

# 17. Participatie: praktisch door de procedure

M.T. PRANGER EN H.P. WIERSEMA

Voor een vastgoedontwikkeling is een nieuw of gewijzigd bestemmingsplan meestal noodzakelijk. In de voorbereidende procedure is participatie dan geregeld verplicht gesteld, met het creëren van draagvlak als doel. In de praktijk bestaan echter veel misverstanden over participatie en draagvlak. In dit artikel gaan wij in op die misverstanden, recente belangrijke wijzigingen in de voorbereidingsprocedure, (verplichte) participatie in het huidige systeem en onder de Omgevingswet. Daarbij besteden wij aandacht aan enkele uitspraken van de bestuursrechter.

## 1. Inleiding

Met corona vooralsnog in slaap gesust, is de wereld wakker geschud met de volgende crises: hoogoplopende geopolitieke spanningen, de oorlog en een gestage vluchtingenstroom. In deze *Zeitenwende* volgen de veranderingen voor de wereld van de vastgoedprofessional elkaar snel op, en komen bekende uitdagingen nog duidelijker naar voren. De inflatie gaat door het dak<sup>1</sup>, ontwikkelingen staan onder hoogspanning door stijgende bouwkosten<sup>2</sup> en lokale overheden krijgen steeds meer taken<sup>3</sup>, met capaciteitsproblemen tot gevolg.

In deze veranderende wereld is ook een tendens zichtbaar dat participatie bij vastgoedontwikkelingen belangrijker wordt, onder andere door de Omgevingswet die op 1 januari 2023 in werking treedt en haar schaduw vooruitwerpt. Bij de bouw van woningen of andere gebouwen moet vaak een bestemmingsplan worden gewijzigd, zeker bij nieuwbouw. Over die nieuwe bestemmingsplannen wordt bijna standaard geprocedeerd en een veel gehoord argument is dat geen draagvlak bestaat. *Not In My Back Yard* overwegingen spelen in de praktijk vaak een belangrijke rol.

In dit artikel schetsen wij de actuele stand van zaken van participatie bij projectontwikkeling. De *do's*, *dont's* en kansen van participatie passeren de revue. Hoewel interessant en actueel, besteden wij hier geen aandacht aan financiële participatie.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Wij introduceren participatie bij vastgoedontwikkelingen in de context van

de huidige regelgeving (paragraaf 2), waarbij wij een aantal relatief recente uitspraken van de bestuursrechter over inspraak analyseren. In paragraaf 3 kijken wij vooruit naar de Omgevingswet. In paragraaf 4 staan enkele praktische handvatten, en wij sluiten af met een conclusie in paragraaf 5.

## 2. Huidige regelgeving

### 2.1 Uitgebreide voorbereidingsprocedure

Bij nieuwe ontwikkelingen en transformaties is het vaak noodzakelijk een nieuw bestemmingsplan<sup>4</sup> vast te stellen of het bestemmingsplan te wijzigen met een omgevingsvergunning voor een buitenplanse afwijking.<sup>5</sup> Neem bijvoorbeeld een inbreidingslocatie waar eerst alleen detailhandel was toegestaan tot een beperkte bouwhoogte. Als een initiatiefnemer daar woningen wil realiseren met een hogere bouwhoogte, dan moet juridisch worden geregeld dat een nieuwe bestemming (wonen) mogelijk is en dat daar tot een hogere bouwhoogte gebouwd mag worden.

Met beide routes zijn deze planologische wijzigingen te realiseren, dus met een omgevingsvergunning en met een volledig nieuw bestemmingsplan voor die specifieke inbreidingslocatie. Voor beide instrumenten geldt dezelfde uitgebreide voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>6</sup> Kort samengevat houdt deze procedure in dat:

(1) een ontwerpbesluit ter inzage wordt gelegd, (2) eenieder zienswijzen kan indienen, en (3) de raad na reactie op de zienswijzen het bestemmingsplan al dan niet gewijzigd vaststelt of het college van burgemeester en wethouders na

1 'Oorlog stuwt inflatie in Nederland naar bijna 12 procent', de *Volkscrant* 1 april 2022.

2 'Stijgende kosten zetten bouwprojecten onder hoogspanning', het *Financieele Dagblad* 10 maart 2022, A. Clahsen.

3 'Steeds meer taken, steeds minder zeggenschap, de lokale democratie staat onder druk', het *Financieele Dagblad* 25 februari 2022, B. Knoop & R. de Lange.

4 Art. 3.1 Wro.

5 Art. 2.12 lid 1 sub a onder 3 Wabo.

6 Art. 2.12 lid 1 sub a onder 3 Wabo jo. art. 3.10 lid 1 onder a Wabo; art. 3.1 Wro jo. art. 3.8 Wro.

eventuele verklaring van geen bedenkingen van de raad de omgevingsvergunning al dan niet gewijzigd verleent. Wij merken op dat nog een aantal specifieke vereisten geldt voor deze procedure, maar op hoofdlijnen is dit de route. Verder is nog van belang dat na verlening en vaststelling beroep openstaat bij de bestuursrechter.

## 2.2 Participatie ≠ draagvlak

De gedachte achter participatie is dat participatie zorgt voor meer draagvlak bij bijvoorbeeld omwonenden, als het gaat om een bouwplan in hun omgeving. In het voorbeeld van de inbreidingslocatie ontstaat, zo is de theorie, meer draagvlak bij burens als zij hun mening mogen geven over bijvoorbeeld de bouwhoogte en schaduwwerking.

De uniforme voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 Awb kan gezien worden als een vorm van participatie. De hoogste bestuursrechter, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de ‘Afdeling’) oordeelt, vooralsnog, dat met toepassing van afdeling 3.4 Awb in beginsel wordt voldaan aan (inter)nationale eisen over inspraak.<sup>7</sup> De praktijk wijst echter uit dat belanghebbenden die procedure vaak niet ervaren als ‘echte’ participatie, omdat veel keuzes in het ontwerpplan of de ontwerpomgevingsvergunning al gemaakt zijn en eigenlijk ‘alles al vastligt’.<sup>8</sup>

Naast de landelijk voorgeschreven voorbereidingsprocedure kunnen lokale overheden participatiebeleid vaststellen.<sup>9</sup> Beleid dat een initiatiefnemer, in beginsel, moet volgen. In de praktijk bestaan echter veel misverstanden over participatie en draagvlak, zowel bij de burger als bij de overheid. Participatie zou volgens sommigen moeten zorgen voor draagvlak voor een ontwikkeling, en indien geen draagvlak bestaat zou die ontwikkeling niet door moeten kunnen gaan.

Als dat juist zou zijn, dan rust op een initiatiefnemer een resultaatsverplichting: het resultaat van participatie moet zijn dat draagvlak bestaat voor de ontwikkeling van de initiatiefnemer. De realiteit is dat een resultaatsverplichting niet mogelijk is. Het is alleen mogelijk een inspanningsverplichting op te leggen.<sup>10</sup> Indien een inspanningsverplichting is opgelegd, bijvoorbeeld in lokaal beleid, dan moet een initiatiefnemer zich inspannen om draagvlak te vergroten door middel van participatie. Deze verplichte participatie kan echter niet betekenen dat aan het einde van de rit door

participatie ook daadwerkelijk draagvlak moet bestaan, zo volgt uit de jurisprudentie.<sup>11</sup>

Om participatie wat meer handen en voeten te geven volgt hierna een selectie recente en interessante uitspraken. Daarna gaan wij in op de achterliggende redenen geen resultaatsverplichtingen op te leggen.

## 2.3 Wat zegt de rechter?

Een sprekend voorbeeld van de perikelen rondom participatie volgt uit de uitspraak van 8 september 2021. Daar betoogden Enschedese appellanten dat geen draagvlak bestond voor de ontwikkeling van een zonneveld. Omdat geen draagvlak bestond, zou de Afdeling de omgevingsvergunning moeten vernietigen. De Afdeling oordeelde echter dat de enkele omstandigheid dat draagvlak voor de ontwikkeling ontbreekt geen dragend argument kan zijn voor het weigeren van planologische medewerking door een gemeente. De gemeente moet volgens de Afdeling namelijk een afweging maken op grond van ruimtelijke motieven. Het hielp daarbij dat de initiatiefnemer verschillende inspanningen had verricht om het draagvlak te vergroten.<sup>12</sup> Als partijen na die inspanningen vervolgens niet tot overeenstemming komen, dan moet het bevoegd gezag een besluit nemen waarin alle ruimtelijk relevante aspecten worden afgewogen.<sup>13</sup> De initiatiefnemer voldeed in dit geval dus aan de inspanningsverplichting.

Overigens is het wel zo dat de raad het ontbreken van draagvlak voor een ontwikkeling mag betrekken bij de besluitvorming, maar het ontbreken kan dus geen dragend argument zijn. Bij de beoordeling van een bestemmingsplan of een omgevingsvergunning moet de raad namelijk wel een deugdelijke ruimtelijke motivering geven. Alleen verwijzen naar het ontbreken van draagvlak is in die motivering niet voldoende.<sup>14</sup>

Een ander sprekend voorbeeld is de Afdelingsuitspraak van 18 januari 2022. Bewoners van Veghel voerden over de bouw van een zwembad aan, dat geen sprake was geweest van een ‘open, reëel en constructief overleg’. De voorzieningenrechter van de Afdeling oordeelde echter dat de raad en het college van burgemeester en wethouders de voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 Awb juist hebben gevolgd en dat de verzoekers daar ook gebruik van hebben gemaakt. De rechter overweegt daarbij expliciet: ‘Een participatieproces maakt geen deel uit van de wettelijk voorgeschreven voorbereidingsprocedure.’<sup>15</sup> Ook belangrijk is de vaststelling dat geen wettelijke bepaling bestaat die ertoe

7 Later in dit artikel komen wij overigens terug op enkele wijzigingen in deze procedure, naar aanleiding van recente jurisprudentie.

8 H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, ‘Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land. Een juridische analyse van participatie bij duurzame energieprojecten’, *Men R* 2021/119, afl. 10, p. 831 e.v.

9 Zie voor een aantal voorbeelden van participatiebeleid bij wind- en zonneparken: H.D. Tolsma, ‘Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken’, *JBplus* 2021/6, afl. 2, p. 70-71.

10 H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, ‘Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land. Een juridische analyse van participatie bij duurzame energieprojecten’, *Men R* 2021/119, afl. 10, p. 834; ABRvS 29 mei 2019 ECLI:NL:RVS:2019:1781, *TBR* 2019/112, m. nt. H.P. Wiersema & K.M.G. Hamelink.

11 Voor dit artikel hebben wij jurisprudentie geanalyseerd uit 2021 en 2022, het jurisprudentieonderzoek is afgerond op 7 april 2022. Voor een volledig beeld is één uitspraak uit 2019 opgenomen.

12 ABRvS 8 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2007; zie ook ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:494.

13 ABRvS 8 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2007.

14 ABRvS 30 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:943.

15 ABRvS 18 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:118.

verplicht dat de raad voorafgaand aan de vaststelling van een bestemmingsplan appellanten tot overleg uitnodigt.<sup>16</sup> Aan de andere kant is het niet zo dat een initiatiefnemer ‘gewoon maar iets kan doen’. Een impliciet voorbeeld volgt uit de uitspraak van 18 augustus 2021, waar de raad van Zoetermeer een bestemmingsplan vaststelde voor de realisatie van 218 woningen. In Zoetermeer gold ten tijde van de vaststelling een Samenspraakverordening en appellanten voerden aan dat de ‘samenspraakprocedure’ bij de voorbereiding van het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning niet goed was gevolgd. De Afdeling stelt voorop dat de wettelijk voorgeschreven procedure juist was gevolgd en dat inspraak voorafgaand aan deze procedure daar geen deel van uitmaakt. Maar de Afdeling oordeelt ook: *‘Uit de beschrijving van het proces en het daarvan opgestelde eindverslag blijkt dat de omwonenden [...] bij de besluitvorming zijn betrokken, waardoor zij hun zorgen ten aanzien van het bouwplan hebben kunnen uiten. Ook blijkt uit het eindverslag dat er een werkgroep voor een speelplek is gekomen. De samenspraakprocedure heeft, zoals hiervoor overwogen, ook geleid tot een aantal aanpassingen in het (bouw)plan. Onder de genoemde omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat de raad en het college bij de voorbereiding van het plan en de omgevingsvergunning de samenspraak voldoende serieus hebben genomen.’*<sup>17</sup>

Dit impliceert dat de Afdeling mogelijk consequenties verbindt als blijkt dat een samenspraakverordening van kracht is en samenspraak niet voldoende serieus is genomen. Met andere woorden: als een initiatiefnemer zich niet voldoende heeft ingespannen. Naast dit juridische risico van vernietiging van het bestemmingsplan of de omgevingsvergunning, wijzen wij ook op het praktische risico dat een gemeente mogelijk niet geneigd is mee te werken, als een initiatiefnemer niks doet met samenspraak, hoewel dat wel is voorgeschreven in een samenspraakverordening.

Dat de Afdeling consequenties kan verbinden aan het niet voldoen aan de inspanningsverplichting volgt expliciet uit de uitspraak van 18 december 2019. Toen oordeelde de Afdeling: *‘Het vorenstaande neemt niet weg dat, bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen.’*<sup>18</sup>

Deze selectie uitspraken laat zien dat de gemeente geen resultaatsverplichting kan opleggen aan een initiatiefnemer. Het ontbreken van draagvlak kan geen dragend argu-

ment zijn voor de weigering een omgevingsvergunning te verlenen of voor de vernietiging van een bestemmingsplan. Echter is het wel mogelijk een inspanningsverplichting op te leggen in lokaal beleid. In dat geval moet een initiatiefnemer zich ook daadwerkelijk inspannen.

#### 2.4 Waarom geen resultaatsverplichting?

Een terechte vraag. Zeker omdat het perspectief van de burger steeds prominenter in het nieuws komt. Waarom zou het niet goed zijn als draagvlak verplicht kan worden gesteld? Het antwoord op deze vraag is wat ons betreft (minimaal) drieledig.

Allereerst wordt in de literatuur gewezen op het legaliteitsbeginsel. Zoals de Afdeling meerdere malen herhaalde, stelt geen enkele wettelijke regel dat een ontwikkeling alleen doorgang kan vinden als draagvlak bestaat. Een vernietigend oordeel omdat geen draagvlak zou bestaan voor een ontwikkeling, zou dan ook in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel.<sup>19</sup>

Ten tweede moet de raad bij de vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een omgevingsvergunning alle ruimtelijke belangen afwegen. Dat volgt, onder meer, uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>20</sup> Als een resultaatsverplichting opgelegd zou kunnen worden, dan zou een echte belangenafweging niet meer kunnen, met de aanname dat ‘draagvlak’ betekent dat de ‘meerderheid’ gelijk krijgt. In de belangenafweging moet het namelijk ook mogelijk zijn dat de belangen van de ‘minderheid’ voorgaan op de belangen van de ‘meerderheid’ in een specifiek geval.<sup>21</sup> Een resultaatsverplichting is in onze optiek dus in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij dit argument speelt overigens ook mee dat een resultaatsverplichting praktisch gezien lastig uitvoerbaar is: wanneer is sprake van ‘draagvlak’? Betekent dit dat iedereen die binnen een straal van 300 meter van een ontwikkeling woont mag stemmen over de ontwikkeling? Maar hoe zit het dan met mensen die op 301 meter van de ontwikkeling wonen? Is er een quorum, of zijn 25 zienswijzen of stemmen voldoende? Ten derde speelt ons inziens ook mee dat een eerlijk proces belangrijker moet worden geacht dan instemming. Uit de praktijk blijkt namelijk vaak dat het men vooral gaat om ‘echte’ inspraak, dus daadwerkelijke deliberatie over keuzes bij een ontwikkeling. Het kan na samenspraak nog steeds zijn dat iemand tegen de ontwikkeling is, maar de verwezenlijking van die ontwikkeling makkelijker kan accepteren omdat diegene is gehoord. Wat ons betreft is participatie dus wel een doel *an sich*, maar is consensus dat niet.<sup>22</sup>

16 ABRvS 22 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2055; ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1994; ABRvS 27 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1928; ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1902.

17 ABRvS 18 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1850.

18 ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209.

19 H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, ‘Participatie en draagvlak bij besluitvorming over windparken op land. Een juridische analyse van participatie bij duurzame energieprojecten’, *Men R* 2021/119, afl. 10; H.D. Tolsma, ‘Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken’, *JBplus* 2021/6, afl. 2.

20 Zoals gecodificeerd in art. 3:4 Awb.

21 Een raad mag bijvoorbeeld veel gewicht toekennen aan het algemene belang dat wordt gediend met realiseren van woningen, terwijl omwonenden tegen zijn, zie ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:494.

22 Zie in dit kader bijvoorbeeld: W. Chan Kim & R. Mauborgne, ‘Fair Process: Managing in the Knowledge Economy’, *Harvard Business Review* 2003/January.

## 2.5 Procedurele wijzigingen

Naast deze uitspraken over participatie, draagvlak en inspanningsverplichtingen is recent ook het een en ander gewijzigd in het procedurele kader. De algemene tendens is dat de Afdeling meer oog heeft voor de belangen van individuele burgers en dat de burger eerder wordt toegelaten tot een juridisch proces.

Tot 14 april 2021 gold de regel dat geen beroep ingesteld kon worden door een belanghebbende die geen zienswijze naar voren had gebracht tijdens de terinzagelegging van een ontwerp.<sup>23</sup> Sinds de uitspraak van die datum overweegt de Afdeling echter dat die regel niet kan worden tegengeworpen aan belanghebbenden bij zogenaamde ‘Aarhus-besluiten’.<sup>24</sup> Omdat een ingewikkelde discussie zou kunnen ontstaan over wat een Aarhus-besluit is, en wat niet, heeft de Afdeling besloten dat alle omgevingsrechtelijke zaken behandeld zullen worden als Aarhus-besluit, totdat de wetgever een oplossing heeft verzonnen voor de regel.<sup>25</sup>

Deze regel geldt dus ook in ons voorbeeld van de inbreidingslocatie, daarvoor is immers een omgevingsrechtelijk besluit noodzakelijk: een omgevingsvergunning of een nieuw bestemmingsplan. Een partij die bij het ontwerpbesluit geen zienswijze heeft ingediend over de plannen voor de inbreidingslocatie, kan toch beroep instellen. Dat kon vóór deze uitspraak niet. Vanuit het oogpunt van de ontwikkelaar kunnen dit partijen zijn waarvan de ontwikkelaar niet weet dat ze tegen het plan zijn, bijvoorbeeld omdat zij niet langskwamen bij een informatieavond.

Een gevolg hiervan is dat de initiatiefnemer (en de gemeente) mogelijk niet op de hoogte is van eventuele kritieken. Een aanpassing in het plan is daardoor ook moeilijker, met vertraging tot gevolg. Zeker omdat partijen strategisch kunnen procederen. Bij dit strategisch procederen wordt de procedure met opzet gerekt door geen zienswijze in te dienen, maar wel in beroep te gaan. Op die manier zou een ontwikkelaar sneller geneigd zijn water bij de wijn te doen. Althans, zo is de gedachte.

Daar staat het perspectief van iemand die per ongeluk geen zienswijze heeft ingediend tegenover, dat kan bijvoorbeeld iemand zijn die niet bekend was met het recht. Door deze wijziging staat de rechtsingang tot een latere instantie open. Deze gewijzigde procedure heeft dus meerdere kanten.

Kan iedereen dan iets vinden van elk project? Nee, dat ook weer niet. Een partij moet - in beginsel, zie hierna - nog steeds een belanghebbende zijn en niet iedereen is belanghebbende. Dit vereiste beperkt dus het aantal partijen dat ontvankelijk is in beroep; iemand die een paar kilometer van een ontwikkeling vandaan woont, is geen belanghebbende.

De Afdeling heeft hierop ook weer een uitzondering gemaakt, naar aanleiding van een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Sinds 4 mei 2021 geldt namelijk dat niet-belanghebbenden (bijvoorbeeld personen die een paar kilometer verder wonen) wel beroep kunnen instellen, als zij gedurende de voorbereiding van het besluit een zienswijze hebben ingediend.<sup>26</sup> Dus iemand die een paar kilometer verder woont kan wel in beroep gaan, als diegene maar een zienswijze heeft ingediend.

Betekent dit dat iedereen dan ook invloed heeft op besluiten die zien op een activiteit die een paar kilometer verderop wordt ontplooid? Nee, want het relativiteitsvereiste geldt nog steeds.<sup>27</sup> Dit vereiste houdt in dat de bestuursrechter een bestemmingsplan of een vergunning niet vernietigt omdat het plan of de vergunning in strijd is met een rechtsregel, indien die regel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Door dit vereiste is een groot aantal beroepen niet-ontvankelijk. Een voorbeeld van de werking van dit vereiste volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 30 maart 2022. In die uitspraak had appellante een zienswijze ingediend. De Afdeling oordeelde vervolgens dat zij in dat geval op kon komen voor het belang dat zij heeft bij het behoud van een goed woon- en leefklimaat in de directe omgeving van haar woning. Appellante kon echter als particulier niet opkomen voor algemene belangen zoals natuurbelangen. De Afdeling overwoog voorts dat de regelgeving die hier aan de orde was, kennelijk niet strekte tot de bescherming van de belangen van appellante.<sup>28</sup> De regels die gelden voor het natuurgebied zijn namelijk bedoeld voor de bescherming van het natuurgebied en niet voor het behoud van het woon- en leefklimaat van appellante. Dit zou anders kunnen zijn als diegene in het natuurgebied woont. In dat geval kan namelijk gesteld worden dat de belangen die strekken tot bescherming van het natuurgebied óók strekken tot bescherming van haar directe woon- en leefomgeving. Het natuurgebied is dan immers ook haar directe woon- en leefomgeving.

Buiten de praktische gevolgen van deze procedurele uitspraken, zijn deze uitspraken ook onderdeel van een tendens. Al enkele jaren is in het bestuursrecht namelijk sprake van een meer burgervriendelijk perspectief.<sup>29</sup> Wij doelen dan vooral op de tendens in het omgevingsrecht dat de overheid ‘de burger’ *grosso modo* minder makkelijk de toegang tot de rechtszaal kan ontzeggen door middel van formele vereis-

23 Art. 6:13 Awb.

24 ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786. Het Verdrag van Aarhus regelt kort gezegd de toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter als het gaat om besluiten bij milieuaangelegenheden.

25 Een voorstel tot wijziging van de Awb ligt sinds 2 april 2022 ter consultatie.

26 ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953; zie ook ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1424 en ABRvS 17 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2598.

27 Art. 8:69a Awb.

28 ABRvS 30 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:944.

29 Zie bijvoorbeeld: A.T. Marseille e.a., ‘De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht’, *Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties* 2015; J.P. Heinrich e.a., ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht’, *NTB* 2019/2161, afl. 35, p. 2564-2577; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694; B.J. van Ettehoven, ‘Werken aan moderne(r) bestuursrechtspraak’, *NTB* 2018/71, afl. 10, p. 459-462; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (*Conclusie evenredigheidsbeginsel A-G Widdershoven en Wattel*) en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Evenredigheidsbeginsel Harderwijk*).

ten, zoals het ontbreken van een zienswijze.<sup>30</sup> Die tendens gaat bijvoorbeeld ook over het idee dat de rechter meer moet kijken naar ‘het geschil achter het geschil’.

Met deze tendens in het achterhoofd kan de vraag worden gesteld of de initiatiefnemer in de toekomst meer aandacht moet besteden aan participatie en draagvlak. Onze verwachting is dat meer procedurele mogelijkheden en minder belemmeringen voor burgers zullen ontstaan voor participatie, maar dat het ontbreken van draagvlak nooit een dragend argument kan worden voor de weigering een omgevingsvergunning te verlenen of een bestemmingsplan vast te stellen. In de toekomst zullen impopulaire besluiten ook genomen moeten worden, omdat bijvoorbeeld het algemene ruimtelijke belang van een gemeente vóór het ruimtelijk belang van direct-omwonenden gaat. Een resultaatsverplichting is ook met dit meer burgervriendelijke perspectief in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierbij merken wij nog op dat het argument van het legaliteitsbeginsel wel relatief gemakkelijk te pareren is. Immers kan in een wettelijke regel worden opgenomen dat participatie voorafgaand aan de formele voorbereidingsprocedure verplicht is. De wetgever kan vervolgens ook de kaders stellen hoe participatie moet plaatsvinden. Het zou in theorie zelfs mogelijk zijn een draagvlakverplichting op te leggen, al is de vraag wat ons betreft dan wel hoe een dergelijke verplichting zich verhoudt tot ons democratische bestel, waarin alle belangen moeten worden gewogen. Een verdere verdieping van dit vraagstuk voert voor dit artikel te ver. In de volgende paragraaf gaan wij in op participatie onder de Omgevingswet, op grond waarvan een participatieverplichting kan worden geregeld.

### 3. De Omgevingswet

Nadat de Omgevingswet verschillende keren is uitgesteld, lijkt het erop dat de wet nu (eindelijk) in werking treedt op 1 januari 2023. Veel is al geschreven over deze wet en gevolgen daarvan.<sup>31</sup> Wij gaan hierna in op participatie bij de verlening van een omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit en de vaststelling van (een wijziging van) het omgevingsplan.<sup>32</sup> Dat zijn namelijk de beoogde opvolgers van de mogelijkheden onder het huidige stelsel.

Eerst enige context over participatie. De wetgever vond participatie bij het eerste voorstel voor de Omgevingswet belangrijk en signaleerde in 2014 dat één van knelpunten in het omgevingsrecht de diversiteit aan participatiemogelijkheden was. Verschillende wetten regelen participatie op een verschillende manier, terwijl actieve betrokkenheid, bij

voorkeur in een vroeg stadium, wenselijk is.<sup>33</sup> Ook benadrukt de wetgever dat zij van initiatiefnemers verwacht dat participatie vroegtijdig wordt georganiseerd, om zo een bijdrage te leveren aan de verbetering van de kwaliteit van de leefomgeving.<sup>34</sup> Dat vroegtijdig betrekken komt ook naar voren in de definitie van participatie volgens de wetgever: ‘*het in een vroeg stadium betrekken van belanghebbenden (inwoners, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit.*’<sup>35</sup>

De wetgever beargumenteert dat burgerparticipatie bij de voorbereiding van projecten lokale kennis, ideeën en belangen op tafel legt, en het primaire belang is volgens de wetgever ‘*het betrekken van de burger in het besluitvormingsproces.*’ Daardoor zou meer vertrouwen in de rechtvaardigheid van het besluit ontstaan, wat weer een stimulans is voor het vertrouwen van de burger in de overheid.<sup>36</sup> De wetgever stelt overigens niet dat participatie altijd moet leiden tot draagvlak.

Deze wens naar meer participatie is ook vertaald naar de wettekst van de Omgevingswet. Ten eerste geldt het ‘aanvraagvereiste’, dat verplicht dat de initiatiefnemer bij de aanvraag van de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit vermeldt of aan participatie is gedaan. Als dat het geval is, dan moet de initiatiefnemer ook vermelden hoe de participatie heeft plaatsgevonden en wat de resultaten zijn.<sup>37</sup> De Omgevingswet verplicht bijvoorbeeld niet dat omwonenden een brief moeten krijgen van een initiatiefnemer.

Daarnaast geldt voor de omgevingsvergunning onder de Omgevingswet dat de raad in het omgevingsplan kan bepalen dat in bepaalde gevallen aan participatie moet worden gedaan.<sup>38</sup> Bedenk bijvoorbeeld dat de raad vaststelt dat bij inbreidingslocaties altijd sprake moet zijn van participatie, als een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit noodzakelijk is voor realisatie. Als de raad hieromtrent niks regelt, dan geldt alleen het hiervoor genoemde aanvraagvereiste. De Omgevingswet zelf regelt echter niet hoe die participatie in de praktijk wordt gevormd, het uitgangspunt is alleen dat participatie plaatsvindt.<sup>39</sup>

De Omgevingswet is ook niet geheel duidelijk of de raad eisen kan stellen aan deze participatie. De wetgever was in een van de toelichtingen wel duidelijker, daar stelt zij expliciet dat de Omgevingswet zelf geen inhoudelijke eisen aan de wijze van participatie stelt, maar dat gemeente kaders kunnen stellen en daarop kunnen controleren. Gemeenten kunnen dan bij verordening procedurele regels stellen. De verantwoordelijkheid voor het volgen van die regels ligt bij de initiatiefnemer.<sup>40</sup> Het lijkt ons goed dat gemeenteraden bepaalde eisen aan het participatieproces stellen, anders

30 Overigens is natuurlijk ook kritiek op deze tendens te uiten, door op te merken dat hiervóór helemaal geen sprake was van een burgervriendelijk perspectief onder meer in de toeslagenaffaire en dat de tendens nu slechts zorgt voort een soort ‘herstel’.

31 Zie bijvoorbeeld over grondexploitatie onder de Omgevingswet ons vorige artikel in dit tijdschrift: M.T. Pranger & H.P. Wiersema, ‘De anterieure overeenkomst, over een ‘vrijwillig’ instrument’, *VGFC* 2021/12, afl. 4.

32 Zie voor experimenten met het Omgevingsplan: H.P. Wiersema e.a., ‘Kroniek Omgevingsplan (2018-2021)’, *TBR* 2021/56.

33 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 15.

34 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 41.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 389.

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 46.

37 Art. 16.55 lid 1 Ow jo. art. 7.4 Omgevingsregeling.

38 Art. 16.55 lid 7 Ow.

39 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 39.

40 *Kamerstukken I* 2019/20, 34 986, S, p. 27.

is de verplichting een lege huls. Hoewel dit soort regels naar verwachting alsnog eindeloze discussies bij de rechter opleveren, zal dat ook zo zijn als alleen een verplichting is gesteld.

Ook bij de regels over wijzigingen van het omgevingsplan is rekening gehouden met (vroegtijdige) participatie. De raad moet bij een voorgenomen wijziging namelijk daarvan kennisgeven.<sup>41</sup> De gedachtegang hierachter is '[...] dat participatie tijdens de voorbereiding van het opstellen van een ontwerp (wijziging) van het omgevingsplan op tijd van de grond kan komen.'<sup>42</sup> In de Omgevingswet is niet geregeld dat voorafgaand aan de uitgebreide procedure van afdeling 3.4 Awb bepaalde participatiestappen dienen te worden gezet door het bestuursorgaan. Het bevoegd gezag moet de vaststelling of wijziging van een omgevingsplan wel goed motiveren.<sup>43</sup> De gedachte is dat uit deze motiveringsplicht volgt dat het bevoegd gezag inzichtelijk moet maken waarom wel of niet is gekozen voor vroegtijdige participatie.<sup>44</sup> Wel is geregeld dat het bevoegd gezag bij de kennisgeving vermeldt hoe *stakeholders* bij de voorbereiding van het omgevingsplan worden betrokken. Vervolgens dient de raad bij vaststelling van (een wijziging van) het omgevingsplan, te vermelden hoe *stakeholders* zijn betrokken bij de voorbereiding van het plan en op welke wijze toepassing is gegeven aan het toepasselijke decentrale participatiebeleid.<sup>45</sup> Het is dus te verwachten dat gemeenten participatiebeleid zullen vaststellen.

Wat ons betreft ligt het voor de hand dat zowel beleid zal gelden voor de vaststelling van het omgevingsplan, als voor een omgevingsvergunning voor de omgevingsplanactiviteit.

#### 4. Participatie voor de vastgoedprofessional

Voor onze inbreidingslocatie is dus duidelijk dat onder het huidige recht een inspanningsverplichting kan gelden. Onder het nieuwe recht geldt het aanvraagvereiste, als de ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt met een omgevingsvergunning en legt de raad mogelijk een inspanningsverplichting op. Daarnaast geldt voor de wijziging van het omgevingsplan dat waarschijnlijk voldaan zal moeten worden aan lokaal beleid. In ieder geval zal het bevoegd gezag moeten motiveren waarom wel of niet aan participatie is gedaan. Met deze constatering komen wij bij enkele praktische handvatten voor de vastgoedprofessional.

Zoek eerst uit welk participatiebeleid geldt: is er gemeentelijk beleid? Of is de uniforme voorbereidingsprocedure afdoende? Als er gemeentelijk beleid is, onthoud dan dat dat beleid geen resultaatsverplichting aan een initiatiefnemer kan opleggen dat draagvlak bereikt moet worden. Als ergens staat dat een raad geen toestemming verleent als draagvlak ontbreekt, dan is dat dus niet juist: het ontbreken van draagvlak kan geen dragend argument zijn tegen

een ontwikkeling. De initiatiefnemer moet zich in dat geval overigens wel inspannen voor het creëren van draagvlak, bijvoorbeeld met informatieavonden, inloopavonden en keukentafelgesprekken. Ook het op de hoogte houden van geïnteresseerden met een nieuwsbrief en/of website kan hierbij helpen.

Verwachtingenmanagement is volgens ons essentieel voor doeltreffende participatie. Maak dus duidelijk dat de participatie gericht is op het vergroten van het draagvlak, maar als blijkt dat geen consensus kan worden bereikt, dat het plan in beginsel toch door kan gaan. Tact is dan overigens het sleutelwoord. Daarnaast is het essentieel dat bereidheid en ruimte bestaat daadwerkelijk veranderingen door te voeren in de plannen. Dat is belangrijk voor de betrokkenen, maar uit jurisprudentie volgt ook dat de bestuursrechter veranderingen meeweegt als wordt gekeken naar de invulling van de inspanningsverplichting. Zorg dus voor een eerlijk proces waar mensen 'echt' worden gehoord, nog voordat alle plannen minutieus zijn vastgelegd. Hierbij zou ook nog nagedacht kunnen worden over financiële participatie.

Voorts is het belangrijk dat de genomen stappen voorafgaand aan, tijdens en na terinzagelegging duidelijk worden geregistreerd. Al die stappen dragen immers bij aan de tenuitvoerlegging van de inspanningsverplichting.

Reken jezelf als initiatiefnemer niet rijk als niemand een zienswijze heeft ingediend. Door recente procedurele ontwikkelingen kunnen belanghebbenden immers in beroep gaan, ook zonder dat zij een zienswijze hebben ingediend. Tot slot: maak ook gebruik van overheidsinformatie. Voor participatie na de inwerkingtreding van de Omgevingswet biedt bijvoorbeeld het Informatiepunt Leefomgeving onder andere praktijkverhalen, handreikingen en interessante inzichten.<sup>46</sup> Deze informatie kan nu ook al relevant zijn bij de voorbereiding van een ontwikkeling, als de formele stappen naar verwachting pas na inwerkingtreding van de Omgevingswet worden gezet.

#### 5. Conclusie

De praktijk leert dat veel misverstanden bestaan over participatie en draagvlak. Vaak wordt gedacht dat een participatieverplichting in lokaal beleid ook betekent dat draagvlak moet bestaan voor een ontwikkeling. Uit Afdelingsjurisprudentie volgt echter dat participatie en draagvlak niet hetzelfde zijn en dat het ontbreken van draagvlak geen dragend argument kan zijn voor de weigering een omgevingsvergunning te verlenen of voor de weigering een bestemmingsplan vast te stellen.

Wat ook uit de jurisprudentie volgt, is dat de gemeente wel een inspanningsverplichting kan opleggen. Als dat het geval is, dan moet een initiatiefnemer ook voldoen aan die inspanningsverplichting. De Afdeling expliciteerde (en

41 Art. 16.29 Ow.

42 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 93.

43 Art. 3:46 Awb.

44 H.D. Tolsma, 'Procesparticipatie en financiële participatie bij wind- en zonneparken', *JBplus* 2021/6, afl. 2, p. 78.

45 Art. 10.2 Omgevingsbesluit.

46 Op [iplo.nl/participatieomgevingswet](https://iplo.nl/participatieomgevingswet). Zie ook de Handreiking 'Aan de slag met participatie' van de VNG (25 mei 2021) ([https://vng.nl/sites/default/files/2021-05/vng-handreiking-participatie-berenschot\\_def2505.pdf](https://vng.nl/sites/default/files/2021-05/vng-handreiking-participatie-berenschot_def2505.pdf)).

impliceerde) dat het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan of het besluit tot verlening van de omgevingsvergunning mogelijk wordt vernietigd, als niet is voldaan aan de inspanningsverplichting.

Dat het niet mogelijk is een resultaatsverplichting op te leggen is wat ons betreft niet verwonderlijk. Het legaliteitsbeginsel staat eraan in de weg en met een resultaatsverplichting kan geen sprake zijn van een vrije belangenafweging. Ook is participatie wat ons betreft een doel op zichzelf, maar zou consensus dat niet moeten en kunnen zijn. Ook met inachtneming van het meer burgervriendelijke perspectief van de bestuursrechter vinden wij het niet voor de hand liggend dat een resultaatsverplichting tot de opties behoort.

Wat wel duidelijk is, is dat participatie onder de Omgevingswet een belangrijkere rol krijgt. Alleen al door het feit dat informatie over participatie een van de aanvraagvereisten bij een omgevingsvergunning wordt. Een resultaatsver-

plichting is echter onder de Omgevingswet ook niet mogelijk.

Tot slot: geloof in de kansen van participatie. Vroegtijdig overleg draagt wat ons betreft bij aan wederzijds begrip en vertrouwen, iets wat in deze roerige tijden waardevol is.

#### Over de auteurs



#### Mr. H.P. Wiersema

Harald Wiersema is advocaat bij Holla legal & tax in 's-Hertogenbosch.



#### Mr. M.T. Pranger

Ties Pranger is advocaat bij Holla legal & tax in 's-Hertogenbosch.