijf* zag op louter ruimtelijke aspecten.<sup>276</sup> In de uit-

271 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.16. Hij is het op dat punt oneens met Drahmans, die wel ruimte ziet om voor de verlening van omgevingsvergunningen voor bouwen een vergelijkende toets te hanteren. Drahmans, TBR 2017/156, par. 3.2.1.

272 Wolswinkel, TO 2018, nr. 3, par. 4.3; CBB 6 november 1991, AB 1994/29.

273 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.19; Wolswinkel 2018, par. 4.3.

274 Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.21.

275 Dieperink, TBR 2022/11, par. 3.2.

276 Zie hiervoor: provincie Noord-Holland, ‘Uitvoeringsregeling verdeelprocedure herstructurering Wind op Land’ (oud), te vinden op: [www.lokaleregelgeving.overheid.nl](http://www.lokaleregelgeving.overheid.nl), art. 5 lid 2: ‘Een aanvraag wordt hoger gerangschikt naarmate de ruimtelijke kwaliteit ervan hoger is’.

spraak heeft de Afdeling mijns inziens niet expliciet overwogen dat die beperking tot ruimtelijke aspecten ook vereist was.<sup>277</sup> In zoverre biedt de uitspraak aanknopingspunten voor het standpunt dat een vergelijkende toets mogelijk is, mits die louter bestaat uit ruimtelijk relevante criteria.<sup>278</sup> In de zaak *Drimmelen* was ook aan de orde dat het bevoegd gezag aanvragen op basis van criteria waardeerde, maar was één van die criteria ‘maatschappelijke meerwaarde’. Onder ‘maatschappelijke meerwaarde’ viel onder meer ‘sociale participatie’, waarbij een omwonendenregeling en mede-eigenaarschap als voorbeeld werden genoemd.<sup>279</sup> Het gehanteerde puntensysteem was volgens het bevoegd gezag enkel bedoeld om de keuzes bij de toetsing aan het beleid te objectiveren. Volgens appellanten was geen sprake van een objectieve en gelijke verdeling. De Afdeling overweegt hier als volgt:

‘15.2. (...) Anders dan Naga Solar en anderen stellen, staat niets eraan in de weg dat de inhoudelijke toets van de verschillende aanvragen aan het beleidskader ter objectivering in punten wordt uitgedrukt, zoals is gebeurd. Naga Solar en anderen betogen echter wel terecht dat dit er niet toe heeft geleid dat de door de rechtbank vastgestelde gebreken in het besluit zijn weggenomen.

Allereerst is de Afdeling van oordeel dat het hiervoor genoemde puntensysteem niet volgt uit het beleidskader, waar het puntensysteem is gebaseerd op de vergelijking met andere zonneparkprojecten en het zich daarvan al dan niet onderscheiden. Dat onderscheidende aspect is niet op het beleidskader terug te voeren en het maakt bovendien dat de verschillende aanvragen bij de toetsing onderling juist wel met elkaar zijn vergeleken. Dat verhoudt zich niet met de stelling van het college dat de aanvragen puur op hun eigen kwalificaties zijn beoordeeld. (...)’

De Afdeling lijkt er geen problemen mee te hebben dat niet alle criteria ruimtelijk relevant zijn. De omstandigheid dat dit systeem niet geheel uit het beleidskader volgt, is wel problematisch. Daarnaast ziet de Afdeling ‘een onjuiste uitleg van de criteria en een niet beargumenteerde voorkeur’ voor de aanvraag die is toegewezen. Uiteindelijk vernietigt zij het bestreden besluit. Men kan zich afvragen of hieruit volgt dat de Afdeling de toetsing van niet ruimtelijk relevante criteria in een vergelijkende toets mogelijk acht. Vermoedelijk is dat niet het geval. De gronden voor hoger beroep zien niet op het specialiteitsbeginsel, maar op het gelijkheidsbeginsel. De vraag of het bestreden besluit voldoet aan het specialiteitsbeginsel, valt dus buiten de omvang van het geding.<sup>280</sup> Zij verwijst ook niet naar de jurisprudentielijn van *Etriplus/gemeente Venlo* aangaande inspanningsverplichtingen in beleid.<sup>281</sup> Het is daarom aannemelijk dat de Afdeling zich om die reden niet heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van de niet ruimtelijk relevante criteria.

277 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (*Havenbedrijf*), zie m.n. r.o. 13.5.

278 Zie voor dit standpunt: Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.7.

279 Gemeente Drimmelen, ‘Beleidskader grootschalige zonnevelden Drimmelen’, 4 september 2018, [www.drimmelen.nl](http://www.drimmelen.nl), par. 2.2.

280 Art. 8:69 Awb. Aan materiële rechtsbeginselen, zoals het specialiteitsbeginsel, wordt in de regel niet ambtshalve getoetst. Marseille & Tolsma 2022, p. 229.

281 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*).



Wat de daadwerkelijke opvatting van de Afdeling op dit punt is, zal hopelijk gauw uit jurisprudentie blijken. Mijns inziens zijn de opvattingen die in de literatuur naar voren zijn gekomen juist. De bevoegdheid om een vergelijkende toets te hanteren bij de verdeling van omgevingsvergunningen volgt impliciet uit de bevoegdheid om omgevingsvergunningen te verlenen of te weigeren. Dat betekent dat dezelfde begrenzings gelden, waaronder de begrenzing van het specialiteitsbeginsel.<sup>282</sup> De overwegingen om een omgevingsvergunning te verlenen of af te wijzen moeten daarom ruimtelijk van aard zijn. De omstandigheid dat draagvlak of een eerlijke verdeling van lusten en lasten ontbreekt, is in dit kader niet relevant.

#### 4.5 Toetsing aanvraag omgevingsvergunning

In het voorgaande is geconcludeerd dat uit het legaliteits- en het specialiteitsbeginsel volgt dat in elk geval geen resultaatsverplichting met betrekking tot financiële participatie mag worden opgelegd aan initiatiefnemers. Hoewel het opleggen van een inspanningsverplichting hieromtrent in de rechtspraak wel toelaatbaar is geacht, lijken de beginselen zich ook hiertegen te verzetten. Daarnaast is gebleken dat in een vergelijkende toets louter ruimtelijk relevante criteria kunnen worden meegewogen. Wat heeft dit als gevolg voor de besluitvorming op aanvragen om een omgevingsvergunning?

De handreikingen en beleidskaders doen voorkomen alsof de uitkomst van de vergelijkende toets bepalend is voor de verdeling van omgevingsvergunningen. De beoordeling van een aanvraag om een omgevingsvergunning en de beoordeling op basis van de maatschappelijke tender lopen uiteen. Immers, in het kader van de maatschappelijke tender spelen mede niet-ruimtelijk relevante aspecten, zoals financiële participatie, een rol. Wanneer na een maatschappelijke tender een aanvraag wordt gedaan om een omgevingsvergunning, geldt het gewoonlijke beoordelingskader uit de Wabo of uit de toekomstige Omgevingswet. Als de uitkomst van de maatschappelijke tender wordt gevolgd in het vergunningsproces, dan handelt het bevoegd gezag dus in strijd met de beginselen van legaliteit en specialiteit. Dat geldt ook wanneer verplichtingen ten aanzien van financiële participatie worden opgenomen in voorschriften die aan een omgevingsvergunning worden verbonden.<sup>283</sup>

Daarnaast geschiedt de besluitvorming ten aanzien van omgevingsvergunningen door het college van burgemeester en wethouders, terwijl voor de beoordeling van een maatschappelijke tender een ander orgaan, namelijk een commissie is ingesteld. De feitelijke voorselectie van aanvragen geschiedt dus door een commissie die niet democratisch is gelegitimeerd en geen wettelijke basis hiervoor heeft.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> Zie onder meer: Wolswinkel 2013, p. 117.

<sup>283</sup> Art. 2.22 lid 2 Wabo jo. art. 2.10 en 2.12 Wabo; 5.34 Ow.

<sup>284</sup> Terwijl het college van burgemeester en wethouders wordt benoemd en ontslagen door de rechtstreeks gekozen gemeenteraad en verantwoording aan de gemeenteraad is verschuldigd. Art. 35, 49 en 169 Gemw; art. 129 Gw.

Als de aanvraag van een initiatiefnemer vanwege een lage score op niet-ruimtelijke criteria buiten behandeling wordt gelaten of wordt geweigerd, dan kan dit besluit worden vernietigd. Aan de andere kant geldt dat een initiatiefnemer die een positief principebesluit heeft ontvangen, gelet op de gesignaleerde juridische knelpunten niet kan verwachten dat het besluit tot toekenning standhoudt.<sup>285</sup>

Daarnaast staat het initiatiefnemers die niet aan de maatschappelijke tender hebben deelgenomen vrij om een aanvraag om een omgevingsvergunning in te dienen. Deelname aan een maatschappelijke tender is immers geen aanvraagvereiste dat uit de wet of de relevante besluiten en regelingen volgt.<sup>286</sup> Aangezien de maatschappelijke tender van buitenwettelijke aard is, kan het onthouden van deelname aan deze procedure geen reden zijn om een aanvraag buiten behandeling te laten of af te wijzen.<sup>287</sup> Dat kan betekenen dat het vergunningenplafond wordt bereikt, waardoor een andere initiatiefnemer achter het net vist.

De maatschappelijke tender is wat dat betreft misleidend. Hierbij spelen niet alleen het legaliteits- en specialiteitsbeginsel, maar ook het vertrouwensbeginsel en het beginsel van *fair play*.<sup>288</sup> Burgers kunnen door de voorstelling van zaken uit de handreikingen en beleidskaders op het verkeerde been worden gezet. Zij kunnen hierdoor menen dat een hoge score op de maatschappelijke tender vereist is om in aanmerking te komen voor een omgevingsvergunning, terwijl dat niet het geval mag zijn. Met het oog op de rechtszekerheid is dat mijns inziens kwalijk.

#### 4.6 Anterieure overeenkomst

De afspraken die op basis van de maatschappelijke tender worden gemaakt, worden veelal neergelegd in anterieure overeenkomsten. In een enkel beleidsdocument is opgenomen dat hierin afspraken over financiële participatie worden opgenomen. Is daar een bevoegdheid voor? Is het toegestaan om afspraken over financiële participatie in een anterieure overeenkomst op te nemen?

Het staat overheden in beginsel vrij om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten.<sup>289</sup> De bevoegdheid tot het sluiten van een anterieure overeenkomst is opgenomen in artikel 6.24 Wro. Zoals blijkt uit de tekst van het artikel, ziet de anterieure overeenkomst in de eerste plaats op het verhalen van grondexploitatiekosten. Financiële participatie kan lijken op de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen ex artikel 6.24 lid 1 sub a Wabo, maar is dit niet (zie par. 2.1). In het kader van publiekrechtelijk kostenverhaal is het bevoegd gezag gebonden aan de kostensoortenlijst uit het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro).<sup>290</sup> In het kader van een anterieure overeenkomst kan de overheid verder gaan dan

<sup>285</sup> Art. 3:3 en 3:4 lid 1 Awb; art. 8:72 Awb.

<sup>286</sup> Art. 2.8 Wabo; hoofdstuk 4 Besluit omgevingsrecht; art. 1.1 Regeling omgevingsrecht. Onder de Ow: afd. 7.2 Omgevingsregeling.

<sup>287</sup> Zie de weigeringsgronden voor omgevingsvergunningen voor bouwen in art. 2.10 Wabo, zie m.n. ook 2.10 lid 2 Wabo t.a.v. afwijken.

<sup>288</sup> Er wordt vertrouwen ontleend aan een onrechtmatig systeem.

<sup>289</sup> Art. 2:1 en 2:5 BW; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 415.

<sup>290</sup> Art. 6.13 Wro jo. afd. 6.2 Bro.

het Bro toelaat, mits hiervoor een grondslag in een structuurvisie bestaat.<sup>291</sup> Een structuurvisie kan alleen beleidsregels bevatten met het oog op een goede ruimtelijke ordening.<sup>292</sup>

Betaalplanologie is daarbij ongeoorloofd. In de kern houdt dit uitgangspunt in dat het niet is toegestaan om planologische ontwikkelingen te kopen.<sup>293</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat sprake is van betaalplanologie als in een anterieure overeenkomst aantoonbaar meer en substantieel hogere kosten worden overeengekomen dan met een exploitatieplan mogelijk is. In dat geval maakt het overheidslichaam misbruik van zijn bevoegdheden.<sup>294</sup> Overigens is geen sprake van betaalplanologie als de betaling van een financiële bijdrage met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk is.<sup>295</sup>

Een recente uitspraak van rechtbank Oost-Brabant kan twijfel opwekken over de vraag of men in een (verplichte) anterieure overeenkomst iets kan regelen over financiële participatie.<sup>296</sup> In casu was aan de orde dat in een provinciale verordening en gemeentelijk beleid voorwaarden met betrekking tot financiële participatie waren opgenomen. In de provinciale verordening waren deze voorwaarden geschaard onder de noemer ‘maatschappelijke meerwaarde’. Hieromtrent waren afspraken met een initiatiefnemer van een zonnenveld neergelegd in een samenwerkingsovereenkomst en anterieure overeenkomst. De eisers in de zaak betwijfelden of hiermee de vereisten uit de provinciale verordening en het beleid voldoende werden gewaarborgd. De rechter merkt op dat het gaat om aspecten die niet ruimtelijk relevant zijn. Mede op basis daarvan overweegt de rechter dat het aangaan van de overeenkomst voldoende is. Volgens annotator Karens is deze overweging opvallend, aangezien het verlenen van een verklaring van geen bedenkingen afhankelijk is gesteld van een samenwerkingsovereenkomst met afspraken over financiële participatie. Hij wijst daarbij op het risico van ongeoorloofde betaalplanologie. Daarnaast hadden de vereisten ten aanzien van financiële participatie wegens het ontbreken van een ruimtelijk relevant belang niet eens opgenomen mogen worden in een provinciale verordening.<sup>297</sup>

Het is afwachten of deze uitspraak standhoudt. Financiële participatie ziet niet op ruimtelijk relevante aspecten en leidt tot andere en veel hogere kosten dan de overheid in het kader van grondexploitatie kan vragen.<sup>298</sup> Als het sluiten van een anterieure overeenkomst met afspraken over financiële participatie als voorwaarde wordt gesteld voor het verlenen van planologische medewerking, levert dit daarom hoogstwaarschijnlijk ongeoorloofde betaalplanologie op.<sup>299</sup> De Omgevingswet gaat naar verwachting niet meer ruimte bieden om voorwaarden

---

291 Kamerstukken I 2006/07, 30218, nr. D.

292 Art. 2.1 Wro.

293 Muñoz Gielen, ‘Hoe recente jurisprudentie de afdwingbaarheid versterkt van het privaatrechtelijke kostenverhaal: mogelijkheden voor gemeenten’, BR 2020/10.

294 Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7272 m.nt. E.W.J. de Groot, r.o. 5.16.

295 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950 (Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen). Muñoz Gielen, BR 2020/10, par. 3.

296 Rb. Oost-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2680 m.nt. Karens.

297 Karens, TBR 2022/87.

298 Vgl. het richtbedrag uit de NWEA-gedragscode van € 0,40-0,50/Mwh.

299 Zie ook: Bregman & Karens, TBR 2020/118, par. 4.3; Tolsma, Jbplus 2021-6, p. 75-76.

over financiële participatie in een verplichte overeenkomst op te nemen.<sup>300</sup> Waar precies de grens van ongeoorloofde betaalplanologie ligt, zal zich nog in rechtspraak moeten uitkristalliseren.

#### 4.7 Tussenconclusie

Met het oog op de beginselen van legaliteit en specialiteit is de maatschappelijke tender mijns inziens niet toelaatbaar. Allereerst kan met zekerheid worden gezegd dat het niet is toegestaan om randvoorwaarden met betrekking tot financiële participatie te stellen. Voorwaarden voor deelname aan een maatschappelijke tender, zoals verplichte afdracht aan een omgevingsfonds, zijn dus niet toegestaan. De rechtspraak laat een inspanningsverplichting wel toe, hoewel de toelaatbaarheid daarvan ook sterk kan worden betwijfeld. Daarnaast kan het belang om financiële participatie te realiseren geen reden zijn om een vergunningenplafond vast te stellen. Ook kan de vraag of in financiële participatie wordt voorzien geen rol spelen in een vergelijkende toets. Overigens is de jurisprudentie op dit laatste punt wel wat onduidelijk. Afspraken over financiële participatie kunnen met het oog op het specialiteitsbeginsel voorts niet worden opgenomen in voorschriften bij een omgevingsvergunning. Tot slot levert een verplichte anterieure overeenkomst waarschijnlijk ongeoorloofde betaalplanologie op.

Al deze constatering brengen met zich mee dat de uitkomst van de maatschappelijke tender niet kan meespelen in de beoordeling van aanvragen om een omgevingsvergunning. In het kader van de beoordeling van een aanvraag om een omgevingsvergunning wordt een ander beoordelingskader gehanteerd. Initiatiefnemers die vanwege een te lage score op financiële participatie worden afgewezen in de tender, kunnen alsnog aanspraak maken op een omgevingsvergunning. Hetzelfde geldt voor initiatiefnemers die hier niet aan hebben deelgenomen. Burgers kunnen door de handreikingen en beleidskaders op het verkeerde been worden gezet. Deze beleidskaders doen voorkomen alsof een goede score op financiële participatie van belang is om in aanmerking te kunnen komen voor een omgevingsvergunning, terwijl financiële participatie in werkelijkheid geen rol mag spelen.

De wetgever zou er mijns inziens goed aan doen om te voorzien in een deugdelijke basis om effectief te kunnen sturen op financiële participatie. Dat hiervoor een zodanig omslachtige procedure is bedacht, getuigt er al van dat hier behoefte aan is. Een sluiproute om aspecten die niet ruimtelijk relevant zijn alsnog een rol te kunnen laten spelen in planologische besluitvorming druist in elk geval in tegen de beginselen van onze rechtsstaat.

---

300 Art. 13.22 Ow; Bregman & Karens 2020, TBR 2020/118, par. 4.4.

## 5 Toelaatbaarheid maatschappelijke tender op overheidsgronden

In het kader van de maatschappelijke tender op overheidsgronden wordt bepaald welke initiatiefnemer de beschikking krijgt over de gronden. Deze initiatiefnemer kan in aanmerking komen voor een omgevingsvergunning. Deze variant staat zo verder van de planologische besluitvorming af. Er zit immers nog een schakel tussen de maatschappelijke tender en de verlening van de omgevingsvergunning, namelijk een gronduitgifte-overeenkomst, huurovereenkomst en/of de vestiging van een recht van opstal (zie par. 3.1.3).

De initiatiefnemer wordt alleen geselecteerd als contractspartner indien hij voldoende (financiële) participatie aanbiedt in zijn participatieplan. Zo worden mogelijkerwijs verstrekkende eisen gesteld aan initiatiefnemers. In het kader van het project 'Zon langs de A7' uit de verkenning is lokaal eigendom en een vorm van financiële participatie waar minderdraagkrachtigen van kunnen profiteren verplicht gesteld. Hoewel de precieze omvang van de financiële participatie niet is vastgesteld, zullen deze verplichtingen financiële consequenties hebben voor de initiatiefnemers.<sup>301</sup>

Volgens Bregman en Karens kan de overheid in het kader van gronduitgifte eisen stellen ten aanzien van financiële participatie.<sup>302</sup> Tolsma en Blekkenhorst komen op basis van de uitspraken *Kunst- en antiekstudio/Lelystad* en *Chidda* tot dezelfde bevinding, maar houden hierbij een slag om de arm.<sup>303</sup> Het is de vraag of het privaatrecht inderdaad zo vrij is, of dat er ook argumenten wijzen op ontoelaatbaarheid. In hoeverre kan de overheid bij het selecteren van een contractspartner het aanbieden van financiële participatie meewegen of als voorwaarde stellen? En in hoeverre is het toelaatbaar dat afspraken over financiële participatie in de genoemde overeenkomsten of akten worden opgenomen?

Om deze vragen zoveel mogelijk te beantwoorden, onderzoek ik eerst in hoeverre de beginselen van legaliteit en specialiteit een rol spelen (par. 5.1). Vervolgens wordt op basis van het *Windmill*-arrest geanalyseerd of het meewegen of bedingen van financiële participatie in het kader van de genoemde privaatrechtelijke handelingen een ongeoorloofde doorkruising kan opleveren van de Wro en in de toekomst de Omgevingswet (par. 5.2). Daarna behandel ik rechtspraak over privaatrechtelijk overheidshandelen in het kader van de ruimtelijke ordening en kostenverhaal (par. 5.3). Geëindigd wordt met een tussenconclusie (par. 5.4).

<sup>301</sup> Een omgevingsfonds kan al duizenden tot tienduizenden euro's per jaar kosten. Zie hiervoor: Bakker & Tolsma, *TO* 2021/03.

<sup>302</sup> Bregman & Karens, *TBR* 2020/118, p. 768.

<sup>303</sup> Tolsma & Blekkenhorst 2020.

## 5.1 Legaliteit en specialiteit

Overheden zijn voor wat betreft het vermogensrecht in beginsel aan een natuurlijk persoon gelijkgesteld.<sup>304</sup> Evenals natuurlijke personen kunnen overheden overeenkomsten sluiten, beperkte rechten vestigen, of anderszins via het privaatrecht handelen. Hierbij is de privaatrechtelijk handelende overheid gebonden aan de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>305</sup>

De beginselen van legaliteit en specialiteit zien op ingrijpend overheidshandelen. Hierbij zal het gaan om de overheid die eenzijdig een gebod of een verbod oplegt aan burgers (zie nader par. 4.1). Bij privaatrechtelijk overheidshandelen is hier in de regel geen sprake van. Het legaliteitsbeginsel verplicht dus in beginsel niet om een specifieke wettelijke basis voor het verrichten van bepaalde privaatrechtelijke handelingen.<sup>306</sup> Als er geen specifieke basis hoeft te zijn, is de overheid ook niet aan bepaalde doelen gebonden, zoals volgt uit het specialiteitsbeginsel. Huisman constateert dat het legaliteitsbeginsel betrekking heeft op de bevoegdheid om publiekrechtelijk te handelen. Voor privaatrechtelijk handelen geldt de doorkruisingsformule uit het arrest *Windmill*.<sup>307</sup>

De doorkruisingsformule hangt nauw samen met de beginselen van legaliteit en specialiteit. Immers, met de doorkruisingsformule wordt nagegaan of de overheid door privaatrechtelijk te handelen een publiekrechtelijke regeling of een publiekrechtelijk systeem doorkruist.<sup>308</sup> Als een overheid zonder begrenzingen via het privaatrecht zou kunnen handelen, dan is de vraag wat de beginselen van legaliteit en specialiteit nog waard zouden zijn. Wat de doorkruisingsformule inhoudt voor de maatschappelijke tender op overheidsgronden, wordt in het navolgende onderzocht.

## 5.2 Doorkruisingsleer en toepassing

Bij vragen omtrent de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen wordt een centrale plaats gegeven aan het arrest *Windmill*.<sup>309</sup> Het arrest gaat over de vraag 'of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomstige bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen.'<sup>310</sup> Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dient volgens de Hoge Raad eerst te worden nagegaan of de des-

304 Art. 2:1 jo. 2:5 BW.

305 Art. 3:1 lid 2 Awb jo. 3:14 BW. HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051 (*Rasti Rostelli*), HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987 (Amsterdam/Ilkon).

306 Hier zijn uitzonderingen op. Zie bijv. HR 8 mei 1998, AB 1998/390 m.nt. Th.G. Drupsteen (*Staat/Lenger*).

307 Huisman, *JBPlus* 2020 (1), par. 3.1.

308 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965 (*Windmill*); *Duijkersloot e.a.* 2010, p. 19.

309 Zie bijvoorbeeld: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 9.1-9.3.

310 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965 (*Windmill*), r.o. 3.2.

betreffende publiekrechtelijke regeling in een antwoord hierop voorziet. Als dat niet het geval is, is beslissend 'of het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist'. Hiervoor is allereerst de inhoud en strekking van de desbetreffende publiekrechtelijke regeling relevant. Daarnaast is van belang op welke wijze en mate de publiekrechtelijke regeling de belangen van burgers beschermt. Tot slot speelt de vraag of met de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt een rol.<sup>311</sup>

Voordat de doorkruisingsformule wordt toegepast op de maatschappelijke tender op overheidsgronden, dient de vraag te worden gesteld of deze situatie binnen de reikwijdte van de doorkruisingsformule valt. In het kader van de maatschappelijke tender op overheidsgronden worden bepaalde algemene belangen nagestreefd door onder meer overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten. Het *Windmill*-arrest gaat over de vraag of in de situatie dat een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van bepaalde belangen bevoegdheden toekent, diezelfde belangen ook via het privaatrecht mogen worden behartigd. Dit preadvies gaat over het meewegen of verplichten van financiële participatie, zoals dat in de maatschappelijke tender geschiedt. Financiële participatie ziet op het belang van acceptatie van en draagvlak voor wind- en zonneparken. Zoals bekend, ontbreekt een regeling die met het oog op deze belangen in bevoegdheden voorziet. Strikt genomen valt de situatie van de maatschappelijke tender mijns inziens dus niet onder de reikwijdte van de doorkruisingsformule.

Indien de toelaatbaarheid ooit wordt getoetst, komt de Hoge Raad waarschijnlijk niet toe aan de doorkruisingsformule.<sup>312</sup> Hij kan de toelaatbaarheid van het privaatrechtelijk overheidshandelen nog steeds via andere toetsingsmaatstaven beoordelen, zoals van misbruik van bevoegdheid of strijd met de wet.<sup>313</sup> Misbruik van bevoegdheid wordt gezien als de privaatrechtelijke pendant van het verbod van *détournement de pouvoir*.<sup>314</sup> De burgerlijke rechter is wat betreft de keuze van een toetsingsmaatstaf niet altijd consistent.<sup>315</sup> In een enkel geval wordt de doorkruisingsformule toegepast, terwijl geen publiekrechtelijke regeling bevoegdheden met het oog op dezelfde belangen toekent. Ook als de doorkruisingsformule niet expliciet wordt genoemd, is soms een soortgelijke redenering zichtbaar.<sup>316</sup> Daarom bespreek ik hierna toch arresten waarin de doorkruisingsformule wordt toegepast. Deze arresten kunnen inzicht geven in de grenzen om te contracteren over financiële participatie, ongeacht welke maatstaf de Hoge Raad hanteert.

<sup>311</sup> HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965 (*Windmill*), r.o. 3.2.

<sup>312</sup> Duijkersloot e.a. 2010, p. 31. Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*).

<sup>313</sup> Art. 3:13 BW; art. 3:40 BW.

<sup>314</sup> Duijkersloot e.a. 2010, p. 98.

<sup>315</sup> In het kader van het arrest *Brandweerkosten* werd, hoewel de voorliggende publiekrechtelijke regeling geen bevoegdheden met betrekking tot kostenverhaal bevatte, toch de doorkruisingsformule gehanteerd. Zie Duijkersloot e.a. 2010, p. 43; HR 11 december 1992, AB 1993, m.nt. G.A. van der Veen (*Brandweerkosten*).

<sup>316</sup> Zie bijvoorbeeld: HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*) en HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 m.nt. G.A. van der Veen (*Chidda*).

### 5.3 Andere rechtspraak

In het navolgende besteed ik aandacht aan jurisprudentie over de toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen in het kader van de ruimtelijke ordening en kostenverhaal. Omdat door de gronduitgifte-overeenkomst wordt bepaald wie een omgevingsvergunning kan aanvragen, raakt deze de ruimtelijke ordening. In het kader van de ruimtelijke ordening worden de arresten *Kunst- en antiekstudio Lelystad* en *Chidda* besproken. Daarnaast wordt een vergelijking gemaakt met het arrest *Alkemade/Hornkamp*. In deze zaak ging het om niet ruimtelijk relevante voorwaarden die in een bevoegdheids-overeenkomst waren vastgelegd.

Daarnaast heeft het contracteren over financiële participatie trekken van kostenverhaal zoals geregeld in de Wro. Met name de arresten *Brandweerkosten*, *Nunspeet/Mulder* en *Beuningen/VvE Blankenburg* zijn in dit kader van belang. Hoewel het bij financiële participatie niet gaat om kosten die door de overheid zijn gemaakt, gaat het in veel gevallen om financiële verplichtingen.

Wellicht kunnen parallellen worden getrokken met de zojuist genoemde jurisprudentie. Tegelijkertijd zijn er ook belangrijke verschillen in de verschillende casus. Wat zijn de argumenten die pleiten voor toelaatbaarheid van het genoemde overheidshandelen, waarbij financiële participatie als voorwaarde wordt gesteld of wordt meegewogen? En zijn er ook argumenten die wijzen op ontoelaatbaarheid?

#### 5.3.1 Ruimtelijke ordening

In het arrest *Kunst- en antiekstudio Lelystad* was aan de orde dat de gemeente Lelystad bij de gronduitgifte had bedongen dat Kunst- en antiekstudio voor de verhuur van ruimten toestemming nodig had van de gemeente. Het beding zag op grondgebruik en leverde een beperking op van wat op basis van het bestemmingsplan was toegelaten. De Hoge Raad merkte eerst op dat de WRO (oud) geen antwoord gaf op de vraag in hoeverre het gemeenten vrijstond om middels gronduitgifte voorwaarden omtrent grondgebruik op te nemen. Daarna kwam de Hoge Raad vrij snel tot het oordeel dat de WRO (oud) hier niet aan in de weg stond. Hierbij speelde een grote rol dat het stellen van voorwaarden omtrent grondgebruik tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk was.<sup>317</sup> Het zou aan de wetgever zijn om een dergelijke praktijk een halt toe te roepen.

De lijn van *Kunst- en Antiekstudio Lelystad* is bevestigd in het arrest *Chidda*. De gemeente Amsterdam had in *casu* bij de verkoop van grond bedongen dat de gronden alleen mochten worden gebruikt voor de bouw en reparatie van schepen. Het bestemmingsplan liet daarentegen gebruik voor andere doeleinden toe. De Hoge Raad herhaalde de overweging uit *Kunst- en antiekstudio Lelystad* over de geoorlooftheid van verdergaande contractuele voorwaarden in het kader van WRO

<sup>317</sup> HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*), r.o. 3.3. De omstandigheid dat door de voorwaarden het gebruik van de grond verder werd beperkt of verboden dan volgens het bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd was, werd door de Hoge Raad ook niet problematisch geacht.



(oud).<sup>318</sup> Overigens heeft de Hoge Raad in geen van beide arresten expliciet verwezen naar de doorkruisingsformule.

Uit deze arresten blijkt dat de Hoge Raad veel vrijheid aan overheden geeft om als eigenaar te contracteren op het punt van de ruimtelijke ordening. De Hoge Raad stelt zich welwillend op als het gaat om gemeentelijke praktijken in het algemeen belang. Voor een vergelijking tussen de casus van Kunst- en antiekstudio Lelystad en Chidda enerzijds en het verplichten of meewegen van financiële participatie in een gronduitgifte-overeenkomst anderzijds moet echter worden gewezen op een belangrijk verschil. Bedingen ten aanzien van financiële participatie zien niet op de ruimtelijke ordening, anders dan bij de bedingen die in de bovenstaande uitspraken aan de orde waren. Hetgeen in deze uitspraken werd bedongen, had met aanwending van planologische bevoegdheden geregeld kunnen worden. Waar in het kader van financiële participatie geen publiekrechtelijke route bestaat om voorwaarden te stellen, bestaat deze wel ten aanzien van het grondgebruik. Als met een publiekrechtelijke regeling geen vergelijkbaar resultaat kan worden behaald, is dat meestal een signaal dat het privaatrechtelijk overheidshandelen geoorloofd is.<sup>319</sup> Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen, zoals uit jurisprudentie is gebleken. Een aantal uitspraken over kostenverhaal zijn op dit punt het behandelen waard (zie nader par. 5.3.2).

In het kader van de ruimtelijke ordening valt voorts te wijzen op het arrest *Alkemade/Hornkamp*. Hier ging het niet om een gronduitgifte-overeenkomst, maar om een bevoegdhedenovereenkomst. De gemeente Alkemade had planologische medewerking afhankelijk gesteld van een beding dat verkoop en verhuur van de te bouwen woningen slechts toestond aan ingezetenen of personen met economische binding met de gemeente. De Hoge Raad overwoog dat de WRO (oud) slechts bevoegdheden toekende in het belang van een goede ruimtelijke ordening. Door medewerking afhankelijk te stellen van bedingen aangaande de woonruimteverdeling, werd in strijd met het verbod van *détournement de pouvoir* gehandeld. Hierdoor was het beding in strijd met de openbare orde en dus nietig.<sup>320</sup>

De bij de verkenning onderzochte tender ('Zon langs de A7') heeft trekken van een bevoegdhedenovereenkomst. In het Biedboek is namelijk opgenomen dat de betrokken gemeenten positief tegenover een zonnepark op de betreffende locaties staan en bereid zijn medewerking hieraan te verlenen, mits wordt voldaan aan het gemeentelijke participatiebeleid.<sup>321</sup> Het lijkt er dus op dat planologische medewerking hier afhankelijk wordt gesteld van voorwaarden aangaande financiële participatie. Mijns inziens zou een dergelijk beding dan ook net als bij *Alkemade/Hornkamp* in strijd zijn met het verbod van *détournement de pouvoir*.

Als in het kader van gronduitgifte of het sluiten van huurovereenkomsten financiële participatie een rol speelt zonder dat iets wordt toegezegd over planologische medewerking, bevindt de overheid zich naar ik meen nog steeds in juridisch grijs gebied. Een bevoegdhedenovereenkomst en gronduitgifte-overeenkomst

318 HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 m.nt. G.A. van der Veen (*Chidda*), r.o. 3.4.

319 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode (*Windmill*), r.o. 3.2.

320 Art. 3:40 BW; HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (*Alkemade/Hornkamp*), r.o. 3.3.2.

321 Biedboek 2022, p. 12 en 13.

werken in principe hetzelfde uit. Alleen de initiatiefnemer die voldoende financiële participatie aanbiedt kan planologische medewerking krijgen.<sup>322</sup> Op deze wijze worden zonder wettelijke basis verstrekkende verplichtingen aan initiatiefnemers opgelegd. Men kan zich afvragen wat de jurisprudentie over het bedingen van financiële verplichtingen op dit punt kan bijbrengen.

### 5.3.2 Kostenverhaal

De omstandigheid dat geen vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt met een publiekrechtelijke regeling maakt meestal dat privaatrechtelijk overheidshandelen niet leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van die regeling. Een uitzondering hierop volgt uit het arrest *Brandweerkosten*.<sup>323</sup> De gemeente Amsterdam had getracht de kosten van het nablussen van een brandend schip te verhalen op de eigenaresse van het schip. Om de toelaatbaarheid van dit kostenverhaal te toetsen, paste de Hoge Raad de doorkruisingsformule uit *Windmill* toe. Op basis van het doel en de strekking van de *Brandweerwet* kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat een dergelijk kostenverhaal deze wet op onaanvaardbare wijze doorkruiste. De wetgever had doelbewust afgezien van een bevoegdheid tot kostenverhaal, aangezien een dergelijke bevoegdheid een drempel zou vormen om bij een brand tot alarmering over te gaan.

Interessant is dat op het punt van financiële participatie de wetgever ook bewust heeft afgezien van wettelijke regulering. Belangrijk verschil is dat de reden daarvoor niet is dat de wetgever financiële participatie onwenselijk vindt, zoals bij kostenverhaal bij brand het geval was, maar dat het beter aan de praktijk kon worden overgelaten. De mogelijkheid tot privaatrechtelijk overheidshandelen ligt hiermee op één lijn. De overheden kunnen zodoende juist rekening houden met plaatselijke omstandigheden.

Ook bij de arresten *Nunspeet/Mulder* en *Beuningen/VvE Blankenburg* ging het om privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid. Bij *Nunspeet/Mulder* was in het geding dat de gemeente Nunspeet planologische medewerking had toegezegd in een bevoegdhedenovereenkomst, onder de voorwaarde dat Mulder de eventuele planschade voor haar rekening zou nemen. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijk regresbeding in strijd was met het stelsel van de WRO (oud) en deze wet op ontoelaatbare wijze doorkruiste. Hij wees erop dat planschadevergoeding een uitwerking is van het algemene rechtsbeginsel van gelijkheid van publieke lasten, waardoor deze door de overheid dienen te worden gedragen. Daarnaast speelde een rol dat de bestuursrechtspraak uitgaat van een gesloten stelsel van verhaalsmogelijkheden inzake exploitatie- en plankosten. Voor verhaal van planschadevergoeding bestaat geen wettelijke basis. Voorts was van belang dat voor de burger die plannen wil realiseren geen rechtsbescherming bestond. Hij zou

<sup>322</sup> Zie voor kritiek op de lijn van Kunst- en Antiekstudio Lelystad en Chidda afgezet tegen *Alkemadel Hornkamp*: Van der Veen, AB 2005/58 (Chidda), punt 3.

<sup>323</sup> HR 11 december 1992, AB 1993, 301 m.nt. G.A. van der Veen (*Brandweerkosten*).

immers geen belanghebbende zijn in een bestuursrechtelijke procedure over planschadevergoeding.<sup>324</sup>

In het arrest *Beuningen/VuE Blankenburg* ging het geschil over de toelaatbaarheid van een beding in een gronduitgifte-overeenkomst op grond waarvan de gemeente Beuningen onderhoudskosten voor de nabijgelegen openbare groenvoorziening verhaalde. De Hoge Raad merkte op dat dit verhaal van kosten die de gemeente voor een publieke taak maakt grote verwantschap vertoont met een heffing, maar dat niet was en daarom ook de waarborgen ontbraken. Om die reden achtte de Hoge Raad dit beding in strijd met de rechtszekerheid en nam hij een onaanvaardbare doorkruising van het stelsel van kostenverhaal in de WRO (oud) en de Gemeentewet aan. Hierop volgde nietigheid wegens strijd met de openbare orde.<sup>325</sup>

Natuurlijk zijn er belangrijke verschillen met de maatschappelijke tender op overheidsgronden. Zo gaat het in beide arresten om door de overheid gemaakte kosten in het openbaar belang. Bij de maatschappelijke tender gaat het daarentegen om een buitenwettelijke bijdrage van initiatiefnemers aan omwonenden (of de omgeving) van wind- en zonneparken. Toch zijn de gelijkenissen moeilijk te ontkennen. Bij beide arresten betrof het privaatrechtelijk overheidshandelen zonder publiekrechtelijke route.<sup>326</sup> Voorts ging het om bedingen met verstrekende financiële gevolgen voor de initiatiefnemer van een project, zoals bij de maatschappelijke tender ook het geval is. Daarnaast is financiële participatie, net als de groenvoorzieningen, in het algemeen belang. In het arrest *Beuningen/VuE Blankenburg* ging het zelfs om een gronduitgifte-overeenkomst. Voorts verdient opmerking dat het verband tussen het eigendomsrecht en de verplichtingen omtrent financiële participatie minder aanwezig is dan bij de bedingen omtrent gebruik uit de arresten *Kunst- en antiekstudio Lelystad* en *Chidda*. Net als in het arrest *Beuningen/VuE Blankenburg* aan de orde was, ziet de financiële participatie op iets anders dan het perceel waar de overheid eigenaar van is. De verplichtingen zijn wat dat betreft verstrekkender. Tot slot volgt uit de uitspraken dat de Wro een gesloten stelsel van kostenverhaal kent. Mijns inziens zou hiermee in lijn zijn dat een gronduitgifte-overeenkomst louter financiële verplichtingen mag bevatten die de Wro toelaat. Of de burgerlijke rechter deze bedingen ten aanzien van financiële participatie toelaatbaar acht, moet nog uit jurisprudentie blijken.

#### 5.4 Tussenconclusie

Op één punt kunnen mijns inziens met stelligheid uitspraken worden gedaan: het afhankelijk stellen van medewerking van het sluiten van een bevoegdheids-overeenkomst met verplichtingen aangaande financiële participatie is, zoals volgt uit het arrest *Alkemade/Hornkamp*, niet mogelijk. In algemene zin geldt dat de overheid een grote vrijheid geniet om privaatrechtelijk te handelen, vooral als er geen

324 HR 2 mei 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2848, m.nt. G.A. van der Veen, E.W.J. de Groot (*Nunspeet/Mulder*), r.o. 3.4.1-3.4.5.

325 Art. 3:40 BW; HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, m.nt. G.A. van der Veen (*Beuningen/VuE Blankenburg*), r.o. 3.3.

326 Een zogenaemde onzuivere tweewegensituatie.

publiekrechtelijke route beschikbaar is. Dat in gronduitgifte-overeenkomsten of andere privaatrechtelijke overeenkomsten tot financiële participatie verplicht kan worden, is voornamelijk niet vanzelfsprekend. Er zijn zowel argumenten voor als tegen de toelaatbaarheid van het opnemen van bedingen ten aanzien van financiële participatie in overheidsvereenkomsten.

Een belangrijk argument voor is dat met het bedingen van financiële participatie een ander belang wordt nagestreefd dan het belang van een goede ruimtelijke ordening uit de Wro. Van een ontoelaatbare doorkruising van de Wro zal dan ook in beginsel geen sprake zijn. De overheid kan dan geen vergelijkbaar resultaat bereiken via het publiekrecht, wat volgens de Hoge Raad in *Windmill* een signaal is dat het privaatrechtelijk overheidshandelen toelaatbaar is. Een ander sterk argument voor de toelaatbaarheid van bedingen ten aanzien van financiële participatie is dat de wetgever niet heeft afgezien van het regelen van financiële participatie vanwege de onwenselijkheid hiervan, maar om ruimte te bieden voor maatwerk. Met het oog op de wenselijkheid van financiële participatie voor de acceptatie van wind- en zonneparken zou de Hoge Raad zich welwillend kunnen opstellen.

Er pleiten ook argumenten tegen de toelaatbaarheid van bedingen over financiële participatie. Hoewel de situatie strikt gezien niet onder de reikwijdte van de doorkruisingsformule valt, kunnen de bedingen omtrent financiële participatie nog wel op basis van andere maatstaven ontoelaatbaar zijn, zoals misbruik van bevoegdheid, strijd met de openbare orde of strijd met de wet. Hierbij kan het ontbreken van een publiekrechtelijke weg juist een argument tegen de toelaatbaarheid zijn, zoals is gebleken uit de arresten *Nunspeet/Mulder* en *Beuningen/VvE Blankenburg*. In beide arresten is een wettelijke basis noodzakelijk gebleken om bepaalde kosten op burgers te kunnen verhalen. Hoewel bij financiële participatie geen sprake is van kosten gemaakt door de overheid, gaat het om verstrekkende financiële verplichtingen die worden opgelegd aan initiatiefnemers van wind- en zonneparken. Deze verplichtingen zien daarnaast niet op het perceel dat in eigendom is van de overheid, waardoor geen verband met het eigendomsrecht bestaat. Tot slot bestaan er geen wettelijke beperkingen of waarborgen voor initiatiefnemers die akkoord moeten gaan met een beding om geselecteerd te kunnen worden als contractspartner.

Naar ik meen is de toelaatbaarheid ervan zeker geen waarschijnlijkheid die volgt uit *Kunst- en antiekstudio Lelystad of Chidra*. De houdbaarheid van de bedingen omtrent financiële participatie is onzeker, wat tot rechtsonzekerheid voor verschillende actoren kan leiden. Deze situatie is onwenselijk voor overheden, die draagvlak en acceptatie willen bevorderen. Daarnaast is dit onwenselijk voor initiatiefnemers. Aan hun project worden voorwaarden gesteld, waarvan niet duidelijk is of deze toelaatbaar zijn. Tot slot is deze onzekerheid onwenselijk voor omwonenden die op basis van de bedingen financieel kunnen participeren. Wat zijn de consequenties voor hen als deze bedingen ontoelaatbaar blijken te zijn?

## 6 Slotbeschouwing

De rijksoverheid presenteert de maatschappelijke tender als 'handvat' voor decentrale overheden om binnen het stelsel van de Wro en de Omgevingswet invulling te geven aan het streven naar financiële participatie. In dit preadvies heb ik beargumenteerd dat dit wettelijk stelsel hier geen grondslag voor biedt. Wanneer de uitkomst van de maatschappelijke tender bepaalt wie in aanmerking komt voor planologische medewerking, druist dat in tegen de beginselen van legaliteit en specialiteit. Vanuit een eigendomspositie hebben overheden mogelijk meer ruimte om in (gronduitgifte-)overeenkomsten bedingen aangaande financiële participatie op te nemen, maar daarbij begeven zij zich in juridisch grijs gebied. Deze conclusie licht ik in het navolgende nog eens toe.

### 6.1 Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?

Met de maatschappelijke tender trachten overheden uitvoering te geven aan de doelstellingen uit het klimaatbeleid. De rijksoverheid heeft in het Klimaatakkoord en het huidige coalitieakkoord het belang van financiële participatie onderstreept en een streven naar 50% lokaal eigendom vastgelegd. De gedachte is dat deze betrokkenheid van burgers bijdraagt aan het draagvlak voor wind- en zonneparken. Financiële participatie zou zo de voortvarendheid van de energietransitie ten goede komen. Of dit daadwerkelijk het geval is, volgt overigens niet ondubbelzinnig uit de mij bekende onderzoeken.

Een moeilijkheid is dat er naar huidig recht geen wettelijke basis bestaat om financiële participatie af te dwingen. In het kader van de planologische besluitvorming mogen immers alleen ruimtelijk relevante aspecten een rol spelen. De Afdeling heeft zich op dit punt soepel opgesteld door toe te staan dat initiatiefnemers op basis van beleid inspanningsverplichtingen met betrekking tot financiële participatie opgelegd mogen krijgen. De Afdeling heeft op deze wijze een opening gecreëerd om financiële participatie een rol te laten spelen in de planologische besluitvorming. In dit preadvies heb ik deze lijn van de Afdeling bekritiseerd. Mijns inziens ontbreekt een wettelijke basis om een inspanningsverplichting met betrekking tot financiële participatie op te leggen.

Ook met de soepele lijn van de Afdeling kunnen nog geen concrete resultaten van initiatiefnemers worden verlangd. In de literatuur is al meermaals opgemerkt dat vele overheden in beleid resultaatsverplichtingen ten aanzien van financiële participatie aan initiatiefnemers van wind- en zonneparken opleggen. Verscheidene decentrale overheden hebben dan ook in een onderzoek van de Noordelijke Rekenkamer te kennen gegeven een wettelijke basis op het punt van

financiële participatie nodig te achten om de ambities uit het Klimaatakkoord te kunnen realiseren.

Reeds in 2013 is in het Energieakkoord vastgelegd dat de Omgevingswet een basis zou geven voor decentrale overheden om eisen te stellen aan het organiseren van draagvlak. Toch voorziet de Omgevingswet hier naar de huidige stand van zaken niet in. In plaats daarvan zoekt de rijksoverheid heil in 'de maatschappelijke tender', zoals blijkt uit de Kamerbrief van 1 september 2021.

In handreikingen en beleidskaders zijn al vele voorbeelden van de maatschappelijke tender te vinden. In het kader van de maatschappelijke tender worden initiatiefnemers uitgenodigd om een voorstel in te dienen voor een wind- of zonnepark. De voorstellen worden met elkaar vergeleken door een beoordelingscommissie, waarna een rangorde wordt aangebracht. Deze rangorde is van belang voor de verdeling van schaarse omgevingsvergunningen (bij particuliere gronden) of de vraag wie een gronduitgifte-overeenkomst of andere overeenkomst met de overheid mag sluiten (bij overheidsgronden). Financiële participatie speelt hierbij op verschillende wijzen een rol. Er kunnen punten worden verdiend op financiële participatie (of bepaalde vormen daarvan) als criterium. Opvallend is dat in maatschappelijke tenders daarnaast nog steeds veelvuldig resultaatsverplichtingen met betrekking tot financiële participatie worden opgenomen.

De maatschappelijke tender lijkt als een soort een sluis te zijn beoogd. De onderzochte handreikingen en beleidskaders impliceren dat initiatiefnemers die in de maatschappelijke tender zijn afgewezen of niet hieraan hebben deelgenomen niet in aanmerking komen voor een omgevingsvergunning.

Met name als het gaat om particuliere gronden is deze doorwerking mijns inziens problematisch. In planologische besluitvorming mogen alleen ruimtelijk relevante belangen een rol spelen. Voor bevoegdheden die zijn afgeleid uit planologische bevoegdheden geldt deze begrenzing logischerwijs ook. Een vergunningenplafond kan daardoor alleen worden ingesteld als hiervoor een goede ruimtelijke onderbouwing bestaat. Daarnaast mag een vergelijkende toets om schaarse omgevingsvergunningen te verdelen louter ruimtelijk relevante criteria bevatten.

Als een initiatiefnemer na een afwijzing in de maatschappelijke tender een aanvraag om een omgevingsvergunning indient, dient het bevoegd gezag deze aanvraag op basis van het stelsel van de Wro en de Wabo te beoordelen. Hetzelfde geldt voor een initiatiefnemer die niet heeft meegedaan met de maatschappelijke tender. De Wro en de Wabo bieden geen basis om de aanvragen van deze initiatiefnemers buiten behandeling te laten of af te wijzen wegens geen of onsuccesvolle deelname aan de maatschappelijke tender. De Omgevingswet zal dat hoogstwaarschijnlijk niet veranderen.

Dat de onderzochte handreikingen en beleidskaders doen voorkomen alsof een positieve uitkomst van de maatschappelijke tender noodzakelijk is voor het verkrijgen van planologische medewerking, acht ik dan ook misleidend. De kans bestaat dat afgewezen initiatiefnemers worden ontmoedigd om een omgevingsvergunning aan te vragen.

De omstandigheid dat het zogenoemde principebesluit naar grote waarschijnlijkheid niet wordt aangemerkt als Awb-besluit, maakt dit nog bezwaarlijker.

Daarbij trachten sommige beleidskaders ook nog de burgerlijke rechtsgang af te sluiten. Mijns inziens bestaan er wel mogelijkheden voor rechtsbescherming, maar gaan die gepaard met hoge kosten, vertraging en juridische hoofdbrekens.

Vanuit rechtsstatelijk perspectief is onhoudbaar dat de overheid toevlucht zoekt in een 'sluiproute' om niet ruimtelijk relevante aspecten, hoe wenselijk deze ook lijken te zijn, een rol te laten spelen in de planologische besluitvorming. Zo worden beginselen die centraal staan in de rechtsstaat omzeild.

Of de overheid als eigenaar financiële participatie een rol mag laten spelen bij het sluiten van gronduitgifte- en huurovereenkomsten of het vestigen van beperkte rechten, acht ik onzeker. Van een onaanvaardbare doorkruising zal niet gauw sprake zijn. De belangen die door de overheid met financiële participatie worden behartigd, worden namelijk niet in een publiekrechtelijke regeling beschermd. Echter, de verplichtingen met betrekking tot financiële participatie kunnen verstrekkend zijn voor initiatiefnemers van wind- en zonneparken. Om de beschikking te kunnen krijgen over de kansrijke gronden, moeten initiatiefnemers in voldoende mate aan deze verplichtingen voldoen. Afspraken ten aanzien van financiële participatie kunnen hoge kosten met zich meebrengen. De afspraken doen denken aan eerdere pogingen van de overheid om kosten van planschade en groenonderhoud privaatrechtelijk te verhalen. In de rechtspraak is dit ontoelaatbaar geacht. Het is afwachten op rechtspraak waarin een beding ten aanzien van financiële participatie aan de orde wordt gesteld.

De maatschappelijke tender leidt tot rechtsonzekerheid voor decentrale overheden, initiatiefnemers en burgers. Verschillende risico's liggen op de loer. De kans bestaat dat besluiten op aanvragen om schaarse omgevingsvergunningen of bedingen in overeenkomsten rechtens zullen worden aangetast. Dit risico acht ik groot ten aanzien van besluiten op aanvragen die zijn gebaseerd op de maatschappelijke tender. Hiermee samenhangend kunnen overheidsaansprakelijkheden volgen. Voorts bestaat het risico dat financiers zich terughoudender zullen opstellen bij de kredietverlening, als de vergunningverlening zal steunen op een onrechtmatige procedure. Tot slot moet worden gewezen op de risico's van vertraging van de energietransitie en de afbrokkeling van draagvlak. De betrokken overheden investeren in een tijdrovende procedure, waarvan de uitkomst uiteindelijk geen rol mag spelen in de planologische besluitvorming. Tegelijkertijd worden initiatiefnemers die onvoldoende financiële participatie aanbieden op oneigenlijke gronden afgewimpeld. Zal dat leiden tot meer draagvlak en versneling van de energietransitie?

## **6.2 Hoe nu verder?**

De wetgever is mijns inziens aan zet om te voorzien in een deugdelijke basis voor het stellen van eisen aan financiële participatie. Dat hiervoor de maatschappelijke tender is verzonnen, getuigt er al van dat hier behoefte aan is. Tegelijkertijd hoe-

ven wettelijke regels geen afbreuk te doen aan maatwerk.<sup>327</sup> Men zou bijvoorbeeld kunnen kiezen voor een wettelijke basis met uitwerking op decentraal niveau.

Ik wijs op enkele aandachtspunten bij het creëren van een dergelijke wettelijke basis. Allereerst dient aandacht te worden geschonken aan de vraag voor welke categorieën van planologische besluiten het verplichtstellen van financiële participatie gewenst kan zijn. Ik sluit daarbij een wat meer algemene regeling niet uit, nu (nog) niet duidelijk is wat het onderscheid tussen wind- en zonneparken en andere projecten met ruimtelijke impact rechtvaardigt.<sup>328</sup> Daarnaast acht ik het met het oog op gelijkheid van belang dat men vaststelt hoe breed ‘de omgeving’ getrokken dient te worden. Eveneens is duidelijkheid over de rol van (decentrale) overheden bij de realisatie van financiële participatie gewenst. Verder is het belangrijk dat in het oog wordt gehouden wat men met financiële participatie wenst te bereiken. Onder welke voorwaarden leidt financiële participatie daadwerkelijk tot meer acceptatie en draagvlak en uiteindelijk tot versnelling van procedures? Hoe kan het recht daaraan bijdragen?

Voorts zou meer onderzoek naar financiële participatie in relatie tot het recht waardevol zijn. Daarbij moet onder meer worden gedacht aan onderzoek naar de verhouding van financiële participatie tot wettelijke instrumenten zoals plan-schadevergoeding en financiële bijdragen voor ruimtelijke ontwikkelingen. Tot slot kan een rechtsvergelijkende studie naar de inbedding van financiële participatie in andere rechtsstelsels zeer bruikbare kennis en inzichten opleveren over de wijze waarop financiële participatie kan worden gewaarborgd, zonder dat het ten koste gaat van maatwerk.

---

<sup>327</sup> Zoals blijkt uit onderzoek naar rechtsstelsels in verscheidene Europese landen. Maas, Ten Klooster & De Sain 2020.

<sup>328</sup> Noordelijke Rekenkamer 2020.



# Lijst van geraadpleegde bronnen

## Literatuur

### **Aarts, LTB 2017/32**

E. Aarts, 'Financiële participatie in windenergieprojecten', *LTB 2017/32*.

### **Agterbosch 2006**

S. Agterbosch, *Empowering wind power (diss. 2006)*, Utrecht: Koninklijk Nederlands Aardrijkskundig Genootschap Copernicus Institute for Sustainable Development and Innovation 2006.

### **Aitken, Energy Policy 2010/38**

M. Aitken, 'Wind power and community benefits: Challenges and opportunities', *Energy Policy 2010/38*.

### **Anchustegui 2021**

I.G. Anchustegui, 'Distributive justice, community benefits and renewable energy: the case of offshore wind projects', in: R. Fleming e.a. (red.), *Sustainable Energy Democracy and the Law*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2021.

### **Asser/Sieburgh 6-II 2021**

H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/440.

### **Bakker & Tolsma, TO 2021/03**

D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken – Pecunia non olet?', *TO 2021/03*.

### **Boekema, NTB 2015/13**

I.M. Boekema, 'De keuze voor hoger beroep: wat is het effect van procedurele en distributieve rechtvaardigheid?', *NTB 2015/13*.

### **Van Bommel, Zuethoff & Van Dam, TBR 2022/13**

E.M. van Bommel, S. Zuethoff & R. van Dam, 'Bouwen onder de Omgevingswet', *TBR 2022/13*.

### **Bregman & Karens, TBR 2020/118.**

A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken. Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR 2020/118*.

**Bröring 2017**

H.E. Bröring, 'Splijtzwam-besluitvorming. Leren van "worst practices" rond een windpark', in: P.A.J. van den Berg & G. Molier (red.), *In dienst van het recht (Brouwer-bundel)*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

**Bröring & De Graaf 2022**

H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridisch 2022.

**Dieperink 2017**

M.A.M. Dieperink, 'Participatie in de Omgevingswet: Symboolwetgeving of effectieve prikkel voor een andere aanpak?' (preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht), in: N. Teesing (red.), *Milieubescherming in het omgevingsplan*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

**Dieperink, TBR 2022/11**

M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar een wettelijke norm?', TBR 2022/11.

**Drahmann, TBR 2017/156**

A. Drahmann, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', TBR 2017/156.

**Dröes & Koster 2019**

M.I. Dröes & H.R.A. Koster, 'Windturbines, zonneparken en woningprijzen', 2019, te vinden op: [www.rvo.nl](http://www.rvo.nl).

**Duijkersloot e.a. 2010**

A.P.W. Duijkersloot e.a., 'De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk', Den Haag: VNG 2010.

**Groot & Stuifbergen 2011**

Groot & Stuifbergen, *Participatie bij windenergie*, Amsterdam: Gemeente Amsterdam Ingenieursbureau 2011.

**Van Heeswijck 2013**

A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures (Recht en Praktijk nr. VG7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, par. 3.2.3-4 en 6.2.2.

**HIER opgewekt 2020**

HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2019', 2020, te vinden op: [www.hieropgewekt.nl](http://www.hieropgewekt.nl).

**HIER opgewekt 2021**

HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2020', 2021, te vinden op: [www.hieropgewekt.nl](http://www.hieropgewekt.nl).

**HIER opgewekt 2022**

HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2021', 2022, te vinden op: [www.hieropgewekt.nl](http://www.hieropgewekt.nl).

**Huisman & Van Ommeren 2019**

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Huisman, JBplus 2020 (1)**

P.J. Huisman, 'De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven', *JBplus* 2020 (1).

**Karens, TBR 2022/103**

J.J. Karens, 'Duurzaam scoren in bestemmings- en omgevingsplannen?', *TBR* 2022/103.

**Karens, TBR 2022/87**

J.J. Karens, annotatie bij: Rb. Oost-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2680, *TBR* 2022/87 (*Zonnepark Laarbeek*).

**Kluskens, Vasseur & Benning, Energies 2019**

Kluskens, Vasseur & Benning, 'Energy Justice as Part of the Acceptance of Wind Energy: An Analysis of Limburg in The Netherlands', *Energies* 2019, 12, 4382.

**Kuiken, Slobben e.a. 2021**

Kuiken, Slobben e.a., 'Aardwarmte en burgerparticipatie', 2021, te vinden op: [www.newenergycoalition.org](http://www.newenergycoalition.org).

**Landeta-Manzano e.a. Energy Policy 2018**

B. Landeta-Manzano, G. Arana-Landín, P.M. Calvo & I. Heras-Saizarbitoria, 'Wind energy and local communities: A manufacturer's efforts to gain acceptance', *Energy Policy* 2018.

**Lienhoop, Energy Policy 2018**

N. Lienhoop, 'Acceptance of wind energy and the role of financial and procedural participation: An investigation with focus groups and choice experiments', *Energy Policy* 118 (2018), p. 97-115.

**Maas, Ten Klooster & De Sain 2020**

N. Maas, M. ten Klooster & M. de Sain, 'Inzicht in participatie bij windenergieprojecten. Verkennende studie zes Europese landen', juni 2020, te vinden op: [www.open.overheid.nl](http://www.open.overheid.nl).

**Marseille & Tolsma 2022**

A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

**Meijering & Rosens, Vastgoedrecht 2021/6**

K. Meijering & F. Rosens, 'Participatie in de energietransitie: lokaal eigendom, wat is dat juridisch eigenlijk?', *Vastgoedrecht 2021/6*.

**Muñoz Gielen, BR 2020/10**

D. Muñoz Gielen, 'Hoe recente jurisprudentie de afdwingbaarheid versterkt van het privaatrechtelijke kostenverhaal: mogelijkheden voor gemeenten', *BR 2020/10*.

**Nijmeijer & Wolswinkel, NTB 2021/310**

Nijmeijer & Wolswinkel, 'De ordening van schaarse ruimte', *NTB 2021/310*.

**Nijmeijer, in: T&C Wabo 2022**

A.G.A. Nijmeijer, 'Commentaar op art. 2.8 Wabo', in: A.G.A. Nijmeijer & R. Uylenburg (red.), *T&C Wabo*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Noordelijke Rekenkamer 2020**

Noordelijke Rekenkamer, 'Verdeling onder Hoogspanning. Een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken', Drenthe, Friesland en Groningen, maart 2020, te vinden op: [www.noordelijkerekenkamer.nl](http://www.noordelijkerekenkamer.nl).

**Noordenwind 2016**

Noordenwind, *30 jaar de kop in de wind*, Leeuwarden: Noordenwind 2016.

**Van Ommeren, RM Themis 2002/3**

F.J. Van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?', *RM Themis 2002/3*.

**Van Ommeren 2004**

F.J. Van Ommeren, *Schaarse vergunningen*, Deventer: Kluwer 2004.

**Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011**

F.J. Van Ommeren, W. Den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers 2011.

**Van Ommeren 2021**

F.J. van Ommeren, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Van Ommeren 2022**

F.J. van Ommeren, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Perlaviciute e.a. 2020**

G. Perlaviciute e.a., 'De mening van inwoners uit de gemeente Groningen over de mogelijkheid om windmolens te bouwen in Westpoort en Roodehaan. Deel 1', 2020, te vinden op: [www.rug.nl](http://www.rug.nl).

**Perlaviciute & Squintani 2021**

G. Perlaviciute & L. Squintani, 'Positie Paper over Publieksparticipatie in de geothermiesector', in Kuiken, Slobben e.a 2021.

**Peuchen e.a. 2022**

Peuchen e.a., 'Beleving windenergie op land; inzichten uit vier windparken', TNO-Rapport 2022.

**Van der Pot/ Elzinga, De Lange & Hoogers 2014**

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2014.

**Robbe, RM Themis 2022**

T.H.G. Robbe, 'De huidige stand van regels van verdelingsrecht: over keuzes in verleningsprocedures', *RM Themis* 2022, afl. 4.

**Van Romburgh 2017**

H.D. van Romburgh, *Aanbestedingsrecht. Een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017.

**Schlössels 2022**

R.J.N. Schlössels in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Schwencke 2012**

M. Schwencke, 'Energieke BottomUp in Lage Landen', 2012, te vinden op: [www.asisearch.nl](http://www.asisearch.nl).

**Schwencke e.a. 2022**

A.M. Schwencke e.a., 'Participatiemonitor 2021: Monitor Participatie Hernieuwbare Energie op Land. Resultaten tot en met 2021', 5 juli 2022, te vinden op: [www.open.overheid.nl](http://www.open.overheid.nl).

**Sillevis Smitt, Vastgoedrecht 2019-1**

R. Sillevis Smitt, 'Schaarse rechten en ruimtelijke plannen (deel 1). De afdeling oordeelt, en stelt gerust?', *Vastgoedrecht 2019-1*.

**Struiksma & Dieperink 2011**

J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, 'Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid', in: F.J. van Ommeren W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

**Tolsma & Blekkenhorst 2020**

H.D. Tolsma & G. Blekkenhorst, 'Oplegger & factsheet Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie', oktober 2020, te vinden op: [www.rvo.nl](http://www.rvo.nl).

**Tolsma, JBplus 2021/6**

H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6.

**Tolsma & De Graaf, M en R 2021/119**

H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land', *M en R* 2021/119.

**Tyler & Lind 2001**

T.R. Tyler & E.A. Lind, 'Procedural justice', in: J. Sanders & L. Hamilton, *Handboek of Justice Research in Law*, New York: Springer 2001, p. 65-92.

**Van der Veen, AB 2005/58**

G.A. van der Veen, annotatie bij: HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642, AB 2005/58 (*Chidda*).

**Van Velthoven, RM Themis 2011-1**

Van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011-1.

**De Waard 2011**

B.W.N. de Waard (red.), *Ervaringen met bezwaar*, Den Haag: WODC 2011.

**Van Weeren 2019**

M. van Weeren, *De strijd om schaarse vergunningen: Kansen, concurrentie en rechtszaken door vergunningsstelsels*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Wolswinkel 2011**

C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

**Wolswinkel 2013**

C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Wolswinkel, TO 2018, nr. 3**

C.J. Wolswinkel, 'Schaarse rechten in het omgevingsrecht? Een tegenconclusie voor de rechtsontwikkeling', *TO* 2018, nr. 3.

**Wolswinkel, RegelMaat 2017 (32) 1**

C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *RegelMaat* 2017 (32) 1.

**Van Zundert, BR 2018/56**

J.W. van Zundert, 'Windmolens, wind- en zonneparken', *BR* 2018/56.

## Jurisprudentie

### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/09 (*Helmut Müller*).

HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *Jur.* 2010, p. I-4695 (*Betfair*).

### Hoge Raad

HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AM9331 (*Fluoridering*).

HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, m.nt. F.H. van der Burg (*Amsterdam/Ikon*).

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0965, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode (*Windmill*).

HR 9 juli 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AN1176, m.nt. M. Scheltema (*De Pina/Helmond*).

HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*).

HR 11 december 1992, AB 1993, m.nt. G.A. van der Veen (*Brandweerkosten*).

HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2051 (*Rasti Rostelli*).

HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (*Alkemade/Hornkamp*).

HR 8 mei 1998, AB 1998/390 m.nt. Th.G. Drupsteen (*Staat/Lenger*).

HR 2 mei 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2848, m.nt. G.A. van der Veen, E.W.J. de Groot (*Nunspeet/Mulder*).

HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 m.nt. G.A. van der Veen (*Chidda*).

HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, m.nt. G.A. van der Veen (*Beuningen/VvE Blankenburg*).

HR 5 juni 2009, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*).

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (*Bouwers/Bladel*).

HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, m.nt. F.J. van Ommeren (*Didam*).

### Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276.

ABRvS 21 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3734.

ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702.

ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1520, AB 2017/249, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Rondvaartboot Amsterdam*).

ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2332 (*Havenbedrijf*).

ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*).

ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*).

ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1012.

ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356.

ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892 m.nt. C.J. Wolswinkel (*Bestemingsplan Buitengebied Mulligen*).

ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Daalkampen).  
ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958 (Zonnepark Hijken).  
ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013.  
ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3112, JOM 2021/1 (Windpark Staphorst).  
Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018,  
ECLI:NL:RVS:2018:4198 (Windpark Zeewolde).  
ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437 (Drimmelen).  
ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844.  
ABRvS 1 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1543.  
ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1980.

## **Rechtbanken**

Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7272 m.nt. E.W.J. de Groot.  
Rb. Oost-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2680 m.nt. Karens.

### **Parlementaire stukken**

Kamerstukken II 1984/85, 18830, nr. 4.  
Kamerstukken I 2006/07, 30218, nr. D.  
Handelingen II 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT).  
Aanhangsel Handelingen II 2019/20, nr. 2407.  
Kamerstukken II 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief).  
Bijlage II bij Kamerstukken II 2020/21, 32813, nr. 190.  
Kamerstukken II 2020/21, 35092.  
Kamerstukken II 2021/22, 33561, nr. 1.



# Bijlage 1 Tabel bij verkenning, par. 3.1

Gemeente	Beleidskader	Vindplaats
Gemeente Barneveld, Gelderland	'De Barneveldse Zonneladder', juli 2019.	<a href="http://www.barneveld.nl">www.barneveld.nl</a> .
Gemeente Beuningen, Gelderland	Selectieleidraad Zonneparken Kommengebied', december 2019.	<a href="http://www.beuningen.nl">www.beuningen.nl</a> .
Gemeente Brummen, Gelderland	'Uitnodigingskader windmolens en zonnevelden', november 2021.	<a href="http://www.brummen.nl">www.brummen.nl</a> .
Gemeente Goirle, Noord-Brabant	'Toetsingscriteria voor locaties Zonneparken Goirle'.	<a href="http://www.goirle.nl">www.goirle.nl</a> .
Gemeente Leudal, provincie Limburg	'Kader duurzame energie (zon en wind)'.	<a href="http://www.hieropgewekt.nl">www.hieropgewekt.nl</a> .
Gemeente Oude IJsselstreek, Gelderland	'Uitnodigingskader lokale duurzame energie opwekking 2020', toelichting en bijlagen, mei 2020.	Toelichting: <a href="http://www.oude-ijsselstreek.nl">www.oude-ijsselstreek.nl</a> . Bijlagen: <a href="https://raad.oude-ijsselstreek.nl">https://raad.oude-ijsselstreek.nl</a> .
Gemeente West-Betuwe, Gelderland	'Beleidskader zonneparken West-Betuwe'.	<a href="http://www.gemeenteraad.westbetuwe.nl">www.gemeenteraad.westbetuwe.nl</a> .
Gemeente West Maas en Waal, Gelderland	'Selectieleidraad grootschalige zonne-energie', juni 2021.	<a href="http://www.westmaasenwaal.raadsinformatie.nl">www.westmaasenwaal.raadsinformatie.nl</a> .
Gemeente Wijchen, Gelderland	'Leidraad zonne-energie. Gemeente Wijchen', maart 2020.	<a href="http://www.tenderned.nl">www.tenderned.nl</a> .
Gemeente Zaltbommel, Gelderland	'Tendermethodiek grootschalige windenergie', november 2021.	<a href="http://www.zaltbommel.nl">www.zaltbommel.nl</a> .



# De dienstbare overheid en het ondersteunen van burgerinitiatieven

*Derde generatie burgerparticipatie vraagt om een andere manier van denken en doen. Het vraagt erom de logica van de burger als vertrekpunt te nemen en niet die van de overheid.\**

E.M.M.A. Driessen\*\*

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>83</b>
<b>2</b>	<b>Burgerinitiatieven</b>	<b>87</b>
<b>3</b>	<b>Waarom een dienstbaarheidsbeginsel?</b>	<b>91</b>
3.1	Dienstbaarheidsbeginsel als oplossing voor een veelvoorkomend en hardnekkig knelpunt	91
3.1.1	De knelpunten lastige wet- en regelgeving en financieringsperikelen	91
3.1.2	Het knelpunt contact met de overheid	93
3.2	Dienstbaarheidsbeginsel omdat de overheid zelf wil aansluiten en dit maar slecht lukt	95
3.3	Tussenconclusie	96
<b>4</b>	<b>Het dienstbaarheidsbeginsel</b>	<b>97</b>
4.1	Grondslag voor een dienstbaarheidsbeginsel	97
4.2	Borging van het dienstbaarheidsbeginsel	99
4.2.1	De wet versterking participatie op decentraal niveau.	100
4.2.2	VNG-handreiking participatieverordening en uitdaagrecht	103
4.3	Tussenconclusie	106
<b>5</b>	<b>De dienstbare overheid bij burgerinitiatieven</b>	<b>109</b>
5.1	Handelingsperspectieven voortvloeiend uit een dienstbaarheidsbeginsel	109
5.2	Verankering aan de hand van de VNG-handreiking	114

\* Kilic 2008, p. 3.

\*\* Mr. E.M.M.A. (Esmée) Driessen is promovenda en Thorbeckefellow bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Haar proefschrift gaat over burgerinitiatieven. Met dank aan dr. Georgina Kuipers voor haar waardevolle commentaar op de eerste versie van dit preadvies.

6	Keerzijden van een dienstbaarheidsbeginsel	119
7	Weerlegging	123
8	Uitgeleide	125
Bijlage	Voorbeeld Verordening participatie en uitdaagrecht	127
	Literatuurlijst	131

# I Inleiding

De afgelopen jaren is er in het bestuursrecht veel aandacht voor responsiviteit. De responsieve rechtsstaat wordt door Michiel Scheltema als volgt omschreven:

‘(...) een rechtsstaat waarin de burger ervaart dat het bij de rechtsstaat om hem te doen is. In de [responsieve ED] rechtsstaat is de overheid een dienende overheid. Dat betekent niet dat de burger altijd krijgt wat hij wil – ook de burger begrijpt dat hij niet beter behandeld kan worden dan zijn buurman – maar het betekent wel dat hij merkt dat hij serieus wordt genomen.’<sup>1</sup>

Hoewel de term volgens sommigen dreigt te verworden tot een juichbegrip dat keer op keer ten tonele wordt geroepen als hét wondermiddel tegen uiteenlopende, complexe problematiek, lijken zowel (bestuursrecht)juristen als de wetgever het erover eens te zijn dat er weldegelijk iets moet veranderen.<sup>2</sup> Spraakmakende gebeurtenissen zoals de kinderopvangtoeslagaffaire laten pijnlijk duidelijk zien wat de gevolgen zijn van spijkerharde wetgeving, opsporing en handhaving waarbij het slechts draait om ‘regel is regel’ en er geen ruimte lijkt te zijn voor een andere, proportionele, responsievere aanpak. Tel daarbij het rapport van de WRR over het doenvermogen van – ook hoogopgeleide – burgers op en het feit dat de samenleving alleen maar complexer en bepaald niet regelluwer wordt, en het is duidelijk dat een overheid die te weinig oog heeft voor de uitwerking van haar regels en zich formeel opstelt, zichzelf én haar burgers in grote problemen kan en zal brengen.<sup>3</sup>

Het is dan ook niet vreemd dat de laatste tijd veel wordt gesproken over meer maatwerk, hardheidsclausules en een herwaardering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>4</sup> Ook wordt er gesproken over een nieuw algemeen beginsel

1 Scheltema 2015.

2 Linthorst & Oldenhof 2020. Van den Berge 2020. Doornbos 2019. NTB-redactie 2021.

3 WRR 2017.

4 Een greep: Scheltema 2018. Schlössels 2020. Damen 2020. Scheltema 2021. Giezeman & Jak 2020. Preadviezen VAR 2020. Esser & Becker 2021. De Poorter & Koenraad 2022. Kamerstukken II 2020/21, nr. 35 310, nr. 15 (motie Jetten en Marijnissen). In deze motie roepen de indieners de minister op om alle abbb's in de Awb te verankeren en met wetgeving te komen die het mogelijk maakt dat de rechter indringender toetst en ook dwingendrechtelijke bepalingen buiten toepassing kan laten.

van behoorlijk bestuur, namelijk het dienstbaarheidsbeginsel.<sup>5</sup> Een eerste opstap hiernaar en een herinnering voor bestuursorganen dat zij zich behulpzaam moeten opstellen, is al dichtbij. Wanneer de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer in werking treedt, zal onder andere artikel 2.1 Awb wijzigen.<sup>6</sup> Aan het artikel, waarin nu staat opgenomen dat burgers zich kunnen laten bijstaan door een gemachtigde, wordt dan een nieuw eerste lid toegevoegd dat als volgt luidt: ‘Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.’<sup>7</sup>

Het grote voordeel van beginselen, en door de gelaagde opbouw van de Awb ook van het toekomstige artikel 2:1, is dat zij een enorm breed bereik hebben en dus toegepast kunnen worden op tal van situaties. Zo ook op het ondersteunen van burgerinitiatieven. Het streeft contact met de overheid is onder burgerinitiatieven van allerlei pluimage – van groen tot zorg en van duurzaamheid tot re-integratieprojecten – namelijk een bekend en hardnekkig probleem.<sup>8</sup> En dat terwijl (lokale) overheden op zeer ruime schaal aangeven juist ruimte te willen maken voor initiatieven uit de samenleving en hierbij willen optreden als een faciliterende partner. Omdat het contact tussen overheid en initiatiefnemers een terugkerend knelpunt vormt bij burgerinitiatieven en ondersteuning door de overheid vaak onontbeerlijk is wil het initiatief van de grond kunnen komen, is ook in deze context al eerder gepleit voor een dienstbaarheidsbeginsel.<sup>9</sup> Omdat zowel het probleem – contact tussen (lokale) overheid en burgerinitiatieven – en de oplossing – een dienstbaarheidsbeginsel en hieruit voortvloeiende handelingsperspectieven – tot nu toe nogal algemeen zijn beschreven, wil ik in dit preadvies stappen zetten naar een concrete invulling van zo’n dienstbaarheidsbeginsel specifiek bij de omgang met burgerinitiatieven. Centraal staat dus de vraag: wat houdt het dienstbaarheidsbeginsel bij het ondersteunen van burgerinitiatieven in en waar en hoe kan het worden verankerd?

De termen ‘dienstbaarheidsbeginsel’ of de ‘dienstbare overheid’ en ‘burgerinitiatieven’ zijn nogal breed en zonder verdere verduidelijking weinigzeggend, daarom is dit preadvies als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt allereerst ingegaan op het verschijnsel burgerinitiatieven. Wat wordt er in het kader van dit preadvies mee bedoeld en wat voor soorten initiatieven worden er onder die vlag door burgers ontplooid? In paragraaf 3 komt aan bod welke knelpunten initiatiefnemers ervaren in hun contact met de overheid en waarom een dienstbaarheidsbeginsel een passende oplossing zou kunnen zijn voor deze problemen. In paragraaf 4

5 Den Ouden 2018b. De Raad van State adviseert in het kader van digitalisering om te komen tot een recht op zinvol contact met de overheid: Raad van State 2018. Ook de VAR-Commissie Europeanisering van het bestuursrecht beveelt een recht op dienstbaar bestuur aan: VAR 2021, p. 83. Zo ook Schlössels 2016. In Kamerstukken II 2020/21, 35 570 VII, nr. 17 wordt per motie opgevoerd om het recht op toegang tot het bestuur te codificeren als abbbb. Claessens 2021 zet vraagtekens bij nut en noodzaak van een dergelijk recht.

6 Naar verwachting zal dat op 1 januari 2023 gebeuren: [www.digitaleoverheid.nl/overzicht-van-alle-onderwerpen/wetgeving/wet-modernisering-elektronisch-bestuurlijk-verkeer](http://www.digitaleoverheid.nl/overzicht-van-alle-onderwerpen/wetgeving/wet-modernisering-elektronisch-bestuurlijk-verkeer).

7 Kamerstukken II 2018/19, 35 261, nr. 2.

8 Nationale Ombudsman 2018. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, i.h.b. p. 23. Agora-Europa 2016, hd. 5. Movisie en Vilans 2016.

9 Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019, p.36-38.

en 5 wordt het dienstbaarheidsbeginsel verder uitgewerkt. Waar komt het beginsel vandaan, welke handelingsperspectieven vloeien eruit voort en waar kunnen deze worden verankerd? Maar de introductie van een dergelijk beginsel kan volgens criticasters ook nadelen meebrengen. Deze komen aan bod in paragraaf 6. Wanneer deze kritiekpunten zijn weerlegd in paragraaf 7 wordt geëindigd met een samenvattende conclusie (paragraaf 8).

Tot slot nog twee opmerkingen over de gebruikte terminologie. Voor juristen is het vanzelfsprekend om het te hebben over een concreet bestuursorgaan. Voor initiatiefnemers geldt dat niet. Zij maken meestal geen onderscheid tussen het college van burgemeester en wethouders en de raad. Ook wordt er meestal geen onderscheid gemaakt tussen ambtenaren van de ene afdeling en ambtenaren van de andere afdeling. Er vindt al snel een veralgemenisering plaats naar 'de overheid'. Omdat bij het dienstbaarheidsbeginsel het perspectief van de initiatiefnemers centraal staat, spreek ik in dit preadvies ook over 'de overheid'. Hoewel er ook burgerinitiatieven zijn die te maken hebben met de provincie, vinden de meeste initiatieven op gemeentelijk niveau plaats.<sup>10</sup> Wanneer ik het dus heb over de overheid bedoel ik, tenzij anders aangegeven, (bestuursorganen van) de gemeente.

Ook de termen uitdaagrecht en Right to Challenge komen in dit preadvies regelmatig langs. Het Right to Challenge is een participatie-instrument waarbij burgers de mogelijkheid krijgen om taken van de overheid 'over te nemen' wanneer zij denken de uitvoering ervan beter en/of goedkoper te kunnen doen. Het 'uitdaagrecht' is de Nederlandse vertaling van Right to Challenge. Deze term wordt sinds 2019 door de regering gebruikt.<sup>11</sup> In de gemeentelijke praktijk komen beide termen voor.

---

<sup>10</sup> Voor enkele voorbeelden van initiatieven op provinciaal niveau zie Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3 p. 12 e.v.

<sup>11</sup> *Handelingen II 2019/20, 35300-VII, nr. 18 item 4, p. 8.*





## 2 Burgerinitiatieven

De term ‘burgerinitiatief’ zal bij veel lezers een belletje doen rinkelen. Velen zullen in eerste instantie waarschijnlijk denken aan buurtbewoners die straatfeesten organiseren of zeskampen voor de jeugd. Wie regelmatig wandelt, zal vast weleens een bibliotheekkastje in iemands tuin hebben zien staan waar voorbijgangers boeken kunnen ruilen. Of denk aan door burgers georganiseerde klussen boodschappendiensten voor buurtbewoners die (tijdelijk) slecht ter been zijn. Dit soort voorbeelden zijn op zichzelf nog weinig onderscheidend en definiërend. Wanneer in dit preadvies van een (burger)initiatief wordt gesproken, wordt daarmee bedoeld op burgers die zich inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend en dat de volgende kenmerken heeft:<sup>12</sup>

- Het burgerinitiatief draait hoofdzakelijk om de uitvoering van taken of het bereiken van doelen met een maatschappelijke waarde en behoort daarmee tot de participatieve democratie;
- Het burgerinitiatief is gefocust op het leveren van maatschappelijke meerwaarde;
- Initiatiefnemers hechten grote waarde aan hun autonomie of ‘eigenaarschap’;
- Het initiatief is gericht op de lokale gemeenschap.

Naast de term burgerinitiatief zijn er verschillende benamingen gangbaar om de initiatieven van burgers die aan deze kenmerken voldoen te duiden. Denk bijvoorbeeld aan maatschappelijk, bewoners- of buurtinitiatief, dan wel -collectief, Right to Challenge of uitdaagrecht. Omdat met deze benamingen regelmatig op hetzelfde wordt bedoeld én de knelpunten waarmee initiatiefnemers te maken krijgen niet veranderen al naar gelang er een andere benaming op wordt geplakt, wordt hierna steeds gesproken van burgerinitiatief. Voordat in paragraaf 3 wordt ingegaan op de knelpunten waarmee initiatiefnemers te maken krijgen, worden hieronder eerst enkele kenmerken van burgerinitiatieven verduidelijkt.

### *Uitvoer van taken of het behalen van doelen*

Burgerinitiatieven reduceren tot ‘slechts’ gezelligheidsclubs zou een misrekening zijn. Hoeveel initiatieven er precies zijn is, mede door de wisselende terminologie, onbekend. Maar zeker is dat het er veel zijn, dat zij op zeer uiteenlopende terreinen actief zijn en daarbij grote en bestuurlijk en juridisch complexe initiatieven bepaald niet schuwen. Denk onder andere aan burgers die een (met sluiting

---

<sup>12</sup> Igalla, Edelenbos & Van Meerkerk komen op basis van grootschalig literatuuronderzoek tot min of meer dezelfde kenmerken: Igalla, Edelenbos & Van Meerkerk 2019.

bedreigd) zwembad overnemen,<sup>13</sup> speeltuinen,<sup>14</sup> sporthallen<sup>15</sup> en buurthuizen beheren,<sup>16</sup> speciale voorzieningen openen omdat zij merken dat hieraan behoefte is, zoals bij wijkbedrijven die buurtbewoners met een afstand tot de arbeidsmarkt naar regulier werk willen begeleiden.<sup>17</sup> Om ouderen langer in hun vertrouwde omgeving te laten wonen met persoonlijke, niet steeds wisselende zorgverleners richten burgers zorgcoöperaties op<sup>18</sup> en gaan zij samenwerkingen aan met reguliere zorgverleners.<sup>19</sup> Ook op het gebied van ruimtelijke ontwikkeling zijn burgers actief. Zo kent Leiden het Singelparkproject. Dit is een burgerinitiatief waarbij het de bedoeling is om alle singels van Leiden met elkaar te verbinden door middel van een park waarin kan worden gerecreëerd en dat een echte blikvanger moet worden.<sup>20</sup> Aan dit project zijn inmiddels vele (grote) partijen verbonden, zoals de Rabobank en Fonds 1818.<sup>21</sup> Soortgelijke initiatieven waarbij burgers het voortouw nemen bij de (her)ontwikkeling van straten en gebieden zijn ook te vinden in Rotterdam,<sup>22</sup> Tilburg<sup>23</sup> en Amersfoort.<sup>24</sup>

De lijst met voorbeelden die hier wordt aangehaald is lang, maar bij lange na niet compleet. Het laat echter zien dat er heel wat meer schuilgaat achter de term burgerinitiatief dan maatjesprojecten, buurtbarbecues en tegelwippen (tegels eruit, bloemen erin).<sup>25</sup>

### Maatschappelijke meerwaarde

De redenen waarom burgers zich in het publieke domein inzetten voor een taak of belang met een publieke of maatschappelijke waarde – en dus een burgerinitiatief starten – zijn divers. Regelmatig zijn de initiatiefnemers op enige manier betrokken bij het probleem of het vraagstuk dat zij willen oppakken, bijvoorbeeld als buurtbewoner, ervaringsdeskundige of mantelzorger.<sup>26</sup> De voorbeelden die hiervoor zijn aangehaald zijn de zichtbare activiteiten die burgerinitiatieven ont-plooiën, maar daarmee niet dé reden waarom initiatiefnemers met ideeën komen. Het gaat doorgaans juist om wat ze met deze activiteiten kunnen bereiken. Zoals

13 Zoals het openluchtzwembad De Groene Jager in Den Ham. Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit initiatief: Ham & Van der Meer 2015, p. 47-54. Ook 'de Fuut' in de gemeente Bodegraven-Reeuwijk wordt door vrijwilligers gerund: [www.zwembaddefuut.nl](http://www.zwembaddefuut.nl).

14 Zoals natuurspeeltuin Het Woeste Westen in Amsterdam: [www.woestewesten.nl](http://www.woestewesten.nl).

15 Basketballers Cangeroes beheren de sporthal in Lunetten (Utrecht), Gemeente Utrecht 2017, p. 8-9.

16 Ham & Van der Meer, 2015, hd. 5.

17 LSA 2019.

18 Ham & Van der Meer 2015, hd. 3.

19 Zo is Zorgcoöperatie Austerlitz Zorgt een samenwerking aangegaan met Joris Zorgt en ook Buurtcoöperatie Apeldoorn-Zuid is als onderaannemer een samenwerking aangegaan met de lokale welzijnsorganisatie.

20 [www.singelpark.nl/singel/doel](http://www.singelpark.nl/singel/doel).

21 [www.singelpark.nl/overons/partners](http://www.singelpark.nl/overons/partners).

22 [www.schepenstraat.info/right-to-challenge-r2c](http://www.schepenstraat.info/right-to-challenge-r2c).

23 [www.spoorparktilburg.nl/burgerinitiatief-spoorpark-verbindt-tilburg](http://www.spoorparktilburg.nl/burgerinitiatief-spoorpark-verbindt-tilburg).

24 [www.elisabethgroen.nl/achtergrond/verhaal-elisabeth-groen](http://www.elisabethgroen.nl/achtergrond/verhaal-elisabeth-groen).

25 O.a. Zaanstad: [www.zaanstad.nl/mozard!/suite86.schermo325?mPag=453&mVrg=2303&mAlle=&mLok=1](http://www.zaanstad.nl/mozard!/suite86.schermo325?mPag=453&mVrg=2303&mAlle=&mLok=1), Breda: [www.bredadoetmee.nl/groen-de-straat](http://www.bredadoetmee.nl/groen-de-straat) en Delft: [www.delft.nl/wonen/buitenruimte/zelf-beheren](http://www.delft.nl/wonen/buitenruimte/zelf-beheren).

26 Zie over de vraag waarom mensen actief worden ook SCP 2014, hd 3. Van de Wijdeven, De Graaf & Hendriks 2013, p. 21-28. Hurenkamp, Tonkens & Duyvendak 2006, hd. 2. Of, omgedraaid, waarom participeren mensen niet: Verba, Schlozman & Brady 1995.

het op peil houden van het voorzieningenniveau en daarmee de leefbaarheid in dorpen, het aanzetten tot een gezondere leefstijl, het voorkomen of doorbreken van eenzaamheid en sociaal isolement, of het bijdragen aan een duurzamere wereld.<sup>27</sup> De maatschappelijke meerwaarde is daarmee het indirecte, niet-economische resultaat dat wordt bereikt door het verrichten van activiteiten en het aanbieden van diensten.

#### *Autonomie en eigenaarschap*

Initiatiefnemers hebben vaak duidelijke ideeën over hoe zij hun initiatief voor zich zien, hoe zij het willen runnen en wat zij willen bereiken. Het is voor hen belangrijk dat deze eigenheid zo veel mogelijk wordt gerealiseerd, behouden en gerespecteerd door de overheid. Eigenaarschap betekent dat het initiatief grotendeels zelf kan bepalen wat zij doet – welke plannen en activiteiten – en wat daarbij haar werkwijze is.<sup>28</sup> Dit betekent dat sterke sturing hierin door middel van subsidie- of vergunningsvoorschriften of andere afspraken met de overheid al snel gezien wordt als een ongewenste overname van het initiatief door de overheid.

#### *Gericht op de lokale gemeenschap*

De activiteiten van de initiatiefnemers zijn hoofdzakelijk gericht op de lokale gemeenschap. Hoe groot die gemeenschap is en wie er allemaal wel – of juist niet – toe behoren, is afhankelijk van de aard en de omvang van het initiatief. Zo heeft de (her)inrichting van gebieden of het oprichten van zorgcoöperaties een grotere uitstraling en impact dan het opfleuren van groenstroken. Dat het initiatief lokaal is, wil in de eerste plaats zeggen dat wordt aangesloten bij de wensen en behoeftes van de lokale gemeenschap. De mensen uit deze gemeenschap zijn daarmee ook de belangrijkste afnemers, klanten, cliënten en bezoekers van het initiatief. Dat wil niet zeggen dat bewoners die uit andere dorpen, wijken of standsdelen afkomstig zijn per definitie geen gebruik kunnen maken van de diensten of faciliteiten die het initiatief aanbiedt, maar alleen dat zij niet de primaire doelgroep zijn.

---

27 Zie over de beweegredenen van burgerinitiatieven en de meerwaarde die zij hiermee (willen) bereiken ook Driessen & Boogaard 2021.

28 Igalla, Edelenbos & Van Meerkerk 2019, Nederhand & Van Meerkerk 2017, p. 4-5.



# 3 Waaron een dienstbaarheidsbeginsel?

Nu duidelijk is wat een burgerinitiatief is, is het de vraag waarom er in de omgang tussen overheden en henzelf een dienstbaarheidsbeginsel zou moeten gelden. Voor welk probleem, of welke problemen is zo'n beginsel een oplossing? Er zijn – mijns inziens – twee redenen om dit beginsel te introduceren in deze context, namelijk als oplossing voor de stroeve verhouding in het contact tussen de overheid en burgerinitiatieven (paragraaf 3.1.2) én omdat de overheid zelf aangeeft graag 'aan te willen sluiten' bij burgerinitiatieven, maar hier tot nu toe niet goed in slaagt (paragraaf 3.2).

## 3.1 Dienstbaarheidsbeginsel als oplossing voor een veelvoorkomend en hardnekkig knelpunt

Er zijn veel rapporten, onderzoeken en praktijkschetsen in omloop over de knelpunten waarmee burgerinitiatieven te maken krijgen.<sup>29</sup> Deze knelpunten kunnen worden ingedeeld in drie categorieën: lastige wet- en regelgeving en financieringsperikelen (3.1.1) en contact met de overheid (3.1.2).

### 3.1.1 De knelpunten lastige wet- en regelgeving en financieringsperikelen

Initiatiefnemers hebben naar eigen zeggen veel last van ingewikkelde en onduidelijke wet- en regelgeving die slecht past bij hun (innovatieve, integrale) manier van werken. De categorie, 'lastige wet- en regelgeving', is ontzettend breed, maar gedacht kan worden aan obstakels zoals het vinden van een rechtsvorm die zowel het ideële van een stichting, het democratische van een vereniging als het ondernemende van een bv of nv combineert. Ook staat allerlei technische wetgeving vaak aan uitvoering in de weg, zoals voor initiatieven die een natuurspeeltuin willen realiseren, maar te horen krijgen dat dit niet overeenkomstig het Warenwetbesluit Attracties en Speeltoestellen is en het initiatief dus 'aansprakelijkheidstechnisch' geen doorgang kan vinden.<sup>30</sup> Een aparte categorie lastige, ingewikkelde

<sup>29</sup> Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019. Ombudsman 2018. Agora-Europa 2016. Movisie en Vilans 2016. Platform 31 2016.

<sup>30</sup> Zie voor andere sprekende voorbeelden Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015.

regelgeving ziet op de financiering van burgerinitiatieven. Financiering van burgerinitiatieven en dan met name hoe moeilijk het is om voldoende financiering te krijgen en hoe hoog de administratieve aanvraag- en verantwoordingslasten daarbij zijn, is een veelgehoord knelpunt.<sup>31</sup> Voor initiatiefnemers is het lastig in te schatten op welke beschikbare subsidiepotten zij een beroep kunnen doen en welke opdrachten er worden verstrekt. Wanneer zij in een tenderprocedure meedingen naar een (overheids)opdracht, vinden zij het bovendien lastig om tot een kansrijke inschrijving te komen. Daarbij maken zij door gunningsvoorschriften en -criteria die nauwelijks rekening houden met maatschappelijke meerwaarde, maar wel punten toekennen aan ‘traditionele punten’ zoals schaalgrootte en past performance, weinig kans om de publieke gelden in de wacht te slepen.<sup>32</sup>

Aan de oplossing van de knelpunten met betrekking tot ‘lastige wet- en regelgeving’ en financieringsperikelen zal een dienstbaarheidsbeginsel waarschijnlijk niet bijdragen. Dat komt doordat deze knelpunten te maken hebben met de uitwerking van specifieke regelcomplexen. Hierdoor kunnen initiatieven soms niet, of niet in de door de initiatiefnemers gewenste vorm doorgang vinden. Een jurist zal zich wellicht afvragen hoe erg aanpassingen aan het initiatief nu helemaal zijn. Regels zijn er immers niet voor niets. En dat klopt. Aan sommige regels moet en mag niet getornd worden. Bijvoorbeeld uit veiligheidsoverwegingen of omwille van het beschermen van de rechten en belangen van derden. In dat opzicht is het ook goed te vermelden dat onderzoek heeft uitgewezen dat er geen wetten zijn die initiatiefnemers hinderen, maar géén redelijk doel dienen.<sup>33</sup> Daar staat echter tegenover dat er wel misverstanden bestaan over hoe de regels moeten worden uitgelegd, over het bereik ervan of over de mogelijkheden die het recht biedt.<sup>34</sup> Dat laatste is het duidelijkst zichtbaar in het aansprakelijkheids- en rechtspersonenrecht. Zo krijgen initiatiefnemers nog weleens te horen dat er aansprakelijkheidstechnisch bezwaren zijn tegen de plannen van het initiatief. Wanneer echter wordt gekeken naar de kans dat de overheid daadwerkelijk succesvol aansprakelijk wordt gesteld wanneer er schade ontstaat rondom een burgerinitiatief, blijken deze bezwaren meestal geen juridische grondslag te hebben.<sup>35</sup> Hetzelfde geldt mutatis mutandis in het rechtspersonenrecht. Sommige burgerinitiatieven denken dat hun initiatief niet past binnen het bestaande instrumentarium aan rechtsvormen. Wie echter de fijne kneepjes van boek 2 BW kent, weet dat vrijwel elke wens en behoefte kan worden afgedekt binnen de bestaande rechtsvormen.

De knelpunten die gaan over financiering en lastige wet- en regelgeving hebben, kortom, een materieel karakter. Om aan deze knelpunten tegemoet te komen, zullen andere wegen moeten worden bewandeld dan de invoering en uitwerking van een dienstbaarheidsbeginsel. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een (door initiatiefnemers gewenste) uitzonderingspositie voor burgerinitiatieven in tenderprocedures waarin publieke gelden worden verdeeld of toch een aparte rechts-

---

31 Den Ouden 2018a. Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019. Ombudsman 2018. Agora-Europa 2016. Movisie en Vilans 2016. Platform 31 2016.

32 Zie hierover ook Janssen & Driessen 2020 en Driessen & Den Ouden 2020.

33 Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019, p. 35

34 Zie hierover ook Boogaard 2021.

35 Driessen 2020. Van der Veen 2015.

vorm. Per knelpunt en per rechtsgebied zal echter gekeken moeten worden óf en hóe aan deze specifieke, materiële knelpunten tegemoet kan worden gekomen. Daarbij zal dan steeds rekening moeten worden gehouden met de ratio en het beschermingsbereik van de, in de ogen van de initiatiefnemers, knellende regel.

Anders dan de hiervoor besproken knelpunten, heeft het knelpunt dat ziet op het contact met de overheid een procedureel karakter. In dat geval hoeft niet gekeken te worden naar uitzonderingsposities of bijzondere rechtsvormen, maar kunnen handelingsperspectieven voortvloeiend uit een dienstbaarheidsbeginsel bijdragen aan de oplossing van het knelpunt.

### 3.1.2 Het knelpunt contact met de overheid

Een eerste knelpunt in het contact met de overheid dat veel initiatiefnemers ervaren, is dat zij moeite hebben met het vinden van de juiste ingang om hun initiatief onder de aandacht van de gemeente te brengen. Zij voelen zich in hun zoektocht regelmatig van het kastje naar de muur gestuurd. Moet het initiatief bij de betreffende vakinhoudelijke afdeling zijn – zo ja, welke is dat dan? (zie het punt hierna) – of is er een apart loket? Kan het burgerinitiatief zich direct tot dit loket wenden, of moet dit via een sociaal makelaar, gebiedsmanager, of buurt- of opbouwwerker?<sup>36</sup> Hoe uitgewerkt moet het plan zijn op het moment dat de initiatiefnemers zich bij de potentiële ingang melden? Mag het plan zich nog in de ideeënfase bevinden, of is meer uitwerking, compleet met financiële onderbouwing en draagvlak voor de plannen noodzakelijk?<sup>37</sup> In dit kader ligt de één-loketgedachte voor de hand als oplossing. Dan moet er echter wel één loket zijn en niet meerdere ingangen voor initiatieven en ideeën die praktisch gezien weinig van elkaar verschillen en bovendien met min of meer dezelfde knelpunten te maken krijgen.<sup>38</sup>

In het verlengde hiervan liggen de obstakels die verband houden met (de inrichting van) de overheidsorganisatie zelf. Eén van deze problemen is de verkokering binnen de overheidsorganisatie. Initiatieven zijn niet zelden (beleids)afdelingsoverstijgend. Een bekend voorbeeld is lokaal (groen)onderhoud als opstap naar regulier, betaald werk of als zinvolle dagbesteding. Een charmant initiatief, maar groenbeheer en Wmo of begeleiding naar werk zijn bij de overheid gescheiden werelden. En groenbeheer, Wmo of begeleiding naar werk zijn slechts de mogelijk toepasselijke vakinhoudelijke afdelingen. Burgerinitiatieven hebben tegelijkertijd ook te maken met algemene afdelingen zoals financiering/inkoop, vastgoed

<sup>36</sup> Dit zijn als het ware de voelsprietten van de gemeente in de verschillende wijken en dorpen. Het is onder andere hun taak om de verbinding te leggen tussen de burger en de overheid. Andere benamingen, zoals 'buurtcoach', komen ook voor.

<sup>37</sup> De VNG-uitwerking van de participatie-verordening 'nieuwe stijl' gaat ervan uit dat burgers die gebruik willen maken van het 'uitdaagrecht' een uitgewerkter plan hebben. Op deze bepalingen in het VNG-voorbeeld ben ik al eerder kritisch geweest: Driessen 2021b. Ze komen hierna in paragraaf 4 en 5 ook nog aan bod.

<sup>38</sup> Zo zijn er bijvoorbeeld in Rotterdam diverse ingangen c.q. regelingen voor burgerinitiatieven. Maar initiatiefnemers worden niet altijd naar het juiste kader gestuurd als ze verkeerd zitten: Rekenkamer Rotterdam 2021, p. 17. Hetzelfde dreigt te gebeuren wanneer gemeenten de VNG-handreiking over regels met betrekking tot het uitdaagrecht overnemen.

en/of juridische zaken. Voor initiatiefnemers heeft dat een aantal consequenties. Ten eerste kent elke afdeling zijn eigen wettelijke regels, beleid, werkwijzen, prioriteiten en mores. Hoe meer afdelingen een initiatief beslaat, hoe meer regels en des te meer mallesjes waarin het initiatief moet passen. Daarnaast moeten alle afdelingen het eens worden en het initiatief ‘zien zitten’. Zo niet, dan wordt het een moeilijk verhaal. Meerdere afdelingen betekent ook dat er meer ambtenaren bij het initiatief betrokken zijn. Initiatiefnemers verzochten regelmatig dat zij zich al een half jaar aan het voorstellen zijn. Niet alleen omdat in gesprekken blijkt dat toch (ook) een andere collega erbij moet worden betrokken, maar ook omdat portefeuilles snel kunnen veranderen, overvol zitten, of ambtenaren ander werk vinden. Dit alles leidt tot veel vertraging, frustratie en in het ergste geval tot zodanige aanpassingen van initiatieven dat er weinig van het eigenaarschap – zie paragraaf 2 – overblijft.

Ten derde sluiten de algemene werkwijzen van het burgerinitiatief en de overheid soms slecht bij elkaar aan.<sup>39</sup> Overheden hebben te maken met voorgespreven werkwijzen en hier hangt doorgaans een bepaald ritme aan vast. Zo zijn sommige subsidiegelden alleen in bepaalde tijdvakken beschikbaar, of moet rekening worden gehouden met inspraakmogelijkheden en termijnen. Die bestuurlijke ritmes zijn goed te verklaren, maar voor burgerinitiatieven is het regelmatig onduidelijk wat de termijnen zijn en waarom een besluit waar zij op wachten maar blijft liggen. Het omgekeerde komt overigens ook voor; de gemeente heeft nu een bepaald rapport of onderzoek nodig, maar het initiatief is daarvan niet op de hoogte en wordt als het ware overvallen. Het gevolg: wederom onnodige frustratie en vertraging. Hoe bijna tragikomisch zulke situaties kunnen zijn, blijkt treffend uit de volgende situatie:

‘[...] De initiatiefnemer vroeg aan het begin hoe lang het zou duren om een horecaverunning te krijgen. Dan werd er door de gemeente gezegd: één dag. Maar als hij dan vroeg waar de vergunning bleef, bleek dat het bij de uiteindelijke vergunningverlening één dag duurde, maar dat de brandweer er eerst naar moest kijken en daar drie weken voor had. Als hij navroeg hoe het ermee stond, kreeg hij telkens te horen dat het nog niet terug was van de brandweer. Op de laatste dag kwam alles rond, nadat hij weer navraag had gedaan. Toen hij op de vergunning keek, zag hij dat de stempel van de brandweer daar al een week eerder op was gezet.’<sup>40</sup>

De bestuurlijke en politieke wil om burgerinitiatieven te faciliteren is een belangrijke succesfactor voor het slagen van burgerinitiatieven.<sup>41</sup> Het is echter niet altijd gemakkelijk om duidelijkheid te krijgen over de vraag of de overheid het initiatief in kwestie wil faciliteren. In algemene termen stellen overheden dat zij allerhande initiatieven vanuit de maatschappij mogelijk willen maken en willen ondersteunen, maar het is in de praktijk vaak lastig om zulke toezeggingen ook te krijgen wanneer zich een concreet plan aandient. Het gevolg is dat initiatieven lang in

39 Scherpenisse & Van der Steen 2018. Van der Steen, Scherpenisse & Van Twist 2015.

40 Nationale Ombudsman 2018, p. 16.

41 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3, p. 19.



onzekerheid verkeren over de vraag of de overheid zich wil inzetten om de initiatiefnemers te ondersteunen en het initiatief te helpen realiseren.

Tegenover deze knelpunten staat de vraag wat initiatiefnemers van de overheid verwachten. De Nationale Ombudsman deed hier onderzoek naar en kwam tot de volgende vijf punten: (1) de overheid biedt ondersteuning en hulp op maat; (2) de overheid denkt in mogelijkheden en niet te zeer in regels; (3) de overheid treedt als één geheel op en handelt voortvarend; (4) de overheid biedt duidelijkheid over de mogelijkheden en (5) de overheid neemt het initiatief serieus.<sup>42</sup> Willen de knelpunten die betrekking hebben op het contact met de overheid worden opgelost, moet dus rekening worden gehouden met deze punten bij het formuleren van concrete handelingsperspectieven.

### **3.2 Dienstbaarheidsbeginsel omdat de overheid zelf wil aansluiten en dit maar slecht lukt**

Naast de in paragraaf 3.1.2 genoemde knelpunten bij het contact tussen overheid en burgerinitiatieven die tot veel vertraging en frustratie leiden, is er nog een reden voor een dienstbaarheidsbeginsel bij de ondersteuning en facilitering van burgerinitiatieven. Burgers die zich inzetten voor anderen en tegelijkertijd bijdragen aan beleidsdoelen waarvoor ook de overheid zich wil inspannen, – duurzaamheid, zelfredzaamheid, gezondere leefstijl enzovoort – passen naadloos in de gedachte van de participatiesamenleving en de doe-democratie. De gedachte achter deze termen is dat van iedereen die dat kan, gevraagd wordt om een steentje bij te dragen aan, en verantwoordelijkheid te nemen voor, zijn eigen leven en leefomgeving.<sup>43</sup> De doe-democratie wordt omschreven als een vorm van meebeslissen en bepalen door te doen, dus door zelf vorm te geven aan de eigen leefomgeving.<sup>44</sup> Eén van de doelen die het kabinet hiermee probeert te bereiken is ‘het vergroten van het aansluitingsvermogen van alle overheden [bij burgerinitiatieven - ED].’<sup>45</sup> Lokale overheden geven aan allerlei initiatieven en ideeën uit de samenleving te willen steunen, faciliteren en mee te nemen. Zij willen aansluiten, een partner zijn en burgers ‘in de lead’ laten. Bij een dergelijke wens past een dienstbare houding. Dat betekent absoluut niet dat de overheid zich alleen maar dienstbaar en ja-knikkend tegenover een burgerinitiatief moet opstellen. Ook in de doe-democratie heeft de overheid op tal van terreinen nog steeds een hiërarchische rol als bijvoorbeeld vergunningverlener, handhaver en wetgever. Bovendien kan een burgerinitiatief haaks staan op het beleid van de (lokale) overheid, of om andere redenen onwenselijk zijn. Bijvoorbeeld vanwege veiligheidsaspecten of door een gebrek aan draagvlak. Dat neemt niet weg dat een dienstbare houding passend is.

42 Nationale Ombudsman 2018, p. 12.

43 Troonrede2013; [www.koninklijkhuus.nl/documenten/toespraken/2013/09/17/troonrede-2013](http://www.koninklijkhuus.nl/documenten/toespraken/2013/09/17/troonrede-2013).

44 Van der Wijdeven 2012, p. 13 e.v.

45 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties 2013, p. 16.

### 3.3 Tussenconclusie

In grote lijnen komen de knelpunten uit paragraaf 3.1.2 neer op slechte, onhandige communicatie en weinig inlevingsvermogen in de werkwijze en de vragen van burgerinitiatieven. Met name dat laatste, het gebrek aan inlevingsvermogen en initiatiefnemers slecht op de hoogte houden klinkt niet als een dienende, responsieve overheid die haar burgers serieus neemt.<sup>46</sup> Het past ook niet bij de verwachtingen die burgerinitiatieven hebben van overheden, zoals naar voren komt in het onderzoek van de Nationale Ombudsman, of de beleidsambities die de overheid zelf heeft.<sup>47</sup> Kijkend naar de knelpunten in het contact tussen overheid en burgerinitiatief is een verplichte cursus ‘klanttevredenheid’ voor ambtenaren een voor de hand liggende oplossing. De afgelopen jaren is er (ook vanuit de landelijke overheid) geïnvesteerd in leertrajecten, netwerkprojecten en cursussen. Dit zal ongetwijfeld het nodige hebben opgeleverd, maar niet genoeg om de knelpunten op te lossen. Gezien de aard van de knelpunten lijkt mij een cursus ook niet het juiste instrument hiervoor. De knelpunten zitten namelijk niet alleen bij een of enkele ambtenaren, maar als het ware ingebakken in de werkwijze en inrichting van de overheidsorganisatie waarin uiteindelijk ook ambtenaren vastlopen. Willen de knelpunten dus opgelost kunnen worden, moet de oplossing dieper in de organisatie worden verankerd. De oplossing die daarvoor in dit preadvies wordt onderzocht en dat in mijn ogen goede papieren heeft, is een dienstbaarheidsbeginsel. Het brede karakter van een beginsel maakt namelijk dat het, anders dan een cursus, overheidsbreed gelding heeft.

De vraag is hoe een juridisch dienstbaarheidsbeginsel iets kan verbeteren aan de hiervoor genoemde knelpunten in het contact tussen overheid en burgerinitiatieven. Om die vraag te kunnen beantwoorden moet eerst aandacht worden besteed aan het dienstbaarheidsbeginsel. Waar komt het beginsel vandaan? Vervolgens is het de vraag waar deze norm moet worden vastgelegd. Deze twee vragen komen hierna, in paragraaf 4, aan bod. In paragraaf 5 wordt ingegaan op de concrete invulling van het dienstbaarheidsbeginsel bij het ondersteunen van burgerinitiatieven door het formuleren van handelingsperspectieven.

---

<sup>46</sup> Zie de quote van Michiel Scheltema aan het begin van de inleiding.

<sup>47</sup> Nationale Ombudsman 2018.

# 4 Het dienstbaarheidsbeginsel

In paragraaf 3 is naar voren gekomen met welke knelpunten initiatiefnemers te maken krijgen bij hun contact met de overheid. Ook is de vraag opgeworpen of een dienstbaarheidsbeginsel kan bijdragen aan het verminderen, wegnemen of zelfs voorkomen van deze problemen. In paragraaf 4.1 wordt eerst ingegaan op de grondslag van een dienstbaarheidsbeginsel. Paragraaf 4.2 draait om de vraag waar dit beginsel verankerd kan worden.

## 4.1 Grondslag voor een dienstbaarheidsbeginsel

In 1989 beschreef Scheltema vier beginselen van de democratische rechtsstaat. Dit zijn het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van de dienende overheid.<sup>48</sup> Uit deze beginselen vloeien eisen voort die op hun beurt weer voeding geven aan andere beginselen. Het beginsel van de dienende overheid noodzaakt de overheid er volgens Scheltema toe zich te bezinnen waarvoor en voor wie zij er is. De overheid heeft geen eigen belang, maar is er om de belangen van de samenleving te bevorderen. Hieruit vloeien twee eisen voort: het waarborgen van fundamentele rechten in grondrechten en de eis dat overheidswerkzaamheden doelmatig en doeltreffend worden ingericht. Dit onderstreept volgens Scheltema het belang van algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.<sup>49</sup> Schlössels destilleert uit het beginsel van de dienende overheid nog vier andere maatstaven voor de overheid. Dit zijn het fair play beginsel (behandel de burger zoals je zelf behandeld wil worden en benadeel hem niet), de opdracht om de burger serieus te nemen, maatwerk te leveren en zijn problemen integraal te behandelen.<sup>50</sup>

Op Europees niveau wordt eveneens nagedacht over een dienstbare overheid, een dienstbaarheidsbeginsel en behoorlijk bestuur in algemene zin.<sup>51</sup> Zo bevat artikel 41 van het Handvest een recht op behoorlijk bestuur.<sup>52</sup> Met name het Europees Parlement, de Europese Ombudsman en de ReNEUAL Model Rules zijn de belang-

48 Scheltema 1989, p. 15.

49 Scheltema 1989, p. 20-22.

50 Schlössels 2010.

51 Zie voor een uitgebreide beschrijving het rapport van de VAR-Commissie Europeanisering van het bestuursrecht: VAR Europeanisering 2021, hd. 3. Zie over 'goed bestuur' ook Addink 2010 en 2019.

52 De bepalingen van het Handvest zijn alleen van toepassing op de instellingen, organen en organisaties van de EU. Op de lidstaten is het Handvest van toepassing wanneer zij EU-recht ten uitvoer brengen (art. 51 Handvest).

rijkste aanjagers op het gebied van codificatie en verder uitwerking van algemene bestuursrechtelijke beginselen en regels op het gebied van het bestuursrecht.<sup>53</sup> Het Europees Parlement heeft in 2013 een voorstel gedaan tot verankering van een dienstbaarheidsbeginsel. Onder een dienstbaar bestuur wordt volgens het Europees Parlement het volgende verstaan: ‘dat het bestuur moet proberen de burger te begeleiden, te helpen en van dienst te zijn, te ondersteunen en vriendelijk en beleefd te bejegenen, en dus omslachtige en langdurige procedures moet vermijden, waardoor zowel de burger als de ambtenaar tijd en moeite bespaart.’<sup>54</sup> Naast efficiencyoverwegingen hoopt het Parlement met de verankering van een dienstbaarheidsbeginsel ook op betere dienstverlening om daarmee te voldoen aan de legitieme verwachtingen van burgers.<sup>55</sup>

Uit de vereisten die Scheltema en Schlössels formuleren en de omschrijving van de dienstbare overheid door het Europees Parlement volgt nog niet per se een dienstbaarheidsbeginsel bij de ondersteuning van burgerinitiatieven. Maar zowel Schlössels, Scheltema als het Europees Parlement gaan nadrukkelijk uit van het burgerperspectief. Zo stelt Scheltema:

‘Wanneer men de dienende functie van de overheid als beginsel ziet, zal de overheid waar moeten kunnen maken dat zij werkelijk het belang van de burgers behartigt.’<sup>56</sup>

Sterk gelinkt aan de dienstbare overheid en het burgerperspectief staat de notie van de responsieve overheid. Het burgerperspectief staat de afgelopen jaren volop in de belangstelling en leidt tot oproepen aan bestuursorganen, de wetgever en de rechter om zich responsiever op te stellen.<sup>57</sup> Hoewel er geen algemeen geaccepteerde definitie is van responsiviteit, is er weinig discussie over wat in ieder geval responsief handelen is. Uitgaan van het burgerperspectief, de burger serieus nemen, maatwerk leveren wanneer daartoe aanleiding is, bewust zijn van en rekenschap geven over de uitwerking van beleid, de burger geven waar hij recht op heeft en hem zo min mogelijk in de weg zitten, zijn allemaal tekenen van een responsieve houding.<sup>58</sup> Bij deze formuleringen over responsiviteit wordt overigens nauwelijks teruggegrepen naar Scheltema’s beginsel van de dienende overheid. Hierdoor kan het idee ontstaan dat responsiviteit hetzelfde is als het beginsel van de dienende overheid of de modernere variant ervan is. Bezien vanuit de grondslag van de dienende overheid zoals geformuleerd door Scheltema – de overheid is er voor de burger – ligt dat anders. Een dienende overheid moet responsief zijn.<sup>59</sup>

53 Craig e.a. (red.) 2017. VAR 2021, p. 50.

54 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INL)). Dienstbaarheid is te vinden onder overweging M.

55 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INL)). Dienstbaarheid is te vinden onder overweging M.

56 Scheltema 1989, p. 21.

57 Wederom een greep: Scheltema 2020. Scheltema 2019. Damen 2020. Esser & Becker 2021. Giezeman & Jak 2020. Huisman & Jak 2021. Schuurmans, Leijten & J.E. Esser 2020. De Poorter & Koenraad 2022. Ippel 2020. Koenraad 2020.

58 Schlössels 2010. Damen 2020. Damen 2015. Damen 2007. Koenraad 2020.

59 Ippel 2020. Ortlep 2020.

Dat betekent dus dat het door mij voorgestelde dienstbaarheidsbeginsel bij het ondersteunen van burgerinitiatieven voortvloeit uit het door Scheltema gedestilleerde beginsel van de dienende overheid en daarom een responsieve uitwerking moet hebben.

## 4.2 Borging van het dienstbaarheidsbeginsel

De norm die van een dienstbaarheidsbeginsel uitgaat, is die van een dienende overheid zoals geformuleerd door Scheltema. Oftewel, de overheid is er voor de burger en behartigt zijn belang. Gezien het algemene karakter van het dienstbaarheidsbeginsel en het gegeven dat deze norm voortvloeit uit één van de basisbeginselen van de rechtsstaat waaruit andere (algemene) beginselen (van behoorlijk bestuur) voortvloeien, ligt opname in de Awb voor de hand.<sup>60</sup> Opname in een algemene wet zoals de Awb past ook bij de tegenwoordig breed uitgedragen wens voor een responsieve overheid. Zelf zou ik de opname van een dienstbaarheidsbeginsel in de Awb toejuichen.<sup>61</sup> Niet alleen omdat het aan de basis van de rechtstaat ligt, maar ook omdat een dergelijke norm kan aanzetten tot het formuleren van uitwerkingen op diverse rechtsgebieden en in diverse aanvraag- en besluitprocedures, waardoor hopelijk meer en concretere stappen gezet kunnen worden op het vlak van responsiviteit. Wellicht dat het toekomstige artikel 2:1, eerste lid, Awb ook bij kan dragen aan dergelijke concrete uitwerkingen.<sup>62</sup> De minister heeft in ieder geval aangegeven dat de opdracht aan bestuursorganen om te zorgen voor passende ondersteuning niet alleen ziet op digitaal contact met de overheid.<sup>63</sup> Maar door de focus van het wetsvoorstel waarin de wijziging van artikel 2:1 Awb is opgenomen – digitaal contact met de overheid – en het gegeven dat de minister bij dit artikel de nadruk legt op informatieverstrekking en communicatie tussen overheid en burger is het de vraag hoe dit artikel zich zal gaan ontwikkelen.

Opname van een dienstbaarheidsbeginsel in (hoofdstuk 3 van) de Awb is echter niet alleen van toepassing op burgerinitiatieven. Het beginsel geldt dan voor iedereen die in contact komt met de overheid en ziet in beginsel ook op alle gedragingen van de overheid (art. 3:1 lid 2 Awb). Als het gaat om dienstbaarheid bij het faciliteren van burgerinitiatieven ligt een ander wettelijk kader veel meer voor de hand: de participatieverordening nieuwe stijl.

60 Zo vloeien volgens Scheltema het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel voort uit het beginsel van de dienende overheid: Scheltema 1989, p. 22.

61 Ook de VAR-Commissie Europeanisering van het bestuursrecht beveelt een recht op dienstbaar bestuur aan: VAR 2021, p. 83.

62 Dit nieuwe artikellid gaat volgt luiden: Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan.

63 Hierover zegt de minister: 'Als gevolg daarvan hebben burgers en bedrijven aanspraak op ondersteuning bij bestuurlijk verkeer. Met deze bepaling, een zorgplicht, wordt beoogd dat bestuursorganen – los van digitalisering – zich bewust zijn van de wijze waarop zij met belanghebbenden communiceren, hen te verplichten hier beleid op te voeren en hiertoe maatregelen te nemen. De concrete invulling en vormgeving wordt aan bestuursorganen gelaten.' Kamerstukken II 2018/19, 35 261, nr. 3, p. 38.

#### 4.2.1 De wet versterking participatie op decentraal niveau.

Ruim anderhalf jaar na het einde van de consultatieronde is onlangs de Wet versterking participatie op decentraal niveau naar de Kamer gestuurd. Door een wijziging van artikel 150 Gemeentewet worden gemeenten<sup>64</sup> binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet verplicht om hun al bestaande inspraakverordening om te vormen tot een participatieverordening.<sup>65</sup> Wanneer de Wet participatie op decentraal niveau in werking treedt, zal artikel 150 Gemw er als volgt uit komen te zien (de onderstrepingen geven de toevoegingen aan die met de wetswijziging worden doorgevoerd):

##### Artikel 150

1. De raad stelt een verordening vast waarin regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop ingezetenen en belanghebbenden bij de voorbereiding uitvoering en evaluatie van gemeentelijk beleid worden betrokken.
2. Indien de raad de in het eerste lid bedoelde betrokkenheid regelt in de vorm van inspraak, dan wordt deze verleend door toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht, tenzij in de verordening anders is bepaald.
3. In de verordening kunnen voorwaarden worden bepaald waaronder ingezetenen en maatschappelijke partijen de volgende taken kunnen uitvoeren:
  - a. taken inzake de huishouding van de gemeente waarvan de raad de uitvoering aan het gemeentebestuur heeft opgedragen;
  - b. taken waarvan de uitvoering bij of krachtens een andere dan deze wet van het gemeentebestuur is gevorderd, voor zover de uitvoering van de taak door een ander dan het gemeentebestuur met het bij of krachtens die wet bepaalde niet in strijd is.

Doel van de Wet participatie op decentraal niveau is meerledig. Ten eerste moet de wetswijziging ervoor zorgen dat de Gemeentewet weer 'bij de tijd is'. De afgelopen jaren hebben gemeenten volop geëxperimenteerd met allerlei vormen van participatie. Naast de al bekende en verplichte inspraak kan dan worden gedacht aan Grooo's, Right to Challenge (ook wel uitdaagrecht genoemd), burgertoppen, burgerfora, wijkbudgetten, vouchers, burgerbegrotingen, ontwerpateliers, gesprekstafels en ga zo maar door. Deze participatievormen gaan verder dan de nu al geregelde inspraak omdat zij niet zien op een concreet (ontwerp)besluit, maar ook op de vormgeving, uitvoering en evaluatie van beleid (zie ook de aanpassingen in art. 150 lid 1 Gemw). Het staat gemeenteraden uiteraard al vrij om hun eigen verordenende bevoegdheid uit artikel 147 Gemw aan te wenden en over deze participatievormen zelfstandig regels te maken. De minister wil echter met de wetswijziging aangeven dat gemeenteraden regels kunnen maken over de manier waarop binnen de gemeente wordt vormgegeven aan burgerparticipatie. Hoewel het gezien de wettekst mijns inziens nog steeds mogelijk is om te formaliseren dat er alleen geparticipeerd kan worden wanneer bijzondere wetgeving

<sup>64</sup> De wet geldt eveneens voor provincies, waterschappen en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Omdat in dit preadvies de nadruk ligt op gemeenten wordt in het vervolg steeds hiervan gesproken.

<sup>65</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3, p. 30.

hiertoe dwingt en/of inspraak de enige vorm van participatie te laten zijn, gaan de verwachtingen van de minister verder.<sup>66</sup> De minister zet duidelijk in op wat participatieve ambitie; het is de bedoeling dat inwoners in elke gemeente weten welke 'kaders en spelregels gelden'. Door vooraf duidelijk te maken hoe en wanneer inwoners kunnen participeren, hoopt de minister dat het vertrouwen in de klassieke, representatieve democratie wordt versterkt, dat er betere plannen worden gemaakt, er meer draagvlak voor deze plannen is en dit zich vervolgens weer uitbetaalt in minder juridische procedures.<sup>67</sup>

Een participatieproces zodanig inrichten dat burgers mee willen en kunnen doen en zich bovendien gehoord en serieus genomen voelen is een hele opgave.<sup>68</sup> Niet elk participatie-instrument is geschikt voor elke vraag of elk probleem, waardoor met de wetswijziging geen speciale regels worden opgenomen ten aanzien van specifieke participatie-instrumenten. Hierop is één uitzondering. Ten aanzien van het participatie-instrument dat bekendstaat als het uitdaagrecht/Right to Challenge wordt in artikel 150, lid 3 Gemw opgenomen dat gemeenten hierover regels kunnen maken. Dit derde lid is daarmee een uitwerking van twee regeerakkoorden en diverse moties.<sup>69</sup> Zo spreekt het regeerakkoord van Rutte III van 'Right to Challenge-regels' en het huidige akkoord van 'het stimuleren van het uitdaagrecht'.<sup>70</sup> Toen uit onderzoek bleek dat een algemene Right to Challenge-regeling geen aanbeveling verdiende, leek het er heel even op dat zulke Right to Challenge-regels er niet zouden komen.<sup>71</sup> De Kamer reageerde echter onmiddellijk met een breed gesteunde motie om vooral toch met wetgeving te komen.<sup>72</sup> Omdat uit het onderzoek naar een Right to Challenge-regeling eveneens is gebleken dat veel initiatiefnemers moeite hebben met het vinden van een ingang bij de overheid (zie ook paragraaf 3.1.2).<sup>73</sup> Door opname van het uitdaagrecht in artikel 150, lid 3 Gemw wil de minister ook dit knelpunt aanpakken. De minister wil met de (facultatieve) uitdaagbepaling benadrukken dat gemeenten wel degelijk regels kunnen maken, waardoor er kaders en daarmee duidelijkheid kan ontstaan.<sup>74</sup> Of enkel zulke algemene uitlatingen daadwerkelijk zullen leiden tot de oplossing van een zeer concreet knelpunt, durf ik te betwijfelen. In paragraaf 5 ga ik in op een concrete manier die bijdraagt aan het oplossen van het genoemde knelpunt.

De Raad van State heeft zich in haar advies erg kritisch uitgelaten over het wetsvoorstel. Zo acht zij het voorstel onder meer onvoldoende onderbouwd en doordacht. Ook wordt onvoldoende aandacht besteed aan de mogelijke negatieve

66 Deze ondertoon is ook de Raad van State opgevallen: Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 4, p. 17-18.

67 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3, p. 15 e.v.

68 Zie de ontwerpprincipes in Hurenkamp & Tonkens 2020.

69 Regeerakkoord Rutte III, p. 7 en Regeerakkoord Rutte IV, p. 5. Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 24. (motie Segers). Kamerstukken II 2017/18, 34 775-VII, nr. 16 (motie Özütok).

70 Regeerakkoord Rutte III, p. 7 en Regeerakkoord Rutte IV, p. 5.

71 Kamerstukken II 2018/19, 35000 VII, nr. 80. Dit standpunt werd nogmaals onderstreept in de brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 26 juni 2019 over versterking en vernieuwing van de lokale democratie.

72 Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 24 (motie Segers).

73 Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019, p. 23.

74 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3, p. 15 e.v.

gevolgen van (meer) burgerparticipatie, zoals het ondergesneeuwd raken van de wensen en belangen van burgers die niet participeren.<sup>75</sup> Ook de potentiële ondergraving van de gemeenteraad is een punt waar de Raad van State veelvuldig op wijst. Zo kunnen raadsleden door de in hoeveelheid toegenomen participatietrajecten en de bijbehorende verwachtingen van burgers het gevoel krijgen dat zij 'alleen nog maar mogen tekenen bij het kruisje'. Omgekeerd geldt dan weer dat wanneer de hooggespannen verwachtingen die burgers kunnen hebben wanneer zij meedoen in participatietrajecten niet worden ingelost, het beeld wordt versterkt dat de overheid niet luistert.<sup>76</sup> Beide scenario's schetsen geen aantrekkelijk beeld. De Raad van State adviseerde daarom om het wetsvoorstel niet naar de Kamer te sturen, maar in plaats daarvan grondig te herzien.<sup>77</sup> De aanpassingen die de minister heeft doorgevoerd, zijn echter minimaal. Zo zijn er wat kleine tekstuele aanwijzingen gedaan.<sup>78</sup> Deze aanpassingen raken echter niet aan de kern van het voorstel. Daarnaast is de Memorie van Toelichting iets verder aangekleed, bijvoorbeeld door meer achtergrondinformatie over de verschillende 'generaties' van burgerparticipatie te geven.<sup>79</sup> Met de fundamentele kritiek van de Raad van State is echter niets wezenlijks gedaan. De minister vertrouwt erop dat lokaal maatwerk ervoor zorgt dat er heldere kaders ontstaan, waardoor burgers weten wanneer er geparticipeerd kan worden en dat dit leidt tot een versterking van de representatieve democratie.

Omdat participatiewetgeving – met name Right to Challenge/uitdaagrecht – terugkomt in twee regeerakkoorden en het bevorderen van burgerparticipatie op brede instemming binnen de Kamer kan rekenen, is het aannemelijk dat het wetsvoorstel zonder grote problemen de eindstreep zal halen. De kritiek van de Raad van State op de onderbouwing van het wetsvoorstel snijdt in mijn ogen zeker hout; de minister gaat te veel uit van de vaak bewierookte voordelen van burgerparticipatie zonder echt oog te hebben voor de nadelen ervan en de betekenis van meer burgerparticipatie voor het representatieve stelsel. De minister verwacht (wellicht is 'hoopt' een passendere term) daarbij dat lokaal maatwerk deze ruwe randjes kan gladstrijken. Maar al kan ik me vinden in het advies van de Raad van State, dat neemt niet weg dat ik – net als de minister – het potentieel van dit wetsvoorstel zie. Wanneer de vormgeving en uitvoering van de lokale participatieverordening goed wordt aangepakt, kan hiermee enorme winst worden behaald. Die winst zit dan in het wegnemen van enkele veelvoorkomende knelpunten waarmee burgerinitiatieven te maken krijgen én het gestalte geven aan een 'dienstbare overheid'

---

75 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 4., p. 13.

76 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 4, p. 14 e.v.

77 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 4, p. 2-3 en p. 30.

78 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 4, p. 31.

79 Burgerparticipatie wordt in de literatuur onderverdeeld in drie generaties. Deze generaties volgen elkaar dan wel in tijd op, maar vervangen elkaar niet. De eerste generatie betreft inspraak (jaren '70), de tweede 'interactieve beleidsvorming' (jaren '90). Bij deze generaties was het de overheid die bepaalde wanneer er geparticipeerd mocht worden. Bij inspraak was dit naar aanleiding van een concreet plan, bij interactieve beleidsvorming werd het participatiemoment iets naar voren gehaald met de gedachte dat er dan co-creatie kon plaatsvinden. De derde generatie burgerparticipatie bestaat sinds het begin van de 21ste eeuw en wordt gekenmerkt door burgerinitiatieven. Het is in deze generatie niet langer de overheid die bepaalt wanneer er geparticipeerd wordt; in plaats daarvan komen burgers zelf met plannen.



waarin ook het dienstbaarheidsbeginsel in relatie tot burgerinitiatieven kan worden opgenomen. Omdat de VNG een belangrijke rol speelt bij de vormgeving van de nieuwe participatieverordening wordt hieronder de VNG-handreiking participatieverordening en uitdaagrecht besproken.

#### 4.2.2 VNG-handreiking participatieverordening en uitdaagrecht

Ruim voordat het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 150 Gemw was ingediend bij de Kamer, kwam de VNG al met een handreiking voor de participatieverordening. In deze handreiking zijn ook facultatieve bepalingen opgenomen over het uitdaagrecht (zie bijlage). Inmiddels hebben de nodige gemeenten de handreiking al overgenomen en vastgesteld. Daarbij worden ook de uitdaagbepalingen overgenomen. Hoewel het uitdaagrecht in zowel artikel 150 lid 3 Gemw als de VNG-handreiking facultatief is, zijn er tot nu toe slechts vier decentrale overheden geweest die in hun participatieverordening ‘nieuwe stijl’ geen uitdaagregels hebben opgenomen.<sup>80</sup> Het facultatieve karakter van de opname van het uitdaagrecht leidde tot kritiek tijdens de consultatieronde van het wetsvoorstel en ook Kamerleden van verschillende fracties hadden op een dwingendere formulering van artikel 150, lid 3 Gemw gehoopt.<sup>81</sup> De eerste aanwijzingen uit de praktijk wijzen er nu dus voorzichtig op dat de meeste gemeenten waarschijnlijk uitdaagregels zullen gaan opstellen. Bezien vanuit de knelpunten die burgerinitiatieven ervaren (paragraaf 3.1.2), wat valt dan op aan de VNG-handreiking?

Het eerste dat opvalt is de definitie van uitdaagrecht in artikel 1. De VNG-handreiking volgt hierin de toelichting bij de consultatieversie. Het uitdaagrecht is daarmee het ‘recht van ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen om een verzoek bij het bevoegde bestuursorgaan in te dienen om de feitelijke uitvoering van een gemeentelijke taak over te nemen, als zij denken deze taak beter en goedkoper uit te kunnen voeren’ [onderstreping door de auteur]. Deze omschrijving – beter én goedkoper – was ook te vinden in de toelichting op het wetsvoorstel tijdens de consultatieronde, maar is er in de uiteindelijke Memorie van Toelichting uitgehaald. Over de reden hiertoe zwijgt de Memorie van Toelichting, maar tijdens de consultatieronde kwam er kritiek op deze opsomming in de omschrij-

80 Op 19 december 2022 levert de term ‘uitdaagrecht’ 38 resultaten op in de lokale wettenbank van overheid.nl. Hiervan zijn 23 resultaten participatieverordeningen ‘nieuwe stijl’. De overige resultaten zijn met name beleidskaders waarin over participatie wordt gesproken en het woord ‘uitdaagrecht’ ook in voorkomt. De drie decentrale overheden die geen uitdaagregels hebben, zijn de gemeente Aa en Hunze, Capelle aan den IJssel en Tynaarlo. Deze laatste twee gemeenten geven in de toelichting op de verordeningen aan de ontwikkelingen rondom het uitdaagrecht te willen afwachten en het uitdaagrecht bij een evaluatie en herziening van de verordening te willen meenemen. Bij de bepalingen over het uitdaagrecht in de participatieverordening van de gemeente Halderberge staat vooralsnog ‘gereserveerd’. Naar verwachting zal ook het waterschap Brabantse Delta geen uitdaagregels maken. In de lokale wettenbank is geen voorbeeld gevonden van de participatieverordening van dit waterschap met daarin uitdaagregels. Wel is een algemeen beleidskader (Beleidskader Participatie (#samencreatief)) dat is vastgesteld op 1-1-2022 gevonden. Hierin geeft het waterschap aan geen rol te zien voor het uitdaagrecht binnen de taken van waterschappen.

81 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3 bijlage bij MvT reactie op consultatievoorstel door Netwerk Right to Challenge en LSA Bewoners. Handelingen II 2019/20, 35300-VII, nr. 18 item 4.

ving van het uitdaagrecht.<sup>82</sup> Die kritiek is in mijn ogen terecht. Dat de minister het uitdaagrecht aanvankelijk omschreef als ‘beter én goedkoper’ is namelijk een duidelijke breuk ten aanzien van wat in de praktijk en literatuur bekendstond als het Right to Challenge. Zoals in de inleiding al aan de orde kwam, is de term Right to Challenge inmiddels ingeruild voor uitdaagrecht. De reden hiervoor is om het gebruik van Engelse termen tegen te gaan wanneer dit niet noodzakelijk is. Uitdaagrecht is daarmee niets anders dan de Nederlandse vertaling van het Right to Challenge. Het is geen ander, afzonderlijk participatie-instrument.<sup>83</sup> Voor het Right to Challenge is nooit een officiële definitie vastgesteld in wetgeving. In de praktijk en literatuur worden onder dit instrument burgers geschaard die taken van de overheid overnamen wanneer zij een plan hebben om deze taak beter *en/óf* goedkoper uit te kunnen voeren.<sup>84</sup> Het gaat bij Right to Challenge dus om alternatieve en niet om cumulatieve voorwaarden. De praktijk heeft inmiddels uitgewezen dat taken vaak niet een-op-een worden genomen, maar dat burgers stukken van taken aan elkaar koppelen.<sup>85</sup> Bijvoorbeeld groenonderhoud en leer-werkplekken in een specifieke wijk of specifiek stadsdeel. Deze initiatieven zijn lang niet altijd goedkoper dan de gemeentelijke uitvoer.<sup>86</sup> Vreemd is dat overigens niet, want burgers komen ook regelmatig met ideeën waar de overheid weliswaar achterstaat, maar die zij tot dan toe niet financierde, waardoor het dus al snel duurder is. Bovendien heeft de praktijk uitgewezen dat van een ‘overname’ van taken geen sprake is. De uitvoer van taken of ideeën kan in handen zijn van burgers, maar de verantwoordelijkheid blijft steeds bij de overheid liggen.<sup>87</sup> Voor het uitdaagrecht is nu wel een definitie vastgesteld. Deze definitie is vrijwel gelijk aan de omschrijving van het Right to Challenge, maar met de subtiele doch grote aanpassing dat de initiatieven beter *én* goedkoper moeten zijn. Gezien de ervaringen met het Right to Challenge, zal de beschrijving dat initiatieven beter *én* goedkoper dienen te zijn, in de praktijk dus slechts op een zeer beperkt aantal initiatieven van toepassing zijn. Er kunnen uiteraard vraagtekens worden gezet bij wetgevingsacties die feitelijk maar voor zéér specifieke situaties zullen gelden. Maar ik heb geen bedenkingen bij de definitieomschrijving omwille van efficiëncyoverwegingen. Het grootste nadeel van de beperkte omschrijving van het uitdaagrecht is dat er te weinig initiatieven kunnen profiteren van de sterke kanten uit de handreiking. De VNG heeft in de handreiking namelijk een aantal voorzetsen gedaan die, in combinatie met de juiste ambtelijke ondersteuning (paragraaf 5), de knelpunten in het contact tussen de overheid en burgerinitiatieven kunnen wegnemen en passen bij een dienstbare overheid.

Wanneer gemeenten ervoor kiezen om uitdaagregels te maken, biedt de VNG-handreiking een aantal opties aan waartussen kan worden gekozen. De eerste betreft

---

82 Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3 bijlage bij MvT reactie op consultatievoorstel door Netwerk Right to Challenge en LSA Bewoners.

83 Handelingen II 2019/20, 35300-VII, nr. 18 item 4, p. 8.

84 Van der Krieken 2018. Op 't Hoog 2019. Movisie, Vilans & LSA 2016. Kraaij & Specht 2018. Gemeente Rotterdam 2017. DIA 2019a en 2019b.

85 Kraaij & Specht 2018. Van Popering-Verkerk & Van Buuren 2017. DIA 2019a en 2019b.

86 Kraaij & Specht 2018. DIA 2019a en 2019b.

87 Van der Krieken 2018. Kraaij & Specht 2018. Gemeente Rotterdam 2017, p. 19. Dit wordt ook onderkend door de minister: Kamerstukken II 2022/23, 36 210, nr. 3, p. 5.

de keuze tussen een positieve en een negatieve lijst. In het eerste geval wordt (limitatief) opgesomd voor welke taken het uitdaagrecht kan worden uitgeoefend. Bij de negatieve lijst is het uitdaagrecht in principe altijd mogelijk, tenzij er harde buitengrenzen worden geraakt. Het uitdaagrecht toepassen op het vaststellen van de gemeentebegroting is er bijvoorbeeld niet bij (art. 5 lid 3 VNG-handreiking). De praktijk rondom burgerparticipatie en burgerinitiatieven laat duidelijk zien dat initiatieven zich niet laten plooiën naar vooraf bedachte taken, labels en hokjes. De negatieve lijst (uitdaagrecht is mogelijk, tenzij ...) heeft daarom mijn voorkeur. De zoektocht naar uitdaagregels binnen de lokale wettenbank laat zien dat de meeste gemeenten er net zo over denken. Alleen de Participatie- en inspraakverordening Waterschap Rivierenland 2020 werkt met een positieve lijst.<sup>88</sup>

Wanneer burgers gebruik willen maken van het uitdaagrecht moet de procedure uit artikel 6 worden gevolgd. Omdat het uitdaagrecht feitelijk het doen van een verzoek tot het mogen uitvoeren van bepaalde taken is, wordt de procedure ingeleid met een soort businessplan. Hierin geven de initiatiefnemers onder andere aan welke taak zij willen uitvoeren, waarom ze dit beter denken te kunnen doen, hoeveel het gaat kosten en of er draagvlak is voor hun plannen. Vervolgens is de gemeente aan zet en moet zij naar aanleiding van het verzoek een beslissing nemen. De VNG-handreiking biedt twee mogelijkheden voor het nemen van deze beslissing (art. 6 lid 3). Eén van die mogelijkheden leidt in mijn ogen tot het nemen van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Met de andere optie worden geen rechtsgevolgen in het leven geroepen, waardoor er ook geen sprake is van een besluit. De betreffende opties uit de VNG-handreiking zien er als volgt uit:

#### **Artikel 6**

3. Als het verzoek wordt ingewilligd, voorziet het bestuursorgaan de verzoeker van gepaste ondersteuning.

**OF**

3. Een vaste contactpersoon van de gemeente begeleidt de verzoekers tijdens het hele proces.

Deze opties roepen de nodige vragen op. Zo zwijgt de toelichting jammer genoeg over het rechtskarakter van de beslissing op het verzoek; is er sprake van een besluit of van een gewone beslissing? Bij de eerste mogelijkheid tot vormgeving van het artikel wordt in mijn ogen een besluit in de zin van de Awb genomen. Het (rechts)gevolg van een positieve beslissing naar aanleiding van het ingediende verzoek is namelijk dat er ‘passende ondersteuning’ wordt geboden. Deze passende ondersteuning lijkt zonder positief antwoord op het verzoek niet mogelijk, waardoor er sprake is van een rechtsgevolg. Daarnaast blijkt uit de toelichting ook niet wat ‘inwilligen’ (zie eerste optie voor vormgeving van art. 6 lid 3) precies betekent. Betekent een voor de initiatiefnemers positieve beslissing (ongeacht de vraag of dit een Awb-besluit is, of niet) dat het initiatief doorgang kan vinden? Of, dat de overheid positief ten opzichte van de plannen van de initiatiefnemers

---

<sup>88</sup> Zeven lokale overheden werken met geen enkele lijst. Dit zijn de gemeenten Wierden, Almelo, Enschede, Middelburg, Wassenaar, Bodegraven-Reeuwijk en Bergen. De overige dertien decentrale overheden werken dus met een negatieve lijst.

staat en hen dus wil helpen met verdere ondersteuning? Duidelijkheid daarover lijkt mij van groot belang. In het eerste geval zou namelijk sprake zijn van een resultaatverplichting en in het tweede geval van een inspanningsverplichting. Mocht een positieve beslissing betekenen dat het initiatief doorgang kan vinden, dan zal dit in de praktijk betekenen dat een dergelijke beslissing lang op zich zal laten wachten. De daadwerkelijke invulling van een taak is namelijk afhankelijk van diverse andere wettelijke en financiële kaders. Er zal dus eerst duidelijkheid moeten komen of het initiatief past binnen deze kaders, waarna een beslissing op het verzoek kan worden genomen. In dat geval is het de vraag wat de toegevoegde waarde van het verzoekschrift is, aangezien eventuele vergunningen en subsidies afzonderlijke besluiten opleveren. De optie dat de beslissing op het verzoek inhoudt dat de overheid in principe positief tegenover het initiatief staat en de initiatiefnemers verder wil helpen om hun plannen te realiseren lijkt mij daarom realistischer. Ik zou bij de eerste mogelijkheid tot vormgeving van artikel 6 lid 3 daarom willen spreken van een 'beginselbesluit'. In de tweede optie die door de VNG wordt voorgesteld, wordt in mijn ogen geen besluit genomen. De vaste contactpersoon is er namelijk altijd, dus ongeacht de beslissing op het verzoek. Uit de redactie van beide opties meen ik te kunnen opmaken dat de faciliterende rol van de gemeente groter is bij het nemen van een beginselbesluit dan bij de tweede optie. Bij het beginselbesluit wordt namelijk gesproken van 'passende ondersteuning' terwijl bij de tweede optie alleen wordt gesproken van een begeleidende contactpersoon. Zoals in paragraaf 3.1.2 naar voren is gekomen, krijgen initiatieven soms maar moeilijk duidelijkheid over de vraag of de overheid ook een concreet plan wil ondersteunen. Daardoor zitten initiatiefnemers lange tijd in onzekerheid en weten zij niet goed waar zij aan toe zijn. Het beginselbesluit biedt de mogelijkheid om sneller duidelijkheid te krijgen over de vraag of de overheid potentie ziet in de plannen van de initiatiefnemers en zich wil inspannen om het initiatief mogelijk te maken. Dat is dus nadrukkelijk niet hetzelfde als een toezegging of besluit dat het burgerinitiatief gerealiseerd zal worden. De uiteindelijke realisatie is namelijk gebonden aan financiële en wettelijke kaders. Deze kaders kunnen en moeten niet zonder meer overboord worden gezet omdat sprake is van een burgerinitiatief waaraan de overheid zich willen committeren. Het beginselbesluit is een inspanningsverplichting waarvan de vervulling (passende ondersteuning) kan worden ingekleurd aan de hand van het dienstbaarheidsbeginsel. Op de vraag hoe die passende ondersteuning eruit kan zien, kom ik in paragraaf 5 terug.

#### **4.3 Tussenconclusie**

Het dienstbaarheidsbeginsel vloeit voort uit het door Scheltema gedestilleerde kernbegrip van de 'dienende overheid'. Het houdt in dat de overheid er voor de burger is en ook zijn belang moet dienen. Om dit te kunnen doen moet de overheid een responsieve overheid zijn. Dat betekent onder andere dat de overheid bereikbaar is voor de burger, luistert naar en zich rekenschap geeft van diens wensen en verwachtingen en waar mogelijk probeert om de burger te ondersteunen en faciliteren. In paragraaf 3.1.2 zijn de knelpunten in het contact tussen burgerinitiatieven en de overheid aan bod gekomen. Deze knelpunten laten zien dat op het gebied van dienstbaarheid en responsiviteit ten aanzien van burgerinitiatie-

ven de nodige verbeteringen mogelijk zijn. Met de op handen zijnde wetswijziging van artikel 150 Gemw is er een concreet aangrijpingspunt om die situatie te verbeteren. De VNG heeft al een handreiking opgesteld met daarin voorbeeldregels over het uitdaagrecht. Hoe moeten deze regels worden gezien in het licht van een dienstbaarheidsbeginsel en een dienende, responsieve overheid die zich inspant om burgerinitiatieven waar mogelijk te ondersteunen? Kijkend naar paragraaf 4.2.2 volgt dan een verdeelde conclusie. Enerzijds is de definitie van het uitdaagrecht dusdanig beperkt dat het de vraag is of er initiatieven zullen zijn die binnen de definitie zullen passen. Dat is ontzettend zonde, want de knelpunten waarmee initiatiefnemers te maken krijgen zijn algemeen. Zij bestaan dus ongeacht het label dat op instrumenten wordt geplakt: uitdaagrecht/Right to Challenge, burgerinitiatief, particulier initiatief, maatschappelijk initiatief en ga zo maar door. Wanneer burgers initiatieven willen ontplooiën in de openbare ruimte en/of met publiek geld, komen de knelpunten uit paragraaf 3.1.2 naar boven drijven. De procedure voor het uitdaagrecht die de VNG in haar handreiking schetst en dan met name de mogelijkheid tot het nemen van een beginselbesluit heeft potentie om deze knelpunten te kunnen wegnemen. Het is daarom ontzettend zonde wanneer slechts een zeer selecte groep van initiatieven de voordelen van deze aanpak kan ondervinden. Wil een overheid zich dienstbaar opstellen ten opzichte van burgerinitiatieven, dan is er dus nog wat werk aan de winkel. In paragraaf 5 ga ik in op handelingsperspectieven die tegemoetkomen aan de in paragraaf 3.1.2 gedestilleerde knelpunten. Daarbij worden in paragraaf 5.2 voorstellen tot verbetering en aanvulling van de VNG-handreiking gedaan.



## 5 De dienstbare overheid bij burgerinitiatieven

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is hoe de knelpunten in het contact tussen overheid en burgerinitiatieven aangepakt kunnen worden en hoe de overheid zich hierbij dus dienstbaar kan opstellen. In deze paragraaf worden met andere woorden dus handen en voeten gegeven aan een dienstbaarheidsbeginsel voor de overheid bij het ondersteunen van burgerinitiatieven.

### 5.1 Handelingsperspectieven voortvloeiend uit een dienstbaarheidsbeginsel

Schematisch bezien is het eerste knelpunt waarmee initiatiefnemers te maken krijgen het vinden van de (juiste) ingang om hun plannen aan de overheid voor te leggen. Om aan dit knelpunt tegemoet te komen en daarmee dus hulp en ondersteuning op maat te kunnen bieden, kan de één-loketgedachte uitkomst bieden. Dit handelingsperspectief wordt al vaker ingezet bij het ondersteunen van burgerinitiatieven. Maar pas wanneer dit loket voldoet aan de drie B's en dus breed, bekend en bereikbaar is, kan het daadwerkelijk bijdragen aan de oplossing van het knelpunt. Met breed bedoel ik: een aanspreekpunt voor meerdere 'soorten' initiatieven. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. De Rekenkamer Rotterdam deed onderzoek naar verschillende participatievormen in die gemeente en kwam tot de conclusie dat er veel verschillende loketten bestonden voor initiatieven. Als iemand zich bij het verkeerde loket meldde, leverde dat bovendien niet altijd een (juiste) doorverwijzing naar het goede loket op.<sup>89</sup> De ingangen en loketten in Rotterdam zijn gebaseerd op verschillende subsidieregelingen of participatie-instrumenten die op papier van elkaar gescheiden kunnen worden. In de praktijk houden initiatiefnemers zich echter niet aan vooraf bedachte beleids- of subsidie-hokjes. Zij hebben een idee, willen hulp en melden zich bij de overheid. Of het initiatief dan € 10.000 nodig heeft, of maar € 1.000 en of er sprake is van een initiatief gericht op 'groen' of op 'sport', het zou, gezien vanuit een dienstbaarheidsbeginsel, niet de taak van de initiatiefnemers moeten zijn om de juiste ingang te vinden. Bovendien zijn de knelpunten waarmee initiatieven te maken krijgen algemeen, wat betekent dat zij voorkomen ongeacht de aard van het initiatief (sport, groen, beheer van maatschappelijke functies, zorg en welzijn). Als het uitgangspunt is om initiatiefnemers te helpen, is er dus ook vanuit dat perspec-

---

89 Rekenkamer Rotterdam 2021, p.17.

tief geen reden om loketten op te knippen.<sup>90</sup> Rotterdam is overigens niet de enige gemeente die versnipperde ingangen kent. Hetzelfde geldt voor gemeenten die vasthouden aan de beperkte definitie van het uitdaagrecht.<sup>91</sup> Door de beperkte definitie van ‘uitdaagrecht’ (het initiatief moet beter én goedkoper zijn) ontstaat er een niche binnen de participatieverordening nieuwe stijl, waardoor de ondersteuningsmogelijkheden die worden geboden slechts aan een zeer select deel van de initiatieven toekomt. Initiatieven die niet aan de omschrijving van het uitdaagrecht voldoen, zullen op zoek moeten naar een andere ingang en ondersteuning.

De tweede B – bekend – heeft een intern en een extern werkende component. Zowel binnen de organisatie als in de samenleving moet bekend zijn dat het loket er is en dat er een gids – hier kom ik later op terug – beschikbaar is om burgers te helpen wanneer zij initiatieven hebben. Zeker bij wethouders, raadsleden en buurtwerkers,<sup>92</sup> omdat zij vanwege de aard van hun werkzaamheden regelmatig in aanraking komen met burgers en burgerparticipatie in brede zin. Op deze manier kan niet voorkomen worden dat er initiatieven elders in de gemeentelijke organisatie binnenkomen. Maar mocht dit het geval zijn, dan kan snel de gids op de hoogte worden gesteld en hoeft het initiatief niet van het kastje naar de muur te worden gestuurd.

Tot slot moet het loket bereikbaar zijn. Bijvoorbeeld via de genoemde buurtwerkers, spreekuren, e-mail, sociale media of een telefoonnummer.<sup>93</sup> Daarbij is *less* in dit geval niet *more*. Dus hoe bekender en bereikbaarder het loket en de gids, hoe beter. Met een breed, bekend en bereikbaar loket wordt dus een knelpunt aangepakt en eveneens aangesloten bij de wensen van initiatiefnemers tot voortvarendheid en duidelijkheid over de mogelijkheden.

Wanneer het initiatief ‘binnen’ is, volgen al snel de knelpunten die zien op onduidelijkheid over de vraag of de overheid dít concrete initiatief wil ondersteunen. Een manier om binnen afzienbare tijd hierover duidelijkheid te krijgen en daarmee wederom aan te sluiten bij de wensen tot voortvarendheid en duidelijkheid, is door het nemen van een beginselbesluit, waartoe ook de VNG-handreiking de mogelijkheid lijkt te bieden.<sup>94</sup> Ik verwacht overigens niet dat elk initiatief dat zich

---

90 Zo ook de aanbeveling van Van Poperingen-Verkerk & Van Buuren 2017, p. 11. Zij wijzen er – terecht – op dat het aan ambtenaren is om ervoor te zorgen dat dit loket ook daadwerkelijk zijn functie en potentieel kan vervullen.

91 Uit de zoektocht binnen de lokale wettenbank van overheid.nl houden de gemeenten Wierden, Noordoostpolder, Wijk bij Duurstede, Middelburg, Delft, Krimpenerwaard, West Betuwe, Bodegraven-Reeuwijk en Bergen vast aan de beperkte definitie van beter én goedkoper. De gemeenten Halderberge en Tynaarlo hebben nog geen regels over het uitdaagrecht in hun participatieverordening nieuwe stijl opgenomen, maar wachten de ontwikkelingen nog even af. In de toelichting op hun verordeningen wordt het uitdaagrecht echter wel beperkt (beter én goedkoper) omschreven.

92 In plaats van buurtwerkers komen ook termen als opbouwwerker, sociaal makelaar of – veruit de meest originele – stadscheerleader/stadfluencer voor. Wat de naam ook is, het zijn steeds mensen die veel in wijken en onder burgers te vinden zijn en zo de voelsprietten zijn van wat er onder de inwoners groeit en broeit.

93 Het spreekt – hopelijk – voor zich dat dit dan niet het algemene nummer van de gemeente moet zijn. Voor Right to Challenge-initiatieven heeft Rotterdam een speciaal telefoonnummer beschikbaar: [www.rotterdam.nl/wonen-leven/right-to-challenge](http://www.rotterdam.nl/wonen-leven/right-to-challenge).

94 Deze optie wordt ook als overweging meegegeven in Van Poperingen-Verkerk & Van Buren 2017, p. 8.



bij het loket meldt tot een beginselbesluit leidt. Er zullen ook burgerinitiatieven zijn die slechts een subsidie nodig hebben, een evenement moeten melden, of die praktische ondersteuning nodig hebben. Bijvoorbeeld tuingereedschap om groen te onderhouden of regenjassen voor zogenaamde buurtvaders. In die gevallen hoeft geen beginselbesluit te worden genomen, maar kan de gids de weg wijzen naar de juiste regeling of de benodigde materialen verstrekken. Indien gewenst kunnen de initiatiefnemers alsnog bij het loket en de gids terecht wanneer er bijvoorbeeld vragen zijn over de aan te vragen subsidie. Het beginselbesluit is daarmee dus een uitkomst voor initiatieven met een zekere omvang en impact. Denk aan de herinrichting van gebieden, het openen van buurtkamers of het oprichten van zorgwoningen. Zulke initiatieven zijn bestuurlijk en beleidsmatig flinke dossiers en de initiatiefnemers ervan zitten daardoor lange tijd in onzekerheid. Zij zijn dus gebaat bij een beginselbesluit, omdat op deze manier duidelijk wordt of de overheid positief ten opzichte van het initiatief staat. Een andere manier om het beginselbesluit vorm te geven, is in de vorm van wat Kwast een buurtconcessie noemt.<sup>95</sup> Met een buurtconcessie krijgt een groep burgers het (exclusieve) recht om een bepaalde activiteit uit te voeren. De andere kant van dit recht betreft een uitvoeringsplicht. Het college van burgemeester en wethouders krijgt van de gemeenteraad (ten aanzien van autonome taken) of een hogere wetgever (voor medebewindstaken) de bevoegdheid om te beslissen over het toekennen van de buurtconcessie.<sup>96</sup> De buurtconcessie draagt daarmee bij aan het bieden van een duidelijke ingang en een besluit over het al dan niet toestaan van een concreet initiatief. De grondgedachte van de door Kwast voorgestelde buurtconcessie is daarmee hetzelfde als het door mij voorgestelde loket, beginselbesluit en verdere ondersteuning. Ook al onderschrijf ik de grondgedachte van een buurtconcessie, toch kies ik niet voor een uitwerking langs deze lijn. Dat komt doordat de buurtconcessie een eindbesluit is. De initiatiefnemers krijgen namelijk een recht toegekend. Een dergelijk besluit kan pas genomen worden wanneer allerlei zaken zijn uitgekristalliseerd en besloten. Dat betekent dat initiatiefnemers bij de buurtconcessie alsnog hetzelfde spoor bewandelen als momenteel al het geval is. Dus compleet met onzekerheid over de vraag of de overheid (in beginsel) positief staat tegenover hun plannen en zonder (mogelijke) ambtelijke ondersteuning. Het verschil met de huidige situatie zit dus in het bieden van een duidelijk ingang en het 'karakter' van het eindbesluit. In plaats van een subsidie, (overheids) opdracht, of vergunning krijgen initiatiefnemers dan een buurtconcessie.<sup>97</sup> Het beginselbesluit is geen eindbesluit en zit daarmee dus eerder in de procedure. Het biedt initiatiefnemers zekerheid over de vraag of het bestuursorgaan in beginsel positief is over hun plannen en activeert bij een positieve beslissing uitgebreidere ambtelijke ondersteuning. De buurtconcessie zoals door Kwast wordt voorgesteld biedt deze voordelen niet en daarom gaat mijn voorkeur uit naar het beginselbesluit. Daarnaast vereist de buurtconcessie aanvullende regelgeving door de gemeenteraad (autonome taken) of een hogere wetgever (taken in mede-

---

95 Kwast 2019.

96 Kwast 2019.

97 Het kunnen toekennen van een buurtconcessie betekent uiteraard ook dat de formele wetgever de buurtconcessie als instrument implementeert. Gebeurt dit niet dan is een buurtconcessie feitelijk een moderne sticker op al bestaande instrumenten. Zie over dergelijk (welbewust) verhoudend taalgebruik ook Van den Brink & Den Ouden 2016.

bewind) waarin het college de bevoegdheid krijgt om een buurtconcessie te verlenen. Dat betekent dat de raad of een hogere wetgever moet aangeven op welke taken de buurtconcessie ziet. In mijn ogen is een dergelijke regeling vergelijkbaar met de positieve lijst uit de VNG-handreiking (tweede manier van vormgeving van art. 5 lid 3). In paragraaf 4.2.2 heb ik al aangegeven dat een positieve lijst niet mijn voorkeur heeft. Hetzelfde geldt daarmee mutatis mutandis voor een regeling met taken waarvoor de buurtconcessie in aanmerking komt.

De vraag is hoe de passende ondersteuning eruit moet zien en wie dit moet verzorgen. Het is aan de initiatiefnemers om aan te geven waar zij ondersteuning behoeven. Hoe de hulp er dus concreet uit ziet is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De ondersteuning kan worden geboden door een team ambtenaren, afkomstig uit verschillende relevante afdelingen. Aan het spreekwoordelijke hoofd van dit ondersteuningsteam staat een 'gidsambtenaar'. Het is de taak van de gids om het initiatief te helpen manoeuvreren door de verkokerde overheidsorganisatie.<sup>98</sup> Meerdere gemeenten hebben al een ambtenaar die een dergelijke gidsfunctie vervult.<sup>99</sup> Maar om daadwerkelijk tegemoet te komen aan de knelpunten van burgerinitiatieven en aan te sluiten bij hun wensen, moet de gids aan een aantal voorwaarden voldoen. Ten eerste moet de gids voldoende tijd hebben. Een gids wiens werkweek praktisch gezien vol zit met andere taken, zal niet tegemoetkomen aan de wensen van initiatiefnemers en de knelpunten ook niet kunnen verhelpen. Daarnaast moet de gids de weg weten in de overheidsorganisatie. Niet alleen binnen de eigen afdeling, maar zeer zeker ook op andere afdelingen. Initiatieven overstijgen regelmatig (beleids)afdelingen en hebben daarnaast te maken met allerlei algemene afdelingen zoals juridische zaken, vastgoed, inkoop en financiën. Op al deze afdelingen moet de gids aanspreekpartners hebben die kunnen helpen wanneer zich een initiatief aandient. Dat betekent dat dus ook op deze andere afdelingen ruimte gemaakt moet worden wat betreft fte's om de gids en de initiatieven te ondersteunen. Tot slot moet de gids doorzettingsmacht en dus een dekkend mandaat hebben. De gids moet in staat zijn om collega's van andere afdelingen om tafel te krijgen en aan te zetten tot het meedenken met het initiatief. Daarbij zal, indien de situatie hiertoe aanleiding en ruimte geeft, afgeweken moeten worden van standaard werkwijzen. Het is aannemelijk dat dit tot frictie in de organisatie zal leiden. Bij het ontstaan van frictie en de noodzaak om een andere aanpak te proberen, is het ruime mandaat van de gids van groot belang. Een ruim mandaat zorgt ervoor dat de overheid in ieder geval dienstbaar en responsief kán sturen. Het mandaat kan bijvoorbeeld inhouden dat de gids zelf, of samen met andere ondersteuningsambtenaren, de knoop doorhakt om in een concreet geval een andere werkwijze toe te passen. Een andere invulling van het mandaat zou de mogelijkheid zijn om het in zulke gevallen hogerop te zoeken door de situatie aan het hoger management of de wethouder voor te leggen en hen de knoop te laten doorhakken. Het voordeel van het 'hogerop zoeken' is dat de andere werkwijze eveneens extra rugdekking krijgt.

---

<sup>98</sup> Zie ook Outhuijse 2021 die de verkenning van een 'zaaksambtenaar' binnen de Awb aanbeveelt.  
<sup>99</sup> Komen onder andere terug in Nationale Ombudsman 2018. Rekenkamer Rotterdam 2021. Denters e.a. 2013. Tonkens & Verhoeven 2011.

Niet alleen de beschikbaarheid van de gids en de vakinhoudelijke ambtenaren moeten geregeld zijn. Eén van de verwachtingen van de initiatiefnemers is dat de overheid denkt in mogelijkheden. Dat betekent dat de ondersteunende ambtenaren ook een opdracht moeten meekrijgen die hiertoe aanzet. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Juristen krijgen regelmatig het verwijt overal problemen en risico's te zien. Maar een gemeentebestuurder die de opdracht heeft om alle potentiële risico's in kaart te brengen, zit heel anders in de wedstrijd dan zijn collega jurist die de opdracht heeft gekregen om te kijken of deze risico's daadwerkelijk leiden tot realistische en onaanvaardbare aansprakelijkheidsrisico's en, indien deze er zijn, wat de mogelijkheden zijn om realistische risico's af te dekken. De Nationale Ombudsman verwoordt het als volgt:

'Weliswaar vormen wet- en regelgeving het uitgangspunt, maar de overheid houdt nadrukkelijk rekening met de bedoeling van regels en gaat zo nodig flexibel om met belemmerende regelgeving als dat nodig is om onbedoelde of ongewenste consequenties te voorkomen.'<sup>100</sup>

Om ervoor te zorgen dat initiatiefnemers niet verdwalen in de overheidsorganisatie heeft de gids ook een belangrijke functie in de communicatie met en de terugkoppeling naar de initiatiefnemers. Denk daarbij aan informatie over welke afdelingen bij het initiatief betrokken zullen zijn, welke besluiten genomen moeten worden, hoeveel tijd daarmee is gemoeid, welke subsidies beschikbaar zijn en ga zo maar door. De communicatie van deze informatie moet zo veel mogelijk lopen via de gids. Op die manier hebben zowel de initiatiefnemers als de betrokken afdelingen een vast aanspreekpunt en wordt voorkomen dat het initiatief tegenstrijdige informatie krijgt. Door de gids het aanspreekpunt te laten zijn voor zowel het initiatief als de betrokken afdelingen wordt gezorgd dat de overheid als één geheel optreedt richting het initiatief.

Als scharnierpunt in de communicatie tussen initiatiefnemers en de eigen organisatie kan de gids ook bijdragen aan een ander knelpunt, namelijk een uiteenlopende werkwijze en het uiteenlopende tempo van initiatiefnemers en de overheid. Uit sociaalwetenschappelijk onderzoek komt naar voren dat nauwere samenwerking tussen ambtenaren en initiatiefnemers leidt tot wederzijdse sociale opwarming.<sup>101</sup> Dit betekent dat beide partijen meer begrip en waardering voor elkaar, elkaars werkwijzen en bijbehorende belangen krijgen. Daarmee kan het mechanisme van sociale opwarming bijdragen aan de wens van initiatiefnemers om serieus genomen te worden. Volledig zullen de frustraties over de andere werkwijze niet verholpen kunnen worden. Ook een responsieve, dienende overheid is immers gehouden aan regels en procedures die niet synchroon zullen lopen met de timing van burgerinitiatieven, maar waaraan wel gewoon voldaan moet worden. Maar wanneer er door de inzet van een gids en ondersteunend team dat meedenkt en duidelijke, gericht communiceert<sup>102</sup> een proces van sociale opwarming in gang kan worden gezet, wordt hopelijk de angel al voor een deel verwijderd.

<sup>100</sup> Nationale Ombudsman 2018, p. 26.

<sup>101</sup> Denters e.a. 2013. Tonkens & Verhoeven 2011.

<sup>102</sup> Damen heeft met betrekking tot overheidscommunicatie al duidelijk deelregels opgesteld: Damen 2015 en Damen 2007.

## 5.2 Verankering aan de hand van de VNG-handreiking

De laatste vraag is hoe de handelingsperspectieven die zojuist aan bod kwamen in paragraaf 5.1 verankerd kunnen worden in de overheidsorganisatie en regelgeving. De Wet participatie op decentraal niveau en de bijbehorende omvorming van de inspraakverordening naar een participatieverordening is daarvoor een uitgelezen kans. Om het dienstbaarheidsbeginsel en de bijbehorende handelingsperspectieven te verankeren, moeten gemeenteraden de volgende aanpassingen aan het VNG-voorbeeld doen.

### *Ruime definitie*

In dit preadvies is geen onderscheid gemaakt tussen soorten initiatieven. Hooguit kan voor sommige initiatieven een beginselbesluit aangewezen zijn. De VNG-regels maken wel een onderscheid naar type burgerinitiatief. In het VNG-voorbeeld zijn speciale regels opgenomen voor het uitdaagrecht. Door het uitdaagrecht te omschrijven als initiatieven die beter én goedkoper zijn, zullen de VNG-regels in de praktijk slechts op een zeer beperkt aantal initiatieven van toepassing zijn. Wanneer overheden de ambitie hebben om daadwerkelijk aan te sluiten bij initiatieven, doen zij er dus goed aan om de definitie van het uitdaagrecht niet over te nemen. In plaats daarvan komt dan een definitie van het begrip burgerinitiatief. Omdat initiatieven tegen grotendeels dezelfde knelpunten aanlopen ongeacht het naamlabel dat er op wordt geplakt – uitdaagrecht/Right to Challenge, maatschappelijk initiatief, buurtinitiatief, Bewonersbod enzovoort – verdient het aanbeveling om de definitie eveneens ruim te houden. Ik heb gekozen voor de volgende definitie: *van een burgerinitiatief is sprake wanneer burgers zich inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend.* Toegegeven, deze definitie is erg ruim en uiteraard kan en zal gediscussieerd worden over de vraag wat nu precies maatschappelijke waarde is. In de meeste gevallen zal echter wel duidelijk zijn wat hier ongeveer onder valt en als terugvaloptie is er nog altijd de ‘negatieve-lijst’ met plannen die niet op ondersteuning kunnen rekenen.

### *Creëer één loket*

Een brede definitie geeft ook ruimte voor een breed loket. Zoals naar voren kwam in paragraaf 5.1 moet dit loket voldoen aan de drie B’s: breed, bereikbaar en bekend. Een overheid die zich daadwerkelijk dienend wil opstellen, gaat met initiatiefnemers in gesprek over wat zij willen bereiken en werpt nog geen hoge drempels op voordat het gesprek begonnen is. In artikel 6, eerste lid, van de VNG-voorbeeldregels zijn aardig wat motiveringseisen aan het indienen van een uitdaaginitiatief verbonden. Zo moeten initiatiefnemers aantonen dat er draagvlak is voor hun plannen, een financiële onderbouwing overleggen en aantonen dat zij over voldoende kennis en kunde beschikken om het initiatief uit te voeren. Die motiveringseisen kunnen verklaard worden gezien definitie van uitdaagrecht; beter én goedkoper. Omdat het niet aan te raden is om vast te houden aan de definitie uit de VNG-regels, kunnen deze motiveringseisen ook beter niet worden overgenomen. Om contact te krijgen met het loket zou de drempel zo laag moge-

lijk moeten zijn.<sup>103</sup> Naar aanleiding van de gesprekken die worden gehouden met de gids en ondersteuners kan blijken dat alsnog een draagvlakmeting noodzakelijk is, maar als toelatingseis is dit een te hoge drempel.<sup>104</sup>

### *Zorg voor ondersteuning*

Zodra het initiatief zich bij het loket heeft gemeld, kijkt de gids samen met de initiatiefnemers wat zij nodig hebben. De VNG-regels bieden hiertoe al de mogelijkheid in artikel 6, derde lid. Eén van de twee opties voor de vormgeving van dit artikellid is door initiatieven een contactambtenaar toe te wijzen die hen begeleidt (optie twee voor vormgeving van art. 6 lid 3). Dit is een goede en nuttige toevoeging die zeker tegemoetkomt aan knelpunten en overeenkomt met de wensen van burgerinitiatieven. De begeleiding zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het uitzoeken op welke subsidieregelingen het initiatief een beroep kan doen en eventueel uit hulp bij de aanvraag of verantwoording van subsidies. Het is aan de initiatiefnemers om aan te geven waar zij hulp nodig hebben. Het ‘eigenaarschap’ – zie paragraaf 2 – ligt immers bij de initiatiefnemers.

Het is mogelijk dat er een initiatief bij het loket wordt ingediend dat bestuurlijk en beleidsmatig flink wat impact heeft. In dat geval wordt de realisatie van het initiatief al snel ingewikkelder omdat ondersteuning meer vergt dan het helpen bij subsidieaanvragen of het regelen van gereedschap. In paragraaf 3.1.2 is naar voren gekomen dat initiatieven lang moeten wachten voordat zij duidelijkheid krijgen over de vraag of de overheid hen wil ondersteunen. Met een beginselbesluit kan hierover duidelijkheid worden gekregen (optie één voor de vormgeving van art. 6 lid 3).

Het voorgaande betekent dus dat er géén keuze gemaakt moet worden tussen de twee verschillende manieren waarop artikel 6, lid 3 volgens de VNG-handreiking kan worden vormgegeven. In plaats daarvan moeten beide opties worden geïmplementeerd, maar dan als afzonderlijke stappen. Het vaste contactpunt – door mij ook ‘de gids’ genoemd – is er altijd, het beginselbesluit alleen wanneer de omvang en de impact van het initiatief hierom vragen.

Alles overziend zou de VNG-handreiking dus als volgt aangepast kunnen worden om de in paragraaf 3.1.2 gedestilleerde knelpunten weg te nemen en de overheid zich dienstbaar te laten opstellen:

---

<sup>103</sup> Dit heb ik eveneens bepleit in Driessen 2021c.

<sup>104</sup> Bovendien blijkt uit de VNG-regels niet bij wie er draagvlak moet zijn, hoeveel draagvlak voldoende is en hoe het draagvlak moet worden gemeten. Deze drie basisvragen moeten duidelijk zijn voordat een meting wordt gehouden, anders wordt de uitkomst van de draagvlakmeting eenvoudig discutabel. Zie: ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1606, AB 2022/24 m.nt. E.M.M.A. Driessen (Draagvlakmeting Alkmaar).

VNG	Alternatief
<p>Artikel 1 (definitie):            Uitdaagrecht: recht van ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen om een verzoek bij het bevoegde bestuursorgaan in te dienen om de feitelijke uitvoering van een gemeentelijke taak over te nemen, als zij denken deze taak beter en goedkoper te kunnen uitvoeren.</p>	<p>Artikel 1 (definitie):            Burgerinitiatief: burgers die zich inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend.            Beginselbesluit: besluit van het bestuursorgaan naar aanleiding van een verzoek om een concreet burgerinitiatief van passende ondersteuning te voorzien.</p>
<p>Artikel 5 (onderwerp van het uitdaagrecht):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Elk bestuursorgaan besluit ten aanzien van zijn eigen gemeentelijke taken of hierop uitdaagrecht wordt toegepast.</li> <li>2. Het bestuursorgaan wijst ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen actief op het van toepassing zijn van het uitdaagrecht.</li> <li>3. Overname van de uitvoering van de volgende taken is niet mogelijk:               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. als het een lopend uitvoeringstraject of ondergeschikte herzieningen daarvan betreft;</li> <li>b. als het uitdaagrecht bij of krachtens wettelijk voorschrift is uitgesloten;</li> <li>c. als sprake is van uitvoering van hogere regelgeving waarbij het bestuursorgaan geen of nauwelijks beleidsvrijheid heeft;</li> <li>d. inzake de begroting, de tarieven voor gemeentelijke dienstverlening en belastingen bedoeld in hoofdstuk XV van de Gemeentewet;</li> <li>e. als de opdrachtwaarde boven de Europese drempelwaarde uitkomt;</li> <li>f. als de uitvoering van een beleidsvoornemen dermate spoedeisend is dat het benutten van het uitdaagrecht niet kan worden afgewacht;</li> <li>g. als het belang van het uitdaagrecht niet opweegt tegen het belang van de verantwoordelijkheid van de gemeente voor kwetsbare groepen in de samenleving.</li> </ol> </li> </ol> <p>OF</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3. Overname van de uitvoering van de volgende taken is mogelijk:               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. [...];</li> <li>b. [...];</li> <li>c. [...]</li> </ol> </li> </ol>	<p>Artikel 5 (onderwerp van burgerinitiatieven):</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Elk bestuursorgaan besluit ten aanzien van zijn eigen gemeentelijke taken of initiatieven voor ondersteuning in aanmerking komen zoals bedoeld in artikel 6, vierde tot en met zevende lid.</li> <li>2. Het bestuursorgaan wijst ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen actief op de mogelijkheid om initiatieven te ontplooiën.</li> <li>3. Ondersteuning van initiatieven is in de volgende gevallen niet mogelijk:               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. als het een lopend uitvoeringstraject of ondergeschikte herzieningen daarvan betreft;</li> <li>b. als dit bij of krachtens wettelijk voorschrift is uitgesloten;</li> <li>c. als sprake is van uitvoering van hogere regelgeving waarbij het bestuursorgaan geen of nauwelijks beleidsvrijheid heeft;</li> <li>d. inzake de begroting, de tarieven voor gemeentelijke dienstverlening, belastingen bedoeld in hoofdstuk XV van de Gemeentewet, of ziet op een van de bevoegdheden genoemd in artikel 156, tweede lid, artikel 165, tweede lid en artikel 178, tweede lid van de Gemeentewet.</li> <li>e. als de uitvoering van een beleidsvoornemen dermate spoedeisend is dat het benutten van het uitdaagrecht niet kan worden afgewacht;</li> <li>f. als het belang van het initiatief niet opweegt tegen het belang van de verantwoordelijkheid van de gemeente voor kwetsbare groepen in de samenleving.</li> </ol> </li> </ol>

VNG	Alternatief
<p>Artikel 6. Procedure uitdaagrecht</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Een verzoek met betrekking tot het uitdaagrecht wordt bij het bestuursorgaan ingediend en omvat in ieder geval de volgende onderdelen: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. omschrijving van de gemeentelijke taak die de verzoeker wil overnemen;</li> <li>b. uitleg waarom of hoe de verzoeker deze taak beter en goedkoper kan uitvoeren;</li> <li>c. duidelijkheid over de betrokkenheid, kennis of ervaring van de verzoeker;</li> <li>d. indicatie van het draagvlak onder belanghebbende ingezetenen;</li> <li>e. indicatie van de kosten die aan de uitvoering van de taak verbonden zijn;</li> <li>f. omschrijving van de manier waarop de verzoeker met de gemeente wil samenwerken of ondersteuning nodig heeft;</li> <li>g. inzicht in hoe de kwaliteit en de uitvoering van de taak op de langere termijn kan worden gewaarborgd.</li> </ol> </li> <li>2. Het bestuursorgaan beslist binnen [aantal] weken op het verzoek.</li> <li>3. Als het verzoek wordt ingewilligd, voorziet het bestuursorgaan de verzoeker van gepaste ondersteuning.</li> </ol> <p>OF</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3. Een vaste contactpersoon van de gemeente begeleidt de verzoekers tijdens het hele proces.</li> <li>4. Het bestuursorgaan maakt met de verzoekers afspraken over het proces, het resultaat, het budget en de looptijd.</li> <li>5. Het bestuursorgaan maakt het besluit ten aanzien van een binnengekomen verzoek binnen veertien dagen openbaar.</li> </ol>	<p>Artikel 6. Procedure burgerinitiatieven</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Het bestuursorgaan stelt zich bij het ondersteunen van burgerinitiatieven waar mogelijk dienstbaar op.</li> <li>2. Burgerinitiatieven worden ingediend bij het loket ondersteuning burgerinitiatieven.</li> <li>3. Een vaste contactpersoon van de gemeente begeleidt de verzoekers tijdens het hele proces</li> <li>4. Een verzoek met betrekking tot het nemen van een beginselbesluit wordt bij het loket ondersteuning burgerinitiatieven ingediend en omvat in ieder geval de volgende onderdelen: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. omschrijving van het initiatief dat de initiatiefnemers willen uitvoeren;</li> <li>b. uitleg waarom dit initiatief volgens de initiatiefnemers maatschappelijke waarde heeft;</li> <li>c. duidelijkheid over de betrokkenheid, kennis of ervaring van de verzoeker;</li> <li>d. indicatie van het draagvlak onder belanghebbende ingezetenen. Voorafgaand aan het indienen van een beginselbesluit wordt met verzoekers afgesproken hoe de draagvlakmeting moet plaatsvinden, wie tot de belanghebbende ingezetenen behoren, hoe hoog de respons van de meting moet zijn en wat als voldoende draagvlak kwalificeert;</li> <li>e. indicatie van de kosten die aan de uitvoering van het initiatief verbonden zijn;</li> <li>f. omschrijving van de manier waarop de verzoeker met de gemeente wil samenwerken of ondersteuning nodig heeft;</li> <li>g. indien van toepassing: inzicht in hoe de kwaliteit en de uitvoering van de taak op de langere termijn kan worden gewaarborgd.</li> </ol> </li> <li>5. Het bestuursorgaan beslist binnen [aantal] weken op het verzoek als bedoeld in het vierde lid. Voordat het bestuursorgaan het besluit neemt, treedt zij in overleg met het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad.</li> <li>6. Bij het nemen van het beginselbesluit wordt onder meer rekening gehouden met artikel 5, derde lid, artikel 6, vierde lid, en de belangen van derden.</li> <li>7. Als het verzoek wordt ingewilligd, voorziet het bestuursorgaan de verzoeker van gepaste ondersteuning.</li> <li>8. Het bestuursorgaan maakt met de verzoekers afspraken over het proces, het resultaat, het budget en de looptijd.</li> <li>9. Het bestuursorgaan maakt het besluit ten aanzien van een binnengekomen verzoek binnen veertien dagen openbaar.</li> </ol>

### *Toelichting op wijzigingen*

Om initiatieven niet onnodig te beperken, maar toch enkele harde buitengrenzen aan te geven, is in artikel 5 gekozen voor de negatieve lijst: ondersteuning van initiatieven is niet mogelijk indien ... Daarbij is ervoor gekozen om sub e uit de VNG-handreiking niet over te nemen. In het VNG-voorbeeld is het overschrijden van de Europese aanbestedingsdrempel een harde buitengrens. Initiatieven die deze grens overschrijden kunnen niet direct doorgang vinden. Daarvoor zal eerst een aanbestedingsprocedure gevolgd moeten worden die door de initiatiefnemers moet worden gewonnen. Maar ook wanneer de drempel niet gehaald wordt, kan het noodzakelijk zijn om gelden in competitie te verdelen of een passende mate van openbaarheid te garanderen. Bijvoorbeeld op basis van de Gids Proportionaliteit of wanneer de gelden (of vergunningen) zijn aan te merken als schaarse rechten. Geldt in die gevallen de harde buitengrens uit de VNG-handreiking dan niet? Ik kies er echter niet voor om sub e uit de VNG-handreiking uit te breiden, maar om het lid te schrappen. De reden daarvoor is dat ik geen reden zie waarom een initiatief dat een aanzienlijk bedrag of schaars middel nodig heeft per definitie uitgesloten zou moeten worden. Sub d van artikel 5 lid 3 is wel uitgebreid. De taken die de VNG noemt zijn als het ware kerntaken die vanwege hun aard altijd in handen moeten blijven van de gemeente. Er zijn echter meer bevoegdheden die botsen op het gesloten stelsel van de Gemeentewet. Het gaat dan om de bevoegdheden genoemd in artikel 156, lid 2, artikel 165 lid 2 en artikel 178 lid 2 Gemw. Deze artikelen worden daarom toegevoegd.

In artikel 6 lid 1 wordt het dienstbaarheidsbeginsel bij de ondersteuning van burgerinitiatieven gecodificeerd. Aan de brede omschrijving uit artikel 1 wordt in artikel 6 lid 2 eveneens een breed loket gekoppeld. Om ervoor te zorgen dat initiatiefnemers één aanspreekpunt hebben, wordt hen een vast contactpersoon aangewezen (lid 3). Deze optie stond al in de VNG-handreiking, maar dan als één van de twee mogelijkheden nadat op een verzoek over het uitdaagrecht was besloten. Omdat vrijwel elk initiatief behoefte heeft aan een vaste contactpersoon is deze optie daarom losgekoppeld van een verzoek, maar een gevolg van een aanmelding bij het loket. Voor initiatieven met een grotere bestuurlijke en politieke impact kan dan een beginselbesluit worden genomen. De basis hiervoor was eveneens al aanwezig in de VNG-handreiking. Omdat het beginselbesluit niet alleen van toepassing is op het uitdaagrecht, zijn tekstuele aanpassingen gedaan aan de eisen die aan het verzoekschrift kunnen worden gesteld. Wanneer het bestuursorgaan positief beslist en daarmee aangeeft zich te willen committeren aan de plannen van de initiatiefnemers, worden afspraken gemaakt (lid 7) en krijgen de initiatiefnemers ondersteuning door het ondersteuningsteam (lid 6).



## 6 Keerzijden van een dienstbaarheidsbeginsel

De opname en concretisering van een dienstbaarheidsbeginsel bij het ondersteunen van burgerinitiatieven heeft grote toegevoegde omdat ze naar mijn verwachting zullen bijdragen aan het oplossen en/of voorkomen van veel voorkomende knelpunten in het contact tussen overheid en initiatieven. Toch zitten er volgens critici ook schaduwzijden aan de introductie van een dienstbaarheidsbeginsel.

### *Versterking van de participatie-paradox.*

Bij burgerinitiatieven en literatuur over burgerparticipatie in brede zin wordt veel gesproken over (het overbruggen van) kloven. Het gaat dan om een kloof tussen 'leef- en systeemwereld', waarbij 'het systeem' staat voor de overheid die leeft in een ivoren toren, niet wetend wat er écht speelt, zich verschuilend achter ondoorzichtige en onnodige regels en ondoordringbare, niet-burgervriendelijke computersystemen en algemene telefoonnummers. De 'leefwereld' is daarentegen het domein van de burger, de specialist in weten wat de wijk wil. Die gewoon mooie plannen heeft voor de wijk en deze in de praktijk wil brengen, ongehinderd door de nodeloze bureaucratie uit de systeemwereld. In het kader van democratische vernieuwingen en de participatieve democratie als aanvulling op de representatieve democratie, wordt ook wel gesproken van een kloof tussen kiezer en gekozenen. Tussen zij die gaan stemmen en gekozen worden en zij die thuisblijven en zich niet gerepresenteerd voelen. Burgerinitiatieven lijken op het eerste gezicht een oplossing voor zulke kloven: ze schudden de systeemwereld lekker op met hun grote praktijkkennis en no-nonsense stijl en kunnen een antwoord zijn voor mensen die zich niet aangesproken voelen tot de klassieke representatieve democratie met verkiezingen, maar wel graag de handen uit de mouwen steken.<sup>105</sup> Dat zijn nogal flinke beloftes voor burgerinitiatieven om waar te maken en de vraag is of zij hiertoe in staat zijn.<sup>106</sup>

Ten aanzien van de tweede kloof – burgerinitiatieven zijn een welkome en goede aanvulling op de gebreken van de representatieve democratie omdat zij ook mensen aanspreken die niet gaan stemmen – toont onderzoek aan dat de verwachtingen te hoog gespannen zijn. Kijkend naar de personen die burgerinitiatieven starten, zijn dat in de regel hoger opgeleide, oudere, witte mannen.<sup>107</sup> Oftewel dezelfde groep die ook over-gerepresenteerd is in de klassieke representatieve

<sup>105</sup> Denktank VNG 2013.

<sup>106</sup> Kleinstra & Walraven 2014.

<sup>107</sup> Tonkens 2015. Van der Harst, Bredewold & Tonkens 2019.

democratie. In dat kader wordt ook wel gesproken van de participatie-paradox: juist degene die al sterk aanwezig zijn in de representatieve democratie maken gebruik en profiteren van democratische vernieuwingen. Wanneer de samenstelling van initiatiefnemers meer gaat in de richting van vrouwen, mensen met een migratieachtergrond of lager opgeleiden, dan hebben zij vrijwel allemaal veel sociaal kapitaal of sociale binding.<sup>108</sup> Dit laatste wil zeggen dat mensen meer verbonden zijn met de plek waar zij wonen. Bijvoorbeeld omdat zij er al lang wonen, kinderen of een woonhuis hebben en hierdoor eerder geneigd zijn om te investeren in zaken die het prettig leven maakt. Met sociaal kapitaal wordt bedoeld op het gegeven dat mensen aangesloten zijn bij diverse verenigingen – kerk, vakbond, politieke partij, sportvereniging enzovoort – en daardoor een groter netwerk hebben en over bureaucratische vaardigheden beschikken zoals plannen, subsidies en vergunningen aanvragen en vergaderen. Deze bureaucratische vaardigheden – die hoger opgeleiden vanwege hun opleiding en werk waarschijnlijk eveneens bezitten – zijn van groot belang bij het starten en uitvoeren van een burgerinitiatief.<sup>109</sup> Omdat burgerinitiatieven doorgaans plaatsvinden in de publieke ruimte en/of gefinancierd worden met publiek geld, krijgen initiatiefnemers op enig moment te maken met de overheid. Dat kan zijn als financier, opdrachtgever, handhaver, vergunningverlener, eigenaar van de publieke ruimte, wetgever of hoeder van het algemeen belang. Wat de hoedanigheid ook is, bij de omgang zijn bureaucratische vaardigheden bijna een vereiste voor het slagen van het initiatief. Feitelijk gezien komen de handelingsperspectieven die voortvloeien uit een dienstbaarheidsbeginsel neer op extra hulp en ondersteuning van burgerinitiatieven door de overheid. Gezien de samenstelling van initiatiefnemers – in de regel niet een erg representatieve afspiegeling van de bevolking – moet de vraag worden gesteld of de overheid wel (extra) dienstbaar moet zijn aan initiatiefnemers, terwijl zij ook al beter vertegenwoordigd zijn in de representatieve democratie. Wordt met een dienstbaarheidsbeginsel de participatie-paradox niet onnodig versterkt?

### *Onduidelijke symboolpolitiek*

Een dienstbaarheidsbeginsel kan ook als symboolpolitiek worden gezien. Het roept wel allerlei vragen en onduidelijkheden op; wat is dienstbaarheid eigenlijk? Wanneer ben je als overheid voldoende dienstbaar? De soort en de hoeveelheid hulp die een burgerinitiatief nodig heeft, hangt af van de kennis en kunde van initiatiefnemers en de complexiteit van hun plannen. De uitvoering of naleving van een dienstbaarheidsbeginsel kan voor de overheid dus ontzettend tijdrovend zijn. Bovendien is een dienstbaarheidsbeginsel alleen niet voldoende. Om echt iets aan de knelpunten uit paragraaf 3.1.2 te doen, zal de dienstbare ambtenaar ook over voldoende mandaat moeten beschikken. Zo niet, dan blijft hij zelf ook (nog steeds) steken in de verkokerde overheidsorganisatie.

### *Té hooggespannen verwachtingen*

Een dienstbaarheidsbeginsel klinkt aantrekkelijk; wie kan er eigenlijk tegen een dienstbare overheid zijn? Maar zijn de verwachtingen niet veel te hoog

<sup>108</sup> Tonkens & Verhoeven 2011. Denters e.a. 2013.

<sup>109</sup> Denters e.a. 2013.

gespannen? Zullen initiatiefnemers niet te veel beslag leggen op de overheid en veel te veel van hen vragen onder het mom van dienstbaarheid? Een dienstbaarheidsbeginsel verandert namelijk niets aan bestaande wet- en regelgeving of de (financiële) mogelijkheden van de overheid (de knelpunten uit paragraaf 3.1.1). Niet elk burgerinitiatief zal dus doorgang kunnen vinden en de overheid zal nog steeds 'nee' moeten verkopen. Wordt dat wel geaccepteerd? De overheid had toch beloofd om initiatiefnemers te helpen en dienstbaar te zijn? Kortom, wordt een dienstbaarheidsbeginsel in de praktijk niet opgevat als een *recht* op een door de initiatiefnemers gewenste afloop? De invoering van een dienstbaarheidsbeginsel zou verdere juridisering van het contact tussen overheid en initiatiefnemers betekenen en tot meer rechtszaken kunnen leiden wanneer de verwachtingen niet worden ingelost.



## 7 Weerlegging

De keerzijden van een dienstbaarheidsbeginsel of de mogelijke nadelige gevolgen ervan in de context van burgerinitiatieven zijn bepaald niet mals. Toch heeft een dienstbaarheidsbeginsel erg goede papieren om te zorgen voor een soepelere en vlottere facilitering van burgerinitiatieven. Daarnaast is het een mooi aangrijpingspunt voor overheden die willen aansluiten bij (initiatieven vanuit) de samenleving en daarmee gehoor willen geven aan hun eigen beleidsambities. Hieronder wordt uitgelegd waarom, door de in paragraaf 6 aangehaalde keerzijdes te weerleggen.

### *Kritiekpunt 1: Versterking participatie-paradox*

Het eerste kritiekpunt komt erop neer dat een dienstbaarheidsbeginsel vooral ten goede zal komen aan een beperkte groep die bovendien al een streepje voor heeft. Dat initiatiefnemers een kleiner percentage van de bevolking zijn en bovendien in de regel niet erg representatief, valt nauwelijks te ontkennen. Daar staat tegenover dat deze groep wel veel mooie plannen realiseert, veel mensen weet te bereiken en bijdraagt aan het realiseren van allerlei overheidsdoelstellingen. Dat is echter niet de primaire reden om de kritiek van de participatie-paradox te weerleggen. Het punt van de participatie-paradox legt pas gewicht in de schaal op het moment dat burgerinitiatieven een oplossing zouden zijn voor gebreken in de representatieve democratie. Pas in dat geval wordt de representativiteit van de groep die het meest wordt geholpen door een dienstbaarheidsbeginsel namelijk relevant.<sup>110</sup> Burgerinitiatieven zijn echter geen oplossing voor gebreken in de representatieve democratie. Daarvoor moeten andere sporen worden bewandeld. Burgerinitiatieven proberen met hun plannen maatschappelijke meerwaarde te creëren en daarbij lopen zij tegen veel knelpunten aan. Een groot deel daarvan wordt veroorzaakt door de manier waarop de overheid is ingericht en met hen omgaat. De opname en operationalisering van een dienstbaarheidsbeginsel helpt om aan deze knelpunten tegemoet te komen.

### *Kritiekpunt 2: Onduidelijke symboolbepaling*

Juristen houden traditioneel niet van symboolwetgeving. Daarbij roept een dienstbaarheidsbeginsel weer nieuwe vragen op, waardoor er een situatie ontstaat van hooggespannen verwachtingen, teleurstellingen en onduidelijkheid. Maar eigenlijk is dat inherent aan elke wetgevingsactie. Na verloop van tijd kristalliseert

---

<sup>110</sup> Dit betekent niet dat representativiteitsclaims die initiatiefnemers neerleggen niet van belang zijn en voor zoete koek geslikt moeten worden. De vraag of zij voor een groter publiek spreken en of er draagvlak is voor hun plannen kan zeker relevant zijn. Zie over dit thema Driessen 2021a.

zich dat ook weer uit. In dat opzicht overtuigt de kritiek van de symboolwaarde dus niet. Bovendien, een dienstbaarheidsbeginsel kan ook een signaal geven aan bestuursorganen, waardoor zij het gevoel hebben er echt iets mee te moeten. In praktisch opzicht hoeft dus helemaal geen sprake te zijn van symboolwetgeving. Bij wetgeving rondom burgerinitiatieven heeft 'lege' of nog niet bestaande wetgeving al twee keer tot de nodige urgentie op lokaal niveau geleid om toch met wetgeving te komen. Zo werd een aantal jaren geleden het Right to Challenge opgenomen in artikel 2.6.7 Wmo. Juridisch gezien was en is dit een lege bepaling. In het artikel staat namelijk dat er een AMvB gemaakt kan worden met daarin regels over het Right to Challenge. Die AMvB is er nooit gekomen, maar dat nam niet weg dat vanaf 2015 door het hele land allerlei lokale invoeringen als uitwerking van artikel 2.6.7 opdoken. Uiteraard kan een gemeente technisch gezien nooit de uitwerking van een AMvB op zich nemen. Dat hinderde gemeenteraden echter niet om in hun Wmo-verordeningen op te nemen dat de betreffende lokale Right to Challenge-bepaling een uitwerking van artikel 2.6.7 Wmo was of hieruit voortvloeyde.<sup>111</sup> Daarnaast lopen als gezegd steeds meer gemeenten alvast vooruit op de invoering van de Wet participatie op decentraal niveau. Het kritiekpunt dat een dienstbaarheidsbeginsel zonder mandaat voor de betreffende ambtenaar nog steeds lood om oud ijzer is, is een stuk taaier. Dat kritiekpunt klopt namelijk. Dienstbaarheid en een groter, passender mandaat moeten hand in hand gaan. Zo niet, dan wordt het een recept voor teleurstellingen.

### *Kritiekpunt 3: Té hooggespannen verwachtingen*

Het is goed voorstelbaar dat de verwachtingen aanvankelijk hooggespannen zullen zijn, maar dat maakt een dienstbaarheidsbeginsel nog geen 'u vraagt, wij draaien'-knop. Het doet niets af aan bestaande wet- en regelgeving of de rechten en belangen van derden die wellicht niet blij zijn met het initiatief. Het herinnert en verplicht de overheid daarentegen wel om burgerinitiatieven correct te behandelen en het hen niet moeilijker te maken door de manier waarop zij is georganiseerd. Dat daarbij ook de gang naar de rechter wordt gemaakt wanneer burgerinitiatieven ontevreden zijn, is niet per se problematisch en draagt bij aan de verdere uitkristallisering van het beginsel.

---

<sup>111</sup> Zie voor meer uitwerkingen Driessen, Boogaard & Den Ouden 2019.

## 8 Uitgeleide

Het moge duidelijk zijn; ik draag (de uitwerking van) een dienstbaarheidsbeginsel voor de overheid bij het faciliteren en ondersteunen van burgerinitiatieven een warm hart toe. In mijn ogen biedt het de mogelijkheid om veelvoorkomende knelpunten in het contact tussen overheid en initiatiefnemers aan te pakken, waardoor het starten en uitvoeren van een burgerinitiatief makkelijker wordt. Dit is zowel een wens van initiatiefnemers als een beleidsambitie van de overheid. Wie weet bieden de (hopelijk goede) ervaringen op basis van dit lokale en specifieke dienstbaarheidsbeginsel inspiratie voor een algemeen dienstbaarheidsbeginsel in de Awb.





# Bijlage Voorbeeld Verordening participatie en uitdaagrecht<sup>112</sup>

## Leeswijzer voorbeeldbepalingen

- [...] of (bijvoorbeeld) [iets] = door gemeente in te vullen, zie bijvoorbeeld artikel 6, tweede lid.
- [iets] = facultatief, zie bijvoorbeeld artikel 1.
- [iets OF iets] = door gemeente te kiezen, zie bijvoorbeeld artikel 5, derde lid.
- Combinaties zijn ook mogelijk, zie bijvoorbeeld artikel 7 waarbij afhankelijk van de keuze mogelijk ook nog het een en ander ingevuld dient te worden.
- Ook wordt er gewerkt met varianten waaruit gekozen kan worden, zie bijvoorbeeld varianten A en B bij artikel 3.

De voorbeeldverordening kent een aantal artikelen waar het aan individuele gemeenten is om een keuze te maken. Het kan gaan om ‘invulbepalingen’, varianten, keuzemogelijkheden en bepalingen die als ‘facultatief’ zijn aangemerkt (deze laatste zijn te herkennen aan de cursieve tekst).

Gemeenten die ervoor kiezen om de bepalingen uit de voorbeeldverordening niet of in gewijzigde vorm over te nemen of deze aan te vullen, zullen er zelf scherp op moeten zijn dat deze keuzes zowel in lijn zijn met de toepasselijke wetgeving als met de systematiek van de bepalingen die wel overgenomen worden. Artikelen of artikelliden moeten mogelijk vernummerd worden. In de toelichting zijn de facultatieve bepalingen eveneens als facultatief (*cursief*) aangemerkt.

Nadere uitleg is opgenomen in de VNG ledenbrief.

<sup>112</sup> Raadpleegbaar via: [www.vng.nl/nieuws/voorbeeld-verordening-participatie-en-handreiking-verschenen](http://www.vng.nl/nieuws/voorbeeld-verordening-participatie-en-handreiking-verschenen).

## **Paragraaf 1. Algemene bepalingen**

### **Artikel 1. Definities**

In deze verordening wordt verstaan onder:

- beleidsvoornemen: voornemen van een bestuursorgaan tot het vaststellen of wijzigen van beleid;
- participatie: betrekken van ingezetenen en belanghebbenden bij de voorbereiding, uitvoering of evaluatie van gemeentelijk beleid;
- uitdaagrecht: recht van ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen om een verzoek bij het bevoegde bestuursorgaan in te dienen om de feitelijke uitvoering van een gemeentelijke taak over te nemen, als zij denken deze taak beter en goedkoper uit te kunnen voeren.

(...)

## **Paragraaf 3. Uitdaagrecht**

### **Artikel 5. Onderwerp van uitdaagrecht**

1. Elk bestuursorgaan besluit ten aanzien van zijn eigen gemeentelijke taken of hierop uitdaagrecht wordt toegepast.
- [2. Het bestuursorgaan wijst ingezetenen en lokale maatschappelijke partijen actief op het van toepassing zijn van het uitdaagrecht.]
- [3. Overname van de uitvoering van de volgende taken is niet mogelijk:
  - a. als het een lopend uitvoeringstraject of ondergeschikte herzieningen daarvan betreft;
  - b. als het uitdaagrecht bij of krachtens wettelijk voorschrift is uitgesloten;
  - c. als sprake is van uitvoering van hogere regelgeving waarbij het bestuursorgaan geen of nauwelijks beleidsvrijheid heeft;
  - d. inzake de begroting, de tarieven voor gemeentelijke dienstverlening en belastingen bedoeld in hoofdstuk XV van de Gemeentewet;
  - e. als de opdrachtwaarde boven de Europese drempelwaarde uitkomt;
  - f. als de uitvoering van een beleidsvoornemen dermate spoedeisend is dat het benutten van het uitdaagrecht niet kan worden afgewacht;
  - g. als het belang van het uitdaagrecht niet opweegt tegen het belang van de verantwoordelijkheid van de gemeente voor kwetsbare groepen in de samenleving.

**OF**

3. Overname van de uitvoering van de volgende taken is mogelijk:
  - a. [...];
  - b. [...];
  - c. [...].]

## Artikel 6. Procedure uitdaagrecht

1. Een verzoek met betrekking tot het uitdaagrecht wordt bij het bestuursorgaan ingediend en omvat in ieder geval de volgende onderdelen:
  - a. omschrijving van de gemeentelijke taak die de verzoeker wil overnemen;
  - b. uitleg waarom of hoe de verzoeker deze taak beter en goedkoper kan uitvoeren;
  - c. duidelijkheid over de betrokkenheid, kennis of ervaring van de verzoeker;
  - d. indicatie van het draagvlak onder belanghebbende ingezetenen;
  - e. indicatie van de kosten die aan de uitvoering van de taak verbonden zijn;
  - f. omschrijving van de manier waarop de verzoeker met de gemeente wil samenwerken of ondersteuning nodig heeft;
  - g. inzicht in hoe de kwaliteit en de uitvoering van de taak op de langere termijn kan worden gewaarborgd.
2. Het bestuursorgaan beslist binnen [aantal] weken op het verzoek.
- [3. Als het verzoek wordt ingewilligd, voorziet het bestuursorgaan de verzoeker van gepaste ondersteuning.

### OF

3. Een vaste contactpersoon van de gemeente begeleidt de verzoekers tijdens het hele proces.]
4. Het bestuursorgaan maakt met de verzoekers afspraken over het proces, het resultaat, het budget en de looptijd.
- [5. Het bestuursorgaan maakt het besluit ten aanzien van een binnengekomen verzoek binnen veertien dagen openbaar.]]



# Literatuurlijst

## Boeken, rapporten en artikelen

### **Addink 2010**

G.H. Addink, *Goed bestuur*, Deventer: Kluwer 2010.

### **Addink 2019**

G.H. Addink, *Good Governance. Concept and Context*, Oxford: Oxford University Press 2019.

### **Agora-Europa 2016**

Agora-Europa, *Werkplaats MaakdeBuurt. Hoe maatschappelijke initiatieven zich echt verder kunnen ontwikkelen*, november 2016.

### **Van den Berge 2020**

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht. Pre-advies VAR 2020*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

### **Boogaard 2021**

G. Boogaard, 'Ruimte door regels. Spelregelwetgeving voor de civil society', in: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Essaybundel ruimte in regels*, Den Haag 2021, p. 47-52.

### **Van den Brink & Den Ouden 2016**

J.E. van den Brink & W. den Ouden, *De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?*, NJB 2016/2000.

### **Claessens 2021**

M. Claessens, *Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur*, NTB 2021/105.

### **Craig e.a. 2017**

P. Craig, H. Hofman, J.-P. Schneider & J. Ziller (red.), *Model Rules on EU Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 2017.

### **Damen 2007**

L.J.A. Damen, 'Public administration: "At your service!"', in: K.J. de Graaf a.o. (ed.), *Quality of Decision-Making in Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 151-167.

**Damen 2015**

L.J.A. Damen, 'Een informatieplicht voor dienende bestuursorganen, een hintplicht voor dienende bestuursrechters?', in: *Behoorlijk bestuursprocesrecht 2015*, p. 421-446.

**Damen 2020**

L.J.A. Damen, Op naar 2GST in het bestuursrecht, *NTB 2020/2*.

**Democratie in Actie (DiA) 2019a**

Democratie in Actie (DIA), *Samen werken aan het Right to Challenge. Inspiratiegids voor gemeenten*, Den Haag: Ministerie BZK 2019.

**Democratie in Actie (DiA) 2019b**

Democratie in Actie (DIA), *Samen werken aan het Right to Challenge. Inspiratiegids voor inwoners*, Den Haag: Ministerie BZK 2019.

**Denktank Vereniging van Nederlandse Gemeente 2013**

Denktank Vereniging van Nederlandse Gemeente, *Van eerste overheid naar eerst de burger. Over maatschappelijke initiatieven die de lokale overheid uitdagen*, Den Haag: VNG 2013.

**Denters e.a. 2013**

S.A.H. Denters e.a., *Burgerinitiatieven in Overijssel. Een inventarisatie*, Overijssel: 2013.

**Doornbos 2019**

N. Doornbos, 'Naar een meer responsief bestuursrecht? Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat', in: T. Barkhuysen e.a., *25 Jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019.

**Driessen Boogaard & Den Ouden 2019**

E.M.M.A. Driessen, G. Boogaard & W. den Ouden, Een wettelijke regeling van het right to challenge in de praktijk. Much ado about nothing?, *RegelMaat 2019 (34)* 6.

**Driessen 2020**

E.M.M.A. Driessen, *Burgerinitiatieven en aansprakelijkheid(skwestie)*, AA november 2020.

**Driessen & Den Ouden 2020**

E.M.M.A. Driessen & W. den Ouden, *Publieke financiering van burgerinitiatieven*, in B. Leurs (red.) *Samenwerken, samen betalen? Over de bekostiging van opgaven in maatschappelijke netwerken*, Den Haag: ROB, 2020.

**Driessen & Boogaard 2021**

E.M.M.A. Driessen & G. Boogaard, 'De zoektocht naar de meerwaarde bij burgerinitiatieven', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Kluwer 2021, p. 511 e.v.

**Driessen 2021a**

E.M.M.A. Driessen, Weten wat de wijk wil. Over draagvlak-eisen en representatie-claims in relatie tot burgerinitiatieven, *Gst.* 2021/140.

**Driessen 2021b**

E.M.M.A. Driessen, Nieuwe regels voor uitdaagrecht onder de loep, *EW Podium*, 2021.

**Driessen 2021c**

E.M.M.A. Driessen, 'Right to Challenge wetgeving; politiek laaghangend fruit met een (te) beperkte uitwerking', in: B. Moed (red.), *Burgers Ontvoegd*, Harderwijk: Gopher 2021.

**Esser & Becker 2021**

J. Esser & R.G. Becker, Maak van maatwerk de regel. Maatwerk in rechterlijke toetsing van regels en uitvoering, *NJB* 2021/106.

**Gemeente Rotterdam 2017**

Gemeente Rotterdam, *Right to Challenge. Procesevaluatie 2016-2017*, Rotterdam: Gemeente Rotterdam 2017.

**Gemeente Utrecht 2017**

Gemeente Utrecht, *Bewonersbod. Een jaar verder...*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2017.

**Giezeman & Jak 2020**

K. Giezeman & N. Jak, Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet, *NJB* 2020/572.

**Ham & Van der Meer 2015**

M. Ham & J. van der Meer, *De ondernemende burger. De woelige wereld van lokale initiatieven*, Utrecht: Tijdschrift voor Sociale Vraagstukken (Movisie) 2015.

**Van der Harst, Bredewold & Tonkens 2019**

M. van der Harst, F. Bredewold e& E. Tonkens, *Democratische legitimatie en duurzaamheid van burgerinitiatieven in zorg en welzijn*, Universiteit voor Humanistiek: Utrecht 2019.

**Huisman & Jak 2021**

P.J. Huisman & N. Jak, Verschillende gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter, *Gst.* 2021/45.

**Hurenkamp, Tonkens & Duyvendak 2006**

M. Hurenkamp, E. Tonkens & J.W. Duyvendak, *Wat burgers bezielt. Een onderzoek naar burgerinitiatieven*, Amsterdam/Den Haag: Universiteit van Amsterdam/ NICIS Kenniscentrum grote steden 2006.

**Hurenkamp & Tonkens 2020**

M. Hurenkamp & E. Tonkens, Ontwerpprincipes voor betere burgerparticipatie, *Bestuurskunde* 2020 (29) 1.

**Huygen, Van Marissing & Boutellier 2012**

A. Huygen, E. van Marissing & H. Boutellier, *Conditioes voor zelforganisatie*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2012.

**Igalla, Edelenbos & Van Meerkerk 2019**

M. Igalla, J. Edelenbos & I. van Meerkerk, Citizens in action, what do they accomplish? A systematic literature review of citizens initiatives, their main characteristics, outcomes and factors, *VOLUNTAS: International Journal of Voluntary and Non-profit Organizations* 2019 (30) p. 1176-1194.

**Ippel 2020**

M. Ippel, Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter, *NTB* 2020/73.

**Janssen & Driessen 2020**

W.A. Janssen & E.M.M.A. Driessen, Het spanningsveld tussen burgerinitiatieven en het aanbestedingsrecht: ruimte voor stimulering?, *TA* 2020/85.

**Kilic 2008**

M. Kilic, *Derde generatie burgerparticipatie: hoe doe je dat?*, Amersfoort: Twynstra Gudde 2008.

**Kleinstra & Walraven 2014**

Y. Kleinstra & G. Walraven, Van eerste overheid naar eerst de burgers, maar hoe?, *Bestuurskunde* 2014/4.

**Koenraad 2020**

L.M. Koenraad, De welwillende overheid, *NTB* 2020/52.

**Kraaij & Specht 2018**

Rineke Kraaij & M. Specht, *De Right to Challenge als Right to Collaborate. (en dat echt samenwerken een challenge op zich is ...)*, Rotterdam: gemeente Rotterdam 2018.

**Van der Krieken 2018**

K. van der Krieken, *Right to Challenge en recht op overname in Nederland. Een inventarisatie van de stand van zaken (eerste helft 2018)*, Den Haag: ministerie BZK 2018.

**Kwast 2019**

O. Kwast, Een andere benadering van het right to challenge. De concessie als kern van een algemene regeling?, *RegelMaat* 2019 (34) 6.

**Linthorst & Oldenhof 2020**

E. Linthorst & L. Oldenhof, Maatwerk aan de keukentafel: van 'hoera' begrip tot betwiste norm, *NTB* 2020/209.

**Landelijk Samenwerkingsverband Actieve bewoners (LSA) 2019**

LSA, *Bewonersbedrijven. Bouwen aan een sterke sector*, Utrecht: LSA 2019.



**Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013**

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *De Doe-democratie, Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving*, Den Haag: 2013.

**Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015**

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Wil en Wet. Over maatschappelijke initiatieven en regelgeving*, Den Haag: 2015.

**Movisie & Vilans 2016**

Movisie & Vilans, *Wat knelt? Inventarisatie knelpunten bij burgerinitiatieven in zorg en ondersteuning*, Utrecht: 2016.

**Movisie, Vilans & LSA 2016**

Movisie, Vilans & LSA, *Kompas Right to Challenge in de Wmo*, Den Haag: ministerie BZK 2016.

**Nationale Ombudsman 2018**

Nationale Ombudsman, *Burgerinitiatief: Waar een wil is... Onderzoek naar de rol van overheidsinstanties bij burgerinitiatieven*, Den Haag 2018.

**Nederhand & Van Meerkerk 2017**

J. Nederhand & I. van Meerkerk, *Activating citizens in Dutch care reforms: Framing new co-production roles and competences for citizens and professionals*, *Policy & Politics* August 2017.

**Nederhand e.a. 2019**

J. Nederhand, E-H Klijn, M. van der Steen & M. van Twist, *The governance of self-organization: Which governance strategy do policy officials and citizens prefer?*, *Policy Sciences* (2019) 52:233-253.

**NTB-redactie 2021**

NTB-redactie, *Kabinet: voorjaar 2022 consultatieversie wijziging Awb inzake maatwerk*, NTB 2021/215.

**Op 't Hoog 2019**

T. Op 't Hoog, *Het uitdaagrecht in Nederland. Een stand van zaken onder gemeenten anno 2019*, Den Bosch: 2019.

**Ortlep 2020**

R. Ortlep, *Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarde- ren*, *JBplus* 2020/4.

**Den Ouden 2018a**

W. den Ouden, *'Wel betalen, niet bepalen, de financiering van burgerinitiatieven'*, in: N.S. Efthymiou, J. Goossens & R. de Lange (red.), *Democratie: nieuwe ontwikkelingen*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018, p. 131-162.

**Den Ouden 2018b**

W. den Ouden, *Kan het dienstbaarheidsbeginsel bijdragen in vertrouwen in de overheid?* Rede van de voorzitter gehouden bij de algemene vergadering van de VAR op 18 mei 2018.

**Den Ouden, Boogaard & Driessen 2019**

W. den Ouden, G. Boogaard & E.M.M.A. Driessen, *Right to Challenge*. Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling van het 'Right to Challenge' en andere burgerinitiatieven in Nederland, Leiden: 2019.

**Othuijse 2021**

A. Othuijse, Een zaadje voor meer burgerperspectief is geplant, maar let op cultuur- en contextcheck, NTB 2021/144.

**Platform 31 2016**

Platform 31, *Ruim op die regels*, Den Haag: 2016.

**De Poorter & Koenraad 2022**

J.C.A. de Poorter & L.M. Koenraad, *Responsieve bestuursrechtspraak*. Een beschouwing over de rol van maatwerk in bestuursrechtelijke appelprocedures, NJB 2022/1072.

**Van Popering-Verkerk & Van Buuren 2017**

J. Van Popering-Verkerk & A. van Buuren, *Oefenen in bescheidenheid*. Een bestuurskundige reflectie op Right to Challenge in Rotterdam, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam – REPOLIS 2017.

**Raad van State 2018**

Raad van State, *Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen*, Den Haag: Raad van State 2018.

**Raad voor de financiële verhoudingen 2014**

Raad voor de financiële verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen*. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief, Den Haag: 2014.

**Rutte III 2017**

Regeerakkoord Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, Den Haag: 2017.

**Rutte IV 2021**

Regeerakkoord Rutte IV, *Omzien naar elkaar, voortuitkijken naar de toekomst*, Den Haag: 2021.

**Rekenkamer Rotterdam 2021**

Rekenkamer Rotterdam, *Burgers op de bres*. Onderzoek naar gemeentelijke ondersteuning naar burgerinitiatieven, Rotterdam: 2021, p. 17.

**Scheltema 1989**

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.

**Scheltema 2015**

M. Scheltema, Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?, NTB 2015/37.

**Scheltema 2018**

M. Scheltema, Wetgeving in de responsieve rechtsstaat, *RegelMaat* 2018/3.

**Scheltema 2019**

M. Scheltema, De troonrede en het burgerperspectief, NTB 2019/38.

**Scheltema 2020**

M. Scheltema, Handvatten voor vernieuwingen in het bestuursrecht, NTB 2020/256.

**Scheltema 2021**

M. Scheltema, Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten?, AA 2021-sep.

**Scherpenisse & Van der Steen 2018**

J. Scherpenisse & M. van der Steen, *Gepast geregeld, Tijdig financieren in netwerken*, NSOB 2018.

**Schlössels 2010**

R.J.N. Schlössels, Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid. *Gst.*2010/102.

**Schlössels 2016**

R.J.N. Schlössels, Service Principle, *Gst.* 2016/20.

**Schlössels 2020**

R.J.N. Schlössels, Het ongrijpbare burgerperspectief, NTB 2020/170.

**Schuurmans, Leijten en Esser 2020**

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.

**Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) 2014**

Sociaal Cultureel Planbureau, *Burgermacht op eigen kracht? Een brede verkenning van ontwikkelingen in burgerparticipatie*, Den Haag: SCP 2014.

**Van der Steen e.a. 2013**

M. van der Steen, M. van Twist, N. Chin-A-Fat en T. Kwakkelstein, *Pop-up publieke waarde: overheidssturing in de context van maatschappelijke zelforganisatie*, Den Haag: NSOB 2013.

**Van der Steen, Scherpenisse & Van Twist 2015**

M. van der Steen, J. Scherpenisse & M. van Twist, *Sedimentatie in sturing. Systeem brengen in netwerkend werken door meervoudig te organiseren*, Den Haag: NSOB 2015.

**Van der Steen 2021**

M. van der Steen, 'Overheidssturing in de coronacrisis: perspectieven, praktijken en dilemma's' in: M. van der Steen, J.E. van den Brink, J.P. Loof & J. Korzelius, *Bestuursrecht in crisistijd. Pre-adviezen VAR 2021*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

**Tonkens en Verhoeven 2011**

E. Tonkens & I. Verhoeven, *Bewonersinitiatieven: proeftuin voor partnerschap tussen burgers en overheid. Een onderzoek naar bewonersinitiatieven in de Amsterdamse wijkaanpak*, Amsterdam: UvA 2011.

**Tonkens 2015**

E. Tonkens, *Vijf misvattingen over de participatiesamenleving. Afscheidsrede bijzonder hoogleraar Actief Burgerschap UvA*, *Tijdschrift voor Sociale Vraagstukken* 2015/1.

**VAR 2020**

L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. van Heuke-  
lom-Verhage, *Maatwerk in het Bestuursrecht*, Den Haag: 2020 VAR preadviezen  
nr. 164.

**VAR 2021**

Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen be-  
stuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde. Rapport van de Commissie  
Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

**Van der Veen 2015**

G.A. van der Veen (red.), *Vorbereid op aansprakelijkheid. Gemeenten en overheidsaan-  
sprakelijkheid*, Den Haag: VNG 2015.

**Verba, Schlozmann en Brady 1995**

S. Verba, K.L. Schlozmann & H.E. Brady, *Voice and equality: civic voluntarism in Ame-  
rican politics*. Harvard: Harvard University Press 1995.

**Van de Wijdeven 2012**

T.M.F. van de Wijdeven, *Doe democratie: Over actief burgerschap in stadswijken* (diss.  
Tilburg), Utrecht: Eburon 2012.

**Van de Wijdeven, De Graaf & Hendriks 2013**

T.M.F. van de Wijdeven, L.J. de Graaf & F. Hendriks, *Actief burgerschap. Lijnen in de  
literatuur*, Tilburg/Den Haag: Tilburg School voor Politiek en Bestuur/ BZK 2013.

**Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017**

WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag:  
WRR 2017.

## **Parlementaire stukken**

Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INL)).

Kamerstukken II 2017/18, 34 775-VII, nr. 16 (motie Özütok)

Kamerstukken II 2018/19, 35 261, nr. 2. (Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer)

Kamerstukken II 2018/19, 35 261, nr. 3. (Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer)

Kamerstukken II 2018/19, 35 000, nr. 24. (motie Segers)

Kamerstukken II 2018/19, 35000 VII, nr. 80.

Handelingen II 2019/20, 35300-VII, nr. 18 item 4, p. 8.

Kamerstukken II 2020/21, 35 570 VII, nr. 17 (motie opname recht op toegang als abbb)

Kamerstukken II 2020/21, nr. 35 310, nr. 15 (motie Jetten en Marijnissen).

Kamerstukken II 2022-23, 36 210, nr. 3 (Wet versterking participatie op decentraal niveau)

## **Jurisprudentie**

ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1606, AB 2022/24 m.nt. E.M.M.A. Driessen (Draagvlakmeting Alkmaar).



# Inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht: too little, too late?

*Een analyse van de houdbaarheid van de uov in het licht van de inspraak-eisen uit het Verdrag van Aarhus en de behoeften van betrokken actoren, evenals een aanzet tot een alternatief*

M.C. Pakkert & J.H.N. Ypinga\*

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>143</b>
1.1	Opbouw preadvies	144
1.2	Afbakening	145
<b>2</b>	<b>De ontwikkeling van inspraakrechten in het Nederlandse omgevingsrecht</b>	<b>147</b>
2.1	Inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht pre-Verdrag van Aarhus	147
2.2	Inspraak in het Verdrag van Aarhus en aanverwant EU-recht	148
2.3	Wie is verantwoordelijk voor de interpretatie en uitleg van het Verdrag?	149
2.4	De implementatie van het Verdrag in Nederland	150
2.5	Uniforme openbare voorbereidingsprocedure	151
2.6	Inspraak onder de Omgevingswet	152
<b>3</b>	<b>Varkens en het Nederlandse bestuursrecht in Nood</b>	<b>155</b>
3.1	Varkens in Nood-arrest en opvolgende Afdelingsjurisprudentie	155
3.2	Het conceptwetsvoorstel wijziging Awb naar aanleiding van het Varkens in Nood-arrest	157
<b>4</b>	<b>Is het systeem voor inspraak in het omgevingsrecht in lijn met het Verdrag?</b>	<b>159</b>
4.1	De uov versus reguliere voorbereidingsprocedure	159
4.1.1	De verschillende functies van bezwaar en de uov	160
4.1.2	Wat vindt de wetgever?	161
4.1.3	Wat vindt de bestuursrechter?	161
4.1.4	Tussenconclusie	163

\* Mr. M.C. (Meike) Pakkert en mr. J.H.N. (Jelmer) Ypinga zijn werkzaam als advocaat bij Stibbe.

4.2	De uov en artikel 6 Verdrag; gaat u maar rustig slapen?	164
4.2.1	Inspraak volgens de uov: voldoende vroegtijdig?	164
4.2.2	Inspraak volgens de uov: is de zienswijzentermijn voldoende redelijk?	169
4.3	Tussenconclusie	171
<b>5</b>	<b>Hoe zou een houdbare voorbereidingsprocedure kunnen worden vormgegeven?</b>	<b>173</b>
5.1	Inleiding	173
5.2	Randvoorwaarden alternatieve voorbereidingsprocedure: belangen van insprekers en initiatiefnemers	174
5.3	Juridische voorwaarden voor een alternatieve voorbereidingsprocedure	175
5.3.1	Wie moet kunnen inspreken?	175
5.3.2	Waarover moet kunnen worden ingesproken?	177
5.3.3	Op welk moment en hoe lang moet kunnen worden ingesproken?	178
5.4	Een alternatieve voorbereidingsprocedure	179
5.4.1	Wie?	179
5.4.2	Waarover?	180
5.4.3	Wanneer?	181
5.4.4	Binnen welke termijn?	183
<b>6</b>	<b>Afsluiting</b>	<b>185</b>
	<b>Geraadpleegde literatuur</b>	<b>189</b>



# I Inleiding

'Politiek moet je niet te veel aan politici overlaten. Daar zijn onze problemen namelijk te complex voor. Vooral een veelkoppig monster als klimaatverandering vraagt om een veelkoppige aanpak.'<sup>1</sup>

'Burgerparticipatie was een ander woord voor de bemoeienis van mensen die geen idee hadden waar het over ging en veel gedoe veroorzaakten, om er uiteindelijk over te zeuren dat alles zo lang duurde.'<sup>2</sup>

Deze citaten vormen uitersten van de mogelijke gedachten over participatie ten aanzien van ruimtelijke initiatieven. Hoewel het tweede citaat afkomstig is uit een roman, is het een veelvoorkomend beeld bij participatie: het duurt lang en het heeft geen zin. Daar kan en wordt ook anders over gedacht, zo blijkt mede uit het eerste citaat. Participatie is een terugkerend thema in politieke toespraken en omgevingsrechtelijke wetgeving.<sup>3</sup> Bovenstaande citaten illustreren echter dat meerdere (tegengestelde) belangen daarbij een rol kunnen spelen: besluitvorming moet vooral (voor)spoedig verlopen, maar er moet ook genoeg ruimte zijn voor burgers om te kunnen 'meeregeren'. Het vormgeven van een goed proces is dus nog niet zo gemakkelijk.

In 1998 werd op internationaal niveau al wel volop nagedacht over de voorwaarden voor inspraak in de voorbereiding van milieubesluitvorming. In dat jaar is het Verdrag van Aarhus (Verdrag) tot stand gekomen. Het Verdrag heeft tot doel een bijdrage te leveren aan de bescherming van het recht van elke burger van zowel de huidige generatie als toekomstige generaties om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn. Een van de drie pijlers van dat Verdrag is inspraak in de voorbereiding van milieubesluitvorming.<sup>4</sup> Het Verdrag is echter niet in ieder land op een juiste wijze geïmplementeerd, zo werd recentelijk duidelijk voor Nederland.

Na een bommetje onder het bestuursrecht<sup>5</sup> in de vorm van het *Varkens in Nood*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof)<sup>6</sup> moest de regering

---

1 Beschrijving van E. Rovers, *Nu is het aan ons: oproep tot echte democratie*, Amsterdam: De Correspondent Uitgevers 2022.

2 Citaat uit J. Zeh, *Ons soort mensen*, Amsterdam: Ambo Anthos 2020 (oorspronkelijke titel *Unterleuten*).

3 Zie daarover paragraaf 2 en in het bijzonder paragraaf 2.6.

4 Naast openbaarheid van milieu-informatie en rechtsbescherming tegen milieubesluitvorming.

5 Aldus J.R. van Angeren & T. Barkhuysen in *Snelrecht voor mr.online*.

6 HvJEU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7.

aan de slag met het voorbereiden van een (concept)wetsvoorstel tot aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) om te zorgen dat het bestuursprocesrecht in lijn zou worden gebracht met het Verdrag.<sup>7</sup> Een andere – aanzienlijk grotere – wetgevingsoperatie die in volle gang is, is de Omgevingswet.<sup>8</sup> Wat beide wetgevingsoperaties gemeen hebben is dat zij vallen binnen de reikwijdte van het Verdrag, omdat beide van invloed zijn op inspraak in het omgevingsrecht. Het conceptwetsvoorstel regelt welke (rechts)personen, op welke manier en wanneer worden betrokken bij besluitvorming en in de Omgevingswet wordt participatie een ‘doorsnijdend thema’.<sup>9</sup>

De vraag is hoe die inspraak moet worden vormgegeven. Daarvoor is in de eerste plaats van belang dat het bestaande en toekomstige systeem in overeenstemming is met het Verdrag. In de tweede plaats komt de regeling idealiter zoveel mogelijk tegemoet aan de achterliggende doelen van het bieden van inspraak. Die doelen zijn kort gezegd het verbeteren van de kwaliteit van besluitvorming en het creëren van draagvlak voor besluitvorming.<sup>10</sup> De andere belangen die in het omgevingsrecht een rol spelen moeten echter ook niet vergeten worden. Naast de belangen van insprekers kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het algemeen belang van snelle besluitvorming om crises als de woningnood en klimaatverandering het hoofd te bieden, en het vergelijkbare belang van initiatiefnemers om zo snel mogelijk zekerheid te verkrijgen over de haalbaarheid van hun gewenste project. Deze problematiek staat in dit preadvies centraal en leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre komt het Nederlandse omgevingsrecht tegemoet aan de inspraakrechten uit het Verdrag van Aarhus en de behoeften van bestuursorganen, participanten en initiatiefnemers?

## 1.1 Opbouw preadvies

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Wij starten met een inleidende paragraaf 2 waarin wij de ontwikkeling van inspraakrechten in het Nederlandse omgevingsrecht beschrijven en waarin wij eveneens aandacht besteden aan (de werking van) het Verdrag, de belangrijkste internationale invloed op deze inspraakrechten. In paragraaf 3 zullen wij vervolgens ingaan op het *Varkens in Nood*-arrest en het daaruit voortvloeiende conceptwetsvoorstel. Wij analyseren in paragraaf 4 in hoeverre het systeem voor inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht in overeenstemming is met het Verdrag, om vervolgens in paragraaf 5 enkele aanbevelingen te

7 Het gaat om het concept-‘Wetsvoorstel wijziging Awb n.a.v. HvJEU *Varkens in Nood*’, dat van 2 april tot en met 15 mei 2022 ter internetconsultatie heeft gelegen. Zie hierover paragraaf 3.2.

8 Voor de eigen gemoedsrust van de preadviseurs zullen zij in dit preadvies niet speculeren over het al dan niet in werking treden van de Omgevingswet. Op het moment van afronding van dit preadvies is de voorgenomen datum van inwerkingtreding 1 juli 2023.

9 Stb. 2018, 290, p. 66.

10 Zie uitgebreider paragraaf 5.1.

doen voor een systeem dat voldoet aan het Verdrag en zoveel mogelijk tegemoetkomt aan de behoeften van bestuursorganen, participanten en initiatiefnemers.

## 1.2 Afbakening

Inspraak zien wij als een vorm van participatie, waarbij insprekers bij de voorbereiding van besluitvorming worden betrokken door de overheid. Wij richten ons daarbij met name op de inspraak door burgers en rechtspersonen (in het omgevingsrecht veelal natuur- en milieuorganisaties). De mogelijkheid voor andere bestuursorganen om advies te geven bespreken wij daarbij niet.<sup>11</sup> Verder richten wij ons op de procedure tot aan definitieve besluitvorming; mogelijke vervolgpcedures laten wij dus buiten beschouwing. Voor onze analyse richten wij ons met name op artikel 6 Verdrag, dat van toepassing is op besluiten over specifieke activiteiten. Artikel 7 en 8 Verdrag gaan ook over inspraak, maar wij menen dat die voor deze analyse minder van belang zijn.<sup>12</sup> Artikel 8 is namelijk meer facultatief van aard – het schrijft voor dat elke partij ‘tracht doeltreffende inspraak (...) te bevorderen’ en artikel 7 verwijst naar onderdelen uit artikel 6.

Het onderwerp van dit preadvies is dus beperkt tot procedurele participatie in het omgevingsrecht. Voor een behandeling van de (on)mogelijkheden van financiële participatie en de mogelijke rol van het dienstbaarheidsbeginsel in de facilitering van burgerinitiatieven verwijzen wij graag naar de preadviezen van Dorien Bakker, respectievelijk Esmée Driessen.

---

<sup>11</sup> Zie voor de regeling daarvan onder de Omgevingswet bijvoorbeeld Kernenbeek, Groothuijse & Van Rijswick, *RegelMaat* 2022/3.

<sup>12</sup> Artikel 7 Verdrag gaat over inspraak bij betreffende plannen, programma's en beleid betreffende hebbende op het milieu en artikel 8 gaat over inspraak tijdens de voorbereiding van uitvoerende regelingen en/of algemeen toepasselijke wettelijk bindende normatieve instrumenten.



## 2 De ontwikkeling van inspraakrechten in het Nederlandse omgevingsrecht

### 2.1 Inspraak in het Nederlandse omgevingsrecht pre-Verdrag van Aarhus

De oude Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) voorzag al in inspraak. Artikel 6a WRO regelde dat het gemeentebestuur de ingezetenen van de gemeente en andere belanghebbende natuurlijke en rechtspersonen bij de voorbereiding van (de herziening van) ruimtelijke plannen moest betrekken. Tot dat moment organiseerden sommige gemeentes uit zichzelf weleens 'hearings', maar die hadden meer het karakter van een voorlichtingsbijeenkomst, aldus de wetgever.<sup>13</sup> Van discussie tussen burgers en planwetgever was veelal geen sprake. Aan de invoering van artikel 6a WRO lag de wens ten grondslag om de bevolking mee te laten denken en praten over de door haar gewenste ruimtelijke ontwikkeling. Het werd gewenst geacht de mogelijkheid tot 'meepraten' te waarborgen.<sup>14</sup> Hierdoor zou het gemeentebestuur beter in staat zijn bij zijn beslissing rekening te houden met de wensen van de bevolking en een betere belangenafweging te kunnen maken.<sup>15</sup>

Bovendien werd het ook van belang geacht *'tegenwoordert te komen aan de bij velen levende wens om de bevolking reeds eerder dan van het tijdstip van de terinzagelegging van een ontwerpbestemmingsplan bij de voorbereiding van het plan te betrekken.'*<sup>16</sup> Dit kwam ook naar voren in artikel 12 Besluit op de ruimtelijke ordening 1985 (oud), dat vereiste dat de toelichting bij een ontwerp(bestemmings)plan een rapportering bevatte van de (uitkomsten van de) inspraak die op dat moment was geborgd in gemeentelijke inspraakverordeningen.<sup>17</sup> Daar komt bij dat het gemeentebestuur bij het ontwerp van het plan voldoende rekening moest kunnen houden met die resultaten, om de participanten daadwerkelijk de mogelijkheid te geven om de besluitvorming te beïnvloeden. Dit impliceerde een zekere redelijke termijn om in te kunnen spreken. Als aan het voorgaande niet werd voldaan, dan vernietigde de Afdeling het besluit tot goedkeuring van het bestemmingsplan wegens strijd met de wet.<sup>18</sup> Met

<sup>13</sup> Kamerstukken II 1977/78, 14889, nr. 3, p. 30.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem, p. 31.

<sup>16</sup> Idem, p. 40.

<sup>17</sup> Artikel 12 lid 2 onder d Besluit op de ruimtelijke ordening 1985 jo. artikel 150 lid 2 onder c Gemeentewet (inmiddels beide vervallen).

<sup>18</sup> ABRvS 10 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:BQ1681, Gst. 1998/13.

de invoering van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (uov) kwam aan dit systeem een einde (zie daarvoor paragraaf 2.5).<sup>19</sup>

## 2.2      **Inspraak in het Verdrag van Aarhus en aanverwant EU-recht**

Op 25 juni 1998 is in Aarhus, Denemarken, in het kader van de Vierde Ministeriële Conferentie het Verdrag van Aarhus<sup>20</sup> tot stand gekomen. Dit verdrag vormt een uitwerking van Beginsel 10 van de Verklaring van Rio, die op 13 juni 1992 is vastgesteld op de VN-Conferentie Milieu en Ontwikkeling. Naast Nederland zijn de meeste Europese landen ook Partij bij het Verdrag,<sup>21</sup> evenals de Europese Unie.<sup>22</sup> De doelstelling van het Verdrag is, onder meer, het leveren van een bijdrage aan de bescherming van het recht van elke burger van zowel de huidige generatie als toekomstige generaties om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn.<sup>23</sup> Het Verdrag kent drie pijlers: openbaarheid van milieu-informatie (met name artikel 4 en 5 Verdrag), inspraak in de voorbereiding van de milieubesluitvorming (artikel 6 tot en met 8 Verdrag) en rechtsbescherming tegen milieubesluitvorming (artikel 9 Verdrag). In de preambule van het Verdrag is onder meer te lezen dat inspraak in besluitvorming de kwaliteit en uitvoering van besluiten verbetert, bijdraagt aan de bewustheid bij het publiek van milieuvraagstukken, het publiek de gelegenheid biedt om zijn bezorgdheid te uiten en bestuursorganen in staat stelt naar behoren rekening te houden met deze bezorgdheid.

Het Verdrag kent rechten toe aan twee categorieën personen: het publiek en het betrokken publiek. Artikel 2 lid 4 Verdrag definieert het publiek. De definitie omvat praktisch iedereen, waardoor het publiek vergelijkbaar is met de ‘eenieder’, de term die we kennen in het Nederlandse recht. Het betrokken publiek omvat volgens artikel 2 lid 5 Verdrag het publiek dat gevolgen ondervindt, of waarschijnlijk ondervindt van, of belanghebbende is bij, milieubesluitvorming. Non-gouvernementele organisaties (NGO's) gericht op het milieu die voldoen aan de eisen van nationaal recht worden daarbij geacht belanghebbende te zijn.

Het recht op inspraak in de voorbereiding van besluiten over specifieke milieu-activiteiten die een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben, is vervat in artikel 6 Verdrag. Dat artikel stelt onder meer de eis dat het ‘betrokken publiek’ tijdig en doeltreffend over de besluitvorming wordt geïnformeerd (lid 2) en dat inspraakprocedures redelijke termijnen bevatten (lid 3). Het achtste lid waarborgt dat in het te nemen besluit rekening wordt gehouden met de resultaten van de inspraak. Het vierde lid waarborgt *‘vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltref-*

19 We zullen echter zien dat het gedachtengoed van vroegtijdige inspraak dat ten grondslag lag aan de regeling van inspraak pre-Aarhus nog of weer, zo u wilt, springlevend is (zie daarvoor paragraaf 2.6).

20 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden.

21 Artikel 2 lid 1 Verdrag definieert een Partij als ‘een Verdragsluitende Partij bij dit Verdrag’.

22 Besluit van de Raad van 17 februari 2005 betreffende het sluiten, namens de Europese Gemeenschap, van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (2005/370/EG).

23 Deze doelstelling is vervat in artikel 1.

fende inspraak kan plaatsvinden.’ In de Aarhus Implementatiegids<sup>24</sup> is te lezen dat dit niet betekent dat een overheidsinstantie geen (voorlopig) standpunt kan innemen over een mogelijk besluit over de voorgestelde activiteit. De overheidsinstantie moet zich echter nog steeds in de fase van het verzamelen en verwerken van informatie bevinden en moet openstaan voor de opmerkingen van het publiek om naar aanleiding daarvan eventueel van standpunt te veranderen.<sup>25</sup> Artikel 7 Verdrag regelt inspraak in de voorbereiding van plannen en programma’s die betrekking hebben op het milieu. Artikel 6 lid 3, 4 en 8 Verdrag zijn daarop ook van toepassing. Artikel 7 Verdrag bevat daarnaast een inspanningsverplichting voor Partijen om in de voorbereiding van milieubeleid inspraak mogelijk te maken. Artikel 8 regelt inspraak tijdens de voorbereiding van uitvoerende regelingen en andere algemeen toepasselijke wettelijk bindende regels die een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben. Zoals toegelicht in paragraaf 1.2, beperken wij onze analyse in het vervolg tot de vereisten uit artikel 6 Verdrag.

De Europese Unie beoogt met Richtlijn 2003/35 de verplichtingen uit het Verdrag in de Europese rechtsorde te integreren. Hiertoe zijn verschillende artikelen van de m.e.r.-richtlijn en de IPPC-richtlijn (inmiddels de richtlijn industriële emissies) aangepast.<sup>26</sup> Zo regelt artikel 6 lid 4 m.e.r.-richtlijn dat het betrokken publiek in een vroeg stadium reële mogelijkheden tot inspraak dient te krijgen in milieubesluitvormingsprocedures waarin een milieueffectbeoordeling moet worden gemaakt.

### 2.3 Wie is verantwoordelijk voor de interpretatie en uitleg van het Verdrag?

De Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) is het toezichtmechanisme dat in 2002 is ontsproten uit artikel 15 Verdrag.<sup>27</sup> De taken van de ACCC zien vooral op rapporteren, monitoren en aanbevelen. De ACCC geeft in niet-rechterlijke en niet-bindende ‘bevindingen en aanbevelingen’ haar kijk op de naleving van het Verdrag door Partijen. Gemakshalve refereren wij hierna aan de besluiten of de besluitpraktijk van de ACCC als wij het hebben over deze aanbevelingen. De meerderheid van de besluiten van de ACCC komt tot stand naar aanleiding van klachten van leden van het publiek over de nakoming van het Verdrag door een Partij bij het Verdrag.<sup>28</sup> Partijen bij het Verdrag handelen overigens lang niet altijd in overeenstemming met de aanbevelingen van de ACCC. Samvel stelde vast dat de verdragspartijen tussen 2004 en 2012 in ruim 50% van de gevallen geen voor-

24 UNECE, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide (second edition)*, 2014.

25 *Idem*, p. 144.

26 Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma’s betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad.

27 Decision I/7.

28 UNECE, *The Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee*, 2019, p. 25.

uitgang hadden geboekt ten aanzien van overeenstemming met het Verdrag nadat de betreffende partij daarop was gewezen door de ACCC.<sup>29</sup>

Vanwege het lidmaatschap van de Unie bij het Verdrag heeft het Hof zichzelf bevoegd geacht om het Verdrag in laatste instantie uit te leggen.<sup>30</sup> Het Hof heeft om te komen tot een uitlegging van het Verdrag voor zover wij weten nooit aansluiting gezocht bij de aanbevelingen van de ACCC. Dat is opvallend omdat A-G's in conclusies wel degelijk naar de beslispraktijk van de ACCC verwijzen voor de uitleg van bepalingen uit het Verdrag.<sup>31</sup>

## 2.4 De implementatie van het Verdrag in Nederland

Het Verdrag is ingevoerd in de Nederlandse rechtsorde door middel van de Wet uitvoering Verdrag van Aarhus, waarmee een wijziging van de Wet milieubeheer ('Wm'), de Wet openbaarheid van bestuur en enige andere wetten werd voorzien.<sup>32</sup> De grootste wetgevingswijziging die in Nederland moest plaatsvinden zag op de Wet openbaarheid van bestuur, die moest worden aangepast om de eerste pijler, het recht op toegang tot milieu-informatie, te borgen.<sup>33</sup> Volgens de wetgever gold voor de tweede (participatie) en derde (toegang tot de rechter) pijler dat die in Nederland in verschillende wetten '*reeds grotendeels*' waren geïmplementeerd.<sup>34</sup> De WRO voorzag volgens de wetgever al in een regeling voor inspraak die voldeed aan de vereisten die daaraan in het Verdrag werden gesteld, omdat planologische beslissingen moesten worden voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 (oud) van de Awb. De in afdeling 3.4 getroffen regeling voldeed volgens de wetgever aan de vereisten die zijn gesteld in artikel 6 Verdrag.<sup>35</sup> Na de invoering van de nieuwe afdeling 3.4 Awb werd en wordt de uov beschouwd als de algemene implementatie van de inspraak-eisen van artikel 6 Verdrag.<sup>36</sup>

De vereisten uit de m.e.r.-richtlijn zijn voor een groot deel opgenomen in hoofdstuk 7 Wm. M.e.r.-plichtige plannen en besluiten worden ook voorbereid met afdeling 3.4 Awb, met dien verstande dat de Wm extra eisen stelt. De procedure voor het opstellen van een plan waarvoor een MER moet worden gemaakt begint namelijk door het ter inzage leggen van een voornemen tot het voorbereiden van een plan.<sup>37</sup> De kennisgeving vermeldt vervolgens wie op welke wijze en binnen

29 Samvel, *Transnational Environmental Law* 2020. Samvel heeft voor de analyse alleen gekeken naar aanbevelingen van de ACCC over artikel 9.

30 Besluit van de Raad van 17 februari 2005 betreffende het sluiten, namens de Europese Gemeenschap, van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (2005/370/EG).

31 Zie bijvoorbeeld A-G Kokott 27 januari 2022, C-43/21, ECLI:EU:C:2022:64, punt 45; A-G Bobek 2 juli 2020, C-826/18, ECLI:EU:C:2020:514, punt 46.

32 Stb. 2004, 519.

33 De Wet openbaarheid van bestuur is per 1 mei 2022 vervangen door de Wet open overheid.

34 Kamerstukken II 2002/03, 28835, nr. 3, p. 5.

35 Kamerstukken II 2002/03, 28835, nr. 3, p. 21.

36 Zie bijvoorbeeld het Uitvoeringsverslag Verdrag van Aarhus 2021 en paragraaf 2.6 van dit preadvies, waarin aan de orde komt dat de wetgever de uov in de Omgevingswet als implementatie van artikel 6 Verdrag beschouwt.

37 Artikel 7.9 lid 1 en 2 Wm.



welke termijn een zienswijze naar voren kan brengen over het voornemen. Voor m.e.r.-plichtige projecten waarvoor een vergunning- of ontheffingsaanvraag is ingediend, geldt dat van de aanvraag wordt kennisgegeven.<sup>38</sup>

## 2.5 Uniforme openbare voorbereidingsprocedure

De uov is in 2005 geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht.<sup>39</sup> De procedure is opgenomen in afdeling 3.4 Awb en kwam in de plaats van de twee tot dan toe geldende openbare voorbereidingsprocedures, te weten de openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 (oud) en de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.5 Awb (oud). Deze vereenvoudiging was bedoeld om de juridisering van het openbaar bestuur terug te dringen en daarmee een versnelling te bereiken van procedures voor bijvoorbeeld vergunningen en ontheffingen.<sup>40</sup> Ook werd het hanteren van twee verschillende openbare voorbereidingsprocedures als belastend ervaren door bestuursorganen.<sup>41</sup> Zo was onder meer het verschil in omvang van de kring van degenen die zienswijzen of bedenkingen naar voren konden brengen verschillend en volgde op de procedure van afdeling 3.5 geen bezwaarschriftprocedure en op de procedure van afdeling 3.4 wel.

De uov is een product van het streven van de wetgever naar *'uniformiteit, eenvoud en soberheid van regelgeving'*.<sup>42</sup> Ook de openbare voorbereidingsprocedures in bijzondere wetgeving moesten om die reden het veld ruimen. In bijzondere wetten werd veelal nog gespecificeerd wat ter inzage moest worden gelegd en aan welke categorieën personen het ontwerpbesluit moest worden toegezonden. De uov kwam, zoals gezegd, eveneens in de plaats van artikel 6a WRO. Volgens de wetgever zou het namelijk onzinnig zijn om *'twee procedureel identieke inspraakrondes te houden'*.<sup>43</sup>

Vanaf het vervallen van artikel 6a WRO gold geen verplichting meer voor bevoegde gezagen om inspraak te verlenen overeenkomstig de inspraakverordening. Gemeenten zijn wel nog steeds bevoegd om voorafgaand aan het doorlopen van de uov inspraak te verlenen op basis van de inspraakverordening. Gemeenteraden zijn op grond van artikel 150 Gemeentewet nog steeds verplicht een verordening vast te stellen waarin regels worden opgenomen met betrekking tot de wijze waarop ingezetenen en belanghebbenden bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid worden betrokken. Uit de Afdelingsjurisprudentie blijkt echter dat eventuele schendingen van de inspraakverordening geen gevolgen meer kunnen hebben voor de rechtmatigheid van de betreffende ruimtelijke voorbereidingsprocedure nu dit geen verplicht onderdeel (meer) hiervan uitmaakt.<sup>44</sup>

38 Artikel 13.2 Wm.

39 Stb. 2002, 54. Afdeling 3.4 Awb is op 1 juli 2005 in werking getreden, Stb. 2005, 320.

40 Kamerstukken II 1999/2000, 27023, nr. 3, p. 1.

41 Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996. Verslag van de Commissie evaluatie Algemene wet bestuursrecht. Sdu, Den Haag 18 december 1996, p. 43-44.

42 Kamerstukken II 2003/04, 29421, nr. 3, p. 2.

43 Kamerstukken II 2002/03, 28916, nr. 3, p. 28.

44 ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2320, ro. 2.2.1.

De uov is van toepassing als dit expliciet in de wet is bepaald of als deze procedure van toepassing is verklaard door het bevoegde gezag, zo volgt uit artikel 3:10 lid 1 Awb. Een bekend voorbeeld waarbij de uov van toepassing is, is in de voorbereiding van een bestemmingsplan. Afdeling 3.4 Awb is echter in veel meer (omgevingsrechtelijke) wetten van toepassing verklaard, zoals de Waterwet,<sup>45</sup> de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht<sup>46</sup> en de Wet natuurbescherming.<sup>47</sup> De uov begint wanneer het bestuursorgaan kennisgeeft van het ontwerpbesluit in het daarvoor aangewezen publicatieblad krachtens artikel 3:12 Awb. Indien de uov van toepassing is, geldt een beslistermijn van zes maanden, zo regelt artikel 3:18 Awb. Deze procedure duurt langer omdat het bestuursorgaan, anders dan bij de reguliere procedure, eerst een ontwerpbesluit neemt voordat het een definitief besluit kan nemen. Dit ontwerpbesluit wordt op grond van artikel 3:11 Awb ter inzage gelegd. Artikel 3:15 lid 2 Awb regelt vervolgens dat gelegenheid moet worden geboden om een zienswijze over dit ontwerp in te dienen. De termijn voor het indienen van zienswijze is zes weken, zo blijkt uit artikel 3:16 Awb. Voor veel omgevingsrechtelijke besluiten geldt dat, in afwijking van de hoofdregel, eenieder zienswijzen naar voren mag brengen.<sup>48</sup> Het is gebruikelijk dat het bestuursorgaan in een nota van zienswijzen op de zienswijzen ingaat.

## 2.6      **Inspraak onder de Omgevingswet**

In de Omgevingswet en de daarop gebaseerde regelgeving kunnen twee vormen van participatie van elkaar worden onderscheiden:

- i) Participatie in de vorm van de uov;<sup>49</sup>
- ii) Vroegtijdigere vormen van participatie.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de inspraakvragen uit het Verdrag over het algemeen worden geïmplementeerd door het voorschrijven van de uov in de voorbereiding van Aarhus-besluiten.<sup>50</sup> De uov is hiervoor in paragraaf 2.5 besproken, en komt hierna in paragraaf 4 nog verder aan bod. In deze paragraaf bespreken wij daarom alleen de vroegtijdigere vormen van participatie.

De vroegtijdigere vormen van participatie worden gekoppeld aan doelen als het vergroten van draagvlak, het verbeteren en versnellen van omgevingsrechte-

45 Bijvoorbeeld de voorbereiding van een projectplan, artikel 5,6 lid 1 Waterwet.

46 Bijvoorbeeld de voorbereiding van meerdere soorten omgevingsvergunningen zoals de omgevingsvergunning milieu, artikel 3.10 lid 1 onder c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ('Wabo').

47 Bijvoorbeeld de voorbereiding van het programma stikstofreductie en natuurverbetering, artikel 1.12c Wet natuurbescherming ('Wnb').

48 Zie bijvoorbeeld artikel 3.12 lid 5 over omgevingsvergunningen op grond van de Wabo.

49 De regering merkt de uov uitdrukkelijk aan als een vorm van participatie, zie Stb. 2018, 290, p. 131.

50 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 342; Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 135; Stb. 2018, 290, p.179.

lijke besluitvorming en het vergroten van het vertrouwen in de overheid.<sup>51</sup> Het is daarbij volgens de regering van belang dat maatwerk moet kunnen worden geleverd. Daarom zijn de vormen van vroegtijdige participatie niet of slechts beperkt uitgewerkt in de wet.<sup>52</sup> De regering wil hiermee ook voorkomen dat *'rechtszaken worden gevoerd over de vraag of de gevolgde participatie wel voldoet aan de juridische kwaliteitscriteria.'*<sup>53</sup>

Het voorgaande principe komt goed tot uitdrukking in de regeling van vroegtijdige participatie in de omgevingsplanprocedure. Overeenkomstig artikel 10.2 lid 1 Omgevingsbesluit (Ob) geeft het bevoegd gezag in de kennisgeving van het voornemen om een omgevingsplan vast te stellen aan op welke manier participatie zal plaatsvinden. Artikel 10.2 lid 2 Ob regelt dat het bevoegd gezag vervolgens bij de vaststelling van het omgevingsplan moet aangeven hoe het participatieproces is vormgegeven en wat de resultaten daarvan waren. Het bevoegd gezag moet daarbij aangeven op welke manier aan het participatiebeleid, dat door de gemeenteraad wordt vastgesteld, invulling is gegeven.<sup>54</sup> De zogeheten motiveringsplicht vroegtijdige participatie uit artikel 10.2 lid 2 Ob geldt ook bij de vaststelling van een omgevingsvisie, een waterschapsverordening en een omgevingsverordening.<sup>55</sup>

In de voorbereiding van een omgevingsvergunning is vroegtijdige participatie in principe facultatief en bovendien alleen gericht op de aanvrager. Het is aan de initiatiefnemer om te bepalen of en zo ja, hoe hij bij de voorbereiding van de aanvraag een vorm van participatie organiseert. Dit moet hij bij de aanvraag melden. Indien participatie heeft plaatsgevonden, dan moet de aanvrager bij de aanvraag tevens vermelden wat de resultaten van het participatieproces zijn (artikel 16.55 lid 6 Ow jo. artikel 7.4 Omgevingsregeling, Or). Artikel 16.55 lid 7 Ow verleent de gemeenteraad de bevoegdheid om participatie in de voorbereiding van een aanvraag om een buitenplanse omgevingsplanactiviteit te verplichten.

Vroegtijdige participatie is het meest uitgewerkt in de projectbesluitprocedure, die vergelijkbaar is met de huidige tracébesluitprocedure. Het projectbesluit is bedoeld voor complexe projecten van publiek belang en kan alle toestemmingen bevatten die nodig zijn voor een dergelijk project. Deze procedure is geregeld in afdeling 5,2 Ow en hoofdstuk 5 Ob.<sup>56</sup> Het bevoegd gezag moet het vroegtijdige participatieproces uitwerken in zijn kennisgeving van het voornemen om een

51 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 46, 217; Stb. 2018, 290, p. 132 en de memorie van toelichting bij het in paragraaf 3.2 besproken conceptwetsvoorstel, p.16. Een en ander komt ook mooi tot uitdrukking in de 'Denkwijze(r) voor goede participatie' die door het Informatiepunt Leefomgeving is gepubliceerd op [www.iplo.nl/participatieomgevingswet/denkwijze-goede-participatie](http://www.iplo.nl/participatieomgevingswet/denkwijze-goede-participatie). De Denkwijzer is gebaseerd op onderzoek van de Erasmus Universiteit Rotterdam, Visser, Van Popering-Verkerk & Van Buuren 2019.

52 Enigszins afwijkend is de hierna behandelde projectbesluitprocedure, die uitgebreidere wettelijke randvoorwaarden voor inspraak kent.

53 Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 113.

54 Stb. 2020, 400, p. 1756-1757.

55 Zie respectievelijk artikelen 10.7, 10.3a en 10.3b Ob.

56 Zie Stb. 2018, 290, par. 4.4.4. Zie Tolsma & De Graaf, M en R 2021/119, par. 4 voor een overzicht van de participatie-eisen in de projectbesluitprocedure.

verkenning uit te voeren naar een mogelijk bestaande of toekomstige opgave in de fysieke leefomgeving. Dat blijkt uit artikel 5.3 lid 1 Ob. Eenieder heeft in ieder geval de mogelijkheid om een oplossing voor deze opgave aan te dragen en kan bovendien het bevoegd gezag verzoeken om daarover advies in te winnen, zo blijkt uit artikel 5.47 lid 3 Ow jo. artikel 5.48 lid 2 Ow. Artikel 5.48 lid 3 Ow laat het vervolgens aan het bevoegd gezag om te bepalen of een aangedragen mogelijke oplossing 'redelijkerwijs in beschouwing moet worden genomen'. Na deze vroegtijdige participatie in de verkenningsfase wordt in principe de uov gevolgd en wordt het projectbesluit genomen overeenkomstig artikel 16.71 lid 1 Ow. Indien het bevoegd gezag na de verkenning eerst een voorkeursbeslissing neemt, wordt de uov echter tweemaal gevolgd: in de voorbereiding van de, overigens niet voor beroep vatbare, voorkeursbeslissing en vervolgens in de voorbereiding van het projectbesluit. De hiervoor genoemde motiveringsplicht vroegtijdige participatie is tot slot ook van toepassing op de projectbesluitprocedure, met als extra explicitering dat het bevoegd gezag in ieder geval moet ingaan op de aangedragen mogelijke oplossingen en de eventueel daarover uitgebrachte deskundigenadviezen. Dit blijkt uit artikel 5.51 Ow.

# 3 Varkens en het Nederlandse bestuursrecht in Nood

## 3.1 Varkens in Nood-arrest en opvolgende Afdelingsjurisprudentie

Tot begin 2021 was de lijn in de Afdelingsjurisprudentie dat het Nederlandse bestuurs(proces)recht voldeed aan de inspraak- en rechtsbeschermingseisen van het Verdrag.<sup>57</sup> De rechtbank Limburg twijfelde daaraan en stelde prejudiciële vragen aan het Hof.<sup>58</sup> Op 14 januari 2021 kwam het antwoord uit Luxemburg met het *Varkens in Nood*-arrest.<sup>59</sup> Hoewel het arrest verre van onopgemerkt is gebleven,<sup>60</sup> ontkomen we er niet aan om ook in dit preadvies kort stil te staan bij de overwegingen van het Hof en de daaropvolgende jurisprudentie van de Afdeling.

Het Hof oordeelt in *Varkens in Nood* in de eerste plaats dat artikel 6 Verdrag enkel inspraakrechten biedt aan leden van het ‘betrokken publiek’.<sup>61</sup> Als het nationale milieurecht echter ook inspraakrechten biedt aan het ‘publiek’, dan vereist artikel 9 lid 3 Verdrag dat deze personen toegang tot de rechter moeten kunnen hebben om ‘zich te beroepen op ruimere rechten op inspraak in het besluitvormingsproces’.<sup>62</sup> In de tweede plaats oordeelt het Hof dat artikel 9 lid 2 Verdrag vereist dat NGO’s die behoren tot het ‘betrokken publiek’ direct toegang moeten hebben tot de rechter zonder dat hen verplicht wordt in te spreken in de voorbereiding van het bestreden besluit.<sup>63</sup> Deze eis kan wel worden gesteld voor personen die enkel op grond van artikel 9 lid 3 Verdrag toegang tot de rechter moeten kunnen hebben.

57 Bijvoorbeeld ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3703 (artikel 6:13 Awb); ABRvS 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025 (burgerlijke restrechtsgang); ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (inspraak op grond van de uov).

58 Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:12159.

59 HvJEU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7.

60 Zie annotaties van Nijmeijer en Tolsma (AB 2021/200), Schlössels en De Waele (JB 2021/28), Douma (JM 2021/33), Van ‘t Lam en Ravelli (M en R 2021/40) en Ypinga en Tinggen (BR 2021/56). Ook bij onze zuiderburen is het arrest niet onopgemerkt gebleven: Meulebrouck, *Tijdschrift voor Milieurecht* 2021/6.

61 Of dat ook betekent dat inspraak daarom alleen open hoeft te staan voor belanghebbenden is een andere vraag, zie daarover paragraaf 5.3.1.

62 HvJEU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7, ro. 52.

63 Artikel 9 lid 2 Verdrag regelt, kort gezegd, dat leden van het betrokken publiek die een voldoende belang hebben toegang hebben tot een rechterlijke herzieningsprocedure om de volledige rechtmatigheid van een artikel 6-besluit te bestrijden. Milieu-NGO’s worden geacht een voldoende belang te hebben. Artikel 9 lid 2 Verdrag sluit niet de mogelijkheid uit van een voorafgaande bestuursrechtelijke beroepsgang, wanneer nationaal recht dat vereist.

De Afdeling zette in twee uitspraken uiteen op welke manier *Varkens in Nood* (voorlopig) zou doorwerken in het Nederlandse bestuursprocesrecht. In de eerste uitspraak, van 14 april 2021, verduidelijkt de Afdeling dat alle belanghebbenden (dus niet alleen NGO's), ongeacht hun deelname aan de uov, beroep moeten kunnen instellen tegen een Aarhus-besluit.<sup>64</sup> Artikel 6:13 Awb, dat vereist dat belanghebbenden in principe moeten deelnemen aan de uov om hun toegang tot de bestuursrechter te waarborgen, wordt dus niet meer tegengeworpen aan belanghebbenden in Aarhus-zaken. Uit praktische overwegingen en in afwachting van actie van de wetgever, beschouwt de Afdeling vervolgens besluiten die met toepassing van de uov zijn voorbereid en zijn gebaseerd op een in de uitspraak genoemde omgevingsrechtelijke wet als besluiten in de zin van artikel 6 Verdrag.<sup>65</sup>

Deze uitspraak vergemakkelijkt de taak van de bestuursrechter, nu hij niet telkens hoeft te beoordelen of een besluit onder de reikwijdte van artikel 6 Verdrag valt. Dit betekent niet dat dit in het geheel niet meer voorkomt. In één zaak meende de rechtbank te moeten oordelen of een besluit aanzienlijke milieueffecten had, terwijl dit niet met de uov was voorbereid.<sup>66</sup> Een ander voorbeeld is een zaak waarin een besluit wél met de uov is voorbereid, maar niet is gebaseerd op een wet die in de Afdelingsuitspraak is opgesomd.<sup>67</sup>

In de tweede uitspraak naar aanleiding van *Varkens in Nood*, van 4 mei 2021, bepaalt de Afdeling kort gezegd dat niet-belanghebbenden die hebben deelgenomen aan de uov bij de voorbereiding van Aarhus-besluiten, bij de bestuursrechter terecht kunnen om het betreffende besluit in volle omvang aan te vechten.<sup>68</sup> Artikel 6:13 Awb blijft echter wel van toepassing op deze gevallen: een niet-belanghebbende moet dus in principe deelnemen aan de uov om bij de bestuursrechter terecht te kunnen.<sup>69</sup> De Afdeling voegt daar 'ter voorlichting van de rechtspraak' wel aan toe dat de beroepsgronden van niet-belanghebbenden vaak zullen sneuvelen vanwege het relativiteitsvereiste. In de praktijk blijkt dat inderdaad doorgaans het geval te zijn.<sup>70</sup>

64 ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786. Het kan daarbij tevens gaan om belanghebbende bestuursorganen, zo oordeelde de Afdeling in ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2390, ro. 6.3.

65 Het gaat om besluiten op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, Wet milieubeheer, Wet ruimtelijke ordening, Tracéwet, Wet geluidhinder, Wet natuurbescherming, Ontgrondingenwet, Waterwet, Wet bodembescherming, Wet luchtvaart, Mijnbouwwet, Kernenergiewet, Wet inzake de luchtverontreiniging, Wet bescherming Antarctica en andere wetten en regelingen op het gebied van het milieu en de ruimtelijke ordening.

66 Zie Rb. Overijssel 21 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4794, ro. 12 e.v.. In dit geval oordeelde de rechtbank op basis van een AERIUS-berekening en natuurrapporten dat een omgevingsvergunning voor het realiseren van een droogzetvoorziening geen aanzienlijke milieueffecten heeft en dus geen Aarhus-besluit is. Dat er vraagtekens kunnen worden gezet bij deze invulling van artikel 6 lid 1 onder b Verdrag bespreken wij in paragraaf 5.3.1.

67 Zoals de Wegenwet, zie ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1981, ro. 6.2.

68 ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953.

69 Bijvoorbeeld ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2141.

70 Van der Veen constateert in zijn redactioneel in Gst. 2022/51 dat beroepsgronden van alleen niet-belanghebbenden in de periode tot en met 1 juni 2022 'buitengewoon zeldzaam bleken'. Ons daarop voortbordurende onderzoek van de jurisprudentie na 1 juni 2022 bevestigt dat beeld: er zijn in die periode geen uitspraken meer gedaan waar beroepsgronden van alleen een niet-belanghebbende inhoudelijk gegrond zijn verklaard.

In de twee uitspraken maakt de Afdeling duidelijk dat het aan de wetgever is om uiteindelijk met een definitieve oplossing te komen voor de gaten die Varkens in Nood in het bestuursprocesrecht heeft geslagen.

### 3.2 Het conceptwetsvoorstel wijziging Awb naar aanleiding van het Varkens in Nood-arrest

Van 2 april 2022 tot en met 15 mei 2022 was het concept-‘Wetsvoorstel wijziging Awb n.a.v. HvJEU Varkens in Nood’ (conceptwetsvoorstel) voor internetconsultatie opengesteld. In het conceptwetsvoorstel volgt de wetgever grotendeels de oplossingen die de Afdeling in de hiervoor genoemde jurisprudentie heeft aangedragen. De wetgever wijkt echter af van die jurisprudentie op het punt van de kwalificatie van Aarhus-besluiten. Deze besluiten wenst de wetgever ‘*ter bevordering van een voortvarende en efficiënte besluitvorming in de bestuurlijke en rechterlijke fase*’ zo nauw mogelijk aan te laten sluiten bij de reikwijdte artikel 6 Verdrag.<sup>71</sup> Voor het overige kiest de wetgever voor een codificatie van de Afdelingsjurisprudentie.

Een aanvulling op artikel 8:1 Awb, dat momenteel het beroepsrecht beperkt tot belanghebbenden, breidt het beroepsrecht bij de bestuursrechter uit met niet-belanghebbenden die hebben deelgenomen aan de uov in de voorbereiding van Aarhus-besluiten. Artikel 6:13 Awb blijft wel van toepassing op deze gevallen. Een nieuw tweede lid van artikel 6:13 Awb regelt dat belanghebbenden niet meer verplicht zijn om deel te nemen aan de uov om hun beroepsrecht bij de bestuursrechter te effectueren. De wetgever gaat in het conceptwetsvoorstel uit van het ‘*vertrekpunt*’ dat de uov voldoet aan de eisen uit artikel 6 Verdrag.<sup>72</sup> De Afdeling onderschrijft die opvatting in een continuering van de pre-Varkens in Nood-jurisprudentie over de verenigbaarheid van de uov met artikel 6 Verdrag.<sup>73</sup> Desalniettemin kondigt de wetgever wel onderzoek aan naar de vraag of ‘*nadere (systeem) verbeteringen nodig zijn voor een juiste implementatie van het verdrag*’.<sup>74</sup>

De Afdeling bekritiseert in een reactie de voorgestelde oplossingen uit het conceptwetsvoorstel. Deze reactie komt nader aan bod in paragraaf 5.3.1.

<sup>71</sup> Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 17.

<sup>72</sup> Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 2-3.

<sup>73</sup> Van voor Varkens in Nood dateert ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616. De Afdeling bevestigt deze jurisprudentie in ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1907.

<sup>74</sup> Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 16.





## 4 Is het systeem voor inspraak in het omgevingsrecht in lijn met het Verdrag?

Hierna toetsen wij de uov aan het Verdrag. Onze bevindingen gelden ook voor het toekomstige systeem van de Omgevingswet, voor zover in die wet ook wordt verwezen naar afdeling 3.4 Awb. We bezien eerst in hoeverre de uov en de bezwaarprocedure daadwerkelijk van elkaar verschillen en in hoeverre het Verdrag een onderscheid tussen beide procedures veronderstelt, dan wel vereist (paragraaf 4.1). Vervolgens analyseren wij de houdbaarheid van de uov in het licht van artikel 6 Verdrag (paragraaf 4.2). Meer in het bijzonder kijken wij naar de vroegtijdigheid van inspraak in het kader van de uov (paragraaf 4.2.1) en de redelijkheid van de inspraaktermijn van de uov (paragraaf 4.2.2). We sluiten af met een tussensconclusie (paragraaf 4.3).

### 4.1 De uov versus reguliere voorbereidingsprocedure

Het organiseren van vroegtijdige inspraak zoals wordt voorgeschreven in artikel 6 tot en met 8 Verdrag speelt een belangrijke rol bij milieuaangelegenheden (zie daarover uitgebreider paragraaf 4.2.1). Inspraak onderscheidt zich volgens het Hof *‘van het beroep in rechte en heeft (...) een ander doel, aangezien laatstgenoemd beroep in voorkomend geval kan worden ingesteld tegen de beslissing die na afloop van die procedure is genomen.*<sup>75</sup> Inspraak onderscheidt zich volgens deze redenering ook van de Nederlandse bezwaarprocedure. In bezwaar is het immers zo dat het bestuursorgaan reeds een primair besluit heeft genomen en dat belanghebbenden daartegen bezwaren kunnen indienen.<sup>76</sup> Het Verdrag erkent het onderscheid tussen inspraak en bezwaar ook nog op een andere manier. Het Hof oordeelde in *Varkens in Nood* onder meer dat artikel 9 lid 2 Verdrag toestaat dat deelname aan een bestuurlijke herzieningsprocedure als voorwaarde voor de toegang tot de rechter mag worden gesteld, terwijl dat voor verplichte deelname aan een inspraakprocedure niet geldt voor belanghebbenden.<sup>77</sup>

75 HvJEU 15 oktober 2009, C-263/08, ECLI:EU:C:2009:631.

76 Zie de definitie van het maken van bezwaar in artikel 1:5 lid 1 Awb: *‘het gebruik maken van de ingevolge een wettelijk voorschrift bestaande bevoegdheid, voorziening tegen een besluit te vragen bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.’*

77 HvJEU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7, ro. 69.

Vanwege het wezenlijke onderscheid tussen inspraak en de (bestuurlijke) herzieningsprocedure in het Verdrag is het relevant om te onderzoeken of de uov ook wezenlijk verschilt van de bezwaarprocedure. Als dat niet het geval is omdat de uov vooral kenmerken heeft van een bestuurlijke herzieningsprocedure, dan is dat volgens ons een aanwijzing dat de uov ongeschikt is als de Nederlandse implementatie van de inspraak die het Verdrag vereist.

Dat er formele verschillen tussen de uov en bezwaarfase bestaan, staat buiten kijf. Artikel 7:1 lid 1, aanhef en onder d Awb sluit bijvoorbeeld uit dat de bezwaarprocedure moet worden gevolgd als de uov van toepassing is. Verder verschillen de termijnen en de manier van het naar voren brengen van een zienswijze dan wel bezwaarschrift. Waar deze paragraaf zich dan ook met name op richt, is of er materiële verschillen bestaan tussen de bezwaarprocedure en de uov. De focus ligt daarbij op het karakter en de functies van de uov zoals die door verschillende actoren in het omgevingsrecht worden ervaren: de rechtswetenschap, de wetgever, de rechtspraak en de inspreker zelf.

#### **4.1.1 De verschillende functies van bezwaar en de uov**

In de bestuursrechtelijke literatuur<sup>78</sup> ontwaren wij de volgende (hoofd)functies van de bezwaarprocedure:

- i) Rechtbescherming;
- ii) Verlengde en verbeterde besluitvorming;
- iii) Ontlasting van de bestuursrechter (zoeffunctie);
- iv) Afbakening van het geschil;

Koenraad kent vier functies toe aan de uov:

- i) Bevordering en waarborging van een zorgvuldige besluitvorming;
- ii) Coördinatie met het beleid van andere overheden;
- iii) Rechts- en belangenbescherming van de burger;
- iv) Legitimering van de uitkomst.<sup>79</sup>

Van Buuren, Nijmeijer en Robbe schrijven aan specifiek de bestemmingsplanprocedure de volgende functies toe: i) legitimatie, ii) democratie, iii) coördinatie met het beleid van andere overheden, iv) rechts- en belangenbescherming van de burger en v) zorgvuldige besluitvorming.<sup>80</sup>

De functies van de uov zijn volgens Koenraad ‘in ieder geval gedeeltelijk identiek althans vergelijkbaar met die van de bezwaarschriftenprocedure.’<sup>81</sup> Ook Robbe meent dat de functies van de bezwaarschriftenprocedure kunnen worden vervuld door de zienswijzeprocedure, maar verwacht dat de uov die functies slechts in beperkte mate zal

<sup>78</sup> Wij wijzen op Koeman, NTB 2007/55; Schreuder-Vlasblom 2017, p. 493; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 229-230; Marseille e.a. 2022, p. 156; Barkhuysen e.a. 2022, p. 246-248.

<sup>79</sup> Koenraad 2016, p. 6-7.

<sup>80</sup> Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, p. 73-74.

<sup>81</sup> Koenraad 2016, p. 7.

vervullen.<sup>82</sup> In het kader van de functie van de bestemmingsplanprocedure als rechts- en belangenbescherming van de burger merken Van Buuren, Nijmeijer en Robbe op dat het bij die procedure materieel gaat om een soort bezwarenprocedure.<sup>83</sup> De tendens in de literatuur is dus dat de bezwaarprocedure niet wezenlijk verschilt van de uov.

Desalniettemin zijn er schrijvers die wel degelijk een materieel verschil zien tussen de bezwaarfase en de uov. Bitter en Besselink menen dat de zienswijzefase veel minder het karakter heeft van een procedure op tegenspraak dan de bezwaarfase.<sup>84</sup> Daar voegen zij aan toe dat het terugkomen van een definitief oordeel bestuursorganen minder gemakkelijk afgaat dan het aanpassen van een ontwerpbesluit.

#### 4.1.2 Wat vindt de wetgever?

De wetgever merkte in de memorie van toelichting bij de invoering van de uov op dat er 'niet onbelangrijke verschillen bestaan' tussen beide procedures, namelijk dat bij de uov het accent minder op rechtsbescherming ligt en meer op inspraak.<sup>85</sup> Desalniettemin erkent de wetgever in diezelfde passage dat de reguliere en uniforme openbare voorbereidingsprocedure gemeen hebben dat zij gelegenheid bieden tot een bestuurlijke en juridische heroverweging van een te nemen of genomen besluit, waarbij kleine fouten relatief makkelijk kunnen worden hersteld. Beide procedures zorgen er volgens de wetgever tevens voor dat indien het toch tot een beroepsprocedure komt, het geschil duidelijker omlijnd aan de rechter wordt voorgelegd. Dit laatste gaat ten aanzien van de zienswijzefase sinds *Varkens in Nood* natuurlijk niet meer op, nu het voor belanghebbenden niet langer is vereist eerst een zienswijze in te dienen alvorens beroep in te stellen.

#### 4.1.3 Wat vindt de bestuursrechter?

Anders dan de wetgever en auteurs in de literatuur, laat de bestuursrechter zich alleen indirect uit over de rol en het karakter van de uov. Dat is bijvoorbeeld het geval in de al genoemde jurisprudentie waarin de Afdeling oordeelt dat de uov verenigbaar is met artikel 6 Verdrag. In deze jurisprudentie benoemt de Afdeling dat de uov is bedoeld om 'te wijzen op essentiële gebreken in ontwerpbesluiten'<sup>86</sup> en om een 'visie op en eventuele bezwaren' over het ontwerpbesluit te geven.<sup>87</sup> De Afdeling lijkt hiermee de uov te zien als een middel voor het bestuursorgaan om evident onrecht of ondoelmatige besluitvorming te voorkomen. Dat is een functie die ook door de bezwaarprocedure wordt vervuld.

82 Robbe, NTB 2006/25.

83 Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017, p. 74.

84 Bitter & Besselink 2019, p. 55.

85 Kamerstukken II 2003/04, 29421, nr. 3, p. 6.

86 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, ro. 29.2.

87 ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1907.

De jurisprudentie over artikel 6:22 Awb biedt eveneens een interessant inkijkje in de manier waarop rechters naar het verschil tussen de bezwaar- en zienswijze-procedure kijken. Artikel 6:22 Awb bepaalt dat een besluit waartegen bezwaar of beroep is ingesteld, ondanks een schending van een geschreven of ongeschreven regel, in stand kan worden gelaten als aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.<sup>88</sup> Indien ten onrechte de reguliere voorbereidingsprocedure is gevolgd, terwijl de uov had moeten worden gevolgd, is sprake van een schending van een geschreven rechtsregel. Veelal wordt geoordeeld dat het ten onrechte volgen van de reguliere voorbereidingsprocedure geen gebrek is dat kan worden gepasseerd met artikel 6:22. Zo overwoog de Afdeling in een uitspraak van 4 september 2019 dat het ten onrechte niet volgen van de uov niet met 6:22 Awb kon worden gepasseerd, omdat niet kon worden uitgesloten dat derden een zienswijze zouden hebben ingediend indien de uov wel was gevolgd.<sup>89</sup> Ook in andere uitspraken van de Afdeling en van rechtbanken wordt die lijn veelal gevolgd.<sup>90</sup> Op basis hiervan zou – voorzichtig – de conclusie kunnen worden getrokken dat de bestuursrechter doorgaans van oordeel is dat met bezwaar andere belangen worden gediend dan met de uov. Indien met bezwaar immers dezelfde belangen worden gediend als met de uov, dan worden belanghebbenden niet in hun belangen geschaad indien ten onrechte de verkeerde voorbereidingsprocedure is gevolgd.

In sommige gevallen oordeelt de bestuursrechter echter wel dat belanghebbenden niet in hun belangen worden geschaad wanneer ten onrechte de reguliere procedure is gevolgd in plaats van de uov. Het meest recente – en onzes inziens meest opvallende – voorbeeld hiervan is een uitspraak van de rechtbank Limburg van 25 februari 2022.<sup>91</sup> De voorzieningenrechter oordeelde – tevens beslissend in de bodemzaak – als volgt:

‘De voorzieningenrechter is van oordeel dat eisers niet zijn benadeeld door het feit dat verweerder de verkeerde voorbereidingsprocedure heeft gevolgd en ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan afdeling 3.4 van de Awb (de uitgebreide voorbereidingsprocedure). Verweerder heeft in de onderhavige procedure weliswaar geen ontwerpbesluit genomen, waartegen eisers een zienswijze hadden kunnen indienen, maar eisers hebben in plaats hiervan wel door middel van de bezwaarprocedure de gelegenheid gekregen hun belangen kenbaar te maken. Zij hebben dat ook daadwerkelijk gedaan, door bezwaar te maken tegen het primaire besluit. Er bestaat ook geen aanleiding voor het oordeel dat andere potentieel belanghebbenden door het achterwege laten van toepassing van afdeling 3.4 zijn benadeeld. Van de aanvraag is conform artikel 3.8 van de Wabo kennis gegeven en van de verlening van de omgevingsvergunning is conform artikel 3.9, eerste lid, van de Wabo kennis gegeven. Potentieel belanghebbenden

88 De per 1 januari 2013 ingevoerde Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Stb. 2012, 684), heeft het toepassingsbereik van de bepaling uitgebreid tot elke schending van het recht. Voorheen golden als voorwaarden dat slechts het schenden van vormvoorschriften kon worden gepasseerd en als bleek dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

89 ABRvS 4 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3055, ro. 3.3.

90 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5847, ro. 4.5; ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3723, ro. 4.5; Rb Midden-Nederland 17 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4205, ro. 4-6.

91 Rb. Limburg 25 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1481.

hebben daardoor op dezelfde wijze kennis van dat besluit kunnen nemen als zij hadden kunnen kennisnemen van een ontwerp van een besluit wanneer afdeling 3.4 van de Awb zou zijn gevolgd. Ook zij hadden door het maken van bezwaar hun belangen bij het college kenbaar kunnen maken. Het vormverzuim door het ten onrechte niet toepassen van de uitgebreide voorbereidingsprocedure kan dan ook met toepassing van artikel 6:22 van de Awb worden gepasseerd.’

De rechtbank overweegt hier dus dat de uov materieel gelijk is aan de bezwaarprocedure, waardoor de eisers in dit geval niet in hun belangen worden geschaad. Belangrijk om te vermelden is dat dit gebrek wordt gepasseerd en het beroep van eisers vervolgens ongegrond wordt verklaard. Ook de Afdeling heeft het niet volgen van de uitgebreide voorbereidingsprocedure weleens gepasseerd. Een uitspraak waarnaar ook in meerdere rechtbankuitspraken wordt verwezen, is een uitspraak van de Afdeling van 16 januari 2013.<sup>92</sup> In die uitspraak passerde de Afdeling dat de verkeerde voorbereidingsprocedure was gevolgd. Het ging daar weliswaar om een weigering van een sloopvergunning, waarbij derden zoals de Afdeling overweegt in beginsel geen rechtens te beschermen belang hebben, maar toch acht de Afdeling de zienswijzeprocedure dus materieel hetzelfde als de bezwaarprocedure. Dit bevestigt de Afdeling nogmaals in een uitspraak van 30 maart 2022.<sup>93</sup> Hoewel in die uitspraak uiteindelijk toch de reguliere procedure van toepassing bleek te zijn, overwoog de Afdeling dat belanghebbenden door het niet toepassen van de uov niet waren benadeeld. De Afdeling oordeelde namelijk dat belanghebbenden door middel van de bezwaarprocedure de gelegenheid hadden gekregen om hun belangen kenbaar te maken. Ook hieruit kan dus worden afgeleid dat de Afdeling de uov materieel gelijk acht aan de bezwaarprocedure.

Uit het voorgaande blijkt onzes inziens dat de bestuursrechter in sommige uitspraken de uov en de bezwaarprocedure niet wezenlijk van elkaar vindt verschillen op het punt van de inbreng die een inspreker dan wel bezwaarmaker levert. Of die inbreng nu in een bezwaarschrift of een zienswijze wordt geleverd is om het even, zolang diegene maar de mogelijkheid heeft gehad zijn ‘belangen kenbaar te maken’.<sup>94</sup>

#### 4.1.4 Tussenconclusie

Het voorgaande laat zien dat waar het Verdrag een duidelijk onderscheid maakt tussen inspraak en een bestuurlijke herzieningsprocedure, dit in het Nederlandse omgevingsrecht veel minder het geval is. Althans, de uov en de bezwaarprocedure vervullen volgens de literatuur met elkaar overlappende functies en worden in de praktijk als min of meer vergelijkbare procedures beschouwd waarin de nadruk ligt op het reageren op (of: toetsen van) een (ontwerp)besluit. Dat is opvallend en vanuit het Verdrag bezien onwenselijk.

<sup>92</sup> ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8568.

<sup>93</sup> ABRvS 30 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:967, ro. 7.2.

<sup>94</sup> Idem.

## 4.2 De uov en artikel 6 Verdrag; gaat u maar rustig slapen?

Hiervoor kwamen wij op basis van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie tot de conclusie dat de uov en de bezwaarprocedure effectief niet veel van elkaar verschillen. De vervolgvraag is in hoeverre de uov voldoet aan artikel 6 Verdrag.

Op 6 juli 2022 deed de Afdeling een uitspraak over een zaak waarin appellanten verzochten om prejudiciële vragen te stellen over de verenigbaarheid van de uov met artikel 6 Verdrag.<sup>95</sup> De Afdeling willigt dat verzoek niet in en oordeelt dat de uov, conform de jurisprudentie pre-Varkens in Nood, in lijn is met artikel 6 Verdrag. De Afdeling meent dat *‘redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het antwoord op de opgeworpen vraag over het voldoen van de inspraakverplichting van afdeling 3.4 van de Awb aan de eisen die voortvloeien uit het Verdrag van Aarhus.’*<sup>96</sup> Volgens de Afdeling bestaat daarom geen noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen. Hierna beantwoorden wij de vraag of dit terecht is. Daarbij beperken wij ons tot twee onderwerpen. Ten eerste bespreken wij of de uov wel inspraak op een voldoende vroegtijdig moment biedt en dus in lijn is met artikel 6 lid 4 Verdrag. Het antwoord op die vraag is belangrijk voor de analyse die wij in de tweede plaats maken, te weten of de zienswijzentermijn in de uov wel voldoende redelijk is in het licht van artikel 6 lid 3 Verdrag.

### 4.2.1 Inspraak volgens de uov: voldoende vroegtijdig?

In de eerste plaats regelt artikel 6 lid 4 Verdrag dat elke Partij *‘voorziet in vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden.’* Uit de jurisprudentie van het Hof, van de Afdeling en de besluitpraktijk van de ACCC destilleren wij twee componenten uit artikel 6 lid 4 Verdrag: i) een besluitspecifieke component en ii) een besluitoverstijgende component. De besluitspecifieke component ziet op de vroegtijdigheid van inspraak binnen de voorbereidingsprocedure van één besluit. Dit houdt direct verband met de uov. De besluitoverstijgende component ziet op het/de moment(en) van inspraak bij gefaseerde of opvolgende besluitvorming. In dat geval is sprake van meerdere besluiten die uiteindelijk mogelijk maken dat een Aarhus-activiteit daadwerkelijk kan worden uitgevoerd. Deze component houdt om die reden geen direct verband met de uov nu er meerdere voorbereidingsprocedures moeten worden gevolgd als sprake is van meerdere besluiten.<sup>97</sup> Bij de besluitoverstijgende component toetst de bestuursrechter de volledige procedure, waardoor in de rechtspraak daarover minder sluitende antwoorden kunnen worden gevonden over de houdbaarheid van de uov. Dat zetten wij hierna nader uiteen.

<sup>95</sup> ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1907.

<sup>96</sup> Idem, ro. 7.4.

<sup>97</sup> Dit is alleen anders als verschillende besluiten gecoördineerd worden voorbereid op grond van afdeling 3.5 Awb.

(A) *Besluitspecifiek*

De uitleg van de besluitspecifieke component van het vroegtijdigheidsvereiste vertelt ons dus iets over de houdbaarheid van de uov in het licht van artikel 6 lid 4 en, zoals we later toelichten, ook lid 3 Verdrag. Het Hof heeft zich echter nog niet in ondubbelzinnige bewoordingen uitgelaten over hoe dit vereiste nu precies moet worden geïnterpreteerd. De jurisprudentie ziet vooral op de besluitoverstijgende component van artikel 6 lid 4 Verdrag. De weinige overwegingen die het Hof wijdt aan de besluitspecifieke component zeggen volgens ons echter wel iets. In het *Križan*-arrest oordeelt het Hof dat alle opties open zijn als het betrokken publiek nog daadwerkelijk invloed kan uitoefenen op de uitkomst van het besluitvormingsproces.<sup>98</sup> In het arrest *Namur Est-Environnement* oordeelt het Hof verder dat het moment van inspraak dusdanig vroegtijdig moet zijn dat het bevoegd gezag ‘ten volle rekening kan houden met die inspraak’.<sup>99</sup> Deze overwegingen lijken volgens ons te impliceren dat inspraak moet plaatsvinden op een moment dat beïnvloeding van het besluitvormingsproces zowel formeel als feitelijk nog mogelijk is. Beide zijn immers noodzakelijk om nog *daadwerkelijk* invloed uit te kunnen oefenen.

In de besluitpraktijk van de ACCC komt deze uitleg expliciet terug. Volgens de ACCC moet inspraak plaatsvinden wanneer het bevoegd gezag zowel formeel als informeel nog niet gebonden is aan een bepaalde uitkomst: feitelijk moeten dus nog alle opties openstaan.<sup>100</sup> Privaatrechtelijke overeenkomsten kunnen bijvoorbeeld volgens de ACCC mogelijk de feitelijke opties beperken en dus in strijd zijn met artikel 6 lid 4 Verdrag.<sup>101</sup> Dit criterium verbiedt het bevoegd gezag volgens de ACCC overigens niet om een optie als favoriet aan te merken en te promoten, zolang feitelijk maar alternatieven kunnen worden aangedragen en serieus worden overwogen.<sup>102</sup>

Hoe verhoudt het voorgaande zich tot het Nederlandse kader? Het antwoord daarop is kort: niet al te best. Artikel 3:15 Awb regelt dat inspraak in de uov plaatsvindt door het indienen van een zienswijze over een ontwerpbesluit. Volgens de standaardlijn van de Afdeling is daardoor sprake van inspraak op een voldoende vroegtijdig moment omdat het bestuursorgaan op dat moment nog ‘*geen beslissing*’ over het ontwerpbesluit heeft genomen en dus nog alle opties openstaan en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden.<sup>103</sup> Hoewel dit formeel klopt, betwijfelen wij of ten tijde van het nemen van het ontwerpbesluit ook *feitelijk* alle opties nog openstaan en nog doeltreffende inspraak kan worden geleverd. Wij wijzen bijvoorbeeld op de praktijk van het sluiten van anterieure overeenkomsten, waarin al voorafgaand aan een Aarhus-project (zoals de plaatsing van een grote varkensstal) privaatrechtelijke afspraken worden gemaakt tussen de overheid en de initiatiefnemer van het project. Weliswaar bindt een privaatrechtelijke overeenkomst een bestuursorgaan formeel niet bij de uitoefening van zijn publiekrechtelijke

98 HvJEU 15 januari 2013, C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8.

99 HvJEU 24 februari 2022, C-463/20, ECLI:EU:C:2022:121.

100 ACCC/C/2007/22 (Frankrijk).

101 ACCC/C/2008/24 (Spanje).

102 ACCC/C/2014/100 (Groot-Brittannië).

103 HvJEU 15 januari 2013, C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, ro. 89.

bevoegdheden, maar het bestuursorgaan zal de inhoud van een dergelijke overeenkomst wel moeten meenemen in zijn belangenafweging.<sup>104</sup> Schueler noemt verder dat een initiatiefnemer en het bestuursorgaan doorgaans al voor de indiening van een aanvraag (uitgebreid) vooroverleg hebben, zeker bij grotere projecten waarbij ook de overheid een (groot) belang heeft.<sup>105</sup> Ook dit kan doeltreffende inspraak op het moment van een ontwerpbesluit verhinderen.

Daarnaast herhalen wij de opvatting van de Afdeling en de wetgever over de rol van inspraak onder de uov. Zoals hiervoor in paragraaf 4.1.3 aan de orde kwam is die rol volgens de Afdeling immers vooral om een ontwerpbesluit te laten toetsen om zo 'essentiële gebreken' aan het licht te brengen.<sup>106</sup> Volgens de regering gaat het in de fase van de uov 'niet meer zozeer over het meedenken over bijvoorbeeld alternatieven of de inhoud van een mogelijk besluit, maar om de inhoudelijke toetsing van een geformuleerd ontwerpbesluit.'<sup>107</sup> Het karakter van inspraak op grond van de uov is dus inspraak aan de achterkant en toont gelijkenissen met de bezwaarprocedure. Deze overwegingen lijken niet te verenigen met het karakter dat het Hof en de ACCC aan inspraak op grond van artikel 6 toedichten.

De stelling dat de uov en in ieder geval de standaardlijn van de Afdeling op gespannen voet staan met artikel 6 lid 4 Verdrag is niet nieuw<sup>108</sup> of zeldzaam.<sup>109</sup> Alleen Koers en Bröring gaan echter zo ver om expliciet te stellen dat de uov in strijd is met artikel 6 lid 4 Verdrag.<sup>110</sup> Koers is bovendien de initiator van een klacht die de Nederlandse Vereniging van Omwonenden van Windturbines in 2015 bij de ACCC heeft aangebracht vanwege de vermeende schending van onder meer artikel 6 lid 4 Verdrag in de besluitvorming inzake de plaatsing van windparken op land.<sup>111</sup> Deze klacht is op het moment van afronding van dit preadvies nog in behandeling. Hoewel een besluit van de ACCC Nederland niet bindt, kunnen wij ons wel voorstellen dat een mogelijke conclusie van de ACCC dat de besluitvorming in strijd met artikel 6 heeft plaatsgevonden de druk op de Afdeling vergroot om de standaardlijn te heroverwegen of om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen.

In de literatuur is verder weinig echte steun te vinden voor de standaardlijn van de Afdeling. Gelet op de genoemde juridische haken en ogen die daaraan zitten, is dat volgens ons ook niet zo vreemd. Gundelach en Kevelam lijken echter wel enige sympathie te hebben voor de standaardlijn. Zij geven in hun annotatie bij de uitspraak over *Windpark Drentse Monden* aan dat de standaardlijn wel houvast

104 ABRvS 30 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3046.

105 Schueler, M en R 2014/49.

106 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, ro. 29.2.

107 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 23, p. 124.

108 Robbe noemt in 2006 al dat het bestuur met het ontwerpbesluit zijn keuze goeddeels al heeft gemaakt waardoor er geringe bereidheid zal bestaan om nog veranderingen aan te brengen (Robbe, NTB 2006/25).

109 Naast Schueler en Robbe wijzen wij onder meer op Koers & Bröring, TO 2017/4, p. 162; De Haas & Tsheichvili, M en R 2018/109. Boeve & Groothuijse, REW 2019/2, p. 22 e.v.; Wertheim, JBplus 2019/4; Addink, NTB 2020/172.

110 Alleen Koers & Bröring komen naar ons weten expliciet tot die conclusie.

111 ACCC/C/2015/133.



biedt aan de praktijk.<sup>112</sup> Het lijkt hen verder lastig om tot kwalitatieve en objectieve criteria te komen waarmee kan worden vastgesteld wanneer alle opties nog openstaan en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden. Wij zijn het daarmee eens als puur moet worden uitgegaan van een grammaticale uitleg van artikel 6 lid 4 Verdrag. Artikel 6 lid 4 Verdrag is wat ons betreft ongelukkig in zijn stelligheid dat alle opties nog open moeten staan. Wertheim benoemt terecht dat het naïef is om te denken dat inspraak op een dergelijk moment mogelijk is, omdat feitelijk eigendomsposities en investeringsmogelijkheden al beperkende factoren kunnen zijn.<sup>113</sup> Die redenering volgend staan feitelijk dus nooit alle opties meer open op het moment van inspraak. Dat levert een praktisch onwerkbaar situatie op. Wij betwijfelen dan ook of aan artikel 6 lid 4 Verdrag een dergelijke verstrekkende uitleg moet worden gegeven. De vraag is hoe artikel 6 lid 4 Verdrag dan wel moet worden geïnterpreteerd.

De instantie die échte zekerheid kan geven over de uitleg van artikel 6 lid 4 Verdrag is niet de Afdeling, maar het Hof. Volgens ons bestaat dus alle aanleiding voor de Afdeling om prejudiciële vragen te stellen. De genoemde annotatie van het Gundelach en Kevelam verscheen een aantal maanden voordat de rechtbank Limburg de prejudiciële procedure inzake *Varkens in Nood* startte: het was op dat moment dus ook niet aannemelijk dat een lagere rechter de Afdelingslijn zou passeren. Wij achten het nu echter niet meer zo uitgesloten dat een lagere bestuursrechter een vergelijkbare prejudiciële procedure start over de uitleg van artikel 6 lid 4 Verdrag in relatie tot de uov. Wij vragen ons dus af hoe groot de zekerheid voor de praktijk op de lange termijn is als de Afdeling aan de standaardlijn blijft vasthouden.

#### (B) *Besluitoverstijgend*

Het voorgaande geldt volgens ons temeer als we kijken naar de besluitoverstijgende component die ook uit artikel 6 lid 4 Verdrag volgt. Zoals gezegd houdt die component in dat bij de beoordeling van de vroegtijdigheid van inspraak in een voorbereidingsprocedure voor een Aarhus-activiteit ook moet worden gekeken naar eerdere beleids- en besluitvorming waarin mogelijk al vaststaande keuzes over opties zijn gemaakt. Wij wijzen er overigens op dat op grond van artikel 7 Verdrag de eisen uit onder meer artikel 6 lid 4 ook zelfstandig van toepassing zijn op de voorbereiding van plannen, programma's en beleidsstukken die betrekking hebben op het milieu.

In *Križan* oordeelt het Hof dat een inspraakgebrek in een eerdere fase van een complex besluitvormingsproces in een latere fase alleen kan worden hersteld als i) alle opties dan nog openstaan en ii) herstel in dat stadium het betrokken publiek nog in staat stelt daadwerkelijk invloed uit te oefenen op de uitkomst van het besluitvormingsproces. In dit geval ging het om een gebrekkige beschikbaarstelling van informatie in de voorbereiding van een locatiebesluit voor een afvalstortplaats, waarbij de nationale rechter moest beoordelen of herstel nog kon plaatsvinden

<sup>112</sup> ABRvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:766, M en R 2018/74, m.nt. J. Gundelach & J. Kevelam.

<sup>113</sup> Wertheim, JBplus 2019/4.

in de procedure over de milieuvergunning voor deze activiteit.<sup>114</sup> In *Namur-Est Environnement* ging het om de hernieuwde exploitatie van een steengroeve, waarvoor een op artikel 16 Habitatrictlijn gestoeld afwijkingsbesluit en een omgevingsvergunning waren vereist.<sup>115</sup> Het Hof draagt de verwijzende rechter op om te beoordelen of de totstandkoming van deze besluiten kan worden gezien als één vergunningsprocedure voor een project in de zin van de m.e.r.-richtlijn. Dat is volgens het Hof het geval indien het bevoegd gezag in de omgevingsvergunningprocedure niet is gebonden aan het afwijkingsbesluit en een strengere milieueffectbeoordeling kan toepassen. Als dat zo is, dan is inspraak in de voorbereiding van het afwijkingsbesluit niet per se noodzakelijk, omdat het publiek in de voorbereiding van de omgevingsvergunning nog kan inspreken over alle milieueffecten en het bevoegd gezag daar nog ten volle rekening mee kan houden.

Uit deze arresten maken wij op dat de besluitoverstijgende component vereist dat inspraak moet plaatsvinden voorafgaand aan elke keuze voor een optie. Die inspraak moet logischerwijs ook voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de besluitspecifieke component van artikel 6 lid 4 Verdrag. Deze uitleg van de besluitoverstijgende component van artikel 6 lid 4 volgt ook uit de besluitpraktijk van de ACCC:

‘The requirement for ‘early public participation when all options are open’ should be seen first of all within a concept of tiered decision-making, whereby at each stage of decision-making certain options are discussed and selected with the participation of the public and each consecutive stage of decision-making addresses only the issues within the option already selected at the preceding stage. Thus, taking into account the particular needs of a given country and the subject matter of the decision-making, each Party has a certain discretion as to which range of options is to be discussed at each stage of the decision-making. Such stages may involve various consecutive strategic decisions under article 7 of the Convention (policies, plans and programmes) and various individual decisions under article 6 of the Convention authorizing the basic parameters and location of a specific activity, its technical design, and finally its technological details related to specific environmental standards. Within each and every such procedure where public participation is required, it should be provided early in the procedure, when all options are open and effective public participation can take place.’<sup>116</sup>

Wat opvalt is dat de besluitoverstijgende component lijkt te impliceren dat de rechter in sommige gevallen moet oordelen over de rechtmatigheid van een plan of beleidsstuk dat op zichzelf niet appellabel hoeft te zijn.<sup>117</sup>

De standaardlijn van de Afdeling houdt geen rekening met de besluitoverstijgende component van artikel 6 lid 4 Verdrag en is volgens ons alleen daarom al ontoereikend. Ook in het Nederlandse omgevingsrecht kunnen Aarhus-activitei-

114 HvJEU 15 januari 2013, C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8.

115 HvJEU 24 februari 2022, C-463/20, ECLI:EU:C:2022:121.

116 Bijvoorbeeld ACCC/C/2006/16 (Litouwen).

117 Artikel 9 lid 2 Verdrag verwijst enkel naar artikel 6 Verdrag.

ten worden toegestaan na een proces van gefaseerde of opvolgende beleids- en besluitvorming. Opmerkelijk genoeg lijkt de Afdeling dat in een aantal uitspraken wel te onderkennen. Het gaat om uitspraken waarin de door Verbeek gemunte ‘materiële benadering’ wordt gevolgd.<sup>118</sup> In plaats van de standaardlijn toe te passen, gaat de Afdeling in een aantal uitspraken alleen na of feitelijk (of: materieel) inspraak heeft plaatsgevonden in beleids- of besluitvorming daterend van vóór het litigieuze besluit. In Windpark Wieringermeer, waarin een rijksinpassingsplan voorligt, oordeelt de Afdeling bijvoorbeeld dat het ‘Nederlandse energiebeleid uit een samenstel van plannen, convenanten en akkoorden’ bestaat, en vervolgens dat inspraak over de locatiekeuzes van windparken mogelijk is geweest in de voorbereiding van de toepasselijke structuurvisies.<sup>119</sup> Ook de civiele voorzieningenrechter heeft deze benadering toegepast, overigens zonder verwijzing naar Afdelingsjurisprudentie, in een uitspraak over windpark Kop Afsluitdijk.<sup>120</sup> Anders dan de Afdeling concludeert de voorzieningenrechter echter ook dat ‘moeilijk vol te houden [is] dat in alle gevallen de participatierechten van burgers voldoende zijn gewaarborgd door de mogelijkheden die de zienswijzenprocedure biedt.’ Helaas voor eisers mocht dit niet baten. De voorzieningenrechter oordeelt dat ook in de voorbereiding van de eerdere besluitvorming voldoende inspraakmogelijkheden zijn geboden.

Het is ons niet duidelijk waarom de Afdeling in een aantal uitspraken de materiële benadering heeft gevolgd, maar vanaf 2019 beroepen op artikel 6 lid 4 Verdrag weer exclusief afdoet met de standaardlijn. Wellicht dat de materiële benadering een gevolg was van de specifieke (motivering van) naar voren gebrachte beroepsgronden, maar de Afdeling expliceert dat niet. Uit Windpark Battenoord lijkt echter te volgen dat de Afdeling de standaardlijn ook echt als de primaire lijn beschouwt.<sup>121</sup> In deze uitspraak past de Afdeling namelijk de standaardlijn en daarnaast, ten overvloede, de materiële benadering toe.<sup>122</sup> Na deze uitspraak heeft de Afdeling de materiële benadering naar ons weten niet meer gevolgd.

Het volgen van de materiële benadering zorgt ervoor dat de besluitoverstijgende component van artikel 6 lid 4 Verdrag wordt geadresseerd. In dat opzicht is die benadering te prefereren boven de standaardlijn. Daarmee wordt de niet onaanneemelijke strijdigheid inzake de besluitspecifieke component van artikel 6 lid 4 echter niet weggenomen.

#### **4.2.2 Inspraak volgens de uov: is de zienswijzentermijn voldoende redelijk?**

Artikel 6 lid 3 Verdrag schrijft voor dat een inspraakprocedure redelijke termijnen bevat die ‘voldoende tijd laten voor het informeren van het publiek (...) en voor het publiek

<sup>118</sup> Verbeek, SEW 2019/5, p. 210. Verbeek verwijst naar de volgende uitspraken: ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454; ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228; ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:141. Daarnaast wijzen wij op ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064.

<sup>119</sup> ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228, ro. 11.3.

<sup>120</sup> Rb. Noord-Nederland 9 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4278.

<sup>121</sup> ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064.

<sup>122</sup> Zie ro. 22.1 t/m 22.3.

om zich *gedurende de milieubesluitvorming doeltreffend voor te bereiden en deel te nemen.* Het Hof heeft zich tot dusverre nog niet expliciet uitgelaten over de vraag vanaf hoeveel dagen of weken een inspraaktermijn redelijk is. Uit *Namur-Est Environnement* volgt echter wel de eis dat het publiek op *'een nuttige en volledige wijze een standpunt kan innemen over alle milieueffecten.'*<sup>123</sup> Volgens de ACCC is een termijn redelijk als het publiek voldoende tijd heeft om (i) de beschikbare informatie tot zich te kunnen nemen en om (ii) vervolgens opmerkingen over de voorgenomen activiteit te kunnen plaatsen, waarbij rekening moet worden gehouden met onder meer de aard, de complexiteit en de omvang van die activiteit.<sup>124</sup> Een regeling die uitgaat van een algemene maximale periode waarbinnen het betrokken publiek kan inspreken, is volgens de ACCC bovendien naar haar aard al in strijd met artikel 6 lid 3 Verdrag. Een vooraf gemaximeerde inspraaktermijn kan immers in een concreet geval te kort zijn, zo redeneert de ACCC.<sup>125</sup>

De ACCC heeft zich (nog) niet gebogen over de uov, maar gebaseerd op bovenstaande overwegingen is de kans groot dat de ACCC de zienswijzentermijn in de uov in strijd acht met artikel 6 lid 3 Verdrag. De zienswijzentermijn duurt overeenkomstig artikel 3:16 Awb immers zes weken, een termijn die een bestuursorgaan in concrete gevallen in principe niet kan verlengen.<sup>126</sup> Dat is enkel anders indien een inspreker een pro forma zienswijze indient, in welk geval de inspreker in de regel twee weken de tijd krijgt om de zienswijze te substantiëren.<sup>127</sup> Bij wettelijk voorschrift kan de zienswijzentermijn wel worden verlengd, maar dat is voor zover wij weten niet gedaan in de omgevingsrechtelijke wetgeving waarop Aarhus-besluiten worden gebaseerd. Bovendien blijft ook dan sprake van een inflexibele inspraakperiode.

De Afdeling oordeelde in de *pre-Varkens in Nood*-jurisprudentie dat de termijn van zes weken in lijn is met artikel 6 lid 3 Verdrag. Zelfs in omvangrijke zaken of zaken waarin meerdere besluiten gecoördineerd worden voorbereid, wordt het insprekers daarmee niet onmogelijk of uiterst moeilijk gemaakt om *'te wijzen op de voor hem essentiële gebreken in de ontwerpbesluiten.'*<sup>128</sup> Volgens ons is het aannemelijk dat de termijn echter niet alleen redelijk moet zijn om essentiële gebreken aan te wijzen, maar moeten insprekers ook de tijd krijgen om, redelijkerwijs, alternatieven en andere inhoudelijke voorstellen naar voren te kunnen brengen. Dat lijkt immers de rechtspraak en besluitpraktijk van de ACCC te verlangen in het kader van artikel 6 lid 4 Verdrag. Zeker in complexe, gecoördineerde besluitvorming kunnen de dossiers zich qua omvang doorgaans gemakkelijk meten met een *Ontdekking van de Hemel* of twee.<sup>129</sup> Bovendien betreft het doorgaans geen lectuur die lekker wegleest.

123 HvJEU 24 februari 2022, C-463/20, ECLI:EU:C:2022:121, ro. 79.

124 ACCC/C/2005/16 (Litouwen).

125 ACCC/C/2009/37 (Belarus).

126 ABRvS 28 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8459.

127 Bijvoorbeeld ABRvS 11 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3097, ro. 4.2.

128 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, ro. 29.2.

129 H.K.V. Mulisch, *De Ontdekking van de Hemel*, Amsterdam: De Bezige Bij, 2017 (47<sup>e</sup> druk) bevat 936 pagina's.

Wij menen dat een termijn van zes weken (of in het geval van een pro forma zienswijze, doorgaans acht weken) dus niet per definitie redelijk is om ook nog inhoudelijke voorstellen te bedenken, te verwoorden en in te dienen. In de genoemde uitspraak van 6 juli 2022 overweegt de Afdeling echter dat de termijn van zes weken ‘in het algemeen’ redelijk is voor eenieder om ‘zijn visie op en eventuele bezwaren over’ een ontwerpbesluit te geven, en dat appellanten niet hebben gemotiveerd waarom dat in hun geval niet zo zijn geweest. Daarmee lijkt de Afdeling net als de ACCC de mogelijkheid open te laten dat in een concreet geval de termijn van zes weken niet redelijk is, in welk geval zich dus een schending van artikel 6 lid 3 Verdrag zou voordoen.

Gelet op het voorgaande menen wij dat ook ten aanzien van de redelijkheid van de zienswijzentermijn gegronde twijfel bestaat over de algemene houdbaarheid van de uov in het kader van het Verdrag.

### 4.3 Tussenconclusie

Wij sluiten af met een verwijzing naar het begin van deze paragraaf. Wij bespraken de uitspraak waarin de Afdeling oordeelde dat geen noodzaak bestond voor het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 6 lid 3 en 4 Verdrag. Uit het door de Afdeling aangehaalde *Consortio Italian Management*-arrest volgt dat een dergelijke conclusie alleen gebillijkt is als de uitlegging van het Unierecht (en het Verdrag) zo evident is dat er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan.<sup>130</sup> Het is volgens ons moeilijk vol te houden dat artikel 6 lid 3 en 4 Verdrag tot dergelijk recht behoren. Integendeel, met name artikel 6 lid 4 Verdrag is onduidelijk en lijkt anders geïnterpreteerd te moeten worden dan de Afdeling tot nu toe standaard doet. Dat blijkt ook uit de van de standaardlijn afwijkende materiële benaderingsuitspraken van de Afdeling en de genoemde uitspraak van de civiele voorzieningenrechter. In dat kader stelt het Hof dat een hoogste rechter ‘bijzonder zorgvuldig’ te werk moet gaan bij de beoordeling of er redelijkerwijs toch geen twijfel bestaat over de juiste uitlegging van dit recht indien (nationale) rechters uiteenlopende uitspraken doen over de uitlegging van het betreffende Unierecht.

Het mag gelet op het voorgaande geen verbazing wekken dat onze conclusie is dat prejudiciële vragen aan het Hof moeten worden gesteld over de houdbaarheid van de uov in het licht van artikel 6 Verdrag. Dat zou ook om pragmatische overwegingen een verstandige zet zijn. Op het moment van afronding van dit preadvies staat de inwerkingtreding van de Omgevingswet (nog) gepland op 1 juli 2023. Zoals gezegd in paragraaf 3.2 gaat de wetgever daarbij uit van het risicovolle standpunt dat de uov in lijn is met artikel 6 Verdrag. Dat risico zou volgens ons het best weggenomen kunnen worden door een heroverweging van de implementatie van artikel 6 Verdrag in de Omgevingswet (paragraaf 5.4) voor zover inspraak anders dan de uov niet dwingend is voorgeschreven<sup>131</sup> of niet met zekerheid wordt voldaan

<sup>130</sup> HvJEU 6 oktober 2021, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, ro. 33.

<sup>131</sup> Zoals bij de omgevingsvergunning het geval is.

aan de eisen van artikel 6 Verdrag.<sup>132</sup> Als de wetgever daar niet aan wil, dan is het zaak om zo snel mogelijk de zekerheid te verkrijgen dat de uov geen verborgen gebrek in het nieuwe omgevingsrechtelijke huis is. Het Hof is de enige die daar definitief uitsluitsel over kan geven.

---

<sup>132</sup> Zoals bij het omgevingsplan, de omgevingsverordening, de waterschapsverordening en het programma het geval is, nu bijvoorbeeld niet met zekerheid een redelijke termijn voor inspraak wordt geboden. De projectbesluitprocedure voorziet volgens ons wel in een systeem dat zich verdraagt met het Verdrag, nu daarin vroegtijdige participatie is geborgd.

# 5 Hoe zou een houdbare voorbereidingsprocedure kunnen worden vormgegeven?

## 5.1 Inleiding

In het conceptwetsvoorstel bouwt de wetgever voort op het uitgangspunt dat de uov de toets aan artikel 6 Verdrag doorstaat. De wetgever kondigt dan ook een onderzoek aan naar de vraag of *'nadere (systeem)verbeteringen nodig zijn voor een juiste implementatie van het verdrag'*, maar ervaart dat niet als urgent.<sup>133</sup> De wetgever gaat er verder van uit dat artikel 6 Verdrag inspraakmogelijkheden vereist voor een ruimere kring van insprekers dan belanghebbenden. De wetgever wenst daarnaast de gevolgen van *Varkens in Nood* zoveel mogelijk te beperken. Dat leidt (i) tot de introductie van een beroepsrecht bij de bestuursrechter voor niet-belanghebbenden die een zienswijze hebben ingediend waarop artikel 6:13 Awb van toepassing blijft en (ii) het schrappen van de toepassing van artikel 6:13 Awb voor belanghebbenden inzake (iii) Aarhus-besluiten.

Wij hebben in dit preadvies geconcludeerd dat de uov niet goed aansluit bij inspraak zoals het Verdrag voorschrijft en dat de houdbaarheid van de uov in het licht van artikel 6 twijfelachtig is. Om die reden doen wij een aanzet voor een alternatieve voorbereidingsprocedure die zich wel verdraagt met het Verdrag en bovendien zo goed mogelijk aansluit bij de inspraakdoelen die de preambule van het Verdrag noemt en die de regering beoogt te bereiken met de regeling van vroegtijdige participatie in de Omgevingswet. Het gaat om de volgende doelen:

1. Het verbeteren van de kwaliteit van milieubesluitvorming;
2. Het vergroten van draagvlak voor milieubesluitvorming (onder meer om beroepsprocedures zoveel mogelijk te voorkomen en daarmee snellere besluitvorming te bewerkstelligen).

Hierna zetten wij eerst kort uiteen onder welke voorwaarden een participatieproces kan bijdragen aan het bereiken van deze doelen. Wij gaan daarbij ook in op het belang van initiatiefnemers, waaronder soms ook de overheid kan worden verstaan. Zeker in deze tijd, waarin grote maatschappelijke opgaven als het oplossen van de woningnood en de energietransitie moeten worden bewerkstelligd, mogen die belangen niet worden vergeten. Vervolgens bespreken wij de eisen die

---

133 Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 16.

volgens ons uit artikel 6, eventueel in combinatie met artikel 9, Verdrag volgen en waaraan een alternatieve voorbereidingsprocedure dus minimaal moet voldoen. Wij ronden deze paragraaf af met een aanzet voor een dergelijke alternatieve voorbereidingsprocedure. Daarbij zullen wij zowel aandacht besteden aan de eisen uit het Verdrag, als aan de betrokken belangen.

## 5.2 Randvoorwaarden alternatieve voorbereidingsprocedure: belangen van insprekers en initiatiefnemers

Wij bezien in deze paragraaf eerst onder welke voorwaarden participanten het best renderen in een inspraakstelsel, wat zou moeten leiden tot een hogere kwaliteit van besluitvorming en meer draagvlak voor die besluitvorming. Wij plaatsen hierbij wel de kanttekening dat een goed participatieproces geen panacee is voor draagvlak voor milieubesluitvorming.<sup>134</sup> Naast de ervaren procedurele rechtvaardigheid (hoe tevreden is men met het besluitvormingsproces?), speelt de ervaren distributieve rechtvaardigheid (hoe tevreden is men met de uitkomst van het besluitvormingsproces?) een belangrijke, zo niet belangrijkere rol, voor de verwerving van draagvlak onder participanten.<sup>135</sup> Dat gezegd hebbende, onderschrijven wij uiteraard het streven om in ieder geval zo veel mogelijk draagvlak en betere besluitvorming te verwezenlijken. In de 'Denkwijze(r) voor goede participatie', opgesteld ter ondersteuning van overheden bij de invulling van hun participatiebeleid onder de Omgevingswet, wordt een drietal randvoorwaarden voor goede participatie benoemd:

- (a) Er moet in het proces nog ruimte zijn voor inbreng van participanten: deze voorwaarde houdt verband met de eis uit artikel 6 lid 4 Verdrag en houdt in de kern in dat participanten nog inhoudelijk mee kunnen denken over de voorgenomen activiteit en hun belangen nog serieus mee kunnen wegen.
- (b) Het bevoegd gezag moet nog openstaan voor inbreng: dit houdt in dat de overheid moet streven naar een zo hoog mogelijk niveau van participatie en moet openstaan voor feedback en twijfel. Dit ziet dus voornamelijk op de houding van het bevoegd gezag.
- (c) Participanten moeten in staat zijn om inbreng te leveren: deze voorwaarde houdt verband met onder meer de informatievoorziening in het participatieproces. Die moet zo laagdrempelig mogelijk zijn, zodat ook mensen die traditioneel weinig participeren zoveel mogelijk in staat worden gesteld om deel te nemen.

---

<sup>134</sup> Waarbij wij onder draagvlak alles verstaan op het spectrum tussen de afwezigheid van (juridische) weerstand tegen een besluit en daadwerkelijke steun voor een besluit.

<sup>135</sup> Zie bijvoorbeeld het proefschrift van bestuurskundige De Graaf, 2007, p. 44 (met verwijzingen) en de conclusie op p. 163. Dichter bij het bestuursrecht concludeert Wever in zijn proefschrift over de bezwaarfase dat '[v]oor de veronderstelling dat een hogere kwaliteit van bezwaarbehandeling, ongeacht het oordeel over de uitkomst, bijdraagt aan de acceptatie van de beslissing op bezwaar, is geen steun gevonden. Wel bleek een hogere ervaren kwaliteit van bezwaarbehandeling gepaard te gaan met een hogere ervaren distributieve rechtvaardigheid van de uitkomst, en daarnaast bleek dat een hogere ervaren distributieve rechtvaardigheid samenging met een geringere kans dat in het vervolg op de bezwaarprocedure beroep werd ingesteld bij de bestuursrechter.' Wever 2020, p. 206.



De Denkwijzer is vooral gericht op de participanten in milieubesluitvorming. Het belang van initiatiefnemers moet echter ook niet uit het oog worden verloren. Initiatiefnemers zijn vooral gebaat bij efficiënte besluitvorming. Hoe sneller een project kan worden gestart met de juiste toestemmingen, hoe beter. In het verlengde daarvan is ook rechtszekerheid voor initiatiefnemers van belang. Zij moeten snel duidelijkheid krijgen over de juridische haalbaarheid van het voorgenomen project. Ten slotte is zorgvuldige besluitvorming ook in het belang van een initiatiefnemer. Dit verkleint immers de kans dat een besluit sneuvelt bij de rechter waardoor het project alsnog afketst.

### 5.3 Juridische voorwaarden voor een alternatieve voorbereidingsprocedure

#### 5.3.1 Wie moet kunnen inspreken?

De eerste vraag die moet worden beantwoord, is welke groep personen kan worden aangewezen als het 'betrokken publiek' en dus op grond van artikel 6 Verdrag inspraakrechten geniet. De kernvraag is of deze groep is gelijk te stellen met de Nederlandse kring van belanghebbenden. Om deze discussie beter te begrijpen, zetten wij hieronder op een rijtje wat het Verdrag regelt ten aanzien van deze groep personen:

- Artikel 2 lid 5 Verdrag definieert 'het betrokken publiek' als: *'het publiek dat gevolgen ondervindt, of waarschijnlijk ondervindt van, of belanghebbende is bij, milieubesluitvorming; voor de toepassing van deze omschrijving worden niet-gouvernementele organisaties die zich inzetten voor milieubescherming en voldoen aan de eisen van nationaal recht geacht belanghebbende te zijn.'*
- Artikel 6 Verdrag kent inspraakrechten toe aan leden van het betrokken publiek, zo volgt uit *Varkens in Nood*.
- Artikel 9 lid 2 Verdrag regelt onder meer en kort gezegd dat leden van het betrokken publiek die een voldoende belang hebben, toegang tot de rechter moeten hebben. Wat een voldoende belang vormt, wordt vastgesteld in overeenstemming met de eisen van nationaal recht en strokend met het doel om aan het betrokken publiek binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag ruim toegang tot de rechter te verschaffen. Hiertoe wordt het belang van elke niet-gouvernementele organisatie die voldoet aan de in artikel 2, vijfde lid, gestelde eisen voldoende geacht.
- Uit *Varkens in Nood* volgt dat NGO's in de zin van artikel 2 lid 5 Verdrag niet kan worden tegengeworpen dat zij de inspraakprocedure niet hebben doorlopen. Volgens de Afdeling geldt dit voor alle belanghebbenden.
- In de inleiding van deze paragraaf kwam aan de orde dat de wetgever in het conceptwetsvoorstel uitgaat van een definitie van het betrokken publiek die meeromvattend is dan het Nederlandse belanghebbendenbegrip.<sup>136</sup> Mede om die reden kiest de wetgever er niet voor om inspraak in de voorbereiding van

<sup>136</sup> Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 10. Dit standpunt is gebaseerd op een voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State uit 2009, bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 30844, nr. 45.

Aarhusbesluitvorming alleen open te stellen voor belanghebbenden,<sup>137</sup> in welk geval ook geen toegang tot de bestuursrechter zou hoeven worden opengesteld voor niet-belanghebbenden. De toegang voor niet-belanghebbenden is immers alleen gebaseerd op het oordeel van het Hof in *Varkens in Nood* dat als het nationale recht een ruimer recht op inspraak verleent, insprekers dit recht bij de rechter moeten kunnen afdwingen.

In de literatuur wordt betoogd<sup>138</sup> of aangenomen dat met het begrip ‘betrokken publiek’ wordt bedoeld op belanghebbenden.<sup>139</sup> Ook de Afdeling stelt zich impliciet op dit standpunt, door voor te stellen om ‘de bepalingen die niet-belanghebbenden het recht geven om zienswijzen in te dienen, te schrappen’.<sup>140</sup> De Afdeling stelt dat *Varkens in Nood* daar niet aan in de weg staat. Uit *Varkens in Nood* volgt echter alleen dat Partijen geen inspraakrechten hoeven te bieden aan anderen dan leden van het betrokken publiek; het Hof oordeelt niet expliciet over de vraag of daar alle niet-belanghebbenden onder vallen. Adriaanse wijst er echter op dat het Hof in *Varkens in Nood* de nadere eis van ‘een voldoende belang’ uit artikel 9 lid 2 Verdrag slechts als een procesbelang aanduidt.<sup>141</sup> Het onderscheid tussen het betrokken publiek en het betrokken publiek met voldoende belang zou hem dus alleen in het procesbelang zitten; dat is een aanwijzing dat het Verdrag met het betrokken publiek dus doelt op belanghebbenden.

Wij menen dat het betrokken publiek niet noodzakelijkerwijs dezelfde kring personen omvat als de kring van belanghebbenden. Dat baseren wij op de tekst van artikel 2 lid 5 Verdrag. Die is ondubbelzinnig en geeft volgens ons materiële criteria: het betrokken publiek bestaat uit het publiek dat gevolgen ondervindt of waarschijnlijk ondervindt door milieubesluitvorming, of daarbij belanghebbende is.<sup>142</sup> Deze definitie is ontegenzeggelijk ruimer dan de correctie die de Afdeling in omgevingsrechtelijke zaken toepast ten aanzien van het belanghebbendebegrip, waardoor alleen personen die ‘gevolgen van enige betekenis’ ondervinden door een milieubesluit als belanghebbende worden aangemerkt.<sup>143</sup> Enkel als nationaal recht een belanghebbendebegrip kent dat materieel dezelfde criteria stelt als arti-

137 De wetgever acht deze oplossing ook niet voor de hand liggend omdat onder de Omgevingswet juist belangrijke waarde wordt gehecht aan goede, brede participatie om draagvlak en kwalitatief betere overheidsbesluiten te creëren. Verder zou met deze oplossing afbreuk worden gedaan aan het principe van een gelijkwaardig procedureel beschermingsniveau onder de Omgevingswet in vergelijking met de huidige situatie. Zie de Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 15.

138 Frins e.a., *M en R* 2021/64; Adriaanse, *JBPlus* 2022/5, p. 5.

139 Bijvoorbeeld Ypinga & Tingen, *BR* 2021/56; Freriks & Van der Loo, *NBR* 2021/3, p. 110; Keinemans & Molendijk, *PB* 2021/5, p. 9.

140 Zie punt 9 van de reactie van de Afdeling op het conceptwetsvoorstel.

141 Adriaanse, *JBPlus* 2022/5. Zie rechtsoverweging 34 van HvJEU 14 januari 2021, C-826/18, ECLI:EU:C:2021:7, waarin het Hof expliciet overweegt dat ‘de leden van dat publiek die een procesbelang hebben, dan wel stellen dat inbreuk is gemaakt op een recht, wanneer het nationale recht dit als voorwaarde stelt, toegang hebben tot een herzieningsprocedure voor een rechterlijke instantie en/of een ander onafhankelijk en onpartijdig orgaan, om de rechtmatigheid te bestrijden van enig besluit dat onder artikel 6 en, wanneer het nationale recht hierin voorziet, andere relevante bepalingen van dit verdrag valt.’

142 Wij menen dat de toevoeging ‘of belanghebbende is’ ziet op situaties waarin nationaal recht een ruimere definitie van het belanghebbendebegrip kent dan personen die (waarschijnlijk) gevolgen ondervinden van milieubesluitvorming.

143 De lijn sinds *ABRvS* 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:737, ro. 18.2.

kel 2 lid 5 Verdrag, kan dus gesteld worden dat het betrokken publiek gelijk is aan de belanghebbendenkring.

Volgens ons ziet artikel 9 lid 2 Verdrag daarentegen wél op de belanghebbende naar nationaal recht. Artikel 9 lid 2 geeft immers aan dat het criterium ‘voldoende belang’ naar nationaal recht moet worden vastgesteld. Wij denken daarom ook niet dat veel betekenis moet worden gehecht aan de uitspraak van het Hof dat ‘voldoende belang’ een procesbelang inhoudt. Voor zover het Hof dit al bewust zo heeft overwogen, lijkt het ons onwaarschijnlijk dat het Hof daarmee echt een procesbelang bedoelt zoals in het Nederlandse recht gangbaar is (dat wil zeggen, een procespartij die belang heeft bij de uitkomst van de procedure).<sup>144</sup> Dat zou ook bijzonder zijn gelet op de overweging in artikel 9 lid 2 op grond waarvan een NGO in de zin van artikel 2 lid 5 altijd geacht wordt een voldoende belang te hebben. Indien ‘voldoende belang’ moet worden uitgelegd als ‘procesbelang’ zoals dat in Nederland wordt bedoeld, dan zouden NGO’s dus altijd belang hebben bij hun verzoeken. Dat kan volgens ons niet de bedoeling zijn.

Onze conclusie is dus dat het begrip ‘betrokken publiek’ materiële criteria bevat en daarmee zelfstandig moet worden gelezen. Dat wil zeggen dat het niet per se aansluit bij het (Nederlandse) belanghebbendebegrip. De huidige toepassing van het belanghebbendebegrip in het Nederlandse omgevingsrecht maakt dat er volgens ons leden van het betrokken publiek zijn die niet worden aangemerkt als belanghebbende.

In het vervolg gaan wij er gelet op het voorgaande dus vanuit dat inspraak in Aarhuszaken minimaal open moet staan voor iedereen die (waarschijnlijk) gevolgen ondervindt van de betreffende besluitvorming.

### 5.3.2 Waarover moet kunnen worden ingesproken?

Artikel 6 lid 1 onder a Verdrag regelt dat inspraak moet plaatsvinden ten aanzien van de voorgenomen activiteiten die zijn opgesomd in bijlage I bij het Verdrag. Bijlage I bevat in punt 20 een open categorie voor activiteiten waarvoor in overeenstemming met nationale wetgeving is voorzien in inspraak ingevolge een procedure voor milieu-effectbeoordeling. Daarnaast moet artikel 6 Verdrag ook worden toegepast op activiteiten die niet in bijlage I zijn opgenomen, maar wel een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben. Het is aan Partijen om te bepalen of dat het geval is.

De wetgever stelt in het conceptwetsvoorstel voor om in een bijlage bij de Awb ‘ter bevordering van een voortvarende en efficiënte besluitvorming in de bestuurlijke en rechterlijke fase’ zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de reikwijdte van artikel 6 Verdrag.<sup>145</sup> Een nieuwe Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten (de Regeling), die bij de Awb

<sup>144</sup> In de zin dat een procespartij belang bij de uitkomst van de procedure heeft.

<sup>145</sup> Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 17.

wordt gevoegd, bevat een opsomming van de Aarhus-besluiten. Zij zijn in drie categorieën onder te verdelen:

1. M.e.r.-plichtige besluiten en m.e.r.-beoordelingsplichtige besluiten die met de uov worden voorbereid.
2. Besluiten die als gevolg van EU-richtlijnen of -verordeningen of van jurisprudentie onder artikel 6 Verdrag vallen.
3. Andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.
4. Het is aan bestuursorganen, en dus ook aan de bestuursrechter, om te bepalen of een besluit dat niet onder categorie 1 of 2 valt, mogelijk wel in categorie 3 valt en derhalve ‘aanzienlijke milieueffecten’ kan hebben. Deze categorie is toegevoegd om een correcte implementatie van artikel 6 lid 1 onder b Verdrag te waarborgen. Ook adviseert de wetgever om bij twijfelgevallen de uov te volgen. De Afdeling bekritiseert dit voorstel in haar genoemde reactie op het conceptwetsvoorstel. Volgens de Afdeling laat dit ‘veel ruimte voor interpretatie en dus ook voor geschillen en zal [het voorstel] dus leiden tot vertraging.’<sup>146</sup> Wij wijzen er ook op dat bevoegde gezagen onder de Omgevingswet niet altijd meer zelf mogen kiezen of zij de uov willen toepassen. In niet bij AMvB aangewezen gevallen moet de aanvrager van een omgevingsvergunning in principe instemmen met het volgen van de uov in plaats van de reguliere procedure.<sup>147</sup>

Het Verdrag vereist volgens ons niet dat er een open categorie van besluiten is waarvoor het bestuursorgaan zelf moet bepalen of al dan niet sprake is van een activiteit die aanzienlijke milieugevolgen kan hebben. Artikel 6 lid 1 onder b Verdrag is immers gericht aan Partijen en niet specifiek aan bevoegde gezagen. Dit artikel ziet op de mogelijkheid dat de wetgever zelf (categorieën) besluiten opsomt die volgens hem ‘aanzienlijke milieueffecten’ kunnen hebben. Volgens ons verplicht het Verdrag bevoegde gezagen of de rechter dus niet om per besluit dat niet in bijlage I Verdrag staat, na te gaan of sprake is van een besluit dat aanzienlijke milieugevolgen kan hebben, waardoor artikel 6 van toepassing zou zijn.<sup>148</sup> Het is aan de Partijen zelf om in wettelijke regelingen vast te leggen welke besluiten aanzienlijke milieugevolgen hebben in aanvulling op bijlage I en Unierechtelijke verordeningen en richtlijnen.

### 5.3.3 Op welk moment en hoe lang moet kunnen worden ingesproken?

In paragrafen 4.2.1 en 4.2.2 hebben wij uiteengezet hoe het Hof en de ACCC de eisen uit artikel 6 leden 3 en 4 Verdrag uitleggen. Inspraak wanneer een ontwerp-

<sup>146</sup> Zie punt 4 van de reactie.

<sup>147</sup> Artikel 16.65 lid 1 onder b Ow. Dit is alleen anders bij een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit die aanzienlijke gevolgen voor de fysieke leefomgeving heeft of kan hebben en waartegen naar verwachting verschillende belanghebbenden bedenkingen zullen hebben (lid 4). Zie hierover uitbreider Van ‘t Lam & Nijmeijer, *M en R* 2017/62.

<sup>148</sup> Deze beoordeling heeft de rechtbank Overijssel wat ons betreft dus ten onrechte wel uitgevoerd in Rb. Overijssel 21 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4794, ro. 12 e.v.

besluit al is geformuleerd, staat volgens ons in ieder geval op gespannen voet met de ‘besluitspecifieke component’ van artikel 6 lid 4 Verdrag. Een logisch moment dat hieraan voorafgaat is de aanvraag om een omgevingsvergunning of, in het geval van een niet-aangevraagd milieubesluit, het voornemen. De ‘besluitoverstijgende component’ van artikel 6 lid 4 Verdrag vereist daarnaast dat inspraak moet plaatsvinden in alle besluit- en/of beleidsvorming waarin keuzes worden gemaakt over ‘opties’ inzake Aarhus-besluitvorming.

Ten aanzien van de participatietermijn geldt dat sprake moet zijn van een ‘redelijke termijn’, die volgens ons niet in algemene zin mag zijn gemaximeerd in tijd. Het kan immers zo zijn dat de participatietermijn in een concreet geval niet redelijk is.

## 5.4 Een alternatieve voorbereidingsprocedure

In de vorige paragrafen hebben wij beschreven aan welke randvoorwaarden een alternatieve voorbereidingsprocedure zou moeten voldoen. Wij ronden dit preadvies af met een aanzet voor een dergelijke procedure, die voldoet aan de eisen uit het Verdrag en de belangen van participanten en initiatiefnemers zo goed mogelijk probeert te behartigen. De vraag in welke wet en op welke plaats in de wet de procedure zou moeten worden ingebouwd, valt buiten het bestek van dit preadvies.<sup>149</sup> Hetzelfde geldt voor de vraag welke procedure(s) nog zou(den) moeten of kunnen volgen nadat het besluit is genomen.

### 5.4.1 Wie?

In de eerste plaats pleiten wij voor een alternatieve voorbereidingsprocedure die openstaat voor **leden van het betrokken publiek**. Daartoe zou het belanghebbendebegrip nader ingevuld kunnen worden in een bepaling die wordt opgenomen in de wetsafdeling waarin de alternatieve voorbereidingsprocedure wordt geborgd. Die bepaling zou bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

*In aanvulling op artikel 1:2 lid 1 Awb wordt ten aanzien van besluiten die met deze afdeling worden voorbereid onder belanghebbende mede verstaan: degene die gevolgen ondervindt of waarschijnlijk ondervindt van een besluit.*

Zoals gezegd menen wij dat artikel 6 Verdrag vereist dat het betrokken publiek inspraakrechten verkrijgt en dat het betrokken publiek ruimer moet worden opgevat dan het Nederlandse belanghebbendebegrip. Om die reden volstaat niet dat een alternatieve voorbereidingsprocedure slechts voor belanghebbenden (in de zin van artikel 1:2 Awb) wordt opengesteld. Het lijkt ons verder wenselijk om in dat geval het betrokken publiek in het belanghebbendebegrip te incorporeren. Dat heeft als formeel voordeel dat de toegang tot de bestuursrechter weer

<sup>149</sup> Zie over de verhouding tussen het algemene bestuursprocesrecht en het omgevingsprocesrecht uitgebreider Collignon, Ten Veen & Schmidt 2019, p. 350 e.v.

alleen openstaat voor belanghebbenden. Dat is ook een voordeel ten opzichte van de mogelijk optie om eenieder toegang te verlenen tot de inspraakprocedure. De groep insprekers is dan immers kleiner zonder dat dit indruist tegen de vereisten van het Verdrag.<sup>150</sup> Voor natuurlijke personen die feitelijk (waarschijnlijk) niet worden geraakt door de gevolgen van een besluit, maar zich de gevolgen van dit besluit toch aantrekken, bestaat de optie om zich aan te sluiten bij een NGO die die zorgen deelt of om een dergelijke NGO op te richten.

Het beperken van de inspraakprocedure tot belanghebbenden in de hiervoor bedoelde zin neemt ook de bedenkingen van de wetgever weg bij het beperken van de verlening van inspraakrechten tot belanghebbenden, zoals verwoord in de toelichting bij het conceptwetsvoorstel.<sup>151</sup> In plaats van een derde categorie, het 'betrokken publiek', naast 'eenieder' en 'belanghebbende', brengt ons voorstel het aantal categorieën personen dat toegang tot de bestuursrechter heeft terug tot één: de belanghebbende. Het feit dat dat begrip in Aarhuszaken wettelijk anders wordt gedefinieerd dan in de rest van het bestuursrecht is volgens ons geen probleem: de bestuursrechter geeft nu ook al verschillende materiële invullingen aan het belanghebbendebegrip die zijn toegespitst op het betreffende deelrechtsgebied.<sup>152</sup> Deze variant is volgens ons ook goed verdedigbaar, gelet op de doelen van goede, brede participatie die de wetgever in de Omgevingswet nastreeft: draagvlak en kwalitatief betere besluitvorming (zie paragraaf 5.1).

Daarnaast voorkomt ons voorstel dat artikel 6:13 Awb moet worden gewijzigd om de positie van niet-belanghebbenden te codificeren. Dit is in lijn met de wil van de wetgever om alles eenvoudig en beter te doen. Ook voorkomt het situaties waarin niet-belanghebbenden beroep instellen, maar daarin het relativiteitsvereiste als deksel op de neus krijgen. Mede door het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging in het bestuursrecht, waardoor niet-belanghebbenden niet altijd goed op de hoogte zijn van wat in beroep nog kan worden bewerkstelligd, kan het relativiteitsvereiste rauw op het dak vallen van niet-belanghebbende appellanten. Dit kan volgens ons de distributieve en daarmee samenhangend, de procedurele rechtvaardigheid van het bestuursrechtelijke beroep door niet-belanghebbenden schaden.<sup>153</sup> Dat is onwenselijk en wordt voorkomen door ons voorstel.

#### 5.4.2 Waarover?

In de tweede plaats menen wij dat de besluiten waar de alternatieve voorbereidingsprocedure op moet zien, gelijk aan de wens van de wetgever, **zo dicht**

<sup>150</sup> Die moeten dan immers volgens de genoemde Afdelingsuitspraak van 4 mei 2021 ook toegang tot de bestuursrechter verkrijgen.

<sup>151</sup> Zie de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 15.

<sup>152</sup> Zo wordt het omgevingsrechtelijke criterium 'gevolgen van enige betekenis' niet toegepast in zaken over bijvoorbeeld subsidiebesluiten.

<sup>153</sup> Wij verwijzen terug naar het (beperkte) jurisprudentieonderzoek dat wij in aanvulling op Van der Veen verrichtten en waaruit bleek dat slechts in enkele gevallen een beroep van een niet-belanghebbende gegrond werd verklaard. Het ging in die zaken om niet-belanghebbenden die volgens ons wel onder de definitie van het betrokken publiek vallen.

**mogelijk moeten aansluiten bij artikel 6 lid 1 Verdrag.** Dit is volgens ons vooral wenselijk omdat de alternatieve voorbereidingsprocedure tijdsintensief is en veel vraagt van initiatiefnemers, participanten en niet in de laatste plaats de overheid. Conform het conceptwetsvoorstel stellen wij voor om een regeling in het leven te roepen waarin de (categorieën) besluiten worden opgesomd die moeten worden voorbereid met de alternatieve voorbereidingsprocedure. Die regeling ziet er wat ons betreft wel anders uit dan de voorgestelde regeling in het conceptwetsvoorstel. Wij zien een voordeel in het opnemen van de regeling in een AMvB of ministeriële regeling. Op die manier kan de regeling relatief snel en eenvoudig worden aangepast als de jurisprudentie of nieuwe inzichten daarom vragen.<sup>154</sup> De inhoud van de door ons voorgestelde regeling kan gelijk blijven aan de inhoud van de regeling in het conceptwetsvoorstel, met dien verstande dat wij ervoor pleiten om de categorie 3-besluiten – andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben – te schrappen.

Volgens ons is het niet vereist en bovendien ongewenst om een categorie in de regeling op te nemen waarbij het aan bestuursorganen zelf is om te bepalen of een besluit aanzienlijke milieueffecten kan hebben. Zoals wij in paragraaf 5.3.2 aanstipten is artikel 6 lid 1 onder b Verdrag gericht tot Partijen. Dat betekent volgens ons dat de wetgever ook zelf (categorieën) besluiten kan vaststellen die volgens hem aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Een regeling waarin de wetgever zelf vaststelt welke (categorieën) besluiten hij onder de reikwijdte van artikel 6 lid 1 onder b Verdrag schaaft, verkiezen wij boven een regeling waarbij dat aan bestuursorganen wordt overgelaten. Wij delen namelijk de kritiek van de Afdeling dat een dergelijke regeling leidt tot een grotere last voor bestuursorganen en meer geschillen bij de bestuursrechter. Het gaat immers om besluiten die niet evident aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben; in dat geval zouden zij immers al onder categorie 1 of 2 vallen. Een ander nadeel van de door de wetgever voorgestelde regeling is dat het rechtsongelijkheid in de hand werkt: bestuursorganen kunnen immers verschillend denken over de mogelijke milieueffecten van een en dezelfde activiteit.

### 5.4.3 Wanneer?

In de derde plaats stellen wij voor om de **inspraak te regelen op het moment dat een voornemen tot het nemen van Aarhus-besluit is geformuleerd als het bevoegd gezag de initiatiefnemer is of een aanvraag is ingediend als sprake is van een particuliere initiatiefnemer.** Wanneer sprake is van een aanvraag, lijkt het ons voor de hand liggen om het bevoegd gezag eerst de ontvankelijkheid en volledigheid ervan te laten onderzoeken voordat de participatieprocedure van start gaat. Daarbij sluiten wij aan bij de Vlaamse omgevingsrechtelijke voorbereidingsprocedure voor besluiten die onder artikel 6 Verdrag vallen, waarbij inspraak plaats-

<sup>154</sup> Wij wijzen bijvoorbeeld op de uitspraak van de Afdeling waarin werd geoordeeld dat vergunningen op grond van artikel 2.7 Wnb met de uov moeten worden voorbereid, terwijl dit wettelijk niet was geregeld, ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1507.

vindt via een ‘openbaar onderzoek’.<sup>155</sup> Het openbaar onderzoek start ook pas na een eerste beoordeling door het bevoegd gezag.<sup>156</sup>

Wanneer het voornemen of de aanvraag is geformuleerd, is duidelijk wat de voorgenomen activiteit zal zijn, waardoor participanten niet geheel in het duister tasten en effectieve participatie beter mogelijk is dan wanneer nog niets bekend zou zijn. Zo zullen de aanvraag en ondersteunende documenten beschikbaar zijn en ter inzage moeten worden gelegd.<sup>157</sup> Wij kunnen ons voorstellen dat, in aanvulling hierop, ook een niet-technische samenvatting van de aanvraag of het voornemen moet worden gepubliceerd,<sup>158</sup> om zo de lat voor participanten te verlagen en tegemoet te komen aan randvoorwaarde (iii) van de Denkwijze(r) voor goede participatie (zie paragraaf 5.2). In dat kader zou de alternatieve procedure ook een verbijzondering van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen bevatten. Dat kan bijvoorbeeld in de vorm van een inspanningsverplichting voor het bevoegd gezag om belanghebbenden bij de voorgenomen activiteit te identificeren en actief te betrekken bij het participatieproces.

De hamvraag is of het moment van inspraak als er een voornemen of aanvraag ligt, voldoende vroegtijdig is in het licht van artikel 6 lid 4 Verdrag. Wij bekritiseerden dit artikellid om de (tekstuele) stelligheid (paragraaf 4.2.1): alle opties zullen nooit kunnen openstaan op het moment van inspraak. Eigendomsposities zijn bijvoorbeeld vaak al voor een aanvraag of voornemen verworven. Inspraak op een aanvraag of voornemen zal dan ook niet plaatsvinden op een moment dat alle opties nog openstaan. Een dergelijke stringente uitleg is volgens ons niet werkbaar en lijkt (gelukkig) ook niet te volgen uit de besluitpraktijk van de ACCC en de spaarzame jurisprudentie van het Hof op dit punt.

Wij zijn ons desalniettemin bewust van de mogelijke kritiek dat het moment van de aanvraag of van het voornemen ook volgens een minder stringente uitleg van artikel 6 lid 4 Verdrag te laat zou kunnen zijn. Wij noemden bijvoorbeeld dat een aanvrager en een overheid doorgaans al voorafgaand aan de aanvraag overleg zullen hebben gevoerd over het voorgenomen project. Het moment van de aanvraag of het voornemen is volgens ons toch vroegtijdig genoeg in het licht van de besluitspecifieke component van artikel 6 lid 4 Verdrag. Door het ten opzichte van de uov vervroegen en uitbreiden van de inspraakmogelijkheid in de voorbereidingsprocedure, zal het overleg tussen aanvrager en overheid voorafgaand aan de aanvraag naar onze mening een andere insteek hebben. Het bezwaarkarakter dat inspraak in de uov volgens ons heeft (een reactieve toets die vooral is gericht op het filteren van essentiële gebreken in een ontwerpbesluit), is niet het beste uitgangspunt voor een procedure waarin het de bedoeling is dat ook andere opties serieus worden overwogen.

---

<sup>155</sup> Aarhus Convention national implementation report Belgium, 2021.

<sup>156</sup> Zo volgt uit artikel 19 Omgevingsvergunningsdecreet. Zie voor een heldere, algemene beschrijving van de Vlaamse procedure Flamey e.a. 2021.

<sup>157</sup> Vergelijk het huidige artikel 3:11 Awb en de eisen uit artikel 6 lid 2 Verdrag.

<sup>158</sup> Zo moeten een milieueffectrapport en een aanvraag voor een omgevingsvergunning milieu ook een niet-technische samenvatting bevatten (artikel 7.23 lid 1 onder e Wm resp. artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo jo. 4.1 lid 2 Regeling omgevingsrecht).



Het bieden van inspraak wanneer een aanvraag is ingediend of voornemen is geformuleerd, verandert dat. Het bevoegd gezag is op dat moment nog niet formeel aan zet. Dat biedt participanten de mogelijkheid om met alternatieven te komen en anderszins met inhoudelijke voorstellen te komen. In dit stadium is met andere woorden nog niet zozeer sprake van een *reactieve toets* die vooral is gericht om essentiële gebreken uit een ontwerpbesluit te filteren. Verder stellen wij niet alleen het vervroegen van de inspraakprocedure voor, maar ook om de inspraakmogelijkheid van meer wettelijke inhoud te voorzien. Daarmee bedoelen wij dat de alternatieve procedure niet slechts een mogelijkheid om zienswijzen in te dienen bevat. Dankbaar gebruikmakend van de projectbesluitprocedure lijkt het ons niet gek om de alternatieve voorbereidingsprocedure te voorzien van de mogelijkheid voor participanten om het bevoegd gezag te verzoeken een deskundigenadvies in te winnen over een aangedragen alternatief.<sup>159</sup> Net als in de projectbesluitprocedure is het vervolgens aan het bevoegd gezag om te bepalen of het alternatief redelijkerwijs in beschouwing moet worden genomen.<sup>160</sup> Wij kunnen ons voorstellen dat een dergelijke mogelijkheid bovendien bijdraagt aan de ervaren procedurele rechtvaardigheid van participanten.

#### 5.4.4 Binnen welke termijn?

De termijn waarbinnen geparticipeerd kan worden zal volgens ons **als basis zes weken kunnen bedragen. Wel dient het bevoegd gezag de termijn in een concreet geval te verlengen als hij dat redelijkerwijs noodzakelijk acht** voor participanten om de beschikbare informatie tot zich te kunnen nemen en vervolgens een standpunt over de voorgenomen activiteit te kunnen innemen.<sup>161</sup> Zo kan duurzaam worden voldaan aan artikel 6 lid 3 Verdrag. Wij zijn ons ervan bewust dat de vraag of een termijn redelijk is, een subjectieve is. Ter vergelijking: in Denemarken krijgen burgers doorgaans vier weken in de pre-besluitfase om suggesties en ideeën over het plan naar voren te brengen.<sup>162</sup> In Vlaanderen krijgen burgers tijdens het ‘openbaar onderzoek’ dertig dagen om hun opmerkingen naar voren te brengen.<sup>163</sup> Het staat participanten daarnaast vrij om als zij het niet eens zijn met de geboden termijn, in beroep gemotiveerd naar voren te brengen waarom dat zo is. Gelet op de beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag, kunnen wij ons voorstellen dat de bestuursrechter alleen in evident onredelijke gevallen tot vernietiging van het besluit zal overgaan waardoor het bestuursorgaan, en in sommige gevallen ook de initiatiefnemer, weer van vooraf aan moet beginnen.

Na afloop van de alternatieve voorbereidingsprocedure zal het bevoegd gezag een besluit nemen. De termijn daarvoor is wat ons betreft gelijk aan de huidige regeling in de uov, wat doorgaans zes maanden na ontvangst van de aanvraag is.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> Zie artikel 5.47 lid 3 jo. 5.48 lid 2 Ow en paragraaf 2.6.

<sup>160</sup> Vergelijk 5.48 lid 3 Ow.

<sup>161</sup> Vergelijk de maatstaf die de ACCC heeft aangenomen, paragraaf 4.2.2.

<sup>162</sup> Rapport ‘Inzicht in participatie bij windenergieprojecten Verkennende studie zes Europese landen’, van Pondera Consult, 25 juni 2020, p. 47.

<sup>163</sup> Artikel 23 Vlaams Omgevingsvergunningdecreet.

<sup>164</sup> Artikel 3:18 Awb.



## 6 Afsluiting

Bovenstaande is de aanzet voor een alternatieve voorbereidingsprocedure die tegemoetkomt aan het Verdrag en betrokken belangen. Het is zeker geen volledig uitgewerkt wetsvoorstel. Wij hopen echter dat we hiermee de wetgever alvast enige ideeën hebben kunnen geven in de aanloop naar het aangekondigde onderzoek over eventuele nadere (systeem)verbeteringen.

De oplettende lezer heeft wellicht opgemerkt dat de regelingen van vroegtijdige participatie in de Omgevingswet gelijkenissen vertonen met de alternatieve voorbereidingsprocedure (zie paragraaf 2.6). Zo is het moment van inspraak in de voorbereiding van bijvoorbeeld een omgevingsplan wat ons betreft vroegtijdig genoeg in het licht van artikel 6 lid 4 Verdrag. De verdere invulling van het inspraakproces wordt echter niet uitgewerkt, maar overgelaten aan decentrale bestuursorganen. Dat leidt volgens ons tot te veel vrijblijvendheid om deze regelingen als zelfstandige implementaties van artikel 6 Verdrag te kunnen beschouwen, laat staan om aan te nemen dat hiermee aan de randvoorwaarden voor een goed participatieproces wordt voldaan. Deze regeling leidt verder tot rechtsongelijkheid: het ene participatiebeleid zal het andere niet zijn. De wetgever beschouwt de vroegtijdige participatieregelingen dan ook niet als implementatie van artikel 6 Verdrag; dat is de uov. Dat is jammer om een aantal redenen. De eerste is dat wij concluderen dat de uov zelf op gespannen voet staat met artikel 6 Verdrag. De wetgever bouwt daarmee schijnzekerheid in. De tweede reden is dat de regelingen leiden tot onnodig lange besluitvormingsprocedures waarbij minimaal tweemaal inspraakmogelijkheden worden geboden zonder dat daarvoor goede redenen zijn. Dat komt naar wij menen het best tot uitdrukking in de projectbesluitprocedure. De wetgever heeft voor het projectbesluit een solide vroegtijdige inspraakprocedure uitgedacht die kan voldoen aan de eisen van artikel 6 Verdrag en behoorlijk tegemoetkomt aan de genoemde randvoorwaarden voor een goed participatieproces. De procedure bevat echter ook nog de mogelijkheid dat de uov twee keer wordt doorlopen voordat het projectbesluit daadwerkelijk is vastgesteld. Vanwege de gekozen uitgangspunten van vrijblijvende vroegtijdige participatie en het verplicht moeten volgen van de uov wordt de kans gemist om bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet, die een ‘paradigmawisseling’ in omgevingsrechtelijk Nederland bewerkstelligt,<sup>165</sup> te komen met een eveneens paradigmawisselende inspraakprocedure. Met een dergelijke inspraakprocedure kan de wetgever de uov vervangen, waardoor hij op lange termijn juridische zekerheid kan bieden in het licht van het Verdrag en beter kan aansluiten bij de uitdagingen van deze tijd.

---

<sup>165</sup> Aldus de regering, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7.

Wij zijn ons ervan bewust dat het alternatieve stelsel dat wij voorstellen ervoor kan zorgen dat de besluitvorming in de voorfase vertraging oploopt ten opzichte van de uov. Dit terwijl de roep om snelle besluitvorming steeds groter wordt. Zo gaf minister Jetten voor Klimaat en Energie in een recente Kamerbrief al aan dat het tot nu toe minder goed gaat met het behalen van de doelstellingen uit de regionale energiestrategieën dan gehoopt.<sup>166</sup> De Europese Commissie heeft in een mededeling van 18 mei 2022 daarnaast medegedeeld dat voor de uitrol van wind-energie vergunningprocedures 'drastisch [moeten] worden versneld'.<sup>167</sup> Hoe dat in zijn werk zou moeten gaan beschrijft de Commissie in een Aanbeveling van dezelfde datum.<sup>168</sup> Zo zou de termijn voor vergunningverlening moeten worden verkort en moet de aansluiting op het net worden versneld. Wat echter opvalt is dat participatie van de burgers en de gemeenschap ook moet worden gefaciliteerd in het kader van de versnelling: namelijk om draagvlak en betrokkenheid te vergroten. Die snelheid zal zich dan manifesteren doordat belanghebbenden geen beroep instellen tegen een besluit of een verzoek om handhaving doen tegen een door de overheid en of initiatiefnemer gewenst project. Zij zullen zich door de inspraak mogelijk eerder kunnen verenigen met een besluit.

Het gebrek aan publieke aanvaarding en de mogelijke onrust die daarmee gepaard kan gaan is in Nederland aan de orde van de dag.<sup>169</sup> De oplossing die voor die onrust en weerstand tegen projecten wordt gegeven, is veelal dat burgers voorafgaand, betekenisvolle invloed kunnen uitoefenen.<sup>170</sup> De versnelling van besluitvorming hoeft bovendien niet alleen aan de voorkant plaats te vinden. Recentelijk zijn er twee rapporten verschenen met aanbevelingen voor de versnelling van zowel de bezwaar- als beroepsprocedure in het omgevingsrecht.<sup>171</sup>

Naast het behartigen van betrokken belangen is een belangrijke reden waarom wij een voorstel hebben gedaan voor de alternatieve voorbereidingsprocedure dat de uov zich wat ons betreft slecht verdraagt met het Verdrag. Een vraag die echter ook kan worden of misschien wel moet worden gesteld, is of de mogelijkheden die het Verdrag biedt – en vooral niet biedt – nog wel van deze tijd zijn. Het Verdrag van Aarhus dateert al van 1998 en is sindsdien niet aangepast. Het gewicht dat toen werd toegekend aan participatie zou mogelijk minder zwaar zijn als het Verdrag nu zou worden opgesteld. Hoewel geregeld wordt geëvalueerd in hoeverre de Partijen het Verdrag op een juiste wijze hebben geïmplementeerd, is voor zover

<sup>166</sup> Kamerstukken II, kenmerk 32813-1085.

<sup>167</sup> COM(2022)230 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's; REPowerEU Plan, 18 mei 2022.

<sup>168</sup> C/2022/3219 Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2022 over het versnellen van de procedures voor de verlening van vergunningen voor projecten op het gebied van hernieuwbare energie en het faciliteren van stroomafnameovereenkomsten.

<sup>169</sup> Zie bijvoorbeeld het 'Casuonderzoek maatschappelijke onrust Noord-Nederland bij overheidsbeslissingen' van het Verwey-Jonker Instituut en de Rijksuniversiteit Groningen van maart 2022.

<sup>170</sup> Idem, maar ook de Commissie Elverding concludeerde al in 2008 dat het de vlotte besluitvorming ten goede zou komen als zou worden geïnvesteerd in eenduidige participatiemogelijkheden aan de voorkant van het besluitvormingsproces, Advies Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten, Sneller en beter, 2008.

<sup>171</sup> Tolsma e.a. 2022a & 2022b.

wij weten het Verdrag zelf en de werking daarvan nog nooit geëvalueerd. Wat ons betreft komt daar verandering in. Wij concludeerden in ieder geval dat het Verdrag op punten niet uitblinkt in duidelijkheid. Op korte termijn vinden wij het daarom bevorderlijk als de Afdeling prejudiciële vragen zou stellen over de uitleg van artikel 6 Verdrag.

Nogmaals: er zal altijd verzet blijven bestaan tegen bepaalde projecten zolang er conflicterende belangen in het spel zijn. Inspraak is dan ook geen wondermiddel en de papieren werkelijkheid sluit dikwijls minder goed aan bij de praktijk. In tijden waarin het vertrouwen in de overheid historisch laag is en zich tegelijkertijd allerlei crises voordoen, is het volgens ons echter van groot belang om het gat tussen overheid en burger in ieder geval *proberen* te dichten. Wij hopen daar met dit preadvies een bescheiden bijdrage aan te hebben geleverd.



# Geraadpleegde literatuur

**Addink, NTB 2020/172**

G.H. Addink, 'Het participatiebeginsel in het bestuursrecht. Opmerkingen bij het voorontwerp Wet versterking participatie op decentraal niveau', NTB 2020/172.

**Adriaanse, JBplus 2022/5**

M. Adriaanse 'Een alternatieve oplossing voor Varkens in Nood', JBplus 2022/5.

**Barkhuysen e.a. 2022**

T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

**Benhadi, JBplus 2021/8**

R. Benhadi, 'Nederlands bestuursprocesrecht op onderdelen in strijd met het Verdrag van Aarhus', JBplus 2021/8.

**Bitter & Besselink 2019**

C.M. Bitter & H.J.M. Besselink, '25 jaar Awb-bezwaarschriftprocedure: tijd voor heroverweging', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Boeve & Groothuijse, REW 2019/2**

M.N. Boeve & F.A.G. Groothuijse, 'Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?!', REW 2019/2.

**Van Buuren, Nijmeijer & Robbe 2017**

P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hooflijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

**Collignon, ten Veen & Schmidt 2019**

A. Collignon, A. ten Veen & A.M. Schmidt, 'Het complexe omgevingsprocesrecht: laat de Awb het eenvoudiger maken', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Frins e.a., M en R 2021/64**

R.H.W. Frins e.a., 'Anders omgaan met het 'Varkens in Nood-arrest'', M en R 2021/64.

**Freriks & Van der Loo, NBR 2021/3**

A.A. Freriks & F.M.A. van der Loo, 'Uitleg varkens in nood-arrest en consequenties voor Nederlands bestuursprocesrecht', NBR 2021/3.

**Flamey e.a. 2021**

P. Flamey e.a., *De omgevingsvergunning in het Vlaams Gewest*, Brugge: Die Keure 2021.

**Gierveld, NTB 2021/137**

H.A.J. Gierveld, 'Arrest Varkens in Nood: much ado about nothing', NTB 2021/137.

**De Graaf 2007**

L.J. de Graaf, *Gedragen beleid. Een bestuurskundig onderzoek naar interactief beleid en draagvlak in de stad Utrecht* (diss. Utrecht), Delft: Eburon 2007.

**De Haas & Tsheichvili, M en R 2018/109**

D.C.E. De Haas & A.I. Tsheichvili, 'Grootschalige windparken: inspraak op een 'vroeg genoeg moment'?', M en R 2018/109.

**Karnenbeek, Groothuijse & Van Rijswick, RegelMaat 2022/3**

L.J. van Karnenbeek, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W. van Rijswick, 'Interbestuurlijke verhoudingen in de Omgevingswet: ordeloos of een thorbeckiaans evenwicht?', RegelMaat 2022/3.

**Keinemans & Molendijk, PB 2021/5**

J.H. Keinemans & R. Molendijk, 'Naar binnen door de nooduitgang. De toegang tot de bestuursrechter bij omgevingsbesluiten verruimd', PB 2021/5.

**Koeman, NTB 2007/55**

N.S.J. Koeman, 'De voorzichtige terugtred van de bezwaarschriftprocedure', NTB 2007/55.

**Koenraad, Gst. 2011/64**

L.M. Koenraad, 'De opmars van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure: rechtsbescherming onder druk', Gst. 2011/64.

**Koenraad 2016**

L. M. Koenraad, *De uniforme openbare voorbereidingsprocedure*, Deventer: Kluwer 2016

**Koers & Bröring, TO 2017/4**

A.W. Koers & H.E. Bröring, 'Burgerparticipatie en omgevingsprojecten: hoe zorgen we voor kwaliteit', TO 2017/4.

**Van 't Lam & Nijmeijer, M en R 2017/62**

V.M.Y. van 't Lam & A.G.A. Nijmeijer, 'Op een beweeglijk standpunt sta je het sterkst. Pleidooi tegen de introductie van de uitgebreide voorbereidingsprocedure 'op aanvraag'', M en R 2017/62.

**Marseille e.a. 2022**

A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 156.



**Meulebrouck, Tijdschrift voor Milieurecht 2021/6**

M. Meulebrouck, 'Verplichte participatie van de burger in het omgevingsrecht in Nederland en Vlaanderen onder druk ingevolge het arrest Varkens in Nood van het Hof van Justitie: beter voorkomen dan genezen', *Tijdschrift voor Milieurecht* 2021/6.

**Robbe, NTB 2006/25**

J. Robbe, 'De uniforme openbare voorbereidingsprocedure nader beschouwd', *NTB* 2006/25.

**Samvel, Transnational Environmental Law 2020**

G. Samvel, 'Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice', *Transnational Environmental Law* (Cambridge University Press) 2020.

**Schlössels & Zijlstra 2017**

R.J.N Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Schreuder-Vlasblom 2017**

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 493.

**Schueler, M en R 2014/49**

B. Schueler, 'Wat doen we met de inspraak?', *M en R* 2014/49.

**Tolsma & De Graaf, M en R 2021/119**

H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land: Een juridische analyse van participatie bij duurzame energieprojecten', *M en R* 2021/119.

**Tolsma e.a. 2022a**

H.D. Tolsma e.a., *Versnelling van rechtsbescherming in het omgevingsrecht: de procedure in bezwaar*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2022.

**Tolsma e.a. 2022b**

H.D. Tolsma e.a., *Versnelling van rechtsbescherming in het omgevingsrecht: de procedure bij de bestuursrechter*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2022.

**Verbeek, SEW 2019/5**

J. Verbeek, 'Inspraak volgens het Verdrag van Aarhus', *SEW* 2019/5.

**Van der Veen, Gst. 2022/51**

G.A. van der Veen, 'Varkens in relatieve Nood', *Gst.* 2022/51.

**Visser, Van Popering-Verkerk & Van Buuren 2019**

V. Visser, J. van Popering-Verkerk & M.W. van Buuren, *Onderbouwd ontwerpen aan participatieprocessen. Kennisbasis participatie in de fysieke leefomgeving*, Rotterdam: 2019.

**Wertheim, JBplus 2019/4**

R.S. Wertheim, 'Functies van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak', *JBplus* 2019/4.

**Wever 2020**

M. Wever, *Kwaliteit van bestuursrechtelijke bezwaarprocedures* (diss. Groningen), 2020, p. 133.

**Ypinga & Tingen, BR 2021/56**

J.H.N. Ypinga & J. Tingen, 'De Varkens in Nood-saga: de impact Verdrag van Aarhus op het Nederlandse omgevingsrecht', *BR* 2021/56.