

Participatie in duurzame-energieprojecten op agrarische grond: *dos, don'ts & who's boss?*

Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Agrarisch Recht 2018

mr. E. Aarts¹

Behalve onverminderd actueel, en nog lang niet uitontwikkeld, is participatie in duurzame-energieprojecten een erg interessant onderwerp. Het ligt op het snijvlak van projectontwikkeling, *finance* en het recht. Participatie is er grofweg in twee smaken. Er is de planparticipatie, waarbij de omgeving in de planvorming en vergunningverlening voor een project wordt betrokken door middel van informele en formele inspraak. En er is de financiële participatie, waarbij derden de mogelijkheid wordt gegeven als medebelanghebbende te delen in de verhoopde financiële (althans – denk aan een lagere energierekening – op geld waardeerbare) benefits van een project.

Vanuit een zeer praktische benadering, met *dos and don'ts*, zal ik hierna over beide het een en ander betogen. Het zwaartepunt ligt bij de financiële participatie. Niet alleen valt over financiële participatie, vanwege de oneindige variatie in modaliteiten ervan, meer te zeggen dan over planparticipatie in duurzame energieprojecten, die zich overigens ook niet of nauwelijks onderscheidt van planparticipatie in het algemeen. Maar bovendien roept de wijze waarmee met financiële participatie in het spanningsvolle partnerschap tussen overheid en initiatiefnemer in de praktijk wordt omgegaan vragen op die ik mijzelf eigenlijk pas realiseerde toen ik voor dit preadvies, dus met meer afstand dan wanneer je gewoon je werk aan het doen bent, de invalshoek zocht en het onderzoek deed.

In wat ik in dit preadvies betoog, gaat het louter om mijn persoonlijke opvattingen, met een juridische bril.

1. Planparticipatie

Planparticipatie is een noodzaak om tot een afgewogen en goed gemotiveerd en uitlegbaar besluit te komen. De initiatiefnemer moet ermee rekening houden dat het door bezwaarden als een corvee wordt gezien, nodig om dreigend onheil af te wenden of in ieder geval te verzachten. Omgekeerd moet de initiatiefnemer van het project veel financiële en personele resources steken in de weerlegging van bezwaren of de wijze om eraan tegemoet te komen. Het is echter een waardevol traject, dat, als er in wordt geïnvesteerd, kan voorkomen dat partijen in schuttersputjes opgesloten raken en de zaak met onwrikbare posities over en weer door gaat in beroep bij de rechter. Dan ontstaat vertra-

ging en, belangrijker, blijft het project behept met onzekerheid over de uiteindelijke uitkomst. Door die onzekerheid is het minst genomen zeer moeilijk om externe financiering te verkrijgen voor de omvangrijke aanloopkosten in de ontwikkelfase van een project. Tot die kosten behoren juist ook de kosten die gepaard gaan met de beroepsprocedure. Kortom, staan de belangen van de initiatiefnemer van het project en die van de planparticipatie in beginsel tegenover elkaar, planparticipatie is juist een gelegenheid om dichter tot elkaar te komen. Als hij daarin succesvol is, ontloopt de initiatiefnemer het risico van een enorme vertraging, hoge advieskosten, een lege portemonnee nog voordat financial close wordt bereikt, of inkorting (aan de voorkant) van de SDE⁺-subsidieperiode als gevolg van beroepsprocedures.

1. Elisabetta Aarts is als general counsel werkzaam bij Ventolines B.V.

1.1. Initiatiefnemer: Do – Vroegtijdigheid

Vertragingen en hoge kosten in beroepsprocedures kunnen van dien aard zijn dat ze een project killen voordat er een paal is geslagen. Ze vormen een van de grootste risico's voor de realisatie van een project. Daarom is voor de initiatiefnemer belangrijk al vóór de planparticipatiefase in actie te komen. Zorg ervoor dat omwonenden en algemeenbelangorganisaties (natuur, landschap) zo vroeg mogelijk worden meegenomen, ruim vóór (en dus ook buiten) de wettelijke inspraakvoorzieningen om. Bezoek burens, natuur- en milieuorganisaties, organiseer overlegavonden, stel een werkgroep in, een omgevingsraad. Heel belangrijk: in deze fase kunnen de plannen worden aangepast voordat ze de procedure ingaan. Dat maakt de kans op acceptatie een stuk groter dan wanneer in een bedenkingenprocedure bezwaren worden weggeschreven. Zelfs groter dan in het geval bedenkingen leiden tot een wijziging van het plan, want het gaat dan per definitie om een wijziging, meestal van beperkte aard, die niet vooraf is uitonderhandeld met de bezwaarde.

Molenaarovereenkomsten

Voor al in landelijk gebied waar een initiatiefnemer met gebruikmaking van opstalrechten en erfdienstbaarheden windturbines ontwikkelt op of nabij agrarische gronden waarop zich bedrijfswoningen van die derden bevinden, kunnen zogenaamde 'molenaarsovereenkomsten' een schakel zijn in dit informele proces. Direct omwonenden van een gepland windpark krijgen daarin bepaalde taken met betrekking tot het windpark als het eenmaal draait: toezicht op onbevoegde betreding, signaleren van zichtbare gebreken, melden van calamiteiten. De woningen behoren dan tot de sfeer van de inrichting, zodat de woning niet door de bij en krachtens de Wet milieubeheer geldende normen wordt beschermd tegen de milieugevolgen van het windenergiepark. De woningeigenaren krijgen een (vaste) vergoeding voor de werkzaamheden en voor de instemming om bij de inrichting te worden getrokken. In de overeenkomst zijn de geëigende bedingen opgenomen om de verbintenissen daaruit naar rechtsopvolgers met betrekking tot eigendom of gebruik van de woning te doen overgaan.

Hieraan zijn wel grenzen gesteld. Het wettelijke criterium prevaleert boven hetgeen wordt overeengekomen: er moet sprake zijn van installaties die technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen.² Of daarvan sprake is, zal het bevoegd gezag moeten beoordelen. Maar, valt die beoordeling positief uit, dan biedt sinds een paar jaar het bestuursrechtelijke relativiteitsver-

eiste³ bescherming tegen appellanten, die, als ze eenmaal de barrière van de processuele belanghebbendheid hebben geslecht, ook schending van rechtsregels kunnen aanvoeren die er niet zijn om hun belangen te beschermen. In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad State uit 2009⁴ (WindEnergie Invest) werd een exploitant van in de nabijheid van een beoogd windenergieproject in werking zijnde windturbines processueel belanghebbend geacht. Deze appellant voerde aan dat woningen die als dienstwoningen aan het in geding zijnde project waren toegerekend dat feitelijk niet waren en dat dus die woningen de bescherming van de milieunormen had moeten ten deel vallen. Typisch een geval van strategisch 'mijns broeders hoeder'-schap. Een discussie in rechte over het standpunt van de appellant, die overigens goed afliep voor de dienstwoningconstructies van WindEnergie Invest, zou nu niet meer kunnen voorkomen.

Ook de dienstwoningconstructie moet in een vroegtijdig stadium worden ingezet, eerst met direct omwonenden en vervolgens in het overleg met het bevoegd gezag, voorafgaand natuurlijk aan de indiening van de aanvraag om de omgevingsvergunning, of een melding op grond van art. 8.41 Wet milieubeheer, die de dienstwoningen zullen moeten omvatten.

2. Financiële participatie

De in het tussenstukje besproken molenaarsovereenkomsten gaan al een beetje in de richting van die andere participatie, de financiële participatie. Dit is geen participatie om een ontwikkeling tegen te houden of gevreesde negatieve gevolgen ervan voor de eigen leefomgeving te verzachten, maar om derden als medebelanghebbende duurzaam betrokken te houden bij het succes van een project. Staan bij planparticipatie initiatiefnemer en derden tegenover elkaar, bij financiële participatie zijn de belangen van de initiatiefnemer en die van de beoogde participant gelijkgericht.

2.1. Initiatiefnemer: Do – Vroegtijdigheid

Ook bij financiële participatie is vroegtijdigheid een absolute *must*. Financiële participatie is een instrument voor de maatschappelijke aanvaarding van een project, en daarmee voor verkrijging van politiek-bestuurlijke draagvlak ervoor (want dat wordt weer in hoge mate bepaald door de inschat-

2. Art. 1.1 lid 4 Wet milieubeheer.

3. Sinds 2013 in art. 8:69a Algemene wet bestuursrecht; eerder, vanaf 2010, in art. 1.9 van de Crisis- en herstelwet voor daardoor bestreken projecten. Met de brede invoering van het relativiteitsvereiste in de Algemene wet bestuursrecht is de art. 1.9 van de Crisis- en herstelwet vervallen.
4. 16 september 2009, zaaknummer 200900794/1/M1.

ting van de mate en breedte van maatschappelijk verzet tegen een project). Financiële participatie is actieve draagvlakparticipatie. Als zodanig kan ze een belangrijke bijdrage leveren aan het vermindere van de proceduredruk.

Financiële participatie wordt nu in de regel wat plichtmatig vermeld in planstukken en op de websites van de projecten en van de betrokken overheden. Overheden zelf verlangen een financieel participatieplan vaak pas als vergunningen onherroepelijk zijn, of nog later. Dat is een gemiste kans, in meer opzichten.

2.1.1. *Wervingskracht*

In de eerste plaats worden omwonenden niet erg voor een project gewonnen doordat in algemene beoordelingen, met de bijbehorende disclaimers, participaties in de vorm van aandelen en/of obligaties in het vooruitzicht worden gesteld, waarvan pas nadat het project zijn voltooiing nadert – vaak jaren later – de details bekend worden. Dan zie ik nog eraan voorbij dat publicaties op een website een passieve manier van informatievoorziening zijn. Hoe vaak zal men een website niet pas gaan 'bezoeken' (zo al) als de plannen voor het eerst ter inzage worden gelegd als startsein voor de formele inspraakprocedures? Als instrument om omwonenden zich van aanvang af betrokken te laten voelen en daarmee de kans op procedures te verkleinen, is deze inzet ervan suboptimaal, op zijn best. Door concreet en duidelijk te zijn is de kans groter dat een gevoel van betrokkenheid wordt geschapen op een moment waarop dat gevoel er nog aan kan bijdragen dat men afziet van het voeren van procedures tegen het project.

2.1.2. *Verwachtingenmanagement*

In een vroegtijdig stadium in het overleg met omwonenden én met de overheid de uitgangspunten voor financiële participatie ter tafel brengen en vastleggen, is de beste garantie dat de initiatieneemer controle over de participatie houdt. Die controle is belangrijk omdat de vorm, structuur en het moment van participatie grote invloed hebben op realisatie (ook qua tijd!), financiering en financierbaarheid van een project. Met het gemak waarmee over financiële participatie wordt gesproken, lijkt dit nog wel eens over het hoofd te worden gezien.

Westermeerwind

Blijkens onder meer een publicatie in het FD⁵ claimen 32 agrariërs uit de omgeving van windpark Westermeerwind dat hen in 2001 was toegezegd bij het operationeel worden van het windpark te mogen participeren op

basis van aandelen tegen 'kostprijs', dat wil zeggen: de prijs die de aandelen hadden toen vrijwel het gehele hele ontwikkel- en bouwrisico van het project, dat in de zomer van 2016 werd opgeleverd, nog te gaan was. Als een windpark eenmaal draait, is het vele malen meer waard dan wanneer het ontwikkel- en bouwrisico er nog in zit. Er staat dus wat op het spel. Deze kwestie is onder de rechter en meer dan wat erover in de pers is verschenen, valt er niet over te zeggen. In het algemeen geldt dat het belangrijk is dat vanaf het aller-eerste moment de uitgangspunten voor participatie ondubbelzinnig worden vastgelegd op basis van gedegen financieel en juridisch advies. Onduidelijkheid kan grote impact op een project hebben, met name de financiering ervan.

2.1.3. *Financierbaarheid*

Het allerbelangrijkste aspect van vroegtijdigheid betreft echter de structurering van de participatie en de voorwaarden waaronder zij wordt uitgegeven. Deze aspecten zijn van eminent belang voor de zeggenschap in en dus de aansturing van een project en voor de verdeling van kasstromen uit het project over financiers, initiatiefnemers en financiële participanten. Daarom zijn deze aspecten ook weer essentieel voor de mogelijkheid het project gefinancierd te krijgen. Het laatste aspect is relatief eenvoudig te beheersen, omdat de financiële voorwaarden voor participatie zo kunnen worden vastgelegd dat er vrijwel geen toekomstige onzekerheden overblijven. Voor de zeggenschap en, breder, de governance, in een project kan dit anders liggen. Het kan moeilijker zijn om toekomstige onzekerheden, waar banken avers van zijn en die financiering bij voorbaat onmogelijk kunnen maken, te onderkennen en uit het project te structureren. De governancestructuur moet daarom in een vroeg stadium, met hulp van externe professionals, op bankability (financierbaarheid) worden getoetst. Als de structuur eenmaal is vastgelegd en pas bij het ophalen van financiering blijkt dat ze niet bankable is, dan zijn de rapen behoorlijk gaar.

Bij grootschalige participatie-uitgifte aan particulieren, die doorgaans via aandelen- en/of obligatiefondsen, geleid door professionele fondsmanagers, plaatsvindt kan het project vrij eenvoudig worden afgeschermd van (indirecte) zeggenschap van fondsdeelnemers. Meer dan in die situaties speelt de financierbaarheid van de governance in projecten waarin al in een zeer vroeg stadium van de ontwikkeling – en dus lang voordat financiering sprake zal zijn – aan medeondernemers gelegenheid wordt geboden risicodragend in te stappen. Dit ziet men met name bij opschalings- en saneringsprojecten in de windenergiesector. Niet in de laatste plaats omdat de ontwikkeling zelf alle aandacht en tijd opeist en de financiering nog zo ver weg is, bestaat dan het risico dat juridische structuren worden opgezet waarin de zeggenschap over het project

5. <https://fd.nl/ondernemen/1233374/boeren-moegen-participeren-in-westermeerwind-maar-tegen-welke-prijs-is-nog-niet-bekend>.

diffuus is, beslissingen niet tijdig en met duidelijke inhoud kunnen worden genomen en conflicten tot voor banken afschrikwekkende deadlocks leiden. Het is essentieel dat vanaf het prille begin hiervoor aandacht bestaat zodat geen onfinancierbare structuren in het project verzonken raken.

Overheid: Don't – Stoel van de ondernemer

Lokale overheden hebben (in mijn perceptie) wel eens de neiging het 'eigenaarschap' van burgerparticipatie te claimen. De participatie-eis is gesteld in het belang van 'hun' burgers, en dus hebben ze ook het recht om meer of minder intensief mee te kijken naar het proces, de vorm en de structurering van de participatie. Met alle respect voor het feit dat politiek-bestuurlijk draagvlak voor een project veronderstelt dat de overheid zich verzekerd weet van maatschappelijke aanvaarding ervan, meen ik dat dit claimen van eigenaarschap onjuist is en het risico in zich bergt dat de overheid haar bevoegdheidsfeer te buiten gaat en op de stoel van de ondernemer gaat zitten.

De productie en verhandeling van energie (net als, vanaf 2001 voor duurzame energie, de levering ervan) zijn activiteiten die zijn overgelaten aan de markt.⁶ De ondernemingswijze exploitatie is de exclusieve verantwoordelijkheid van de eigenaar van de productie-installatie, die hij invult met privaatrechtelijke instrumenten op basis van markteconomische principes. Participatie is in de eerste plaats een optie voor de initiatiefnemer van een project en de invulling ervan diens verantwoordelijkheid. In de onderhandelingen over het politiek-bestuurlijke draagvlak kan de overheid de initiatiefnemer op deze optie aanspreken. Welke juridische leverage de overheid daarbij heeft, is praktisch gezien, in het spel van onderhandeling om draagvlak en medewerking, (in dit bestek) van minder belang.⁷ Bij haar inzet dient zij in ieder geval de grenzen tussen markt en overheid te eerbiedigen. Houdt de overheid die onvoldoende in het oog, dan is er het gevaar dat zij in het onderhandelingspel, waarin zij het drukmiddel van de publiekrechtelijke toestemmingen heeft, het verwijt van misbruik van bevoegdheid over zich afroept.

6. Met ingang van (de implementatie van) het eerste Europese energieliberaliseringspakket als vervat in de richtlijnen 96/92/EC (elektriciteit) en 98/30/EC (gas).

7. Zie hierover ook mijn artikel 'Financiële participatie in windenergieprojecten', *LTB* 2017/8, blz. 13. Genoemd hierin had ook kunnen worden art. 5.47 van de Omgevingswet (*Stb.* 2016, nr. 156), een wet die in 2021 in werking zal treden. De wet en het ontwerp-Omgevingsbesluit (zie art. 4.2) hoeden zich er echter voor – mijns inziens terecht, gezien het feit dat private eigendoms- en vermogensrechten in het geding zijn – financiële participatie voor te schrijven. Ook het Infoblad Participatie in de Omgevingswet van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu zwijgt erover. Zie hierover (kritisch, maar mijns inziens, gezien het zojuist opgemerkte, niet geheel terecht): D. Drankier, 'Het participatie- en financieringstekort in de energietransitie: Crowdfunding als panacee?', *NTE* 2017, nr. 6, p. 265-266.

2.2. Draagvlakparticipatie is voor omwonenden

Zoals al eerder gezegd: financiële participatie is draagvlakparticipatie. Omwonenden zijn degenen wier leefomgeving potentieel wordt geraakt door een industrieel project op een wijze die niet kan worden gecompenseerd met alleen planschadevergoeding voor waardedaling van de woning.⁸ Het zijn ook deze omwonenden die belanghebbend zijn bij de publiekrechtelijke besluiten om een project mogelijk te maken. Zowel de initiatiefnemer, die politiek-bestuurlijk draagvlak behoeft, als de overheid die, om dat draagvlak te leveren, maatschappelijke aanvaarding behoeft, heeft dus een *case* om te komen tot afspraken over financiële participatie van deze groep in het project. Binnen die groep bevinden zich degenen met het bij de relevante publiekrechtelijke besluiten rechtstreeks betrokken belang dat vereist is voor toegang tot inspraak en beroep. Daar het draagvlak organiseren, draagt dus bij aan het verminderen van proceduredruk waarvoor grote projecten, die elk op zich van aanzienlijk belang zijn voor het behalen van de klimaat- en duurzaamheidsdoelstellingen, niet zelden gebukt gaan.

Burgerparticipatie wordt door de overheid echter menigmaal verbreed naar de ingezetenen van de gemeente of regio waar een project wordt gerealiseerd. Het valt mijns inziens niet goed in te zien op basis van welke taken en belangen die de overheid zich heeft aan te trekken, zij druk op de initiatiefnemer kan uitoefenen het participatievolume dienovereenkomstig uit te breiden en daardoor ruimte op te geven om bijvoorbeeld een deel van het belang in het project beschikbaar te maken aan een niet lokaal gebonden participatiefonds. Dat lokale betrokkenheid bij duurzame decentrale opwekking van energie als een maatschappelijk goed kan worden erkend, is daarvoor onvoldoende. Decentrale opwekking ≠ decentraal belang. Vooral in kleinere grondgebonden projecten zouden initiatiefnemers dit in het oog moeten houden en zo nodig moeten terugduwen op 'local overreach'.

Windpark Fryslân

De provincie Fryslân valt dit niet te verwijten met haar voornemen te participeren in het nog te realiseren Windpark Fryslân. Blijkens de hierover in het publieke domein beschikbare informatie is provincie Fryslân met de initiatiefnemer van Windpark Fryslân (Windpark Fryslân B.V.) overeengekomen om als op financial close toetredende aandeelhouder aan de realisatie van het windpark een bijdrage van EUR 100 miljoen te leveren

8. Als aan de voorwaarden is voldaan, bestaat op die vergoeding hoe dan ook aanspraak. De kosten worden door middel van een exploitatieovereenkomst ('antérieure overeenkomst') doorbelast aan het project (zie art. 6.4a (gemeentelijke plannen) en 6.6 (Rijksplannen) Wet Ruimtelijke Ordening).

en nog eens EUR 27 miljoen als reservefaciliteit beschikbaar te houden. De financiële injectie zal gepaard gaan met een mogelijkheid tot burgerparticipatie. Deze participatie (in de vorm van obligatie-uitgifte) zal echter plaatsvinden op het niveau van de provinciale vennootschap waarmee de provincie in het windpark deelneemt. De deelname geschiedt op marktconforme voorwaarden.⁹ Op de initiatiefnemer rust geen verplichting aanvullend burgerparticipatie in het windpark zelf te organiseren. In deze constructie eigent de provincie zich geen participatieruimte voor haar ingezetenen toe met gebruikmaking van publiekrechtelijke leverage.

Dat in de vorm van SDE⁺-subsidie (geaggregeerd) veel gemeenschapsgeld met duurzame energieprojecten kan zijn gemoeid, is op zichzelf evenmin voldoende om te rechtvaardigen dat de overheid brede participatie zou voorschrijven. De subsidie is bedoeld om de onrendabele top van duurzame energieprojecten te compenseren. In de berekening van de onrendabele top wordt een marktconform rendement op geïnvesteerd vermogen meegenomen. Een maatschappelijke herverdeling van de eventuele winsten uit het project is dus niet gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat de initiatiefnemer van de subsidie 'beter' zou worden.

Dit alles betekent niet – voor alle duidelijkheid – dat er geen goede redenen zijn, met name uit een oogpunt van maatschappelijk verantwoord ondernemen, maar mogelijk ook uit welbegrepen eigenbelang (financiering en herfinanciering), om participatie breder te maken dan de contour van de leefomgevingsimpact van een project. Waar het om gaat, is dat de overheid hierin niet het voortouw heeft te nemen. Markt en maatschappij (denk aan energiecoöperaties¹⁰) doen hier hun werk. Maatschappelijk verantwoord ondernemen is onderdeel van het businessmodel van een particulier initiatief. Dat participatie als een belangrijk onderdeel daarvan wordt gezien, staat ook helemaal niet ter discussie: burgers en ondernemingen die zich hebben gecommitteerd aan de energietransitie nemen hierin zelf hun verantwoordelijkheid.¹¹

2.3. Financiële Participatie: *dos and don'ts*, markt en maatwerk

Het is in de eerste plaats aan de relevante marktpartijen om te bepalen hoe participatie wordt georganiseerd en welke vormen het meest passend zijn voor het project.¹² Bepaalde randvoorwaarden kan

de overheid, als tegenprestatie voor de levering van het politiek-bestuurlijke draagvlak, mijns inziens stellen. Zo kan zij verlangen dat burgerparticipatie niet later dan aan het begin van de operationele fase van het project van start gaat. Het is dan opgeleverd, de als zodanig gepercipieerde negatieve impact op de beleving van de leefomgeving doet zich dan ten volle voelen en er komen kasstromen beschikbaar om (al dan niet na een financiële herstructurering) participanten de financiële vruchten van het project ten deel te doen vallen. Nadat de operationele fase is ingegaan is er doorgaans nog een periode van enkele jaren (in ieder geval in de windenergieprojecten) waarin garanties en onderhoudstermijnen gelden waardoor het rendement op een participatie mogelijkerwijs wat stabielere is dan later in de exploitatie. Bovendien is er dan nog een lange subsidieperiode te gaan, waardoor een in de tijd zo ruim mogelijk bereik van de participatie wordt gerealiseerd.

Indien en voor zover de overheid een rol kan claimen in het bevorderen van burgerparticipatie (wat mij betreft: in beginsel voor zover het gaat om degenen die effecten in de leefomgeving ervaren en als belanghebbend in inspraak en beroep zouden worden aangemerkt)¹³, kan zij ook verlangen dat de participatie voldoende toegankelijk is. Hierbij geldt mijns inziens een ondergrens. Het is niet aan de overheid, in een inzet in de onderhandeling met de initiatiefnemer over politiek-bestuurlijk draagvlak die voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, om te eisen dat volledig risicodragende participatie (aandelen, achtergestelde leningen) beschikbaar wordt gemaakt. Wel kan zij verlangen dat in ieder geval in voldoende volume beperkt risicodragend (door middel van obligaties) kan worden geparticipeerd, óók als de initiatiefnemer zelf ervoor kiest daarnaast een volledig risicodragende participatie te openen. Het beperkt risicodragend participeren, met een zekere upside en een zekere downside van het rendement op obligaties, blokkeert immers enerzijds de risicominnende participant niet om mee te doen, terwijl het anderzijds wel voor de risicomijdende participant een mogelijke toegangsdrempel slecht. Door een beperkt risicodragende participatie te bedingen haalt de overheid dus al een adequate compensatie binnen voor burgers (en bedrijven) die worden geraakt door een project waaraan zij haar medewerking heeft verleend. Het valt niet in te zien op welke grond zij een meer risicovolle participatie, al heeft die de potentie van een hoger rendement, tot inzet van onderhandeling over de levering van politiek-bestuurlijk draagvlak zou kunnen maken.

Voor het overige geldt: laat de markt eerst haar werk doen en pas als overheid maatwerk toe: proportionaliteit en subsidiariteit.

9. Aldus, vertaald, gedeputeerde De Rouwe in FD 4 maart 2018, *Friesland stopt geld in commercieel windpark en oogst kritiek*.

10. Zie ook hierna.

11. Zie: SER-rapport Energieakkoord voor duurzame groei (september 2013), p. 69; NWEA-manifest: Windenergie in Nederland, 6 juli 2017.

12. Dienovereenkomstig: Regioplan Windenergie Zuide-

lijk en Oostelijk Flevoland, p. 24. Het regioplan is te vinden via de url <https://www.flevoland.nl/getmedia/720306d8-6fa8-45eb-86a4-490be4c65ddb/Regioplan-Windenergie.pdf>.

13. Zie par. 2.3.

2.3.1. Burgerparticipatie in ontwikkelfase

Met burgerparticipatie vóór de exploitatiefase moet de overheid mijns inziens zich niet bemoeien. In deze fase worden aanzienlijke ondernemersrisico's gelopen. Zeker tijdens de complexe ontwikkelingsfase, waarin de risico's enorm zijn en de behoefte aan ondernemersgeest, expertise, kennis en de bereidheid en het vermogen risico's te nemen, het grootst, kun je als initiatiefnemer niet hebben dat burgerparticipatie wordt opgedrongen. Particuliere participanten houden begrijpelijkerwijs de blik gericht op wat het project gaat opleveren, niet op het zeer ingewikkelde spel dat moet worden gespeeld (met de bijbehorende knikkers) voordat er überhaupt iets is dat wat *kan* opleveren. Vanwege die asymmetrie van 'hoe men erin zit' kunnen burgerparticipanten die vroegtijdig instappen, onsympathiek gezegd, een blok aan het been van de initiatiefnemer zijn. Ze maken zich druk om verdeling van de opbrengt in een fase waarin het nog verre van vaststaat dat er iets te verdelen zal zijn. Dat te managen in de ontwikkelfase, kost veel tijd, energie en geld, en dat zijn *commodities* die elk voor zich in die fase toch al behoorlijk *in demand* zijn.

2.3.2. Lokale energiecoöperaties

Een echte participatie van onderaf is de coöperatie. Naar de wet is de coöperatie een rechtspersoon met leden, die tot doel heeft om door middel van het sluiten van overeenkomsten in het bedrijf dat zij uitoefent of doet uitoefenen te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden.¹⁴ De coöperatie zelf is als het ware de belichaming van participatie. Een doorgewinterde ontwikkelcollega van mij ziet in lokale beleidsnota's de coöperatie geregeld als 'preferred' initiatiefnemer, bij voorbeeld bij gronduitgifte en beschikbaarstelling van financiële middelen voor grondgebonden duurzame energieprojecten (zon, wind). Hiermee bewijzen lokale overheden de duurzame zaak niet per se een dienst. Bij *would-be* lokale energiecoöperaties kan het gaan om een verzameling goedwillende particulieren zonder duidelijk plan en met weinig kennis. Of een project gaat lukken, is dan sterk afhankelijk van de beschikbaarheid van toegewijde voortrekkers met voldoende kennis van zaken en de bereidheid en draagkracht om professionele adviseurs in de arm te nemen. Provincies en gemeenten doen er goed aan dit steeds voor ogen te houden en zich niet klakkeloos bij voorbaat te committeren. Ze moeten eisen stellen aan (eigen en/of ingehuurde) professionaliteit, (potentieel voor) ledendeelname (en daarmee ook financiële draagkracht voor de ontwikkelingsfase en voor de eigenvermogenseis bij het aanvragen van SDE⁺-subsidie). En ze moeten vragen om een concreet, uitgewerkt en hecht onderbouwd

plan (projectstructuur, ontwikkeling, financiering en contractering, exploitatie).

Een belangrijke ontwikkeling in dit verband is dat Rijk en decentrale overheden, gezien het belang van burgercoöperaties in de energietransitie, de wenselijkheid van professionalisering erkennen en bereid zijn middelen beschikbaar te stellen om die binnen handbereik te brengen (zie hierna). Een andere interessante en positieve ontwikkeling is dat professionele adviespartijen ook bereid zijn een stukje risicodragend, dus met *skin in the game*, mee te doen.

Buurtmolenconcept

Oplossingen die zich in de praktijk bewezen hebben, zijn die waarbij professionele partijen zoals energieretailers zijn betrokken. De coöperatie kan een deal maken met een energieretailer die via de als zodanig aangeduide 'postcoderoosregeling'¹⁵ een korting geeft op de energierekening van de coöperatieleden ter hoogte van de energiebelasting in de eerste schijf (levering tot 10.000 kWh), het zo wel genoemde 'buurtmolenconcept'¹⁶. Binnen dit concept kunnen coöperatieleden zelf (mee)financieren aan de realisatie van de installatie (door het inleggen van leningen in de projectvennootschap), maar ze kunnen ook alleen de stroom afnemen (met belastingkorting via de postcoderoosregeling), waarbij de coöperatie de realisatie van de opwekinstallatie zelf geheel of gedeeltelijk extern financiert met achtergestelde leningen (eigen vermogen) en seniorleningen (vreemd vermogen).¹⁷ Succes is echter niet altijd verzekerd. De coöperatie Poldermolen Wieringermeer (geen postcoderoosconstructie) slaagt er niet in voldoende adherentie te krijgen om de bouw en installatie van de beoogde coöperatieve windmolen als onderdeel van Windpark Wieringermeer gefinancierd te krijgen. De bouwvergunning voor de windmolen dreigt te worden ingetrokken.¹⁸ Voor dit project, ingebed in Windpark Wieringermeer als geheel, maakt het niet veel uit. Zou het echter zijn gegaan om een project op grond die een gemeente op basis van een voorkeur voor lokale initiatieven aan een coöperatie zou hebben uitgegeven of waarin een provincie of overheidsgelateerd fonds geld heeft gestoken, dan zou het beslist zonde zijn geweest dat niet meer tijd was genomen om de coöperatie, of de voortrekkers ervan, de nieren te proeven.

14. Art. 2:53 lid 1 BW.

15. Het gaat om art. 59a van de Wet belastingen op milieugrondslag.

16. Bijv. Qurrent, Greenchoice: <https://energeia.nl/energeia-artikel/40065308/gebrek-aan-belangstelling-bedreigt-komst-poldermolen>.

17. Qurrent: <https://energeia.nl/nieuws/40059730/qurrent-wil-postcoderooswindmolen-met-lening-financieren>.

18. Bijv. Qurrent, Greenchoice: <https://energeia.nl/energeia-artikel/40065308/gebrek-aan-belangstelling-bedreigt-komst-poldermolen>.

Gelderland, zo bericht de pers¹⁹, wil niet langer wachten op een door oud-minister van Economische Zaken Kamp aangekondigd landelijk fonds waaruit coöperaties moeten kunnen putten om de ontwikkelkosten voor zonne- en windenergieprojecten voor te financieren²⁰. Gelderland is zelf begonnen met de openstelling van (achtergestelde²¹) leningen onder 'zachte voorwaarden' aan coöperatieve burgerinitiatieven. Als eisen om voor een dergelijke lening in aanmerking te komen, worden in de in voetnoot 19 aangehaalde publicatie genoemd:

- een coöperatie moet minstens 50 leden hebben die op afzonderlijke adressen wonen;
- het initiatief moet voor tenminste 50% door particulieren worden gefinancierd;
- deze particulieren moeten ten minste 50% van de zeggenschap in handen hebben;
- een project mag niet in strijd zijn met het provinciale ruimtelijke beleid;
- de exploitatie moet binnen drie jaar tot een positief bedrijfsresultaat te leiden.

Deze voorwaarden hebben een nogal formeel karakter. Ze zien niet op het vermogen een project succesvol te realiseren. Ontwikkeling, contractering en financiering van duurzame energieprojecten vergen veel kennis en kunde, organiserend vermogen en 'doorzettingskracht' van een samenwerkingsverband zoals een coöperatie. Toe te geven valt dat het voor de presterende overheid lastig is om dit te vertalen naar voorwaarden voor de facilitering van coöperatieve duurzame energieprojecten. De eis dat onderbouwd wordt aangegeven hoe projectinhoudelijke capaciteiten zijn 'georganiseerd' – voor subsidies niet ongebruikelijk – zou echter niet misstaan en de indruk van een zekere vrijblijvendheid bij voorbaat kunnen wegnemen. Coöperaties kunnen een belangrijke rol in de energietransitie van onderop vervullen (zoals ook de voorbeelden in het stukje hierboven over de 'buurtmolen' laten zien). Het is zaak dat de per definitie gelimiteerde resources (grond, planologische ruimte en openbare middelen) optimaal worden gealloceerd om de kansrijke initiatieven in staat te stellen die belofte in te lossen.

2.3.3. Opschalingsprojecten in agrarisch gebied

Windenergie is op de meeste plaatsen in Nederland organisch gegroeid. Dat is vooral te zien in het open gebied van de polder, waar her en der, naar gelang de ondernemingslust van de agrarische onderne-

mer, windturbines, of lijnen van windturbines, in allerlei soorten en maten zijn verzeen. Het in een eerder tussenstukje al genoemde windpark Westermeerwind, met NOP Agrowind en Zuidwester (Innogy) onderdeel van Windpark Noordoostpolder, behoort tot de eerste projecten die het resultaat zijn van een planologische rationalisatie van windenergie op land (die dan wel heeft geleid tot één park – het magnifieke Westermeerwind – in het water). Hoe de lokale overheid met betrekking tot het participatie-instrument maatwerk kan toepassen, wordt geïllustreerd door Windplan Groen in de provincie Flevoland.

Windplan Groen (Oostelijk Flevoland)

In Windplan Groen (Lelystad-Dronten), onderdeel van het Regioplan Windenergie Zuidelijk en Oostelijk Flevoland²² is sprake van een opschalingsproject met bijbehorende saneringsopgave. Vergoedingen voor de saneerders komen uiteindelijk voor rekening van de exploitant van de nieuwe lijn. De conclusie is dan al snel dat een goedkoper alternatief is om saneerders mederisicodragend te laten meedoen in de nieuwe lijn. Via de voor het gehele Windplan Groen als initiatiefnemer erkende vereniging Windkoepel Groen wordt al geruime tijd gewerkt aan participatie door saneerders in de te bouwen nieuwe lijnen en de lijnen van opschalers. De saneerders stappen in tegen een relatief lage vergoeding, maar met uitzicht op een hoog rendement als het project tot realisatie komt, en leveren zo, behalve bewezen kennis en expertise, tevens een bijdrage aan de benodigde middelen ter dekking van de ontwikkelingskosten. Qua juridische structuur is dit niet buitengewoon complex, zij het, zie hierboven (par. 3.1.3) dat de bankability van die structuur alle aandacht zal behoeven. Wel complex zijn de vertaling van te saneren vermogens naar belang in de nieuwe respectievelijk opgeschaalde lijnen en, procesmatig, het bereiken van overeenstemming daarover. De betrokken agrarische ondernemers organiseren het zelf. De overheid vindt en claimt hier geen taak.

Dit ligt anders voor agrariërs die binnen het projectgebied geen plaatsingszones op hun land kregen. Zij wisten door een succesvolle lobby bij de provincie Flevoland te bereiken dat ook zij reeds in de ontwikkelfase financieel mogen participeren.²³ Daartoe hebben de betrokken agrariërs zich verenigd in de vereniging Windshare, die met de genoemde Windkoepel Groen over de invulling van de participatie onderhandelt. Met dit resultaat kan men vrede hebben. Anders dan de saneerders, die een claim op een saneringsver-

19. <https://energeia.nl/energeia-artikel/40065514/gelderland-gaat-lokale-energiecooperaties-financieel-steunen>. Idem provincie Limburg: <https://energeia.nl/energeia-artikel/40065811/provincie-limburg-geeft-financiele-steun-aan-lokale-energiecooperaties>.

20. Brief van de minister van Economische zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 11 september 2017, DGETM-E2020 / 17135282.

21. Zo leid ik af uit de tekst van de het Gelderse Energieakkoord (maart 2015) zelf, p. 44-45.

22. <https://www.flevoland.nl/getmedia/720306d8-6fa8-45eb-86a4-490be4c65ddb/Regioplan-Windenergie.pdf>.

23. Zie p. 24 van het regioplan.

goeding hebben, hebben de Windshareleden geen leverage om bij de opschalers aan tafel te komen. De betrokken agrariërs zijn ondernemers met kennis en ervaring op het gebied van windenergie in Flevoland. De planologische opschalingsoperatie is het prerogatief van de overheid. Bij het alloceren van plaatsingszones zijn deze ondernemers buiten de boot gevallen. Willekeurige particulieren en bedrijven buiten het projectgebied zouden bij de provincie naar alle waarschijnlijkheid geen gehoor hebben gevonden voor een wens om in de ontwikkelfase te mogen instappen. Maatwerk dus.²⁴

In Windplan Groen is ook voorzien in burgerparticipatie voor bewoners en ondernemers buiten het projectgebied. In lijn met het hierboven betoogde²⁵ wordt deze in het genoemde regioplan voorgeschreven voor de exploitatiefase.²⁶ Op gespannen voet echter met wat ik hierboven op een andere plaats heb betoogd²⁷, staat wat mij betreft dat Flevoland deze participatie voorschrijft 'voor alle bewoners en ondernemers in Zuidelijk en Oostelijk Flevoland'.²⁸ Voor dit overheidsge-dirigeerde regionalisme zie ik een grondslag noch een reden.

3. Takeaways

In het vocabulaire van de energietransitie figureert participatie prominent. De planparticipatie biedt als zodanig weinig nieuws, maar moet uiterst serieus worden genomen om de risico's op potentieel fatale vertragingen als gevolg van beroepsprocedures af te wenden. Voor initiatiefnemers is het zaak proactief te zijn en vóór de formele planprocedures in de benen te komen. Probeer bezwaren te accommoderen in een fase waarin iets uit te onderhandelen valt. Soms wordt zelfs hangende beroep, na de zitting, vóór de uitspraak, nog een akkoord gesloten. Maar wordt daarmee het procesrisico geneu-

traliseerd, de kostbare jaren van onzekerheid en vertraging worden er niet mee goedge maakt.

De aandacht voor financiële participatie als een instrument voor maatschappelijk draagvlak voor projecten met impact op de leefomgeving is wel echt iets nieuws dat de energietransitie ons heeft gebracht. Mij zettende aan dit preadvies en steeds sterker al schrijvende en onderzoekende, heb ik me ietwat verbaasd over de mate waarin en de vanzelfsprekendheid waarmee de overheid de financiële participatie als een eigen sturingsinstrument naar zich toe heeft getrokken. Er lijkt haast sprake van een sluipende vervloeiing van privaat en publiek, die kan leiden tot een rolvervaging die suboptimaal is voor de energietransitie. De uitvoering van een maatschappelijk pact tussen maatschappij, overheid en bedrijfsleven werkt in een markteconomie het beste als elke partner rolvast is, zodat binnen de eigen competentie waarde wordt toegevoegd en geen waarde verloren gaat doordat de een op de cues voor de ander acteert.

Natuurlijk is de overheid een onmisbare partner om duurzame-energieprojecten van de grond te krijgen. Het beschikbaar maken van financiële participatie in dergelijke projecten is een onderdeel van de maatschappelijke deal waarop dat partnerschap is gebaseerd. Maar het realiseren en exploiteren van een wind-of zonnepark of een biogascentrale of welk duurzaam-energieproject ook is een ondernemingsgewijze activiteit in een vrije markt, onderworpen aan normale economische en privaatrechtelijke regels; normaal, maar complex. Het is de ondernemer die hier de primaire verantwoordelijkheid heeft, die hij ook neemt, vaak van onderaf, zoals Windplan Groen mooi laat zien. De ondernemersverantwoordelijkheid krijgt wel heel sterk reliëf in het licht van de betekenis van de structurering van financiële participatie voor de financierbaarheid van een project.

Coöperaties zijn de ver(rechts)persoonlijking van financiële participatie. Met een zweem van lang vervlogen tijden om zich heen, zijn ze in werkelijkheid een enorm flexibel instrument voor de structurering van duurzame-energieprojecten, zowel qua samenwerking met ander partijen als qua funding. Bij lokale energicoöperaties hoeft de overheid zich helemaal niet met participatie te bemoeien, want ze zijn de belichaming ervan. De aandacht die coöperatieve burgerinitiatieven in het overheidsbeleid met betrekking tot de energietransitie ten deel valt, lijkt momenteel nog wel eens te contrasteren met de magere eisen die in het beleid worden gesteld aan de professionaliteit en het organiserend vermogen van lokale coöperaties die nodig zijn om ze de belangrijke rol in die energietransitie te laten vervullen die hen is toegedacht.

24. Waarbij nog interessant kan zijn, in hoeverre dit soort maatwerkoplossingen tegemoet zou komen aan de problemen die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State potentieel ziet bij het nemen van publiekrechtelijke besluiten waarbij schaarse publieke rechten worden verdeeld. Zie het persbericht Raad van State 'Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over verdeling publieke rechten bij ruimtelijke besluiten', d.d. 9 februari 2018 (zaaknr. 201708525/1). De Raad van State heeft hierover, met toepassing van art. 8:12a Algemene wet bestuursrecht, een conclusie gevraagd aan de Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven in de beroepsprocedure met betrekking het sanerings- en opschalingsproject Windpark Zeewolde, dat wordt gerealiseerd in een ander plangebied ('Blauw') van het Regioplan Windenergie Zuidelijk en Oostelijk Flevoland.

25. Par.2.4.1.

26. P. 24 van het regioplan.

27. Par. 2.3.

28. P. 21 en 24 van het regioplan.