

PELS RIJCKEN

Per e-mail

Provincie Noord-Holland
mevrouw Y. Koot
Postbus 3007
2001 DA HAARLEM

onze ref. LB/MT/11014957
uw ref.
inzake Advies RES

C.E. Barnhoorn
advocaat
t +31 70 515 3466
f +31 70 515 3065
lianne.barnhoorn@pelsrijcken.nl

8 februari 2021

Geachte mevrouw Koot,

De RES-regio Noord-Holland Zuid en Noord-Holland Noord hebben een concept-RES opgeleverd. In aanloop naar de RES 1.0 heeft u ons acht juridische vragen gesteld. Deze vragen gaan, kort samengevat, over de doorwerking van de RES in omgevingsrechtelijke instrumenten, (financiële) participatie, de milieueffectrapportage en het Verdrag van Aarhus.

Ten behoeve van onze advisering heeft u ons verschillende documenten toegezonden. Het gaat bijvoorbeeld om de Oplegger & factsheet Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie van NP RES, maar ook om diverse documenten over het proces bij de commissie m.e.r. en over draagvlak en participatie. In ons advies zullen wij, waar nodig, naar deze documenten verwijzen.

Hierna geven wij eerst antwoord op de door u gestelde vragen, gevolgd door een stappenplan. De antwoorden en het stappenplan worden daarna toegelicht.

Antwoorden:

1 Hoe kan de RES worden “vertaald” in de Omgevingsverordening?

- Provinciale staten zijn bevoegd om een omgevingsverordening vast te stellen, waarin regels worden gesteld over de fysieke leefomgeving. Bij het stellen van deze regels moet sprake zijn van een provinciaal belang en dat belang moet niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kunnen worden behartigd.
- De RES ziet op onderdelen van de fysieke leefomgeving. Denk aan de realisatie van wind- en zonneparken. Gelet op het regionale karakter van de RES, zal het niet al te ingewikkeld moeten zijn om te motiveren dat sprake is van een provinciaal belang en dat het doeltreffend is dat de provincie dat belang behartigt.
- In de omgevingsverordening kunnen dus regels worden gesteld over afspraken, die in RES-verband zijn gemaakt. Dat kan bijvoorbeeld door het opnemen van omgevingswaarden of instructieregels.
- Een omgevingswaarde bepaalt voor de fysieke leefomgeving: de gewenste staat of kwaliteit, de toelaatbare belasting door activiteiten, of de toelaatbare concentratie of depositie van stoffen. Een omgevingswaarde wordt uitgedrukt in meetbare of berekenbare eenheden. De volgende voorbeelden zijn denkbaar:
 - De opwekking van 4,2 TWh in 2030 in Regio Noord-Holland Noord.¹
 - De opwekking van 2,7 TWh in 2030 in Regio Noord-Holland Zuid.²
 - In 2030 minimaal X MW opgesteld vermogen door middel van windparken in deelregio Y.
 - In 2030 heeft minimaal 70% van de woningen gebouwd na 1980 een energielabel B of hoger.
- Het opnemen van omgevingswaarden in de omgevingsverordening is uiteindelijk een bestuurlijke keuze. Het is raadzaam om bij deze keuze de juridische gevolgen in overweging te nemen. Een omgevingswaarde in de omgevingsverordening bindt in beginsel alleen (de bestuursorganen van) de provincie. Bij de vaststelling van de omgevingswaarde moet worden onderbouwd welke taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet worden ingezet om de omgevingswaarde te verwezenlijken. De verwezenlijking van de omgevingswaarde moet worden gemonitord. Als

¹ Concept-RES Noord-Holland Noord, d.d. 15 april 2020.

² Concept-RES Noord-Holland Zuid, d.d. 22 april 2020.

aannemelijk is dat niet wordt voldaan of niet zal worden voldaan aan een omgevingswaarde, dan moet een programma worden opgesteld. Het programma bevat een pakket met maatregelen om alsnog aan de omgevingswaarde te voldoen.

- In een omgevingsverordening kunnen instructieregels worden opgenomen. Denkbaar is een instructieregel, die gemeenten verplicht om hun aandeel van het aanbod uit de RES te vertalen in een omgevingswaarde. Andere voorbeelden zijn:
 - De vertaling van het “ja, mits”-principe voor zoekgebieden voor de realisatie van wind- en zonneparken uit de RES. Ter illustratie: een omgevingsplan bevat ter plaatse van “windenergie toegestaan” functies, die het bouwen of opschalen van een of meer windturbines mogelijk maken, mits in het omgevingsplan ten minste regels worden opgenomen met de volgende strekking: de ashoogte bedraagt minimaal 120 meter en maximaal 150 meter, het bronvermogen van een windturbine maximaal x dB(A) bedraagt (etc. etc.).
 - De vertaling van het “nee, tenzij”-principe voor locaties buiten de zoekgebieden uit de RES. Ter illustratie: een omgevingsplan bevat ter plaatse van “windenergie niet toegestaan” geen functies, die het bouwen of opschalen van een of meer windturbines mogelijk maken.
- In een omgevingsverordening kunnen voorbeschermingsregels worden opgenomen. Dit zijn tijdelijke regels om te voorkomen dat de locatie minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de beoogde nieuwe functie. Denkbaar is een voorbeschermingsregel, die bepaalt dat in zoekgebieden voor de realisatie van windparken geen gevoelige objecten gerealiseerd mogen worden. De voorbeschermingsregels vervallen na anderhalf jaar of op het moment dat het besluit tot vaststelling of wijziging van de omgevingsverordening in werking treedt (die – bijvoorbeeld – de zoekgebieden definitief aanwijst en gevoelige objecten ter plaatse uitsluit).

2 Wat kan er voor participatie en draagvlak met betrekking tot de uitvoering van de RES-en worden geregeld in de omgevingsverordening? Of in andere provinciale instrumenten?

- Onder de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is het niet mogelijk om in de omgevingsverordening een regel op te nemen, die ertoe strekt dat gemeenten slechts een bestemmingsplan voor een energieproject kunnen

vaststellen als wordt voldaan aan een minimumeis voor de mate van *draagvlak*. Een dergelijke regel is namelijk niet ruimtelijk relevant.

- In de rechtspraak over de Wro zien wij wél aanwijzingen dat het mogelijk is om een regel op te nemen, die ertoe strekt dat voorafgaand aan de vaststelling van een bestemmingsplan voor een energieproject een *participatietraject* moet zijn doorlopen en dat in het bestemmingsplan moet worden beschreven hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen daarbij zijn betrokken en wat de resultaten zijn van het uitgevoerde participatietraject.
- De vraag is of deze lijn in de rechtspraak wordt voortgezet onder de toekomstige Omgevingswet. Deze vraag kunnen wij niet met zekerheid beantwoorden.
- Uit de parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet blijkt dat het *niet* mogelijk is om in een omgevingsverordening participatieregels te stellen over de aanvraag van omgevingsvergunningen. De parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet zegt dat niet over de voorbereiding van bijvoorbeeld (een wijziging van) een omgevingsplan.
- Duidelijk is dat de wetgever heeft beoogd de inhoud van participatie te regelen door middel van participatiebeleid. Dit participatiebeleid moet invulling geven aan de wijze waarop burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van instrumenten uit de Omgevingswet worden betrokken. Het beleid zal in ieder geval moeten zien op procesparticipatie, maar kan ook gaan over financiële participatie.
- Uit de rechtspraak blijkt dat participatiebeleid erop gericht kan zijn om van initiatiefnemers inspanningen te vragen om het draagvlak onder omwonenden te vergroten en omwonenden te laten participeren. In deze rechtspraak gaat het om een inspanningsverplichting, niet een resultaatsverplichting. Als de initiatiefnemer niet aan de inspanningsverplichting voldoet, kan dat volgens de rechtspraak voor het bevoegd gezag een reden zijn om geen planologische medewerking te verlenen aan het initiatief. De provincie kan in het participatiebeleid aangeven welke inspanningen wenselijk zijn. Voorbeelden zijn het organiseren van informatieavonden, ateliers, opties van mede-eigenaarschap, een streven naar 50% lokaal eigendom of financiële deelneming. Naar ons inzicht kan in het participatiebeleid richting worden gegeven aan initiatiefnemers (een 'zachte' juridische borging), maar niet dwingend een bepaalde mate (minimum) van participatie worden opgelegd (een 'harde' juridische borging).

- Het participatiebeleid bindt in beginsel alleen de provincie, en niet de gemeenten. Een vrijwillig programma zou hier uitkomst voor kunnen bieden. Daarin zouden afspraken over participatie kunnen worden vastgelegd. Eventueel met de (aanvullende) afspraak dat de diverse bestuursorganen de participatieafspraken vertalen in eigen participatiebeleid. Door een programma vervolgens, op grond van artikel 2.2 lid 2 Ow, als RES-partners gezamenlijk, vast te stellen, zijn alle bestuursorganen aan het programma gebonden. Daartoe is, vanzelfsprekend, wel de medewerking van alle partijen nodig.
- Daarnaast zien wij voor een (financiële) participatieverplichting in een anterieure overeenkomst enige ruimte, zij het dat een eventuele participatieverplichting dan steeds moet worden gekoppeld aan een (in een structuurvisie omschreven) bijdrage aan de ruimtelijke ontwikkeling. Anterieure overeenkomsten worden gesloten om overheidskosten die samenhangen met de uitvoering van een bestemmingsplan, omgevingsplan of omgevingsvergunning te verhalen. De mogelijkheden van een anterieure overeenkomst zijn begrensd in wet en jurisprudentie. Een participatieverplichting die erop is gericht dat omwonenden "delen in de winst" van een energiepark, lijkt buiten de randvoorwaarden voor een anterieure overeenkomst te vallen.
- Meer ruimte voor participatieverplichtingen bestaat als de provincie en de initiatiefnemer hierover vrijwillig afspraken maken, zonder dat sprake is van een anterieure overeenkomst of hieraan de aanwending van een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gekoppeld. Ook in het kader van gronduitgifte zien wij mogelijkheid om participatieverplichtingen overeen te komen.

3 Kan financiële participatie bij zon- en windprojecten juridisch worden afgedwongen? Zo ja, hoe? Zo nee, wat zijn de mogelijkheden om ervoor te zorgen dat financiële participatie toch zoveel als mogelijk plaatsvindt?

- Zie het antwoord op vraag 2.

4 Zijn de RES-en plan-mer-plichtig? Zo ja, wat heeft dit voor consequenties?

- De RES is niet plan-mer-plichtig op grond van Nederlands recht. De vraag is of de RES plan-mer-plichtig is, vanwege de rechtstreekse werking van het Europese recht (de richtlijn 2001/42/EG betreffende de beoordeling van de

gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (de SMB³-richtlijn).

- Deze vraag is niet met zekerheid te beantwoorden. De rechtspraak zal dat moeten uitwijzen. In de rechtspraak zien wij de volgende aanwijzingen, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de RES plan-mer-plichtig is:
 - De RES moet een plan of programma zijn, als bedoeld in artikel 2 van de SMB-richtlijn. Daarvoor moet de RES o.a. zijn voorgeschreven in een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling. Het is, gelet op Europese rechtspraak van het Hof van Justitie en nationale rechtspraak van de Afdeling, niet uitgesloten dat het Klimaatakkoord en/of de NOVI kwalificeren als een bestuursrechtelijke bepaling, waarin de RES is voorgeschreven.
 - Daarnaast moet de RES kaderstellend zijn voor de toekenning van toekomstige vergunningen. In de rechtspraak zijn aanwijzingen te vinden voor het oordeel dat de RES een plan of programma is, dat kaderstellend is voor de toekomstige vergunningen.
- Om juridische risico's en vertraging zoveel mogelijk te voorkomen, kan ervoor worden gekozen om aan de RES een plan-mer ten grondslag te leggen.
- De voorkeur ligt bij een plan-mer, conform de regels van de Wet milieubeheer. Wij begrijpen dat de planning van de RES daarvoor thans weinig ruimte laat. Hoewel niet geheel zonder risico, is een alternatief om in aanloop naar de RES 1.0 zoveel mogelijk aan de sluiten bij de Wet milieubeheer en de SMB-richtlijn. De Provincie heeft dat traject reeds ingezet, door een milieubeoordeling uit te voeren en de commissie m.e.r. te laten adviseren. Het is zaak de milieubeoordeling naar de diverse zoekgebieden stapgewijs te onderbouwen, de commissie m.e.r. hierover te laten adviseren en vervolgens kenbaar te maken wat met de aanwijzingen van de commissie m.e.r. is gedaan. Hoewel formeel niet wordt voldaan aan de Wet milieubeheer en de SMB-richtlijn, hebben de milieubelangen op die manier in ieder geval een volwaardige plek in de besluitvorming.
- De vraag is wat de gevolgen zijn van het achterwege laten van een plan-mer, als voor een rechter komt vast te staan dat een RES plan-mer-plichtig is. Tegen een RES kan, bij een bestuursrechter, geen beroep worden ingesteld. Het ontbreken van een plan-mer kan dus slechts aan de orde komen door een beroep tegen appellabele besluiten, zoals een wijziging van het omgevingsplan of een concrete omgevingsvergunning. De rechter kan

³ SMB staat voor: strategische milieubeoordeling.

oordelen dat de RES buiten toepassing wordt gelaten. Dat kan leiden tot vernietiging van het betreffende besluit. Dat zou anders kunnen zijn, indien bij de voorbereiding van dat besluit een plan-mer is gevoerd, waarin alternatieve locaties zijn onderzocht.

5 Is de RES een plan of programma, conform het Verdrag van Aarhus (hierna: het Verdrag)? Zo ja, wat heeft dit voor gevolgen?

- Het Verdrag bevat geen omschrijving van het begrip 'plannen en programma's'. Het begrip wordt in "The Aarhus Convention, An Implementation Guide" (hierna: Implementation Guide) wel toegelicht.
- In de Implementation Guide zien wij aanwijzingen voor het oordeel dat de RES een plan of programma is, conform het Verdrag. De RES voldoet in grote lijnen aan de omschrijving die de Implementation Guide geeft van een "typical" plan of programma. Thans is nog geen rechtspraak, waaruit kan worden afgeleid of een RES kwalificeert als een plan of programma onder het Verdrag.
- Om juridische risico's te voorkomen, adviseren wij om bij het opstellen van de RES te voldoen aan de verplichtingen, die artikel 7 van het Verdrag stelt. Om aan de verplichtingen van artikel 7 van het Verdrag te voldoen moet de provincie:
 - De verplichtingen zien op "het publiek". Onder "het publiek" wordt verstaan: eenieder.
 - De betrokken overheden moeten mogelijkheden tot inspraak bieden binnen een transparant en eerlijk kader. Voor de RES is het raadzaam om actief te communiceren: a. wie worden betrokken; b. waarover zij worden betrokken; c. wanneer zij worden betrokken; d. wat de rol is van het bevoegd gezag; en e. waar aanvullende informatie beschikbaar is.
 - De betrokken overheden moeten zorgen dat het publiek ten tijde van de inspraak alle benodigde informatie heeft. Dit betreft in ieder geval de informatie, die relevant is om te kunnen participeren over de vaststelling van het plan of programma.
 - De betrokken overheden moeten voorzien in vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltreffende inspraak plaats kan vinden. Dat is in ieder geval voordat een definitief besluit wordt genomen. De uniforme openbare voorbereidingsprocedure van

afdeling 3.4 Awb is – bij de Afdeling – een beproefde methode om te voldoen aan de inspraakverplichtingen. Conform deze methode, zou een concept-RES met de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage kunnen worden gelegd. Eenieder kan hierover vervolgens, gedurende 6 weken, zienswijzen indienen. Wij begrijpen dat de planning van de RES daarvoor thans weinig ruimte biedt. Alternatief zou zijn om het reeds doorlopen participatieproces goed te documenteren. Daarmee zal het voor een rechter verdedigbaar kunnen zijn, dat de RES voldoet aan de inspraakverplichtingen uit het Verdrag.

- De betrokken overheden moeten bij het vaststellen van de RES rekening houden met de resultaten van inspraak.

6 Welke andere (participatie) verplichtingen brengt het Verdrag van Aarhus met zich mee voor de RES-en en welke gevolgen heeft dit?

- Zie het antwoord op vraag 5.

7 Wanneer is een RES Aarhusproof?

- De RES is Aarhusproof, indien wordt voldaan aan de inspraakverplichtingen volgend uit artikel 7 van het Verdrag. Hierna bieden wij in een concreet stappenplan handvatten om aan te sluiten bij de inspraakverplichtingen uit het Verdrag.

8 Zijn er nog andere juridische aspecten rondom de vaststelling/uitvoering van de RES-en die van belang zijn?

- De juridische aspecten rondom de RES zijn besproken in de antwoorden op vraag 1 tot en met 7.

Stappenplan RES & Verdrag van Aarhus:

① Informatievoorziening

Beschikbaar stellen van alle informatie, benodigd voor participatie over RES.

② Hoe inspraak: transparant & eerlijk

Stellen van redelijke termijnen voor informeren om doeltreffend voor te bereiden en deel te nemen aan participatie. Actief communiceren: a. wie worden betrokken; b. waarover zij worden betrokken; c. wanneer zij worden betrokken; d. de rol van het bevoegd gezag; en e. waar aanvullende informatie beschikbaar is.

③ Wie inspraak: het publiek

Inspraak voor het publiek: eenieder. Eenieder heeft het recht om deel te nemen aan een inspraakprocedure, die leidt tot vaststelling van de RES.

④ Wanneer inspraak: vroegtijdig

Vroegtijdige inspraak is een moment dat alle opties open zijn en doeltreffende inspraak kan plaatsvinden. Dat kan door toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure: terinzagelegging van een concept-RES en zienswijzen door eenieder. Alternatief zou zijn om het reeds doorlopen participatieproces goed te documenteren. Daarmee zal het voor een rechter verdedigbaar kunnen zijn, dat de RES voldoet aan de inspraakverplichtingen uit het Verdrag.

⑤ Resultaten inspraak

Bij het vaststellen van de RES moet rekening worden gehouden met de resultaten van inspraak.

Stappenplan doorwerking RES:

① RES 1.0 – RES 2.0 – RES 3.0 – etc.

De RES is een cyclisch proces; stappen gelden voor volgende versies van de RES.

② Omgevingsvisie

Beleidsmatig vastleggen van afspraken uit de RES, die zien op de fysieke leefomgeving. Denk aan het aanbod en de zoekgebieden voor de opwekking hernieuwbare energie.

③ Programma

Beleidsmatig vastleggen van uitvoeringsgerichte afspraken uit de RES. Denk aan afspraken over participatie.

④ Omgevingsverordening

Regels stellen over afspraken RES. Denk aan omgevingswaarden (*zelf bindend*): opwekking van 4,2 TWh in 2030 in Regio Noord-Holland Noord en 2,7 TWh in Regio Noord-Holland Zuid (zie de concept-RES-en). Denk ook aan instructieregels (*doorwerking naar omgevingsplannen van gemeenten*): een omgevingsplan bevat ter plaatse van “windenergie toegestaan” functies, die het bouwen of opschalen van een of meer windturbines mogelijk maken, mits in het omgevingsplan ten minste regels worden opgenomen met de volgende strekking: de ashoogte bedraagt minimaal 120 meter en maximaal 150 meter (etc.).

⑤ Omgevingsplan, omgevingsvergunning, projectbesluit

Besluitvorming over concrete energieprojecten.

⑥ Monitoring

De verwezenlijking van de omgevingswaarde moet worden gemonitord. Als aannemelijk is dat niet wordt voldaan of niet zal worden voldaan aan een omgevingswaarde, dan moet een programma worden opgesteld. Het programma bevat een pakket met maatregelen om alsnog aan de omgevingswaarde te voldoen.

⑦ RES 2.0 – RES 3.0 – etc.

① **RES**

In RES kunnen afspraken worden gemaakt over participatie bij vervolgbesluiten.

② **Participatiebeleid**

Geef invulling aan de wijze waarop burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van instrumenten uit de Omgevingswet worden betrokken (procesparticipatie). Het beleid kan daarnaast gaan over financiële participatie. Het beleid kan gericht zijn op inspanningen om draagvlak onder omwonenden te vergroten en omwonenden te laten participeren. Het gaat om een inspanningsverplichting, niet een resultaatsverplichting.

③ **Programma**

Het participatiebeleid bindt in beginsel alleen de provincie. Afspraken over participatie kunnen ook worden vastgelegd in een vrijwillig programma. Eventueel met de (aanvullende) afspraak dat de diverse bestuursorganen deze afspraken vertalen in eigen participatiebeleid. Door het programma, als RES-partners gezamenlijk, vast te stellen, zijn alle bestuursorganen aan het programma gebonden. Daartoe is vanzelfsprekend wel de medewerking van alle partijen nodig.

④ **Geen gronduitgifte: vrijwilligheid**

Besprek met de initiatiefnemer of hij bereid is om vrijwillig participatiemogelijkheden aan te bieden, eventueel ter uitvoering van het participatiebeleid. Leg de afspraken over participatie vast in een participatieovereenkomst (niet noodzakelijk, maar geeft de provincie mogelijkheden nakoming af te dwingen).

⑤ **Geen gronduitgifte: anterieure overeenkomst**

Besprek met de initiatiefnemer of hij bereid is om een anterieure overeenkomst aan te gaan voor zijn initiatief;

- (a) Stel een structuurvisie vast, waarin ruimtelijke ontwikkelingen zijn vastgelegd waarvoor een financiële bijdrage kan worden bedongen door middel van een anterieure overeenkomst;
- (b) Leg in de anterieure overeenkomst vast welke financiële bijdrage aan ruimtelijke ontwikkelingen de initiatiefnemer dient te voldoen.

Stappenplan participatie:

⑥ Geen gronduitgifte: exploitatieplan

Als de initiatiefnemer niet bereid is een anterieure overeenkomst aan te gaan, stel een structuurvisie vast waarin is opgenomen op welke wijze ten laste van een fonds bovenplanse kosten kunnen worden bekostigd voor specifieke locaties. Stel een exploitatieplan vast waarin een bijdrage aan voornoemd fonds voor bovenplanse kosten is opgenomen.

⑦ Gronduitgifte

Bij *onderhandse gunning*, maak met de initiatiefnemer in het kader van de gronduitgifte afspraken over participatie (op basis van participatiebeleid);

Bij *tendering*, neem participatie op als gunningvereiste of beoordelingscriterium in de gunningsleidraad (op basis van participatiebeleid).

Toelichting:

1 Doorwerking RES in instrumenten Omgevingswet

De RES moet worden uitgewerkt in omgevingsrechtelijke instrumenten. Het Klimaatakkoord en de NOVI noemen daartoe de omgevingsvisies, omgevingsplannen, programma's en omgevingsvergunningen.⁴ De Handreiking RES wijst daarbij ook op provinciale omgevingsverordeningen.⁵ In dit hoofdstuk wordt de doorwerking van de RES in de provinciale instrumenten van de Omgevingswet besproken.

1.1 Omgevingsvisie

Provinciale staten stellen op grond van artikel 3.1 lid 2 Ow een provinciale omgevingsvisie vast.⁶ De omgevingsvisie bevat op grond van artikel 3.2 Ow:

- "a. een beschrijving van de hoofdlijnen van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving,
- b. de hoofdlijnen van de voorgenomen ontwikkeling, het gebruik, het beheer, de bescherming en het behoud van het grondgebied,
- c. de hoofdzaken van het voor de fysieke leefomgeving te voeren integrale beleid."

De omgevingsvisie heeft een integraal karakter. Dat houdt in dat sprake is van een integrale benadering van alle beleidsterreinen van de fysieke leefomgeving. De fysieke leefomgeving omvat op grond van artikel 1.2 lid 2 Ow in ieder geval de bouwwerken, infrastructuur, watersystemen, water, bodem, lucht, landschappen, natuur, cultureel erfgoed en werelderfgoed. Deze opsomming is niet limitatief, zodat ook andere aspecten onder de fysieke leefomgeving kunnen vallen.

De RES bevat diverse afspraken, die zien op onderdelen van de fysieke leefomgeving. Denk aan het aanbod van de RES-regio's, te weten de duurzame opwekking van 4,2 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Noord⁷ en 2,7 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Zuid.⁸ Denk ook aan de zoeklocaties voor wind- en zonneparken.

Zie voor het opnemen van een taakstelling in een structuurvisie:
AbRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4177, r.o. 2.

Zie voor het opnemen van zoekgebieden in een structuurvisie:
AbRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1781, r.o. 52.2.

Een omgevingsvisie bindt in beginsel alleen de provincie zelf. Dat wil niet zeggen, dat een gemeente zich helemaal geen rekenschap hoeft te geven van een omgevingsvisie

⁴ Blz. 25-26 Klimaatakkoord, blz. 87 NOVI.

⁵ Blz. 67 Handreiking RES.

⁶ De provincie kent thans al de Omgevingsvisie NH2050. Deze omgevingsvisie geldt als een provinciale omgevingsvisie, als bedoeld in artikel 3.1 lid 2 Ow, mits wordt voldaan aan de artikelen 3.2 en 3.3 Ow. Zie: artikel 4.10 lid 2 Invoeringswet Ow.

⁷ Concept-RES Noord-Holland Noord, d.d. 15 april 2020.

⁸ Concept-RES Noord-Holland Zuid, d.d. 22 april 2020.

van de provincie. Eisen van zorgvuldige besluitvorming en het motiveringsbeginsel dwingen ertoe om dat wel te doen.

Zie artikel 3:2 Awb. Zie ook artikel 2.2 lid 1 Ow, waarin is bepaald dat bestuursorganen bij de uitoefening van hun bevoegdheden rekening moeten houden met bevoegdheden van andere bestuursorganen.

Het is mogelijk om op grond van artikel 2.2 lid 2 Ow een regionale omgevingsvisie vast te stellen. Dat zou, gelet op de regionale aanpak van de energietransitie, een logische keuze kunnen lijken. Toch raden wij dat af. Een bestuursorgaan kan namelijk maar één omgevingsvisie op zijn grondgebied vaststellen. Het is niet mogelijk een regionale omgevingsvisie vast te stellen, naast een eigen (lokale) gemeentelijke of provinciale omgevingsvisie. De regionale omgevingsvisie moet dus ook alle andere aspecten van de fysieke leefomgeving bevatten, die geen bovenlokaal karakter hebben. Dat kan leiden tot ingewikkelde plannings- en afstemmingskwesties.⁹

1.2 *Programma*

Gedeputeerde staten kunnen een programma vaststellen.¹⁰ Anders dan de omgevingsvisie, kan in een programma het beleid van *een onderdeel* van de fysieke leefomgeving worden uitgewerkt. De energietransitie bevat diverse onderdelen van de fysieke leefomgeving. Denkbaar is dat een programma wordt vastgesteld met als overkoepelend thema: de energietransitie.

Het programma is een uitvoeringsgericht instrument. Artikel 3.5 Ow bepaalt dat een programma bevat:

- “a. een uitwerking van het te voeren beleid voor de ontwikkeling, het gebruik, het beheer, de bescherming of het behoud daarvan,
- b. maatregelen om aan een of meer omgevingswaarden te voldoen of een of meer andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving te bereiken.”

Het programma kan enerzijds een verleidingsinstrument zijn, anderzijds is het een manier om tot afspraken te komen. Bijvoorbeeld afspraken tussen RES-partijen over het tijdspad van de realisatie van wind- en zonneparken. In het programma kan ook de inzet van (andere) instrumenten uit de Omgevingswet worden aangekondigd.

Het programma heeft een beleidsmatig karakter en bindt alleen het vaststellende bestuursorgaan bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Ook hier geldt dat de eisen

⁹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 962, nr. 3, blz. 114 en 398 en

<https://aandeslagmetdeomgevingswet.nl/regelgeving/instrumenten/omgevingsvisie/regionale/>

¹⁰ Artikel 3.4 Ow.

van zorgvuldige besluitvorming en het motiveringsbeginsel gemeenten ertoe zullen dwingen om rekening te houden met een provinciaal programma.¹¹

Het is mogelijk om op grond van artikel 2.2 lid 2 Ow een regionaal programma vast te stellen. Bij een omgevingsvisie was dat nadelig, omdat een bestuursorgaan voor haar grondgebied slechts één omgevingsvisie kan vaststellen en zodoende alle onderdelen van de fysieke leefomgeving in de regionale omgevingsvisie moeten landen. Een bestuursorgaan kan voor haar grondgebied meerdere programma's vaststellen. Die programma's kunnen elk een onderdeel van de fysieke leefomgeving beslaan. De gezamenlijke vaststelling van een programma heeft als voordeel dat alle bestuursorganen bij de uitvoering van taken of bevoegdheden aan zo'n programma zijn gebonden. Gedeputeerde staten kunnen overwegen om samen met de bestuursorganen, aangesloten bij RES Noord-Holland Noord en RES Noord-Holland Zuid, een programma vast te stellen.

1.3 Omgevingsverordening

De vraag is welke regels in een omgevingsverordening kunnen worden gesteld. De Omgevingswet geeft daartoe een kader.

Alleen regels over de fysieke leefomgeving

Provinciale staten zijn bevoegd om een omgevingsverordening vast te stellen, waarin regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen.¹² De fysieke leefomgeving omvat op grond van artikel 1.2 lid 2 Ow, als gezegd, in ieder geval de bouwwerken, infrastructuur, watersystemen, water, bodem, lucht, landschappen, natuur, cultureel erfgoed en werelderfgoed. Deze opsomming is niet limitatief, zodat ook andere aspecten onder de fysieke leefomgeving kunnen vallen.

De RES ziet op onderdelen van de fysieke leefomgeving. Denk daarbij aan de realisatie van wind- en zonneparken. In de omgevingsverordening kunnen uit een oogpunt van de fysieke leefomgeving diverse uitgangspunten / eisen worden vastgelegd.

De vigerende rechtspraak geeft aanknopingspunten voor instructieregels, die in de omgevingsverordening kunnen worden opgenomen:

- Instructieregels met eisen voor de onderbouwing van effecten van windturbines op het landschap (AbRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4442).
- Instructieregels die zoekgebieden voor windenergie vastleggen (AbRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1769).
- Instructieregels met een afstandseis tot gevoelige bestemmingen (AbRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331).

¹¹ Artikel 3:2 Awb. Zie ook artikel 2.2 lid 1 Ow.

¹² Artikel 2.6 Ow.

Regels met een provinciaal belang

Bij het stellen van regels in de omgevingsverordening moeten provinciale staten de grenzen van artikel 2.3 Ow in acht nemen.¹³ Artikel 2.3 lid 2 Ow bepaalt:

- "a. met het oog op een provinciaal belang en dat belang niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kan worden behartigd, of
- b. voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van de taken en bevoegdheden op grond van deze wet of de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting."

Bij het vaststellen van een omgevingsverordening moet gemotiveerd worden dat dit besluit nodig is met het oog op één van de twee hierboven genoemde gronden. Bij de uitvoering van de RES zal het, naar onze inschatting, niet al te ingewikkeld moeten zijn om de eerste grond (onder a) te onderbouwen. Die grond is vergelijkbaar met het criterium uit de Wet ruimtelijke ordening dat sprake moet zijn van een provinciaal belang. De Omgevingswet voegt daaraan toe dat het belang niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kan worden behartigd. Gelet op het regionale karakter zal dat voor de RES niet al te ingewikkeld moeten zijn.

Provinciale omgevingswaarden

Omgevingswaarden kunnen worden vastgesteld door gemeenten, provincies en het Rijk. Provinciale staten doen dat in een omgevingsverordening.¹⁴ De centrale bepaling is artikel 2.9 Ow:

- "1. Op grond van deze afdeling worden omgevingswaarden vastgesteld met het oog op de doelen van de wet.
- 2. Een omgevingswaarde bepaalt voor de fysieke leefomgeving of een onderdeel daarvan:
 - a. de gewenste staat of kwaliteit,
 - b. de toelaatbare belasting door activiteiten,
 - c. de toelaatbare concentratie of depositie van stoffen.
- 3. Een omgevingswaarde wordt uitgedrukt in meetbare of berekenbare eenheden of anderszins in objectieve termen."

Bij vaststelling van een omgevingswaarde moet de aard van die omgevingswaarde worden aangegeven. Dit kan een resultaatsverplichting zijn, al dan niet met een afwijkingsmogelijkheid. Een andere mogelijkheid is dat een omgevingswaarde een inspanningsverplichting inhoudt.¹⁵ Bij vaststelling van de omgevingswaarde moet worden aangegeven wat het tijdstip is waarop de verplichting ingaat of wat de

¹³ Artikel 4.1 lid 3 Ow.

¹⁴ Artikel 2.12 lid 1 jo. artikel 2.6 Ow.

¹⁵ Artikel 2.10 lid 1, onder a, Ow.

termijnen zijn waarbinnen aan de verplichting moet zijn voldaan.¹⁶ De geografische gelding van de omgevingswaarde moet worden aangegeven. Het gaat daarbij om de locatie of locaties waar de omgevingswaarde van toepassing is. Dat kan het hele grondgebied van de provincie zijn, maar ook een onderdeel daarvan.¹⁷

Het is denkbaar dat provinciale staten het aanbod van een RES-regio – 4,2 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Noord¹⁸ en 2,7 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Zuid¹⁹ – in de omgevingsverordening vastleggen als een omgevingswaarde.²⁰ Een omgevingswaarde zou ook concreter kunnen zijn, bijvoorbeeld: in 2030 minimaal X MW opgesteld vermogen door middel van windparken in deelregio Y.²¹ Een ander voorbeeld zou kunnen zijn: In 2030 heeft minimaal 70% van de woningen gebouwd na 1980 een energielabel B of hoger.²²

Het opnemen van omgevingswaarden in de omgevingsverordening is uiteindelijk een bestuurlijke keuze. Het is raadzaam om bij deze keuze de juridische gevolgen in overweging te nemen. Een omgevingswaarde in de omgevingsverordening bindt in beginsel alleen (de bestuursorganen van) de provincie. Bij de vaststelling van de omgevingswaarde moet worden onderbouwd welke taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet worden ingezet om de omgevingswaarde te verwezenlijken.²³ De verwezenlijking van de omgevingswaarde moet worden gemonitord.²⁴ De methode van monitoring en het bestuursorgaan, dat met de uitvoering van de monitoring is belast, worden aangewezen bij de omgevingsverordening.²⁵ De methode van monitoring heeft de wetgever vrij willen laten. In de memorie van toelichting benadrukt de wetgever dat monitoring kan door meten of berekenen. De methode van monitoring zal afhankelijk zijn van het soort omgevingswaarde, dat wordt vastgesteld.²⁶ Ter inspiratie verwijzen wij naar hoofdstuk 11 van het Bkl, waarin het Rijk de monitoring heeft vastgelegd van nationale omgevingswaarden. Bijvoorbeeld:

“Artikel 11.6 (gegevensverzameling gebouwen en locaties)

De gemeenteraad of het bevoegd gezag dat beslist op een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit verzamelt gegevens over de locaties van beperkt kwetsbare, kwetsbare en zeer kwetsbare gebouwen en beperkt kwetsbare en kwetsbare locaties die in het omgevingsplan respectievelijk de omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit zijn toegelaten.”

¹⁶ Artikel 2.10 lid 1, onder b, Ow.

¹⁷ Artikel 2.10 lid 1, onder c, Ow.

¹⁸ Concept-RES Noord-Holland Noord, d.d. 15 april 2020.

¹⁹ Concept-RES Noord-Holland Zuid, d.d. 22 april 2020.

²⁰ Zie tevens: mr. drs. S. Akerboom, mr. A.M.J.R. van der Linden, ‘Van gas los! Maar dan? Juridische aspecten van de verduurzaming van de warmtevoorziening’, *TBR* 2018/53, waarin voor de warmtetransitie wordt gesproken over een omgevingswaarde voor een gebied dat op een specifiek moment geen of slechts een klein percentage aardgas wordt gebruikt voor de warmtevoorziening.

²¹ Energietransitie versnellen met de Omgevingswet, d.d. 8 april 2020, blz. 160.

²² Energietransitie versnellen met de Omgevingswet, d.d. 8 april 2020, blz. 160.

²³ Artikel 2.10 lid 2 Ow.

²⁴ Artikel 20.1 Ow.

²⁵ Artikelen 20.1 en 20.2 lid 1 Ow.

²⁶ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 962, nr. 3, blz. 598-599.

"Artikel 11.8 (register externe veiligheidsrisico's)

1. Er is een landelijk register externe veiligheidsrisico's.
 2. Het register wordt beheerd door Onze Minister van Infrastructuur en Waterstaat.
 3. Het register is voor een ieder langs elektronische weg toegankelijk.
 4. Het register bevat:
 - a. de gegevens, bedoeld in de artikelen 11.2 tot en met 11.7 [PRDF: waaronder dus ook de gegevens over locaties van beperkt kwetsbare en (zeer) kwetsbare gebouwen en locaties.];
- (..)"

Als aannemelijk is dat niet wordt voldaan of niet zal worden voldaan aan een omgevingswaarde, dan moet op grond van artikel 3.10 Ow verplicht een programma worden opgesteld. Dat programma wordt in beginsel vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar niet wordt voldaan aan een omgevingswaarde. Provinciale staten kunnen in een omgevingsverordening een ander bestuursorgaan aanwijzen dat het programma vaststelt, zoals gedeputeerde staten.²⁷ Het programma bevat een pakket met maatregelen om alsnog aan de omgevingswaarde te voldoen. Die maatregelen kan ook de inzet van andere instrumenten uit de Omgevingswet inhouden. Denk aan het vaststellen van een projectbesluit om het windpark dat nodig is voor het behalen van de omgevingswaarde *toch* te realiseren.

Instructieregels

De regels in de omgevingsverordening moeten in beginsel als een instructieregel worden geformuleerd.²⁸ Instructieregels gaan over de taken en/of bevoegdheden van andere bestuursorganen. Door het stellen van instructieregels kunnen provinciale staten andere bestuursorganen aanzetten om bijvoorbeeld bij te dragen aan het bereiken van een omgevingswaarde. De doorwerking van een instructieregel kan verticaal (bijvoorbeeld: van bestuursorgaan van provincie naar bestuursorgaan van gemeente) en horizontaal (van provinciale staten naar gedeputeerde staten) geschieden.

Een voorbeeld van een verticale instructieregel uit de Interim-Omgevingsverordening van de provincie Noord-Brabant is:

"Hoofdstuk 3 Instructieregels aan gemeenten

Afdeling 3.4 Duurzame energie

Artikel 3.37 Windturbines in Landelijk gebied

Er kan uitsluitend toepassing gegeven worden aan het eerste lid met een omgevingsvergunning waarbij door toepassing te geven aan artikel 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 2 of 3, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht wordt afgeweken van een bestemmingsplan, waarbij aan de omgevingsvergunning in ieder geval de volgende voorwaarden worden verbonden:

²⁷ Artikel 3.10 lid 2, onder b, Ow.

²⁸ Artikel 4.2 lid 2 Ow

- a. de omgevingsvergunning geldt voor een bepaalde termijn, die ten hoogste 25 jaar bedraagt;
- b. na het verstrijken van de termijn wordt de vóór de verlening van de omgevingsvergunning bestaande toestand hersteld en worden de windturbines verwijderd;
- c. voor het gestelde onder b. wordt financiële zekerheid gesteld.”

Een voorbeeld van een horizontale instructieregel uit het Bkl is:

“Artikel 9.3 (instructieregels voor natuurnetwerk Nederland)

1. Er wordt geen projectbesluit door een van Onze Ministers vastgesteld voor het uitvoeren van een project binnen het natuurnetwerk Nederland dat nadelige gevolgen kan hebben voor de wezenlijke kenmerken en waarden van het natuurnetwerk, bedoeld in artikel 7.7, eerste lid, tenzij verzekerd is dat deze gevolgen tijdig worden gecompenseerd, zodanig dat de kwaliteit, oppervlakte en samenhang van het natuurnetwerk behouden blijven.”

De inhoud van instructieregels van provincies wordt gereguleerd in artikel 2.23 Ow. Artikel 2.23 lid 1 Ow bepaalt dat instructieregels gesteld kunnen worden over de inhoud óf de motivering van (onder meer) een omgevingsplan, die wordt vastgesteld door de gemeenteraad. Instructieregels kunnen op grond van artikel 2.23 lid 3 Ow alleen worden gesteld over de inhoud of motivering van een omgevingsplan over:

- “a. de uitoefening van taken als bedoeld in paragraaf 2.4.1 (..),
- b. in een omgevingsplan opgenomen andere dan onder a bedoelde omgevingswaarden,
- c. op te nemen of opgenomen regels:
 - 1°. in een omgevingsplan als bedoeld in artikel 4.2, eerste lid,
 - 2°. als bedoeld in artikel 4.6,
 - 3°. over monitoring als bedoeld in de artikelen 20.1 en 20.2 en gegevensverzameling als bedoeld in artikel 20.6.”²⁹

Ter toelichting het volgende. Met **onderdeel a** is tot uitdrukking gebracht dat instructieregels van de provincie over omgevingsplannen alleen betrekking kunnen hebben op taken als bedoeld in paragraaf 2.4.1 Omgevingswet. Voor gemeenten zijn de taken opgesomd in artikel 2.16 en voor provincies in artikel 2.18. Eén van de provinciale taken betreft “de gebiedsgerichte coördinatie van de uitoefening van taken en bevoegdheden door gemeenten”.³⁰ Deze provinciale taak is in de parlementaire geschiedenis vrij algemeen omschreven. Het betreft in feite een kerntaak van de provincie: het ontwikkelen en coördineren van het beleid voor de fysieke leefomgeving. Het gaat om een brede coördinerende rol van de provincie op het gebied van de fysieke leefomgeving, die nu vooral zijn beslag krijgt in het kader van de Wro. Blijkens de memorie van toelichting sluit deze taak ook aan bij de bestaande

²⁹ Artikel 2.23 lid 3 Ow.

³⁰ Artikel 2.18 lid 1, onder a, Ow.

ontwikkeling en praktijk, waarin de provincie als gebiedsregisseur optreedt, vooral als provinciale belangen zijn betrokken.³¹

Instructieregels over afspraken uit de RES zouden wellicht kunnen passen bij deze (algemene) provinciale taak. Onderdeel a bepaalt dat de instructieregels ook mogen zien op in het omgevingsplan opgenomen of nog op te nemen omgevingswaarden. Provincies krijgen dus de mogelijkheid om gemeenten *vanwege een wettelijke taak* te verplichten een bepaalde omgevingswaarde in het omgevingsplan op te nemen. Mogelijk kan gedacht worden aan een instructieregel die gemeenten verplicht om hun aandeel van het aanbod uit de RES te vertalen in een omgevingswaarde.

Anders dan bij onderdeel a, waar de provincie vanwege een wettelijke taak de gemeente verplicht om een omgevingswaarde in het omgevingsplan op te nemen, ziet **onderdeel b** op instructieregels over omgevingswaarden die de gemeenteraad vrijwillig in het omgevingsplan opneemt. De memorie van toelichting zegt hier het volgende over:

“Regels [lees: instructieregels, PRDF] over onverplicht in het omgevingsplan of de waterschapsverordening op te nemen onderdelen of onderwerpen kunnen er niet toe strekken dat deze alsnog in het omgevingsplan of de verordening moeten worden opgenomen. Zij kunnen er uitsluitend toe strekken om beperkingen of inhoudelijke regels te stellen voor het geval een onverplicht onderdeel/onderwerp in het omgevingsplan of de waterschapsverordening wordt of is opgenomen. [onderstreping door PRDF]”

Zie *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 962, nr. 3, blz. 427.

Met **onderdeel c** wordt bedoeld dat de provincie instructieregels kan stellen over de evenwichtige toedeling van functies aan locaties, regels daarover en samenhangende beoordelingsregels voor een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit.³² Bij deze categorie aan instructieregels zou naar ons idee gedacht kunnen worden aan:

De vertaling van het “ja, mits”-principe voor zoekgebieden voor de realisatie van wind- en zonneparken uit de RES. Ter illustratie: een omgevingsplan bevat ter plaatse van “windenergie toegestaan” functies, die het bouwen of opschalen van een of meer windturbines mogelijk maken, mits in het omgevingsplan ten minste regels worden opgenomen met de volgende strekking: de ashoogte bedraagt minimaal 120 meter en maximaal 150 meter, het bronvermogen van een windturbine maximaal x dB(A) bedraagt (etc. etc.).

De vertaling van het “nee, tenzij”-principe voor locaties buiten de zoekgebieden uit de RES. Ter illustratie: een omgevingsplan bevat ter plaatse van “windenergie niet toegestaan” geen functies, die het bouwen of opschalen van een of meer windturbines mogelijk maken.

³¹ *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 962, nr. 3, blz. 416.

³² *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 962, nr. 3, blz. 427.

Voorbeschermingsregels

In een omgevingsverordening kunnen voorbeschermingsregels worden opgenomen.³³

Dit zijn tijdelijke regels om te voorkomen dat de locatie minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de beoogde nieuwe functie. Het gaat om de volgende regels:

“Voorbeschermingsregels strekken ertoe te voorkomen dat de locatie minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van het doel van de regels, bedoeld in het eerste lid, en kunnen alleen inhouden:

- a. een verbod of een verbod om zonder voorafgaande melding of zonder omgevingsvergunning daarbij aangewezen activiteiten te verrichten die op grond van het omgevingsplan [PRDF: lees omgevingsverordening] zijn toegestaan, maar nog niet plaatsvinden,
- b. de aanwijzing van onderwerpen waarvoor het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften kan stellen of voorschriften aan een omgevingsvergunning kan verbinden,
- c. de aanwijzing van bestuursorganen of andere instanties die in de gelegenheid worden gesteld om aan het bevoegd gezag advies uit te brengen over een aanvraag om een besluit op grond van voorbeschermingsregels als bedoeld onder a of b,.
- d. het buiten toepassing verklaren van in het omgevingsplan [PRDF: lees omgevingsverordening] gestelde regels die in strijd zijn met voorbeschermingsregels als bedoeld onder a of b.”

Zie artikel 4.15 lid 3 en artikel 4.14 lid 3 Ow.

De voorbeschermingsregels worden direct in de omgevingsverordening opgenomen. De voorbeschermingsregels vervallen na anderhalf jaar of op het moment dat het besluit tot vaststelling of wijziging van het omgevingsverordening in werking treedt (die – bijvoorbeeld – de zoekgebieden definitief aanwijst en gevoelige objecten ter plaatse uitsluit).

De voorbeschermingsregels in het omgevingsplan [PRDF: lees omgevingsverordening] vervallen na een jaar en zes maanden, of, als binnen die termijn het besluit tot vaststelling of wijziging van het omgevingsplan [PRDF: lees omgevingsverordening] waarvan de regels, bedoeld in het eerste lid, deel uitmaken is bekendgemaakt, op het tijdstip waarop dat besluit in werking treedt of is vernietigd.

Zie artikel 4.15 lid 3 en artikel 4.14 lid 4 Ow.

Denkbaar is een voorbeschermingsregel, die bepaalt dat in zoekgebieden voor de realisatie van windparken geen gevoelige objecten gerealiseerd mogen worden. De voorbeschermingsregel vervalt na anderhalf jaar of op het moment dat het besluit tot vaststelling of wijziging van het omgevingsverordening in werking treedt (die –

³³ Artikel 4.15 Ow.

bijvoorbeeld – de zoekgebieden definitief aanwijst en gevoelige objecten ter plaatse uitsluit).

2 Participatie onder de Omgevingswet

Participatie is een belangrijke pijler onder de Omgevingswet. De Omgevingswet kent geen definitie van het participatie-begrip. In de toelichting op het Omgevingsbesluit is verwoord wat de regering onder participatie verstaat:

“Het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit.”

Stb. 2018, 290, blz. 134.

Deze definitie lijkt in eerste instantie uit te gaan van procesparticipatie. Procesparticipatie kan, afhankelijk van het instrument waarover wordt geparticipeerd, gericht zijn op formulering van beleid³⁴ dan wel op de realisering van een concreet project.³⁵ Financiële participatie valt niet direct onder deze definitie. Thans laat de rechtspraak echter zien dat procesparticipatie en financiële participatie niet los van elkaar worden beoordeeld.

Zie AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209, waarin wordt beoordeeld of initiatiefnemer voldoende inspanningen heeft verricht om draagvlak onder omwonenden te vergroten. De inspanningen, die de Afdeling beoordeelt, zijn te kwalificeren als procesparticipatie en financiële participatie.

Hoewel de regels over participatie in de Omgevingswet dus gaan over procesparticipatie, sluiten wij niet uit dat financiële participatie hierin een rol kan gaan spelen. Om die reden bespreken wij procesparticipatie en financiële participatie hierna gezamenlijk.

2.1 Participatieregels in omgevingsverordening

Een omgevingsverordening kan slechts regels bevatten over de fysieke leefomgeving.³⁶ De vraag of (financiële) participatie valt onder het nieuwe containerbegrip de “fysieke leefomgeving” wordt in de parlementaire geschiedenis niet beantwoord. De rechtspraak over de Wet ruimtelijke ordening (Wro) biedt wel enkele handvatten voor een antwoord op deze vraag.

³⁴ Participatie bij een omgevingsvisie, omgevingsverordening of programma.

³⁵ Participatie bij een omgevingsplan, projectbesluit of omgevingsvergunning.

³⁶ Artikel 2.6 Ow.

Onder de Wro is de cruciale vraag of draagvlak als ruimtelijk relevant aspect heeft te gelden. Deze vraag werd steevast ontkennend beantwoord.

Zie bijvoorbeeld AbRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276, r.o. 2.4.1:

"(...) uit het verweerschrift blijkt dat de raad hiertoe [de weigering om een bestemmingsplan vast te stellen, LB] heeft besloten omdat er volgens hem geen maatschappelijk draagvlak is voor de bouw van een woning op de beoogde locatie. Naar het oordeel van de Afdeling betreft dit echter geen ruimtelijk relevant aspect."

Ook als het gaat om draagvlak voor een windpark was dat in de jurisprudentie een uitgemaakte zaak.

Zie bijvoorbeeld AbRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702 (Windpark Autena), r.o. 8.2:

"De raad stelt zich terecht op het standpunt dat de omstandigheid dat onder de bevolking geen draagvlak voor het plan zou bestaan, wat daar verder van zij, niet betekent dat de raad het plan niet in redelijkheid heeft kunnen vaststellen. Deze omstandigheid betekent niet dat het plan niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening."

Vgl. in dezelfde zin bijvoorbeeld AbRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (Windpark De Drentse Monden en Oostermoer), r.o. 47.1.

Het voorgaande laat onverlet dat het creëren van draagvlak en participatie via beleid wél onderdeel wordt van de belangenafweging.³⁷ Een nog concreter voorbeeld is het paraplubestemmingsplan van de gemeente Leeuwarden voor zonneparken.³⁸ In een partiële herziening van een groot aantal bestemmingsplannen heeft de raad een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid opgenomen ten behoeve van de realisatie van zonneparken. Deze binnenplanse afwijkingsbevoegdheid bevat een participatieverplichting. Die houdt in dat, voorafgaand aan de verlening van de omgevingsvergunning voor het binnenplans afwijken van het bestemmingsplan, moet zijn aangetoond dat participatie heeft plaatsgevonden. De raad heeft afgezien van het opnemen van regels waaraan de participatie moet voldoen en heeft dat in de plantoelichting toegelicht.

In de plantoelichting staat onder meer dat geen harde eisen en termijnen worden gesteld aan het participatietraject, om te voorkomen dat participatie té veel lijkt op een juridische procedure in plaats van echte betrokkenheid van bewoners. Wel zal volgens de plantoelichting nadrukkelijk worden gekeken naar de mate waarin bewoners vroegtijdig zijn gekend in het beoogde project, er voldoende kennis van

³⁷ AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (weigeringsbesluit Windpark Greenport Venlo) en AbRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Borger-Odoorn).

³⁸ AbRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2338 (Zonneparken Leeuwarden).

konden nemen en mee konden praten en denken over de invulling van het project. Initiatiefnemers zullen inzichtelijk moeten maken wat er in het kader van de participatie is ondernomen en welke reacties van bewoners zijn ontvangen. Verslaglegging van het participatietraject wordt niet aan bepaalde vormvereisten onderworpen, maar moet de gemeente ervan kunnen overtuigen dat het project wordt gedragen door de bij het project betrokken gemeenschap, aldus de plantoelichting.

Een aantal appellanten kwam op tegen deze participatieverplichting en voerde onder meer aan dat de verplichting weinig concreet is. De Afdeling gaat echter akkoord met deze participatieverplichting.³⁹

Hoewel in deze procedure de ruimtelijke relevantie van de participatieverplichting niet specifiek ter discussie is gesteld, vormt de uitspraak een belangrijke aanwijzing dat in bestemmingsplannen regels gesteld kunnen worden over participatie.

In analogie met deze Leeuwardense aanpak zou in de omgevingsverordening een regel kunnen worden opgenomen die ertoe strekt dat, voorafgaand aan de wijziging van een omgevingsplan voor een windpark, een participatietraject moet zijn doorlopen en dat in het omgevingsplan moet worden beschreven hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen daarbij zijn betrokken en wat de resultaten zijn van het uitgevoerde participatietraject.

Wij wijzen in dit verband ook op een arrest van de Hoge Raad over de Ruimte voor Ruimte-regeling.⁴⁰ De gemeente kon aan haar instemming met een bouwplan voor woningbouw de voorwaarde verbinden dat de initiatiefnemer veehouderijen zou slopen (zie hierover uitgebreider onder 2.6 van dit advies). Deze voorwaarde was, aldus de Hoge Raad, gericht op ruimtelijke kwaliteitsverbetering. Dit arrest biedt mogelijk ingang en inspiratie om een participatieverplichting te formuleren die ruimtelijk relevant is. Wij denken bijvoorbeeld aan de verplichting tot het betrekken van een lokale stichting, die als statutair doel de lokale ruimtelijke kwaliteitsverbetering nastreeft.

Los ervan dat er geen rechtspraak is over deze mogelijkheid, zien wij in ieder geval een potentieel risico. Als dergelijke participatie ruimtelijk relevant wordt geacht en het participatietraject mislukt, zou daaraan het argument kunnen worden ontleend dat het initiatief in strijd is met de goede ruimtelijke ordening. Dit geeft een lokale stichting (te) veel macht in het besluitvormingsproces. Als de provincie deze kant op zou willen gaan, vergt dit naar onze indruk een nadere uitwerking, en eventuele beleidsmatige inkadering die vooralsnog de reikwijdte van dit advies te buiten gaat. Als lokale stichtingen worden betrokken, lijkt het in ieder geval verstandig om in zee te gaan met een gevestigde naam waar de provincie al eerdere, positieve ervaringen mee heeft óf met een omgevingsfonds waarin ook de initiatiefnemer zelf participeert. In dat laatste geval wordt het risico verkleind dat de stichting het initiatief torpedeert door participatie van de hand te wijzen.

³⁹ AbRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2338 (Zonneparken Leeuwarden), r.o. 10.

⁴⁰ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR2017:483.

De vraag is wel of de omgevingsverordening daarmee niet de onder 2.1 omschreven participatieregels uit de Omgevingswet en het Omgevingsbesluit (onaanvaardbaar) doorkruist. Het voert te ver om het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising in dit advies uitvoerig te behandelen. Belangrijk om te signaleren is dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onaanvaardbare doorkruising onder meer van belang is of de hogere regeling uitputtend is bedoeld.

In dat kader wordt gewezen op de toelichting bij de Omgevingsregeling,⁴¹ de ministeriële regeling bij de Omgevingswet:

"De aanvraagvereisten zijn uitputtend geregeld in artikel 7.4. Er mogen geen aanvullende eisen worden gesteld aan de participatie, al dan niet via een aanvraagvereiste. Dit geldt dus ook voor eventuele vormvereisten. Hiermee wordt de vormvrijheid van het participatieproces verzekerd.

Het artikel schrijft voor dat aangegeven moet worden of derden bij de voorbereiding van de aanvraag zijn betrokken en – als dat het geval is – hoe zij zijn betrokken en wat de resultaten daarvan zijn. Het is de verantwoordelijkheid van de initiatiefnemer om een adequate vorm te kiezen waarin participatie bij de voorbereiding van een aanvraag plaatsvindt. Participatie is maatwerk. De locatie, de aard van het project en de omgeving zijn namelijk elke keer anders. Veel initiatiefnemers en overheden hebben de afgelopen jaren kennis en ervaring opgebouwd met participatie. Die kennis en ervaring kan worden gebruikt om het participatieproces voorafgaand aan de aanvraag vorm te geven.

Door de uitputtendheid van het aanvraagvereiste mogen decentrale overheden geen aanvullende regels stellen over participatie waaraan een aanvraag voor vergunningplichtige activiteiten zoals opgenomen in een omgevingsplan, omgevingsverordening of waterschapsverordening moet voldoen. Bijvoorbeeld een vereiste dat burenhun instemming moeten hebben verleend voor een activiteit. Zo een vorm van 'burenplanologie' miskent ook de rol van het bevoegd gezag en is niet geoorloofd."

Stc. 2019 nr. 56288, blz. 336.

De Omgevingsregeling regelt het aanvraagvereiste⁴² uitputtend. Het is dus *niet* mogelijk om in een omgevingsverordening participatieregels te stellen over de aanvraag van omgevingsvergunningen. De parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet zegt dat niet over de voorbereiding van bijvoorbeeld (een wijziging van) een omgevingsplan. Duidelijk is dat de wetgever heeft beoogd de inhoud van participatie te regelen door middel van participatiebeleid.

⁴¹ Stc. 2019, 56288.

⁴² Niet zijnde: door de gemeenteraad aangewezen gevallen van buitenplanse omgevingsplanactiviteiten, artikel 16.55 lid 7 Ow en *Kamerstukken I* 2019-2020, 34 986, S, blz. 27.

2.2 Participatieregels in beleid

Bij het vaststellen van een omgevingsvisie, programma, omgevingsverordening of omgevingsplan geldt een motiveringsplicht voor participatie.⁴³ Gemotiveerd moet worden hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding zijn betrokken en wat de resultaten daarvan zijn. Daarbij wordt aangegeven op welke wijze invulling is gegeven aan het toepasselijke decentrale participatiebeleid.

De verwijzing naar het decentrale participatiebeleid is geïntroduceerd met het Invoeringsbesluit Omgevingswet, aan de hand van een motie van Nooren c.s.⁴⁴ De nota van toelichting op het Invoeringsbesluit Omgevingswet laat zien dat de regering uitgaat van een gefaseerde aanpak: nu een regeling in het stelsel van de Omgevingswet en straks, na inwerkingtreding van de Wet versterking participatie op decentraal niveau, een regeling breed in de organieke wetten.⁴⁵

Met deze Wet versterking participatie op decentraal niveau worden (onder meer) artikel 147 Provinciewet en artikel 150 Gemeentewet aangepast. De inspraakverordening wordt daarmee verbreed naar een participatieverordening. Provinciale staten stellen een participatieverordening vast ten aanzien van de voorbereiding van provinciaal beleid. De gemeenteraad stelt een participatieverordening vast ten aanzien van de voorbereiding van gemeentelijk beleid. De provinciale participatieverordening lijkt daarmee niet te kunnen zien op participatie bij de inzet van gemeentelijke instrumenten. Daartoe wordt door de gemeenteraad een participatieverordening vastgesteld.

Zie het wetsvoorstel en de memorie van toelichting bij de Wet versterking participatie op decentraal niveau op: www.internetconsultatie.nl/participatieverordening.

Vooruitlopend op de Wet versterking participatie op decentraal niveau worden decentrale overheden gevraagd om het participatiebeleid vast te stellen op grond van artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het decentrale participatiebeleid geeft aan hoe invulling wordt gegeven aan de bevoegdheid om burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van instrumenten uit de Omgevingswet te betrekken. Op die manier is voor alle betrokkenen inzichtelijk hoe zij bij de voorbereiding van provinciale instrumenten uit de Omgevingswet, zoals een omgevingsvisie of omgevingsverordening, worden betrokken. Het is aan de provincie zelf om te bepalen hoe het participatiebeleid eruit komt te zien.⁴⁶

⁴³ Zie artikel 10.2 (omgevingsplan), artikel 10.3b (omgevingsverordening) artikel 10.7 (omgevingsvisie) en artikel 10.8 (programma) Omgevingsbesluit.

⁴⁴ *Kamerstukken I* 2019-2020, 34 986, nr. AA.

⁴⁵ Zie Stb. 2020, 400, blz. 1217 en 1218.

⁴⁶ Zie Stb. 2020, 400, blz. 1217 en 1218.

Het participatiebeleid bindt in beginsel alleen het bestuursorgaan dat het beleid heeft vastgesteld. De provincie kan met het participatiebeleid dus niet bewerkstelligen dat ook de gemeente daarnaar handelt. Dat wil niet zeggen, dat een gemeente helemaal geen rekenschap hoeft te geven van beleid van de provincie. Eisen van zorgvuldige besluitvorming en het motiveringsbeginsel dwingen ertoe om dat wel te doen.⁴⁷

Het provinciale participatiebeleid zal gelden voor de inzet van de provinciale instrumenten uit de Omgevingswet. Het participatiebeleid zal in ieder geval moeten zien op procesparticipatie. Het participatiebeleid zou, naar onze inschatting, daarnaast kunnen zien op financiële participatie. In de rechtspraak van de Afdeling wordt thans immers nog geen strikte scheiding aangebracht tussen procesparticipatie en financiële participatie.

AbRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 (Zonnepark Borger-Odoorn):

"8.4. De Afdeling ziet in dit gemeentelijke beleid niet een harde randvoorwaarde neergelegd waaraan de consequentie is verbonden dat het plan niet mag worden vastgesteld als draagvlak of een vorm van participatie ontbreekt. Het beleid brengt de wens tot uitdrukking dat voldoende maatschappelijk draagvlak wordt verkregen alsmede de wens inwoners te laten participeren bij de planvorming, een wens waarvan de realisering primair op de weg van de initiatiefnemer is gelegen. Van de initiatiefnemer wordt verwacht dat hij zich inspanningen getroost om voldoende draagvlak te verwerven en participatie mogelijk te maken.

8.5. Gebleken is dat de initiatiefnemer met het oog op het verwerven van draagvlak informatieavonden heeft georganiseerd met omwonenden, alle belangstellenden via e-mail en de website www.dejongodoorn.nl op de hoogte heeft gehouden van ontwikkelingen rond het initiatief. Met het oog op de participatie van de bewoners van de wijk Daalkampen heeft de initiatiefnemer onder meer aangeboden de aangrenzende bewoners van het voorziene zonnepark tegen een goedkoper tarief van zonnepanelen te voorzien. De Afdeling is gelet op het voorgaande met de raad van oordeel dat de initiatiefnemer zich voldoende heeft ingespannen bij het bevorderen van draagvlak en participatie en dat het plan in zoverre niet in strijd met het gemeentelijke beleid, inclusief het Beleidsplan Zonneoogst, is vastgesteld."

AbRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (weigeringsbesluit Windpark Greenport Venlo):

"23.2. Het vorenstaande neemt niet weg dat, bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informerende van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580. Etriplus heeft onweersproken gesteld dat er geen gemeentelijk beleid is, waarin is vastgelegd dat een onderzoek naar de

⁴⁷ Zie artikel 3:2 en artikel 3:46 Awb.

omvang van het draagvlak verricht dient te worden en dat ook anderszins niet bekend is (gemaakt) wat een dergelijk onderzoek zou moeten inhouden. Ook heeft Etriplus onweersproken toegelicht dat zij inspanningen heeft verricht die gericht waren op het peilen en vergroten van draagvlak onder omwonenden. Zij wijst in dit verband op onder meer de omstandigheid dat in samenspraak met omwonenden financiële middelen zijn gereserveerd voor het verbeteren van de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving van het plangebied, omwonenden de mogelijkheid is geboden economisch te participeren in het project en dat buitenwettelijke informatie- en inspraakmogelijkheden zijn georganiseerd. Het standpunt van de raad dat Etriplus zich in dit verband onvoldoende heeft ingespannen, volgt de Afdeling daarom niet. Het betoog slaagt.”

Uit deze rechtspraak blijkt dat participatiebeleid erop gericht kan zijn om van initiatiefnemers inspanningen te vergen om het draagvlak onder omwonenden te vergroten en omwonenden te laten participeren.⁴⁸ Blijkens de rechtspraak gaat dat thans om een inspanningsverplichting, niet een resultaatsverplichting. Als de initiatiefnemer niet aan de inspanningsverplichting voldoet, kan dat volgens de rechtspraak voor het bevoegd gezag een reden zijn om geen planologische medewerking te verlenen aan het initiatief. De provincie kan in het participatiebeleid aangeven welke inspanningen wenselijk zijn. Voorbeelden zijn het organiseren van informatieavonden, ateliers, opties van mede-eigenaarschap, een streven naar 50% lokaal eigendom of financiële deelneming. Naar ons inzicht kan in het participatiebeleid richting worden gegeven aan initiatiefnemers (een ‘zachte’ juridische borging), maar niet dwingend een bepaalde mate (minimum) van participatie worden opgelegd (een ‘harde’ juridische borging).

2.3 *Participatieregels in een programma*

Gedeputeerde staten kunnen op grond van artikel 3.4 Ow een (vrijwillig) programma vaststellen. In zo’n programma kan het beleid van een onderdeel van de fysieke leefomgeving worden uitgewerkt. Denkbaar is dat een programma wordt vastgesteld, met als overkoepelend thema: de energietransitie (of concreter: de realisatie van wind- en zonneparken). Het programma is een uitvoeringsgericht instrument. In zo’n uitvoeringsgericht programma zouden afspraken uit de RES kunnen worden opgenomen, die zien op participatie. Eventueel met de (aanvullende) afspraak dat de diverse bestuursorganen de participatieafspraken vertalen in participatiebeleid. Door een programma vervolgens, op grond van artikel 2.2 lid 2 Ow, regionaal vast te stellen, zijn alle bestuursorganen aan het programma gebonden.

2.4 *Participatie via publiekrechtelijk kostenverhaal - Wro*

De vraag is of (financiële) participatie via publiekrechtelijk kostenverhaal kan worden afgedwongen. Onder publiekrechtelijk kostenverhaal wordt verstaan het verhaal van

⁴⁸ Zie tevens: de Oplegger & factsheet Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie van NP RES.

kosten die door een overheid moeten worden gemaakt voor of in verband met (de uitvoering van) bepaalde ruimtelijke besluiten. Voor een goed begrip wordt eerst publiekrechtelijk kostenverhaal naar huidig recht besproken. Daarna volgt publiekrechtelijk kostenverhaal onder de Omgevingswet.

Als een planologisch besluit – zoals een inpassingsplan – voorziet in een bouwplan als bedoeld in artikel 6.2.1 Bro⁴⁹, moet het inpassingsplan in beginsel vergezeld gaan van een exploitatieplan (artikel 6.12 jo. 6.25 Wro), waarin is geregeld op welke wijze kostenverhaal plaatsvindt. Geen exploitatieplan hoeft te worden vastgesteld als (onder meer) kostenverhaal anderszins is verzekerd. Dit gebeurt in de regel in de vorm van een anterieure overeenkomst (artikel 6.12 lid 2 aanhef en sub a Wro). Het bevoegd gezag mag ook een anterieure overeenkomst aangaan als – bij gebreke daaraan – *geen* exploitatieplan zou hoeven worden opgesteld.⁵⁰ Het navolgende over kostenverhaal ziet *niet* op de situatie dat een overheid zelf grond uitgeeft voor een initiatief. Het stelsel van kostenverhaal is daarop niet van toepassing, omdat wordt aangenomen dat het kostenverhaal al in de uitgifteprijs is verdisconteerd.

Exploitatieplan

De kosten die op grond van een exploitatieplan kunnen worden verhaald, zijn limitatief opgesomd in artikel 6.13 Wro jo. artikel 6.2.4 e.v. Bro. De in dit verband belangrijkste beperking is dat het kostenverhaal is beperkt tot kosten die voldoen aan de zogenoemde PPT-criteria (profijt, proportionaliteit, toerekenbaarheid). Deze criteria komen – kort gezegd – erop neer dat het verhaal is beperkt tot kosten die de overheid maakt, die toerekenbaar zijn aan de ontwikkeling ter plaatse (toerekenbaarheid) in de mate *waarin* ze aan die ontwikkeling zijn toe te rekenen (proportionaliteit) en waar de initiatiefnemer van profiteert (profijt). Hieronder kunnen ook kosten vallen die samenhangen met ontwikkelingen buiten het exploitatiegebied, mits wordt voldaan aan de PPT-criteria (artikel 6.13 lid 6 Wro). Bijvoorbeeld: de reconstructie van een nabijgelegen weg die mede beoogt het exploitatiegebied beter te ontsluiten. Wij zien niet hoe een verplichting tot (financiële) participatie hier goed ingepast kan worden. Nog los van het feit dat zo'n participatieverplichting in het exploitatieplan niet is gericht op het verhalen van *overheidskosten*, zal ook niet snel zijn voldaan aan de PPT-criteria.

Voorts kunnen bovenplanse kosten voor meerdere locaties in de vorm van een fondsbijdrage worden verhaald als exploitatiekosten, als een structuurvisie is vastgesteld die aanwijzingen geeft over de bestedingen die ten laste van het fonds komen (artikel 6.13 lid 7 Wro). De bedoeling van deze regeling is dat exploitatiekosten tussen verschillende gebieden kunnen worden verevend, als sprake is van een tussen

⁴⁹ Niet ieder energiepark is een bouwplan in de zin van artikel 6.2.1 Bro, nu het moet gaan om – kort gezegd – de bouw of uitbreidingen van *woningen of hoofdgebouwen*. Van een windturbine is wel aangenomen dat dit een gebouw is (ABRVs 12 april 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN7169), hoewel in het Besluit bouwwerken leefomgeving een windturbine als bouwwerk, geen gebouw zijnde, wordt aangemerkt. . Zonnepanelen en -weides daarentegen zullen niet aan deze definitie voldoen.

⁵⁰ AbRVs 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950, r.ov. 5.5.

die locaties samenhangende ontwikkeling. Ook over deze band zien wij weinig aanknopingspunten voor een participatieverplichting in het exploitatieplan.

Anterieure overeenkomst

Omdat een anterieure overeenkomst een overeenkomst is en contractsvrijheid voorop staat, hebben partijen een zekere mate van ruimte in het maken van afspraken⁵¹: zij kunnen zaken overeenkomen die niet via het exploitatieplan geregeld zouden kunnen worden. In het bijzonder voorziet artikel 6.24 lid 1, aanhef en onder a, Wro in de mogelijkheid om afspraken te maken over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkeling op basis van een vastgestelde structuurvisie. Deze ruimtelijke ontwikkelingen hoeven niet samen te hangen met de grondexploitatie die hoort bij het bouwplan waarvoor de anterieure overeenkomst wordt aangegaan. Deze financiële bijdrage is daarom vergelijkbaar met de vereveningsbijdrage als bedoeld in artikel 6.13 lid 7 Wro, zij het dat een bijdrage voor "ruimtelijke ontwikkelingen" een iets bredere basis lijkt te bieden voor afspraken dan het verhaal van (slechts) "bovenplanse kosten".

N.B. het aangaan van een anterieure overeenkomst kan niet worden afgedwongen. Indien een initiatiefnemer geen anterieure overeenkomst wenst aan te gaan, is dat geen (ruimtelijk relevante) grond voor het bevoegd gezag om medewerking aan het initiatief te weigeren. Het bevoegd gezag zal in dat geval alsnog een exploitatieplan moeten opstellen.

Een recente uitspraak van de Afdeling werpt nader licht op de financiële bijdrage aan de ruimtelijke ontwikkeling.⁵² Aan de orde was een bestemmingsplan, waarin recreatiewoningen werden herbestemd voor permanente bewoning. De gemeente Oldenbroek was met de eigenaars van de recreatiewoningen een anterieure overeenkomst aangegaan, die (mede) ertoe strekte dat de eigenaars een financiële bijdrage leverden aan een fonds ter bekostiging van nieuwe recreatievoorzieningen in de gemeente. Grondslag hiervoor was de structuurvisie "Permanente bewoning recreatiewoningen (2017)", en de bedoeling van de bijdrage was om het wegvallen van recreatiewoningen in de gemeente via andere recreatievoorzieningen te compenseren.

De Afdeling achtte dit passend binnen de systematiek artikel 6.24 Wro, omdat vershraling door de ene ruimtelijke ontwikkeling (het verdwijnen van recreatiewoningen) wordt gekoppeld aan de versterking van een andere ruimtelijke ontwikkeling (het realiseren van nieuwe recreatievoorzieningen).

De Afdeling oordeelde bovendien dat het niet aangaan van de anterieure overeenkomst in dit specifieke geval voldoende grond vormde voor de gemeente om medewerking aan de herbestemming van een recreatiewoning te weigeren. Zonder het kostenverhaal

⁵¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, nr. 6, p. 18.

⁵² AbRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950.

ten behoeve van het recreatiefonds, was het plan van de initiatiefnemer in strijd met de goede ruimtelijke ordening. Via deze redeneerlijn kon de gemeente dus wél een anterieure overeenkomst afdwingen. Hier zal evenwel hebben meegespeeld dat – in uitzondering op de hoofdregel “bij geen anterieure overeenkomst wordt een exploitatieplan opgesteld” – in dit geval geen sprake was van een bouwplan waarvoor kostenverhaal via een exploitatieplan kon worden afdgewongen. Anders had de gemeente vermoedelijk ook over de band van artikel 6.13 lid 7 Wro, onder verwijzing naar de genoemde structuurvisie, een fondsbijdrage kunnen afdwingen. Hier is dus sprake van een enigszins casuïstische uitzondering op de hoofdregel.

Wij betwijfelen echter of een participatieverplichting (neergelegd in een structuurvisie) nog valt te beschouwen als een bijdrage aan de ruimtelijke ontwikkeling als bedoeld in artikel 6.24 Wro. Deze participatieverplichting is immers in de kern bedoeld om draagvlak onder omwonenden te creëren. Dit is niet van enige invloed op de ruimtelijke kwaliteit. Als onder een participatieverplichting echter ook wordt verstaan de verplichting om een financiële bijdrage te leveren aan een lokaal fonds dat wordt aangewend voor de verbetering van de ruimtelijke kwaliteit, zou de anterieure overeenkomst hiervoor – gelet op de bovenstaande uitspraak – wél een geschikt instrument kunnen zijn. Te denken valt aan een fonds dat is bedoeld voor landschapsverfraaiing, ter compensatie van de ruimtelijke invloed van een windpark. Als het initiatief tot realisatie van een energiepark bovendien niet valt te beschouwen als een bouwplan waarvoor kostenverhaal via een exploitatieplan kan plaatsvinden⁵³, biedt de hierboven besproken uitspraak een handvat om planologische medewerking te weigeren, indien geen afspraken worden gemaakt over een bijdrage aan het fonds. Er dient ook dan voldoende ruimtelijke samenhang te bestaan tussen het initiatief en de ontwikkeling waarvoor een fondsbijdrage wordt gevraagd.

Tussenconclusie

Gelet op het voorgaande, kan in onze ogen een participatieverplichting niet houdbaar worden vastgelegd in een exploitatieplan. De anterieure overeenkomst biedt hiertoe iets meer ruimte, zij het dat een eventuele participatieverplichting dan steeds moet worden gekoppeld aan een (in een structuurvisie omschreven) bijdrage aan de ruimtelijke ontwikkeling. Een participatieverplichting die erop is gericht dat omwonenden “delen in de winst” van een energiepark, lijkt buiten de randvoorwaarden voor een anterieure overeenkomst te vallen.

2.5 Participatie via publiekrechtelijk kostenverhaal - Omgevingswet

Het voorgaande wordt onder de Omgevingswet niet wezenlijk anders. De systematiek van kostenverhaal uit de Wro keert in de Omgevingswet terug.

Verhaalbare kosten zijn de in artikel 8.15 Omgevingsbesluit aangewezen kostensoorten, die een overheid maakt in verband met de in artikel 8.13

⁵³ Zoals hierboven aangestipt, zal dit zich met name voordoen bij zonneparken.

Omgevingsbesluit aangewezen (bouw)activiteiten, voor zover (i) de kostensoorten toerekenbaar zijn aan een aangewezen kostenverhaalsgebied en (ii) de kosten proportioneel zijn in verhouding tot het profijt dat het kostenverhaalsgebied van de kostensoorten heeft (artikel 13.11 Ow). De limitatieve kostensoortenlijst en de PPT-criteria keren dus terug.

Kostenverhaal kan onder de Omgevingswet zowel via de privaatrechtelijke weg (antérieure overeenkomst) als publiekrechtelijke weg (planregels) plaatsvinden (artikel 13.13 en 13.14 Ow). Voor de goede orde: het exploitatieplan als zelfstandig instrument verdwijnt, maar wordt onderdeel van de planregels.

Aanvullend bepaalt artikel 13.22 Ow dat (onder meer) gedeputeerde staten in een antérieure overeenkomst over de in artikel 8.20 Omgevingsbesluit aangewezen activiteiten⁵⁴, afspraken kunnen maken over de financiële bijdragen voor ontwikkelingen van een gebied op basis van een omgevingsvisie of programma – één en ander natuurlijk op basis van vrijwilligheid. Onder de aangewezen activiteiten vallen niet slechts de activiteiten als bedoeld in artikel 8.13 Omgevingsbesluit, maar uitdrukkelijk ook de bouw van een bouwwerk, geen gebouw zijnde, voor “opwekking of winning, omzetting of transport van energie of van gasvormige, vloeibare of vaste stoffen als energiedrager”. Artikel 13.23 Ow bepaalt dat ook in het omgevingsplan verhaalsregels kunnen worden gesteld voor kosten voor in artikel 8.21 Omgevingsbesluit aangewezen categorieën ontwikkelingen “ter verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving”, mits er een samenhang bestaat tussen de activiteit die aan kostenverhaal is onderworpen en de beoogde ontwikkeling en bekostiging van de ontwikkeling niet anderszins is verzekerd. Dit bedrag is bovendien in artikel 13.23 lid 3 Ow gemaximeerd. Onder de aangewezen categorieën valt onder meer de wijziging van de inrichting van het landelijk gebied ter verbetering van landschappelijke waarden.

Het voorgaande leidt ertoe dat ook onder de Omgevingswet geen reële mogelijkheid bestaat om in het kader van publiekrechtelijk kostenverhaal een participatieverplichting in de vorm van “winstdeling” op te leggen. Wel kan – vergelijkbaar met het stelsel onder de Wro – in een antérieure overeenkomst een financiële bijdrage voor een gebiedsontwikkeling worden overeengekomen, en kunnen via het omgevingsplan kosten worden verhaald voor bepaalde categorieën van ontwikkelingen ter verbetering van de fysieke leefomgeving. Anders echter dan de bovenplanse kosten van artikel 6.13 lid 7 Wro, zijn die categorieën van ontwikkelingen al door de wetgever aangewezen in artikel 8.21 Omgevingsbesluit.

⁵⁴ Naar verwachting zullen hier ook energieprojecten onder gaan vallen, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 133, nr. 39.

2.6 Participatie zonder kostenverhaal

Een initiatiefnemer en de provincie kunnen ook buiten het kader van de anterieure overeenkomst en de Wro om afspraken maken over financiële participatie.

In de meest basale vorm zou de initiatiefnemer kunnen instemmen met een participatieverplichting, zonder dat er hier voor hem iets concreets tegenover staat. Een initiatiefnemer zal dit wellicht willen doen, als hij er zelf voldoende waarde in ziet om zo lokaal draagvlak voor het energiepark te creëren.

Niet elke initiatiefnemer zal zich vrijwillig committeren aan een participatieverplichting. Een relevante vraag is daarom wat de provincie in zo'n overeenkomst aan de initiatiefnemer kan bieden, althans welke stok de provincie achter de deur heeft om toch tot zulke afspraken te komen.

N.B. Gedragscodes waarin initiatiefnemers (onderling) participatieverplichtingen op zich nemen, kunnen niet door de provincie worden aangegrepen om een initiatiefnemer te "dwingen" tot participatie. Dergelijke gedragscodes hebben geen externe werking.

De voornaamste *leverage* die de provincie heeft, is het (al dan niet) uitoefenen van haar ruimtelijke bevoegdheden. Hierover kunnen afspraken worden gemaakt in een bevoegdhedenovereenkomst (te weten: een overeenkomst waarin een overheid afspraken maakt over de wijze waarop een bestuursorgaan zijn bevoegdheden aanwendt). Een bevoegdhedenovereenkomst mag er nooit toe leiden dat sprake is van "betaalplanologie". Betaalplanologie is niet wettelijk gedefinieerd, maar, aldus de wetgever, mag het niet zo zijn dat een initiatiefnemer een planologische wijziging kan "kopen", dan wel dat deze afhankelijk wordt gesteld van financiële afdrachten – behoudens het verhaal van exploitatiekosten.⁵⁵ Anders gezegd: het weigeren van planologische medewerking slechts omdat een initiatiefnemer geen bovenwettelijke financiële afdracht wenst te betalen, is niet toegestaan. Een hiertoe strekkende verplichting zal – als onaanvaardbare doorkruising van het wettelijk stelsel van kostenverhaal – nietig of vernietigbaar zijn (artikel 3:40 BW).

In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland is het begrip "betaalplanologie" nader ingekleurd. Aldus de rechtbank is al sprake van betaalplanologie als bij het aangaan van een (in dat geval) anterieure overeenkomst aantoonbaar meer en substantieel hogere kosten worden bedongen dan mogelijk is in een exploitatieplan. Het is vervolgens wel aan de initiatiefnemer om te stellen en onderbouwen dat sprake is van onaanvaardbare betaalplanologie.⁵⁶

Het voorgaande wordt enigszins anders, indien geen sprake is van een financiële afdracht door de initiatiefnemer, maar van een (feitelijke) verplichting. Wij verwijzen

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 30218, nr. 3, p. 25.

⁵⁶ Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279.

naar het arrest *Bouwers Met Visie/Bladel*.⁵⁷ In de casus die tot dit arrest heeft geleid, heeft een ontwikkelaar zich jegens de gemeente verplicht om in ruil voor planologische medewerking aan de bouw van 23 vrijstaande woningen op 16 locaties in de provincie Noord-Brabant 23.000 m² stallen te slopen en van die locaties de milieuvergunningen – en de daarmee samenhangende mest(productie)rechten – in te (doen) trekken, in het kader van de Ruimte voor Ruimte-regeling (hierna ook: RvR-regeling). De woningen zijn op een gegeven moment gerealiseerd, maar de ontwikkelaar komt zijn verplichting niet na. De gemeente vorderde vervolgens schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. De ontwikkelaar heeft zich in die procedure beroepen op de nietigheid van de gesloten bevoegdhedenovereenkomst. Dit beroep op nietigheid is gebaseerd op het uitgangspunt dat in de ruimtelijke ordening in beginsel geen sprake kan zijn van kostenverhaal zonder wettelijke basis. Ook de Ruimte voor Ruimte-regeling ontbeerde een wettelijke basis en daarmee was de vraag of de bevoegdhedenovereenkomsten die in dat kader waren gesloten, door nietigheid werden getroffen. De Hoge Raad oordeelt dat een gemeente in het kader van de RvR-regeling in beginsel de voorwaarden, zoals in deze zaak aan de orde – tot sloop van stallen elders en tot het doen intrekken van daarmee samenhangende milieurechten – mag stellen voor haar medewerking aan een planologische wijziging die woningbouw mogelijk maakt. Een gemeente kan die voorwaarden daarom ook bedingen in een bevoegdhedenovereenkomst. De Hoge Raad acht van belang dat de RvR-regeling met name dient om een ruimtelijke kwaliteitsverbetering te bewerkstelligen, en dat ook de van de RvR-regeling deel uitmakende verplichting om zeker te stellen dat de milieurechten voor de desbetreffende agrarische activiteit zijn ingetrokken, in dat kader moet worden gezien. Dat planologische belang dat de RvR-regeling beoogt te dienen, kan volgens de Hoge Raad worden gerekend tot de belangen waarop de organen van een gemeente acht mogen slaan bij hun besluit omtrent een planologische maatregel als in deze zaak aan de orde.

Het arrest kan niet één op één op de vraag van de provincie worden toegepast, omdat het arrest nadrukkelijk betrekking heeft op compenserende maatregelen en niet op het verlangen van een financiële bijdrage. De Advocaat-Generaal wijdt in zijn conclusie wel een overweging aan kostenverhaal en lijkt dit in dergelijke gevallen aanvaardbaar te achten. Reden daarvoor is dat het niet gaat om kosten die de gemeente zelf maakt, maar om een randvoorwaarde, gericht op een goede ruimtelijke ordening (het ging om kosten die de provincie maakt). De door de gemeente gevorderde schadevergoeding is daarom niet te beschouwen als kostenverhaal. Hij overweegt hiertoe:

“Hier is geen sprake van kostenverhaal verbonden aan de ruimtelijke medewerking, maar van een (ruimtelijke) (rand)voorwaarde, gericht op een goede ruimtelijke ordening. Het gesloten systeem van kostenverhaal ziet op het verhaal van kosten voor diensten, respectievelijk de kosten verbonden aan de aanleg van openbare

⁵⁷ HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483.

voorzieningen. Het gesloten systeem heeft geen betrekking op een verplichting om stallen te slopen en fosfaten te kopen.”⁵⁸

Het is nog niet bekend of de Hoge Raad deze beperkte uitleg van het begrip “kostenverhaal” ook zelf onderschrijft.

Wij merken bij het voorgaande wel op dat de Hoge Raad de aanvaardbaarheid van de verplichtingen uit hoofde van de Ruimte voor Ruimte-regeling uitdrukkelijk plaatst in de context van ruimtelijke kwaliteitsverbetering. Ook als een participatieverplichting niet wordt beschouwd als een financiële afdracht, lijkt het nog steeds noodzakelijk dat deze – om als tegenprestatie door de initiatiefnemer in een bevoegdhedenovereenkomst aanvaardbaar te zijn – samenhangt met het doel van de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd.

Tussenconclusie

Een verplichting tot het doen van een financiële bijdrage in ruil voor planologische medewerking aan een energiepark, zal al snel nietig of vernietigbaar zijn. In zoverre een participatieverplichting *niet* als financiële bijdrage moet worden beschouwd, is nog steeds vereist dat de verplichting past bij het doel van de ruimtelijke bevoegdheden van gedeputeerde staten. Concreet zullen gedeputeerde staten de uitoefening van hun ruimtelijke bevoegdheden voor een energiepark alleen afhankelijk kunnen stellen van verplichtingen voor de initiatiefnemer die eveneens een ruimtelijk doel dient.

Als de provincie en de initiatiefnemer een participatieverplichting overeenkomen die *geen* voorwaarde is voor planologische medewerking (of voor de uitoefening van andere publiekrechtelijke bevoegdheden), zien wij hier niet bij voorbaat bezwaren in.

2.7 *Participatie en gronduitgifte*

In het voorgaande zijn wij er steeds van uitgegaan dat de initiatiefnemer op eigen grond (of andere particuliere gronden) een energiepark wil realiseren. Het is echter ook goed voorstelbaar dat de provincie een energiepark wenst en hiervoor de benodigde gronden wil uitgeven aan een initiatiefnemer.

Het wettelijk stelsel van kostenverhaal is niet van toepassing op gronduitgifte. De leidende gedachte hierachter is dat een overheid het nodige kostenverhaal in de uitgifteprijs verdisconteert. Dit biedt ruimte om afspraken te maken die afwijken van het wettelijke stelsel van kostenverhaal, nu zulke afspraken in geval van gronduitgifte dit stelsel niet zullen doorkruisen.

Gronduitgifte kan *grosso modo* langs twee wegen verlopen: een onderhandse verkoop of via een openbare uitgifteprocedure (*tender*).

⁵⁸ Parket bij de Hoge Raad 31 januari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:12.

Een overheid die zich op privaatrechtelijk terrein begeeft, is onverkort gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur (vgl. artikel 3:14 BW). Dit betekent dat hij zich ook bij onderhandelingen en contractering dient te houden aan onder meer het *fair play*-beginsel, het verbod van *détournement de pouvoir* en het gelijkheidsbeginsel. Zij dient met open vizier en met inachtneming van de juiste toepassing van haar bevoegdheden te onderhandelen. Voor het overige echter bestaat er tussen een overheid en initiatiefnemer veel ruimte om tot gezamenlijke afspraken te komen omtrent de gronduitgifte.⁵⁹ Zo zien wij er niet bij voorbaat een bezwaar in dat wordt overeengekomen dat op de initiatiefnemer een participatieverplichting rust in verband met het energiepark dat op de uit te geven gronden door hem wordt gerealiseerd.⁶⁰

N.B. houdt bij het voorgaande wel in de gaten dat het primaat van de overeenkomst ligt op de *gronduitgifte* en dat de participatieverplichting in dat verband wordt overeengekomen. De participatieverplichting kan niet worden gekoppeld aan een eventuele inspanningsverplichting van de provincie om planologische medewerking te verlenen, gelet op hetgeen wij hierboven hebben toegelicht over de bevoegdhedenovereenkomst en betaalplanologie.

Wij merken wel op dat – voor zover aan ons bekend – een dergelijke participatieverplichting bij gronduitgifte nog geen onderwerp is geweest van een gerechtelijke procedure. Het is daarom niet uitgesloten dat een rechter een participatieverplichting bij gronduitgifte in voorkomend geval (toch) beschouwt als een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.

Wij achten het in ieder geval raadzaam dat, als de provincie voornemens is om participatieverplichtingen op te leggen bij gronduitgifte, zij hiervoor een beleid ontwikkelt en dit consequent toepast. Op deze manier kunnen discussies over *fair play* en het gelijkheidsbeginsel worden vermeden.

Als de provincie gronden voor een energiepark met een *tender* openbaar in de markt zet, is het voorgaande van overeenkomstige toepassing. Dan is echter wel van belang dat de provincie aan de voorkant duidelijkheid geeft over de aard en inhoud van de participatieverplichting – participatie is hiermee een gunningsvereiste geworden. Inschrijvers kunnen hier dan rekening mee houden in hun aanbieding. Als alternatief kan de provincie participatie gebruiken als (een) beoordelingscriterium van inschrijvingen. Een inschrijver die bereid is om veel te doen aan participatie, scoort hoger op dit criterium. Van belang is wederom dat dit beoordelingscriterium – en de wijze waarop hier kan worden gescoord – aan de voorkant helder is omschreven.

⁵⁹ Vgl. ook de standaardarresten HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*) en HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642 (*Chidda of Amstelimmoo*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat bij gronduitgifte privaatrechtelijke gebruiksbeperkingen kunnen worden afgesproken die verder gaan dan het bestemmingsplan voorschrijft. Deze jurisprudentie is gewezen onder de WRO, maar lijkt ook onder de Wro nog steeds van kracht.

⁶⁰ Zie in dit verband ook de Oplegger & factsheet Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie, paragraaf 2.3.1.

N.B. bij gronduitgifte kan het staatssteun- en aanbestedingsrecht een relevante rol spelen. Het gaat de reikwijdte van dit advies te buiten om hier uitgebreid op in te gaan. Indien toch op deze onderwerpen nadere toelichting is gewenst, voorzien wij daar graag in.

3 Plan MER-plicht

3.1 De SMB-richtlijn

De RES is, naar nationaal recht, niet plan-mer-plichtig. De RES is immers geen plan, die valt onder een van de categorieën, die zijn aangewezen in kolom 3 van onderdeel C of onderdeel D van de bijlage bij het Besluit m.e.r.⁶¹

De vraag is of een RES plan-mer-plichtig is op grond van de richtlijn 2001/42/EG betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (hierna: de SMB⁶²-richtlijn).⁶³ Voor een antwoord op deze vraag moeten twee belangrijke hobbels worden genomen. De SMB-richtlijn verplicht pas tot het maken van een plan-mer bij (1) plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten hebben en (2) een kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten.

3.2 Het begrip 'plannen en programma's' in de zin van de SMB-richtlijn

In artikel 2, onder a, van de SMB-richtlijn wordt een afbakening gegeven van het begrip 'plannen en programma's'. Om te kunnen spreken van een plan of programma moet in ieder geval cumulatief aan de volgende twee voorwaarden zijn voldaan:

1. Het moet door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld, én
2. Het moet door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven.

Aan de eerste voorwaarde wordt voldaan. De RES wordt door instanties op regionaal en lokaal niveau vastgesteld. Dat blijkt uit het Klimaatakkoord en de Handreiking RES 1.1, van 10 oktober 2019 (hierna: Handreiking RES). Het Klimaatakkoord laat zien dat de RES 1.0 instemming nodig heeft van de colleges van gedeputeerde staten, burgemeester en wethouders, de dagelijks besturen van de waterschappen, de gemeenteraden, provinciale staten en de algemene vergaderingen van de

⁶¹ Artikel 7.2 lid 2 Wm jo. artikel 2 lid 3 Besluit m.e.r.

⁶² SMB staat voor: strategische milieubeoordeling.

⁶³ De reikwijdte van een plan-mer-plicht sluit onder de Omgevingswet ook aan bij de SMB-richtlijn, zie artikel 16.34 Ow.

waterschappen.⁶⁴ Ook de Handreiking RES gaat uit van het accorderen van de RES 1.0 door de colleges van gedeputeerde staten, burgemeester en wethouders en de waterschapsbesturen. De RES 1.0 wordt, blijkens de Handreiking RES, vastgesteld door de gemeenteraden, provinciale staten en de algemene besturen van de waterschappen.⁶⁵

De vraag is of de RES ook voldoet aan de tweede voorwaarde: wordt een RES voorgeschreven in een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling? De RES is niet voorgeschreven in een wettelijke bepaling. Niet in huidig recht en ook niet in de toekomstige Omgevingswet.

Is de RES dan voorgeschreven in een bestuursrechtelijke bepaling? De commissie m.e.r. heeft hier een factsheet over geschreven. Omdat volgens de commissie m.e.r. jurisprudentie ontbreekt, is niet duidelijk wat precies moet worden verstaan onder een bestuursrechtelijke bepaling. De commissie m.e.r. sluit niet uit dat de Nationale Omgevingsvisie (hierna: NOVI) en het Klimaatakkoord – die de RES voorschrijven – als bestuursrechtelijke bepalingen zijn aan te merken. De commissie m.e.r. wijst erop dat de NOVI het voornemen bevat om RES-en op te stellen. In het Klimaatakkoord wordt de procedure van totstandkoming van de RES beschreven en zijn de betrokken bestuursorganen benoemd.⁶⁶

Wij onderschrijven dat, bij gebrek aan rechtspraak, onzeker is of een RES is voorgeschreven in een bestuursrechtelijke bepaling en zodoende een plan of programma is, in de zin van artikel 2 van de SMB-richtlijn. De (recente) rechtspraak van het Hof van Justitie geeft wel nadere duiding aan de vraag of een handeling is voorgeschreven in een bestuursrechtelijke bepaling.

Het arrest *Vlarem II*⁶⁷ biedt handvatten voor de uitleg van het begrip 'plannen en programma's'. In dat arrest gaat het over een vergunning voor de bouw en exploitatie van vijf windturbines, waaraan op grond van een besluit van de Vlaamse regering met algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne (hierna: *Vlarem II*) en een omzendbrief met een afwegingskader en randvoorwaarden voor de inplanting van windturbines (hierna: de omzendbrief) voorwaarden waren verbonden. De vraag stond centraal of onder het begrip 'plannen en programma's' ook de algemene regels (*Vlarem II*) en een beleidsinstrument (de omzendbrief) vallen.

Het Hof benadrukt dat het doel van de SMB-richtlijn is ervoor te zorgen dat plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben, tijdens hun voorbereiding en vóór hun vaststelling aan een milieubeoordeling worden

⁶⁴ Klimaatakkoord, d.d. 28 juni 2019, blz. 224.

⁶⁵ Handreiking RES, blz. 24

⁶⁶ Bijlage 1 bij het advies Regionale energiestrategie (RES) en milieueffectrapportage van de commissie m.e.r. (28 oktober 2019), blz. 78 van de NOVI en blz. 22-228 van het Klimaatakkoord, d.d. 28 juni 2019.

⁶⁷ HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 31.

onderworpen.⁶⁸ Om deze doelstelling te verzekeren moet het begrip ruim worden uitgelegd. De vaststelling van een plan of programma hoeft niet algemeen verplicht te zijn. Het is voldoende als de bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald. Dan is, aldus het Hof, reeds sprake van “voorgeschreven”.⁶⁹

Het algemene karakter van *Vlarem II* en de omzendbrief verhindert niet dat deze handelingen worden gekwalificeerd als ‘plannen en programma’s’. Onder verwijzing naar eerdere arresten oordeelt het Hof van Justitie:

“De omstandigheid dat een nationale handeling een zeker niveau van abstractie vertoont en een doel van transformatie van een geografische zone nastreeft, vormt een illustratie van haar programmatische of plan indicatieve dimensie en verhindert niet dat zij valt onder het begrip „plannen en programma’s”.

Zie HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 61.

De nationale rechtspraak over de vraag of een handeling is voorgeschreven in een bestuursrechtelijke bepaling is schaars. Er zijn twee uitspraken, waaruit blijkt dat een “bijvoorbeeld een hoger ruimtelijk plan” kan worden gezien als een bestuursrechtelijke bepaling.⁷⁰

Het is, gelet op het voorgaande, niet uitgesloten dat het Klimaatakkoord en de NOVI kwalificeren als een bestuursrechtelijke bepaling, waarin de RES is voorgeschreven. In het Klimaatakkoord en de NOVI zijn immers de bevoegde autoriteiten aangegeven en is de procedure voor de opstelling ervan bepaald.⁷¹

3.3 *Plan of programma kaderstellend?*

In artikel 3 van de SMB-richtlijn is bepaald dat voor plannen en programma’s die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben een plan-mer moet worden uitgevoerd. In artikel 3, lid 2, onder a, is bepaald dat een plan-mer in ieder geval moet worden gemaakt voor plannen en programma’s die worden voorbereid met betrekking tot onder meer energie *én* die “het kader” vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen genoemd in bijlage I en II bij de Richtlijn 85/337/EEG.

De vraag is of de RES kaderstellend is, aangezien de RES nog zal moeten worden uitgewerkt in de omgevingsrechtelijke (bindende) instrumenten. Voor beantwoording van deze vraag biedt het hierboven besproken *Vlarem II* arrest ook enkele handvatten. In dit arrest gaat het Hof van Justitie in op de vraag of *Vlarem II* en de omzendbrief

⁶⁸ HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 46.

⁶⁹ HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 50 en 52.

⁷⁰ AbRvS 30 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3039, r.o. 2.11 en AbRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0479, r.o. 2.8.2.

⁷¹ HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 52.

een kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen. In navolging op eerdere arresten oordeelt het Hof dat het begrip ‘plannen en programma’s’:

“betrekking heeft op elke handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een groot pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben.”

Zie HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 67.

Dat *Vlarem II* en de omzendbrief geen compleet geheel van normen voor de bouw en exploitatie van de windturbines lijken te vormen, betekent niet dat geen sprake is van een kader. Van belang is dat *Vlarem II* en de omzendbrief weliswaar niet uitputtend, maar wel voldoende belangrijk zijn om te bepalen onder welke voorwaarden een vergunning wordt verleend voor projecten in een bepaald geografisch gebied met gevolgen voor het milieu. Het gaat erom dat zij een voldoende groot belang en een voldoende ruime reikwijdte had om de op deze sector toepasselijke voorwaarden te bepalen en dat de keuzen die via deze normen in het bijzonder met betrekking tot het milieu worden gemaakt, ertoe dienen de voorwaarden vast te stellen waaronder toekomstige concrete projecten voor de bouw en exploitatie van windturbines worden vergund.⁷²

Het arrest *Vlarem II* doet sterk denken aan het arrest *d’Oultremont*. Deze uitspraak is ook gedaan naar aanleiding van Belgische prejudiciële vragen over een mogelijke plan-MER-plicht voor Belgische milieuregels voor windturbines. Het Hof van Justitie komt op basis van een vergelijkbare redenering tot de conclusie dat sprake is van een planmer-plicht.⁷³ De Nederlandse vertaling van het *D’Oultremont* arrest is de uitspraak van de Afdeling over windpark Battenoord. Daaruit blijkt dat de Afdeling eist dat een plan of programma:

“een planmatig of programmatisch karakter moet hebben, hetgeen vooronderstelt dat het plan of programma ten minste enige concretisering van een project in zich moet houden.”

Zie AbRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, r.o. 29.7.

De Afdeling verduidelijkt haar visie als volgt:

“Dit houdt in dat de bepalingen door hun inhoud en doelstelling concreet moeten bijdragen aan (de uitvoering van) een of meer projecten. Die concretisering kan zien

⁷² HvJ 25 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:503, r.o. 68-72.

⁷³ HvJ 27 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:816.

op de realisatie van het project zelf, maar ook op daaraan voorafgaande besluiten zoals de selectie van geschikte locaties.”

Zie AbRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064, r.o. 29.8.

Gezien de interpretatie van het Hof van Justitie en de Afdeling zou betoogd kunnen worden dat een RES een programma is, dat een kader vormt voor toekomstige vergunningen. De RES bevat immers een aanbod wat de regio in 2030 aan duurzame energie wil gaan opwekken en de zoekgebieden waar dat mogelijk zou kunnen. De RES vormt het eerste moment waarin een afweging wordt gemaakt over de mogelijke locaties voor energieprojecten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Afdeling blijkt dat een halt moet worden toegeroepen aan mogelijke ontwikkelingsstrategieën. Deze uitleg vloeit voort uit de doelstelling van de SMB-richtlijn om beslissingen te onderwerpen aan een milieubeoordeling, indien die beslissingen een aanzienlijke invloed op het milieu kunnen hebben en om ontwikkelingsstrategieën te voorkomen.⁷⁴

Daartegenover kan worden gesteld dat aan de RES op zichzelf (bewust) weinig bindende kracht is toegekend. De regionaal gemaakte afspraken krijgen die bindende kracht pas als ze zijn uitgewerkt en vastgelegd in omgevingsrechtelijke instrumenten. De gemaakte keuzes uit de RES worden bijvoorbeeld nog vastgelegd in de door de provincie en gemeenten vast te stellen omgevingsvisies, die wél plan-mer-plichtig zijn en waarvan (in ieder geval) kan worden gezegd dat deze het kader vormen voor de uiteindelijke vergunningverlening. Gelet op de doelstelling van de SMB-richtlijn en het voorkomen van ontwikkelingsstrategieën is het wel de vraag of bij een omgevingsvisie de keuze voor de zoekgebieden nog (opnieuw) in een plan-mer ter discussie kan worden gesteld.

Uiteindelijk zal de rechtspraak moeten uitwijzen of een RES kwalificeert als een plan of programma, dat kaderstellend is voor de toekenning van toekomstige vergunningen. In het bovenstaande zien wij daartoe wel diverse aanwijzingen. Om juridische risico's en vertraging later in het proces (bij de uitwerking in de omgevingsvisies en de realisatie van projecten middels projectbesluiten, omgevingsplannen en – vergunningen) zoveel mogelijk te voorkomen, kan ervoor worden gekozen om aan de RES wel een plan-mer ten grondslag te leggen. Hoewel de voorkeur ligt op een mer conform de regels van de Wet milieubeheer, begrijpen wij dat de planning van de RES daarvoor thans weinig ruimte biedt. Hoewel niet geheel zonder risico, is een alternatief om in aanloop naar de RES 1.0 zoveel mogelijk aan de sluiten bij de Wet milieubeheer en de SMB-richtlijn. Bijvoorbeeld door een milieubeoordeling uit te voeren naar de keuzes in de RES, waaronder naar de diverse zoekgebieden voor energieprojecten, en de commissie m.e.r. te laten adviseren over de haalbaarheid van die alternatieven en vervolgens kenbaar te maken wat met de aanwijzingen van de commissie m.e.r. is

⁷⁴ Bijv. AbRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125, r.o. 13.4-13.6.

gedaan. Hoewel formeel niet wordt voldaan aan de Wet milieubeheer en de SMB-richtlijn, hebben de milieubelangen op die manier in ieder geval een volwaardige plek in de besluitvorming.

3.4 *Gevolgen ontbreken plan-mer*

De vraag is wat de gevolgen zijn van het achterwege laten van een plan-mer, als voor een rechter komt vast te staan dat een RES plan-mer-plichtig is. Tegen een RES kan, bij een bestuursrechter, geen beroep worden ingesteld. Het ontbreken van een plan-mer zal dus aan de orde moeten komen door middel van een beroep tegen een wijziging van het omgevingsplan of een concrete omgevingsvergunning.

De Afdeling oordeelt daarover het volgende:

“Indien een planMER, dat ten grondslag hoort te liggen aan een plan of programma dat een kader vormt voor dit projectplan, ontbreekt of gebrekkig is, zouden er keuzes kunnen zijn gemaakt in dat kaderstellende besluit die leiden tot criteria en modaliteiten waarvan wordt uitgegaan in het projectplan, zonder dat de milieugevolgen van die criteria en modaliteiten in beeld zijn gebracht.”

Zie AbRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125.

Het ten onrechte ontbreken van een plan-mer kan tot gevolg hebben dat de RES buiten toepassing wordt gelaten.⁷⁵ Dat kan leiden tot vernietiging van het betreffende besluit. Dat zou anders kunnen zijn, indien bij de voorbereiding van dat besluit een plan-mer is gevoerd, waarin is ingegaan op alternatieve locaties.⁷⁶

Het Hof van Justitie gaat in het eerder besproken *Vlarem II-arrest* nog een stap verder, en laat zien dat nodig kan zijn om vergunningen in te trekken.

“Dit kan er, voor een „plan” of „programma” dat is vastgesteld zonder rekening te houden met de verplichting een milieubeoordeling te verrichten, bijvoorbeeld in bestaan dat maatregelen tot opschorting of nietigverklaring van dit plan of programma worden vastgesteld (zie in die zin arrest van 28 juli 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, punten 31 en 32) en dat een reeds verleende vergunning wordt ingetrokken of opgeschort teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten.”

Daarbij merken wij op dat de Afdeling zich nog niet heeft uitgelaten over de betekenis van het *Vlarem II-arrest* voor de Nederlandse praktijk.

⁷⁵ AbRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064.

⁷⁶ AbRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301.

4 Verdrag van Aarhus

Het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, Aarhus, 25-06-1998 (hierna: het Verdrag) ziet onder meer toe op inspraak bij (milieu)besluitvorming.⁷⁷

De artikelen 6, 7 en 8 van het Verdrag gaan over inspraak. Artikel 6 van het Verdrag ziet op inspraak bij besluiten over specifieke activiteiten:

“1. Elke Partij:

- a. past de bepalingen van dit artikel toe ten aanzien van besluiten over het al dan niet toestaan van voorgestelde activiteiten vermeld in bijlage I;
- b. past, in overeenstemming met haar nationale wetgeving, de bepalingen van dit artikel ook toe op besluiten over niet in bijlage I vermelde voorgestelde activiteiten die een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben. Hiertoe bepalen de Partijen of een dergelijke voorgestelde activiteit onder deze bepalingen valt; en
- c. kan, indien haar nationale wetgeving hierin voorziet, per geval besluiten de bepalingen van dit artikel niet toe te passen op voorgestelde activiteiten voor nationale defensiedoeleinden, indien die Partij meent dat een dergelijke toepassing op deze doeleinden van nadelige invloed zal zijn.”

In artikel 7 van het Verdrag is de inspraak geregeld voor plannen, programma's en beleid die betrekking hebben op het milieu:

“Elke Partij treft passende praktische en/of andere voorzieningen voor inspraak voor het publiek gedurende de voorbereiding van plannen en programma's betrekking hebbende op het milieu, binnen een transparant en eerlijk kader, na het publiek de benodigde informatie te hebben verstrekt. In dit kader wordt artikel 6, derde, vierde en achtste lid toegepast. Het publiek dat kan inspreken wordt door de betreffende overheidsinstantie aangewezen met inachtneming van de doelstellingen van dit Verdrag. Voor zover passend spant elke Partij zich in om, bij de voorbereiding van beleid betrekking hebbende op het milieu mogelijkheden te scheppen voor inspraak.”

De vraag is of de RES kenmerkt als een besluit over specifieke activiteiten of kenmerkt als plannen, programma's of beleid.

4.1 *Besluiten over specifieke activiteiten in de zin van het Verdrag*

Artikel 6 van het Verdrag bevat de eisen voor het bieden van inspraak bij een besluit voor specifieke activiteiten. Op grond van artikel 6 lid 1 van het Verdrag gaat het hier om besluiten over “het al dan niet toestaan van” een activiteit die is opgenomen in

⁷⁷ Nederland én de Europese Unie zijn partij bij het Verdrag. Daarom kan er alleen een rechtstreeks beroep op een regel uit het Verdrag worden gedaan, in een procedure bij de nationale rechter, indien die regel géén betrekking heeft op een gebied waarop de Europese Unie regelgevend is opgetreden. AbRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4217 en HvJ EU 11 september 2007, C-431/05. Als een RES plan-mer-plichtig is, dan dient de SMB-richtlijn ter uitvoering van de inspraakverplichtingen van het Verdrag.

bijlage I bij het Verdrag en activiteiten die niet in bijlage I zijn vermeld, maar wel een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben.

Uit de Implementation Guide blijkt dat het moet gaan om het al dan niet verlenen van een vergunning of toestemming voor een specifiek project, een activiteit of actie om verder mee te werken.

Zie Implementation Guide, blz. 126:

"The form of such decisions may vary from one administrative system to another. Article 6 can apply, for example, to spatial-planning decisions, development consents and construction and operating permits, including secondary decisions such as those relating to safety and emissions. Other examples include permits for water or other natural resource use, as well as permits for discharges of pollutants into the water, air or soil. Many countries also require permits for particular types of activities, such as construction or soil excavation."

Zie tevens Compliance Committee of the Aarhus Convention, zaaknummer ACCC/C/2004/08:

"The extent to which the provisions of article 6 apply in this case depends inter alia on the extent to which the decrees (or some of them) can be considered "decisions on specific activities", that is, decisions that effectively pave the way for specific activities to take place. While the decrees are not typical of article 6-type decisions on the permitting of specific activities, some elements of them are (as is mentioned in paragraphs 12 and 23 above) more specific than a typical decision on land use designation would normally be. The Convention does not establish a precise boundary between article 6-type decisions and article 7-type decisions. Notwithstanding that, the fact that some of the decrees award leases to individual named enterprises to undertake quite specific activities leads the Committee to believe that, in addition to containing article 7-type decisions, some of the decrees do contain decisions on specific activities."

Met de RES wordt geen toestemming verleend om specifieke activiteiten – zoals concrete wind- en/of zonneparken – te realiseren. De RES zal, naar onze inschatting, dus geen besluit zijn, als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag.

4.2 *Plannen, programma's en beleid in de zin van het Verdrag*

Artikel 7 van het Verdrag eist dat voor plannen, programma's en beleid inspraak wordt geboden. Van belang voor de inspraakverplichtingen is om onderscheid te maken tussen plannen en programma's enerzijds en beleid anderzijds. Voor de eisen die gelden voor plannen en programma's wordt namelijk verwezen naar artikel 6 lid 3, 4 en 8 van het Verdrag. Dit is voor beleid niet het geval. Ook eist artikel 7 voor plannen en programma's dat binnen een transparant en eerlijk kader, na het publiek de benodigde informatie te hebben verstrekt, inspraak wordt geboden. Bij beleid bevat

artikel 7 alleen de eis dat inspraak wordt nagestreefd voor zover passend. Voor plannen en programma's kent het Verdrag dus een strenger regime.

Het Verdrag kent geen omschrijving van het begrip 'plannen en programma's'. Evenmin bevat het Verdrag een definitie van het begrip 'beleid'. De Implementation Guide biedt wel enkele aanknopingspunten voor de uitleg van deze begrippen.

Beleid

Voor het begrip 'beleid' wordt in de Implementation Guide aangesloten bij de definitie in het Angus Stevenson, ed., Oxford Dictionary of English (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2010):

"A policy may be defined as a "a course or principle of action adopted or proposed by an organization or individual".

Zie blz. 180 van de Implementation Guide.

Verder wordt in de Implementation Guide toegelicht dat beleid doorgaans minder concreet zal zijn dan plannen en programma's.

Zie Implementation Guide blz. 180:

"Policies are set apart from plans and programmes under the Convention, in recognition of the fact that they are typically less concrete than plans and programmes. This does not necessarily mean, however, that policies are not set forth in writing.

Policies also require a more thorough and profound understanding of the legalities and political context of a particular place. Policy incorporates history and culture and entire legal frameworks that extend beyond the finite area in which they are developed."

De concept RES-en zijn, naar ons idee, dermate concreet dat deze niet kwalificeren als beleid en zodoende niet onder het minder strenge regime van het Verdrag vallen.

Bijvoorbeeld het aanbod van 4,2 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Noord⁷⁸ en 2,7 TWh in 2030 voor Regio Noord-Holland Zuid,⁷⁹ maar ook aanwijzing van concrete zoekgebieden in beide concept RES-en.⁸⁰

Plannen en programma's

In de Implementation Guide wordt het begrip plannen en programma's vergeleken met datzelfde begrip in de SMB-richtlijn. Het Verdrag heeft een ruimer toepassingsbereik dan de SMB-richtlijn. De SMB-richtlijn is alleen van toepassing op plannen en

⁷⁸ Concept-RES Noord-Holland Noord, d.d. 15 april 2020.

⁷⁹ Concept-RES Noord-Holland Zuid, d.d. 22 april 2020.

⁸⁰ Blz. 33 Concept-RES Noord-Holland Noord, d.d. 15 april 2020 en blz. 31 Concept-RES Noord-Holland Zuid, d.d. 22 april 2020.

programma's die "waarschijnlijk aanzienlijke effecten hebben op het milieu", terwijl het Verdrag van toepassing is op programma's die "betrekking hebben op het milieu".

Zie Implementation Guide, blz. 175:

"The scope of application of article 7 of the Aarhus Convention is thus wider than the SEA Directive and the SEA Protocol. Article 7 applies to plans, programmes and policies "relating to the environment" while the SEA Protocol and Directive are based on the narrower concept of likelihood of significant effects on the environment."

Anders dan de SMB-richtlijn, eist het Verdrag niet dat sprake moet zijn van een plan of programma dat een kader vormt voor nadere besluitvorming.

Zie Implementation Guide, blz. 175:

"In any case, however, they are very much related to the environment. Moreover, there are plans and programmes which by their nature are unlikely to set the framework for a development consent, e.g., strategies for environmental education or programmes for the cooperation of authorities with environmental NGOs. Such plans and programmes would not be considered to have significant environmental effects under the SEA instruments, but, nevertheless, are still very much related to the environment and covered by article 7."

Zie tevens de tabel op blz. 175.

De Implementation Guide omschrijft een *typical* plan of programma als volgt:

Zie Implementation Guide blz. 124:

"In comparison, a typical article 7 decision (plan or programme) has the legal nature of (a) a general act (often adopted finally by a legislative branch), (b) initiated by a public authority, (c) which sets, often in a binding way, the framework for certain categories of specific activities (development projects), and (d) which usually is not sufficient for any individual activity to be undertaken without an individual permitting decision."

De RES voldoet aan de voorwaarden (b) en (d) van een *typical* plan of programma. De RES wordt opgesteld door onder meer provincies, gemeenten en waterschappen en is dus (b) *initated by public authorities*. Voor het uitvoeren van een activiteit is nadere toestemming nodig, dus de RES is (d) *not sufficient for any individual activity to be undertaken without an individual permitting decision*. De vraag is of de RES kwalificeert als (a) *a general act* en (c) *often in a binding way* het kader is voor specifieke activiteiten. Uit hoofdstuk 1 van dit advies blijkt dat de RES niet bindend is. Hiervoor is nadere besluitvorming nodig. De vraag is evenwel hoe zwaar dit criterium

weegt. Als gezegd, eist het Verdrag (anders dan de SMB-richtlijn) niet dat het plan of programma kaderstellend moet zijn voor nadere besluitvorming.⁸¹

De Implementation Guide spreekt bovendien over "often" in a binding way. De vraag resteert dus of de RES *a general act* is.

Thans is nog geen rechtspraak, waaruit kan worden afgeleid of een RES kwalificeert als een plan of programma onder het Verdrag. Daarbij merken wij op dat het verwachte advies van de Commissie die toeziet op de naleving van het Verdrag in reactie op de klacht van de Nederlandse Vereniging van Omwonenden Windturbines over het Energieakkoord mogelijk meer inzicht zal kunnen bieden.⁸²

Tussenconclusie

De rechtspraak zal uiteindelijk duidelijk moeten maken of een RES kwalificeert als een plan of programma, als bedoeld in het Verdrag. In de Implementation Guide zien wij daartoe wel aanwijzingen. Om juridische risico's te voorkomen, adviseren wij om bij het opstellen van de RES te voldoen aan de verplichtingen die artikel 7 van het Verdrag stelt. De volgende paragraaf schetst om welke inspraakverplichtingen het precies gaat.

4.3 De inspraakverplichtingen voor plan of programma in de zin van het Verdrag

Het aanmerken van de RES als een plan of programma in de zin van het Verdrag heeft een aantal gevolgen.⁸³ Dit zijn de volgende:

(i) Inspraak voor het publiek gedurende de voorbereiding

Er moet worden gezorgd voor passende praktische en/of andere inspraakvoorzieningen voor het *publiek* gedurende de voorbereiding van de RES.⁸⁴ Onder het publiek wordt verstaan: één of meer natuurlijke of rechtspersonen en, in overeenstemming met nationale wetgeving of praktijk, hun verenigingen, organisaties of groepen.⁸⁵ Uit de Implementation Guide blijkt dat met inspraak voor het publiek wordt verstaan: inspraak voor een ieder.

Zie Implementation Guide blz. 153:

"Paragraph 7 differs from some of the other provisions of article 6 in that it grants rights not only to the public concerned, but to the public generally."

Ook advocaat-generaal M. Bobek onderschrijft dit in zijn conclusie van 2 juli 2020:

¹⁷⁵ Implementation Guide.

⁸² Compliance Committee of the Aarhus Convention, zaaknummer ACCC/C/2015/133.

⁸³ Als de RES een plan of programma is in de zin van de SMB-richtlijn, dan gelden de inspraakvereisten uit deze richtlijn. De SMB-richtlijn wordt (mede) gezien als de implementatie van de inspraakvereisten uit het Verdrag (zie bijv. AbRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301, r.o. 17).

⁸⁴ Artikel 7 van het Verdrag.

⁸⁵ Artikel 2 lid 4 van het Verdrag.

Zie conclusie van 2 juli 2020, ECLI:EU:2020:514:

"44. In het Verdrag van Aarhus worden beide begrippen uitdrukkelijk gedefinieerd. Volgens artikel 2, lid 4, wordt onder „het publiek” in essentie eenieder verstaan. Volgens artikel 2, lid 5, is „het betrokken publiek” een subcategorie van het publiek. Het heeft alleen betrekking op „het publiek dat gevolgen ondervindt of waarschijnlijk ondervindt van, of belanghebbende is bij, milieubesluitvorming”."

De advocaat-generaal M. Bobek zegt daarover nog wel:

"70. Wat de *operationele* kant betreft, kan ik mij moeilijk voorstellen hoe de procedures en rechten, die zijn bedacht en ontworpen voor een bepaalde gemeenschap die redelijkerwijs kan worden geraakt door de voorgestelde activiteit, zouden werken met betrekking tot eenieder.

71. Te beginnen met de daadwerkelijke kennisgeving van de informatie over de voorgestelde activiteit op grond van artikel 6, lid 3, en artikel 6, lid 2: als die kennisgeving niet bedoeld is om alleen het publiek te bereiken dat redelijkerwijs geraakt zou kunnen worden, maar – tegen de bewoordingen ervan in – bedoeld is voor het publiek in het algemeen, zonder enige ruimtelijke, milieu- of belangengerelateerde beperking, moet elke voorgestelde activiteit dan niet aan de hele wereld worden bekendgemaakt? Moet dan het bericht van elke grotere varkensstal (in Nederland) worden gepubliceerd in bijvoorbeeld de *Financial Times*, de *Economist*, of een ander medium met een echt mondiaal bereik?

72. Het is dus vrij duidelijk dat de term „het publiek” die in verschillende bepalingen van artikel 6 wordt gebruikt, moet worden gelezen binnen de redelijke grenzen van wat de hele procedure in haar geheel beschouwd moet bewerkstelligen, te weten het publiek dat waarschijnlijk betrokken is, in een vroeg stadium en op voorhand een redelijke kans geven om kennis te nemen van de besluitvorming over voorgestelde activiteiten en van de wijze waarop het kan deelnemen.(17)

73. Aan die operationele zijde is de *principiële* vraag verbonden: welke belangen, om niet te zeggen rechten, zou een Tsjech, een Deen, of een Chinees(18), die elk honderden of duizenden kilometers verwijderd zijn van de voorgestelde activiteit, hebben bij het realiseren van een nieuwe stal voor 855 zeugen in Echt-Susteren, in het zuidoosten van Nederland?"

Hierin zou gelezen kunnen worden, dat het begrip "het publiek" enige grenzen kent. Ook is in artikel 7 van het Verdrag bepaald dat het aan de betreffende overheidsinstantie is om het publiek dat mag participeren te identificeren:

"Het publiek dat kan inspreken wordt door de betreffende overheidsinstantie aangewezen met inachtneming van de doelstellingen van dit Verdrag."

Niettemin raden wij af om de grenzen op te zoeken, door bijvoorbeeld participatie over de RES alleen open te stellen voor bepaalde wijkverenigingen. Uit de Guidelines blijkt namelijk dat het feit dat de overheidsinstantie mag bepalen welk publiek kan

inspreken niet mag betekenen dat de kring van participatiegerechtigden wordt beperkt. De eis om het publiek te identificeren moet worden gezien als een manier om de participatie te stroomlijnen en effectief te maken.

Zie Guidelines, blz. 179:

"This clause should not be seen as a method of limiting the scope of the public entitled to participate. Had this been the intention, the narrower term "public concerned" would likely have been used instead. (...) In addition to the expected representatives of special interest groups that are traditionally included in these processes, other members of the public that learn about the process through the required notification may also express their interest in participating.

Article 7 expressly states that the public that may participate is to be identified "taking into account the objectives of this Convention". In keeping with the objective in the fourteenth preambular paragraph "to encourage widespread public awareness of, and participation in, decisions affecting the environment and sustainable development", the obligation to identify the public which may participate should not be seen as a tool to limit participation, but rather as a way to streamline the participation in order to make it more effective."

Wij adviseren aan te sluiten bij de bedoeling van het Verdrag en zodoende eenieder het recht te bieden om deel te nemen aan een inspraakprocedure die leidt tot de vaststelling van RES.

(ii) Inspraak binnen een transparant en eerlijk kader

De betrokken overheden moeten mogelijkheden tot inspraak bieden binnen een transparant en eerlijk kader.⁸⁶ Uit de Implementation Guide blijkt dat dit in ieder geval inhoudt dat de overheden voor de verschillende fases in het proces toereikende termijnen vaststellen voor het informeren van het publiek en waarbinnen het publiek zich kan voorbereiden en kan participeren.⁸⁷ Daarnaast moet het publiek de kans hebben effectief te participeren.

Zie Implementation Guide blz. 178:

"The reference to a transparent and fair framework emphasizes that the public must have opportunities to participate effectively. To do so the public must be able to use rules that are applied in a clear and consistent fashion, which in turn requires the implementation of a transparent and fair framework."

Voor de RES is het raadzaam om actief te communiceren: a. wie worden betrokken; b. waarover zij worden betrokken; c. wanneer zij worden betrokken; d. wat de rol is van het bevoegd gezag; en e. waar aanvullende informatie beschikbaar is.⁸⁸

⁸⁶ Artikel 7 jo. artikel 6 lid 3 van het Verdrag.

⁸⁷ Implementation Guide blz. 126.

⁸⁸ Zie vergelijkbaar artikel 5.3 Omgevingsbesluit.

(iii) Informatievoorziening

De overheden moeten ervoor zorgen dat het publiek alle benodigde informatie heeft.⁸⁹ Dit betreft in ieder geval de informatie, die relevant is om te kunnen participeren over de vaststelling van het plan of programma.⁹⁰

Zie blz. 178 van de Implementation Guide:

"It goes without saying that any public participation procedure must inform the public about the commencement of the process and their possibilities to participate. Similarly, it must provide the public with access to the information relevant to the preparation of the plans and programmes themselves. These points are illustrated by the article 7 requirement that Parties provide "the necessary information to the public". The word "necessary" should be understood in the context of effective participation.

Again, it should be noted that, in contrast to article 6, article 7 requires the necessary information to be provided to "the public" rather than the narrower "public concerned".

A more precise discussion of some of the information that should be provided to the public under this provision is set out in the commentary on the second sentence of article 7 below."

Verder wijzen wij nog op de Implementation Guide over de mogelijkheid om openbaarmaking te weigeren van milieu-informatie, die is neergelegd in conceptstukken (onvoltooid materiaal; "in the course of completion") en interne correspondentie (interne mededelingen; "concerning internal communications") (artikel 3, lid 1, aanhef en onder c, van het Verdrag). Daar wordt toegelicht dat documenten niet als onvoltooid materiaal of interne mededelingen kunnen worden aangemerkt, enkel *omdat* de besluitvorming ten behoeve waarvan documenten zijn opgesteld, nog niet is afgerond.

Zie pagina's 84 en 85 van de Implementation Guide:

"The Convention does not clearly define "materials" in the course of completion". However it is clear that the expression "in the course of completion" relates to the process of preparation of the information or the document and not to any decision-making process for the purpose of which the given information or document has been prepared. (...)

Similarly, the mere status of something as a draft alone does not automatically bring it under the exception. The words "in the course of completion" suggest that the term refers to individual documents that are actively being worked on by the public authority. Once those documents are no longer in the "course of completion" they may be released, even if they are still unfinished and even if the decision to which they pertain has not yet been resolved. "In the course of completion" suggests that

⁸⁹ Artikel 7 van het Verdrag.

⁹⁰ Implementation Guide blz. 178.

document will have more work done on it within some reasonable time frame. Other articles of the Convention also give some guidance as to how Parties might interpret "in the course of completion". Articles 6, 7 and 8 concerning public participation require certain draft documents to be accessible for public review. Thus, drafts of documents such as permits, EIAs, policies, programmes, plans and executive regulations that are open for comment under the Convention would not be "materials in the course of completion" under this exception.

A similar conclusion was reached by the Conseil d'Etat of France, in case N° 266668 (7 augustus 2007) with respect to the use of the term "unfinished documents" in Directive 90/313/ECC. The Conseil d'Etat held that a provision excluding preliminary documents produced in the course of drawing up an administrative decision from the right of access to environmental information is not compatible with article 3, paragraph 3, of Directive 90/313/ECC which limits the possibility for a request for environmental information to be refused to when the request concerns "unfinished documents".

The second part of this exception concerns "internal communications". (...) In some countries, the internal communications exception is intended to protect the personal opinions of government staff. It does not usually apply to factual materials even when they are still in preliminary or draft form. Opinions or statements expressed by public authorities acting as statutory consultees during a decision-making process cannot be considered as "international communications". (...).

Aldus kent het Verdrag een brede verplichting om informatie over de RES openbaar te maken. Het gaat in ieder geval om informatie die eenieder nodig heeft om te kunnen participeren. Het Verdrag is in de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) geïmplementeerd.⁹¹ Op grond van de Wob kan openbaarmaking worden geweigerd, als openbaarmaking van informatie niet opweegt tegen de belangen als bedoeld in artikel 10 Wob (met inachtneming van de artikel 10 lid 4 tot en met 8 die specifiek voor milieu-informatie gelden).

Of daarvan sprake is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Die beoordeling gaat thans de reikwijdte van dit advies te buiten. Vooralsnog willen wij de Provincie vooral wijzen op de mogelijkheid om openbaarmaking te weigeren op basis van belangen, genoemd in artikel 10 Wob (denk aan: eenheid van de Kroon, veiligheid van de Staat, strafbare feiten).

(iv) vroegtijdige inspraak

De overheden moeten voorzien in vroegtijdige inspraak, wanneer alle opties open zijn en doeltreffende inspraak plaats kan vinden.⁹² Uit het arrest Križan van het Hof van Justitie volgt dat inspraak in ieder geval moet worden geboden voordat een definitief besluit wordt genomen.⁹³ De Afdeling oordeelt onder meer in haar uitspraak inzake windpark Wieringermeer van 4 mei 2016 dat wordt voldaan aan deze inspraakverplichting door inspraak te bieden op de ontwerp-visies.

⁹¹ Stb. 2004, 519 en Stb. 2005, 341.

⁹² Artikel 7 jo. artikel 6 lid 4 van het Verdrag.

⁹³ HvJ EU 15 januari 2013, ECLI:EU:C:2013:8, r.o. 88.

Zie bijvoorbeeld AbRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1228, r.o. 28.4:

“Zoals uit het hiervoor vermelde overzicht blijkt, bestaat het Nederlandse energiebeleid uit een samenstel van plannen, convenanten en akkoorden. De Afdeling laat in het midden in hoeverre ten behoeve van ieder afzonderlijk onderdeel in voldoende mate inspraakprocedures zijn gevolgd zoals wordt verwacht door artikel 7 in samenhang met artikel 6, vierde lid, van het Verdrag van Aarhus, daargelaten de vraag of aan artikel 7 rechtstreekse werking toekomt. De Afdeling laat één en ander in het midden, omdat de nut- en noodzaakdiscussie over windenergie en de vergelijking met andere vormen van hernieuwbare energie, elementen zijn waarover appellanten in ieder geval zienswijzen naar voren hebben kunnen brengen in het kader van het ontwerp van de Structuurvisie Infrastructuur & Ruimte dat ter inzage heeft gelegen van 3 augustus tot en met 13 september 2011. Blijkens de nota van beantwoording zienswijzen bij de Structuurvisie Infrastructuur & Ruimte zijn zienswijzen die zien op het nut en de noodzaak van windenergie en de vergelijking met andere vormen van hernieuwbare energie inhoudelijk in de besluitvorming meegewogen. De zienswijzen die zien op de locatiekeuze konden naar voren worden gebracht toen inspraak werd geboden op de Structuurvisie Infrastructuur & Ruimte, maar ook ten tijde van de terinzagelegging van het ontwerp van de Structuurvisie Windenergie op Land van 19 april tot en met 30 mei 2013. Het betoog dat in een vroegtijdig stadium bepalende keuzes zijn gemaakt, die aan het voorliggende plan ten grondslag liggen en waarover geen inspraak heeft plaatsgevonden op een moment dat deze nog daadwerkelijk invloed konden hebben op de besluitvorming, mist feitelijke grondslag.”

Deze rechtspraak laat zien dat toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure een – bij de Afdeling – beproefde methode is om te voldoen aan de inspraakverplichtingen uit het Verdrag. Conform deze methode, zou een concept-RES met de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage kunnen worden gelegd.⁹⁴ Eenieder kan hierover vervolgens, gedurende 6 weken, zienswijzen indienen.⁹⁵ Wij begrijpen dat de planning van de RES daarvoor thans weinig ruimte biedt. Bovendien zou gedacht kunnen worden om over een concept-RES een (digitale) bijeenkomst te houden, waarvoor eenieder wordt uitgenodigd om (mondeling) zijn of haar zienswijzen te geven. Alternatief zou zijn om het reeds doorlopen participatieproces goed te documenteren. Daarmee zal het voor een rechter verdedigbaar kunnen zijn, dat de RES voldoet aan de inspraakverplichtingen uit het Verdrag.

(v) rekening houden met de resultaten van inspraak

De betrokken overheden moeten bij het vaststellen van de RES naar behoren rekening houden met de resultaten van de inspraak.⁹⁶ De Afdeling overweegt - eveneens in haar uitspraak van 21 februari 2018 inzake windpark De Drentse monden en Oostermoer - dat het aan het bevoegd gezag is:

⁹⁴ Vgl. artikel 3:11 Awb.

⁹⁵ Vgl. artikel 3:15 Awb.

⁹⁶ Artikel 7 jo. artikel 6 lid 8 van het Verdrag.

datum 8 februari 2021
onze ref. LB/MT/11014957

53/53

"om de ingekomen inspraakreacties af te wegen en te beoordelen of hierin aanleiding wordt gezien voor een aanpassing van het plan of de andere besluiten."

Zie AbRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, r.o. 34.2 (windpark De Drentse Monden Oostermoer).

Tot zover ons advies. Tot een nadere toelichting vindt u ons vanzelfsprekend graag bereid.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

C.E. Barnhoorn

M.J.W. Timmer

R.A. Jager