

TBR 2020/118

Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken

Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis

– Prof. dr. ir. A.G. Bregman en mr. J.J. Karens¹

1. Inleiding

Het aandeel hernieuwbare energie in de totale Nederlandse energieproductie groeit. Een zeker aandeel daarin heeft de grote toename van zonnestroom.² Het aantal zonneparken op land zal de komende jaren verder toenemen, mede in verband met de uitwerking van regionale afspraken over de opwekking van 35 Twh hernieuwbare energie die in de zogenaamde Regionale Energiestrategie (RES) worden gemaakt.

Een van de vragen hierbij is in hoeverre burgers in de nabijheid van het project waarbij een zonnepark wordt gerealiseerd profijt hebben van de voorgenomen ontwikkeling, bijvoorbeeld door een aandeel te verkrijgen in de ontwikkeling of op een andere wijze direct of indirect van de opbrengsten mee te profiteren. Steeds meer gemeenten stellen als randvoorwaarde voor het meewerken aan het ontwikkelen van zonneparken dat 50% lokaal eigendom gerealiseerd moet worden of dat marktpartijen een (forse) omgevingsbijdrage moeten betalen, al

dan niet als aanvulling op een kleiner aandeel lokaal eigendom.³

In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of (financiële) participatie van omwonenden, in de vorm van lokaal eigendom, of de afdracht van omgevingsbijdragen bij zonneparken, afdwongen kan worden.⁴ Feitelijk gaat het hierbij om twee ten principale verschillende vragen: in de eerste plaats de vraag naar juridische mogelijkheden voor verplichte (financiële) participatie door omwonenden en in de tweede plaats de vraag naar de juridische mogelijkheden voor een verplichte afdracht van omgevingsbijdragen. Waarom deze beide vragen in dit artikel beide worden behandeld, heeft zijn oorzaak in het beleid van veel gemeenten, waar aan het streven naar 'lokaal eigendom' invulling wordt gegeven, zowel door het streven naar financiële participatie door omwonenden als door het streven naar financiële afdrachten door marktpartijen die zonneparken realiseren ten behoeve van het realiseren van openbare voorzieningen waarvan (in het bijzonder) omwonenden profiteren. Gelet hierop wordt in dit artikel achtereenvolgens ingegaan op de rol van (financiële) participatie onder de Wro en de Omgevingswet, de mogelijkheid van omgevingsbijdragen onder de Wro en Omgevingswet en de wijze waarop particulier opdrachtgeverschap ten

1 Arjan Bregman is hoogleraar bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en als senior-stafmedewerker aan het Instituut voor Bouwrecht en als fellow aan de Amsterdam School of Real Estate verbonden. Hij adviseert onder de naam Bregman Advisering. Jacco Karens is juridisch stafmedewerker bij het Instituut voor Bouwrecht en buiten-promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. Dit artikel is een bewerking van een onderzoek dat door IBR is uitgevoerd ten aanzien van de afdwingbaarheid van lokaal eigendom en omgevingsbijdragen bij zonneparken in opdracht van Holland Solar.

2 <<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/10/productie-groene-elektriciteit-in-stroomversnelling>>. De productie van stroom met zonnepanelen nam toe, van 3,7 miljard kWh in 2018 naar 5,2 miljard kWh in 2019. Daaronder vallen zowel zonnepanelen op land als op bouwwerken.

3 Zie bijv. het beleid van de gemeente Midden-Groningen, par. 3.2.3: https://www.midden-groningen.nl/data/publicatie-website/beleid-voor-zonneparken/20191128_gewijzigd%20Vastgesteld%20beleid%20zonneparken%20Midden-Groningen.pdf?_dc=1576070891208&_dc=1576070891225, het beleid van de gemeenten Delfzijl, Loppersum en Appingedam: Leidraad lokaal eigendom, via: https://www.loppersum.nl/wonen-leven/ruimte-voor-energie_43280/ en het beleid van de gemeente Noardeast-Fryslân, via: <https://www.noardeast-fryslan.nl/sites/default/files/2020-06/Beleidskader%20Zonne-energie%202020%20NF.pdf>. Uit dat laatste document volgt op pagina 30 dat de omgevingsbijdrage afhankelijk is van het percentage lokaal eigendom en als compensatie gezien moet worden voor het niet behalen van de 50% lokaal eigendom.

4 Zie daarover reeds eerder: Noordelijke Rekenkamer, Verdeling onder hoogspanning, (Rapport november 2019).

aanzien van woningbouw is geregeld. We sluiten af met enkele analyses en conclusies.

Daarbij wordt steeds uitgegaan van de situatie dat de betreffende gronden niet in eigendom van de gemeente zijn. Indien dit wel het geval is dan kan de gemeente bij de gronduitgifte (in eigendom dan wel in erfpacht) er voor kiezen om een deel van de gronden uit te geven aan een groep particulieren (die zich in een zeker verband hebben georganiseerd), dan wel aan potentiële gegadigden voor de afname van gronden als eis te stellen dat een deel van de gronden c.q. een aandeel in het gehele exploitatieresultaat van het zonnepark wordt gereserveerd voor (een samenwerkingsverband van) omwonenden. Ook kan de gemeente een zeker deel van de financiële opbrengst van de gronduitgifte bestemmen voor de verbetering van de ruimtelijke kwaliteit.

2. Onderscheid in participatie

Lokaal profijt in de vorm van mede-eigenaarschap van zonneparken wordt vaak aangeduid als 'participatie'. Voor een goed begrip is het nuttig om een dergelijke vorm van financiële participatie te onderscheiden van andere vormen van participatie, zoals procesparticipatie; het bieden van de mogelijkheid aan omwonenden en andere belanghebbenden tot overleg en inhoudelijke betrokkenheid voorafgaand aan de officiële besluitvormingsprocedure van bijvoorbeeld een ruimtelijk plan. Daarbij zijn omwonenden vanaf een vroeg moment in de planvorming betrokken door middel van bijvoorbeeld bewonersavonden.

In het kader van besluitvorming over zonneparken wordt het begrip participatie in meerdere betekenissen gebruikt: in de ene betekenis gaat het om overleg en inhoudelijke betrokkenheid voorafgaand aan de officiële besluitvormingsprocedure van bijvoorbeeld een ruimtelijk plan en in de andere betekenis om financiële participatie in het te realiseren project zelf.⁵ In deze bijdragen onderscheiden wij beide vormen nadrukkelijk vanwege de achterliggende doelstellingen en belangen. Wat betreft de financiële participatie waarvan sprake is bij lokaal eigendom van zonneparken, kan de wens om lokaal eigendom van de productie in handen te laten vallen van de lokale omgeving op verschillende wijzen vorm krijgen.⁶ Zo kan een lokale energie-coöperatie

opgericht worden waarin de exploitant en omwonenden gezamenlijk eigenaar zijn van de installatie en waarbij de opbrengsten ten goede komen van de coöperatie. Daarnaast is het mogelijk om aandelen of obligaties uit te geven aan omwonenden. Dit zijn vormen van mede-eigenaarschap waarbij ook risico's megedragen worden. Daarnaast zijn nog andere actieve innovatieve participatie- en eigendomsconstructies denkbaar.

In het kader van dit artikel dienen mogelijkheden voor financiële participatie in het project zelf te worden onderscheiden van de vorming van een gebiedsfonds of het afdragen van een omgevingsbijdrage, waardoor de opbrengsten van het zonnepark deels ten goede komen van de nabijgelegen omgeving. In dergelijke situaties is geen sprake is van financiële participatie door middel van lokaal eigendom, maar van een financiële afdracht door de exploitant van een zonnepark, waarvan omwonenden profiteren doordat de bijdrage bijvoorbeeld wordt besteed aan voorzieningen waarvan zijn gebruik kunnen maken.

3. Context van lokaal profijt (de uitwerking van) het Klimaatakkoord

Het Klimaatakkoord is in juni 2019 gepresenteerd en bevat doelstellingen voor het klimaatbeleid voor de periode tot 2030 (en voor bepaalde sectoren tot 2050).⁷ Bij de uitwerking van het akkoord worden draagvlak en acceptatie van de maatregelen van groot belang geacht. Dat wordt onder meer bevorderd door een eerlijke verdeling van lusten en lasten van de voorgenomen ontwikkeling van installaties voor hernieuwbare energie. De eerlijke verdeling van lusten en lasten moet breed geïnterpreteerd worden: niet alleen financieel maar bijvoorbeeld ook ruimtelijk en sociaal. Dit betekent onder meer dat bij hernieuwbare energie op land burgers en bedrijven de kans krijgen om mee te denken over waar projecten gerealiseerd worden en zo mogelijk ook kunnen delen in de opbrengst.⁸ Eiders stelt het Klimaatakkoord dat, om de projecten voor de bouw en exploitatie van hernieuwbaar op land in de energietransitie te laten slagen, in gebieden met mogelijkheden en ambities voor hernieuwbare opwekking de omgeving en marktpartijen gelijkwaardig gaan samenwerken in de ontwikkeling, bouw en exploitatie. Dit zou zich moeten vertalen in een evenwichtige eigendomsverdeling in een gebied waarbij gestreefd wordt naar 50% eigendom van de productie van de lokale omgeving (burgers en bedrijven). Het streven voor de eigendomsverhouding is een algemeen streven voor 2030. Er is

⁵ Zie over de rol van participatie bij ruimtelijke besluitvorming ook het tweeluik van S.W. Derksen en H.W. Dekker, *Participatie*, TBR 2020/104 en TBR 2020/114. En tevens: M.A.M. Dieperink, *Participatie in de Omgevingswet* in: S. Bartel (e.a.) *Milieubescherming in het omgevingsplan*, VMR-bundel 2016-1.

⁶ Zie de Participatiewaai, die eind 2019 tot stand is gekomen tussen verschillende partijen in de hernieuwbare energiesector en de (Rijks-)overheid. De waai is geen formele afspraak maar geeft enkel inzicht in de wijze waarop participatie bij de uitvoering van het Klimaatakkoord kan plaatsvinden.

⁷ Zie daarvoor ook: J.J. Karens, 'Balanceren in de energietransitie. Het gemeenschappelijk kader voor energietransitie in de gebouwde omgeving', TBR 2019/148.

⁸ Klimaatakkoord (2019), p. 216

lokaal ruimte om hier vanwege lokale project-gereleerde redenen van af te wijken.⁹

In de 'Gedragscode Zon op land'¹⁰ wordt aangegeven dat de initiatiefnemer een proces doorloopt om te komen tot een wenselijke en haalbare vormgeving van participatie. De Gedragscode is een tussen de ondertekenaars afgesproken kader voor de ontwikkeling van zonneparken. Participatie moet leiden tot een 'evenwichtige eigendomsverdeling in een gebied waarbij gestreefd wordt naar 50% eigendom van de productie van de lokale omgeving (burgers en bedrijven). Investeren in een zon -en/of windproject is ondernemerschap. Dat vergt ook mee-investeren en risicolopen.¹¹ Partijen bij de Gedragscode geven aan dat een en ander vastgelegd kan worden in een zogenaamde omgevingsovereenkomst tussen ontwikkelaar en een lokale energiecoöperatie en/of omwonenden.

De wens uit het Klimaatakkoord om het aandeel lokaal eigendom te vergroten wordt inmiddels ook door decentrale overheden, zowel provincies als gemeenten, in beleidsdocumenten overgenomen.¹² In sommige gevallen wordt daaraan toegevoegd dat als het behalen van lokaal eigenaarschap niet mogelijk is, de ontwikkelaar een zogenaamde omgevingsbijdrage moet betalen uit de opbrengsten voor het park.¹³ In andere gevallen gaat het om beleid dat gericht is op zowel financiële- als procesparticipatie. Gelet op de ruime beleidsvrijheid die aan lokale overheden toekomt is het ook mogelijk om dergelijke onderwerpen, die betrekking hebben op de gewenste wijze van ontwikkeling van hernieuwbare energieopwekking in de gemeente, op te nemen in beleidsdocumenten zoals afwegingskaders voor hernieuwbare energieopwekking of als onderdeel van gemeentelijk participatiebeleid voor hernieuwbare energieprojecten. In de uitvoeringsparagraaf bij een structuurvisie zou kunnen worden aangegeven op welke wijze de gemeente bij de nadere planologische besluitvorming en vergunningverlening lokale betrokkenheid bij zonneparken wenst na te streven. Deze beleidsdocumenten zijn op zichzelf echter niet bindend.

4. Participatie en omgevingsbijdragen in de Wro en de Omgevingswet

4.1 Participatie onder de Wro

Tot voor kort achtte de Afdeling bestuursrecht-spraak Raad van State (hierna: de Afdeling) de omstandigheid dat er onvoldoende draagvlak voor een voorgenomen ruimtelijke ontwikkeling was niet ruimtelijk relevant.¹⁴ Inmiddels dient daarop enige nuancering aangebracht te worden. Uit recente uitspraken¹⁵ volgt dat, indien in gemeentelijk beleid opgenomen is dat een initiatiefnemer inspanningen moet verrichten om maatschappelijk draagvlak te verwerven of vergroten, het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting voor het bestuursorgaan reden kan zijn de gewenste planologische medewerking niet te verlenen.¹⁶ Lokaal draagvlak zou daarom in de belangenafweging die het bestuur bij de beoordeling van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van een nieuw wind- of zonnepark moet maken, een rol kunnen spelen. De Afdeling heeft recent geoordeeld dat het bevoegd gezag een afweging te maken tussen het belang van een duurzame energievoorziening in het kader van de energietransitie en de belangen van omwonenden. Draagvlak speelt mee in de belangenafweging, maar het ontbreken van draagvlak bij direct omwonenden is in die belangenafweging niet zonder meer het meest zwaarwegend.¹⁷ Het gaat bij het in gemeentelijk beleid voorschrijven van participatie namelijk in alle gevallen om een inspanningsverplichting¹⁸, waarbij de initiatiefnemer de door hem gedane inspanningen zal moeten aantonen.

Er lijkt overigens wel een zeker verband aanwezig tussen beide vormen van participatie zoals hiervoor onderscheiden (procesparticipatie en financiële participatie), in die zin dat uit de jurisprudentie volgt dat het bieden van financiële participatie een manier is om aan de inspanningsverplichting voor het organiseren van participatie voor het bereiken van een voldoende draagvlak te voldoen.¹⁹ Daarmee is door de Afdeling echter niet uitgesproken dat het leveren van voldoende inspanning voor het creëren van draagvlak in de vorm van het aanbieden én bereiken van financiële participatie van omwonenden een voorwaarde is voor het door de gemeente

⁹ Klimaatakkoord (2019), p. 219.

¹⁰ Op 13 november 2019 hebben negen partijen de Gedragscode Zon op Land getekend. Het gaat om de brancheorganisatie Holland Solar, de vereniging van omwonenden van energieprojecten NLVOW, Energie Samen, Greenpeace, Milieudefensie, Natuur & Milieu, de Natuur en Milieufederaties, Natuurmonumenten, en de Vogelbescherming.

¹¹ Energie samen, *Gedragscode Zon op land*, p. 5.

¹² Zie bv. de *Beleidskader Zonneparken, Groningen geeft energie* van de Gemeente Groningen, p. 25. En daarnaast een overzicht in het onderzoek van de Noordelijke Rekenkamer, *Verdeling onder spanning*, november 2019, p. 55. Te raadplegen via: <<https://www.noordelijkerenkenkamer.nl/onderzoek/actuele-rapporten/221-verdeling-onder-hoogspanning>>.

¹³ Zie bijvoorbeeld beleid van de gemeente Westerwolde, (<https://www.westerwolde.nl/file/3700/download>),

¹⁴ ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276, r.o. 2.4.1 en ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702, r.o. 8.

¹⁵ ABRvS 23-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Daalkampen), ABRvS 18-12-2019 (Etriplus/Venlo).

¹⁶ ABRvS 18-12-2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209, r.o. 23.2.)

¹⁷ ABRvS 1-4-2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, r.o. 3.2.

¹⁸ Rb. Noord-Nederland, 15-4-2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650 (Zonnepark Fluitenberg), r.o. 9.3.

¹⁹ ABRvS 1-4-2020, ECLI:NL:RVS:2020:958. In dat geval had de initiatiefnemer contact gezocht met omwonenden, aan een buurthuis een geldbedrag geschonken voor aankoop van een warmtepomp, twee jeugdsozen obligaties in het project geschonken en het voor geïnteresseerden mogelijk gemaakt om financieel te participeren in het zonnepark.

kunnen nemen van een planologische maatregel. Ook waar het creëren van draagvlak volgens het gemeentelijke beleid moet plaatsvinden (onder meer) door het aanbieden van financiële participatie, zal het enkel aantonen dat er door initiatiefnemer ter zake inspanningen zijn verricht dan ook voldoende zijn om te voorkomen dat omwonenden zich in beroep tegen een planologische maatregel met succes op het standpunt kunnen stellen dat aan de participatieverplichting niet is voldaan.

Daarmee is echter nog niet alles gezegd. In de hiervoor aangehaalde jurisprudentie ging het om gemeenten die genoegen namen met het voldoen aan een inspanningsverplichting en om omwonenden die zich daarmee niet konden verenigen. Voor die omwonenden blijkt het lastig om af te dwingen dat de inspanningsverplichting tot een bepaald resultaat leidt. Een andere situatie doet zich echter voor indien de gemeente eist dat een zekere mate van financiële participatie van omwonenden niet slechts door de initiatiefnemer wordt nagestreefd, maar ook daadwerkelijk wordt bereikt. Het participatievereiste fungeert dan als resultaatverplichting. De vraag is in hoeverre een dergelijke resultaatverplichting door de gemeente kan worden afgedwongen.

Het uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag is dat het door een gemeente stellen van specifieke voorwaarden aan de wijze en omvang van financiële participatie van omwonenden in zonneparken een zogenaamde bovenwettelijke eis betreft, waarvoor noch de Wro, noch een andere wettelijke regeling een expliciete grondslag biedt. Voor het al dan niet verlenen van omgevingsvergunning voor het realiseren van een zonnepark kan zo'n bovenwettelijke eis derhalve niet doorslaggevend zijn. Gelet op het zogenaamde limitatief-imperatieve stelsel van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) mag een vergunningaanvraag alleen geweigerd worden indien van één van de weigeringsgronden van artikel 2.10, eerste lid Wabo sprake is. Bovenwettelijke eisen vormen geen toetsings- en eventuele weigeringsgrond zoals vermeld in art. 2.10 Wabo en kunnen als zodanig ook niet leiden tot weigering van een omgevingsvergunning.

De hamvraag is of gemeentelijk beleid dat inhoudt dat marktpartijen een zekere mate van participatie moeten realiseren (hetgeen in een gemeentelijke beleidsregel kan worden vastgelegd) naar een juridisch bindend planologisch besluit kan worden vertaald, ofwel indien voor een toekomstig zonnepark een bestemmingsplan wordt vastgesteld (art. 3.1 Wro) dan wel een omgevingsvergunning wordt verleend voor planologisch afwijken (art. 2.12 Wabo). Bij het nemen van dergelijke planologische maatregelen dient het bevoegd gezag (gemeenteraad respectievelijk College van B&W)

die bevoegdheid uit te oefenen in het belang van een goede ruimtelijke ordening (art. 3.1 Wro). Van het begrip goede ruimtelijke ordening wordt geen expliciete omschrijving gegeven in de Wro. De gemeenteraad moet rekenschap geven van de vraag of de aan de gronden gegeven bestemmingen en bijbehorende regels een goede ruimtelijke ordening tot stand brengt. Bij de belangenafweging die daarvoor nodig is kunnen ook natuur, milieu en andere belangen een rol spelen, maar deze belangen moeten dan wel verband houden met de aan de grond te geven bestemming.²⁰ Met andere woorden; alleen als deze ruimtelijke relevant zijn kunnen deze een rol spelen in het kader van een goede ruimtelijke ordening en de vraag of in het kader van het betreffende zonnepark een bestemmingsplan kan worden vastgesteld of omgevingsvergunning kan worden verleend.²¹ Ruimtelijke relevantie wordt ingevuld aan de hand van gevolgen van het planonderdeel op de omgeving en bakent zodoende de bevoegdheid om regels te stellen in een ruimtelijk instrument, zoals een bestemmingsplan, af. In dat kader is het onzeker of participatie, in het bijzonder financiële deelneming van omwonenden, een ruimtelijk belang is.

Het voorgaande betekent overigens ook dat het onzeker is of een bovenwettelijke participatie-eis die in provinciaal beleid of in een provinciale omgevingsverordening is opgenomen, en daarmee doorwerkt in de besluitvorming door gemeenten, doorslaggevend kan zijn voor het niet kunnen vaststellen van een bestemmingsplan of verlenen van de omgevingsvergunning wegens strijd met die verordening.²²

4.2 (Financiële) participatie onder de Omgevingswet

In de Omgevingswet staat 'de zorg voor de fysieke leefomgeving' centraal en moet sprake zijn van een evenwichtige toedeling van functies en locaties, waar onder de huidige Wro de eis van een goede ruimtelijke ordening geldt. Bevoegdheden op grond van de Omgevingswet worden met het oog op de in art. 1.3 Ow opgenomen doelstellingen uitgeoefend. Het omgevingsplan bevat in ieder geval de regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 4.2 lid 1 Awb), en kan regels bevatten ten aanzien van activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. Bij de totstandkoming van deze regels kunnen allerlei voor de fysieke leefomgeving van belang zijnde

²⁰ ABRvS 8-11-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765 (Smallerland) TBR 2020/22, m.nt. Kegge.

²¹ Vergelijk ook: *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3

²² Zie bijvoorbeeld de provinciale zonnelader in de Provinciale Verordening Drenthe (art. 3.30) waaruit volgt dat initiatieven voor zonneparken buiten bestaand stedelijk gebied voorzien moeten zijn van 'breed maatschappelijk draagvlak' en op betrokkenheid vanuit de directe omgeving moeten kunnen rekenen.

belangen een rol spelen, zoals milieu, water, natuur en het tegengaan van klimaatverandering.²³

In het kader van de besluitvorming over de aanvaardbaarheid van ruimtelijke ontwikkelingen kan onder de Omgevingswet het organiseren van participatie een verplichting zijn voor bestuursorganen en initiatiefnemers.²⁴ De 'algemene' participatieverplichting voorafgaand aan de vaststelling van een omgevingsvisie of omgevingsplan is geregeld in artikel 10.2 Omgevingsbesluit en verschilt inhoudelijk niet van wat nu is geregeld in artikel 3.1.6 lid 1 aanhef en onder e Bro, namelijk dat aangegeven moet worden hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding worden betrokken. Voor omgevingsplannen (artikel 10.2 tweede lid Omgevingsbesluit) en omgevingsvergunningen (art. 7.4 Omgevingsregeling) geldt dat aangegeven moet worden hoe derden betrokken zijn bij de voorfase van de besluitvorming en wat daarvan de resultaten zijn. De verplichting bij omgevingsplannen rust op het bevoegd gezag als motiveringsplicht, en bij omgevingsvergunning op de initiatiefnemer als motivering bij de aanvraag, welke motivering door de gemeente kan worden geaccepteerd en overgenomen bij het verlenen van de vergunning. Voor omgevingsvergunningen voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit geldt dat de gemeenteraad ook categorieën kan aanwijzen waarbij participatie verplicht is alvorens de vergunningaanvraag in te dienen (art. 16.55, zevende lid Ow). Voor die gevallen waarin de participatie is verplicht, moet de aanvrager aantonen dat hij 'iets' aan participatie heeft gedaan. Indien uit de omgevingsvergunningaanvraag blijkt dat niet aan de verplichte participatie is gedaan, dan zal de initiatiefnemer in de gelegenheid moeten worden gesteld om de aanvraag aan te vullen, en indien dat niet gedaan wordt kan de omgevingsvergunningaanvraag buiten behandeling worden gelaten.

Participatie zal meewegen in de belangenafweging die het bevoegd gezag in het kader van de vergunningverlening zal maken. Enkel wanneer er sprake is van een participatievereiste, bijvoorbeeld indien de activiteit daartoe aangewezen is door de gemeenteraad in het geval van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, kan het ontbreken van participatie leiden tot het niet in behandeling nemen van een vergunningaanvraag. In dat geval gaat het echter nog steeds om de vraag of participatie aan sich plaats heeft gevonden, maar kan het niet behalen van het daarmee beoogde resultaat, namelijk bepaalde aantoonbare invloed van de participanten op de inhoud van het

initiatief waarvoor vergunning wordt aangevraagd, nog steeds niet afgedwongen worden. Wel staat vast dat het ontbreken van participatie in algemene zin geen grond is om de aanvraag niet in behandeling te nemen of om zondermeer de aanvraag te weigeren.

De wetgever heeft nadrukkelijk geen wettelijke criteria meegegeven voor de wijze waarop geparticipeerd moet worden omdat dat ertoe zou leiden dat het proces teveel zou juridificeren.²⁵ Onder de Omgevingswet dient de participatieverplichting door middel van het vaststellen van gemeentelijk participatiebeleid nader ingevuld worden. De criteria voor participatie in gemeentelijk beleid dienen voldoende helder omschreven te zijn, zodat voor initiatiefnemers duidelijk is wat van hen verwacht mag worden wat participatie betreft. Deze criteria spelen tevens een rol bij toetsing door de rechter indien de aanvraag van de initiatiefnemer niet in behandeling wordt genomen en deze beroep daartegen instelt.

Met participatie bedoeld in de Omgevingswet wordt nadrukkelijk bedoeld op het bieden van de mogelijkheid aan omwonenden en andere belanghebbenden tot overleg en inhoudelijke betrokkenheid voorafgaand aan de officiële besluitvormingsprocedure en wordt financiële participatie niet expliciet genoemd. De wetsgeschiedenis laat zich niet uit over de vraag of die participatie ook actieve participatie in de zin van financiële deelneming in het project kan inhouden.

Voor (gedwongen) financiële participatie biedt de Omgevingswet evenmin als het huidige recht een expliciete wettelijke grondslag. Indien en voor zover gemeenten een dergelijke vorm van participatie - die, zoals hiervoor aangegeven nadrukkelijk moet worden onderscheiden van zogenaamde procesparticipatie - zouden willen afdwingen, dienen zich naar onze mening vergelijkbare vragen aan als onder de Wro. Waar onder de Wro - met het oog op de mogelijke vertaling naar een bestemmingsplan of de omgevingsvergunning voor planologische afwijking - de cruciale vraag bleek of financiële participatie bij zonneparken wel als ruimtelijk relevant aspect heeft te gelden, zal onder de Omgevingswet voor de mogelijkheden om financiële participatie bij zonneparken te vertalen naar een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit cruciaal zijn of dit een relevant aspect is in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.²⁶

²⁵ Stb. 2018, 290, p. 133.

²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35133, 5, p. 3, waarin het uitgangspunt herhaalt wordt dat de publiekrechtelijke besluitvorming en afweging van verzoeken om planologische medewerking te verlenen telkens plaats dient te vinden op basis van planologische overwegingen. Gelet op de verbrede reikwijdte van de Ow zullen daar wel meer belangen een rol bij kunnen spelen.

²³ Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 60 e.v.

²⁴ Zie uitgebreider ook TBR 2020/114.

4.3 Omgevingsbijdragen in de Wro

De regeling inzake grondexploitatie in de Wro gaat uit van verplicht door de gemeenten toe te passen kostenverhaal en, waar nodig, het stellen van locatie-eisen bij particuliere exploitatie. De vraag is welke mogelijkheid om financiële bijdragen van initiatiefnemers van zonneparken te verlangen de Wro biedt.

Kostenverhaal is verplicht als het planologische besluit ruimte biedt aan een of meer bouwplannen die in artikel 6.2.1 Bro worden genoemd. In dit artikel is vastgelegd dat van een bouwplan ten behoeve van woningbouw waarbij van kostenverhaal in de zin van de Wro aan de orde kan zijn alleen sprake is indien op grond van het planologische besluit (sub a) een of meer woningen kunnen worden gebouwd of (sub d) de verbouwing van een of meer aaneengesloten gebouwen die voor andere doeleinden in gebruik of ingericht waren, voor woondoeleinden, mits ten minste 10 woningen worden gerealiseerd. Omdat het realiseren van een zonnepark niet voorkomt op de lijst met bouwplannen in artikel 6.2.1. Bro, kan van verplicht kostenverhaal op grond van het exploitatieplan jegens initiatiefnemers van zonneparken geen sprake zijn.

Behalve kostenverhaal op grond van een exploitatieplan bestaat er echter ook de mogelijkheid van kostenverhaal en het maken van afspraken over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen op grond van een overeenkomst. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wettelijke basis voor kostentoedeling in artikel 6.24 Wro heel breed is gehouden.²⁷ In de memorie van toelichting wordt bij artikel 6.24 opgemerkt dat er gezien het vrijwillige karakter geen nadere inkadering plaatsvindt, 'maar uit het creëren van de mogelijkheid om te contracteren over bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen mag niet afgeleid worden dat het mogelijk zou zijn planologische wijzingen te kopen. Een en ander hangt nauw samen met de ongelijkwaardigheid van beide partijen bij dergelijke afspraken. De publiekrechtelijke besluitvorming en afweging van verzoeken om planologische medewerking dienen telkens plaats te vinden op basis van planologische overwegingen. De financieel-economische uitvoerbaarheid van het plan speelt een rol als randvoorwaarde. Artikel 6.24 leidt in die zin ook niet tot een verkapte 'open ruimte heffing' waarbij overheden eenzijdig willekeurige financiële afdrachten kunnen opleggen'.²⁸

Hoewel artikel 6.2.1. Bro geen expliciete garantie ter voorkoming van zogenoemde betaalplanologie geeft, is een handelwijze van de gemeente die neerkomt op betaalplanologie in strijd met

het wettelijk stelsel te achten.²⁹ Waar de juridische grenzen ten aanzien van de kostentoerekening op grond van anterieure overeenkomsten liggen is bij het ontbreken van jurisprudentie op dit punt tot nu toe, lastig voorspelbaar.³⁰ De grenzen aan 'financiële bijdragen aan de grondexploitatie op basis van een vastgestelde structuurvisie, aan ruimtelijke ontwikkelingen zijn ruim en dat biedt gemeenten voldoende inhoudelijke onderhandelingsruimte. Daar waar aantoonbaar sprake is van 'betaalplanologie' kan wel een grens getrokken worden. Het risico van nietigverklaring van gemaakte kostentoedelingsafspraken in een dergelijke situatie groot. Dit risico neemt toe naarmate de kostentoedelingsafspraken meer afwijken van de mogelijkheden van posterieur kostenverhaal, waarbij sprake is van toepassing van de criteria profijt, causaliteit en proportionaliteit, waarbij met name het laatste criterium van betekenis is.

Uit genoemde passages leiden wij af dat het feitelijk afdwingen van omgevingsbijdragen van marktpartijen die zonneparken wensen te realiseren door het ondertekenen van een anterieure overeenkomst waarin de verplichting tot betaling van die bijdrage is opgenomen als voorwaarde te stellen voor het verlenen van planologische medewerking, in strijd is met de bedoeling van de wetgever en derhalve kan leiden tot onverschuldigde betaling.

Een recente, opvallende uitspraak over bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen heeft betrekking op een bestemmingsplanherziening in de gemeente Oldebroek, op grond waarvan eigenaren van recreatiewoningen voor deze objecten tegen betaling een woonbestemming konden verkrijgen.³¹ De vereveningsbijdrage is gebaseerd op de door de gemeenteraad van Oldebroek vastgestelde structuurvisie 'Permanente bewoning recreatiewoningen (2017)'. Daarin zijn de wijze van berekening van de bijdrage en de bestedingsdoelen aangegeven. In de structuurvisie is opgenomen dat de eigenaar ter compensatie van het verlies van een recreatief object een vereveningsbijdrage in de gemeentelijke recreatievoorziening (fonds) stort waaruit het toeristisch-recreatief product van de gemeente in functioneel, kwalitatief en/of economisch opzicht

²⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30218 nr. 6, p. 11.

³⁰ ABRvS 22-10-2014, No. 201309214/1/R3, ECLI:NL:RVS:2014:3776 (Anterieure overeenkomst / bestemmingsplan 'Kom Maarheeze'), TBR 2014/208, m.n. J.B. Mus. Deze uitspraak had betrekking op het weigeren van planologische medewerking aan een bouwplan waar geen anterieure overeenstemming over het kostenverhaal kon worden bereikt, maar waarbij het College wel kon instemmen met het bouwplan.

³¹ ABRvS 28-8-2019, ECLI: NL: RVS: 2019: 2950 (Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen), TBR 2019/141, m.n. A.G. Bregman.

²⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 218 nr. 6, p. 11.

²⁸ Kamerstukken II 2004/05, 30 218 nr. 3, p. 25.

wordt verbeterd of verstevigd.³² De Afdeling stelt zich op het standpunt dat de raad in redelijkheid de door de appellant voor zijn recreatiewoning gewenste woonbestemming heeft kunnen weigeren, omdat hij geen anterieure overeenkomst heeft gesloten die strekt tot betaling van een vereveningsbijdrage. Uit deze uitspraak wordt onder meer duidelijk dat anterieure overeenkomsten ook kunnen worden gesloten met betrekking tot activiteiten die geen bouwactiviteiten als bedoeld in artikel 6.2.1. Bro zijn. De conclusie van de Afdeling gaat er echter aan voorbij dat bij het betalen van deze financiële bijdrage feitelijk geen sprake is van vrijwilligheid. De gemeente Oldebroek weigert immers planologische medewerking bij niet betalen voor maatregelen, waarvan de samenhang met de verslechtering van ruimtelijke kwaliteit als gevolg van de omzetting van recreatiewoningen in permanent te bewonen woningen voor een deel in hoge mate onduidelijk is. Nu de maatstaf voor de hoogte van de bijdragen voorts niet aan de kosten van die maatregelen is gerelateerd maar aan de waardeverhoging van de woningen, is er in zoverre sprake van gedwongen baatafoming. Zo bezien voldoet de regeling in de structuurvisie weliswaar aan de vereisten van artikel 6.24 Wro, maar heeft het onthouden van planologische medewerking op grond van die structuurvisie alle kenmerken van betaalplanologie, waarop in de parlementaire geschiedenis van de afdeling grondexploitatie nadrukkelijk een verbod is gezet.³³

Zelfs wanneer de lijn van de Afdeling in de casus Oldebroek wordt gevolgd, menen wij dat deze lijn geen ruimte biedt om planologische medewerking aan de realisatie van een zonnepark afhankelijk te maken van betaling van een omgevingsbijdrage. Anders dan in de betaling door de eigenaren van de recreatiewoningen in de casus Oldebroek, strekt een omgevingsbijdrage die door initiatiefnemers van zonneparken moet worden betaald, niet tot een verbetering van de ruimtelijke kwaliteit in samenhang met het verlies aan ruimtelijke kwaliteit (in Oldebroek als gevolg van de teruggang van recreatieve mogelijkheden binnen de gemeente), maar vormt zo'n omgevingsbijdrage een alternatief voor kennelijk niet (tijdig) te organiseren financiële participatie door omwonenden. Het vermeende verlies aan ruimtelijke kwaliteit is echter niet afhankelijk van het al dan niet door particulieren mede-exploiteren van het zonnepark. Dat motief wordt niet anders indien een mate van lokaal eigendom en een omgevingsbijdrage worden gecombineerd.

³² Als concrete maatregelen worden in de Structuurvisie genoemd de aanleg van nieuwe fietspaden, een belevingspad, toeristische voorzieningen zoals zitbanken langs fietspaden, een ruiternetwerk, verbetering van toeristische bebording, compensatie verlies bosarealen en de versterking van de beleving van landgoederen voor toerisme en recreatie.

³³ TBR 2019/141, m.n. A.G. Bregman.

4.4 Omgevingsbijdragen in de Omgevingswet

In de Omgevingswet is de regeling voor kostenverhaal bij bouw- en gebruikswijzigingsactiviteiten te vinden in Afdeling 13.6. Deze activiteiten worden in artikel 8.13 van het Omgevingsbesluit opgesomd. In dit artikel zijn vooralsnog uitsluitend bepaalde bouwactiviteiten aangewezen. De realisatie van zonneparken is daaronder niet te scharen.

Deze regeling inzake kostenverhaal onder de Omgevingswet handhaaft de 'tweesporenbenadering' onder het huidige recht. Ook onder de Omgevingswet zal de combinatie van een privaatrechtelijke regeling en een publiekrechtelijke vangnet de wettelijke regeling inzake grondexploitatie kenmerken. Verder gelden ook onder de Omgevingswet voor de toerekening van bovenwijkse kosten drie criteria: de bouwlocatie moet van de betreffende voorziening profijt hebben, er moet een causaal verband (toerekenbaarheid) zijn tussen de aanleg van de voorziening en de ontwikkeling van de bouwlocatie en de kosten evenredig (proportionaliteit) worden verdeeld over alle gebieden die er profijt van hebben. Omdat de anterieure overeenkomst over kostenverhaal uitsluitend betrekking kan hebben op dezelfde bouwactiviteiten als waarvoor publiekrechtelijk kostenverhaal mogelijk is, kan voortgaand aan het vaststellen van een omgevingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit voor het realiseren van zonneparken geen overeenkomst over kostenverhaal worden gesloten op grond van Afdeling 13.6 Ow.

Later in het wetgevingstraject is artikel 13.22 aan de Omgevingswet toegevoegd. Op grond van dat artikel kunnen burgemeester en wethouders in een overeenkomst over bij AMvB aangewezen activiteiten bepalingen opnemen over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied op basis van een omgevingsvisie of programma. Met de toevoeging van artikel 13.22 kan de huidige praktijk worden voortgezet. Zo wordt bereikt dat ontwikkelingen doorgang vinden terwijl tegelijkertijd de kwaliteit van de fysieke leefomgeving verbeterd wordt. In de toelichting wordt ingegaan op de relatie tussen het nieuwe artikel en het fenomeen baatafoming: 'Ook mag uit het bestaan van de mogelijkheid om een overeenkomst te sluiten over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van het gebied niet afgeleid worden dat het mogelijk zou zijn planologische wijzigingen te kopen. De publiekrechtelijke besluitvorming en afweging van verzoeken om planologische medewerking dienen telkens plaats te vinden op basis van planologische overwegingen. De ontwikkeling moet derhalve altijd planologisch aanvaardbaar zijn en voldoen aan het criterium van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het eerste lid biedt de mogelijkheid om in overeenkomsten op vrijwillige basis

afspraken te maken over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van het gebied.⁷

Nadien heeft de Minister voor Wonen en Milieu aangegeven bereid te zijn om tegemoet te komen aan de wens van de Kamer tot uitbreiding van de reikwijdte van artikel 13.22.³⁴ Die is conform de wettekst zoals die door de Kamer is aangenomen namelijk beperkt tot dezelfde bouwprojecten waarvoor ook kostenverhaal op grond van afdeling 13.6 mogelijk is. Om nog beter aan te sluiten bij financiële afspraken zoals ze in de huidige praktijk worden gemaakt, benoemt de minister in de brief concrete activiteiten, waarmee zij de mogelijkheid voor overheden om te contracteren over financiële bijdragen wil uitbreiden, waaronder het bouwen van een nieuw bouwwerk (geen gebouw zijnde) voor opwekking of winning, omzetting of transport van energie of gasvormige, vloeibare of vaste stoffen als energiedrager.

Ten gevolge daarvan kunnen op grond van een AMvB categorieën ontwikkelingen ter verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving worden aangewezen waarvoor in een omgevingsplan kan worden bepaald dat een financiële bijdrage wordt verhaald op degene die een activiteit als bedoeld in artikel 13.11 verricht, voor zover er een functionele samenhang tussen de activiteit en de beoogde ontwikkelingen is, en de bekostiging van de ontwikkelingen niet anderszins is verzekerd. Het omgevingsplan bepaalt dat financiële bijdragen alleen worden besteed aan ontwikkelingen waarvoor die bijdragen zijn verhaald en voorziet erin dat periodiek aan het publiek verantwoording wordt afgelegd over de besteding van de verhaalde financiële bijdragen.

Het bedrag dat ten hoogste aan financiële bijdragen kan worden verhaald is in ieder geval niet hoger dan de opbrengsten van de gronden waarop de activiteiten worden verricht, verminderd met de inbrengwaarde, als het gaat om activiteiten waarvoor een kostenverhaalsgebied met tijdvak is aangewezen, of de waardevermeerdering, als het gaat om activiteiten waarvoor een kostenverhaalsgebied zonder tijdvak is aangewezen. In de AMvB kunnen regels worden gesteld over de maximale hoogte van de financiële bijdrage, en de eindafrekening van financiële bijdragen. In een omgevingsvisie of programma kan voor de locatie waar de activiteit wordt verricht een onderbouwing van de functionele samenhang worden vastgelegd.

In de toelichting bij het amendement wordt onder meer opgemerkt dat de toegevoegde artikelen een juridische basis verschaffen voor kostenverhaal 'van alle kosten die rechtstreeks veroorzaakt worden door die ruimtelijke ontwikkeling'. Daarnaast ma-

ken deze artikelen het mogelijk dat kosten die het bevoegd gezag moet maken omdat ze noodzakelijk zijn voor verbetering van de kwaliteit van de fysieke omgeving bij de initiatiefnemer van bouwactiviteiten in rekening gebracht zouden moeten kunnen worden. Daarbij gaat het volgens de toelichting wel om 'specifieke en uitzonderlijke situaties' waarin kostenverhaalsbijdragen publiekrechtelijk kunnen worden afgedwongen.³⁵ Op 9 juni 2020 is een consultatieversie van artikel 8.21 Omgevingsbesluit met een daarbij behorende toelichting ter inzage gelegd.

Omdat het in artikel 13.22 gaat om het maken van afspraken op basis van vrijwilligheid, kan dit artikel geen grondslag vormen om een zogenaamde omgevingsbijdrage of een bijdrage aan een gebiedsfonds af te dwingen.

Dit betekent naar onze opvatting dat ook onder de Omgevingswet feitelijk afdwingen van omgevingsbijdragen van marktpartijen die zonneparken wensen te realiseren, door het ondertekenen van een anterieure overeenkomst waarin de verplichting tot betaling van die bijdrage is opgenomen als voorwaarde te stellen voor het verlenen van omgevingsrechtelijke medewerking, tot onverschuldigde betaling kan leiden.

5. Een parallel met wettelijke reguleringsmogelijkheden van (collectief) particulier opdrachtgeverschap

Bij financiële participatie van derden (met name omwonenden) in de exploitatie van zonneparken gaat het om het vervullen van de wens van particulieren om voor een gedeelte van een ruimtelijk project zelf als risicodragend exploitant op te treden naast een professionele marktpartij die de exploitatie voor het overige voor zijn rekening neemt. Gelet op deze kenmerken vertoont de beleidswens om zonneparken gedeeltelijk te laten exploiteren door particulieren in zekere zin overeenkomsten met (collectief) particulier opdrachtgeverschap bij woningbouw.

³⁵ Volgens de toelichting valt daarbij te denken 'bijvoorbeeld aan kwalitatieve verbeteringen van landschap, natuur, water of de stikstofbalans die functioneel samenhangen met de beoogde ruimtelijke ontwikkeling, de aanleg of aanpassingen van wegen c.a., de aanleg van een park of recreatiegebied, de realisatie van sociale woningbouw buiten het plangebied, indien binnen het plangebied minder sociale woningbouw wordt gerealiseerd dan op grond van gemeentelijk beleid wenselijk wordt geacht, een bijdrage voor sloop van woningen indien dat (bijvoorbeeld wegens krimp) gewenst is, of sloop van verouderde stallen bij realisatie van nieuwe stallen elders.'

³⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35 133, nr. 39.

5.1 De regeling voor particulier opdrachtgeverschap en de totstandkoming daarvan

Op grond van art. 3.1 Wro jo 1.1.1 Bro is het mogelijk om ten aanzien van bestemmingen percentages woningbouwcategorieën in het bestemmingsplan op te nemen. Vervolgens kan in een exploitatieplan of een antieure overeenkomst het in het bestemmingsplan opgenomen percentage worden uitgewerkt, bijvoorbeeld ten aanzien het aantal te bouwen woningen en de situering daarvan. Van belang is daarbij dat het stellen van percentages geschied in het kader van de uitvoerbaarheid van de bestemmingen (art. 3.1 lid 1 laatste volzin Wro). Op grond van artikel 3.1.2. van het Bro kan een bestemmingsplan ten behoeve van de uitvoerbaarheid regels bevatten met betrekking tot sociale huurwoningen, sociale koopwoningen of particulier opdrachtgeverschap.

In de toelichting bij het Bro wordt nader omschreven wat de Wro en het Bro onder particulier opdrachtgeverschap verstaan:

‘Van particulier opdrachtgeverschap is sprake indien de burger of een groep van burgers - in dat laatste geval georganiseerd als rechtspersoon zonder winstoogmerk - volledige juridische zeggenschap heeft over en verantwoordelijkheid draagt voor het gebruik van de grond, het ontwerp en de bouw van de eigen woning. Een andere aanduiding voor particulier opdrachtgeverschap is “vrije kavel”³⁶.

Of dergelijke eisen ruimtelijke relevantie hebben wordt niet met zoveel woorden door de wetgever uitgemaakt, maar moet verondersteld worden aangezien de keuze is gemaakt om deze mogelijkheid te integreren in de Wro. Volgens de Memorie van Toelichting zijn deze woningbouwcategorieën als voor de ontwikkeling van de locatie noodzakelijke kwaliteitseisen aan te merken. Hiermee zijn zij dus onderdeel van de ruimtelijke kwaliteit.³⁷

Onder vigeur van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), de voorloper van de Wro, was de categorie ‘particulier opdrachtgeverschap’ niet afzonderlijk in de wet gedefinieerd en was het mede daardoor lange tijd onduidelijk of een gemeente gronden zou kunnen onteigenen ten behoeve van particulier opdrachtgeverschap, in een situatie dat een grondeigenaar wel bereid is om de woningbouwbestemming te realiseren, maar niet om medewerking te verlenen aan particulier opdrachtgeverschap. Bij besluit van 6 mei 2004

heeft de Kroon echter ingestemd met onteigening ten behoeve van particulier opdrachtgeverschap in de gemeente Venray ondanks genoemd verweer³⁸. Cruciaal daarbij was of het aan particuliere kopers toekennen van het recht om zelf een architect en een aannemer te kiezen behoort tot de ‘vorm van planuitvoering’ zoals die door de gemeente mag worden bepaald. Indien grondeigenaren niet bereid en in staat zijn om door de toegekende bestemming te realiseren overeenkomstig de door de gemeente gewenste vorm van planuitvoering, dan kunnen zij geen geslaagd beroep doen op zelfrealisatie teneinde onteigening af te wenden.

De rechtbank³⁹ oordeelde ten aanzien dat de Kroon uitsluitend heeft geoordeeld dat de gemeente een andere vorm van planuitvoering wenst dan de grondeigenaar voor ogen staat, maar dat de Kroon echter niet heeft geoordeeld over de vraag of is aangetoond dat aan de door de gemeente gekozen vorm van planuitvoering in het publiek belang een zodanig dringende behoefte bestaat dat daartoe het middel van onteigening terecht kan worden ingeroepen en dat het om die reden redelijk is dat het persoonlijke belang van de eigenaar dient te wijken voor het publieke belang. De rechtbank overweegt in dit verband dat niet is aangetoond dat en waarom het door de gemeente gewenste vrije opdrachtgeverschap als vorm van planuitvoering tot een zodanig substantieel ander resultaat zou leiden dan de door de eigenaar voorgestane wijze van zelfrealisering en dat aan dat vermeende substantiële verschil in uitvoering in het publiek belang een zodanig dringende behoefte bestaat dat de gemeente op die grond terecht het middel van onteigening kan aanwenden. Daarenboven is naar het oordeel van de rechtbank door de gemeente niet duidelijk gemaakt dat en waarom het door de gemeente gewenste doel - een bepaalde mate van diversiteit in de bebouwing in die zin, dat de individuele voorkeur van iedere bewoner herkenbaar moet zijn - uitsluitend op de door haar voorgestane wijze zou kunnen worden gerealiseerd. Het vonnis van de Rechtbank Roermond werd echter vernietigd door het Hof 's-Hertogenbosch⁴⁰. Daarbij overweegt het Hof dat in de Kroonbeslissing besloten ligt dat dat aan de wijze van planuitvoering in de vorm van particulier opdrachtgeverschap in het publiek belang een dringende behoefte bestaat. De Hoge Raad heeft vervolgens het arrest van het Hof in stand gelaten.⁴¹ Zodoende kwam reeds voorafgaand aan de totstandkoming van de Wro vast te staan dat gemeenten in het belang van particulier opdrachtgeverschap gronden konden onteigenen.

³⁶ Toelichting bij het ontwerp Bro, p. 7.

³⁷ Dat de huidige wetgeving onteigening ten behoeve van particulier opdrachtgeverschap mogelijk maakt en welke voorwaarden daarbij gelden wordt onder meer duidelijk uit het KB van 5 december 2011 met betrekking tot een onteigeningsplan in de gemeente Deventer (KB 5 december 2011, *Stcrt.* 2011, nr. 1159, *BR* 2012, 66).

³⁸ KB 6 mei 2004, nr. 04001759 (Venray), *Stcrt.* 2004, nr. 96, p. 11; *BR* 2004, p. 975, m.n. B.S. ten Kate.

³⁹ Rb. Roermond, 13 april 2005, nr. 64200/HA ZA 04-920, ECLI:NL:RBROE:2005:AT4380.

⁴⁰ Hof 's-Hertogenbosch, 25 juli 2006, r.oInr. C0500980/RO en C0500991/RO.

⁴¹ HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7030.

Er is naar onze opvatting een parallelle redenering mogelijk om verplichte financiële participatie van een welomschreven groep omwonenden bij zonneparken af te dwingen door in een bestemmingsplan (of onder de Omgevingswet een omgevingsplan) een bepaald deel van een locatie waaraan de bestemming c.q. functie zonnepark is toegekend op grond van gemeente beleid aan te wijzen als privaat te exploiteren en in geval van weigering van de private grondeigenaar om daaraan medewerking te verlenen, tot onteigening over te gaan.

6. Analyses en conclusie

6.1 Participatie van omwonenden van zonneparken

De eerste vraag die in deze bijdrage dient te worden beantwoord is of beleidsmatig wenselijke mogelijkheden voor financiële participatie door omwonenden in de exploitatie van zonneparken ad ultimo juridisch kunnen worden afgedwongen. In dit verband is een aantal aspecten van belang.

Uit de bewoordingen van de tekst van het Klimaatakkoord volgt dat de zogenaamde 50%-eis een streven betreft, en geen algemene verplichting. Tegelijkertijd wordt aangegeven dat het een inspanningsverplichting is voor de initiatiefnemer bij alle hernieuwbare energieprojecten om een aanbod te doen om omwonenden, zo mogelijk verenigd in een coöperatie of andersoortig gemeenschappelijk initiatief, te laten participeren in het project.⁴² Van een ontwikkelaar mag dus wel gevraagd worden dat hij zich inspant om omwonenden de gelegenheid te geven om mee te kunnen investeren en mede-eigenaar te worden indien zij dat wensen. Gelet daarop lijkt de 50% lokaal eigendom niet als een algemene verplichting te zijn bedoeld, maar dient de ontwikkelaar in ieder geval aan te tonen dat hij zich inspannen heeft om omwonenden te laten investeren en mee profiteren van het zonnepark. Omdat het Klimaatakkoord geen wettelijke status heeft kan aan deze algemene wens geen bindende werking ontleend worden, en is deze dus op zichzelf ook niet afdwingbaar jegens ontwikkelaars.

Indien gemeenten een vorm van (financiële) participatie in gemeentelijk beleid voorschrijven gaat dat doorgaans, zo volgt ook uit enkele recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, om een *inspanningsverplichting*⁴³, waarbij de initiatiefnemer de door hem gedane inspanningen zal moeten aantonen. Met een dergelijke inspanningsverplichting kan het *resultaat*, namelijk een zeker percentage lokaal eigendom niet afdwingbaar gemaakt

worden. Uit de jurisprudentie volgt dat het bieden van financiële participatie een manier is om aan die inspanningsverplichting te voldoen.⁴⁴ In veel gevallen zal het enkel aantonen dat er door initiatiefnemer inspanningen zijn verricht niet zoveel voeten in aarde hebben; er dient enkel aangetoond te worden dat de mogelijkheid voor financiële participatie aan omwonenden geboden is. Dat uiteindelijk niet een zeker aandeel lokaal eigendom gerealiseerd kan worden mag geen reden zijn om planologische medewerking op grond van de Wro en Wabo te weigeren.

Of het ontbreken van een zeker resultaat van lokaal eigendom en financiële participatie van omwonenden in het zonnepark ook een weigering kan opleveren om planologische medewerking te verlenen, is gelet op de reikwijdte van de Wro, waarin alleen ruimtelijke belangen een rol spelen, onzeker. Eenzelfde vraag kan worden gesteld aan het verbinden van een daartoe strekkende voorwaarde aan een omgevingsvergunning voor planologische afwijking. Een andere vraag die in het verlengde van het afdwingen van lokaal eigendom van zonneparken gesteld kan worden is of een gemeenteraad op voorhand bij vaststelling van het bestemmingsplan ruimte kan reserveren voor lokale zonne-energie initiatieven.

Zoals in aangegeven dient het bevoegd gezag bij het nemen van dergelijke planologische maatregelen (gemeenteraad respectievelijk College van B&W) die bevoegdheid uit te oefenen in het belang van een goede ruimtelijke ordening (art. 3.1 Wro). Het moet daarbij steeds gaan om belangen die verband houden met de aan de grond te geven bestemming. Dit betekent dat het moet gaan om belangen die ruimtelijk relevant zijn. Op grond van het legaliteitsbeginsel dient het handelen van een bestuur plaats te vinden op basis van een door de wet toegekende bevoegdheid, in dit geval de Wro en de Wabo. Het specialiteitsbeginsel houdt in dat een bestuursbevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend in het kader van de bevoegdheid verlenende wet en de belangen die daarmee gediend worden (art. 3:4 lid 1 Awb). Verliezen gemeenten deze grenzen uit het oog, dan kan de consequentie zijn dat de bestuursrechter de weigering van planologische medewerking vernietigt wegens bijvoorbeeld schending van art. 3:4 Awb (specialiteits- en/of evenredigheidsbeginsel) of art. 3:3 Awb (verbod van détournement de pouvoir).⁴⁵

Naar onze mening is niet op voorhand met zekerheid aan te geven in hoeverre de gewenste gedeeltelijke exploitatie door particulieren van een

⁴² Toelichtende notitie *Afspraken participatie en lokaal eigendom in Klimaatakkoord* - april 2020, p. 4.

⁴³ Rb. Noord-Nederland 15-4-2020, ECLI:NL:RBNE:2020:1650 (Zonnepark Fluitenberg), r.o. 9.3.

⁴⁴ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, BR 2020/54, m.nt. K. Meijering & S.M. Schipper.

⁴⁵ Zie ook de noot van H.D. Tolsma, AB 2020/41 onder ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950.

zonneparken is te kwalificeren als een belang dat in de ruimtelijke besluitvorming kan worden behartigd. Dit gelet op het feit dat bij lokaal eigendom van zonneparken de nadruk ligt op het versterken van de financiële participatie van particulieren, terwijl de ruimtelijke kenmerken van de zonneaker daardoor niet noodzakelijkerwijs anders worden..

Onder de Omgevingswet zal voor de mogelijkheden om financiële participatie bij zonneparken te vertalen naar een omgevingsplan of een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit cruciaal zijn of dit een relevant aspect is in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

De totstandkoming van de wettelijke regeling voor particulier opdrachtgeverschap van woningen laat echter zien dat de vraag of iets als een belang wordt beschouwd dat mee kan wegen in de ruimtelijke besluitvorming aan gewijzigde inzichten onderhevig is en door de tijd heen kan veranderen. Ook het aanwijzen van woningbouw categorieën voor middenhuur en sociale huur zijn ingegeven door maatschappelijke wensen en in dat licht houden wij er rekening mee, dat hier uiteindelijk een redenering wordt gevolgd die vergelijkbaar is met de redenering in de jurisprudentie ten aanzien van onteigening ten behoeve van particulier opdrachtgeverschap bij woningbouw, zoals hiervoor in paragraaf 5 beschreven. Daarbij doelen wij op een vergelijking met de situatie voor de regulering van particulier opdrachtgeverschap onder de oude WRO. Voor inwerkingtreding van de huidige Wro (en het Bro) op 1 juli 2008 ontbrak, zoals op dit moment voor lokale energieopwekking, ook een wettelijke basis om voor woningbouw bestemde gronden aan te wijzen voor particulier opdrachtgeverschap. Desalniettemin vonden dergelijke aanwijzingen ook toen al plaats. De rechter oordeelde dat het aan particuliere kopers toekennen van het recht om zelf een architect en een aannemer te kiezen behoort tot de 'vorm van planuitvoering' zoals die door de gemeente mag worden bepaald. Geoordeeld werd dat aan de wijze van planuitvoering in de vorm van particulier opdrachtgeverschap in het publiek belang een dringende behoefte bestond. Eenzelfde redenering zou ook denkbaar zijn voor het claimen van een deel van het aantal hectares van een zonnepark voor exploitatie door particulieren (uit de omgeving van een zonnepark) met betrekking tot een deel van dit park. Hoewel niet op voorhand zekerheid kan worden geboden ten aanzien van de uitkomst van een gerechtelijke procedure, lijkt in beginsel verdedigbaar dat ook aan projectruimte voor de omgeving van een zonnepark in het publiek belang een dringende behoefte bestaat en dat bij het aanwijzen daarvan in het bestemmingsplan sprake is van een wijze van planuitvoering waaraan en

grondeigenaar zich moet conformeren - desnoods op straffe van onteigening van het betreffende deel.

Het 'claimen van projectruimte voor de omgeving van een zonnepark' kan worden vergeleken met het 'claimen van gronden voor particulier opdrachtgeverschap' in die zin, dat in beide gevallen door een gemeente een gedeelte van gronden waaraan een bepaalde bestemming is toegekend (in het ene geval de bestemming zonnepark en in het andere geval de bestemming wonen), een onderscheid wordt gemaakt tussen gronden die de betreffende marktpartijen binnen de gegeven bestemming voor eigen rekening en risico mogen ontwikkelen enerzijds en gronden die door de gemeente worden geclaimd ten behoeve van particulieren, om hen zelf 'op deze wijze 'eigen ondernemer' te laten zijn: in het ene geval door zelf opdracht te geven voor de bouw van een woning en in het andere geval door hen zelf als energieproducent op te treden. Een verschil met particulier opdrachtgeverschap voor woningbouw is dat de woningbouw door particulieren of collectieven van particulieren vrij gemakkelijk te organiseren valt, terwijl dat voor de meeste particulieren die een zonnepark mede wensen te exploiteren een stuk complexer is. Overigens zou, net als bij particulier opdrachtgeverschap van woningen, tevens een variant van collectief opdrachtgeverschap overwogen kunnen worden waarbij particulieren verenigd zijn in een collectief verband, zoals een energiecoöperatie.

Wij achten het in beginsel verdedigbaar dat ook aan projectruimte voor de omgeving van een zonnepark in het publiek belang een dringende behoefte bestaat en dat bij het aanwijzen daarvan in het bestemmingsplan sprake is van een wijze van planuitvoering waaraan en grondeigenaar zich moet conformeren. Of de dringende behoefte aan lokaal eigendom van zonne-energie een publiek belang is, is op zichzelf voorstelbaar, te meer nu het gaat om een evenwichtige verdeling van lusten en lasten van (nabijgelegen) installaties voor de opwekking van zonne-energie, zoals vastgelegd in het Klimaatakkoord.

Een laatste aspect dat in dit verband van belang is, is dat bij het reserveren van gronden voor particuliere (collectieve) exploitatie van zonneparken in een bestemmingsplan primair een vorm van planuitvoering centraal staat. Het bevoegd gezag dient - zeker indien het uiteindelijk zou aankomen op een onteigeningprocedure in gevallen waarin een private eigenaar weigert om medewerking te verlenen aan gedeeltelijke exploitatie door particulieren van een zonnepark - aan te tonen dat er behoefte is aan lokaal eigendom in het concrete geval. In dat geval ligt de verantwoordelijkheid bij de gemeente om aan te tonen dat de beoogde wijze van planontwikkeling aansluit bij de lokale vraag.

6.2 Omgevingsbijdragen voor zonneparken

Zoals in paragraaf 3.3. aangegeven kan van verplicht kostenverhaal op grond van het exploitatieplan jegens initiatiefnemers van zonneparken geen sprake zijn, omdat het realiseren van een zonnepark niet voorkomt op de lijst met bouwplannen in artikel 6.2.1. Bro. Wel is het mogelijk om met een initiatiefnemer van een zonnepark (vrijwillig) in een anterieure overeenkomst afspraken te maken over het betalen van een omgevingsbijdrage.

Indien een gemeente in een overeenkomst met de eigenaar van de gronden waarop het zonnepark wordt gerealiseerd echter de afspraak dat deze eigenaar (tevens exploitant) uit het exploitatiere-sultaat bijdragen ter beschikking stelt, dan is naar onze mening sprake van betaalplanologie indien de gemeente het tekenen van zo'n overeenkomst als voorwaarde stelt voor het verlenen van planologische medewerking. Dit zou immers neerkomen op het kunnen 'kopen van een bestemmingswijziging', hetgeen in de parlementaire geschiedenis van de Wro nadrukkelijk is afgekeurd. De betreffende gemeente zou dan een financieel risico lopen van terugvordering van bedragen wegens onverschuldigde betaling. Bijdragen op grond van een anterieure overeenkomst kunnen immers uitsluitend op basis van vrijwilligheid worden overeengekomen, ook indien er een koppeling wordt gelegd met een structuurvisie.

Zoals wij eerder opmerkten biedt de opvatting van de Afdeling in de casus Oldebroek naar onze mening geen ruimte om planologische medewerking aan de realisatie van een zonnepark afhankelijk te maken van betaling van een omgevingsbijdrage. Anders dan in de betaling door de eigenaren van de recreatiewoningen in de casus Oldebroek, strekt een omgevingsbijdrage die door initiatiefnemers van zonneparken moet worden betaald, niet tot een verbetering van de ruimtelijke kwaliteit in samenhang met het verlies aan ruimtelijke kwaliteit (in Oldebroek als gevolg van de teruggang van recreatieve mogelijkheden binnen de gemeente), maar vormt zo'n omgevingsbijdrage een alternatief voor kennelijk niet (tijdig) te organiseren financiële participatie door omwonenden. Het vermeende verlies aan ruimtelijke kwaliteit is echter niet afhankelijk van het al dan niet door particulieren mede-exploiteren van het zonnepark. Dat motief wordt niet anders indien een mate van lokaal eigendom en een omgevingsbijdrage worden gecombineerd.

Taan aanzien van de regeling onder de Omgevingswet is aangegeven dat kostenverhaal op privaat-

rechtelijke en publiekrechtelijke basis en financiële bijdragen op publiekrechtelijke basis niet kan leiden tot het betalen van omgevingsbijdragen, omdat het toepassingsbereik van deze mogelijkheden zich beperkt tot bouwplannen die zijn opgesomd in artikel 8.13 Omgevingsbesluit. Het realiseren van zonneparken valt onder geen van de daar genoemde categorieën. De enige mogelijkheid die resteert is die van omgevingsbijdragen in de vorm van financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied als bedoeld in artikel 13.22 Omgevingswet. Na de uitbreiding van de reikwijdte van artikel 13.22, zodanig dat ook een overeenkomst over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied kan worden gesloten, onder meer in geval van 'het bouwen van een nieuw bouwwerk (geen gebouw zijnde) voor opwekking of winning, omzetting of transport van energie of gasvormige, vloeibare of vaste stoffen als energiedrager' is het bij het realiseren van zonneparken mogelijk om een financiële bijdrage overeen te komen. Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze uitbreiding niet betekent dat gemeenten hiermee de mogelijkheid hebben gekregen om initiatiefnemers van zonneparken onder de Omgevingswet te dwingen tot het betalen van een omgevingsbijdrage, bijvoorbeeld door een bedrag in een gebiedsfonds te storten. De publiekrechtelijke besluitvorming en afweging van verzoeken om omgevingsrechtelijke medewerking dienen telkens plaats te vinden op basis van planologische overwegingen. De ontwikkeling moet derhalve altijd planologisch aanvaardbaar zijn en voldoen aan het criterium van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Het eerste lid van art. 13.22 biedt de mogelijkheid om in overeenkomsten op vrijwillige basis afspraken te maken over financiële bijdragen voor ontwikkelingen van het gebied.'

Een en ander leidt tot de slotsom dat ook onder de Omgevingswet geen ruimte bestaat om omgevingsrechtelijke medewerking aan de realisatie van een zonnepark afhankelijk te maken van betaling van een omgevingsbijdrage. Een omgevingsbijdrage die door initiatiefnemers van zonneparken moet worden betaald, strekt niet tot een verbetering van de kwaliteit van de leefomgeving in samenhang met het verlies aan kwaliteit van diezelfde leefomgeving, maar vormt ook onder de Omgevingswet slechts een alternatief voor kennelijk niet (tijdig en in voldoende mate) te organiseren financiële participatie door omwonenden. Het vermeende verlies aan kwaliteit van de leefomgeving is echter niet afhankelijk van het al dan niet door particulieren mede-exploiteren van het zonnepark. ●