Memo

Aan:	Tjerk Wagenaar
Van:	Allard Knook
Datum:	17 mei 2021

Referentie: 31003792/T009

Betreft: Juridische status de RES Foodvalley

1. Aanleiding

U vroeg ons antwoord te geven op volgende vragen met betrekking tot de juridische status van de Regionale Energiestrategie Foodvalley, meer specifiek het gezamenlijk met de verschillende deelnemers van de RES ("**Partijen**") opgestelde document '*Van dromen naar daden*' d.d. 21 april 2021 ("**RES**"). Daarbij hebben wij ook kennisgenomen van het juridisch memo van Ede (versie d.d. 6 mei 2021) en hebben wij op basis van de op 17 mei 2021 door ons ontvangen conceptnotulen van het Stakeholdersoverleg RES Foodvalley (d.d. 15 april 2021) begrepen dat alle betrokken Partijen overleg hebben gevoerd over en hebben ingestemd met de laatste versie van de RES.

Vragen dhr. Wagenaar d.d. vrijdag 23 april 2021 (gesteld per e-mail):

1. *Wat is de status van de RES en welke rechten kunnen derden hieraan ontlenen?*

2. *De huidige RES geeft o.i. de ruimte aan raden, staten en algemeen besturen van waterschappen om af te wijken van de afspraken. Is dit juist en zo ja zijn er beperkende voorwaarden waaronder dit mogelijk is? Heb je suggesties om de tekst te verbeteren?*

Aanvullende vragen dhr. van 't Foort d.d. do 29 apr. 2021 (gesteld per e-mail):

PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V., Thomas R. Malthusstraat 5, 1066 JR Amsterdam,
Postbus 90358, 1006 BJ Amsterdam
T: 088 792 00 20, F: 088 792 96 40, www.pwc.nl

'PwC' is het merk waaronder PricewaterhouseCoopers Accountants N.V. (KvK 34180285), PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V. (KvK 34180284), PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. (KvK 34180287), PricewaterhouseCoopers Compliance Services B.V. (KvK 51414406), PricewaterhouseCoopers Pensions, Actuarial & Insurance Services B.V. (KvK 54226368), PricewaterhouseCoopers B.V. (KvK 34180289) en andere vennootschappen handelen en diensten verlenen. Op deze diensten zijn algemene voorwaarden van toepassing, waarin onder meer aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn opgenomen. Op leveringen aan deze vennootschappen zijn algemene inkoopvoorwaarden van toepassing. Op www.pwc.nl treft u meer informatie over deze vennootschappen, waaronder deze algemene (inkoop)voorwaarden die ook zijn gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Amsterdam.

3. *Kan worden geconcludeerd dat de RES juridisch als beleid kan worden aangemerkt? Zo ja, wat gebeurt er volgens [PwC] als niet aan de resultaatsverplichting (c.q. concrete biedingen van de gemeenten) wordt voldaan? Indien de RES aangemerkt kan worden als beleid, dan is de gang naar de bestuursrechter al uitgesloten (art. 8:3 Awb), maar hoe verhoudt zich dit tot art. 4:84 Awb? Wat kan men dan nog wel juridisch? Alleen naar de civiele rechter door het civielrechtelijk in te kleden?*

4. *Hoe groot acht [PwC] de kans dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel of vertrouwensbeginsel slaagt? Kent [PwC] voorbeelden van soortgelijke constructen zoals de RES waarbij dit het geval is?*

In dit memorandum zullen wij antwoord geven op deze vragen. Wij willen graag benadrukken dat de inhoud van dit memorandum moet worden gelezen binnen de context van de vragen die wij hebben ontvangen. Dat wil zeggen dat de inhoud van dit memorandum slechts van toepassing op onderhavige RES met inachtneming van de informatie en documentatie die ons ter beschikking is gesteld.

2. De juridische status van de RES

2.1. Eerste vraag

U vroeg ons wat de status is van de RES en welke rechten derden hieraan kunnen ontlenen. Het antwoord op deze vraag is tweeledig. De RES heeft zowel een contractuele als een bestuursrechtelijke component. De contractuele component biedt regels waaraan de privaatrechtelijke partijen die deelnemen aan de RES gebonden zijn. De bestuursrechtelijke component is van toepassing op alle bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") die zich committeren aan de RES.

Aan de contractuele kant is de vraag of de RES als een contract kan worden gezien. Wij zijn van mening dat de RES in dat opzicht kan worden beschouwd als een *visie/strategiedocument*. In de RES is namelijk opgenomen dat Partijen zich gezamenlijk zullen committeren om de doelstellingen, als geformuleerd in de RES, te realiseren. Zo spreken Partijen in de RES af om zich samen maximaal in te spannen om de doelstelling om in 2030 voor 0,75 TWh aan duurzame opwek van elektriciteit in de regio te realiseren. Daaruit valt een inspanningsverplichting van alle betrokken Partijen te destilleren. Verder is onder meer in (i) paragraaf 2.4.5 van de RES opgenomen dat het totale potentieel zon op land wordt ingeschat op 249 hectare, waarvan maximaal 220 hectare zon op landbouwgrond; (ii) valt uit paragraaf 4.2.1 van de RES af te leiden dat de netbeheerders het net sterk willen uitbreiden door minimaal 200-300 miljoen euro tot 2030 te investeren (en mogelijk meer) om zodoende op specifieke knelpunten in

te spelen; (iii) wordt in paragraaf 4.3.1 van de RES verwezen naar de commitment van Regio Foodvalley aan de in het Klimaatakkoord opgenomen afspraak dat de lokale omgeving in de gelegenheid moet worden gesteld om voor minimaal 50% (mede)eigenaar te worden van een project; en (iv) worden door Partijen in paragraaf 5.1 van de RES toezeggingen gedaan om de uitgangspunten en afspraken in de RES te borgen. Ook deze toezeggingen zijn inspanningsverplichtingen. Dit zijn geen contractueel vastgelegde afspraken, maar op basis van deze bepaling kunnen Partijen elkaar wel aanspreken op het moment dat zij zien dat er geen resultaten zijn behaald of dat niet voldoende inspanning is geleverd om resultaten te behalen. De andere Partij kan zich verantwoorden door gemotiveerd aan te geven waarom zij wel of niet denkt afdoende inspanning te hebben geleverd om de gezamenlijke doelstellingen te realiseren.

Inmiddels hebben alle betrokken stakeholders van de RES door middel van ondertekening van een adhesieverklaring hun voornemen geuit om tot uitvoering van de RES 1.0 over te gaan en om de RES met positief advies aan hun achterban voor te leggen. De adhesieverklaring heeft vanuit een juridisch oogpunt contractueel geen bindende waarde. De adhesieverklaring bevat geen bindende bepalingen en kan – kijkend naar de gebruikte formulering alsmede de bedoeling van Partijen – onzes inziens niet worden gezien als een overeenkomst. Wel beoogt het een voornemen ofwel intentie tot inspanning van de stakeholders om uitvoering te geven aan de RES 1.0 vast te leggen.

Wat betreft de bestuursrechtelijke kant zien we de RES als een *politiek-bestuurlijk document*. De RES omvat politiek-bestuurlijke keuzes over o.a. de omvang van de bijdrage ten aanzien van het opwekken van duurzame energie, maar ook over de manieren waarop daar invulling aan gegeven kan worden. Deze richtingen zijn heel algemeen. Om keuzes te kunnen maken is nadere uitwerking nodig, bijvoorbeeld in een convenant of uitwerkingsovereenkomst waarin verdere afspraken worden gemaakt.

Een ander belangrijk element van de bestuursrechtelijke kant, is de omstandigheid dat de RES in de huidige vorm moet worden gezien als een *strategische verkenning*. De opgaven en ambities uit de RES krijgen pas een formele juridische status nadat deze is verankerd in de Wet Ruimtelijke Ordening of de Omgevingswet. Dat betekent echter niet dat de RES op dit moment niet al bindend is voor de aangesloten bestuursorganen. De RES zal bestuurlijk worden vastgesteld door de gemeenteraden, Provinciale Staten en algemeen besturen van de waterschappen, waardoor de RES bestuurlijk bindend is. Dat betekent dat het bindend is voor de instantie die het vaststelt. Een derde kan hier geen juridische rechten en plichten aan ontlenen. Dat kan pas als de RES wordt vastgelegd in een wet in formele zin. Wel zullen de aangesloten bestuursorganen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen in het kader van de (voorbereiding tot) uitvoering van de RES. Deze beginselen vormen algemeen geldende gedragsregels waaraan bestuursorganen zich altijd dienen te houden in de uitvoering van hun bestuurstaken, ongeacht of bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk wordt gehandeld. Het feit dat

de aangesloten bestuursorganen deze gedragsregelen in acht moeten nemen staat dus los van de inhoudelijke tekst van de RES en de juridische status hiervan.

In algemene zin kan worden gesteld dat als een bestuursorgaan zich committeert aan bepaalde RES-doelstellingen maar deze niet 'levert', het bestuursorgaan kan worden verweten in strijd te handelen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel gebiedt bestuursorganen – kort gezegd – dat zij opgewekte verwachtingen jegens natuurlijke of rechtspersonen moeten waarmaken.

Vanuit onze optiek is er in de huidige opzet van de RES geen sprake van een resultaatverplichting, daarvoor zijn de afspraken in de RES niet concreet genoeg. Onzes inziens dient de RES te worden beschouwd een inspanningsverplichting. Een resultaatsverplichting is vanzelfsprekend zwaarder dan een inspanningsverplichting.

2.2. Tweede vraag

De tweede vraag die aan PwC is gesteld is als volgt: *De huidige RES geeft onzes inziens de ruimte aan raden, staten en algemeen besturen van waterschappen om af te wijken van de afspraken. De vraag is of dat juist is en of er beperkende voorwaarden zijn waaronder dit mogelijk is? Zijn er suggesties om de tekst te verbeteren?*

De RES kan worden zoals gezegd worden gezien als een politiek-bestuurlijk document. Daarbij geldt dat de RES van 'abstract' naar 'meetbaar' verspringt zodra de (wijze van) uitvoering wordt vastgelegd in verordeningen, bestemmings- of omgevingsplannen en wordt toegepast bij het verlenen van vergunningen. Daarbij merken wij het volgende op:

- De RES geeft ruimte aan de wijze waarop handen en voeten wordt gegeven aan de totstandkoming daarvan (denk aan de grootte van ieders bijdrage of de manieren waarop daar invulling aan wordt gegeven). De denkrichtingen van de verschillende bij de RES betrokken Partijen over deze operationalisering zullen steeds concreter worden. Het resultaat van deze afwegingen wordt zogezegd verankerd in ruimtelijk beleid en instrumenten uit de Wet ruimtelijke ordening en de Omgevingswet (en onderliggende wetgeving. De echte keuze met juridische consequenties wordt pas gemaakt in het bestemmings- of omgevingsplan of eventueel projectbesluit. Ruimtelijk beleid bindt alleen de bestuurslaag die het heeft vastgesteld.

- In de RES, dat onderdeel uitmaakt van het Klimaatakkoord, wordt verder niet gesproken over verdere escalatiebevoegdheden die al in het Klimaatakkoord staan.

- Voor ieder bestuursorgaan dient te worden beoordeeld wat de belangen van die doelen en toezeggingen in het concrete geval inhouden en hoe zwaarwegend die in het concrete geval zijn. In algemene zin kan worden gesteld dat het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel het bestuursorgaan verplichten jegens de natuurlijke of rechtspersoon voor wie dit gunstig is, overeenkomstig de RES te handelen. Het vertrouwensbeginsel kan een rol spelen, omdat de bekendmaking van de RES een sterke gerechtvaardigde verwachting kan doen ontstaan die, gelet op alle betrokken belangen, geheel of gedeeltelijk gehonoreerd dient te worden.

- Of verbetersuggesties of aanvullingen in de tekst van de RES nodig zijn hangt af van wat de bedoeling van Partijen is. Gezien de beperkte juridische status van de RES is het van belang dat alle bij de RES betrokken Partijen zich vanuit hun eigen positie/doelstellingen kunnen vinden in de tekst, maar zich ook beseffen dat het (in dit stadium) geen contractueel juridisch bindend document betreft. Uitgangspunt is - naar wat wij hebben begrepen - dat de RES nog ruimte dient te laten voor interpretatie en geen (strenge) beperkende voorwaarden bevat. Zo lijkt ook in paragraaf 1.3 van de RES ruimte te worden gegeven aan raden, staten en algemene besturen om af te wijken van de RES 1.0. Indien Partijen additionele (minder vrijblijvende) afspraken wensen te maken dient dat te worden aangevuld in de RES of worden uitgewerkt in een nadere overeenkomst.

2.3. Derde vraag

De derde vraag van Partijen luidt als volgt: *Kan de RES juridisch als beleid worden aangemerkt? En zo ja, wat gebeurt er als niet aan de resultaatsverplichting (c.q. concrete biedingen van de gemeenten) wordt voldaan? Indien de RES aangemerkt kan worden als beleid, dan is de gang naar de bestuursrechter al uitgesloten (art. 8:3 Awb), maar hoe verhoudt zich dit tot art. 4:84 Awb? Wat kan men dan nog wel juridisch? Alleen naar de civiele rechter door het civielrechtelijk in te kleden?*

Wij gaan ervan uit dat met deze vraag wordt bedoeld of de RES juridisch als 'beleidsregel' kan worden aangemerkt. Binnen het bestuursrecht is er geen wettelijk begrip wat onder 'beleid' dient te worden verstaan. Onder een beleidsregel in de zin van de Awb (artikel 1:3 lid 4 en nader 4:81 tot 4:83 Awb) wordt verstaan: *"een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan."* Hieruit blijkt dat een besluit een bestaansvoorwaarde is voor een beleidsregel, een beleidsregel moet schriftelijk zijn vastgesteld en tot de vaststelling moet uitdrukkelijk zijn besloten (Kst II 23700, nr 5 p. 31).

In onze optiek kan de RES niet als beleidsregel worden aangemerkt, aangezien de RES geen blijk geeft van een beoogd publiekrechtelijk rechtsgevolg. De bewoordingen van de RES zijn bovendien te algemeen van aard. Wel kan de RES in algemene zin worden beschouwd als beleid in algemene zin.

2.4. Vierde vraag

De laatste vraag die aan ons is gesteld, luidt: *Hoe groot is de kans dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel of vertrouwensbeginsel slaagt? Zijn er voorbeelden van soortgelijke constructen zoals de RES waarbij dit het geval is?*

2.4.1. Het gelijkheidsbeginsel

Bij de motivering en in de inhoud van besluiten moet een bestuursorgaan zich houden aan het gelijkheidsbeginsel, op grond waarvan gelijke zaken gelijk moeten worden behandeld. In beginsel is een beroep op het gelijkheidsbeginsel moeilijk, aangezien zaken vaak niet te vergelijken zijn. Degene die zich op het gelijkheidsbeginsel beroept, moet zelf de vergelijkbare gevallen aandragen en aan het bestuursorgaan of de bestuursrechter voorleggen. In de praktijk blijkt dit vaak lastig, waardoor de kans dat een beroep op dit beginsel slaagt, klein is. De kans dat op grond van de RES met succes een beroep kan worden gedaan op het gelijkheidsbeginsel achten wij dan ook klein. Vanzelfsprekend kan dit anders zijn bij de uitwerking van de RES in nadere afspraken.

2.4.2. Het vertrouwensbeginsel

Een beroep op het vertrouwensbeginsel dient te worden beoordeeld aan de hand van de volgende criteria (zie ook ECLI:NL:RVS:2019:1694):

1. Is er sprake van een toezegging;
2. Kan de toezegging aan het bevoegde orgaan worden toegerekend; en
3. Wat is de betekenis van het opgewekte vertrouwen bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid?

Zoals hierboven reeds uiteengezet, heeft de RES onzes inziens geen formele juridische werking tegenover derden. Daarom zijn de aan de RES verbonden private ondernemingen de enige Partijen die potentieel een beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen doen in dit geval. Omdat er – zoals bij vraag 1 reeds benoemd – geen sprake is van contractueel vastgelegde afspraken tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke entiteiten in de RES en gelet op de algemene bewoordingen van de RES, denken wij dat een beroep op het vertrouwensbeginsel weinig kans van slagen zal hebben.

3. Conclusie

Onzes inziens vormt de RES in de huidige vorm kort samengevat een bestuurlijk bindend politiek-bestuurlijk strategiedocument. De RES bindt uitsluitend de bestuursorganen, er is sprake van enkel interne werking. Daarnaast kennen de toezeggingen zoals opgenomen in de huidige vorm van de RES een inspanningsverplichting (op maatregelen zoals het uitvoeren van studies). De RES heeft geen formele juridische status, een derde kan onzes inziens aan de RES in beginsel geen juridische rechten/plichten ontlenen. Zo kent bovengenoemde adhesieverklaring ook slechts een voornemen van alle stakeholders om tot uitvoering van de RES over te gaan.