university of groningen / faculty of law

VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM | Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Quickscan

Juridische analyse landelijke regels financiële participatie bij hernieuwbare energieprojecten

In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

14 juli 2023

Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit Rechtsgeleerdheid
Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde

Mr. D.E Bakker, prof. mr. K.J. de Graaf & prof. mr. H.D. Tolsma

Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechtsgeleerdheid
Afdeling Staats- en bestuursrecht

Prof. mr. M.A.M. Dieperink

Quickscan

Juridische analyse landelijke regels financiële participatie bij hernieuwbare energieprojecten

1. Inleiding 5
   1.1 Aanleiding voor de quickscan 5
   1.2 Achtergrond van financiële participatie 5
   1.3 Onderzoeksvragen 6
   1.4 Afbakening 7
   1.5 Methode 9
   1.6 Leeswijzer 9
2. Financiële participatie onder huidig recht en de Omgevingswet 11
   2.1 Vormen van financiële participatie 11
      2.1.1 Lokaal eigendom 12
      2.1.2 Omgevingsfonds 13
      2.1.3 Omwonendenregeling 15
   2.2 Wie kunnen financieel participeren? 16
      2.2.1 Algemeen 16
      2.2.2 Beleid en praktijk: geen afgebakende kring van de omgeving 16
      2.2.3 Energiegemeenschap 17
   2.3 Overheidssturing op financiële participatie 20
      2.3.1 Financiële participatie als verplichting 20
      2.3.2 Financiële participatie als criterium in een maatschappelijke tender 23
   2.4 Wettelijk kader financiële participatie (huidig recht en Omgevingswet) 25
      2.4.1 Lokaal eigendom 25
      2.4.2 Omgevingsfonds 25
      2.4.3 Omwonendenregeling 27
   2.5 Tussenconclusie: (on)mogelijkheden wettelijk kader 28
3. Toetsingskader voor een landelijke regeling 29
   3.1 Democratisch-rechtsstatelijk beginselen en uitgangspunten 29
      3.1.1 Algemeen 29
      3.1.2 Rechtszekerheid, legaliteit en specialiteit 29
      3.1.3 Gelijkheidsbeginsel en een gelijk speelveld 31
      3.1.4 Effectieve rechtsbescherming 33
   3.2 Voor- en nadelen van een landelijke regeling van niet-juridische aard 35
      3.2.1 Vrijwillig model voor financiële participatie 36
      3.2.2 Verplichtend model voor financiële participatie 37
   3.3 Tussenconclusie: juridische knelpunten en aandachtspunten 37
4. Oplossingsrichtingen voor een landelijke regeling 39
   4.1 Inleiding 39
   4.2 Welke vorm van financiële participatie? 39
   4.3 Onderwerpen in landelijke regels voor financiële participatie 40
      4.3.1 Lokaal eigendom 40
      4.3.2 Omgevingsfonds en omwonendenregeling 42
   4.4 Welk wettelijk kader voor een regeling over financiële participatie? 43
      4.4.1 Algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling? 44

4.4.2 Energiewet 45
4.4.3 Omgevingswet 47
4.4.4 Wet versterking participatie op decentraal niveau 51
4.5 Oplossingsrichtingen voor lokaal eigendom 52
4.6 Oplossingsrichtingen voor omgevingsfonds en/of omwonendenregeling 56
5. Conclusie 61
Bijlage A. Samenstelling onderzoeksteam 65
Bijlage B. Deelnemers expertmeeting (4 juli 2023) 67

1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor de quickscan

In het Klimaatakkoord uit 2019 is vastgelegd dat voor zon- en windprojecten op land financiële participatie door de omgeving wordt nagestreefd.[1] In het bijzonder wordt daarbij ingezet op het bereiken van 50% eigendom van de lokale omgeving. Sinds 2020 wordt de voortgang in de realisatie van deze doelstelling ieder jaar gemonitord door middel van de zogenoemde participatiemonitor.[2]

In september 2023 wordt de vierde participatiemonitor gepubliceerd.[3] Als daaruit blijkt dat onvoldoende voortgang is behaald in de realisatie van de doelstelling met betrekking tot financiële participatie, wordt mogelijk de vraag actueel of landelijke regels voor financiële participatie zouden moeten worden geïntroduceerd. Deze quickscan anticipeert op die mogelijke vraag. Daartoe brengen wij eerst de juridische argumenten voor landelijke regels in kaart. Vervolgens schetsen wij de voor- en nadelen en de mogelijke oplossingsrichtingen voor landelijke regels voor financiële participatie.

1.2 Achtergrond van financiële participatie

Het Klimaatakkoord benoemt het bestaan van draagvlak in de samenleving als een belangrijke randvoorwaarde voor de realisatie van de doelstelling om per 2030 een opgesteld vermogen van 35 TWh aan zon- en windprojecten op land te hebben gerealiseerd. Daartoe dient vanaf de start van het ontwikkelproces aandacht te bestaan voor participatie en draagvlak. Een onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen procesparticipatie[4] en financiële participatie. Kenmerkend voor financiële participatie is dat beoogd is de lusten en lasten van zon- en windprojecten eerlijker te verdelen. Dat zou ten goede komen aan de acceptatie van die projecten door omwonenden en het maatschappelijk draagvlak.[5] In de Kamerbrief van 5 september 2022 staat hierover het volgende: *'Onderzoek laat zien dat wanneer inwoners medezeggenschap hebben via lokaal eigendom, er ook vaker sprake is van meer acceptatie van een project.'*[6,7]

Het Klimaatakkoord onderscheidt verschillende vormen van financiële participatie. Ten eerste gaat het om lokaal eigendom, waarbij de omgeving de kans krijgt om financieel deel te nemen in het hernieuwbare energieproject en zodoende mede-eigenaar wordt. De tweede en derde optie zijn respectievelijk de realisatie van een omgevingsfonds en het hanteren van een omwonendenregeling. Ten aanzien van lokaal eigendom is in het Klimaatakkoord opgenomen dat *'gestreefd wordt naar 50% eigendom van de productie van de lokale omgeving, dat wil*

---

[1] Bijlage bij Kamerbrief d.d. 28 juni 2019 (*Kamerstukken II* 2018/19, 32813, nr. 342)
[2] Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de motie Heerma c.s. d.d. 3 juli 2019 (*Kamerstukken II* 2018/19, 32813, nr. 361).
[3] Men verwacht een zichtbaar effect van het Klimaatakkoord bij zonneparken gerealiseerd vanaf 2023-2024 en bij windparken gerealiseerd vanaf 2026-2027. Zie Schwencke, Kik & Derikx, 'Participatiemonitor 2021: Monitor Participatie Hernieuwbare Energie op Land. Resultaten tot en met 2021', 5 juli 2022, te vinden op: https://open.overheid.nl/documenten/ronl-bebc5bacfa96fe1229e0f0918eccf1f912d7c995/pdf, p. 2.
[4] Zie par. 1.4 voor een uitleg van hetgeen onder procesparticipatie wordt verstaan.
[5] *Kamerstukken II* 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820; zie onder meer: N. Lienhoop, 'Acceptance of wind energy and the role of financial and procedural participation: An investigation with focus groups and choice experiments', *Energy Policy* 118 (2018), p. 97-115; N. Kluskens, V. Vasseur & R. Benning, 'Energy Justice as Part of the Acceptance of Wind Energy: An Analysis of Limburg in The Netherlands', *Energies* 2019, 12, 4382.
[6] *Kamerstukken II* 2022/23, 32813, nr. 1087.
[7] Daarbij wordt verwezen naar: https://www.mdpi.com/1660-4601/17/24/9161/htm en https://publications.iass-potsdam.de/rest/items/item_6000046_7/component/file_6000047/content

zeggen burgers en bedrijven.'[8] Voor de overige vormen van financiële participatie formuleert het Klimaatakkoord geen concrete doelstelling.

Volgens het Klimaatakkoord kan lokaal eigendom in zon- en windprojecten worden georganiseerd door (professionele) ontwikkelaars of door lokale initiatieven van omwonenden en lokale bedrijven, die zelf een project ontwikkelen en exploiteren. Het Klimaatakkoord hecht veel waarde aan zulke lokale initiatieven, maar wijst tevens op een aantal knelpunten. In het bijzonder worden genoemd het gebrek aan kennis en het feit dat omwonenden en lokale bedrijven de voorfinancierskosten moeten dragen.

De 50%-doelstelling uit het Klimaatakkoord is vervolgens overgenomen in het decentrale klimaat- en energiebeleid, namelijk in de Regionale Energiestrategieën ('RES') 1.0. Alle RES-regio's hebben in hun RES 1.0 opgenomen dat bij zon- en windprojecten binnen hun grondgebied 50% van die projecten in handen moeten zijn van de omgeving.[9]

Sinds het Klimaatakkoord is gesloten, is in verschillende (juridische) publicaties erop gewezen dat de overheid doorgaans geen juridische basis heeft om een projectontwikkelaar te verplichten tot een vorm van financiële participatie in zijn project, terwijl die grondslag wel vereist is.[10] Ook daarom is het wenselijk om in deze quickscan de mogelijkheden voor landelijke regels voor financiële participatie te verkennen.

1.3 Onderzoeksvragen

De doelstelling van deze quickscan is om mogelijkheden voor een landelijke regeling voor financiële participatie te verkennen. Er worden verschillende mogelijkheden geschetst, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen lokaal eigendom en andere vormen van financiële participatie, in het bijzonder het omgevingsfonds en de omwonendenregeling. Gedacht kan worden aan een meer of minder uitgebreide regeling in de Omgevingswet (Ow) of een bijzondere wet, zoals de Energiewet. Op basis van een normatief kader (rechtszekerheid, legaliteit, specialiteit, het gelijkheidsbeginsel en een gelijk speelveld, en effectieve rechtsbescherming) worden eerst juridische knelpunten ten aanzien van de bestaande praktijk en (niet-juridische) voor- en nadelen van een landelijke regeling geschetst. Vervolgens worden aandachtspunten en aanbevelingen geformuleerd, die relevant zijn voor de afweging of voor financiële participatie een landelijke regeling zou moeten worden vastgesteld. Het onderzoek is er nadrukkelijk niet op gericht om een regeling (in detail) te ontwerpen, maar dient als basis voor beleidsvorming.

De centrale vraag van dit onderzoek luidt:

> *Op welke wijze zouden landelijke regels over financiële participatie een juridische basis kunnen bieden voor financiële participatie en in hoeverre kunnen daarmee knelpunten in het huidige en onder de Omgevingswet geldende juridisch kader worden opgelost?*

De centrale vraag wordt onderverdeeld in de volgende deelvragen.

---

[8] Klimaatakkoord (2019), p. 164-165.
[9] J. Matthijsen (ea.) *Monitor RES 1.0. Een analyse van de Regionale Energie Strategieën 1.0.* Den Haag: 2021, Planbureau voor de Leefomgeving, p. 75.
[10] H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6; A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken. Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118; H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land', *M en R* 2021/119; D.E. Bakker, 'Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?' (Preadvies voor de Jonge VAR 2022), te vinden op: www.verenigingbestuursrecht.nl; M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar wettelijke norm?', *TBR* 2022/11.

1. a. Wat moet worden verstaan onder financiële participatie door de lokale omgeving bij hernieuwbare energieprojecten?
   b. Welk juridisch instrumentarium wordt hierbij ingezet?
   c. Welke (on)mogelijkheden bestaan er naar huidig recht en onder de Ow om te sturen op financiële participatie?

2. a. Welke juridische argumenten zijn er om financiële participatie landelijk te reguleren?
   b. Welke (niet-juridische) voor- en nadelen kunnen landelijke regels ten opzichte van het huidige en onder de Ow geldende juridisch kader hebben?

3. a. Welke oplossingsrichtingen zijn denkbaar voor landelijke regels ten aanzien van financiële participatie?
   b. Wat zijn de juridische argumenten voor een wettelijke regulering voor financiële participatie, en/of een basis voor financiële participatie in een algemene maatregel van bestuur, respectievelijk een ministeriële regeling?
   c. Op welke wijze zouden de geconstateerde voordelen van landelijke regels kunnen worden benut en de nadelen worden beperkt?

In het kader van de deelvragen ad 1 is een bespreking van eerder verricht onderzoek nodig om de grenzen en de knelpunten van het huidige juridisch kader bloot te leggen. Het onderzoek bouwt hierop voort met deelvragen ad 2 en 3.

1.4 Afbakening

Het onderzoek in deze quickscan is op vijf verschillende manieren afgebakend. Ten eerste gaat het onderzoek over de mogelijkheden voor landelijke regels ten aanzien van financiële participatie. Het onderzoek ziet niet op procesparticipatie. Tegelijkertijd onderkennen wij dat financiële participatie en procesparticipatie direct met elkaar verbonden zijn. Over de verhouding tussen procesparticipatie en financiële participatie wordt in de Kamerbrief d.d. 1 september 2021 overwogen: *'Tijdens procesparticipatie denken en beslissen inwoners mee, bijvoorbeeld over de ruimtelijke inpassing van een project. Ook de wensen en ideeën van inwoners over hoe zij onderdeel willen zijn van een energieproject zijn belangrijk en komen in de procesparticipatie aan bod. Hieruit volgen afspraken over financiële participatie door inwoners, om zo een goede verdeling tussen de lusten en lasten te bewerkstelligen.'*[11] In de reeds aangehaalde Kamerbrief van 5 september 2022 staat hierover: '*Proces- en financiële participatie staan echter niet los van elkaar. Onderzoek laat zien dat wanneer inwoners medezeggenschap hebben via lokaal eigendom, er ook vaker sprake is van meer acceptatie van een project. Verder zijn omwonenden vaak bereid om over (financiële) investeringen of oplossingen na te denken als hen ook de ruimte is geboden om over het proces of ontwerp van duurzame opwek mee te praten. Dit omvat bijvoorbeeld de keuze voor de locatie waar ontwikkeld wordt, het bepalen van de grootte en de hoogte van de installatie en eventuele compenserende maatregelen. Deze mogelijkheden tot medezeggenschap kunnen een positief effect hebben op de beleving van omwonenden. Wanneer bewoners onvoldoende betrokken zijn tijdens het proces, dan kan financiële participatie het gebrek aan betrokkenheid en draagvlak niet rechtzetten. Het kan hier alleen aan bijdragen.'*

Ten tweede ligt in deze quickscan, in lijn met het Klimaatakkoord, de focus op de wenselijkheid en mogelijkheden om regels te introduceren over financiële participatie bij zon-

[11] *Kamerstukken II* 2020/21, 32 813 en 31 239, nr. 820.

en windprojecten op land. Financiële participatie bij andere (hernieuwbare) energieprojecten, zoals bij duurzame warmtenetten en geothermie, valt buiten de reikwijdte van deze quickscan.[12]

Ten derde sluit dit onderzoek nauw aan bij de vormen van financiële participatie die in de zogenoemde participatiewaaier worden geschetst (zie verder par. 2.1), in het bijzonder de daarin onderscheiden vormen lokaal eigendom, omgevingsfonds en omgevingsregeling.[13] Volledigheidshalve zij vermeld dat in de genoemde Kamerbrief van 5 september 2022 kwalitatief onderzoek naar voorkeuren van verschillende vormen van financiële participatie wordt aangekondigd. Wat betreft die verschillende vormen van financiële participatie vermeldt deze brief: '*individueel of collectief, actief of passief, etc.*'. Wij kunnen niet uitsluiten dat in het aangekondigde onderzoek een andere of verder uitgewerkte definitie van financiële participatie zal worden aangehouden, omdat de in dat onderzoek gehanteerde definitie ten tijde van het schrijven van deze quickscan nog niet duidelijk was.

Ten vierde richt deze quickscan zich op het instrumentarium dat overheden bij private grondposities ter beschikking staat. Daarbij wordt ingegaan op het instrumentarium onder huidig recht en na inwerkingtreding van de Omgevingswet per 1 januari 2024. Financiële participatie kan ook worden nagestreefd indien sprake is van publieke grondposities. Zo zouden decentrale overheden lokaal eigendom vanuit een publieke grondpositie kunnen nastreven door eigen gronden te verkopen, te bezwaren met een zakelijk recht (opstal of erfpacht) en/of te verhuren. In algemene zin geldt dat de overheid ruimere mogelijkheden heeft om te sturen op financiële participatie als zij grondeigenaar is en daarom in staat is om een actief grondbeleid te voeren. Echter, sinds het Didam-arrest van de Hoge Raad dienen deze overheden hierbij in beginsel mededinging te organiseren.[14] Dat wil zeggen dat als de overheid grond voor een zon- of windproject verkoopt, zij aan de (potentiële) gegadigden de gelegenheid moet geven om mee te dingen. Dat houdt in dat de koper alleen na het volgen van een selectieprocedure, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, kan worden bepaald. Daarmee wordt de vraag relevant onder welke omstandigheden sturing op lokaal eigendom en andere vormen van financiële participatie aan deze eisen kan voldoen. We menen in algemene zin dat de overheid tot op zekere hoogte bij het in gebruik geven van publieke grondposities, met gebruikmaking van 'objectieve, toetsbare en redelijke' criteria, kan sturen op financiële participatie in de projecten waarvoor de grond in gebruik wordt gegeven. Vanwege de beperking van deze quickscan tot de sturingsmogelijkheden van de overheid bij private grondposities blijft dat verder buiten beschouwing. Wij zouden ons evenwel kunnen voorstellen dat met het inzicht dat op basis van deze quickscan is verkregen, het van meerwaarde is om vervolgens ook nader onderzoek te laten verrichten naar het instrumentarium dat overheden ter beschikking staat in geval van publieke grondposities.

Ten vijfde wijzen wij erop dat de mogelijkheden voor landelijke regels ten aanzien van financiële participatie vanuit juridisch perspectief worden onderzocht. Het onderzoek richt zich

---

[12] Hierover is eerder opgemerkt: 'Deze afwijkende benadering van zon- en windprojecten ten opzichte van andere ruimtelijke projecten wordt niet in het Klimaatakkoord en daarop volgende beleidsstukken onderbouwd, en is in mijn ogen niet evident. Zo kan het ook voor biogas-, warmte- of mijnbouwprojecten wenselijk zijn om de lusten en lasten tussen initiatiefnemers en omwonenden evenwichtiger te verdelen, en zijn er ook buiten de energiesector projecten aan te wijzen die wezenlijke overlast voor de omgeving veroorzaken. Het Planbureau voor de Leefomgeving ('PBL') wijst ook op dit verschil in behandelwijze tussen zon- en windprojecten en andere projecten. Daarbij signaleert het PBL dat ogenschijnlijk makkelijk over dat verschil wordt heengestapt', vgl. M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar wettelijke norm?', *TBR* 2022/11, par. 2.3.

[13] Vooruitlopend op par. 2.1 zij opgemerkt dat wij in deze quickscan het instrument 'obligaties' niet als een afzonderlijke vorm van financiële participatie onderscheiden.

[14] HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *AB* 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren en *NJ* 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen (*Didam*).

dan ook niet op de vraag in hoeverre de onderzochte mogelijkheden daadwerkelijk bij zullen dragen aan een voortvarende energietransitie en het realiseren van de klimaatdoelstellingen.

Tot slot zij opgemerkt dat deze quickscan is afgerond op 14 juli 2023. Ontwikkelingen na die datum zijn niet betrokken.

1.5 Methode

De centrale vraag en de deelvragen worden beantwoord door een klassiek-juridische onderzoeksmethode te hanteren. Het gaat om kwalitatief onderzoek. Waar relevant wordt ook verwezen naar bestaande kwantitatieve onderzoeken, zoals de eerdere participatiemonitors. In deze quickscan wordt met name geput uit de volgende bronnen.

- Relevante wet- en regelgeving en wetsvoorstellen
- Richtlijnen en handreikingen
- (Wetenschappelijke) publicaties
- Wetgevingsgeschiedenis
- Jurisprudentie

Teneinde de analyse, de conclusies en de mogelijkheden voor landelijke regels voor financiële participatie in deze quickscan te toetsen, is op 4 juli 2023 een expertmeeting georganiseerd waarin de voorlopige uitkomsten van de quickscan aan de hand van stellingen zijn besproken met ter zake deskundige juristen (zie bijlage 2). De inbreng tijdens die expertmeeting is vervolgens verwerkt in de quickscan.

1.6 Leeswijzer

Deze quickscan is als volgt opgebouwd. Na deze inleiding volgt in hoofdstuk 2 allereerst een overzicht van de vormen van financiële participatie (par. 2.1), de vraag aan wie de mogelijkheid zou moeten worden geboden om te participeren (par. 2.2) en het toepasselijke wettelijke kader voor de onderscheiden vormen van financiële participatie (par. 2.3). Vervolgens concentreren wij ons in hoofdstuk 3 op het toetsingskader dat relevant is voor de vraag of een landelijke regeling gewenst is. Eerst gaan wij in op de meest relevante democratisch-rechtsstatelijke beginselen en uitgangspunten (par. 3.1), daarop op de voor- en nadelen van een landelijke regeling van niet-juridische aard (par. 3.2). In hoofdstuk 4 bespreken wij de oplossingsrichtingen voor een landelijke regeling door aan de hand van het toetsingskader in te gaan op de vorm van de financiële participatie (par. 4.2), de verschillende onderwerpen die terug zouden kunnen komen in de landelijke regeling (par. 4.3) en de vraag te stellen welk wettelijk kader (het meest) geschikt zou zijn om de landelijke regeling in neer te leggen (par. 4.4). Vervolgens wordt ingegaan op de oplossingsrichtingen voor ‘lokaal eigendom’ (par. 4.5) en ‘omgevingsfonds en/of omwonendenregeling’ (par. 4.6) als vormen van financiële participatie. We sluiten af met een korte samenvatting van de bevindingen en een conclusie in hoofdstuk 5.

2. Financiële participatie onder huidig recht en de Omgevingswet

2.1 Vormen van financiële participatie

Om de verschillende vormen van financiële participatie te onderscheiden, houden wij op hoofdlijnen de zogenoemde participatiewaaier aan. Deze participatiewaaier is na het Klimaatakkoord, in november 2019 gepubliceerd.[15] Hierin zijn de afspraken die in het Klimaatakkoord over participatie zijn gemaakt nader uitgewerkt en geduid. Deze participatiewaaier onderscheidt de volgende vormen van financiële participatie:

- Lokaal (mede)eigendom. Bij lokaal eigendom is de omgeving, dat wil zeggen: omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven, risicodragend (mede)eigenaar van het project. Het financiële profijt van de omgeving is direct gekoppeld aan het rendement van het project. Lokaal eigendom kan worden gerealiseerd door een vereniging of coöperatie, of door middel van aandelen.[16] Omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven hebben dan zeggenschap in een project.
- Een omgevingsfonds. Dat is een fonds dat wordt gevuld met financiële middelen door een projectontwikkelaar van een zon- of windproject en waaruit middelen worden besteed aan maatschappelijke doelen in de omgeving. Doorgaans is geregeld dat de lokale omgeving invloed heeft op de maatschappelijke doelen waar de middelen aan besteed worden.
- Een omwonendenregeling.[17] Bij een omwonendenregeling ontvangt een bepaalde groep omwonenden voordelen van (de exploitant van) het project, bijvoorbeeld door de woningen van omwonenden te verduurzamen of door een korting op de elektriciteitsprijs te bieden.

Deze drie vormen van financiële participatie worden hierna achtereenvolgens besproken (par. 2.1.1-2.1.3).

De participatiewaaier onderscheidt ook het financieel deelnemen, dat wil zeggen het risicodragend deelnemen door de omgeving zonder eigendom, onder meer door middel van obligaties. Bij obligaties is er – anders dan bij lokaal mede-eigendom – geen zeggenschap van de omwonenden, decentrale overheden of lokale bedrijven in het project.[18] Deze vorm van financiële participatie blijft in de quickscan buiten beschouwing, althans onderscheiden wij niet als een zelfstandige vorm van financiële participatie. Het instrument ‘obligaties’ lijkt op een omwonendenregeling volgens de hiervoor gegeven definitie. Aan de omgeving wordt dan namelijk de mogelijkheid geboden om (tegen gunstige (rendements)condities) een obligatielening aan het project te verstrekken.[19] In de in deze quickscan gehanteerde definitie gaat het bij een omwonendenregeling alleen om voordelen voor de omgeving. Dat is echter bij

---

[15] https://www.klimaatakkoord.nl/documenten/publicaties/2019/11/18/participatiewaaier

[16] Zie o.a. ook een Kamerbrief d.d. 1 september 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 32 813 en 31 239, nr. 820). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de participatiewaaier het aandeelhouderschap onderscheidt van de coöperatie en de vereniging. Omdat ook bij aandeelhouderschap (een bepaalde mate van) zeggenschap over het project kan bestaan, volgen wij deze indeling niet, en rekenen wij het aanhouden van een belang in een zon- en windproject door middel van een aandelenparticipatie ook (tot een vorm van) mede-eigendom.

[17] Zie vorengenoemde Kamerbrief d.d. 1 september 2021 en H.D. Tolsma, ‘Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel’, *JBplus* 2021/6, p. 69.

[18] In de participatiemonitor wordt de categorie ‘financiële participatie omgeving zonder eigendom’ onderscheiden, naast lokaal eigendom, het omgevingsfonds en de omwonendenregeling; zie: Monitor 2021: participatiemonitor; monitor participatie hernieuwbare energie op land – resultaten tot en met 2020 (definitieve versie d.d. 15 september 2021), par. 3.3.

[19] https://www.handleidingparticipatieplan.nl/participatie-instrumenten/financiele-participatie-obligaties.

obligaties niet noodzakelijkerwijs het geval, aangezien omwonenden bij een verlieslatend project het risico lopen dat zij geen rendement ontvangen en hun inleg kunnen verliezen.

2.1.1 Lokaal eigendom

Bij lokaal eigendom zijn omwonenden, decentrale overheden en/of lokale bedrijven risicodragend mede-eigenaar van het project en is hun financiële profijt direct gekoppeld aan het rendement van het project. Het Klimaatakkoord onderbouwt de wenselijkheid van lokaal eigendom met de overweging dat voor de realisatie van de 35 Twh-doelstelling draagvlak nodig is en dat draagvlak voor zon- en windprojecten kan worden gerealiseerd door het eerlijk verdelen van de lusten en de lasten. Daartoe moeten, onder meer, burgers de kans krijgen om mee te delen in de opbrengst.[20] In dat kader stelt het Klimaatakkoord dat de omgeving en marktpartijen op basis van gelijkwaardigheid moeten samenwerken in de ontwikkeling, bouw en exploitatie van zon- en windprojecten. Het Klimaatakkoord formuleert vervolgens een algemeen streven dat in 2030 50% van de zon- en windprojecten in eigendom is van de lokale omgeving, dat wil zeggen burgers en bedrijven.[21] Een daadwerkelijk verband met het achterliggende doel, namelijk de (tijdige) realisatie van de 35 TWh-doelstelling, wordt echter niet nader onderbouwd.

Het Klimaatakkoord en het overige klimaat- en energiebeleid gaan uit van *een streven* dat de eigendom van zon- en windprojecten op land in 2030 voor ten minste 50% in handen is van de omgeving (‘de 50%-doelstelling’). Deze 50%-doelstelling lijkt (destijds) niet te zijn bedoeld als een harde juridische verplichting voor een projectontwikkelaar en/of de overheid. In de nadien gegeven duiding van het Klimaatakkoord wordt de 50%-doelstelling aangemerkt als een ‘inspanningsverplichting van de initiatiefnemer om een aanbod te doen aan omwonenden’ om financieel te participeren in een project.[22]

De precieze inhoud en de reikwijdte van de 50%-doelstelling zijn niet helder. Zo is onduidelijk op welk moment in de levenscyclus van een energieproject sprake zou moeten zijn van 50% lokaal eigendom en aan welke criteria omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven moeten voldoen, opdat zij ‘lokaal’ zijn. Beide onduidelijkheden lichten we hierna toe.

Uit het Klimaatakkoord lijkt te mogen worden opgemaakt dat de 50%-doelstelling behelst dat lokale bedrijven en omwonenden gedurende alle fases van een energieproject risicodragend mede-eigenaar zijn. Dit impliceert dat de omgeving al vanaf de initiatief- en ontwikkelingsfase van een project mee-investeert en (een deel van) het eigen vermogen inbrengt, dat nodig is voor de ontwikkeling en bouw van een project. Een dergelijke uitleg maakt het mogelijk dat de overheid ten tijde van de vergunningverlening toetst in hoeverre de 50%-doelstelling wordt gehaald. De vergunningverlening gaat immers doorgaans vooraf aan het investeringsbesluit, en markeert daarmee de overgang van de ontwikkelfase naar de bouwfase.

Wat betreft de projectfase waarin sprake moet zijn van lokaal eigendom laat het Klimaatakkoord echter ruimte. Het Klimaatakkoord stelt namelijk ‘er is lokaal ruimte om hier vanwege lokale project-gerelateerde redenen van af te wijken’. Bovendien is nadien door een aantal belangenorganisaties gesteld dat niet is vereist dat omwonenden al vanaf de start van de ontwikkeling meedoen door een pro rata inleg. Zij hebben aangegeven dat financiële

---

[20] Klimaatakkoord (2019), p. 164 en p. 219.

[21] In lijn met de participatiemonitor gaan we in deze quickscan ervan uit dat eigendom van decentrale overheden ook lokaal eigendom behelst.

[22] Zie ook de zgn. toelichtende notitie ‘Afspraken participatie en lokaal eigendom in Klimaatakkoord’ van Energie Samen, de Natuur- en Milieufederaties, de NVDE, Holland Solar en NWEA d.d. 30 april 2020. Hierover hebben wij eerder het standpunt ingenomen dat het geen juridisch afdwingbare inspanningsverplichting betreft; zie o.a. H.D. Tolsma, ‘Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel’, *JBplus* 2021/6, par. 3.3.

participatie ook kan worden vormgegeven door omwonenden later te laten instappen. Bijvoorbeeld op het moment dat alle toestemmingen binnen zijn, maar vóór de daadwerkelijke bouw. Of op het moment dat een project in exploitatie is. In het algemeen zal het voor omwonenden bij een latere instap in een project duurder zijn om te participeren.[23] Op zich kunnen wij ons echter voorstellen dat de 50%-doelstelling beter haalbaar is, indien dit doel pas tijdens de exploitatiefase van een project hoeft te worden gerealiseerd.[24] Zo deelt de omgeving dan niet mee in de bouwrisico's en eventueel daaruit volgende verliezen van een project. Verder kan relevant zijn dat indien pas in de exploitatiefase sprake is van lokaal eigendom, het project inkomsten genereert die aan de participanten kan worden uitgekeerd. Indien lokaal mede-eigendom of andere vormen van financiële participatie pas tijdens de (bouw- of) exploitatiefase rond hoeven te zijn, dan kan de overheid dit niet voorafgaand aan het project beoordelen, bijvoorbeeld ten tijde van de (omgevings)vergunningverlening. Het is niet duidelijk hoe de 50%-doelstelling dan zou moeten worden geborgd of beoordeeld.

Wat betreft de onduidelijkheid omtrent de inhoud en reikwijdte van de 50%-doelstelling, merken wij op dat niet evident is welke omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven meetellen voor de beoordeling in hoeverre die doelstelling wordt gerealiseerd. Geldt daarvoor, bijvoorbeeld, een bepaalde afstand tot het hernieuwbare energieproject?[25] Of mag iedereen met een woon- of vestigingsadres in Nederland financieel mee participeren? In par. 2.2 gaan wij nader in op de kring van partijen die zeggenschap in een project kunnen hebben, opdat sprake is van lokaal eigendom.

2.1.2 Omgevingsfonds

Een andere wijze van financiële participatie die in het Klimaatakkoord en de participatiewaaier wordt genoemd is het omgevingsfonds.[26] Het omgevingsfonds werkt als volgt. De projectontwikkelaar stort financiële middelen in een omgevingsfonds, welke worden besteed aan maatschappelijke doelen in de omgeving van het project. Het omgevingsfonds is een in de praktijk veelvoorkomende vorm van financiële participatie. Uit de participatiemonitor 2021 volgt dat het aantal windprojecten met omgevingsfondsen zodanig toegenomen, dat de oprichting van een omgevingsfonds 'de norm is geworden voor windparken'. Ook bij zonprojecten wordt steeds vaker in een omgevingsfonds voorzien.[27]

Omgevingsfondsen strekken niet slechts tot voordeel van bepaalde personen, maar van de omgeving in haar geheel. Daarbij kunnen, anders dan bij lokaal eigendom doorgaans het geval is, ook minder draagkrachtigen meeprofiteren van de lusten van het zon- of windproject.[28]

---

[23] Zie de vorengenoemde toelichtende notitie d.d. 30 april 2020.

[24] Zo volgt uit een praktijkonderzoek dat bij zonprojecten die uitgaan van lokale (mede)eigendom de financiering van projecten doorgaans een knelpunt is, met name vanwege de vereiste inleg van eigen vermogen door de omgeving en de door financiers vereiste ervaring met energieprojecten. Solarmagazine 20 september 2021, 'Burgerparticipatie in zakelijke zonne-energieprojecten: 'Financiering een van de grote issues'; zie https://solarmagazine.nl/nieuws-zonne-energie/i25329/burgerparticipatie-in-zakelijke-zonne-energieprojecten-financiering-een-van-de-grote-issues.

[25] In de participatiemonitor 2021 staat hierover: *"In de praktijk werken ontwikkelaars vaak met kringen bewoners of bedrijven die op een bepaalde afstand van het project wonen of werken (gebiedscirkels, van direct en indirect omwonenden], waarbij dat gebied meerdere gemeentegrenzen kan omvatten"*, zie Schwencke e.a., Participatiemonitor monitor participatie hernieuwbare energie op land (2021), bijlage bij de Kamerbrief d.d. 28 oktober 2021, *Kamerstukken II* 2021/22, 32 813, nr. 906.

[26] Het omgevingsfonds wordt ook wel aangeduid als 'gebiedsfonds', 'windfonds' en 'duurzaamheidsfonds'. Voorts wordt de omwonendenregeling in de praktijk soms onder een 'gebiedsfonds' geschaard. Wij hanteren de term 'omgevingsfonds' en sluiten daarbij aan bij de terminologie uit het Klimaatakkoord en de participatiewaaier. Hoewel de vormen van financiële participatie met elkaar samenhangen, behandelen wij het omgevingsfonds en de omwonendenregeling afzonderlijk van elkaar.

[27] HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2021', 2022, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 3

[28] Participatiewaaier (2019), p. 5.

Daarnaast voorziet het omgevingsfonds in een wijze van financiële participatie waarbij omwonenden geen financiële risico's dragen. Het is daarom een toegankelijke vorm van financiële participatie die bijdraagt aan de leefbaarheid in de omgeving van een windproject. Hiermee wordt beoogd de door de omgeving ervaren distributieve rechtvaardigheid te versterken, wat uiteindelijk kan bijdragen aan het maatschappelijk draagvlak.[29]

Op basis van het Klimaatakkoord wordt, indien wordt gekozen voor een omgevingsfonds als vorm van financiële participatie, dit fonds 'met een voor het project redelijk bedrag gevuld door de initiatiefnemer(s)'.[30] Daarbij wordt naar de gedragscode van de brancheorganisatie NWEA (Nederlandse WindEnergie Associatie) als richtlijn verwezen.[31] Deze 'Gedragscode Acceptatie & Participatie Windenergie op Land' voorziet in een richtbedrag van 0,40 tot 0,50 euro/MWh voor financiële participatie. Dit 'bovenwettelijk' bedrag staat volgens de gedragscode los van de manier waarop het eigendom van het project is geregeld.[32]

Meestal worden omgevingsfondsen beheerd door stichtingen met ANBI-status.[33] Ook komt voor dat een omgevingsfonds wordt beheerd door een coöperatie. In een enkel geval voert een overheidslichaam het beheer.

De bestuurders van deze entiteiten opereren op basis van een fondsreglement. In dit fondsreglement wordt in meer of minder nauwkeurige wijze omschreven op basis van welke voorwaarden, procedure en met het oog op welke doelen de gelden worden verdeeld.[34] Over het algemeen worden omgevingsfondsen aangewend voor doelen met een maatschappelijk karakter, zoals de aanleg van een voedselbos, de realisatie van een outdoor fitnesspark en het planten van vlinderstruiken op en rond een schoolplein.[35]

Hoewel het Klimaatakkoord en de participatiewaaier als gezaghebbende documenten worden beschouwd, roepen deze geen juridisch afdwingbare verplichtingen in het leven.[36] De gedragscode heeft evenmin een juridisch afdwingbare status.[37] Mede hierdoor bestaan er in de praktijk verschillen tussen omgevingsfondsen, hetgeen ook in de literatuur is benoemd.[38]

Zo bestaan grote verschillen voor wat betreft de omvang van omgevingsfondsen.[39] Het richtbedrag uit de NWEA-gedragscode wordt in veel gevallen aangehouden, maar is slechts een

---

[29] Zie bijvoorbeeld: N. Kluskens, V. Vasseur & R. Benning, 'Energy Justice as Part of the Acceptance of Wind Energy: An Analysis of Limburg in The Netherlands', *Energies* 2019, 12, 4382, Energies 2019, 12, 4382.
[30] Klimaatakkoord (2019), p. 165.
[31] Klimaatakkoord (2019), p. 164-165.
[32] NWEA e.a., 'Gedragscode Acceptatie & Participatie Windenergie op Land', oktober 2020, te vinden op: www.nwea.nl, p. 10.
[33] HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2021', september 2021, te vinden op: www.open.overheid.nl, p. 37. HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2019', februari 2020, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 82. Om aangewezen te worden als ANBI moet de stichting volledig gericht zijn op het algemeen nut. Zij heeft geen winstoogmerk.
[34] D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken – Pecunia non olet?', TO 2021/03.
[35] De voorbeelden zijn afkomstig van het omgevingsfonds bij windparken De Groende Delta BV, Delfzijl-Noord en Wieringermeer.
[36] Bijlage II bij *Kamerstukken II,* 32813, nr. 190. Informatie over Bijlage 842232 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen (officielebekendmakingen.nl).
[37] De leden van de NWEA zijn verplicht zich aan de gedragscode te houden. Zie voorts: ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2907, r.o. 7. In deze procedure werd betoogd dat de omgevingsvergunning onrechtmatig was verleend, omdat het participatieplan niet in overeenstemming was met de gedragscode. De ABRvS gaat hier niet in mee, omdat de wet niet verplicht tot naleving van de gedragscode en het college van B&W daarnaast niet gebonden is aan de gedragscode. ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2907, r.o. 7.
[38] D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken – Pecunia non olet?', *TO* 2021/03.
[39] D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken – Pecunia non olet?', TO 2021/03.

richtlijn voor financiële participatie.[40] Het staat de betrokken partijen vrij om tot een ander bedrag te komen. Bovendien is het de vraag welk deel aan een omgevingsfonds wordt besteed en welk deel aan andere vormen van financiële participatie, zoals de omwonendenregeling. In enkele gevallen worden, naast de afdracht door de projectontwikkelaars, overheidsgelden in omgevingsfondsen gestort. De reden voor deze incidentele overheidsbijdragen is veelal het ontstaan van maatschappelijke onrust door de komst van betreffende windprojecten.[41] Het idee is dat deze opgeheven kan worden door het omgevingsfonds (verder) te vullen. Deze incidentele overheidsbijdragen vergroten echter de bestaande verschillen tussen omgevingsfondsen.[42]

Voor veel andere zaken biedt de praktijk geen eenduidig beeld. Er kan worden gewezen op verschillen wat betreft de rechtsvorm van de entiteit die het fonds beheert (zie hiervoor). Als een overheidslichaam het beheer voert over een omgevingsfonds, gelden publiekrechtelijke waarborgen bij de verdeling van de gelden.[43] Daarnaast bestaan geen uniforme afspraken over de kring van omwonenden en lokale bedrijven die mee kunnen profiteren van de bestedingen uit het omgevingsfonds (zie hierover par. 2.2). Ook ontbreekt een duidelijke visie op de vraag wie feitelijke zeggenschap heeft of zou moeten hebben over de besteding van de gelden.[44]

2.1.3 Omwonendenregeling

De omwonendenregeling voorziet, net als het omgevingsfonds, in een mogelijkheid om minder draagkrachtige omwonenden te laten meeprofiteren van het zon- of windproject. Het Klimaatakkoord duidt de omwonendenregeling niet als vorm van financiële participatie. Uit de participatiewaaier volgt dat een omwonendenregeling een lokale regeling is 'gericht op direct omwonenden in een bepaalde straal rondom de windturbines'. In het kader van een omwonendenregeling worden voordelen toegekend aan deze (direct) omwonenden. Daarbij worden het aanbieden van een bijdrage aan het verduurzamen van de woning, het leveren van groene stroom met korting en het aanbieden van gratis zonnepanelen als voorbeeld genoemd.[45] Volgens de participatiemonitor 2021 is het aanbieden van stroom uit het zon- of windproject de meest voorkomende vorm van een omwonendenregeling.[46]

In het kader van de omwonendenregeling gelden in hoge mate dezelfde onduidelijkheden als bij omgevingsfondsen. Allereerst wordt, zoals uit het bovenstaande reeds blijkt, de (rechts)vorm van de omwonendenregeling overgelaten aan de praktijk. Evenmin wordt de omvang van de financiële middelen in een omwonendenregeling vastgesteld door het Klimaatakkoord, de participatiewaaier of een ander document. Het richtbedrag uit de NWEA-gedragscode ziet op financiële participatie, waardoor dat bedrag ook relevant is voor de omvang van de bijdrage aan een omwonendenregeling, althans voor zover de voordelen die bij een omwonendenregeling worden toegekend kunnen worden gekwantificeerd. In hoeverre dit bedrag aan een omgevingsfonds, een omwonendenregeling, of anderszins wordt besteed, wordt

---

[40] HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2020', februari 2021, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 81.
[41] Het gaat om de windparken De Drentse Monden en Oostermoer en N33. Zie voor De Drentse Monden en Oostermoer: *Kamerstukken II* 2019/20, 33612, nr. 72 (kamerbrief); *Aanhangsel Handelingen* II 2019/20, nr. 2153.
[42] Wij wijzen daarnaast op het risico dat sprake is van verboden staatssteun. Of en wanneer daar sprake van is, valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.
[43] Op de besluitvorming ten aanzien van de gelden zijn dan de waarborgen uit de Awb, bijvoorbeeld uit afdeling 3.2 Awb (zorgvuldigheid en belangenafweging) en titel 4.2 Awb (inzake subsidies) van toepassing. Daarnaast gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de besluitvorming en feitelijk handelen.
[44] HIER opgewekt, 'Lokale Energie Monitor 2019', februari 2020, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 58.
[45] Participatiewaaier (2019), p. 10.
[46] Daarbij wordt wel opgemerkt dat weinig informatie over andere types omwonendenregelingen terug te vinden is in de openbare bronnen. Zie Schwencke, Kik & Derikx, 'Participatiemonitor 2021: Monitor Participatie Hernieuwbare Energie op Land. Resultaten tot en met 2021', 5 juli 2022, te vinden op: www.open.overheid.nl, p. 24, 44.

echter nergens geëxpliciteerd. Voorts wordt nergens de kring van omwonenden en lokale bedrijven die in aanmerking kunnen komen voor de omwonendenregeling in algemene zin afgebakend (zie voorts par. 2.2).[47] De invulling van omwonendenregeling wordt dus, net als bij lokaal eigendom en bij omgevingsfondsen, aan de praktijk overgelaten.

2.2 Wie kunnen financieel participeren?

2.2.1 Algemeen

In deze paragraaf staat centraal dat de beleidsstukken en de huidige (rechts)praktijk geen houvast bieden voor het afbakenen van de omgeving die wordt betrokken bij de financiële participatie. Hierna onderbouwen wij die constatering eerst en bekijken we vervolgens in hoeverre het belanghebbendenbegrip wellicht houvast kan bieden (par. 2.2.2). Daarna gaan wij in op een rechtsontwikkeling buiten het omgevingsrecht, namelijk op de introductie van een nieuwe rechtsfiguur in het sectorale energierecht, de energiegemeenschap (par. 2.2.3). In deze paragraaf volstaan wij met een algemene beschrijving van de figuur energiegemeenschap volgens het wetsvoorstel voor de Energiewet. Op basis van die beschrijving analyseren wij in hoofdstuk 4 in hoeverre, indien zou worden besloten tot een landelijke, wettelijke regeling voor financiële participatie, het van meerwaarde is om in die wettelijke regeling een koppeling te leggen met de regeling van de energiegemeenschap onder de Energiewet.

2.2.2 Beleid en praktijk: geen afgebakende kring van de omgeving

Noch het Klimaatakkoord, noch andere beleidsdocumenten verduidelijken hoe de kring van omwonenden, lokale bedrijven en decentrale overheden die meetellen bij het vaststellen of sprake is van 50% lokaal eigendom wordt bepaald. Voor de situatie dat financiële participatie plaatsvindt door lokaal eigendom, hebben we in par. 2.1.1 reeds opgemerkt dat het niet evident is welke omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven meetellen voor de beoordeling in hoeverre de 50%-doelstelling wordt gehaald.

Wie behoren nu tot de omgeving die in staat moeten worden gesteld om financieel te participeren? Wij hebben de indruk dat die kring van omwonenden en lokale bedrijven die (kunnen) worden betrokken bij financiële participatie in ieder geval ruimer is dan de partijen die door de bestuursrechter als belanghebbend in de zin van art. 1:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) worden aangemerkt bij omgevingsvergunningen voor zon- en windprojecten.[48] Algemeen uitgangspunt bij de bepaling of een natuurlijk persoon – een omwonende – belanghebbend is, is of die omwonende rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit.[49] Er moet sprake zijn van gevolgen van enige betekenis, waarbij wordt gekeken naar de afstand, het zicht, de planologische uitstraling en de milieugevolgen. Verder worden de aard, intensiteit en frequentie betrokken. Uit de rechtspraak over het belanghebbendenbegrip in zon- en windprojecten leiden wij af dat voor de vraag naar de belanghebbendheid van natuurlijke personen vooral de mate van direct zicht op het project en de afstand tot dat project worden betrokken.[50] De afstand waarover in de rechtspraak een verschil van inzicht bestaat of die voldoende is om te leiden tot belanghebbendheid, is relatief beperkt. Zo is er bij zonprojecten

---

[47] Zie bijvoorbeeld: Lokale Energie Monitor 2020', februari 2021, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 128.
[48] Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in de rechtspraak de vraag of een partij belanghebbend is sinds de nieuwe lijn van de ABRvS na het Varkens in Nood-arrest minder relevant is geworden; zie onder meer ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437. Deze rechtsontwikkeling is voor de beantwoording van de vraagstelling van deze quickscan niet relevant en blijft daarom verder buiten beschouwing.
[49] ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2271 (*Mestbassin Mechelen).*
[50] Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:499.

tussen de procespartijen een verschil van inzicht of een afstand van 500 meter kan leiden een voldoende rechtstreeks feitelijke gevolgen, opdat sprake is van belanghebbendheid.[51]

'Voor windparken op land hanteert de Afdeling als uitgangspunt dat gevolgen van enige betekenis aanwezig kunnen worden geacht binnen een afstand van tien keer de tiphoogte van de voor appellanten dichtstbijzijnde windturbine, gemeten vanaf de voet van de windturbine. In veel gevallen bestaat ook buiten deze afstand zicht op het windpark, vooral als het windpark in open landschap ligt. De Afdeling gaat er echter van uit dat de gevolgen van het zicht op het windpark voor het woon- en leefklimaat op een afstand van meer dan tien keer de tiphoogte in beginsel te beperkt zijn om nog te kunnen spreken van gevolgen van enige betekenis. Daarnaast gaat de Afdeling ervan uit dat op een afstand van meer dan tien keer de tiphoogte in beginsel geen andere gevolgen van enige betekenis van het windpark zijn te verwachten, zoals geluid- of slagschaduwhinder van enige betekenis,' aldus de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[52] Ook voor windprojecten op land is de kring van belanghebbenden dus beperkt. Voor een windturbine met een tiphoogte van 200 meter geldt in beginsel dat een omwonende op een grotere afstand dan 2 kilometer niet als belanghebbende wordt aangemerkt.

Onze indruk is dat een dergelijke afstand in de context van financiële participatie als te beperkt wordt ervaren.[53] Oftewel dat de kring van lokale partijen die (kunnen) meedoen in een project opdat sprake is van financiële participatie, groter is dan de kring van belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb. Omdat de beleidsdocumenten en de praktijk evenmin een duidelijk aanknopingspunt bieden voor de afbakening van deze kring van lokale partijen, beschrijven wij in paragraaf 2.2.3 de energiegemeenschap.

2.2.3 Energiegemeenschap

In de beleidsstukken over financiële participatie wordt geen relatie gelegd met de introductie van de figuur van de energiegemeenschap in het sectorale energierecht. Bij het nadenken over een wettelijke regeling voor financiële participatie menen wij echter dat het van meerwaarde is om inzage te hebben in hetgeen onder de figuur van de energiegemeenschap wordt verstaan. In deze paragraaf beschrijven wij wat in de (toekomstige) wet- en regelgeving onder een energiegemeenschap wordt verstaan. Op basis van die beschrijving analyseren wij in hoofdstuk 4 in hoeverre de figuur van de energiegemeenschap zou kunnen worden betrokken, in een wettelijke regeling voor financiële participatie.

De figuur van de energiegemeenschap kent zijn oorsprong in EU-wetgeving, in het bijzonder de (vernieuwde) Richtlijn voor de interne elektriciteitsmarkt (hierna: 'Elektriciteitsrichtlijn')[54] en de (vernieuwde) Richtlijn ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (hierna: 'Richtlijn Hernieuwbare Energie').[55,56] Momenteel loopt het wetgevingsproces van de Energiewet.[57] Daarbij zullen beide richtlijnen worden geïmplementeerd.

---

[51] Zie ABRvS 10 maart, 2021, ECLI:NL:RVS:2021:449.
[52] ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:628, r.o. 3.1.
[53] Zie bijvoorbeeld: Lokale Energie Monitor 2020', februari 2021, te vinden op: www.hieropgewekt.nl, p. 128.
[54] Richtlijn 2019/944/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (PbEU 2019, L 158/125). De EGB is neergelegd in art. 2 onder sub 11 en art. 16 van de Elektriciteitsrichtlijn.
[55] Richtlijn 2018/2001/EU van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PbEU 2018 L 328/82). De HEG is neergelegd in art. 2 onder sub 16 en art. 22 van de Richtlijn Hernieuwbare Energie.
[56] Nederland kent op zich al bepaalde vormen van energiegemeenschappen, zie L. Diestelmeier, 'Energiegemeenschappen' - een decentrale oplossing voor de energietransitie?', in Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2021/3, paragraaf 2.
[57] In deze quickscan wordt uitgegaan van het wetsvoorstel dat is ingediend bij de Tweede Kamer; zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36378, nr. 2.

De Elektriciteitsrichtlijn introduceert het begrip 'energiegemeenschap van burgers'.[58] In de Richtlijn Hernieuwbare Energie is de energiegemeenschap als begrip 'hernieuwbare energiegemeenschap' ingevoerd.[59] De introductie van (beide begrippen van) de energiegemeenschap dient te worden begrepen in de context van het door de EU-commissie gepresenteerde 'Clean Energy Package for all Europeans', dat is gericht op het inzetten van de transitie naar een CO_2-arme energievoorziening.[60] Beide richtlijnen maken onderdeel uit van dit Clean Energy Package. Dit pakket richt zich voor een belangrijk deel op de rol die de eindafnemer kan spelen in de energietransitie. Zo introduceert de Elektriciteitsrichtlijn het begrip 'actieve afnemer'.[61] Dit betreft zowel de huishoudelijke als niet-huishoudelijke eindafnemer. De Elektriciteitsrichtlijn beoogt voor de eindafnemer meerdere doelen te bereiken, waaronder het versterken van zijn positie op de markt. Voor de eindafnemer is een essentiële rol weggelegd in het creëren van gezonde concurrentie op de retailmarkt en in het realiseren van meer flexibiliteit in het gehele elektriciteitssysteem. Uitgangspunt is dat de eindafnemer moet kunnen profiteren van de (financiële) voordelen die de interne markt biedt en daarom rechtstreeks moet kunnen deelnemen aan deze markt.

De energiegemeenschap is een vorm waarin een eindafnemer actief kan zijn op die energiemarkt. De figuur van de energiegemeenschap wordt gezien als middel om consumenten meer bij de energietransitie te betrekken en meer zeggenschap te geven.[62] De introductie van de figuur van de energiegemeenschap zou het voor sommige groepen huishoudelijke afnemers mogelijk moeten maken om deel te nemen aan elektriciteitsmarkten, die dat anders wellicht niet hadden kunnen doen. Wat betreft succesvolle precedenten wordt in de preambule van beide richtlijnen geconstateerd dat zij economische, sociale en milieuwinsten opleveren voor de gemeenschap, die verder gaan dan louter de voordelen van het verlenen van energiediensten.[63]

In beide genoemde richtlijnen betreft de energiegemeenschap een juridische entiteit die uitgaat van een open en vrijwillige deelname, bestaat uit natuurlijke personen, lokale autoriteiten en/of ondernemingen die de feitelijke zeggenschap hebben en gemeenschapsvoordelen genereert. Anders dan de energiegemeenschap van burgers is de hernieuwbare energiegemeenschap alleen gericht op hernieuwbare energie. Daarbij regelt de Richtlijn Hernieuwbare Energie voor de hernieuwbare energiegemeenschap het nabijheidscriterium. Dat wil zeggen dat de leden van de gemeenschap woonachtig c.q. gevestigd moeten zijn in de nabijheid van de energieprojecten die in eigendom zijn van en ontwikkeld zijn door de energiegemeenschap.[64]

Het wetsvoorstel voor de Energiewet beoogt de figuur van de energiegemeenschap te implementeren in de Nederlandse rechtsorde. De definitie van energiegemeenschap omvat zowel de energiegemeenschap van burgers als de hernieuwbare energiegemeenschap.[65] In art. 1 lid 1 van dat wetsvoorstel wordt de energiegemeenschap omschreven als *'een juridische entiteit die ten behoeve van haar leden, vennoten of aandeelhouders activiteiten op de*

---

[58] Zie art. 2 (Definities, onder 11) van de Elektriciteitsrichtlijn.
[59] Zie art. 2 (Definities, onder 16) van de Richtlijn Hernieuwbare Energie.
[60] Europese Commissie, 'Clean energy for all Europeans Package', gepubliceerd op 29 juli 2019. Dit pakket bestaat uit acht verschillende verordeningen en richtlijnen op het gebied van (i) energieprestaties voor gebouwen, (ii) hernieuwbare energie, (iii) energie-efficiëntie, (iv) de governance van de energie-unie en (v) regelgeving voor de ordening van de elektriciteitsmarkt.
[61] Zie art. 2 (Definities, onder 8) van de Elektriciteitsrichtlijn.
[62] Zie ook: L. Diestelmeier, 'Energiegemeenschappen' - een decentrale oplossing voor de energietransitie?', in *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2021/3.
[63] Zie hierbij rechtsoverweging 43 van de Elektriciteitsrichtlijn. Vergelijkbaar: rechtsoverweging 67 en 70 van de Richtlijn Hernieuwbare Energie.
[64] Art. 2 lid 16 Richtlijn Hernieuwbare Energie.
[65] Memorie van Toelichting wetsvoorstel Energiewet, *Kamerstukken II* 2022/23, 36378, nr. 3, o.a. par. 4.3.

energiemarkt verricht en als hoofddoel heeft het bieden van milieuvoordelen of economische of sociale voordelen aan haar leden, vennoten of aandeelhouders of aan de plaatselijke gebieden waar ze werkzaam is, en niet is gericht op het maken van winst'. Het vereiste van juridische entiteit impliceert dat geen rechtspersoonlijkheid nodig is, maar dat personenvennootschappen ook als energiegemeenschap kunnen worden aangemerkt. Dit volgt ook uit art. 2.4 van het wetsvoorstel.

De keuze voor de precieze rechtsvorm van de energiegemeenschap wordt dus opengelaten. Vereist is wel dat de feitelijke zeggenschap over de juridische entiteit waarmee de energiegemeenschap wordt vormgegeven, bij haar leden of aandeelhouders ligt. De deelnemers in de gemeenschap moeten een centrale rol spelen. Over de voordelen van het vormen van een energiegemeenschap is het wetsvoorstel summier. De Memorie van Toelichting stelt zelfs dat een energiegemeenschap op grond van het wetsvoorstel geen specifieke rechten krijgt toegekend. Een voordeel kan echter zijn dat de energiegemeenschap de door haar opgewekte energie zonder leveringsvergunning aan haar leden of aandeelhouders leveren.[66] Hoewel de EU-richtlijnen dat wel mogelijk maken, voorziet het wetsvoorstel vooralsnog niet in de mogelijkheid voor energiegemeenschappen om een eigen, privaat net te beheren.[67]

In art. 2.4 van het wetsvoorstel worden de voorwaarden voor het kwalificeren als een energiegemeenschap nader geregeld, die bij AMvB op onderdelen nog nader kunnen worden uitgewerkt. Dat artikel luidt:

'1. Een energiegemeenschap borgt in haar statuten, of, in geval van een personenvennootschap, in een overeenkomst, ten minste dat:

a) de participatie in de energiegemeenschap open en vrijwillig is;
b) de leden, vennoten, of aandeelhouders het recht hebben de energiegemeenschap te verlaten; en
c) de feitelijke zeggenschap over de energiegemeenschap is gelegen bij leden, vennoten of aandeelhouders die natuurlijke personen, micro-ondernemingen, kleine ondernemingen of lokale autoriteiten zijn.

2. Een energiegemeenschap die hernieuwbare energieprojecten ontwikkelt, kan:

a) in aanvulling op het eerste lid, in de statuten of de overeenkomst borgen dat de leden, vennoten of aandeelhouders van de energiegemeenschap enkel natuurlijke personen, lokale autoriteiten of micro-ondernemingen, kleine ondernemingen of middelgrote ondernemingen zijn; en
b) in afwijking van het eerste lid, onderdeel c, de feitelijke zeggenschap over de energiegemeenschap bij die leden, vennoten of aandeelhouders van de rechtspersoon leggen, die in de nabije omgeving van de hernieuwbare-energieprojecten zijn gevestigd.

---

[66] Memorie van Toelichting wetsvoorstel Energiewet, p. 149. Aanvankelijk was in de consultatieversie van het wetsvoorstel voor de Energiewet opgenomen dat de levering van energie door de energiegemeenschap aan haar leden of aandeelhouders zonder leveringsvergunning was beperkt tot het leveren op een tweede of ander allocatiepunt van deze afnemers. N.a.v. de consultatiereacties is het wetsvoorstel aangepast. Hierdoor is het voor een energiegemeenschap mogelijk om zonder leveringsvergunning op basis van een aantal voorwaarden te leveren aan haar leden of aandeelhouders, ook op het primaire allocatiepunt.

[67] In de brief die bij de indiening van het wetsvoorstel voor de Energiewet aan de Tweede Kamer is toegezonden staat hierover: *"Er zijn thans enkele tijdelijke 'projectnetten' operationeel, waarbij kleinschalig systeembeheer is gekoppeld aan lokale opwekking en levering. De Elektriciteitsrichtlijn biedt ruimte voor beheer van dergelijke (sub-) systemen door een energiegemeenschap voor burgers. Inbedding in de Energiewet zou, onder de juiste voorwaarden, een structurele oplossing kunnen vormen voor de huidige tijdelijke situatie met de 'projectnetten' en ook potentie bieden voor toekomstige projecten."*

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze waarop een energiegemeenschap het eerste lid, onderdeel c, of het tweede lid, onderdeel b, borgt.'

Met name het tweede lid van art. 2.4 lijkt aan te sluiten bij de beleidsdocumenten over financiële participatie. Zo gaat het in dat lid om een energiegemeenschap dat een hernieuwbaar energieproject, als een zon- of windproject, ontwikkelt. Volgens sub b van dat artikel lid kan de energiegemeenschap beperkt zijn tot omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven. Dat artikel lid wijst namelijk op de nabije omgeving. Vanwege deze inhoudelijke aansluiting van de regeling van energiegemeenschap bij hetgeen in het Klimaatakkoord en overige (beleids)stukken wordt overwogen omtrent financiële participatie, en in het bijzonder over lokaal eigendom, menen wij dat bij het beantwoorden van de centrale vraag van deze quickscan ook de figuur van de energiegemeenschap dient te worden betrokken. Wij komen hierop terug in hoofdstuk 4.

2.3 Overheidssturing op financiële participatie

In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of overheidssturing ten aanzien van financiële participatie toegestaan is. Eerst gaan wij in op het ontbreken van een bevoegdheid om financiële participatie via de planologische bevoegdheden af te dwingen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen een resultaats- en een inspanningsverplichting (par. 2.3.1). Vervolgens behandelen wij de huidige praktijk om de geboden mogelijkheden van financiële participatie als criterium voor gunning in een maatschappelijke tender mee te wegen. Daarbij zullen wij onderbouwen dat deze maatschappelijke tender geen oplossing biedt voor het ontbreken van een bevoegdheid om financiële participatie te betrekken in de ruimtelijke besluitvorming (par. 2.3.2).

2.3.1 Financiële participatie als verplichting

In de bestuurlijke praktijk lijkt er veel vraag naar afdwingbare regels ten aanzien van financiële participatie te bestaan, althans in de literatuur is erop gewezen dat verschillende provincies en gemeenten in beleid of regelgeving trachten te verplichten tot financiële participatie bij zon- en windprojecten. In sommige gevallen is een bepaalde mate van financiële participatie vereist om planologische medewerking te verkrijgen.[68] De overheid heeft doorgaans geen juridische basis om een projectontwikkelaar te verplichten tot een vorm van financiële participatie in zijn project.[69] In deze paragraaf onderbouwen wij dat een wettelijke bevoegdheidsgrondslag wel vereist is en dat deze juridische basis naar huidig recht en onder de Omgevingswet ontbreekt.

Wij gaan in dit kader niet in op de huidige Elektriciteitswet 1998 en de toekomstige Energiewet. Het onderwerp financiële participatie wordt namelijk, tot op heden, niet in de

---

[68] Zie bijvoorbeeld: H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6; A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken. Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118; Noordelijke Rekenkamer, 'Verdeling onder Hoogspanning. Een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken', Drenthe, Friesland en Groningen, maart 2020, te vinden op: www.noordelijkerekenkamer.nl.

[69] H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6; A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken. Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118; H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, 'Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land', *M en R* 2021/119; D.E. Bakker, 'Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?' (Preadvies voor de Jonge VAR 2022), te vinden op: www.verenigingbestuursrecht.nl; M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar wettelijke norm?', *TBR* 2022/11.

context van dit wetgeving geplaatst. In hoofdstuk 4 zullen wij onderbouwen dat dat wat betreft lokaal eigendom in onze ogen niet terecht is.

Naar huidig recht

Bij de verlening van omgevingsvergunningen[70] en het vaststellen van bestemmingsplannen onder huidig recht is leidend criterium 'een goede ruimtelijke ordening'. Zo kan een omgevingsvergunning slechts worden geweigerd op grond van ruimtelijke motieven en niet omdat er geen draagvlak bestaat voor het project of omdat geen financiële participatie is gerealiseerd. 'De privaatrechtelijke constructie van een energieproject (mede-eigenaarschap/financiële deelneming), of het meeprofiteren van het energieproject door de omgeving (omwonendenregeling of omgevingsfonds), hebben geen betrekking op de ruimtelijke gevolgen van een project', aldus Tolsma.[71]

Vaste overweging in de rechtspraak is dan ook dat er geen wettelijke regel bestaat die bepaalt dat een ruimtelijke ontwikkeling alleen mag plaatsvinden als er voldoende draagvlak is in de omgeving. Dat burgers ondanks het plaatsvinden van participatie zich niet gehoord voelen of zich niet kunnen verenigen met de realisatie van een zon- of windproject, betekent niet dat het bevoegd gezag geen planologische medewerking had mogen verlenen.[72] Er bestaat dan ook volgens ons naar de huidige stand van de jurisprudentie geen grondslag om financiële participatie van de omgeving als resultaat bij het planologische toestaan van een energieproject te eisen.[73]

Ook in de parlementaire stukken wordt dit standpunt ingenomen. Zo staat in de eerder aangehaalde Kamerbrief van 1 september 2021: 'Harde (resultaats-)afspraken over financiële participatie moeten daarbij op basis van vrijwilligheid tot stand komen en kunnen niet worden afgedwongen door het bevoegd gezag.'[74]

Het (in beleid) opleggen van een inspanningsverplichting om financiële participatie te organiseren, lijkt in de huidige lijn van de rechtspraak wel toelaatbaar te worden geacht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State overweegt in de uitspraak *Etriplus/Venlo*

---

[70] Meer specifiek doelen wij op de omgevingsvergunningen voor het opheffen van strijd met het vigerende bestemmingsplan, geregeld in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo.

[71] H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6. Zie ook: J.J. Karens, annotatie bij: Rb. Oost-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2680, *TBR* 2022/87 (*Zonnepark Laarbeek*), punt 11. Een nuance die hierop kan worden gemaakt, is dat een bijdrage aan een omgevingsfonds onder omstandigheden kan worden geduid als een toegestane bijdrage in de zin van art. 6.24 lid 1 onder a Wet ruimtelijke ordening. Daarvoor is tenminste vereist dat de middelen uit dit fonds (afkomstig van de ontwikkelaar van het energieproject) worden geïnvesteerd in een ruimtelijke ontwikkeling elders en dat wordt ondersteund door een structuurvisie. Wij menen echter dat in huidige praktijk hier in de meeste gevallen niet aan wordt voldaan.

[72] ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616 (De Drentse Monden en Oostermoer), r.o. 47. Zie ook: ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1838, r.o. 9.1; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3112, r.o. 14.1; ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395, r.o. 11.3; Zie bijvoorbeeld: ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3276; ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702. Zie o.m. H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6, par. 3.

[73] Zie echter onze nuanceringen in par. 2.4.2. Voor procesparticipatie kan een dergelijke inspanningsplicht onder omstandigheden overigens wel gelden. Zie ook: A.G. Bregman en J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken – Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118, p. 769.

[74] Kamerstukken II 2020/21, 32 813 en 31 239, nr. 820. Volledigheidshalve zij vermeld dat deze uitspraak wordt gedaan op basis van de factsheet 'Bevoegdheden overheden bij procesparticipatie en financiële participatie' van het Nationaal Programma Regionale Energie Strategie, gepubliceerd in oktober 2020, zie: www.regionale-energiestrategie.nl. Deze factsheet is mede door Tolsma opgesteld. Verder zij vermeld dat de Kamerbrief van 1 september 2021 ook stelt – nota bene met een verwijzing naar de factsheet – dat gemeenten een inspanningsverplichting kunnen verlangen. In onze ogen is dit incorrect.

dat 'bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling.'[75] Bij de rechterlijke toets of aan de inspanningsverplichting is voldaan, wordt ook aandacht besteed aan de gerealiseerde financiële participatie.[76] Opgemerkt moet worden dat het vrij gemakkelijk lijkt om aan deze inspanningsverplichting te voldoen.[77]

Wij zien geen wettelijke basis voor een dergelijke inspanningsverplichting voor financiële participatie. Zoals Tolsma verwoordt: *'Opvallend is dat de Afdeling in de jurisprudentie niet expliciet benoemt op welke juridische norm de inspanningsplicht in het participatiebeleid is gebaseerd. Participatiebeleid kan gekwalificeerd worden als een beleidsregel in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb. Beleidsregels zijn gebaseerd op bestaande publiekrechtelijke bevoegdheden (art. 4:81 Awb) en kunnen geen zelfstandige plichten voor burgers in het leven roepen. Dat levert strijd op met het legaliteitsbeginsel. (...) Ook de reikwijdte van de inspanningsplicht kan mijns inziens gelet op het specialiteitsbeginsel niet zien op financiële participatie. Het stelsel van de Wet op de ruimtelijke ordening (hierna: Wro) biedt geen aanknopingspunten voor een bevoegdheid voor het bestuur om via beleid te verlangen van een projectontwikkelaar dat het zijn best doet om door middel van het aanbieden van financiële participatie draagvlak te verkrijgen of te vergroten. De reikwijdte van de belangenafweging bij het vaststellen van de (wijziging) van een plan of omgevingsvergunning wordt begrensd door "de goede ruimtelijke ordening".'*

Onder de Omgevingswet

Onder de Omgevingswet wordt het criterium 'een goede ruimtelijke ordening' verlaten. De Omgevingswet ziet op de 'zorg voor de fysieke leefomgeving'. Planologische bevoegdheden dienen te worden aangewend met het oog op 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'.[78] Wat betreft financiële participatie impliceert dit naar onze mening geen materiele wijziging. *'Ook deze verbrede reikwijdte biedt het bevoegd gezag mijns inziens geen ruimte om financiële participatie van de omgeving in een energieproject af te dwingen'*, betoogde Tolsma eerder.[79] Uit de memorie van toelichting bij de Omgevingswet volgt dat deze wet niet de directe betrekkingen tussen mensen reguleert.[80] Bij het stellen van voorwaarden aan financiële participatie wordt naar wij menen vooral ingegrepen in de rechtsverhouding tussen de projectontwikkelaar en omwonenden.[81] Financiële participatie ziet volgens ons niet (altijd) op

---

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

[76] Zie bijv. ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23.2; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3112, JOM 2021/1, r.o. 14.1; ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1994, r.o. 7.2.2.

[77] A.G. Bregman en J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken – Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118, p. 4; zie bijv. ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209 (*Etriplus/gem. Venlo*), r.o. 23.2; ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3112, JOM 2021/1 (*Windpark Staphorst*), r.o. 14; ABRvS 23 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:844, r.o. 11.

[78] Zie art. 4.2 Ow wat betreft het omgevingsplan en art. 5.21 lid 2 onder b Ow wat betreft de omgevingsplanactiviteit.

[79] H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6, p. 80. Zie ook A.G. Bregman en J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken – Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118, p. 771.

[80] *Kamerstukken II*, 2013–14, 33962, nr. 3, par. 4.1.3.

[81] D.E. Bakker, 'Naschrift', *NTB* 2023/3.

de *fysieke* leefomgeving, maar gaat primair om het herverdelen van de lusten en lasten verbonden aan een concreet project. Daarbij benadrukken wij dat niet op voorhand is uitgesloten dat (de wetgever bepaalt dat) bij vergunningverlening onder de Omgevingswet in de toekomst rekening kan worden gehouden met de mate waarin sprake is van financiële participatie of daartoe bij vergunningverlening kan verplichten. Zo zou de wetgever de reikwijdte van het criterium van een evenwichtige toedeling van functies ruimer kunnen uitleggen door aan te geven dat binnen dat criterium acht kan worden geslagen op (de mate van) financiële participatie. Dat is echter tot op heden niet aan de orde. In hoofdstuk 4 zullen wij bezien in hoeverre dat een begaanbare oplossingsrichting zou kunnen zijn, indien tot het wettelijk regelen van financiële participatie zou worden besloten.

2.3.2 Financiële participatie als criterium in een maatschappelijke tender

Decentrale overheden lijken met het ontbreken van afdwingbare regels over financiële participatie te worstelen. Uit de bestuurlijke reacties op het onderzoeksrapport 'Verdeling onder Hoogspanning' van de Noordelijke Rekenkamer blijkt bijvoorbeeld dat de noordelijke provincies moeilijkheden ervaren bij het verwezenlijken aan de ambities op het punt van financiële participatie, zoals die volgen uit het Klimaatakkoord. De provincies Groningen en Drenthe pleiten dan ook voor bevoegdheden om eisen te stellen aan financiële participatie.[82]

In de Kamerbrief van 1 september 2021 heeft de staatssecretaris opgemerkt dat zij samen met de VNG en het IPO heeft geconcludeerd dat ten aanzien van financiële participatie 'het juridisch instrumentarium niet het knelpunt is, maar dat er vooral behoefte is aan handvatten om binnen de huidige Wet ruimtelijk ordening (Wro) en de toekomstige Omgevingswet (Ow) invulling te geven aan het algemeen streven naar financiële participatie bij hernieuwbare opwek'. Zij wijst in dit kader op twee routes om financiële participatie te realiseren. Naast de reguliere ruimtelijke besluitvorming noemt zij de maatschappelijke tender als route hiervoor.

De route van de maatschappelijke tender bestaat er uit dat projectontwikkelaars, voordat zij een omgevingsvergunning (mogen) aanvragen, worden uitgenodigd een principeverzoek in te dienen om mee te dingen naar een (schaarse) omgevingsvergunning. Deze principeverzoeken worden op basis van vooraf bekendgemaakte criteria beoordeeld en met elkaar vergeleken, waarbij onder meer punten worden toegekend aan de te realiseren (financiële) participatie. Slechts de indieners van de (of het) voorstel(len) die de meeste punten behalen worden, eventueel tot een bij beleidsplafond vastgesteld maximum aantal, uitgenodigd een aanvraag om een omgevingsvergunning in te dienen.[83]

Overigens kan een dergelijke procedure ook plaatsvinden indien de overheid vanuit een publieke grondpositie wenst over te gaan tot het sluiten van een gronduitgifte-overeenkomst, huurovereenkomst en/of het vestigen van een opstalrecht. Hierbij wordt ook gesproken van een maatschappelijke tender. Het aansturen op financiële participatie vanuit publieke grondposities in dit onderzoek buiten beschouwing (zie par. 1.5).

Wij menen dat de maatschappelijke tender, onder huidig recht en de Omgevingswet niet kan voorzien in de behoefte om financiële participatie effectief (verplichtend) een rol te laten spelen in de planologische besluitvorming of het in par. 2.3.1 geduide bevoegdheidsgebrek kan repareren.

In het kader van de maatschappelijke tender is het bevoegd gezag aan het beoordelingskader van de Wro en de Wabo gebonden (en in de toekomst de Omgevingswet), aangezien de uitkomst van de tender uiteindelijk doorwerkt in de

---

[82] Noordelijke Rekenkamer, *Drenthe* 2020, p.70; *Friesland* 2020, p. 9; *Groningen* 2020, p. 73.
[83] D.E. Bakker, 'Tenderen naar een eerlijke verdeling van lusten en lasten?' (Preadvies voor de Jonge VAR 2022), te vinden op: www.verenigingbestuursrecht.nl

omgevingsvergunningverlening. De criteria die bij een vergelijkende toets om schaarse omgevingsvergunningen worden gehanteerd, dienen daarom ruimtelijk relevant te zijn of (toekomstig) in het belang te zijn van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties met het oog op de zorg voor de fysieke leefomgeving. In de literatuur is daar, voor zover ons bekend, geen discussie over.[84] Dit wordt ook met zoveel woorden door A-G Widdershoven gesteld in de eerder aangehaalde conclusie. A-G Widdershoven overweegt daarin dat "verdeling van schaarse omgevingsvergunningen via een vergelijkende toets op zich mogelijk is, *mits de toegepaste criteria ruimtelijk relevant zijn*". Ook aanvragen voor een schaarse omgevingsvergunning kunnen immers alleen op grond van ruimtelijke overwegingen worden geweigerd. Om die reden kan bij de rangschikking van omgevingsvergunningaanvragen in het kader van een vergelijkende toets naar onze mening evenmin betekenis worden gehecht aan projectkenmerken van niet-ruimtelijke aard, zoals de eigenschappen van de aanvrager en de vraag of deze voor (tenminste) 50% bestaat uit omwonenden en lokale bedrijven.

De rechtspraak is wat casuïstisch op dit punt. In de zaak *Drimmelen* deed zich de situatie voor dat naast ruimtelijk relevante aspecten de 'maatschappelijke meerwaarde' van een principeverzoek werd meegewogen; financiële participatie werd geschaard onder deze maatschappelijke meerwaarde.[85] Appellanten voerden aan dat geen sprake was van een objectieve en gelijke verdeling. De Afdeling oordeelde in haar uitspraak het volgende: *'anders dan Naga Solar en anderen stellen, staat niets eraan in de weg dat de inhoudelijke toets van verschillende aanvragen aan het beleidskader ter objectivering in punten wordt uitgedrukt, zoals is gebeurd.'* Uiteindelijk werd het hoger beroep gegrond verklaard, omdat het gehanteerde puntensysteem niet uit het beleidskader volgt. Men kan zich afvragen of hieruit volgt dat de Afdeling de toetsing van niet ruimtelijk relevante criteria in de tenderprocedure die voorafgaat aan een aanvraag, toelaatbaar acht. Wij menen van niet, aangezien de gronden voor het hoger beroep hier niet op zagen.[86]

Het beoordelingskader van de maatschappelijke tender wijkt af van dat in de Wabo en in de (toekomstig) Omgevingswet. Wanneer na een maatschappelijke tender een omgevingsvergunning wordt aangevraagd, dan geldt het gebruikelijke beoordelingskader uit de Wabo en vanaf 1 januari 2024 het kader uit de Omgevingswet. Als de uitkomst van de maatschappelijke tender bepalend is voor de vraag wie met zijn aanvraag succesvol is in de besluitvormingsprocedure, handelt het bevoegd gezag dus in strijd met de beginselen van legaliteit en specialiteit. Het besluit tot verlening of tot afwijzing van de omgevingsvergunning is dan voor vernietiging vatbaar. Daarnaast mogen aanvragen van aanvragers die niet hebben deelgenomen aan de maatschappelijke tender niet om die reden buiten behandeling worden gelaten of worden afgewezen. De deelname aan een maatschappelijke tender is namelijk geen aanvraagvereiste op grond van de Wabo of de Omgevingswet.[87] De maatschappelijke tender kan dus naar onze opvatting geen oplossing bieden voor de bestaande onmogelijkheden in het wettelijk stelsel om een projectontwikkelaar te verplichten omwonenden de gelegenheid te bieden financieel te participeren.

---

[84] Concl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, bij ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198 (*Windpark Zeewolde*), punt 4.21; A. Drahmann, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156. M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar een wettelijke norm?', *TBR* 2022/11.

[85] ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:437 (Drimmelen).

[86] De vraag of strijd is met het specialiteitsbeginsel, viel dus buiten de omvang van de rechtsstrijd. Art. 8:69 Awb. Aan materiële rechtsbeginselen, zoals het specialiteitsbeginsel, wordt in de regel niet ambtshalve getoetst.

[87] Art. 2.8 Wabo; hoofdstuk 4 Besluit omgevingsrecht; art. 1.1 Regeling omgevingsrecht. Onder de Ow: afd. 7.2 Omgevingsregeling. Zie de weigeringsgronden voor omgevingsvergunningen voor bouwen in art. 2.10 Wabo, zie m.n. ook 2.10 lid 2 Wabo t.a.v. afwijken.

2.4 Wettelijk kader financiële participatie (huidig recht en Omgevingswet)

In deze paragraaf bespreken wij het wettelijk kader voor de specifieke vormen van financiële participatie. Daarbij behandelen wij eerst lokaal eigendom (par. 2.4.1), vervolgens het omgevingsfonds (par. 2.4.2) en tot slot de omwonendenregeling (par. 2.4.3).

2.4.1 Lokaal eigendom

Er bestaat geen juridische basis om financiële participatie van een projectontwikkelaar te eisen (par. 2.3). De huidige wet (de Wro en de Wabo), noch de Omgevingswet biedt een wettelijke grondslag om (50%) lokaal eigendom af te dwingen, in situaties waarin de gronden waarop een zon- of windproject is voorzien in handen zijn van private partijen. Evenmin wordt dit geregeld in de Elektriciteitswet 1998 of (het wetsvoorstel voor) de Energiewet.

Ingeval grond voor een zon- of windproject in eigendom is van private partijen, kan de overheid voor de realisatie van de 50%-doelstelling slechts gebruik maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheden om omgevingsvergunningen te verlenen en een bestemmings- of omgevingsplan vast te stellen. De bevoegdheid ex art. 6.24 Wro is in die context niet van toegevoegde waarde, omdat dat artikel slechts een basis biedt om afspraken te maken over de betaling van een financiële bijdrage. Dat is bij 50% lokaal eigendom niet aan de orde.

Bij de verlening van omgevingsvergunningen[88] en het vaststellen van bestemmingsplannen onder huidig recht is leidend criterium ‘een goede ruimtelijke ordening’. Zo kan een omgevingsvergunning slechts worden geweigerd om ruimtelijke motieven en niet omdat de projectontwikkelaar geen omwonende, lokaal bedrijf of decentrale overheid is. Wie eigenaar of exploitant is, is namelijk niet ruimtelijk relevant. Naar de huidige inzichten is het ook onder de Omgevingswet voor vergunningverlening of de vaststelling van een omgevingsplan niet relevant wie eigenaar of exploitant van het betrokken project is. Wij menen daarom dat onder de Omgevingswet de (on)mogelijkheden om lokaal mede-eigendom af te dwingen of te borgen, niet wezenlijk zullen wijzigen ten opzichte van het huidig recht (zie par. 2.3).

2.4.2 Omgevingsfonds

Voor omgevingsfondsen gelden in beginsel dezelfde beperkingen van het juridisch kader die in par. 2.3 zijn geschetst. Naar huidig recht bestaat er volgens ons geen juridische basis om de afdracht van financiële middelen aan een omgevingsfonds via de publiekrechtelijke weg af te dwingen.[89] Wij merken hierbij op dat in een zeer uitzonderlijk geval de afdracht aan een omgevingsfonds kan opgaan als financiële bijdrage aan ruimtelijke ontwikkelingen in de zin van art. 6.24 lid 1 onder a Wro. Echter, deze regeling is naar onze mening (veel) te mager om de lacunes in het wettelijk kader voor omgevingsfondsen enigszins op te vangen. Wij lichten dit in het navolgende toe.

De gelden voor een omgevingsfonds kunnen niet worden aangemerkt als kosten die in het kader van de grondexploitatie zijn gemaakt, waardoor art. 6.12 lid 6 Wro en art. 13.11 Ow (toekomstig) volgens ons geen uitkomst bieden.

De bevoegdheid om te contracteren over financiële bijdragen reikt verder. Op grond van art. 6.24 lid 1 onder a Wro kan het college van burgemeester en wethouders bij het aangaan van een overeenkomst over grondexploitatie in de anterieure overeenkomst contracteren over financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen. Deze financiële bijdragen worden volgens de parlementaire geschiedenis gedaan met het oog op ‘maatschappelijk belangrijke functies

---

[88] Meer specifiek doelen wij op de omgevingsvergunningen voor het opheffen van strijd met het vigerende bestemmingsplan, geregeld in art. 2.1 lid 1 onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.
[89] D.E. Bakker & H.D. Tolsma, ‘Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken – Pecunia non olet?’, *TO* 2021/03.

zoals natuur, recreatie, waterberging, infrastructuur en culturele voorzieningen'.[90] Daarbij gaat het om 'gebiedsoverstijgende kosten', waarmee wordt bedoeld dat de bestedingen betrekking hebben op meerdere exploitatiegebieden.[91] Voor het overeenkomen van een financiële bijdrage is een basis in een structuurvisie noodzakelijk. Uit deze structuurvisie moet een functionele of ruimtelijke samenhang blijken tussen de te realiseren ontwikkeling en de maatregel waarvoor de gelden worden aangewend.[92] In de Omgevingswet wordt deze praktijk voortgezet op basis van art. 13.22 Ow. Daarnaast kunnen op basis van art. 13.23 Ow financiële bijdragen op grond van het omgevingsplan verplicht worden verhaald, waarbij geldt dat functionele samenhang moet bestaan.[93]

Hoewel in beginsel 'betaalplanologie' niet is toegestaan, zijn in de Omgevingswet en de rechtspraak mogelijkheden uitgekristalliseerd om een financiële bijdrage verplicht te stellen.[94] De Omgevingswet biedt onder voorwaarden een basis voor verplicht verhaal van financiële bijdragen in een omgevingsplan.[95] Uit de rechtspraak lijkt daarnaast te volgen dat indien een financiële bijdrage noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat een project het belang van een goede ruimtelijke ordening ten goede komt, planologische medewerking afhankelijk mag worden gesteld van een dergelijke overeenkomst.[96]

Er zijn duidelijke gelijkenissen tussen bijdragen aan omgevingsfondsen en de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen. Net als bij omgevingsfondsen, dragen projectontwikkelaars in het kader van een financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen gelden af ten behoeve van maatschappelijke doelen in de omgeving. De financiële bijdrage vindt in de praktijk ook plaats door fondsvorming.[97] Wij menen dat, indien het doel van de gewenste afdracht aan een omgevingsfonds louter is om de projectontwikkelaar te laten bijdragen aan andere gewenste functies, de regeling van de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen hier een basis voor kan vormen. Echter, dit zou afbreuk doen aan een essentiële eigenschap van omgevingsfondsen, namelijk dat de omgeving over de besteding ervan gaat.[98] De vereiste samenhang in een structuurvisie, de omgevingsvisie of het programma (toekomstig) verhindert dat de omgeving vrijelijk over de besteding van de financiële middelen uit het omgevingsfonds kan beschikken. Daarnaast zijn financiële bijdragen voor ruimtelijke ontwikkelingen slechts bedoeld voor de aanleg van maatschappelijke functies en de uitvoering van reconstructies in het gebied.[99] Wij hebben de indruk dat de gelden uit omgevingsfondsen juist vaak worden aangewend voor kleine projecten die geen betrekking hierop hebben, en er dus geen voldoende ruimtelijk verband is tussen de besteding van de middelen uit het

---

[90] *Handelingen II,* 2004/5, 30218, nr. 3 (MvT).
[91] D. Muñoz Gielen, H. Nijland & T. van der Heijden, 'De relatie tussen gebiedsoverstijgende kosten en de betalende exploitatiegebieden', *BR* 2019/68, par. 2.
[92] Zie evenals de memorie van toelichting: T. van der Heijden & D. Muñoz Gielen, 'Kostenverhaal met gebiedsoverstijgend karakter: hoe krijgen we de aanpak klemvaster?', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling*, februari 2019, p. 23.
[93] Art. 13.23 lid 1 sub a Ow.
[94] Zie over betaalplanologie: *Kamerstukken II*, 2018/19, 35133, 5, p. 3.
[95] De mogelijkheden hiertoe zijn beperkt tot de ontwikkelingen genoemd in art. 8.13 Omgevingsbesluit. De realisatie van wind- en zonneparken behoort hier naar huidige stand van zaken niet toe.
[96] ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950 (*Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen, gemeente Oldebroek*); Muñoz-Gielen, 'Hoe recente jurisprudentie de afdwingbaarheid versterkt van het privaatrechtelijke kostenverhaal: mogelijkheden voor gemeenten', *BR* 2020/10.
[97] Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II,* 2004/05, 30218, nr. 3, p. 15; ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950 (*Bestemmingsplan Buitengebied Mulligen, gemeente Oldebroek*); D. Muñoz Gielen, H. Nijland & T. van der Heijden, 'De relatie tussen gebiedsoverstijgende kosten en de betalende exploitatiegebieden', *BR* 2019/68.
[98] Participatiewaaier (2019), p. 9.
[99] *Kamerstukken II*, 2018/19, 35133, 5, p. 2-3.

omgevingsfonds en de ruimtelijke inbreuk van het zon- of windproject.[100] Daarom zijn wij van oordeel dat het toepassingsbereik van de regeling voor de contractuele financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen gering is en nauwelijks als basis kan fungeren voor afdrachten aan een omgevingsfonds. Dat geldt nog in sterkere mate voor de regeling van financiële bijdragen die verplicht zijn op grond van een vergunningsvoorwaarde.

De bestedingen uit een omgevingsfonds vinden dan ook in beginsel plaats in de privaatrechtelijke sfeer. De beherende entiteiten kunnen in de regel niet worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Meestal zijn dit namelijk stichtingen die geen openbaar gezag uitoefenen.[101] Daarnaast is het geld met name afkomstig van de projectontwikkelaars en niet 'in overwegende mate' van bestuursorganen.[102] Indien een overheid het beheer voert over een omgevingsfonds, is dat uiteraard anders.

2.4.3 Omwonendenregeling

Met betrekking tot de afdwingbaarheid van een omwonendenregeling, gelden de onmogelijkheden in het juridisch kader die eerder zijn behandeld (zie par. 2.3.1). De vraag of omwonenden direct een voordeel krijgen toegekend door de projectontwikkelaar is doorgaans niet ruimtelijk relevant. Daarnaast draagt de totstandkoming van een omwonendenregeling niet bij aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.[103] Verder gaat het niet om (verplichte) financiële bijdragen. Om die reden kan de totstandkoming van een omwonendenregeling niet via het publiekrecht worden afgedwongen.

Financiële participatie kan in verband worden gebracht met compensatie. Met name de omwonendenregeling zou verward kunnen worden met nadeelcompensatie.[104] Net als bij nadeelcompensatie gaat het hier namelijk om een financieel voordeel dat toekomt aan individuen. Echter, het zijn verschillende instrumenten. De ratio van een omwonendenregeling is niet om onevenredig nadeel te compenseren, maar om omwonenden te laten meeprofiteren van een zon- of windproject. Waar in het kader van nadeelcompensatie het schadeveroorzakende besluit centraal staat, is dat bij de omwonendenregeling de activiteit die wordt verricht door de projectontwikkelaar.[105] Het is dan ook niet het bevoegd gezag, maar de projectontwikkelaar die het voordeel toekent. Volgens ons is het om die reden dan ook in

---

[100] Zoals het opknappen van een scoutingterrein, het aankopen van nieuw trainingsmateriaal voor jeugdsport, het realiseren van verlichting op een parkeerplaats bij een dorpshuis en de inrichting van een tentoonstelling in een museum. Deze voorbeelden zijn ontleend aan de omgevingsfondsen bij windparken Delfzijl-Noord, De Groene Delta BV en Wieringermeer.

[101] Hier is een wettelijke grondslag voor noodzakelijk.

[102] Zoals op grond de lijn in de jurisprudentie vereist is om een entiteit aan te merken als buitenwettelijk bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 sub b Awb. Naar wij menen zullen in de meeste gevallen de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen niet in beslissende mate worden bepaald door een bestuursorgaan in de zin van art. 1:2 lid 1 sub a Awb. ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015/136, m.nt. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

[103] Zie m.n. art. 1.2, 1.3 (voor de 'zorg voor de fysieke leefomgeving') en art. 4.2 en 5.21 (voor de 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties') van de in te voeren Omgevingswet (Ow).

[104] Naar huidig recht wordt 'planschadevergoeding' in afd. 6.1 Wro geregeld. Na inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten en de Omgevingswet valt dit onder de noemer 'nadeelcompensatie'. De regeling van nadeelcompensatie is dan naar verwachting te vinden in titel 4.5 Awb en afd. 15.1 Ow.

[105] Participatiewaaier 2019, p. 2-5; *Kamerstukken II,* 2020-21, 32813, nr. 820. Zie over de ratio van nadeelcompensatie o.g.v. het égalitébeginsel bijvoorbeeld: G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De Reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht.* (Vereniging voor Bouwrecht, nr. 43), 2015, p. 25.

beginsel onjuist om financiële participatie via de band van 'anderszins verzekerd' mee te wegen in de omvang van nadeelcompensatie.[106]

2.5 Tussenconclusie: (on)mogelijkheden wettelijk kader

Wij hebben in dit hoofdstuk besproken dat het huidige wettelijk kader geen juridische basis biedt om financiële participatie van een projectontwikkelaar te eisen. In de rechtspraak wordt het opleggen van financiële participatie als inspanningsverplichting op basis van beleid tot op zekere hoogte wel mogelijk geacht. Wij zien hier echter geen aanknopingspunten voor in de Wro, de Wabo en de Omgevingswet; en evenmin in de Elektriciteitswet 1998 en (het wetsvoorstel voor) de Energiewet.

De maatschappelijke tender wordt door de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aangereikt als handvat om verplichtend te voorzien in het streven naar financiële participatie. Naar onze opvatting biedt het wettelijk kader evenmin een juridische basis voor het opnemen van financiële participatie in een maatschappelijke tender. Het hanteren van beoordelingscriteria voor het verlenen of afwijzen van een aanvraag om een omgevingsvergunning die niet aansluiten bij de door de wetgever gecreëerde beoordelingsregels, staat op gespannen voet met het specialiteits- en legaliteitsvereiste. De maatschappelijke tender kan volgens ons daarom geen oplossing bieden.

Wat betreft het omgevingsfonds past een nuancering op de voorgaande conclusie. Wij hebben namelijk geconstateerd dat in een anterieure overeenkomst over de afdracht van financiële middelen door een projectontwikkelaar aan dat fonds rechtmatig kan worden gecontracteerd, voor zover er ruimtelijke samenhang bestaat en wordt onderbouwd tussen de te realiseren ontwikkeling en de maatregel waarvoor de gelden worden aangewend. Wij zijn echter van oordeel dat in de huidige praktijk van omgevingsfondsen die samenhang in de meeste gevallen niet aanwezig is. Onderdeel van die praktijk is namelijk dat de omgeving beslist over de doelbesteding van het omgevingsfonds. Om die reden kan de wettelijke regeling ten aanzien van de contractuele financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen (art. 6.24 lid 1 onder a Wro; art. 13.22 Ow) nauwelijks als basis voor een afdracht aan het omgevingsfonds dienen. Dat is nog minder het geval voor afdrachtverplichtingen op grond van omgevingsvergunningen.

---

[106] Zoals is geopperd door: G.C.W. van der Feltz & R. Olivier, annotatie bij ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:219, *O&A* 2018/4.

3. Toetsingskader voor een landelijke regeling

3.1 Democratisch-rechtsstatelijk beginselen en uitgangspunten

3.1.1 Algemeen

Of een wettelijke regeling voor financiële participatie wenselijk is, kan worden beoordeeld door te analyseren of zo'n regeling aansluit bij de aan het positieve recht ten grondslag liggende, algemeen aanvaarde uitgangspunten over hetgeen het recht zou moeten regelen en waarborgen. Deze algemeen aanvaarde uitgangspunten worden in de juridische literatuur vaak samengebracht onder de noemer 'democratische rechtsstaat'. Op zich bestaat daarbij geen unanieme visie op de inhoud en omvang van de idee van de democratische rechtsstaat.[107] In het algemeen wordt echter aangenomen dat optreden van de overheid dat ingrijpt in het eigendom en de vrijheden van burgers dient te berusten op een wettelijke grondslag (legaliteitsvereiste) en bovendien aan het recht is gebonden. Ook geldt dat wetgeving in een rechtsstaat dient aan te sluiten bij, onder meer, het rechtszekerheids- en het gelijkheidsbeginsel en dat effectieve rechtsbescherming moet worden geboden. Ook kan uit het rechtszekerheidsbeginsel, onder meer, de legaliteitseis worden afgeleid.

In deze paragraaf wordt eerst geanalyseerd hoe het huidige recht en de Omgevingswet zich wat betreft financiële participatie verhouden tot de rechtszekerheid, legaliteit en specialiteit en in hoeverre een wettelijke regeling eventuele bezwaren zou kunnen wegnemen (par. 3.1.2). Een vergelijkbare analyse voeren wij uit wat betreft het gelijkheidsbeginsel en de idee van een gelijk speelveld (par. 3.1.3). Hierna gaan wij in op het uitgangspunt van een effectieve rechtsbescherming (par. 3.1.4). Vervolgens bespreken we de voor- en nadelen van het stellen van landelijke regels over financiële participatie (par. 3.2) en tot slot volgt een korte conclusie (par. 3.3).

3.1.2 Rechtszekerheid, legaliteit en specialiteit

Hierna zetten we de huidige praktijk, geldend recht en het relevante juridische kader onder de Ow af tegen, achtereenvolgens, het rechtszekerheids-, legaliteits- en specialiteitsbeginsel.

Rechtszekerheidsbeginsel

De huidige situatie met betrekking tot financiële participatie en de 50%-doelstelling is rechtsonzeker. Enerzijds bestaat er geen wettelijke grondslag voor de overheid om een projectontwikkelaar te verplichten tot het bieden van de mogelijkheid aan omwonenden om financieel te participeren. Evenmin kent het recht een wettelijke basis om met dat doel een inspanningsplicht op te leggen. Zo kunnen gemeenten een omgevingsvergunning voor een zon- of windproject niet weigeren omdat de eigendom niet voor (ten minste) 50% in handen is van omwonenden en/of lokale bedrijven; zie par. 2.3.1. Evenmin zijn professionele ontwikkelaars gehouden om financiële participatie of lokaal mede-eigendom te organiseren.[108] Anderzijds houdt de overheid echter structureel vast aan de wens dat er financieel wordt geparticipeerd en het streven naar 50% lokaal eigendom, onder meer in het Klimaatakkoord, de RES'en en in

---

[107] Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 17 en M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 15.

[108] Volledigheidshalve zij vermeld dat de 50%-doelstelling is opgenomen in de gedragscodes van een aantal belangenorganisaties waaraan de leden, waaronder ontwikkelaars, zich hebben geconformeerd. Zie de gedragscodes van Holland Solar (https://hollandsolar.nl/u/files/gedragscode-zon-op-land.pdf, respectievelijk de Nederlandse Windenergie Associatie (NWEA) (https://www.nwea.nl/wp-content/uploads/2020/11/20201103-Gedragscode-WoL-opgemaakt-FINAL.pdf). Aan deze gedragscodes komt geen zelfstandige juridische waarde toe bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden van overheden, als vergunningverlening.

Kamerstukken. Dit leidt tot onduidelijkheid voor ontwikkelaars, omwonenden en decentrale overheden, kan valse verwachtingen wekken en daarmee zelfs een averechts effect hebben, namelijk sociale onrust en vertraging van projecten vanwege procedures in plaats van versnelling. Zo kunnen wij ons voorstellen dat omwonenden bij de bestuursrechter beroep aantekenen tegen vergunningen, omdat de ontwikkelaar niet voorziet in financiële participatie of lokaal eigendom. Dergelijke procedures bij de rechter leiden op zichzelf tot vertraging. Als de bestuursrechter vervolgens oordeelt dat de overheid niet gehouden was (of zelfs geen mogelijkheden had) om de vergunning om deze reden te weigeren, leidt dat – gelet op de op zich duidelijke inzet van het beleid over financiële participatie – tot onbegrip.

Op de keper beschouwd is dit, vooralsnog, een bewuste keuze van de overheid, die kiest voor financiële participatie en lokaal eigendom op basis van vrijwilligheid (zie par. 2.3.1). In een democratische rechtsstaat dient de overheid echter de rechtszekerheid te dienen. Het rechtzekerheidsbeginsel brengt in onze ogen met zich dat de overheid niet structureel beleid gericht op financiële participatie en lokaal mede-eigendom kan voeren en tegelijkertijd ervoor kan kiezen om af te zien van het creëren van een voldoende wettelijke grondslag en de daarbij behorende juridische borging daarvan.

Van een gespannen relatie met het rechtszekerheidsbeginsel is te meer sprake nu de inhoud en reikwijdte van 50%-doelstelling onduidelijk zijn. Zo is onduidelijk op welk moment de lokaal mede-eigendom zou moeten zijn gerealiseerd: voorafgaand aan een vergunningaanvraag in de ontwikkelingsfase, voorafgaand aan de bouwfase of pas tijdens de exploitatiefase. Of is het lokaal eigendom vanaf het begin en gedurende de hele exploitatiefase vereist? Daarnaast is niet helder welke kring van omwonenden en/of lokale partijen mee kunnen tellen bij de vaststelling of aan de 50%-doelstelling wordt voldaan.

Een wettelijke regeling voor financiële participatie zou tegemoet kunnen komen aan deze gespannen relatie van het beleid en de praktijk met het rechtszekerheidsbeginsel.

Legaliteitsbeginsel

In het verlengde van het rechtszekerheidsbeginsel vormt het legaliteitsbeginsel een belangrijk fundament van de rechtsstaat. Hieruit volgt kort gezegd dat voor besluiten van de overheid waarbij eenzijdig belangen van burgers worden beïnvloed of bepaald een wettelijke basis is vereist. Het betreft een ongeschreven beginsel dat deels ook in het recht is gecodificeerd. Zo is voor subsidies de eis van een wettelijke grondslag vastgelegd in art. 4:23 Awb. Verder kan uit het Europese recht volgen dat voor bepaald overheidshandelen een wettelijke grondslag is vereist. Zo geldt dat de overheid slechts een inbreuk op de door het EU-verdrag beschermde verdragsvrijheden – als het vrije kapitaalverkeer en het vrije dienstenverkeer – mag maken, indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. In de context van financiële participatie is dit relevant, omdat indien de overheid zou verplichten tot 50% lokaal eigendom, dat een inbreuk op het vrije kapitaalverkeer kan vereisen en dus een wettelijke grondslag daarvoor is vereist.[109] Hiernaast geldt dat een inperking van het eigendomsrecht op grond van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM op een wettelijke grondslag moet berusten. Dat vormt eveneens een codificatie van het legaliteitsbeginsel. De inperking van een eigendomsrecht kan ook aan de orde zijn bij financiële participatie, met name indien de overheid 50% lokaal eigendom verplicht stelt. Een eigenaar die geen omwonende is en niet kwalificeert als lokaal bedrijf, wordt hierdoor in zijn eigendomsrecht beperkt.[110] Bij de beoordeling of dit toegelaten is, speelt ondermeer of de verplichting is terug te voeren op een wettelijke bevoegdheidsgrondslag.

---

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

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

Specialiteitsbeginsel
Tot slot wordt in dit kader gewezen op het specialiteitsbeginsel. Het specialiteitsbeginsel vormt een uitwerking van het legaliteitsbeginsel. Van de wetgever verlangt het specialiteitsbeginsel dat aan het bestuur begrensde bestuursbevoegdheden worden toegekend waardoor de mee te wegen belangen worden beperkt. Enerzijds is het specialiteitsbeginsel bedoeld om de vrijheid van de individuele burger te beschermen door de belangenafweging door het bestuur te beperken, anderzijds is het ook een richtsnoer voor de wetgever om aan het bestuur begrensde bevoegdheden toe te kennen. De achtergrond is de bescherming van burgers tegen machtsmisbruik en onbevoegde gezagsuitoefening.

De overheid stuurt op dit moment op financiële participatie door inspanningen van de projectontwikkelaar te verlangen op basis van beleid over verschillende vormen van financiële participatie. Doorgaans wordt de wens van de overheid om te komen tot financiële participatie gekoppeld aan de planologische besluitvorming. Uit de analyse van wetgeving, literatuur en rechtspraak is evenwel duidelijk dat een wettelijke basis voor het verplichtend sturen op financiële participatie ontbreekt (zie par. 2.3). Dat geldt voor alle vormen van financiële participatie en ook als de overheid bij gebruik maakt van de maatschappelijke tender. Wij menen bovendien dat de in de rechtspraak ontwikkelde 'inspanningsplicht' voor participatie niet kan zien op financiële participatie (zie par. 2.3.1). Wij concluderen dan ook dat de huidige praktijk, geldend recht en het relevante juridische kader onder de Ow op gespannen voet staat met het rechtszekerheids-, legaliteits- en specialiteitsbeginsel.

Indien de overheid financiële participatie bij planologische besluitvorming over energieprojecten wenst te verplichten, dan is daarvoor een voldoende toegesneden wettelijke basis voor vereist.

3.1.3 Gelijkheidsbeginsel en een gelijk speelveld

Gelijkheidsbeginsel
Ingevolge het gelijkheidsbeginsel dienen gelijke gevallen gelijk te worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin zij ongelijk zijn. Omdat financiële participatie momenteel niet wettelijk is geregeld, is zo'n gelijke behandeling niet geborgd. Niet verzekerd is dat ontwikkelaars en exploitanten van zon- en windprojecten in een gelijke mate worden geconfronteerd met eisen en wensen die voortvloeien uit het (decentrale) beleid voor financiële participatie. Daarbij zij benadrukt dat het (nationale) gelijkheidsbeginsel in haar huidige betekenis niet vereist dat ontwikkelaars en exploitanten in heel Nederland gelijk moeten worden behandeld. Zo gaat het bij de uitoefening van omgevingsrechtelijke bevoegdheden vaak om decentrale overheden en dienen op het niveau van die specifieke decentrale overheid gelijke gevallen gelijk te worden behandeld. Dit betekent dat bij vergunningverlening voor een zon-of windproject en bij het toepassen van (participatie)beleid in een specifieke gemeente geen onredelijke verschillen mogen worden aangebracht in de wijze waarop wordt beoordeeld of toestemming kan worden gegeven voor het project.

Een nadeel van het beperkte toepassingsbereik van het gelijkheidsbeginsel is, ten eerste, dat de omgeving niet op nationaal niveau dezelfde aanspraak heeft op financiële participatie. Ten tweede geldt dat evenmin voor ontwikkelaars en exploitanten. Vanuit het perspectief van die ontwikkelaars en exploitanten kan het, bij lokale verschillen, als nadeel worden ervaren dat er geen gelijk speelveld staat voor de ontwikkeling van zon- en windprojecten in Nederland.

Gelijk speelveld
Wat betreft het uitgangspunt van een gelijk speelveld zij benadrukt dat naar de huidige stand van het recht een gelijke normering voor concurrenten niet verplicht is. In juridisch opzicht is

namelijk geen sprake van gelijke gevallen.[111] Een marktspeler die door wetgeving in een slechtere positie komt ten opzichte van zijn concurrenten waarvoor die wetgeving niet geldt, kan daarom doorgaans geen gerechtvaardigd beroep doen op het gelijkheidsbeginsel. Afgezien van het mededingingsrecht kent het Nederlandse bestuurs- en milieurecht geen norm die specifiek inhoudt dat de overheid in haar besluitvorming en bij wetgeving rekening moet houden met het belang van een gelijk speelveld voor concurrenten. Zo biedt het gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel onder geldend recht geen zelfstandige rechtsgrondslag voor een algemene verplichting van de overheid om een gelijk speelveld te borgen.

Op zich staat het de wetgever vrij om – ook indien het recht hem niet daartoe dwingt – ervoor te kiezen om een gelijk speelveld tot uitgangspunt te nemen. Daarbij komt, ten eerste, dat de Europese wetgever ter uitvoering van de Europese klimaat- en energieagenda in diverse wetsvoorstellen tot uitgangspunt neemt dat een gelijk speelveld zou moeten worden gerealiseerd in, in ieder geval, de landen van de EU.[112] Dit doet de vraag reizen of de Nederlandse wetgever dit uitgangspunt niet moet overnemen in wetsvoorstellen ter uitvoering van het klimaat- en energiebeleid. In de tweede plaats zou de wetgever bij de overwegingen kunnen betrekken dat in de rechtspraktijk een herijking van het gelijkheidsbeginsel gaande is. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de erkenning van een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte in het geval van verdeling van schaarse rechten. Zowel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als de Hoge Raad leiden die verplichting af uit het nationale gelijkheidsbeginsel.[113] Deze verplichting behelst onder meer dat bij de verdeling van schaarse vergunningen, daadwerkelijke mededinging moet worden geborgd en voor alle (potentiële) gegadigden dezelfde spelregels moeten gelden. In dit kader wordt ook gesproken van relatieve gelijkheid.[114] Daarmee wordt gedoeld op de marktpositie die een ondernemer ten opzichte van zijn concurrenten inneemt en de impact die overheidshandelen op hun onderlinge verhoudingen kan hebben.[115] Het borgen van een gelijk speelveld kan ook worden gezien als een manier waarop relatieve gelijkheid tussen concurrenten ontstaat. Zo beschouwd zijn de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte en het streven van de overheid naar een gelijk speelveld voor concurrenten twee zijden van dezelfde medaille.

Wat betreft het toetsen van de huidige praktijk aan het uitgangspunt van een gelijk speelveld moet worden geconstateerd dat die praktijk met dat uitgangspunt op gespannen voet staat. Bij gebreke van een duidelijk (wettelijk) kader voor financiële participatie en de 50%-doelstelling wordt de markt voor zon- en windprojecten geconfronteerd met een verschillende invulling hiervan door (decentrale) overheden. Illustratief in dit verband is een onderzoek dat Tolsma e.a. hebben verricht naar financiële participatie door middel van omgevingsfondsen. *'Een vergelijking tussen verschillende omgevingsfondsen in de praktijk laat zien dat er behoorlijk wat variatie zit in de bijdrage die door de initiatiefnemer en/of het bevoegd gezag*

---

[111] Zie ook J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht (*diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 238-239.

[112] M.A.M. Dieperink, *Zonder visie geen transitie; Het recht als accelerator van de klimaat- en energietransitie*; Den Haag: Boom juridische uitgevers (BJu) 2022, par. 4.5.2. Voor de beprijzing van sommige broeikasgasemissies streeft de Europese wetgever een gelijk speelveld op mondiaal niveau na. Dit is neergelegd in Verordening tot instelling van een mechanisme voor koolstofgrenscorrectie d.d. 10 mei 2023.

[113] Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), *AB* 2016/426 en HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam Have/Gemeente*), *AB* 2022/11 (*Montferland*). Zie ook Chris Jansen, Frank van Ommeren & Willem van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746, p. 889-896.

[114] F.J. van Ommeren, 'Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Van doctrinair standpunt naar positief recht', in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij* (Polak-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 204.

[115] J. Wieland, 'De correctie Widdershoven (niet) toegepast. Een veranderende benadering van het gelijkheidsbeginsel', *JBplus* 2018/3.

wordt gestort,' aldus Tolsma.[116] Zulke verschillen kunnen leiden tot marktverstoring. Hoewel dat op zich niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, betitelen wij dat wel als onwenselijk. Immers, met het oog op het realiseren van de CO_2-reductiedoelstellingen per 2030 en de onderliggende 35 TWh-doelstelling voor zon- en windprojecten, moet marktverstoring zoveel mogelijk worden voorkomen. Anders geredeneerd, wat betreft de mate waarin de klimaat- en energiedoelstellingen worden bereikt, is de overheid afhankelijk van een effectieve marktwerking. Dat kan een argument voor de wetgever zijn om bij de regulering van zon- en windprojecten – of bij klimaat- en energiewetgeving in het algemeen – acht te slaan op het belang van een gelijk speelveld. Redenerend vanuit dat belang van een gelijk speelveld, zouden financiële participatie en lokaal mede-eigendom bij wet moeten worden geregeld. Bovendien kan worden betoogd dat die regeling moet uitgaan van een gelijke behandeling van ontwikkelaars en exploitanten op nationaal niveau. Een in het verlengde daarvan liggend argument is dat het eisen van 50% lokaal eigendom in zon- en windprojecten op de keper beschouwd marktordening behelst (zie ook par. 4.5). De wetgever maakt marktordeningskeuzes voor de energiemarkt doorgaans op nationaal niveau.

In het kader van het gelijkheidsbeginsel merken wij tot slot op dat financiële participatie met name tot uitgangspunt wordt genomen bij zon- en windprojecten. Wij hebben eerder opgemerkt dat de beperking tot dit type projecten niet evident is (zie par. 1.5). Ook het PBL heeft daarop gewezen. De vraag is onze ogen bijvoorbeeld gerechtvaardigd waarom financiële participatie ook niet tot uitgangspunt wordt genomen bij warmteprojecten of bij projecten die worden gereguleerd door de Mijnbouwwet. Nu het Mijnbouwwetstelsel de komende jaren zal worden herzien, is het in onze ogen wenselijk om te bezien of financiële participatie ook niet een rol moet spelen bij die projecten. Indien daarvan zou worden afgezien, bijvoorbeeld omdat een afdracht ten behoeve van het publieke belang anderszins is verzekerd, zou dat expliciet moeten worden gemotiveerd, ook omwille van de rechtszekerheid. Verder menen wij dat ook zou moeten worden onderbouwd waarom financiële participatie niet tot uitgangspunt wordt genomen voor projecten die op zich niet direct verbandhouden met de klimaat- en energietransitie.

3.1.4 Effectieve rechtsbescherming

In het toetsingskader van deze quickscan mogen normen die zien op effectieve rechtsbescherming niet ontbreken.

Het Nederlandse stelsel van toegang tot de rechtspraak wordt ook beheerst door internationale normen die toegang tot de rechter garanderen. Gewezen kan worden op randvoorwaarden die uit het internationale en Europese recht afkomstig zijn, in het bijzonder op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), op doorwerking van grondrechten die zijn opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest of Hv) en op de invloed van het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (Verdrag van Aarhus). Bij dat verdrag is ook de EU partij en als gevolg daarvan zijn er Europese richtlijnen die het verdrag voor de Europese rechtsorde implementeren.

In het EVRM zijn de artt. 6 en 13 van groot belang voor het gegarandeerde recht op toegang tot de rechter. Niet alleen regelt art. 6 EVRM dat eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet

---

[116] H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken. Maatwerk dwars door de grenzen van het legaliteits- en specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2021/6, p. 80 en D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken; Pecunia non olet?', *TO* 2021/3.

is ingesteld, art. 13 EVMR regelt dat die rechtsbescherming effectief moet zijn.[117] Het Europees recht garandeert op grond van het beginsel van loyale samenwerking (gemeenschapstrouw) van art. 4 lid 3 VEU en het in de jurisprudentie ontwikkelde en in art. 47 Hv EU neergelegd beginsel van effectieve rechtsbescherming, een minimumniveau van effectieve rechtsbescherming. De goede doorwerking van het EU recht dient immers gegarandeerd te worden; ook de procedure van rechtsbescherming moet aan bepaalde eisen voldoen (verdedigingsrechten; recht om advies in te winnen en te worden vertegenwoordigd; financiële bijstand indien noodzakelijk). In algemene zin kan worden gesteld dat de in art. 47 HvEU gegarandeerde rechten in hoge mate overeenkomen met de door art. 6 en 13 EVRM gegarandeerde rechten. Naast deze minimumgaranties in het EU-recht, geldt dat lidstaten van de EU in beginsel en onder voorwaarden zelf het niveau van rechtsbescherming kunnen bepalen.

Tot slot heeft het Verdrag van Aarhus als uitgangspunt tegen besluiten over activiteiten met mogelijk aanzienlijke gevolgen voor het milieu, in ruime mate (voor het betrokken publiek) inspraak moet worden geboden en toegang tot de rechter onder voorwaarden wordt gegarandeerd.

In de kern kan gesteld worden dat toegang tot de rechter in het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming steeds geboden wordt. In specifieke gevallen, zoals bij het beslissen over een omgevingsvergunning of het vaststellen van een bestemmings- of omgevingsplan voor een wind- of zonneproject, is de bestuursrechter bevoegd te oordelen of het besluit van de overheid rechtmatig is genomen. Is de bestuursrechter niet bevoegd daarover direct te oordelen, bijvoorbeeld in het geval een projectontwikkelaar en de lokale bevolking onderling (en eventueel met de overheid als partij) afspraken maken over financiële participatie (lokaal eigendom; omgevingsfonds; omwonendenregeling), dan is in beginsel altijd de burgerlijke rechter bevoegd. Enkel als er een andere met voldoende rechtswaarborgen omklede rechtsgang open staat, zal de burgerlijke rechter een eiser niet-ontvankelijk verklaren (omdat die andere rechtsgang kan of had moeten worden gevolgd).

In het voorgaande hebben wij geconstateerd dat de besluitvorming over de ruimtelijke inpassing – en ook de besluitvorming onder de toekomstige Omgevingswet – niet toestaat dat door die besluitvorming een verplichting ontstaat voor de projectontwikkelaar om een vorm van financiële participatie aan te bieden aan omwonenden. Dit betekent dat een projectontwikkelaar in veel gevallen met succes bij de bestuursrechter terecht kan met klachten over een besluit van het bevoegd gezag waarbij toestemming voor een wind- of zonneproject is geweigerd vanwege het ontbreken van financiële participatie in het project.[118] Hetzelfde geldt voor omwonenden die geconfronteerd worden met een toestemmingsbesluit voor een wind- of zonneproject waarin geen financiële participatie wordt aangeboden. Indien financiële participatie in het project contractueel wordt overeengekomen, kan over de vorm, de reikwijdte, de omvang en over de betrokkenheid van de omwonenden doorgaans niet worden geprocedeerd bij de bestuursrechter.

De burgerlijke rechter is derhalve in veel gevallen bevoegd inhoudelijke geschillen over financiële participatie te beslechten. Ook dan is sprake van rechtsbescherming. Relevant is nog wel op te merken dat de burgerlijke rechter geschillen tussen particuliere partijen beslecht op

---

[117] Het is evenwel de vraag of art. 6 EVRM van toepassing is op belangenorganisaties, omdat deze organisaties niet in een eigen (mensen)recht lijken te kunnen worden getroffen, vgl. J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2003, Hoofdstuk 3. De minister acht art. 6 EVRM ook voor belangenorganisaties relevant in *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 44-46.

[118] Het besluit is dan voor vernietiging vatbaar wegens strijd met de specifieke wet; meer in het bijzonder het specialiteitsbeginsel (art. 3:4 lid 1 Awb) of het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb).

basis van bestaande rechten en plichten. Duidelijk is op dit moment dat er geen recht voor omwonenden bestaat op financiële participatie, zodat een projectontwikkelaar niet door de burgerlijke rechter tot een vorm van financiële participatie kan worden gedwongen. Uiteraard ligt dat anders in het geval de projectontwikkelaar zich daartoe heeft verplicht, bijvoorbeeld door daarover een overeenkomst te sluiten met de overheid, met omwonenden of met de overheid en omwonenden. Het is in hoge mate afhankelijk van de inhoud van de gemaakte afspraken, van de vraag wie partij is bij die afspraken en aan wie rechten worden toegekend in die afspraken, in hoeverre omwonenden of de overheid de projectontwikkelaar bij de burgerlijke rechter kunnen dwingen zich te houden aan hetgeen de projectontwikkelaar afsprak. Duidelijk is wel dat in gevallen de projectontwikkelaar enkel met de overheid tot afspraken komt, de omgeving daarover niet kan procederen bij de burgerlijke rechter. Wel kan de projectontwikkelaar zich tot burgerlijke rechter wenden en daar bijvoorbeeld aanvoeren dat de gemaakte afspraken niet vrijwillig werden gemaakt en/of dat de overeenkomst nietig is (art. 3:40 BW), bijvoorbeeld omdat de afspraken in strijd zouden zijn met het – in de publiekrechtelijke regeling neergelegde – idee dat geen sprake mag zijn van betaalplanologie.

Kort en goed is een belangrijk gegeven in de Nederlandse rechtsstaat dat rechtsbescherming kan worden gezocht bij een onafhankelijke rechter. Bij het ontbreken van een duidelijk regeling van financiële participatie bij besluiten van de overheid om toestemming te geven voor zon- en windprojecten, is het ook niet aan de bestuursrechter om de wijze waarop in een project aan financiële participatie gedaan wordt, te controleren.[119] Dat betekent dat rechtsbescherming in hoge mate moet komen van de burgerlijke rechter, die – naar wij menen op dit moment terecht – vooralsnog geen maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht ziet voor projectontwikkelaars om financiële participatie aan te bieden en zich enkel een oordeel dient te vormen over de vraag of de projectontwikkelaar zich in voldoende mate heeft gehouden aan de (rechtmatig gemaakte) afspraken. Aannemelijk is dat de geboden toegang tot de rechtspraak in Nederland voldoet aan de minimale eisen die daaraan ingevolge het internationale en EU-recht gesteld worden. Het is een meer rechtspolitieke vraag of deze situatie van rechtsbescherming de meest wenselijke situatie is.

3.2 Voor- en nadelen van een landelijke regeling van niet-juridische aard

In deze paragraaf verkennen wij de voor- en nadelen van niet-juridische aard van een landelijke regeling met verplichtingen aangaande financiële participatie. Wij zetten dit af tegen een stelsel op basis van vrijwilligheid, zoals Nederland dat nu kent. Zoals bekend, betreft deze quickscan primair een juridische analyse. Omdat financiële participatie onlosmakelijk is verbonden met de praktijk en regelgeving, staan wij in deze paragraaf ook kort stil bij niet-juridische voor- en nadelen die in de literatuur naar voren komen. Wij streven hier geen compleet overzicht na, maar oriënteren ons op aandachtspunten waarmee rekening dient te worden gehouden bij het geven van onze oplossingsrichtingen in hoofdstuk 4.

In de literatuur wordt op het punt van financiële participatie een verplichtend model en een vrijwillig model onderscheiden. Financiële participatie wordt in het vrijwillige model aanbevolen, meestal op basis van *soft law* en beleid.[120] We bespreken die voor- en nadelen van dat model (par. 3.2.1). In het verplichtende model is (een vorm van) financiële participatie verplicht gesteld op grond van de wet (par. 3.2.2). Overigens zijn de besproken modellen

[119] Een eventueel in een besluit opgenomen voorwaarde dat een geldsom moet worden afgedragen aan een omgevingsfonds en/of omwonendenregeling, kan gelet op het voorgaande geen standhouden.

[120] I.G. Anchustegui, 'Distributive justice, community benefits and renewable energy: the case of offshore wind projects', in: R. Fleming e.a. (red.), *Sustainable Energy Democracy and the Law,* Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2021. Anchustegui spreekt van *voluntary schemes* en *imposed schemes* van *community benefits.* Overigens ziet dit artikel op *community benefits* bij windprojecten op zee, maar dit onderscheid kan ook worden gemaakt bij projecten op land.

vereenvoudigingen van de werkelijkheid. Er zal dan ook al gauw sprake zijn van een mengvorm van de twee modellen. In de hierna aangehaalde literatuur zien wij eerder een soort glijdende schaal tussen een vrijblijvend dan wel verplichtend karakter voor ons.

Vooruitlopend op hoofdstuk 4 merken we op deze plaats vast op dat Nederland op dit moment een vrijwillig model kent. De aanleiding van deze quickscan is echter dat wordt overwogen over te stappen naar een verplichtend model. Vanwege de genoemde knelpunten in het juridisch kader (par. 3.1) bestaat wellicht aanleiding om aansluiting te zoeken bij een (meer) verplichtend model. In hoofdstuk 4 schetsen wij verschillende keuzes die op dit punt gemaakt zouden kunnen worden.

3.2.1 Vrijwillig model voor financiële participatie

Een vrijwillig model heeft verschillende voordelen. Zo is men flexibel en is er ruimte voor maatwerk. Op deze wijze kan worden aangesloten bij de lokale omstandigheden, behoeften en wensen. Ook kan bij de totstandkoming van financiële participatie rekening worden gehouden met de kenmerken, waaronder de rendabiliteit, van het specifieke project.[121] Daarbij is er veel ruimte om omwonenden te betrekken in de keuze van de vormgeving van financiële participatie. Sommige onderzoekers achten de mogelijkheid om maatwerk te bieden van groot belang, aangezien elk project weer anders is.[122] De behoefte om ruimte te geven aan maatwerk lijkt ook een voorname reden te zijn geweest om in Nederland tot op het heden geen landelijke regelgeving te creëren ten aanzien van financiële participatie.[123]

Aan het vrijwillige model zijn ook nadelen verbonden. Deze nadelen sluiten op hoofdlijnen aan bij de juridische kanttekeningen (zie par. 3.1). Vanwege de grote vrijheid die aan de praktijk wordt geboden, is al gauw onduidelijk wat de rechten en plichten zijn van de betrokkenen. Het kan daarbij nog onduidelijk zijn wie de relevante betrokkenen zijn en wat onder de omgeving valt.[124] Daarbij speelt dat sprake is van een asymmetrische onderhandelingspositie, aangezien de projectontwikkelaars in de regel over meer kennis, ervaring en geld beschikken dan de omwonenden.[125] Het risico bestaat de onderhandelingen over de invulling van financiële participatie juist leidt tot (langslepende) conflicten. Naast rechtsonzekerheid, leidt de geboden vrijheid ook tot grote verschillen voor wat betreft de geboden financiële participatie in verschillende projecten. Daarnaast kan er ongelijkheid bestaan tussen omwonenden van hetzelfde project.[126] Een ander nadeel van het vrijwillige model is dat afspraken vaag of als

---

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

[122] D. Rudolph, C. Haggett & M. Aitken, 'Community benefits from offshore renewables: The relationship between different understandings of impact, community and benefit', *Environment and Planning* 2018, Vol.36(1), p. 106.

[123] *Handelingen II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT), p. 39, 208, 217 en 277; *Kamerstukken II* 2020/21, 32813 en 31239, nr. 820 (Kamerbrief), p. 5-6; Klimaatakkoord (2019) p. 26, 'Participatiewaaier', 2019, te vinden op: www.klimaatakkoord.nl, p. 4; Aanhangsel *Handelingen II* 2019/20, nr. 2407.

[124] D. Rudolph, C. Haggett & M. Aitken, 'Community benefits from offshore renewables: The relationship between different understandings of impact, community and benefit', *Environment and Planning* 2018, Vol.36(1), p. 99-100;

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

[126] Zie bijvoorbeeld: Noordelijke Rekenkamer, 'Verdeling onder Hoogspanning. Een onderzoek naar de verdeling van kosten en baten rondom wind- en zonneparken', Drenthe, Friesland en Groningen, maart 2020, te vinden op: www.noordelijkerekenkamer.nl; Zie als voorbeeld uit de praktijk: DvhN, 'Omwonenden Kijlsterweg in Stadskanaal balen: wel een zonnepark in de achtertuin, maar gebiedsfonds komt niet met compensatie over de brug', 22 februari 2021, te vinden op: www.dvhn.nl; RTV Noord, 'Stadskanaal ruziet nog steeds met Drenthe

intenties worden geformuleerd waardoor afdwinging niet mogelijk is, ondanks dat het bevoegd gezag dit wellicht nodig acht (zie par. 2.3). Men kan de totstandkoming van financiële participatie stimuleren, maar of financiële participatie daadwerkelijk wordt geboden, is een vrijwillige keuze van de projectontwikkelaar, die bovendien juridisch moet worden geborgd in (samenwerkings)overeenkomsten. Juist omdat financiële participatie wordt aangeboden door de projectontwikkelaar, bestaat hierbij het risico dat financiële participatie wordt gezien als omkoping. In verschillende onderzoeken komt naar voren dat wanneer dit soort gedachten op de voorgrond aanwezig zijn, het onwaarschijnlijk is dat het bieden van financiële participatie een gunstig effect heeft op lokale draagvlak. [127]

3.2.2 Verplichtend model voor financiële participatie

De nadelen van het vrijwillige model, gaan omgekeerd op als voordelen van het verplichtende model. Een meer verplichtend model draagt bij aan de rechtszekerheid. De betrokkenen weten beter wat zij kunnen verwachten en wat van hen wordt verwacht. Als projectontwikkelaars de verplichtingen niet nakomen, kan de totstandkoming van financiële participatie, binnen het gekozen juridische kader, worden afgedwongen. Het risico dat omwonenden de financiële participatie als omkoping opvatten lijkt tot slot minder groot te zijn wanneer er 'geïnstitutionaliseerde' richtlijnen of regels zijn die minimumvereisten voor financiële participatie geven.[128] In dat geval wordt het bieden van financiële participatie door projectontwikkelaars eerder gezien routine bij de totstandkoming van zon- en windprojecten, dan het omkopen van omwonenden. Daartegenover staat wel dat de financiële participatie dan mogelijkerwijs kan worden gezien als omkoping door de overheid.[129]

De nadelen van het verplichtende model doen zich waarschijnlijk al raden. Het is over het algemeen meer rigide en minder flexibel dan een vrijwillig model. Hierdoor kan mogelijk minder goed worden aangesloten bij de lokale omstandigheden, het specifieke project en de wensen van de omwonenden. Sommige onderzoekers waarschuwen om die reden voor de totstandkoming van criteria voor financiële participatie. Deze onderzoekers vrezen er onder meer voor dat een te rigide benadering de financiële uitvoerbaarheid van sommige hernieuwbare energieprojecten belemmerd zou worden.[130]

3.3 Tussenconclusie: juridische knelpunten en aandachtspunten

In de voorgaande hoofdstukken zijn verschillende knelpunten ten aanzien van het juridisch kader bij financiële participatie geconstateerd. Ten eerste ontbreekt een juridische basis om in de omgevingsrechtelijke besluitvorming te verplichten tot financiële participatie. Deze conclusie gaat op voor alle drie vormen van financiële participatie, dat wil zeggen: lokaal

---

over compensatie voor 617 omwonenden windpark Drentse Monden', 7 februari 2022, te vinden op: www.rtvnoord.nl.

[127] M. Aitken, 'Wind power and community benefits: Challenges and opportunities' *Energy Policy* 2010/38, par. 8; B.J.A. Walker, D. Russel & T. Kurz, 'Community benefits or community bribes? An experimental analysis of strategies for managing community perceptions of bribery surrounding the siting of renewable energy projects, *Environment and Behavior,* vol. 49, nr. 1, p. 19-20.

[128] Zie onder meer: M. Aitken, 'Wind power and community benefits: Challenges and opportunities' *Energy Policy* 2010/38, par. 8; B.J.A. Walker, D. Russel & T. Kurz, 'Community benefits or community bribes? An experimental analysis of strategies for managing community perceptions of bribery surrounding the siting of renewable energy projects, *Environment and Behavior,* vol. 49, nr. 1, p. 19-20.

[129] D. Rudolph, C. Haggett & M. Aitken, 'Community benefits from offshore renewables: The relationship between different understandings of impact, community and benefit', *Environment and Planning* 2018, Vol.36(1), p. 92-117.

[130] D. Rudolph, C. Haggett & M. Aitken, 'Community benefits from offshore renewables: The relationship between different understandings of impact, community and benefit', *Environment and Planning* 2018, Vol.36(1), p. 106.

eigendom, het omgevingsfonds en de omgevingsregeling. Decentrale overheden die toch medewerking afhankelijk stellen van de realisatie van financiële participatie, handelen doorgaans in strijd met de eisen van legaliteit en specialiteit.

Ten tweede bestaat door het ontbreken van eenduidige definities en regels rechtsonzekerheid in de praktijk. Zo zijn de inhoud en reikwijdte van de 50% doelstelling niet helder, ontbreekt een afbakening van 'de omgeving' en is onduidelijk wie beslist over de concrete invulling van financiële participatie. Zo is het bijvoorbeeld bij omgevingsfondsen niet helder wie beslist over de bestedingen uit die fondsen.

Ten derde leidt de grote vrijheid in de praktijk tot (rechts)ongelijkheid. Wij hebben de indruk dat er in Nederland grote verschillen bestaan wat betreft de omvang en invulling van financiële participatie, hetgeen zowel voor de omgeving als voor ontwikkelaars en exploitanten onwenselijk kan zijn. De verschillen ten aanzien van de gerealiseerde financiële participatie in een gemeente zijn volgens ons niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, maar wel problematisch gelet op de wens van een gelijk speelveld en rechtszekerheid. Ook is tot op heden niet goed gemotiveerd waarom financiële participatie alleen van belang zou zijn bij zon- en windprojecten, en niet voor andere klimaat- en energieprojecten en projecten die geen direct verband hebben met de klimaat- en energietransitie.

Tot slot, wat betreft effectieve rechtsbescherming, valt op te merken dat Nederland zeer waarschijnlijk aan de minimale in internationaal en Europees recht neergelegde eisen voldoet. Wij zijn echter kritisch op het ontbreken van reële mogelijkheden voor de omgeving om (bijvoorbeeld het ontbreken of de mate) financiële participatie aan de rechter voor te leggen. De bestuursrechter toetst dit zeer marginaal, nog daargelaten dat wij van mening zijn dat de bestuursrechter in het geheel geen bevoegdheid ter zake heeft omdat er geen rechtsgrondslag bestaat voor een inspanningsplicht voor financiële participatie. Bij de civiele rechter heeft de omgeving vooralsnog geen ingang, omdat ontwikkelaars en exploitanten geen wettelijke plicht tot financiële hebben en een dergelijke plicht ook niet uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan worden afgeleid. Dit betreft echter (op dit moment) vooral een meer rechtspolitieke kanttekening bij het antwoord op de vraag of de huidige wijze van rechtsbescherming in dit dossier voldoet.

Naast de juridische knelpunten zijn in aansluiting daarop op basis van literatuur enkele aandachtspunten geformuleerd bij een vrijwillig en verplichtend model van financiële participatie. Als aandachtspunten benoemen wij de vraag naar flexibiliteit, het bestaan van asymmetrische onderhandelingsposities, het belang van financiële uitvoerbaarheid van zon- en windprojecten en de wijze waarop financiële participatie door de omgeving wordt ervaren.

4. Oplossingsrichtingen voor een landelijke regeling

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk verkennen wij op hoofdlijnen de verschillende aspecten die kunnen of moeten worden geregeld, opdat een projectontwikkelaar van een wind- of zonproject rechtmatig kan worden verplicht tot lokaal eigendom, een afdracht aan een omgevingsfonds, of het aanbieden een omgevingsregeling. Daarmee beantwoorden we de deelvraag welke oplossingsrichtingen denkbaar zijn voor landelijke regels ten aanzien van financiële participatie (deelvragen 3.a-3.c). Benadrukt zij dat wij niet de beleidspolitieke vraag beantwoorden of een bepaalde vorm van financiële participatie moet worden geregeld. Wij schetsen uitsluitend hoe de wetgever landelijke regels kan inrichten, indien zou worden besloten tot landelijke regels voor (een bepaalde vorm van) financiële participatie.

Eerst onderbouwen we waarom de wetgever bij de beoordeling of landelijke regels mogelijk en wenselijk zijn een onderscheid moet maken tussen de drie, in deze quickscan onderscheiden vormen van financiële participatie (par. 4.2). Daarna benoemen we de onderwerpen die volgens de analyse in de voorgaande hoofdstukken in landelijke regels kunnen worden opgenomen (par. 4.3). Vervolgens beantwoorden we welk reguleringskader het meest aangewezen lijkt voor landelijke regels voor de drie door ons onderscheiden vormen van financiële participatie (par. 4.4). Ook gaan wij in die paragraaf in op de vraag of landelijke regels in een wet moeten worden opgenomen, of dat zou kunnen worden volstaan met een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling.

Vervolgens schetsen wij voor de verschillende vormen van financiële participatie oplossingsrichtingen voor landelijke regels (par. 4.5-4.6). Daarbij redeneren wij in de eerste plaats vanuit de democratisch-rechtstatelijke waarden als uitgewerkt in hoofdstuk 3, waaronder in elk geval rechtszekerheid, legaliteit en specialiteit, gelijkheid en effectieve rechtsbescherming. In de tweede plaats bezien wij of er voor- en nadelen zijn van niet-juridische aard bij bepaalde oplossingsrichtingen. In dat kader kijken wij ook naar de beleidsmatige uitgangspunten van de Energiewet, de Omgevingswet en de Wet versterking participatie op decentraal niveau.

4.2 Welke vorm van financiële participatie?

Bij een verkenning van mogelijke richtingen voor landelijke regelgeving is het naar ons oordeel noodzakelijk om stil te staan bij de vraag ten aanzien van welke vorm(en) van financiële participatie regulering wenselijk zou zijn. Wil men een wettelijk instrumentarium bieden waarmee gemeenten (in een faciliterend en/of actieve positie) kunnen borgen dat (1) de eigendom van energieprojecten (voor 50%) in lokale handen is, (2) projecteigenaren een afdracht doen in het omgevingsfonds en/of (3) projecteigenaren bepaalde voordelen aan de directe omgeving aanbieden? Dit is in hoge mate een beleidspolitieke vraag, met dien verstande dat de juridische knelpunten en aandachtspunten verschillen per vorm van financiële participatie.

Het is belangrijk om onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van financiële participatie, onder meer omdat lokaal eigendom wezenlijk een andere vorm van financiële participatie is in vergelijking met het omgevingsfonds en de omwonendenregeling. Bij lokaal eigendom is de omgeving risicodragend (mede)eigenaar van het project. Daarbij wordt onder de omgeving verstaan: omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven in de nabijheid van het zon- of windproject. Deze omwonenden, decentrale overheden en lokale bedrijven hebben zeggenschap in een project. Bij lokaal eigendom is een (eventueel) financieel profijt van de omgeving direct gekoppeld aan het rendement van het project. Omgekeerd komen ook eventuele verliezen voor rekening en risico van de omgeving. Dit ligt anders bij een

omgevingsfonds en een omwonendenregeling. Bij die vormen van participatie worden alleen voordelen met de omgeving gedeeld.

Lokaal eigendom is zo een *directe, actieve* vorm van financiële participatie. Dat bij lokaal eigendom, in tegenstelling tot andere vormen van financiële participatie, sprake is van risicodragend mede-eigenaarschap is niet alleen van belang bij de vraag hoe landelijke regels kunnen worden ingericht, maar ook voor de beleidspolitieke voorvraag of een landelijke regeling voor lokaal eigendom wenselijk is. Vanuit juridisch perspectief benadrukken wij dat, onder meer vanwege de fundamentele aard van het eigendomsrecht, deze vorm van financiële participatie relatief ingrijpender is dan de andere vormen van financiële participatie, waardoor zwaarwegendere redenen nodig zijn om (verplicht) lokaal eigendom te rechtvaardigen, ten opzichte van een omgevingsfonds of een omgevingsregeling.

Een omgevingsfonds wordt gevuld met financiële middelen uit de exploitatie van het zon- of windproject, en deze middelen worden besteed aan maatschappelijke doelen in de omgeving. Bij een omwonendenregeling worden de financiële middelen uit de exploitatie van het zon- of windproject ingezet om een bepaalde groep omwonenden voordeel te bieden. Het omgevingsfonds en de omwonendenregeling lijken veel op elkaar, aangezien het in de kern gaat om baatafroming van de projectontwikkelaar waarbij de aldus beschikbaar gekomen gelden worden ingezet ten bate van de omgeving of van de omwonenden. Deze vormen van financiële participatie zijn meer *indirect, passief* van aard, in ieder geval vanuit het perspectief van de omgeving. Wij menen daarnaast dat in de praktijk deze twee vormen vaak in samenhang worden genoemd en overwogen. Zo ziet het richtbedrag van de NWEA op beide vormen. Om die reden kiezen wij ervoor om het omgevingsfonds en de omwonendenregeling in het kader van de verkenning in dit hoofdstuk in samenhang te behandelen.

Indien landelijke regels voor (een bepaalde vorm van) financiële participatie wenselijk zijn, dan verdienen de verschillende vormen van financiële participatie een eigen beleidsmatige onderbouwing van de wetgever. Deze beleidsmatige onderbouwing kan ook doorwerken in de mogelijke vormgeving van de regelgeving.

4.3 Onderwerpen in landelijke regels voor financiële participatie

Nadat een keuze is gemaakt voor welke vorm(en) van financiële participatie landelijke regulering wenselijk is, volgt de vraag welke onderwerpen de landelijke regels moeten adresseren. In deze paragraaf benoemen we de onderwerpen die volgens onze analyse in de eerdere hoofdstukken van belang kunnen zijn bij het verkennen van richtingen voor de mogelijke vormgeving van een landelijke regeling. Wij exploreren hier welke onderwerpen de wetgever zou *kunnen* regelen, maar geven (nog) geen oordeel over de wenselijkheid hiervan. We bespreken de onderwerpen in paragraaf 4.2.1 voor lokaal eigendom en in paragraaf 4.2.2 voor het omgevingsfonds en de omwonendenregeling. In paragraaf 4.4 toetsen wij deze onderwerpen aan het normatief kader.

4.3.1 Lokaal eigendom

Een eerste relevante vraag die opkomt als wordt besloten tot het introduceren van landelijke regels voor lokaal eigendom, is of die regels alle (decentrale) overheden zouden verplichten tot het borgen van financiële participatie of dat die regels volstaan met een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden. Ook indien in landelijke regels tot uitgangspunt zou worden opgenomen dat bij zon- en windprojecten lokaal eigendom verplicht is, kunnen die regels ruimte laten aan decentrale overheden. Bijvoorbeeld door een bandbreedte (bijv. door het stellen van percentages) te bepalen over de omvang waarin de omgeving als (mede)eigenaar betrokken is in het betreffende project. De omvang van het lokaal eigendom kan dan met inachtneming van de locatie- en projectspecifieke omstandigheden worden bepaald. Indien de landelijke regels volstaan met een bevoegdheidsgrondslag voor decentrale overheden, zouden die (nadere) regels bepaalde kaders en randvoorwaarden kunnen stellen waaraan ten aanzien

van het lokaal eigendom moet worden voldaan. Verder is een modaliteit dat landelijke regels uitgaan van een resultaatsverplichting om lokaal eigendom te realiseren, dan wel van een inspanningsplicht van de projectontwikkelaar. Reeds op deze plaats merken wij op dat de manoeuvreerruimte van de wetgever wat betreft de keuze tussen een (inspannings- en resultaats)verplichting, dan wel een bevoegdheidsgrondslag voor decentrale overheden daartoe, sterk wordt bepaald door de juridische waarborgen die uit de bescherming van het eigendomsrecht en het vrije verkeer voortvloeien (zie hierna par. 4.5). Datzelfde geldt overigens ook voor de mate waarin lokaal eigendom verplicht wordt gesteld. Zoals uitgewerkt in hoofdstuk 2 gaan het Klimaatakkoord en de beleidsstukken nadien uit van 50% lokaal eigendom, maar daaromtrent kan de wetgever een andere keuze maken, althans vanuit juridisch perspectief.

Een ander onderwerp dat relevant is voor landelijke regels over lokaal eigendom, is of de wetgever definities geeft van relevante begrippen. Gedacht kan worden aan een definitie van 'lokaal eigendom', alsmede van 'de omgeving'. Dat impliceert dat de landelijke regels specificeren welke natuurlijke en rechtspersonen aan deze vorm van participatie kunnen deelnemen, althans om te kunnen kwalificeren als lokaal eigendom. Wat betreft de afbakening van de omgeving is in hoofdstuk 2 uitgewerkt dat op dit punt in beleid en de praktijk de nodige onduidelijkheid bestaat. De wetgever zou dit kunnen oplossen door de kring van (rechts)personen behorend tot de omgeving in de landelijke regels af te kaderen, bijvoorbeeld door een bepaalde afstandsnorm te stellen of een verplichting voor decentrale overheden te introduceren om de kring voor concrete projecten te bepalen. Een andere mogelijkheid is dat de landelijke regels lokale overheden verplichten om per project te bepalen hoe de omgeving moet worden afgebakend, op basis van criteria die in die landelijke regels worden opgenomen. Verder wordt in de literatuur gesteld dat lokaal eigendom kan worden gerealiseerd door een vereniging of coöperatie, of door middel van aandelen. Ook dit onderwerp zou kunnen worden geregeld.

Hiernaast kunnen landelijke regels bepalen in welke fase van een zon- en windproject in ieder geval sprake moet zijn van lokaal eigendom. Moet al in de ontwikkelfase – ten tijde van de vergunningverlening – sprake zijn van lokaal eigendom of is het voldoende dat in de exploitatiefase de eigendom lokaal is belegd? In hoofdstuk 2 is beschreven dat er voor- en nadelen kleven aan lokaal eigendom in de ontwikkelfase respectievelijk de exploitatiefase. De keuze die hieromtrent wordt gemaakt, is (ook) relevant voor de wijze waarop de overheid kan controleren of aan de lokaal-eigendom-verplichting is voldaan. Als in de ontwikkelfase sprake moet zijn van lokaal eigendom, kan dat bij omgevingsvergunningverlening worden getoetst. Dat is niet mogelijk indien lokaal eigendom pas in een latere projectfase moet zijn gerealiseerd. Als bij omgevingsvergunningverlening of op een ander, specifiek moment gedurende de levensduur van een project wordt beoordeeld of aan de verplichting tot lokaal eigendom wordt voldaan, moet worden onderkend dat het gaat om een momentopname. Zo zou, indien sprake is van toetsing ten tijde van de vergunningverlening, moeten worden afgewogen of en zo ja de lokaal eigendom ook nog na dat toetsingsmoment moet voortduren.

Tot slot menen wij dat de wetgever moet afwegen of de landelijke regels alleen gelden voor zon- en windprojecten, of ook voor andere (hernieuwbare) energie(opwek)projecten, of ook voor projecten die niet direct zijn gerelateerd aan de energiesector. Wat daar ook van zij, de eventuele landelijke regels moeten een afbakening bieden over de soorten projecten die onder de landelijke regels vallen.

Samenvattend geldt dat, indien zou worden besloten tot landelijke regels voor lokaal eigendom, de wetgever over de volgende onderwerpen een keuze dient te maken:

a) Verplichten de landelijke regels tot lokaal eigendom of bevatten zij een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden?

b) Indien de landelijke regels verplichten tot lokaal eigendom, welke onderwerpen worden dan (nog meer) in landelijke regels opgenomen en welke onderwerpen worden overgelaten aan decentrale overheden?
c) Indien de landelijke regels een bevoegdheidsgrondslag voor lokaal eigendom bevatten, (in hoeverre) worden dan in die landelijke regels kaders en randvoorwaarden voor lokaal eigendom bepaald?
d) Is de verplichting tot lokaal eigendom een resultaats- of een inspanningsverplichting?
e) In welke omvang is lokaal eigendom verplicht? Wordt deze omvang op nationaal niveau bepaald of overgelaten aan decentrale overheden?
f) Bevatten de landelijke regels een definitie van lokaal eigendom?
g) Bevatten de landelijke regels een definitie van de omgeving?
h) Bevatten de landelijke regels voorschriften omtrent de organisatievorm van de omgeving?
i) Hoe en wanneer wordt beoordeeld of aan de verplichting met betrekking tot lokaal eigendom wordt voldaan?
j) (Hoe) moeten de landelijke regels borgen dat de lokaal eigendom ook nog na dat beoordelingsmoment in stand blijft?
k) Moet lokaal eigendom alleen voor zon- en windprojecten worden geregeld of ook voor andere projecten?

4.3.2 Omgevingsfonds en omwonendenregeling

Een eerste relevante vraag die opkomt als wordt besloten tot het introduceren van landelijke regels voor omgevingsfondsen en/of omwonendenregelingen, is of die regels verplichten tot financiële participatie of dat zij volstaan met een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden. Ook indien in landelijke regels tot uitgangspunt zou worden ogenomen dat bij zon- en windprojecten een financiële afdracht aan een fonds of omwonendenregeling verplicht is, kunnen die regels ruimte laten aan decentrale overheden. Indien de landelijke regels volstaan met een bevoegdheidsgrondslag voor decentrale overheden, zouden die regels bepaalde kaders en randvoorwaarden kunnen stellen waaraan moet worden voldaan. Verder is een modaliteit dat landelijke regels uitgaan van een resultaatsverplichting, dan wel van een inspanningsplicht van de projectontwikkelaar.

Een volgend relevant onderwerp is of een landelijke regeling ook eisen omvat over de omvang van de financiële afdracht aan een fonds en/of een omwonendenregeling. Tot op het heden is er in de praktijk enkel voorhanden een door de windbranche zelf gesteld richtbedrag voor de afdracht. Een wettelijke regeling zou een richtbedrag kunnen codificeren, of zelfs een bedrag dwingend kunnen vastleggen (bijvoorbeeld aan de hand van indicatoren en/of bandbreedten die rekening houden met ontwikkelingen in de markt). Daarnaast zou de wet (gedeeltelijk) kunnen vastleggen welk deel van dit bedrag aan een omgevingsfonds dient te worden afgedragen, respectievelijk voor individuele huishoudens is bestemd.

Een ander onderwerp dat relevant is voor landelijke regels over omgevingsfondsen en/of omwonendenregeling, is of de wetgever definities geeft van relevante begrippen. Gedacht kan worden aan een definitie van ‘omgevingsfonds’ en/of ‘omwonendenregeling’, alsmede van ‘de omgeving’. Zo wordt op dit moment aan de praktijk overgelaten wie de begunstigden (kunnen) zijn van een omgevingsfonds of een omwonendenregeling. Een wettelijke regeling zou kunnen voorzien in een afbakening van de omgeving, bijvoorbeeld door het opnemen van indicatoren.

Denkbaar is ook dat in landelijke regels duidelijk wordt gemaakt wie (op welke wijze) beslist over de besteding van de in een omgevingsfonds beschikbare gelden. Als de wet (of een andere regeling) niet bepaalt welk deel naar een omgevingsfonds gaat, respectievelijk aan een omwonendenregeling wordt besteed, moet overwogen worden om te regelen wie zeggenschap

heeft om dit te bepalen. In de regeling over financiële participatie zouden waarborgen voor bij het verdelen van de gelden kunnen worden vastgelegd, bijvoorbeeld door eisen te stellen aan transparantie, de procedure, de motivering en de onpartijdigheid. Verder kunnen landelijke regels bepalen in welke fase van een zon- en windproject een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling gerealiseerd moet zijn. Tot slot menen wij dat de wetgever zou moeten afwegen of de landelijke regels alleen gelden voor zon- en windprojecten, of ook voor andere (hernieuwbare) energie(opwek)projecten, of ook voor projecten die niet direct zijn gerelateerd aan de energiesector.

Samenvattend geldt dat, indien zou worden besloten tot landelijke regels voor een financiële afdracht in een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling, de wetgever over de volgende onderwerpen een keuze dient te maken:

a) Verplichten de landelijke regels tot een financiële afdracht aan een omgevingsfonds, het aanbieden van een omwonendenregeling of bevatten zij een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden?
b) Indien de landelijke regels een verplichting bevatten, welke onderwerpen worden dan (nog meer) in landelijke regels opgenomen en welke onderwerpen worden overgelaten aan decentrale overheden?
c) Indien de landelijke regels een bevoegdheidsgrondslag bevatten, (in hoeverre) worden dan in die landelijke regels kaders en randvoorwaarden bepaald?
d) Is de verplichting een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting?
e) Bevatten de landelijke regels eisen over de omvang van de financiële afdracht? En de verdeling tussen een fonds, omwonendenregeling?
f) Bevatten de landelijke regels een definitie van het omgevingsfonds, omwonendenregeling?
g) Bevatten de landelijke regels een definitie van de omgeving?
h) Bevatten de landelijke regels voorschriften over de zeggenschap over besteding van de gelden?
i) Bevatten de landelijke regels waarborgen bij de verdeling van gelden (transparantie, motivering, onpartijdigheid)?
j) Hoe en wanneer wordt beoordeeld of aan de verplichting met betrekking tot het omgevingsfonds, omwonendenregeling wordt voldaan?
k) Moet een financiële afdracht in een omgevingsfonds, het aanbieden van een omwonendenregeling alleen voor zon- en windprojecten worden geregeld of ook voor andere projecten?

4.4 Welk wettelijk kader voor een regeling over financiële participatie?

In deze paragraaf verkennen we in welk reguleringskader, en op welk niveau (wet, AMvB of ministeriele regeling) een landelijke regeling voor de onderscheiden vormen van financiële participatie zou kunnen landen. Hier benoemen we wetssystematische argumenten over de regulering van een vorm van financiële participatie in het betreffende kader.

Hiervoor zijn wij met name ingegaan op de ruimtelijke wetgeving (Wro, Wabo en Ow) en energierechtelijke wetgeving (Elektriciteitswet 1998 en Energiewet). In deze paragraaf kijken we breder en gaan we ook in op de SDE++-regelgeving, zoals die is neergelegd in het Besluit stimulering duurzame energieproductie en klimaattransitie (par. 4.4.1) en de Wet versterking participatie op decentraal niveau (par. 4.4.4).

4.4.1 Algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling?

Algemeen
Wij menen dat, indien wordt gekozen voor het landelijk regelen van (een) vorm(en) van financiële participatie, het creëren van een basis in wetgeving in formele zin de aangewezen route is. Het verplichtend reguleren van financiële participatie betreft zogenoemd negatief (verplichtend) overheidsoptreden, waarvoor het legaliteitsvereiste een basis in een wet in formele zin eist.[131] Daarbij kan uitwerking geschieden in een algemene maatregel van bestuur, een ministeriële regeling of in decentrale regelgeving. Op die mogelijkheden komen wij in de volgende paragrafen terug.

De mogelijkheid tot het vaststellen van zelfstandige maatregelen van bestuur (dus zonder basis in formele wetgeving) beperkt de Grondwet tot voorschriften door straffen te handhaven.[132] Echter, zelfstandige algemene maatregelen van bestuur worden vanwege het primaat van de wetgever in veel gevallen als ongewenst beschouwd. In de Aanwijzingen voor de regelgeving staat om die reden het volgende: 'Voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt een zelfstandige algemene maatregel van bestuur niet gebruikt, behoudens in uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke voorziening.'[133] Volgens ons is ten aanzien van financiële participatie geen uitzonderlijke situatie aan de orde die een dergelijke zelfstandige algemene maatregel van bestuur als tijdelijke voorziening rechtvaardigt. De Grondwet biedt geen grondslag voor een zelfstandige ministeriële regeling, waardoor hiervoor altijd een basis in een wet in formele zin nodig is.[134]

Besluit stimulering duurzame energieproductie en klimaattransitie
In het kader van de regeling Stimulering Duurzame Energieprojectie en Klimaattransitie (SDE++) verleent de overheid subsidies aan exploitanten van hernieuwbare energieprojecten. Een mogelijkheid is dat bepaalde voorwaarden worden gesteld aan financiële participatie om in aanmerking te kunnen komen voor SDE++ subsidie. Hierdoor zou men niet gebonden zijn aan het omgevingsrechtelijke beoordelingskader. Uit het Klimaatakkoord volgt het streven dat na 2025 hernieuwbare elektriciteit concurrerend wordt met de marktwaarde van de geproduceerde elektriciteit. De bedoeling is dan ook dat de verlening van de subsidies slechts tijdelijk is.[135] Hierbij komt dat de kostprijs van elektriciteitsproductie door middel van zon- en windprojecten steeds concurrerender wordt met andere (conventionele) technieken en om die reden met de tijd steeds minder behoefte bestaat aan subsidiëring. Om deze reden lijkt dit ons geen duurzame oplossingsrichting, ook niet indien de SDE++-subsidie op termijn door een nieuwe subsidieregeling wordt vervangen.

Mocht men toch doorgaan met de verlening en het gebruikmaken van SDE++ subsidies, dan geldt het volgende. De basis voor de verlening van deze subsidies is gelegen in art. 2 Kaderwet EZK- en LNV-subsidies en het Besluit stimulering duurzame energieproductie en klimaattransitie. De regeling is uitgewerkt in verschillende ministeriële regelingen. Zou in een ministeriële regeling voorwaarden kunnen worden neergelegd over financiële participatie om in aanmerking te komen voor SDE++ subsidie?

---

[131] Zie onder meer: H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1,* Den Haag: Boom Juridisch 2022, par. 1.2.3.
[132] Art. 89 Gw.
[133] Aanwijzing 2.22 Aanwijzingen voor de regelgeving, Zelfstandige amvb.
[134] J.L.W. Broeksteeg, 'Commentaar op art. 89 Grondwet', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Grondwet en Statuut,* Deventer: Wolters Kluwer 2023, aant. 3-4.
[135] Klimaatakkoord (2019), p. 166 en 234.

Het legaliteitsbeginsel noopt tot een wettelijke basis voor zover de overheid burgers gebiedend of verbiedend in hun vrijheid of eigendom beperkt.[136] Hoewel voor presterend overheidshandelen in beginsel geen wettelijke basis nodig, verlangt art. 4:23 Awb voor structurele subsidies een wettelijke grondslag.[137] Voor de verstrekking van subsidies voor activiteiten die passen in het beleid inzake klimaat is er dan ook een basis in art. 2 Kaderwet EZK- en LNV-subsidies. De voorwaarden om voor specifieke subsidies in aanmerking te komen worden in de ministeriële regelingen uitgewerkt. Zo wordt bijvoorbeeld de eis gesteld dat in het kader van de aanvraag een haalbaarheidsstudie wordt overgelegd.[138] Bij verplichtingen inzake financiële participatie is van belang dat het kan gaan om verstrekkende verplichtingen, waarbij dwingend wordt ingegrepen in het eigendomsrecht van exploitanten. Bij dit presterend overheidshandelen komt dus ook gebiedend overheidshandelen kijken. De verstrekking van SDE++ regeling is tegelijkertijd van groot belang voor een voortvarende energietransitie. Daarom achten wij met het oog op het legaliteitsbeginsel wenselijk dat een democratisch verkozen orgaan zich hierover uitspreekt door de totstandkoming van wetgeving.[139] Bij het ontwerpen van een nieuw subsidieregeling als opvolger van de SDE, kan dit meteen worden meegenomen.

Met een wettelijke basis voor eisen aangaande financiële participatie is volgens ons wel denkbaar om eisen aan financiële participatie te koppelen aan de verlening van SDE++ subsidies of een opvolgende subsidieregeling. Daarbij kan wel een gespannen relatie met het gelijkheidsbeginsel bestaan, aangezien niet alle hernieuwbare energieprojecten per se op basis van een subsidie worden gerealiseerd, zeker in het licht van de recente hoge marktprijzen voor elektriciteit.

4.4.2 Energiewet

Momenteel worden de elektriciteits- respectievelijk gassector gereguleerd door de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Het is de verwachting dat deze wetten op termijn worden samengevoegd in de Energiewet. Daarvoor is momenteel een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig.[140] Tegen deze achtergrond wordt hierna alleen bezien in hoeverre financiële participatie zich leent voor regulering in de Energiewet. Een publiek belang waarop (het wetsvoorstel voor) de Energiewet mede is gericht, is de inpasbaarheid van het energiesysteem in het bredere ruimtelijke beleid.[141] Zo beschouwd sluit financiële participatie, in algemene zin, aan bij doelen van de Energiewet.

In het wetsvoorstel Energiewet wordt, net als in de Elektriciteitswet 1998 voor elektriciteit, een onderscheid gemaakt tussen de productie, het transport en de levering van energie. De wettelijke regulering van de energieproductie en daarmee ook van zon- en windprojecten is beperkt. Daaraan ligt evenwel een weloverwogen keuze van de wetgever ten grondslag: alleen bij het transport en de levering van elektriciteit zouden publieke belangen in het geding zijn, zoals de leveringszekerheid en consumentenbescherming.[142] Daarom is in de

---

[136] Zie onder meer: H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1,* Den Haag: Boom Juridisch 2022, par. 1.2.3.
[137] Art. 4:23 lid 2 sub d Awb.
[138] Art. 2a Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie en klimaattransitie.
[139] Zie ook: H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht,* Deventer: Kluwer 2014, p. 35; H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1,* Den Haag: Boom Juridisch 2022, par. 1.2.3.
[140] *Kamerstukken II* 2022/23, 36378, nr. 2.
[141] Dit is niet het hoofddoel van de Energiewet, *Kamerstukken II* 2022/23, 36378, nr. 3, par. 3.6 onder IV. Andere publieke belangen die met de Energiewet worden geborgd zijn de betrouwbaarheid, betaalbaarheid en veiligheid van de energievoorziening en het realiseren van een emissiearme, klimaatneutrale energievoorziening.
[142] Men kan zich overigens afvragen in hoeverre dit uitgangspunt dat de energieproductie en -levering aan de markt kan worden overgelaten en slechts beperkt dient te worden gereguleerd, op dit moment nog steeds valide is. Zo is in september 2022 een motie aangenomen die strekt tot het onderzoeken van (een betere borging van) de

Energiewet tot uitgangspunt opgenomen dat het transport van elektriciteit een publieke taak is: elektriciteitsnetten – onder de Energiewet: elektriciteitssystemen – mogen niet door private partijen in eigendom worden gehouden en worden beheerd.[143] Ten aanzien van de elektriciteitsproductie heeft de wetgever een andere keuze gemaakt. De markt voor productie is geliberaliseerd en geprivatiseerd. De overheid kan slechts beperkt ingrijpen, onder meer indien de zeggenschap in een grote productie-installatie van ten minste 100 MW wijzigt.[144] Dit laat onverlet dat de algemene gedachte achter de Energiewet is dat de energieproductie is voorbehouden aan de markt.

Voor het duiden van de drie vormen van financiële participatie die centraal staan in deze quickscan in relatie tot de Energiewet, maken wij een onderscheid tussen lokaal eigendom enerzijds en het omgevingsfonds en de omwonendenregeling anderzijds. Landelijke regels voor lokaal eigendom zouden een wijziging aanbrengen in de keuze van de wetgever om de elektriciteitsproductie over te laten aan de markt en nauwelijks te reguleren. Daarmee kwalificeren wij landelijke regels voor lokaal eigendom als (een vorm van) marktordening. In dat opzicht verschilt de aard van deze landelijke regels voor lokaal eigendom van landelijke regels voor een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling. Bij een omgevingsfonds of een omgevingsregeling gaat het niet om marktordening.

De juridische duiding van landelijke regels voor lokaal eigendom als marktordening, impliceert naar onze mening in de eerste plaats dat die regels moeten worden opgenomen in de Energiewet of tenminste dat die een sterke relatie met die wet moeten hebben. Daarbij zij vermeld dat de Energiewet zich (ook) tot doel stelt het (toekomstige) energiesysteem in te passen in het bredere ruimtelijke beleid. In de tweede plaats brengt de kwalificatie als marktordening in onze ogen met zich dat de wetgever moet bezien of het voor lokaal eigendom niet logisch is om uit te gaan van een nationale regeling, ingeval op grond van beleidspolitieke overwegingen tot landelijke regels voor lokaal eigendom wordt besloten. Dat wil zeggen een regeling die in heel Nederland (op hoofdlijnen) dezelfde eisen stelt ten aanzien van alle zon- en windprojecten (en eventueel ook andere energieprojecten). De marktordening van de energiesector wordt immers op landelijk niveau vormgegeven. Vooruitlopend op de navolgende paragraaf over de Omgevingswet wijzen wij erop dat een dergelijke regeling op landelijk niveau een wezenlijk andere insteek impliceert dan die wordt aangehouden onder de Omgevingswet. De Omgevingswet is immers gericht op lokaal maatwerk, waarbij gemeenten bevoegd zijn om regels te stellen, tenzij er sprake is van een hoger, overkoepelend belang. Daartoe neemt de Omgevingswet het principe ‘decentraal, tenzij’ tot uitgangspunt.

Omdat landelijke regels voor lokaal eigendom neerkomen op marktordening en marktordening niet behoort tot de doelen van de Omgevingswet, menen wij dat landelijke regels die een uniforme verplichting voor lokaal eigendom regelen in de Energiewet, goed samen kan gaan met het uitgangspunt van maatwerk onder de Omgevingswet. Volledigheidshalve merken wij op deze plaats al op dat ook uit de juridische verankering van het eigendomsrecht en de EU-verkeersvrijheden in de Nederlandse rechtsorde kan worden afgeleid dat een nationale, uniforme verplichting voor lokaal eigendom aangewezen is (zie hierna par. 4.5).

Tot slot wordt wat betreft de Energiewet gewezen op de figuur van de energiegemeenschap. In paragraaf 2.2.3 is reeds uitgelegd wat daaronder wordt verstaan. De energiegemeenschap betreft een nieuwe actor in de energiesector, die in de Elektriciteitswet

---

publieke belangen in de Nederlandse energievoorziening. Daarbij moet ieder geval gekeken wordt naar het wettelijk kader, de bescherming van de energieconsument, de voorzieningszekerheid en de rolverdeling tussen overheid en markt, zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36 200, nr. 31.

[143] Art. 3.14 leden 4 en 5 wetsvoorstel Energiewet.

[144] Art. 6.3 wetsvoorstel Energiewet.

1998 niet wordt geregeld. In paragraaf 4.4 analyseren wij of de energiegemeenschap thuishoort in de oplossingsrichtingen voor lokaal eigendom.

4.4.3 Omgevingswet

In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of een regeling over de verschillende vormen van financiële participatie in de systematiek van de Omgevingswet zou passen. Wij constateren eerst dat financiële participatie in algemene zin niet goed aansluit bij het huidige toepassingsbereik en de (maatschappelijke) doelen van de Omgevingswet. De wetgever kan niettemin de keuze maken om regels over financiële participatie in de Omgevingswet op te nemen. We benoemen daarna dat voor regulering van lokaal eigendom de Omgevingswet niet het meest passende kader betreft. Vervolgens verkennen wij voor het omgevingsfonds en de omwonendenregeling waar regels in de Omgevingswet mogelijk een plaats zou kunnen krijgen. Op basis van onze analyse concluderen wij dat een regeling mogelijk aan zou kunnen sluiten bij hoofdstuk 13 'financiële bepalingen'.

Toepassingsbereik en doelen Omgevingswet

Sluit regelgeving over financiële participatie aan bij het onderwerp en de reikwijdte van de Omgevingswet? De Omgevingswet gaat over de fysieke leefomgeving en activiteiten die gevolgen (kunnen) hebben voor de fysieke leefomgeving (art. 1.2 Ow). Ook de gevolgen voor de mens vallen hieronder, maar enkel 'voor zover deze wordt of kan worden beïnvloed door of via onderdelen van de fysieke leefomgeving' (art. 1.2 lid 4 Ow). Het toepassingsbereik van de wet is daarmee beperkt: 'De Omgevingswet reguleert niet de directe betrekkingen tussen mensen. Steeds is de fysieke leefomgeving het medium waarlangs activiteiten van de één gevolgen hebben voor de ander'.[145] De doelen van de wet zijn kort gezegd gericht op het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving met het oog op duurzame ontwikkeling (art. 1.3 Ow). Deze brede doelstelling wordt in de Omgevingswet nader uitgewerkt en begrensd met specifieke kaders om activiteiten in de fysieke leefomgeving te reguleren.

De Omgevingswet biedt specifieke toetsingskaders om de effecten van een wind-of zonneproject op de fysieke leefomgeving te reguleren. De reikwijdte van de uitoefening van planologische bevoegdheden wordt bepaald door de norm 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. Deze norm biedt naar ons oordeel geen ruimte voor het dwingend sturen op financiële participatie. De link met de gevolgen van een activiteit voor de fysieke leefomgeving ontbreekt bij regels die eisen stellen aan de privaatrechtelijke structurering van een project(entiteit), zoals het geval is bij lokaal eigendom. Datzelfde geldt ook voor regels die de exploitant verplichten om met de omgeving afspraken te maken over een financiële afdracht uit de opbrengsten van de exploitatie van een wind- of zonnepark (omgevingsfonds en/of omwonendenregeling). Een voldoende causaal verband tussen deze financiële afdracht en de ruimtelijke effecten van een wind-of zonnepark op de kwaliteit van de fysieke leefomgeving ontbreekt.

In het algemeen stellen wij dan ook vast dat regelgeving over de verschillende vormen van financiële participatie niet goed aansluit bij het huidige toepassingsbereik van de Omgevingswet, zoals vastgelegd in art. 1.2 Ow. De wetgever kan niettemin de keuze maken om het toepassingsbereik van de Omgevingswet te verbreden en een bevoegdheidsgrondslag voor het stimuleren of afdwingen van vormen van financiële participatie in de Omgevingswet op te nemen. De Omgevingswet bevat ook nu al voorbeelden van bevoegdheidstoedelingen

[145] *Kamerstukken II*, 2013-14, 33 962, nr. 3, p. 61.

waarmee doelen worden nagestreefd die buiten de reikwijdte van de wet vallen, omdat daarmee geen wijzigingen in de fysieke leefomgeving worden gerealiseerd.[146]

Lokaal eigendom
Regulering van lokaal eigendom betreft regulering van marktordening in de energiesector. Dit vraagt van de wetgever om een afweging of de Omgevingswet wel een passend kader is.[147] Om de redenen die wij hierboven hebben uiteengezet, menen wij dat de Omgevingswet in beginsel niet het juiste wettelijke kader is om lokaal eigendom te reguleren. Daarnaast wordt de marktordening in de elektriciteitssector tot op heden primair geregeld – op nationaal niveau – in de Elektriciteitswet 1998 en de toekomstige Energiewet. Naar ons oordeel zou een regeling over lokaal eigendom beter aansluiten bij de Energiewet (zie par. 4.4.2).

Ten aanzien van een mogelijke regeling van lokaal eigendom benadrukken wij dat er naar ons oordeel relatief weinig ruimte is voor het bieden van lokaal maatwerk, vanwege de relatie tot het eigendomsrecht en de EU-verkeersvrijheden.

Omgevingsfonds en/of omwonendenregeling in hoofdstuk 13 Ow?
Het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling kunnen mogelijk gezien worden als instrumenten waarmee beoogd wordt de kwaliteit van de fysieke leefomgeving te verbeteren. Met financiële participatie wordt in het algemeen getracht een goede verdeling van lusten en lasten van activiteiten in de fysieke leefomgeving te bewerkstelligen.[148] Hoofdstuk 13 van de Omgevingswet bevat verschillende financiële bepalingen om de kosten en baten van ontwikkelingen in de fysieke leefomgeving te verdelen tussen de overheid en projectontwikkelaars. In hoeverre sluit een regeling van het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling aan bij dit instrumentarium?

Nadeelcompensatie betreft een op het bestuur rustende verplichting om op verzoek onevenredig veroorzaakte schade door de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid te vergoeden.[149] De overheid is bevoegd om de publieke kosten van nadeelcompensatie te verhalen op de projectontwikkelaar die baat heeft bij de ontwikkeling en voor zover de vergoeding van kosten van nadeelcompensatie is toe te rekenen aan de activiteit van de projectontwikkelaar. De Omgevingswet biedt (ook) een wettelijke grondslag voor een privaatrechtelijke overeenkomst over verhaal op de projectontwikkelaar van de nadeelcompensatiekosten (art. 13.3c Ow).

Hoofdstuk 13 regelt ook het kostenverhaal bij bouwactiviteiten.[150] De overheid maakt kosten om een gebied van functie te doen veranderen (zoals het bouwrijp maken van gronden en het inrichten van de openbare ruimte). De Omgevingswet biedt (ook) een wettelijke grondslag voor een privaatrechtelijke overeenkomst over het kostenverhaal op exploitanten die van de bouwmogelijkheden gebruik maken en profiteren. Indien partijen geen overeenstemming bereiken, is er een publiekrechtelijke route die de overheid verplicht om de kosten te verhalen. Aanknopingspunt is de ontwikkeling die mogelijk wordt gemaakt door bij AMvB aangewezen categorieën planologische besluiten. De regeling is gedetailleerd.

---

[146] Zo bevat art. 5.31 Ow een weigeringsgrond voor vergunningverlening gericht op het beschermen van de integriteit en bestrijding van misdaad.
[147] M.A.M. Dieperink, 'Financiële participatie en 50% lokaal eigendom in energieprojecten. Van symboolpolitiek naar wettelijke norm?', *TBR* 2022/11, p. 61.
[148] *Kamerstukken II* 2021/22, 33612, nr. 80.
[149] Na inwerkingtreding van de Omgevingswet biedt art. 4:126 Awb en grondslag. Schadeoorzaken (waaronder een omgevingsvergunning en het projectbesluit) zijn opgesomd in art. 15.1 Ow.
[150] Zie voor een inleidend overzicht: E.J. van Baardewijk, 'Fundament Kostenverhaal en financiële bijdragengrondexploitatie', *BR* 2023/31.

Kostensoorten zijn gelimiteerd en de kosten dienen proportioneel te zijn in verhouding tot het profijt dat het kostenverhaalsgebied van de kostensoorten heeft (afd. 13.6 Ow).

Naast deze wettelijk verplicht tot kostenverhaal voorziet biedt de Omgevingswet nog de facultatieve mogelijkheid voor de overheid om een financiële bijdrage te verlangen voor de verbetering van de ruimtelijk kwaliteit van een gebied en het realiseren van maatschappelijke functies (afd. 13.7 Ow). De Omgevingswet biedt (ook) een grondslag om voor in bij AMvB aangewezen categorieën activiteiten een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten over de financiële bijdrage. Vereist is dat sprake is van samenhang tussen de activiteit en de ontwikkeling waarvoor een bijdrage wordt bedongen. Die samenhang moet worden benoemd in een omgevingsvisie of programma (art. 13.22 Ow).[151] Daarnaast biedt de Omgevingswet een juridische grondslag voor een compensatieregeling in het omgevingsplan op basis waarvan de overheid op een ontwikkelaar van een bouwactiviteit een financiële bijdrage kan verhalen om verlies aan kwaliteit van de fysieke leefomgeving te compenseren (art. 13.23 Ow). Daarbij is functionele samenhang vereist, bijvoorbeeld als de bouwlocatie en de beoogde ontwikkelingen 'grosso modo binnen een gemeente dezelfde functie hebben of zullen hebben', of als de bouwlocatie daarvan profijt heeft.[152]

Kijken we naar de systematiek van deze instrumenten en vergelijken we die met een financiële afdracht in omgevingsfondsen, dan zien we met name gelijkenissen met de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen (het betreft een bijdrage van projectontwikkelaar; voor vergelijkbare maatschappelijke doeleinden; met een gebiedsoverstijgend karakter; geregeld door privaatrechtelijke overeenkomsten). Tussen de omwonendenregeling, de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen en nadeelcompensatie zien wij ook overeenkomsten. Zo gaat het, net als bij de financiële bijdrage, om bijdragen van de projectontwikkelaar op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst. Daarnaast betreft het, net als bij nadeelcompensatie een financieel voordeel voor specifieke huishoudens. Hoewel het strikt gezien niet om compensatie van schade gaat, is de achtergrond wel de verdeling van 'lusten en lasten'. Nadeelcompensatie kan, wanneer dit wordt verhaald, zelfs ten koste van de projectontwikkelaar komen. Vanuit dat perspectief is een regeling over het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling (bijvoorbeeld in een nieuwe afdeling 13.8) een mogelijke oplossingsrichting voor landelijke regelgeving.

Belangrijk om bij die mogelijke oplossingsrichting te benoemen is dat een regeling over financiële participatie duidelijk een stap verder gaat dan het huidige instrumentarium in hoofdstuk 13. De financiële afdracht aan een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling betreft niet het verhaal van publieke kosten die de overheid maakt bij gebiedsontwikkeling, zoals grondexploitatiekosten. Bij het sluiten van anterieure overeenkomsten over financiële bijdragen is men niet beperkt tot de kostensoortenlijst die geldt voor publiekrechtelijk verhaal van exploitatiekosten.[153] Er is steeds een duidelijk verband tussen de ontwikkelingen in de fysieke leefomgeving en het project. Wij menen dat een dergelijke, vereiste samenhang in het kader van de omwonendenregeling en/of het omgevingsfonds in de meeste gevallen ontbreekt (zie par. 2.4.2). Daarnaast heeft de exploitant geen profijt van de bestedingen uit een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling. Als de kwaliteit van de fysieke leefomgeving door de bestedingen verbetert, maakt dat niet dat de ontwikkelaar van een wind- of zonnepark

---

[151] *Kamerstukken II*, 2018/19, 35133, nr. 5 (*nota van wijziging*), p. 3.
[152] Toelichting bij art. 8:21 Omgevingsbesluit; A. Bregman & R. Meijer, 'Handreiking kostenverhaal en financiële bijdragen binnen de Omgevingswet, maart 2022, te vinden op: www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl, p. 27.
[153] Art. 8.13; art. 8.15 jo. Bijlage IV Omgevingsbesluit; art. 8.20 Omgevingsbesluit.

daar profijt van heeft.[154] Met een afdracht aan een omgevingsfonds en het aanbieden van een omwonendenregeling beoogt men de omgeving (indirect) te laten profiteren van de opbrengsten van het wind- of zonneproject. Deze afdracht ziet niet op integrale gebiedsontwikkeling, waarbij de gewenste maatschappelijke functies tot stand komen. In die zin is een regeling voor een omgevingsfonds en/of omwonendenregeling dan ook een 'vreemde eend in de bijt'.

Een belangrijke vraag is ook hoe een eventuele regeling van financiële participatie in de Omgevingswet zich verhoudt tot essentiële uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de regeling van kostenverhaal: 'geen betaalplanologie' (toestemming voor activiteiten in de fysieke leefomgeving is niet te koop) en 'geen baatafroming' (geen afroming van winsten van gebiedsontwikkeling).[155] De wetgever zal moeten toelichten hoe een regeling van het omgevingsfonds (en/of de omwonendenregeling) zich verhoudt tot deze uitgangspunten. De mogelijk gespannen relatie met de uitgangspunten van 'geen betaalplanologie' en 'geen baatafroming' brengt naar ons oordeel ook mee dat de wet bepaalde onderwerpen moet reguleren, die niet kunnen worden overgelaten aan decentrale overheden. Daarbij moet het juridische kader voor de afdracht aan een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling meer ruimte bieden in vergelijking met de regeling over het eisen van een financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen. Dit betekent bijvoorbeeld dat geen samenhang vereist zou zijn tussen de activiteiten van de projectontwikkelaar (het wind- of zonneproject) en de maatschappelijke projecten, doelen die gefinancierd worden uit het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling.

Verbreding reikwijdte 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties'?
In de Omgevingswet zou ook expliciet kunnen worden bepaald dat bij de uitleg van 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties' het bevoegd gezag bij zon- en windprojecten ook de mate van financiële participatie van de omgeving als mee te wegen belang mag betrekken. In de literatuur wordt ook benoemd dat open normen zoals 'een goede ruimtelijke ordening' (Wro) in de tijd aan verandering onderhevig zijn en meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen.[156] Nieuwe onderwerpen, zoals financiële participatie, zouden door de rechter (via jurisprudentie) of de wetgever onder de reikwijdte van de centrale norm 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (Ow) kunnen worden gebracht. Een dergelijke wetswijziging kan aan decentrale overheden een bevoegdheid toekennen om regels over financiële participatie op te nemen in het omgevingsplan. Ook het Rijk en provincies zijn dan bevoegd om – binnen de ruimte van het subsidiariteitsvereiste (art. 2.3 Ow) – regels te stellen over (elementen van) financiële participatie.

Deze oplossingsrichting verdient naar ons oordeel vanuit het systeem van de Omgevingswet geen aanbeveling. Het begrip 'evenwichtigheid' wordt gerelateerd aan het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb). Een besluit is in strijd met het evenredigheidsbeginsel als de nadelige gevolgen van het besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Het doel is 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. In de afweging gaat het om de gevolgen van de activiteit op de kwaliteit van de fysieke leefomgeving

[154] Dat is bijvoorbeeld anders dan de situatie dat de financiële bijdrage wordt aangewend voor de aanleg van een park, waar de ontwikkelaar van een appartementencomplex voordeel van heeft (de woon- en leefomgeving wordt verbeterd).
[155] *Kamerstukken II*, 2018-19, 35 133, nr. 3, p. 170
[156] Vgl. A.G. Bregman & J.J. Karens, 'Financiële participatie en omgevingsbijdragen bij zonneparken. Van bestuurlijke wens tot afdwingbare eis', *TBR* 2020/118, par. 6.

en het woon- en leefklimaat van omwonenden. Het brengen van de mate van financiële participatie onder de reikwijdte van deze norm lijkt niet direct goed te rechtvaardigen en impliceert bovendien dat (elke vorm van) planologische besluitvorming (over een wind- en zonproject) waarbij niet is voorzien in financiële participatie niet 'evenwichtig' zou kunnen zijn. Indien er geen planologische belemmeringen (gelet op de belangen van de fysieke leefomgeving) zijn om een zon- of windproject toe te staan, is de vraag evenwel welke juridische redenering dan zou moeten leiden tot de conclusie dat een dergelijk besluit onrechtmatig zou zijn. Financiële participatie ziet niet op regulering van de effecten van een wind-of zonnepark op de fysieke leefomgeving en het woon-en leefklimaat (evenwichtige toedeling van functies aan locaties), maar gaat over verwerven van acceptatie en draagvlak door de omgeving te laten profiteren van de opbrengsten van een project.

Regels financiële participatie koppelen aan vroegtijdige participatie?
Participatie vormt een belangrijke pijler van de Omgevingswet. De Omgevingswet en onderliggende regelgeving bevat voor verschillende instrumenten (projectbesluit, omgevingsplan en omgevingsvergunning) bepalingen om vroegtijdige participatie te stimuleren. Deze participatie vindt plaats nog voorafgaand aan de formele totstandkomingsprocedure van het besluit. In de Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet wordt het begrip 'participatieve aanpak' gedefinieerd als: 'het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden bij het proces van besluitvorming over een project of activiteit'.[157] Zou verbreding van het begrip met financiële participatie passend zijn? Of het introduceren van regels over financiële participatie in aansluiting op de bepalingen over vroegtijdige participatie? Wij achten deze oplossingsrichting niet aanbevelingswaardig. Een bezwaar tegen de koppeling met vroegtijdige participatie is de hiervoor al genoemde (mogelijke) onduidelijke relatie tot de inhoudelijke belangenafweging bij de besluitvorming op grond van de Omgevingswet. Primair doel van het inregelen van participatie en bieden van inspraak is tot op heden een zorgvuldige besluitvorming (art. 3:2 Awb; art. 3:4 Awb). Indien financiële participatie ook onder het begrip participatie onder de Omgevingswet wordt geschaard, leidt dit tot vertroebeling, die afdoet aan de rechtszekerheid.

4.4.4 Wet versterking participatie op decentraal niveau
Naar ons oordeel bieden de Gemeentewet en de Provinciewet geen bevoegdheid om in decentrale regels bepalingen op te nemen over financiële participatie. Het wetsvoorstel Wet versterking participatie op decentraal niveau voorziet in een verbreding van de huidige decentrale inspraakverordeningen naar een participatieverordening. Concreet komt deze verbreding tot uitdrukking in een voorgestelde wijziging van het eerste lid van art. 150 Gemeentewet resp. 147 Provinciewet. Het voorstel voorziet erin dat betrokkenheid niet alleen geregeld wordt voor de voorbereiding van gemeentelijk beleid, maar ook voor de 'uitvoering en evaluatie'.[158]

Art. 150 Gemeentewet en art. 147 Provinciewet bieden volgens het wetsvoorstel een bevoegdheid om *procedurele* bepalingen op te nemen in de participatieverordening. Burgerparticipatie wordt gedefinieerd als 'een manier van beleidsvoering waarbij inwoners, individueel of georganiseerd, direct of indirect, de kans krijgen om invloed uit te oefenen op de voorbereiding, uitvoering of evaluatie van beleid'.[159] Vastgelegd wordt dat bij verordening

[157] *Handelingen II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT).
[158] *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 2.
[159] *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 3, p. 6.

regels worden gesteld over de betrokkenheid van inwoners en andere belanghebbenden, maar niet hoe dat moet gebeuren.[160] Uitgangspunt is dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure wordt gevolgd, tenzij de raad andere procedurele regels voorschrijft. Hoe verhoudt het wetsvoorstel zich tot de Omgevingswet? In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt ingegaan op de relatie met andere bijzondere wetgeving waarin participatie wordt geregeld. Hieruit volgt dat daar waar participatie al in bijzondere wetten is geregeld, die regeling voor gaat: 'De wetswijziging beoogt een aanvulling te zijn op al bestaande participatieregelingen in andere wetten.'[161]

Duidelijk is dat een bevoegdheid ontbreekt voor het dwingend voorschrijven van financiële participatie in decentrale participatieverordeningen. De bevoegdheidsgrondslag voor decentrale overheden om regels te stellen ziet op procesparticipatie. De wetgever zou de keuze kunnen maken om de reikwijdte van de participatieverordening te verbreden naar financiële participatie bij zon- en windprojecten. De vraag is of dat vanuit het systeem van de wet logisch is. De grondslag in de Gemeentewet en Provinciewet heeft een algemeen karakter en ziet op het gehele beleid van de gemeente. Het toevoegen van een bevoegdheidsgrondslag die ziet op specifieke projecten in het domein van de fysieke leefomgeving past daar niet goed bij. Vragen die daarbij ook opkomen zijn hoe een dergelijke aanvulling van de Gemeentewet en de Provinciewet zich verhoudt tot de Omgevingswet en tot de situatie waarin de minister het bevoegd gezag is ten aanzien van een zon- of windproject.

4.5 Oplossingsrichtingen voor lokaal eigendom

In deze paragraaf werken we de oplossingsrichtingen uit voor lokaal eigendom. Dat doen wij door per onderwerp waarover de wetgever een keuze moet maken ingeval wordt besloten tot landelijke regels voor lokaal eigendom, te analyseren welke handvatten volgen uit de democratisch-rechtsstatelijke waarden, de voor- en nadelen van landelijke regels van niet-juridische aard en enkele beleidsmatige uitgangspunten van de Energiewet. Daarbij houden wij de opsomming aan van onderwerpen a tot en met k in par. 4.3.1. In par. 4.4.2 hebben wij reeds onderbouwd dat landelijke regels voor lokaal eigendom zouden moeten worden opgenomen in de Energiewet of tenminste een sterke relatie met die wet moeten hebben.

Met de democratisch-rechtstatelijke waarden doelen wij op de beginselen als uitgewerkt in § 3.1; namelijk: rechtszekerheid, legaliteit en specialiteit, gelijkheid en een gelijk speelveld, en effectieve rechtsbescherming. Wat betreft de voor- en nadelen van niet-juridische aard zij gewezen op de aandachtspunten flexibiliteit, onderhandelingsposities en financiële uitvoerbaarheid van zon- en windprojecten (zie par. 3.2). In par. 4.4.2 zijn wij op (het wetsvoorstel van) de Energiewet ingegaan.

a)	Verplichten de landelijke regels tot lokaal eigendom of bevatten zij een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden?
b)	Indien de landelijke regels verplichten tot lokaal eigendom, welke onderwerpen worden dan (nog meer) in landelijke regels opgenomen en welke onderwerpen worden overgelaten aan decentrale overheden?
e)	Tot welke omvang is lokaal eigendom verplicht? Wordt deze omvang op nationaal niveau bepaald of overgelaten aan decentrale overheden?

Indien lokaal eigendom bij wet wordt verplicht, dan is daarvoor wetgeving vereist. Ten eerste omdat een dergelijke verplichting een beperking van het eigendomsrecht van een grondeigenaar

[160] *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 3, p. 33.
[161] *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 3, p. 28.

impliceert. Voor een dergelijke beperking volgt uit art. 1 EP EVRM dat die bij wet moet zijn voorzien, een legitiem doel moet dienen en proportioneel moet zijn.[162] Dit vereiste van een wettelijke grondslag kan worden gezien als een codificatie van het legaliteitsbeginsel. Ten tweede kan een verplichting tot lokaal eigendom marktpartijen ervan weerhouden om in zon- en windprojecten te stappen en daarom een beperking van het vrije kapitaal- en vestigingsverkeer inhouden.[163] Een dergelijke beperking wordt onder meer gereguleerd door de artt. 63-65 van het EU-werkingsverdrag. Volgens die artikelen is een beperking van het vrije kapitaalverkeer in beginsel verboden. Vervolgens moet worden beoordeeld of zo'n beperking gerechtvaardigd is door één van de redenen genoemd in art. 65 EU-werkingsverdrag of door dwingende redenen van algemeen belang.[164]

Naast de waarborg van een wettelijke grondslag, volgen uit deze artikelen dat een beperking gerechtvaardigd moet zijn om dwingende redenen van algemeen belang, en de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk. De overheid mag dus op zich het eigendomsrecht en het vrije verkeer bij wet beperken, maar die beperking moet een legitiem doel dienen en proportioneel zijn.[165] In het kader van de proportionaliteitsbeoordeling moet worden onderbouwd waarom niet met een minder ingrijpende maatregel (dan het voorschrijven van lokaal eigendom) kan worden volstaan. Een minder ingrijpende maatregel zou bijvoorbeeld een omgevingsfonds en/of een omwonendenregeling kunnen zijn.

Tegen deze achtergrond menen wij dat uit de wet zelf moet volgen wanneer lokaal eigendom is vereist en op welke wijze die lokaal eigendom kan worden ingevuld. Op zich is het denkbaar dat landelijke regels daarbij slechts uitgaan van een bevoegdheidsgrondslag voor decentrale overheden om projectontwikkelaars te verplichten tot lokaal eigendom. Bedacht moet dan echter worden dat voor decentrale overheden een zware motiveringsplicht geldt om projectontwikkelaars daadwerkelijk te verplichten tot lokaal eigendom, bijvoorbeeld wanneer – door open normen in de landelijke regels – van decentrale overheden wordt verwacht dat voor concrete projecten telkens wordt afgewogen of lokaal eigendom noodzakelijk is. Dit ligt anders indien op landelijk niveau wordt besloten dat lokaal eigendom (voor bepaalde projecten) verplicht is. Dan dient de nationale wetgever te onderbouwen dat sprake is van een legitieme reden en dat de verplichting tot lokaal eigendom proportioneel is in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. Een argument (van niet juridische-aard) dat pleit tegen landelijke regels die voorschrijven wanneer lokaal eigendom is vereist, is dat dat ten koste gaat van de flexibiliteit. Hierbij zij benadrukt dat ook bij landelijke regels ruimte kan worden geboden voor een (geclausuleerde) uitzondering, namelijk ingeval er onvoldoende animo bestaat in de omgeving voor lokaal eigendom (zie ook hierna ad d).

Een vergelijkbare analyse maken wij ten aanzien van de omvang van de zeggenschap van de omgeving; dat wil zeggen de omvang van het aandeel verplichte lokaal eigendom. Zo wordt in het landelijke beleid uitgegaan van (ten minste) 50% zeggenschap van de omgeving (zie paragraaf 2.1.1), maar daarover kan een andere afweging worden gemaakt in of op grond van landelijke regels. Vanwege de bescherming van het eigendomsrecht en de verkeersvrijheden geldt dat de omvang van het aandeel noodzakelijk en proportioneel moet zijn

---

[162] Dit toetsingskader en de wijze waarop de proportionaliteit van eigendomsbeperkende regulering worden beoordeeld, volgt bijvoorbeeld duidelijk uit het EHRM 16 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD002162313, o.a. *AB* 2020/48 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie ook r.o. 3.6.2 van HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, *NJ* 2009/233.

[163] Vgl. de Afdeling advisering Raad van State over een wetsvoorstel tot wijziging van de Mijnbouwwet voor aardwarmte (*Kamerstukken II* 2019/20, 35531, nr. 4).

[164] Zie o.a. het HvJ EU 22 oktober 2013, *NJ* 2014/21, punt 50 e.v..

[165] Dit toetsingskader en de wijze waarop de proportionaliteit van eigendomsbeperkende regulering worden beoordeeld, volgt bijvoorbeeld duidelijk uit het EHRM 16 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD002162313, o.a. *AB* 2020/48 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

in relatie tot de doelen van het verplicht stellen van lokaal eigendom. Ook wat betreft het bepalen van de omvang van het aandeel verplichte lokaal eigendom geldt dat dit, op zich, zowel op nationaal niveau in de landelijke regels kan worden bepaald, als kan worden overgelaten aan decentrale overheden. Echter, indien deze afweging wordt overgelaten aan decentrale overheden, geldt voor hen een zware motiveringsplicht om te onderbouwen dat een bepaald lokaal belang noodzakelijk en proportioneel is.

In het verlengde hiervan zij erop gewezen dat uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel een voorkeur bestaat voor zowel een nationale verplichting tot lokaal eigendom, als het bepalen van de omvang van het verplichte aandeel lokaal eigendom op nationaal niveau. Niet alleen worden projectontwikkelaars dan op nationaal niveau gelijk behandeld, ook heeft de omgeving op landelijk niveau een gelijke aanspraak op financiële participatie in de vorm van lokaal eigendom. In het verlengde hiervan wijzen wij erop dat ook het rechtszekerheidsbeginsel beter is gediend met een nationale verplichting tot lokaal eigendom en het op landelijk niveau vastleggen van het aandeel van de omgeving, dan ingeval dit door decentrale overheden zou worden bepaald op basis van een wet in formele zin.

Een argument dat pleit tegen het op nationaal regelen van een verplichte vorm van lokaal eigendom en de omvang van de zeggenschap volgt uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Weliswaar staat bij zo'n nationale regeling rechtsbescherming bij de civiele rechter open, maar voor een projectontwikkelaar of de omgeving zal het logischer aanvoelen om rechtsmiddelen in te stellen tegen het verplichten tot lokaal eigendom op projectniveau (als onderdeel van een bredere besluitvorming, waaronder vergunningverlening).

c)	Indien de landelijke regels een bevoegdheidsgrondslag voor lokaal eigendom bevatten, (in hoeverre) worden dan in die landelijke regels kaders en randvoorwaarden voor lokaal eigendom bepaald?

Indien niet de landelijke regels een verplichting tot lokaal eigendom regelen en de (minimale) omvang van de zeggenschap van de omgeving bepaalt, maar dat overlaat aan decentrale overheden, dan zouden de landelijke regels moeten bepalen welke belangen decentrale overheden bij deze besluitvorming moeten betrekken. Deze belangen moeten relevant zijn om de noodzaak en de proportionaliteit van de verplichting tot lokaal eigendom te kunnen onderbouwen. Deze oplossingsrichting leiden wij af uit de hiervoor reeds aangehaalde regulering van het eigendomsrecht en de verkeersvrijheden, en het rechtszekerheidsbeginsel.

d)	Is de verplichting tot lokaal eigendom een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting?

Een wettelijke verplichting tot lokaal eigendom kan, op zich, zowel als resultaatsverplichting als als inspanningsverplichting worden vormgegeven. Bij een resultaatsverplichting kan men denken aan het vastleggen van de eerdergenoemde 50% of een ander (lager) percentage of een bandbreedte; of aan het volstaan met een wettelijke verplichting en het aandeel overlaten aan decentrale overheden, die dat op basis van project- en locatiespecifieke omstandigheden bepalen. Verder dient de wetgever te onderkennen dat beide typen verplichtingen in een andere verhouding tot het eigendomsrecht en de verkeersvrijheden staan. Zo is bij een inspanningsverplichting de inbreuk op het eigendomsrecht minder ingrijpend.

Zou de verplichting tot lokaal eigendom als een resultaatsverplichting worden geformuleerd, dan verdient met name de hiervoor onderbouwde noodzakelijkheidseis volgend uit art. 1 EP EVRM en artt. 63-65 EU-werkingsverdrag aandacht. Uitgangspunt is dan immers dat altijd lokaal eigendom nodig is, met kanttekening dat dan nog wel een geclausuleerde uitzondering mogelijk is; dat werken wij hierna uit. Zou worden volstaan met een

inspanningsplicht – hetgeen op zichzelf minder ingrijpend is dan een resultaatsverplichting – dan wordt daarmee op voorhand min of meer geaccepteerd dat niet altijd projecten sprake zal zijn van lokaal eigendom. Een resultaatsverplichting geeft overheden en de omgeving een stevige (onderhandelings)positie. Dit kan echter ten koste gaan van de financiële uitvoerbaarheid van projecten. Een nadeel van een inspanningsverplichting is dat het voor overheden lastiger te toetsen is of daaraan is voldaan; vooral ingeval de inspanningsverplichting (alleen) geldt vanaf de exploitatiefase. Verder kan een inspanningsverplichting minder effectief zijn dan een resultaatsverplichting, omdat lokaal eigendom moeilijk kan worden afgedwongen. In de praktijk kan het voorkomen, hetgeen ook is bevestigd in de expertmeeting, dat onvoldoende animo bestaat voor lokaal eigendom (voor 50%). Gesteld zou kunnen worden dat in die context een resultaatsverplichting te zwaar is, want de facto leidt tot het niet (kunnen) doorgaan van een project. Naar onze mening kan deze situatie worden ondervangen door een geclausuleerde uitzondering in de wet op te nemen, en is niet per se een inspanningsverplichting aangewezen. Ook zou dat kunnen worden ondervangen door het aandeel van de omgeving (in %) te laten vaststellen op lokaal niveau. Deze mogelijkheden ten aanzien van een resultaatsverplichting dienen te worden afgewogen tegen een inspanningsverplichting, waarbij dient te worden onderkend dat een inspanningsverplichting als zodanig minder hard is en het voor overheden moeilijk (zo niet onmogelijk) is om te dwingen tot lokale eigendom.

f)	Bevatten de landelijke regels een definitie van lokaal eigendom?
g)	Bevatten de landelijke regels een definitie van de omgeving?
h)	Bevatten de landelijke regels voorschriften omtrent de organisatievorm van de omgeving?

Omwille van de rechtszekerheid en de -gelijkheid zouden landelijke regels een definitie van lokaal eigendom en de omgeving kunnen bevatten, en worden daarin voorschriften met betrekking tot de organisatievorm opgenomen. Wat betreft de organisatievorm kan worden aangesloten bij de figuur van de energiegemeenschap of de specifiekere ‘energiegemeenschap die hernieuwbare energieprojecten ontwikkelt’ onder (het wetsvoorstel voor) de Energiewet (zie par. 2.2.3). Dat neemt echter niet weg dat bij voorkeur wordt onderbouwd welke (rechts)personen tot de omgeving worden gerekend. Voor een energiegemeenschap is in algemene zin namelijk niet geregeld dat deze bestaat uit leden ‘uit de omgeving’. Voor de energiegemeenschap die hernieuwbare energieprojecten ontwikkelt, is wel een nabijheidscriterium geregeld, maar wordt niet aangegeven wanneer daaraan wordt voldaan. Landelijke regels voor lokaal eigendom zouden bij voorkeur wel daarin voorzien.

i)	Hoe en wanneer wordt beoordeeld of aan de verplichting met betrekking tot lokaal eigendom wordt voldaan?
j)	(Hoe) moeten de landelijke regels borgen dat de lokaal eigendom ook nog na dat beoordelingsmoment in stand blijft?

Met betrekking tot deze onderwerpen volgt uit het normatieve toetsingskader niet een bepaalde oplossingsrichting, met dien verstande dat de landelijke regels omwille van de rechtszekerheid en -gelijkheid op een ondubbelzinnige wijze regelen op welk(e) moment(en) dient te worden voldaan een lokaal-eigendom-verplichting. Wel kan worden gesteld dat het moment waarop sprake moet zijn van lokaal eigendom in een rechtstreeks verband staat tot de financiële uitvoerbaarheid van het zon- of windproject. Immers, als lokaal eigendom verplicht is vanaf de ontwikkelfase dan vergt dat van de omgeving dat zij voldoende financiële middelen (tenminste in de vorm van eigen vermogen van het project) beschikbaar hebben en stellen om de bouwkosten van het project voor te financieren. Als lokaal eigendom pas vanaf de

exploitatiefase is vereist, is het niet nodig dat die voorfinanciering mede van de omgeving afkomstig is.

k)	Moet lokaal eigendom alleen voor zon- en windprojecten worden geregeld of ook voor andere projecten?

Het klimaatbeleid gaat uitsluitend voor zon- en windprojecten uit van 50% lokaal eigendom. Een dergelijk uitgangspunt of verplichting is niet aan de orde bij andere projecten, binnen en buiten de energiesector. Deze afwijkende benadering van zon- en windprojecten ten opzichte van andere ruimtelijke projecten wordt niet in het Klimaatakkoord en daaropvolgende beleidsstukken onderbouwd. Het Planbureau voor de Leefomgeving heeft hierover opgemerkt dat ogenschijnlijk makkelijk over dat verschil wordt heengestapt.[166] Redenerend vanuit het gelijkheidsbeginsel signaleren wij dat hiermee een gespannen relatie bestaat. Zo kan het ook voor biogas-, warmte- of mijnbouwprojecten wenselijk zijn om de lusten en lasten tussen projectontwikkelaars en omwonenden evenwichtiger te verdelen, en zijn er ook buiten de energiesector projecten aan te wijzen die een grote impact hebben op de omgeving, zonder dat er een evidente rechtvaardiging bestaat om voor die projecten niet uit te gaan van lokaal eigendom.

4.6 Oplossingsrichtingen voor omgevingsfonds en/of omwonendenregeling

In deze paragraaf werken we de oplossingsrichtingen uit voor het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling. Wij analyseren per onderwerp waarover de wetgever een keuze moet maken welke handvatten volgen uit de democratisch-rechtsstatelijke waarden en betrekken daarbij ook aandachtspunten voor landelijke regels van niet-juridische aard.

Wij hebben in paragraaf 4.3 onderbouwd dat landelijke regels over het omgevingsfonds, omwonendenregeling niet goed aansluiten bij de huidige reikwijdte en de doelen van de Omgevingswet. Niettemin kan de wetgever de keuze maken om landelijke regels op te nemen in de Omgevingswet. Verkend is waar een regeling over financiële participatie mogelijk zou kunnen landen. Van de verschillende opties lijkt hoofdstuk 13 Ow betreffende ‘financiële bepalingen’ ons het meest passend.

a)	Verplichten de landelijke regels tot een financiële afdracht aan een omgevingsfonds of een, een omwonendenregeling of bevatten zij een bevoegdheidsgrondslag daartoe voor decentrale overheden?
b)	Indien de landelijke regels een verplichting bevatten, welke onderwerpen worden dan (nog meer) in landelijke regels opgenomen en welke onderwerpen worden overgelaten aan decentrale overheden?
c)	Indien de landelijke regels een bevoegdheidsgrondslag bevatten, (in hoeverre) worden dan in die landelijke regels kaders en randvoorwaarden bepaald?
d)	Is de verplichting een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting?

Een verplichte financiële afdracht in een fonds of aan een omwonendenregeling vergt wetgeving. Dat geldt zowel voor een resultaats-, als voor een inspanningsverplichting. Op grond van het legaliteitsbeginsel is voor een dergelijke verplichting een basis in formele wetgeving vereist. Een verplichte financiële afdracht betreft een inmenging in het eigendomsrecht en om die reden geldt dat het bij wet moet zijn voorzien, een legitiem doel moet

[166] Zie: J. Matthijsen (e.a.) *Monitor RES 1.0. Een analyse van de Regionale Energie Strategieën 1.0.* Den Haag: 2021, Planbureau voor de Leefomgeving, p. 77-78.

dienen en proportioneel moet zijn (art. 1 EP EVRM). Een onderbouwing van het legitieme doel vraagt ook om een onderbouwing van de noodzaak van regulering en het te bereiken doel. De proportionaliteitsbeoordeling vraagt om een onderbouwing waarom niet met een minder ingrijpende maatregel kan worden volstaan. In dit verband verdient naar ons idee de afweging tussen het introduceren van een resultaats- en inspanningsverplichting aandacht. Met het oog op het gelijkheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel dient naar ons oordeel op landelijk niveau een keuze gemaakt te worden tussen een inspannings- of een resultaatsverplichting. Deze keuze zou naar ons oordeel niet moeten worden overgelaten aan decentrale overheden.

De landelijke regels kunnen een bevoegdheidsgrondslag bevatten die door decentrale overheden nader worden uitgewerkt. Het rechtszekerheids- en het gelijkheidsbeginsel enerzijds en de vraag om flexibiliteit anderzijds vragen naar ons oordeel om landelijke kaders, die genoeg ruimte bieden aan decentrale overheden om rekening te houden met locatiespecifieke en projectspecifieke omstandigheden. In aansluiting op de systematiek van kostenverhaal in hoofdstuk 13 Ow zou eveneens de keuze gemaakt kunnen worden voor een wettelijke grondslag voor een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de overheid en de projectontwikkelaar over de afdracht in een fonds en/of het aanbieden van een omwonendenregeling, met daarbij een publiekrechtelijke regeling als ‘stok achter de deur’.

e) Bevatten de landelijke regels eisen over de omvang van de financiële afdracht? En de verdeling tussen een fonds, omwonendenregeling?

In de praktijk zit behoorlijk wat variatie in de bijdrage van projectontwikkelaars aan omgevingsfondsen. Vanuit het rechtszekerheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel (in macro-perspectief) en het daaraan gerelateerde argument van een gelijk speelveld kan beargumenteerd worden dat op landelijk niveau kaders worden gegeven over de omvang van de bijdrage aan het fonds.

In aansluiting op de gedragscode Wind op Land kan gedacht worden aan een richtbedrag per MWh, of een percentage van de winst of inkomsten. Ook denkbaar is een minimumbedrag of kaders met bandbreedten waarbij de bijdrage wordt bepaald aan de hand van indicatoren zoals projectgrootte en tijdsduur. Binnen die landelijke kaders zou ruimte kunnen worden gelaten voor onderhandelingen op lokaal niveau. Een aandachtspunt is dat landelijke kaders zo worden ingericht dat in voldoende mate rekening kan worden gehouden met fluctuaties in de markt. Tot slot is het allerbelangrijkste dat een dergelijk bedrag geen belemmering vormt voor de financiële uitvoerbaarheid van het project (en daarmee voor de voortvarendheid van de energietransitie).

f) Bevatten de landelijke regels een definitie van het omgevingsfonds, omwonendenregeling?
g) Bevatten de landelijke regels een definitie van de omgeving?

Gelet op het rechtzekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel achten wij een definitie in landelijke regels noodzakelijk, omdat anders onvoldoende duidelijk is of de regels van toepassing zijn. Wat precies gedefinieerd wordt, is afhankelijk van de wijze waarop de regelgeving wordt vormgegeven. Denkbaar is dat de wetgever een open omschrijving geeft, zoals ‘financiële bijdrage voor financiële participatie’. Met het oog op rechtszekerheid moet dan wel voldoende duidelijk zijn wat dan wordt bedoeld met financiële participatie. Met het oog op flexibiliteit is een aandachtspunt om dit niet te strak te definiëren, zodat de praktijk niet

te zeer wordt beperkt. Een optie is om ook definities van het omgevingsfonds en de omwonendenregeling te geven. Hierbij geldt hetzelfde aandachtspunt.

Vanuit het perspectief van rechtszekerheid en gelijkheid is wenselijk dat duidelijk is wie of welke bestedingsdoelen aanspraak kunnen maken op gelden uit een fonds, of aanspraak kunnen maken op een bedrag (of een voorziening) uit de omwonendenregeling. Hiervoor is noodzakelijk dat de wetgever een beleidskeuze maakt over het doel van financiële participatie. Gaat het om de relatie tussen de impact van een project en de directe gevolgen voor de (rechts)personen in de omgeving? Zo ja, dan zijn gemeentegrenzen bijvoorbeeld niet bepalend voor de vraag of iemand behoort tot 'de omgeving' (denk aan een project op de grens van een gemeente). Indien langs deze lijnen wordt gedacht, ligt aansluiting bij het belanghebbende begrip (art. 1:2 Awb) voor de hand. Relevant is dan wel dat wij op dit moment de indruk hebben dat de kring van betrokkenen bij financiële participatie ruimer is dan de kring van belanghebbenden. Ook een andere beleidskeuze is mogelijk. Wordt meer in algemene zin beoogd om draagvlak voor zon- en windprojecten in een gemeente of provincie te bewerkstelligen? Dan ligt een bredere afbakening meer voor de hand, bijvoorbeeld door de omgeving met een bepaalde straal af te baken. Het is echter onze indruk dat een uniforme afbakening van de omgeving in de praktijk gecompliceerd kan zijn, waardoor hier een zorgvuldige afweging over dient te worden gemaakt. Een oplossingsrichting kan zijn dat in een landelijke regeling criteria worden vastgelegd die op lokaal niveau toegepast moeten worden teneinde vast te stellen wie behoort tot de omgeving.

h) Bevatten de landelijke regels voorschriften over de zeggenschap over besteding van de gelden?

Bij de beantwoording van deze vraag spelen verschillende aspecten een rol. Wie bepaalt of een financiële afdracht naar een omgevingsfonds of omwonendenregeling gaat? Gelet op de rechtszekerheid en -gelijkheid kan beargumenteerd worden dat een keuze op dit punt wenselijk is.

Wie gaat over de *feitelijke* verdeling van de gelden en wat is de rechtsvorm van de beherende entiteit? Denkbaar is dat de overheid de uitvoering van een fonds op zich neemt. Dat sluit ook aan bij de regeling van de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkeling en nadeelcompensatie, waarbij de overheid over de besteding respectievelijk de uitkering van die gelden gaat. Als een overheidslichaam verantwoordelijk is voor de verdeling van de gelden, dan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op dit overheidshandelen. Daarnaast kan een besluit tot toewijzing of afwijzing van een verzoek om een bedrag uit dat door de overheid beheerde fonds worden aangemerkt als besluit in de zin van de Awb, waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is.[167]

Een andere mogelijkheid is dat de feitelijke verdeling volledig aan private partijen wordt overgelaten. Wij menen dat een essentiële eigenschap van financiële participatie is dat de omgeving dan ook zeggenschap heeft over besteding van de gelden. De wijze waarop die zeggenschap wordt georganiseerd, is mede afhankelijk van de rechtsvorm van het fonds. Om die zeggenschap van 'de omgeving' te waarborgen zouden op basis van een landelijke bevoegdheidsgrondslag in decentrale regelgeving kaders worden gegeven. Een minder ingrijpend alternatief is een heldere handreiking. Daar staat tegenover dat de bestuursrechtelijke waarborgen en rechtsbescherming bij deze oplossingsrichting in beginsel niet opgaan.

[167] Art. 3:1 lid 2 Awb jo. Art. 3:14 BW; art. 1:3 Awb jo. Art. 8:1 Awb.

i) Bevatten de landelijke regels waarborgen bij de verdeling van gelden (transparantie, motivering, onpartijdigheid)?

Ons normatieve kader biedt geen handvatten om deze vraag te beantwoorden. We menen dat deze waarborgen wel aandachtspunten vormen bij het creëren van landelijke regels (zie hiervoor onder h).

j) Hoe en wanneer wordt beoordeeld of aan de verplichting met betrekking tot het omgevingsfonds en/of de omwonendenregeling wordt voldaan?

Vanuit de systematiek van de financiële bepalingen uit hoofdstuk 13 Ow kan beredeneerd worden dat afspraken over de financiële afdracht aan een fonds of omwonendenregeling een voorwaarde vormen voor het uitoefenen van de activiteit. Wordt een dergelijke afdracht vrijwillig overeengekomen, dat betreft dat primair een overeenkomst die via privaatrechtelijke normen kan worden afgedwongen, uiteindelijk bij de civiele rechter. Als er ook een publiekrechtelijke 'stok achter de deur' wordt ingebouwd, dan kan het niet voldoen aan deze verplichtingen reden zijn om geen omgevingsrechtelijke medewerking te verlenen. In beide gevallen is de verplichting tot afdracht geregeld voorafgaand aan de toestemming van het project. Het verdient aanbeveling om op dat moment en in die gevallen te waarborgen dat de verplichting gedurende de exploitatiefase in stand blijft en wordt uitgevoerd. Het maken van afspraken en/of het publiekrechtelijk afdwingen van de afdracht aan een fonds of omwonendenregeling nadat alle (overheids)toestemmingen voor het project zijn afgegeven, ligt naar ons oordeel niet in de rede.

k) Moet een financiële afdracht in een omgevingsfonds, het aanbieden van een omwonendenregeling alleen voor zon- en windprojecten worden geregeld of ook voor andere projecten?

Als een regeling wordt opgenomen in de Omgevingswet, dan is vanuit de systematiek van deze wet logisch om een financiële afdracht aan een fonds, of omwonendenregeling te regelen voor alle projecten met een impact op de fysieke leefomgeving. Indien de wetgever dit alleen wenst voor zon- en windprojecten, dan vraagt dat om een expliciete regeling waarin deze projecten worden aangewezen en bovendien vraagt het om een rechtvaardiging van de beperking tot die (energie)projecten (zie ook par. 4.5 onder k).

5. Conclusie

In deze quickscan staat de volgende centrale vraag centraal: *Op welke wijze zouden landelijke regels over financiële participatie een juridische basis kunnen bieden voor financiële participatie en in hoeverre kunnen daarmee knelpunten in het huidige en onder de Omgevingswet geldende juridisch kader worden opgelost?*

Daarbij richt het onderzoek zich op drie vormen van financiële participatie bij zon- en windprojecten op land, namelijk lokaal eigendom, het omgevingsfonds en de omwonendenregeling. Wij stellen vast dat het omgevingsfonds en de omwonendenregeling op relevante punten (juridisch) veel op elkaar lijken, terwijl lokaal eigendom een vorm van financiële participatie van wezenlijk andere aard is. Omgevingsfondsen en omwonendenregelingen komen in feite neer op een vorm van baatafroming. Bij het reguleren van lokaal eigendom is er sprake van marktordening, waarbij personen uit de omgeving zeggenschap krijgen en mede het investeringsrisico dragen. Daarom heeft het stellen van landelijke regels over lokaal eigendom een ingrijpender karakter dan het introduceren van landelijke regels over omgevingsfondsen en omwonendenregelingen.

Analyse huidig recht
Mede op basis van de expertmeeting hebben wij de indruk dat overheden behoefte hebben aan een juridische basis om (dwingend) aan te kunnen sturen op financiële participatie in hernieuwbare energieprojecten. Zoals eerder in de literatuur is geconstateerd, ontbreekt voor de overheid naar huidig recht en onder de Omgevingswet en de Energiewet een juridische basis om de realisatie van financiële participatie af te dwingen. Voor het opleggen van een inspanningsverplichtingen op basis van beleid, zoals in de rechtspraak toelaatbaar wordt geacht, zien wij onvoldoende wettelijke basis. De maatschappelijke tender, die in september 2021 door de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat als handvat wordt benoemd, is evenmin een legitieme grondslag.

Met betrekking tot het omgevingsfonds merken wij op dat deze vorm een zekere gelijkenis vertoont met de financiële bijdrage voor ruimtelijke ontwikkelingen in de zin van art. 6.24 lid 1 sub a Wro en afdeling 13.7 Ow. Wij menen echter dat de vereiste ruimtelijke of functionele samenhang tussen de ontwikkeling en de gewenste bijdrage aan het omgevingsfonds in de praktijk meestal zal ontbreken, aangezien kenmerkend voor een omgevingsfonds is dat de omgeving kan beslissen over de besteding van de beschikbare middelen. Om die reden kan de regeling voor financiële bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen niet of nauwelijks als basis fungeren voor het contracteren over of het verhalen van een afdracht aan een omgevingsfonds.

Het ontbreken van een juridische basis voor de huidige praktijk achten wij de meest zwaarwegende reden om financiële participatie landelijk te reguleren. Overheden die toch financiële participatie in het kader van hun omgevingsrechtelijke bevoegdheden verplicht trachten te stellen, handelen in strijd met de rechtsstatelijke beginselen van legaliteit en specialiteit. Daarnaast wijzen wij op een aantal juridische knelpunten die als argument kunnen dienen voor het stellen van landelijke regels, met name de bestaande rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid tussen ontwikkelaars en de omgeving, het ontbreken van een gelijk speelveld en reële mogelijkheden voor rechtsbescherming voor de omgeving. Voorts leiden wij uit bestaande literatuur een aantal niet-juridische aandachtspunten af voor de vraag of landelijke regels wenselijk zijn; namelijk de vraag naar flexibiliteit, het bestaan van asymmetrische onderhandelingsposities, het belang van financiële uitvoerbaarheid van zon- en windprojecten en de wijze waarop financiële participatie door de omgeving wordt ervaren.

Oplossingsrichtingen

Tegen deze achtergrond hebben wij mogelijke oplossingsrichtingen verkend. Om tegemoet te komen aan het ontbreken van een juridische basis voor financiële participatie, is volgens ons hoe dan ook een basis in wetgeving nodig. Vanwege de verschillen tussen de vormen van financiële participatie achten wij het nodig om de oplossingsrichting voor lokaal eigendom te onderscheiden van die voor het omgevingsfonds en de omwonendenregeling.

Indien men lokaal eigendom wenst te reguleren, menen wij op basis van onze wetssystematische analyse dat de Energiewet zich hier het beste voor zou lenen. Een centrale gedachte achter de huidige regulering, zowel onder de Elektriciteitswet 1998 als de Energiewet, is dat energieproductie aan de markt wordt voorbehouden. Aangezien regulering van lokaal eigendom deze marktordeningskeuze wijzigt, past het dat dergelijke regels in de Energiewet worden opgenomen of een sterke relatie met deze wet hebben. Van belang is verder dat een beperking van het eigendomsrecht, zoals dat wordt beschermd in art. 1 EP EVRM, een basis in de wet vereist. Daarnaast zijn beperkingen slechts toegestaan, indien deze gerechtvaardigd zijn om dwingende redenen van algemeen belang en als zij proportioneel zijn. Vanwege het ingrijpende karakter van het lokaal eigendom, lijkt het ons wenselijk als uit de wet volgt wat onder lokaal eigendom wordt verstaan, wanneer lokaal eigendom vereist is en op welke wijze dit kan worden vormgegeven. Het introduceren van een bevoegdheidsgrondslag is ook een mogelijkheid, met dien verstande dat dan een zware motiveringsplicht op decentrale overheden zou komen te rusten. Wat betreft de definitie van lokaal eigendom, zou wat ons betreft kunnen worden aangesloten bij de figuur van de energiegemeenschap, waarbij bij voorkeur wordt onderbouwd welke (rechts)personen tot de omgeving worden gerekend.

Wat betreft het omgevingsfonds en de omwonendenregeling, menen wij dat regulering het best zou aansluiten bij hoofdstuk 13 Ow. Dit hoofdstuk van de Omgevingswet bevat namelijk al verschillende financiële bepalingen. Daarbij geldt echter dat regels over financiële participatie nog steeds een ‘vreemde eend in de bijt’ zouden zijn. Immers, verplichtingen om af te dragen aan een omgevingsfonds of omwonendenregeling staan in beginsel niet in verband met de kwaliteit van de fysieke leefomgeving. Daarnaast is nodig dat de wetgever verduidelijkt op welke wijze de regels zich verhouden tot de uitgangspunten ‘geen betaalplanologie’ en ‘geen baatafroming’, bijvoorbeeld door te onderbouwen dat voor deze specifieke, maatschappelijk urgente projecten binnen strikte condities van deze uitgangspunten wordt afgeweken. In aansluiting op hoofdstuk 13 Ow zou men een keuze kunnen maken voor een wettelijke grondslag voor het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten op dit punt, eventueel met een publiekrechtelijke regeling als ‘stok achter de deur’. Het rechtszekerheidsbeginsel- en het gelijkheidsbeginsel vergen naar onze opvatting een keuze voor een basis voor het opleggen van inspanningsverplichtingen of resultaatsverplichtingen.

Verdere uitwerking

In deze quickscan hebben we verder de verschillende onderwerpen waarover de wetgever een keuze moet maken bij landelijke regels voor lokaal eigendom enerzijds en het omgevingsfonds en de omwonendenregeling anderzijds geformuleerd. Voor beide vormen geldt dat het vanuit het perspectief van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel wenselijk zou zijn om de relevante onderwerpen zoveel mogelijk landelijk te reguleren. De toegenomen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gaan echter ten koste van flexibiliteit en het risico bestaat dat de financiële uitvoerbaarheid van zon- en windprojecten in het gedrang komt. Dit spanningsveld vergt een nauwkeurige afweging over de vraag op welke punten meer sturing en op welke punten meer flexibiliteit is gewenst. Wij willen daarnaast opmerken dat het belangrijk is om duidelijk voor ogen te hebben wat de doelstelling van financiële participatie is en onder welke voorwaarden die doelstelling daadwerkelijk wordt behaald. Voordat financiële participatie wordt gereguleerd, is er in ieder geval een visie nodig over de vraag voor welke

categorieën projecten financiële participatie gewenst is en om welke redenen kan worden gerechtvaardigd dat dat uitgangspunt niet voor andere projecten geldt.

Tot slot

Tot slot willen wij benadrukken dat dit onderzoek een quickscan betreft. Het doel van deze quickscan is slechts om mogelijkheden voor een landelijke regeling voor financiële participatie te *verkennen*. Dit document kan dienen als basis voor beleidsvorming. Nader onderzoek is nodig om de te maken keuzes beter te onderbouwen.

Wij menen dat in ieder geval nader onderzoek is gewenst voor de onderbouwing wanneer financiële participatie een gunstig effect heeft op de acceptatie van zon- en windprojecten door omwonenden en of dit ook bij andersoortige projecten wenselijk zou zijn. Ook zijn we nieuwsgierig in hoeverre het behouden van flexibiliteit nodig zou zijn om aan te sluiten bij locatie-specifieke en project-specifieke eigenschappen. Daarnaast zou meer diepgaand rechtsvergelijkend onderzoek naar de regels in andere landen met een meer verplichtend stelsel ten aanzien van financiële participatie van grote toegevoegde waarde kunnen zijn.

Wij menen voorts dat voor de praktijk onderzoek naar de mogelijkheden voor privaatrechtelijke sturing bij publieke grondposities uitkomst kan bieden. Tot slot, indien hernieuwbare energieprojecten gesubsidieerd blijven worden, dan bevelen wij aan om te onderzoeken of aan deze subsidiëring eisen omtrent financiële participatie kunnen worden verbonden.

Bijlage A. Samenstelling onderzoeksteam

Mr. D.E. Bakker
Dorien Bakker is sinds 2021 promovenda en junior docent aan de Rijksuniversiteit Groningen, vakgroep Staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde. Zij doceert bestuursrechtelijke en staatsrechtelijke vakken. Haar proefschrift schrift zij over financiële participatie, in het bijzonder door middel van omgevingsfondsen, in relatie tot het recht. In het kader daarvan heeft zij in 2022 een preadvies voor de Jonge VAR geschreven over de maatschappelijke tender om op financiële participatie te sturen.

Prof. mr. M.A.M. Dieperink
Marjolein Dieperink is bijzonder hoogleraar Klimaatverandering en Energietransitie aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit (VU). In haar onderzoek houdt zij zich onder meer bezig met de verhouding tussen publieke en private partijen in hernieuwbare energieprojecten. Marjolein is thuis in het Europese en nationale energie- en klimaatrecht en het omgevingsrecht. Tevens is zij docent van het vak omgevingsrecht, en programmaleider en docent in de postdoctorale leergang Klimaatverandering en Energietransitie van de VU. Naast haar wetenschappelijke werk is Marjolein als advocaat verbonden aan AKD Benelux Lawyers.

Prof. mr. K.J. de Graaf
Kars de Graaf is hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid aan de Rijksuniversiteit Groningen, rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Noord-Nederland, redacteur van het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht (TO)*, voorzitter van de Vereniging voor Milieurecht (VMR) en lid van het bestuur van de Vereniging voor bestuursrecht (VAR). Hij publiceert over algemeen bestuurs(proces)recht en omgevingsrecht.

Prof. mr. H.D. Tolsma
Hanna Tolsma is hoogleraar Besluitvorming en rechtsbescherming in het omgevingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij is lid van de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli), rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Noord-Nederland en lid en plaatsvervangend voorzitter van de bezwaarschriftencommissie van het ministerie van VWS en redacteur van de *AB*. Zij publiceert regelmatig over algemeen bestuurs(proces)recht en omgevingsrecht.

Bijlage B. Deelnemers expertmeeting (4 juli 2023)

- Viktor van Ahee (schriftelijke inbreng)
- Juliet Barbanson
- Lianne Barnhoorn
- Mirjam Beekman
- Arjan Bregman
- Herman Bröring
- Plonia Dusée
- Maarten Engelberts
- Els Holsappel
- Jacco Karens
- Regina Koning
- Jan Albert Timmerman
- Gerrit van der Veen